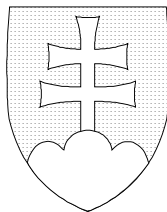


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2023/DOH/ZPR/R/1

Bratislava 19. januára 2023

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 14 ods. 1 zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v správnom konaní č. 0002/OKT/2020, na základe rozkladov podaných účastníkmi konania SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26¹, Alter Energo, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany, KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika, proti rozhodnutiu Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov č. 2021/DOH/POK/1/77 zo dňa 30. decembra 2021 rozhodla tak, že

zrušuje

podľa § 59 ods. 3 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov č. 2021/DOH/POK/1/77 zo dňa 30. decembra 2021 a vec mu vracia na nové prejednanie a rozhodnutie.

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

Odôvodnenie

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

I.

Konanie podnikateľov:

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

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

II.

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

a. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava pokutu vo výške **5 175 362 EUR** (slovom päť miliónov jednostosedemdesiatpäťtisíc tristošesťdesiatdva EUR),

b. podnikateľovi **Alter Energo, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany pokutu vo výške **3 077 854 EUR** (slovom tri milióny sedemdesiatsedemtisíc osemstopäťdesiatštyri EUR),

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

III.

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

podnikateľovi **KLEMENT, a.s.**, IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika pokutu vo výške **382 596 EUR** (slovom tristoosemdesiatdvatisíc päťstodeväťdesiatšesť EUR), ktorú je uvedený podnikateľ povinný uhradiť do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. SK52 8180 0000 0070 0006 0793, ŠP 8180, KS 1118, VS 2021177 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

IV.

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

a. podnikateľovi **SPIE Elektrovod, a.s.**, IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 a

b. podnikateľovi **Alter Energo, a.s.**, IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany,

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

V.

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

a. **VUJE, a.s.**, IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava,

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

c. **EGEM s.r.o.**, IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice

keďže v konaní nepreukázal, že tento účastník konania porušil ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných

ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016.

2. Proti tomuto rozhodnutiu podali účastníci konania SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26 (ďalej aj „SPIE Elektrovod, a.s.“), Alter Energo, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany (ďalej aj „Alter Energo, a.s.“), KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika (ďalej „KLEMENT, a.s.“) včas rozklad.
3. Podľa § 59 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov, odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu, ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni. Podľa ods. 2 citovaného ustanovenia, ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí. Podľa ods. 3 citovaného ustanovenia odvolací orgán rozhodnutie zruší a vec vráti správnomu orgánu, ktorý ho vydal, na nové prejednanie a rozhodnutie, pokiaľ je to vhodnejšie najmä z dôvodov rýchlosti alebo hospodárnosti; správny orgán je právnym názorom odvolacieho orgánu viazaný.
4. Rada úradu ako orgán rozhodujúci o rozklade podľa § 14 ods. 1 zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov preskúmala na základe podaného rozkladu prvostupňové rozhodnutie a spisový materiál s ním súvisiaci.
5. Rada úradu účastníkom konania zaslala výzvu pred vydaním druhostupňového rozhodnutia² podľa § 26 zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v ktorej ich oboznámila s predbežnými závermi, ku ktorým dospela. Účastníci konania k Výzve Rady predložili vyjadrenia,³ s ktorým sa Rada úradu oboznámila a ku ktorým sa Rada úradu vyjadruje ďalej v texte tohto rozhodnutia.
6. Rada úradu dospela k nasledovným záverom:

1. Pribeh prvostupňového konania

7. Rada úradu identifikovala v postupe prešetrovania predmetnej dohody prvostupňovým orgánom nasledujúce rozhodné skutočnosti:
 - **12.06.2017** bol úradu e-mailom doručený podnet od Nadácie Zastavme korupciu, IČO: 42266777, so sídlom Záhradnícka 60, 821 08 Bratislava-Ružinov (ďalej len „NZK“) týkajúci sa preverenia možnej dohody obmedzujúcej súťaž, o.i. v prípade verejného obstarávania (ďalej aj „VO“) s názvom **Realizácia stavby „Prechod rozvodne 400 kV Podunajské Biskupice na rozvodňu nového typu“** (ďalej aj „zákazka“ alebo „Prechod rozvodne 400 kV PB“ vyhláseného obstarávateľom Slovenská elektrizačná

² List ev. pod č. PMU/235/2022/ODK-6272/2022 zo dňa 08.12.2022

³ Listy ev. pod č. PMU/235/2022/ODK-6556/2022 zo dňa 20.12.2022, PMU/235/2022/ODK-6660/2022 zo dňa 22.12.2022, PMU/235/2022/ODK-6673/2022 zo dňa 23.12.2022, PMU/278/2023/ODK-6732/2022 zo dňa 30.12.2022

prenosová sústava, a.s., IČO: 35 829 141, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava (ďalej len „SEPS, a.s.“ alebo „obstarávateľ“)

- Účastníci dohody podľa podnetu – SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., KLEMENT, a.s., VUJE, a.s., IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava (ďalej „VUJE, a.s.“), LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava, (ďalej „LiV Elektra, a.s.“), EGEM s.r.o., IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice (ďalej „EGEM s.r.o.“)
- Indície podľa podnetu - variabilita v cenách uchádzačov naznačujúca, že ponukové ceny uchádzačov nezohľadňujú skutočné náklady na dodávky; variabilita v cenách sa neprejavuje na konečnej cene; z piatich ponúk sú tri nad predpokladanou hodnotou zákazky (ďalej len „PHZ“), jedna ponuka je na úrovni cca 99,9% PHZ a víťazná ponuka na úrovni cca 98,4% PHZ
- Prešetrovanie podnetu úradom – analýza verejne dostupných zdrojov, vyžiadanie kompletnej dokumentácie k VO od obstarávateľa, analýza verejných obstarávaní v oblasti elektrickej energie, z ktorej vyplynulo, že uchádzači, ktorí predložili ponuky v tomto obstarávaní, boli dodávateľmi, resp. predkladali ponuky aj v iných zákazkách zadávaných SEPS, a.s. v SR a ČEPS, a.s. v ČR, prípadne vzájomne tvorili skupiny dodávateľov aj v inom zložení ako víťazný uchádzač v tomto prípade
- Výsledky zistení úradu zakladali dôvodné podozrenie k inšpekcii, ktorú úrad vykonal 28.05. – 29.05.2019 v priestoroch podnikateľa SPIE Elektrovod, a.s. a dňa 28.05.2019 v priestoroch podnikateľa VUJE, a.s
- **11.3.2020 začal úrad správne konanie** voči 6 účastníkom konania
- **04.11.2020 úrad vydal výzvu pred vydaním rozhodnutia v konaní** (ďalej „Výzva I“)⁴.
- [.....] **DI** doručená žiadosť právneho zástupcu KLEMENT, a.s. o rezerváciu poradia pred podaním žiadosti o neuloženie pokuty podľa § 38d ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov (ďalej aj „zákon č. 136/2001 Z. z.“), doplnená [.....] **DI** žiadosťou právneho zástupcu KLEMENT, a.s. o neuloženie pokuty podľa § 38d ods. 1 zákona, resp. žiadosť o zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. (ďalej len „**leniency žiadosť**“).
- Úrad zanalyzoval predložené dôkazy a informácie v leniency žiadosti poukazujúce na to, že protisúťažné konanie uchádzačov, ktorí predložili ponuky do verejného obstarávania mohlo spočívať v koordinácii správania v procese tohto obstarávania, a to aj formou výmeny citlivých informácií a zaslal **09.12.2020 účastníkovi konania KLEMENT, a.s. akceptačný list**

⁴ Položka spisu č. IV/150

o zaradení do programu zhovievavosti ako žiadateľa o zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z.

- **16.12.2020** úrad vydal **Doplnenie výzvy pred vydaním rozhodnutia** (ďalej „Doplnenie výzvy I“)⁵ z dôvodu zistenia nových skutočností a na základe predloženej žiadosti o neuloženie/zníženie pokuty
- 09.12.2020 až 26.02.2021 doručené **vyjadrenia účastníkov konania SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., LiV Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. k Výzve I a k Doplneniu výzvy I**
- Účastník KLEMENT, a.s. požiadal [.....] **DI** o rokovanie o urovnaní⁶, k **urovnaniu** došlo [.....] **DI**
- **11.08.2021** úrad **prostredníctvom vzdialeného prístupu vykonal nahliadnutie na server** účastníka konania **KLEMENT, a.s.** s cieľom overiť existenciu súborov predložených účastníkom konania KLEMENT, a.s. v rámci programu zhovievavosti.
- **12.08.2021** účastník konania **KLEMENT, a.s.** podal úradu **ústne vysvetlenie** podľa § 16 ods. 4 zákona č. 187/2021 Z. z.
- **19.08.2021** úrad na základe žiadostí účastníkov konania o vypočutie svedkov nariadil **ústne pojednávanie**
- **26.10.2021** úrad **listom požiadal spoločnosť KROS, a.s. o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb** CENKROS účastníkmi konania **SPIE Elektrovod, a.s. Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s.**
- **27.10.2021** úrad **listom požiadal spoločnosť ABB, s.r.o. o poskytnutie informácie v súvislosti s možnou subdodávateľskou ponukou pre spoločnosť KLEMENT, a.s.**
- **4.11.2021** úrad **listom požiadal spoločnosť ÚRS CZ, a.s. o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb** KROS účastníkom konania **KLEMENT, a.s.**
- **24.11.2021** úrad zaslal účastníkom konania výzvu pred vydaním rozhodnutia (ďalej „**Výzva pred vydaním rozhodnutia II**“)⁷
- **30.12.2021 – prvostupňové rozhodnutie**

2. Aplikácia právnych predpisov

8. Úrad v správnom konaní hmotnoprávne posudzoval konanie podnikateľa podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 26.12.2016, teda podľa Rady úradu správne podľa zákona účinného v čase spáchania správneho deliktu. Správny

⁵ Položka spisu č. VI/175

⁶ Položka spisu v DKS č. [....] **DI**

⁷ Položka spisu v DKS č. 258 - 263

delikt sa považuje za spáchaný jeho dokonaním. Úrad v tomto správnom konaní posudzoval konanie podnikateľov, ku ktorému došlo v roku 2016, kedy bolo vyhlásené verejné obstarávanie a uchádzači predložili súťažné ponuky do tohto obstarávania.

9. Od 01.06.2021 je účinný zákon č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj „nový zákon“, „zákon č. 187/2021 Z. z.“), ktorý zrušil a nahradil zákon č. 136/2001 Z. z.⁸ Podľa § 65 ods. 1 prechodných ustanovení nového zákona konanie úradu začaté a právoplatne neskončené podľa zákona č. 136/2001 Z. z. sa dokončí podľa tohto zákona. Podľa § 65 ods. 2 nového zákona právne účinky úkonov, ktoré v konaní nastali pred účinnosťou tohto zákona zostávajú zachované. Podľa § 65 ods. 7 nového zákona sa na ukladanie sankcií za porušenie zákona č. 136/2001 Z. z. použije tento zákon, ak je priaznivejší.
10. Pri uplatňovaní procesných ustanovení aplikoval úrad správne zákon účinný v príslušnom období, preto úrad v správnom konaní procesnoprávne postupoval do 31.05.2021 podľa zákona č. 136/2001 Z. z. a od 01.06.2021 aplikoval procesnoprávne ustanovenia z nového zákona. Rada úradu sa stotožňuje s týmto postupom aplikácie procesných ustanovení.
11. Rada úradu rovnako ako úrad v správnom konaní hmotnoprávne posudzovala konanie podnikateľov podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 27.12.2016.
12. Pri uplatňovaní procesných ustanovení aplikovala Rada úradu zákon účinný v príslušnom období. Rada úradu preto postupovala pri aplikácii procesných ustanovení, ktoré upravujú správne konanie podľa nového zákona.
13. Správny orgán ukladá sankciu za porušenie právnych predpisov podľa času, kedy bol správny delikt spáchaný. Úrad aplikoval ustanovenia o pokute podľa zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 26.12.2016, teda zákon účinný v čase spáchania deliktu. Prvostupňový orgán neuplatnil pri ukladaní sankcie nový zákon, nakoľko dospel k záveru, že tento nie je pre účastníka konania priaznivejší. Svoj záver založil na tom, že keďže ustanovenia upravujúce sankciu v prípade kartelovej dohody sa vecne nezmenili, resp. nie sú pre účastníkov konania priaznivejšie, nie je dôvod na aplikáciu novšej právnej úpravy. Pokiaľ ide o lehoty na uloženie pokuty, tie nie sú podľa zákona č. 187/2021 Z. z. pre účastníkov konania priaznivejšie. Zároveň aplikoval ustanovenia týkajúce sa sankcií ako celok a teda v rámci ukladania sankcie účastníkom konania aplikoval ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z. nielen v prípade ukladania pokuty podľa § 38 tohto zákona, ale rovnako podľa tohto zákona postupuje aj v prípade aplikácie ustanovení týkajúcich sa posúdenia žiadosti o zhovievavosť (§ 38d) a urovnania (§ 38f).
14. Aplikácia právnych predpisov nebola účastníkmi konania Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o., spochybnená.

⁸ § 66 nového zákona

15. Účastník konania SPIE Elektrovod, a.s. vzniesol námietky ohľadom aplikácie zákona č. 136/2001 Z. z. na ukladanie sankcií a požadoval, aby tieto boli v jeho prípade ukladané podľa nového zákona vzhľadom na to, že podľa § 48 ods. 4⁹ nového zákona je možné upustiť od zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, čo podľa predchádzajúcej právnej úpravy možné nebolo, a teda je nová právna úprava priaznivejšia.
16. Rada úradu v tomto ohľade preskúmala postup prvostupňového orgánu, ktorý k týmto námietkam uviedol, že z analýzy úradu¹⁰ vyplynulo, že účastník konania úspešne vykonáva podnikateľskú činnosť aj v zahraničí, teda uložením zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na území SR nebude dotknutý výkon jeho podnikateľskej činnosti v rozsahu, v akom to prezentuje účastník konania.
17. Zo spisového materiálu vyplýva, že prvostupňový orgán vychádzal v rámci svojho záveru, ktorým aplikáciu § 48 ods. 4 nového zákona na ukladanie pokuty účastníkovi konania SPIE Elektrovod, a.s. odmietol, z materiálu Prehľad vybraných zákaziek zadávaných SEPE, a.s. (údaje získané z profilu VO a referencií založených v spise VO). Účastník konania voči takémuto záveru namietal a v rozklade zdôvodňuje, že logika jeho argumentácie významného zhoršenia konkurenčného prostredia spočíva v tom, že uloženie zákazu vo verejnom obstarávaní vzhľadom na povahu jeho aktivít v predmetnej oblasti ovplyvní jeho činnosť nielen v SR, ale aj v zahraničí, následkom čoho odíde z trhu a svoju aktivitu viac neobnoví, teda dôjde k vylúčeniu významného konkurenta pre daný typ verejného obstarávania. To by podľa neho viedlo k podávaniu menšieho množstva ponúk a k nedostatočnému konkurenčnému tlaku na zostávajúce spoločnosti. V dôsledku chýbajúceho konkurenčného tlaku zo strany SPIE Elektrovod, a.s. (a spoločnosti Alter Energo, a.s.) by ostatní účastníci na trhu podávali vyššie cenové ponuky, čo by viedlo k predražovaniu zákaziek. Takýto účinok zákazu by bol v rozpore so záujmom ochrany efektívnej hospodárskej súťaže na danom trhu, preto by mal úrad v danom prípade od uloženia zákazu účasti na verejnom obstarávaní upustiť. K takýmto následkom má dôjsť v prípade uloženia zákazu vo verejnom obstarávaní vzhľadom na to, že na trhu charakterizovanom vysokou špecializáciou, technickou a finančnou náročnosťou zákaziek, pôsobí na trhu len hŕstka spoločností. Podľa účastníka konania je trh už teraz vysoko koncentrovaný z dôvodu charakteristík daného odvetvia, a pôsobenie súťažných síl na tomto trhu je krehké.
18. § 48 nového zákona upravuje právomoc úradu uložiť sankciu v podobe zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na tri roky, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo v inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo s inou obdobnou súťažou. Táto právna úprava nadväzuje na predchádzajúcu úpravu v zákone č. 136/2001 Z. z. Úrad má podľa § 48 ods. 1 nového zákona povinnosť uložiť podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom

⁹ „Úrad môže vo výnimočných prípadoch upustiť od uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, aj vtedy, ak by uložením zákazu došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia.“

¹⁰ Položka spisu IV/128

obstarávaní, pokiaľ sa tento dopustil bid rigging praktiky, za ktorú mu ukladá pokutu, s výnimkou prípadov stanovených v ods. 2 a 4.

19. Novým zákonom pribudla v ods. 4 možnosť úradu uplatniť svoju diskrečnú právomoc a rozhodnúť o neuložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní aj v prípade, ak by uložením zákazu došlo k významnému zhoršeniu konkurenčného prostredia na relevantných trhoch, na ktorých pôsobia podnikatelia, ktorí sú pokutovaní za dohodu obmedzujúcu súťaž. Podľa dôvodovej správy *„K uplatneniu tejto výnimky úrad môže pristúpiť len vo výnimočných situáciách, kedy by uloženie zákazu podľa tohto ustanovenia viedlo de facto k narušeniu súťažného prostredia. O takúto situáciu môže ísť napr. v prípade, kedy by predmetný zákaz účasti bol uložený väčšine subjektov pôsobiacich na danom trhu a rozhodnutím úradu by bola de facto vytvorená dominantná pozícia jedného subjektu.“* Z takejto úpravy vyplýva snaha zákonodarcu ošetriť situácie, kedy by striktným uplatnením zákazu účasti vo verejnom obstarávaní úrad uložením zákazu významným spôsobom prispel k narušeniu konkurenčného prostredia. Takáto situácia môže nastať napr. v prípade, kedy na relevantnom trhu dotknutou dohodou pôsobí malé množstvo podnikateľov, z ktorých väčšina je uložený zákaz účasti vo verejnom obstarávaní, a teda by zostávajúci subjekt získal dominantné postavenie práve vďaka tomu, že jeho konkurenti boli účastní bid riggingu s následným zákazom účasti vo verejnom obstarávaní. Z takto nastavených vzťahov vyplýva, že uplatnenie diskrečnej právomoci úradu neuložiť zákaz účasti vo verejnom obstarávaní podľa § 48 ods. 4 nového zákona nastane v minimálnom množstve prípadov, nakoľko zo samotnej podstaty dôvodu na výnimku vyplýva, že nejde o bežnú situáciu a aj v takom prípade je na rozhodnutí úradu, či výnimku uplatní, alebo nie.
20. Z uvedeného vyplýva, že na posúdenie aplikácie § 48 ods. 4 nového zákona a vplyvu tohto faktora na záver o priaznivosti novej právnej úpravy pri ukladaní sankcií účastníkom konania je nevyhnutné zohľadniť charakter dotknutých trhov a vplyv uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na konkurenčné prostredie, pričom v prípade jeho významného zhoršenia je možné upustiť od zákazu účasti vo verejnom obstarávaní. V prípade, že úrad dospeje k záveru o možnosti upustenia od zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, mal by byť tento faktor zohľadnený v rámci rozhodovania, podľa ktorej právnej úpravy sú sankcie ukladané, teda ktorá je pre sankcionovaných podnikateľov priaznivejšia.
21. Z preskúmaného prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že napriek tomu, že bol zákaz účasti vo verejnom obstarávaní ukladaný 2 podnikateľom, otázka možného zhoršenia konkurenčného prostredia nebola prvostupňovým orgánom riešená. Zároveň rozhodnutie neobsahuje informácie o charaktere dotknutých trhov. V tejto časti je rozhodnutie nepreskúmateľné a bude potrebné uvedené informácie doplniť a následne zohľadniť vo vzťahu ku všetkým podnikateľom, ktorým je ukladaný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní pri rozhodovaní, ktorá právna úprava má byť aplikovaná na ukladanie sankcií.

3. Pôsobnosť zákona a účastník konania

22. Podľa § 2 ods. 1 nového zákona sa tento zákon vzťahuje na podnikateľov, orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy, obce a vyššie územné celky pri

výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a záujmovú samosprávu pri prenesenom výkone štátnej správy a iné osoby, o ktorých to ustanovuje tento zákon.

23. V priebehu konania pred úradom bol prijatý zákon č. 187/2021 Z. z., ktorým došlo aj k zmene znenia právnej úpravy týkajúcej sa podnikateľa a účastníka konania. Úrad preto správne posudzoval procesnú spôsobilosť podľa oboch právnych predpisov a správne ustálil v bodoch 26 a nasl. prvostupňového rozhodnutia, že spoločnosti SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. sú podnikateľom a účastníkom tohto správneho konania.
24. Spoločnosti SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. sú subjektom vykonávajúcim hospodársku činnosť a teda aj podnikateľom v zmysle § 3 ods. 1 nového zákona a sú podnikateľom podľa § 2 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, t. j. boli podnikateľom aj v zmysle § 3 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z.
25. Podľa § 25 ods. 3 písm. a) zákona č. 136/2001 Z. z. účastníkmi správneho konania v prípade dohody obmedzujúcej súťaž boli účastníci tejto dohody obmedzujúcej súťaž. Podľa § 20 ods. 1 písm. a) zákona č. 187/2021 Z. z. účastníkom konania vo veci dohody obmedzujúcej súťaž je fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá je zodpovedná za účasť na dohode obmedzujúcej súťaž. Spoločnosti SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. spĺňajú podmienky pre postavenie účastníka konania ako podľa zákona č. 136/2001 Z. z. tak aj podľa nového zákona.

4 Námietky účastníkov konania

26. Proti prvostupňovému rozhodnutiu podali účastníci konania SPIE Elektrovod, a.s. dňa 21.1.2022 (s doplnením dňa 28.3.2022), Alter Energo, a.s. dňa 24.1.2022 a KLEMENT, a.s. dňa 17.1.2022 rozklad. Účastníci konania VUJE, a.s., Liv Elektra, a.s., a EGEM s.r.o. boli oboznámení s podanými rozkladmi. Vyjadrenia k podaným rozkladom podali účastník konania EGEM s.r.o a Liv Elektra, a.s. dňa 1.2.2022, Alter Energo, a.s. dňa 3.2.2022.

4.1. SPIE Elektrovod, a.s.

27. Účastník konania vo svojom rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu namietal nasledujúce skutočnosti.
28. Úrad nezistil spoľahlivo skutkový stav a vyhodnotenie dôkazov obsahuje závažné pochybenia.
 - Úrad sa v rozhodnutí pre preukazovanie údajnej protisúťažnej koordinácie opiera o indexy medzi ponukou Konzorcium a ponukou spoločnosti KLEMENT, a.s. do VO a ďalej o metaúdaje v dokumentoch predložených spoločnosťou KLEMENT, a.s. v leniency žiadosti. Úrad vysvetlenie účastníka o oceňovaní

ponuky a irelevantnosti metaúdajov neakceptoval, a v rozpore s vyšetrovacou zásadou, zásadou materiálnej pravdy a zásadou "in dubio pro reo" vydal rozhodnutie, v ktorom zotrval na svojich skutkových zisteniach,

- Úrad nezohľadnil, že metaúdaje [.....] OÚ, zamestnanca Alter Energo, sa netýkajú SPIE Elektrovod, a.s., p. [.....] OÚ je zamestnancom spol. Alter Energo a metaúdaje nie sú spoľahlivým zdrojom informácií o nakladaní s dokumentom,
- Úrad nezohľadnil podiel pána [.....] OÚ na tvorbe projektovej dokumentácie VO, ani indície smerujúce k účastníkovi Alter Energo, a.s.,
- Úrad nepreukázal protiprávne konanie účastníka, účastník SPIE Elektrovod, a.s. nemohol sprístupniť konkurentovi ponuku Konzorcia, keďže ju nemala v danom čase k dispozícii, cenové indexy so spoločnosťou KLEMENT, a.s. sú dôsledkom používania Softvéru a ponúk subdodávateľov,
- Úrad vylúčil celý rad dôkazov bez toho, aby upravil svoje závery voči SPIE Elektrovod, a.s. – úrad postupuje nekonzistentne (s následkom zmätočného rozhodnutia), keď niektoré dôkazy vylúčil, pričom iné považuje za potvrdzujúce porušenie, hoci podľa účastníka vylúčenie dôkazov narušilo tvrdenie o súbore dôkazov preukazujúcich porušenie, úrad nemôže na jednej strane vychádzať z leniency žiadosti, na druhej dôkazy z nej plynúce vylúčiť,
- Úrad na základe rovnakého skutkového stavu vo vzťahu k určitým účastníkom vysvetlenie cenových indexov akceptuje ako alternatívne, kým vo vzťahu k SPIE Elektrovod, a.s. to isté vysvetlenie neobstoí, úrad nie je oprávnený bezdôvodne odmietat' vysvetlenia poskytnuté na rovnakom skutkovom základe.

29. V dôsledku nespoľahlivo zisteného skutkového stavu dospieva úrad k nesprávnym skutkovým záverom a nesprávnemu právnemu posúdeniu.

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

- nedostatočná dĺžka procesných lehôt - krátka lehota na vyjadrenie k výzve II
- porušenie vyšetrovacej zásady a povinnosti vysporiadať sa s námietkami účastníka
- úrad nedoplnil dokazovanie vo vzťahu k dôkazom predloženým účastníkom KLEMENT, a.s., ani iné doplnenie dokazovania, ktoré navrhol účastník konania
- porušenie zásady "in dubio pro reo" a zásady rovnakého zaobchádzania

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

32. Účastník konania namieta voči spôsobu vysporiadania sa úradu s jeho námietkami, ktorými požiadal o upustenie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s § 48 ods. 4 nového zákona a žiada jeho aplikáciu na ukladanie sankcií.

33. V doplnení rozkladu účastník konania

- namietal likvidačnosť pokuty,

- žiadal pokiaľ by Rada zotrvala na uložení pokuty (hoci po jej znížení) o
- odloženie splatnosti tejto pokuty na 180 dní a
- možnosť úhrady tejto (zníženej) pokuty v splátkach.

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

4.2. Alter Energo, a.s.

35. Účastník konania vo svojom rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu namietal nasledujúce skutočnosti.

36. Procesné pochybenie – porušenie princípu materiálnej pravdy (nedostatočné zistenie skutkového stavu) - rozpor s § 46 správneho poriadku:

- Úrad nevykonal doplnenie dokazovania a vlastné šetrenie, ktoré by objektívne vysvetlilo skutkový stav týkajúci sa informácií na serveri KLEMENT, a.s. napriek tomu, že účastník Alter Energo, a.s. na potrebu tohto dokazovania v priebehu správneho konania upozorňoval;
- Úrad nevykonal doplnenie dokazovania a vlastné šetrenie, ktoré by vysvetlilo proces cenotvorby KLEMENT, a.s. vo Spišská Nová Ves a VO Moldava, resp. proces cenotvorby KLEMENT, a.s. všeobecne, resp. pri iných dodávkach v roku 2016 (za účelom porovnania cenotvorby v ponuke vo Verejnom obstarávaní s inak obvyklým postupom spoločnosti KLEMENT, a.s.);
- Úrad nevykonal doplnenie dokazovania vyžiadaním súčinnosti od spoločností V-Stav Hrotovice, Hitachi Energy Slovakia napriek tomu, že účastník Alter Energo, a.s. na potrebu tohto dokazovania v priebehu správneho konania upozorňoval;
- Úrad nevykonal doplnenie dokazovania aby vylúčil akékoľvek manipulácie s metadátami, hoci účastník poukázal aj na nezrovnalosti v metadátach, logické vysvetlenie ich vytvorenia a potenciálnu motiváciu na ich predloženie Úradu, ale uspokojil sa s vysvetlením, ktoré si Úrad vydedukoval, aby to podporovalo jeho verziu chodu udalostí;
- Úrad nevykonal analýzu stavu spoločnosti KLEMENT, a.s. v roku 2016 za účelom objasnenia či KLEMENT, a.s. vôbec bol spôsobilý prakticky predložiť do Verejného obstarávania konkurencieschopnú ponuku (a teda za účelom objasnenia či prípadná koordinácia s Alter Energo bola prakticky spôsobilá naplniť cieľ tzv. cieľovej dohody ako ho vymedzil úrad – tzn. zabezpečenie vopred určeného víťaza).

37. Účastník konania namietal aj nesprávne právne posúdenie, teda nenaplnenie znakov tzv. cieľovej dohody – nesprávna právna kvalifikácia skutkového stavu a nenaplnenie predpokladov na konštatovanie existencie cieľovej dohody.

38. Podľa účastníka konania je rozhodnutie zmätočné, vnútorne rozporné a nepreskúmateľné, pričom úrad aplikuje diskriminačný prístup k argumentom jednotlivých účastníkov konania - rozpor s požiadavkou riadneho odôvodnenia

správneho rozhodnutia podľa § 47 ods. 3 správneho poriadku:

- Úrad skutkové zistenia či dôkazy voči Alter Energo, a.s. vyhodnocoval jednostranne a skutkový stav neanalyzoval a nevyhodnocoval objektívne a nestranne aj s cieľom jeho vysvetlenia na prospech tohto účastníka konania a odmietol vykonať ďalšie šetrenia a preveriť tvrdenia účastníkov s tým, že ide len o ich fabulácie; úrad opiera svoje rozhodnutie o závery, ktoré sú vnútorne rozporné, protichodné a odporujúce si – metodika rozhodovania úradu a kritériá, akým skutkové zistenia vyhodnocuje, sú v rozpore s princípom legitímneho očakávania či princípom predvídateľnosti rozhodnutia správneho orgánu ako aj v rozpore s požiadavkou zrozumiteľnosti rozhodnutia;
- Úrad rozdielne vyhodnocuje obdobné skutkové zistenia týkajúce sa indexácie vo vzťahu k jednotlivým účastníkom, pričom svoje závery opiera aj o domnienky či fabulácie, ktoré pritom sám vytýka niektorým účastníkom – rozhodnutie je v rozpore s princípom obmedzenej voľnosti správneho rozhodovania, resp. diskrečnej právomoci a v rozpore so zásadou objektívnosti a nestrannosti;
- Nevysporiadanie sa s argumentáciou Alter Energo, a.s. spôsobom, ktorý je možné považovať za náležitý – rozhodnutie nie je odôvodnené riadne a náležite – rozpor rozhodnutia s požiadavkami kladenými na odôvodnenie ustálenou rozhodovacou praxou a § 47 ods. 3 správneho poriadku;
- Úrad uložil účastníkovi Alter Energo, a.s. pokutu vo výške na maximálnej hranici, pričom metodika výpočtu či určenia pokuty je nezrozumiteľná a nepreskúmateľná – rozpor rozhodnutia s požiadavkami kladenými na odôvodnenie ustálenou rozhodovacou praxou;
- Úrad sa v prípade jedného účastníka (KLEMENT, a.s.) nekriticky (diskriminačne) spolieha na správnosť, úplnosť a pravdivosť jeho tvrdení či ním predložených informácií a v prípade účastníka Alter Energo, a.s. a SPIE Elektrovod, a.s. odmieta ich tvrdenia bez ďalšieho ako fabulácie – rozhodnutie je v rozpore so zásadou objektívnosti a nestrannosti a v rozpore s princípom rovnakého prístupu k účastníkom;
- Úrad v prípade troch účastníkov (LiV ELEKTRA, EGEM, VUJE) akceptuje ich alternatívne vysvetlenie preukázanej priamej spolupráce pri tvorbe ponuky, ale v prípade Alter Energo, a.s. a SPIE Elektrovod, a.s. neakceptuje ich alternatívne vysvetlenie nepreukázanej spolupráce dedukovanej len z nepriamych dôkazov – rozhodnutie je v rozpore so zásadou objektívnosti a nestrannosti, v rozpore s princípom rovnakého prístupu k účastníkom, v rozpore s princípom legitímneho očakávania.

39. Účastník konania namietal aj procesné pochybenia, ktoré majú za následok nezákonnosť prvostupňového rozhodnutia, a ktoré boli spôsobené zaujatosťou úradu voči Alter Energo, a.s. a SPIE Elektrovod, a.s.:

- Porušenie práva na spravodlivý proces: úrad vo výzve uložil účastníkom na vyjadrenie neprimerane krátku lehotu – porušenie princípu legitímneho očakávania a odňatie práva na spravodlivý proces,
- Porušenie zásady „*in dubio pro reo*“: správne konanie vedené úradom sa ohľadom posudzovania skutkového stavu pri pochybnostiach spravuje zásadou „*in dubio pro reo*“, avšak úrad vykonával dôkazy či interpretoval skutkový stav

len proti Alter Energo, a.s., pričom v prípade pochybností sa priklonil v argumentácii vždy v neprospech tohto účastníka konania.

40. Ďalšie námietky sa týkali nezákonnosti uloženej pokuty s odkazom na uvedené pochybenia a nesprávne právne posúdenie.

41. Účastník konania vo svojom vyjadrení k rozkladom proti prvostupňovému rozhodnutiu poukázal na niektoré aspekty argumentácie SPIE Elektrovod, a.s. a KLEMENT, a.s. a s týmito sa stotožnil, zároveň uviedol, že trvá na svojich argumentoch uvedených vo svojom rozklade.

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

43. K výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol tento účastník konania nasledujúce. Alter Energo súhlasí s predbežným záverom Rady ohľadom zrušenia a vrátenia rozhodnutia úradu na ďalšie konanie. Rada podľa názoru Alter Energo, a.s. správne vyhodnotila viaceré námietky účastníkov, ktorí podali rozklad proti rozhodnutiu a správne poukázala na pochybenia úradu v prvostupňovom konaní. Účastník konania zároveň poukázal nad rámec dôvodov uvedených vo výzve na niektoré aspekty svojej argumentácie, ktorej sa Rada úradu vo výzve pred vydaním rozhodnutia nevenovala a týkala sa najmä dodržiavania nediskriminačného prístupu k účastníkom konania, štandardu vykonávania dôkazov, dodržiavania zásad správneho trestania (okrem iného, zásady in dubio pro reo). Účastník konania ďalej uviedol, že naďalej trvá na tom, že v danom prípade sa o kartelovú a cieľovú dohodu nejedná a úrad tento konkrétny záver v konaní jednoznačne nepreukázal.

4.3. KLEMENT, a.s.

44. Účastník konania vo svojom rozklade proti prvostupňovému rozhodnutiu namietal nasledujúce skutočnosti.

45. Nezákonný a neprimeraný postup pri vyhodnotení leniency žiadosti - úrad pri priznaní nároku na zníženie pokuty postupoval nezákonne

- úrad nesprávne vyhodnotil „významnú pridanú hodnotu dôkazov“ a „dôkaznú silu dôkazov“, ktoré KLEMENT, a.s. predložil v leniency žiadosti, toto malo za následok, že úrad nesprávne a neprimerane určil výšku pokuty v rozhodnutí,
- úrad pri priznaní nároku na zníženie pokuty postupoval nezákonne, „významnú pridanú hodnotu“ dôkazov, ktoré v rámci správneho konania predložil účastník Klement, a.s. úrad posúdil až vo vzťahu k dôkazom a zisteniam, ktoré mal k dispozícii v čase vydania rozhodnutia. Tento postup však nezodpovedá zákonu a ani cieľom, ktoré má leniency program plniť, keďže sa posudzuje „dôkaz s významnou pridanou hodnotou k dôkazom, ktorými už úrad disponuje...“. V súlade so zákonom je teda jedine taký postup, keď úrad hneď po predložení dôkazov vyhodnotí, či tieto majú významnú pridanú hodnotu. Akékoľvek ďalšie a neskoršie vyhodnotenie dôkazov z hľadiska „významnej pridanej hodnoty“ v čase už neprichádza do úvahy.

46. Nedodržanie dohody o Urovnaní

- Účastník konania sa s úradom platne urovnal za podmienok, ktoré boli úradom navrhnuté a následne aj akceptované listom zo dňa 06.05.2021. Dohoda o urovnaní predpokladala, že KLEMENT, a.s. bude mať priznané 50 % zníženie základnej sumy pokuty na základe leniency žiadosti. Úrad však v rozhodnutí tomuto účastníkovi priznal len 30 % zníženie základnej sumy pokuty, t.j. porušil dohodu o urovnaní,
- Keďže dohoda o urovnaní bola uzatvorená platne podľa zákona a za podmienok, ktoré boli vzájomne dohodnuté a akceptované, úrad je povinný tieto podmienky akceptovať, a to aj v súlade s princípom právnej istoty a zásadou legitímnych očakávaní.

47. Neprimerane uložená pokuta

- Úrad pri stanovení základnej sumy pokuty vychádzal z hodnoty víťaznej ponuky, v dôsledku čoho základnú sumu pokuty určil pre KLEMENT, a.s. na maximálnej možnej úrovni zákonného limitu. Toto je s ohľadom na okolnosti prípadu, postavenie účastníka konania, výšku jeho celkového obratu vo vzťahu k hodnote zákazky, uplatnením neprimeranej tvrdosti zákona,
- Pokuta je neprimeraná aj vo vzťahu k nesprávnemu priznaniu zníženia základnej sumy pokuty z dôvodu leniency žiadosti.

48. Porušenie princípu právneho štátu - úrad tým, že nedodržel deklarovanú hodnotu zníženia základnej sumy pokuty na úrovni 50 % ako odmenu za predloženie dôkazov v rámci leniency žiadosti a zároveň nedodržel podmienky urovnania, porušil princíp právnej istoty a zásadu legitímnych očakávaní.

49. Porušenie práva na obranu a obhajobu - úrad neumožnil účastníkovi konania, aby sa zúčastnil vypočutia svedkov, ktoré malo zásadné dopady na priebeh správneho konania a rozhodnutie, a mal možnosť klásť im otázky.

50. Vzhľadom na uvedené tento účastník konania navrhuje prvostupňové rozhodnutie zrušiť a vrátiť na prvostupňový orgán na nové konanie, eventuálne zníženie pokuty so zohľadnením uplatnenia programu zhovievavosti prostredníctvom zníženia pokuty a následného urovnania o 50 percent.

51. K výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol tento účastník konania nasledujúce.

52. Účastník konania KLEMENT, a.s. sa stotožňuje so závermi Rady o nepreskúmateľnosti prvostupňového rozhodnutia a o potrebe toto rozhodnutie zrušiť a vec vrátiť prvostupňovému orgánu na nové prejednanie. V rozsahu, v akom to vyplýva z jeho rozkladu sa tento účastník stotožňuje so závermi Rady ohľadom nepreskúmateľnosti rozhodnutia úradu a o potrebe rozhodnutie zrušiť a vec vrátiť prvostupňovému orgánu na nové prejednanie.

53. Zároveň tento účastník konania uviedol, že sa nestotožňuje so závermi Rady ohľadom možnosti úradu bezdôvodne prehodnocovať priznanú výšku zľavy z pokuty. Podľa účastníka Rada opomína skutočnosť, že úrad svoje závery o porušení už formuloval v pôvodnej výzve a v doplnení pôvodnej výzvy, mal za to,

že dôkazy majú významnú pridanú hodnotu k dôkazom nazhromaždeným v administratívnom spise a priznal tak podnikateľovi KLEMENT, a.s. 50 % zníženie pokuty. V čase predloženia leniency žiadosti mali teda dôkazy v nej predložené pre úrad „pridanú hodnotu“, ocenenú úradom 50 % znížením pokuty a akékoľvek následné zisťovanie skutkového stavu na tejto skutočnosti nič nemení. Navyše, leniency žiadateľ podľa názoru účastníka konania nemôže byť postihnutý za to, že úrad pred doplnením pôvodnej výzvy nemal dostatočne vyhodnotený skutkový stav a že následne dospel k záveru, že 50 % zníženie pokuty bolo podľa neho neodôvodnené. Predmetné platí o to viac, že úrad vytvoril dôvodné očakávanie, že leniency žiadateľovi bude priznané 50 % zníženie pokuty z dôvodu leniency aj následne, keď pristúpil k urovnaniu. V prípade, ak mal úrad pochybnosti o pridanej hodnote dôkazov predložených leniency žiadateľom vo vzťahu k dôkazom, ktorými v čase predloženia leniency žiadosti už disponoval, mal ich zohľadniť už pri priznávaní pôvodnej zľavy z výšky pokuty, ktorá sa od významnosti predložených dôkazov priamo odvíja.

4.4. EGEM s.r.o.

54. Účastník konania sa vo svojom vyjadrení k rozkladom proti prvostupňovému rozhodnutiu vyjadruje k aspektom rozhodnutia týkajúcim sa tejto spoločnosti, navrhuje rozhodnutie v časti týkajúcej sa tohto účastníka potvrdiť.

55. K výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol tento účastník konania nasledujúce.

56. Účastník závery Rady úradu vníma len ako čiastkové výhrady vo vzťahu k procesnému postupu úradu predchádzajúcemu vydaniu prvostupňového rozhodnutia, ktoré však nemajú vplyv na vecnú správnosť záveru úradu ohľadom skutočnosti, že vina účastníka konania EGEM s.r.o. nebola preukázaná, a teda tento záver nie je Radou spochybňovaný. Z toho dôvodu tento účastník konania nepovažoval za nevyhnutné vyjadrovať sa k jednotlivým pripomienkam Rady k procesnému postupu úradu, a to tým skôr, že ich drvivá väčšina sa ho nijako nedotýka. Zároveň účastník konania zdôraznil, že aj naďalej trvá na tom, že sa žiadneho porušenia vo vzťahu k predmetnému verejnému obstarávaniu ani iným spôsobom nedopustil, pričom sa domnieva, že záver úradu o zastavení konania voči spoločnosti EGEM s.r.o. je ako celok dostatočne a preskúmateľne odôvodnený. Podľa účastníka konania tento počas správneho konania pred vydaním rozhodnutia poskytoval úradu všetku požadovanú súčinnosť a vierohodne vysvetlil všetky nejasnosti, ktoré na strane úradu ohľadom rokovaní spoločnosti EGEM s.r.o. v rámci predmetného verejného obstarávania mohli vzniknúť.

4.5. Liv Elektra, a.s.

57. Účastník konania sa vo svojom vyjadrení k rozkladom proti prvostupňovému rozhodnutiu vyjadruje k aspektom rozhodnutia týkajúcim sa tejto spoločnosti, navrhuje rozhodnutie v časti týkajúcej sa tohto účastníka potvrdiť.

58. K výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol tento účastník konania nasledujúce.

59. Účastník konania Liv Elektra, a.s. sa nestotožnil so závermi Rady úradu o potrebe zrušenia prvostupňového rozhodnutia a jeho vrátenia na nové

prejednanie a rozhodnutie.

60. Účastník konania sa vyjadril, že časť dôkazov – porovnanie cenových ponúk uchádzačov vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky v ďalších obdobných verejných obstarávaniach, ako aj závery sa k nim viažuce sa ho netýkajú, preto nemôžu byť dôvodom pre zrušenie rozhodnutia v časti zastavenia konania voči Liv Elektra, a.s. Rovnako podľa tohto účastníka úrad vo vzťahu k nemu identifikoval údaj, k akému rozsahu indexov sa vzťahuje záver o rovnakom cenovom základe ponuky (vo vzťahu k všetkým tvrdným indexom okrem indexov podľa bodu 166 rozhodnutia) a súčasne v rozhodnutí vo vzťahu k nemu ani nemôže absentovať údaj, z čoho úrad vychádzal pri vysvetlení indexov, ktoré boli podľa úradu vysvetlené charakterom tovarov a služieb, ktoré mali byť dodané, nakoľko žiadne takéto indexy neboli vo vzťahu k Liv Elektra, a.s. tvrdené. Závery Rady úradu preto podľa názoru tohto účastníka konania nemožno aplikovať ohľadom posudzovania vecnej správnosti, zákonnosti a preskúmateľnosti rozhodnutia vo vzťahu k Liv Elektra, a.s., ale len vo vzťahu k tým účastníkom konania, ktorých sa týkajú.
61. Podľa účastníka konania Liv Elektra, a.s. rovnako dôvody, pre ktoré Rada úradu považovala za nepreskúmateľné prvostupňové rozhodnutie v časti týkajúcej sa komunikácie medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s., EGEM, s.r.o. a VUJE, a.s. sa netýkajú tohto účastníka konania a preto nemôžu byť dôvodmi, pre ktoré dôjde k zrušeniu rozhodnutia vo vzťahu k Liv Elektra, a.s..
62. Účastník konania Liv Elektra, a.s. žiadal, aby Rada úradu uplatnila analógiu § 47 ods. 1 Správneho poriadku *„Rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie o odvolaní (rozklade). Odôvodnenie nie je potrebné, ak sa všetkým účastníkom konania vyhovuje v plnom rozsahu.“*, nakoľko jej použitím je podľa potrebné a správne dospieť k záveru, že na odôvodnenie správneho záveru voči Liv Elektra, a.s. vo vzťahu k výroku rozhodnutia (zastavenie konania podľa § 25 ods. 2 písm. g) zákona - úrad v konaní nepreukázal, že účastník konania porušil ustanovenia tohto zákona) nie je potrebné klásť rovnaké kvalitatívne požiadavky ako v prípade odôvodnenia rozhodnutia voči účastníkom konania, ktorým úrad nevyhovel a ktorým autoritatívne uložil sankcie podľa zákona. Podľa Liv Elektra, a.s. ak účastník konania o niečo žiadal (aby bolo konanie zastavené) a správny orgán mu vyhovel, nie je potrebné detailne uvádzať, z akých dôvodov mu vyhovel, na aké dôkazy prihliadal a akými úvahami sa riadil.
63. Účastník konania namietal voči tomu, že Rada úradu neposkytla vyjadrenie voči jeho argumentácii vo vyjadrení k rozkladom, kde poskytoval svoje vysvetlenia k argumentácii poskytovanej účastníkmi konania v rozkladoch. Zároveň v krátkosti zopakoval základné body svojej argumentácie
64. Účastník konania Liv Elektra, a.s. ďalej namietal voči tomu, že Rada úradu brala do úvahy vyjadrenia účastníka konania KLEMENT, a.s., nakoľko sa dožadoval uplatneniu inštitútu koncentrácie konania a požadoval, aby úrad neprihliadal na všetky vyjadrenia KLEMENT, a.s., ktoré KLEMENT, a.s. predložil v rámci svojho rozkladu vo vzťahu k Liv Elektra, a.s., nakoľko ide o vyjadrenia, ktoré KLEMENT, a.s. predložil po uplynutí lehoty určenej Úradom na vyjadrenie sa k výzve pred vydaním Rozhodnutia (a ktoré nepredložil skôr v konaní). V tejto súvislosti poukázal na znenie zmysle § 26 zákona, podľa ktorého *„Ak § 35*

neustanovuje inak, úrad pred vydaním rozhodnutia vo veci vyzve účastníka konania, aby sa písomne vyjadril k jeho podkladu a k spôsobu jeho zistenia, alebo aby navrhol jeho doplnenie, a podá mu informáciu o záveroch prešetrovania, ku ktorým úrad na základe jemu dostupných informácií a podkladov dospel. Úrad nie je povinný prihliadať na vyjadrenia, návrhy a dôkazy doručené po uplynutí lehoty určenej úradom na vyjadrenie sa k výzve.“ Účastník konania Liv Elektra, a.s. namieta, že Rada úradu súčasne nevysvetľuje, prečo napriek koncentrácii námietok KLEMENT, a.s. na tieto námietky prihliada a ako bol aplikovaný § 26 zákona Radou úradu v rámci jej správnej úvahy.

65. Účastník konania ďalej vo vzťahu ku komunikácii medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. uviedol, že podľa jeho názoru úrad dostatočne jasne a jednoznačne uviedol, že táto komunikácia na účely tohto konania nie je protizákonná. Podľa názoru Liv Elektra, a.s. nie je možné vyvodiť generálny záver, či akákoľvek komunikácia účastníkov verejného obstarávania je vo všeobecnosti a priori dovolená alebo zakázaná, ale vždy je potrebné vychádzať z konkrétnych - individuálnych okolností prípadu tak, ako tak vychádzal aj úrad v rozhodnutí. Podľa tohto účastníka konania z rozhodovacej praxe úradu vyplýva, že komunikácia medzi účastníkmi verejného obstarávania je protisúťažná v prípade, ak sa týka napríklad cenových ponúk, podmienok spolupráce, obchodnej stratégie, výmeny citlivých obchodných informácií alebo rozdelení zákazníkov. V tejto súvislosti poukázal na viaceré rozhodnutia úradu, ako aj materiál „Metodika kartelových dohôd“ a poukázal na absenciu rozhodnutia úradu na webovej stránke, v ktorom by úrad alebo Rada úradu prijala záver, že protisúťažnou komunikáciou je aj komunikácia ohľadom TS ponuky do verejného obstarávania. Podľa účastníka konania úrad teda konštantne a súlade s európskou judikatúrou považuje za protisúťažnú komunikáciu týkajúcu sa cenových ponúk, podmienok spolupráce, obchodnej stratégie, výmeny citlivých obchodných informácií alebo rozdelení zákazníkov, pričom nezriedka účastníci tejto komunikácie vystupujú pod kryciami menami s použitím šifrovacích prostriedkov, avšak takáto komunikácia medzi KLEMENT, a.s. a Liv Elektra, a.s. nikdy neprebehla.
66. Liv Elektra, a.s. má za to, že správnosť a zákonnosť rozhodnutia je potrebné hodnotiť vo vzťahu ku každému účastníkovi konania izolovane a samostatne, nakoľko účastníci konania nie sú nerozlučnými procesnými spoločníkmi. Každý z účastníkov konania koná v konaní sám za seba, každý predložil vlastné argumenty a dôkazy, a preto treba zákonnosť a správnosť rozhodnutia posudzovať a potvrdzovať alebo eventuálne naprávať vo vzťahu ku každému účastníkovi konania samostatne. Podľa názoru tohto účastníka konania nie je vo vzťahu k nemu daný predbežný záver Rady úradu formulovaný v bodoch 60 a 83 Výzvy, a preto na výrok V. rozhodnutia týkajúceho sa zastavenia konania voči Liv Elektra, a.s. nie je možné aplikovať § 59 ods. 3 Správneho konania o zrušení prvostupňového rozhodnutia v celom rozsahu. V tejto súvislosti účastník konania poukázal na § 25 ods. 2 písm. g) zákona „*Úrad zastaví konanie, ak v konaní nepreukázal, že účastník konania porušil ustanovenia tohto zákona.*“ a § 25 ods. 3 zákona „*Úrad môže zastaviť konanie podľa odseku 1 alebo odseku 2 aj v jeho časti.*“
67. Podľa tohto účastníka konania je výrok V. rozhodnutia o zastavení konania voči Liv Elektra, a.s. zákonný a vecne správny, t. j. je plne v súlade so zákonmi a ostatnými všeobecne záväznými právnymi predpismi v zmysle § 46 v spojení s

§ 3 ods. 1 Správneho poriadku a súčasne je v súlade s početnou rozhodovacou praxou úradu, kedy úrad obdobne zastavil správne konania vedené pre namietané porušenie § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) ZoHS z dôvodu nedostatku dôkazov a nepreukázania porušenia ZoHS.

68. Účastník konania sa Liv Elektra, a.s. dovoľáva princípu in dubio pro reo.
69. Vzhľadom na uvedené Liv Elektra, a.s. navrhol, aby Rada svojím rozhodnutím ako vecne správne potvrdila a všetky rozklady proti tomuto výroku rozhodnutia ako nedôvodné zamietla.

4.6. VUJE, a.s.

70. K výzve pred vydaním rozhodnutia uviedol tento účastník konania nasledujúce.
71. Účastník konania VUJE, a.s. sa v plnom rozsahu stotožňuje so závermi úradu, ktoré sa ho týkajú, teda že úrad zastavuje voči tomuto účastníkovi konanie, nakoľko sa nepreukázalo jeho protisúťažné správanie.
72. Tento účastník konania sa nestotožňuje so závermi Rady úradu, ktorými konštatovala nepreskúmateľnosť prvostupňového rozhodnutia vo vzťahu k indexom, ako aj komunikácii účastníkov konania KLEMENT, a.s., VUJE, a.s. a EGEM s.r.o., nakoľko sa nikdy nepodieľal na akomkoľvek protisúťažnom alebo akomkoľvek protiprávnom konaní, vo vzťahu ku ktorému vedie úrad správne konanie. Podľa tohto účastníka neexistuje voči nemu ani jediný priamy dôkaz a jediná nepriama indícia spočíva v jednom nevyžiadanom e-maile od spoločnosti KLEMENT, a.s. V tejto súvislosti účastník konania poukázal na svoju argumentáciu predloženú v priebehu prvostupňového konania.¹¹
73. Účastník konania VUJE, a.s. ďalej vo svojom vyjadrení poukazoval na svoje vysvetlenia vo vzťahu k jednotlivým indexom a namietal, že nacenenie drvivej väčšiny položiek zo strany spoločnosti VUJE, a.s., ktoré boli pôvodne identifikované úradom ako protisúťažné indexy, bolo nižšie ako ich nacenenie víťazom a počet a hodnota všetkých 13 položiek, na ktoré poukázala Rada úradu v bodoch (78) až (80) výzvy Rady je zanedbateľná vo vzťahu k celkovému počtu nacenенých položiek a k celkovej hodnote zákazky obstaranej v rámci VO 400 kV PB a preto nemôže obstať pôvodné tvrdenie úradu, že v danom prípade existovala dohoda alebo zosúladený postup spočívajúci v úmyselnom podaní vyššej krycej ponuky zo strany spoločnosti VUJE, a.s. v prospech víťaza. Podľa účastníka konania VUJE, a.s. sa teda záver Rady úradu o nedostatočnom odôvodnení záverov úradu vo vzťahu k indexom ako možným dôkazom protisúťažného správania podnikateľov nevzťahuje k indexom v ponuke tohto účastníka konania, keďže tieto indexami nie sú. Zrušenie prvostupňového rozhodnutia a vrátenie veci prvostupňovému orgánu vo vzťahu k účastníkovi konania VUJE, a.s. z toho pohľadu nemá žiaden relevantný význam a ani dostatočný základ.
74. Vo vzťahu ku komunikácii účastníkov konania KLEMENT, a.s., VUJE, a.s.

¹¹ Prvé vyjadrenie spoločnosti VUJE zo dňa 21. 1. 2021, Druhé vyjadrenie spoločnosti VUJE zo dňa 17. 9. 2021, Tretie vyjadrenie spoločnosti VUJE zo dňa 1. 12. 2021

a EGEM s.r.o. účastník konania VUJE, a.s. poukázal na svoje vyjadrenia, ktorými podľa jeho názoru vyvrátil podozrenie z protisúťažného charakteru tejto komunikácie a poukázal na záver prvostupňového orgánu v tejto oblasti, ktorý je podľa jeho názoru správny, keďže úrad akceptoval vysvetlenia VUJE, a. s. V tejto súvislosti účastník konania VUJE, a. s. vyslovil nesúhlas s námietkami účastníkov konania KLEMENT, a.s., ako aj Alter Energo, a.s., ako aj nesúhlas so závermi Rady, ktorá zaviazala prvostupňový orgán sa s týmito námietkami vysporiadať, pričom opätovne uviedol základné body svojej argumentácie, pre ktorú predmetnú komunikáciu nemožno podľa jeho názoru považovať za dôkaz protisúťažného správania.

75. Podľa účastníka konania VUJE, a.s. tento preukázal úradu, že pre jeho správanie existuje iné logické vysvetlenie, resp. že prvotné tvrdenie úradu o jeho protisúťažnom správaní nie je ani zďaleka jediným prijateľným vysvetlením. V nadväznosti na uvedené ako aj na konštatovanie prvostupňového orgánu úradu uvedené v bode (209) výzvy úradu, tento účastník konania navrhuje, aby Rada úradu, s poukazom na ust. § 25 ods. (2) písm. g) a na ust. § 27 ods. 6 zákona, potvrdila prvostupňové rozhodnutie úradu o zastavení správneho konania voči tomuto účastníkovi konania.

5. Vyjadrenie Rady úradu

76. Po preskúmaní prvostupňového rozhodnutia, rozkladov a vyjadrení k rozkladom účastníkov konania, ako aj po oboznámení sa s podkladmi v spisovom materiáli dospela Rada úradu k nasledovnému záveru.
77. Podľa § 3 ods. 5 Správneho poriadku rozhodnutie správnych orgánov musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci. Správne orgány dbajú o to, aby v rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely.
78. Podľa § 46 Správneho poriadku rozhodnutie musí byť v súlade so zákonmi a ostatnými právnymi predpismi, musí ho vydať orgán na to príslušný, musí vychádzať zo spoľahlivo zisteného stavu veci a musí obsahovať predpísané náležitosti.
79. Podľa § 59 ods. 1 Správneho poriadku odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu; ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni. Podľa ods. 2 citovaného ustanovenia, ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí. Podľa ods. 3 citovaného ustanovenia odvolací orgán rozhodnutie zruší a vec vráti správne orgánu, ktorý ho vydal na nové prejednanie a rozhodnutie, pokiaľ je to vhodnejšie najmä z dôvodov rýchlosti alebo hospodárnosti; správny orgán je právnym názorom odvolacieho orgánu viazaný.
80. Preskúmaním napadnutého rozhodnutia a konania, ktoré predchádzalo jeho vydaniu, bol odvolacím správnym orgánom zistený dôvod na jeho zrušenie a vrátenie veci na nové prejednanie a rozhodnutie.

81. Správne konanie je viazané zásadou materiálnej pravdy. Táto zásada sa v praxi pretavuje do povinnosti správneho orgánu vychádzať pri rozhodovaní zo spoľahlivo zisteného stavu veci. Je nevyhnutné, aby správny orgán i na základe dôkazov navrhnutých účastníkom konania náležite zistil všetky skutočnosti dôležité pre rozhodnutie.
82. Spoľahlivé zistenie stavu veci predpokladá postup, keď si správny orgán v súlade s § 32 ods. 1 Správneho poriadku obstará také podklady pre rozhodnutie, ktoré mu umožnia zistiť presne a úplne skutočný stav veci. V praxi to znamená, že je nevyhnutné vykonať všetky vyšetrenia nevyhnutné na objasnenie rozhodujúcich okolností a dôležité pre posúdenie veci (úplnosť zistenia), jednak zabezpečiť, aby skutkové zistenia vyvedené z vykonaných vyšetrovaní zodpovedali skutočnosti (presnosť zistenia). Správnosť a úplnosť zistených podkladov má zároveň viesť k presvedčivosti rozhodnutia správneho orgánu. Táto skutočnosť sa premieta predovšetkým do odôvodnenia rozhodnutia (§ 47 ods. 3).¹²
83. Rada úradu po preskúmaní rozhodnutia a skutočností, z ktorých toto rozhodnutie v čase jeho vydania vychádzalo dospela k záveru, že rozhodnutie je vzhľadom na nedostatočné vyhodnotenie skutkového stavu, respektíve jeho nedostatočné premietnutie do odôvodnenia rozhodnutia nepreskúmateľné. Pri svojich záveroch Rada vychádzala z nasledujúcich skutočností.
84. Námietky účastníkov konania v rozkladoch je možné rozdeliť do dvoch základných skupín. Účastníci konania SPIE Elektrovod, a.s. a Alter Energo, a.s. namietali nezákonnosť rozhodnutia z dôvodu nesprávneho a neúplného zistenia skutkového stavu, nesprávneho právneho posúdenia, vnútorne rozporného a zmätočného odôvodnenia. Obaja účastníci popierajú účasť na dohode, spochybňujú leniency žiadosť, namietajú zlé vyhodnotenie dôkazov, procesné pochybenia (krátka lehota na vyjadrenie k výzve II a nedoplnenie dokazovania tak, ako to navrhovali účastníci), likvidačnosť sankcie, neprimeranosť pokuty, jej zlý výpočet.
85. Účastník konania KLEMENT, a.s., namietal voči vyhodnoteniu leniency žiadosti a dôkazov v nej predložených, ako aj voči následnému vyhodnoteniu v rámci ukladania sankcie – výšky zľavy leniency a následného výpočtu urovnania. Podľa tohto účastníka bol tým, že úrad nepriznal pôvodne deklarované 50 % zníženie, porušený princíp právnej istoty a zásada legitímnych očakávaní, ako aj porušená dohoda o urovnaní. Zároveň podľa neho úrad postupoval neprimerane pri ukladaní pokuty aj tým, že vychádzal z nesprávneho relevantného obratu. Podľa tohto účastníka úrad porušil právo na obhajobu tým, že mu neumožnil účasť vypočutia svedkov.
86. Vzhľadom na charakter námietok Rada úradu nepovažuje za potrebné vyhodnocovať námietky ich priradovaním k jednotlivým účastníkom konania, ale vzhľadom na ich obsah, keďže tie isté skutočnosti boli namietané viacerými účastníkmi konania. Od takéhoto spracovania sa Rada úradu odkloní a konkrétny

¹² Košičiarová Soňa: Správny poriadok. Šamorín: Heuréka, 2004, S. 24-25:

namietajúci subjekt uvedie tam, kde to bude vzhľadom na povahu námietky žiadúce.

87. Vychádzajúc z uvedeného Rada úradu preskúmavala v prvom rade skutkové zistenia prvostupňového orgánu, ich oporu v dôkazoch obsiahnutých v spisovom materiáli, závery úradu vo vzťahu k vyhodnoteniu dôkazov a spôsob odôvodnenia záverov úradu. Až na základe záverov Rady k skutkovému stavu bude možné preskúmať zákonnosť uloženia sankcií. V závislosti od záverov Rady k skutkovej časti následne môže Rada úradu vyhodnotiť procesný stav konania a námietky k nemu sa viažu.

5.1 Zistenie skutkového stavu

88. Prvostupňový orgán pomerne detailne popísal jednotlivé dôkazy, z ktorých vychádzal pri formulácii záverov ku skutkovým zisteniam. Z priebehu prvostupňového konania vyplýva, že úrad účastníkom konania zaslal Výzvu pred vydaním rozhodnutia I v novembri 2020, v ktorej dospel k záveru o účasti všetkých účastníkov konania na dohode obmedzujúcej súťaž. Svoj záver úrad zakladal na dôkazoch – cenové indexy medzi uchádzačmi, ponuka uchádzača KLEMENT, a.s. na CD nosiči víťaza predmetného VO, anomálie v jednotkových cenách, porovnanie jednotkových cien účastníkov konania vo verejných obstarávaníach SEPS, a.s., subdodávky. Úrad svoj záver o dohode obmedzujúcej súťaž v tejto výzve založil na nepriamych dôkazoch o spôsobe stanovenia cien a subdodávkach.
89. Bezprostredne po tejto výzve účastník konania KLEMENT, a.s. predložil úradu leniency žiadosť¹³, v ktorej tento priznal svoju účasť na predmetnej dohode obmedzujúcej súťaž a predložil ďalšie dôkazy
- e-mailová komunikácia medzi účastníkmi konania KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s. týkajúca sa tabuliek technických špecifikácií (ďalej len „TTŠ“), ktoré boli účastníci konania povinní vyplniť v rámci predkladania ponúk do obstarávania,
 - komunikácia medzi KLEMENT, a.s., EGEM s.r.o. a VUJE, a.s., ktorá sa týkala informácie o späť vzatí námietok
 - dokumenty uchádzača KLEMENT, a.s. týkajúce sa predmetného VO s metadátami preukazujúcimi, že ich vytvorili alebo nakladali s nimi zástupcovia ďalšieho účastníka predmetného obstarávania, vrátane pôvodného celkového rozpočtu podaného v predmetnom obstarávaní týmto účastníkom konania ([.....] OU a ACONT).
90. Predmetnú žiadosť úrad akceptoval a následne doplnil svoju výzvu pred vydaním rozhodnutia listom (Doplnenie Výzvy I 16.12.2020)¹⁴, v ktorom dôkazy doplnil o mailovú komunikáciu, dokumenty s metadátami, a na základe týchto podkladov doplnil preukázanie koordinácie vo verejnom obstarávaní o ďalší dôkaz – výmenu citlivých obchodných informácií. Taktiež úrad informoval účastníkov konania o uplatnení programu zhovievavosti účastníkom konania KLEMENT, a.s.,

¹³ Položka spisu [.....] DI

¹⁴ Položka spisu č. V/170-175

následkom ktorého tomuto bude znížená pokuta o 50 %.

91. V záujme získania ďalších podkladov a informácií úrad vykonal v priebehu konania 11.8.2021 vzdialený prístup na server účastníka konania KLEMENT, a.s.¹⁵ za účelom overenia dát spojených s dôkazmi predloženými v leniency žiadosti, čím preveril existenciu predložených dokumentov na serveroch predmetného účastníka konania. Následne úrad uskutočnil 12.8.2021 ústne vypočutie¹⁶ zástupcu predmetného účastníka konania, člena predstavenstva KLEMENT, a.s. V rámci predmetného vypočutia úrad zisťoval bližšie informácie o spôsobe vypracovania cenovej ponuky, rozpočtu do predmetného verejného obstarávania, mená subdodávateľov k zákazke predmetného VO, spôsob naceňovania položiek ponuky ním predloženej v predmetnom VO, dôvody oslovenia Liv Elektra, a.s. na vyplnenie časti ponuky, bližšie informácie o zaslaní informácie o späťvzatí námietok KLEMENT, a.s. uchádzačom EGEM s.r.o. a VUJE, a.s. Z tohto ústneho vysvetlenia v zásade nevyplynuli nové podstatné skutočnosti, avšak účastník konania KLEMENT, a.s. svoje vysvetlenia poskytol v kontexte informácií a podkladov predložených v leniency žiadosti s aplikáciou na zvyklosti predmetnej spoločnosti pri podávaní ponúk do verejných obstarávaní. Hoci účastník konania nevedel ozrejmiť mnohé detaily, na ktoré sa úrad pýtal, zhodnotil, že zistené skutočnosti o spôsobe vypracovania ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní (úradom, ale aj interným zisťovaním KLEMENT, a.s.) nasvedčujú, že postup pri vypracovaní a predložení ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní bol vzhľadom na zvyklosti podnikateľa KLEMENT, a.s. neštandardný.
92. K ďalšiemu zisťovaniu podkladov a informácií prispelo ústne pojednávanie, ktoré úrad nariadil **19.8.2021**¹⁷. Na tomto ústnom pojednávaní sa zúčastnili všetci účastníci konania s výnimkou KLEMENT, a.s., ktorý sa ospravedlnil. Na tomto ústnom pojednávaní sa uskutočnil aj výsluch svedka navrhovaného účastníkom konania Liv Elektra, a.s. pána [.....] **OÚ** sa nedostavili), ako aj svedka navrhovaného účastníkom konania Alter Energo, a.s., pána [.....] **OÚ**. Zástupcovia účastníkov konania mali priestor poskytnúť vyjadrenia nad rámec argumentácie poskytnutej v dovtedajšom priebehu konania, vrátane vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia.
93. Účastník konania EGEM s.r.o., VUJE, a.s. a Alter Energo, a.s. sa primárne vyjadrovali k obsahu a dôkazom predloženým v leniency žiadosti. Podľa EGEM s.r.o. je obsah leniency žiadosti nedôveryhodný a voči tomuto účastníkovi konania neprináša žiadnu dôkaznú hodnotu.
94. VUJE, a.s. sa vyjadrili k dôkazu v podobe k mailovej komunikácii ohľadom späťvzatia námietok – nejde o citlivé informácie, tieto by boli dostupné aj verejne na stránke Úradu pre verejné obstarávanie, informácia nemala a nemohla mať vplyv na postup VUJE, nevyplýva z nej koordinácia účastníkov, naviac išlo o nevyžiadaný e mail, ktorý nemohol odstrániť neistotu o fungovaní trhu, ktorá by viedla k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Predmetný email nemohol mať vplyv na podanie ponúk VUJE, a.s. a KLEMENT, a.s., keďže ju VUJE, a.s. podalo 7 min

¹⁵ Položka spisu č. VII/360

¹⁶ Položka spisu č. VII/362

¹⁷ Položka spisu č. VIII/375

pred mailom, a obe spoločnosti v tom čase mali ponuky hotové, leniency žiadateľ nepredložil žiadnu ďalšiu komunikáciu, ktorá by preukázala jeho koordináciu s VUJE, a.s. Podľa tohto účastníka ak úrad hovorí o koordinácii účastníkov v procese VO s cieľom vytvoriť krycie ponuky v prospech víťaza, nedáva zmysel, že víťaz nebol zahrnutý v mailovej komunikácii. Podľa VUJE, a.s. priznanie leniency žiadateľa nie je skutočné, len v rovine hypotetického tvrdenia a celkovo pôsobí mimoriadne nedôveryhodne, priznali sa až po výzve pred vydaním rozhodnutia, stotožnili sa so závermi tak, ako ich naformuloval úrad bez toho, aby poukázali na okolnosti svojho protisúťažného správania, a tiež si protirečí – na jednej strane KLEMENT, a.s. uvádza, že nevie nič povedať o príprave ponúk, na druhej tvrdí, že svoju ponuku predložil po koordinácii s VUJE, a.s.

95. Podľa účastníka konania Alter Energo, a.s. bola leniency žiadosť predložená účelovo, neobsahovala relevantné dôkazy o výmene citlivých informácií, tvrdenie, že majú takúto hodnotu bolo zo strany leniency žiadateľa robené len kvôli tomu, aby bola zvýšená hodnota dôkazov, čo sám žiadateľ potvrdzuje, keď na jednej strane hovorí, že nemá vedomosti o tom ako čo prebiehalo, na druhej strane sa k tomu plne priznáva.
96. V rámci výsluchu svedkov zo strany zástupcu podnikateľa Liv Elektra, a.s. bolo poskytnuté vysvetlenie ako a prečo došlo k vypracovaniu časti ponuky týmto podnikateľom pre KLEMENT, a.s. – táto akcia bola založená na osobných vzťahoch svedka so zástupcom KLEMENT, a.s., nešlo o cenové, ale technické informácie, vedenie Liv Elektra, a.s. nemalo o tomto postupe informácie. Technické informácie by v prípade požiadavky boli poskytnuté dodávateľom všetkým, teda aj KLEMENT, a.s.
97. Z výsluchu svedka, zástupcu podnikateľa Alter Energo, a.s. vyplynuli informácie o jeho pracovnej pozícii, uviedol, že nepozná KLEMENT, a.s. a v rámci svojej pracovnej pozície síce vypracovával dokumenty, a to aj vo vzťahu k predmetnému verejnému obstarávaniu, avšak tieto sa netýkali cenovej ponuky. Svedok nedokázal vysvetliť, akým spôsobom sa jeho meno dostalo do metadát dotknutých dokumentov, ktoré leniency žiadateľ a úrad považuje za dôkaz.
98. V záujme preverenia tvrdení účastníkov konania tiež úrad vykonal dokazovanie oslovením 3 spoločností, od ktorých zisťoval informácie v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb CENKROS účastníkmi konania SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s. a KLEMENT, a.s., o poskytnutie informácií v súvislosti s používaním softvéru pre naceňovanie stavieb KROS účastníkom konania KLEMENT, a.s. a o poskytnutie informácie v súvislosti s možnou subdodávateľskou ponukou pre spoločnosť KLEMENT, a.s.

5.2 Dôkazy a ich vyhodnotenie

99. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že po zistení skutkového stavu vykonaním vyššie uvedených dôkazov úrad vypracoval novú výzvu pred vydaním rozhodnutia (Výzva pred vydaním rozhodnutia II), kde k viacerým dôkazom zaujal v porovnaní s Výzvou pred vydaním rozhodnutia I odlišnú pozíciu, čo ho viedlo k zastaveniu konania voči 3 účastníkom konania - EGEM s.r.o., VUJE, a.s. a Liv Elektra, a.s.

100. Dôkazy, ktoré prvostupňový orgán vyhodnocoval po zaslaní Výzvy pred vydaním rozhodnutia I a následnom došetrení skutkového stavu, možno rozdeliť do nasledujúcich skupín.

- Analýza cenových ponúk a z nej identifikované dôkazy
 - indexy
 - ponuka uchádzača KLEMENT, a.s. na CD nosiči víťaza - konzorcia SPIE Elektrovod, a.s. a Alter Energo, a.s.
- Porovnanie cenových ponúk uchádzačov vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky v ďalších obdobných verejných obstarávaniach
- Subdodávky
- Leniency žiadosť –
 - Samotné vyhlásenie
 - Komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s.
 - Komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s., EGEM s.r.o. a VUJE, a.s.
 - Dokumenty uchádzača KLEMENT, a.s. s metadátami odkazujúcimi na víťaza

101. Rada úradu preskúmala odôvodnenie záverov prvostupňového orgánu vo vzťahu k uvedeným dôkazom, ako aj postup predchádzajúci záverom.

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

103. Z ustanovení európskeho práva, ako aj z európskej judikatúry vyplýva, že v rámci súťažného práva bol európskymi súdmi aplikovaný dôkazný štandard „dostatočne presné a koherentné dôkazy odôvodňujúce názor, že došlo k porušeniu“ (sufficiently precise and coherent proof to justify the view, that has been an infringement), „dostatočne presvedčivý a konzistentný súbor dôkazov“ (sufficiently cogent and consistent body of evidence). V rámci európskej judikatúry je tiež akceptované súdmi, že nie každý dôkaz, ktorý zohľadňuje EK, musí priamo a konzistentne preukazovať každý aspekt porušenia súťažných pravidiel, je postačujúce, ak takúto požiadavku spĺňa súbor dôkazov ako celok. Zároveň je v súťažnom prípadovom práve badateľný princíp „dôkazov schopných presvedčiť sudcu“ v závislosti od okolností jednotlivých prípadov (intime conviction).

104. Rada úradu vo vzťahu k námietkam účastníkov týkajúcim sa preukazovania v predmetnom správnom konaní vychádza zo znenia Správneho poriadku, ktorý neurčuje záväzným spôsobom prípustnosť konkrétnych dôkazných prostriedkov a ich dôkaznú silu, teda záleží len na samom správnom orgáne, akú dôkaznú silu dôkazu v konkrétnom konaní prisúdi (zásada voľného hodnotenia dôkazov). Správny orgán preto nie je viazaný žiadnym poradím významu a preukaznej sily dôkazov.

105. V zmysle Správneho poriadku podklad pre rozhodnutie tvoria všetky skutočnosti, ktoré môžu prispieť k zisteniu skutočného stavu veci, teda podania, návrhy a vyjadrenia účastníkov konania a zúčastnených osôb (uplatnené v podaní, ako aj kedykoľvek v priebehu konania), dôkazy (podľa § 34 ods. 2. Správneho poriadku sú nimi najmä výsluchy svedkov, znalecké posudky, listiny a ohliadka), čestné vyhlásenia, ako aj skutočnosti všeobecne známe alebo skutočnosti známe správnomu orgánu z jeho úradnej činnosti. Správny orgán je povinný si zaobstarat' potrebné podklady pre rozhodnutie, a určuje si rozsah, aj spôsob zisťovania podkladov pre rozhodnutie a je vecou jeho úvahy, či vykoná navrhnutý dôkaz alebo použije iný dôkazný prostriedok. Správny orgán nie je povinný vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, resp. zúčastnenou osobou, ak majú byť predmetom dokazovania skutočnosti, ktoré sú pre zistenie skutkového stavu veci a právne posúdenie zjavne nepotrebné alebo nadbytočné. Správny orgán má možnosť podľa svojej úvahy posúdiť, či sa niektorá skutočnosť ukázala v rámci dokazovania ako pravdivá, t. j. či sama o sebe je ako dôkaz postačujúca, alebo či treba zadovážiť ďalšie dôkazy, ktoré vytvoria úplnejšie podklady pre rozhodnutie. Pri hodnotení dôkazov správny orgán hodnotí procesné dôkazy z hľadiska ich pravdivosti a dôležitosti pre rozhodnutie.

106. Podľa Rady úradu úrad pri formovaní záverov dokazovania nezohľadnil všetky skutočnosti, ktoré vyšli najavo v priebehu správneho konania, v prvostupňovom rozhodnutí tieto nevyhodnotil vo vzájomných súvislostiach a dostatočne neodôvodnil svoje závery. Prvostupňový orgán v prvostupňovom rozhodnutí dostatočne neuviedol, z akého dôvodu sa nakoniec vo svojom hodnotení priklonil k niektorým dôkazom a k iným nie. Podľa Rady úradu úrad neodstránil rozpory a nejasnosti vo vykonaných dôkazoch, pričom tieto mohli mať zásadný dopad na skutkové zistenia rozhodné z pohľadu prejednávanej veci. S ohľadom na uvedené sa Rada úradu stotožňuje s tvrdením účastníkov konania, ktorí namietali, že sa úrad nevysporiadal s námietkami v oblasti dokazovania. Rada úradu v tomto rozhodnutí uvedené závery podrobne podporuje analýzou jednotlivých dôkazov, ako aj právnymi úvahami, ktorými sa pri hodnotení týchto dôkazov a pri formovaní svojich záverov riadila.

107. V ďalšom texte sa Rada úradu vyjadruje k tým dôkazom, pri ktorých identifikovala pochybenia prvostupňového orgánu.

Indexy

108. Úrad porovnal jednotkové ceny neúspešných uchádzačov voči víťazovi, ako aj jednotkové ceny medzi uchádzačmi navzájom a zistil, že medzi nimi existujú indexy. Vo všetkých častiach rozpočtu predmetnej stavby (Rozvodňa II, Rozvodňa III a Sklad ZSD) existuje index medzi ponukou víťaza a ponukou neúspešného uchádzača KLEMENT, a.s., najmä v hodnote 1,06, resp. 0,94 a zároveň sú jednotkové ceny za niektoré cenové položky medzi víťazom a uchádzačom KLEMENT, a.s. buď rovnaké alebo takmer dvojnásobné, dvojnásobné, resp. viac ako dvojnásobné.

109. Úrad v priebehu prvostupňového konania pomerne detailne vyčíslil konkrétne indexy vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania, s identifikáciou jednotlivých častí ponuky, v ktorej sa indexy nachádzali. Následne úrad zhodnotil informácie

získané po Výzve pred vydaním rozhodnutia I a vo vzťahu k indexom, ktoré sa nachádzali v ponukách uchádzačov EGEM s.r.o., VUJE, a.s. a Liv Elektra, a.s. prijal alternatívne vysvetlenia, ktoré tieto subjekty poskytli.

110. Prvostupňový orgán v rámci prehodnotenia svojich záverov vychádzal z tvrdení, že v ponukách nešlo o indexáciu, ale o logický následok toho, že uchádzači pri vypracovaní ponuky používali cenníky od rovnakých subdodávateľov, ku ktorým si prirátali maržu. Ďalším úradom akceptovaným argumentom o tom, že pôvodne identifikované indexy nie sú indexami bolo tvrdenie účastníkov, že podobnosť cien vznikla vzhľadom na typizované zariadenia, teda charakter predmetu zákazky, resp. jej časti odôvodňuje cenovú podobu, hoci k dodávke nedošlo od rovnakých subdodávateľov. Časť pôvodne identifikovaných indexov bola prehodnotená vzhľadom na prepočty úradu, kedy účastníci poskytli vysvetlenie o tom, ktoré skutočnosti treba zohľadniť, čo bolo objektívne odôvodniteľné.
111. Rada úradu preskúmala postup prvostupňového orgánu a zistila, že spisový materiál obsahuje v niektorých prípadoch podklady, z ktorých vyplýva, že vysvetlenie účastníkov konania je založené na racionálnom základe, teda skutočnosti, ktoré účastníci konania tvrdia, možno považovať za alternatívne vysvetlenie, ktoré spochybňuje závery úradu a tento v súlade so súťažnoprávnou teóriou a rozhodovacou praxou na takéto dôkazy neprihliadal. Zároveň ale Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že toto sa týka iba časti pôvodne identifikovaných indexov, ku ktorým účastníci konania predložili cenové ponuky subdodávateľov, a teda preukázali racionálny základ svojho tvrdenia o tom, že nešlo o index, ale rovnaký cenový základ, ku ktorému bola pridaná marža. Rada úradu však neidentifikovala údaj, vo vzťahu k akému rozsahu indexov sa takýto záver vzťahuje. Rovnako v prvostupňovom rozhodnutí absentuje údaj, z čoho prvostupňový orgán vychádzal pri vysvetlení indexov (rovnako aj ich identifikácia), ktoré boli podľa úradu vysvetlené charakterom tovarov a služieb, ktoré mali byť dodané. V týchto prípadoch totiž došlo k dodávke od iných subdodávateľov, pričom podobnosť v cenách bola odôvodnená napr. typom výrobku (pozri napr. body 78 – 80 prvostupňového rozhodnutia). Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad akceptoval vyjadrenia účastníkov konania, tieto ale neboli podložené tak, ako tomu napr. bolo v prípade tovarov dodávaných rovnakými subdodávateľmi, ktorí boli obsiahnutí v prílohe ponuky účastníkov konania. Rada úradu teda vo vzťahu k týmto častiam rozhodnutia toto považuje za nepreskúmateľné a zo strany úradu bude potrebné časť, v ktorej úrad akceptoval alternatívne vysvetlenia účastníkov konania k indexom, dopracovať, a to aj s bližším odôvodnením, čo a z akého dôvodu považuje úrad za osobitý charakter tovarov odôvodňujúci rovnaký cenový základ aj u iných dodávateľov. Prvostupňový orgán doplní v tomto smere vo vzťahu ku každému účastníkovi konania, aké indexy, na základe akých konkrétnych skutočností a podkladov, úrad považuje za alternatívne vysvetlené. Taktiež úrad doplní svoje odôvodnenie, vyhodnotením vo vzťahu ku každému z účastníkov konania, vyčíslením rozsahu indexov, ktoré považuje za alternatívne vysvetlené a ktoré zostali indexami protisúťažného správania. Tieto, predstavujúce dôkaz o protisúťažnom správaní, následne vyhodnotí v celkovom kontexte získaných podkladov a informácií.

S ohľadom na vyššie uvedené Rada úradu považuje za nedostatočné odôvodnenie, ktoré je obsiahnuté v prvostupňovom rozhodnutí.¹⁸

Porovnanie cenových ponúk uchádzačov vo vzťahu k predpokladanej hodnote zákazky v ďalších obdobných verejných obstarávaniach

112. Úrad porovnal ponuky predložené účastníkmi konania v obdobných verejných obstarávaniach vyhlásených v rovnakom čase rovnakým obstarávateľom, ako bolo verejné obstarávanie, ktoré je predmetom tohto správneho konania (pozri tabuľku v bode 123 prvostupňového rozhodnutia).
113. Z podkladov spracovaných prvostupňovým orgánom vyplýva, že vo všetkých sledovaných verejných obstarávaniach bol na posledných 2 miestach účastník konania KLEMENT, a.s., alebo EGEM s.r.o. Ďalej z nich vyplynulo, že v nich SPIE Elektrovod, a.s., Alter Energo, a.s., VUJE, a.s., KLEMENT, a.s. a EGEM s.r.o. niekedy podali ponuky nad predpokladanú hodnotu zákazky, pričom medzi ponukami od toho istého podnikateľa v iných verejných obstarávaniach boli podstatné rozdiely v tom zmysle, že niekde podal ponuku pod predpokladanú hodnotu zákazky, inde výrazne nad. Taktiež, vychádzajúc z tabuľky v bode 123 prvostupňového rozhodnutia, boli v 2 verejných obstarávaniach (VO v tomto správnom konaní a VO Spišská Nová Ves) veľké rozdiely medzi víťaznou ponukou a neúspešnými ponukami, ktoré boli nad predpokladanú hodnotu zákazky, túto výrazne prekračovali. Tieto skutočnosti považoval prvostupňový orgán vo Výzve pred vydaním rozhodnutia I za skutočnosť prispievajúcu k preukázaniu protisúťažného správania v podobe podávania krycích ponúk a striedanie víťaza.
114. K takýmto záverom sa vyjadrili viacerí účastníci konania v tom zmysle, že to môže mať veľa dôvodov, od odôvodnených zvýšených nákladov na položky, po jednoduché interné rozhodnutie uchádzača, pričom samo o osebe nemôže ísť o dôkaz o karteli. Poukázali na to, že predpokladaná hodnota zákazky je vo všeobecnosti len „predpokladaná“ teda orientačná, rámcová, nepresná a pri zisťovaní PHZ jej spracovateľ zásadne nedisponuje všetkými relevantnými informáciami a nezohľadňuje všetky faktory, ktoré vstupujú do cenotvorby pri tvorbe ponukovej ceny zo strany uchádzačov. PHZ je treba brať len orientačne, pričom ponukové ceny a skutočná realizačná cena môže byť vyššia i nižšia. Následne prvostupňový orgán v bode 126 prvostupňového rozhodnutia uviedol, že ponuka uchádzača nad PHZ predstavuje jeho vlastné znevýhodnenie v súťaži, keďže ponúknutá cena je spravidla hlavným, v tomto prípade jediným kritériom hodnotenia ponúk. V prípade, ak uchádzači vo VO podávajú ponuky, ktoré sú vyššie ako stanovená PHZ, je to jeden zo znakov, či indikátorov o možnom protisúťažnom konaní, kedy uchádzači vo VO konajú tak, aby ich ponuka bola nevýhodnejšia ako ponuky ostatných uchádzačov. Svoju ponuku nepredkladajú v

¹⁸ Pozri napr. „Úrad k týmto zisteniam konštatuje, že vo väčšine vyššie uvedených prípadov identifikovanej cenovej indexácie bolo účastníkmi konania, s výnimkou KLEMENT, a.s., predložené alternatívne vysvetlenie. V prípade zamýšľaného využitia služieb subdodávateľov bolo vo viacerých prípadoch preukázané, že tvorba vlastnej cenovej ponuky jednotlivých uchádzačov vychádzala z rovnakého základu vyplývajúceho z ponúk týchto subdodávateľov, t. j. indexácia vznikla len v dôsledku rovnakého cenového základu, t.j. rovnakej subdodávateľskej ponuky.“

takýchto prípadoch so snahou uspieť a získať predmetnú zákazku, ale ako krycie ponuky, ktoré majú zabezpečiť víťazstvo inému, vopred dohodnutému uchádzačovi. Úrad ďalej skonštatoval, že nielen cenová ponuka vyššia ako PHZ môže byť považovaná za kryciu, ale aj miera splnenia, resp. nesplnenie podmienok obstarávateľa (ich rozsah a kvalita), môžu byť v spojitosti s ďalšími dôkazmi indíciami o možnej krycej ponuke.

115. Prvostupňový orgán uviedol, že takto vysoko nadhodnotené ponuky sú indíciou o možnej dohode obmedzujúcej súťaž, avšak samotný fakt, že uchádzač podá ponuku vyššiu ako je stanovená PHZ ešte sám o sebe neznamená, že k porušeniu zákona reálne došlo. Podľa úradu v tomto prípade možno konštatovať, že účastníci konania v rámci svojich vyjadrení poskytli ohľadne dôvodov podania cenových ponúk vyšších ako PHZ len všeobecné vyjadrenia, ktoré dostatočne nevysvetľujú ich konanie.
116. Rada úradu k tomuto zhodnoteniu uvádza, že nie je zrejmé, či úrad zotrval na svojom stanovisku uvedenému vo Výzve pred vydaním rozhodnutia I a považuje informácie, ktoré vyplynuli z analýzy ponúk predkladaných účastníkmi konania v predmetných verejných obstarávaníach za dôkaz o protisúťažnom správaní, alebo nie. V prípade, že ide o dôkaz, tento bolo potrebné zhodnotiť spolu s inými dôkazmi získanými v priebehu správneho konania vo vzťahu ku každému z účastníkov konania. Rada úradu vzhľadom na uvedené považuje rozhodnutie v tejto časti nepreskúmateľné. Prvostupňový orgán bude povinný po vrátení veci doplniť odôvodnenie v uvedenom smere a zohľadniť získané informácie v rámci vyhodnotenia skutkového stavu.
117. Rada úradu dospela k uvedenému záveru aj vzhľadom na vyjadrenie úradu v bode 321 prvostupňového rozhodnutia, v ktorom sa vyjadroval k námietke účastníka konania Alter Energo, a.s., že úrad výslovne uvádza, že ponuky nad PHZ na preukázanie protisúťažného konania nestačia, ale zároveň z formulácie výzvy vyplýva, že vysvetlenia účastníkov konania k takémuto postupu naďalej úrad vníma ako nedostatočné a teda „nadlimitné“ ponuky naďalej zrejme úrad vníma ako aspoň podporný či menší nepriamy dôkaz možnej koordinácie s cieľom zabezpečiť víťazstvo vopred dohodnutého uchádzača. Alter Energo, a.s. v zmysle svojej námietky s takouto úvahou úradu nesúhlasil, keďže by podľa neho v dotknutom verejnom obstarávaní potom okrem spoločnosti LiV ELEKTRA, a.s. predložili podľa úradu tzv. „krycie ponuky“ v zásade všetci ostatní uchádzači. Vzhľadom na zastavenie konania voči VUJE, a.s. a EGEM s.r.o. podľa Alter Energo, a.s. „nadlimitné“ ponuky v konaní nemožno akceptovať ako priamy, nepriamy alebo akokoľvek relevantný dôkaz protisúťažného postupu či vzájomnej koordinácie účastníkov vo verejnom obstarávaní. Úrad k tejto námietke uviedol, že nie je pravda, že cenová ponuka vyššia ako PHZ nemôže byť dôkazom o kolúzii vo VO. Ide však len o dôkaz nižšej právnej sily, a preto na samotné preukázanie protisúťažného správania nestačí. Úrad musí mať k dispozícii aj iné dôkazy, ktoré podporne s cenovou ponukou vyššou ako PHZ dostatočne preukážu, že subjekty zapojené do VO sa v tomto VO koordinovali. Úrad zároveň uvádza, že voči účastníkom konania EGEM s.r.o. a VUJE, a.s. zastavuje konanie nie preto, že nebol daný dôvod na konanie, ale z dôvodu, že nepreukázal porušenie zákona týmito dvoma účastníkmi v správnom konaní.

118. Rade úradu ani po uvedenom vyjadrení úradu nie je zrejmé, či a voči ktorým účastníkom konania sú predmetné informácie dôkazom o protisúťažnom správaní.

Komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s.

119. Predmetná komunikácia sa týkala vypracovania časti ponuky účastníka konania KLEMENT, a.s., keď pred termínom podania ponuky tento žiadal svojho konkurenta, LiV ELEKTRA, a.s. o pomoc s technickou špecifikáciou. Zamestnanec LiV ELEKTRA, a.s. túto pomoc poskytol, pričom odpoveď dáva v kópii aj na člena Dozornej Rady LiV ELEKTRA, a.s., pána [.....] OÚ, jeho úpravy sú v metadátach súborov, ktoré poskytol leniency žiadateľ.
120. Ďalšia časť komunikácie sa týkala požiadavky verejného obstarávateľa, ktorý od účastníka KLEMENT, a.s. požadoval vysvetlenie k jeho ponuke v časti „Ostatné“, následkom tejto požiadavky tento účastník požiadaval svojho konkurenta LiV ELEKTRA, a.s. o doplnenie informácií k určitým častiam jeho vlastného rozpočtu, a to tak, aby KLEMENT, a.s. stihol obstarávateľovi doručiť tieto doplnené informácie. Z podkladov predložených leniency žiadateľom vyplýva, že v tom čase prebiehala aj interná komunikácia zamestnancov KLEMENT, a.s., kde zamestnankyňa žiada kolegu o zabezpečenie doplnenia, v ten istý deň pán [.....] OÚ z LiV ELEKTRA, a.s. posielal požadované údaje vyplnené, čo vyplýva aj z metadát ponuky.
121. Z doplnenia výzvy pred vydaním rozhodnutia I vyplýva, že úrad túto komunikáciu považoval za dôkaz preukazujúci protisúťažné správanie, ktorý prispel k preukázaniu účasti podnikateľov KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s. na predmetnej kartelovej dohode.
122. V priebehu prvostupňového konania však úrad svoj záver prehodnotil, zohľadnil pritom vyjadrenie účastníka konania LiV ELEKTRA, a.s., ktorý uviedol, že sa nejedná o komunikáciu citlivých skutočností, ide o informácie technickej povahy poskytované dodávateľom všetkým záujemcom, teda by ich poskytol aj účastníkovi KLEMENT, a.s., pričom člen Dozornej rady poveril zamestnanca k vypracovaniu, keď takú požiadavku dostali.
123. Úrad v bode 136 prvostupňového rozhodnutia zobral do úvahy vysvetlenie predložené účastníkmi správneho konania. Zohľadnil predovšetkým skutočnosť, že informácie, ktoré boli predmetom komunikácie medzi KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s. boli informáciami, ktoré sú u dodávateľa bežne dostupné a na požiadanie poskytované rovnako všetkým záujemcom. Ide o informácie, ktoré nie sú utajované a ktoré v rámci verejného obstarávania nepredstavujú pre uchádzača súťažne relevantnú informáciu. Úrad preto dospel k záveru, že na účely tohto konania predmetné informácie neposúdil ako informácie, ktorých poskytnutie by muselo nevyhnutne znamenať koordináciu uchádzačov vo verejnom obstarávaní. Tento záver bol v prvostupňovom rozhodnutí v bode 323 doplnený vyjadrením úradu k námietke účastníka konania Alter Energo, a.s.¹⁹,

¹⁹ Alter Energo, a.s. vyjadril názor, že považuje za právne neobhájiteľné, aby úrad preukázanú e-mailovú komunikáciu medzi účastníkmi konania počas verejného obstarávania týkajúcu sa technických parametrov zákazky úrad posúdil ako výmenu informácií, ktorých poskytnutie nemuselo nevyhnutne

keď úrad uviedol, že samotná existencia komunikácie medzi uchádzačmi VO nestačí na preukázanie koordinácie účastníkov konania vo VO. Úrad hodnotí dôkazy jednotlivo, ale aj vo vzájomných súvislostiach, rovnako ako dôkazy posudzuje v kontexte s ostatnými zisteniami úradu. V tomto prípade, s ohľadom na obsah komunikácie, predmetom ktorej boli informácie komukoľvek dostupné na požiadanie, ako aj skutočnosť, že účastníci VO tieto informácie nemuseli obstarávateľovi uviesť exaktne, ale stačilo napísať, či daná položka spĺňa alebo nespĺňa požiadavku obstarávateľa, úrad vyhodnotil komunikáciu medzi KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s. ako výmenu informácií, ktorá ale nepredstavuje porušenie súťažných pravidiel.

124. Z vyššie uvedeného vyplýva, že úrad aj vo vzťahu k tomuto dôkazu prebral tvrdenia účastníka konania LiV ELEKTRA, a.s. a dospel k záveru, že uvedenú výmenu informácií nemožno považovať za nevyhnutne preukazujúcu koordináciu uchádzačov vo verejnom obstarávaní. Napriek tomu, že prvostupňový orgán sám správne uvádza teóriu hodnotenia dôkazov vo vzájomných súvislostiach, zároveň iba uvádza, že samotná existencia komunikácie medzi uchádzačmi VO nestačí na preukázanie koordinácie účastníkov konania vo VO. Rada úradu považuje takéto zdôvodnenie za neurčité v takom rozsahu, že zakladá nepreskúmateľnosť rozhodnutia. Jednak z tohto záveru podľa Rady úradu nie je zrejmé, či teda podľa úradu túto komunikáciu vôbec nemožno považovať za dôkaz o karteli, alebo či je takéto vnímanie komunikácie iba jednou z alternatív, pričom druhou alternatívou je neškodnosť tejto komunikácie. Rada úradu tiež považuje za nedostatočné zdôvodnenie, prečo tieto informácie neboli ako dôkaz posúdené na účely tohto konania. Rade úradu z vyššie uvedenej formulácie nie je zřejmý dôvod, prečo práve v tomto konaní nie je takáto komunikácia konkurentov, z ktorej vyplýva, že jeden uchádzač o zákazku vysokej hodnoty vypracováva časť ponuky svojho konkurenta, považovaná za dôkaz, ani čím sa toto konanie odlišuje od iných konaní, kde takýto typ komunikácie za dôkaz považovaný bol. Rada úradu nepovažuje za dostatočné zdôvodnenie, že sa nejednalo o komunikáciu citlivých skutočností, ale o informácie technickej povahy, ani to, že účastníci konania nemuseli tieto informácie verejnému obstarávateľovi uviesť exaktne. V tomto ohľade Rada úradu zdôrazňuje, že išlo o vypracovanie časti ponuky jedného konkurenta druhým konkurentom. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na námietky účastníkov konania uvedené v ich rozkladoch, keď títo priamo namietajú takéto závery úradu.²⁰

znamenat' koordináciu účastníkov konania vo verejnom obstarávaní.

²⁰ Pozri napr. námietky účastníka konania KLEMENT, a.s. v rozklade „Ak sa teda Úrad stotožnil s argumentáciou, že nejde o výmenu citlivých informácií, mal by zodpovedať zároveň aj otázku, prečo, keď sú tieto informácie bežne dostupné u dodávateľov, mali práve uchádzači v rámci Verejného obstarávania Podunajské Biskupice potrebu si tieto informácie zdieľať medzi sebou !(?). Spoločnosť KLEMENT, a.s. tvrdí, že i komunikácia o technických otázkach, ktorú predložila Úradu, je dôkazom o tom, že medzi spoločnosťou KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA dochádzalo ku kontaktom počas predmetného výberového konania, a teda bol vytvorený priestor pre kolúziu. Navyše, Úrad sa v žiadnej časti rozhodnutia nevysporiadal s tým, ako by mohol fungovať kartel vo vzťahu k Verejnému obstarávaniu Podunajské Biskupice, ak účastníci konania ako spoločnosť VUJE, LiV ELEKTRA, či EGEM neboli vôbec súčasťou koluzívneho správania (!). Akákoľvek krycia ponuka, ktorá by bola predložená totiž spoločnosťou KLEMENT, a.s. pre účely zabezpečenia víťazstva konzorcia SPIE (SAG) a Alter Energo, by nebola podporená dohodou s ostatnými účastníkmi, a teda by nemala z hľadiska koluzívneho správania opodstatnenia. Aj v tejto súvislosti bolo preto dôležité vnímať spoločnosťou KLEMENT, a.s. predložené dôkazy o jej komunikácii so spoločnosťou LiV ELEKTRA ako podstatné. Dané platí o to viac, že spoločnosť LiV ELEKTRA benefitovala z toho, že bola subdodávateľom pre

125. Vzhľadom na uvedené bude úrad povinný po vrátení veci opätovne vyhodnotiť predmetnú mailovú komunikáciu a prijať záver k tomu, či túto považuje, alebo nepovažuje za dôkaz protisúťažného správania účastníkov konania a svoje závery náležite odôvodniť a to aj vo svetle námietok účastníkov konania, ako aj štandardnej súťažnoprávnej teórie týkajúcej sa prípustnosti komunikácie konkurentov. Rada úradu zdôrazňuje, že úrad bude povinný svoje závery náležite zdôvodniť jednotlivo, ako aj v kontexte ostatných dôkazov vo vzťahu ku každému z účastníkov konania.

Komunikácia medzi uchádzačmi KLEMENT, a.s., EGEM s.r.o. a VUJE, a.s.

126. Predmetná komunikácia sa týkala späťvzatia námietok vo verejnom obstarávaní účastníka konania KLEMENT, a.s., o ktorom informoval svojich konkurentov EGEM s.r.o. (pred podaním jeho ponuky v predmetnom verejnom obstarávaní) a VUJE, a.s. (po tom, čo tento ponuku vo verejnom obstarávaní už podal).

127. Tak, ako to bolo aj vo vzťahu ku komunikácii KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s., aj táto komunikácia o späťvzatí námietok bola pôvodne úradom považovaná za dôkaz preukazujúci účasť na predmetnej dohode obmedzujúcej súťaž, o čom účastníkov konania informoval v Doplnení výzvy pred vydaním rozhodnutia I.

128. Vyjadrenia k tomuto dôkazu boli účastníkmi konania podané vo vyjadreniach k výzve, aj na ústnom pojednávaní. Účastník konania VUJE, a.s. uviedol, že mu informácia o späťvzatí námietok bola doručená až po zaslaní jeho ponuky, neexistuje žiadna spojitosť s cenovou ponukou, išlo o bezvýznamnú informáciu bez potenciálnej pridanej hodnoty. Účastník konania EGEM s.r.o. uviedol, že táto informácia nebola spôsobilá ovplyvniť priebeh verejného obstarávania, tento účastník konania ju neeviduje v archívoch, neznižuje nijako stupeň neistoty ohľadne chovania konkurentov v súťaži.

129. Následne prvostupňový orgán v bode 139 prvostupňového rozhodnutia uviedol, že oznámenie o stiahnutí námietok je potrebné posúdiť z pohľadu, že takýto postup je štandardný v prípadoch krycích ponúk, kde účastník dohody predloží svojim kolegom v rámci dohody obmedzujúcej súťaž dôkaz o tom, že konal podľa vopred dohodnutých pravidiel, a teda v súlade s takouto dohodou. Aj takýto dôkaz preto môže byť dôkazom o porušení zákona, ak je zároveň po posúdení ďalších súvisiacich dôkazov preukázané, že postup uchádzača bol súčasťou dohody. Na základe vyjadrení a vysvetlení účastníkov konania úrad dospel k záveru, že zaslanie predmetnej informácie v tomto prípade nemohlo mať vplyv na výsledok súťaže.

130. Z uvedeného vyplýva, že aj vo vzťahu k tomuto dôkazu, ktorý úrad pôvodne považoval za silný dôkaz protisúťažného správania účastníkov, úrad prehodnotil svoj záver, a to na základe vyjadrení a vysvetlení účastníkov konania. Rade úradu z odôvodnenia záveru prvostupňovým orgánom nie je zrejmé, prečo tento, správne citujúci štandardnú teóriu vzťahujúcu sa k takémuto typu dôkazov, následne uviedol, že túto v tomto prípade a správnom konaní neaplikuje.

V odôvodnení absentuje informácia, či a na základe akých skutočností úrad dospel k záveru, že táto mailová komunikácia nie je dôkazom dohody, nakoľko po posúdení ďalších súvisiacich dôkazov nepreukázala, že postup uchádzačov bol súčasťou dohody. Vzhľadom na uvedené bude úrad povinný po vrátení veci opätovne vyhodnotiť predmetnú mailovú komunikáciu a prijať záver k tomu, či túto považuje, alebo nepovažuje za dôkaz protisúťažného správania účastníkov konania. Rada úradu zdôrazňuje, že úrad bude povinný svoje závery náležite zdôvodniť jednotlivo, ako aj v kontexte ostatných dôkazov vo vzťahu ku každému z účastníkov konania, pričom bude potrebné vysporiadať sa s námietkami účastníkov konania v tejto oblasti²¹.

Dokumenty uchádzača KLEMENT, a.s. s metadátami odkazujúcimi na víťaza

131. Súčasťou leniency žiadosti boli aj dokumenty obsahujúce metadáta, ktoré podľa žiadateľa preukazovali účasť na karteli

- viacero dokumentov obsahujúcich cenové, t. j. rozpočtové údaje, ktoré boli súčasťou súťažnej ponuky KLEMENT, a.s., odkazuje vo vlastnostiach dokumentov (metadáta) na pána [.....] OÚ, ktorý mal byť v čase podania ponuky spolupracovníkom/ zamestnancom spoločnosti SAG Elektrovod (predchodca SPIE Elektrovod, a.s.)
- najdôležitejší je dokument v PDF formáte s názvom „2016-11_II+III_VV_REKAPITULACIA_(85HARKOV)PDF“, ktorý obsahuje celkový rozpočet KLEMENT, a.s. predložený do súťaže
- dokumenty odkazujúce na autora [.....] OÚ uvádzajú ako dátum poslednej úpravy 30.11.2016, t. j. dátum predchádzajúci termínu na podanie ponúk do predmetného obstarávania.

²¹ Pozri napr. námietky účastníka konania KLEMENT, a.s. v rozklade „Zarážajúce je, že Úrad v rozhodnutí zmenil svoje vyhodnotenie, bez akejkoľvek dodatočnej argumentácie, a dnes tvrdí, že predmetný dôkaz nie je dôkazom o koordinácii vo Verejnom obstarávaní Podunajské Biskupice, keďže oznámenie o stiahnutí námietok nemohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania (viď bod (139) rozhodnutia). V prvom rade, toto vyhodnotenie je zarážajúce a nepresvedčivé o to viac, že (i) jednak ide o dôkaz, ktorým sa preukazuje, že pred tým, ako mohli mať ostatní účastníci verejného obstarávania námietky k dispozícii, tieto im boli zaslané spoločnosťou KLEMENT, a.s. Dané preukazuje blízku komunikáciu medzi účastníkmi konania. (ii) Zároveň, to, či mohla alebo nemohla mať zaslaná informácia vplyv na výsledok verejného obstarávania, nie je relevantné, keďže sa touto preukazuje existencia komunikačnej platformy medzi účastníkmi konania v čase prebiehajúceho Verejného obstarávania Podunajské Biskupice. (iii) Ďalej, opätovne spoločnosť KLEMENT, a.s. pripomína Úradu, že bez aktivity spoločností VUJE, LiV ELEKTRA a EGEM by nemohol kartel efektívne fungovať, nakoľko len samotná krycia ponuka predložená spoločnosťou KLEMENT, a.s. by nemohla zabezpečiť víťazstvo konzorcia. (iv) Konečne, spoločnosť VUJE bola subdodávateľom vo vzťahu k zákazke Podunajské Biskupice, a teda benefitovala z toho, že konzorcium SPIE a Alter Energo zákazku získali. Je preto len ťažko predstaviteľné, že zaslanie informácie o námietkach ostatným účastníkom výberového konania nemalo žiaden súvis s posudzovaným protisúťažným konaním.

Spoločnosť KLEMENT, a.s. tvrdí, že nie je účelné, aby Úrad vyhodnocoval každú komunikáciu medzi uchádzačmi samostatne bez jej vyhodnotenia v spojení s okolnosťami súvisiacimi s verejným obstarávaním. Úrad sa mal navyše zamerať na danú komunikáciu ako celok preukazujúci, že medzi účastníkmi konania dochádzalo k nedovoleným kontaktom pri príprave ponúk do Verejného obstarávania Podunajské Biskupice. To či jednotlivá parciálna informácia nemohla mať vplyv na výsledok verejného obstarávania nie je relevantné, relevantné je, že už len z podkladov, ktoré predložila spoločnosť KLEMENT, a.s. vyplýva, že medzi účastníkmi predmetného obstarávania dochádzalo evidentne k intenzívnej komunikácii, ktorá indikovala kolúziu vo Verejnom obstarávaní Podunajské Biskupice.“

- dokumenty týkajúce sa predmetného verejného obstarávania s metadátami odkazujúcimi na spoločnosť ACONT, externého správcu IT SAG nájdené na serveroch KLEMENT, a.s., ako autori sú spomínaní [.....] OÚ a [.....] OÚ, väčšina bola naposledy upravená v máji 2016, alebo november/december 2016.

132. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že dokumenty s metadátami [.....] OÚ úrad konzistentne považoval za dôkaz o protisúťažnom správaní. Z rozhodnutia však nevyplýva, aký postoj mal prvostupňový orgán k časti leniency žiadosti týkajúcej predloženia dôkazov o prítomnosti dokumentov týkajúcich sa predmetného VO s metadátami odkazujúcimi na spoločnosť ACONT, externého správcu IT SAG nájdené na serveroch KLEMENT, a.s. Rada úradu považuje za potrebné, aby prvostupňový orgán po vrátení veci doplnil závery vo vzťahu k týmto dôkazom. Úrad bude povinný svoje závery náležite zdôvodniť jednotlivo, ako aj v kontexte ostatných dôkazov vo vzťahu ku každému z účastníkov konania.

5.3 K leniency žiadosti

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

134. Úrad uviedol, že zohľadnil skutočnosť, že

- informácie, ktoré boli predmetom komunikácie medzi KLEMENT, a.s. a LiV ELEKTRA, a.s. boli informáciami, ktoré sú u dodávateľa bežne dostupné a na požiadanie poskytované rovnako všetkým záujemcom, preto konštatoval, že na účely tohto konania predmetné informácie nevníma ako informácie, ktorých poskytnutie by muselo nevyhnutne znamenať koordináciu uchádzačov vo verejnom obstarávaní,
- zaslanie informácie o späťvzátí námietok účastníkom konania KLEMENT, a.s. nemohlo mať v tomto prípade vplyv na výsledok súťaže,
- súbory nájdené na serveri KLEMENT, a.s., ktoré obsahujú v metadátach autora [.....] OÚ - zamestnanec Alter Energo, a.s. a ktoré sa našli na serveri KLEMENT, a.s., pričom sa preukázalo, že neboli účastníkovi konania poskytnuté obstarávateľom vo VO, sa dostali do dispozície KLEMENT, a.s. v dôsledku koordinácie uchádzačov vo VO.

135. Podľa úradu účastník konania KLEMENT, a.s. splnil podmienky programu zhovievavosti podľa § 38d ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. Napriek tomu, že niektoré dokumenty predložené žiadateľom o zníženie pokuty úrad nemohol posúdiť ako dôkaz o porušení zákona, úrad dospel k záveru, že účastník konania poskytol relevantný dôkaz o tom, že v čase prípravy ponuky do obstarávania spoločnosť KLEMENT, a.s. disponovala minimálne cenovou ponukou, ktorá bola podľa jej metadát vytvorená zamestnancom spoločnosti Alter Energo, a.s., teda víťazom obstarávania. Úrad vyhodnotil obsah žiadosti o neuloženie, resp.

zníženie pokuty, ako aj predložené dôkazy a dospel k záveru, že predložené dôkazy predstavujú pridanú hodnotu k dôkazom, ktorými už úrad disponuje a že u žiadateľa boli splnené všetky podmienky na zníženie pokuty podľa § 38d ods. 2 v spojení s § 38d ods. 4 zákona č. 136/2001 Z. z. Vzhľadom na vyššie odôvodnené vyhodnotenie rozsahu dôkazov o porušení zákona predložených úradu žiadateľom o zníženie pokuty, úrad v prvostupňovom rozhodnutí určil zníženie pokuty vo výške 30%.

136. Z vyššie uvedených častí tejto výzvy pred vydaním rozhodnutia vyplýva, že úrad prehodnotil pôvodne prijaté závery vo vzťahu k viacerým dôkazom, čo malo za následok prehodnotenie rozsahu zľavy z uloženej pokuty účastníkovi KLEMENT, a.s. po uplatnení programu zhovievavosti. Keďže Rada úradu dospela k záveru o tom, že úrad bude po vrátení veci opätovne skúmať a odôvodňovať svoje závery k vyššie uvedeným dôkazom, vo vzťahu ku ktorým Rada úradu považovala závery úradu za nedostatočné a rozhodnutie za nepreskúmateľné, taktiež bude potrebné opätovne prehodnotiť po vrátení veci aj závery vo vzťahu k rozsahu zníženia pokuty, zohľadnením vyhodnotenia skutkového stavu.
137. Rovnako ako v iných častiach bude povinný prvostupňový orgán prihliadať na námietky účastníkov konania a svoje zdôvodnenie založiť na argumentácii, v ktorej uvedie svoje stanovisko k nim. V tomto ohľade Rada úradu považuje za potrebné, aby úrad v novom rozhodnutí uviedol svoje závery vo vzťahu k požiadavke účastníka konania KLEMENT, a.s., aby jeho spolupráca od predloženia leniency žiadosti, ktorá viedla k poskytnutiu ďalších dôkazov, bola považovaná za súčasť leniency žiadosti (umožnenie vzdialeného prístupu na server, predloženie ďalšej emailovej komunikácie medzi spoločnosťou V-STAV A spol. s r. o. a zamestnancami spoločnosti KLEMENT, a.s. z príloh ktorej – rozpočtov, ktoré sa nachádzali ako súčasť tejto komunikácie, mohol dospieť k záveru, že spoločnosť KLEMENT, a.s. nemohla vychádzať pri svojej cenovej ponuke z rozpočtov uvedených v predmetnej emailovej komunikácii, a teda musela vychádzať z rozpočtov, ktoré sa dostali do jej dispozície v dôsledku kolúzie, poskytnutie ústneho vysvetlenia, z ktorého vyplynulo, že tento účastník konania nepoužíval systém CENKROS, ale KROS, že jeho ponuka bola vypracovaná neobvyklým spôsobom, keďže absentovali dokumenty, ktoré by boli prípravnými návrhmi konečného rozpočtu, vstupy pre prípravu rozpočtu).
138. Rada úradu považuje odôvodnenie záverov úradu vo vzťahu k leniency žiadosti za nedostatočné a nepreskúmateľné aj vzhľadom k tomu, že odôvodnenie prvostupňového rozhodnutia neobsahuje dostatočné vyhodnotenie dôkazov predložených leniency žiadateľom a iných získaných dôkazov z hľadiska ich dôkaznej sily. Uvedené bude potrebné doplniť aj vzhľadom na námietky účastníka konania.²²

²² Pozri napr. námietky účastníka konania KLEMENT, a.s. v rozklade „Úrad opomenul zohľadniť konečne aj samotnú skutočnosť, že spoločnosť KLEMENT, a.s. tým, že predložila Leniency žiadosť, v zásade obvinila samu seba z účasti na kartelovom konaní. Z hľadiska dôkaznej sily a dokazovania, musím byť prehláseniu spoločnosti KLEMENT, a.s. o účasti na koluzívnom správaní, priznaná rovnako najvyššia dôkazná hodnota. ...V súvislosti s hodnotením dôkaznej sily predkladaných dôkazov poukazuje spoločnosť KLEMENT, a.s. aj na rozhodovaciu prax Všeobecného súdu, ktorý v prípade Siemens AG konštatoval, že „Pokiaľ ide o dôkaznú hodnotu, ktorú je potrebné priradiť rôznym dôkazom, je potrebné uviesť, že jediným relevantným kritériom na posúdenie predložených dôkazov je ich vierohodnosť ... Podľa pravidiel všeobecne uplatňovaných v oblasti dokazovania vierohodnosť a z nej

139. Rada úradu nesúhlasí s námietkami účastníka konania KLEMENT, a.s., podľa ktorého úrad nemá možnosť po priznaní zľavy na základe úspešného uplatnenia programu zhovievavosti svoje závery opätovne prehodnocovať vo svetle ďalších získaných dôkazov v priebehu konania. V tejto súvislosti Rada poukazuje na povinnosť správneho orgánu náležite zistiť skutkový stav a na takomto základe vydať rozhodnutie. Rada úradu súhlasí s prvostupňovým orgánom, ktorý k tejto námietke účastníka konania uviedol, že má povinnosť prehodnocovať splnenie podmienok účasti na programe zhovievavosti počas celého konania až do vydania rozhodnutia. Takýmto spôsobom bude úrad postupovať aj po vrátení veci na opätovné konanie a rozhodnutie. Tento postup má oporu aj v znení § 38d ods. 5 zákona č. 136/2001 Z. z., podľa ktorého úrad skúma splnenie podmienok účasti na programe zhovievavosti od podania žiadosti, až po vydanie rozhodnutia v danej veci.

5.4 Sankcia a urovanie

140. Vzhľadom na vyššie uvedené je zrejmé, že prvostupňový orgán sa bude po vrátení veci opätovne zaoberať vyhodnotením skutkového stavu a závermi o vine/nevine jednotlivých účastníkov konania a teda je predčasné vyjadrovať sa k sankcii ukladanej jednotlivým účastníkom konania v rozhodnutí, ktoré bude zrušené. Napriek tomu považuje Rada úradu vzhľadom na identifikované pochybenie úradu za nevyhnutné vyjadriť sa k spôsobu aplikácie inštitútu urovnania v prvostupňovom konaní a rozhodnutí.

141. Z priebehu prvostupňového konania a textu rozhodnutia vyplýva, že v rámci ukladania sankcie účastníkovi konania KLEMENT, a.s. bola zohľadnená dohoda o urovaní, ktorú s úradom uzatvoril. V podanom rozklade však tento účastník namieta aplikáciu tejto dohody úradom, nakoľko úrad v procese vyčíslenia sankcie vychádzal z 30 % zníženia pokuty uplatnením programu zhovievavosti, kým v procese urovnania bolo toto zohľadňované zníženie vo výške 50 %. Podľa účastníka konania KLEMENT, a.s. je takýto postup protiprávny a požaduje, aby mu bola uložená sankcia vyčíslená v procese rokovania a dohody o urovaní.

vyplývajúca dôkazná hodnota dokumentu závisia od jeho pôvodu, okolností jeho vyhotovenia, adresáta a predpokladanej a spoľahlivej povahy jeho obsahu ... Predovšetkým je potrebné prisúdiť veľký význam skutočnosti, že listina bola vyhotovená v bezprostrednej súvislosti s okolnosťami ... alebo priamym svedkom týchto okolností ... Okrem toho vyhlásenia, ktoré sú v rozpore so záujmami toho, kto ich robí, sa v zásade musia považovať za zvlášť vierohodné dôkazy ...“ .. „Úrad svedeckým výpovediam, navyše navrhnutým účastníkmi konania (a teda aj šetreného protisúťažného konania (!), paradoxne prisudzuje väčšiu váhu, ako vyhláseniam spoločnosti KLEMENT, a.s. o účasti na kartelovej dohode a písomným dôkazom z času Verejného obstarávania Podunajské Biskupice, čo je neprimerané a v rozpore s pravidlami dokazovania (!). Je namieste upozorniť Úrad, že vyhlásenia a dôkazy účastníkov konania predložené v Leniency žiadosti stoja z hľadiska dôkaznej hierarchie na najvyššom stupni pri preukazovaní kartelov. Navyše, väčšia váha sa kladie písomným dôkazom, ktoré pochádzajú z obdobia porušenia ako dôkazom, ktoré sú odvodené len zo správania a ktoré je možné vyvrátiť jednoduchým podaním alternatívneho vysvetlenia. Svedeckej výpovedi, i keď je podľa Správneho poriadku jedným z dôkazných prostriedkov, nemôže byť priznaná väčšia sila ako v prípade vyhlásení účastníkov konania poskytnutých v rámci leniency a väčšia sila ako písomným dôkazom. V súvislosti s dokazovaním prostredníctvom svedeckých výpovedí je možné poukázať na názor generálneho advokáta Geelhoeda, ktorý uviedol, že svedecká výpoveď má „len druhoradú úlohu v rámci vyšetrovania postupov obmedzujúcich súťaž a ich potláčania“ a v konaniach súvisiacich s vyšetrovaním“.

142. Rada úradu po preskúmaní prvostupňového rozhodnutia a spisového materiálu dospela k záveru, že v priebehu prvostupňového konania nedošlo k zákonnému ukončeniu rokovania o urovnaní. Z vyššie uvedeného priebehu konania vyplýva, že účastník konania KLEMENT, a.s. požiadal o začatie rokovania o urovnaní dňa [.....] **DI**. Úrad dňa 4. 11.2020 zaslal účastníkom konania Výzvu pred vydaním rozhodnutia I, v ktorej ich informoval o svojich predbežných záveroch, ako aj o výške sankcie, ktorú im hodlá uložiť. Účastník konania KLEMENT, a.s. zaslal úradu Vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia I dňa 9.12.2020²³. Vo svojom vyjadrení, ktoré bolo doplnené podaním zo dňa 17.12.2020²⁴ namietal okrem iného likvidačnosť pokuty. Z priebehu konania vyplýva, že po zaslaní Výzvy pred vydaním rozhodnutia I došlo k úspešnému uplatneniu žiadosti o zhovievavosť, preto úrad zaslal všetkým účastníkom konania dňa 16.12.2020 Doplnenie výzvy pred vydaním rozhodnutia I, pričom lehota na vyjadrenie k predmetnej výzve bola účastníkovi konania KLEMENT, a.s. predĺžená do 24.2.2021. K tomuto doplneniu zaslali svoje vyjadrenia účastníci konania (s výnimkou účastníka konania KLEMENT, a.s., hoci tento v podaní Položka spisu č. V/181 uviedol, že sa k tomuto doplneniu výzvy vyjadrí).

143. Zo spisového materiálu vyplýva, že medzi účastníkom konania KLEMENT, a.s. po jeho zaslaní Vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia I a úradom prebiehala komunikácia ohľadom námietok k likvidačnosti pokuty²⁵. Táto komunikácia, týkajúca sa predkladania podkladov požadovaných úradom, ktoré mu mali slúžiť k prijatiu záveru o likvidačnosti pokuty, bola uzavretá listom úradu doručeným účastníkovi konania dňa 19.4.2021²⁶, v ktorom úrad informoval predmetného účastníka konania, že neakceptuje jeho námietky o likvidačnosti sankcie, ani požiadavku o zohľadnenie nemožnosti zaplatenia pokuty.²⁷

144. Následne bola na úrad doručená dňa [.....] **DI**²⁸ žiadosť účastníka konania KLEMENT, a.s. na začatie rokovania o urovnaní podľa § 1 ods. 1 Vyhlášky PMÚ SR č. 171/2014 Z. z. v spojení s § 38e zákona č. 136/2001 Z. z. V tejto žiadosti účastník konania KLEMENT, a.s. poukázal na komunikáciu s úradom ohľadom likvidačnosti pokuty a uviedol „V období od 9.12.2020 do 19.4.2021 tak bola spoločnosť KLEMENT, a.s. v aktívnom kontakte s Úradom. Spoločnosť KLEMENT, a.s. sa počas tohto obdobia nevyjadrovala k doplneniu výzvy, keďže čakala na vyjadrenie a závery úradu k argumentácii predloženej k likvidačnosti navrhovanej pokuty. Predmetné stanovisko úradu bolo dôležité z hľadiska posúdenia, z akých podmienok má spoločnosť KLEMENT, a.s. vychádzať, pokiaľ ide o stanovenie základnej sumy pokuty, ak by začala

²³ Položka spisu [.....] **DI**

²⁴ Položka spisu č. V/181

²⁵ Položka spisu č. V/181, položka spisu vedeného v DKS č. 22, a 46

²⁶ Položka spisu vedeného v DKS č. 107

²⁷ „Úrad, po preskúmaní predložených podkladov a informácií k likvidačnosti pokuty, vychádzajúc z výpočtu pokuty na základe predbežného obratu za účtovné obdobie 2020, dospel k záveru, že nie sú splnené podmienky na to, aby úrad mohol konštatovať, že spoločnosť KLEMENT, a.s. je v platobnej neschopnosti a nemôže pokutu zaplatiť, resp. že sa spoločnosť po zaplatení pokuty do platobnej neschopnosti dostane. Z podkladov a informácií, ktoré boli úradu v konaní predložené taktiež nevyplýva, že by boli naplnené podmienky pre zníženie pokuty z dôvodu ťažkej finančnej situácie spoločnosti, alebo že by suma uloženej pokuty mohla mať pre podnikateľa likvidačný charakter, resp. by spôsobila jeho odchod z trhu.“

²⁸ Položka spisu vedeného v DKS č. 110

rokovanie o urovnaní. [.....] DI po doručení vyjadrenia úradu k likvidačnosti pokuty si tak spoločnosť KLEMENT, a.s. dovoľuje úradu predložiť nižšie uvedenú žiadosť o začatie rokovania o urovnaní.“

145. K tejto žiadosti sa úrad vyjadril dňa [.....] DI²⁹, pričom uviedol „Žiadosť ste odôvodnili nemožnosťou vyjadriť sa k výzve pred vydaním rozhodnutia v znení jej doplnenia, bez poznania stanoviska a záverov úradu k argumentácii predloženej účastníkom konania KLEMENT, a.s. k likvidačnosti navrhovanej pokuty. V žiadosti uvádzate, že predmetné stanovisko bolo pre Vás dôležité z hľadiska posúdenia, z akých podmienok má spoločnosť KLEMENT, a.s. vychádzať, pokiaľ ide o stanovenie základnej sumy pokuty, ak by začala rokovanie o urovnaní. Úrad posúdil Vašu žiadosť, zohľadnil osobitosť okolností, ktoré jej predloženiu predchádzali a dospel k záveru, že je v záujme hospodárnosti konania uskutočniť rokovanie o urovnaní.“

146. Následne došlo podľa úradu k úspešnému urovnaniu medzi účastníkom konania KLEMENT, a.s. a úradom.³⁰

147. Prvostupňový orgán aplikoval na podmienky urovnania Vyhlášku PMÚ SR č. 171/2014 Z. z., ktorou sa ustanovujú podrobnosti o podmienkach urovnania (ďalej „Vyhláška o urovnaní 2014“). Vzhľadom na obsah tejto výzvy v časti Aplikácia právnych predpisov, z ktorého vyplýva potreba opätovného prehodnotenia aplikácie právnych predpisov, podľa ktorých sa ukladá sankcia, bude potrebné ustáliť použitie príslušných vykonávacích predpisov v súlade s ustáleným skutkovým stavom. Uvedené sa vzťahuje aj na výšku sankcie. Z obsahu tejto výzvy pred vydaním rozhodnutia vyplýva, že prvostupňový orgán je povinný prehodnotiť a náležite odôvodniť svoje závery vo vzťahu k vymedzeniu skutkového stavu, vrátane vyčíslenia sankcií. Takýto postup predpokladá informovanie účastníkov vo forme výzvy pred vydaním rozhodnutia. Zo znenia vyhlášky o urovnaní 2014, avšak aj Vyhlášky PMÚ SR č. 192/2021 Z. z., ktorou sa ustanovujú podrobnosti o podmienkach urovnania (ďalej „Vyhláška o urovnaní 2021“)³¹ vyplýva, že žiadosť o začatie rokovania je možné podať kedykoľvek v priebehu konania, najneskôr do uplynutia lehoty na vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia, pričom na žiadosť doručenú po uplynutí tejto lehoty sa neprihliada.

148. Rada úradu dospela k záveru, že vzhľadom na uvedený priebeh prvostupňového konania prvostupňový orgán vyhovel žiadosti účastníka konania o urovanie v rozpore s Vyhláškou o urovnaní 2014. Rada úradu neidentifikovala „osobitosť okolností“, ktoré by viedli k možnosti akceptovať návrh začatia rokovania o urovnaní po uplynutí lehoty na vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia, ktorá účastníkovi konania KLEMENT, a.s. uplynula dňa 24.2.2021. Rada úradu sa nestotožňuje s právnym názorom tohto účastníka konania, ktorý argumentuje de facto nemožnosťou vyjadriť sa k výzve pred vydaním rozhodnutia v znení jej doplnenia, bez poznania stanoviska a záverov úradu k jeho námietkam k likvidačnosti navrhovanej pokuty, nakoľko bolo dôležité z hľadiska posúdenia, z akých podmienok má spoločnosť KLEMENT, a.s. vychádzať, pokiaľ ide

²⁹ Položka spisu vedeného v DKS [.....] DI

³⁰ Položka spisu vedeného v DKS [.....] DI

³¹ § 1 ods. 3 Vyhlášky o urovnaní 2014, § 1 ods. 3 Vyhlášky o urovnaní 2021

o stanovenie základnej sumy pokuty, ak by začala rokovaní o urovnaní. Rada úradu vychádza zo skutočnosti, že účastníkovi konania KLEMENT, a.s. bolo v Doplnení výzvy pred vydaním rozhodnutia I riadne oznámené, k akým predbežným záverom úrad došiel, na základe akých skutočností, ako aj výška navrhovanej sankcie. Zo znenia Vyhlášky o urovnaní 2014 vyplýva, že takéto vymedzenie je plne postačujúce na účely podania žiadosti o urovanie, respektíve uzatvorenia dohody o urovnaní. Zo znenia predmetnej vyhlášky zároveň vyplýva, že účastník konania môže o urovanie požiadať kedykoľvek v priebehu konania (do uplynutia lehoty na vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia). Rada úradu nepovažuje za logické a zákonné viazať faktor podania informácie o záveroch úradu o výške pokuty na vyjadrenie k námietkam účastníka konania ohľadom likvidačnosti pokuty tak, ako k tomu došlo v tomto prípade. Rovnako Rada úradu nepovažuje za možné akceptovať jednostranné predlžovanie lehoty na vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia, ku ktorému v súlade s vyjadreniami účastníka konania KLEMENT, a.s. de facto došlo tým, že argumentoval, že sa ani nevyjadril k doplneniu výzvy pred vydaním rozhodnutia I, nakoľko nedisponoval závermi úradu k jeho námietkam k likvidačnosti. Rovnako Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že v spise nie je žiadne vyjadrenie k Doplneniu vyjadrenia výzvy pred vydaním rozhodnutia I, a to ani po oboznámení sa predmetného účastníka konania so stanoviskom úradu k námietkam o likvidačnosti pokuty. Rada úradu má teda za to, že prvostupňový orgán pristúpil k rokovaní a dohode o urovnaní v rozpore s právnou úpravou vyrovnania v zákone č. 136/2001 Z. z. a Vyhlášky o urovnaní 2014. Uvedené však neznamená, že nebude možné zo strany ktoréhokoľvek účastníka konania požiadať v zákonnej lehote o urovanie po vrátení veci na prvostupňový orgán a prijatí nových záverov úradu, o ktorých tento bude účastníkov konania informovať.

149. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu nevyjadruje k námietkam účastníka konania KLEMENT, a.s., ktoré tento vo vzťahu k urovnaniu uviedol vo svojom rozklade.

5.5 Procesné aspekty konania

150. Vzhľadom na skutočnosť, že námietky týkajúce sa procesných pochybení úradu sa týkajú rozhodnutia, ktoré bude Radou úradu zrušené a jemu predchádzajúceho konania, ktoré bude po vrátení veci pokračovať, Rada úradu považuje za predčasné vyjadrovať sa k procesným námietkam účastníkov konania. Časť týchto námietok sa stala obsolétnymi (napr. dĺžka lehoty na vyjadrenie k Výzve pred vydaním rozhodnutia II), časť nie je možné vyhodnotiť vzhľadom na to, že sa viažu na úkony, ktoré prvostupňový orgán po vrátení veci uskutoční nanovo s novými závermi a postupmi, pričom bude povinný zohľadniť závery Rady úradu a obsah spisového materiálu, ktorým sú aj námietky účastníkov konania uvedené v rozklade.

5.6 Vyjadrenia k výzve pred vydaním rozhodnutia

151. Rada úradu k námietkam účastníkov konania, ktorí poukazovali na ďalšie aspekty svojej argumentácie, ku ktorým sa Rada úradu nevyjadrila, alebo svoje vyjadrenia podľa ich názoru nedostatočne odôvodnila uvádza nasledujúce.

152. Tak, ako vyplýva z tohto rozhodnutia, sa Rada úradu primárne v rámci prieskumu prvostupňového rozhodnutia zamerala na preskúmanie skutkového stavu, vrátane záverov a dokazovania prvostupňovým orgánom, ktoré im predchádzalo, ako aj odôvodnenia týchto záverov.

153. Vzhľadom na dôvody, pre ktoré Rada úradu dospela k záveru o potrebe zrušenia prvostupňového rozhodnutia sa Rada úradu v tomto rozhodnutí a jemu predchádzajúcej výzve adresovanej účastníkom konania, zamerala, tak ako je to uvedené v tomto rozhodnutí, na odôvodnenie svojich záverov. Rada úradu má za to, že vzhľadom na charakter zrušovacieho dôvodu nie je účelné a vhodné v tomto štádiu konania vyjadrovať sa k ďalším námietkam účastníkov konania, nakoľko prvostupňový orgán po vrátení veci vydá nové rozhodnutie, založené na vysporiadaní sa s námietkami účastníkov konania, ktoré títo vzniesli počas správneho konania. Z uvedeného vyplýva, že námietky budú predmetom ďalšieho konania a vyjadrí sa k nim ako prvostupňový, tak aj druhostupňový orgán, pokiaľ vyhodnotia, že majú relevanciu.

154. K argumentácii účastníka konania Liv Elektra, a.s. a VUJE, a.s., ktorí požadovali potvrdiť rozhodnutie vo vzťahu k nim, nakoľko sa ich zrušovacie dôvody netýkajú, Rada úradu uvádza, že nie je možné zrušiť rozhodnutie len vo vzťahu k niektorým účastníkom konania. Správny poriadok odvolaciemu orgánu neumožňuje rozhodnúť iba v časti prípadu, o ktorom rozhoduje v celku v správnom konaní³². Odvolací orgán preskúmava napadnuté rozhodnutie v jeho celom rozsahu. Rozhodnutie je výsledkom jedného správneho konania³³. Správne konanie tvorí jeden celok a to tak vo vzťahu k jednotlivým účastníkom konania, ako aj vo vzťahu k obojom stupňom konania. V prípade, že druhostupňový orgán dospeje k záveru o potrebe zrušenia prvostupňového rozhodnutia a jeho vrátenia na nové konanie a prejednanie, vracia sa prípad do štádia pred vydaním prvostupňového rozhodnutia, príslušný orgán teda vydá nové rozhodnutie a to vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania. Nad rámec uvedeného zároveň Rada úradu poukazuje na to, že sa nestotožňuje s tvrdeniami týchto účastníkov konania, že predmetné zrušovacie dôvody sa nevzťahujú na týchto účastníkov konania, nakoľko z tohto rozhodnutia vyplýva, že Rada úradu považovala za nedostatočné a nepreskúmateľné vyhodnotenie dôkazov, ktoré sa týkali aj týchto účastníkov konania.

155. Vzhľadom na uvedené tiež nemožno aplikovať procesné úvahy účastníka konania Liv Elektra, a.s. o využití analógie § 47 ods. 1 Správneho poriadku, podľa ktorého „...*Rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie o odvolaní (rozklade). Odôvodnenie nie je potrebné, ak sa všetkým účastníkom konania*

³² Potásch, P., Hašanová, J., Vallová, J., Milučký, J., Medžová, D. Správny poriadok. Komentár. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2022: „Z jednotlivých ustanovení SpP možno vyvodit, že ide o akt vydaný správnym orgánom ako výsledok správneho konania, ktorým sa v určitej veci autoritatívne zakladajú, menia alebo rušia práva alebo povinnosti určených osôb alebo ktorým sa v určitej veci vyhlasuje, že osoba práva alebo povinnosti má alebo nemá.“

³³ Potásch, P., Hašanová, J., Vallová, J., Milučký, J., Medžová, D. Správny poriadok. Komentár. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2022: „Správne orgány vydávajú s cieľom plniť stanovené úlohy jednak procesné rozhodnutia, ktoré slúžia na zabezpečenie priebehu konania a jednak rozhodnutia vo veci samej (meritórne), ktoré sú zavŕšením správneho konania.“

vyhovuje v plnom rozsahu.“, a teda že na odôvodnenie správneho záveru voči Liv Elektra, a.s. vo vzťahu k výroku rozhodnutia (zastavenie konania podľa § 25 ods. 2 písm. g) zákona - úrad v konaní nepreukázal, že účastník konania porušil ustanovenia tohto zákona) nie je potrebné klásť rovnaké kvalitatívne požiadavky ako v prípade odôvodnenia rozhodnutia voči účastníkom konania, ktorým úrad nevyhovel a ktorým uložil sankcie.

156. Rada úradu uvádza, že z jej záverov jednoznačne vyplýva, že úlohou prvostupňového orgánu bude opätovne preskúmať dôkazy, tieto vyhodnotiť vo vzájomných súvislostiach a svoje závery náležite odôvodniť. Tieto závery zahŕňajú všetkých účastníkov konania, nakoľko prvostupňové rozhodnutie bolo v časti dokazovania nepreskúmateľné vo vzťahu k dôkazom, ktoré zahŕňali všetkých účastníkov konania (hoci nie každý jeden dôkaz každého účastníka konania). Nie je teda podľa Rady úradu vylúčené, že prvostupňový orgán dospeje aj k iným záverom, ako to bolo v pôvodne preskúmanom prvostupňovom rozhodnutí. Z povahy zrušovacieho dôvodu – nepreskúmateľnosti prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že Rada úradu nezaviazala prvostupňový orgán ku konkrétnym záverom, keďže nemala dostatok informácií, na základe ktorých úrad dospel k svojim záverom, aké tieto závery boli, a teda ani nemohla vyhodnotiť záväzne ich správnosť.
157. Z rozhodnutia Rady vyplýva, že po zhodnotení všetkých podkladov, teda aj argumentácie účastníka konania Liv Elektra, a.s. Rada úradu dospela k záveru, že z prvostupňového rozhodnutia nevyplývajú dôvody, pre ktoré sa tento rozhodol niektoré dôkazy uznať ako dôkazy protisúťažného správania a iné nie, respektíve niektoré sú dôkazmi len vo vzťahu k niektorým účastníkom správneho konania. Vzhľadom na to, že prvostupňový orgán sa bude dokazovaním naďalej zaoberať, vrátane vyhodnotenia námietok a argumentácie účastníkov konania, vrátane Liv Elektra, a.s., Rada úradu v tomto rozhodnutí nepovažuje za potrebné a vhodné vyjadrovať sa ku všetkým námietkam účastníkov konania. Rada úradu sa v tomto rozhodnutí zamerala na odôvodnenie svojich záverov, ktoré viedli k zrušeniu prvostupňového rozhodnutia.
158. Vo vzťahu k požiadavke účastníka konania Liv Elektra, a.s., ktorý namietal voči tomu, že Rada úradu brala do úvahy vyjadrenia účastníka konania KLEMENT, a.s., nakoľko sa účastník Liv Elektra, a.s. dožadoval uplatneniu inštitútu koncentrácie konania a požadoval, aby úrad neprihliadal na všetky vyjadrenia KLEMENT, a.s., ktoré KLEMENT, a.s. predložil v rámci svojho rozkladu vo vzťahu k Liv Elektra, a.s., nakoľko ide o vyjadrenia, ktoré KLEMENT, a.s. predložil po uplynutí lehoty určenej úradom na vyjadrenie sa k výzve pred vydaním rozhodnutia Rada úradu uvádza nasledujúce. Zo znenia zákona priamo vyplýva, že úrad nie je povinný prihliadať na námietky, uvedené však nevyklučuje, aby úrad na neprihliadal, pokiaľ to považuje za nevyhnutné. Rada úradu uviedla v tomto rozhodnutí svoje myšlienkové pochody, z ktorých vychádzala pri preskúmaní prvostupňového rozhodnutia a súvisiaceho spisového materiálu. Z textu rozhodnutia a jemu predchádzajúcej výzvy vyplýva, že námietky účastníka konania KLEMENT, a.s., ktorý je v tomto konaní leniency žiadateľom, sa týkali dôležitých aspektov konania týkajúcich sa preukázania protisúťažného konania, ako aj ukladania sankcií, preto Rada úradu považovala za potrebné na ne prihliadať. Ďalej Rada úradu poukazuje na to, že zásada koncentrácie sa nevzťahuje na skutočnosti uvedené v rozklade, čo však

nie je v tomto prípade relevantné, keďže Rada úradu vo vzťahu k argumentácii KLEMENT, a.s. na túto zásadu nepovažovala za relevantné a účelné v záujme zistenia objektívnej pravdy prihliadať.

159. Rada úradu k námietke týkajúcej sa rozhodovacej praxe úradu, ktorá sa týkala priamej komunikácie podnikateľov, ktorí uzatvorili dohodu obmedzujúcu súťaž a absencie rozhodnutia, ktoré by za protisúťažnú považovalo komunikáciu ohľadom TS ponuky do verejného obstarávania uvádza, že záver Rady úradu k predmetnému dôkazu tak ako aj v prípade iných dôkazov v tomto konaní bol, že prvostupňové rozhodnutie je v tej časti nepreskúmateľné. Rada úradu rovnako ako účastník konania Liv Elektra, a.s. vychádzala z formulácie prvostupňového orgánu, že táto komunikácia nie je na účely tohto konania protisúťažná. Rada úradu však neidentifikovala dôvody, pre ktoré dopracovanie časti ponuky jedného konkurenta druhým konkurentom nie je považované za protisúťažné. Z prvostupňového rozhodnutia síce vyplýva, že úrad de facto akceptoval vysvetlenie účastníka konania Liv Elektra, a.s., podľa ktorého fakt, že nejde o komunikáciu o cenách, túto komunikáciu vylučuje z okruhu protisúťažných dôkazov, Rade úradu však nie je zrejmý dôvod, pre ktorý sa prvostupňový orgán stotožnil s touto argumentáciou. Vo vzťahu k námietke absencie konkrétneho rozhodnutia Rada úradu uvádza, že každý prípad je nevyhnutné posudzovať zohľadnením všetkých okolností prípadu a preto nie je možné požadovať mechanickú aplikáciu predchádzajúceho rozhodnutia úradu a teda pokiaľ také rozhodnutie v detailnej zhode neexistuje, vyradiť dôkaz. Zároveň je dokonca možné sa aj odkloniť od predchádzajúcej rozhodovacej praxe, pokiaľ je riadne uvedený dôvod takéhoto odklonu. V tomto správnom konaní a rozhodnutí absentuje podľa Rady úradu práve zdôvodnenie, prečo prvostupňový orgán postupoval tak, ako postupoval, a zároveň zhodnotenie jednotlivých dôkazov vo vzájomnej súvislosti. Rada úradu sa nestotožňuje s účastníkom konania Liv Elektra, a.s., že dopracovanie časti ponuky do verejného obstarávania jedného účastníka druhým účastníkom je vylúčená z okruhu možných dôkazov o protisúťažnom správaní len z dôvodu, že nešlo o cenovú ponuku a len z dôvodu, že komunikácia s rovnakým obsahom nie je obsiahnutá v rozhodovacej praxi úradu, alebo jej metodických materiáloch.
160. Vo vzťahu k návrhu účastníka konania Liv Elektra, a.s., aby Rada úradu zastavila konanie vo vzťahu k účastníkovi konania Liv Elektra, a.s. s odkazom na § 25 ods. 3 zákona, ako aj k požiadavke uplatniť zásadu in dubio pro reo Rada úradu opätovne uvádza, že uvedené požiadavky účastníka konania nie je možné splniť vzhľadom na charakter zrušovacích dôvodov, z ktorých vyplýva, že Rada úradu považuje prvostupňové rozhodnutie za nepreskúmateľné, preto je potrebné prijať nové rozhodnutie, ktoré Rada úradu následne preskúma a dospeje k záverom vo vzťahu k všetkým aspektom konania, vrátane námietok účastníkov konania, vrátane účastníka konania Liv Elektra, a.s. Na uvedenom nič nemení to, že niektorí účastníci konania očakávali vo vzťahu k nim zaujatie odlišného stanoviska Rady úradu resp. potvrdenie záverov prvostupňového orgánu, avšak Rada úradu konštatovala, že aj ich postavenie v celom prípade má byť opätovne posúdené, resp. vysvetlené vzhľadom na závery Rady úradu, podľa ktorej je rozhodnutie v niektorých častiach nepreskúmateľné.

6. Záver

161. Rada úradu na základe svojho záveru v tomto správnom konaní rozhodnutie č. 2021/DOH/POK/1/77 zrušuje a vec vracia prvostupňovému orgánu na nové prejednanie a rozhodnutie. Z prvostupňového rozhodnutia nevyplýva, na základe akých právnych a logických úvah úrad dospel k záveru v prípade jednotlivých dôkazov, čo malo vplyv na vyhodnotenie leniency žiadosti, ako aj k záveru o účastníkoch dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá je predmetom tohto konania, čo má podľa Rady úradu za následok nepreskúmateľnosť prvostupňového rozhodnutia. Po vrátení veci bude prvostupňový orgán povinný doplniť odôvodnenie zakladajúce jeho závery, pričom bude povinný sa vysporiadať aj s námietkami účastníkov konania uvedenými v priebehu druhostupňového konania, keďže tieto smerovali voči prvostupňovému rozhodnutiu, ktoré Rada zrušuje, pričom správne konanie tvorí v oboch stupňoch jeden celok.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu sa podľa § 61 ods. 2 správneho poriadku nemožno odvolať. Toto rozhodnutie nie je preskúmateľné súdom podľa § 7 e) zákona č. 162/2015 Z. z. Správneho súdneho poriadku.

(elektronický podpis)

JUDr. Tibor Menyhart
predseda
Rady Protimonopolného úradu SR

Rozhodnutie sa doručí:

1. JUDr. Jiří Čermák, usadený euroadvokát Mudroňova 51 811 03 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa SPIE Elektrovod, a.s., IČO: 36 863 513, so sídlom Prievozská 4C, 824 66 Bratislava 26
2. L/R/P advokáti, s.r.o., Slávičie údolie 6, 811 02 Bratislava – mestská časť Staré Mesto, splnomocnený zástupca podnikateľa Alter Energo, a.s., IČO: 44 974 701, so sídlom Hlavná 561, 951 78 Kolíňany
3. Advokátska kancelária JUDr. Martin Bednárík, s.r.o. Nám. Ľ. Štúra 2, 811 02 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa VUJE, a.s., IČO: 31 450 474, so sídlom Okružná 5, 918 64 Trnava
4. Bartošík Šváby s.r.o. Plynárenská 7/A, 821 09 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa LiV ELEKTRA, a.s., IČO: 35 769 840, so sídlom Priemyselná 10, 821 09 Bratislava
5. Nedelka Kubáč Oršulová advokáti s.r.o., JUDr. Andrea Oršulová, PhD., Mickiewiczova 9, 811 07 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa KLEMENT, a.s., IČO: 250 16 695, so sídlom Hliňany 18, 400 02 Řehlovice, Česká republika
6. ROWAN LEGAL, advokátska kancelária s. r. o., Prievozská 1978/6 821 09 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa EGEM s.r.o., IČO: 638 86 464, so sídlom Novohradská 736/36, České Budějovice 6, 370 01 České Budějovice, Česká republika
7. Protimonopolný úrad SR, odbor zneužívania dominantného postavenia a vertikálnych dohôd.