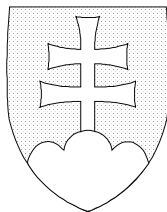


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2021/DOH/POK/R/24

Bratislava 19. máj 2021

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 18 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov, v správnom konaní č. 0009/OKT/2017, konajúca o rozkladoch podaných :

1. **ARTRA s.r.o.**, so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689, zastúpený URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895,
2. **ČECHOVO, s. r. o.**, so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484, zastúpený URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895,
3. **JANOLI, s.r.o.**, Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507, zastúpený URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895,
4. **JASTA Slovakia, s.r.o.**, so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799, zastúpený URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895,
5. **Ing. Jaroslav Marinica – MARINI**, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924, zastúpený URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895
a
6. **PMB Slovakia, s. r. o.**, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458, zastúpený ADVOKÁTSKA KANCELÁRIA ŠTRBÁŇ, s.r.o., Dvory 1932, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458

proti rozhodnutiu Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov, č. 2019/DOH/POK/1/39 zo dňa 05.12.2019, rozhodla tak, že:

m e n í

podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov, č. 2019/DOH/POK/1/39 zo dňa 05.12.2019, takto:

Bod I. znie:

I. Konanie podnikateľov :

1. **ARTRA s.r.o.**, so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689, v čase od 27.10.2015 do 28.04.2017,
2. **ČECHOVO, s. r. o.**, so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484, v čase od 12.01.2015 do 28.04.2017,
3. **JANOLI, s.r.o.**, Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507, v čase od 12.01.2015 do 28.04.2017,
4. **JASTA Slovakia, s.r.o.**, so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799, v čase od 17.02.2016 do 28.04.2017,
5. **Ing. Jaroslav Marinica – MARINI**, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924, v čase od 25.06.2015 do 28.04.2017 a
6. **PMB Slovakia, s. r. o.**, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458, v čase od 17.02.2016 do 28.04.2017,

spočívajúce v koordinácii postupu pri predkladaní ponúk do verejných obstarávaní, realizovaných prostredníctvom elektronického kontrakčného systému (EKS) trvajúce v čase od 12.01.2015 do 28.04.2017, je dohodou obmedzujúcou hospodársku súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže v oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a v oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov, na území Slovenskej republiky, prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou, ktorá je podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej

správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov zakázaná.

Bod II. znie:

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

1. **ARTRA s.r.o.**, so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689, pokutu vo výške **900 069 eur (deväťstotisíc šesťdesiatdeväť)**,
2. **ČECHOVO, s. r. o.**, so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484, pokutu vo výške **8 621 eur (osemtisíc šesťstodvadsaťjeden)**,
3. **JANOLI, s.r.o.**, Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507, pokutu vo výške **162 247 eur (stošesťdesiatdvatisíc dvestoštyridsaťsedem)**,
4. **JASTA Slovakia, s.r.o.**, so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799, pokutu vo výške **10 807 eur (desaťtisíc osemstosedem)**
5. **Ing. Jaroslav Marinica – MARINI**, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924, pokutu vo výške **12 455 eur (dvanásťtisíc štyristopäťdesiatpäť) a**
6. **PMB Slovakia, s. r. o.**, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458, pokutu vo výške **50 236 eur (päťdesiattisíc dvestotridsaťšesť)**,

ktorú sú všetci vyššie uvedení podnikatelia povinní uhradiť **do 180 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2018140, vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

Bod. III. znie:

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

1. **ARTRA s.r.o.**, so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689,
2. **ČECHOVO, s. r. o.**, so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484,
3. **JANOLI, s.r.o.**, Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507,
4. **JASTA Slovakia, s.r.o.**, so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799,
5. **Ing. Jaroslav Marinica – MARINI**, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924 a
6. **PMB Slovakia, s. r. o.**, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458

z á k a z

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

Obsah

1.	DOTERAJŠÍ PRIEBEH KONANIA.....	7
2.	VŠEOBECNÁ ČASŤ	10
3.	ÚČASTNÍCI KONANIA.....	12
4.	TOVARY, SLUŽBY A ÚZEMIE DOTKNUTÉ POSUDZOVANOU DOHODOU	13
5.	APLIKÁCIA PRÁVNÝCH PREDPISOV	17
6.	NÁMIETKY ÚČASTNÍKOV KONANIA A VYJADRENIA RADY ÚRADU	17
6.1	K rozsahu Výzvy pred vydaním rozhodnutia	17
	Vyjadrenie Rady úradu	18
6.2	K návrhu na nariadenie ústneho pojednávania	18
6.3	K návrhom na prerušenie konania	19
	Vyjadrenie Rady úradu	20
6.3	K IP adresám ako dôkazu v konaní.....	23
	Vyjadrenie Rady úradu	29
6.4	Zistenie skutkového stavu.....	45
	Vyjadrenie Rady úradu	57
7.	PRÁVNE POSÚDENIE	81
8.	VÝROK	85
9.	SANKCIE	87
9.1.	Námietky účastníkov konania.....	87
9.1.1	Námietky spoločne zastúpených účastníkov konania.....	87
	K likvidačnosti pokuty	88
9.1.2	Námietky účastníka konania ARTRA	90
	K spôsobu vymedzenia relevantného obratu	90
	K závažnosti.....	91
	K dĺžke porušenia.....	91
	K poľahčujúcim a priťažujúcim okolnostiam.....	92
9.1.3.	Námietky účastníkov konania JANOLI, ČECHOVO, JASTA a MARINI	93
9.1.4	Námietky účastníka konania PMB Slovakia	94
	K relevantnému obratu	94
	K závažnosti.....	94
	K dĺžke porušovania	96
	Iné kritéria (poľahčujúce/priťažujúce okolnosti).....	97
	K likvidačnosti pokuty	97
9.2	Vyjadrenie Rady úradu.....	98
	K aplikácii Metodického pokynu.....	99

Relevantný obrat	100
Závažnosť	104
Dĺžka porušovania	114
Poľahčujúce a priťažujúce okolnosti	117
Poľahčujúce okolnosti	117
Priťažujúce okolnosti	120
Maximálna výška pokuty	121
Neschopnosť zaplatiť pokutu	121
Vyčíslenie pokút	126
Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní	128
10. ZÁVER.....	128

1. DOTERAJŠÍ PRIEBEH KONANIA

1. Dňa¹ 20.6.2016 bol úradu doručený podnet na prešetrenie priebehu zákazky vyhlásenej dňa 8.6.2016 pod číslom Z201614036 Generálnym riaditeľstvom Zboru väzenskej a justičnej stráže, Šagátová 1, Bratislava, a to z dôvodu podozrenia na existenciu kartelovej dohody medzi podnikateľmi ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce a Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov. Podávateľ podnetu tiež uviedol, že obdobné správanie možno pozorovať v ďalších troch, v podnete bližšie nešpecifikovaných tendroch realizovaných v rezorte Ministerstva zdravotníctva Slovenskej republiky.²
2. Na základe uvedeného podnetu úrad od júla 2016 vykonával rozsiahlu analýzu verejných obstarávaní, resp. obstarávaní, ako aj obchodných verejných súťaží (konkrétne podlimitných zákaziek), ktoré sa realizovali s využitím elektronického trhoviska a predmetom ktorých bolo dodanie odevov, textilných výrobkov, obuvi, brašnánskych výrobkov a príslušenstva. Vzhľadom na skutočnosť, že rovnakí podnikatelia postupovali identicky aj v ďalších tendroch realizovaných s využitím elektronického trhoviska, predmetom ktorých bolo dodanie nábytku a zariadenia interiéru, vrátane zdravotníckeho vybavenia, farmaceutického materiálu a predmetov osobnej starostlivosti, úrad neskôr rozšíril predmetné prešetrovanie aj o zákazky týkajúce sa uvedených tovarov.
3. Dňa 13.1.2017 bol úradu postúpený ďalší podnet týkajúci sa vyššie uvedených tovarov, a to podnet z Úradu pre verejné obstarávanie, ktorý bol Úradu pre verejné obstarávanie doručený dňa 12.12.2016. Išlo o podnet na prešetrenie správania podnikateľov ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, JASTA, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, SINAKO SK a HYDRO ROUTE PLANNING v zákazke vyhlasovateľa Nemocnica s poliklinikou Prievidza so sídlom v Bojniciach, Nemocničná 2, 972 01 Bojnice, vyhlásenej dňa 17.10.2016 pod číslom zákazky Z201632927.³
4. Za účelom komplexného posúdenia všetkých okolností potrebných pre analyzovanie podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska sa úrad dňa 14.3.2017 obrátil na Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky ako správcu elektronického trhoviska so žiadosťou o predloženie:
 - a) záznamov o systémových udalostiach zákazky (protokolov vygenerovaných z priebehu prvého kola) a
 - b) záznamov o systémových udalostiach elektronickej aukcie (t.j. protokolov vygenerovaných z priebehu druhého kola – elektronickej aukcie)

vo vzťahu k 474 zákazkám, a to v dôvernej verzii obsahujúcej aj osobné údaje

¹ Časti textu označené hranatými zátvorkami [...] obsahujú obchodné tajomstvo (OT) alebo dôvernú informáciu (DI).

² Poradové číslo registratúrneho záznamu v spise (ďalej v texte len „Spis. č.“) 1 – Podnet na prešetrenie správania.

³ Spis. č. 5 – Postúpenie podnetu z Úradu pre verejné obstarávanie.

jednotlivých používateľov elektronického trhoviska (IP adresy) všetkých používateľov.⁴ Predmetné podklady a informácie boli úradu poskytnuté v stanovenej lehote.⁵

5. Na základe skutočností, ktoré vyplynuli z analýzy podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska s názvom „ELEKTRONICKÉ TRHOVISKO (EKS) podlimitné zákazky“ z 10.5.2017⁶, ako aj z analýzy podkladov a informácií získaných v priebehu prešetrovania, začal úrad dňa 6.6.2017 správne konanie číslo 0009/OKT/2017 vo veci možnej dohody obmedzujúcej súťaž podľa ustanovenia § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako „zákon alebo zákon o ochrane hospodárskej súťaže“), a to vo forme priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru alebo iných obchodných podmienok, vo forme rozdelenia trhu a vo forme koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou, uzatvorenej medzi podnikateľmi ARTRA s.r.o., so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce, JASTA Slovakia, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov a PMB Slovakia, s. r. o., so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov.
6. Dňa 5.12.2019 vydal úrad rozhodnutie č. 2019/DOH/POK/1/39 (ďalej aj ako „prvostupňové rozhodnutie“), ktorým rozhodol tak, že:

„I. Konanie podnikateľov

ARTRA s.r.o., so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689,

ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484,

JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507,

JASTA Slovakia, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799,

Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924,

a

⁴ Spis. č. 8 – Žiadosť o poskytnutie podkladov a informácií.

⁵ Spis. č. 11 – Žiadosť o poskytnutie podkladov a informácií – odpoveď.

⁶ <https://www.antimon.gov.sk/data/att/1879.pdf>.

PMB Slovakia, s. r. o., so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458

spočívajúce v koordinácii postupu pri predkladaní ponúk do verejných obstarávaní, realizovaných prostredníctvom elektronického kontraktačného systému (EKS) v čase od 12.1.2015 do 28.4.2017

je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže v oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a v oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov, na území Slovenskej republiky, prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou, ktorá je podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov zakázaná.

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

1. Podnikateľovi ARTRA s.r.o., so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689 pokutu vo výške 944 517 EUR (deväťstoštyridsaťštyritisíc päťstosedemnásť),
2. Podnikateľovi ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484, pokutu vo výške 8 621 EUR (osemtisíc šesťstodvadsaťjeden),
3. Podnikateľovi JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507, pokutu vo výške 162 247 EUR (stošesťdesiatdvatisíc dvestoštyridsaťsedem),
4. Podnikateľovi JASTA Slovakia, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799, pokutu vo výške 10 093 EUR (desaťtisíc deväťdesiattri),
5. Podnikateľovi Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924, pokutu vo výške 12 455 EUR (dvanásťtisíc štyristopäťdesiatpäť),
6. Podnikateľovi PMB Slovakia, s. r. o., so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458, pokutu vo výške 52 129 (päťdesiatdvatisíc stodvadsaťdeväť)

ktorú sú všetci vyššie uvedení podnikatelia povinní uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2018140 vedený v Štátnej pokladnici

Bratislava.

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

ARTRA s.r.o., so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689,

ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484,

JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507,

JASTA Slovakia, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799,

Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924,

PMB Slovakia, s. r. o., so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458

zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.“

2. VŠEOBECNÁ ČASŤ

7. Proti prvostupňovému rozhodnutiu podali dňa 20.12.2019 rozklad účastníci konania: ARTRA s.r.o., so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689, (ďalej len „ARTRA“) ČECHOVO, s. r. o., so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov, IČO: 46 186 484, (ďalej len „ČECHOVO“), JANOLI, s.r.o., Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507, (ďalej len „JANOLI“) JASTA Slovakia, s.r.o., so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799 (ďalej len „JASTA“) a Ing. Jaroslav Marinica – MARINI, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01, Prešov IČO: 37 533 924, (ďalej len „MARINI“) v konaní zastúpení: URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ (títo účastníci ďalej v texte aj ako „spoločne zastúpení účastníci konania“). O podanom rozklade bola dňa 9.1.2020 prvostupňovým orgánom prostredníctvom právneho zástupcu upovedomená spoločnosť PMB Slovakia, s.r.o, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458 (ďalej len „PMB Slovakia“) v konaní zastúpený: ADVOKÁTSKA KANCELÁRIA ŠTRBÁŇ, s.r.o., Dvory 1932, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458 a táto sa k predloženému rozkladu vyjadrila dňa 15.1.2020.

7. Proti prvostupňovému rozhodnutiu podala rozklad dňa 20.12.2019 aj spoločnosť

PMB Slovakia. O podanom rozklade boli dňa 21.1.2020 prvostupňovým orgánom upovedomení ostatní účastníci konania, a k predloženému rozkladu sa dňa 28.1.2020 vyjadrili prostredníctvom právneho zástupcu URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ.

8. Rada úradu na základe predložených rozkladov preskúmala prvostupňové rozhodnutie, administratívny spisový materiál s ním súvisiaci a všetky námietky predložené účastníkmi konania v konaní.
9. Pred vydaním druhostupňového rozhodnutia Rada úradu oboznámila v súlade s § 33 zákona účastníkov konania o jej predbežných záveroch zaslaním výzvy pred vydaním rozhodnutia, listom č. 47/2020/ODK-5029-1-6/2020, zo dňa 30.10.2020, ku ktorej predložili účastníci konania vyjadrenia, ku ktorým sa Rada úradu vyjadruje ďalej v texte tohto rozhodnutia.
10. K základným právam účastníka konania obsiahnutým v práve na spravodlivý proces patrí právo na uvedenie dostatočných dôvodov, na ktorých je rozhodnutie založené.
11. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp. zn. IV. ÚS 115/03 z 3.7.2003, cit.: *„Všeobecný súd však nemusí dať odpoveď na všetky otázky nastolené účastníkom konania, ale len na tie, ktoré majú pre vec podstatný význam, prípadne dostatočne objasňujú skutkový a právny základ rozhodnutia bez toho, aby zachádzali do všetkých detailov sporu uvádzaných účastníkmi konania. Preto odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu (prvostupňového, ale aj odvolacieho), ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces.“*
12. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp. zn. II. ÚS 78/05 zo 16.3.2005, cit.: *„Súčasťou základného práva na súdnu ochranu v občianskom súdnom konaní podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky je právo na odôvodnenie, ktorého štruktúra je rámcovo upravená v § 157 ods. 2 O.s.p. Táto norma sa uplatňuje aj v odvolacom konaní (§ 211 O.s.p.). Odôvodnenie súdneho rozhodnutia v opravnom konaní však nemá odpovedať na každú námietku alebo argument v opravnom prostriedku, ale iba na tie, ktoré majú rozhodujúci význam pre rozhodnutie o odvolaní, zostali sporné alebo sú nevyhnutné na doplnenie dôvodov prvostupňového rozhodnutia, ktoré sa preskúmava v odvolacom konaní“.*
13. V súvislosti s riadnym odôvodnením je potrebné teda uviesť, že vychádzajúc z konštantnej judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva⁷, ako aj z judikatúry Ústavného súdu SR⁸ nie je nutné, aby na každú žalobnú námietku bola daná súdom podrobná odpoveď a rozsah povinnosti odôvodniť súdne rozhodnutie sa

⁷ O. i. veci *García Ruiz* proti Španielsku, rozsudok zo dňa 21.1.1999 týkajúci sa sťažnosti č. 30544/96, *Ruiz Torija* proti Španielsku, rozsudok zo dňa 9.12.1994, týkajúci sa sťažnosti č. 18390/91, *Van de Hurk* proti Holandsku, rozsudok zo dňa 19.4.1994, týkajúci sa sťažnosti č. 16034/90.

⁸ Pozri tiež sp. zn. I. ÚS 226/03 zo dňa 12.5.2004, III. ÚS 209/04 zo dňa 23.6.2004, sp. zn. III. ÚS 95/06 zo dňa 15.3.2006, sp. zn. III. ÚS 260/06 zo dňa 23.8.2006, sp. zn. III. ÚS 36/2010 zo dňa 4.5.2010, sp. zn. I. ÚS 114/08 zo dňa 12.6.2008.

môže meniť podľa povahy rozhodnutia a musí byť analyzovaný s ohľadom na okolnosti každého prípadu. Ak však súd v odôvodnení nereaguje na zásadnú, relevantnú námietku, súvisiacu s predmetom súdnej ochrany prednesenú žalobcom, je potrebné tento nedostatok považovať za prejav arbitrárnosti (svojvoľnosti). Európsky súd pre ľudské práva pripomína, že právo na spravodlivý súdny proces nevyžaduje, aby súd v rozsudku reagoval na každý argument prednesený v súdnom konaní, ale je postačujúce, aby reagoval na ten argument (argumenty), ktorý je z hľadiska výsledku súdneho rozhodnutia považovaný za rozhodujúci.

14. Tieto závery je možné podľa Rady úradu primerane aplikovať aj v správnom konaní.
15. Rada úradu v tejto súvislosti dopĺňa, že v prípade dostatočne a presvedčivo zdôvodneného prvostupňového rozhodnutia nie je odôvodnené opätovne sa podrobne zaoberať každou námietkou vznesenou v druhostupňovom konaní, najmä, keď tieto sú totožné alebo obsahovo obdobné ako boli námietky vznesené v prvostupňovom konaní. V opačnom prípade by dochádzalo k neodôvodnenému kopírovaniu vecne a právne správnych dôvodov a záverov už uvedených prvostupňovým orgánom. Prvostupňové a druhostupňové konanie tvoria jeden celok, a preto takýto postup je aj v súlade so zachovaním prehľadnosti a jasnosti prijatých záverov v správnom konaní.
16. V súlade s uvedeným, preto v texte odôvodnenia Rada úradu tam, kde sa stotožnila s prvostupňovým orgánom iba zdôrazňuje určité závery už uvedené aj prvostupňovým orgánom, ktoré považuje za kľúčové pre posúdenie veci a nepovažuje za potrebné opakovať argumentáciu vyplývajúcu z textu prvostupňového rozhodnutia, keď tento považuje za dostatočný.

3. ÚČASTNÍCI KONANIA

17. Podľa ustanovenia § 25 ods. 3 písm. a) zákona účastníkmi správneho konania v prípade dohody obmedzujúcej súťaž sú účastníci tejto dohody obmedzujúcej súťaž.
18. Účastníkmi dohody, ktorú úrad v rámci tohto správneho konania preskúmaval, boli spoločnosti ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia. Uvedené spoločnosti boli preto podľa Rady úradu prvostupňovým orgánom správne určené ako účastníci tohto správneho konania.
19. V rámci prešetrovania dohody úrad ako aj Rada úradu zistili prepojenie medzi účastníkmi dohody podnikateľmi JANOLI a ČECHOVO. Štatutárnym orgánom spoločnosti ČECHOVO je Bc. Patrik Čech, ktorý [.....] osobný údaj Ing. Jána Čecha a Oľgy Čechovej, ktorí sú spoločníkmi spoločnosti JANOLI. Ide teda o rodinný vzťah, ktorý bol potvrdený aj samotnými účastníkmi správneho konania.⁹ Rada úradu v súlade so závermi prvostupňového orgánu nezistila skutočnosti, na základe ktorých by bolo možné dospieť k záveru, že účastníci konania ČECHOVO a JANOLI tvoria jednu ekonomickú skupinu, teda že by mali

⁹ Spis. č. 75 - odpoveď JANOLI a spis. č. 76 - odpoveď ČECHOVO.

vzájomné kontrolné či rozhodovacie právomoci zasahujúce do riadenia a podnikania druhej spoločnosti.

20. V súvislosti s posúdením predmetu podnikania jednotlivých účastníkov správneho konania Rada úradu konštatuje, že v správnom konaní vystupujú všetci účastníci konania ako podnikatelia vykonávajúci svoju podnikateľskú činnosť na základe zápisu do osobitného registra, či už do Obchodného registra SR alebo Živnostenského registra SR. Okrem toho, všetci účastníci konania boli v posudzovanom období zapísaní aj v Zozname hospodárskych subjektov, ktorý je vedený Úradom pre verejné obstarávanie podľa § 152 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

4. TOVARY, SLUŽBY A ÚZEMIE DOTKNUTÉ POSUDZOVANOU DOHODOU

21. Posudzované správanie účastníkov konania úrad posúdil ako dohodu obmedzujúcu súťaž podľa ustanovenia § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona, teda ako horizontálnu dohodu, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže v oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a v oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov, na území Slovenskej republiky, prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou.
22. Vzhľadom na skutočnosť, že táto zakázaná dohoda svojou povahou patrí medzi tzv. cieľové dohody, nie je v súlade s dostupnou ustálenou slovenskou aj európskou judikatúrou ani podľa Rady úradu potrebné v tomto konaní vymedzovať relevantný trh a ani sa zaoberať konkrétnym dopadom tejto dohody na trh. Takýto postup vyplýva aj z rozhodovacej praxe Európskej komisie (v texte aj ako „Komisia“), ktorá v súvislosti s cieľovými dohodami vo svojich rozhodnutiach identifikuje iba produkt, resp. produkty, ktoré sú predmetom konania dotknuté a stručne opisuje daný produkt, prípadne dopyt po danom produkte a systém fungovania daného trhu. To, že definícia relevantného trhu nie je v prípade kartelovej dohody potrebná, bolo v konaní dostatočne objasnené.¹⁰
23. Na účely určenia tovarov a služieb, ktoré boli dotknuté posudzovanou dohodou úrad bral správne do úvahy skutočnosť, že k protisúťažnému konaniu došlo v súvislosti s podlimitnými zákazkami realizovanými na elektronickom trhovisku, kde je každá zákazka definovaná opisom predmetu zákazky. Podľa Obchodných podmienok elektronického trhoviska (OPET) na zadanie opisu predmetu zákazky slúži tzv. opisný formulár, v ktorom je predmet zákazky definovaný všeobecnými, funkčnými a technickými špecifikáciami a/alebo osobitnými požiadavkami na plnenie.¹¹

¹⁰ Tejto otázke sa venuje aj rozsudok KS BA vo veci *Micronix* /Protimonopolný úrad SR, sp.zn. 2S/92/2020-156 zo dňa 30.9.2020.

¹¹Obchodné podmienky elektronického trhoviska, zdroj:
<https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>.

24. Vzhľadom na uvedené v posudzovanom prípade predstavuje práve predmet zákazky dopyt zo strany verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo iného objednávateľa po tovaroch, prácach a službách. K súbehu dopytu a ponuky teda na elektronickom trhovisku dochádza v rámci konkrétne vyhláseného verejného obstarávania alebo inej verejnej súťaže (podlimitnej zákazky), a to podaním cenovej ponuky zo strany jednotlivých uchádzačov.
25. Z toho dôvodu Rada úradu skúmala, akých tovarov, prác a služieb sa týkali podlimitné zákazky, ktorých sa účastníci konania zúčastňovali a zároveň posudzovala aj to, v akej oblasti jednotliví účastníci konania v posudzovanom období pôsobili.
26. V tejto súvislosti Rada úradu dodáva, že pri určení dotknutej tovarovej oblasti vychádzala z informácií o tovaroch obstarávaných v prešetrovaných zákazkách a ich CPV kódov,¹² ktoré boli spracované aj do tabuľky s názvom „*Analýza podlimitných zákaziek 2*“ realizovaných na elektronickom trhovisku, ktorú na tento účel úrad vypracoval a ktorá tvorí súčasť administratívneho spisu.¹³ Predmetný dokument obsahuje:
- informácie o zákazke, a to číslo zákazky, ktoré po zadaní na stránke www.eks.sk umožní náhľad na detaily zákazky, ktoré umožňujú identifikovanie všeobecných, funkčných a technických špecifikácií a osobitných požiadaviek na plnenie, názov zákazky, obstarávateľa a lehotu plnenia,
 - vyhodnotenie priebehu obstarávania, a to informácie o ponukách uchádzačov, víťaza obstarávania a víťaznú sumu zákazky s DPH a bez DPH,
 - informácie o obstarávaných tovaroch a službách, najmä predmet zákazky, dotknuté tovary a posúdenie, či predmet zákazky patrí do hlavnej náplne podnikania účastníkov konania,
 - informácie o dodávkach tovaru medzi účastníkmi konania, v prípadoch, kedy úrad identifikoval spojitosť s konkrétnou zákazkou.
27. Na základe analýzy opisu predmetu jednotlivých podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska dospela Rada úradu rovnako ako úrad k záveru, že predmetom týchto súťaží bolo predovšetkým:
- dodanie nábytku a zdravotníckeho vybavenia a
 - dodanie odevov, obuvi a textilných výrobkov.
28. V prípade zákaziek na dodanie nábytku a zdravotníckeho vybavenia ide predovšetkým o zákazky na dodanie nábytku podľa potrieb objednávateľa, ktoré

¹² Pojmom „Spoločný slovník obstarávania“ („CPV“) sa označuje systém jednotnej klasifikácie pre verejné obstarávanie, ktorý je zameraný na štandardizáciu údajov používaných na zatriedenie predmetu zákazky. Pozri Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 z 5. novembra 2002 o spoločnom slovníku obstarávania (CPV) (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 6/zv. 5) v platnom znení. Súčasná verzia Slovníka obstarávania CPV pozostáva z hlavného slovníka a doplnkového slovníka, ktoré vymenúvajú tovary, práce a služby, ktoré sa používajú v rámci obstarávania. Predmet zákazky je určený podľa číselných kódov jednotlivých častí zákazky pre hlavný predmet, resp. aj doplňujúce predmety z Hlavného slovníka (CPV).

¹³ Spis. č. 403 - tabuľka Analýza podlimitných zákaziek 2.

spadajú do oddelenia Hlavného slovníka CPV kódov:

- č. 39100000-3 Nábytok,
- č. 33100000-1 Zdravotnícke vybavenie,

pričom zákazky sa realizovali predovšetkým v rámci skupín, tried a podkategórií tak ako boli vymedzené v prvostupňovom rozhodnutí.

29. Uvedené zákazky boli realizované vrátane služieb dopravného, ktoré súviseli so zabezpečením dopravy tovaru na miesto plnenia.
30. V prípade posudzovaných podlimitných zákaziek pritom išlo predovšetkým o dodanie tovarov určených na špecifické používanie pre vopred určené subjekty, a to najmä pre nemocnice a iné zdravotnícke zariadenia, pre vojenskú, colnú, väzenskú správu, ako aj sociálne zariadenia, či vzdelávacie inštitúcie, teda o zákazky, ktorých sa vo všeobecnosti zúčastňujú najmä takí podnikatelia, ktorí sú spôsobilí zabezpečiť dodávku dopytovaných tovarov v súlade s funkčnou a technickou špecifikáciou predmetu zákazky.
31. Vzhľadom na všetky uvedené skutočnosti, berúc do úvahy, že v prípade cieľových dohôd nie je nutné definovať relevantný trh detailne, dospela Rada úradu k záveru, že v danom prípade, sa obmedzenie hospodárskej súťaže priamo alebo nepriamo týkalo oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia (ďalej len „trh dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia“) a oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov (ďalej len „trh dodávok odevov, obuvi a textilu“), a to vrátane služieb dopravného.
32. Po analýze podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska, ktorých sa protisúťažné konanie dotýkalo, dospela Rada úradu k záveru, že podmienky pre dodanie tovarov a služieb, ktoré boli predmetom protisúťažného konania sú homogénne na celom území Slovenskej republiky. Z pohľadu geografického teda neexistujú rozdiely v podmienkach hospodárskej súťaže medzi jednotlivými časťami Slovenskej republiky. Na základe uvedeného Rada úradu konštatuje, že prvostupňový orgán správne vymedzil pre účely tohto správneho konania územie dotknuté posudzovanou dohodou ako celé územie Slovenskej republiky.
33. Vzhľadom na skutočnosť, že protisúťažné správanie sa týkalo obchodovania podlimitných zákaziek na elektronickom trhovisku, prvostupňový orgán skúmal aj to, či sú účastníci konania evidovaní v registri dodávateľov,¹⁴ ktorý obsahuje osobné profily dodávateľov, a aké predmety podnikania jednotliví účastníci konania v súlade s klasifikáciou tovarov, stavebných prác alebo služieb uviedli v rámci tejto klasifikácie predmetu podnikania. V zmysle Obchodných podmienok elektronického trhoviska (OPET) totiž každý, kto má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní prostredníctvom elektronického trhoviska alebo kto chce predložiť ponuku prostredníctvom elektronického trhoviska, je povinný sa registrovať na elektronickom trhovisku ako dodávateľ.¹⁵

¹⁴ <https://portal.eks.sk/SpravaDodavatelov/VerejnyProfilDodavatelya/Prehľad>.

¹⁵ Čl. IV (Dodávateľ), ods. 1 prvej časti (Trhový poriadok) Obchodných podmienok elektronického trhoviska, zdroj: <https://portal.eks.sk/SpravaOpet/Opet/VerejnyDetail>.

34. Rada úradu konštatuje, že všetci účastníci dohody boli v posudzovanom období registrovaní na elektronickom trhovisku v pozícii dodávateľ, a to od nasledujúceho dátumu:

Účastník dohody	Dátum registrácie na EKS
ARTRA	20.12.2014
ČECHOVO	02.12.2014
JANOLI	02.12.2014
JASTA	02.02.2016
MARINI	16.06.2015
PMB Slovakia	03.07.2015

35. V rámci registrácie na elektronickom trhovisku si jednotliví účastníci určili „Klasifikáciu predmetu podnikania“, t.j. zvolili si CPV kódy, ktoré zodpovedajú tovarom a službám, o ktorých majú záujem byť informovaní prostredníctvom zaslania automatického e-mailu o vyhlásení zákazky. Rada úradu teda vychádzala z údajov v administratívnom spise a prvostupňovom rozhodnutí, kde je detailne uvedené, aké si jednotliví účastníci dohody na elektronickom trhovisku zvolili CPV kódy na tovary.
36. V zmysle Obchodných podmienok elektronického trhoviska každý dodávateľ, ktorý je registrovaný na elektronickom trhovisku, je oprávnený po vyhlásení zákazky predložiť objednávateľovi svoju ponuku, a to v lehote na predkladanie ponúk. Systém elektronického trhoviska teda nevyhodnocuje u každého uchádzača, ktorý predloží svoju ponuku, či je aj reálne spôsobilý dodať obstarávaný tovar bližšie konkretizovaný cez všeobecnú, funkčnú a technickú špecifikáciu predmetu zákazky a/alebo osobitné požiadavky na plnenie. Podmienkami pre účasť na podlimitných zákazkách realizovaných s využitím elektronického trhoviska je tak iba úspešná registrácia na elektronickom trhovisku a predloženie ponuky v stanovenej lehote.
37. Z vyššie uvedeného teda vyplýva, že podmienky pre účasť v posudzovaných podlimitných zákazkách realizovaných s využitím elektronického trhoviska spĺňal každý účastník dohody, keďže všetci účastníci dohody v čase uskutočňovania predmetných podlimitných zákaziek boli registrovaní na elektronickom trhovisku a svoje ponuky predložili v čase pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, a to aj napriek skutočnosti, že v zmysle verejne dostupných informácií o podnikateľskej činnosti účastníkov konania, ktoré sú spracované, nie všetci účastníci konania sa v praxi zameriavali na predaj takého tovaru a poskytovanie takých služieb, ktoré boli predmetom jednotlivých posudzovaných podlimitných zákaziek.
38. Rada úradu však zhodne ako prvostupňový orgán dospela k záveru, že podmienkou účasti podnikateľa na dohode obmedzujúcej súťaž nie je zhoda medzi trhom, na ktorom je podnikateľ aktívny a medzi trhom, na ktorom sa podnikateľ dopustil protisúťažného konania, ale existencia vôle podnikateľa správať sa na konkrétnom trhu takým spôsobom, ktorého cieľom alebo následkom

je obmedzenie hospodárskej súťaže.¹⁶

5. APLIKÁCIA PRÁVNÝCH PREDPISOV

39. Rada úradu rovnako ako úrad v správnom konaní hmotnoprávne posudzovala konanie podnikateľov podľa zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov.
40. Úrad správne aplikoval aj procesné ustanovenia, keď postupoval v súlade so zákonom účinným od 27.12. 2016.
41. Správny orgán ukladá sankciu podľa právneho predpisu účinného v čase, kedy bol správny delikt spáchaný. Keďže v tomto prípade išlo o trvajúci správny delikt, ktorý je spáchaný jeho dokonaním a za deň ukončenia porušovania bol určený deň 28.4.2017, pri ukladaní pokút bol aplikovaný zákon v znení účinnom od 27.12. 2016.
42. Nakoľko sa väčšina hmotnoprávných ani procesnoprávných ustanovení zákona v rozhodnom období nemenila, v texte tohto rozhodnutia Rada úradu používa jednotne skratky „zákon“ alebo „zákon o ochrane hospodárskej súťaže“, pokiaľ nebolo potrebné znenie ustanovenia bližšie špecifikovať.

6. NÁMIETKY ÚČASTNÍKOV KONANIA A VYJADRENIA RADY ÚRADU

43. Rada úradu sa vyjadruje k námietkam účastníkov konania, ktoré títo predložili voči záverom prvostupňového rozhodnutia v rozkladoch, vo vyjadreniach k rozkladom ako aj vo vyjadreniach k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia. Rada úradu sa vyjadruje k jednotlivým námietkam podľa oblastí, ktorých sa tieto týkajú. Vzhľadom na to, že námietky účastníkov konania sa v mnohom prekrývajú Rada úradu na ne reaguje spoločne v jednom vyjadrení, pričom k námietkam jednotlivých účastníkov konania sa vyjadruje osobitne iba vtedy, keď je to potrebné vzhľadom na podstatnejšiu odlišnosť námietky daného účastníka konania.
44. Účastníci konania v rozklade priamo odkazujú aj na svoje vyjadrenia už poskytnuté v prvostupňovom konaní, s ktorými sa Rada úradu oboznámila. Rada úradu sa, ako už uviedla, pritom vyjadruje primárne k tým námietkam, ktoré považuje za kľúčové, prípadne považuje za potrebné doplniť vyjadrenie prvostupňového orgánu, alebo dospela k inému záveru, ako prvostupňový orgán.

6.1 K rozsahu Výzvy pred vydaním rozhodnutia

45. Spoločne zastúpení účastníci konania v rozklade namietali, že úrad v rozhodnutí konštatoval, že postupoval v zmysle ustanovenia § 33 ods. 2 Správneho

¹⁶ 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 122.

poriadku, pričom nemal povinnosť vysporiadať sa so všetkými námietkami účastníkov konania, ktoré počas konania vznikli, predovšetkým nie s tými, ktoré nepoužil ako podklad rozhodnutia. Účastníci konania takýto postup úradu považujú za reštriktívny výklad, ktorý odporuje zmyslu a účelu predmetného ustanovenia, pričom vysporiadanie sa úradu s námietkami účastníkov spočíva v strohom popretí námietok, s čím nemožno súhlasiť. Úrad sa podľa nich nevyjadril aspoň čiastkovo vo výzve pred vydaním prvostupňového rozhodnutia k nezákonnosti IP adres a ich námietkam a urobil tak až v rozhodnutí, čím mohlo byť účastníkovi zamedzené právo sa vyjadriť sa k predbežným záverom úradu.

Vyjadrenie Rady úradu

46. Rada úradu po preskúmaní námietok a postupu prvostupňového orgánu dospela k záveru, že námietka k rozsahu výzvy pred vydaním prvostupňového rozhodnutia nie je opodstatnená. Rada úradu zároveň k tejto námietke účastníkov konania uvádza, že úrad sa otázkou IP adres zaoberal už vo výzve pred vydaním prvostupňového rozhodnutia, a to v dostatočnom rozsahu, aby sa účastníci konania mohli k jeho predbežným záverom vyjadriť, čo aj urobili a úrad následne komplexne túto otázku vyhodnotil v prvostupňovom rozhodnutí.
47. Rada úradu v tejto súvislosti zdôrazňuje, že účastníkom konania vo výzve pred vydaním prvostupňového rozhodnutia bol uvedený záver úradu, že IP adresy prvostupňový orgán považuje za dôkaz v konaní, ako aj spôsob použitia tohto dôkazu. Podľa Rady úradu sa prvostupňový orgán vyjadril k námietkam v takom rozsahu, aby bolo účastníkom konania zrejmé, na akých dôkazoch, vyhodnotení a právnych úvahách sa zakladajú jeho predbežné závery vo výzve pred vydaním rozhodnutia a zároveň v rozsahu, ktorý im umožnil vzniesť svoje vyjadrenia a námietky. Skutočnosť, že svoje závery úrad podrobnejšie odôvodnil v prvostupňovom rozhodnutí, kde taktiež reagoval na námietky účastníkov konania k výzve pred vydaním rozhodnutia, nezakladá nezákonnosť jeho postupu.
48. Rada úradu uvádza, že úrad sa s námietkami vysporiadal a jeho predbežné závery vychádzajú predovšetkým, no nie výlučne, z časti 4.3, bodov 66. až 77. výzvy pred vydaním prvostupňového rozhodnutia, čo Rada úradu považuje za dostačujúce.

6.2 K návrhu na nariadenie ústneho pojednávania

49. V rámci konania pred Radou úradu požiadal o nariadenie ústneho pojednávania účastník konania JANOLI, pričom svoju žiadosť odôvodnil iba všeobecne tým, že nariadenie ústneho pojednávania žiada za účelom detailného objasnenia skutkového stavu veci a zistenia skutočného skutkového stavu veci pre rozhodnutie. Rada úradu sa v tejto súvislosti zaoberala aj spôsobom vyhodnotenia žiadosti o ústne pojednávanie v prípade účastníka konania PMB Slovakia v rámci prvostupňového konania.
50. Podľa Rady úradu prvostupňový orgán správne a dostatočne vyhodnotil skutkový stav a správne aj aplikoval § 21 ods. 1 Správneho poriadku. Keďže skutkový stav bol náležite zistený, nebolo potrebné doplniť dokazovanie, ani odstraňovať nejaké rozpory, prípadne zisťovať ďalšie skutočnosti. Rada úradu zohľadnila, že

posudzovaný kartel účastníkov konania bol preukázaný viacerými rôznymi dôkazmi, ktoré zo svojej podstaty nie sú takého charakteru, aby mali byť vysvetliteľné výlučne ústnym vyjadrením a priamou konfrontáciou.

51. Podľa Rady úradu by ústne pojednávanie neprispelo k lepšiemu objasneniu veci, keďže jednotliví účastníci konania sa k jednotlivým sporným otázkam už opakovane písomne vyjadrili a nie je predpoklad, že ich zamestnanci alebo iní zástupcovia uvedú nové alebo doplňujúce skutočnosti takého charakteru, ktoré by mohli viesť k inému posúdeniu veci. Účastníci konania pritom boli informovaní prvostupňovým orgánom pomerne podrobne o tom, čo úrad považuje za dôkazy protisúťažného správania, ako ich získal, následne boli vyzvaní na vyjadrenie sa k záverom úradu a teda mali priestor uviesť akékoľvek skutočnosti spochybňujúce zistenia úradu.
52. Rada úradu pritom tiež vychádzala aj z toho, že správne konanie je vo svojej podstate písomné, čo účastníci konania v tomto správnom konaní využili a predložili opakovane svoje písomné podania, v ktorých zväčša opakujú svoje tvrdenia, ktoré uvádzajú počas celého konania. Súčasne sa mali možnosť všetci účastníci oboznámiť so svojimi písomnými podaniami navzájom, ako aj so všetkými podkladmi v súvisiacom spisovom materiáli, ktoré predstavujú podklad rozhodnutia.
53. Zároveň Rada úradu prihliadla aj na zásadu hospodárnosti a efektívnosti. Vzhľadom na dostatočne zistený skutkový stav veci ani Rada úradu nepovažuje nariadenie ústneho pojednávania za potrebné, keďže toto by už neprispelo k ďalšiemu objasneniu veci.¹⁷

6.3 K návrhom na prerušenie konania

54. Účastníci konania poukazujú na to, že v priebehu správneho konania boli úradu doručené opakované žiadosti účastníkov konania na prerušenie konania úradu až do doby meritórneho rozhodnutia Ústavného súdu SR, resp. Krajského súdu SR, a to z dôvodu, že:

- dňa 13.9.2018 podali spoločne zastúpení účastníci na Ústavný súd SR

¹⁷ Pozri rozsudok Najvyššieho súdu SR č. k. 10 Sžo/387/2015 z 23.2.2017, ktorým v právnej veci týkajúcej sa administratívneho trestania odmietol záver krajského súdu, podľa ktorého tým, že správny orgán nenariadil vo veci ústne pojednávanie, došlo k takej procesnej vade, ktorá mohla mať vplyv na zákonnosť rozhodnutia. NS SR vyslovil záver, že podľa judikatúry EŠLP neuskutočnenie ústneho pojednávania nespôsobuje ujmu požiadavkám článku 6 ods. 1 Dohovoru vo vzťahu k ústnosti a verejnosti konania v prípadoch, keď skutkové okolnosti nie sú sporné a právne otázky sa nevyznačujú osobitnou zložitou (napr. *Varela Assalino* proti Portugalsku, rozhodnutie zo dňa 25.4.2002, č. sťažnosti 64336/01). Pozri tiež : Zbierka stanovísk NS SR 4/2018, Rozsudok NS SR z 13. 12. 2017, sp.zn. 6Asan/2/2016 I. cit: „*Nariadenie ústneho pojednávania správnymi orgánmi vo veciach správnych deliktov a iných správnych deliktov je len fakultatívne. V rámci tejto kategórie správnych deliktov sa zásada ústnosti neuplatňuje, a to spolu so zásadou verejnosti a bezprostrednosti. V zmysle správneho poriadku nariadenie ústneho pojednávania je ponechané na správnej úvahe správneho orgánu a jeho správna úvaha závisí od skutkových okolností v danej veci. Nič na tom nemení ani skutočnosť, že zákon o priestupkoch upravil inštitút ústneho pojednávania v priestupkových veciach kogentným spôsobom.*“

ústavnú sťažnosť pre porušenie základných práv a slobôd podľa čl. 127 Ústavy SR, na základe ktorej by mal Ústavný súd SR posúdiť, či má byť zriadená osobitná komisia Národnej rady SR na kontrolu používania informačno-technických prostriedkov, ktorá by následne posúdila podnet spoločne zastúpených účastníkov konania na kontrolu zákonnosti využívania IP adres ako dôkazného prostriedku v konaní pred úradom;

- dňa 27.3.2019 podali na Krajský súd v Bratislave žalobu proti inému zásahu orgánu verejnej správy a návrh na priznanie odkladného účinku žaloby, ktorou žiadajú Krajský súd v Bratislave, aby úradu zakázal oboznamovať sa, nakladať a šíriť informácie poskytnuté úradu na CD a DVD od Ministerstva vnútra SR (IP adresy) a prikázal úradu tieto nosiče, ako aj všetky ďalšie dokumenty obsahujúce IP adresy zničiť. Listom zo dňa 24.4.2018 účastník konania PMB Slovakia úradu oznámil, že sa k uvedenej žalobe pripojil. Účastník konania ako žalobca zároveň Krajský súd v Bratislave žiadal o priznanie odkladného účinku žaloby s odôvodnením, že inak mu hrozí vážna ujma v podobe pokuty, ktorú by mu úrad v konaní uložil.

55. Spoločne zastúpení účastníci konania majú za to, že keďže sú v tomto konaní úradom použité proti nim nezákonne získané dôkazy vo forme IP adres, je potrebné prerušiť toto správne konanie až do doby, kým sa samotné posúdenie iného zásahu zo strany úradu neposúdi správnym súdom. Účastník konania PMB Slovakia má za to, že podanie správnej žaloby voči úradu je jednoznačne predbežnou otázkou, keď v dôsledku nezákonného zásahu úradu boli priamo dotknuté jeho práva a právom chránené záujmy. Na základe nezákonného postupu úradu, úrad disponuje s nezákonným dôkazom – nezákonne získanými nosičmi, ktoré sa stali jedným z hlavných a kľúčových dôkazov na preukázanie údajného protisúťažného konania účastníkov konania. Predbežnou (prejudiciálnou) otázkou je otázka, od posúdenia ktorej závisí rozhodnutie vo veci, ktorá je predmetom správneho konania a na jej vecné rozhodnutie nie je príslušný správny orgán, pred ktorým prebieha dané konanie, ale iný správny orgán, prípadne súd. Ide teda o otázku, ktorá môže byť predmetom samostatného konania. Zákaz pre úrad spočívajúci v tom, že tento nie je oprávnený (okrem iného) používať a nakladať s údajmi z nezákonne získaného dôkazu účastník konania nepovažuje za patriaci do kompetencie orgánu, ktorý vo veci rozhoduje (t.j. úradu), a to z dôvodu, že tento nie je oprávnený a teda nie je v jeho právomoci, aby sám sebe stanovil takýto zákaz.

Vyjadrenie Rady úradu

56. Podľa § 29 Správneho poriadku správny orgán konanie preruší, ak sa začalo konanie o predbežnej otázke.
57. Podľa § 40 Správneho poriadku ak sa v konaní vyskytne otázka, o ktorej už právoplatne rozhodol príslušný orgán, je správny orgán takým rozhodnutím viazaný; inak si správny orgán môže o takejto otázke urobiť úsudok alebo dá príslušnému orgánu podnet na začatie konania.
58. Podanie žaloby o nezákonný zásah na Krajský súd, resp. podanie na Ústavný súd SR je nepochybne právom účastníkov konania, čo Rada úradu nijako

nepopiera, a i keď sa týka dôkazov použitých v prebiehajúcom správnom konaní nejde o situáciu, kedy úrad nemohol pokračovať v konaní, pretože by musel počkať na vyriešenie predbežnej otázky, na vyriešenie ktorej je kompetentný iný orgán.

59. Správny poriadok pojem predbežná otázka používa, ale priamo nedefinuje. Podľa názoru právnej teórie predbežnou, tzv. prejudiciálnou otázkou treba rozumieť takú otázku, zodpovedanie ktorej podmieňuje rozhodnutie vo veci, ktorá je predmetom správneho konania. Súčasne je to taká otázka, ktorej rozhodnutie nepatrí do kompetencie správneho orgánu, ktorý vo veci rozhoduje.¹⁸ Odpoveď na ňu teda môže byť predmetom iného samostatného konania. Už z definície predbežnej otázky, na ktorú odkazuje aj účastník konania teda vyplýva, že konanie na ústavnom súde alebo krajskom súde nespĺňa naplnenie podmienky konania o predbežnej otázke.
60. Podľa Správneho poriadku pokiaľ príslušný orgán, t.j. iný ako úrad, resp. Rada úradu, ktorý je v danej veci oprávnený konať, ešte nevydal rozhodnutie, môže si úrad/Rada úradu urobiť predbežný záver o danej otázke aj sám, prípadne dať príslušnému orgánu podnet na konanie. V tomto prípade úrad neriešil žiadnu otázku, ktorej zodpovedanie by čo i len čiastkovo prináležalo do kompetencie iného príslušného orgánu, na ktorého konanie a rozhodnutie by mal vyčakať, resp. ktorému by mohol aj sám podať podnet na konanie o vyriešenie otázky, ktorá je pre pokračovanie v jeho konaní nevyhnutná. Úrad a ani Rada úradu v priebehu správneho konania neidentifikovali predbežnú otázku, ktorú má primárne riešiť iný príslušný orgán.
61. Rada úradu odmieta tvrdenie, že vzhľadom na to, že úrad/Rada úradu nemôže sama sebe uložiť zákaz pre nakladanie s dôkazmi, na čo je oprávnený súd, uvedené by malo odôvodňovať charakter konania pred súdom ako konania o predbežnej otázke.
62. Úrad ako aj Rada úradu posudzujú v tomto prípade skutočnosti, ktoré patria priamo do ich kompetencie. A ako uvádza aj samotný účastník konania PMB Slovakia, Rada úradu nemôže ako predbežnú otázku v zmysle bežného postupu podľa § 29 Správneho poriadku vyhodnocovať zákonnosť svojho vlastného postupu, preto ani nemôže byť aplikovaná tá časť daného zákonného ustanovenia, že by si mohla urobiť v tomto iba úsudok pokiaľ ešte o predbežnej otázke nebolo právoplatne rozhodnuté príslušným orgánom, v tomto prípade súdom, alebo že by mohla dať podnet na konanie v takejto veci súdu (preskúmanie zákonnosti postupu úradu, ktorý posudzuje sama). Na druhej strane Rada úradu je plne kompetentná posúdiť zákonnosť postupu úradu pri nakladaní so získanými dôkazmi. Už z logiky veci teda nemožno za predbežnú otázku považovať preskúmvacie konanie súdu v tomto prípade. Vo väčšine rozhodnutí úradu (vzhľadom na dispozičné právo účastníkov konania) tieto sú následne na základe žaloby preskúmvané súdom. Súd pritom tú istú vec - postup úradu môže preskúmvávať už na základe žaloby o nezákonný zásah úradu, prípadne až na základe žaloby, ktorou sa preskúmvava právoplatné rozhodnutie úradu. Zrejme by nebolo sporné, že preskúmvanie konečného

¹⁸ Košičiarová Soňa: Správny poriadok. Šamorín: Heuréka, 2004, s. 175.

rozhodnutia úradu nie je možné považovať za konanie o predbežnej otázke, keďže už je vo veci úradom rozhodnuté. Nie je preto zrejmé, prečo by iný prístup mal byť aplikovaný iba z dôvodu iného času riešenia veci súdom, keď tento posudzuje rovnaké otázky, ktoré by v prvom prípade riešil až po ukončení konania úradom, zatiaľ čo v tomto prípade úrad, resp. Rada úradu ešte koná, teda súd by mal vec posudzovať súčasne s konaním Rady úradu.

63. Ako bolo už uvedené, predbežná otázka je otázka, ktorá by mohla byť predmetom iného konania pred iným orgánom ako je úrad, a to prebiehajúceho aj paralelne so správnym konaním pred úradom. V prípade prieskumu súdom sú tieto dve konania (t.j. pred úradom a pred súdom) ovládané zásadou subsidiarity, keď súdne konanie nastupuje buď až právoplatným rozhodnutím úradu alebo zrealizovaním úkonu úradom, ktorý má byť preskúmaný. V tejto súvislosti je potrebné tiež zdôrazniť, že judikatúra potvrdila prednosť pre vyriešenie otázky v správnom konaní pred súdnym prieskumom, ktorý by mal nastúpiť práve až po vyčerpaní všetkých prostriedkov pred správnymi orgánmi.¹⁹
64. To, že pod predbežnou otázkou nemožno vnímať preskúmavanie rozhodnutia úradu správnym súdom, ako je tvrdené účastníkmi konania, svedčí aj doterajšia prax úradu, keď úrad v takýchto prípadoch neprerušoval konanie, čo doposiaľ nebolo nijako spochybnené súdom.²⁰ Naopak, súd zastavil konanie, keď sa účastníci konania v danom správnom konaní obrátili aj na NS SR s návrhmi na ochranu pred nezákonným zásahom. Dôvodom bolo, že podľa NS SR v rovnakej veci koná Rada úradu²¹. Súdne konanie by tak podľa súdu nahrádzalo konanie pred Radou úradu a súdny zásah by stratil subsidiárny charakter, s čím sa Rada úradu plne stotožňuje.
65. Nie je preto odôvodnené, aby úrad, resp. Rada úradu zostali nečinní, pričom by navyše ďalej plynuli lehoty, ktoré nie je možné prerušiť rozhodnutím v zmysle § 29 Správneho poriadku alebo na základe zákona. V prípade, že by súd následne na základe už podanej žaloby vydal rozhodnutie, ktoré by malo vplyv na závery úradu, je tento povinný ich rešpektovať. Nie je preto potrebné a ani vhodné konanie prerušiť. Takýmto postupom, ktorý je plne v súlade s právnymi

¹⁹ Pozri napríklad rozsudok Najvyššieho súdu SR, sp.zn. 5 Sžnz/6/2015-104 zo dňa 29. júna 2016 vo veci nezákonného zásahu - *Edenred Slovakia, s.r.o.*, v obdobnej veci cit. :*“Ochrana verejných subjektívnych práv fyzických a právnických osôb zo strany správnych súdov má subsidiárny charakter vo vzťahu k ochrane, ktorú poskytujú orgány verejnej správy. Preto fyzická alebo právnická osoba, ktorej práva boli porušené alebo ohrozené má sa prioritne domáhať ochrany svojich práv na správnom orgáne. Ak nedošlo k náprave ochrany zo strany orgánu verejnej správy, je možné, aby sa fyzická alebo právnická osoba domáhala ochrany svojich práv na správnom súde. Vyplýva to z historicky daného a v Slovenskej republike garantovaného postavenia správneho súdnictva, ktorého úlohou nie je nahrádzanie vecných kompetencií orgánov verejnej správy, ale zabezpečenie ich kontroly nezávislou súdnou mocou.... Vzhľadom na to, že navrhovateľ napáda skutočnosti, ktoré budú preskúmané Radou úradu v druhostupňovom konaní, a v rámci nich skutočnosti, ktoré ako úkony správneho orgánu vykonávané v správnom konaní ani nemôžu byť predmetom návrhu v zmysle § 250v O.s.p.. najvyšší súd zastáva názor, že musí návrh zastaviť....Navrhovateľ rozhodnutie prvostupňového orgánu v rámci zákonnej lehoty napadol riadnym opravným prostriedkom – rozkladom, ktorý obsahuje aj námietky aké sú obsiahnuté v návrhu na ochranu pred nezákonným zásahom odporcu. Preto nie je v tomto štádiu súdneho konania dôvod preskočiť administratívneho konania a posudzovať tú istú vec súdom...”*

²⁰ Vid' postup v správnom konaní úradu č. 0003/OKT/2015 vo veci možných dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž - Uznesenie Najvyššieho súdu č. k. 8 Sžnz 6/2015-100 z 29. júna 2016, Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky III. ÚS 676/2016-13.

²¹ Vid' poznámka vyššie.

predpismi a judikatúrou súdov, sa zabezpečí efektívne plnenie úloh úradu podľa zákona a predovšetkým nijako nedoručuje k ohrozeniu práva účastníkov konania, ktorí sa svojich práv môžu domáhať.²²

66. V tomto prípade nie je teda daný dôvod na prerušenie konania podľa § 29 Správneho poriadku.

6.3 K IP adresám ako dôkazu v konaní

Námietky spoločne zastúpených účastníkov konania

Nezákonný postup úradu – získanie telekomunikačného tajomstva

67. Spoločne zastúpení účastníci konania v konaní pred úradom, Radou úradu, ako aj pred správnym súdom na základe podanej žaloby namietajú nezákonnosť postupu úradu, ktorý mal podľa nich nezákonne získať informácie tvoriace telekomunikačné tajomstvo podľa § 63 ods. 1 zákona o elektronických komunikáciách (ZoEK), s ktorými v tomto konaní disponuje, nakladá s nimi, spracúva ich a nezákonne šíri. Úrad tak svoje závery podľa nich stavia výlučne na nezákonných dôkazoch o IP adresách, na ktoré však úrad nemôže prihliadať.
68. Spoločne zastúpení účastníci konania Rade úradu doručili tiež „*Vyjadrenie žalobcov zo dňa 20.1.2021 k vyjadreniu žalovaného zo dňa 24.7.2019 v znení doplnenia zo dňa 20.8.2019*“, predložené v súdnom konaní pred KS v BA, sp. zn. 8Sa/20/2019, zo dňa 20.1.2021. Žalobcovia sa podanou žalobou proti inému zásahu orgánu verejnej správy, ako už bolo vyššie uvedené, domáhajú ochrany svojich práv pred nezákonným faktickým postupom (iným zásahom) žalovaného úradu v tomto správnom konaní. V tomto svojom vyjadrení opakujú námietky už vznesené v doterajšom správnom konaní. Zároveň podávajú argumentáciu vo vzťahu k tomu, prečo by súd mal vo veci rozhodovať, keď poukazujú na to, že sa nedomáhajú, aby správny súd suploval činnosť úradu. Predmet súdneho konania čo do merita veci je podľa ich názoru zásadne odlišný, nakoľko správny súd nebude žiadnym spôsobom činiť závery vo vzťahu k prebiehajúcemu správnomu konaniu, ale zameria sa výlučne na to, či iný zásah (faktický postup žalovaného) je alebo nie je iným zásahom v zmysle ust. § 3 ods. 1 písm. e/ Správneho súdneho poriadku. Konštatujú, že nejde a ani nepôjde o čiastkovú kontrolu jednotlivých dôkazov ako takých, ale predmetom konania o žalobe žalobcov je faktický postup žalovaného, ktorý sám o sebe vykazuje zjavné vady nezákonnosti a ktorým je neprestajne zasahované do práv a právom chránených záujmov žalobcov.
69. Poukázali tiež na § 55 ods. 5 zákona o elektronických komunikáciách²³, pričom

²² Pozri napr. Uznesenie Najvyššieho súdu č. k. 8 Sžnz 6/2015-100 z 29. júna 2016, Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky III. ÚS 676/2016-13.

²³ „Každý, kto ukladá alebo získava prístup k informáciám uloženým v koncovom zariadení užívateľa, je na to oprávnený iba ak dotknutý užívateľ udelil súhlas na základe jasných a úplných informácií o účele ich spracovania; za súhlas na tento účel sa považuje aj použitie príslušného nastavenia webového prehliadača alebo iného počítačového programu. Povinnosť získania súhlasu sa nevzťahuje na orgán činný v trestnom konaní, Úrad verejného zdravotníctva Slovenskej republiky v rozsahu ustanovenom osobitným predpisom a iný orgán štátu. To nebráni technickému uloženiu údajov alebo prístupu k nim, ktorých jediným účelom je prenos alebo uľahčenie prenosu správy prostredníctvom siete, alebo ak je to

namietajú, že úrad ani Rada úradu nespĺnili podmienku uvedenú v tomto ustanovení. Ustanovenie § 55 ods. 5 zákona o elektronických komunikáciách pritom podľa ich názoru predstavuje *lex specialis* vo vzťahu k ust. § 22 ods. 2 a § 22 ods. 3 zákona, ktoré je voči nemu ustanovením *lex generalis*. Zároveň zdôrazňujú, že úrad nepatrí pod tzv. kategóriu iného orgánu štátu podľa § 55 ods. 6 zákona o elektronických komunikáciách.

70. Úrad podáva nezákonný výklad ustanovenia § 22 ods. 2 zákona, keď sa na podklade akéhosi všeobecne vymedzeného práva úradu o poskytnutie súčinnosti domáha informácií tvoriacich telekomunikačné tajomstvo spadajúcich pod špeciálny režim ochrany.
71. Výklad úradu a Rady úradu znamená, že akýkoľvek úrad, štátny orgán či iný tretí subjekt nespádajúci pod definíciu podniku podľa § 5 ZoEK by nebol viazaný povinnosťou ochrany telekomunikačného tajomstva.
72. Ustanovenie § 22 ods. 2 zákona predstavuje úpravu vyžiadania si informácií úradom na základe generálneho ustanovenia o súčinnosti a povinnosť dotazovaných subjektov súčinnosť poskytnúť, zatiaľ čo ustanovenie § 63 zákona o elektronických komunikáciách predstavuje úpravu vyžiadania si informácií tvoriacich telekomunikačné tajomstvo a podmienky pre poskytnutie súčinnosti. Ustanovenie § 22 ods. 2 zákona predstavuje všeobecné generálne ustanovenie (*lex generalis*), ktoré musí zohľadniť prípadný osobitný režim ochrany vzťahujúci sa na dopytované informácie a dodržať postup stanovený osobitným zákonom ako *lex specialis* a uplatnenie zásady *lex specialis derogat legi generali*. Spoločne zastúpení účastníci konania, nesúhlasia preto so záverom úradu, že ide o odlišnú právnu úpravu.
73. V tejto súvislosti poukazujú účastníci konania tiež na § 3 ods. 1 Trestného poriadku, ktoré rovnako upravuje súčinnosť štátnych orgánov, právnických osôb a fyzických osôb, pričom však neznamená, že orgány činné v trestnom konaní sú oprávnené bez ďalšieho len na podklade predmetného ustanovenia sa súčasne aj oboznamovať s utajenými skutočnosťami či informáciami podliehajúcimi osobitnému režimu ochrany. Uvedené podľa nich potvrdzuje aj § 3 ods. 4 Trestného poriadku, v zmysle ktorého nie je dotknutá povinnosť zachovávať utajovanú skutočnosť, obchodné tajomstvo, bankové tajomstvo, daňové tajomstvo, poštové tajomstvo alebo telekomunikačné tajomstvo.
74. Podľa účastníkov konania je tiež absurdné argumentovať o „*obmedzeniach viažucich sa k podniku ako poskytovateľovi informácií*“, ktorý si má sám zhodnotiť, či informácie môže alebo nemôže poskytnúť, ak úrad podmieňuje povinnosť poskytnutia súčinnosti uložením pokuty do výšky 330.000 eur za absencie akéhokoľvek poučenia o možnosti odmietnutia súčinnosti v prípade informácií chránených špeciálnym režimom ochrany.
75. Ak aj Ministerstvo vnútra SR nie je podnikom zapísaným v zozname podnikov vedenom na stránke Úradu pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb, je ako štátny orgán viazaný Ústavou SR a právnym poriadkom

bezpodmienečne potrebné pre poskytovateľa služieb informačnej spoločnosti na poskytovanie služby informačnej spoločnosti, ktorú výslovne požaduje užívateľ.“

Slovenskej republiky, zdôrazňujúc čl. 2 ods. 2 Ústavy SR. V zmysle čl. 22 ods. 1 Ústavy SR je povinný rešpektovať neporušiteľnosť listového tajomstva, tajomstva iných písomností a záznamov, či už uchovávaných v súkromí, alebo zasielaných poštou, alebo iným spôsobom.

76. Výklad, ktorý predostiera úrad znamená, že akýkoľvek úrad, štátny orgán či iný tretí subjekt nespádajúci pod definíciu podniku podľa § 5 ZoEK by nebol viazaný povinnosťou ochrany telekomunikačného tajomstva, čo je v absolútnom rozpore s ústavou garantovanými základnými právami a generálnou povinnosťou zachovávať telekomunikačné tajomstvo, ktorá je ust. § 63 ods. 2 ZoEK ukladaná každému.
77. Spoločne zastúpení účastníci konania odmietajú argumentáciu úradu, že uchádzači v rámci systému EKS mali mať údajne vedomosť o tom, že Ministerstvo vnútra SR má prístup a disponuje údajmi o podnikateľoch, vrátane IP adries uchádzačov, a to na podklade verejne dostupných záznamov o priebehu zákazky a záznamov o priebehu e-aukcie.
78. Obchodné podmienky elektronického trhoviska („OPET“) zavádzajú povinnosť registrácie uchádzača na trhovisku a súčasne dali do pozornosti povinné registračné údaje, v ktorých sa však nehovorí o žiadnych údajoch o IP adrese.
79. Do znenia OPET účinnom od 1.7.2019 došlo k doplneniu čl. II bod 16, v ktorom sa uvádza cit: *„Pri každej návšteve Webového sídla trhoviska Používateľom je zaznamenávaná IP adresa pridelená zariadením, prostredníctvom ktorého Používateľ Webové sídlo trhoviska navštívil. IP adresa Používateľa je zaznamenávaná správcom EKS za účelom poskytnutia prípadnej súčinnosti orgánom verejnej moci, ako sú orgány činné v trestnom konaní, Protimonopolný úrad SR.“* Aktuálna verzia OPET a jej znenie je teda diametrálne odlišné od znenia OPET platného a účinného v posudzovanom rozhodnom období.
80. Pôvodná verzia OPET ani platná zákonná úprava ochrany osobných údajov a ochrany telekomunikačného tajomstva, nedovoľovala MV SR bez súhlasu účastníkov konania poskytnúť akémukoľvek tretiemu subjektu (vrátane PMÚ SR) údaje tvoriace osobné údaje či údaje tvoriace telekomunikačné tajomstvo. Súčasná verzia OPET pritom konvaliduje konanie MV SR do takej miery, že pripúšťa a poučuje účastníka EKS o možnosti zaznamenávania IP adries používateľov správcom EKS (teda MV SR) za účelom poskytnutia prípadnej súčinnosti orgánom verejnej moci, ako sú orgány činné v trestnom konaní, Protimonopolný úrad SR.
81. Zastúpení účastníci konania nikdy MV SR ani inému subjektu (napr. PMÚ SR) nedali súhlas na akékoľvek poskytnutie predmetných údajov o IP adresách, tvoriacich telekomunikačné tajomstvo, tretiemu subjektu.
82. Postup MV SR v konečnom dôsledku je aj v rozpore s § 39 Občianskeho zákonníka, v zmysle ktorého je právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu, neplatný.
83. Dôkaz nebol tiež získaný a vykonaný v tom procesnom štádiu, v ktorom by mohol

úrad získavať dôkazy tohto typu, nakoľko úrad pre absenciu splnenia zákonných náležitostí sa ani raz v tomto správnom konaní v príslušnom procesnom štádiu, ktoré by úrad oprávňovalo na získavanie a oboznamovanie sa s telekomunikačným tajomstvom, nenachádzal.

Telekomunikačné tajomstvo

84. Spoločne zastúpení účastníci konania nesúhlasia so závermi úradu o tom, že IP adresa je telekomunikačným tajomstvom výlučne v čase prenosu informácií v sieti. V súvislosti s argumentáciou úradu poukazujú na to, že úrad opomína, že údaje súvisiace s IP adresou neposkytujú len všeobecné bližšie nešpecifikované miesto odkiaľ bola „správa/zásielka“ odoslaná, ako v prípade poštou zasielaných informácií, kedy je možné zistiť len to, z akej pošty pokrývajúcej celý územný obvod, bola zásielka odoslaná. S IP adresou a elektronickou komunikáciou súvisia oveľa podrobnejšie údaje nielen o komunikujúcich stranách, ale aj o prevádzkových a lokalizačných údajoch, z ktorých možno zistiť konkrétnu lokáciu užívateľa koncového zariadenia, typ prístupu na internet, zdrojovú IP adresu, dátum, čas a dĺžku spojenia, či ďalšie špecifické údaje.
85. Ustanovenie § 63 ods. 1 písm. c) ZoEK nepovažuje za telekomunikačné tajomstvo prevádzkové údaje len v čase prenosu, ale aj po uskutočnení tohto prenosu, a to jednak v kontexte § 115 a § 116 Trestného poriadku a jednak v kontexte nutnosti ústavne konformného výkladu zákonov v zmysle čl. 152 ods. 4 Ústavy SR a v nadväznosti na čl. 22 Ústavy SR⁵, čl. 13 Listiny základných práv a slobôd, čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a čl. 7 Charty základných práv EÚ, ktoré zakotvujú rešpektovanie zachovania listového tajomstva, korešpondencie a tajomstva iných písomností či záznamov.
86. Spoločne zastúpení účastníci konania poukazujú tiež na rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva („EĽSP“) zo dňa 24.4.2018 vo veci *Benedik vs. Slovinsko*, ktorého právne závery sú podľa nich právne aplikovateľné aj v tomto konaní. EĽSP vo svojom rozhodnutí označil údaje o predplatiteľovi/užívateľovi IP adresy za osobné údaje, ktoré neboli verejné a ktoré viedli k identifikácii konkrétnej osoby, pričom dospel k záveru, že k získaniu prístupu k údajom týkajúcim sa dynamickej IP adresy zo strany slovinskej polície mal byť daný (písomný) súhlas súdu. Na základe uvedeného tak EĽSP vo veci *Benedik vs. Slovinsko* konštatoval porušenie čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (v texte aj ako „Dohovor“).
87. Účastníci konania tvrdia, že IP adresa je údaj, ktorý je nutné vnímať ako prevádzkový údaj podliehajúci telekomunikačnému tajomstvu v zmysle § 63 ods. 1 písm. c/ zákona o elektronických komunikáciách, čo bolo potvrdené podľa nich aj v kontexte rozsudku EĽSP vo veci *Benedik vs. Slovinsko* a rovnako podľa nich tieto závery prezentovala aj spoločnosť Slovak Telekom, a.s. (ako jeden z providerov, na ktorých sa úrad obrátil so žalobcami).

Nezákonný dôkaz

88. Účastníci konania opakovane uvádzali, že úradom získané IP adresy od MV SR nie je možné považovať za zákonom získané dôkazy z prameňa, nakoľko

nesplňajú prvok legality, legitimacy ani proporcionality za aplikácie tzv. Engel testu, a to z dôvodu že MV SR nedisponuje žiadnym zákonným oprávnením poskytovať dané informácie. Účastníci konania odkazujúc na judikatúru navrhujú vykonanie testu zákonnosti dôkazu, a to :

- či bol dôkaz získaný z prameňa, ktorý stanoví, prípadne pripúšťa zákon;
 - či bol dôkaz získaný a vykonaný procesným subjektom k tomu zákonom oprávneným;
 - či bol dôkaz získaný a vykonaný v tom procesnom štádiu, v ktorom je príslušný procesný subjekt podľa zákona oprávnený vyhľadávať a vykonávať v procesnom zmysle.
89. Z dôvodu porušenia telekomunikačného tajomstva je nutné považovať informácie o IP adresách za nezákonný, a tak po právnej stránke ničotný (nulitný) dôkaz, na ktorý nemožno v tomto konaní prihliadať.
90. Znalecký posudok znalca ustanoveného úradom bol výlučne čisto teoretický a nehovoril nič o konkrétnych IP adresách a ani o tom, či je možné a za akých okolností je to možné, aby mali viaceré spoločnosti na viacerých miestach rovnaké IP adresy, pričom toto je možné z viacerých technických dôvodov, čím sa úrad nezaobrá.
91. Úrad získal minimálne informácie o tom, či adresy používané účastníkmi konania boli statické alebo dynamické alebo informácie o tom, v akom časovom intervale sa účastníci konania mali na jednotlivé IP adresy pripájať, pričom otázky dané znalcovi nadväzovali na tieto skutočnosti.
92. Úrad v celom konaní vo vzťahu k sporným IP adresám vychádza len zo skopírovaných záznamov o telekomunikačnej prevádzke bez akejkoľvek verifikácie týchto podkladov, pri ktorých tak absentuje akákoľvek kontrola z hľadiska ich autenticity, originality, vierohodnosti a neporušiteľnosti.
93. Pokiaľ úrad uvádza, že spoločne zastúpení účastníci konania nepredložili úradu žiaden dôkaz o tom, že by bolo dôvodné mať pochybnosti o vierohodnosti, autenticite a neporušiteľnosti dôkazov získaných od MV SR, uvádzajú, že keďže nebol získaný samotný originál zdroju centrálného dátového úložiska (servera) MV SR či inak zabezpečená neporušiteľnosť IP adries získaných od MV SR, nie je zrejmé, ako môžu predložiť nejaký dôkaz. Už zo samotnej logiky veci vyplýva, že v prípade ak pri „prepise“ informácií z dátového úložiska MV SR na CD a DVD nosiče poskytnuté úradu došlo k zmene čo i len jedného čísla, zmení sa celá číselná reťaz a tak i celá IP adresa.
94. V zmysle teórie ovocia otráveného stromu, nakoľko sú IP adresy nezákonne získaným dôkazom, je nezákonným a tak neprípustným dôkazom aj znalecký posudok, ktorý musí byť z konania vylúčený.

Námietky PMB Slovakia

Nezákonný dôkaz

95. Úrad získal dátové DVD a CD nezákonne v rozpore s kogentnými ustanoveniami zákona o elektronických komunikáciách bez písomného príkazu sudcu. DVD a CD, ktoré obsahujú telekomunikačné tajomstvo (IP adresy spoločnosti PMB Slovakia a ostatných účastníkov správneho konania), sú preto nezákonným dôkazom a v predmetnom správnom konaní procesne je tento dôkaz nepoužiteľný a neprípustný.
96. Účastník konania poukazuje na to, že užívateľom je v zmysle § 5 ods. 2 zákona o elektronických komunikáciách *„osoba, ktorá používa alebo požaduje poskytovanie verejnej služby. Za užívateľa sa na účely tohto zákona považuje aj účastník a koncový užívateľ, ak sa ďalej neustanovuje inak“*. Takýmto užívateľom je teda v správnom konaní jednak spoločnosť PMB Slovakia, ktorá pri účasti na jednotlivých verejných obstarávaníach využívala služby elektronického trhoviska a taktiež aj Ministerstvo vnútra SR, ktoré je v zmysle § 13 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov správcom elektronického trhoviska, pričom, ako vyplýva z povahy veci, prístup na elektronické trhovisko sa uskutočňuje prostredníctvom elektronickej komunikačnej siete.
97. Z legálnej definície zakotvenej v § 57 ods. 1 zákona o elektronických komunikáciách implicitne vyplýva, že medzi prevádzkové údaje, patrí aj IP adresa, ktorá je telekomunikačným tajomstvom a medzi povinné osoby, ktoré sú povinné zachovávať o ňom mlčanlivosť, spadá aj úrad. Úrad nie je osobou oprávnenou na sprístupnenie telekomunikačného tajomstva, avšak napriek uvedenému je súčasťou správneho konania dátový CD a DVD nosič s obsahom telekomunikačného tajomstva. Uvedené možno vnímať aj ako porušenie článku 2 ods. 2 Ústavy SR, podľa ktorého *„štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon“*.
98. Účastník konania poukazuje tiež na ustanovenia zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok, konkrétne na § 3 ods. 1, podľa ktorého síce sú *„štátne orgány, vyššie územné celky, obce a iné právnické osoby a fyzické osoby povinné poskytnúť súčinnosť orgánom činným v trestnom konaní a súdu“*, týmto však v zmysle ods. 4 tohto paragrafu nie je dotknutá ich povinnosť zachovávať okrem iných telekomunikačné tajomstvo. Nakoľko obdobná úprava v Správnom poriadku absentuje, je podľa neho potrebné použitím *argumentum a fortiori* a v zmysle analógie trestného a správneho trestania aplikovať uvedené aj na prebiehajúce správne konanie.
99. Ďalej poukazuje na to, že úrad môže použiť len taký dôkaz, ktorý je zákonný, prípadne zákonne získaný. Preto akýkoľvek dôkaz musí správny orgán podrobiť testu legality podľa právneho predpisu, ktorý sa pre jeho zadováženie a akceptáciu vyžaduje.
100. Účastník konania ďalej spochybňuje autenticitu nezákonne získaného dôkazu (predmetného CD a DVD nosiča a údajov na nich zaznamenaných) s prihliadnutím na nezákonný zásah úradu spočívajúci v používaní a uchovávaní údajov z predmetného CD a DVD nosiča v rozpore so zákonom o elektronických komunikáciách. Tiež aj postup úradu, ktorému tento zásah predchádzal, keď úrad listom zo dňa 14.3.2017 a listom zo dňa 21.6.2017 podľa § 22 ods. 2 zákona

požiadal Ministerstvo vnútra SR, ako správcu elektronického trhoviska, o poskytnutie údajov o IP adresách spoločnosti PMB Slovakia a ostatných účastníkov správneho konania pod hrozbou uloženia pokuty.

101. Účastník konania obsiahlejšie v rozklade poukazuje tiež na judikatúru ako slovenských súdov tak európskych súdov, ktorá sa týka všeobecných princípov dokazovania.

Vyjadrenie Rady úradu

102. Všetci účastníci konania argumentujú zhodne určitými okruhmi námietok a aj vzájomne odkazujú na svoje námietky, Rada úradu sa preto vysporiadala s týmito spoločne pre všetkých účastníkov konania a osobitne sa vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania vyjadruje iba vtedy, ak ide o námietky týkajúce sa výlučne konkrétneho účastníka konania.
103. Jedným z okruhov námietok je neoprávnené a nezákonné získanie dôkazu o IP adresách, ktoré účastníci konania považujú za kľúčový dôkaz v tomto konaní a jeho spochybnením považujú skutkový stav za nepreukázaný.
104. Ako však vyplýva z preskúmaného prvostupňového rozhodnutia a s ním súvisiaceho administratívneho spisu, IP adresy nepochybne boli súčasťou širšieho súboru dôkazov, o ktoré prvostupňový orgán opiera svoje závery, a teda nie iba jediným kľúčovým dôkazom. Zohľadnenie používania rovnakej IP adresy v určitých opakovaných situáciách iba dopĺňa ďalšie dôkazy zhromaždené o posudzovanom protiprávnom konaní, čomu sa Rada úradu venuje ďalej v tomto texte.
105. Vzhľadom na spochybňovanie tohto dôkazu a jeho použitie úradom sa Rada úradu prípustnosťou tohto dôkazu v konaní dôsledne zaoberala.
106. Účastníci konania v konaní poukazovali napr. na nález Ústavného súdu SR sp.zn. II ÚS 5/2011-77 z 15. decembra 2011, ktorý posudzoval stret medzi verejným záujmom na dôslednom objasnení rozhodujúcich skutočností potrebných na vydanie rozhodnutia v konaní a ochranou určitých práv, resp. oprávnených záujmov, ktoré bránia použitiu niektorého dôkazného prostriedku. Je nepochybné, že konštatovanie Ústavného súdu SR je realizované v mnohých konaniach, kedy aplikujúci orgán, či už súd alebo správny orgán musí takýto stret riešiť a vyhodnotiť. Ako však citujú aj samotní účastníci konania, z predmetného nálezu vyplýva, že vo všeobecnej rovine možno konštatovať, že prednosť má verejný záujem na dôslednom objasnení rozhodujúcich skutočností potrebných na vydanie rozhodnutia, avšak za súčasného spolupôsobenia bŕzd daných s ohľadom na ochranu určitých práv, resp. oprávnených záujmov. Tým je dané, že nie všetky prostriedky, pomocou ktorých by objektívne bolo možné zistiť a objasniť skutočný stav veci, sa smú použiť v príslušnom konaní.
107. Ako vyplýva z vykonaného dokazovania, úrad o poskytnutie IP adries, keďže tieto nebolo možné získať z verejne dostupných zdrojov, požiadal písomne Ministerstvo vnútra SR, ktoré tieto informácie predložilo úradu spolu s listom zo dňa 28. 3.2017 a doplnenie listom zo dňa 7. 7.2017, na DVD, resp. CD nosiči. Úrad svoju žiadosť o predloženie informácii pritom odôvodnil odkazom na

§ 22 ods. 2 zákona, čo rovnako účastníci konania napádajú v tom zmysle, že uvedené ustanovenie zákona rozhodne neoprávňuje úrad žiadať informácie chránené v špeciálnom režime. Svoju argumentáciu v tomto smere podporujú aj odkazom na trestné právo. Zastávajú tiež názor, že k ustanoveniu § 22 ods. 2 zákona ako *lex generalis* je špeciálnym ustanovením - *lex specialis* ustanovenie § 63 zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších predpisov (v texte aj ako ZoEK“), ktoré poskytnutie takých informácií vylučuje ako aj § 55 ods. 5 daného zákona.

108. Základná kompetencia úradu pre získavanie informácií je zakotvená v § 22 ods. 2 zákona, podľa ktorého cit.: „*V súvislosti s plnením úloh podľa tohto zákona a podľa osobitného predpisu ^{1aa)}24 má úrad právo vyžadovať od podnikateľov, ako aj od vedúcich zamestnancov podnikateľa, štatutárnych orgánov podnikateľa, kontrolných orgánov podnikateľa alebo od členov týchto orgánov podnikateľa, alebo od iných zamestnancov podnikateľa (ďalej len „zamestnanci podnikateľa“), ako aj od iných fyzických osôb a právnických osôb informácie a podklady, ktoré sú nevyhnutné pre činnosť úradu bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané, vyhotovovať z nich kópie a výpisy alebo vyžadovať ich úradne overené preklady do slovenského jazyka, vyžadovať písomné vysvetlenie alebo ústne vysvetlenie s možnosťou vyhotovenia si jeho zvukového záznamu. Tieto subjekty sú povinné takéto informácie a podklady úradu bezplatne poskytnúť v lehote určenej úradom; v prípade utajovaných skutočností za dodržania podmienok ustanovených osobitným predpisom.*22c)“25
109. V tejto súvislosti je potrebné v prvom rade konštatovať, že zákon o ochrane hospodárskej súťaže je špeciálnym predpisom pre oblasť ochrany hospodárskej súťaže, ktorej garantom je úrad. V súčasnosti je kladený v rámci Európskej únie dôraz práve na posilňovanie nezávislosti a kompetencií súťažných orgánov, aby tieto mohli naplňovať svoje ciele a plniť úlohy, ktoré majú pri ochrane hospodárskej súťaže zabezpečovať, a to nielen v rámci národných hraníc, ale aj na trhu Spoločenstva. Základom pre silné kompetencie je predovšetkým vytvorenie zákonných podmienok pre úrad na získavanie informácií a podkladov nevyhnutných pre jeho činnosť. Neodôvodnené obmedzovanie úradu v tomto smere by malo za následok ohrozenie schopnosti úradu dostatočne a správne zistiť skutkový stav vecí, resp. podmienky na trhu a to či už v rámci prešetrovania alebo samotného konania, vrátane realizácie významného nástroja, ktorým sú aj inšpekcie. Obmedzenia v tomto smere je preto nevyhnutné vykladať striktne tak, že z ustanovení zákona pre úrad nevyplývajú žiadne obmedzenia na oboznamovanie sa s rôznym druhom informácií, pokiaľ to výslovne nevylučuje zákon alebo iný právny predpis minimálne rovnakej právnej sily. Iný výklad by úradu vylúčil možnosť získavať všetky potrebné dôkazy a tak preukázať porušovanie pravidiel hospodárskej súťaže na trhu.

110. Takýto výklad ustanovení zákona potvrdil aj Krajský súd v Bratislave vo svojom

²⁴ 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).

²⁵ Zákon č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

rozsudku sp. zn. 6S 162/2016 zo dňa 18.1.2017, potvrdený rozsudkom Najvyššieho súdu SR sp.zn. 8Sžhk/1/2017 zo dňa 20.2.2020, keď uviedol, cit: „Z uvedených zákonných ustanovení vyplýva možnosť pre správny orgán, akým je žalovaný, vyžiadať právne relevantné podklady, ktoré majú k dispozícii iné štátne orgány, orgány územnej samosprávy, fyzické osoby a právnické osoby a tieto začleniť medzi podklady pre rozhodnutie za účelom úplného (dostatočného) zistenia skutkového stavu veci...“. Súd v tejto veci dokonca ďalej konštatoval, že cit.: „Pokiaľ ide o namietaný typ dôkazu v súdnej veci – prepisy zo záznamov vyhotovených pomocou ITP (vysvetl. Rady úradu informačno-technické prostriedky), z gramatického výkladu ustanovení zákona č. 136/2001 Z. z. a správneho poriadku sa javí postup žalovaného správny, keďže z uvedených zákonných ustanovení mu nevyplýva žiadne obmedzenie čo do možnosti oboznámiť sa s takýmto druhom dôkazu a prekážka zaradiť tento dôkaz medzi ostatné dôkazy, podklady pre rozhodnutie žalovaného v predmetnej veci²⁶.... podľa § 22 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. pri plnení povinností podľa tohto zákona alebo osobitného predpisu je úrad 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 zaobstaráť si na vlastné trovy kópie spisov a ich častí, a tie použiť na účely podľa tohto zákona.“

111. Súd sa v danom prípade zaoberal tiež prípustnosťou použitého dôkazu, i keď iného typu, keďže išlo o dôkaz získaný orgánmi činnými v trestnom konaní prostredníctvom informačno-technických prostriedkov. Hoci v danom prípade vyhodnotili súdy úradom použitý konkrétny dôkaz ako nedostatočný, tento záver bol založený na konkrétnom súbore faktorov v danom konaní, predovšetkým na tom, čím konkrétne úrad v danom prípade ako dôkazom disponoval, ktoré však nie sú prítomné v tomto konaní. Rada úradu v tejto súvislosti však považuje za podstatné, že súdy nijako neobmedzili výklad ustanovení § 22 ods. 2 a 3 zákona a neodklonili sa teda vo všeobecnosti od výkladu ako ich podáva aj Rada úradu vo svojej aplikačnej praxi. Rada úradu pritom odmieta námietku spoločne zastúpených účastníkov konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, že podáva výklad predmetného súdneho rozhodnutia vytrhnutý z jeho kontextu. Rada úradu zohľadňuje čoho sa daná súdom posudzovaná vec týkala, a závery súdu na tento prípad aplikuje primerane tak, ako je to uvedené v texte tohto rozhodnutia. Rada úradu nijako nepopiera to, čo zdôrazňujú účastníci konania a teda, že úrad je oprávnený vyžiadať si informácie od orgánov činných v trestnom konaní alebo iných orgánov verejnej správy len v súlade so zákonom.
112. Zákon teda oprávňuje úrad získavať akékoľvek informácie, a to nielen od podnikateľov, ale aj od akýchkoľvek fyzických a právnických osôb, ktoré sú povinné mu tieto predložiť. Subjekty môžu nevyhovieť úradu iba v prípade, že tomu bráni iný právny predpis a súčasne úrad nepatrí na základe daného predpisu medzi subjekty oprávnené na oboznamovanie sa s určitým typom informácií ním utajovanými. Úrad je preto nepochybne vo všeobecnosti oprávnený oboznamovať sa s akýmkoľvek typom informácií, vrátane

²⁶ pozn. zvýraznené Rada úradu.

obchodného tajomstva, dôverných informácií, telekomunikačného tajomstva, osobných údajov a pod.

113. Zákon úradu v tejto súvislosti v § 40 ods. 2 ukladá povinnosť o nich zachovávať mlčanlivosť, čo tiež jasne potvrdzuje záver, že sa s takýmito informáciami môže oboznamovať. Podľa § 40 ods. 2, cit.: „*Úrad je povinný urobiť opatrenie, aby sa postupom podľa odseku 1 nesprístupnila dôverná informácia, utajovaná skutočnosť,³⁰⁾²⁷ bankové tajomstvo, daňové tajomstvo, obchodné tajomstvo, telekomunikačné tajomstvo, poštové tajomstvo alebo neporušila zákonom uložená alebo uznaná povinnosť mlčanlivosti.*“
114. Prijatým záverom neodporuje ani znenie textu rozsudku Krajského súdu v Bratislave, sp.zn. 6S/162/2016 v časti týkajúcej sa ITP, v zmysle ktorého, pokiaľ by zákonodarca považoval za vhodné, aby úrad mal prístup k informáciám získaným pomocou ITP, vyjadril by to v právnom predpise. Keďže úrad v tomto konaní takéto prostriedky na získanie dôkazov nepoužil (IP adresy nie sú ITP), nie je postup úradu v rozpore s daným záverom.
115. Spoločne zastúpení účastníci konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia tiež uviedli, že tým, že Rada úradu odkázala na rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 18.1.2017, potvrdila ich predchádzajúcu úvahu, že úrad nie je oprávnený sám nad rámec explicitného znenia 22 ods. 2 zákona interpretačne vytvárať právomoci a oprávnenia cez extenzívny výklad, ktoré mu zákon výslovne nezveruje. Rada úradu vo všeobecnosti považuje takýto názor za správny, keďže úrad skutočne nie je oprávnený podávať nezákonný extenzívny výklad s cieľom rozšíriť alebo posilniť svoje kompetencie. K takému postupu však nedošlo tým, že v tomto konaní boli využité IP adresy ako legálny dôkaz. Rada úradu teda nespochybňuje závery vyplývajúce z judikatúry, na ktorú odkazujú účastníci konania v predložených námietkach a z nich vyplývajúce postupy pri posúdení dôkazov aj uplatnila.
116. V tomto smere je preto nevyhnutné posúdiť, aké informácie a od koho úrad žiadal, teda či išlo o informácie, ktoré dožiadaný subjekt, v tomto prípade Ministerstvo vnútra SR, nebolo podľa určitého právneho predpisu oprávnené úradu poskytnúť.
117. Samotní účastníci konania pritom v tejto súvislosti poukazujú na ochranu telekomunikačného tajomstva podľa zákona o elektronických komunikáciách, na OPET (podmienky EKS), ustanovenie § 39 Občianskeho zákonníka a § 22 ods. 2 zákona, ku ktorému sa už Rada úradu vyjadrila vyššie.
118. Je potrebné úvodom podotknúť, že podľa § 38 ods. 1 zákona č. 575/2001 Z. z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy pri plnení svojich úloh úzko spolupracujú. Vymieňajú si potrebné informácie a podklady a prerokúvajú s inými ministerstvami opatrenia, ktoré sa ich dotýkajú.
119. Ministerstvo vnútra SR je právnickou osobou povinnou podľa § 22 ods. 2 zákona

²⁷ § 2 písm. a) zákona č. 215/2004 Z. z.

na poskytnutie informácií a podkladov a teda odmietnuť poskytnúť informácie by ministerstvo mohlo iba na základe iného právneho predpisu. Úrad požadoval informácie od ministerstva v pozícii správcu elektronického trhoviska. Ministerstvo vnútra SR tieto informácie teda nezhrmažďovalo v určitom správnom konaní, ako je to v prípade úradu.

120. Pokiaľ ide o poukazovanie na § 39 Občianskeho zákonníka, tento možno v tomto prípade považovať za neaplikovateľný. Poskytnutie informácií ministerstvom úradu Rada úradu nepovažuje za právny úkon, resp. za neplatný právny úkon v zmysle daného ustanovenia. Právny úkon v zmysle § 34 Občianskeho zákonníka je prejav vôle smerujúci najmä k vzniku, zmene alebo zániku tých práv alebo povinností, ktoré právne predpisy s takýmto prejavom spájajú. Podľa § 39 Občianskeho zákonníka neplatný je právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči dobrým mravom. V prvom rade priamo poskytnutím údajov zo strany ministerstva úradu nedošlo k vzniku, k zmene alebo zániku práv alebo povinností, ktoré by nejaký právny predpis s takýmto úkonom spájal, čiže nejde o právny úkon v zmysle ustanovenia § 34 Občianskeho zákonníka. Následne nemôže ísť ani o neplatný právny úkon v zmysle § 39, a to o to viac, že konanie ministerstva neodporuje zákonu ani dobrým mravom.
121. Novelizácia zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej ako „zákon o verejnom obstarávaní“) účinná od 1.7.2013 priniesla do verejného obstarávania nový postup zadávania podlimitných zákaziek za účelom obstarania tovarov, stavebných prác a služieb bežne dostupných na trhu prostredníctvom elektronického trhoviska.
122. Za účelom zabezpečenia zadávania zákaziek prostredníctvom elektronického trhoviska zriadilo Ministerstvo vnútra SR ku dňu 1.7.2014 elektronický kontraktačný systém (EKS). Podľa § 13 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní elektronické trhovisko je informačný systém verejnej správy, ktorý slúži na zabezpečenie ponuky a nákupu tovarov alebo služieb, bežne dostupných na trhu, a to aukčným postupom, ako aj na zabezpečenie s tým súvisiacich činností. Správcom elektronického trhoviska je Ministerstvo vnútra SR.
123. Obchodné podmienky elektronického trhoviska (OPET) vypracovávané Ministerstvom vnútra SR, ako správcom elektronického kontraktačného systému a trhoviska, v zmysle ustanovení § 13 ods. 7 a 8 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní sa v priebehu rokov aj menili.
124. I keď sa OPET podmienky v priebehu rokov čiastočne menili, nedošlo a ani (vzhľadom na charakter daných informácií, ktoré upravovali) nemohlo dôjsť k zmene prístupu v posudzovaní základných otázok, najmä nasledovných, týkajúcich sa podmienok používania trhoviska.
125. V OPET sa uvádza, že niektoré z údajov poskytnutých správcovi EKS prostredníctvom webového sídla trhoviska môžu mať povahu osobných údajov. OPET teda poukazuje jasne na osobné údaje a nie na telekomunikačné tajomstvo.

126. Znenia OPET v rozhodnom období tiež upravovali to, že správca EKS nezhrmažďuje dáta pre komerčné účely. Správca EKS nepredáva, neprenajíma a ani žiadnym spôsobom neposkytuje zhromaždené údaje nikomu inému pre komerčné účely, ak zákon neustanovuje inak. Uvedená úprava teda opätovne jasne uvádza, že ministerstvo pokiaľ tak neustanoví právny predpis, neposkytne zhromaždené údaje na komerčné účely. Nijako však táto úprava nerieši poskytovanie iných údajov, t.j. iných ako na komerčné účely, kde patrí aj poskytovanie údajov oprávnenému subjektu na základe zákona. Čo je však podstatné, ak by aj OPET takúto úpravu obsahovali, táto nemôže ovplyvniť povinnosť uloženú zákonom, ktorý je nadradený takejto úprave.
127. Verzia OPET účinná od 25.5.2018 obsahuje už aj nasledovné znenie, cit: „*Pri každej návšteve Webového sídla trhoviska Používateľom je zaznamenávaná IP adresa pridelená zariadením, prostredníctvom ktorého Používateľ Webové sídlo trhoviska navštívil. IP adresa Používateľa je zaznamenávaná správcom EKS za účelom poskytnutia prípadnej súčinnosti orgánom verejnej moci, ako sú orgány činné v trestnom konaní, Protimonopolný úrad SR.*“
128. Účastníci konania vo svojich námietkach rozoberajú, do akej miery táto zmena konvalidovala postup ministerstva. Rada úradu však zastáva názor, že táto úvaha je v tomto prípade nadbytočná, keďže nedošlo k zmene žiadnej právnej úpravy, iba sa spresnili obchodné podmienky elektronického trhoviska, ktoré v podstate zosúladiť skutkový stav so stavom zákonným, ktorý sa nijako nemenil. Nebolo teda potrebné na základe neskoršej úpravy OPET zvažovať konvalidáciu konania, ku ktorej došlo pred danou zmenou.
129. Možno sa tiež v tejto súvislosti plne stotožniť s vyjadrením spoločne zastúpených účastníkov konania v bode 58 ich vyjadrenia zo dňa 8.11.2019, cit: „*Naviac je nutné si uvedomiť, že OPET vo svojej podstate predstavujú len určité interné znenie podmienok fungovania a účasti na elektronickom trhovisku (EKS), ktoré vo svojej podstate nemajú charakter všeobecne záväzného právneho predpisu a tak nikdy ani úprava v nich obsiahnutá nemôže byť nadradená zneniu zákona, obzvlášť v prípadoch, ak sa jedná o kogentné ustanovenia zákona.*“
130. Len na doplnenie Rada úradu poukazuje navyše aj na to, že v zmysle OPET účinných v rozhodnom období, sú zmluvné strany, ktorými sú dodávateľ a objednávateľ, liberované z ochrany dôverných informácií, ak ide o výnimku ich poskytnutia oprávnenej osobe na základe povinnosti ustanovenej zákonom, rozhodnutím súdu, prokuratúry, týmito VZP alebo na ich základe, alebo rozhodnutím iného oprávneného orgánu verejnej moci v medziach ich právomoci, pričom v tomto prípade zmluvná strana, ktorá je povinná informácie sprístupniť, bezodkladne doručí druhej zmluvnej strane písomné oznámenie o tejto skutočnosti ešte pred sprístupnením týchto informácií.
131. Pokiaľ ide o povinnosť chrániť IP adresy zo strany ministerstva, prípadne úradu v zmysle zákona o elektronických komunikáciách, s týmto sa Rada úradu rovnako tak nestotožnila.
132. Ministerstvo vnútra SR disponuje IP adresami iba z dôvodu, že ako správca EKS

vystupuje počas obstarávaní ako príjemca správ, ktoré jednotliví uchádzači zasielajú v podobe svojich súťažných ponúk. Samotné Ministerstvo vnútra SR je teda v tomto prípade jednou stranou komunikácie. Táto skutočnosť ho podstatne odlišuje od prevádzkovateľov sietí a služieb, resp. poskytovateľov internetových, či obdobných služieb (podnikov), ktorí údaje o IP adresách zhromažďujú nie ako adresáti správ, teda ako jedna strana komunikácie, ale ako tretia strana zabezpečujúca, resp. sprostredkujúca komunikáciu medzi inými subjektami po technickej stránke.

133. Ministerstvo vnútra SR taktiež nie je podnikom v zmysle zákona o elektronických komunikáciách a nie je teda ani zapísané v zozname podnikov. Pri výkone správy elektronického trhoviska neprichádza do kontaktu s celým súborom citlivých údajov tak, ako je tomu u podnikov pri poskytovaní ich služieb, ktoré by im umožňovali prístup k údajom o konkrétnej fyzickej osobe. Ministerstvo vnútra SR má ako správca systému prístup k základným údajom o podnikateľovi ako sú napr. jeho názov, sídlo, e-mailová adresa, predmet podnikania. V rámci predkladania ponuky do obstarávania systém generuje aj údaje o IP adresách, z ktorých bola ponuka predkladaná, avšak Ministerstvo vnútra SR ako správca elektronického trhoviska tento údaj nedokáže prepojiť s konkrétnou fyzickou osobou a konkrétnym miestom.
134. Ministerstvo vnútra SR, ani úrad nemohli porušiť telekomunikačné tajomstvo, keďže toto požíva ochranu, ako uvádza aj úrad, len od okamihu podania, resp. odoslania až do dodania, resp. prevzatia správy adresátom – príjemcom, teda počas ich prepravy. Vyplýva to aj z formulácií v zákone o elektronických komunikáciách („*obsah prenášaných správ*“) a z trestného zákona („*porušenie tajomstva prepravovaných správ*“).
135. V tejto súvislosti je však potrebné v prvom rade odlíšiť nemožnosť sa vôbec oboznamovať s istým typom informácií (ako napr. štátne tajomstvo) od situácie, kedy dané informácie nemožno získať určitým spôsobom od konkrétneho subjektu. Napríklad určité subjekty nie sú oprávnené na základe zákona takéto informácie sprístupniť, ale je možné takýto údaj legálne získať inak, napr. od jeho pôvodcu. Takou môže byť aj situácia práve v súvislosti s telekomunikačným tajomstvom.
136. Telekomunikačným tajomstvom podľa § 63 zákona č. 351/2001 Z. z. o elektronických komunikáciách je obsah prenášaných správ, súvisiace údaje komunikujúcich strán, ktorými sú telefónne číslo, obchodné meno a sídlo právnickej osoby, alebo obchodné meno a miesto podnikania fyzickej osoby – podnikateľa alebo osobné údaje fyzickej osoby, ktorými sú meno, priezvisko, titul a adresa trvalého pobytu, prevádzkové a lokalizačné údaje; predmetom telekomunikačného tajomstva nie sú údaje, ktoré sú zverejnené v telefónnom zozname.
137. Telekomunikačné tajomstvo možno v zmysle § 63 ods. 3 ZoEK sprístupniť telekomunikačnému úradu, účastníkovi a užívateľovi, ktorého sa týka, jeho oprávneným zástupcom alebo právny nástupcom, ak ZoEK neuvádza inak.
138. V súlade s danými ustanoveniami teda podnik poskytujúci verejné siete alebo

verejné služby informácie, ktoré predstavujú telekomunikačné tajomstvo, neposkytne tomu, kto nepatrí medzi oprávnené subjekty v zmysle ZoEK.

139. Tu je potrebné zdôrazniť, že keďže Ministerstvo vnútra SR nie je podnikom, nevzťahujú sa na neho ani špecifické povinnosti a obmedzenia, ktoré podnikom vyplývajú zo zákona o elektronických komunikáciách, napr. v § 63 ods. 3 podnikom vymedzujú okruh osôb, ktorým telekomunikačné tajomstvo môžu poskytnúť.
140. To však rozhodne neznamena, že úrad nemôže získať informácie, ktoré môžu predstavovať telekomunikačné tajomstvo, alebo ním v určitom čase boli, ak ich získa v súlade so zákonom, z iného zdroja. Následne je povinný tieto chrániť aj v zmysle § 40 ods. 2 zákona.
141. Informácie, ktoré chránia poskytovatelia verejných sietí a verejných služieb je úrad oprávnený si vyžiadať napríklad priamo od ich majiteľov, t.j. komunikujúcich strán, ktorými môžu byť podnikatelia, ktorých úrad prešetruje.
142. Obsah textových (sms) správ počas ich prenosu nepochybne môže predstavovať telekomunikačné tajomstvo a telekomunikační operátori nie sú oprávnení takéto informácie sprístupňovať. To však nebráni úradu sa s obsahom správ, resp. e-mailov oboznamovať, či už počas inšpekcie alebo aj v priebehu správneho konania. Úrad je počas inšpekcie oprávnený oboznamovať sa aj so správami prichádzajúcimi preverovaným podnikateľom počas jej výkonu. Úrad je tiež oprávnený si vyžiadať napr. rozpis hovorov za určité obdobie priamo od podnikateľov.
143. Je teda nesporné, že úradu nič nebráni získať ako dôkaz aj samotný predmet telekomunikačného tajomstva.
144. Je potrebné uviesť, že v súčasnosti, keď sa značná časť činností väčšiny subjektov digitalizuje a e-commerce patrí medzi priority súťažných autorít, okliešťovať úrad neodôvodnene v získavaní údajov tohto typu by mohlo priamo viesť k obmedzovaniu jeho efektívneho vyhľadávania protisúťažných praktík na trhoch. Pri inom výklade by úrad ako dôkazy nemohol použiť komunikáciu medzi aktérmi protiprávneho konania, čo sú spravidla kľúčové dôkazy najmä o karteloch. Nie je pritom odôvodnené uplatňovať iný výklad a prístup úradu počas výkonu inšpekcie a iný pri inej forme získavania informácii úradom.
145. Rovnako § 55 ods. 5 ZoEK nepodporuje tvrdeniam účastníkov konania. Úrad ani Rada úradu v tomto prípade neukladali ani priamo nezískavali prístup k informáciám uloženým v koncovom zariadení účastníkov konania. Získanie prístupu k takýmto informáciám by však nebolo vylúčené, ako už bolo uvedené, napríklad počas inšpekcie úradu, keď by na základe kompetencie, ktorú úrad podľa zákona má, tieto získať mohol, keďže ide o informácie, ku ktorým má podnikateľ prístup. Je to obdobné ako by bola vznesená námietka, že úrad nie je oprávnený získať číslo mobilného telefónu, ktorého obsah prehliada. Ministerstvo vnútra SR tento údaj získalo s vedomím daného účastníka, pretože tento si prihlásením do súťaže musel byť vedomý sprístupnenia tohto údaju správcovi trhoviska, keďže ako aj spoločne zastúpení účastníci konania uviedli,

k zaznamenávaniu IP adries používateľov EKS správcom EKS dochádza pri každej návšteve webového sídla trhoviska. Teda zo strany ministerstva nešlo o nezákonný prístup v zmysle § 55 ods. 5 ZoEK. Úrad následne získal tieto údaje v súlade so zákonom. Ani ministerstvo pritom pri poskytovaní údajov úradu nijako nenamietalo s odkazom na nejaké právne predpisy, ktoré by poskytnutiu informácii z jeho strany bránili. Úrad získané údaje o IP adresách (číselný reťazec) nikde nezverejňoval a v rámci konania zabezpečil ich ochranu.

146. Ustanovenia paragrafov 55 ods. 5 zákona o elektronických komunikáciách a § 22 zákona nie sú vo vzťahu subsidiarity, keďže každý z nich upravuje inú oblasť právnych vzťahov. Ustanovenie § 55 ods. 5 zákona o elektronických komunikáciách upravuje prístup a ukladanie informácii uložených v koncovom zariadení užívateľa a § 22 zákona upravuje oprávnenie úradu získavať informácie na účely plnenia úloh zverených mu zákonom. Zároveň, ako už bolo uvedené, je úrad oprávnený sa oboznamovať aj s telekomunikačným tajomstvom.
147. V prvom rade bolo teda potrebné vyhodnotiť, či uvedený dôkaz predstavuje telekomunikačné tajomstvo alebo nie a až následne je možné posúdiť otázku oprávnenosti nakladania s daným dôkazom. Ako je možné s telekomunikačným tajomstvom nakladať upravujú príslušné právne predpisy.
148. Podľa Rady úradu to, či ministerstvo porušilo v tomto prípade povinnosť chrániť telekomunikačné tajomstvo nie je potrebné posudzovať, pretože úradu neposkytlo predmet telekomunikačného tajomstva. Rada úradu sa stotožnila so záverom úradu v tomto prípade, že IP adresa, tak ako bola poskytnutá úradu, nepredstavovala predmet telekomunikačného tajomstva.
149. Ani z uvedeného dôvodu, nie je preto relevantná aplikácia právnej zásady, podľa ktorej *lex specialis derogat lex generalis*, t.j. že osobitná úprava ruší úpravu všeobecnú.
150. Z relevantných právnych predpisov, ani z obchodných podmienok EKS platných a účinných v rozhodnom posudzovanom období, podľa Rady úradu nevyplýva nič, čo by bránilo Ministerstvu vnútra SR poskytnúť úradu požadované informácie. Analogická aplikácia trestnoprávnej úpravy, na ktorú poukazujú účastníci konania, v tomto prípade nie je relevantná, keďže postup úradu je daný zákonom. Navyše účastníci konania porovnávali a odkazovali na situáciu, keď sa orgán činný v trestnom konaní oboznamoval s prebiehajúcou komunikáciou, teda išlo o odposluch prebiehajúceho hovoru, resp. o už zrealizovanú takúto komunikáciu so situáciou, keď sa úrad oboznámil iba s číselným údajom prideleným operátorom zariadeniu užívateľa, čo je neporovnateľné. Nie je preto vhodné ani uvažovať o rovnakých podmienkach a poskytovaných zárukách.
151. Z vyššie uvedených dôvodov nebolo ani odôvodnené zo strany úradu poučovať Ministerstvo vnútra SR o práve odmietnuť poskytnutie požadovaných informácií. Takýto postup pre úrad v praxi nie je obvyklý, keďže pod hrozbou sankcie by mal vyžadovať iba také informácie, ktoré sú nevyhnutné pre jeho činnosť a ktoré zároveň považuje za také, ktoré je mu daný dožiadaný subjekt povinný poskytnúť.

152. Vzhľadom na uvedené nebolo poskytnutie informácii ministerstvom úradu ani nijako podmienené súhlasom účastníkov konania.
153. Pri posúdení tejto otázky nie je tiež podstatné, či účastníci konania mali reálne vedomosť o tom, že Ministerstvo vnútra SR má prístup a disponuje údajmi o ich IP adresách. Podstatným je, že takú vedomosť mohli podľa Rady úradu objektívne mať, keďže sa zúčastňovali súťaže online na základe pripojenia ich zariadenia na sieť, kedy toto ich zariadenie bolo identifikované práve na základe IP adresy. Ide o objektívnu skutočnosť, ktorá nie je viazaná na vôľu správcu trhoviska. Ide o informáciu, ktorá je s ich aktivitou nevyhnutne spojená, a mohli ju preto aj predvídať.
154. V tomto prípade nie je teda ani odôvodnené vykonávať test prípustnosti dôkazu. V tomto konaní nie sú použité dôkazy, ktoré by boli zabezpečené niekým iným v režime osobitného predpisu. Nie je odôvodnené a ani možné v tomto konaní zisťovať v zmysle judikatúry súdov²⁸ 1) či bol dôkaz zabezpečený už v pôvodnom konaní zákonným spôsobom, 2) či má správny orgán k dispozícii dôkaz v takej podobe, aby mohol overiť jeho autenticitu a pravosť, 3) či má správny orgán zákonnú možnosť preverovať zákonnosť a autenticitu dôkazu, 4) či bude možné dôkaz zákonne realizovať aj v danom konkrétnom správnom konaní, a to aj s ohľadom na hmotnoprávny objekt regulácie, ktorý mal byť správnym deliktom porušený.
155. Rada úradu preto považuje získaný dôkaz v podobe IP adres za zákonný a rovnako tak aj znalecký posudok, ktorý bol úradom vo vzťahu k nim vyžiadaný od ustanoveného znalca.
156. Pokiaľ ide o námietku vierohodnosti získaných dôkazov - IP adres, je potrebné uviesť, že len samotné nepodložené spochybnenie ich autenticity a správnosti zo strany účastníkov konania nemôže zakladať dôvod, pre ktorý by tieto nemali byť použité v konaní ako dôkaz.
157. IP adresa, t.j. adresa internetového protokolu, je rada binárnych čísiel, ktorá je pridelená konkrétnemu zariadeniu (počítač, tablet, smartfón), slúži k identifikácii tohoto zariadenia a umožňuje mu prístup k sieti elektronických komunikácií. IP adresa je teda unikátne číslo, ktoré jednoznačne definuje zariadenie v sieti. IP adresa sa zasiela na server, na ktorom je uložená práve otváraná internetová schránka. Statická IP adresa je určitému zariadeniu pridelená trvale, zatiaľ čo dynamická je mu pridelená v momente, keď sa pripojí k internetu. Dynamická adresa umožňuje zistiť poskytovateľa internetu, nie však konkrétne zariadenie, ktorému bola pridelená. Pre zistenie konkrétneho zariadenia, resp. mena a adresy užívateľa internetu je potrebné, aby daný poskytovateľ internetu vyhľadal túto informáciu vo svojej databáze údajov o pripojení.²⁹
158. Účastníci konania svoje tvrdenia, ktorými spochybňovali vygenerované IP adresy

²⁸ Pozri rozsudok Krajského súdu v Bratislave vo veci žalobcov *Chemkostav, a.s., PKB invest, s.r.o. a PRO-TENDER, s.r.o.* č.k. 6S/162/2016 zo dňa 18.1.2017 potvrdený rozsudkom Najvyššieho súdu SR č.k. 8 Sžhk/1/2017 zo dňa 20.2.2020.

²⁹ Pozri aj Rozsudok z 24.4. 2018 vo veci č. 62357/14 – *Benedik proti Slovinsku*.

predložené úradu správcom trhoviska, ktorým je Ministerstvo vnútra SR, ktoré samé pritom nemá nijaký záujem na predkladaní nepravdivých alebo nesprávnych informácií, nepodložili žiadnym dôkazom. Rada úradu zdôrazňuje, že Ministerstvo vnútra SR v rámci výkonu svojej kompetencie správcu trhoviska štandardne automaticky zaznamenáva údaj v podobe IP adres vo vzťahu k tisíciam operácií. Informácie predložené na nosičoch úradu vyhotovilo na základe žiadosti úradu o poskytnutie informácií bez toho, aby malo vedomosť o postupoch a záveroch úradu (tie v tom čase nemal sformované ani samotný úrad). Rade úradu preto nie je zrejmé, z akého dôvodu, a na základe akej skutočnosti by Ministerstvo vnútra SR, ústredný orgán štátnej správy, vytváralo falošné údaje o bežných užívateľoch systému EKS a tieto predkladalo úradu, naviac ak Ministerstvo vnútra SR bolo úradom dožiadané na základe § 22 zákona ako subjekt, ktorý je povinný úradu predložiť pravdivé a úplné informácie. V prípade, že takéto niečo účastníci konania tvrdia, bolo nevyhnutné, aby tieto svoje tvrdenia náležite podložili a odôvodnili, k čomu v tomto správnom konaní nedošlo.

159. Účastníci konania v tejto súvislosti tiež uviedli, že správne mal úrad postupovať tým spôsobom, že získa údaje podľa nich tvoriace telekomunikačné tajomstvo (IP adresy) na podklade príkazu zákonného sudcu, kedy by bol zachovaný originálny záznam telekomunikačnej prevádzky na vhodných elektronických nosičoch a tento by bol uchovávaný v celosti v správnom (administratívnom) spise. Samotný príkaz sudcu je podľa ich názoru jedna zo zákonných podmienok pre vyžiadanie si informácie predstavujúcej telekomunikačné tajomstvo a predstavuje spôsob pre samotné zabezpečenie vyhotovenia kópie. IP adresa ako už bolo uvedené nepredstavuje telekomunikačné tajomstvo a povinnosť vyžiadať si príkaz sudcu pre účely použitia osobného údaju ako dôkazu v konaní úradu z ničoho nevyplýva. V druhom rade nie je Rade úradu nijako zrejmé, ako by mohol samotný príkaz sudcu zabezpečiť iné vyhotovenie kópie ministerstvom a tiež čo by mali byť vhodné elektronické nosiče, keďže úradu boli údaje predložené na CD/DVD.
160. Skutočnosť, že IP adresa nepredstavuje telekomunikačné tajomstvo, však nevyklučuje v tomto konaní jej ochranu, keďže je chránená ako osobný údaj, hoci v určitých okolnostiach by dokonca nemusela spĺňať ani podmienky na takúto ochranu. Rada úradu však nepovažuje za potrebné sa pre účely tohto konania danou otázkou detailnejšie zaoberať.
161. V tejto súvislosti Rada úradu poznamenáva, že legalita zásahu štátu do práva na súkromie znamená, že zásah je možný len na základe zákona, pričom pri posudzovaní splnenia tejto podmienky sa vychádza z toho, či bola rešpektovaná dostupnosť (verejné publikovanie právneho predpisu) a predvídateľnosť zákona. V rámci podmienky predvídateľnosti zákona judikatúra ESRP zdôrazňuje potrebu konkretizovania prostriedkov, ktorými štát disponuje pri zasahovaní do práv chránených čl. 8 Dohovoru, teda dôraz kladie na kvalitu relevantnej právnej úpravy. Ako bolo vyššie uvedené, § 22 ods. 2 zákona je dostatočne jasný a zrozumiteľný z pohľadu, že úrad je oprávnený získavať všetky informácie nevyhnutné pre jeho činnosť, vrátane osobných údajov. Rovnaký postup využíva v praxi aj Európska komisia. Právomoc Komisie spracúvať osobné údaje je

upravená aj jej rozhodnutím č. 2018/1927 z 5.12.2018,³⁰ tiež v stanovisku o súkromí.³¹

162. To, že IP adresa nepredstavuje telekomunikačné tajomstvo považuje Rada úradu za nesporné. Nepriamo to pritom potvrdzujú aj samotní účastníci konania, keď poukazujú na nové znenie OPET podmienok, ktoré už ako oprávnený subjekt na oboznamovanie sa s IP adresami uvádza aj úrad. Ak by mali byť IP adresy telekomunikačným tajomstvom, potom úprava prostredníctvom obchodných podmienok týmto spôsobom by bola v priamom rozpore so zákonom o elektronických komunikáciách, na ktorý počas tohto konania opakovane poukazujú. Aj táto úprava podmienok elektronického trhoviska, preto vylučuje, že IP adresa v prípade prihlasovania sa účastníkov do súťaže, by mohla byť telekomunikačným tajomstvom.
163. Ako osobný údaj IP adresy chráni Ministerstvo vnútra SR, ktoré je správcom elektronického trhoviska a vypracúva aj OPET podmienky.
164. Takýto prístup bol navyše potvrdený aj Ministerstvom dopravy a výstavby SR listom zo dňa 14.3.2019, v ktorom Ministerstvo dopravy a výstavby SR ako gestor zákona o elektronických komunikáciách uviedlo, cit: *„Pokiaľ ide o IP adresy ako prevádzkový údaj uvádzame, že podľa § 57 ods. 1 zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách sa prevádzkovým údajom rozumejú údaje vzťahujúce sa na užívateľa a na konkrétny prenos informácií v sieti a vznikajúce pri tomto prenose, ktoré sa spracúvajú na účely prenosu správy v sieti alebo na účely fakturácie. IP adresa sa prevádzkovým údajom stáva v momente, keď sa spracúva v súvislosti s konkrétnym prenosom informácií, a to v čase ich prenosu. Extenzívny výklad uvedeného ustanovenia by mohol viesť k neprimeranému a neopodstatnenému rozšíreniu predmetu telekomunikačného tajomstva nad rámec sledovaného účelu jeho ochrany.“*
165. Možno tiež poukázať aj na to, že verejne dostupné záznamy o systémových udalostiach zákazky, resp. elektronickej aukcie obsahujú aj stĺpec „IP adresa“ s poznámkou, že tento údaj sa nezverejňuje s odkazom na zákon č. 122/2013 Z. z. o ochrane osobných údajov.
166. Okrajovo Rada úradu tiež poznamenáva, že nesúhlasí s účastníkmi konania tiež v tom, že by nebolo vôbec možné porovnať IP adresy s obálkami doručenými v rámci verejného obstarávania, ako to urobil úrad, nakoľko údaje na nich sú, podľa účastníkov konania značne všeobecné v porovnaní s IP adresami. Aj v prípade IP adries môžu však nastať rôzne situácie, kedy je presne identifikované mesto a ulica, prípadne môže ísť napríklad o zdieľanie adresy viacerými osobami u jedného zamestnávateľa alebo môže ísť o pripojenie z internetovej kaviarne, kedy je identifikovanie odlišné.
167. Súdny dvor EÚ vo svojom rozsudku zo dňa 24.11.2011 v prípade 70/10 *Scarlet*

³⁰ COMMISSION DECISION (EU) 2018/1927 of 5 December 2018 laying down internal rules concerning the processing of personal data by the European Commission in the field of competition in relation to the provision of information to data subjects and the restriction of certain rights. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D1927&from=EN>

³¹ PRIVACY STATEMENT - https://ec.europa.eu/competition/contacts/ps_antitrust.pdf

v. *SABAM* na účely rozhodnutia vo veci samej musel posúdiť aj charakter IP adries (v danom prípade išlo o statické adresy), pričom prijal záver, že IP adresy predstavujú osobné údaje tak ako sú definované Smernicou Európskeho parlamentu a Rady 95/46/EC z 24.10.1995. Tento rozsudok priniesol harmonizujúcu interpretáciu konceptu osobných údajov vo vzťahu k IP adresám v rámci EÚ.

168. Otázka ochrany IP adresy ako osobného údaje bola tiež napríklad riešená v rozhodnutí Európskeho súdneho dvora v prípade C-582/14, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, v ktorom súd takisto potvrdil, že IP adresa má charakter osobného údaje.
169. Možno tiež konštatovať, že IP adresy ako digitálny dôkaz sú využívané slovenskými súdmi ako v civilnom tak v trestnom konaní, pričom ich využívanie ako dôkazu má narastajúci trend.
170. Použitie tohto osobného údaje ako dôkazu bolo podľa Rady úradu prípustné. Zároveň je však potrebné uviesť, že aj potrebné, keďže tento dôkaz spolu s ďalšími umožnil preukázanie jedného z najzávažnejších porušení súťažných pravidiel – kartelu, trvajúceho niekoľko rokov s dopadom na územie celej Slovenskej republiky. Na druhej strane ochrana osobných údajov v podobe IP adries v tomto konaní je dostatočne zabezpečená.
171. Účastníkmi konania namietaný rozsudok ESLP vo veci *Benedik vs. Slovinsko* podľa Rady úradu nepopiera závery úradu v tomto konaní a rovnako tak potvrdzuje, že IP adresa predstavuje osobný údaj. Súd v danej veci konštatoval, že, aby zásah do súkromia mohol byť považovaný za zákonný, vnútroštátne právo musí byť predvídateľné a musí obsahovať adekvátne a účinné záruky proti zneužitiu.³²
172. V danom prípade žiadosť slovinskej polície vo vzťahu k poskytovateľovi pripojenia na internet a následné použitie získaných dát vedúce k odhaleniu totožnosti sťažovateľa predstavovali podľa súdu zásah do jeho práv vyplývajúcich z čl. 8 Dohovoru. ESLP v danom konaní pritom vychádzal z názoru Ústavného súdu Slovinskej republiky, v zmysle ktorého sa pre odhalenie identity sťažovateľa a obsahu dát zásadne vyžadoval súdny príkaz. V danom konaní bolo tiež dôležité, že v rozhodujúcom čase Trestný poriadok účinný v Slovinsku neobsahoval ustanovenia osobitne upravujúce podmienky pre ukladanie takto získaných dát ani záruky pred zneužitím právomoci štátnych orgánov v procese získania prístupu k takýmto dátam a pri ich prenose. Okrem toho neexistoval žiaden nezávislý dohľad nad použitím týchto právomocí zo strany polície. Na základe uvedeného teda ESLP uzavrel, že zákon, podľa ktorého boli sporné opatrenia polície uskutočnené, ako aj spôsob aplikácie tohto zákona vnútroštátnymi súdmi neboli dostatočne určité a neposkytovali dostatočnú ochranu pred svojvoľnými zásahmi do práv chránených dohovorom. Právny stav v SR však nie je totožný, keďže Ústava SR nevyžaduje na účel vyžiadania si osobného údaje v podobe IP adresy súdny príkaz a záruky ochrany poskytnutých údajov úradu možno považovať za predvídateľné a dostatočne upravené

³² *Klass a ostatní proti Nemecku*, č. 5029/71, rozsudok zo dňa 6. septembra 1978, § 50.

zákonom. Úrad je tiež viazaný mlčanlivosťou.

173. Spoločne zastúpení účastníci konania doplnili svoje vyjadrenia následne listom zo dňa 2.3.2021, ktorým sa odvolávali na Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-746/18 zo dňa 2.3.2021, ktorý podľa ich názoru podporuje ich tvrdenia týkajúce sa posudzovania zákonnosti uchovávaní údajov o prenose dát a polohe poskytovateľmi elektronických komunikačných služieb.
174. Vo svojom vyjadrení spoločne zastúpení účastníci konania poukazujú na to, že Súdny dvor v danom rozsudku posudzoval právnu úpravu stanovujúcu všeobecné a nediferencované uchovávanie údajov o prenose dát a polohe poskytovateľmi elektronických komunikačných služieb, ako aj prístup vnútroštátnych orgánov k uchovávaným údajom na účely vyšetrovania. Rovnako tiež posudzoval použitie údajov ako dôkazov v trestnom konaní. Zdôrazňujú pritom záver súdu, že v prípade prístupu k údajom o prenose dát a polohe, ktoré umožňujú vyvodiť presné závery o súkromnom živote, možno v súvislosti s trestným konaním tento povoliť iba na účely boja proti závažnej trestnej činnosti alebo predchádzaniu vážnym hrozbám pre verejnú bezpečnosť. Preto dôvody na konanie pred národnou súťažnou autoritou tam uvedené nie sú. Správne konanie vedené pred úradom nie je ekvivalentné trestnému konaniu čo do právomoci orgánov verejnej moci, ako aj do účelu samotného konania. V ďalšom opakujú už v konaní predložené vyjadrenia a námietky.
175. Rada úradu sa oboznámila s predmetným rozsudkom Súdneho dvora a dospela k tomu, že závery v ňom prijaté nijako neovplyvňujú postup úradu ani Rady úradu v tomto prípade, a to z nasledovných dôvodov.
176. Predmetný rozsudok Súdneho dvora³³ bol vydaný na základe návrhu Najvyššieho súdu Estónska na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 267 ZFEÚ. Konkrétne sa týka výkladu článku 15 ods. 1 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002, týkajúcej sa spracovávaní

³³ Súdny dvor v danej veci rozhodol nasledovne:

1. Článok 15 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002, týkajúcej sa spracovávaní osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách), zmenenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2009/136/ES z 25. novembra 2009, v spojení s článkami 7, 8 a 11, ako aj článkom 52 ods. 1 Charty základných práv Európskej únie sa má vykladať v tom zmysle, že bráni vnútroštátnej právnej úprave, ktorá umožňuje prístup orgánov verejnej moci ku všetkým údajom o prenose dát a polohe, ktoré môžu poskytnúť informácie o komunikáciách uskutočnených užívateľom prostriedku elektronickej komunikácie alebo o polohe koncových zariadení, ktoré používa a ktoré umožňujú vyvodiť presné závery o jeho súkromnom živote na účely predchádzania, vyšetrovania, odhaľovania a stíhania trestných činov bez toho, aby sa takýto prístup obmedzoval na konania týkajúce sa boja proti závažnej trestnej činnosti alebo predchádzaniu vážnym hrozbám pre verejnú bezpečnosť, a to bez ohľadu na dĺžku obdobia, za ktoré bol prístup k uvedeným údajom vyžiadaný, na množstvo, ako aj druh dostupných údajov v rámci tohto obdobia.

2. Článok 15 ods. 1 smernice 2002/58, zmenenej smernicou 2009/136, v spojení s článkami 7, 8 a 11, ako aj s článkom 52 ods. 1 Charty základných práv sa má vykladať v tom zmysle, že bráni vnútroštátnej právnej úprave, ktorá priznáva právomoc prokuratúre, ktorej úlohou je viesť prípravné trestné konanie a prípadne podať obžalobu v rámci následného konania, povoliť prístup orgánu verejnej moci k údajom o prenose dát a polohe na účely prípravného trestného konania.

osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách) (Ú. v. ES L 201, 2002, s. 37; Mim. vyd. 13/029, s. 514), zmenenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2009/136/ES z 25. novembra 2009 (Ú. v. EÚ L 337, 2009, s. 11) (ďalej len „smernica 2002/58“), v spojení s článkami 7, 8 a 11, ako aj s článkom 52 ods. 1 Charty základných práv Európskej únie. Návrh bol podaný v rámci trestného konania vo veci krádeží, použitia bankomatovej karty tretej osoby a násilia voči účastníkom súdneho konania.

177. Súdny dvor úvodom pri priblížení právneho rámca Európskej únie v danej súvislosti uvádza, že cit. : *“smernica nemení existujúcu rovnováhu medzi právami jednotlivca na súkromie a možnosťami členských štátov prijať opatrenia uvedené v článku 15 ods. 1 tejto smernice, ktoré sú potrebné na ochranu verejnej bezpečnosti, obrany, bezpečnosti štátu (vrátane ekonomického blahobytu štátu³⁴, keď sa činnosti týkajú záležitostí bezpečnosti štátu) a presadzovanie trestného práva. Následne táto smernica nemá vplyv na možnosť členských štátov zachytávať elektronické správy alebo prijímať iné opatrenia, ak je to nevyhnutné z akýchkoľvek iných dôvodov a v súlade s Európskym dohovorom na ochranu ľudských práv a základných slobôd [podpísaným v Ríme 4. novembra 1950], interpretovaným rozsudkami súdneho dvora týkajúcimi sa ľudských práv, také opatrenia musia byť primerané, prísne proporcionálne vo vzťahu k zamýšľanému účelu a potrebné v rámci demokratickej spoločnosti a mali by byť predmetom primeranej ochrany v súlade s Európskym dohovorom na ochranu ľudských práv a základných slobôd.”³⁵*
178. Uvedené podmienky sú v súlade s odkazom na ustálenú judikatúru pri ochrane hospodárskej súťaže nepochybne v tomto prípade naplnené. Základným rozdielom v Súdnom dvore posudzovanej veci v porovnaní s vecou, ktorá je predmetom tohto konania je to, že údaje, ku ktorým mal daný vnútroštátny orgán poverený vyšetrovaním prístup vo veci samej, sú všetky údaje podľa zákona o elektronických komunikáciách, ktorý ukladá poskytovateľom elektronických komunikačných služieb povinnosť všeobecne a nediferencovane uchovávať údaje o prenose dát a polohe, pokiaľ ide o pevnú linku a mobilný telefón, počas jedného roka. Tieto údaje umožňujú najmä zistenie a identifikáciu zdroja komunikácie a adresáta určitej komunikácie z pevnej linky alebo mobilného telefónu určitej osoby, určenie jej dátumu, času, trvania a typu tejto komunikácie, identifikáciu použitého komunikačného zariadenia, ako aj určenie polohy mobilného komunikačného zariadenia bez toho, aby bola komunikácia nevyhnutne prenášaná. Okrem toho tieto údaje umožňujú zistiť, ako často užívateľ komunikoval s určitými osobami v danom období.
179. Súdny dvor v danej súvislosti konštatoval, že cit. „*prístup ku všetkým údajom o prenose dát a polohe, ako sú údaje uchovávané podľa § 1111 zákona o elektronických komunikáciách, skutočne umožňuje vyvodiť presné, dokonca veľmi presné, závery týkajúce sa súkromného života osôb, ktorých údaje boli uchovávané, ako sú ich každodenné zvyklosti, miesta ich trvalého alebo prechodného pobytu, denné alebo iné presuny, vykonávané činnosti,*

³⁴ Rada úradu poznamenáva, že tento je nepochybne zabezpečovaný aj ochranou hospodárskej súťaže.

³⁵ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 2.3.2021 vo veci C-746/18, bod 11.

*spoločenské vzťahy týchto osôb a spoločenské kruhy, v ktorých sa pohybujú (pozri v tomto zmysle rozsudok zo 6. októbra 2020, La Quadrature du Net a i., C-511/18, C-512/18 a C-520/18, EU:C:2020:791, bod 117).*³⁶

180. Súdny dvor teda v danej súvislosti posudzoval prístup k údajom uchovávaným poskytovateľmi elektronických telekomunikačných služieb, pričom išlo o prístup k rozsahu údajov umožňujúcich o užívateľovi získať značne podrobné informácie o jeho súkromnom živote. V tomto konaní však ide o iba jeden osobný údaj - IP adresu. Na základe znalosti samotnej IP adresy nie je rozhodne možné získať podrobné informácie o súkromnom živote daného užívateľa zariadenia.
181. Súdny dvor ďalej uvádza, že v súlade so zásadou proporcionality môže len boj proti závažnej trestnej činnosti a predchádzanie vážnym hrozbám pre verejnú bezpečnosť odôvodniť také závažné zásahy do základných práv zakotvených v článkoch 7 a 8 Charty, akými sú zásahy, ktoré umožňovali v danom prípade prístup k takému rozsahu údajov. Na druhej strane súd konštatuje, že cit. „*iba zásahy do uvedených základných práv, ktoré nemajú závažnú povahu, môžu byť odôvodnené cieľom, ktorý sleduje právna úprava dotknutá vo veci samej, predchádzania, vyšetrovania, odhaľovania a stíhania trestných činov vo všeobecnosti (pozri v tomto zmysle rozsudok zo 6. októbra 2020, La Quadrature du Net a i., C-511/18, C-512/18 a C-520/18, EU:C:2020:791, body 140, ako aj 146).*“³⁷
182. Rada úradu nepochybuje o tom, že v prípade veci posudzovanej v tomto konaní ide o zásah, ktorý nemá závažnú povahu a je primeraný cieľu, ktorý sleduje - odhalenie protisúťažnej činnosti, a teda je aj v súlade s tým, čo ďalej uvádza aj Súdny dvor, cit.: „*...Na účely splnenia požiadavky proporcionality, podľa ktorej výnimky a obmedzenia v súvislosti s ochranou osobných údajov nesmú pôsobiť nad rámec toho, čo je prísne nevyhnutné (rozsudok zo 6. októbra 2020, La Quadrature du Net a i., C-511/18, C-512/18 a C-520/18, EU:C:2020:791, bod 130, ako aj citovaná judikatúra), tak prináleží príslušným vnútroštátnym orgánom, aby v každom jednotlivom prípade zabezpečili, že tak uvedená kategória alebo kategórie údajov, ako aj obdobie, za ktoré bol k nim prístup vyžiadaný, sú v závislosti od okolností prejednávanej veci obmedzené na to, čo je prísne nevyhnutné na účely dotknutého vyšetrovania.*“³⁸
183. Podľa Súdneho dvora napríklad tiež cit. : „*... legislatívne opatrenia týkajúce sa spracovania údajov týkajúcich sa občianskej totožnosti užívateľov elektronických komunikačných prostriedkov ako takých, najmä ich uchovávanie a prístupu k nim výlučne na účely identifikácie dotknutého užívateľa a bez toho, aby bolo možné uvedené údaje spojiť s informáciami o uskutočnených komunikáciách, môžu byť odôvodnené cieľom prevencie, vyšetrovania, odhaľovania a stíhania trestných činov vo všeobecnosti, na ktorý odkazuje článok 15 ods. 1 prvá veta smernice 2002/58. Tieto údaje samy osebe totiž neumožňujú dozvedieť sa dátum, čas, trvanie a adresátov uskutočnených komunikácií, ani miesta, kde k týmto komunikáciám došlo, alebo ich frekvenciu s určitými osobami počas daného*

³⁶ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 2.3.2021 vo veci C-746/18, bod 36.

³⁷ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 2.3.2021 vo veci C-746/18, bod 33.

³⁸ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 2.3.2021 vo veci C-746/18, bod 38.

obdobia, takže okrem kontaktných údajov užívateľov elektronických komunikačných prostriedkov, ako napríklad ich adresy, neposkytujú žiadne informácie o danej komunikácii a v dôsledku toho ani o ich súkromnom živote. Zásah, ktorý predstavuje opatrenie týkajúce sa týchto údajov, tak v zásade nemožno kvalifikovať ako závažný (pozri v tomto zmysle rozsudok zo 6. októbra 2020, La Quadrature du Net a i., C-511/18, C-512/18 a C-520/18, EU:C:2020:791, body 157 a 158, ako aj citovaných judikatúru).“³⁹

184. Vzhľadom na to, že IP adresa nebola získaná od poskytovateľa elektronických komunikačných služieb a že predstavuje osobný údaj, ktorého získanie bolo plne v súlade s právnym poriadkom SR a zároveň IP adresa ani neumožňuje odvodiť informácie o súkromnom živote užívateľa, je predmetný rozsudok Súdneho dvora v tomto prípade neaplikovateľný.
185. Pokiaľ ide o námietku, že úrad nezískal dôkaz ani v procesnom štádiu, v ktorom by dôkazy získavať mohol, táto námietka sa Rade úradu nejaví zrejماً. Úrad je oprávnený získavať dôkazy vo fáze prešetrovania, ako aj počas správneho konania.
186. Vzhľadom na uvedené Rada úradu považuje získané dôkazy za zákonné, a to aj z ohľadom na test zákonnosti, ktorý požadovali vykonať účastníci konania.

6.4 Zistenie skutkového stavu.

Námietky spoločne zastúpených účastníkov konania.

187. Spoločne zastúpení účastníci konania podali spoločné vyjadrenia. Spoločnosť ARTRA predkladala svoje vyjadrenia v rámci spoločných vyjadrení aj samostatne, pričom však účastníci konania JANOLI, ČECHOVO, JASTA a MARINI sa v primeranom rozsahu s argumentmi tejto spoločnosti stotožnili.
188. Spoločne zastúpení účastníci konania namietali nedostatočné a nesprávne zistenie skutkového stavu úradom, čo viedlo k jeho nesprávnym právnym záverom. Žiadajú, aby Rada úradu zrušila prvostupňové rozhodnutie, zastavila konanie alebo alternatívne zrušila a vrátila vec na nové konanie.
189. V rozklade odkazujú tiež aj na svoje námietky vznesené počas doterajšieho konania.
190. Úrad podľa nich nesprávne vyhodnotil, že ide o jedno trvajúce protiprávne konanie. Súčasne sa vyjadrujú k jednotlivým úradom posudzovaným zákazkám, ktoré úrad považoval za ovplyvnené protiprávnym konaním.
191. Spoločne zastúpení účastníci konania vo vzťahu ku všetkým posudzovaným zákazkám všeobecne uviedli, že úrad pochybil tým, že:

³⁹ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 2.3.2021 vo veci C-746/18, bod 34.

- tzv. „cenovú zhodnosť“ ponúk vo verejných obstarávaniach zohľadnil len niektorým podnikateľom (účastníkom konania) a iným podnikateľom, ktorí sa správali rovnako nie,
- nepredkladanie ponúk (nesúťaženie) v druhom kole vo verejných obstarávaniach zohľadnil len niektorým podnikateľom (účastníkom konania) a iným podnikateľom, ktorí sa správali rovnako nie,
- predkladanie ponúk v posledných sekundách pred ukončením verejného obstarávania zohľadnil len niektorým podnikateľom (účastníkom konania) a iným podnikateľom, ktorí sa správali rovnako nie,
- za protiprávnu posudzoval účasť vo verejných obstarávaniach, kde účastníci konania súťažili iba s uchádzačmi, ktorí nie sú účastníci konania,
- za protiprávne posudzoval obyčajné „odpozorovanie“ cenotvorby tovaru konkurentov a jeho následné aplikovanie v rámci verejného obstarávania.

192. Úrad v rámci prvej fázy posudzovaného konania podľa účastníkov konania nemá k dispozícii žiadne zákonné a nepopierateľné dôkazy o domnelej protisúťažnej dohode fungujúcej medzi spoločnosťami ČECHOVO a JANOLI, nakoľko:

- úrad nemôže prihliadať na nezákonne získané informácie o IP adresách účastníkov konania;
- schéma správania účastníkov na deviatich vzorkách e-aukcií predstavuje len hypotetické závery postavené na nepodložených a ničím a nikým neoverených indíciách, pričom o žiadnych ďalších indíciách koluzívneho správania úrad v tejto fáze nehovorí;
- úrad nevzal v úvahu skutočnosti svedčiace v prospech účastníkov konania, a to úspešnosť účastníkov vo verejných obstarávaniach, ktorých sa zúčastnili sami, pričom ich pomer úspechu bol u spoločnosti JANOLI vo výške 3 výhry zo 7 obstarávaní (t.j. 42,86 % úspech) a u spoločnosti ČECHOVO vo výške 18 výhier z 20 obstarávaní (t.j. 90 % úspech);
- spoločnosti spoločne pôsobiace na trhu vedeli predpokladať správanie konkurenta, a preto to, čo úrad označuje za „symbolické znižovanie cien“ je len plne so zákonom súladné odpozorovanie cenotvorby a správania sa konkurenta, keďže obe spoločnosti zvykli aj v minulosti vzájomne spolupracovať (odoberať od seba navzájom tovar).

193. Konkrétne ďalej namietajú, že nie je zrejmé, ako úrad myslel závery, že ak sa do e-aukcie dostali len ČECHOVO a JANOLI bez ďalších konkurentov (...), ak v zmysle v tom čase platných a účinných OPET mali postupovať traja uchádzači.

194. V rozpore s logikou úradom konštatovanej hypotézy o postupe spoločností ČECHOVO a JANOLI je príklad zákazky č. Z201513079 vyhlásenej dňa 19.6.2015, ktorá mala údajne svedčiť o tom, že ak sa do 2. kola dostal aj uchádzač, ktorý nebol členom dohody, ponuky zvyčajne znižoval len ten z dvojice účastníkov dohody, ktorému daná zákazka patrila do predmetu podnikania.

Podľa záznamov získaných úradom totiž v tomto prípade (zákazka č. Z201513079) išlo o e-aukciu, do ktorej 2. kola sa okrem spoločností ČECHOVO a JANOLI dostal aj uchádzač, ktorý nie je účastníkom konania. V tomto prípade však obe spoločnosti v súťaži reagovali, sťahovali a opakovane vkladali svoje ponuky. Úrad takéto skutočnosti odignoroval odvolávajúc sa na to, že výsledná suma mala zostať vo výške ako v 1. kole, a preto podľa úradu nešlo v tomto prípade o súťaženie. V tejto súvislosti teda účastníci namietajú, že išlo o prípad, kedy postúpili do 2. kola traja uchádzači, a napriek tomu, že úrad hovorí, že podľa úradom deklarovanej schémy správania mal v takýchto prípadoch reagovať len jeden z dvojice spoločností ČECHOVO a JANOLI, je zrejmé, že v danom posudzovanom prípade obe spoločnosti boli v tejto e-aukcii aktívne. Skutočnosť, že tretí uchádzač napokon v 2. kole nesúťažil, žiadna zo spoločností ČECHOVO a/alebo JANOLI neovplyvnila.

195. V tejto súvislosti spoločne zastúpení účastníci konania poukazujú aj na podľa nich aplikovaný dvojaký prístup úradu v rámci posudzovania domnejšej kartelovej dohody, kedy v rámci konania účastníkov konania úrad uvádza, že pokiaľ sa niektorý z účastníkov nezapojil v 2. kole do e-aukcie, uvedené bolo znakom o koluzívnom správaní účastníkov. Avšak pokiaľ sa v tomto prípade do 2. kola nezapojil dotknutý tretí uchádzač, uvedené podľa úradu už nebolo podozrivé, ale úrad naopak túto situáciu vyhodnocuje v neprospech účastníkov konania, no nikdy nie v neprospech ďalšieho tretieho účastníka, ktorý však nie je zahrnutý pod účastníka konania v tomto správnom konaní.
196. Nie je podľa nich tiež zrejmé, ako môže úrad hovoriť o tom, že spoločnosti ČECHOVO a JANOLI údajne v tomto prípade testovali systém elektronického trhoviska a jeho limity, ak sa predmetná e-aukcia konala dňa 19.6.2015, teda na konci prvej fázy.
197. Druhá fáza dohody v trvaní od 23.6.2015 do 31.1.2017, predstavuje podľa úradu fázu, kedy sa k dvom účastníkom dohody ČECHOVO a JANOLI pridali ďalší podnikatelia, s čím spoločne zastúpení účastníci konania nesúhlasia. Hoci možno u niektorých z účastníkov konania badať vyššiu frekvenciu účasti vo verejných obstarávaníach, nemožno hovoriť o tom, že účastníci konania sa samostatne zapájali do obstarávaní len výnimočne, keďže napr. spoločnosť ARTRA sa zúčastnila 4 obstarávaní z 9 sama a spoločnosť PMB Slovakia sa zúčastnila 1 obstarávania zo 7 sama.
198. V bode 116 rozhodnutia úrad poukazuje na to, že zo 188 obstarávaní, ktorých sa v tejto fáze porušovania zúčastnili spoločne viacerí účastníci dohody, sa im podarilo dosiahnuť víťazstvo niektorého člena dohody až v 152 prípadoch, čo je viac ako 80 % úspešnosť. Úrad však neberie v úvahu svoje prezentované závery v bode 118 rozhodnutia ak boli v súťaži len 3 účastníci dohody (55 zákaziek) (...), z čoho vyplýva, že zo 188 posudzovaných prípadov bola takmer 1/3 obstarávaní (55 prípadov) bez ďalšieho uchádzača a je teda logické, že vyhrá niektorý z účastníkov konania, čo výpočty úradu o 80% úspešnosti niektorého z členov dohody značne skresľuje.
199. V bode 123 rozhodnutia úrad uvádza, že ak sa do 2. kola dostal uchádzač, ktorý nebol súčasťou dohody, zvyčajne to bolo v dôsledku toho, že v posledných

sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, tento konkurent výrazne znížil svoju ponuku (...) a účastníci dohody už nemali dostatok času na jeho ponuku reagovať. Uvedené potvrdzuje skutočnosť, že predkladanie ponúk v posledných sekundách nemožno považovať za znak koluzívneho správania, ale naopak za jednoznačnú taktiku uchádzačov, ako byť úspešným uchádzačom v tom ktorom dotknutom obstarávaní. Opakovane pritom podľa spoločne zastúpených účastníkov konania v tomto prípade badať dvojaký prístup úradu, ktorý v prípade účastníkov konania považuje postup predkladania ponúk v posledných sekundách za prejav kolúzie, ale pri inom účastníkovi (ktorý nie je účastníkom tohto súťažno-správneho konania) je to naopak „podcenenie“ situácie účastníkmi konania a „nedostatočná“ reakcia, kedy účastníci konania nestihli svojim údajným koluzívnym správaním reagovať na konkurenta.

200. Tretia fáza dohody v trvaní od 1.2.2017 predstavuje podľa úradu obdobie, kedy došlo k zmene podmienok fungovania EKS a teda do 2. kola - do e-aukcie, postupovali všetci uchádzači, ktorí predložili ponuku v 1. kole a nielen traja uchádzači s najvýhodnejšími ponukami ako tomu bolo v predchádzajúcom období. Pokiaľ úrad deklaruje, že zmenou podmienok elektronického trhu (EKS) sa uchádzačom znížil význam koordinovať svoje správanie, tieto závery je nutné označiť za výsostne hypotetické a ničím nepodložené tvrdenie úradu. Úrad nezohľadňuje, že podmienky EKS nemienili účastníci konania, ale Národná rada Slovenskej republiky ako zákonodarný orgán.
201. Podľa účastníkov konania je zrejmé, že tretia fáza dohody je postavená na výlučne jednej údajnej koordinácii z 23 posudzovaných obstarávaní z tohto obdobia, čo je pomerne vysoký pomer medzi počtom verejných obstarávaní, ktorých sa mali účastníci konania zúčastniť a počtom verejných obstarávaní, v ktorých mali údajne koordinovať svoje správanie.
202. Spoločnosť ARTRA namieta, že jej samotnú účasť vo verejných obstarávaniach, ktorých sa zúčastnila bez čo i len jedného ďalšieho účastníka konania nie je v žiadnom prípade možné považovať za protisúťažné konanie, keďže spoločnosť ARTRA logicky nemohla žiadnym spôsobom porušovať ustanovenia zákona bez účasti iných spoločností, ktoré úrad označuje za údajných „spolukartelistov“, podieľajúcich sa na dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž v rámci verejných obstarávaní. Spoločnosť ARTRA teda môže byť posudzovaná za protisúťažné správanie (ak vôbec) výlučne v prípadoch jej ostatnej účasti na verejných obstarávaniach spolu s inými účastníkmi konania, t.j. okrem zákazok č. Z201536358 zo dňa 19.11.2015, Z2016133 zo dňa 7.1.2016, Z201613911 zo dňa 3.6.2016 a Z201613914 zo dňa 3.6.2016. V opačnom prípade by bol úrad povinný rozšíriť okruh účastníkov konania.
203. Spoločnosť ARTRA k tvrdeniu úradu týkajúceho sa cenovej blízkosti ponúk spoločností ARTRA, JANOLI a ČECHOVO uvádza, že spoločnosť JANOLI je častým a dlhodobým (veľko)odberateľom tovaru od spoločnosti ARTRA. V tejto súvislosti je zrejmé, že spoločnosť JANOLI pozná vďaka množstvu odberov od spoločnosti ARTRA cenové relácie jednotlivých produktov vyrábaných touto spoločnosťou, na základe čoho si vie dovodiť veľkosť marží u spoločnosti ARTRA a týmto cenám sa „priblížiť“.

204. Úrad v bode 362 rozhodnutia tvrdí, že „...je tiež zarážajúce, odkiaľ môže mať spoločnosť ARTRA informácie o tom, že spoločnosť JANOLI mala prostredníctvom svojich spoločníkov informovať o cenách spoločnosti ARTRA aj konateľa spoločnosti ČECHOVO a túto skutočnosť voči nim nenamieta napriek tomu, že pred úradom si informácie o tovare a cenách za tovar uvedené na faktúrach zasielaných spoločnosti JANOLI, chráni ako obchodné tajomstvo.“
205. Spoločnosť ARTRA v danej súvislosti uviedla, že úrad „prekrútil“ jej tvrdenia. Spoločnosť ARTRA touto informáciou nedisponuje. Uvedené bolo prednesené len v rovine domnienky, akým spôsobom postupovala (mohla postupovať) spoločnosť ČECHOVO pri podávaní ponúk v rámci vytýkaných verejných obstarávaní (s poukazom na blízkosť cenových ponúk spoločnosti ARTRA a ČECHOVO). Spoločnosť uviedla, že v dôsledku príbuzenského vzťahu štatutárneho orgánu spoločnosti ČECHOVO a spoločníkov spoločnosti JANOLI je zrejmé, že aj spoločnosť ČECHOVO sa má možnosť od spoločnosti JANOLI dozvedieť o výške cien za tovary dodávané spoločnosťou ARTRA. S prihliadnutím na tieto skutočnosti musí byť úradu zrejmé, že sa nejedná o cielené nastavenie cien jednotlivých účastníkov konania za účelom vytvorenia kolúzie vo verejnom obstarávaní, ale ide len o obyčajné „odpozorovanie“ cenotvorby tovaru predávaného spoločnosťou ARTRA a jeho následné aplikovanie ďalšími účastníkmi konania.
206. V bode 360 rozhodnutia úrad konštatoval, že „...v súvislosti s tvrdením spoločnosti ARTRA o tom, že JANOLI a ČECHOVO poznali jej cenotvorbu, a preto boli schopní predložiť cenovo blízke ponuky sa rovnako nezakladá na logickom základe. Spoločnosť ARTRA je, na rozdiel od spoločností JANOLI a ČECHOVO, výrobcom pracovnej obuvi. Ako výrobca, ktorý je zároveň dodávateľom spoločnosti JANOLI, by mala byť schopná ponúknuť výhodnejšiu cenu ako spoločnosť JANOLI, ktorá obuv nevyrába. Spoločnosť JANOLI, ktorá tovar od spoločnosti ARTRA nakupuje, však dokázala vo viacerých prípadoch ponúknuť v obstarávaní výhodnejšiu cenu...“ Spoločnosť ARTRA rozporuje tieto tvrdenia úradu, keďže je úplne logické a prirodzené, že každý podnikateľ má odlišný mechanizmus cenotvorby, ako aj stratégie predaja. A teda platí, že kým niektoré spoločnosti profitujú na tom, že predávajú výrobky za nižšiu cenu, ale vo väčšom množstve, iné presadzujú presne opačný model predaja, t.j. predaj menšieho množstva produktov za vyššie ceny. Takúto obchodnú stratégiu zvolila práve spoločnosť ARTRA, ktorá uvedeným spôsobom proklamuje tzv. „kvalitu“ alebo „značkovosť“ ňou vyrábaného tovaru a radšej dá úľavu v kvalitnom tovare odberateľovi, aby vyhrala a ešte predá menší počet, ako by mala dať menšiu zľavu a byť víťazom na väčší počet kusov.
207. V bode 363 rozhodnutia úrad vyvracia tvrdenia spoločnosti ARTRA tým, že uvádza, že „...argumentácia spoločnosti ARTRA neobstojí ani z dôvodu, že spoločnosti JANOLI a ČECHOVO predkladali, rovnako ako spoločnosť ARTRA, svoje ponuky do obstarávania často v posledných sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk, a to ako svoju jedinú ponuku. V takom prípade nemohli vedieť, kto ďalší predloží svoju ponuku v poslednej chvíli a nemohli tak ani zohľadňovať cenotvorbu konkrétneho podnikateľa, ak by nevedeli, že bude tiež súťažiť v danom obstarávaní.“ Spoločnosť ARTRA tvrdí, že aj k vyššie uvedeným „špekuláciám“ úradu existuje rozumné vysvetlenie. Bez ohľadu na to,

že spoločnosť JANOLI nevedela, kto bude súťažiť v tom-ktorom verejnom obstarávaní, z veľkoodberov tovaru od spoločnosti ARTRA poznala (veľkoodberateľskú) výšku cien za jednotlivé ňou vyrábané druhy pracovnej obuvi (prípadne aj iný druh tovaru, ktorý od nej odoberala). Na tomto základe, aj keď spoločnosť JANOLI obuv (ani doplnky k obuvi) nevyrába, mohla tento cenový model ako určitý „cenový vzor“ aplikovať v každom jednotlivom verejnom obstarávaní týkajúcom sa predmetného druhu tovaru, na ktorom sa zúčastnila (a to aj v takých verejných obstarávaníach, v ktorých nesúťažila so spoločnosťou ARTRA). Uvedený postup „odpozorovania cenovej hladiny“ od spoločnosti ARTRA je vysoko pravdepodobný vzhľadom na jej dlhoročné obchodné styky práve s touto spoločnosťou (ako aj s prihliadnutím na to, že veľkoodberateľské ceny iných výrobcov porovnateľných tovarov nie sú verejnosti bežne dostupné).

208. Nesúťaženie po postupe do 2 kola (ak postúpili len účastníci tohto správneho konania, už nesúťažila a ponuku neznižovala dokonca ani v prípade, ak bol rozdiel oproti víťaznej ponuke jej konkurenta len 1 eur, či dokonca len 0,20 eur...) spoločnosť ARTRA ďalej zdôvodnila, že nemala záujem tovar predat’ „za každú cenu“, a to jednak z dôvodu (i) nízkeho zisku (ekonomickej nevýhodnosti) v prípade takéhoto predaja pod hranicu, ktorú si stanovila, a (ii) vyššej kvality ňou vyrábaného tovaru. Spoločnosť ARTRA dodáva, že v rámci hospodárskej súťaže je úplne bežné, že určitý druh značkového tovaru, ktorý sa vyznačuje svojou „luxusnou povahou“ alebo vysokou kvalitou je predávaný za určitú stabilnú (štandardnú) cenu. Pri takomto „značkovom“ tovare zároveň platí, že ak by výrobca tovar predal za omnoho nižšiu cenu aká je na trhu bežná za takýto produkt, v očiach (potenciálnych) zákazníkov by takýto postup mohol spôsobiť „pokles“ hodnoty takéhoto vysoko oceňovaného tovaru. Následkom by mohlo byť celkové zníženie ceny daného tovaru, a to aj v rámci budúcich predajov. Podľa spoločnosti ARTRA je úplne logické, že ak dosiahla svoju hranicu (minimálnu sumu), s postupujúcimi uchádzačmi verejného obstarávania viac nesúťažila. Uvedené rovnako odôvodňuje skutočnosť, keď sa spoločnosť ARTRA ani neprihlásila do e-aukcie, aby zistila kto sa stal víťazom.
209. Spoločnosť ARTRA zdôrazňuje, že spoločnosti JANOLI ako jej dlhoročnému obchodnému partnerovi (za účelom udržania si veľkoodberateľa) vie z dlhodobého hľadiska výhodné poskytnúť zľavu, a to aj v značnej výške. Napriek tomu, spoločnosť ARTRA za takéto „znižené ceny“ tovar bežne, akémukoľvek (potencionálnemu) zákazníkovi nepredáva. Z uvedeného dôvodu je logické, že spoločnosť JANOLI bola schopná ponúknuť nižšie ceny vo viacerých verejných obstarávaníach ako spoločnosť ARTRA, ktorá „ide pod cenu“ len vo výnimočných prípadoch (t.j. pri poskytovaní zliav dlhoročným zákazníkom).
210. Spoločnosť ARTRA tiež odmieta, že predkladanie ponuky v posledných sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk v rámci verejných obstarávaní by malo zakladať akékoľvek porušenie pravidiel hospodárskej súťaže. Predkladanie ponúk v posledných sekundách pred ukončením lehoty bolo súčasťou jej obchodnej stratégie, keď spoločnosť ARTRA pokladá posledné sekundy pred ukončením súťaže za kľúčové, keďže je logické, že keď podá ponuku tesne pred uplynutím lehoty (a to v prvom, resp. aj v druhom kole), iný podnikateľ už nemá dostatočný čas „prebiť“ jej ponuku. Takýto postup nie je žiadnym spôsobom zakázaný, a teda je dovolený a bol priebežne praktizovaný

množstvom uchádzačov, ktorí nie sú účastníkmi tohto konania.

211. Ďalej spoločnosť ARTRA uvádza, že je na zvážení samotného podnikateľa, či je schopný predmet zákazky a v požadovanom množstve dodať sám, prípadne v rámci subdodávok od inej spoločnosti, za predpokladu predchádzajúceho schválenia s konkrétnym subdodávateľom na základe udelenia súhlasu od objednávateľa. Preto úrad nemôže pokladať uvedené za jeden z dôkazov domnejšej kartelovej dohody len z dôvodu chýbajúceho predmetu činnosti v odlišných odvetviach. V prípade subdodávok ide o bežnú činnosť realizovanú rôznymi spoločnosťami v akomkoľvek sektore a na pravidelnej báze. Vzhľadom na vysoký predpoklad vzniku takejto situácie reflektujú na to aj Obchodné podmienky elektronického trhu stanovením určitých podmienok, za akých môžu byť subdodávky realizované (dodávateľ, ktorý zvíťazil vo verejnom obstarávaní je povinný predložiť objednávateľovi na schválenie každého subdodávateľa, ktorý by mal realizovať pre dodávateľa časť plnenia podľa zmluvy a bez udelenia súhlasu objednávateľa takého subdodávateľa nepoužiť na poskytnutie žiadnej časti plnenia.)
212. Úrad nemôže voči spoločnosti ARTRA vyvodzovať zodpovednosť bez predloženia nespochybniteľných dôkazov o jej koordinácii s ďalšími účastníkmi konania za verejné obstarávania, ktoré sú predmetom tohto konania. Jediným predloženým avšak nezákonným dôkazom zo strany úradu bol v celom konaní len „dôkaz“ týkajúci sa údajného použitia zhodných IP adries so spoločnosťami JANOLI a ČECHOVO (vrátane znaleckého posudku) v dvoch verejných obstarávaní č. Z20161583 zo dňa 28.1.2016 a č. Z20166256 zo dňa 16.3.2016. Poukazuje na to, že ani jeden z účastníkov konania nebol úspešný ani v prvom kole v rámci verejného obstarávania č. Z201535239 a č. Z201624514 a rovnako ani jeden z účastníkov konania nebol celkovo úspešný vo verejnom obstarávaní č. Z201535239 a č. Z201624514.
213. K jednotlivým obstarávaniam spoločnosť ARTRA v konaní ďalej uviedla nasledovné. Pokiaľ ide o zákazku č. Z201640225, túto vyhrala spoločnosť JANOLI. Spoločnosť ARTRA však spoločnosti JANOLI v rámci subdodávok pre Univerzitnú nemocnicu Bratislava dodala tovar v nižšej hodnote ako bola spoločnosť JANOLI povinná v zmysle predmetnej zákazky dodať Univerzitnej nemocnici Bratislava. Spoločnosť ARTRA teda dodala na základe riadne vystavených faktúr spoločnosti JANOLI iba časť tovaru, ktorý mal byť predmetom zákazky uvedeného verejného obstarávania. S prihliadnutím na uvedené došlo k dodaniu časti „chýbajúceho“ tovaru, ktorý nevedela spoločnosť JANOLI zabezpečiť sama alebo prostredníctvom iných subdodávateľov, a to všetko v súlade so zákonom o ochrane hospodárskej súťaže, ako aj inými platnými právnymi predpismi Slovenskej republiky. Okrem toho spoločnosť ARTRA zdôrazňuje, že spoločnosti JANOLI dodávala množstvo rôznych druhov zdravotníckej obuvi najmenej od roku 2009 až do roku 2018, a teda nešlo o jednorazový predaj spoločnosti JANOLI, len v danom konkrétnom prípade v rámci subdodávky tovaru pre Univerzitnú nemocnicu Bratislava. Spoločnosť ARTRA konštatuje, že keď sa rozhodla nepokračovať v súťažení v rámci verejného obstarávania č. Z201640225, postupovala v súlade so svojou obchodnou stratégiou. Touto stratégiou predaja spoločnosti ARTRA je prezentovanie „kvality“ ňou vyrábaného tovaru, nakoľko spoločnosť ARTRA sa

pri predaji obuvi a ďalšieho tovaru riadi heslom „*radšej kvalita ako kvantita*“. S takouto obchodnou stratégiou je spojená vyššia cena ňou vyrábaných tovarov.

214. V prípade verejného obstarávania č. 201640225 zo dňa 15.11.2016 sa zúčastnila spoločnosť ARTRA len so spoločnosťami, ktoré úrad označuje za kartelistov. V tomto prípade preto logicky nemohol existovať dôvod predkladať podobné cenové ponuky s minimálnymi rozdielmi, keďže danej súťaže sa nezúčastnil žiaden iný podnikateľ, ktorého by bolo potrebné obmedziť.
215. K verejnému obstarávaniu č. 201710319 zo dňa 7.3.2017, ktorého sa zúčastnili podnikatelia ARTRA a JANOLI a ďalší uchádzač, ktorý nie je účastníkom tohto konania, a to VENTEX s.r.o., spoločnosť ARTRA uvádza, že cenové ponuky medzi spoločnosťami ARTRA a JANOLI nie je možné vôbec považovať za podobné, keďže cenový rozdiel medzi ponukou spoločnosti ARTRA a JANOLI bol v prvom kole verejného obstarávania až vo výške 30 eur. Spoločnosť ARTRA podotýka, že v druhom kole podala ponuku vyššiu až o 1.194 eur oproti víťaznej ponuke (spoločnosti JANOLI). Napriek tomu, spoločnosť VENTEX s.r.o. podala už v prvom kole verejného obstarávania takmer totožnú cenovú ponuku víťaznej cenovej ponuke (spoločnosti JANOLI), v rozdiel iba 10 eur od ponuky podanej spoločnosťou JANOLI. V druhom kole predmetného verejného obstarávania sa ponuky spoločnosti VENTEX s.r.o. a JANOLI ešte viac priblížili, pričom ich rozdiel bol iba v symbolickej výške 1 eur.
216. Vzhľadom k tomu, že úrad nedisponuje e-mailovou komunikáciou spoločne zastúpených účastníkov konania 1-5 o vzájomnej koordinácii v jednotlivých verejných obstarávaniach, alebo akýmkoľvek iným priamym dôkazom, takéto „tvrdenie proti tvrdeniu“ nemôže zakladať zodpovednosť spoločnosti ARTRA na údajnom protisúťažnom správaní.
217. Rovnako tzv. nesúťaženie v e-aukcii bez iných priamych dôkazov nezakladá a ani nemôže byť posudzované ako konanie v rozpore s hospodárskou súťažou.
218. Spoločne zastúpení účastníci konania tiež odkazujú na judikatúru slovenských aj európskych súdov týkajúcu sa dokazovania. Spoločnosť ARTRA upriamuje pozornosť na rozsudok Súdu prvého stupňa z 27.9. 2006 vo veci *Dresdner Bank* proti Komisii, podľa ktorého Komisia musí preukázať zistené porušenia a predložiť dôkazy, ktoré z právneho hľadiska dostatočne preukazujú existenciu skutočností zakladajúcich porušenie. Komisia (PMÚ SR) je tak na účely odôvodnenia konštatovania, že došlo k porušeniu, povinná predložiť dostatočne presné a zhodujúce sa dôkazy. Rovnako tak úrad je povinný na účely konštatovania porušenia pravidiel hospodárskej súťaže, predložiť jednak (i) dostatočne presné a zároveň (ii) zhodujúce sa dôkazy. Spoločnosť ARTRA v tejto súvislosti konštatuje, že úrad rozhodol o porušení hospodárskej súťaže a účasti spoločnosti ARTRA na nej na podklade nedostatočných a nepresných (výlučne nepriamych) dôkazov v rozpore s článkom 6 ods. 2 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

Námietky PMB Slovakia

219. Odôvodnenie rozhodnutia považuje spoločnosť PMB Slovakia za nezrozumiteľné a nepreskúmateľné, navyše nesplňajúce náležitosti § 47 zákona o správnom

konaní.

220. Spoločnosť vstúpila spomedzi účastníkov konania na trh ako posledná. Z 276 zákaziek posudzovaných úradom sa spoločnosť PMB Slovakia zúčastnila celkom deviatich verejných obstarávaní podlimitných zákaziek s využitím elektronického trhu.
221. Účastník konania namietá, že úrad nezískal nič konkrétne, žiadne konkrétne skutočnosti, z ktorých by bolo zrejmé, že by spoločnosť PMB Slovakia mala byť účastníkom údajnej dohody obmedzujúcej súťaž.
222. V prípade spoločnosti PMB Slovakia, s.r.o. je pre vyhodnotenie jej účasti na údajnom protisúťažnom konaní hlavným dôkazom práve údaj o IP adrese a na tento údaj ďalšie údaje nadväzujúce. Uvedené napokon vyplýva aj z bodu č. 205 prvostupňového rozhodnutia. Tvrdenie úradu o tom, že v prospech účasti spoločnosti PMB Slovakia na údajnom protisúťažnom konaní svedčia aj iné indície, neobstojí.
223. Podnet na začatie konania smeroval pôvodne voči štyrom spoločnostiam ČECHOVO, JANOLI, MARINI a JASTA. Až po nezákonnom zistení, že všetci uvedení účastníci sa prihlasovali z jednej IP adresy, začal úrad prešetrovať, či je s uvedenými IP adresami spojená ešte iná osoba, a tak ustálil ešte ďalšie dve spoločnosti, a to spoločnosť ARTRA a PMB Slovakia, do tohto okamihu úrad nemal žiaden priamy, ani nepriamy legálny dôkaz o tom, že by sa tento účastník akýmkoľvek spôsobom mal podieľať na dohode, ktorá by akýmkoľvek spôsobom obmedzovala hospodársku súťaž. Správanie spoločnosti PMB Slovakia bolo do tohto momentu považované za obvyklé.
224. Účastník konania poukazuje na to, že sa stotožňuje s názorom úradu, že samotné predkladanie ponúk v posledných sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk nie je z hľadiska súťažného práva problematické a môže byť cieľnou taktikou podnikateľa súťažiaceho o zákazku. Rovnako tak podobnosť ponúk, ktorá sa objaví náhodne, nie je sama o sebe dôvodom na vyslovenie porušenia zákona. Pokiaľ je však táto cenová blízkosť výrazná a opakuje sa v mnohých prípadoch, ide o presvedčivé dôkazy o spolupráci týchto podnikateľov pri predkladaní ponúk, iba za predpokladu, že takéto konanie nie je možné odôvodniť iným rozumným vysvetlením ako porušením pravidiel súťažného práva.
225. V prípade spoločnosti PMB Slovakia nemožno hovoriť o „mnohých prípadoch“ a ani o absentujúcom rozumnom vysvetlení k ostatným indíciám, preto úrad neuniesol svoju dôkaznú povinnosť.
226. Trh so špecifickými zákazkami, a to najmä zdravotníckeho vybavenia, farmaceutického materiálu, predmetov osobnej starostlivosti ako aj dodania odevov, textilných výrobkov, obuvi, brašnánskych výrobkov a príslušenstva spočíva v malom počte subjektov, ktoré operujú na danom trhu, pričom nákladová štruktúra subjektov, ktoré na ňom operujú, je veľmi podobná a podobná je aj veľkosť jednotlivých subjektov. Z uvedeného dôvodu sa môže podobnosť cien medzi podnikateľmi javiť ako podozrivá, čo však bez ďalšieho nie

je dôkazom kolúzneho konania podnikateľov. Rozdiely medzi ponukami spoločnosti PMB Slovakia a ostatnými účastníkmi správneho konania boli s ohľadom na hodnotu zákaziek primerané.

227. Nakoľko trh s uvedenými výrobkami je viac menej rozdelený medzi podnikateľov, ktorí podnikajú v tejto oblasti dlhšie obdobie, môže dôjsť k opakovanému stretávaniu sa uchádzačov v jednotlivých obstarávaníach. To však nevyhnutne neznamena, že ide o koordinovaný postup medzi podnikateľmi, ktorý možno označiť za kolúzne konanie, ale práve naopak, prirodzený vývoj na trhu. Len samotné "znaky podobnosti" nemôžu v žiadnom prípade viesť úrad k záveru, že došlo ku kolúznemu konaniu medzi podnikateľmi, nakoľko tieto znaky podobnosti vyplývajú zo štruktúry trhu s obstarávanými výrobkami a takýto záver úradu by bol arbitrárny a nepreskúmateľný.
228. Pokiaľ ide o správanie v jednotlivých verejných obstarávaníach, účastník konania uvádza, že jednotlivé zákazky im boli notifikované a bola im známa lehota na predkladanie ponúk a teda záujemcovia vedeli reálne zhodnotiť, kedy je v rámci taktizovania možné predložiť víťaznú ponuku, a teda v posledný deň predkladali v tesnej časovej blízkosti a relatívnej finančnej blízkosti ponuku viaceré spoločnosti, vrátane takých, ktoré nie sú účastníkom tohto konania.
229. Vo vzťahu ku zákazke č. Z201624514 tiež uviedol, že ju vyhrala spoločnosť, ktorá nie je účastníkom konania.
230. V prípade zákazky č. Z20179335 vyhlásenej dňa 28.2.2017 v posledný deň predkladali v tesnej časovej blízkosti a relatívnej finančnej blízkosti ponuku iba dve spoločnosti, ktoré sú účastníkom tohto správneho konania, a to napriek širokému okruhu potencionálnych dodávateľov, ktorým EKS zasielala notifikáciu, a napriek tomu, že v tomto čase už platila zmena OPET, kde do 2. kola, teda do e-aukcie, postupovali všetci uchádzači, ktorí predložili ponuku v 1. kole a nielen traja uchádzači s najvýhodnejšími ponukami ako tomu bolo v predchádzajúcom období.
231. Úrad vôbec neprešetroval iné zákazky, na ktorých sa zúčastnila spoločnosť PMB Slovakia, nakoľko by musel konštatovať, že správanie spoločnosti PMB Slovakia bolo po celý čas jeho vystupovania prostredníctvom systému EKS z väčšej časti rovnaké, a to bez ohľadu na to, či sa v zákazkách objavovali iní účastníci tohto správneho konania, alebo nie.
232. Spoločnosť považuje za tendenčné a zavádzajúce tvrdenia úradu o tom, že v prípadoch, kedy sa do obstarávaní prostredníctvom systému elektronického trhoviska prihlasovala spoločnosť PMB Slovakia bez účasti iných účastníkov správneho konania, išlo o konanie cielené a spoločnosť sa ho nezúčastnila podľa údajnej dohody a úmyselne teda ponuky nepredkladala a nekonkurovala ďalším účastníkom dohody. Úrad dohodu v tejto časti voči účastníkovi PMB Slovakia nijakým spôsobom nepreukázal, nedisponuje žiadnymi indíciami, nepreukázal v tejto časti akúkoľvek spoluprácu s ostatnými účastníkmi tohto konania, v dôsledku čoho namietla, že došlo k jednému spoločnému, koordinovanému, neprerušovanému a trvajúceho konaniu.

233. Voči spoločnosti PMB Slovakia úrad nemôže ani konštatovať, že ide o pravidelne sa opakujúcu schému, nakoľko úrad posudzuje osem zákaziek, v ktorých sa správanie spoločnosti PMB Slovakia neodlišuje vo výraznej miere od jeho predchádzajúceho správania a nijakým spôsobom nevykazuje známky abnormality, iba ak bežného konkurenčného správania sa voči ostatným potencionálnym dodávateľom konkrétnej zákazky. Nemôže byť na úkor spoločnosti PMB Slovakia, že CPV kódy, ktoré si pri registrácii v systéme EKS tento subjekt zvolil, nie sú v zhode s hlavným predmetom činnosti tejto spoločnosti, nakoľko spoločnosť PMB Slovakia sa neregistrovala s účelom a ani s cieľom akýmkoľvek spôsobom obmedziť hospodársku súťaž.
234. Úrad vyhodnotil skutočnosť, že v e-aukcii (2. kolo) nebola spoločnosť PMB Slovakia aktívna, za indíciu o možnom protisúťažnom konaní, pričom spoločnosť udáva, že vzhľadom na osem zákaziek, ktorých sa spoločnosť zúčastnila, je možné hľadať logické zdôvodnenie v objektívnych príčinách, jednak (i) v ľudskom faktore konkrétnej osoby, ako aj v tom, (ii) že spoločnosť PMB Slovakia ponúkla najnižšiu možnú cenu na hranici ekonomickej rentability zákazky s cieľom ju týmto spôsobom získať aj za cenu, že v ďalšom kole už nebude schopná ponúknuť nižšiu cenu. To bolo aj dôvodom, prečo spoločnosť v 2. kole už nesúťažila a spoliehala sa nato, že ani konkurencia nebude schopná ponúknuť nižšiu cenu. V prípade, že by aj konkurencia nižšiu cenu ponúkla, nemala spoločnosť záujem ponúknuť nižšiu cenu ako ponúkla v prvom kole z dôvodu ekonomickej nerentability zákazky. Ďalšou objektívnou príčinou bolo, (iii) že cenovú ponuku, ktorú predložila v rýchlosti v posledných sekundách 1. kola až následne vyhodnotili ako pre nich neekonomickú.
235. Úrad rovnako nijakým spôsobom voči spoločnosti PMB Slovakia nepreukázal, že v rámci údajnej prešetrovanej dohody dochádzalo k rozdeleniu nelegálne získaných ziskov medzi účastníkmi údajnej dohody. Ojedinelý prípad subdodávateľského vzťahu medzi spoločnosťou PMB Slovakia a spoločnosťou JANOLI pri zákazke č. Z20162782, ktorú vyhrala spoločnosť PMB Slovakia nemôže byť za žiadnych okolností vyhodnotený ako dôkaz preukazujúci takúto skutočnosť, nakoľko nejde o žiadne opakované správanie sa spoločnosti PMB Slovakia voči ostatným účastníkom tohto konania.
236. Účastník konania uvádza, že je na konkrétnom dodávateľovi, a na jeho zvážení, či dokáže naplniť požiadavky objednávateľa, prípadne či naplní požiadavky objednávateľa prostredníctvom subdodávateľa, avšak za splnenia podmienky stanovenej obchodnými podmienkami elektronického trhu, t.j. objednávateľ musí schváliť každého subdodávateľa, ktorý by mal realizovať pre dodávateľa časť plnenia podľa zmluvy.
237. Spoločnosť PMB Slovakia nemala v posudzovanom období okrem zákaziek, ktorých sa zúčastnila, vedomosť o tom, akých zákaziek sa zúčastňujú ďalší účastníci správneho konania, ktorí účastníci sa zúčastňujú tej ktorej zákazky, zákazky s akým obsahom a akou hodnotou. Spoločnosť PMB Slovakia počas posudzovaného obdobia nebola vo vzťahu k ostatným účastníkom správneho konania v pozícii subdodávateľa, a ani nemala vedomosť o prípadných možných cieľoch ostatných účastníkov správneho konania, a ani si nebola vedomá nezákonného správania ostatných účastníkov.

238. Absencia pochopenia úradu, prečo si pri zákazke č. Z20162782, ktorej víťazom sa stala spoločnosť PMB Slovakia nevybrala za svojho subdodávateľa spoločnosť ARTRA ako výrobcu pracovnej obuvi, ale spoločnosť JANOLI, ktorá výrobcom obuvi nie je, pričom spoločnosť PMB Slovakia udržiavala bežný obchodný kontakt s obidvoma spoločnosťami, nie je ničím výnimočným. Uvedeným rozhodnutím spoločnosť PMB Slovakia neporušila žiadne právne predpisy a popisovanú situáciu nie je ani možné nazvať indíciou, pretože okrem obvyčajného obchodného styku medzi dvoma obchodnými partnermi, nenasvedčuje ničomu inému.
239. Úrad v rozhodnutí podrobne nevymenúva, ktoré obstarávania z celkového počtu 276, ktorých sa zúčastnil niektorý z účastníkov konania alebo viacerí z nich, sú súčasťou porušenia a ktoré nie, a to z dôvodu, že pre závery úradu o porušení zákona nie je rozhodujúce, koľkými zásahmi účastníkov k nemu došlo. Úrad práve pri tvrdení, že údajnou dohodou účastníkov správneho konania ide o jedno spoločné, koordinované, neprerušované a trvajúce konanie, nesie dôkazné bremeno a musí preukázať spoločnú, neprerušovanú a trvajúcu účasť každého jedného účastníka na takomto porušení, resp. na takejto údajnej dohode, vrátane preukázania vzniku účasti na údajnej dohode a prípadného zániku takejto účasti.
240. Napriek tomu, že na jednej strane úrad konštatuje, že je potrebné skúmať začiatok a koniec údajného porušovania voči každému účastníkovi jednotlivo, koniec porušovania stanovil voči všetkým účastníkom *en bloc*, teda aj voči účastníkovi PMB Slovakia, a to bez ohľadu na to, že tento účastník sa zákazky č. Z201718123 nezúčastnil. Podľa účastníka konania práve neúčasť na zákazke č. Z201718123 by mohla zároveň dostatočne prezentovať jeho dištancovanie od dohody. Úrad sa nevysporiadal s tým, že spoločnosť PMB Slovakia sa predmetnej zákazky nemusela zúčastniť z dôvodu, že v tom čase už nemusela byť súčasťou údajnej dohody účastníkov správneho konania, pričom ako dôkaz dištancovania sa od protisúťažného postupu môže byť práve skutočnosť, že spoločnosť PMB Slovakia sa od určitého okamihu viacej nezúčastňovala zákaziek z rovnakej IP adresy ako ostatní účastníci správneho konania.
241. Rada úradu vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia síce poukazuje na judikatúru, z ktorej vyplýva, že oznámenie, ktorého cieľom je verejne sa dištancovať od protisúťažného postupu, musí byť vyjadrené pevne a jasne tak, aby ostatní účastníci kartelu dobre pochopili zámer dotknutého podniku, avšak je zrejmé, že v tomto konkrétnom prípade je verejné dištancovanie sa v rozsahu, ktorý by Rada úradu akceptovala, nerealizovateľné. Judikatúra, na ktorú sa Rada úradu odvoláva, pojednáva o karteloch, kde sa účastníci reálne stretávali za účelom akejkoľvek kolúzie, čo úrad a ani Rada úradu nepreukázala voči účastníkom tohto správneho konania.

Jeden trvajúci delikt

242. Podľa názoru spoločnosti PMB Slovakia posudzované konanie nie je možné považovať za jeden trvajúci delikt, ale nanajvýš je možné hovoriť eventuálne o viacerých čiastkových dohodách len medzi niektorými účastníkmi konania (nikdy nie medzi všetkými účastníkmi konania), trvajúcich krátke obdobie. Pre

preukázanie jedného trvajúceho deliktu by bolo podľa účastníka konania nevyhnutné preukázať jeden všeobecný plán sledujúci cieľ obmedzenia hospodárskej súťaže medzi všetkými šiestimi účastníkmi konania, úmyselnú účasť všetkých šiestich účastníkov konania, a to vlastným konaním na stanovenom všeobecnom pláne, a súčasne vedomosť každého zo šiestich účastníkov konania o protiprávnom správaní ostatných účastníkov konania. Uvedené podmienky boli zakotvené aj na úrovni národnej judikatúry, a to v rozsudku Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5SŽ/21-22/2011 zo dňa 15.12.2011.

243. Ďalej účastník konania uviedol, že Komisia rozlišuje aj v prípadoch trvajúcich kartelových konaní účasť každého jedného podnikateľa, ktorý sa dopustil protisúťažného správania individuálne, pričom poukázal na rozhodnutie Komisie zo dňa 5.3.2019 vo veci AT.40481, *Occupant Safety Systems*, kde Komisia určila dobu porušovania, a teda aj koniec porušovania, individuálne pre všetkých účastníkov, na základe dostupných dôkazov vo vzťahu k tomu ktorému účastníkovi konania. V súlade s uvedeným, spoločnosť PMB Slovakia namieta ukončenie jej účasti na údajnej dohode na základe „posledného dôkazu o existencii údajnej dohody, a to Záznamom o priebehu e-aukcie k zákazke č. Z201718123“, nakoľko sa na tejto zákazke nezúčastnila, a preto nemohla byť naplnená dikcia zákona vyplývajúca z § 4 ods. 1 zákona.
244. Účastník konania poukazuje tiež na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky, zo dňa 29.1.2015, sp. zn. 8 Afs 25/2012, ktorý uvádza, že skutočnosť, že trvajúci správny delikt sa posudzuje ako jeden skutok, neznamená, že by zodpovednosť jednotlivých účastníkov údajnej dohody obmedzujúcej súťaž mala byť posudzovaná ako jeden celok. Každý z účastníkov údajnej dohody by mal byť zodpovedný iba za dobu, po ktorú sa na predmetnom delikte podieľal. Opačný výklad odporuje zásade individuálnej zodpovednosti, na ktorej je založené správne trestanie aj trestné právo.
245. Úrad argumentoval tým, že z ustálenej judikatúry vyplýva, že účastník konania môže byť postihnutý za účasť na dohode obmedzujúcej súťaž ako celku, pokiaľ mal vedomosť o tom, že jednotlivé stretnutia sledujú rovnaký cieľ. Úrad však konkrétne neaplikoval tieto teoretické závery na skutkové okolnosti tohto prípadu a obmedzil sa iba na všeobecné konštatácie. Preukázanie, či existuje jednotný cieľ posudzovaného protisúťažného správania musí vychádzať z obsahu samotnej dohody a nemá byť zamieňaný so subjektívnym úmyslom rôznych súťažiteľov zúčastňovať sa jednej trvajúcej kartelovej dohody.

Vyjadrenie Rady úradu

246. Pre preukázanie spáchania správneho deliktu nezáleží na tom, či je preukázaný jediným alebo skupinou dôkazov, či vo forme výpovede alebo listiny, ak taký dôkaz alebo dôkazy nepochybne preukazujú vinu.⁴⁰ V súťažnom práve sa pritom vo väčšine prípadov existencia súťažného postupu alebo dohody musí vydedukovať z určitého množstva zhôd okolností a znakov, ktoré posudzované ako celok môžu v prípade neexistencie iného koherentného vysvetlenia predstavovať dôkaz porušenia pravidiel hospodárskej súťaže. Európske súdy

⁴⁰ Rozsudok KS BA vo veci *Micronix* /Protimonopolný úrad SR, sp.zn. 2S/92/2020-156 zo dňa 30.9.2020, bod 61.

prítom jednoznačne vyjadrili, že v súťažnom práve sa neuplatňuje dôkazný štandard, kedy by mal súťažný orgán predložiť dôkaz „bez akejkoľvek rozumnej pochybnosti“ o existencii porušenia v prípade, že ukladá prísne pokuty.⁴¹

Kolúzia vo verejnom obstarávaní a verejnej obchodnej súťaži

247. Verejné obstarávanie je systém, ktorý bol vytvorený s cieľom simulovať konkurenčné tlaky v situácii, keď tovary, práce a služby nakupuje verejný sektor.
248. Súťažný tender je určený na selektovanie najlepšej ponuky s cieľom šetriť verejné prostriedky. Konkurenčný tlak teda zabezpečuje efektívnosť využívania verejných prostriedkov, keďže snaha podnikateľov získať významnú zákazku ich motivuje ponúknuť čo najlepšiu ponuku z hľadiska relácie kvalita - cena.
249. Na takomto princípe sú organizované aj verejné súťaže vyhlasované v rámci súkromného sektora, v rámci ktorých sa takisto vyžaduje nastavenie podmienok pre zabezpečenie konkurenčného tlaku s cieľom získať čo najlepšiu ponuku.
250. Esenciálnou črtou pre oba takéto typy súťažných tendrov je potom prirodzené očakávanie na strane vyhlasovateľa súťaže, že v rámci vyhláseného tendra mu bude predložený nejaký počet ponúk pripravených jednotlivými účastníkmi, ktorí sú nezávislí jeden od druhého a svoje ponuky pripravili na základe svojich vlastných nezávislých ekonomických či technických analýz. Iba takáto účasť v tendri môže zabezpečiť skutočnú súťaž pri predkladaní ponúk.
251. Možno prítom konštatovať, že pri absencii existencie formálneho/oficiálneho subkontračného vzťahu neexistuje žiaden dôvod, prečo by mal účastník verejného obstarávania, či verejnej obchodnej súťaže komunikovať alebo akokoľvek spolupracovať s iným konkurentom vo vzťahu k danému tendru pred jeho uskutočnením, resp. počas jeho priebehu.
252. Kolúzia vo verejnom obstarávaní alebo verejnej obchodnej súťaži je dohoda medzi uchádzačmi v tendri, na základe ktorého je vopred dohodnutý víťaz. Ku kolúzii môže prítom dochádzať viacerými spôsobmi, medzi ktoré patrí aj predloženie krycej ponuky.
253. Súčasťou kolúzie formou predloženia krycej ponuky je spravidla aj výmena trhovo citlivých informácií, ktorá takúto kolúziu uľahčuje.
254. Súťaž v tendri je preto obmedzená, ak predložené ponuky nie sú výsledkom individuálnych ekonomických kalkulácií jednotlivých uchádzačov, ale výsledkom vedomosti o ponukách ostatných uchádzačov, resp. výsledkom zosúladenia medzi nimi. Takéto správanie medzi uchádzačmi v tendri vedie k súťažným podmienkam, ktoré nekorešpondujú normálnym súťažným podmienkam na trhu.
255. Rada úradu poukazuje na to, že Európska komisia a súdy Európskej únie v rámci svojej rozhodovacej praxe potvrdili, že kolúzia v tendri (collusive tendering), vrátane napríklad praktiky predkladania krycej ponuky má priamo za cieľ

⁴¹ Rozsudok Súdneho dvora *BPB plc/Komisia* T-53/3.

obmedzenie hospodárskej súťaže.

256. Rada úradu vychádzajúc aj z vyššie uvedených teoretických východísk považuje zistenie a posúdenie skutkového stavu v tomto konaní úradom za dostatočné a preukázané.
257. Posúdenie dôkazov je zrozumiteľné, jasné a logické. Závery úradu vyplývajú z konzistentného súboru dôkazov a sú teda dostatočne podložené.
258. Z administratívneho spisu Rada úradu zistila, že od júla 2016 úrad vykonával rozsiahlu analýzu verejných obstarávaní, ako aj obchodných verejných súťaží (konkrétne podlimitných zákaziek), ktoré sa realizovali s využitím elektronického trhoviska a predmetom ktorých bolo dodanie odevov, textilných výrobkov, obuvi, brašnánskych výrobkov a príslušenstva. Vzhľadom na skutočnosť, že rovnakí podnikatelia postupovali identicky aj v ďalších tendroch realizovaných s využitím elektronického trhoviska, predmetom ktorých bolo dodanie nábytku a zariadenia interiéru, vrátane zdravotníckeho vybavenia, farmaceutického materiálu a predmetov osobnej starostlivosti, úrad neskôr rozšíril predmetné prešetrovanie aj o zákazky týkajúce sa uvedených tovarov.
259. Úrad vykonal rozsiahlu analýzu množstva dôkazov pričom vychádzal nielen z podkladov a informácií získaných počas správneho konania, ale aj z informácií a podkladov získaných ešte v priebehu prešetrovania, ktoré mu predchádzalo. V rámci toho vyseletoval spolu 276 zákaziek vyhlásených v systéme EKS od 9.1.2015 do 15.5.2017, ktorých sa ako uchádzač zúčastnil niektorý alebo viacerí z účastníkov tohto správneho konania.
260. Úrad dostatočne detailne a zrozumiteľne v prvostupňovom rozhodnutí popisuje podmienky a priebeh elektronickej aukcie v rámci elektronického trhovníctva.
261. Rada úradu nepovažuje za potrebné popis dôkazov a skutkové zistenia úradu detailne opisovať a nanovo opakovať, ak sa s popisom úradu a jeho vyhodnotením stotožnila, pričom odkazuje v danom prípade na prvostupňové rozhodnutie. Rada úradu v tejto súvislosti zdôrazňuje, že úrad sa veľmi podrobne zaoberal aj so všetkými účastníkmi konania vznesenými námietkami v konaní.
262. Úrad v konaní zohľadnil niekoľko typov dôkazov, ktoré po posúdení vo vzájomných súvislostiach preukázali protiprávne konanie. Išlo o nasledovné skutočnosti :
1. opakované stretávanie sa rovnakých podnikateľov v tendroch,
 2. účasť troch účastníkov konania už v prvom kole, čo bolo predpokladom úspešného vylúčenia konkurencie v druhom kole,
 3. predkladanie ponúk účastníkov správneho konania v posledných sekundách prvého kola,
 4. predkladanie cenovo blízkych ponúk účastníkmi konania,

5. predkladanie ponúk účastníkov konania z rovnakej IP adresy,
 6. predkladanie, resp. nepredkladanie ponúk v e-aukcii a súťaženie,
 7. zmena správania účastníkov dohody, ak do 2. kola (e-aukcie) postúpil aj uchádzač, ktorý nebol súčasťou posudzovanej dohody,
 8. účasť v súťažiach, ktoré neboli v súlade s predmetom podnikania účastníkov konania.
263. Išlo teda o súbor viacerých významných typov dôkazov, ktoré by posudzované izolovane samé o sebe nemuseli vždy zakladať podozrenie o protiprávnom konaní. Preukázanie prítomnosti viacerých, prípadne aj všetkých týchto skutočností v posudzovaných súťažiach však predstavuje dostatočný dôkaz koordinovaného správania sa účastníkov tendrov. V tejto súvislosti je však potrebné zdôrazniť, že pre preukázanie porušenia, ako to konštatuje aj úrad, nie je nevyhnutné, aby boli prítomné vždy všetky typy dôkazov, ale je potrebné, aby sa vyskytovali v takej frekvencii a v takej kombinácii, aby bolo možné nepochybne konštatovať, že účasť v jednotlivých súťažiach nebola medzi uchádzačmi férová a nezávislá. Úrad v tomto protisúťažné správanie jednotlivých účastníkov konania v jednotlivých tendroch dostatočne popísal a odôvodnil prostredníctvom získaných dôkazov.
264. Úrad pritom zistil, že k prvotnej koordinácii dochádzalo medzi účastníkmi konania už v januári 2015, pričom dlhšiu dobu realizovaná schéma začala fungovať približne od júna 2015. Úrad v rámci preukázanej schémy identifikoval tri fázy, prostredníctvom ktorých preukazuje fungovanie dohody, tieto však nemajú vplyv na posúdenie dohody ako jedného trvajúceho deliktu, za ktorý dohodu považoval. Úrad tieto tri fázy detailne opisuje v prvostupňovom konaní.
265. V prvej fáze v období do 23.6.2015 išlo o koordináciu iba medzi dvoma účastníkmi, a to medzi ČECHOVO a JANOLI.
266. V druhej fáze v období od 23.6.2015 do 31.1.2017 sa k daným dvom účastníkom pridali ďalší účastníci konania, pričom jednotlivých súťaží sa zúčastňovali v rôzne kombinovaných trojiciach, čím zabezpečili možnosť, vzhľadom na podmienky priebehu aukcie, vylúčiť z postupu do 2. kola ďalších konkurentov. Ako zistil úrad, do 2. kola sa potom dostal uchádzač, ktorý nebol členom dohody len výnimočne, zväčša, ak skutočne podstatne dokázal znížiť cenu. Tejto fázy sa zúčastnilo šesť účastníkov dohody. Do obstarávaní sa zapájali zvyčajne v trojiciach, ktorých zloženie sa menilo. Účastníci dohody obvykle súťažili v zákazkách v úradom posudzovanom období spoločne a samostatne sa zapájali do obstarávaní podľa získaných dôkazov len výnimočne (z dôkazov vyplýva, že ARTRA 4x, ČECHOVO 11x, JANOLI 5x, MARINI 8x, PMB Slovakia 1x, a JASTA ani jedenkrát). Úrad tiež zistil, že napriek vysokej účasti niektorých členov dohody v obstarávaníach realizovaných na elektronickom trhovisku možno konštatovať, že ich úspešnosť bola neobvykle nízka, čo tiež vyvoláva pochybnosti o ich legálnej účasti. Väčšinu zákaziek, v ktorých bol preukázaný koordinovaný postup účastníkov konania, vyhrávali práve iniciátori dohody spoločnosti ČECHOVO a JANOLI. Úrad súčasne preukázal, že v druhej fáze bolo protisúťažné správanie účastníkov

dohody najintenzívnejšie a prejavili sa v ňom všetky úradom posudzované znaky protisúťažného konania.

267. Tretia fáza, ako ju určil úrad, prebiehala od 1.2.2017 a bola ovplyvnená zmenou obchodných podmienok fungovania elektronického trhu (OPET). Najvýraznejšou zmenou, ktorá ovplyvnila schému realizácie kartelovej dohody medzi účastníkmi konania, ako ju popisuje úrad bolo, že od uvedeného dňa už do 2. kola, teda do e-aukcie, postupovali všetci uchádzači, ktorí predložili ponuku v 1. kole a nielen traja uchádzači s najvýhodnejšími ponukami ako tomu bolo v predchádzajúcom období, čo možno konštatovať, objektívne sťažilo protiprávnu koordináciu.
268. Úrad sa v prvostupňovom rozhodnutí dôsledne zaoberal aj individuálnou účasťou jednotlivých účastníkov na dohode. Na základe zhromaždených dôkazov preukázal, že účastníci konania ČECHOVO a JANOLI boli iniciátori a hlavní organizátori dohody a zároveň predstavovali aj najaktívnejších členov dohody. Dôkazy tiež preukázali, ako už bolo uvedené, že títo boli aj víťazmi väčšiny posudzovaných súťaží.
269. Úrad preukázal, že podnikatelia ČECHOVO a JANOLI predkladali do súťaží opakovane ponuky, ktoré boli v jednotlivých tendroch cenovo blízke s ponukami ostatných účastníkov dohody a zároveň boli podávané v posledných sekundách pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk v 1. kole. Ak sa potom účastníci dohody spoločne kvalifikovali pre účasť v 2. kole, ponuky už zvyčajne nepredkladali a v e-aukcii nesúťažili. Často sa prekvapivo ani neprihlásili, aby videli, či súťaž prebieha.
270. Účastníci konania sa tiež opakovane zúčastňovali aj súťaží na obstaranie tovaru, ktorý nepatrí do predmetu ich podnikania. Ako vyplynulo z vykonaného dokazovania, účastníci sa pomerne často práve o takéto zákazky uchádzali. Napríklad v prípade podnikateľa ČECHOVO úrad identifikoval až 100 zákaziek na dodanie odevov, obuvi a textilných výrobkov, teda tovarov, ktoré nepatrili do jeho predmetu podnikania, pričom v 99 z nich nebol úspešný. V prípade účastníka JANOLI úrad identifikoval až 115 zákaziek na dodanie nábytku a zdravotníckeho vybavenia, ktoré nepatria do predmetu jeho podnikania, pričom v 112 z nich nebol úspešný.
271. Ďalej tiež možno poukázať na zistenie úradu, že účastník konania JANOLI sa počas prešetrovaného obdobia 24-krát zapojil do zákaziek na dodanie obuvi, napriek tomu, že tento tovar nevyrába a dodanie obuvi takisto nepatrí do jeho hlavnej podnikateľskej činnosti. Napriek tomu sa v týchto zákazkách stal dokonca úspešným uchádzačom až 15-krát, a to aj v prípadoch, keď sa predmetného obstarávania zúčastnila zároveň aj spoločnosť ARTRA, ktorá vyrába bezpečnostnú, pracovnú a ochrannú obuv.
272. Úrad preukázal zapájanie sa do dohody spôsobom, ktorý vykazuje znaky protisúťažného správania aj u podnikateľa MARINI, ktorý sa rovnako zapájal aj do súťaží o zákazky, ktoré nepatrili do predmetu jeho podnikania.
273. Hoci v prípade spoločnosti ARTRA úrad preukázal nižší počet účasti na

súťažiach, kde boli aplikované formy protisúťažného správania príznačné pre dohodu obmedzujúcu súťaž, úrad zhromaždil dostatok dôkazov aj voči tomuto účastníkovi konania, ktoré opísal v prvostupňovom rozhodnutí, ktoré preukazujú jeho účasť na dohode. Dostatočné dôkazy úrad zhromaždil aj vo vzťahu k účastníkom JASTA a PMB Slovakia, ktoré v prvostupňovom rozhodnutí takisto dostatočne popísal a vyhodnotil, na čo Rada úradu odkazuje.

274. Úrad ďalej v prvostupňovom rozhodnutí analyzoval správanie jednotlivých účastníkov konania z pohľadu typu dohody.
275. Úrad si vyžiadal od účastníkov konania faktúry, na základe ktorých preukazoval aj skutočnosť, či účastník konania, ktorý vyhral v súťaži o konkrétnu zákazku, ktorá nepatrila do jeho hlavnej podnikateľskej činnosti, bol následne schopný takýto tovar dodať obstarávateľovi, resp. či si tento tovar zabezpečil kúpou od iného účastníka konania a či tento iný účastník konania bol tiež uchádzačom v tom istom obstarávaní. Za účelom zistenia, aký tovar boli jednotliví účastníci dohody spôsobilí dodať v rámci jednotlivých obstarávaní realizovaných prostredníctvom EKS, úrad porovnal klasifikácie predmetu podnikania, ktorú pri registrácii na elektronickom trhovisku uviedli uchádzači prostredníctvom zadania jednotlivých CPV kódov podľa hlavného slovníka verejného obstarávania s odpoveďami jednotlivých účastníkov konania ohľadne ich predmetu podnikania, ktoré úradu zaslali na základe žiadosti o informácie, s údajmi z ich internetových stránok a tiež s údajmi zapísanými v obchodnom registri SR.
276. Na základe analyzovaných predložených faktúr bolo preukázané, že v niektorých prípadoch bol predmet zákazky, ktorý sa skladal z viacerých položiek, vyskladaný dodávkami tovaru medzi účastníkmi dohody vyfakturovanými vo viacerých faktúrach. V iných prípadoch bol postup opačný, a teda väčšie množstvo tovaru dodané a vyfakturované v rámci jednej faktúry bolo následne predkladané do viacerých obstarávaní. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí detailne popisuje, ktorých zákazok sa uvedený postup účastníkov konania týkal a akým spôsobom.
277. Úrad tiež správne posudzoval, či v rámci prešetrovanej dohody dochádzalo alebo mohlo dochádzať k rozdeleniu nelegálne nadobudnutých ziskov medzi účastníkmi dohody a za tým účelom si vyžiadal aj faktúry a ďalšie potrebné dokumenty. V rámci tohto preverovania úrad preukázal, že medzi účastníkmi dohody boli uzatvárané obchody, ktoré priamo súviseli s konkrétnymi preverovanými zákazkami.

Jeden trvajúci delikt

278. Úrad správne preukázal aj existenciu jedného trvajúceho deliktu⁴² a správne aplikoval teoretické východiská na v tomto konaní posudzovanú vec.
279. Pokiaľ ide o európsku rozhodovaciu prax, na ktorú sa odvolávajú aj účastníci konania, možno poukázať napríklad na rozsudok Všeobecného súdu z 24.3. 2011, vo veci *AALBERTS INDUSTRIES A I./Komisia*, T-385/06, bod 86-90,

⁴² Tento pojem je vnímaný ako zodpovedajúci pojmu jediné a nepretržité porušenie (single continuous infringement).

ktorý uvádza, že pojem jediné porušenie sa týka situácie, keď sa viaceré podniky zúčastnili na porušení pozostávajúcom z trvajúceho správania sledujúceho jediný ekonomický cieľ, ktorým je skresliť hospodársku súťaž, alebo aj z individuálnych porušení vzájomne spojených rovnakým cieľom (rovnaký účel všetkých prvkov) a rovnakými subjektmi (tie isté dotknuté podniky, ktoré sú si vedomé, že sa podieľajú na spoločnom ciele).⁴³ Proti tomuto výkladu nemožno tiež namietat, že jeden alebo viaceré z tejto skupiny aktov, resp. jedna alebo viaceré súčasti tohto pretrvávajúceho správania by samy osebe takisto mohli predstavovať porušenie článku 81 ES (pozn. Rady úradu - teraz článok 101 Zmluvy).⁴⁴ Za jednu dohodu obmedzujúcu súťaž teda môže byť považovaný aj súhrn viacerých konaní v určitom časovom rámci prijatých viacerými podnikateľmi s cieľom dosiahnuť jeden protisúťažný ekonomický cieľ.

280. Pojem jediné porušenie sa môže vzťahovať jednak na právnu kvalifikáciu určitého protisúťažného správania spočívajúceho v dohodách, zosúladených postupoch a v rozhodnutiach združení podnikateľov, ale môže sa vzťahovať tiež na osobnú povahu zodpovednosti za porušenie pravidiel hospodárskej súťaže.
281. Skutočnosť, že každý účastník v karteli plnil konkrétnu mu prislúchajúcu úlohu, napríklad iba reagoval na žiadosť a predložil kryciu ponuku, ho nezbačuje zodpovednosti a teda môže v rámci celého obdobia svojej účasti na dotknutom porušení zodpovedať tiež za správanie iných podnikateľov v rámci toho istého porušenia.
282. V zmysle judikatúry Súdneho dvora pokiaľ rôzne činnosti spadajú do „spoločného plánu“ vzhľadom na ich rovnaký cieľ skresľujúci hospodársku súťaž vnútri spoločného trhu, Komisia je oprávnená za tieto činnosti vyvodzovať zodpovednosť v závislosti od účasti na porušení ako celku.⁴⁵ Podnik, ktorý sa zúčastnil na jedinom a komplexnom porušení vlastným správaním, ktoré spočíva v dohode alebo zosúladenom postupe s protisúťažným predmetom v zmysle článku 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní EÚ (v texte ako „Zmluva“), a ktorého cieľom je prispieť k porušeniu v celom rozsahu, môže byť zodpovedný aj za správanie ostatných podnikov v rámci toho istého porušenia počas celého obdobia svojej účasti na tomto porušení, ak je preukázané, že uvedený podnik zamýšľal prispieť svojim vlastným správaním k spoločným zámerom, ktoré boli sledované, a že mal vedomosť o protiprávnom správaní, ktoré zamýšľali alebo realizovali ďalšie podniky sledujúce rovnaké ciele, alebo, že ho mohol rozumne predpokladať a bol ochotný prevziať z toho vyplývajúce riziko.⁴⁶
283. Podnikateľ teda čelí zodpovednosti, hoci obmedzenej s ohľadom na trvanie jeho účasti na protiprávnom konaní, aj vo vzťahu k aspektom jedného trvajúceho deliktu, ktorých sa priamo nezúčastnil, čo následne spravídla vyvoláva početné námietky zo strany podnikateľov. Títo namietajú najmä porušenie princípů

⁴³ Pozri napríklad rozsudok Súdu prvého stupňa z 8. júla 2008, *BPB/Komisia*, T-53/03, Zb. s. II-1333, bod 257.

⁴⁴ Pozri rozsudok *BPB/Komisia*, už citovaný, bod 252.

⁴⁵ Pozri rozsudok *Aalborg Portland a i./Komisia* C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Zb. s. I-123, bod 258).

⁴⁶ Pozri napr. rozsudok Súdneho dvora vo veci *Anic Partecipazioni SpA* proti Európskej komisii, C-49/92P, [1999] ECR I-4125, ods. 83.

individuálnej zodpovednosti. Všeobecný súd však takýto argument odmietol na tom základe, že zodpovednosť za celkový kartel má svoj pôvod v konceptii rozšírenej v právnych poriadkoch členských štátov EÚ týkajúcej sa pripísania zodpovednosti za porušenia spôsobené viacerými subjektmi v závislosti od ich účasti na porušení ako celku. Táto koncepcia teda nie je podľa súdu v rozpore so zásadou, podľa ktorej má zodpovednosť za takéto porušenia osobnú povahu, neopomína individuálnu analýzu dôkazov porušenia a neporušuje ani práva zúčastnených podnikov na obranu.⁴⁷

284. V zmysle judikatúry európskych súdov je teda možné pripísať zodpovednosť za protiprávne činnosti v závislosti od účasti na porušení posudzovanom ako celok⁴⁸, aj keď sa preukáže, že dotknutý podnikateľ sa priamo podieľal len na jednej alebo niekoľkých činnostiach tvoriacich porušenie⁴⁹. Podobne aj skutočnosť, že rôzni podnikatelia zohrávali rozdielne úlohy v sledovaní spoločného cieľa, nebráni existencii rovnakého protisúťažného cieľa a teda porušenia, a to pod podmienkou, že každý podnik na svojej vlastnej úrovni prispel k sledovaniu spoločného cieľa.⁵⁰
285. Hoci skutočnosť, že podnikateľ sa nezúčastňoval na všetkých zložkách kartelu, nie je relevantná na preukázanie existencie porušenia z jeho strany, je potrebné na túto okolnosť prihliadnuť pri určovaní výšky pokuty.⁵¹
286. S cieľom preukázať účasť podnikateľa na protisúťažnej dohode je potrebné preukázať najmä, že dotknutý podnikateľ mal zámer vlastným správaním prispieť k naplneniu spoločných cieľov sledovaných všetkými zúčastnenými a že vedel o správaní, ktoré plánovali alebo vykonali iní podnikatelia pri výkone rovnakých zámerov, alebo ich mohol dôvodne predpokladať a bol pripravený toto riziko prevziať.⁵²
287. Zámer podnikateľa prispieť k spoločnému cieľu je možné pritom vyvodiť z jeho účasti už na prinajmenšom jednom elemente daného protiprávneho konania. Ako je uvedené aj v prípade *Cement*, jeden trvajúci delikt bol preukázaný na základe toho, že každá strana, ktorej účasť na dohode bola preukázaná prispela na jej vlastnej úrovni k dosiahnutiu spoločného cieľa účasťou na jednom alebo viacerých implementovaných opatreniach, na ktoré odkazuje napadnuté

⁴⁷ Spojené prípady T-101/05 and T-111/05 *BASF AG a UCB SA* v Komisia, ods. 160, rozsudok Súdneho dvora z 8. júla 1999, Komisia/*Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Zb. s. I-4125 body 83, 84 a 203, a *HFB a i.*/Komisia, rozsudok Súdu prvého stupňa z 20. marca 2002, *HFB a i.*/Komisia, T-9/99, Zb. s. II-1487, bod, bod 231).

⁴⁸ Rozsudky Súdneho dvora zo 7. januára 2004, *Aalborg Portland a i.*/Komisia, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Zb. s. I-123, bod 258.

⁴⁹ *Limburgse Vinyl Maatschappij a i.*/Komisia, nazývaný „PVC II“, T-305/94 až T-307/94, T-313/94 až T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 a T-335/94, Zb. s. II-931, bod 773.

⁵⁰ Rozsudky Súdu prvého stupňa z 15. marca 2000, *Cimenteries CBR a i.*/Komisia, nazývaný „Cement“, T-25/95, T-26/95, T-30/95 až T-32/95, T-34/95 až T-39/95, T-42/95 až T-46/95, T-48/95, T-50/95 až T-65/95, T-68/95 až T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 a T-104/95, Zb. s. II-491, bod 4123 a rozsudok Súdu prvého stupňa z 8. júla 2004, *JFE Engineering a i.*/Komisia (T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, Zb. s. II-250, bod 370).

⁵¹ Prípád C-49/92 P Komisia v *Anic Partecipazioni SpA*, odsek 90.

⁵² Rozsudok Súdneho dvora z 8. júla 1999, Komisia/*Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Zb. s. I-4125, bod 87.

288. Podstatným v tejto otázke je teda to, že je postačujúce, keď účasť podnikateľa na protiprávnej dohode je iba minimálna v záujme toho, aby bolo možné konštatovať jeho účasť na trvajúcom správnom delikte. To, že účasť podnikateľa bola obmedzená iba na menšie aspekty daného porušovania nijako neovplyvňuje jeho zodpovednosť za správanie aj ostatných účastníkov v kontexte porušovania počas obdobia jeho účasti na porušení, pokiaľ si účastník bol vedomý nedovoleného konania ďalších účastníkov s ohľadom na spoločný celkový plán.⁵⁴
289. Požiadavka vedomosti účastníka o nezákonnom správaní ostatných je pritom podriadená skôr nižšiemu dôkaznému štandardu, keďže v zmysle už uvedenej európskej judikatúry je požadovaná iba rozumná predvídateľnosť takéhoto správania u ostatných.
290. V tomto smere je tiež podstatný práve koncept „verejného dištancovania sa“ od protiprávneho konania. Podnikateľ totiž môže ukončiť a tým aj skrátiť svoju zodpovednosť za protiprávne konanie jeho otvoreným a nepochybným dištancovaním sa od kartelu tak, že ostatní jeho účastníci si môžu byť vedomí, že už viac nepodporuje všeobecné ciele kartelu.⁵⁵
291. Samotná dohoda sa v priebehu času môže pritom meniť a jej mechanizmus sa môže vyvíjať zohľadňujúc napr. vývoj v danej oblasti. Uvedené sa aplikuje aj za predpokladu, že by došlo ku krátkemu prerušeniu takéhoto porušovania počas určitého obdobia, ak došlo následne k jeho obnoveniu.⁵⁶ Rovnako tak v prípade, ak počas takéhoto porušovania dôjde k zníženiu intenzity kontaktov, ako napr. výmeny informácií alebo úsilia koordinovať správanie medzi účastníkmi za predpokladu, že je zrejmé, že nedošlo k ukončeniu kartelu, ale iba k zmene jeho zvyčajnej formy. Takéto poňatie dohody obmedzujúcej súťaž nemôže byť spochybnené ani možnosťou, že jedna alebo viacero praktík v rámci takéhoto komplexu vytvárajúceho dohodu obmedzujúcu súťaž by mohli predstavovať porušenie zákona aj samé o sebe. Nie je však vhodné, aby sa takéto jedno trvajúce správanie charakterizované jedným cieľom umelo rozdeľovalo na viacero dohôd obmedzujúcich súťaž.
292. Možno konštatovať, že „umelé“ oddeľovanie jednotlivých súťaží do samostatných porušení by aj v tomto prípade strácalo zmysel, keďže išlo o konania spojené nielen rovnakými účastníkmi konania, obdobím, vedomosťou zainteresovaných strán o realizácii dohody, a teda aj sledovaním jedného spoločného cieľa, ktorým bolo vylúčenie zo súťaže ďalších konkurentov a zabezpečenie víťazstva pre vopred vybraných účastníkov dohody v oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a v oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných

⁵³ Spojené prípady T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95 *Cimenteries CBR a ďalší v Komisia*, odsek 4123.

⁵⁴ Prípady C-441/11 P *Komisia v Verhuizingen Coppens NV*, odsek 42.

⁵⁵ Spojené prípady T-147/09 a T-148/09 *Trelleborg Industrie SAS a Trelleborg AB v Komisia*, ods. 68.

⁵⁶ Pozri rozsudok v prípade T-279/02 *Degussa v Komisia* [2006] ECR II-897, odsek 178.

výrobkov na území Slovenskej republiky. Dialo sa tak prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koordinácie podnikateľov v súťažiach. Úrad sa aj s touto otázkou vysporiadal v prvostupňovom rozhodnutí dostatočne a správne.

293. Úrad správne aplikoval judikatúru a boli naplnené teoretické predpoklady, že každý účastník tohto konania prispel vlastným konaním a na vlastnej úrovni k spoločnému cieľu, o dosiahnutie ktorého sa usilovali všetci účastníci. Je však potrebné zdôrazniť, že rozhodovacia prax európskych súdov tiež potvrdila, že v prípade trvajúceho deliktu sú často získané iba fragmenty dôkazov, a je preto nevyhnutné rekonštruovať určité detaily protiprávneho konania aj dedukciou.⁵⁷
294. Úrad v bode 204 prvostupňového rozhodnutia správne konštatoval, že v konaní preukázal, že v sledovanom období účastníci konania v rozpore so zákonom o ochrane hospodárskej súťaže spolupracovali pri predkladaní ponúk do viacerých preskúmaných obstarávaní a svoje ponuky netvorili nezávisle, ale na základe vzájomnej spolupráce. Ich konania sa vzájomne dopĺňovali v tom zmysle, že účelom každého z nich bolo čeliť dôsledkom riadnej hospodárskej súťaže, pričom všetky, na základe vzájomného pôsobenia, prispievali k uskutočneniu protisúťažných účinkov plánovaných zúčastnenými subjektmi v rámci celkového plánu sledujúceho vylúčenie ďalších konkurentov zo súťaže a zabezpečenie víťazstva pre vopred vybraných účastníkov dohody, a tým zabezpečenie si dodatočného zisku za predaj tovarov obstarávateľom, pričom využívali viaceré spôsoby rozdelenia si dodatočného zisku, ktorý na základe tejto dohody získali od obstarávateľov.
295. Prepojenosť jednotlivých súťaží preukazujú zhromaždené dôkazy o tom, že účastníci konania sa jednotlivých obstarávaní prostredníctvom systému EKS zúčastňovali opakovane a pravidelne v trojiciach, keďže práve tento počet bol potrebný a dostatočný na elimináciu ich konkurentov z 2. kola obstarávania. Pre dosiahnutie účelu dohody nebolo potrebné, aby v jednom obstarávaní naraz predkladali ponuky viac ako traja účastníci dohody.⁵⁸
296. V jednotlivých obstarávaníach sa účastníci vo svojich pozíciách striedali, čo tiež nasvedčuje tomu, že boli vedení jednotným cieľom obmedziť súťaž.
297. Účastníci dohody pritom používali opakujúci sa spôsob a metódy smerujúce k dosiahnutiu ich spoločného cieľa ako pripájanie sa z rovnakej IP adresy, predkladanie ponúk v posledných sekundách a podobne.
298. Hoci kontinuita praktiky v čase je významná, v kontexte celkového plánu presahujúceho niekoľko rokov medzera aj niekoľkých mesiacov medzi jednotlivými manifestáciami plánu môže byť nepodstatná. Avšak posúdenie je vždy potrebné urobiť s ohľadom na okolnosti konkrétneho prípadu.⁵⁹ V tomto

⁵⁷ Prípady C-407/08 P *Knauf Gips KG* v Komisia, ods. 49.

⁵⁸ Len v dvoch prípadoch počas sledovaného obdobia sa stalo, že sa obstarávania zúčastnili štyria účastníci dohody

⁵⁹ Napríklad v prípade *Marine Hoses (spojené prípady T-147/09 a T-148/09 Trelleborg Industrie SAS a Trelleborg AB v Komisia, odsek 68)*, obdobie 18 mesiacov v rámci kartelu, počas ktorých nebol dôkaz o protiprávnom konaní bolo považované za prerušenie pokračovania celkového plánu. Na druhej strane

prípade dochádzalo k účasti na protiprávnom konaní priebežne v priebehu posudzovaného obdobia.

299. Z pohľadu tovarov dotknutých posudzovanou praktikou možno tiež dôjsť k záveru o prepojenosti jednotlivých obstarávaní jednotným cieľom, a to v dôsledku skutočnosti, že na rovnakých trhoch víťazili pravidelne tí istí podnikatelia. Pokiaľ išlo o dodávky nábytku a zdravotníckeho vybavenia, zákazky pravidelne vyhrával podnikateľ ČECHOVO. V prípade zákaziek na dodanie odevov, obuvi a textilných výrobkov bol zas pravidelne úspešným podnikateľ JANOLI. Ďalší účastníci dohody v takýchto zákazkách predkladali ponuky, ktoré boli cenovo nevýhodnejšie, v dôsledku čoho zaručili vopred vybranému uchádzačovi víťazstvo v 1. kole zákazky a zabezpečili tiež, že do 2. kola nepostúpil reálny konkurent. Keďže v e-aukcii už účastníci dohody nesúťažili, vopred vybraný uchádzač sa zároveň stal víťazom obstarávania.
300. Aj uvedené potvrdzuje naplnenie kritéria, že účasť v jednotlivých súťažiach predstavovala praktiky, ktoré boli komplementárne⁶⁰, keď si účastníci dohody navzájom pomáhali zvíťaziť na trhoch, kde mali jednotlivo záujem o zákazku a nešlo teda iba o izolovanú účasť na protiprávnom konaní bez previazanosti na budúce správanie v inej súťaži.
301. V prípade všetkých účastníkov konania išlo o koordinované správanie, ktoré nie je možné považovať za náhodné. Pripojenie z jednej IP adresy a ďalší postup na to nadväzujúci v jednotlivých súťažiach, ktoré úrad dostatočne v prvostupňovom rozhodnutí opísal, odôvodňuje záver, že účastníci konania si museli byť vedomí jednak svojho protiprávneho konania, ale aj protiprávneho konania ostatných účastníkov v dobe, keď sa na protiprávnom konaní podieľali. U účastníkov konania išlo o opakovanú účasť v tendroch so znakmi protiprávneho konania. Účastníci konania opakovane predkladali v súťažiach ponuky s rozdielom v určitom násobku vo vzťahu ku konkurentovi, alebo ponuky cenovo veľmi blízke, pričom tieto predkladali v posledných sekundách pred uzavretím prvého kola, čo reálne neumožňuje oboznámenie sa s ponukami ostatných účastníkov, napriek tomu sa však dokázali priblížiť k cenovej ponuke ďalších účastníkov tak, že mali možnosť spoločne postúpiť do ďalšieho kola. Na druhej strane možnosť postúpenia do druhého kola napriek tomu viackrát nevyužili a o súťaž sa ďalej nezaujímal, pričom odôvodnenie tohto ich postupu vyznieva v konaní značne nepresvedčivo. Rovnako tak následné obchodné a subdodávateľské vzťahy medzi úspešným a neúspešným konkurentom z konkrétneho tendra svedčia o protiprávnom konaní.
302. Rada úradu má za to, že aj účastník konania PMB Slovakia sa preukázateľne zúčastňoval na verejných obstarávaníach spolu s ostatnými účastníkmi konania, pričom ich spoločné správanie nieslo znaky úmyselného porušovania pravidiel hospodárskej súťaže. Ako bolo preukázané úradom, dohoda bola realizovaná po určitý čas a účastníkovi konania, hoci sa nezúčastnil na všetkých verejných obstarávaníach spolu s ostatnými, musel byť jej účel a prínos zrejmý. Rovnako je

v inom prípade *Spojené prípady C-65/02 P and C-73/02 P ThyssenKrupp Stainless GmbH a ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA v Komisia, odsek 39, jedno stretnutie bolopovažované za základ pre štvorročný celkový plán.*

⁶⁰ Prípád T-410/09 *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall*, odsek 154.

tomu v prípade podnikateľa ARTRA ako aj všetkých ostatných účastníkov konania. Záver nie je nijako v rozpore ani s vecou, na ktorú poukazuje účastník konania PMB Slovakia, a to prípad Komisie AT.40481, *Occupant Safety Systems*, kde išlo o účasť podnikov na kartelovej dohode týkajúcej sa dodávok bezpečnostných pásov, airbagov a volantov do osobných motorových vozidiel dodávaných podnikateľom patriacim do skupiny VW a BMW, a to formou výmeny citlivých informácií a cenovej koordinácie. V danom prípade Komisia vychádzala z rovnakých teoretických východísk ako boli uplatnené aj v tomto konaní.

303. Pokiaľ ide o odkaz na rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5SŽ/21-22/2011 zo dňa 15.12.2011, týmto súd rozhodol, že Rada pre vysielanie a retransmisiu ako žalovaný správny orgán rozširujúcim výkladom posúdila vec ako pokračovací správny delikt s poukazom na čl. 49 Ústavy Slovenskej republiky a Trestný zákon č. 300/2005 Z. z. a dospela k záveru, že za každý jednotlivý odvysielaný reklamný šot na dva lieky v rámci televíznej programovej služby tv JOJ je možné uložiť samostatné pokuty. Takýto rozširujúci výklad v danom prípade podľa súdu viedol k porušeniu princípu zákonnosti, pretože, ak sa navrhovateľ dopustil pokračujúceho správneho deliktu, právny predpis nedáva možnosť uložiť pokutu za každý jednotlivý odvysielaný reklamný šot na liek. V predmetnom súdnom konaní tiež súd konšatoval potrebu spojenia správnych konaní s uložením jednej pokuty za jeden skutok. V danom konaní, preto išlo o vec, ktorá nie je porovnateľná s vecou posudzovanou v tomto konaní. Úrad v tomto konaní posúdil účasť účastníkov konania vo viacerých súťažiach v jednom správnom konaní a uložil jednu pokutu za jeden trvajúci delikt.
304. Posúdenie v tomto konaní nijako neodporuje ani záverom z rozsudku Najvyššieho správneho súdu Českej republiky zo dňa 29.1.2015, sp. zn. 8 Afs 25/2012, na ktoré poukazuje účastník konania PMB Slovakia. Rada úradu nijako nepopiera potrebu zistenia reálnej účasti každého jednotlivého člena kartelu. Je nesporné, že nemožno rovnako posudzovať konanie napríklad iniciátora kartelu, ktorý sa na ňom zúčastňoval počas celého jeho trvania a iného účastníka, ktorý sa na ňom podieľal iba čiastkovo. Obom je však možné pripísať zodpovednosť v zmysle vyššie uvedenej judikatúry, pričom je nevyhnutné vyhodnotiť mieru ich účasti z pohľadu aktívnej účasti ako aj doby ich účasti na ňom, čo sa prenesie do výšky im uloženej pokuty. Naopak, ako už bolo uvedené, nemožno tvrdiť, že niekto kto sa podieľal na karteli iba v určitých jeho prvkoch po obmedzenú dobu nie je iba z daného dôvodu jeho účastníkom. K úspešnému fungovaniu kartelu totiž prispeli obaja, každý svojou mierou. Aj z praxe úradu je preukázané, že častokrát menší hráči prostredníctvom ich sporadickej účasti na karteli, keď napríklad iba predložia kryciu ponuku do súťaže a sami príliš na protisúťažnom konaní neprofitujú, napomáhajú hlavným aktérom kartelu vo vytváraní zdania prebiehajúcej súťaže.
305. Účastníci konania dosiahli sledovaný cieľ, keď svojím správaním odobrali vyhlasovateľom súťaží možnosť získať najlepšiu ponuku. Neumožnili tiež účasť iným svojim konkurentom, ktorých účasť by prispela k efektívnej hospodárskej súťaži a vygenerovaniu nižšej ceny.

K jednotlivým námietkam účastníkov konania

306. Rada úradu opätovne konštatuje, že úrad sa s jednotlivými námietkami účastníkov konania dôkladne zaoberal a v prvostupňovom rozhodnutí sa k nim jednotlivo vyjadroval, pričom jeho závery považuje Rada úradu za správne a presvedčivé a stotožňuje sa s nimi.
307. Účastníci konania sa voči prijatým záverom úradu pritom bránia námietkami, ktoré Rada úradu nepovažuje za také, aby mohli závery prijaté úradom spochybniť.
308. Účastníci konania namietali, že úrad im pripísal zodpovednosť za protiprávne konanie na základe cenovej zhodnosti ponúk, nepredkladania ponúk v 2.kole vo verejných obstarávaniach ako aj na základe predkladania ponúk v posledných sekundách pred ukončením verejného obstarávania, pričom iným podnikateľom, ktorí sa správali v súťažiach rovnako, takéto správanie nevytkol a nepribral ich za účastníkov tohto konania. Rada úradu rovnako ako aj úrad konštatuje, že všetky dôkazy je potrebné vyhodnocovať vo vzájomných súvislostiach. Izolované posudzovanie a vyhodnocovanie jednotlivých dôkazov nie je správne a vhodné a môže viesť k mylným záverom, k čomu by mohlo dôjsť aj v tomto správnom konaní.
309. Úrad taktiež správne uvádza, že rozhodne nie je vylúčené, že aj pri dodržiavaní pravidiel hospodárskej súťaže v prebiehajúcich obstarávaniach môže dôjsť k tomu, že v rámci taktiky uplatnenej v súťaži niektorý uchádzač predloží cenu až v posledných sekundách určenej lehoty alebo sa cenou priblíži k svojmu konkurentovi a pod. Jednotlivé typy správania samé o sebe, nepredstavujú teda za každých okolností, najmä posudzované bez vzájomných súvislostí, porušenie zákona. Porušenie zákona je možné konštatovať predovšetkým preukázaním ich kombinácie, frekvenciou výskytu, častým opakovaním a celkovým zasadením do kontextu posudzovanej situácie.
310. Pokiaľ ide napríklad o taktiku predkladania ponuky v posledných sekundách určenej lehoty, jej ración je nepochybne v tom, že jeden konkurent vidí počas súťaže predloženú cenu iného konkurenta, s ktorým súťaží a svoju cenu predloží následne časovo tak, aby jeho cena bola nižšia a tento konkurent už na ňu nestihol zareagovať. Takáto podstata súťažnej taktiky však absentuje v situácii, keď niekoľko konkurentov opakovane v rôznych súťažiach podáva v rovnakom čase, t.j. bez možnej znalosti ponuky iného konkurenta, ponuku v posledných sekundách. Takéto správanie sa nejaví ekonomickým a racionálnym z pohľadu súťažiacich podnikateľov, keďže v takom prípade nemožno ani hovoriť o štandardnom zapojení sa do súťaže, kedy sa podnikateľ síce snaží, aby zákazku získal, ale súčasne má aj snahu, aby svoju cenu neúmerne neodôvodnene neznižil. Je možné objektívne očakávať, že každý sa snaží dosiahnuť čo najvyšší zisk z predaja svojich tovarov a služieb, nevynímajúc formu verejného obstarávania. O to viac to potom musí platiť u účastníkov tohto konania, keď niektorí z nich uvádzajú, že uprednostnili stratu zákazky pred znížením hodnoty ich tovaru, ktorá by podľa nich mohla nastať, ak by cenu neodôvodnene znížili. Pri správaní, aké sa preukázalo v tomto konaní vo viacerých prípadoch, pritom museli podnikatelia stanoviť svoju cenu v ponuke bez porovnania s inými podnikateľmi a tak ju zrejme neodôvodnene znížiť.

311. Rovnako tak nesledovanie ďalšieho vývoja aukcie v opakovaných prípadoch iba na základe argumentu, že podnikateľ dal najnižšiu cenu ako mohol, je v kontexte vyššie uvedeného, veľmi nepresvedčivé. Ak by tomu aj tak bolo, že podnikateľ skutočne hneď prvou a jedinou ponukou predložil svoju najnižšiu možnú cenu a o zákazku sa reálne uchádza, o čom by malo svedčiť práve to, že ide s cenou skutočne na hranicu svojich možností (a možno, bez zohľadnenia iných konkurenčných ponúk, ponúka „zbytočne“ nízku cenu), je potom ťažko pochopiteľné, prečo sa o ďalší priebeh súťaže už ani nezaujíma.
312. V tomto konaní nie je tiež považované samé o sebe za protiprávne opakované stretávanie sa tých istých podnikateľov v súťažiach, keďže, ako uvádza PMB Slovakia, ide o trhy s menším počtom hráčov. Naopak, podozrivým sa skôr javí ich neúčast', resp. málo aktívna súťaž v obstarávaní, kde zákazka práve zodpovedá predmetu ich podnikania a na druhej strane výrazný počet obstarávaní, kde sa o zákazku uchádza subjekt, ktorý na jej zabezpečenie musí využiť výlučne subdodávky. A dokonca prenechanie víťazstva takému podnikateľovi, ktorý nepôsobí na príslušných trhoch a následne dodávky daného tovaru podnikateľom, ktorý na trhu štandardne pôsobí, avšak nesúťažil, alebo bol v súťaži zjavne pasívny.
313. Rada úradu nesúhlasí s tvrdením, že úrad posudzoval za protiprávnu účasť vo verejných obstarávaníach, kde účastník konania nesúťažil s ostatnými účastníkmi tohto konania. Úrad rozhodne nepovažoval izolovane, bez súvislosti s ďalšími dôkazmi, za protiprávnu takúto účasť, keďže jednotlivé typy správania nevyhodnotil ako protiprávne izolovane, ale v prvostupňovom rozhodnutí vysvetlil, v súlade s povinnosťou správneho orgánu pri vyhodnocovaní dôkazov, ako ktoré dôkazy vníma, ako ich prepája v súvislostiach a aké závery z toho vyvodzuje a v tomto kontexte hodnotil aj verejné obstarávania, kde účastník konania nesúťažil s ostatnými účastníkmi konania.
314. Je tiež akceptovateľné a môže to byť aj znakom súťaže, že ceny, s ktorými uchádzači súťažia sú blízke a znižujú sa napríklad postupne v súťaži. Menej presvedčivé sa už však javí to, že niekoľko konkurentov opakovane predkladá veľmi blízku cenovú ponuku spolu s konkurentmi, ktorých cenovú ponuku ešte nevideli a dokonca ju podávajú takmer v identickom čase, čo objektívne vylučuje proces súťažného taktizovania.
315. V tejto súvislosti Rada úradu tiež zdôrazňuje, že predkladanie cenovo blízkych ponúk v konkrétnej súťaži v takmer identickom čase nemožno považovať za následok „odpozorovania“ ceny. Odpozorovať je možné iba známu cenu, čo však v prípade elektronickej aukcie bez nedovolených kontaktov nie je možné. V elektronickej aukcii je teda možné iba zareagovať na v prebiehajúcej súťaži zverejnenú cenu. Iná je situácia, ak v rámci nastavenia nezávislej ponuky podnikateľ odhaduje cenu svojho konkurenta a tomu prispôsobuje nastavenie svojej ceny. Aj takýto odhad je však skôr nereálny, ak sa súťaže zúčastňuje niekto, kto dané produkty ani nevyrába, resp. nedodáva.
316. Pokiaľ ide o námietku, že úrad aplikoval dvojaký prístup aj tým, že pokiaľ sa niektorý z účastníkov konania nezapojil v 2. kole do e-aukcie, uvedené bolo znakom o koluzívnom správaní účastníkov, avšak pokiaľ sa do 2. kola nezapojil

dotknutý tretí uchádzač, uvedené podľa úradu už nebolo podozrivé, Rada úradu s touto nesúhlasí. Je potrebné opätovne uviesť, že úrad nevyhodnocuje ani takúto skutočnosť samú o sebe ako postačujúcu pre preukázanie porušenia, ale zohľadňuje aj ďalšie správanie účastníkov konania v danom konkrétnom tendri, čo popisuje v prvostupňovom rozhodnutí a daný tender následne vyhodnocuje v kontexte celkovej posudzovanej schémy.

317. V doplnenom vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia spoločne zastúpení účastníci konania uviedli, že aj podľa úradu mali byť pritom pôvodne účastníkmi konania aj spoločnosti SINAKO SK a HYDRO ROUTE PLANNING. Účastníci konania preto namietajú „selektívnu spravodlivosť“ zo strany úradu, keď tento nepribral za účastníkov konania aj ďalšie spoločnosti, u ktorých podľa nich zo spisu vyplývajú dôkazy o ďaleko väčšej alebo podobnej zhode ako v prípade účastníkov konania. Účastníci konania navrhujú tiež, aby Rada úradu v rámci ďalšieho dokazovania aj priamo oslovila uvedené dve spoločnosti s otázkou, či sa nejakým spôsobom podieľali alebo nepodieľali na domnелеj kartelovej dohode. V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že úrad nikde neuvádza, že aj spoločnosti SINAKO SK a HYDRO ROUTE PLANNING by podľa neho mali byť účastníkmi tohto konania. Úrad v bode 3. prvostupňového rozhodnutia iba uviedol, že obdržal podnet dňa 13.1.2017 z Úradu pre verejné obstarávanie na prešetrenie správania aj u podnikateľov SINAKO SK a HYDRO ROUTE PLANNING, a to v súvislosti so zákazkou vyhlasovateľa Nemocnica s poliklinikou Prievidza so sídlom v Bojniciach, Nemocničná 2, 972 01 Bojnice, vyhlásenej dňa 17.10.2016 pod číslom zákazky Z201632927. Ako úrad ďalej uvádza, toto správne konanie začal až na základe vykonanej analýzy podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhu a tiež na základe analýzy ďalších podkladov a informácií získaných v priebehu prešetrovania, pričom voči spoločnostiam SINAKO SK a HYDRO ROUTE PLANNING správne konanie neotvoril, z čoho je zrejmé, že informácie, ktoré mal k dispozícii a ktoré sú súčasťou administratívneho spisu nepovažoval za dostatočné na obvinenie zo spáchania správneho deliktu voči týmto dvom podnikateľom. Samotní účastníci konania pritom neuvádzajú, ktoré konkrétne skutočnosti preukazujú účasť na dohode aj u týchto dvoch spoločností, ale iba všeobecne odkazujú na administratívny spis, z ktorého podľa nich vyplývajú dôkazy o ďaleko väčšej alebo podobnej zhode v ich správaní ako v prípade účastníkov konania.
318. Rada úradu preskúmala dôkazy nachádzajúce sa v súvisiacom administratívnom spise a nezistila pochybenie v záveroch úradu v tomto smere. Hoci úrad obdržal podnet aj vo vzťahu k vyššie uvedeným dvom spoločnostiam, v spise sa nenachádzajú dôkazy, ktoré by preukazovali ich účasť na posudzovanej dohode. Vzhľadom na uvedené tiež Rada úradu nepovažovala za účelné a dôvodné oslovovať tieto spoločnosti s otázkou, či sa zúčastnili na kartelovej dohode účastníkov konania.
319. Čo sa týka firmy HYDRO ROUTE PLANNING táto sa zúčastnila iba na jednom z posudzovaných obstarávaní, a to verejnom obstarávaní č. Z201632927, pričom nepostúpila do druhého kola. Súťaž o danú zákazku sa zúčastnila spolu s účastníkmi konania ČECHOVO, MARINI a JASTA. Spoločnosť HYDRO ROUTE PLANNING sa nedostala do druhého kola, pričom jej ponuka bola o dosť

vyššia ako ostatných troch uchádzačov, ktorých ponuky boli veľmi blízke. Na rozdiel od účastníkov tohto konania na prihlásenie nepoužila ani rovnakú IP adresu. V tejto súťaži v 2. kole nikto ponuky nepredkladal, pričom JASTA a MARINI sa ani neprihlásili a zákazku vyhral účastník ČECHOVO. Nie je teda zrejmé, na základe čoho možno konštatovať, že existuje dôkaz o ďaleko väčšej alebo podobnej zhode ako v prípade účastníkov konania pre túto konkrétnu súťaž.

320. Pokiaľ ide o spoločnosť SINAKO SK, táto sa podľa zistených informácií z 276 preskúmaných verejných obstarávaní zúčastnila celkovo štyroch. Rada úradu však rovnako ako úrad neidentifikovala indície protisúťažného správania spoločnosti SINAKO SK, resp. koordinovaného postupu spolu s účastníkmi tohto správneho konania, aby mohla konštatovať, že bola súčasťou posudzovanej dohody obmedzujúcej súťaž.
321. V analýze podlimitných zákaziek možno nájsť indície, ktoré preukazujú protiprávnu koordináciu účastníkov konania. Ako už bolo uvedené, išlo najmä o predkladanie cenovo blízkych ponúk v posledných sekundách prvého kola, používanie rovnakých IP adries a následné nesúťaženie v druhom kole verejného obstarávania. Správanie spoločnosti SINAKO SK v prostredí EKS tieto spoločné znaky nenieslo. V tomto prípade Rada úradu neidentifikovala ani poskytovanie subdodávok v súvislosti so spoločnosťou SINAKO SK, keďže táto nedodávala tovar víťazom verejných obstarávaní.
322. Rada úradu teda dospela k záveru, že úrad postupoval správne a medzi účastníkov konania zaradil spoločnosti, ktorých správanie preukázateľne v posudzovanom období spĺňalo predpoklady spoločného koordinovaného postupu, pričom u spoločnosti SINAKO SK sa to nepotvrdilo.
323. Rada úradu považuje za rozhodujúce práve dôkazy o protiprávnom konaní vo forme určitého správania účastníkov konania, ako bolo predkladanie cenovo blízkych ponúk, predkladanie ponúk v posledných sekundách, prihlasovanie sa z rovnakej IP adresy a ďalšiu kombináciu v rozhodnutí popísaných skutočností. Poukazovanie úradu aj na neúčast' v tendri v určitých prípadoch, vníma Rada úradu skôr ako možný, resp. pravdepodobný dôsledok koordinácie, vzhľadom na celkové správanie účastníkov dohody, ktorý „zapadá“ do preukázanej protiprávnej schémy. Nejde však o rozhodujúci dôkaz, od posúdenia ktorého závisel záver úradu.
324. Všetky uvedené skutočnosti je potrebné zohľadňovať aj v kontexte toho, že podávanie ponúk opakovane prebiehalo z rovnakej IP adresy, čo nie je možné za iných okolností, ako že účastníci tendra spolupracovali, keďže nejde o zamestnancov toho istého subjektu a pripojenie z rovnakej IP adresy v daných časových okolnostiach a celkovom kontexte prípadu nebolo preukázateľne reálne.
325. Všetky tieto a ďalšie skutočnosti, ktorými sa úrad zaoberal a vyhodnocoval ich, preukázali isté prepojenie medzi niekoľkými podnikateľmi, ktorých určil ako účastníkov tohto konania. V prípadoch ostatných podnikateľov, u ktorých sa mohlo jednotlivo vyskytnúť podobné správanie, napr. predloženie ponuky

v posledných sekundách lehoty, alebo predloženie podobnej ceny bez toho, že by sa u nich vyskytovali aj ďalšie znaky posudzovaného protiprávneho správania, nebolo možné konštatovať, že aj títo boli súčasťou zakázanej dohody. Rada úradu takéto vyhodnotenie úradu považuje za správne. V prípade, že účastníci konania disponujú ďalšími dôkazmi o iných podnikateľoch, ktoré by potvrdzovali ich protisúťažné správanie, mohli tieto predložiť v konaní na podporu ich tvrdení.

326. K námietke, že nie je zrejmé ako mohli účastníci ČECHOVO a JANOLI testovať systém elektronického trhoviska a jeho limity, ak sa posudzovaná e-aukcia konala dňa 19.6.2015, teda na konci prvej fázy, je potrebné uviesť, že v posudzovanom konaní nie je podstatné, či sa správanie účastníkov nazve v danej fáze testovaním, ako to urobil úrad, keďže to pre posúdenie praktiky nie je nijak podstatné. K „testovaniu si“ podmienok pritom mohlo zo strany týchto dvoch účastníkov konania dochádzať počas celého obdobia tzv. prvej fázy dohody. Podstatným je však to, že úrad v rozhodnutí v bodoch 107 a nasl. prvostupňového rozhodnutia dostatočne opísal správanie účastníkov ČECHOVO a JANOLI, ktoré preukazuje, že v danom období, nazvanom úradom ako prvá fáza, bola dohoda realizovaná.
327. Možno poukázať na to, že z deviatich spoločných účastí v súťaži v tomto období prvej fázy títo účastníci až v šiestich použili rovnakú IP adresu. Tiež bolo preukázané, že keď sa podnikatelia ČECHOVO a JANOLI stretli v súťaži, pokiaľ sa do e-aukcie dostali len oni dvaja bez ďalších konkurentov, svoje ponuky znižovali len symbolicky. V prípade ale, že v 2. kole bol aj iný uchádzač, ktorý nebol súčasťou dohody, v e-aukcii znižoval ponuku účastník konania, ktorému daný tovar patril do predmetu podnikania. Pokiaľ ide o zákazku č. Z201513079 vyhlásenú dňa 19.6.2015, kde účastníci konania spochybňujú, či mohlo dochádzať k tzv. testovaniu si podmienok úrad poukázal na to, že v danom prípade sa do 2. kola dostal okrem podnikateľov JANOLI a ČECHOVO aj tretí uchádzač, ktorý však v e-aukcii nesúťažil. Ako zistil úrad, podnikatelia ČECHOVO a JANOLI svoje ponuky v e-aukcii znižovali, avšak opakovane ich sťahovali a vkladali nové ponuky, o niečo vyššie ako tie predchádzajúce, takže výsledné ponuky oboch boli po skončení e-aukcie rovnaké ako ich ponuky po 1. kole. Takýto postup nepovažoval úrad za reálne súťaženie, s čím sa Rada úradu stotožňuje. Je však potrebné uviesť, že ani toto verejné obstarávanie nemožno posudzovať izolovane od ostatných a vyvodzovať závery iba na základe správania sa účastníkov v ňom samotnom, ale je potrebné vyhodnocovať ho v kontexte ostatných posudzovaných súťaží.
328. Spoločne zastúpení účastníci konania poukazujú na bod 116 rozhodnutia, kde úrad poukazuje na to, že zo 188 obstarávaní, ktorých sa v tejto fáze porušovania zúčastnili spoločne viacerí účastníci dohody, sa im podarilo dosiahnuť víťazstvo niektorého člena dohody až v 152 prípadoch, čo je viac ako 80 % úspešnosť. Úrad však, podľa nich, neberie v úvahu závery v bode 118 rozhodnutia, podľa ktorých, ak boli v súťaži len traja účastníci dohody (55 zákaziek) (...), z čoho vyplýva, že zo 188 posudzovaných prípadov bola takmer 1/3 obstarávaní (55 prípadov) bez ďalšieho uchádzača a je teda logické, že vyhrá niektorý z účastníkov konania, čo výpočty úradu o 80% úspešnosti niektorého z členov dohody značne skresľuje. Rada úradu uvádza, že koordinácia medzi účastníkmi konania nebola cielená výlučne na vylúčenie iného uchádzača zo súťaže, ale išlo

aj o koordináciu medzi samotnými účastníkmi konania, ktorí si delili zákazky a vopred dohodli víťaza toho ktorého tendra, preto závery úradu považuje za správne.

329. V súvislosti so zákazkou č. Z201640225, ktorú vyhrala spoločnosť JANOLI sa účastníci bránia tým, že :

- spoločnosť ARTRA spoločnosti JANOLI v rámci subdodávok pre Univerzitnú nemocnicu Bratislava dodala tovar v nižšej hodnote ako bola spoločnosť JANOLI povinná dodať, pričom išlo iba o dodanie „chýbajúceho“ tovaru, ktorý nevedela spoločnosť JANOLI zabezpečiť sama alebo prostredníctvom iných subdodávateľov.
- Navyše nešlo o jednorazový predaj spoločnosti JANOLI.
- Spoločnosť ARTRA konštatuje, že keď sa rozhodla nepokračovať v súťažení v rámci verejného obstarávania č. Z201640225 postupovala v súlade so svojou obchodnou stratégiou, ktorou je prezentovanie „kvality“ ňou vyrábaného tovaru, nakoľko spoločnosť ARTRA sa pri predaji obuvi a ďalšieho tovaru riadi heslom *„radšej kvalita ako kvantita“*.
- S takouto obchodnou stratégiou je spojená vyššia cena ňou vyrábaných tovarov.

330. Zdôvodnenie postupu účastníka konania ARTRA považuje Rada úradu za nepresvedčivé. Účastník konania ARTRA sa prihlásil do súťaže o zákazku pre Univerzitnú nemocnicu v Bratislave spolu s účastníkom JANOLI. Ako uvádza, svoju cenu už neznižil, nakoľko je pre neho podstatná viac kvalita ako cena, hoci je zrejmé, že práve cena pri snahe získať zákazku bola najvýznamnejším faktorom, a to napriek tomu, že cenový rozdiel oproti víťaznému uchádzačovi bol iba 2,32 eur. Takýto postup by bol ešte za určitých okolností pochopiteľný. Takým však už nie je skutočnosť, že spoločnosť ARTRA následne, a to napriek svojej obchodnej stratégii uprednostňujúcej kvalitu pred kvantitou a teda aj cenou, predala tovar ako subdodávku účastníkovi JANOLI za cenu nižšiu, ako tú ktorú ponúkla v súťaži, a ktorú už nebola v súlade so svojou obchodnou stratégiou ochotná ďalej znižovať. Tento postup nie je odôvodniteľný tým, že išlo iba o výpomoc s chýbajúcim tovarom svojmu „konkurentovi“ so zákazkou, o ktorú sama súťažila. Argument účastníka konania ARTRA, že spoločnosti JANOLI ako jej dlhoročnému obchodnému partnerovi (za účelom udržania si veľkoodberateľa) vie z dlhodobého hľadiska výhodne poskytnúť zľavu, a to aj v značnej výške, Rada úradu neakceptuje. V danej situácii boli JANOLI a ARTRA v postavení konkurentov snažiacich sa získať zákazku, resp. v takej pozícii mali byť, keďže sa do súťaže prihlásili. V prípade reálneho záujmu účastníka ARTRA o získanie zákazky je možné objektívne očakávať, že zníženie, ktoré poskytol víťazovi danej zákazky, by uplatnil v prospech seba.

331. Účastník konania ARTRA pritom svoj postup obdobne zdôvodňoval aj v iných posudzovaných súťažiach, keď uvádzal, že nemal záujem tovar predávať *„za každú cenu“* a tiež tým, že v rámci hospodárskej súťaže je úplne bežné, že určitý druh značkového tovaru, ktorý sa vyznačuje svojou *„luxusnou povahou“* alebo

vysokou kvalitou je predávaný za určitú stabilnú (štandardnú) cenu. Rada úradu takéto tvrdenie spoločnosti ARTRA nespochybňuje, medzi takýto tovar môžu patriť napr. parfémy. Rada úradu však nemá za to, že tovar dodávaný spoločnosťou ARTRA predstavuje luxusný tovar danej kategórie.

332. Rada úradu neakceptuje ani zdôvodnenie, že účastník konania JANOLI dokázal dávať cenovo podobné ponuky v konkrétnej súťaži iba na základe toho, že je dlhodobým odberateľom tovaru od spoločnosti ARTRA, a teda hoci obuv ani doplnky k obuvi nevyrába, bol schopný si dovodiť akýsi „cenový vzor“ a tento následne aplikovať v každom jednotlivom verejnom obstarávaní týkajúcom sa predmetného druhu tovaru, na ktorom sa zúčastnil. Účastník konania už konkrétne neuvádza, ako mal takýto cenový vzor presne vytvoriť a ako konkrétne a ako často ho uplatňoval.
333. Ako vyplýva aj z námietok účastníkov konania predložených v tomto konaní, samotní účastníci konania uvádzajú, že pre každú súťaž si vyhodnocujú, aká konkrétna ponuka je pre nich ešte rentabilná a prispôbujú tomu ponuku. Niektoré zákazky môžu byť pre nich pritom viac podnikateľsky zaujímavé, iné menej, niekedy uprednostňujú, ako sami uvádzajú, rôzne obchodné stratégie, ako napr. kvalita pred kvantitou. Je preto podľa Rady úradu vysoko nepravdepodobné, že by pre jednotlivé konkrétne súťaže dokázal jeden podnikateľ opakovane určovať podobné ceny ako iný nezávislý podnikateľ, ako to bolo preukázané v tomto konaní. Uvedené je v súlade aj s tvrdením samotného účastníka ARTRA, ktorý tvrdí, že každý podnikateľ má odlišný mechanizmus cenotvorby, ako aj stratégie predaja. A teda platí, že kým niektoré spoločnosti profitujú na tom, že predávajú výrobky za nižšiu cenu, ale vo väčšom množstve, iné presadzujú presne opačný model predaja, t.j. predaj menšieho množstva produktov za vyššie ceny. O to viac je potom ťažké si predstaviť, že iba na základe odberateľského, teda vertikálneho vzťahu, je podnikateľ schopný veľmi presne opakovane odhadnúť správanie niekoho v konkurenčnom vzťahu.
334. Ďalšie zdôvodnenia účastníka konania ARTRA sú v rovine domnienok ako sám uvádza, keď konštatuje, že predniesol len v rovine domnienky, akým spôsobom postupovala (mohla postupovať) spoločnosť ČECHOVO pri podávaní ponúk v rámci vytykaných verejných obstarávaní (s poukazom na blízkosť cenových ponúk spoločnosti ARTRA a ČECHOVO).
335. Poukazovanie na to, že napríklad v prípade zákazky č. Z201513079 vyhlásenej 19. 6. 2015, sa nepotvrdilo, že ak sa do 2. kola dostal aj uchádzač, ktorý nebol členom dohody, ponuky zvyčajne znižoval len ten z dvojice účastníkov dohody, ktorému daná zákazka patrila do predmetu podnikania, je v súlade s tvrdením úradu, že k takému správaniu dochádzalo zvyčajne, a teda úrad netvrdí, že priebeh koordinovaných tendrov bol vždy úplne rovnaký.
336. Námietka, že účastník konania PMB Slovakia vstúpil spomedzi účastníkov konania na trh ako posledný a z 276 zákaziek posudzovaných úradom v tomto konaní sa zúčastnil celkom iba deviatich verejných obstarávaní podlimitných zákaziek s využitím elektronického trhu, nemôže predstavovať oslobodenie od spáchania správneho deliktu, ak boli v konaní preukázané znaky protiprávneho správania počas účasti na daných súťažiach. Rozsah aktivity na

protiprávnom konaní u každého účastníka konania, vrátane PMB Slovakia, je však s ohľadom na všetky okolnosti jeho účasti na dohode potrebné posúdiť pri ukladaní pokuty.

337. K účasti účastníka PMB Slovakia úrad zhromaždil dôkazy, ktoré preukazujú jeho účasť na dohode. Vedomosť účastníka o dohode pri tom neznamená nevyhnutnú vedomosť o všetkých detailoch jej fungovania, ale v zmysle judikatúry európskych súdov existuje konštantné prípadové právo, už uvedené vyššie, podľa ktorého podnikateľ môže byť zodpovedný za celkový kartel hoci bolo preukázané, že sa zúčastnil priamo iba jedného alebo niekoľkých elementov tvoriacich kartel, ak je preukázané, že vedel alebo musel vedieť, že koordinácia, ktorej sa zúčastnil bola súčasťou širšieho plánu. Skutočnosť, že sa podnikateľ nezúčastnil všetkých súčastí celkového kartelu, ho nemôže zbaviť zodpovednosti.⁶¹ Aj keď sa PMB Slovakia zúčastňoval protiprávneho konania v nižšej frekvencii ako niektorí ostatní účastníci, musel si byť z okolností vedomý, resp. mohol predvídať, že nejde iba o náhodný nekoordinovaný postup. V tejto súvislosti nie je podstatné, či dochádzalo aj k reálnemu stretávaniu sa účastníkov dohody. Podmienkou zakázanej kolúzie nie je osobný kontakt medzi účastníkmi, ale nedovolený kontakt, ktorý môže byť aj napríklad telefonický, či prostredníctvom e-mailu. Podstatným je, že účastníci zdieľaním medzi sebou citlivých informácií a koordináciou ich správania znižujú alebo úplne odstraňujú riziko plynúce z hospodárskej súťaže a toto nahrádzajú vopred dohodnutým plánom, resp. postupom.
338. Rada úradu nesúhlasí s tvrdením, že voči účastníkovi PMB Slovakia úrad disponoval jediným dôkazom, ktorým je prihlasovanie z rovnakej IP adresy. Ako uvádza aj samotný účastník konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia, pre vyhodnotenie účasti tejto spoločnosti na dohode boli dôkazom jednak údaj o rovnakej IP adrese, z ktorej sa účastníci dohody pripájali a na tento údaj aj ďalšie údaje - dôkazy nadväzujúce. Vo všeobecnosti pritom za hlavný nemožno považovať určitý dôkaz iba preto, že bol získaný ako prvý a na jeho základe boli následne získané ďalšie dôkazy. Význam dôkazu sa vyhodnocuje predovšetkým z pohľadu do akého rozsahu preukazuje určitú skutočnosť. Prihlasovanie konkurentov z jednej IP adresy v prípade účasti v tendri bolo vyhodnotené úradom aj v prípade účastníka konania PMB Slovakia v kontexte ostatných zistených skutočností, i keď nepochybne dôkaz ohľadne rovnakej IP adresy nie je bezvýznamný. Úrad sa opisom dôkazov vo vzťahu k tomuto účastníkovi zaoberal dostatočne v prvostupňovom rozhodnutí v bodoch 57, 105, 114, 129, 130, 150-152, 176-179, 376-377, 384-385.
339. Účastník konania PMB Slovakia súčasne poukazoval na nízky počet obstarávaní, v rámci ktorých sa s ďalšími účastníkmi konania stretol a tiež na nulovú, resp. zanedbateľnú periodicitu opakovaných stretnutí v celom posudzovanom období. Uviedol tiež, že pokiaľ ide dôkaz, kedy bola hodnotená účasť troch účastníkov konania už v prvom kole, čo malo byť podľa záveru úradu predpokladom úspešného vylúčenia konkurencie v druhom kole, je v súvislosti s posúdením účasti spoločnosti PMB Slovakia na možnom protisúťažnom konaní vyhodnotiť

⁶¹ Pozri rozsudok vo veci T-147/89, T-259/94, T-304/94, T-310/94, T-311/94, T-334/94, T-348/94, *Buchmann a ďalší* [1995] ECR II-01057, ods. 121, 76, 140, 237, 169, 223.

iba v štyroch prípadoch.

340. Uvedené neznižuje samotnú závažnosť dohody, na ktorej sa účastník zúčastnil, keďže táto je daná charakterom daného konania, tieto skutočnosti však boli zohľadnené pri ukladaní pokuty pri vyhodnocovaní podielu jeho zodpovednosti na dohode.
341. Pokiaľ ide o námietku, že trh so špecifickými zákazkami, ktoré boli predmetom verejného obstarávania prostredníctvom elektronického trhu, spočíva v malom počte subjektov, ktoré operujú na danom trhu, takže ani v tomto kontexte teória o opakovanom stretávaní sa totožných subjektov neobstoí, nie je podstatná. V prvom rade úrad takýto záver prijal na základe dôkazov, ktoré zhromaždil a nešlo o konštatovanie iba v teoretickej rovine. Zároveň je potrebné uviesť, že menší počet hráčov je nepochybne skôr schopný a aj náchylný vytvárať dohody na trhu, keďže trh je viac transparentný a je zrejme, že zorganizovanie a kontrola veľkého počtu hráčov je vždy náročnejšia a odklon od dohodnutej schémy v dôsledku väčšieho počtu hráčov častejší aj jednoduchší.
342. Účastník konania PMB Slovakia ďalej poukazoval, že počas e-aukcie postupoval vždy rovnako, a preto voči nemu nie je možné ani použiť dôkaz založený na zmene jeho správania počas konkrétnej súťaže. Je potrebné opätovne uviesť, že úrad jednotlivé typy dôkazov nepoužil paušálne, bez dostatočnej individualizácie vo vzťahu k jednotlivým účastníkom, ale naopak tieto dôkladne vyhodnotil a jednotlivými posudzovanými obstarávaniami sa zaoberal a vyhodnocoval ich práve z pohľadu správania sa jednotlivých účastníkov daného obstarávania a konkrétnych dôkazov, ktoré považoval za preukazujúce ich protiprávne konanie. Rada úradu v tomto nezistila pochybenie na strane úradu a jeho závery korešpondujú zistenému skutkovému stavu a obsahu súvisiaceho administratívneho spisu.
343. Účastník konania PMB Slovakia zdôvodnil svoj postup pri zákazke č. Z20162782, ktorej sa stal víťazom, že si nevybral za svojho subdodávateľa spoločnosť ARTRA ako výrobcu pracovnej obuvi, ale spoločnosť JANOLI, ktorá výrobcom obuvi nie je tak, že daný postup nie je ničím výnimočný a nedošlo k porušeniu žiadnych právnych predpisov. Svedčí to, podľa jeho názoru, iba o bežnom obchodnom vzťahu. Rada úradu takéto všeobecné zdôvodnenie nepovažuje v tomto prípade za presvedčivé. Hoci je možné vo všeobecnosti predpokladať nižšiu nákupnú cenu v prípade kúpy tovaru od samotného výrobcu ako sprostredkovane od subjektu, ktorý tovar musel nakúpiť, Rada úradu nepolemizuje s tým, že ekonomickú výhodnosť konkrétneho podnikateľského rozhodnutia si môže vyhodnotiť každý podnikateľ samostatne a nezávisle. V prípade však, ako je tento, keď je podnikateľ obvinený zo spáchania správneho deliktu, kde práve takéto správanie zapadá do „obrazu“ zapojenia sa do protiprávnej dohody, by mal vedieť podnikateľ svoje správanie presvedčivejšie vysvetliť, k čomu však nedošlo.
344. Účastník konania PMB Slovakia namietal, že obchodný vzťah medzi ním a účastníkmi konania ARTRA a JANOLI nemožno za žiadnych okolností považovať za akýkoľvek dôkaz svedčiaci v prospech záveru úradu o tom, že medzi týmito stranami došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž. Práve

predchádzajúca obchodná spolupráca viedla účastníka PMB Slovakia k tomu, aby si pri jedinej zákazke č. Z20162782 vybral za subdodávateľa spoločnosť JANOLI. Poukazuje tiež na to, že všeobecne záväznými právnymi predpismi nie je vylúčené, aby sa verejného obstarávania zúčastnili podnikatelia, ktorí majú s inými účastníkmi verejného obstarávania podlimitných zákaziek s využitím elektronického trhoviska akýkoľvek obchodno-záväzkový právny vzťah.

345. Účastník konania ARTRA rovnako namietal, že v konaní nebolo preukázané akým spôsobom subdodávky uskutočnené medzi jednotlivými zastúpenými účastníkmi konania (a najmä medzi spoločnosťou ARTRA a JANOLI pri dodávke tovaru v prípade zákazky č. Z201640225) súviseli priamo s porušením zákona. Navyše podľa neho neexistuje rozhodovacia prax slovenskej alebo európskej súťažnej autority, ktorá by vyvracala nezákonnosť tohto postupu úradu.
346. Realizácia zákazky, ako uvádzajú aj účastníci konania, prostredníctvom subdodávok nie je ničím neštandardným, avšak pokiaľ sa vyskytuje spôsobom, ktorý vyvoláva odôvodnené pochybnosti o takomto postupe na základe efektívnosti a ekonomických ukazovateľov, je na účastníkovi, aby svoj postup dostatočne obhájil konkrétnymi dôvodmi daného postupu a nie všeobecným uvedením, že ide o štandardný postup. Je potrebné uviesť, že za štandardný z pohľadu súťažných pravidiel možno považovať spoločný postup konkurentov v tendri iba v prípade oficiálnych formálnych spôsobov spoločného uchádzania sa o zákazku, vrátane aj prostredníctvom schválenej subdodávky zo strany obstarávateľa, inak nie je dôvod pre akékoľvek kontakty medzi uchádzačmi v pozícii konkurentov ako tomu bolo v tomto prípade. Je tiež pravdou, že právne predpisy nevylučujú účasť v tendri pre subjekty s obchodnými vzťahmi medzi sebou, čo však neospravedlňuje ich zakázanú spoluprácu v súťaži.
347. Úrad sa s touto otázkou dostatočne vysporiadal v prvostupňovom rozhodnutí v bode 376 a nasl. a dostatočne zdôvodnil, prečo ani v súvislosti so zákazkou č. Z201640225 nemožno hovoriť o štandardnom postupe. V danom prípade spoločnosť ARTRA, ktorá vyrába pracovnú obuv a o zákazku sa v súťaži uchádzala, ďalej nesúťažila a následne dodala tovar jej konkurentovi víťaznému JANOLI. Rada úradu rovnako ako úrad považuje jej postup v súťaži, tak ako ho preukázal úrad, ako nezodpovedajúci konkurenčnému správaniu, ale naopak zodpovedajúci nedovolenej koordinácii vo forme predloženia krycej ponuky s cieľom zabezpečiť víťazstvo práve spoločnosti JANOLI.
348. Možno dať za pravdu účastníkovi konania, že rozhodovacia prax súťažných orgánov nezakazuje ani realizáciu subdodávok ako takých. Realizácia samotného subdodávateľského vzťahu ani v tomto konaní nie je považovaná za protisúťažnú. Existencia subdodávateľského vzťahu však doplnila zistenia o koordinovanom správaní, keďže dvaja konkurenti, ktorí sa uchádzali o zákazku a správanie ktorých vykazovalo v priebehu súťaže znaky nedovolenej koordinácie nakoniec túto zrealizovali prostredníctvom subdodávky.
349. Ako akceptovateľné odôvodnenie nemôže postačovať, že dvaja konkurenti pre danú zákazku spolupracujú na základe toho, že v minulosti mali obchodný vzťah.
350. V tejto súvislosti nie je podstatné tvrdenie účastníka konania PMB Slovakia, že s

inými účastníkmi správneho konania neuzatvoril žiadnu dohodu o budúcej spolupráci (participácii) na víťaznom tendri, na základe ktorej by realizácia spolupráce bola podmienená budúcim víťazstvom spoločnosti PMB Slovakia alebo iného účastníka správneho konania. Predmetom koordinácie nemusela byť priamo dohoda o budúcej spolupráci, získané dôkazy o realizovanom správaní podľa Rady úradu však vylučujú, že by preukázané správanie mohlo byť výsledkom dodržiavania podmienok férovej súťaže.

351. PMB Slovakia poukazuje na zákazku č. Z20179335 vyhlásenú dňa 28.2.2017 v tom, že v posledný deň predkladali v tesnej časovej blízkosti a relatívnej finančnej blízkosti ponuku iba dve spoločnosti, ktoré sú účastníkmi tohto správneho konania. Postup v konkrétnej súťaži nijako nevyvracia závery úradu, keďže účastníci vstupovali do protiprávnej koordinácie v rôznych kombináciách v rámci celkovej schémy protiprávneho konania a účasť ostatných podnikateľov na konaní je preukázaná úradom ďalšími dôkazmi v ďalších tendroch a ich vyhodnotením vo vzájomných súvislostiach.
352. PMB Slovakia namieta zohľadnenie ako indície protisúťažného správania, ak nebola aktívna v účasti v e-aukcii (2. kolo). Zatiaľ čo úrad uvedený faktor zohľadnil vždy pri posudzovaní konkrétnej súťaže, kde takéto správanie dopĺňalo ostatné indície, ktoré spoločne preukazovali neštandardný postup, účastník konania svoju obhajobu stavia iba na všeobecných odôvodneniach. Uvádza, že mohlo ísť o ľudský faktor konkrétnej osoby, alebo že spoločnosť PMB Slovakia ponúkla najnižšiu možnú cenu na hranici ekonomickej rentability zákazky, pričom sa spoliehala nato, že ani konkurencia nebude schopná ponúknuť nižšiu cenu. Resp. že cenovú ponuku predložila v rýchlosti v posledných sekundách 1. kola a až následne vyhodnotila danú ponuku ako neekonomickú. Účastník konania už však nevysvetlil, aký konkrétny ľudský faktor mal v konkrétnom prípade zlyhať. Nepresvedčivo vyznieva aj zdôvodnenie, že si nevedel správne vyhodnotiť predloženie akej ponuky je pre neho ešte ekonomické v konkrétnej ponuke, najmä s ohľadom na to, že sa bráni súčasne práve tým, že nebol aktívny v druhom kole, keďže ponúkal najnižšiu možnú cenu na hranici jeho ekonomickej rentability zákazky, čo práve vyžadovalo premyslený a pripravený postup pri určení výšky ceny.
353. Preukazovanie rozdelenia nelegálne dosiahnutých ziskov medzi účastníkmi dohody úradom, ako to požaduje PMB Slovakia, nie je potrebné. Neoprávnený zisk ako dôsledok kartelu sa predpokladá, keďže kartel vždy prináša prospech iba jeho aktérom. Úrad však preukázal aj existenciu obchodných vzťahov medzi účastníkmi konania, ktoré súviseli so zákazkami, ktoré boli predmetom dohody.
354. Na námietku, že úrad neprešetroval iné zákazky, na ktorých sa zúčastnila spoločnosť PMB Slovakia, je potrebné uviesť, že úrad preveroval značný počet súťaží, z ktorých vyvodil protiprávne konanie. Rada úradu pritom nespochybňuje, že v iných konaniach sa účastník PMB Slovakia správal v súlade so súťažnými pravidlami. Pokiaľ sa však správal, ako sám uvádza, rovnako ako v tomto prípade, t.j. že sa pripájal z rovnakej IP adresy s iným uchádzačom, podával s ním v identickom alebo blízkom čase rovnaké cenové ponuky atď., také správanie by vzbudzovalo dôvodné podozrenie, že sa správal aj v iných súťažiach, o ktorých úrad nemá vedomosť, protisúťažne.

355. Závery o protisúťažnom správaní nie sú nijako ovplyvnené tvrdením, že účastníci konania boli úspešní v súťažiach, ktorých sa zúčastnili sami. Úrad ani Rada úradu netvrdí, že niektorý z účastníkov by mimo dohody nemohol byť v súťažiach úspešný. Rada úradu nepovažuje za podozrivé, že sa niektorých súťaží zúčastnil len jeden z účastníkov konania. Toto však nevylučuje, že v iných sa zúčastnil s ostatnými účastníkmi na základe dohody obmedzujúcej súťaž. O tom svedčí to, že súťaže prekvapivo vyhrali aj účastníci konania, ktorí predmet zákazky, o ktorú súťažili nevyrábali a dodal im ho účastník konania, ktorý sám mohol byť v súťaži úspešný, keďže je možné predpokladať, že by vedel ponúknuť v súťaži pri férovom priebehu súťaže lepšiu cenu ako ten, kto musí predmet zákazky ako subdodávku nakúpiť.
356. Nemožno súhlasiť tiež s názorom, že k obmedzeniu súťaže nemôže dôjsť, ak víťazný subjekt v posudzovanej v súťaži nie je súčasne účastníkom tohto konania. Realizácia dohody obmedzujúcej súťaž nemusí vždy viesť k dosiahnutiu ňou sledovaného cieľa, protikonkurenčné správanie však nepochybne zhoršuje stav prebiehajúcej súťaže v tom, že táto by mohla byť ešte intenzívnejšia a víťazný subjekt by bol reagoval na skutočne konkurenčnú ponuku svojho konkurenta, ktorá mohla byť bez koordinácie ešte nižšia ako v realite bola, čo by mohlo viesť aj k následne ešte nižšej ponuke víťazného subjektu.
357. Účastník konania PMB Slovakia uvádza, že koniec porušovania stanovil úrad voči všetkým účastníkom konania *en bloc*, teda aj voči nemu, a to bez ohľadu na to, že sa zákazky č. Z201718123 nezúčastnil. Rada úradu v tomto ohľade súhlasí s postupom prvostupňového orgánu, keďže úrad nebol povinný v súlade so žiadosťou účastníka konania PMB Slovakia preukazovať, že ak sa zákazky nezúčastnil, nemusel už byť súčasťou dohody. Naopak bolo na účastníkovi konania, aby preukázal, že sa od protiprávneho konania už skôr dištancoval, a to tak, že ostatní účastníci konania už viac nemohli predpokladať jeho ďalšiu účasť na dohode.⁶²
358. Podľa účastníka konania PMB Slovakia mal úrad v rozhodnutí podrobne uviesť, ktoré obstarávania z celkového počtu 276, ktorých sa zúčastnil niektorý z účastníkov konania alebo viacerí z nich, sú súčasťou porušenia a ktoré nie. V súvislosti s touto námietkou je potrebné konštatovať, že úrad je povinný podložiť svoje závery konzistentným súborom dôkazov tak, aby jeho rozhodnutie bolo presvedčivé. Úrad v rozhodnutí opísal a vyhodnotil dostatok dôkazov, aby mohol konštatovať porušenie zákona voči každému z účastníkov konania. Uviedol tiež kto z účastníkov konania a za akých okolností sa konkrétnej posudzovanej súťaže zúčastnil. Úrad teda uniesol dôkazné bremeno preukázania existencie dohody obmedzujúcej súťaž, a nebolo preto potrebné aj z pohľadu hospodárnosti konania a prehľadnosti vyhotovovaného rozhodnutia detailne opisovať analýzu všetkých jednotlivých súťaží, ktoré vydaniu rozhodnutia úradu predchádzali.
359. I keď úrad nedisponuje e-mailovou alebo inou komunikáciou účastníkov konania

⁶² Pozri v tomto zmysle aj rozsudok *Adriatica di Navigazione/Komisia*, T-61/99, Zb.s. II-5349, body 135 až 138.

o vzájomnej koordinácii v jednotlivých verejných obstarávaniach alebo iným priamym dôkazom, neoslabuje to podľa Rady úradu jeho závery preukázané iným súborom nepochybných dôkazov.

360. Pokiaľ ide o námietku účastníka konania ARTRA, keď namieta, že jeho samotnú účasť vo verejných obstarávaniach bez ďalšieho účastníka konania nie je možné považovať za protisúťažné konanie Rada úradu uvádza, že účasť na protiprávnej dohode bola aj v prípade účastníka konania ARTRA preukázaná. Rada úradu však v rámci individualizácie trestu zohľadnila „aktivitu“ tohto účastníka, t.j. v akej frekvencii bola preukázaná jeho účasť na dohode, ktorá vykazovala jasné znaky koordinovaného postupu. Zohľadnila pritom, že súťaže, v ktorých sa ARTRA zúčastnila bez ostatných účastníkov konania, nemožno považovať za také, ktoré by bolo možné bez ďalšieho dôkazu považovať bezpochyby za koordinované. Tu je však potrebné zdôrazniť, že existencia protiprávnej schémy trvajúcej po istý čas nevylučuje odchýlky od protiprávneho správania, t.j. aby bolo možné konštatovať protiprávny trvajúci delikt nie je vylúčené, aby sa účastníci zúčastňovali aj niektorých súťaží, kde ku koordinácii nedošlo.
361. Pokiaľ ide o námietky spoločne zastúpených účastníkov konania, ktoré boli predložené v súdnom konaní týkajúcom sa namietaného nezákonného zásahu úradu pred Krajským súdom SR, k týmto sa vyjadril úrad ako žalovaný priamo v súdnom konaní. Tieto sú však v merite veci totožné s námietkami predloženými v tomto konaní a Rada úradu sa k nim vyjadrila v tomto rozhodnutí.
362. Ako uviedol aj úrad v prvostupňovom rozhodnutí, cieľom zavedenia elektronického trhovníctva, ktoré má práve minimalizovať kolúziu v tendroch je zefektívnenie verejného obstarávania, čo účastníci konania svojím konaním narušili a obohatili sa aj na úkor verejných zdrojov.
363. Záverom Rada úradu konštatuje, že úrad správne preukázal, že účastníci konania uzatvorili cieľovú dohodu obmedzujúcu súťaž, keď prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou obmedzili hospodársku súťaž v oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a v oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov, na území Slovenskej republiky. Pokiaľ ide o možný dopad na iné trhy, ako tie, o ktorých úrad rozhodol vo výroku svojho rozhodnutia, tento vzhľadom na rozsah dôkazov nebol nepochybné preukázaný (bod 165-168 prvostupňového rozhodnutia).

7. PRÁVNE POSÚDENIE

364. Podľa § 4 ods. 1 zákona dohoda a zosúladený postup podnikateľov, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov, ktoré majú za cieľ alebo môžu mať za následok obmedzovanie súťaže (v texte ako „dohoda obmedzujúca súťaž“) sú zakázané, ak zákon neustanovuje inak. Podľa § 4 ods. 3 zákona: a) dohoda podnikateľov je každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvedený z ich konania, b) zosúladený postup podnikateľov je koordinácia správania podnikateľov, ktorá nenapĺňa znaky

dohody podnikateľov podľa písmena a) a ktorú nemožno označiť ako prirodzené nasledovanie správania iného podnikateľa, c) rozhodnutie združenia podnikateľov je právny akt orgánu združenia, ako aj odporúčanie orgánu združenia.

365. Podľa § 4 ods. 4 zákona zakázaná je najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá spočíva v a) priamom alebo nepriamom určení cien tovaru alebo iných obchodných podmienok, b) záväzku obmedzenia alebo kontroly výroby, odbytu, technického rozvoja alebo investícií, c) rozdelení trhu alebo zdrojov zásobovania, d) záväzku účastníkov dohody, že voči jednotlivým podnikateľom budú pri zhodnom alebo porovnateľnom plnení uplatňovať rozdielne podmienky, ktorými sú alebo môžu byť títo podnikatelia znevýhodňovaní v súťaži, e) podmienení uzatvárania zmlúv tak, aby zmluvné strany prijali ďalšie záväzky, ktoré povahou alebo podľa obchodných zvyklostí nesúvisia s predmetom týchto zmlúv, alebo f) koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou.
366. Z ustálenej judikatúry vyplýva, že v prípade, ak obmedzenie hospodárskej súťaže je cieľom dohody či zosúladeného postupu, nie je ďalej potrebné skúmať skutočné dopady dohody alebo zosúladeného postupu na hospodársku súťaž, keďže takéto typy dohôd alebo zosúladené postupy už zo svojej podstaty majú potenciál negatívneho dopadu na súťaž.⁶³
367. 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, sa považujú predovšetkým tzv. ťažké kartely (*hardcore cartels*), ktorými sú najmä dohody o cenách, dohody o obmedzení výroby, dohody o rozdelení trhu, ako aj dohody o koordinácii v procese verejného obstarávania (*bid rigging*).⁶⁴ Uvedený princíp je reflektovaný aj v ustanoveniach zákona, ktoré rovnakým spôsobom charakterizujú závažné obmedzenia zákona a bol taktiež potvrdený aj v aplikačnej praxi úradu a súdov SR.⁶⁵
368. Predmetom tohto správneho konania je preverenie účasti viacerých podnikateľov na protisúťažnom konaní v súvislosti s ich účasťou vo viacerých verejných obstarávaní realizovaných prostredníctvom systému elektronického trhoviska. Rada úradu sa preto zaoberala ako bolo uvedené už v rámci časti posúdenia skutkového stavu tým, či správanie sa podnikateľov počas prešetrovaného obdobia v jednotlivých obstarávaníach, tak ako je detailne popísané v prvostupňovom rozhodnutí, predstavuje jeden trvajúci správny delikt alebo sa jedná o viacero samostatných správnych deliktov. Rada úradu dospela k záveru, že úrad správne posúdil a dostatočne v prvostupňovom rozhodnutí aj

⁶³Rozsudok 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

⁶⁴Usmernenie o uplatňovaní článku 81(3) Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (2004/C 101/08), bod 2.

⁶⁵Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 21.5.2013, č. k. 3Sžh/4/2010; rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, č. k. 1S 270/2005.

odôvodnil, že došlo k dohode, ktorá predstavuje jeden trvajúci delikt. Správanie účastníkov dohody bolo vedené spoločným cieľom vylúčiť zo súťaže ďalších konkurentov a zabezpečiť víťazstvo pre vopred vybraných účastníkov dohody a teda možno hovoriť o jednotnom celi obmedziť a eliminovať hospodársku súťaž. Bližšie je táto otázka riešená v časti týkajúcej sa posúdenia skutkového stavu.

369. Z pohľadu súťažného práva je koordinácia medzi podnikateľmi v procese verejného obstarávania zakázaná. Takéto dohody odstraňujú konkurenčný tlak medzi uchádzačmi a jednotliví uchádzači nepodávajú nezávislé ponuky, ktoré by sa čo najbližšie približovali k reálnej hodnote obstarávaného tovaru. V konečnom dôsledku znamená takýto postup zmarenie účelu verejného obstarávania, ktorým je efektívne využitie prostriedkov z verejných zdrojov a práve naopak, môže znamenať predrazenie zákazky. Zároveň však umožňuje uchádzačom, aby si zisk z takto navýšenej ceny následne rozdelili a profitovali tak na úkor obstarávateľa.
370. Častou formou zakázaných dohôd v procese verejného obstarávania býva práve podanie formálnej (krycej) ponuky niekoľkými uchádzačmi s cieľom umožniť víťazstvo v súťaži vopred určenému uchádzačovi. Takéto ponuky vykazujú spravidla horšie parametre ako víťazná ponuka a ich účelom je vytvorenie dojmu súťažného prostredia. Dôkazom o možnom protisúťažnom konaní uchádzačov v procese verejného obstarávania môžu byť aj zhodujúce sa skutočnosti a nepriame dôkazy, ktoré ako celok môžu predstavovať dôkaz o porušení pravidiel hospodárskej súťaže pokiaľ neexistuje iné logické vysvetlenie.
371. V tejto súvislosti možno poukázať na judikatúru Najvyššieho súdu SR⁶⁶, ktorý konštatoval, že, cit. „...zistený skutkový stav sa skladá z jednotlivých skutočností, ktoré nielen správnomu súdu ale aj účastníkom umožňujú priblížiť a následne aj pochopiť reálnu udalosť alebo dej v určitom časovom úseku (t.j. skutok), ktoré by mali byť poznateľné. Z tohto rámca je nutné vylúčiť pre právne posúdenie skutku nezáujímavé (irelevantné) skutočnosti a naopak je nutné sa zamerať na rozhodujúce skutočnosti, rámec ktorých vždy individualizuje (preddeterminuje) účastník svojim správaním, ktoré je vyhodnotené správnym orgánom ako zakázané. Je pritom celkom jednoznačné, že žiadny z orgánov štátnej ochrany hospodárskej súťaže, ktorý rozhoduje o nezákonnosti konania podnikateľa (súťažiteľa) nebol, prítomný v mieste a čase, keď sa stala reálna udalosť alebo sa odohral relevantný dej....Skutková podstata vyššie uvedeného správneho deliktu vychádza predovšetkým z koluzívneho správania podnikateľov, t.j. konania, ktoré je možno predovšetkým charakterizovať ako utajené. Uvedený charakter tejto skutkovej podstaty sťažuje, ba priam znemožňuje využitie „klasických“ dôkazných prostriedkov, ktoré sú nosičom priamych dôkazov, a naopak núti dozorný orgán sa uchýľovať k nepriamym dôkazom. Potom nepriame dôkazy, t.j. indície a ich dôkazná sila predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa“.

372. Ako Súdny dvor uviedol v rozsudku *T-Mobile Netherlands a i.*⁶⁷, je to predmet

⁶⁶ Rozsudok NS SR sp.zn. 1Sžhpu/1/2009 zo dňa 30.12.2013.

⁶⁷ Pozri rozsudok Súdného dvora vo veci *T-Mobile Netherlands a i.* (C 8/08, ECLI:EU:C:2009:343,

zosúladovania, ako aj okolnosti vlastné trhu, ktoré určujú, s akou frekvenciou, v akých intervaloch a akým spôsobom musia konkurenti nadviazať vzájomný kontakt na to, aby dospeli k zosúladeniu svojho konania na trhu. Ak totiž dotknuté podniky vytvárajú dohodu so zložitým systémom o zosúladení postupov vo veľkom množstve aspektov ich konania na trhu, môžu mať potrebu pravidelných kontaktov v priebehu dlhého obdobia. Naopak, ak je zosúladenie jednorazové a týka sa jedinečnej harmonizácie konania na trhu pri izolovanom parametri hospodárskej súťaže, môže stačiť jediný kontakt na to, aby sa uskutočnil protisúťažný cieľ zamýšľaný dotknutými podnikmi.

373. Ani zásada prezumpcie nevinny nevylučuje uplatnenie vyvrátených domnienok v práve hospodárskej súťaže.⁶⁸ Využitie domnienok v práve hospodárskej súťaže je odôvodnené, ak je daný úsudok vysoko pravdepodobný na základe bežných skúseností a za predpokladu, že domnienka zostáva vyvrátená. Tieto domnienky nepresúvajú dôkazné bremeno na adresáta rozhodnutia orgánu hospodárskej súťaže. Umožňujú tomuto orgánu dospieť k určitému záveru využitím bežných skúseností.⁶⁹ Vyplývajúci *prima facie* záver možno vyvrátiť dôkazom o opaku, inak sa tento záver bude považovať za dostačujúci na unesenie dôkazného bremena, ktoré naďalej spočíva na správnom orgáne. Využitie týchto domnienok je navyše odôvodnené nevyhnutnosťou zabezpečiť potrebný účinok pravidiel hospodárskej súťaže EÚ, pretože bez nich by v praxi mohlo byť vykonanie dôkazu o porušení nadmerne ťažké alebo nemožné.
374. Rada úradu rovnako ako úrad v tomto prípade posúdila správanie účastníkov konania ako dohodu obmedzujúcu súťaž, ktorá obsahuje znaky koluzívneho správania, v dôsledku ktorého podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania, ktorá priamo alebo nepriamo určuje ceny tovaru alebo iné obchodné podmienky a ktorá rozdeľuje trhy. Nakoľko uvedené typy dohôd a zosúladených postupov spadajú medzi tzv. ťažké kartely, ktoré obmedzujú hospodársku súťaž na základe cieľa, Rada úradu považuje za dostatočne preukázané, že aj konanie, ktoré je predmetom tohto konania je dohodou obmedzujúcou súťaž na základe cieľa. S ohľadom na tieto skutočnosti nie je potrebné skúmať skutočné dopady zakázanej dohody na hospodársku súťaž.
375. Úrad podľa Rady úradu správne zistil skutkový stav a na tento správne aplikoval právne predpisy. Rada úradu sa stotožnila s tým, že účastníci správneho konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia uzatvorili dohodu obmedzujúcu súťaž spočívajúcu v koluzívnom správaní podľa ustanovenia § 4 ods. 4 písm. f) zákona, podľa ktorého je zakázaná dohoda spočívajúca v „koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou“. Dohoda spočívajúca v koluzívnom správaní podnikateľov patrí svojou povahou medzi tzv. ťažké kartely a obsahuje v sebe taktiež znaky dohody o cene podľa ustanovenia § 4 ods. 4

bod 60.)

⁶⁸ Pozri návrhy generálneho advokáta vo veci *T-Mobile Netherlands a i.* (C-8/08, EU:C:2009:110, body 89 až 93).

⁶⁹ Pozri návrhy generálneho advokáta vo veci *T-Mobile Netherlands a i.* (C-8/08, EU:C:2009:110, bod 89) a vo veci *Akzo Nobel a i./Komisia* (C-97/08 P, EU:C:2009:262, bod 72).

písm. a) zákona, ako aj znaky dohody o rozdelení trhu podľa ustanovenia § 4 ods. 4 písm. c) zákona.

8. VÝROK

376. Rada úradu sa ďalej zaoberala formuláciou znenia výroku rozkladmi napadnutého prvostupňového rozhodnutia, hoci tento konkrétne samotní účastníci konania v rámci svojich námietok priamo nenamietali.
377. V zákone o ochrane hospodárskej súťaže nie sú osobitne upravené náležitosti výroku, preto výrok musí spĺňať náležitosti v zmysle § 47 ods. 2 Správneho poriadku, podľa ktorého výrok obsahuje rozhodnutie vo veci s uvedením ustanovenia právneho predpisu, podľa ktorého sa rozhodlo, prípadne aj rozhodnutie o povinnosti nahradiť trovy konania. Pokiaľ sa v rozhodnutí ukladá účastníkovi konania povinnosť na plnenie, správny orgán určí pre ňu lehotu; lehota nesmie byť kratšia, než ustanovuje osobitný zákon.
378. Správny poriadok v ustanovení § 47 jasne stanovuje požiadavky pre výrok o skutku a sankcii správneho rozhodnutia. Ďalšie požiadavky možno dovodiť z judikatúry, ktorá súčasne zohľadňuje špecifiká jednotlivých osobitných oblastí práva (ako napríklad daňové právo, colné právo, stavebné konanie, ochrana životného prostredia ako aj hospodárska súťaž).
379. Zo znenia výroku musí byť zrejmé, podľa akých ustanovení úrad postupoval, akého skutku sa výrok týka, kto sa skutku dopustil, v akom časovom období, v akej oblasti, resp. na akom trhu. Povinnosťou súťažnej autority je potom vo vzťahu k spôsobu spáchania iného správneho deliktu skutkovými okolnosťami prípadu bližšie vymedziť a konkretizovať skutok vo výroku a odôvodnení rozhodnutia tak, aby nebol zameniteľný s iným.
380. Pri zohľadnení vyššie uvedeného možno konštatovať, že úrad pri formulácii výroku prvostupňového rozhodnutia postupoval v súlade so zákonne stanovenými podmienkami ako aj v súlade s doterajšou judikatúrou súdov.
381. Vo výroku úrad uviedol správne ustanovenia zákona, ktoré aj správne aplikoval, pričom aplikáciu právnych predpisov ďalej bližšie odôvodnil aj v odôvodnení svojho rozhodnutia. Úrad aplikoval správne hmotnoprávne ustanovenia zákona, keďže bol aplikovaný zákon v znení účinnom v čase ukončenia, resp. dokonania trvajúceho správneho deliktu, t.j. ku dňu 28.4.2017. Novely, ako už bolo uvedené, prijaté po tomto dni nepriniesli zmeny aplikovaných ustanovení zákona.
382. Pokiaľ ide o skutkové vymedzenie posudzovaného konania, úrad dostatočne vo výrokovej časti identifikoval skutok popisom protisúťažného správania, keď uviedol, že došlo ku koordinácii postupu účastníkov konania pri predkladaní ponúk do verejných obstarávaní, realizovaných prostredníctvom elektronického kontrakčného systému (EKS), ktoré sa týkalo oblasti dodávok nábytku a zdravotníckeho vybavenia a oblasti dodávok odevov, obuvi a textilných výrobkov. K protisúťažnému správaniu došlo na území Slovenskej republiky.⁷⁰ Z tohto

⁷⁰V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje napr. na rozhodnutie vo veci „Woodpulp I“ 89/85, cit.: „Treba zohľadniť, že porušenie čl. 81, akým je dohoda, ktorá má za následok obmedzenie súťaže na spoločnom

pohľadu je výroková časť dostatočne konkrétna, aby posudzované konanie nebolo možné zameniť s konaním iným a teda z tohto pohľadu spĺňa aj požiadavky judikatúry slovenských, českých⁷¹ ako aj európskych súdov pre oblasť hospodárskej súťaže.

383. Z časového hľadiska úrad vo výroku prvostupňového rozhodnutia uviedol, že k protiprávnemu konaniu došlo v čase od 12. 1. 2015 do 28. 4. 2017. Ako úrad uvádza v bode 468 rozhodnutia, posúdením získaných dôkazov dospel k záveru, že v prípade posudzovaných obstarávaní realizovaných prostredníctvom systému EKS išlo o jednu dohodu uzatvorenú účastníkmi konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia a teda o jedno trvajúce porušenie zákona. Úrad preto dohodu posudzoval ako jeden celok.
384. Z pohľadu posudzovanej dohody ako celku, t.j. trvajúceho správneho deliktu, je takéto časové vymedzenie skutku vo výroku podporené aj úradom zhromaždenými dôkazmi, čo možno považovať za správne.
385. Správne zákonné posúdenie veci však vyžaduje aj zabezpečenie dostatočnej individualizácie protiprávného konania v prípade jednotlivých účastníkov dohody, čo z pohľadu časového v tomto prípade vo výrokovej časti rozhodnutia absentuje. Dĺžka protiprávného konania pritom nie je u všetkých účastníkov konania ani rovnaká, vzhľadom na odlišné posúdenie začiatku účasti na dohode u niektorých z nich, čo vyplýva aj z prehľadu v bode 476 prvostupňového rozhodnutia.
386. V odôvodnení prvostupňového rozhodnutia úrad správne vymedzil začiatok a koniec porušovania voči jednotlivým účastníkom konania individuálne, čo sa následne premietlo aj do výšky uložených pokút jednotlivým účastníkom, avšak toto odôvodnenie nekorešponduje s výrokovou časťou. Rada úradu, nepovažuje preto časové vymedzenie protiprávného konania vo výrokovej časti z tohto dôvodu za správne a jednoznačné. Keďže Rada úradu dospela v tejto súvislosti k odlišnému právnemu záveru, považuje za potrebné výrokovú časť zmeniť tak, že vo vzťahu ku každému účastníkovi konania je nevyhnutné individuálne rozhodnúť o dĺžke jeho účasti na protiprávnej dohode.
387. Rada úradu ďalej zistila, že úrad pochybil aj v súvislosti s vymedzením sankcie v bode III výroku prvostupňového rozhodnutia. Podľa Rady úradu prvostupňový orgán nesprávne v rozpore so zákonom uviedol, že ukladá účastníkom konania „*zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej*

trhu, spočíva v konaní pozostávajúcom z dvoch častí: uzavretie dohody, rozhodnutia alebo zosúladeného postupu a jeho implementácie. Ak by bola aplikovateľnosť súťažných pravidiel závislá od miesta, kde došlo k uzavretiu dohody, rozhodnutia alebo zosúladeného postupu, znamenalo by to pre podniky zjavný a ľahký spôsob, ako uniknúť súťažným pravidlám. Rozhodujúcim faktorom je preto miesto, kde bola dohoda implementovaná.“ Odkázať možno v tejto súvislosti aj na trestnoprávnu teóriu, cit: „*Miestom spáchania trestného činu zneužitia účasti na hospodárskej súťaži je nielen miesto, kde došlo k nekalému konaniu, ale aj miesto, kde došlo k škodlivému následku.*“ Pozri tiež napr. rozsudok Krajského súdu v Brně vo veci č. k. 62 Ca 43/20027 -216 zo dňa 20.1.2009.

⁷¹ Pozri napr. rozsudok Najvyššieho súdu SR vo veci *Dial/nice*, sp. zn. 1Sžhpu/1/2009, prípadne českú rozhodovaciu súdnu prax, ako napr. rozsudok Nejvyššího správního soudu vo veci 8Afs 56/2007-479 z 30. decembra 2009.

obdobnej súťaži na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia“.

388. Podľa § 38h ods. 1, cit.: „Ak tento zákon neustanovuje inak, úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní,⁴⁾ v obchodnej verejnej súťaži ^{4a)} alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou.“ Z tohto ustanovenia je zrejmé, že zákaz možno uložiť výlučne vo vzťahu k účasti vo verejnom obstarávaní a nie aj vo vzťahu k obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži.
389. Vzhľadom na uvedené je znenie výroku rozhodnutia v tomto ohľade zmenené výlučne na zákaz vo vzťahu k verejnému obstarávaniu.
390. Taktiež vzhľadom na pochybenie pri výpočte pokuty, keď úrad nesprávne vyčíslil koeficient dĺžky porušovania zákona, ako aj vzhľadom na ďalšie úpravy zo strany Rady úradu vo vzťahu k posúdeniu pokuty bolo potrebné upraviť aj výšku pokuty u všetkých účastníkov konania ako to vyplýva z časti upravujúcej sankcie.

9. SANKCIE

9.1. Námietky účastníkov konania

9.1.1 Námietky spoločne zastúpených účastníkov konania

391. Účastníci konania popierajú svoju účasť na dohode a zároveň namietajú nesprávnosť a nezákonnosť určenia výšky pokút, ktoré im úrad uložil. Účastníci konania súčasne trvajú na námietkach vo vzťahu k pokute, ktoré uviedli v priebehu konania.
392. Uložená pokuta je nezákonná z dôvodu porušenia zákona, základných zásad správneho konania ako aj základných zásad správneho trestania (analogicky vychádzajúc z trestných zásad inkorporovaných v Trestnom poriadku a v Trestnom zákone), úrad pri ukladaní pokuty nepostupoval v súlade s Metodickým pokynom o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž (ďalej len „Metodický pokyn“), odchyľil sa od svojej predchádzajúcej aplikačnej praxe, konal v rozpore so zásadou predvídateľnosti správnych rozhodnutí, bol porušený princíp ochrany legitímnych očakávaní. Úrad nesprávne aplikoval nové znenie Metodického pokynu.
393. Úrad má v zmysle § 38 ods. 3 zákona zohľadňovať pri ukladaní pokuty dve základné kritériá - závažnosť a dĺžku trvania porušovania, s ktorými sa v rozhodnutí vecne, skutkovo a ani právne nevysporiadal. Podľa § 38 ods. 3 tretia veta zákona má úrad okrem týchto prihliadať prípadne aj na iné skutočnosti, najmä na opakované porušenie, odmietnutie spolupracovať s úradom, postavenie ako vodcu alebo iniciátora porušovania alebo neplnenie dohody obmedzujúcej súťaž v praxi. Tieto iné skutočnosti sú vymenované iba príkladmo, úrad má teda povinnosť prihliadať aj na iné, v zákone nevymenované

skutočnosti.

K likvidačnosti pokuty

394. Dňa 3.4.2020 bolo Rade úradu doručené podanie účastníkov konania k likvidačnému charakteru pokút z dôvodu pandémie vírusu COVID- 19. Podľa spoločne zastúpených účastníkov konania bude mať pokuta uložená prvostupňovým orgánom na nich drastické, resp. likvidačné dopady, ktoré je potrebné posúdiť v širšom rozsahu. V tejto súvislosti je podľa ich názoru Rada úradu povinná zohľadniť:

- to či v priamej súčinnosti s uloženou pokutou dôjde k odchodu podnikateľa z trhu v podobe konkurzu alebo ku vstupu podnikateľa do reštrukturalizácie,
- aj iné negatívne ekonomické dopady na chod podnikateľa, akými sú napr. prepúšťanie, prípadne hromadné prepúšťanie zamestnancov, znižovanie plátov svojich zamestnancov, zrušenie zmlúv so všetkými alebo väčšinou svojich spolupracujúcich a/alebo subdodávateľských spoločností či živnostníkmi, a iné s tým súvisiace ekonomické ukazovatele z pohľadu ekonomiky podniku podnikateľa.

395. Uvedené skutočnosti predmetní účastníci konania požadovali zohľadniť aj vzhľadom na aktuálnu hospodársku krízu, v ktorej sa podnikatelia nachádzajú, ktorej príčinou vzniku a prehĺbovania sú opatrenia štátnych orgánov Slovenskej republiky, ktoré boli prijaté za účelom obmedzenia šírenia celosvetovej nákazy COVID-19. Uvedené opatrenia podľa účastníkov konania spôsobia markantný a drastický finančný (ekonomický) dopad na hospodárenie a podnikanie spoločne zastúpených účastníkov konania najmä v hospodárskom roku 2020, hoci z dôvodu pandémie je očakávaná ekonomická kríza aj v roku 2021 a nadchádzajúcich hospodárskych rokoch.

396. V tejto súvislosti účastníci konania poukázali na viaceré kroky štátnych orgánov, ktoré ovplyvnili ich podmienky pôsobenia, najmä na nasledujúce skutočnosti:

- Opatrením Úradu verejného zdravotníctva Slovenskej republiky, č. OLP/2595/2020 zo dňa 15.03.2020 (ďalej len „Opatrenie zo dňa 15.3.2020“) sa nariadili s účinnosťou od 16.3.2020 po dobu 14 dní nasledovné opatrenia: (i) karanténne opatrenia (povinná izolácia v zariadeniach) osobám uvedeným v Opatrení a (ii) uzatvorenie všetkých maloobchodných prevádzok a všetkých prevádzok poskytujúcich služby okrem výnimiek určených v tomto Opatrení.
- Povinnosť podnikateľov pokračovať v tomto režime bola nariadená opatrením č. OLP/2777/2020 zo dňa 29.3.2020 s účinnosťou od 30. marca 2020 do odvolania (ďalej len „Opatrenie zo dňa 29.3.2020“).
- Rozhodnutím Úradu verejného zdravotníctva Slovenskej republiky, č. OLP/2405/84443 zo dňa 9.3.2020 sa všetkým fyzickým osobám, fyzickým osobám – podnikateľom a právnickým osobám zakázalo organizovať a usporadúvať hromadné podujatia športovej, kultúrnej, spoločenskej či inej povahy od 10.3.2020 do 23.3.2020. Tento zákaz bol predĺžený opatrením Úradu

verejného zdravotníctva Slovenskej republiky, č. OLP/273112020 zo dňa 23.3.2020, a to od 24.3.2020 do odvolania z dôvodu pretrvávajúceho nepriaznivého stavu.

- Opatrením Úradu verejného zdravotníctva Slovenskej republiky, č. OLP/2640/2020 zo dňa 18.3.2020 boli nariadené s účinnosťou od 19.3.2020 karanténne opatrenia (povinná domáca izolácia) osobám uvedeným v tomto opatrení.
397. Podľa účastníkov konania v dôsledku Opatrení zo dňa 15.3.2020 a zo dňa 29.3.2020, ako aj ďalších opatrení za účelom zamedzenia šírenia koronavírusu došlo k obmedzeniu výroby vo výrobných linkách a k hromadnému zatvoreniu prevádzok všetkých spoločne zastúpených účastníkov konania (okrem internetového predaja zdravotníckych pomôcok spoločnosťou ČECHOVO, prípadne spoločnosťou JANOLI) od 16.3.2020, ktoré pretrváva ku dňu podania účastníkov konania. Účastníci vo svojom podaní vyslovili predpoklad, že neexistuje žiaden reálny termín na uvoľnenie súčasných opatrení štátu pre COVID-19, lebo pandémie je ako v Slovenskej republike, tak aj vo svete, na vzostupe.
398. Účastníci konania poukázali aj na to, že ku dňu podania došlo taktiež k zrušeniu množstva verejných a marketingových podujatí, ktoré mali podporiť predaj produktov vyrábaných spoločne zastúpenými účastníkmi konania.
399. Všetky vyššie uvedené skutočnosti a nevyhnutné opatrenia za účelom ochrany verejného zdravia (najmä obmedzenie výroby a zatvorenie všetkých predajní v zmysle Opatrenia zo dňa 15.3.2020 a 29.3.2020), majú za následok takmer úplný výpadok (akýchkoľvek a všetkých) príjmov a tržieb spoločne zastúpených účastníkov konania, ktorý pretrváva ku dňu predmetného podania.
400. Spoločne zastúpení účastníci konania tiež uviedli, že predpokladajú mimoriadne straty, ktoré môžu v konečnom dôsledku viesť aj k odchodu týchto podnikateľov z trhu, a to napriek opatreniam a krokom vládnych orgánov na pomoc podnikateľom, nakoľko žiadne opatrenia nebudú schopné zabezpečiť náhradu finančných výpadkov takým spôsobom, že im vo výške 100% odpustia pravidelnú úhradu daní, odvodov, energií, ako aj iných poplatkov a zákonných či zmluvných licencií, náhrady zamestnancov v čase trvania mimoriadnej situácie v dôsledku pandémie COVID-19, odmeny externých subjektov a subdodávateľov vo výške 100 %, sociálne a zdravotné odvody, preddavky na daň z príjmov fyzických osôb (ako zamestnancov) správcovi dane, preddavky na daň z príjmov právnických osôb správcovi dane, poistenie, úvery, nájom či akékoľvek iné záväzky voči súkromným subjektom alebo verejným inštitúciám.
401. Rada úradu by teda podľa predmetných účastníkov konania mala podľa bodu 43. nového Metodického pokynu zohľadniť aj rapidný a totálny pokles všetkých tržieb spoločne zastúpených účastníkov konania v dôsledku ochorenia COVID-19 (a s tým spojených opatrení nariadených zo strany štátu) a na to nadväzujúcu neschopnosť zaplatiť pokutu uloženú úradom v tomto konaní.
402. Účastníci konania uviedli, že pokles tržieb spoločností, a z toho vyplývajúce

prepúšťanie, rast nezamestnanosti a ich možné existenčné ekonomické problémy budú rásť s dĺžkou opatrení proti ochoreniu COVID-19, avšak v čase predmetného podania nevedia s presnou určitosťou predikovať konkrétnu výšku strát spôsobených v dôsledku prijatia nástrojov na zamedzenie šírenia pandémie COVID-19 a v krátkom čase (po tom ako budú mať náležite vyčíslený pokles tržieb) dokladujú tieto údaje Rade úradu.

403. Vzhľadom na uvedené skutočnosti požiadali predmetní účastníci konania o zníženie (v prípade, ak konanie voči nim nezastaví), a to na výšku 0,1 % z obratu podnikateľov za účtovné obdobie predchádzajúce vydaniu rozhodnutia úradu, prípadne aj pod uvedenú hodnotu 0,1 %.
404. Rada úradu v tomto prípade mala zobrať do úvahy rozhodovaciu prax Krajského súdu v Bratislave, kedy Krajský súd rozsudkom, č.k. 1S/136/2015-58 zo dňa 12.5.2016 znížil pokutu uloženú žalovaným v súťažno-správnej kauze na výšku zodpovedajúcu 0,1 % z obratu podnikateľov za účtovné obdobie predchádzajúce vydaniu rozhodnutia, keďže uložená pokuta zjavne nezodpovedala povahe a závažnosti správneho deliktu, a teda bola v rozpore s čl. 1 ods. 1 a čl. 50 ods. 6 Ústavy SR.
405. Podľa účastníkov konania uložením, resp. potvrdením drastických, resp. likvidačných pokút uložených úradom v spojení s epidemiou COVID-19 a následnou na to nadväzujúcou ekonomickou a finančnou krízou hrozí zánik (reálne až konkurz) väčšiny spoločne zastúpených účastníkov konania.

9.1.2 Námietky účastníka konania ARTRA

K spôsobu vymedzenia relevantného obratu

406. Relevantný obrat bol úradom vymedzený pre schému protisúťažného správania, avšak spoločnosť ARTRA popiera, že by existovala akákoľvek protisúťažná schéma medzi spoločne zastúpenými účastníkmi konania pri podávaní ponúk do jednotlivých verejných obstarávaní. Ak by aj existovala, ARTRA sa do žiadnej nezapojovala a nepomáhala pri jej realizácii. Úrad nedisponuje žiadnym priamym dôkazom preukazujúcim jej protisúťažné správanie, resp. účasť na schéme protisúťažného správania, ktorej cieľom bolo obmedzenie súťaže v rámci verejných obstarávaní (okrem dôkazu týkajúceho sa použitia zhodných IP adries so spoločnosťami JANOLI a ČECHOVO, vrátane znaleckého posudku, ktoré však spoločnosť ARTRA nepovažuje za zákonné a autentické). Vzhľadom na uvedené by mal úrad relevantný obrat určiť zrátaním hodnôt víťazných ponúk v rámci posudzovaných verejných obstarávaní, ktorých bola spoločnosť ARTRA účastníkom (resp. účastníkom spolu s ďalšími účastníkmi konania).
407. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí neakceptoval námietku spoločnosti ARTRA o dvojitom započítaní dodávok tovaru medzi spoločnosťou ARTRA, spoločnosťou JANOLI a spoločnosťou PMB Slovakia. Spoločnosti ARTRA nie je zrejmé, ako by odpočítanie mohlo byť považované za diskriminačné, nakoľko ide o predaje medzi údajnými kartelistami, pričom tieto predaje môžu byť „zaťažené“ údajnou kartelovou dohodou iba v prípadoch predajov tretím subjektom, t.j. subjektom, ktorí nie sú účastníkmi konania.

408. V dôsledku absencie preukázania účasti spoločnosti ARTRA na schéme protisúťažného konania, spoločnosť ARTRA trvá na tom, že pri výpočte relevantného obratu tohto účastníka konania mal úrad, resp. Rada úradu vychádzať zo súčtu hodnôt víťazných ponúk v rámci posudzovaných verejných obstarávaní, resp. v rámci verejných obstarávaní, vo vzťahu ku ktorým úrad disponuje dôkazmi o protisúťažnom konaní spoločnosti ARTRA.

K závažnosti

409. Úrad sa v prvostupňovom rozhodnutí nevyjadril k jej ďalším námietkam týkajúcim sa povinnosti riadne definovať relevantný trh a posúdiť dopad údajného protisúťažného správania na trh. Spoločne zastúpení účastníci konania sa v danom prípade nestotožňujú s argumentáciou úradu, ktorý nesprávne generalizoval, že v prípade cieľových dohôd nie je potrebné vyhodnocovať dopad na trh, úrad sa vôbec nevysporiadal s preukázaním dopadu na trh a následkov domnелеj kartelovej dohody pri určení závažnosti kartelovej dohody.

410. Spoločnosť ARTRA namieta správnosť postupu úradu, resp. Rady úradu, ktorá pri stanovení percenta závažnosti a teda aj pokuty vychádza z Metodického pokynu ako právnej normy nižšej právnej sily stanovujúcej povinnosti a pravidlá nad rámec zákona.

411. Úrad poprel argumentáciu spoločnosti ARTRA o odklone od svojej rozhodovacej praxe v rozpore s precedenčnou zásadou, zásadou legitímnych očakávaní a zásadou rovnakého zaobchádzania v zmysle v § 3 ods. 5 Správneho poriadku, obsahom ktorej je povinnosť správnych orgánov dbať na to, aby pri rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo obdobných prípadoch nevznikali nedôvodné rozdiely a účelovo odkázal na svoje dve predchádzajúce rozhodnutia, rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/7 z 11.4.2018 vo veci podnikateľov AQUA PRO a DOXX MINERÁL a na rozhodnutie č. 16/2017/OKT-2017/KH/1/1/023 z 23.8.2017 vo veci podnikateľov GEODIS SLOVAKIA a EUROSENSE.

412. Vo veci podnikateľov AQUA PRO a DOXX MINERÁL úrad stanovil koeficient závažnosti za porušenie zákona zahŕňajúce aj praktiku bid rigging vo výške 10%, čo je však aj napriek preukázaným porušeniam zákona vyššie uvedenými spoločnosťami nižšie percento závažnosti oproti koeficientu závažnosti určenom v predmetnom prípade.

413. Vo veci dohody obmedzujúcej súťaž spoločnosťami GEODIS SLOVAKIA, a EUROSENSE úrad určil percento závažnosti vo výške 20%, pričom protisúťažné správanie týchto podnikateľov dosahovalo oveľa vyššiu intenzitu počas oveľa dlhšieho časového obdobia (7 rokov a 7 mesiacov).

414. Spoločnosť ARTRA zotrváva na tom, že úrad určením percenta závažnosti vo výške 18 % porušil precedenčnú zásadu, ako aj zásadu legitímnych očakávaní a zásadu rovnakého zaobchádzania. V súlade s rozhodovacou praxou úradu koeficient závažnosti mal byť určený maximálne vo výške 8-10 %.

K dĺžke porušenia

415. Spoločnosť ARTRA považuje úradom vymedzenú dĺžku porušovania za

nezákonnú, úrad riadne nepreukázal jej účasť na systematickom obmedzovaní hospodárskej súťaže spolu s ostatnými účastníkmi konania. Zotrváva na tom, že čiastkové (parciálne) dohody vo verejných obstarávaniach, ku ktorým nebola preukázaná jedna spoločná vina, či spoločná spolupráca alebo spoločná realizácia, nie je možné považovať za jedno spoločné a trvajúce konanie vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania.

416. Za posledný deň jej účasti na dohode nie je možné určiť deň 28.4.2017, keďže spoločnosť ARTRA sa predmetného verejného obstarávania (dňa 28.4.2017) preukázateľne nezúčastnila, teda v žiadnom prípade nemohla (z objektívnych príčin) porušiť pravidlá hospodárskej súťaže v rámci daného verejného obstarávania. V dôsledku týchto skutočností účasť spoločnosti ARTRA na protisúťažnom konaní by musela skončiť najneskôr dňa 7.3.2017, kedy sa spoločnosť ARTRA zúčastnila verejného obstarávania č. Z201710319 spolu s inými účastníkmi konania posledný krát.
417. Poukazuje tiež na to, že Rada úradu podľa jej výzvy pred vydaním druhostupňového rozhodnutia má za to, že nemožno jednoznačne ustáliť, že účastníci údajnej kartelovej dohody sa na jednotlivých verejných obstarávaniach nezúčastnili z dôvodu, že (i) boli súčasťou dohody obmedzujúcej súťaž a (ii) trojica uchádzačov už bola vytvorená. Rada úradu tak podľa účastníkov konania nemôže v rozpore s vlastnými závermi tvrdiť, že spoločnosť ARTRA bola súčasťou kartelovej dohody až do dňa 28.4.2017, hoci jej účelová neúčasť na poslednom verejnom obstarávaní nebola úradom preukázaná.
418. Spoločnosť ARTRA v tejto súvislosti odkazuje v celom rozsahu na svoju argumentáciu uvedenú v priebehu prvostupňového konania.

K poľahčujúcim a priťažujúcim okolnostiam

419. Úrad v časti poľahčujúcich a priťažujúcich okolností „odignoroval“ a „opomenul“ námietky spoločnosti ARTRA týkajúce sa nemožnosti pričítania jej k zodpovednosti tých verejných obstarávaní, ktorých sa zúčastnila „sama“, t.j. bez čo i len jedného účastníka konania, pričom ide o 4 obstarávania zo 14. Úrad tak konal právne svojvoľne, arbitrárne a tak *en block* nezákonne.
420. Podľa spoločnosti ARTRA mal úrad zohľadniť ako poľahčujúcu okolnosť aj mieru jej úspešnosti vo verejných obstarávaniach, na ktorých sa zúčastnila. V tejto súvislosti poukázala na rozhodnutie Najvyššieho súdu SR v konaní vedenom pod sp. zn.: 8Sžhk/1/2016, ktorý konštatoval, že „...ak sankcia niekoľkonásobne (v prejedávanom prípade 281 krát) prevyšuje získaný majetkový prospech, nemožno s odkazom na proporionalitu sankcie v spojení s dĺžkou porušenia vnímať majetkový prospech ako nepodstatné kritérium pre určenie sankcie.“ Spoločnosť ARTRA uviedla, že sankcia v tomto prípade prevyšuje ňou preukázateľne získaný majetkový prospech viac ako 191 krát.
421. Podľa spoločnosti ARTRA bol úrad povinný zaoberať sa jej nízkou účasťou vo verejných obstarávaniach a nízkou úspešnosťou (minimálnou ziskovosťou) vo verejných obstarávaniach, nakoľko sa z 276 posudzovaných verejných obstarávaní zúčastnila len 14 protisúťažných verejných obstarávaní, z toho boli účastní spolu s ňou účastníci konania len v 10 prípadoch a jej zisk bol najnižší v

porovnaní so všetkými ďalšími účastníkmi konania.

422. V tejto súvislosti spoločnosť ARTRA odkazuje na zaužívanú rozhodovaciu prax Komisie a judikatúru súdov EÚ, z ktorej vyplýva, že citeľne sporadickejší charakter zúčastňovania sa podniku na rokovaniach (analogicky sporadickejšiu účasť na implementácii domnejšej kartelovej dohody) v porovnaní s bežnými účastníkmi kartelu, ako aj jeho oneskorený vstup na trh, ktorý je predmetom porušenia, nezávisle od dĺžky jeho účasti na porušení, alebo aj existenciu výslovných vyhlásení v tomto zmysle zo strany tretích podnikov, ktoré sa podieľali na porušení možno zobrať do úvahy ako skutočnosti preukazujúce pasívnu úlohu podniku v rámci kartelu. ARTRA namietala, že úrad nezohľadnil citeľne sporadickejší charakter účasti spoločnosti ARTRA na údajnej dohode obmedzujúcej súťaž oproti iným účastníkom konania, teda jej pasívnu úlohu a nepriznal jej žiadne poľahčujúce okolnosti, čím opätovne konal právne svojvoľne, arbitrárne a tak *en block* nezákonne.
423. Spoločnosť ARTRA vo vyjadrení k výzve Rady úradu pred vydaním druhostupňového rozhodnutia poukázala na to, že v štyroch verejných obstarávaníach sa popri spoločnosti ARTRA nezúčastnil týchto verejných obstarávaní žiaden z účastníkov konania, čo bola Rada úradu povinná zohľadniť v rámci poľahčujúcich okolností a v nadväznosti na to znížiť spoločnosti ARTRA výšku navrhovanej pokuty. Účastník konania ARTRA trvá na potrebe výraznejšieho zníženia základnej sumy pokuty, a to najmenej o 50 %.

9.1.3. Námietky účastníkov konania JANOLI, ČECHOVO, JASTA a MARINI

424. Účastníci konania sa v primeranom rozsahu stotožňujú s vyššie uvedenou argumentáciou spoločnosti ARTRA a majú za to, že úrad sa s predmetnou argumentáciou má vysporiadať v zmysle rovnosti účastníkov konania aj vo vzťahu k nim.
425. Účastníci konania JANOLI a ČECHOVO spochybňujú správnosť určenia relevantného obratu vzhľadom na to, že veľká časť ich predajov bola započítaná do relevantných obrátov dvakrát, a to z dôvodu, že tieto spoločnosti navzájom obchodovali, t.j. predávali si tovary s CPV kódmi, ktoré úrad zobral do úvahy pri výpočte relevantných obrátov.
426. Uvádzajú tiež, že v kontexte absencie preukázania protisúťažného charakteru subdodávok, spoločnosti JANOLI a ČECHOVO trvajú na potrebe zúženia relevantného trhu výlučne na predaje určené konečným spotrebiteľom.
427. Účastníci konania JASTA a MARINI odkazujú na svoju predchádzajúcu argumentáciu vznesenú v priebehu prvostupňového správneho konania a požadujú priznanie poľahčujúcich okolností, pričom poukazujú na to, že sa s ich námietkami v tejto oblasti prvostupňový orgán nevysporiadal.
428. Účastník konania JASTA poukazuje na skutočnosť, že bol podstatne menej aktívny ako ostatní účastníci konania, a to z pohľadu (i) celkovej účasti, (ii) účasti spolu s ďalšími účastníkmi konania, ako aj z pohľadu (iii) ziskovosti. Účastník konania JASTA preto trvá na znížení pokuty najmenej o 20 %.

429. Účastník konania MARINI rovnako namieta, že bol z pohľadu úspešnosti vo verejných obstarávaníach podstatne menej aktívny ako ostatní účastníci konania, a preto trvá na znížení pokuty najmenej o 10 %.

9.1.4 Námietky účastníka konania PMB Slovakia

430. Účastník konania PMB Slovakia popiera akékoľvek protisúťažné konanie, ktoré by malo spočívať v koordinovaní postupu pri obchodovaní podlimitných zákaziek realizovaných s využitím elektronického trhoviska a rovnako popiera uzavretie akejkoľvek písomnej, ústnej alebo konkludentnej dohody obmedzujúcej súťaž s ktorýmkoľvek účastníkom tohto správneho konania.
431. PMB Slovakia poukazuje v súvislosti s legitimitou Metodického pokynu na rozhodnutie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 6Sžf/29,30,31/2013 zo dňa 19.3.2014, v ktorom sa konštatuje, že cit.: *„je nepochybné, že metodický pokyn ako vnútorný predpis nie je právne záväzný, a správne orgány môžu konať len na základe Ústavy SR, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.“*, ako aj na uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 505/2015 z 18.11.2015, cit.: *„interný normatívny pokyn však nepatrí medzi všeobecne záväzné právne predpisy, je záväzný iba pre subjekt, ktorý ho vydal, a práva a povinnosti určené v internom normatívnom pokyne nemožno vymáhať na súde“*.
432. S odkazom na výšku čistého obratu, ktorú vykazuje spoločnosť PMB Slovakia uvádza, že verejné obstarávanie podlimitných zákaziek s využitím elektronického trhoviska sú zanedbateľnou súčasťou podnikateľskej činnosti tejto spoločnosti, a preto neexistuje žiadny ekonomický a ani iný motív spoločnosti PMB Slovakia, na kolúzne správanie.

K relevantnému obratu

433. Úrad mal v prípade spoločnosti PMB Slovakia pri určení relevantného obratu vzhľadom k tomu, že nedisponuje dostatočnými dôkazmi na preukázanie účasti tejto spoločnosti na jednom spoločnom, neprerušovanom a trvajúcom porušení, aplikovať bod 10. Metodického pokynu, a teda relevantný obrat mal byť stanovený len na základe hodnoty zákaziek, v ktorých bol účastník konania úspešným uchádzačom v období trvania údajnej dohody, prípadne ako krajná alternatíva mala byť ako relevantný obrat vzatá hodnota všetkých víťazných ponúk spoločnosti PMB Slovakia bez DPH alebo hodnota všetkých víťazných ponúk zo všetkých zákaziek, ktorých sa spoločnosť PMB Slovakia zúčastnila spolu s ostatnými účastníkmi správneho konania. Takéto určenie by podľa názoru PMB Slovakia vzhľadom na počet zákaziek (8), ktoré sú predmetom posudzovania v rozhodnom období plne reflektovalo a pokrylo prípadnú zodpovednosť spoločnosti PMB Slovakia vo vzťahu k verejným obstarávaniam, ktorých sa táto spoločnosť zúčastnila, a ktoré majú byť dotknuté údajnou dohodou účastníkov správneho konania.

K závažnosti

434. Úrad určil koeficient za závažnosť na úrovni 18 % z relevantného obratu účastníkov konania, ktorého výšku určil aj s poukázaním na to, že v minulosti

neposudzoval prípad údajnej schémy vo verejnom obstarávaní v takom rozsahu ako je tomu v tomto prípade. V nadväznosti na uvedené účastník konania PMB Slovakia vyjadril obavu, aby úrad nebol motivovaný udeliť exemplárnu pokutu v takom rozsahu, ktorý bude mať odstrašujúci účinok nielen voči účastníkom tohto správneho konania, ale aj voči akejkolvek tretej osobe. Táto motivácia však nemôže byť za žiadnych okolností na úkor spoločnosti PMB Slovakia.

435. Stanovenie koeficientu závažnosti voči spoločnosti PMB Slovakia na 18% z relevantného obratu vedie nevyhnutne k výške pokuty, ktorá je vo viacerých smeroch zjavne neprimeraná vo vzťahu k skutočnému stupňu závažnosti správania, teda jej skutočnej zodpovednosti, ako aj k obmedzenej závažnosti a nízkemu hospodárskemu významu porušenia, ktorého sa dopustila.
436. Závery úradu vo vzťahu k preukazovaniu dopadu na trh sú zmätočné, v bode 463. prvostupňového rozhodnutia úrad uviedol, že vzhľadom k tomu, že ide o cieľovú dohodu, nie je potrebné preukazovať jej dopad na trh, avšak v bode 426. prvostupňového rozhodnutia protichodne uvádza a pripúšťa možnosť, že aj keď ide o cieľovú dohodu, môže sa pri stanovení závažnosti porušenia zohľadniť aj veľkosť relevantného trhu a dopad na trh. Účastníkovi nie je zrejmé, prečo v tomto konkrétnom prípade úrad nezohľadňuje veľkosť relevantného trhu a dopad na trh.
437. Účastník konania poukázal na to, že Rada úradu vo výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia pri stanovení závažnosti porušenia zákona prihliadala rovnako ako úrad aj na skutočnosť, že koordinovaným postupom dochádzalo k obmedzovaniu súťaže tým, že zo súťaže boli vylučovaní podnikatelia, ktorí by za súťažných podmienok mohli obstarávateľom ponúknuť výhodnejšiu cenu za obstarávaný tovar. V tejto súvislosti uvádza, že minimálne pri zákazkách č. Z201534973, Z201617431, Z201624514, Z20172111 a č. Z20179335 (teda v 5 z celkom 9 posudzovaných zákaziek) k takémuto konaniu nedochádzalo.
438. Podľa spoločnosti PMB Slovakia úrad nemal postupovať podľa Metodického pokynu účinného od 1.9.2018, v ktorom sú vymedzené percentuálne hodnoty pri karteloch, nakoľko v čase, kedy malo dôjsť k údajnému porušovaniu bol platný Metodický pokyn úradu v znení ku dňu 11.8.2014, ktorý neobsahoval percentuálne členenie. Analogicky podľa zásad trestného práva sa trestnosť činu má posudzovať a trest sa má ukladať podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný a neskorší predpis sa použije iba v prípade, ak je pre páchatela priaznivejší.
439. Účastník konania poukázal na rozhodovaciu prax Súdneho dvora, v zmysle ktorej závažnosť porušenia musí byť predmetom individuálneho posúdenia, ktoré zohľadní viaceré kritériá, ako sú najmä osobitné okolnosti veci, jej kontext a odstrašujúci účinok pokút (rozsudky Súdneho dvora *Musique Diffusion française a i./Komisia*, bod 106, a zo 17. júla 1997, *Ferriere Nord/Komisia*, C-219/95 P, Zb. s. I-4411, bod 33 a tam citovaná judikatúra; rozsudok Súdu prvého stupňa z 18. júla 2005, *Scandinavian Airlines System/Komisia*, T-241/01, Zb. s. II-2917, bod 83 a nasl.). Súdny dvor rozhodol, že skutočnosť, že podnik sa nezúčastnil na všetkých zložkách tvoriacich kartel alebo zohrával menšiu úlohu v rámci

aspektov, na ktorých sa zúčastňoval, sa musí zohľadniť pri posudzovaní závažnosti porušenia a prípadne pri stanovení pokuty (rozsudok *Komisja/Anic Partecipazioni*, bod 90, a rozsudok *Bolloré a i./Komisia*, bod 429 a tam citovaná judikatúra).

440. Taktiež poukázal na to, že Komisia vo svojej rozhodovacej praxi už nevyhnutne neuplatňuje jednotnú sadzbu na všetkých účastníkov porušenia. V rozhodnutiach (zhrnutie rozhodnutia Komisie) „*Candle waxes*“, K(2008) 5476 z 1. októbra 2008 týkajúcom sa konania podľa článku 81 Zmluvy o založení ES a článku 53 Dohody o EHP (vec COMP/C.39.181 – *Sviečkové vosky*) a „*Heat stabilisers*“, K(2009) 8682 z 11. novembra 2009 týkajúcom sa konania podľa článku 81 Zmluvy o založení ES a článku 53 Dohody o EHP (vec COMP/38.589 – *Tepelné stabilizátory*), Komisia uplatnila rozdielne sadzby na rozdielne kategórie účastníkov predmetných kartelov v závislosti od relatívnej závažnosti ich účasti na porušení. Konkrétne v tejto poslednej uvedenej veci bola stanovená vyššia sadzba pre podniky, ktoré sa podieľali nielen na určovaní cien, ale aj na rozdeľovaní zákazníkov a/alebo trhu.
441. Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že pokiaľ sa porušenia dopustili viaceré podniky, je potrebné preskúmať relatívnu závažnosť účasti každého z nich na porušení (rozsudky Súdneho dvora zo 16. decembra 1975, *Suiker Unie a i./Komisia*, 40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, Zb. s. 1663, bod 623, a *Komisja/Anic Partecipazioni*, bod 150). Tento záver je logickým dôsledkom zásady individualizácie trestov a sankcií, podľa ktorej môže byť podnik sankcionovaný iba za skutky, ktoré sa mu osobne vytýkajú, a ktorá je uplatniteľná v každom správnom konaní, ktoré môže viesť k sankciám podľa pravidiel Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže (rozsudok Súdu prvého stupňa z 29. novembra 2005, *Union Pigments/Komisja*, T-62/02, Zb. s. II-5057, bod 119).

K dĺžke porušovania

442. Ukončenie účasti na údajnej dohode všetkých uvedených účastníkov konania úrad vyhodnotil na základe posledného dôkazu o existencii údajnej dohody, a to Záznamom o priebehu e-aukcie k zákazke č. Z201718123, ktorej sa spoločnosť PMB Slovakia vôbec nezúčastnila. PMB Slovakia nesúhlasí so závermi úradu v tejto oblasti. Podľa účastníka konania neexistuje žiaden priamy alebo nepriamy legitímny dôkaz o tom, že bol účastníkom dohody, neexistuje žiaden priamy či nepriamy legitímny dôkaz o tom, že mal byť účastníkom údajnej dohody až do 28.4.2017, preto namieta úradom určenú dĺžku trvania porušenia.
443. Dôkazné bremeno spočíva na úrade, ktorý musí predložiť presné a zhodujúce sa dôkazy, ktoré odôvodňujú pevné presvedčenie, že došlo k údajnému porušeniu. Osobitne to platí pre dôkazy týkajúce sa kritéria dĺžky trvania porušenia, ktorého význam sa podstatne zvýšil. V prípade neexistencie dôkazov, na základe ktorých je možné priamo určiť dĺžku trvania porušenia, je teda úrad povinný predložiť dôkazy, ktoré súvisia so skutočnosťami dostatočne blízkymi z časového hľadiska tak, aby bolo možné odôvodnene pripustiť, že toto porušenie trvalo neprerušene v rozpätí dvoch konkrétnych dátumov tak, ako to vyplýva z rozsudku Súdu prvého stupňa z 11. decembra 2003, *Adriatica di Navigazione/Komisja*, T-61/99, Zb. s. II-5349.

444. Vzhľadom na odlišný názor účastníka konania na vymedzenie dĺžky jeho porušovania zákona v prípade jeho akceptácie by nedošlo k pre násobeniu, a teda navýšeniu pokuty z dôvodu dĺžky porušovania, keďže pri porušeniach zákona s trvaním do jedného roka nedochádza z titulu dĺžky trvania porušenia zákona k úprave základnej sumy pokuty.
445. Úrad sa nevysporiadal s námietkami PMB Slovakia a napriek nim uložil PMB Slovakia tretiu najvyššiu pokutu spomedzi ostatných účastníkov správneho konania.
446. Účastník konania poukázal na rozhodovaciu prax úradu, kde úrad v oblasti protisúťažných dohôd vo verejnom obstarávaní za takéto konanie určoval závažnosť vo výške 5 % (napr. rozhodnutie úradu zo dňa 25. 5.2015 vo veci *A.EN.INVENT AG a spol.*, č. 2015/KH/1/1/016, rozhodnutie úradu zo dňa 30.6. 2016 vo veci spoločnosti MEDMES, spol. s r. o., č. 2016/KH/R/2/034, rozhodnutie úradu zo dňa 30.6.2016 vo veci spoločnosti PKB invest, s. r. o. a spol, č. 2016/KH/R/2/033 alebo rozhodnutie úradu zo dňa 25. 5.2015 vo veci spoločnosti *VUMAT SK, s. r. o. a spol.*, č. 2015/KH/1/1/015).

Iné kritéria (poľahčujúce/priťažujúce okolnosti)

447. Účastník konania namieta nedostatok dôkazov preukazujúcich jeho účasť na jednom spoločnom, neprerušovanom a trvajúcom porušení, pričom úrad sa mal vysporiadať aj s existenciou poľahčujúcich okolností voči tejto spoločnosti, najmä vzhľadom na frekvenciu účasti PMB Slovakia na prešetrovaných zákazkách v posudzovanom období v porovnaní s ostatnými účastníkmi správneho konania, ako aj s tým, v koľkých zákazkách bola spoločnosť PMB Slovakia v posudzovanom období úspešná na rozdiel od ostatných účastníkov správneho konania, aká bola hodnota získaných zákaziek. Úrad mal tiež zohľadniť, že voči spoločnosti PMB Slovakia doposiaľ neriešil žiadne porušenie vyplývajúce zo zákona.
448. Účastník konania považuje zníženie základnej sumy pokuty o 10% zohľadnením jeho obmedzenej účasti na údajnej dohode za nedostatočné v jeho prípade a požaduje zníženie minimálne o 20%. Keďže ani Rada úradu nespochybňuje, že v iných konaniach sa účastník PMB Slovakia správal v súlade so súťažnými pravidlami, je podľa neho potrebné uvedené zohľadniť ako poľahčujúcu okolnosť.
449. Úrad preukázal existenciu obchodných vzťahov medzi účastníkmi konania, ktoré súviseli so zákazkami, ktoré boli predmetom posudzovanej dohody. Rada úradu sa s týmto tvrdením nijak nezaoberala, pritom toto je hlavne v smere voči spoločnosti PMB Slovakia irelevantné a ani toto nebolo zohľadnené pri aplikácii poľahčujúcich okolností pri ukladaní pokuty.

K likvidačnosti pokuty

450. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia účastník konania PMB Slovakia žiadal zohľadniť aktuálnu pandemickú situáciu spojenú so šírením nového vírusu SARS-CoV-2 označovaný aj ako COVID 19, ktorá rovnako ako iné spoločnosti, zasiahla aj spoločnosť PMB Slovakia a prípadnú uložení

pokutu umožnila spoločnosti PMB Slovakia splácať formou splátkového kalendára.

451. V tejto súvislosti účastník konania uviedol, že na jeho finančnej kondícii sa vo významnej miere podpísali obmedzenia prijaté v spojitosti s vyhlásenou mimoriadnou situáciou, ako aj vyhláseným núdzovým stavom. V dôsledku dotknutých opatrení došlo k nútenému obmedzeniu prevádzky nielen spoločnosti PMB Slovakia, ale aj zákazníkov (klientov) resp. subdodávateľov, ktorí v tejto príčinnej súvislosti museli minimalizovať svoje objednávky od spoločnosti, čo priamo rezultovalo k poklesu tržieb spoločnosti. Taktiež pred nástupom tzv. "korona krízy" spoločnosť PMB Slovakia vynaložila značné finančné prostriedky na modernizáciu technológií v záujme zachovania vysokého štandardu zákaziek.
452. Ďalej účastník konania uviedol, že z dôvodu skončenia pracovného pomeru s niektorými zamestnancami musel vynaložiť finančné prostriedky na účely odstupného, čo výrazne ovplyvnilo jeho „cash flow“. V dôsledku negatívnych dopadov na spoločnosť počas mimoriadnej situácie požiadal tiež štát (príslušný ÚPSVaR) o čerpanie finančného príspevku v rámci projektu „PRVÁ POMOC“ na udržanie pracovných miest.

9.2 Vyjadrenie Rady úradu

453. Vzhľadom na to, že aj námietky účastníkov konania vo vzťahu k uloženiu pokuty sa opakovali, alebo na ne priamo jednotliví účastníci konania navzájom odkazovali, Rada úradu sa aj v tomto prípade vyjadruje k námietkam spoločne vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania, pokiaľ nie je potrebné vyjadriť sa k námietke konkrétneho účastníka vzhľadom na jej špecifickosť. V tejto súvislosti Rada úradu však zdôrazňuje, že hoci Rada úradu preskúmava uloženie pokuty prvostupňovým orgánom v plnom rozsahu a individuálne vo vzťahu ku každému účastníkovi konania, účastníci konania majú povinnosť uviesť svoje námietky dostatočne jasne a zrozumiteľne, nakoľko nie je úlohou Rady úradu hodnotiť primeranosť aplikácie námietok účastníka konania ARTRA na individuálnu situáciu účastníkov konania JANOLI, ČECHOVO, JASTA alebo MARINI.
454. Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu pri ukladaní pokuty. Prvostupňový orgán v rámci ukladania pokuty vychádzal z kritérií uvedených v § 38 zákona, ako aj v Metodickom pokyne o postupe pri určovaní pokút (v texte aj ako „Metodický pokyn“).⁷²
455. Voľná úvaha pri rozhodovaní o výške pokuty za správny delikt je myšlienkový proces, v rámci ktorého má správny orgán zvažovať závažnosť porušenia právnych predpisov vo vzťahu ku každému zisteniu protiprávneho konania, jeho následky, dĺžku protiprávnosti tak, aby uložená sankcia spĺňala nielen požiadavku represie, ale aj preventívny účel.
456. Úvodom tejto časti Rada úradu poukazuje na to, že definícia relevantného trhu, na ktorú aj v tejto súvislosti poukázali účastníci konania, nesúvisí s ukladaním

⁷² https://www.antimon.gov.sk/data/files/963_metodicky-pokyn-o-postupe-pri-urcovani-pokut_1-9-2018.pdf.

výšky pokuty, keďže výška ukladanej pokuty sa odvíja od relevantného obratu, a preto ide o dva odlišné súťažné pojmy.

457. Podľa Metodického pokynu sa základná suma pokuty stanoví na základe súčinu relevantného obratu a percenta určeného na základe závažnosti porušovania zákona (v rozsahu do 30 %), pričom následne sa tento súčin prenásobí počtom rokov, počas ktorých k porušovaniu zákona dochádzalo a vyhodnotí sa existencia priťažujúcich a poľahčujúcich okolností. Nakoniec je potrebné zhodnotiť, či neprišlo k prekročeniu 10% z celkového obratu.

K aplikácii Metodického pokynu

458. Z rozkladov účastníkov konania vyplynuli viaceré námietky týkajúce sa aplikácie Metodického pokynu, resp. znenia, ktoré má byť aplikované, ako aj samotnej relevancie tohto dokumentu. Z niektorých námietok podľa účastníkov konania vyplynula potreba aplikovať Metodický pokyn v súčasne platnom znení, v iných námietkach naopak, požadoval účastník aplikovať Metodický pokyn v znení ku dňu 11.8.2014, ktorý neobsahoval percentuálne členenie závažnosti. Podľa tohto sa trestnosť činu má posudzovať a trest sa má ukladať podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný a neskorší predpis sa použije iba v prípade, ak je pre páchatel'a priaznivejší.
459. Pokiaľ ide o aplikovaný Metodický pokyn o ukladaní pokút, Rada úradu preskúmava postup prvostupňového orgánu, ktorý aplikoval právnu úpravu platnú a účinnú v čase jeho rozhodovania. V tejto súvislosti Rada úradu posudzuje aplikáciu právnych predpisov upravujúcich ukládanie pokút a to, či prvostupňový orgán postupoval podľa platnej právnej úpravy, ktorá je pre účastníkov konania priaznivejšia.
460. Podľa § 38 ods. 1 zákona úrad za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, uloží podnikateľovi pokutu do 10 % z obratu podľa § 3 ods. 5 zákona za predchádzajúce účtovné obdobie, ak § 38d zákona neustanovuje inak.
461. Podľa § 38 ods. 3 zákona úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, prípadne dopad na trh a veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty prihliada prípadne aj na iné skutočnosti, najmä na opakované porušovanie, odmietnutie spolupracovať s úradom, postavenie ako vodcu alebo iniciátora porušovania alebo neplnenie dohody obmedzujúcej súťaž v praxi. Úrad môže pri ukladaní pokuty zohľadniť ako poľahčujúcu okolnosť aj skutočnosť, že náhrada škody bola uhradená na základe dohody o mediácii alebo dohody o mimosúdnom urovnaní pred vydaním rozhodnutia úradu o uložení pokuty.
462. V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že počas rozhodovania prvostupňového orgánu nedošlo k zmene zákonnej úpravy sankcií v podobe pokuty. Kritériá pre ukládanie sankcií v podobe pokuty, ktoré upravuje výlučne zákon, sa nijako nezmenili. Napriek tomu, že v roku 2018 bolo revidované znenie Metodického pokynu o ukladaní pokút, tento je iba interným predpisom úradu, ktorý bližšie objasňuje znenie zákona a prispieva k predvídateľnosti práva, pričom nemôže ísť nad rozsah a v rozpore so zákonom. Metodický pokyn teda nemohol priniesť

priaznivejšiu alebo nepriaznivejšiu právnu úpravu ukladania pokút.⁷³ V tejto súvislosti Rada úradu považuje za potrebné uviesť, že prijatím Metodického pokynu teda úrad iba deklaruje svoju vôľu postupovať v určitých prípadoch pri ukladaní pokút predpokladaným postupom v Metodickom pokyne. Tento však okrem toho, že musí byť v medziach zákona, nemôže pokryť všetky situácie, ktoré pri aplikácii zákonných kritérií na ukládanie pokút, nastanú. Toto vyplýva priamo aj zo znení všetkých úprav Metodického pokynu, v ktorých je uvedené cit. „....a že sa v odôvodnených prípadoch úrad môže odchýliť od postupov uvedených v Metodickom pokyne“. Rovnako je možné odchýliť sa aj od predchádzajúcej rozhodovacej praxe úradu, pokiaľ si to vyžaduje právny a skutkový stav v danom správnom konaní. Na oba prípady sa však vzťahuje požiadavka náležitého odôvodnenia odchýlky. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu v prvom kroku zamerala na posúdenie zdôvodnenia postupu prvostupňového orgánu na vymedzenie relevantného obratu, ako aj závažnosti v prvostupňovom rozhodnutí.

463. V súvislosti s úradom uloženou výškou percenta v nadväznosti na zásadu legitímnych očakávaní Rada úradu podotýka, že nemožno ani predpokladať, že aktéri protiprávneho konania by si mali byť schopní vopred vyčíslieť presnú výšku pokuty. To by ani nebolo účelné a marilo by to efektívny postih porušovateľov zákona, ktorí by takto mohli kalkulovať do akej miery sa im ešte oplatí protiprávne konanie s cieľom dosiahnutia nelegálneho zisku v porovnaní s hroziacou sankciou.
464. Základom ukladania pokút je povinnosť aplikovať zákonné kritériá tak, aby bola úradom uložená pokuta, ktorá plní svoju preventívnu aj represívnu funkciu.

Relevantný obrat.

465. Základom pre určenie pokuty je relevantný obrat, ktorým je obrat (bez daní) dosiahnutý podnikateľom z predaja tovarov a služieb, ktorých sa narušenie alebo obmedzenie súťaže priamo alebo nepriamo dotýka.

Tabuľka č.1

Relevantný obrat EUR	
ARTRA	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
ČECHOVO	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
JANOLI	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
JASTA	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
MARINI	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
PMB Slovakia	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO

⁷³ Uvedený prístup je potvrdený aj rozhodovacou praxou NS SR, napr. rozhodnutím v konaní sp.zn. 3 Sžhu/1/2013, 8 Sžhu/1,2,3/2013 „Z uvedeného je zrejmé, že ustanovenia ZOHS ohľadom výpočtu výšky sankcie sa v rozhodnom období roku 2008 nemenili, naopak od prijatia ZOHS až do 30.06.2014 bola právna úprava § 10 ods. 3 ZOHS nezmenená (...) Preto aj podľa názoru odvolacieho súdu Metodický pokyn účinný v čase rozhodovania žalovaného nepriniesol priaznivejšiu úpravu pre žalobcu pri ukladaní sankcií.“

466. Kombinácia hodnoty predaja v súvislosti s porušením a trvaním porušenia sa považuje za vhodnú hodnotu na vyhodnotenie ekonomického významu porušenia, ako aj relatívneho podielu každého podnikateľa na porušení. Takýto spôsob výpočtu tiež najefektívnejšie zabezpečí, aby pokuta korešpondovala so ziskom z protisúťažnej praktiky, nakoľko predpokladaný zisk z porušenia zákona je pozitívne korelovaný s obratom podnikateľa na dotknutom trhu počas trvania porušenia zákona.
467. Rada úradu poukazuje v tejto súvislosti na rozsudok Súdneho dvora EÚ z 12.11.2014 vo veci C-580/12 P, v ktorom súd uviedol nasledovné cit.: „*V dôsledku toho, hoci sa pojem hodnoty predaja uvedený v tomto bode 13 nemôže iste rozšíriť tak, aby zahŕňal predaj realizovaný predmetným podnikom, ktorý nepatrí do pôsobnosti vytýkaného kartelu, bol by narušený cieľ sledovaný týmto ustanovením, keby sa mal tento pojem vnímať len ako týkajúci sa obratu dosiahnutého iba pri predaji, v prípade ktorého sa preukázalo, že bol naozaj ovplyvnený týmto kartelom (rozsudok Team Relocations a i./Komisia, C 444/11 P, EU:C:2013:464, bod 76). Takéto obmedzenie by okrem toho spôsobilo umelú minimalizáciu hospodárskeho významu porušenia spáchaného daným podnikom, keďže samotná skutočnosť, že sa zistil obmedzený počet priamych dôkazov o predaji skutočne ovplyvnenom kartelom by viedla k tomu, že by nakoniec bola uložená pokuta bez skutočného vzťahu s pôsobnosťou predmetného kartelu. Takáto odmena za utajenie by narušila takisto cieľ sledovania a účinného sankcionovania porušení v článku 81 ES, a preto ju nemožno pripustiť (rozsudok Team Relocations a i./Komisia, EU:C:2013:464, bod 77). V každom prípade treba zdôrazniť, že časť celkového obratu pochádzajúca z predaja výrobkov, ktoré sú predmetom porušenia, môže najlepšie odrážať hospodársky význam tohto porušenia.*“
468. Na základe uvedeného nie je preto odôvodnené určovať relevantný obrat iba s ohľadom na konkrétne predaje, u ktorých sa dôkazmi preukázalo ovplyvnenie dohodou, ale je potrebné zohľadniť všetky predaje tovarov a služieb, ktorých sa posudzovaná dohoda týkala.
469. V prípade posudzovanej dohody obmedzujúcej súťaž prvostupňový orgán ako relevantný obrat vyhodnotil obrat dosiahnutý na celom území Slovenskej republiky jednotlivými účastníkmi dohody za predaj tovarov spadajúcich pod nižšie uvedené CPV kódy, ktoré pokrývajú tie tovary, ktoré boli súčasťou trvajúceho porušovania preukázaného v tomto konaní:
- CPV skupina 18100000-0: Pracovné odevy, špeciálne pracovné odevy a doplnky až po kódy CPV triedy 18440000-5: Klobúky a pokrývky hlavy (vrátane). Ide predovšetkým o pracovné odevy, operačné nohavice, operačné košele, nohavice, tričká, plášte, pyžamy a pod., vrátane doplnkov pracovných odevov.
 - CPV skupina 18800000-7: Obuv až po kódy CPV triedy 18840000-9: Časti obuvi (vrátane). Ide predovšetkým o ochrannú obuv, špeciálnu, antistatickú, operačnú, ortopedickú obuv a pod.

- CPV skupina 19200000-8: Textilie a príbuzné položky až po kódy CPV triedy 19270000-9: Netkané textilie (vrátane). Jedná sa napr. o pyžamovinu, bavlnené tkaniny a pod.
- CPV oddiel 33000000-0: Zdravotnícke vybavenie, farmaceutický materiál a výrobky osobnej starostlivosti. Ide napr. o zdravotnícky nábytok, lôžka, pohovky, nosidlá, operačné a vyšetrovacie stoly, držiaky, transfúzne vaky, vozíky pre invalidov, vybavenie operačných sál a pod. (viď predovšetkým kódy CPV triedy 33190000-8 – Rôzne lekárske zariadenia a výrobky).
- CPV oddiel 39000000-2: Nábytok (vrátane kancelárskeho nábytku), zariadenie interiéru, domáce spotrebiče (s výnimkou osvetlenia) a čistiace prostriedky. Jedná sa najmä o kódy CPV skupiny 39100000-3: Nábytok (do tejto skupiny patria napr. sedadlá, stoličky, kreslá, lavice, lavičky, stoly, skrine, knižnice, kancelársky nábytok, nábytok k počítaču, police, regály, posteľe a lôžkoviny, matrace, šatníky, nočné stolíky a pod., ako aj kódy CPV skupiny 39500000-7: Textilné výrobky (napr. prikrývky, posteľná bielizeň, plachty, obliečky, periny, obrusy, uteráky a pod.).

470. Takéto vymedzenie zdôvodnil tým, že Metodický pokyn nepokrýva všetky prípady, ku ktorým by mohlo v praxi dôjsť, a preto ho aplikoval primerane. Prvostupňový orgán zohľadnil, že v tomto konaní preukázal trvajúci delikt spočívajúci v aplikácii protisúťažnej praktiky v mechanizme podávania ponúk prostredníctvom EKS systému, ako aj subdodávok medzi účastníkmi konania. Vzhľadom na uvedené považoval za správne vymedziť relevantný obrat štandardným spôsobom pre trvajúce delikty, teda neuplatniť osobitný postup pre tzv. *bid rigging* praktiky, ak bola koordinácia preukázaná len vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým konkrétnym verejným obstarávaniam. Prvostupňový orgán dospel k záveru, že keďže Metodický pokyn nestanovuje presný postup ako určiť relevantný obrat ak ide o prípady trvajúcich porušení formou koordinácie podnikateľov vo verejných obstarávaní, zvolil ako hodnotu predaja, ktorá najlepšie reprezentuje relevantný obrat a pokrýva všetky aspekty preukázaného porušenia obrat stanovený na základe CPV kódov tovarov, v súvislosti s ktorými dochádzalo počas prešetrovaného obdobia k porušovaniu zákona. Tieto CPV kódy popisujú skupiny tovarov, ktoré účastníci konania ponúkali vo verejných obstarávaní realizovaných prostredníctvom elektronického trhu, a teda priamo alebo nepriamo súvisia s porušením, tak ako to stanovuje Metodický pokyn.

471. Prvostupňový orgán v rámci vymedzenia relevantného obratu zohľadnil, že preukázal trvajúci správny delikt, nie porušenie v podobe jednotlivých izolovaných verejných obstarávaní, preto by stanovenie relevantného obratu na základe hodnoty verejných obstarávaní, ako je tomu pri preukázaní koordinácie podnikateľov vo vzťahu len k jednému alebo niekoľkým obstarávaniam, neodzrkadľovalo podstatu porušenia. Schéma protisúťažného správania v tomto konaní spočívala v tom, že šiesti účastníci dohody predkladali ponuky do obstarávaní v rôzne kombinovaných trojiciach, pričom ak už bola vytvorená trojica, ostatní podnikatelia sa tohto obstarávania nezúčastnili. Stanovenie relevantného obratu len na základe hodnoty zákaziek, v ktorých bol účastník

konania úspešným uchádzačom by nepokrylo zodpovednosť za prípady, kde uchádzač poskytol inému účastníkovi dohody kryciu ponuku, a teda zámerne v obstarávaní nezvíťazil. Stanovenie relevantného obratu na základe súčtu hodnoty zákaziek, ktorých sa daný účastník konania v prešetrovanom období zúčastnil, bez ohľadu na to, či zvíťazil, by nepokrylo jeho zodpovednosť za prípady, keď sa obstarávania zámerne nezúčastnil, pretože potrebnú trojicu uchádzačov, ktorá mala zabezpečiť vylúčenie konkurentov z 2. kola obstarávania už vytvorili iní účastníci dohody a tieto trojice sa rôzne striedali. Stanovenie relevantného obratu na základe súčtu hodnôt všetkých obstarávaní na elektronickom trhovisku, ktorých sa zúčastnil ktorýkoľvek z kartelistov, nie je vhodnou referenčnou hodnotou, pretože pokuta ukladaná z rovnakého relevantného obratu všetkým šiestim účastníkom konania by neodzrkadľovala silu podnikateľov zapojených do porušovania (kým ekonomicky silnejšieho podnikateľa by vyššia pokuta nezaťažila, pre slabšieho by mohla byť neúmerne vysoká). Takýto postup by zároveň neumožnil zohľadniť dobu, počas ktorej u jednotlivých podnikateľov dochádzalo k porušovaniu, (pri určovaní pokuty by nebolo možné použiť koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušovania zákona); keďže ide o trvajúci správny delikt, pri ktorom sú porušenia previazané jednotným cieľom obmedziť súťaž, je odôvodnené zohľadniť pri určení pokuty aj dobu porušovania. Takýto postup by zároveň úrad nútil k neodôvodnenej selekcii obstarávaní, pri ktorých bolo jednoznačne preukázané porušenie a tých, pri ktorých je k dispozícii menej dôkazov o porušení, napriek tomu, že zapadajú do schémy správania účastníkov konania popísanej v tomto rozhodnutí. To by bolo v rozpore s Metodickým pokynom, podľa ktorého hodnotu z predajov tovarov a služieb, ktorých sa obmedzenie súťaže dotýka, zvyčajne predstavujú hodnoty z predajov všetkých tovarov a služieb ovplyvnených protisúťažným správaním, nielen hodnoty z predajov pri tých transakciách/kontraktoch, pri ktorých sú k dispozícii dôkazy.

472. S takýmto postupom a aplikáciou Metodického pokynu vo vzťahu k definícii relevantného obratu sa Rada úradu v plnom rozsahu stotožňuje. Rada úradu má za preukázané, že účastníci konania spáchali správny delikt tak, ako to uviedol prvostupňový orgán, je teda správne ho definovať ako trvajúci delikt a s ohľadom na to vymedziť relevantný obrat tak, ako to vyplýva aj z Metodického pokynu úradu. Takýto postup je štandardný a uplatňovaný úradom pri všetkých verziách Metodických pokynov, ktoré žiadali uplatňovať účastníci konania.
473. Rada úradu neidentifikovala dôvod, pre ktorý by mal byť vymedzovaný relevantný obrat odlišne u účastníkov konania ARTRA a PMB Slovakia a nestotožnila sa s námietkami týchto účastníkov konania. Rada úradu má za preukázané, že účastníci konania ARTRA a PMB Slovakia sa zúčastnili rovnakého protisúťažného deliktu ako ostatní účastníci konania a skutočnosť, v akom rozsahu sa títo dvaja účastníci konania zúčastnili na trvajúcom delikte je podľa Rady úradu možné zohľadniť v inom štádiu procesu ukladania pokuty ako je vymedzenie relevantného obratu.
474. Metodický pokyn upravuje príklad odlišného určenia relevantného obratu, keď uvádza, že v prípadoch, kedy k porušovaniu zákona dochádza formou koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, kde koordinácia bola úradom preukázaná len vo vzťahu k

jednému alebo niekoľkým konkrétnym verejným obstarávaniam, relevantným obratom každého účastníka dohody môže byť hodnota víťaznej ponuky/víťazných ponúk alebo obrat, ktorý mohol byť realizovaný na základe príslušného verejného obstarávania/verejných obstarávaní.

475. V súlade s textom Metodického pokynu, úrad takýmto spôsobom postupuje v prípadoch, kedy bola preukázaná koordinácia podnikateľov len vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým konkrétnym obstarávaniam, teda v prípadoch, keď išlo o jednotlivé porušenia zákona. Uvedený postup však nie je možné aplikovať v prípade, keď bolo preukázané porušenie zákona vo forme trvajúceho správneho deliktu, pretože jednotlivé skutky účastníkov konania sú previazané jednotným cieľom a sú súčasťou širšej schémy porušovania zákona. Takým bolo aj toto správne konanie. V prípade preukázania „schémy“ protisúťažného správania nie je rozhodujúce, či sa toto porušenie týkalo len niekoľkých obstarávaní alebo všetkých. Ich počet je z pohľadu preukázania porušenia zákona irelevantný, preto ani nie je potrebné a efektívne, aby sa úplne detailne vypočítavali všetky obstarávania, ktoré boli jeho súčasťou. Skutková podstata je naplnená preukázaním, že táto schéma existovala a že sa podnikateľ do nej čo len niekoľkokrát zapojil, a k tomu došlo u všetkých účastníkov tohto konania.
476. Rada úradu sa nestotožnila ani s námietkami účastníkov konania týkajúcimi sa dvojitého započítania dodávok tovaru medzi účastníkmi konania a závery a postup prvostupňového orgánu aj v tomto ohľade považuje za správny. Za odôvodnené teda nepovažuje Rada úradu zúženie relevantného obratu len na predaje určené konečným spotrebiteľom a súhlasí, že práve takýmto postupom by došlo k tomu, že predaje uskutočnené ako subdodávky, ktoré úrad preukázateľne spojil s viacerými obstarávaniami, by neboli do relevantného obratu započítané, napriek tomu, že s porušením zákona priamo súvisia, čo by bolo priamo v rozpore so samotnou podstatou ukladania sankcií, ktorá má vychádzať aj v časti relevantného obratu z celého rozsahu protisúťažného správania.
477. Úrad si od účastníkov konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia vyžiadal údaje o obrate za predaj vyššie uvedených tovarov za roky 2015 a 2016.
478. Na základe informácií poskytnutých úradu účastníkmi konania o ich tržbách⁷⁴ za tovary spadajúce do vyššie uvedených kategórií podľa CPV kódov za rok 2016 úrad stanovil relevantný obrat uvedený v bode 458 prvostupňového rozhodnutia, ktorý je základom pre stanovenie výšky pokuty. Z tohto relevantného obratu vychádzala aj Rada úradu, keďže postup prvostupňového orgánu považovala za správny.

Závažnosť

479. Kartel, ktorý patrí medzi najzávažnejšie porušenia súťažného práva je skupina dvoch alebo viacerých nezávislých podnikateľov, ktorí spolupracujú, aby určovali ceny, obmedzovali produkciu, delili si trhy alebo zákazníkov medzi sebou. Namiesto konkurovania sa tak spoliehajú na dojednané správanie, ktoré redukuje

⁷⁴ Obrat spoločnosti ARTRA bol upravený na základe jej oznámenia z 13. 11. 2019 (Spis. č. 430).

ich zámer poskytovať nové a lepšie tovary a služby za súťažnú cenu. Ako výsledok takéhoto správania spotrebiteľia platia viac za nižšiu kvalitu.

480. Boj proti kartelom je jednou z dlhodobých priorít úradu. Cieľom stíhania kartelov nie je iba odhalenie a ich ukončenie na trhu, ale dosiahnutie takého deterrentného efektu, ktorý v prvom rade odradí spoločnosti do kartelu v budúcnosti vstúpiť. Aby bolo možné toto dosiahnuť, pravdepodobnosť odhalenia a vážneho potrestania musí byť vysoká. V rámci Európskej únie krajiny vo všeobecnosti zvyšujú sumy ukladaných pokút za tieto najzávažnejšie súťažné porušenia.
481. Rada úradu preskúmala, ako úrad zohľadnil kritéria pre určenie závažnosti, predovšetkým povahu porušenia, trhovú podiel účastníkov dohody, geografický rozsah porušenia, hodnotu dotknutého tovaru ako aj realizáciu porušenia v praxi.
482. Úrad podľa § 38 ods. 3 zákona má zobrať pri posudzovaní závažnosti porušovania do úvahy povahu porušenia, prípadne dopad na trh a veľkosť relevantného trhu.
483. Účastníci konania spáchali správny delikt spočívajúci v porušení § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona, dohodu, ktorá obsahuje znaky koluzívneho správania, v dôsledku ktorého podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania, dohodu o cenách a dohodu o rozdelení trhu. Pri takejto povahe dohody nie je rozhodujúce, či bola dojednaná prostredníctvom priamych, alebo nepriamych dojednaní, podstatné je, že v jej dôsledku bolo medzi konkurentmi eliminované riziko neistoty o vzájomnom budúcom správaní a ich zákazníci (obstarávatelia) zakúpili tovar za vyššie ceny, než aké by zaplatili, keby uvedená dohoda neexistovala a medzi predajcami (uchádzačmi v obstarávaní) riadne fungovala súťaž. Všetky praktiky, ktoré boli súčasťou posudzovanej dohody patria medzi najzávažnejšie porušenia súťažného práva. Je pritom ustálená rozhodovacia prax európskych, ale aj slovenských súdov, na ktorú odkazuje aj úrad, že v prípade dohody, ktorá má za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže, nie je potrebné preukazovať jej dopad na trh.⁷⁵
484. Úrad v správnom konaní preukázal, že vyššie popísaným správaním účastníkov konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia došlo k uzatvoreniu dohody, ktorá mala za cieľ obmedziť hospodársku súťaž. Rada úradu sa nestotožňuje s námietkou o absencii vysporiadania sa úradom s definíciou dohody ako cieľovej, povinnosťou riadne definovať relevantný trh a posúdiť dopad protisúťažného správania sa na trh.
485. Je potrebné zdôrazniť v tejto súvislosti, že pre zvýšenie rizika obmedzenia hospodárskej súťaže a výskytu zosúladených konaní stačí, aby jediný podnikateľ poskytol svojim konkurentom strategické informácie o svojej budúcej obchodnej politike. Ak podnikateľ dostane strategické informácie od konkurenta, je dôvodné predpokladať, že informácie prijal a zodpovedajúcim spôsobom upravil aj svoje správanie na trhu, pokiaľ nezareaguje jasným vyhlásením, že si neželá takéto údaje získať.⁷⁶

⁷⁵ Pozri napr. prípad C-8/08 *T-Mobile Netherlands* a ďalší v Komisia [2009] ECR I-0000, ods. 28 a 30.

⁷⁶ Rozsudok KS BA vo veci *Micronix/Protimonopolný úrad SR*, sp.zn. 2S/92/2020-156 z 30.9.2020,

486. V prípade poskytovania krycej ponuky muselo dochádzať aj k diskusiám o predkladanej ponuke do konkrétnej súťaže v záujme dosiahnutia koordinácie spoločného postupu. Výmena informácií nie je neobvyklým prejavom podnikateľov a jej najbežnejším cieľom je zefektívnenie trhu, úspora nákladov alebo vyrovnanie sa s nestabilným dopytom. Pokiaľ sa však jedná o výmenu informácií, ktorá podnikateľom umožní, aby boli informovaní o trhových stratégiách svojich konkurentov, takáto výmena informácií o trhu, okrem toho, že sama o sebe nie je v poriadku, môže tiež mať za následok obmedzenie hospodárskej súťaže.⁷⁷
487. Zákonodarca osobitne definuje ako jeden zo zakázaných typov správania, ak podnikatelia vzájomne na seba vplyvajú a koordinujú svoje správanie v procese verejného obstarávania. Kolúziívne správanie vo verejnom obstarávaní (tzv. *bid rigging*) obsahujúce prvky priameho alebo nepriameho určenia cien a rozdelenia trhu patrí medzi tzv. ťažké kartely, ktoré priamo obmedzujú hospodársku súťaž, a preto sa zaraďuje k protisúťažným deliktom s najvyššou mierou závažnosti.⁷⁸
488. V prípade kolúzie vo verejnom obstarávaní, ktorá predstavuje špeciálny typ cieľových kartelových dohôd nie je preto ani potrebné špeciálne preukazovať, či dohoda vo verejnom obstarávaní je alebo nie je cieľovou dohodou. Takéto dohody sú schopné už svojou samotnou podstatou narušiť hospodársku súťaž, a to bez ohľadu na ich dopady na trh. Ich dopad preto nie je potrebné osobitne preukazovať.
489. Úrad preukázal, že účastníci konania postupovali pri predkladaní ponúk v 1. kole obstarávania koordinovane a vo vzájomnej spolupráci s cieľom spoločným postupom vylúčiť z postupu do 2. kola akýchkoľvek ďalších uchádzačov (svojich konkurentov), a tým zabezpečiť víťazstvo vopred vybranému uchádzačovi (účastníkovi dohody). Obmedzenie súťaže v 1. kole a jej úplné vylúčenie v 2. kole súťaže o zákazku bolo cieľom, ktorý sa účastníci konania snažili naplniť úradom popísaným spôsobom.
490. Posudzované protisúťažné správanie patrí medzi cieľové horizontálne dohody, pri ktorých má byť podľa bodu 17. Metodického pokynu ukladané percento za závažnosť v hornej polovici rozpätia, teda 15 – 30 %. Rovnaké posúdenie vyplýva aj z aktuálnej judikatúry, podľa ktorej horizontálne kartely v oblasti cien alebo dohody, ktorých cieľom je najmä rozdelenie zákazníkov alebo rozdelenie trhu, sa na základe svojej povahy kvalifikujú ako veľmi závažné porušenia, a to bez ohľadu na ich zemepisný rozsah alebo dopad na trh.
491. Pokiaľ ide o posúdenie kritéria skutočného dopadu na trh, ktoré požadujú vyhodnotiť niektorí účastníci konania, je potrebné uviesť, že za protisúťažné nemožno považovať iba také správanie, ktorého negatívne účinky, resp. dopady je možné presne kvantifikovať. Skutočný dopad je iba jeden z posudzovaných

bod 76.

⁷⁷ Rozsudok KS BA vo veci *Micronix/Protimonopolný úrad SR*, sp.zn. 2S/92/2020-156 z 30.9.2020, bod 82.

⁷⁸ Rozsudok KS BA vo veci *Micronix/Protimonopolný úrad SR*, sp.zn. 2S/92/2020-156 z 30.9.2020, bod 83.

faktorov, ktorý úrad zvažuje, pričom zákon ustanovuje iba povinnosť jeho zhodnotenia, čo znamená, že tento faktor, faktor skutočného dopadu na trh, úrad vyhodnotí spolu s ďalšími faktormi a na základe ich kumulatívneho posúdenia určí výšku pokuty. Pre samotný zákaz dohody, výsledkom ktorej je určovanie cien, delenie trhu a zákazníkov, resp. koordinácia v tendri, nie je podstatné, či podnikatelia v konečnom dôsledku boli úspešní v dosiahnutí zamýšľaného cieľa, aké reálne zisky, resp. majetkový prospech z dohody účastníci získali, resp. v akom rozsahu presne ich praktika trh poškodila. Rada úradu netvrdí, že nijaké meranie poškodenia trhu nie je možné, avšak je obtiažne a najmä s ohľadom na ustálenú judikatúru nadbytočné.

492. Už v rozhodnutí Súdu prvej inštancie T- 329/01 vo veci *Archer Daniels Midland Co. v. Komisia* zo dňa 27.9.2006 Súd prvého stupňa konštatoval, že skutočný dopad je dostatočne demonštrovaný, ak je Európska komisia schopná poskytnúť špecificky hodnoverný dôkaz indikujúci, že protisúťažné správanie malo dopad na trh. Súd pripustil, že v každom prípade nie je možné kvantifikovať dopady protisúťažného správania na trh.
493. V rozhodnutí *Michelin* T-203/01 zo dňa 30.9.2003 Súd prvého stupňa tiež uviedol, že účinok protisúťažného konania, na ktorý sa odvoláva judikatúra (napr. prípad vo veci 85/76 *Hoffmann-La Roche*) sa nemusí nevyhnutne viazať na skutočný dopad.
494. V rozsudku Všeobecného súdu vo veci GIS kartelu v spojených prípadoch T-122/07 až T-124/07 z 3.3. 2011 v bodoch 75 a 76 súd uvádza, že cit. „Po prvé je potrebné pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry zo znenia článku 81 ods. 1 ES vyplýva, že dohody medzi podnikmi sú zakázané, ak majú protisúťažný cieľ, a to bez ohľadu na ich účinok (rozsudky Súdneho dvora z 8. júla 1999, *Komisija/Anic Participazioni*, C 49/92 P, Zb. s. I 4125, bod 123, a Súdu prvého stupňa z 8. júla 2004, *JFE Engineering/Komisija*, T 67/00, T 68/00, T 71/00 a T 78/00, Zb. s. II 2501, bod 181). V dôsledku toho sa v prípade, že je preukázaný protisúťažný predmet vytýkaných správaní, nevyžaduje, aby došlo k skutočným protisúťažným účinkom (pozri rozsudok Súdu prvého stupňa zo 6. júla 2000, *Volkswagen/Komisija*, T 62/98, Zb. s. II 2707, bod 178 a tam citovanú judikatúru). V prejednávanej veci Komisia vychádzala predovšetkým z protisúťažného predmetu dohôd a zosúladených postupov uvedených v článku 1 napadnutého rozhodnutia. Najskôr v odôvodneniach č. 303 a 304 napadnutého rozhodnutia konštatovala, že predmetom všetkých dohôd a/alebo opísaných zosúladených postupov bolo obmedzenie hospodárskej súťaže v zmysle článku 81 ES a článku 53 Dohody o EHP a že za týchto okolností bolo na účely uplatnenia uvedených ustanovení zbytočné zohľadňovať konkrétne účinky dohody, a to predtým, než sa v odôvodnení č. 308 pripomenulo, že vykonanie dohody opísaného druhu už na základe svojej povahy spôsobuje vážne skreslenie hospodárskej súťaže. Rovnako, pokiaľ ide o stanovenie pokút, Komisia v odôvodnení č. 477 napadnutého rozhodnutia výslovne tvrdila, že pri stanovovaní závažnosti porušenia nevychádzala len z jeho konkrétneho dopadu.“
495. Podľa judikatúry súdov teda nie je nevyhnutné kvantifikovať detailne dopady protisúťažného správania na trh, a to aj vzhľadom na skutočnosť, že môže existovať množstvo ďalších vonkajších faktorov, ktoré môžu simultánne

ovplyvňovať napr. ceny alebo vstupy, čím sa stáva extrémne náročným urobiť záver o presnom vplyve všetkých možných faktorov na situáciu na trhu.

496. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad správne zohľadnil pri určení konkrétnej výšky pokuty typovú, ako aj konkrétnu závažnosť protisúťažného konania účastníkov. Prvostupňový orgán zohľadnil, že všetci účastníci dohody sa dopustili typovo rovnakého správneho deliktu, a pri posudzovaní závažnosti porušenia vychádzal u všetkých účastníkov konania z rovnakých skutočností a preto závažnosť vymedzil pre všetkých účastníkov konania spoločne. Frekvencia účasti, ako aj úspešnosť jednotlivých účastníkov konania v prešetrovaných obstarávaníach, nemôže znižovať závažnosť porušenia, keďže závažnosť sa v zmysle zákona stanovuje na základe povahy porušenia (typu uzatvorenej dohody) a prípadne sa môže zohľadniť aj veľkosť relevantného trhu a dopad na trh. Podľa Rady úradu je relevantné faktor odlišného rozsahu účasti na dohode zohľadniť v rámci poľahčujúcich a priťažujúcich okolností, ku ktorým sa vyjadruje v príslušnej časti ukladania pokuty. Takýto postup je podľa Rady úradu v súlade s judikatúrou európskych súdov a rozhodovacou praxou Komisie.
497. V súvislosti s požiadavkou účastníka konania PMB Slovakia, ktorý poukázal na rozhodovaciu prax Súdneho dvora, v zmysle ktorej závažnosť porušenia musí byť predmetom individuálneho posúdenia, ktoré zohľadní viaceré kritériá, ako sú najmä osobitné okolnosti veci, jej kontext a odstrašujúci účinok pokút (rozsudky Súdneho dvora *Musique Diffusion française a i./Komisia*, bod 106, a zo 17. júla 1997, *Ferriere Nord/Komisia*, C-219/95 P, Zb. s. I-4411, bod 33 a tam citovaná judikatúra; rozsudok Súdu prvého stupňa z 18. júla 2005, *Scandinavian Airlines System/Komisia*, T-241/01, Zb. s. II-2917, bod 83 a nasl.). Rada úradu uvádza, že má za to, že prvostupňové rozhodnutie v tomto správnom konaní je plne v súlade s rozhodovacou praxou⁷⁹, na ktorú poukázal aj účastník konania.
498. Účastník konania v tejto súvislosti poukázal aj na to, že Súdny dvor rozhodol, že skutočnosť, že podnik sa nezúčastnil na všetkých zložkách tvoriacich kartel alebo zohrával menšiu úlohu v rámci aspektov, na ktorých sa zúčastňoval, sa musí zohľadniť pri posudzovaní závažnosti porušenia a prípadne pri stanovení pokuty (rozsudok *Komisia/Anic Partecipazioni*, bod 90, a rozsudok *Bolloré a i./Komisia*, bod 429 a tam citovaná judikatúra).
499. K uvedenému Rada úradu považuje za potrebné opätovne zdôrazniť, že v tomto správnom konaní prvostupňový orgán preukázal jeden trvajúci správny delikt, na ktorého všetkých aspektoch sa zúčastnili všetci účastníci konania, rozdiel medzi nimi je iba v počte preukázaných verejných obstarávaní, resp. subdodávok, ktoré boli súčasťou protisúťažného správania. Tento faktor je však zohľadnený v súlade s rozhodovacou praxou Komisie a európskych súdov v inej časti pokuty (poľahčujúce a priťažujúce okolnosti). Vzhľadom na uvedené nie je relevantné

⁷⁹ Vid' napr. *Musique Diffusion française a i./Komisia*, bod 106 „Z toho vyplýva, že pri posudzovaní závažnosti porušenia na účely stanovenia výšky pokuty musí komisia zohľadniť nielen konkrétne okolnosti prípadu, ale aj kontext, v ktorom k porušeniu došlo, a musí zabezpečiť, aby jej zásah mal potrebný odstrašujúci účinok, najmä pokiaľ ide o tie druhy porušenia, ktoré sú zvlášť škodlivé pre dosiahnutie cieľov Spoločenstva“, *Ferriere Nord/Komisia*, C-219/95 P, Zb. s. I-4411, bod 33 „Závažnosť porušenia musí byť určená na základe mnohých faktorov, ako sú konkrétne okolnosti prípadu, jeho kontext a odradzujúci účinok pokút, navyše nebol vypracovaný nijaký záväzný alebo vyčerpávajúci zoznam kritérií, ktoré je potrebné uplatniť.“

poukazovať na rozsudky, v ktorých bola zohľadnená skutočnosť, že sa podnikateľ nezúčastnil všetkých aspektov schémy, alebo jeho úloha bola na niektorých aspektoch minoritná.

500. Účastník konania taktiež poukázal na to, že Komisia vo svojej rozhodovacej praxi už nevyhnutne neuplatňuje jednotnú sadzbu na všetkých účastníkov porušenia. V rozhodnutiach (zhrnutie rozhodnutia Komisie) „*Candle waxes*“, K(2008) 5476 z 1. októbra 2008 týkajúcom sa konania podľa článku 81 Zmluvy o založení ES a článku 53 Dohody o EHP (vec COMP/C.39.181 – *Sviečkové vosky*) a „*Heat stabilisers*“, K(2009) 8682 z 11. novembra 2009 týkajúcom sa konania podľa článku 81 Zmluvy o založení ES a článku 53 Dohody o EHP (vec COMP/38.589 – *Tepelné stabilizátory*), Komisia uplatnila rozdielne sadzby na rozdielne kategórie účastníkov predmetných kartelov v závislosti od relatívnej závažnosti ich účasti na porušení, konkrétne v tejto poslednej uvedenej veci bola stanovená vyššia sadzba pre podniky, ktoré sa podieľali nielen na určovaní cien, ale aj na rozdeľovaní zákazníkov a/alebo trhu. Rada úradu má za to, že účastník konania k svojim záverom, ktoré však z odborného hľadiska nie sú správne, dospel z dôvodu, že neodlišuje určenie závažnosti vzhľadom na rozsah protisúťažného správania z pohľadu vecnej podstaty a z pohľadu frekvencie účasti. Kým v prípadoch „*Candle waxes*“ a „*Heat stabilisers*“ Komisia určila rozdielne sadzby závažnosti vzhľadom na to, že niektorí z kartelistov spáchali kartel aj na inom trhu, ako ostatní, alebo iným prejavom (teda napr. navyše bolo aj rozdeľovanie zákazníkov), teda sa títo odlišovali v samotnej podstate praktiky, Rada úradu zdôrazňuje, že v tomto konaní bolo preukázané, že všetci účastníci konania sa dopustili spáchania tej istej praktiky na rovnakých trhoch a odlišnosť skutočne spočívala len vo frekvencii ich účasti na nej. Uvedené však nie je možné zohľadniť v určovaní miery závažnosti, ale v inom štádiu ukladania pokuty tak, ako to vyplýva ďalej z postupu Rady úradu.
501. Vo vzťahu k požiadavke účastníka konania PMB Slovakia zohľadniť judikatúru Súdneho dvora, z ktorej vyplýva, že pokiaľ sa porušenia dopustili viaceré podniky, je potrebné preskúmať relatívnu závažnosť účasti každého z nich na porušení (rozsudky Súdneho dvora zo 16. decembra 1975, *Suiker Unie* a i./Komisia, 40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, Zb. s. 1663, bod 623, a *Komisia/Anic Participazioni*, bod 150) ako dôsledku zásady individualizácie trestov a sankcií, podľa ktorej môže byť podnik sankcionovaný iba za skutky, ktoré sa mu osobne vytýkajú, a ktorá je uplatniteľná v každom správnom konaní, ktoré môže viesť k sankciám podľa pravidiel Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže (rozsudok Súdu prvého stupňa z 29. novembra 2005, *Union Pigments/Komisia*, T-62/02, Zb. s. II-5057, bod 119) Rada úradu uvádza, že má za to, že aj tento aspekt pokuty ukladané úradom v tomto správnom konaní spĺňajú. Z prvostupňového rozhodnutia jasne vyplýva, že pokuty boli ukladané a vyčísl'ované individuálne, vo vzťahu ku každému účastníkovi konania. Hoci Rada úradu neidentifikovala možnosť odlíšiť percento závažnosti u jednotlivých účastníkov konania vzhľadom na rovnaký rozsah deliktu z pohľadu jeho vecného vymedzenia, je zrejmé, že u každého účastníka bol zohľadnený jemu vlastný relevantný obrat, dĺžka porušenia zákona, poľahčujúce, ako aj priťažujúce okolnosti.
502. Rada úradu pri stanovení závažnosti porušenia zákona prihliadala rovnako ako

prvostupňový orgán aj na skutočnosť, že účastníci dohody postupovali na základe cielenej taktiky, ktorou využili skutočnosť, že systém elektronického trhoviska mal niektoré nedostatky, ktoré účelovo zneužívali. Ich koordinovaným postupom dochádzalo k obmedzovaniu súťaže tým, že zo súťaže boli vylučovaní podnikatelia, ktorí by za súťažných podmienok mohli obstarávateľom ponúknuť výhodnejšiu cenu za obstarávaný tovar. Pokiaľ sa účastníkom dohody podarilo v 1.kole úspešne vylúčiť konkurentov, v 2. kole už súťaž neprebíhala. V prípade verejných obstarávaní bývajú dotknutými subjektami predovšetkým obstarávatelia, ktorí v dôsledku realizácie dohody obmedzujúcej súťaž uchádzačmi vo verejných obstarávaníach nakupujú tovary drahšie, ako by ich mohli získať za konkurenčných podmienok. V tomto správnom konaní išlo vo väčšine prípadov o obstarávanie zdravotníckeho vybavenia, zdravotníckeho nábytku a odevov, obuvi a textilných výrobkov určených pre zdravotnícke zariadenia. Takéto produkty využívané pri poskytovaní zdravotníckej starostlivosti pritom možno považovať za dôležité aj z hľadiska výkonu základných funkcií štátu, ktorou je zabezpečovanie zdravotnej starostlivosti, prostredníctvom prostriedkov vynakladaných z verejných zdrojov.

503. Rada úradu súhlasí s postupom prvostupňového orgánu, ktorý vzal pri posudzovaní závažnosti do úvahy, že v dôsledku existencie dohody nedošlo k monopolizácii trhu, nebol preukázaný zánik, či likvidácia ich konkurentov v dôsledku koordinácie postupu účastníkov dohody na daných trhoch, alebo k závažnému dopadu na trhy presahujúce hranice Slovenskej republiky, čo sú dôvody, ktoré by úradu umožňovali stanoviť percento za závažnosť v maximálnej možnej výške. Prvostupňový orgán sa preto pri určení koeficientu za závažnosť správne pohyboval na spodnej úrovni stanoveného rozpätia 15 - 30 %.
504. Na základe posúdenia všetkých vyššie uvedených skutočností Rada úradu zhodne určila koeficient za závažnosť na úrovni 18 % z relevantného obratu účastníkov konania.
505. Takúto výšku percenta za závažnosť nepovažuje Rada úradu za odklon od doterajšej praxe úradu, ktorú niektorí účastníci konania namietali, pri zohľadnení špecifik jednotlivých prípadov. Je pritom potrebné vychádzať aj z toho, ako už bolo uvedené, že sankcionovanie takýchto najzávažnejších porušení zákona sa sprísňuje s cieľom dosiahnuť odradenie aktérov od protisúťažného správania v budúcnosti. Vymedzenie základu pokuty následne ovplyvňuje aj ďalšie nadväzujúce kroky v rámci metodiky ukladania pokuty. V prípade, že úrad spresní základ určenia pokuty, je potrebné revidovať ďalšie kroky v záujme uloženia pokuty naplňajúcej jej základné funkcie, nakoľko len takáto pokuta umožňuje vymáhať súťažné pravidlá dostatočne účinne a efektívne. V záujme uvedeného úrad pri ukladaní pokuty posudzuje kritériá relevantného obratu a závažnosti vo vzájomných súvislostiach s cieľom dosiahnuť dostatočný odstrašujúci účinok pokuty.
506. Rada úradu vo vzťahu k určení konkrétneho percenta za závažnosť uvádza, že zákon nestanovuje v akej výške má byť toto percento určené. Zákon v § 38 ods. 1 stanovuje hornú hranicu pre určenie konečnej výšky pokuty na maximálne 10 % z obratu podnikateľa za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie. V odseku 3 následne zákon stanovuje, aké skutočnosti má úrad brať do úvahy pri určení

výšky pokuty. Určenie konečnej sumy pokuty je teda pri zohľadnení zákonom stanovených kritérií, ponechané na voľnú úvahu úradu. Aby bola zabezpečená zásada rovnakého zaobchádzania, úrad v Metodickom pokyne bližšie popísal postup a pravidlá, ktorými sa má úrad pri výpočte pokuty riadiť.

507. Prípadné rozdiely v určení percentuálnej závažnosti nemôžu predstavovať odklon od predchádzajúcej praxe úradu v zmysle ukladania pokút, nakoľko za účinnosti predchádzajúceho a rovnako aj v súčasnosti účinného Metodického pokynu je úrad povinný ukladať pokuty v medziach zákonných kritérií, ktoré sa nemenili a tieto dostatočne účinne a efektívne aplikovať. Zmena v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou je len v spresnení vnútorných metodických postupov úradu, ktoré by ale vo výsledku mali rovnako ako pred zmenou viesť k zákonne uloženej, spravodlivej, účinnej a efektívnej pokute. Podľa Rady úradu preto nie je relevantné porovnávať a samostatne argumentovať vo vzťahu k predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu vzťahujúcej sa k jednotlivým samostatným krokom pri určovaní pokuty (relevantný obrat, závažnosť, dĺžka porušenia, poľahčujúce, priťažujúce okolnosti). Rada úradu sa preto zamerala na preskúmanie správnosti postupu a dostatočnosti jeho odôvodnenia v rámci ukladania pokuty a jeho jednotlivých krokov ako celku založenému na uplatnení nového Metodického pokynu. K správnosti aplikovania nového znenia Metodického pokynu a určenia základu pokuty sa vyjadrila už v predchádzajúcom texte.
508. Rozdiely v určení percentuálnej výšky za závažnosť, na ktoré poukazujú účastníci konania, nie sú odklonom od predchádzajúcej praxe úradu. Za taký postup úradu by bolo možné považovať situáciu, ak úrad má v určitom období nejakú dlhodobú prax a od tej sa v rámci daného obdobia v určitom prípade neodôvodnene odkloní, pričom postupuje odlišne v obdobných prípadoch. To však nie je tento prípad. Aplikácia sankčnej politiky úradu podliehala v rámci posledných rokov určitému vývoju, ktorý bol ovplyvnený viacerými faktormi, medzi ktoré patrila potreba sprísnenia sankčnej politiky aj v záujme zvýšenia efektívnosti takého nástroja ako je program zhovievavosti (leniency), pribúdanie prípadov s komunitárnym prvkom, snaha o priblíženie sa aj v tejto oblasti európskemu štandardu, lepšia adresnosť ukladáných pokút, účinná a efektívna aplikácia súťažných pravidiel. Aj uvedené viedlo k prijatiu nového Metodického pokynu úradu v tejto oblasti. Tento bol prijatý v rámci zákonných kritérií ukladania pokút, ktoré sa, ako bolo uvedené, zásadne nemenili. Ako predchádzajúci, tak v súčasnosti účinný Metodický pokyn má rovnaký cieľ, ktorým je uloženie spravodlivej a primeranej pokuty, ktorá plní svoj účel. Čo je však podstatné, postup úradu bol aj prostredníctvom zverejneného Metodického pokynu predvídateľný a transparentný. Úrad pritom transparentne deklaruje aj percentuálne rozpätie, ktoré ukladá aj v prípade kartelov. Rovnakú prax má Komisia, ktorá dokumenty upravujúce jej sankčnú politiku pravidelne prehodnocuje. Samotná zmena alebo spresnenie postupov nie je ničím vylúčené ani výnimočné, má byť však robené transparentne a v zákonných medziach, čo v prípade úradu je naplnené. Jednotlivé rozhodnutia úradu je preto potrebné vždy zasadiť aj do kontextu aplikácie celkovej sankčnej politiky aplikovanej úradom v určitom období a nie je vhodné a ani správne porovnávať a samostatne argumentovať vo vzťahu k predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu vzťahujúcej sa iba k jednotlivým samostatným krokom pri určovaní pokuty, napr.

k určovaniu závažnosti.

509. Odhliadnuc od toho, že je potrebné nazerať na ukladanie pokút v zmysle vyššie uvedeného, účastníci konania v rámci svojich námietok poukazujú na prípady, ktoré nie sú navyše ani podobné veci posudzovanej v tomto konaní.
510. Pokiaľ ide o prípad vo veci *A.EN.INVENT AG a spol.*, č. 2015/KH/1/1/016, v danom prípade išlo o koordinovanie postupu troch podnikateľov so zámerom zosúladiť cenové ponuky a účasť v súvislosti s verejnou obchodnou súťažou a teda nejednalo sa o schému uplatňovanú v priebehu niekoľkých rokov v desiatkach verejných obstarávaní ako je tomu v tomto posudzovanom prípade. Rovnako ďalšie prípady *MEDMES, spol. s r. o.*, č. 2016/KH/R/2/034, *PKB invest, s. r. o. a spol.*, č. 2016/KH/R/2/033 a prípad vo veci účastníka konania *VUMAT SK, s. r. o. a spol.*, č. 2015/KH/1/1/015, sa netýkali protisúťažnej schémy, ale koordinácie iba v jednom verejnom obstarávaní. Ako v prípade *A.EN.INVENT AG a spol.* tak v prípade *VUMAT SK, s. ro.* relevantný obrat predstavoval aj celkový obrat.
511. Hoci teda aj v daných posudzovaných prípadoch išlo svojou povahou o závažné porušenie vo forme kartelovej dohody vo verejnom obstarávaní, rozsah daného porušenia a teda aj jeho predpokladané dopady sú nepochybne iné, ak sa jedná o dohodu obmedzujúcu súťaž týkajúcu sa jedného verejného obstarávania a v prípade praktiky predstavujúcej schému aplikovanú počas niekoľkých rokov a tým ovplyvňujúcu desiatky verejných obstarávaní a súťaží. Porovnanie uloženia pokuty vo výške 18% za závažnosť v prípade koordinácie v rámci posudzovanej schémy s uložením pokuty za závažnosť vo výške 5% za jediné verejné obstarávanie, preto rozhodne nemožno považovať za vhodné a majúce dostatočnú výpovednú hodnotu. Výška uloženej pokuty v tomto konaní pritom stále zostáva na dolnej hranici možného rozpätia pre takýto typ porušenia.
512. Za konzistentnú považuje Rada úradu prax úradu aj v kontexte ďalších dvoch prípadov, na ktoré poukázali účastníci konania, a to vo veci podnikateľov *AQUA PRO* a *DOXX MINERÁL*⁸⁰ a *GEODIS SLOVAKIA* a *EUROSENSE*⁸¹.
513. V prípade *GEODIS SLOVAKIA* a *EUROSENSE* stanovil úrad pokutu za závažnosť vo výške 20%, pričom zohľadnil práve závažnosť posudzovaného konania a rozdiel v dvoch percentách aj s ohľadom na špecifické okolnosti daného prípadu v porovnaní s prípadom posudzovaným v tomto konaní považuje Rada úradu za primeraný. Celková vyčíslená pokuta však v prípade daných účastníkov prekročovala maximálnu hranicu 10% z celkového obratu, a preto bola upravená výška pokuty u daných účastníkov konania na hodnotu 10% z celkového obratu, čo je maximálna možná výška, ktorú úrad mohol a môže podľa zákona uložiť.
514. Pokiaľ ide o prípad účastníkov konania *AQUA PRO* a *DOXX MINERÁL* úrad napriek posúdeniu konania ako veľmi závažného uložil pokutu za závažnosť vo výške 10% z relevantného obratu. Napriek tomu, že predmetom posúdenia bola veľmi závažná forma protisúťažného správania, ako bolo úradom konštatované,

⁸⁰ Pozri Rozhodnutie Rady úradu č. 6/2017/ODK-2017/KH/R/2/035 zo dňa 27.11.2017.

⁸¹ Pozri Rozhodnutie Rady úradu č. 16/2017/OKT-2017/KH/1/1/023 zo dňa 23.8. 2017.

tento zohľadnil okolnosti daného prípadu a pokuta je nižšia s ohľadom na to, že nešlo o implementované konanie v praxi. Vzhľadom na uvedené Rada úradu rozdiel v ukladanej pokute nepovažuje ani v tomto prípade za neprimeraný a v neprospech účastníkov tohto správneho konania.

515. Rada úradu postup úradu nepovažuje za odklon od doterajšej praxe, pričom, ako už bolo uvedené, pre lepšiu vynutiteľnosť súťažných pravidiel nie je vylúčené aj sprísnenie sankčnej politiky. Oblasť verejného obstarávania je dlhodobou úradom monitorovaná a skúsenosti úradu potvrdzujú, že aj značne kartelizovaná.
516. Rada úradu zdôrazňuje, že úrad aj v minulosti ukladal pokuty v závislosti od konkrétnych okolností prípadu, nemožno preto hovoriť o odklone od precedenčnej zásady. Účastníci konania taktiež nemôžu mať racionálne a legitímne očakávania, že pri najťažších porušeníach zákona, akými horizontálne kartelové dohody vo verejných obstarávaniach nepochybne sú, im bude percento za závažnosť stanovené na spodnej hranici rozpätia. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje aj na rozhodovaciu prax európskych súdov, v zmysle ktorej skutočnosť, že Komisia uložila pokuty v určitej výške za určité druhy porušenia neznamená, že nie je oprávnená zvýšiť pokutu tak, aby zabezpečila dôsledné presadzovanie politiky hospodárskej súťaže Spoločenstva.⁸² Európsky súdny dvor už v minulosti stanovil, že podniky, ktoré sú účastníkmi správneho konania, v rámci ktorého možno uložiť pokuty, nemôžu nadobudnúť legitímne očakávania, že Komisia neprekročí úroveň predtým uložených pokút, takže legitímne očakávanie sa nemôže zakladať na metóde kalkulácie pokút.⁸³ Zistilo sa to tiež v prípade podnikov, ktoré sa rozhodli spolupracovať s Komisiou podľa oznámenia o zhovievavosti z roku 1996 pred prijatím novej metódy výpočtu pokút, ktorá bola následne použitá na výpočet pokút uložených uvedeným podnikom.⁸⁴ Súd rovnako rozhodol za rovnakých okolností, že Komisia neporušila zásadu zákazu retroaktivity.⁸⁵
517. Rada úradu poukazuje v tejto súvislosti aj na prax Komisie, ktorá percento za závažnosť protisúťažného konania stanovuje tiež v rámci škály 0-30% z relevantného obratu. Pri karteloch však začína až od hranice 15%, pričom následne túto sumu zvyšuje podľa okolností prípadu (zohľadňujúc faktory ako

⁸² „It is also settled case law that the fact that the Commission imposed fines of a certain level for certain types of infringement does not mean that it is prevented from raising that level to ensure the implementation of Community competition policy.“ – Spojené prípady 100/80 až 103/80 *Musique Diffusion française a ďalší v Komisia* [1983] ECR 1825, ods. 109 a spojené prípady C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P *Dansk Rørindustri and others v Komisia* [2005] ECR I-5428, body 169 a 172.

⁸³ „The European Court of Justice previously established that undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation of the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed, so that a legitimate expectation cannot be based on a method of calculating fines.“ – COMP/C.39181 – *Sviečkové vosky*, bod 625.

⁸⁴ „This was also found to be the case for undertakings which had decided to co-operate with the Commission under the 1996 Leniency Notice before a new method of calculating fines was adopted, a method which was subsequently applied to calculate the fines imposed on the said undertakings.“ – Spojené prípady C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, *Dansk Rørindustri a ďalší v Komisia*ove, body 159, 162, 163 a 173.

⁸⁵ „The Court also held in the same circumstances that the Commission had not breached the principle of non-retroactivity“ – Spojené prípady C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, *Dansk Rørindustri a ďalší v Komisia*, najmä body 213 až 232.

veľkosť dotknutého trhu, trhové podiely zúčastnených podnikateľov, formy dohody a pod.). Pri karteloch aplikuje tiež tzv. poplatok za vstup do kartelu („*entry fee*“) ako druhú zložku základnej sumy pokuty. Komisia nezávisle od trvania účasti podnikateľa na porušení zákona zahrnie do základnej výšky pokuty sumu pohybujúcu sa medzi 15% - 25% z relevantného obratu s cieľom odradiť podnikateľov od budúcej účasti na horizontálnych dohodách o stanovení cien, rozdelení trhu a obmedzení produkcie (teda na tzv. ťažkých karteloch).

518. V súvislosti s námietkou účastníka konania PMB Slovakia, že verejné obstarávania podlimitných zákaziek s využitím elektronického trhoviska sú zanedbateľnou súčasťou jeho podnikateľskej činnosti, a preto u neho neexistuje žiaden motív na kolúzne správanie Rada úradu uvádza, že je z jej pohľadu nepochybné, že ak sa podnikateľ reálne uchádza o nejakú zákazku, má prirodzene záujem túto získať, čo predstavuje jeho motiváciu na ekonomický zisk aj v prípade, že ide iba o časť jeho podnikateľskej činnosti, keďže aj v súvislosti s tou nemožno očakávať, že v nej chce byť neúspešný, či stratový. Motiváciou môže byť aj snaha pomôcť na žiadosť inému podnikateľovi, ktorý sa snaží neférovou zákazku získať, často práve predložením krycej ponuky. Motiváciou môže byť súčasne snaha získať protislužbu do budúcnosti prípadne iná motivácia, ktorá však nie je rozhodujúca v prípade, že jeho správanie prispelo k realizácii protiprávneho konania.
519. K námietke, že v prípade účastníkom konania PMB Slovakia uvádzaných zákaziek nedošlo k vylúčeniu podnikateľov, ktorí by za súťažných podmienok mohli obstarávateľom ponúknuť výhodnejšiu cenu za obstarávaný tovar je potrebné uviesť, že v prípade dohody obmedzujúcej súťaž je dôsledkom to, že stanovená cena nie je výsledkom konkurenčného tlaku, a teda je nad úrovňou ceny generovanej férovou súťažou. Môže pritom dôjsť k vylúčeniu hráča, ktorý nie je súčasťou dohody alebo dochádza ku koordinácii medzi všetkými účastníkmi. To samotné však nemá vplyv na posúdenie závažnosti daného správania.

Dĺžka porušovania

520. Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu pri určovaní dĺžky porušenia účastníkov konania a následný výpočet pokuty po zohľadnení tohto faktora.
521. Rada úradu zistila, že prvostupňový orgán pristúpil k individualizácii začiatku a ukončenia porušovania vo vzťahu ku každému z účastníkov konania. Podstatným aspektom v tomto procese je povaha dohody obmedzujúcej súťaž. Ako už bolo uvedené, úrad dospel k záveru, že v prípade posudzovaných obstarávaní realizovaných prostredníctvom systému EKS išlo o jednu dohodu uzatvorenú účastníkmi konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia, t.j. jedno trvajúce porušenie zákona, a úrad preto dohodu posudzoval ako jeden celok. Rada úradu považuje za dostatočne odôvodnené, že účastníci konania sa dopustili jednej dohody, ktorá pretrvávala v období ako ho vymedzil v prvostupňovom rozhodnutí úrad. Úrad svoje závery v tomto smere dostatočne odôvodnil.
522. Úrad správne v bodoch 240 a nasl. prvostupňového rozhodnutia posúdil, že

viaceré skutky, ktoré sú súčasťou posudzovanej dohody sú prepojené rovnakým ekonomickým cieľom. Ako vyplynulo z analýzy vykonanej úradom, správanie účastníkov konania vykazuje znaky systematického a nie náhodného postupu, čo je podporené aj pripájaním sa z rovnakej IP adresy, opakovaná účasť v trojiciach, na rovnakých trhoch víťazili pravidelne tí istí podnikatelia a ďalšie skutočnosti opísané úradom v rozhodnutí. V prípade účastníkov konania sa systematicky opakovali kombinácie znakov protisúťažného správania, ktoré mali zabezpečiť cieľ v podobe dosiahnutia predvídaného výsledku v súťaži. Navyše z vykonaného dokazovania vyplynulo, že svoje postupy aktéri dohody prispôbili vyvíjajúcemu sa systému EKS.

523. Prvostupňový orgán vymedzil v bodoch 469-473 prvostupňového rozhodnutia začiatok porušovania u každého účastníka konania⁸⁶ v závislosti od preukázaného skutkového stavu. Po preskúmaní spisového materiálu sa Rada úradu stotožňuje s vymedzením začiatku porušovania vo vzťahu ku každému účastníkovi konania s prvostupňovým orgánom.
524. Následne prvostupňový orgán vyhodnocoval ukončenie porušovania účastníkmi konania a dospel k záveru o tom, že vzhľadom na preukázanú účasť všetkých účastníkov konania na jednom správnom delikte a skutočnosť, že nebolo preukázané ukončenie účasti na porušovaní dištancovaním sa od skutku a prejavom nesúhlasu s dohodou, ukončenie klasifikuje zhodne vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania na základe posledného dôkazu o existencii dohody.
525. Posledným dôkazom, ktorý úrad vo vzťahu k účastníkom konania zohľadnil je Záznam o priebehu e-aukcie k zákazke č. Z201718123,⁸⁷ z ktorého vyplýva, že uchádzači ČECHOVO a JANOLI sa do e-aukcie prihlasovali z rovnakej IP adresy. Predmetom uvedenej zákazky bolo dodanie pooperačných patientskych košiel, operačných rúšok a operačných plachiet, teda tovaru, s ktorým obchodoval podnikateľ JANOLI, no ktorý nepatril do predmetu podnikania podnikateľa ČECHOVO. V zákazke zvíťazil podnikateľ JANOLI, kým podnikateľ ČECHOVO v e-aukcii neznižoval ponuku a ani sa neprihlásil, aby videl, či sa súťaží. Na základe uvedeného úrad za deň ukončenia porušovania stanovil dátum 28.4.2017, kedy sa uskutočnila e-aukcia k uvedenej zákazke. Takýto postup bol predmetom námietok viacerých účastníkov konania.
526. Rada úradu zistila, že závery prvostupňového orgánu o ukončení protisúťažného konania majú oporu v spisovom materiáli. Rada úradu sa taktiež stotožňuje s tým, že ukončenie porušovania je potrebné vzhľadom na spôsob spáchania deliktu posúdiť vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania rovnako, a to i napriek tomu, že uvedeného obstarávania sa zúčastnili len dvaja zo šiestich účastníkov dohody. Z pohľadu existencie dohody a v kontexte záverov úradu o posudzovanej dohode má Rada úradu za preukázané, že najneskôr v uvedený deň posudzovaná dohoda stále trvala a jej účastníkmi boli všetci účastníci konania. Kým pri začiatku porušovania úrad prihliada na prvý dôkaz, kedy sa tento podnikateľ preukázateľne do dohody zapojil a zohľadňuje tak, že podnikateľ

⁸⁶ V prípade ČECHOVO a JANOLI úrad identifikoval začiatok porušovania dňa 12.1.2015. V prípade MARINI úrad identifikoval začatie porušovania dňa 25. 6. 2015, u ARTRA dňa 27.10.2015 a v prípade JASTA a PMB Slovakia úrad identifikoval začiatok porušovania zhodne ku dňu 17.2.2016.

⁸⁷ Spis. č. 316.

nemusel byť súčasťou kartelovej dohody od jej začiatku, v prípade ukončenia porušovania je potrebné uplatniť odlišný postup založený na predpoklade, že dohoda stále trvá prinajmenšom do dátumu, kedy má úrad posledný dôkaz o jej existencii. Až do tohto dátumu nesú zodpovednosť za jej existenciu všetci účastníci dohody, pokiaľ nepreukážu, že k danému dňu už neboli súčasťou kartelovej dohody. Takýmto dôkazom býva preukázanie, že sa od dohody v určitom čase dištancovali, pričom z ich vyjadrení musí byť ostatným členom kartelovej dohody zrejmé, že tento podnikateľ s nimi už naďalej na dohode nespolupracuje. Z judikatúry tiež vyplýva, že oznámenie, ktorého cieľom je verejne sa dištancovať od protisúťažného postupu, musí byť vyjadrené pevne a jasne tak, aby ostatní účastníci kartelu dobre pochopili zámer dotknutého podniku.⁸⁸ V opačnom prípade je potrebné predpokladať, že podnikatelia sa na protisúťažnom konaní naďalej zúčastňujú.

527. V prípade tohto správneho konania, kde úrad preukázal schému fungovania dohody po dlhšiu dobu, preukázal koordinovaný postup konania vedený jednotným cieľom, v dôsledku čoho toto konanie podnikateľov posúdil ako trvajúci správny delikt. Vzhľadom na uvedené Rada úradu neakceptuje námietky účastníkov konania ARTRA a PMB Slovakia, ktorí požadujú zohľadniť ich účasť na dohode v závislosti od posledného dôkazu v podobe účasti týchto účastníkov na predkladaní protisúťažných ponúk. V súlade s vyššie uvedeným spôsob účasti týchto dvoch účastníkov na protisúťažnom konaní Rada úradu zohľadňuje v inej časti ukladania pokút v rámci poľahčujúcich a priťažujúcich okolností.
528. V súvislosti s určenou dĺžkou konania je teda podstatné to, že dôkazy o dohode ako takej existujú ku dňu ako to bolo určené úradom v prvostupňovom rozhodnutí. To, že sa ARTRA alebo PMB Slovakia posledného posudzovaného verejného obstarávania nezúčastnili neznamena, že už súčasťou celkovej dohody k uvedenému dňu neboli. Dôkazne bremeno je v tomto prípade na ich strane, aby hodnoverne preukázali, že sa od celkovej dohody verejne dištancovali už skôr, čo však počas konania nepreukázali. Z uvedeného dôvodu preto ani nedochádza k protirečeniu v záveroch Rady úradu, ako to namieta účastník ARTRA, keď Rada úradu tvrdí, že bol tento účastník súčasťou dohody ako takej až do dátumu určeného úradom hoci sa posledného verejného obstarávania, ktoré bolo úradom posudzované, nezúčastnil. Rada úradu už vo svojich predbežných záveroch vychádzala z toho, že nebolo jednoznačne preukázané, že jeho neúčasť na poslednom posudzovanom tendri bola tiež výsledkom koordinácie. To však nevylučuje jeho pokračovanie v účasti na dohode v zmysle už vyššie uvedeného.
529. Vzhľadom na uvedené Rada úradu považuje postup prvostupňového orgánu pri určení začiatku a dĺžky porušovania za správny. Rada úradu v súvislosti s dĺžkou porušovania konštatuje, že úrad v odôvodnení svojho rozhodnutia správne vymedzil začiatok a koniec porušovania voči jednotlivým účastníkom konania individuálne, čo sa premietlo aj do výšky uložených pokút jednotlivým účastníkom, avšak toto odôvodnenie nekorešponduje s výrokom prvostupňového rozhodnutia, v ktorom takéto individuálne vymedzenie začiatku a konca porušovania voči jednotlivým účastníkom konania nereflektuje. V tomto smere je

⁸⁸ Rozsudok Súdneho dvora, *Archer Daniels Midland/Komisija*, C-510/06 P.

potrebné tiež výrok rozhodnutia upraviť v súlade s vyššie uvedeným. Bližšie sa tomuto aspektu Rada úradu venuje v časti posúdenia výroku.

530. Rada úradu ďalej po analýze prepočtu dĺžky porušovania v procese ukladania pokuty zistila, že prvostupňový orgán nesprávne vyčíslil koeficient dĺžky porušovania, ktorého spôsob je stanovený v Metodickom pokyne. Vzhľadom na uvedené, výšku pokuty u všetkých účastníkov konania prepočítala pri zohľadnení tejto skutočnosti.
531. V súlade s uvedenými skutočnosťami, Rada úradu stanovila koeficient dĺžky porušovania voči jednotlivým účastníkom konania nasledovne:

Tabuľka č.2

Účastníci	Začiatok porušovania	Ukončenie porušovania	Dĺžka porušovania	Koeficient dĺžky porušovania
ARTRA	27.10.2015	28.04.2017	1 rok a 6 mesiacov	1,50
ČECHOVO	12.01.2015	28.04.2017	2 roky a 3 mesiace	2,25
JANOLI	12.01.2015	28.04.2017	2 roky a 3 mesiace	2,25
JASTA	17.02.2016	28.04.2017	1 rok a 2 mesiace	1,16
MARINI	25.06.2015	28.04.2017	1 rok a 10 mesiacov	1,83
PMB Slovakia	17.02.2016	28.04.2017	1 rok a 2 mesiace	1,16

Polahčujúce a priťažujúce okolnosti

532. Následne Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu vo vzťahu k zohľadneniu subjektívneho postavenia každého z účastníkov dohody vo vzťahu k porušovaniu zákona v rámci posúdenia polahčujúcich a priťažujúcich okolností. V rámci tohto kroku Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán prihliadala predovšetkým na individuálnu aktivitu jednotlivých podnikateľov v rámci uplatňovania a realizácie dohody a posúdila zohľadnenie podielu účasti jednotlivých podnikateľov v rámci posúdenia polahčujúcich a priťažujúcich okolností individuálne u každého z účastníkov konania (tabuľka č. 4).

Polahčujúce okolnosti

ARTRA a PMB Slovakia

533. Z námietok účastníka konania ARTRA, ako aj PMB Slovakia vyplynulo, že títo namietajú voči klasifikácii dohody obmedzujúcej súťaž v tomto správnom konaní ako celku, teda aby čiastkové (parciálne) dohody vo verejných obstarávaní, ku ktorým nebola preukázaná jedna spoločná vina, či spoločná spolupráca alebo spoločná realizácia, boli považované za jedno spoločné a trvajúce konanie vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania a žiadajú zohľadnenie ich z ich pohľadu limitovanej účasti na objeme verejných obstarávaní v období sankcionovanom úradom, ako aj prihliadanie iba na reálne preukázanú účasť týchto podnikateľov na jednotlivých obstarávaní. V tejto súvislosti bolo poukázané na postup

úradu v prípade *Danubiaservice*⁸⁹, kde účasť na verejných obstarávaníach kartelistov bola posudzovaná samostatne vo vzťahu ku každému obstarávaniu a nie ako celok. Tieto námietky sa premietli vo všetkých častiach ukladania pokuty, nakoľko majú vplyv na určenie relevantného obratu, závažnosť, dĺžku porušovania, poľahčujúce okolnosti.

534. Prvostupňový orgán sa vysporiadal s týmito námietkami a uviedol, že vzhľadom na povahu porušenia, ktorou je aj podávanie krycích ponúk, ktorých účelom bolo zabezpečenie víťazstva inému podnikateľovi z účastníkov kartelu, nie je možné rozsah účasti zohľadniť iným spôsobom, ako zohľadnením dĺžky trvania porušovania, ktorá bola individuálne preukázaná vo vzťahu ku každému z účastníkov konania.
535. Rada úradu sa stotožňuje s uvedenou argumentáciou prvostupňového orgánu týkajúcou sa zohľadnenia dĺžky porušovania, ako aj potreby zohľadnenia povahy správneho deliktu, ktorý spočíval aj v predkladaní krycích ponúk, a následnej nemožnosti zohľadniť počet víťazných ponúk.
536. Rada úradu nepovažuje za relevantné poukazovanie účastníkov na prípad *Danubiaservice*, nakoľko v predmetnom správnom konaní a rozhodnutí nebol úradom preukázaný postup účastníkov konania spočívajúci v uzatvorení jednej dohody obmedzujúcej súťaž, ktorej prejavom sú viaceré porušenia v podobe jednotlivých verejných obstarávaní. V tomto správnom konaní a preskúmanom rozhodnutí však má Rada úradu za to, že úrad preukázal protisúťažné správanie účastníkov konania na príslušných trhoch v úradom definovaných oblastiach podnikania, ktorých cieľom bolo správať sa tak, aby zúčastnení získali neoprávnenú výhodu v porovnaní s ich konkurentami, ako aj poškodení obstarávateľov, ktorí následkom protisúťažného správania účastníkov konania obstarali za vyššiu cenu, ako by to bolo v rámci férovej súťaže za celé obdobie definované úradom. Skutočnosť, že jednotliví účastníci sa zapájali v tomto období do kartelu účasťou/neúčasťou na predmetných obstarávaníach rôznou intenzitou prvostupňový orgán náležite zohľadnil v dĺžke porušovania, čo je rovnako odrazené aj v ich relevantnom obraťe.
537. V tejto súvislosti prvostupňový orgán v bode 439 prvostupňového rozhodnutia uviedol, že nepovažuje za odôvodnené pristupovať k spoločnostiam ARTRA a PMB Slovakia odlišne od ostatných účastníkov konania, nakoľko obidve tieto spoločnosti postupovali v prešetrovanom období v obstarávaníach v zhode s ostatnými účastníkmi konania a skutočnosť, že poskytovali krycie ponuky, či sa účelovo nezúčastňovali obstarávaní v prípade, keď už bola vytvorená trojica inými účastníkmi dohody, znamená, že aj v prípadoch, kedy v obstarávaní nefigurovali ako uchádzač, boli súčasťou dohody a napomáhali jej fungovaniu nekonkurovaním ďalším členom dohody. Z uvedeného dôvodu prvostupňový orgán neprijal záver o priaznivejšom hodnotení spoločností ARTRA a PMB Slovakia z dôvodu ich limitovanej účasti v jednotlivých obstarávaníach.
538. Rada úradu však na rozdiel od prvostupňového orgánu má za to, že je potrebné zohľadniť rozsah účasti, spočívajúcej v účasti na manipulovaných ponukách

⁸⁹ Rozhodnutie úradu č. 2015/K/H/1/1/033 zo dňa 11. septembra 2015.

prostredníctvom EKS systému, víťazných, aj krycích a má za to, že je dôvodné zohľadniť nižšiu účasť ako poľahčujúcu okolnosť. Takéto zohľadnenie podľa Rady úradu však nemení klasifikáciu účasti na porušovaní spočívajúcom v preukázaní účasti účastníkov konania na dohode ako celku, jeho účelom je dospieť k pokute, ktorá je spravodlivo uložená tak, aby bola naplnená jej funkcia individuálnej a generálnej prevencie, ako aj represie.

539. Rada úradu má za preukázané, že účastníci konania postupovali pri predkladaní ponúk v 1. kole obstarávania koordinovane a vo vzájomnej spolupráci s cieľom spoločným postupom vylúčiť z postupu do 2. kola akýchkoľvek ďalších uchádzačov (svojich konkurentov pre daný tender), a tým zabezpečiť víťazstvo vopred vybranému uchádzačovi (účastníkovi dohody). Rovnako má Rada úradu za preukázané, že účastníci konania sa protisúťažného správania posudzovaného v tomto správnom konaní dopustili v časovom rozsahu preukázanom prvostupňovým orgánom prostredníctvom predkladania ponúk a krycích ponúk v úradom identifikovaných verejných obstarávaniach, ako aj prostredníctvom vzájomných protiplnení v podobe subdodávok preukázaných prostredníctvom analýzy faktúr založených v spisovom materiáli. Podľa Rady úradu však nie je dostatočne preukázané, že k neúčasti na jednotlivých verejných obstarávaniach prostredníctvom systému EKS na dotknutých trhoch počas celého obdobia u všetkých účastníkov konania došlo z dôvodu účasti na dohode obmedzujúcej súťaž ako účelová neúčasť v prípade, keď už bola vytvorená trojica inými účastníkmi dohody.
540. Vzhľadom na uvedené Rada úradu dospela k záveru o znížení základnej sumy pokuty pre účastníkov konania ARTRA a PMB Slovakia o 10 % zohľadnením poľahčujúcej okolnosti z dôvodu, že voči týmto účastníkom konania bola preukázaná účasť na dohode len v obmedzenej miere, teda ich úloha v rámci dohody bola limitovaná. Takéto zníženie považuje Rada úradu za dostatočné a primerané, keďže aj konanie účastníkov konania, ktorí mali z kartelu menší prospech ako ostatní prispelo k celkovému naplneniu dohody a tým k obmedzeniu hospodárskej súťaže na trhu. Pričom je potrebné opätovne zdôrazniť, že presne kvantifikovať prospech z kartelu je obtiažne a pre vstup do kartelu účastník musí mať spravidla motív aj majetkového prospechu. Ako vo vyjadrení k výzve pred vydaním druhostupňového rozhodnutia uvádza aj samotný účastník PMB Slovakia, v niektorých súťažiach posudzovaných v tomto konaní boli aj úspešní.
541. Vo vzťahu k predloženým námietkam je potrebné vo všeobecnosti konštatovať, že ak v prípade niektorého účastníka konania nebola preukázaná určitá skutočnosť, ktorá v prípade iného účastníka konania preukazuje alebo prispieva k preukázaniu jeho účasti na posudzovanom protiprávnom konaní, uvedené nemožno považovať za poľahčujúcu okolnosť. Existencia poľahčujúcej okolnosti odôvodňuje zníženie trestu. To že vo vzťahu k niektorému účastníkovi dohody nie je možné zhromaždiť identický súbor dôkazov ako voči inému účastníkovi, hoci účasť oboch z nich bola hodnoverne preukázaná, nemôže odôvodňovať zníženie pokuty.
542. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje opätovne na rozsudok KS BA vo veci *Micronix*, v ktorom súd konštatoval, že úrad vo vzťahu k žalobcovi konštatoval

porušenie iba vo vzťahu k jednému verejnému obstarávaniu, čo pri uložení sankcie zohľadnil, avšak skutočnosť, že ostatní účastníci administratívneho konania boli zúčastnení na viacerých protisúťažných dohodách nemôže vo vzťahu k žalobcovi byť ako poľahčujúca okolnosť, keďže okolnosti v prospech účastníka sa posudzujú len v kontexte páchaného skutku, nie konania pred správnym orgánom. Súd tiež poukázal, že daná skutočnosť nepatrí medzi poľahčujúce okolnosti uvádzané v Metodickom pokyne úradu.⁹⁰

Čechovo, JANOLI, JASTA, MARINI

543. Rada úradu preskúmala zohľadnenie skutkového stavu a námietok účastníkov konania vo vzťahu k poľahčujúcim okolnostiam účastníkov konania Čechovo, JANOLI, JASTA, MARINI a následné zohľadnenie záverov prvostupňového orgánu v procese ukladania pokuty a neidentifikovala pochybenie prvostupňového orgánu. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán neidentifikovala zo spisového materiálu, ani z námietok účastníkov konania okolnosti, ktoré by ju oprávňovali znížiť pokutu z dôvodu poľahčujúcich okolností u predmetných účastníkov konania, stotožňuje sa teda s argumentáciou prvostupňového orgánu uvedenou v prvostupňovom rozhodnutí, ktorú nepovažuje za účelné opakovať.

Priťahujúce okolnosti

ČECHOVO a JANOLI

544. Rada úradu po preskúmaní postupu prvostupňového orgánu, námietok účastníkov konania, ako aj spisového materiálu dospela k záveru, že prvostupňový orgán správne identifikoval zvýšenú aktivitu účastníkov konania ČECHOVO a JANOLI na posudzovanej zakázanej dohode.

545. Úrad v priebehu konania preukázal, že podnikateľ ČECHOVO vyvíjal zvýšenú aktivitu vo vzťahu k prešetrovanej dohode. Spolu s účastníkom konania JANOLI bol tým, kto v januári 2015 dohodu začal uplatňovať v praxi a stál za vznikom a prípravou celej schémy porušovania, ktorá bola následne realizovaná v praxi aj s pomocou ďalších štyroch účastníkov konania.

546. Úrad tiež preukázal, že podnikateľ ČECHOVO pravidelne víťazil na trhoch nábytku a zdravotníckeho vybavenia, pričom mu ostatní podnikatelia pomáhali poskytovaním krycích ponúk. Na rozdiel od ostatných účastníkov dohody (s výnimkou JANOLI), ktorí boli v zákazkách na dodanie nábytku a zdravotníckeho vybavenia úspešní len výnimočne, podnikateľ ČECHOVO vyhral väčšinu týchto zákaziek, ktorých sa na vyššie uvedenom trhu zúčastňoval spolu s ostatnými účastníkmi dohody.

547. Úrad tiež preukázal, že podnikateľ JANOLI pravidelne víťazil v zákazkách na dodanie odevov, obuvi a textilných výrobkov, pričom mu ostatní podnikatelia pomáhali poskytovaním krycích ponúk. Na rozdiel od ostatných účastníkov konania (s výnimkou ČECHOVO), ktorí boli v zákazkách úspešní len výnimočne, podnikateľ JANOLI vyhral väčšinu zákaziek, ktorých sa na predmetnom trhu

⁹⁰ Rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 6S/106/2015- 170 zo dňa 3. mája 2018.

zúčastnil spolu s ostatnými účastníkmi konania.

548. Na základe analýzy faktúr, ktoré si v priebehu prešetrovaného obdobia účastníci dohody medzi sebou vystavili úrad zistil a preukázal, že všetky prípady, v ktorých boli zistené subdodávky obstarávaných tovarov sa týkali aj spoločnosti JANOLI.
549. Úrad tiež preukázal, že IP adresy, ktoré zhodne využívali účastníci dohody zároveň využíval aj podnikateľ ČECHOVO a JANOLI.
550. Uvedené skutočnosti Rada úradu vyhodnotila rovnako ako prvostupňový orgán ako priťažujúce okolnosti, avšak vzhľadom na preukázaný spôsob účasti účastníkov konania ČECHOVO a JANOLI na protisúťažnom správaní Rada úradu považuje za potrebné zvýšiť týmto podnikateľom pokutu o 10 %.

JASTA, MARINI, ARTRA a PMB Slovakia

551. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán neidentifikovala priťažujúce okolnosti u účastníkov konania JASTA, MARINI, ARTRA a PMB Slovakia a stotožňuje sa s argumentáciou prvostupňového orgánu uvedenou v prvostupňovom rozhodnutí, ktorú nepovažuje za účelné opakovať.

Maximálna výška pokuty

552. Výslednú pokutu u jednotlivých účastníkov konania úrad posúdil v súlade s § 38 ods. 1 zákona, či táto nepresahuje zákonom stanovenú 10 % hranicu z celkového obratu podľa § 3 ods. 5 zákona za predchádzajúce účtovné obdobie. Prvostupňový orgán následne upravil pokutu účastníkov konania, ktorých suma 10 % celkového obratu bola nižšia ako úradom vyčíslená pokuta na hodnotu maximálnej výšky pokuty, teda 10 % z ich celkového obratu. Rada úradu zistila, že prvostupňový orgán neuložil pokutu presahujúcu 10 % kritérium vyplývajúce z § 38 ods. 1 zákona.

Neschopnosť zaplatiť pokutu

553. Podľa bodu 43 Metodického pokynu vo výnimočných a odôvodnených prípadoch a na žiadosť podnikateľa úrad môže znížiť pokutu v prípade, ak podnikateľ preukáže, že uloženie pokuty v plnej výške by priamo viedlo k odchodu podnikateľa z trhu.
554. Rada úradu posúdila námietky účastníkov konania o likvidačnosti pokút z dôvodu pandémie vírusu COVID-19.
555. Rada úradu preskúmala námietky účastníkov konania, že uložené pokuty majú na nich likvidačný účinok a zistila, že s výnimkou vyššie uvedených tvrdení, ktoré konštatujú všeobecnú situáciu v hospodárstve a pri predpoklade, že situácia bude nemenná očakávajú negatívne dopady na podnikateľskú činnosť predmetných účastníkov konania (kríza bude negatívne ovplyvňovať trh zamestnanosti pravdepodobne až do roku 2025, predpokladajú v nasledujúcom období vysoké straty na svojich tržbách, negatívny hospodársky výsledok, hrozba konkurzu a hromadné prepúšťanie množstva svojich zamestnancov), neobsahovali žiadne exaktné dáta, z ktorých by bolo možné posúdiť konkrétnu

situáciu a dopad na ich podnikanie. Účastníci konania svoje podania v priebehu konania v tomto smere ani nedoplnili, napriek skutočnosti, že sami uviedli, že tak urobia.

556. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nedisponuje podkladmi, na základe ktorých by bolo možné priznať likvidačný účinok ukladaných pokút na týchto účastníkov konania.
557. Na základe podkladov predložených zo strany účastníkov konania má Rada úradu za to, že z pohľadu neschopnosti zaplatiť pokutu bola výška pokuty posúdená dostatočne a účastníci konania samotní nepreukázali skutočnosti odôvodňujúce zníženie pokuty z tohto dôvodu. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že na to, aby bol uznaný nárok na zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu musí byť preukázaná príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom podnikateľa z trhu a zníženie pokuty môže byť udelené len na základe objektívnych dôkazov preukazujúcich, že práve uloženie pokuty by nenapraviteľne ohrozilo ekonomickú životaschopnosť podnikateľa a viedlo k jeho odchodu z trhu. Preto len deklarácia samotnej existencie zlej finančnej situácie podnikateľa alebo jeho straty, ktorá mohla byť spôsobená aj inými okolnosťami, ako je ukladaná pokuta, nie je dôvodom na zníženie pokuty. Podstatou nástroja zohľadnenia neschopnosti zaplatiť uloženú pokutu - *Inability to pay (ITP)*) je primerané potrestanie páchatela, ktoré ho však nemá zlikvidovať, pričom likvidáciu by priamo spôsobila ukladaná pokuta. ITP je teda možné aplikovať iba v prípade, kedy by podnikateľ ustál pôsobenie na trhu, avšak práve uložená pokuta zmarí jeho existenciu. V prípade, kedy by podnikateľ odišiel z trhu aj bez pokuty z dôvodu jeho zlej finančnej situácie, alebo v prípade, kedy by ukladaná pokuta neviedla k jeho odchodu z trhu, lebo je schopný ju zaplatiť, nemožno nástroj ITP aplikovať. ITP neslúži na ochranu podnikov v takej zlej situácii, že by z trhu odišli aj bez pokuty.
558. Príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom podnikateľa z trhu sa nepovažuje za preukázanú, ak podnikateľ má tak vážne finančné problémy, že by z trhu odišiel aj bez uloženej pokuty. Podľa Rady úradu teda nie je možné automaticky premietnuť zlú hospodársku situáciu spôsobenú pandémiou COVID-19 do zníženia pokút ukladaných úradom, a to v takom rozsahu, že tieto nenaplnia žiadnu zo svojich funkcií. Rada úradu nepovažuje za relevantné očakávania účastníkov o znížení pokuty, ktorú požadujú znížiť, nakoľko opatrenia vlády SR a štátu im v plnom rozsahu 100% nepokryjú výdavky a straty spôsobené pandémiou. V tejto súvislosti Rada úradu zdôrazňuje, že v rovnakej situácii sú aj ostatní podnikatelia pôsobiaci na rovnakých relevantných trhoch ako účastníci protisúťažnej dohody, avšak na rozdiel od kartelistov - účastníkov konania nedisponovali profitom, ktorý získali protiprávnym konaním a výhodou získanou na ich úkor. V tomto kontexte by poskytnutie úľavy v rámci ukladanej pokuty bez dostatočných podkladov bolo v podstate znevýhodnením konkurentov účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje aj na prístup súťažných autorít z celého sveta, ktoré na súčasnú pandémiu reagovali deklaráciou potreby presadzovania súťažných pravidiel aj v takejto ťažkej hospodárskej situácii.⁹¹ Komisia v súvislosti s pandémiou pristúpila

⁹¹[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=FR) – „Na záver by Komisia chcela zdôrazniť, že za týchto výnimočných okolností je dôležitejšie ako kedykoľvek

k predĺženiu lehoty splatnosti pokút a naďalej pristupuje k uplatňovaniu štandardných mechanizmov, ktoré majú zabezpečiť uloženie spravodlivej proporčnej pokuty, ako uloženie pokuty do maximálne 10 % z celkového obratu⁹², ako aj nástroj *inability to pay* – neschopnosť zaplatiť pokutu. Tieto nástroje štandardne, teda aj v tomto konaní uplatňuje aj Rada úradu.

559. Rovnako preukázanie príčinnej súvislosti negatívne ovplyvňuje, ak finančná tieseň podnikateľa bola úmyselne podnietená/spôsobená podnikateľom, napr. aj s cieľom vyhnúť sa pokute. Taktiež nemožno preukázať príčinnú súvislosť, ak je pokuta veľmi nízka v porovnaní s celkovým ročným obratom a hodnotou aktív spoločnosti. Znižovanie pokuty na základe neschopnosti zaplatiť pokutu je možné iba vo veľmi výnimočných situáciách, nakoľko toto narúša odstrašujúci účinok pokút a z toho dôvodu môže viesť k zmene postoja firiem a robiť pre nich porušovanie zákona viac atraktívne. Znižovanie pokút môže spôsobiť riziko zvýhodňovania firiem najmenej prispôsobených trhovým podmienkam, firiem neefektívnych, zle manažovaných, ale taktiež môže spôsobiť zmenu správania sa podnikateľov a pôsobiť ako stimul k tomu, aby podnikatelia využívali svoju informačnú výhodu a umelo vytvárali podmienky nedostatočnej likvidity a finančných problémov s cieľom vyhnúť sa pokute. Rada úradu poukazuje na to, že nástroj, ktorý má zaručiť, že pokuta nie je excesívna a dostatočne chráni spoločnosti pred ich ekonomickým zničením je v prvom rade strop maximálnej 10% - nej hranice pokuty.
560. Rada úradu po preskúmaní podkladov a informácií predložených účastníkmi konania konštatuje, že žiaden z účastníkov konania dostatočným spôsobom nepreukázal existenciu objektívnych dôvodov, pre ktoré by úrad mal pri stanovení pokuty zohľadniť skutočnosti nasvedčujúce neschopnosti podniku zaplatiť pokutu podľa prvostupňového rozhodnutia, a ktoré by preukázali, že práve uložená pokuta bude viesť k odchodu účastníkov konania z trhu. Podľa Rady úradu účastníci konania nepredložili dostatočnú dokumentáciu, z ktorej by uvedené informácie úrad mal zistiť. Preukazovanie nároku na zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu by malo byť založené na konkrétnych finančných dokumentoch a finančných údajoch spoločnosti.⁹³ Ak tieto dokumenty a údaje

predtým, aby podniky a spotrebiteľia dostali ochranu podľa súťažného práva. Európska komisia bude preto naďalej pozorne a aktívne monitorovať relevantný vývoj na trhu s cieľom odhaliť spoločnosti, ktoré využívajú súčasnú situáciu na porušenie protimonopolného zákona EÚ. Európska komisia tiež vyzýva podniky a občanov, aby pokračovali v hlásení akýchkoľvek kartelov a iných porušení protimonopolných zákonov vrátane zneužívania dominantného postavenia, ktoré by ich mohli upozorniť.“

<https://www.eftasurv.int/competition/competition-rules-covid-19> - „ECN si je plne vedomá sociálnych a ekonomických dôsledkov vyvolaných vypuknutím COVID-19 v EÚ / EHP. Rôzne nástroje hospodárskej súťaže EÚ / EHP majú mechanizmy, ktoré v prípade potreby zohľadňujú trhovú a hospodársky vývoj. Pravidlá hospodárskej súťaže zabezpečujú rovnaké podmienky pre všetky spoločnosti. Tento cieľ zostáva relevantný aj v období, keď spoločnosti a hospodárstvo ako celok trpia krízovými podmienkami.“
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=EN)

⁹² <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/covid-19-crisis-leads-european-commission-to-extend-deadline-for-fine-payments-by-ethylene-purchasing-cartel/?lang=en> – v tomto prípade EK dokonca pokutu ukladanú v čase pandémie sprísnila, nakoľko podľa EK neplnila dostatočne odstrašujúcu úlohu. Ako jediný nástroj reflektujúci COVID-19 EK zvolila predĺženie lehoty splatnosti pokuty.

⁹³ Vzorový dotazník, aké údaje a dokumenty požaduje Komisia možno nájsť na <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/itp2015questionnaire.pdf> a vzorový dotazník, aké údaje a dokumenty požaduje francúzska súťažná autorita možno nájsť na http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/questionnaire_itp_mai_2011_en.pdf.

podnikateľ nepredloží (resp. odmietne predložiť), zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu mu nemôže byť priznané.

561. Rada úradu v tejto súvislosti zdôrazňuje, že dôkazné bremeno na preukázanie neschopnosti zaplatiť pokutu je na účastníkoch konania. Rada úradu má tiež za to, že pokiaľ existujú relevantné podklady a informácie, tieto by mali predložiť vo vlastnom záujme účastníci konania. Teda napr. ak títo tvrdia, že ich negatívne ovplyvnil zákaz otvárania maloobchodných prevádzok, je potrebné vyčíslieť za každého účastníka, a podložiť účtovnými podkladmi, aký obrat dosahovali títo podnikatelia v čase mimo pandémie, aký v reálnom čase zatvorenia prevádzok, ďalej aké konkrétne akcie, ktoré boli zakázané mali dopad na ich propagačné ciele (napr. predložením zmlúv o propagácii na konkrétnej akcii neuskutočnenej v dobe pandémie COVID-19) a pod. Rovnako je potrebné presne vyčíslieť dni, počas ktorých boli prevádzky uzavreté a pod. Taktiež je potrebné uviesť a na to naviazane rozčleniť obraty, akým spôsobom v akých objemoch podnikajú jednotliví účastníci cez jednotlivé predajné kanály a porovnať to s obdobím pred pandemiou. Napriek tomu, že Rada úradu informovala účastníkov konania o nevyhnutnosti predloženia dôkazov a informácií v uvedenom rozsahu a zmysle účastníkmi konania, títo vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia okrem predloženia účtovnej závierky účastníkom konania JANOLI opätovne uviedli iba všeobecné tvrdenia a prognózy vývoja hospodárstva vzhľadom na vplyv pandémie COVID-19.
562. Rada úradu na základe získaných informácií dospela k tomu, že na prijatie záverov, v zmysle ktorých by účastníkmi konania uvádzané okolnosti predstavovali samostatný a odôvodnený výnimočný prípad pre zohľadnenie ich platobnej neschopnosti v osobitnom ekonomickom kontexte, a že ukladaná pokuta by tak nenávratne ohrozila hospodársku životaschopnosť dotknutého podniku, v dôsledku čoho by aktíva účastníka opustili trh, resp. by so svojimi aktívami nepokračoval v nepretržitej činnosti nie je dôvod. Taktiež účastníci konania napriek svojim tvrdeniam o možných ďalších negatívnych dôsledkoch zaplata pokuty, napríklad na zamestnanosť, nepreukázali, že údajné nepriaznivé účinky, budú spôsobené práve uloženou pokutou a nie inými okolnosťami.⁹⁴ Uvedené nepreukazuje ani účastníkom konania JANOLI predložená účtovná závierka, z ktorej nijako nevyplýva, že k hospodárskym výsledkom, ktoré preukazuje, došlo práve spôsobom preukazujúcim oprávnenie uplatnenia nástroja *inability to pay* v rámci ukladania mu pokuty.
563. Rada úradu však zvažila za vhodné, v situácii celosvetovej pandémie negatívne ovplyvňujúcej väčšinu odvetví hospodárstva, predĺžiť štandardne určenú lehotu na zaplata pokút. Pokiaľ ide o požadovaný splátkový kalendár, o ten je účastník konania oprávnený požiadať príslušný odbor úradu v nadväznosti na vydané právoplatné rozhodnutie.
564. Spoločne zastúpení účastníci konania uvádzajú, že je zarážajúce, že rozhodnutím č. 2020/DOH/POK/R/15 vo veci *Porsche Slovakia a ostatní*, ktoré bolo vydané v čase prvej vlny epidémie COVID-19 (dňa 15.mája 2020) Rada úradu z dôvodu výnimočnosti danej situácie znížila pokuty pre všetkých

⁹⁴ Pozri v tejto súvislosti napr. rozsudok Všeobecného súdu z 19. mája 2010 — *KME Germany a i./Komisia*, T-25/05, bod 170.

účastníkov konania o 5% a v čase, keď je zrejmé, že epidémia pokračuje a následky na podnikateľov budú podstatne väčšie, ako sa predpokladalo v máji 2020, tak v žiadnom ohľade Rada úradu uvedené skutočnosti nezohľadnila. Takýto postup podľa nich predstavuje odklon od rozhodovacej praxe, rozpor s precedenčnou zásadou, zásadou legitímnych očakávaní a zásadou rovnakého zaobchádzania v zmysle v § 3 ods. 5 Správneho poriadku.

565. V tejto súvislosti je potrebné predovšetkým zdôrazniť, že jedno rozhodnutie, ktoré dokonca konštatuje odôvodnený odklon od Metodického pokynu úradu a teda práve od zaužívanej praxe, nie je možné označovať za odklon od rozhodovacej praxe. Rozhodovacia prax nielen úradu, ale ani súťažných autorít iných členských štátov alebo Komisie nebola a ani nemohla byť rozvinutá pre podmienky mimoriadnej situácie ako je tomu v prípade súčasnej pandémie vírusu COVID- 19, kedy sa navyše podmienky neustále vyvíjajú. Rovnako nemožno označovať ani situáciu v prvej a druhej vlne pandémie za identický stav z pohľadu dostupnosti určitých informácií. Podľa vedomostí Rady úradu žiadna zo súťažných autorít, sledujúc vývoj v tejto oblasti, nedospela k záveru o potrebe paušálneho prijímania úľav pri ukladaní pokút. Ako už bolo vyššie uvedené, Komisia ako garant aplikácie európskych súťažných pravidiel naopak apeluje na štandardné striktné uplatňovanie súťažných pravidiel aj v tejto situácii, nevyhnutnou súčasťou ktorých sú nepochybne sankcie. Ukladanie sankcie je preto vždy potrebné posúdiť individuálne v konkrétnom prípade aj v kontexte mimoriadnej situácie, ktorá pretrváva. V prvom rozhodnutí, ktoré bolo v tomto období vydávané vo veci distribútorov motorových vozidiel VW Rada úradu zohľadnila údaje, ktoré jej boli dostupné, a to vyčíslenie predpokladanej straty v dôsledku uzavretia predajní na dotknutom trhu v špecifikovanom období, ktoré spôsobili obmedzenie predaja na určitý čas, čo vo svojom rozhodnutí aj odôvodnila. V tomto prípade ide o odlišnú situáciu, keď predaje na dotknutých trhoch prebiehali online prostredníctvom elektronického trhoviska. Zároveň Rada úradu neidentifikovala z podkladov predložených účastníkmi konania dôkazy o vplyve opatrení spojených s pandemiou COVID 19 na hospodársku činnosť podnikateľov, vrátane dopadov na ich predaje.
566. Vo vzťahu k argumentácii účastníkov konania rozsudkom Krajského súdu, č.k. 1S/136/2015-58 zo dňa 12.5.2016, Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že tento rozsudok je v kontexte žiadosti účastníkov konania o zohľadnenie pandemickej situácie a jej negatívnych dopadov nerelevantný, nakoľko v predmetnom rozhodnutí súd znížil pokutu z dôvodu, že uložená pokuta zjavne nezodpovedala povahe a závažnosti správneho deliktu.
567. Nad rámec uvedeného Rada úradu k prípadu, na ktorý poukazujú účastníci konania uvádza nasledovné. Predmetný rozsudok sa týkal rozhodnutia Rady úradu č. 2015/KH/R/2/010 z 31.3.2015 vo veci *ASBIS a ďalší*, podľa ktorého ak dohodou nie je pokrytá celá časť trhu, je nutné stanoviť nižšiu mieru závažnosti, a to dokonca vo výške 1%. Najvyšší súd SR v danom prípade, rozsudkom zo dňa 26.10.2017, v konaní pod sp. zn.: 8Sžhk/1/2016, potvrdil rozsudok Krajského súdu v Bratislave, ktorý znížil mieru závažnosti až desaťnásobne, a to na úroveň 0,1 %. V danom prípade bola posudzovaná horizontálna dohoda distribútorov informačných technológií a doplnkového sortimentu, ktorá však nebola vo forme schémy trvajúcej počas niekoľkých rokov, ktorá by súčasne v sebe zahŕňala

viaceré formy porušenia, ako je tomu v tomto prípade. V prípade *ASBIS* a ďalší išlo o veľmi krátko trvajúcu dohodu výlučne o jednej zložke ceny, ktorou bol manipulačný poplatok vo výške 1 euro. Účastníci dohody v danom prípade na základe nedovolených dojednaní zaviedli v období od 5.3. do 11.3. 2013 jednotný manipulačný poplatok, ktorým chceli znížiť intenzitu súťaže medzi nimi. Išlo teda o dohodu v trvaní pár dní. Je pravdou, ako uvádzajú účastníci konania, že Krajský súd znížil túto pokutu na 0,1 %. Takýto postup nepotvrdil Najvyšší súd SR, ktorý zníženie korigoval na 0,5 %. Avšak takýto postup Najvyšší súd SR nezaujal vo všetkých prípadoch podaných žalôb v danej veci. V prípade žalobcu *SWS Distribution, a.s.*, takisto *ABC Data, s.r.o.* a *AT Computer, s.r.o.* rozsudok Krajského súdu v BA zrušil, pričom⁹⁵ v jednom prípade skonštatoval, že vzhľadom na povahu posudzovaného skutku neboli naplnené podmienky na dané zníženie pokuty tak, ako to vykonal Krajský súd a v ďalších, že Krajský súd svoj postup zníženia dostatočne nezdôvodnil. Z uvedeného vyplýva, že rozhodnutie Rady úradu v danej veci bolo predmetom súdneho prieskumu na základe viacerých podaných žalôb účastníkov predmetného správneho konania, a to Krajského súdu v Bratislave aj Najvyššieho súdu SR, pričom jednotlivé senáty Najvyššieho súdu SR nakoniec neprijali rovnaký záver.

Vyčíslenie pokút

568. Vzhľadom na identifikované pochybenia úradu pri určovaní výšky pokuty bolo v určitých prípadoch potrebné upraviť výšku pokuty.
569. Pri výpočte pokuty Rada úradu v zmysle Metodického pokynu postupovala nasledujúcim spôsobom. Rada úradu stanovila základnú sumu pokuty ako súčin relevantného obratu, percenta určeného na základe závažnosti porušenia zákona a koeficientu odrážajúceho dĺžku porušovania zákona (tabuľka č. 3). V ďalšom kroku túto sumu upravila o priťažujúce a poľahčujúce okolnosti, na záver pokutu, v prípade, že prevyšovala zákonom stanovenú maximálnu hranicu 10% z celkového obratu podnikateľa, upravila na túto hodnotu (tabuľka č. 4). Rada úradu v rámci tejto úpravy vychádzala z celkového obratu podľa § 3 ods. 5 zákona za účtovné obdobie predchádzajúceho roka prvostupňového rozhodnutia uvedeného v spisovom materiáli ⁹⁶, ktorého hodnota bola získaná z verejne dostupných zdrojov.

⁹⁵ Pozri rozsudok NS SR vo veci *SWS Distribution, a.s.*, sp.zn. 6Sžhk/1/2017 z 20.3.2019, rozsudok NS SR vo veci *ABC Data, s.r.o.*, sp.zn. 5Sžhk/1/2017 zo dňa 30.4.2019, vo veci *AT Computer, s.r.o.* 8 Asan2/2017 zo dňa 31. januára 2019

⁹⁶ Vid'. spis č. 47/2020/ODK, IZ – 560/2020.

Tabuľka č.3

Účastník	Obrat celkom rok 2018 EUR	Relevantný obrat 2016 EUR	Závažnosť	Trvanie porušovania	Základná suma pokuty EUR ¹
ARTRA	10 204 671	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	1 rok 6 mesiacov	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
ČECHOVO	86 217	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	2 roky 3 mesiace	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
JANOLI	1 622 471	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	2 roky 3 mesiace	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
JASTA	362 881	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	1 rok 2 mesiace	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
MARINI	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	1 rok 10 mesiacov	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO
PMB Slovakia	6 353 753	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	18%	1 rok 2 mesiace	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO

Tabuľka č. 4

Pokuty v prípade zmeny poľahčujúcich a pritŕažujúcich okolností

	Poľahčujúce okolnosti	Pritŕažujúce okolnosti	10% z celkového obratu 2018	Konečná výška pokuty (EUR)
ARTRA	10%-	-	1 020 467,10	900 069
ČECHOVO	-	10%	8 621,70	8 621
JANOLI	-	10%	162 247,10	162 247
JASTA	-	-	36 288,10	10 807
MARINI	-	-	[číselný údaj] OBCHODNÉ TAJOMSTVO	12 455
PMB Slovakia	10%-	-	635 375,30	50 236

Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní

570. Je potrebné zdôrazniť, že žiadna ponuka predložená ako výsledok koluzívneho správania, ktoré redukuje, resp. odstraňuje neistotu s ohľadom na výsledok súťažného procesu nemôže mať pozitívny dopad na súťaž a v konečnom dôsledku na spotrebiteľa, v danom prípade vyhlasovateľa súťaže alebo obstarávania. Tendre sú preto organizované tak, aby zabezpečili súťaž v oblasti, kde by inak mohla absentovať. Základnou črtou celého procesu je to, že perspektívny dodávateľ pripraví a predloží ponuku nezávisle. Súťažný tender je určený na selektovanie najlepšej ponuky s cieľom šetriť verejné prostriedky. Konkurenčný tlak teda zabezpečuje efektívnosť využívania verejných prostriedkov, keďže snaha podnikateľov získať významnú zákazku ich motivuje ponúknuť čo najlepšiu ponuku z hľadiska relácie kvalita - cena.
571. Vzhľadom na to, že ide o veľmi závažné porušenia zákona, zákon predpokladá okrem sankcie vo forme pokuty aj ďalšiu sankciu vo forme zákazu účasti na verejnom obstarávaní.
572. Podľa § 38h ods. 1 zákona ak zákon neustanovuje inak, úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou.
573. Rada úradu súhlasí s postupom prvostupňového orgánu pri uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní a dospela k záveru, že účastníkom konania bude uložený zákaz vo verejnom obstarávaní tak, ako bol vymedzený v prvostupňovom rozhodnutí.
574. Vo vzťahu k zneniu výroku rozhodnutia v časti uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní sa Rada úradu vyjadrila v časti venovanej výroku prvostupňového rozhodnutia.
575. V zmysle citovaných ustanovení zákona je správny záver o uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov účastníkom konania ARTRA, ČECHOVO, JANOLI, JASTA, MARINI a PMB Slovakia.

10. ZÁVER

576. Vzhľadom na vyššie uvedené závery a ich odôvodnenie Rada úradu dospela k názoru, že prvostupňové rozhodnutie úradu je vecne správne. Prvostupňový orgán podľa názoru Rady úradu dostatočne odôvodnil uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž medzi účastníkmi konania a na zistený skutkový stav správne aplikoval ustanovenia zákona. Pochybenia, ktoré Rada úradu zistila pri výpočte pokuty a formulácii výroku odstraňuje týmto rozhodnutím.

Poučenie:

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

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

(elektronický podpis)

JUDr. Tibor Menyhart
predseda
Rady Protimonopolného úradu SR

Rozhodnutie sa doručí do elektronickej schránky:

1. **URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o.**, advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895, zástupca **ARTRA s.r.o.**, so sídlom Nám. Slobody 846/69, 972 47 Oslany, IČO: 31 594 689,
2. **URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o.**, advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895, zástupca **ČECHOVO, s. r. o.**, so sídlom Námestie slobody 39, 083 01 Sabinov IČO: 46 186 484,
3. **URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o.**, advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895, zástupca **JANOLI, s.r.o.**, Uzovce 26, 082 66 Uzovce, IČO: 36 515 507,

4. **URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o.**, advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895, zástupca **JASTA Slovakia, s.r.o.**, so sídlom Orechová 5, 080 01 Prešov, IČO: 36 491 799,
5. **URBAN STEINECKER GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o.**, advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, IČO: 47 244 895, zástupca **Ing. Jaroslav Marinica – MARINI**, s miestom podnikania Malinová 13681/20, 080 01 Prešov, IČO: 37 533 924,
6. **ADVOKÁTSKA KANCELÁRIA ŠTRBÁŇ, s.r.o.**, Dvory 1932, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458, zástupca **PMB Slovakia, s. r. o.**, so sídlom Novonosická 503/5, 020 01 Púchov, IČO: 36 698 458.