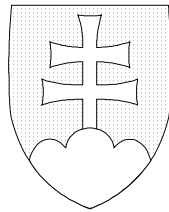


PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SLOVENSKEJ REPUBLIKY



ROZHODNUTIE

Číslo: 2019/DOH/POK/R/42

Bratislava 19. december 2019

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 18 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov, v správnom konaní č. 0022/OKT/2016 o rozkladoch podaných podnikateľmi:

- M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435,
- MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 a
- RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915,

všetci zastúpení URBAN FALATH GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava,

proti rozhodnutiu Protimonopolného úradu SR, odboru kartelov č. 2018/DOH/POK/1/3 zo dňa 07.11.2018, rozhodla tak, že

zamieta

podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov rozklady účastníkov konania a rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru kartelov č. 2018/DOH/POK/1/3 zo dňa 07.11.2018 **potvrďuje**.

Obsah

ROZHODNUTIE	1
Obsah.....	2
1. Prvostupňové rozhodnutie a všeobecná časť.....	4
1.1. Prvostupňové rozhodnutie.....	4
1.2. Konanie pred Radou úradu	5
1.3 Všeobecná časť	6
2. Aplikácia právnych predpisov	7
3. Účastník správneho konania	8
4. Vymedzenie relevantného trhu	8
5. Opis skutkových okolností	8
6. Právne posúdenie protisúťažného konania	9
6.1 Právna kvalifikácia dohôd obmedzujúcich súťaže a aplikácia § 6 zákona.....	9
6.2 Dĺžka trvania dohôd obmedzujúcich súťaž	10
7. Námietky účastníkov konania	10
7.1 Námietky k spôsobu sprístupnenia spisu	10
Vyjadrenie Rady úradu:	11
7.2 Námietky týkajúce sa väd prvostupňového rozhodnutia, ktoré podľa účastníkov konania spôsobujú nezrozumiteľnosť, zmatečnosť a ničotnosť rozhodnutia.....	12
7.2.1 Námietky k vadám v bodoch 1 a 2 výroku prvostupňového rozhodnutia..	12
Vyjadrenie Rady úradu:	14
7.2.2 Námietky k vadám v bode 3 výroku prvostupňového rozhodnutia a námietka protiústavnosti a nezákonnosti sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní	24
Vyjadrenie Rady úradu:	24
7.2.3 Námietky k vadám rozhodnutia spočívajúcim vo vydaní jedného rozhodnutia za sedem samostatných dohôd a námietka nezákonného spojenia vecí na jedno spoločné konanie	26
Vyjadrenie Rady úradu:	27
7.3 Námietky týkajúce sa posúdenia uzavretia dohôd obmedzujúcich súťaž, súťažných podkladov, nepredloženia vzoriek materiálov	29
7.3.1 Námietky k zosúladenému postupu a rozdeleniu trhu.....	29
7.3.2 Námietky k indiciám kolúzie vo verejnom obstarávaní (účasť tých istých uchádzačov a totožnosť víťaza).....	30
7.3.3 Námietky k spôsobu posúdenia súťažných podkladov a súvisiacej dokumentácie úradom.....	31

7.4	Námietky k spôsobu vysporiadania sa úradu s argumentáciou námietkami účastníkov konania v prvostupňovom rozhodnutí.....	38
7.4.1	Nevysporiadanie sa úradu s námietkami účastníka konania M CUP	38
7.4.2	Nevysporiadanie sa úradu s námietkami účastníkov konania MPL STAVING a RECORD TK	40
7.5	Námietky týkajúce sa zistenia skutkového stavu vecí úradom	41
7.5.1	Námietky k založeniu právnych záverov úradu iba na nepriamych dôkazoch	41
7.5.2	Námietky k záverom úradu o protisúťažnom správaní ako siedmych samostatných dohodách obmedzujúcich súťaž.....	43
7.6	Námietky k právnemu posúdeniu vecí úradom a vadám konania.....	45
7.6.1	Námietky k porušeniu precedenčnej zásady a zásady zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností	45
7.6.2	Námietky k porušeniu zásady in dubio pro reo, in dubio pro mitius.....	46
7.6.3	Námietky k porušeniu zásady voľného hodnotenia dôkazov.....	46
	Vyjadrenie Rady úradu:	47
8.	Pokuta	75
8.1	Námietky k pokute.....	76
8.1.1	K uplatneniu nového metodického pokynu.....	76
8.1.2	Východisko pre výpočet pokuty.....	76
8.1.3	Závažnosť porušenia	76
8.1.4	Dĺžka porušovania.....	78
8.1.5	Poľahčujúce a priťažujúce okolnosti.....	78
8.1.6	Zákaz likvidačného charakteru pokuty a uplatnenie zásady proporcionality	79
	Vyjadrenie Rady úradu:	82
9.	Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní	92
9.1	Námietky k inej sankcii	92
	Vyjadrenie Rady úradu:	92
10.	Záver	92

1. Prvostupňové rozhodnutie a všeobecná časť

1.1. Prvostupňové rozhodnutie

1. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor kartelov (ďalej ako „úrad“), v správnom konaní číslo 0022/OKT/2016, vydal dňa 7. novembra 2018 rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/3 (ďalej ako „prvostupňové rozhodnutie“) ktorým rozhodol, že

I.

Konanie podnikateľov

M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435,
MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 a
RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915,

spočívajúce v koordinácii týchto podnikateľov v procese prípravy súťažných ponúk, v období od 23.09.2014 do 23.10.2014 s cieľom umožniť víťazstvo vopred určenému uchádzačovi vo verejných obstarávaníach s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ vyhlásených verejnými obstarávateľmi:

Obec Radvaň nad Laborcom, Radvaň nad Laborcom 76,067 01 Radvaň,
Obec Hriadky, Hlavná č. 43/5, 076 22 Hriadky,
Obec Demjata, Demjata 129, 082 13 Tulčák,
Obec Rudno nad Hronom, Rudno nad Hronom 16, 966 51 Rudno nad Hronom,
Obec Ďapalovce, Ďapalovce 136, 094 05 Holčikovce,
Mesto Snina, Strojárska 2060/95, 069 01 Snina a
Gymnázium – Gimnázium Kráľovský Chlmec, Horešská 18, 077 01 Kráľovský Chlmec

je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie súťaže v oblasti dodávok stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb na území Slovenskej republiky a **ktorá je** podľa ustanovenia § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 17.4.2016 **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 17.4.2016 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

- a. podnikateľovi **M.Cup s.r.o.**, so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435 pokutu vo výške 16 760 EUR (šestnásťtisíc sedemstošesťdesiat EUR),
- b. podnikateľovi **MPL STAVING spol. s r.o.**, so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 pokutu vo výške 50 465 EUR (päťdesiatštyristošesťdesiatpäť EUR) a

c. podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915 pokutu vo výške 50 465 EUR (päťdesiatšesťdesiatpäť 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 2018138 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava.

III.

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

a. podnikateľovi M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435 (ďalej ako „M CUP“) zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia,

b. podnikateľovi MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 (ďalej ako „MPL“) zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia a

c. podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915 (ďalej ako „RECORD“) zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

1.2. Konanie pred Radou úradu

2. Proti tomuto prvostupňovému rozhodnutiu podali rozklad všetci účastníci konania.
3. Podľa § 59 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej ako „Správny poriadok“) odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu, ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni.
4. Rada úradu na základe predloženého rozkladu preskúmala prvostupňové rozhodnutie, spisový materiál s ním súvisiaci a všetky námietky predložené v konaní účastníkmi konania. Rada úradu dospela k záveru, že nie je potrebné nariadovať ústne pojednávanie ani vykonať doplnené dokazovanie, keďže toto by už neprispelo k ďalšiemu objasneniu veci.¹

¹ Časti textu označené hranatými zátvorkami [] obsahujú obchodné tajomstvo alebo dôvernú informáciu.

5. Pred vydaním druhostupňového rozhodnutia Rada úradu oboznámila v súlade s § 33 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 ako „zákon“) účastníkov konania o jej predbežných záveroch zaslaním výzvy pred vydaním rozhodnutia, listom č. 33/2019/ODK/4458/2019 zo dňa 10. októbra 2019. Voči výzve pred vydaním rozhodnutia predložili účastníci konania svoje námietky. Námietky boli v značnej miere totožné ako tie predložené už v rozkladoch a Rada úradu sa k nim vyjadruje v texte tohto rozhodnutia.
6. Rada úradu ako orgán rozhodujúci o rozklade preskúmala na základe podaných rozkladov prvostupňové rozhodnutie a spisový materiál s ním súvisiaci a dospela k nasledovným záverom

1.3 Všeobecná časť

7. K základným právam účastníka konania obsiahnutým v práve na spravodlivý proces, patrí právo na uvedenie dostatočných dôvodov, na ktorých je rozhodnutie založené.
8. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky sp.zn. IV. ÚS 115/03 z 3. júla 2003 cit.: *„Všeobecný súd však nemusí dať odpoveď na všetky otázky nastolené účastníkom konania, ale len na tie, ktoré majú pre vec podstatný význam, prípadne dostatočne objasňujú skutkový a právny základ rozhodnutia bez toho, aby zachádzali do všetkých detailov sporu uvádzaných účastníkmi konania. Preto odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu (prvostupňového, ale aj odvolacieho), ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces.“*
9. Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky sp.zn. II. ÚS 78/05 zo 16. marca 2005 cit.: *„Súčasťou základného práva na súdnu ochranu v občianskom súdnom konaní podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky je právo na odôvodnenie, ktorého štruktúra je rámcovo upravená v § 157 ods. 2 O.s.p. Táto norma sa uplatňuje aj v odvolacom konaní (§ 211 O.s.p.). Odôvodnenie súdneho rozhodnutia v opravnom konaní však nemá odpovedať na každú námietku alebo argument v opravnom prostriedku, ale iba na tie, ktoré majú rozhodujúci význam pre rozhodnutie o odvolaní, zostali sporné alebo sú nevyhnutné na doplnenie dôvodov prvostupňového rozhodnutia, ktoré sa preskúmava v odvolacom konaní“.*
10. Tieto závery Ústavného súdu Slovenskej republiky je možné podľa Rady úradu aplikovať aj v správnom konaní. Rada úradu po oboznámení sa s prvostupňovým rozhodnutím konštatuje, že toto sa veľmi detailne zaoberá zistením skutkového stavu a jeho právnym posúdením a detailne reaguje na námietky účastníkov konania vznesené počas celého správneho konania. Námietky účastníkov konania v druhostupňovom konaní sú pritom v podstate totožné s námietkami už predloženými v prvostupňovom konaní.

11. Rada úradu uvádza, že v prípade dostatočne a presvedčivo zdôvodneného prvostupňového rozhodnutia nie je odôvodnené opätovne sa podrobne zaoberať každou námietkou vznesenou v druhostupňovom konaní, najmä keď tieto sú totožné alebo obsahovo obdobné ako boli námietky vznesené v prvostupňovom konaní. V opačnom prípade by dochádzalo k neodôvodnenému prepisovaniu vecne a právne správnych dôvodov a záverov už uvedených prvostupňovým orgánom. Prvostupňové a druhostupňové rozhodnutie tvoria jeden celok, a preto takýto postup je aj v súlade so zachovaním prehľadnosti a jasnosti prijatých záverov v správnom konaní.
12. Rada úradu v súlade s uvedeným, preto v texte odôvodnenia iba zdôrazňuje určité závery už uvedené aj prvostupňovým orgánom, ktoré považuje za kľúčové pre posúdenie veci a nepovažuje za potrebné prepisovať text prvostupňového rozhodnutia, keď tento považuje za dostatočný a presvedčivý.
13. Vzhľadom na skutočnosť, že námietky účastníkov správneho konania sa v značnom rozsahu prekrývali, Rada úradu sa v texte ďalej vyjadruje k námietkam spoločne pre všetkých účastníkov konania.
14. Účastníci konania žiadajú Radu úradu, aby zrušila prvostupňové rozhodnutie úradu a zastavila správne konanie č. 0022/OKT/2016, prípadne vrátila vec prvostupňovému orgánu na nové prejednanie a rozhodnutie.
15. Účastníci konania uviedli, že majú za to, že:
 - prvostupňové rozhodnutie je *en bloc* vecne nesprávne a nezákonné, vychádza z nedostatočne zisteného skutkového stavu veci zo strany úradu a je založené na nesprávnom právnom posúdení veci zo strany úradu,
 - prvostupňové rozhodnutie je zmätočné, vágne, nezrozumiteľné pre nedostatok dôvodov a tým i nezákonné, a to pre absolútne nevysporiadanie sa úradu v rozhodnutí so skutkovou, vecnou ako aj právnou argumentáciou účastníkov konania vznesených v priebehu predmetného správneho konania.
16. Účastníci konania ďalej v rozklade uviedli, že zotrvávajú na všetkých námietkach, ktoré úradu doručili v priebehu prvostupňového konania, pričom v rozklade vzniesli nasledujúce námietky. Rovnakú skutočnosť uviedli aj vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia.
17. Účastníci konania uviedli, že popierajú akúkoľvek svoju účasť na protisúťažnom konaní v zmysle prvostupňového rozhodnutia, ako aj Výzvy Rady úradu.

2. Aplikácia právnych predpisov

18. Úrad hmotnoprávne postupoval podľa ustanovení zákona účinných v čase protiprávneho konania. Pri aplikovaní procesných ustanovení úrad postupoval podľa zákona v znení účinnom od 1.7.2016 a pri ukladaní pokút úrad postupoval v zmysle ustanovení zákona v znení účinnom do 17.4.2016.

19. Úrad uložil účastníkom konania zákaz účasti vo verejnom obstarávaní podľa zákona účinného od 18.4.2016.
20. Rada úradu sa s uvedeným postupom úradu stotožňuje. K námietkam účastníkov konania k aplikácii právnych predpisov sa vyjadruje v ďalších častiach tohto rozhodnutia.

3. Účastník správneho konania

21. Úrad správne aplikoval ustanovenia zákona rozhodujúce pre určenie účastníka konania a účastníci konania v tejto oblasti nevzniesli žiadne námietky.

4. Vymedzenie relevantného trhu

22. Prvostupňový orgán pri vymedzení oblasti dotknutej dohodou účastníkov konania vychádzal z predmetu obstarávania v predmetných 7 verejných obstarávaníach t.j. stavebné práce na stavbe športových zariadení a určil ju ako dodávky stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb potrebných pri výstavbe multifunkčných ihrísk.
23. Rada úradu sa stotožňuje s vymedzením oblasti dotknutej dohodou, ako aj s postupom prvostupňového orgánu, ktorý zohľadnil kvalifikáciu zakázanej dohody, ktorá svojou povahou patrí medzi tzv. cieľové dohody a v prvostupňovom rozhodnutí nepovažoval za nevyhnutné vymedziť detailne relevantný trh, ani dopady predmetných dohôd obmedzujúcich súťaž. Rada úradu súhlasí, že takýto postup zohľadňuje európsku, ako aj slovenskú judikatúru². K námietkam účastníkov konania k vymedzeniu relevantného trhu v tomto konaní sa vyjadruje v ďalších častiach tohto rozhodnutia.

5. Opis skutkových okolností

24. Prvostupňový orgán začal dňa 16.9.2016 správne konanie č. 0022/OKT/2016 na základe podnetov zo dňa 18.9.2015 úrad od TIS a Úradu vlády SR, sekcie kontroly a prevencie korupcie zo dňa 19.2.2016. Tieto podnety obsahovali informácie o podozrivých okolnostiach súvisiacich s niektorými verejnými obstarávaniami s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ realizovanými v roku 2014. Týchto verejných obstarávaní sa vždy zúčastnili tie isté 3 spoločnosti – účastníci tohto konania – a okrem jedného prípadu nikto iný.

² Rozhodnutie zo dňa 21. septembra 2006 vo veci C-105/04 Nederlandse federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Komisia, bod 125 alebo Rozhodnutie zo dňa 18. decembra 2008 vo veci C-101/08 a C-110/07 Coop de France Bétail et Viande v. Komisia, bod 87; Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie zo dňa 08. júla 1999 vo veci C-49/92P Anic Partecipazioni SpA v. Komisia, Zb. [1999], s. ECR I-04125, bod 99. Rovnaké závery potvrdila aj aplikačná prax slovenských súdov: Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 21. mája 2013, č. k. 3Sžh/4/2010; Rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave, č. k. 1S 270/2005.

V každom z týchto obstarávaní pritom zvíťazila spoločnosť M CUP. Úrad si následne od všetkých dotknutých verejných obstarávateľov vyžiadal originály súťažných podkladov. Išlo o Obec Ďapalovce, Obec Demjata, Obec Hriadky, Obec Radvaň nad Laborcom, Obec Rudno nad Hronom a Mesto Snina (ďalej „predmetné verejné obstarávania“, „VO“), tieto analyzoval a dospel k záveru o tom, že podozrenia vyplývajúce z podkladov je potrebné preveriť v predmetnom správnom konaní.

25. Úrad zistil, že v predmetných VO bol vymedzený predmet zákazky ako „Výstavba multifunkčného ihriska“ príslušného verejného obstarávateľa. Na realizáciu verejného obstarávania bola vo všetkých 7 prípadoch splnomocnená obstarávateľom spoločnosť E-aukcie, s.r.o., Svoradova 1, 811 03 Bratislava, IČO: 44 980 515 (ďalej len „E-aukcie“). Vo všetkých predmetných verejných obstarávaní si súťažné podklady vyžiadali viacerí podnikatelia, ani v jednom prípade to neboli účastníci konania, neskorší predkladatelia ponúk. Vo všetkých predmetných verejných obstarávaní spoločnosť E-aukcie zaslala výzvu na predkladanie ponúk iba spoločnostiam M CUP, MPL a RECORD, v šiestich z nich ponuky predložili iba títo podnikatelia, v jednom prípade aj iný uchádzač.
26. Úrad v súvislosti s vyhodnotením podozrenia, že medzi uchádzačmi v predmetných verejných obstarávaní došlo v rozpore s ustanovením § 4 zákona k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž, vychádzal zo spisového materiálu, obsahom ktorého sú podklady a informácie získané v priebehu prešetrovania, z ktorých vyplývalo podozrenie z uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž.
27. Prvostupňový správny orgán analyzoval súťažné podklady každého účastníka predmetného VO a dospel k záveru, že účastníci konania koordinovali svoje správanie v rámci účasti a predkladania ponúk v predmetných verejných obstarávaní a kvalifikoval konanie účastníkov konania ako kolúziu vo verejnom obstarávaní, ktorej súčasťou bolo aj priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok a rozdelenie trhu. Uvedený záver prvostupňového orgánu bol založený na viacerých nižšie uvedených nepriamych dôkazoch.

6. Právne posúdenie protisúťažného konania

6.1 Právna kvalifikácia dohôd obmedzujúcich súťaže a aplikácia § 6 zákona

28. Úrad vyhodnotil konanie účastníkov správneho konania ako sedem správnych deliktov, spočívajúcich v uzavretí dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona účinného do 17.4.2016 spočívajúcu v priamom určení cien tovaru, rozdelení trhu a kolúziivnom správaní, v dôsledku ktorého koordinovali svoje správanie v procese predmetného verejného obstarávania, čo v rozhodnutí dostatočne odôvodnil.³

³ Bod 76 prvostupňového rozhodnutia

29. Rada úradu sa stotožňuje s takýmto posúdením. S námietkami týkajúcimi sa právnej kvalifikácie dohôd sa Rada úradu vysporiadala v príslušných častiach vyjadrenia k námietkam v tomto dokumente.
30. Prvostupňový orgán ďalej dospel k záveru, že vzhľadom na charakter dohody obmedzujúcej súťaž ako kolúzie vo verejnom obstarávaní, ktorá obsahuje znaky dohody o cene podľa § 4 ods. 3 písm. a), a dohody o rozdelení trhu podľa § 4 ods. 3 písm. c) zákona v znení účinnom do 17.4.2016, nie je možné na túto dohodu aplikovať ustanovenia § 6 ods. 1 zákona v znení účinnom do 17.4.2016 a nemožno posudzované dohody považovať za vyňaté zo zákazu podľa § 6 zákona v znení účinnom do 17.4.2016.
31. Prvostupňový orgán tiež dospel k záveru, že nie je možné aplikovať ustanovenie § 6 ods. 3 zákona v znení účinnom do 17.4.2016, nakoľko účastníci konania nepredložili úradu dôkazy, z ktorých by vyplývalo, že boli naplnené podmienky v zmysle predmetného ustanovenia, a naplnenie podmienok úrad nepredpokladal ani vzhľadom na skutkové okolnosti prípadu. Rada úradu sa po preskúmaní spisového materiálu s týmto záverom stotožňuje.

6.2 Dĺžka trvania dohôd obmedzujúcich súťaž

32. Rada úradu súhlasí so závermi úradu pokiaľ ide o dĺžku posudzovaného protiprávneho konania.
33. Úrad posudzoval trvanie protiprávneho konania účastníkov konania v závislosti od trvania predmetných verejných obstarávaní s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ a účasti jednotlivých podnikateľov na týchto obstarávaníach. Za začiatok trvania účasti na protiprávnom konaní v prípade všetkých účastníkov konania úrad určil najneskôr dátum 23.09.2014, kedy bola vo Vestníku verejného obstarávania č. 185/2014 zverejnená výzva verejných obstarávateľov na predkladanie ponúk do prvých verejných obstarávaní na výstavbu multifunkčného ihriska v Radvani nad Laborcom a v Kráľovskom Chlmci. Za ukončenie účasti na protiprávnom konaní účastníkov konania určil úrad dátum 23.10.2014, čo bol posledný termín na predloženie ponúk v záverečnom z posudzovaných verejných obstarávaní, ktoré vyhlásilo mesto Snina.

7. Námietky účastníkov konania

7.1 Námietky k spôsobu sprístupnenia spisu

34. Dňa 4.3.2019 bolo Rade úradu doručené podanie účastníkov konania, v ktorom títo vzniesli námietky vo vzťahu k spisu, ktorý bol podľa ich vyjadrenia nežurnalizovaný, nekompletný, neprehľadný. Taktiež namietali, že im bol pri nahliadaní dňa 30.1.2019 odopretý prístup ku kompletným elektronickým

dokumentom, čím trpí predmetné správne konanie vadou, ktorá konanie, ako aj prvostupňové rozhodnutie robí nezákonným.

35. Ďalej podľa účastníkov konania je z dôvodu nekompletnosti a rozporu medzi listinným a elektronickým spisom daný dôvod na zrušenie prvostupňového rozhodnutia, nakoľko je prvostupňové rozhodnutie nepreskúmateľné. Podľa účastníkov konania obsah spisu tvoria dokumenty, ktoré mali byť v konaní predložené v origináli, teda pokiaľ boli predkladané elektronicky, mali byť opatrené osvedčovacou doložkou zaručenej konverzie podľa zákona o e-governmente, ale osvedčovaciu doložku neobsahujú a považujú sa iba za kópie dokumentov a nie originály a na nich poklade úrad nemohol vydať prvostupňové rozhodnutie.

Vyjadrenie Rady úradu:

36. Rada úradu sa s vyššie uvedenými námietkami nestotožňuje. Vo vzťahu k nahliadaniu do spisu Rada uvádza, že v predmetnom konaní boli vznesené 2 žiadosti o nahliadnutie, ktorým bolo vyhovené dňa 30.1.2019 a dňa 25.4.2019.
37. Pri nahliadaní dňa 30.1.2019⁴ neboli právnomu zástupcovi sprístupnené elektronické časti spisu obsahujúce kvalifikované certifikáty elektronického podpisu a osvedčovacie doložky vytvárané pri zaručenej konverzii dokumentov z dôvodu nevyhnutnosti kontroly, či tieto neobsahujú osobné údaje, ktoré je úrad, ako aj Rada úradu, povinná chrániť. Právny zástupca bol zároveň informovaný, že tieto údaje boli v tej fáze konania v režime „chránených informácií v riešení“ a po vykonaní kontroly ak tieto bude možné odtajniť, bude k nim umožnený účastníkom konania prístup.
38. Dňa 10.4.2019 bol následne elektronicky zaslaným dokumentom č. 33/2019/ODK-1661/2019⁵ právny zástupca účastníkov konania informovaný, že úrad už vykonal vyššie uvedené zabezpečovacie úkony, v dôsledku čoho mu bude pri nahliadaní dňa 25.4.2019 sprístupnená aj tá časť elektronického spisu, ktorá mu nebola poskytnutá 30.1.2019.
39. Dňa 25.4.2019 sa právny zástupca zúčastnil nahliadania do spisu, pričom mu tento bol sprístupnený v plnom rozsahu.⁶ Napriek tomu právny zástupca na nahliadaní do spisu požiadal iba o sprístupnenie písomnej časti spisu.
40. Vzhľadom na uvedené sa podľa Rady úradu tvrdenia účastníkov konania o tom, že im bol odopretý prístup k elektronickým dokumentom, čo spôsobuje vadu konania nezakladajú na skutočnosti. Účastníkom konania bol odopretý prístup iba k niektorým častiam spisu v jednej časti konania s náležitým odôvodnením,

⁴ Vid' Zápisnica z nahliadania 30.1.2019, položka spisu č. 33/2019/ODK-IZ-104/2019, položka spisu č. 278

⁵ Položka spisu č. 291

⁶ Vid' Zápisnica z nahliadania 25.4..2019, položka spisu č. 33/2019/ODK-IZ-420/2019, položka spisu č. 293

pričom následne neskôr im bol poskytnutý prístup k celej spisovej dokumentácii, hoci túto možnosť už následne nevyužili. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje predmetnú námietku za relevantnú, účastníci navyiac ani neuviedli, ako by mohlo dočasné nesprístupnenie niektorých technických častí spisu poškodiť ich práva, keď tieto ani v neskoršom priebehu konania, kedy k týmto častiam mali prístup, ani nepovažovali za potrebné sprístupniť.

41. Vo vzťahu k spôsobu vedenia spisu a jeho prehľadnosti, ako aj právnej úprave zaručenej konverzie dokumentov Rada úradu uvádza, že v predmetnom správnom konaní je vedený spis, ktorého časť je elektronická a časť v listinnej forme. Účastník konania bol informovaný, že spis v elektronickej forme obsahuje originály elektronicke doručenej dokumentácie, papierový spis obsahuje originály dokumentácie predloženej úradu v tlačenej podobe. Takáto dokumentácia zároveň v prípade jej predloženia na úrad obsahuje označenie podateľňou úradu, v prípade produkcie originálu úradom obsahuje podpis zodpovednej osoby. Súčasťou listinnej podoby spisu sú však aj tzv. pomocné dokumenty, ktoré majú slúžiť zamestnancom úradu, ale aj účastníkom konania na lepšiu orientáciu a čitateľnosť spisu. Takéto dokumenty predstavujú vytlačenú verziu elektronicke doručeneho dokumentu, čo je aj uvedené priamo na dokumente, ktorý navyiac nie je podpísaný. Z uvedeného vyplýva, že takýto dokument svojou povahou nepredstavuje právne relevantný podklad, nemusí teda obsahovať vytlačené časti z elektronickeho podpisovania, ani osvedčovaciu doložku, ani prejsť zaručenou konverziou, nakoľko nie je právnym základom postupu úradu. Právne relevantný je originál dokumentu, ktorý je obsiahnutý v elektronickej časti spisu a ktorý obsahuje všetky náležitosti súvisiace so zaručeným elektronickeým podpisom. O tomto bol informovaný aj právny zástupca účastníka konania.⁷ Vo vzťahu k elektronickej verzii úradu predloženým dokumentom v mene podnikateľa M CUP (položky spisu č. 241 -3154/2018, č. 198- 1784/2018, č. 211 - 2460/2018) Rada úradu uvádza, že tieto obsahujú osvedčovaciu doložku zaručenej konverzie v elektronickej časti spisu. Rada úradu preto považuje námietky účastníkov konania k nezrozumiteľnosti a nežurnalizovaní spisu za irelevantné.

7.2 Námietky týkajúce sa väd prvostupňového rozhodnutia, ktoré podľa účastníkov konania spôsobujú nezrozumiteľnosť, zmätočnosť a ničotnosť rozhodnutia

7.2.1 Námietky k vadám v bodoch 1 a 2 výroku prvostupňového rozhodnutia

42. Výrok (bod 1 aj 2) neobsahuje určenie času, miesta, spôsobu spáchania, nevyplýva z neho najmä konkrétne a určito určený a vymedzený (popísaný) spôsob spáchania skutku a ani nevyplýva konkrétne miesto spáchania skutku,

⁷ Vid' str. 2 Zápisnice z nahliadania 30.1.2019, položka spisu č. 33/2019/ODK-IZ-104/2019, položka spisu č. 278 "Právny zástupca bol informovaný, že fotokópie, ktoré mu boli vyhotovené a odovzdané boli vytvorené ako tlačene podoby elektronickeých dokumentov- pomocné dokumenty pre založenie do listinnej časti spisu."

účastníkom konania z výroku nie je zrejmé za čo je im ukladaný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní a zároveň tvrdia nasledujúce.

- Podľa účastníkov konania je úrad v predmetnom správnom konaní povinný postupovať podľa správneho poriadku, zákona a vzhľadom na nedostatok špeciálnej úpravy pri administratívnom trestaní pri posudzovaní správneho deliktu a rozhodovaní o ňom ako aj pri ukladaní sankcie postupovať „analogiae legis“ podľa ustanovení obsahujúcich trestnoprávnu úpravu (Trestný zákonník, Trestný poriadok).
 - V tejto súvislosti účastníci poukázali na znenie čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ľudských právach a základných slobodách (publikovaný pod č. 209/1992 Zb.), keď Dohovor v článku 6 ods. 1 veta prvá uvádza „akékoľvek trestné obvinenie“, z ktorej právnej úpravy podľa názoru súdu vyplýva nevyhnutnosť poskytnúť záruky a práva, ktoré sú zakotvené v trestnom zákone a trestnom poriadku nielen obvinenému z trestného činu, ale aj subjektu, voči ktorému je vyvodzovaná administratívna zodpovednosť, na ktorý vo svojej judikatúre poukázal aj Najvyšší súd.
 - Podľa účastníkov konanie z ustálenej judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky ako správneho súdu⁸ vyplýva, že v rozhodnutiach o správnych deliktoch je nevyhnutné vo výroku rozhodnutia presne vymedziť skutok, za ktorý je subjekt postihnutý, teda jednoznačne určiť. Vo výroku rozhodnutia musí byť jednoznačne čoho sa páchatel správneho deliktu dopustil a v čom spáchaný delikt spočíva a teda uviesť miesto, čas a spôsob spáchania deliktu v záujme zabezpečenia nezameniteľnosti deliktu s inými skutkami⁹.
43. Výrok neobsahuje konkrétne ustanovenie právneho predpisu (teda aj prechodných ustanovení zákona), ktoré zakladá skutkovú podstatu správneho deliktu.¹⁰
44. Výrok neobsahuje odkaz na príslušné procesnoprávne ustanovenia právneho predpisu, podľa ktorého úrad rozhodoval o merite veci – úrad mal podľa účastníkov uviesť všetky konkrétne prechodné ustanovenia zákona, všetky ustanovenia správneho poriadku a iných zákonov, podľa ktorých konal a rozhodoval v predmetnej veci.
45. Výrok v bode 2 neobsahuje presné vymedzenie právneho predpisu – podľa ktorého písmena § 38 ods. 1 zákona je účastníkom ukladaná pokuta a teda nie je dostatočne jasne, určito a nespochybniteľne vyšpecifikované, za aké konanie

⁸ napr. rozsudok NS SR sp. zn. 3Sžo/200/2010 zo dňa 08.10.2010, rozsudok NS SR sp. zn. 2Sž/7/2010 zo dňa 18.05.2011, ako aj rozsudky v iných veciach týkajúce sa iných správnych deliktov, napr. rozsudok NS SR sp. zn. 3Sžp/5/2008 zo dňa 23.07.2009, rozsudok NS SR sp. zn. 2Sžo/106/2007 zo dňa 13.03.2008, rozsudok NS SR sp. zn. 8Sžo/28/2007 zo dňa 06.03.2008

⁹ čl. 152 ods. 4 Ústavy SR, Najvyšší správny súd ČR z 31.03.2009, sp. zn. 1 Afs 58/2009

¹⁰ Rozsudok NS SR z 5.12.2001, sp. zn. 7 Sž 73/2001

je účastníkom ukladaná pokuta. Spôsob vymedzenia odkazom na § 38 ods. 1 zákona vyžaduje „dopátravanie“ sa podstaty rozhodnutia vo veci samej v časti odôvodnenia. Podľa účastníkov konania nie je teda zrejmé, akého z protiprávnych konaní v zmysle znenia § 38 ods. 1 zákona sa účastníci konania dopustili a špecifikácia skutku nezodpovedá zákonným požiadavkám výrokovej časti rozhodnutia o správnom delikte.

46. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci konania uviedli, že sa s právnymi závermi Rady úradu obsiahnutými vo Výzve v celom rozsahu nestotožňujú a zotrvávajú na opodstatnenosti a správnosti svojich argumentov uvedených v rozklade, v ktorom namietali nesprávnosť a svojvoľnosť výrokovej časti prvostupňového rozhodnutia s poukazom na vyššie uvedené skutočnosti

Vyjadrenie Rady úradu:

47. Z vyššie uvedenej argumentácie účastníkov konania týkajúcej sa presnej špecifikácie skutku vyplýva, že účastníci konania nepovažovali za dostačujúce vymedzenie skutku tak, ako je to uvedené vo výroku prvostupňového rozhodnutia. Námietky účastníkov konania k výroku sa vzťahovali na obsahové náležitosti výroku, pričom títo požadovali použitím analógie aplikáciu trestnoprávnych ustanovení vzhľadom na nedostatok špeciálnej úpravy pri administratívnom trestaní.
48. Rada úradu po preskúmaní výroku prvostupňového rozhodnutia s týmto tvrdením účastníkov konania vo vzťahu k nedostatočnej konkretizácii výroku prvostupňového rozhodnutia nesúhlasí.
49. K požiadavke aplikácie analogiae legis trestnoprávnych ustanovení Rada úradu uvádza, že táto sa považuje za jednu z radu všeobecne akceptovaných metód riešenia právnych otázok, na ktoré právny poriadok neposkytuje uspokojivé riešenie. K použitiu analógie sa vyjadril Najvyšší správny súd ČR v rozsudku 1As/27/2008-67 zo dňa 16.04.2008, na ktorý odkazujú vo svojej rozhodovacej praxi aj slovenské súdy, v ktorom uviedol: „*Použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem*“.
50. Z uvedeného vyplýva, že analógia je prostriedok dotvárania práva, ktorý nemožno použiť automaticky, ale iba v odôvodnených prípadoch, pričom správny orgán, by mal zvážiť:
- či existuje medzera v zákone,
 - či analogická aplikácia inej právnej úpravy nepoškodí účastníka konania,
 - či takýmto rozhodnutím, pokiaľ by malo byť nasledované ako všeobecné pravidlo, nenarušuje celý systém ochrany právom aprobevaných záujmov či hodnôt, ktorých sa konkrétny/posudzovaný prípad týka,

- či nepríde ani k zásahu do záujmov či hodnôt, na ktorých ochrane je verejný záujem.
51. V súvislosti v určitostou výroku Rada úradu poukazuje na príslušnú judikatúru vzťahujúcu sa na znenie príslušného ustanovenia správneho poriadku, z ktorej vyplýva, že nie je potrebné a ani vhodné využitie analógie „z právnej úpravy priestupkového alebo trestného konania súdneho, nakoľko je ju možné vyššie uvedenými úvahami vyvodit' aj priamo z textu § 47 odst. 2 správneho rádu“¹¹. Uvedené stanovisko Nejvyššího správního soudu ďalej pokračuje: „Nejvyšší správní soud má totiž zato, že *neuvezení skutkových okolností deliktu, pro nějž je správním orgánem ukládána pokuta, nezakládá bez dalšího nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nesrozumitelnost ve smyslu § 76 odst. 1 s. ř. s. Za nesrozumitelné je nutno považovat zejména rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, u něhož existuje rozpor mezi výrokem a jeho odůvodněním apod.*“
52. Z citovaného rozhodnutia Nejvyššího správního soudu (ako aj z iných správnych rozhodnutí českých ako aj slovenských súdov) podľa Rady úradu teda jednoznačne vyplýva, že:
- k uplatňovaniu analógie legis s trestným právom a úpravou priestupkového konania v správnom trestaní je potrebné pristupovať vo všeobecnosti skôr rezervovane;
 - Správny poriadok jasne stanovuje požiadavky pre výrok o skutku a sankcii správneho rozhodnutia;
 - nedostatočná špecifikácia skutku nezakladá automaticky dôvod pre zrušenie rozhodnutia z dôvodu nezrozumiteľnosti (či nezákonnosti) rozhodnutia správneho orgánu.
53. Rovnaké závery podľa Rady úradu platia aj pre slovenské správne právo, a to z dôvodu identity právnych úprav, zásad a princípov platných v správnom ako aj trestnom práve. Správny poriadok rovnako v ustanovení § 47 ods. 2 upravuje požiadavky pre výrok rozhodnutia a správneho orgánu. Ďalšie požiadavky možno dôvodiť z judikatúry, ktorá súčasne zohľadňuje špecifiká jednotlivých osobitných oblastí práva (daňové právo, colné, stavebné konanie, ochrana životného prostredia, a pod.).
54. Závery úradu vo vzťahu k právnej argumentácii účastníka konania týkajúcej sa náležitostí výroku rozhodnutia majú oporu aj v rozsudku NS SR ktorý takúto argumentáciu jednoznačne odmietol, pričom poukázal na neprípustnosť analógie v prípadoch, kedy je nevyhnutné v záujme právnej istoty regulovať vzťahy právnymi normami, pričom za takúto oblasť označil aj úpravu náležitostí rozhodnutia v správnom konaní. NS SR zároveň z týchto dôvodov uviedol, že sa nestotožňuje ani s judikatúrou, ktorú na podporu svojej právnej analýzy uviedli

¹¹ rozsudok Nejvyššího správního soudu zo dňa 23.2.2005, čj. 3 Ads 21/2004 - 55, www.nssoud.cz

žalobcovia v predmetnom súdnom konaní (účastníci konania vo svojej argumentácii odkázali aj na judikatúru ako žalobcovia).¹²

55. K vzťahu správneho konania vedeného úradom vo veci správnych deliktov v oblasti hospodárskej súťaže a trestného konania vyslovil stanovisko aj Ústavný súd SR v náleze I. ÚS 505/2015-55 zo dňa 13.1.2016 vo veci Siemens AG. ÚS SR vo svojich záveroch v tejto oblasti vychádzal z relatívnej podobnosti priestupkov a trestných činov, pričom za právne relevantnú považoval aj skutočnosť, že Ústava dáva možnosť udeliť milosť nielen v prípade trestných činov, ale aj v prípade priestupkov. (PL. US 12/97), kým takáto možnosť sa nespája s uložením sankcie za správanie porušujúce zákon č. 136/2001 Z. z. S milosťou nemožno stotožniť prípadne premlčanie zodpovednosti za porušenie zákona č. 136/2001 Z. z.. Podľa ÚS napriek interpretácii ESLP, ktorý zaradil zákon o priestupkoch ako náležiaci do odvetvia trestného práva, interpretácia právneho poriadku SR nemôže byť taká extenzívna, aby sa jej pomocou vyvodilo, že uloženie sankcie podľa akéhokoľvek zákona má povahu trestnoprávnej sankcie a patrí do odvetvia trestného práva.¹³ V tejto súvislosti ÚS konštatoval, že „Ochrana hospodárskej súťaže je osobitným ústavným princípom výslovne zaručeným čl. 55 ods. 2 ústavy. Z dosiaľ uvedeného ústavný súd vyvodzuje čiastkový záver o tom, že niet ústavnoprávneho dôvodu pre subsumpciu ochrany hospodárskej súťaže do kategórie kvázi trestného práva. Právo na ochranu hospodárskej súťaže je súčasťou odvetvia správneho práva (Vozar, J. Právo proti nekalej súťaži. Bratislava : Veda 2013, s. 59). V konaní podľa zákona č. 136/2001 Z. z. niet dôvodu uplatňovať základné procesné práva priznané ústavou z titulu kvázi trestnej povahy tohto konania.“¹⁴ ÚS SR ďalej v bodoch 51 a 52 predmetného nálezu konštatoval, že vzhľadom na charakter protimonopolného práva, upravujúceho predovšetkým vzťahy medzi veľkými podnikateľmi v záujme

¹²Vid' Rozsudok NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhu/1/2009 str.111 „Naopak sa najvyšší súd musel v zmysle vyššie uvedených argumentov a vyslovených názorov odchýliť od argumentov, ktoré sa majú nachádzať v žalobcami citovaných rozhodnutí iných senátov najvyššieho súdu, t. j. menovite sp. zn. 2Sžo/106/2007, sp. zn. 3Sžf/74/2007, sp. zn. 6Sžo/96/2007, 6Sžo/133/2007 alebo 6Sžo/6/2008.“

Str. 48, 49, 52 „Všetky takto sformulované úvahy nepriamo vychádzajú z pripustenia existencie medzery v zákone (*vacuum et silentio legis*), ktorú je nutné a súčasne možné preklenúť výkladovou praxou všeobecných súdov založených na jednoznačnom využití analógie práva....“... „Oblasť verejného práva, kam spadá aj procesná úprava povinnej formy a náležitosti rozhodnutia správneho orgánu pri ochrane hospodárskej súťaže, je dominantne ovládaná koncepciou výkonu štátnej moci „*secundum et inlra legem*“, ktorá je zakotvená v čl. 2 ods. 2 ústavy. Potom medzery v práve podľa uvedenej koncepcie existovať nielenže nemôžu, ale ani nesmú (vid' zákaz *denegatio iustitiae*).“... „Hore uvedené závery vyslovené najvyšším súdom naznačujú, že postupy krajským súdom v zmysle argumentácie žalobcov označené ako analógia *iuris*, resp. analógia *legis*, nemajú svoje miesto v správnom trestaní vždy. Predovšetkým z ustanovenia čl. 2 ods. 2 ústavy vyplýva striktný príkaz pre orgány štátnej moci, aby konali iba a výslovne na základe právneho poriadku, ktorého základ tvoria zákony a na ich čele dominuje ústava. Opačný prístup k aplikácii práva by narušil ideu právneho štátu, ktorý vylučuje takéto svojvoľné postupy orgánov štátnej moci v konaní o právach, povinnostiach a oprávnených záujmoch jednotlivca. Najvyšší súd sa preto môže stotožniť iba s tou časťou vyššie načrtnutej argumentácie krajského súdu, ktorá označuje právnú analógiu v oblasti správneho hmotného práva za akceptovateľnú. Obdobne sa senát najvyššieho súdu z vyššie uvedených dôvodov nemôže stotožniť so závermi vyslovenými v rozsudkoch iných senátov najvyššieho súdu, ktoré boli citované žalobcami.“

¹³ Vid' nález I. ÚS 505/2015-55 zo dňa 13.1.2016 vo veci Siemens AG, body 36 a 37.

¹⁴ nález I. ÚS 505/2015-55 zo dňa 13.1.2016 vo veci Siemens AG, bod 38

ochrany hospodárskej súťaže, kde vzťahy sú zásadného makroekonomického významu s finančným objemom vyjadreným v miliardách eur, a sankcie ukladané súťažným orgánom majú predovšetkým reparačný účel, pokuta, ktorá je ukladaná za kartel nie je trestnou sankciou. V tejto súvislosti ÚS poukázal na to, že podľa druhého klasifikačného kritéria ESLP vo veci Engel je relevantné rozlíšenie medzi preventívno-represívnym a reparačným účelom sankcie.

56. Ako bolo už vyššie uvedené, *alanogia legis* prichádza do úvahy v prípade absencie právnej úpravy na konkrétny skutkový stav. Trestné právo, a to právo hmotné tak aj právo procesné má špecifiká primerané tomu, že sa aplikuje v prípadoch dosiahnutia určitého stupňa spoločenskej nebezpečnosti posudzovaného konania. Ani v prípade aplikácie *analogie legis* nemožno uvažovať tak, že by sa mali aplikovať ucelené ustanovenia trestnoprávnych predpisov. Z doterajšej praxe súdov vyplýva, že sa aplikujú predovšetkým zásady, a to primerane. Uvedené dostatočne reflektuje aj Správny súdny poriadok v §195 písm. c a d, kde sa uvádza, že správny súd nie je vo veciach správneho trestania viazaný rozsahom a dôvodmi žaloby, ak ide o základné zásady trestného konania podľa Trestného poriadku, ktoré je potrebné použiť na správne trestanie alebo ide o dodržanie zásad ukladania trestov podľa Trestného zákona, ktoré je potrebné použiť aj na ukládanie sankcií v rámci správneho trestania. Potrebu individuálneho skúmania, či sa v danom správnom konaní uplatní konkrétna zásada trestného konania, konštatoval Ústavný súd SR vo vyššie uvedenom náleze Siemens.
57. Vzhľadom na uvedené nie je podľa Rady úradu správne a zákonné aplikovať požiadavky na náležitosti výroku rozhodnutia v zmysle trestnoprávnej úpravy na výrok v prvostupňovom rozhodnutí. V neposlednom rade Rada úradu uvádza, že prísnejší štandard nastavený v zmysle argumentácie účastníkov konania by spôsobil rozpor so zásadou efektivity, keďže SR musí rešpektovať výklad daný európskymi súdmi na účely vynucovania európskeho práva, čl. 101 a 102 ZFEÚ, ktorý je v tomto prípade iný. Ide teda aj rozpor s čl. 3 Nariadenia 1/2003 (Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže ustanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (Úradný vestník Európskych spoločenstiev L 001, 4/1/2003), keď v zmysle takto nastaveného štandardu by úrad nezakázal dohodu, ktorá by bola podľa európskeho práva jednoznačne zakázaná.
58. Rada úradu má za to, že výrok prvostupňového rozhodnutia je jasný, určitý, zrozumiteľný, spĺňajúci všetky požiadavky kladené z hľadiska Správneho poriadku a správnej teórie.
59. O zrozumiteľnosti, určitosti, jednoznačnosti a nezameniteľnosti výroku prvostupňového rozhodnutia hovorí aj samotná argumentácia účastníkov konania v rozklade, z ktorej je zrejmé, že každý z nich si uvedomuje voči komu rozhodnutie smeruje, za aký skutok – akou formou, v akom čase a priestore sa

skutok stal, a začo podľa ustanovení akého právneho predpisu je ukladaná konkrétna výška sankcie.

60. Dvojstranový výrok rozhodnutia č. 2018/DOH/POK/1/38 zo dňa 7.11.2018 je možné rozobrať aj podrobne:

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor kartelov, (konkretizácia orgánu ktorý rozhodoval)), v správnom konaní č. 0022/OKT/2016 začatom dňa 16. septembra 2016 (konkretizácia správneho konania uvedením čísla správneho konania) z vlastného podnetu podľa § 25 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 26.12.2016 (konkretizácia procesného ustanovenia upravujúceho začatie konania z vlastného podnetu) vo veci dohody obmedzujúcej súťaž v zmysle § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 17.4.2016 (konkretizácia predmetu konania – skutku v zmysle právneho predpisu) a na základe § 22 ods. 1 písm. d) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších (konkretizácia procesných ustanovení predpisov, na základe ktorých postupoval správny orgán)

takto rozhodol:

I. Konanie podnikateľov

M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435,
MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava,
IČO: 31 407 455 a

RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnická 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915 (určenie účastníkov, ktorí podali rozklad a voči ktorým rozhodnutie smeruje) spočívajúce v koordinácii týchto podnikateľov v procese prípravy súťažných ponúk, v období od 23.09.2014 do 23.10.2014 s cieľom umožniť víťazstvo vopred určenému uchádzačovi vo verejných obstarávaníach s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ vyhlásených verejnými obstarávateľmi

Obec Radvaň nad Laborcom, Radvaň nad Laborcom 76,067 01 Radvaň,

Obec Hriadky, Hlavná č. 43/5, 076 22 Hriadky,

Obec Demjata, Demjata 129, 082 13 Tulčák,

Obec Rudno nad Hronom, Rudno nad Hronom 16, 966 51 Rudno nad Hronom,

Obec Ďapalovce, Ďapalovce 136, 094 05 Holčikovce,

Mesto Snina, Strojárska 2060/95, 069 01 Snina a

Gymnázium – Gimnázium Kráľovský Chlmec, Horešská 18, 077 01 Kráľovský Chlmec (označenie a konkretizácia skutku označením konkrétneho tendra ako aj z hľadiska času)

je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie súťaže v oblasti dodávok stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb na území Slovenskej republiky a ktorá je podľa ustanovenia § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 17.4.2016 (určenie právneho predpisu spojení s kvalifikáciou skutku) 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 17.4.2016 (uviedenie konkrétnych ustanovení právneho predpisu podľa ktorých sa ukladá pokuta, výrok o sankcii „treste“ za porušenie zákona) Protimonopolný úrad Slovenskej republiky za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá:

a. podnikateľovi M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435 pokutu vo výške 16 760 EUR (šestnásťtisíc sedemstošesťdesiat EUR),
b. podnikateľovi MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 pokutu vo výške 50 465 EUR (päťdesiatštyristošesťdesiatpäť EUR) a

c. podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915 pokutu vo výške 50 465 EUR (päťdesiatštyristošesťdesiatpäť EUR), (identifikácia účastníka a výška pokuty, ktorá sa každému z účastníkov ukladá),

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 2018138 vedený v Štátnej pokladnici Bratislava. (určenie miesta spôsobu a lehoty, v akej je každý sankcionovaný účastník povinný svoju povinnosť splniť)

III. Podľa § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov (uviedenie konkrétnych ustanovení právneho predpisu podľa ktorých sa ukladá pokuta, výrok o sankcii „treste“ za porušenie zákona) Protimonopolný úrad Slovenskej republiky ukladá:

a. podnikateľovi M.Cup s.r.o., so sídlom Poštová 3, 811 06, Bratislava, IČO: 31 327 435 zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia,

b. podnikateľovi MPL STAVING spol. s r.o., so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, IČO: 31 407 455 zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia a

c. podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o., so sídlom Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava, IČO: 31 391 915 zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia. (identifikácia účastníka a výška sankcie, ktorá sa každému z účastníkov ukladá).

61. Vzhľadom na uvedené Rade úradu nie je zrejmé, z akých dôvodov je účastníkmi konania namietaná nezrozumiteľnosť výroku, respektíve absencia zákonných náležitostí výroku rozhodnutia. Zo znenia výroku je zrejmé, podľa akých ustanovení úrad postupoval, v tejto súvislosti Rada úradu upozorňuje, že pri citácii právneho predpisu v bode III. Výroku rozhodnutia (§ 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení neskorších predpisov) je znenie zákona uvedené zákonným spôsobom, nakoľko ide o platné znenie zákona a nie je preto potrebné uvádzať vymedzenie prechodných ustanovení. Úrad uvádzal konkrétne vymedzenie prechodných ustanovení (...v znení účinnom do...) len tam, kde to bolo relevantné.
62. Úrad postupoval teda v súlade so zákonom, keď vo výroku uviedol relevantné zákonné ustanovenia, ktoré aplikoval, pričom aplikáciu právnych predpisov bližšie odôvodnil aj v odôvodnení svojho rozhodnutia. Rada úradu má tiež za to, že uvedenie právneho predpisu vo výroku vyžaduje uvedenie základných právnych hmotnoprávnych a procesnoprávnych ustanovení, ktoré boli aplikované. Je nepochybné, že správny orgán aplikuje v spojení s nimi aj ďalšie ustanovenia, či už procesného charakteru alebo hmotného práva, ktoré však nie je nevyhnutné detailne uvádzať, ako napr. ustanovenia podľa ktorých určil účastníkov konania, ako doručoval a pod. Uvádzajú sa iba ustanovenia, kde správny orgán aplikoval svoju úvahu, ktorú je potrebné preskúmať.
63. Vo vzťahu k námietke týkajúcej sa znenia bodu II výroku a jeho vplyvu na určitosť a zrozumiteľnosť rozhodnutia Rada úradu uvádza, že ani v tejto časti nepovažuje výrok za nezrozumiteľný. Prvostupňový orgán jasne uviedol, že *„Podľa § 38 ods. 1 zákona... za konanie uvedené v bode I. výrokovej časti tohto rozhodnutia ukladá...“*. Podľa Rady úradu je takéto vymedzenie skutku dostatočne určité, nakoľko v bode I výroku, na ktorý odkazuje bod II výroku rozhodnutia je presne vymedzený skutok, a to nielen zákonným ustanovením, ale aj popisom skutku. Z bodu I prvostupňového rozhodnutia teda jednoznačne vyplýva, že pokuta ukladaná v bode II rozhodnutia je ukladaná za dohodu obmedzujúcu súťaž.
64. Výrok prvostupňového rozhodnutia je formulovaný tak, že umožňuje preskúmať, aké právne predpisy úrad aplikoval. Podľa Rady úradu výrok rozhodnutia (a ani rozhodnutie ako celok) netrpí žiadnou vadou, a už vôbec nie vadou, ktorá by mala mať za následok nezákonnosť rozhodnutia vo veci samej. Určitosť, jednoznačnosť a zrozumiteľnosť výroku prvostupňového rozhodnutia je nepochybniteľná. Výrok nie je ani rozporuplný, ani neexistuje rozpor medzi výrokom rozhodnutia a jeho odôvodnením. Rovnaká štruktúra, forma a konkretizácia vymedzenia skutku je obdobná vo všetkých rozhodnutiach úradu. Z hľadiska praxe rozhodovacích súťažných orgánov iných štátov, ohľadne samotnej konkretizácie skutku a jeho vymedzenia je možné rovnaké, resp.

obdobné výroky nájsť v rozhodnutiach mnohých európskych súťažných autorít, ako aj v rozhodnutiach Európskej komisie. Pre porovnanie možno uviesť, že výroky rozhodnutí Európskej komisie sú spravidla všeobecnejšie a stručnejšie ako je obvyklá prax úradu. Hoci iba výroková časť rozhodnutia je záväzná, práve text odôvodnenia slúži na to, aby ju bližšie objasnil a to aj pokiaľ ide o aplikáciu právnych predpisov.

65. Vymedzenie skutku prvostupňovým orgánom, ako aj miesta a času spáchania má opodstatnenie v osobitostiach súťažného práva, podľa ktorého sú sankcie za predmetný správny delikt ukladané.
66. Čo sa týka spôsobu spáchania iného správneho deliktu - uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž, tieto sú demonštratívnym výpočtom uvedené v ustanovení § 4 ods. 3 písm. a/ až f/ zákona, ktoré bližšie vymedzujú, akým konaním je možné naplniť skutkovú podstatu dohody obmedzujúcej súťaž, a úrad následne vo výroku uviedol ďalšie skutkové okolnosti prípadu a konkretizoval skutok vo výroku a odôvodnení rozhodnutia tak, že tento podľa Rady úradu v žiadnom prípade nie je zameniteľný s iným skutkom (konaním). Rade úradu nie je zrejmé, v čom podľa účastníkov konania spočíva zameniteľnosť skutku, alebo nezrozumiteľnosť výroku rozhodnutia, s akým skutkom je tento zameniteľný keď účastníci konania podávajú pomerne rozsiahle námietky vo vzťahu k predmetu konania. Ak by bol výrok a skutok natoľko nezrozumiteľný, účastníci konania by nemali ako svoje námietky podať, nakoľko by nevedeli, voči akému skutku ich podávajú, k čomu v tomto prípade nedošlo.
67. Takéto vymedzenie skutku vo výroku bolo potvrdené napr. aj rozsudkom NS SR 5Sžh-2-2015 zo dňa 6.11.2016 vo veci kartel diaľnice, kde NS SR uviedol „Najvyšší súd v súvislosti s posúdením uvedenej otázky poukazuje na to, že rozhodnutie žalovaného vychádzalo z preukázania dohody obmedzujúcej súťaž na základe zhody indexov v cenových ponukách jednotlivých účastníkov súťaže. Správne orgány na oboch stupňoch pritom vychádzali zo zákonného znenia § 4 ods. 2 písm. a/ zákona č. 136/2001 Z.z. a zo znenia čl. 81 ZES dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá bola definovaná ako každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvodený z ich konania. Aj krajský súd vo svojom rozsudku skonštatoval, že forma dohôd obmedzujúcich súťaž v užšom zmysle si vyžaduje konsenzus, ktorý musí byť náležitým, preukázateľným spôsobom prejavovaný, a to či už formou písomnej zmluvy, ústne alebo inak. Najvyšší súd súhlasí s argumentom žalovaného, že práve v prípadoch, kedy ide o iný prejav vôle, nemožno často presne špecifikovať miesto, čas a spôsob, tak ako to teoreticky stanovil vo svojom rozsudku krajský súd¹⁵. Zákonodarca prostredníctvom ustanovenia § 4 ods. 3 písm. a/ až f/ zákona č. 136/2001 Z.z. demonštratívne uvádza v súvislosti so spôsobom spáchania iného správneho deliktu - uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž, akým konaním je možné naplniť skutkovú podstatu tohto deliktu. Príslušný orgán musí

¹⁵ Bod 259, 260

d'alšími skutkovými okolnosťami prípadu bližšie vymedziť a konkretizovať skutok vo výroku a v odôvodnení rozhodnutia tak, aby nebol zameniteľný s iným.¹⁶ Teda v prípade dohôd obmedzujúcich súťaž bude vymedzený spôsob uzatvorenia dohody ako dohoda o cene určitého tovaru (alebo o zvýšení, znížení ceny), rozdelenie trhu, rozdelenie zákazníkov a pod. Skutočnosti, kde konkrétne a akým spôsobom k dohode medzi podnikateľmi došlo, sú v správnom konaní samotnými dôkazmi.¹⁷ Najvyšší súd v tejto súvislosti dal za pravdu žalovanému, že nebolo nevyhnutné vo výroku rozhodnutia špecifikovať, o aký druh dohody obmedzujúcej súťaž ide. Ustanovenie § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. zaviedlo pre dohodu, zosúladený postup, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov jednotný názov, a to: dohoda obmedzujúca súťaž. Absencia špecifikácie vo výroku rozhodnutia, či v danom prípade išlo o dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov, prípadne oboje, nemôže mať preto za následok nepreskúmateľnosť rozhodnutia.¹⁸

68. Rada úradu poukazuje na to, že prvostupňovým rozhodnutím je ukladaná sankcia za špecifický typ dohody obmedzujúcej súťaž, ktorý sa viaže ku konkrétnej verejnej súťaži, ku konkrétnemu tendru, a preto definovaná kolúzia účastníkov v konkrétnej verejnej súťaži označenej časom a miestom nie je zameniteľná so žiadnym iným konaním.
69. Vo vzťahu k vymedzeniu miesta spáchania správneho deliktu Rada úradu uvádza, že nie je vždy možné presne vymedziť napr. „miesto“ porušenia pravidiel hospodárskej súťaže ako miesto spáchania trestného činu v trestnom práve, s čím sa stotožnili aj súdy v SR vo svojej rozhodovacej praxi.¹⁹ V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na rozhodnutie vo veci „Woodpulp I“ 89/85, „Treba zohľadniť, že porušenie čl. 81, akým je dohoda, ktorá má za následok obmedzenie súťaže na spoločnom trhu, spočíva v konaní pozostávajúcom z dvoch častí: uzavretie dohody, rozhodnutia alebo zosúladeného postupu a jeho implementácie. Ak by bola aplikovateľnosť súťažných pravidiel závislá od miesta, kde došlo k uzavretiu dohody, rozhodnutia alebo zosúladeného postupu, znamenalo by to pre podniky zjavný a ľahký spôsob, ako uniknúť súťažným pravidlám. Rozhodujúcim faktorom je preto miesto, kde bola dohoda implementovaná.“, ako aj na trestnoprávnu teóriu „Miestom spáchania trestného činu zneužitia účasti na hospodárskej súťaži je nielen miesto, kde došlo k nekalému konaniu, ale aj miesto, kde došlo k škodlivému následku.“²⁰.

¹⁶ Bod 263

¹⁷ Bod 264

¹⁸ Bod 265

¹⁹ Napr. v rozhodnutí Rady úradu č. 2006/KH/R/2/089 zo dňa 3.8.2006 voči Slovenskej advokátskej komore sa vo výroku rozhodnutia ani určenie času ani miesta vôbec nenachádza, a napriek tomu tu nevidel ani krajský súd (v konaní č. 2S 380/06) ani Najvyšší súd SR (v konaní č. 2 Sžh 3/2007) nezrozumiteľnosť výroku, alebo na jeho základe možnosť zameniteľnosti skutku s iným.

Pozri aj Rozsudok NS SR 3 Sžt /4/2010 vo veci Akcenta z 21.5.2013

²⁰ Trestné právo hmotné, Všeobecné časť 1, prof. JUDr. Jaroslav Ivor, CSc. a kolektív, Iura Edition, 2006

70. Výrok prvostupňového orgánu v posudzovanom rozhodnutí zodpovedá výrokovým častiam rozhodnutí Európskej komisie, v ktorých konštatuje porušenie čl. 101 ZES (81), tieto sú obdobného znenia, ako v tomto prípade. EK uvádza, že sa jedná o porušenie čl. 101 ZES na určitom relevantnom trhu, zo strany určitých podnikateľov, ktoré spočíva napr. v cenovej dohode, dohode o rozdelení trhu a podobne, ak je to relevantné, vymedzuje časové trvanie účasti jednotlivých podnikateľov na karteli.²¹ V niektorých prípadoch sa totiž ani objektívne nedá presne miesto spáchania deliktu určiť. Napr. ak podnikatelia uzatvoria dohodu obmedzujúcu súťaž tým, že stanovujú ceny tovaru X za cenu Y, a túto si dohodnú prostredníctvom emailových správ, sa miesto spáchania deliktu, sa v takom prípade jednoducho nedá vymedziť.
71. V tejto súvislosti poukazujeme aj na rozsudok Krajského soudu v Brně vo veci č. k. 62 Ca 43/20027 -216 zo dňa 20.1.2009, kde súd v prípade preskúmania rozhodnutia českého Úradu pro ochranu hospodářské soutěže o dohode obmedzujúcej súťaž konštatoval: „*Pokud skutková věta obsažená v napadeném rozhodnutí neobsahuje údaj o místu protiprávního jednání, pak takové vymezení s ohledem na charakter deklarovaného protiprávního jednání a s ohledem na zbylý popis skutku v rámci výroku napadeného rozhodnutí nebylo třeba. Teritoriální vymezení jednání není nezbytnou součástí každého rozhodnutí ve věcech správního trestání.*“ a ďalej súd uviedol: *V právě projednávané věci soud uzavírá, že i bez určení místa spáchaní správního deliktu, lze ze skutkové věty obsažené ve výroku napadeného rozhodnutí zřetelně seznat, kterého deliktu a jaké konkrétní povahy se žalobci dopustili.*“ (str. 29 - 30 rozsudku). „...*Jak bude níže uvedeno, deklarování tohto protiprávního jednání může být založeno toliko na nepřímých či zprostředkovaných kontaktech, k nimž dochází mezi soutěžiteli postupně bez toho, že by bylo možné „místo uskutočnění takového kontaktu“ ve všech jednotlivých případech přesně a jednoznačně určit, a tedy již z toho důvodu by v případě této formy zakázané dohody mohl být každý pokus o teritiální vymezení jednání předem odsouzen k úspěšnému zpochybnění.*“

²¹ Vid' napr. COMP/38.432 – Professional Videotape “Uvedené spoločnosti porušili čl. 81 Zmluvy a čl. 53 Zmluvy EEA tým, že sa zúčastnili od 23. augusta do 16. Mája 2002 na komplexe dohôd a zosúladených postupov s cieľom zvýšiť a udržať alebo stabilizovať ceny za Betacam SP a Digital Betacam v európskom hospodárskom priestore Sony France SA, Sony Europe Holding BV and Sony Corporation; FUJIFILM Recording Media GmbH, FUJIFILM Corporation and FUJIFILM Holdings Corporation; Maxell Europe Limited and Hitachi Maxell Limited”, COMP/B-2/37.766 – Dutch beer market „Uvedené spoločnosti sa v období od 27. februára 1996 do 3. novembra 1999 zúčastnili na porušení i čl. 81 Zmluvy a čl. 53 Zmluvy o európskom hospodárskom priestore, tým, vstúpili do komplexu dohôd a/alebo zosúladených postupov, ktorých cieľom je obmedziť súťaž v rámci spoločného trhu (i) koordináciou cien a zvyšovania cien piva v Holandsku, v rámci HORECA aj maloobchodnej predajnej siete vrátane piva súkromných značiek; (ii) koordináciou na podmienkach ponúkaných individuálnym zákazníkom v rámci zariadení HORECA v Holandsku; (iii) dohodou o rozdelení zákazníkov, rovnako v maloobchodnej predajnej sieti ako aj v rámci zariadení HORECA v Holandsku (a) InBev: InBev NV and InBev Nederland NV (b) Heineken: Heineken NV and Heineken Nederland BV (c) Grolsch: Koninklijke Grolsch NV (d) Bavaria: Bavaria NV.“, pozri aj Rozhodnutie Európskej komisie z 21.12.2005 v prípade Comp/F/38.44 Rubber chemicals, rozhodnutie z 03.09.2004 v prípade Comp/E-1/38.069 Copper Plumbing Tubes

72. Vzhľadom na uvedené sa Rada úradu nestotožňuje s námietkami účastníkov konania týkajúcimi sa výroku prvostupňového rozhodnutia a má za to, že výrok spĺňa požiadavky správneho práva.

7.2.2 Námietky k vadám v bode 3 výroku prvostupňového rozhodnutia a námietka protiústavnosti a nezákonnosti sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní

73. Podľa účastníkov konania úrad nesprávne aplikoval § 38h ods. 1 až 4 zákona, nakoľko nedodrжал zákonnú postupnosť, na ktorú priamo odkazuje ustanovenie § 38h ods. 1 zákona v jeho znení „... úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž.“, čím sa rozhodnutie stáva ničotným a po právnej stránke veci neexistuje a nezakladá žiadne práva ani povinnosti v oblasti verejnej moci, nemôže vyvolať žiadne právne účinky.

74. Podľa účastníkov

- z obsahu vetnej a slovnej konštrukcie ust. 38h ods. 1 zákona vyplýva, že zákaz účasti vo verejnom obstarávaní môže byť uložený až po tom, ako bola riadnym rozhodnutím uložená pokuta za dohodu obmedzujúcu súťaž, čo neumožňuje úradu vydať rozhodnutie o uložení sankcie zákazu účasti na verejnom obstarávaní podľa § 38h v spojení s § 44e zákona súčasne s rozhodnutím o uložení pokuty, t.j. naraz jedným napadnutým rozhodnutím,
- postup úradu neodráža úmysel zákonodarcu, nakoľko v znení zákona je slovo „uložil“ a nie slovo „ukladá“, v zákone taktiež nie je priamo uvedené, že úrad má postupovať ukladaním sankcií v jednom rozhodnutí,
- ak pri výklade ustanovení prichádzajú do úvahy rôzne výsledky výkladov, uprednostnený bude ten, ktorý zabezpečí plnohodnotnú, resp. plnohodnotnejšiu realizáciu ústavou garantovaných práv fyzických osôb alebo právnických osôb,
- výrok je v bode 3 založený na nesprávnom posúdení veci, vnútorne rozporný, nedostatočne odôvodnený, nepreskúmateľný pre nezrozumiteľnosť, právne predčasne vydaný, arbitrárny, zmätočný, nezákonný, ide teda o nulité rozhodnutie, tzv. „paakt“.

75. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci konania zotrvali na svojich námietkach, pričom neuviedli žiadne rozhodujúce nové skutočnosti v porovnaní s predchádzajúcim priebehom konania.

Vyjadrenie Rady úradu:

76. Rada úradu nesúhlasí s výkladom § 38h ods. 1 zákona uvedeným účastníkmi konania v rozkladoch a postup prvostupňového orgánu považuje za správny.

77. Podľa § 38h ods. 1 zákona, *ak tento zákon neustanovuje inak, úrad uloží podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní,⁴⁾ v obchodnej verejnej súťaži^{4a)} alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou.* Z uvedeného ustanovenia vyplýva, že úrad vždy tam, kde za porušenie zákazu dohôd obmedzujúcich súťaž spočívajúcej v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní,⁴⁾ v obchodnej verejnej súťaži^{4a)} alebo inej obdobnej súťaži ukladá pokutu, je povinný uložiť súčasne aj zákaz účasti vo verejnom obstarávaní. Zákon o ochrane hospodárskej súťaže zároveň rozoznáva akýsi automatický odkladný účinok začatia plynutia doby zákazu, keď tento začiatok viaže na konečné rozhodnutie. To znamená, že zákaz je ukladán ako sankcia v rozhodnutí, ktorým sa konštatuje porušenie zákona a ukladá sa finančná sankcia. Podľa Rady úradu úrad teda musí na základe § 38h uložiť zákaz na obdobie 3 rokov do budúcnosti, pokiaľ sa neuplatní program zhovievavosti alebo nebude využitý inštitút urovnania. Táto doba zákazu začne plynúť až po tom, čo bude rozhodnutie úradu konečné.
78. Rada úradu poukazuje na to, že zákon nemožno vykladať formalisticky tak, že slovo „uložil“ znamená, že to muselo byť samostatným rozhodnutím. V takom prípade by mohol ísť výklad nepochybne ešte ďalej a požadovať právoplatné rozhodnutie, prípadne až konečné rozhodnutie po vyčerpaní opravných prostriedkov pred súdom. Tam by sa však strácal práve význam odkladu začatia plynutia lehoty. Oddeľovanie týchto dvoch sankcií nemá žiaden opodstatnený význam. Zákon naopak, ako už bolo uvedené vyžaduje, aby sankcia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní bola uložená vždy tam, kde bola konštatovaná dohoda a uložená za ňu pokuta. V prípade, že by zákonodarca mal v úmysle uloženie tejto sankcie časovo odčleniť, nepochybne by takáto požiadavka vyplývala jednoznačne zo znenia zákona. Výklad, ktorý uplatnil úrad, je v súlade so zákonom. Výklad podávaný účastníkom, naopak, nemá oporu v zákone, nebolo by ani v súlade so zásadou hospodárnosti, keď by sa o dvoch sankciách za to isté konanie rozhodovalo dvoma samostatnými rozhodnutiami, ktoré by boli následne samostatne preskúmané, čo by mohlo spôsobiť ďalšie právne komplikácie. Navyše postup úradu nijako nie je na ťarchu účastníkov konania, keďže v prípade, že by posúdenie dohody úradom nepotvrdil preskúmovací súd, ani jedna z uložených sankcií by sa nemohla realizovať.
79. V tejto súvislosti je potrebné tiež upozorniť aj na rozhodovaciu prax a názor súdov v ČR, ktoré si osvojili aj slovenské súdy, že nie je možné viesť samostatné konanie len o sankcii, ale uloženie sankcie je súčasťou konania o správnom delikte. Ako je vyššie uvedené, úrad koná a ukladá peňažnú sankciu a zákaz účasti vo verejnom obstarávaní v jednom rozhodnutí. Tomu korešponduje aj ustanovenie o plynutí doby zákazu v § 38h ods. 4 zákona o ochrane hospodárskej súťaže, ktoré ráta s tým, že uložený zákaz nastúpi až po

právoplatnosti rozhodnutia (správneho či súdneho), resp. vtedy, keď je prípadný súdny prieskum definitívne uzavretý. S ohľadom na uvedené úrad môže uplatniť § 38h zákona o ochrane hospodárskej súťaže len spôsobom, akým to zákon stanovuje, rešpektujúc zásady ukladania správnych sankcií. Formalistický výklad predmetného ustanovenia, aký podáva účastník konania, nemožno uplatniť na úkor zabezpečenia rešpektovania ústavných zásad a princípov.

7.2.3 Námietky k vadám rozhodnutia spočívajúcim vo vydaní jedného rozhodnutia za sedem samostatných dohôd a námietka nezákonného spojenia vecí na jedno spoločné konanie

80. Podľa účastníkov konania úrad postupoval nezákonne, keď dospel k záveru o tom, že vzhľadom na dôkaznú núdzu bude konanie účastníkov posudzovať ako samostatné dohody obmedzujúce súťaž (bod 128 prvostupňového rozhodnutia), pričom predmetné konanie vedie v záujme hospodárnosti a rýchlosti konania ako spoločné konanie, nakoľko posudzované konania spolu skutkovo súvisia a týkajú sa rovnakých účastníkov konania, ako aj vzhľadom na viaceré súvislosti, ktoré existovali medzi verejnými obstarávaniami (napr. podobnosť nepriamych dôkazov, krátke časové obdobie, v ktorom boli protisúťažné dohody uzatvorené) (bod 129 prvostupňového rozhodnutia).
81. Úrad nedostatočným spôsobom odôvodnil svoje závery o trvajúcom správnom delikte, keď na jednej strane posudzuje účasť účastníkov konania na 7 samostatných dohodách obmedzujúcich súťaž, na druhej strane za dobu trvania protiprávneho konania považuje obdobie september – október 2014, teda z časového hľadiska vyhodnocuje delikt ako jeden trvajúci delikt a nie ako 7 samostatných dohôd. Podľa účastníkov zároveň
- o jednom trvajúcom správnom delikte možno hovoriť iba v prípade, že by úrad preukázal jeden všeobecný plán sledujúci cieľ obmedzenia hospodárskej súťaže medzi všetkými účastníkmi, úmyselnú účasť všetkým účastníkom konania (vlastným konaním) na všeobecnom pláne, a súčasne vedomosť každého z účastníkov o protiprávnom správaní ostatných účastníkov konania, v danom prípade nedošlo k preukázaniu uvedeného,
 - úrad mal viesť 7 samostatných správnych konaní, úradom vykonané spojenie vecí je nezákonné a protiústavné, nakoľko neboli splnené podmienky tak na obligatórne spojenie vecí v zmysle § 6 ods. 4 zákona, ako ani na fakultatívne spojenie vecí PMU SR podľa § 26 ods. 1 zákona,
 - ak nie je bezpečne a spoľahlivo preukázaný spoločný cieľ a dohoda obmedzujúca súťaž, a teda ani žiadna súvislosť medzi jednotlivými protisúťažnými dohodami, nie je daný ani dôvod na spojenie vecí podľa § 26 ods. 1 zákona z dôvodu, že ide o konania, ktoré spolu súvisia, súvislosť v zmysle argumentácie úradu v bode 129 prvostupňového rozhodnutia bez existencie priamych dôkazov o existencii protisúťažnej dohody nepostačujú na záver o vecnej súvislosti správnych konaní,

- spojením vecí došlo k porušení zásady materiální pravdy, zásady účinnosti správných orgánů k účastníkům konání, zásady zachování a sledování účelu zákona a zásady legality,
 - úřad spojením vecí kombinuje viaceré nepriame dôkazy a tým domnelo získava väčšie množstvo dôkazov, resp. tzv. iných skutočností za účelom preukázanie údajnej koordinácie účastníkov konania,
 - úřad informoval účastníkov konání o spojení vecí až vo výzve pred vydaním rozhodnutia, ktorá však nemá žiadne právne účinky, úřad mal o predmetnej veci rozhodnúť samostatným rozhodnutím o spojení vecí aj v prípade, kedy úřad chcel posudzovať vec ako 7 samostatných dohôd v jednom konaní, mal každý jeden delikt posudzovať individuálne, v každom prípade sa vysporiadať s unesením dôkazného bremena z hľadiska existencie každej samostatnej posudzovanej dohody obmedzujúcej súťaž a uložiť účastníkovi konania samostatné sankcie za každú z dohôd, k čomu v tomto prípade nedošlo, nakoľko úřad ukladá jednu sankciu, čím koná nezákonne v rozpore s čl. 2 ods. 2 Ústavy SR a Listinou základných práv a slobôd.
82. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci konania neuviedli nové skutočnosti, zotrvali na svojich pôvodných námietkach. Podľa účastníkov prvotným a primárnym dôvodom spojenia bola dôkazná núdza úřadu. Úřad spojením vecí mohol sledovať zásadu hospodárnosti konania, ktorá však nemôže ísť na úkor dodržania ďalších podstatných zásad konania ako sú zásada materiálnej pravdy, zásada zachovania a sledovania účelu zákona či zásada legality.
- Vyjadrenie Rady úřadu:**
83. Rada úřadu v súvislosti s uvedenými námietkami účastníkov konania preskúmala postup prvostupňového orgánu spočívajúci v posudzovaní 7 samostatných dohôd obmedzujúcich súťaž v jednom správnom konaní.
84. Vychádzajúc zo znenia zákona, veci sa na spoločné konanie spoja buď obligatórne alebo fakultatívne. Úřad podľa § 6 ods. 4 zákona obligatórne posudzuje v jednom konaní dohody obmedzujúce súťaž uzatvorené medzi podnikateľmi, ktorí na účely dohody obmedzujúcej súťaž podnikajú na inej úrovni výrobného alebo distribučného reťazca, ak obsah takýchto dohôd obmedzujúcich súťaž je zhodný v predmete a v cieľi. V iných veciach úřad spája veci na spoločné konanie fakultatívne, pokiaľ spolu súvisia alebo sa týkajú tých istých účastníkov, v takomto prípade postupuje podľa § 26 zákona. Zo znenia § 26 ods. 1 a 2 zákona vyplýva, že úřad spojí veci na spoločné konanie a vydá o tom rozhodnutie vtedy, ak už v daných veciach začalo konanie.
85. Vzhľadom na uvedené podľa Rady úřadu teda nie je relevantná argumentácia účastníkov konania vo vzťahu k obligatórnemu spojeniu vecí, nakoľko v tomto prípade ide o podnikateľov podnikajúcich na rovnakom stupni výrobného

reťazca, a zároveň nejde o prípad vydania rozhodnutia o spojení vecí, nakoľko úrad v tomto prípade priamo začal správne konanie, v ktorom posudzuje viaceré dohody obmedzujúce súťaž v jednom konaní. Rada úradu sa teda zamerala na preskúmanie, či prvostupňový orgán mohol začať jedno správne konanie vo vzťahu k viacerým dohodám obmedzujúcim súťaž.

86. Podľa Rady úradu konania možno spojiť na spoločné konanie v priebehu týchto konaní, ale nemožno vylúčiť ani situáciu, že úrad ex offo začne konanie o viacerých veciach spoločne v jednom konaní. V takomto prípade je relevantné viesť spoločné konanie vo veciach, ktoré by v prípade samostatných konaní boli vhodné na spojenie, napr. v prípade viacnásobného bid rigging, ak posudzované kolúzie spolu skutkovo súvisia a týkajú sa viacerých rovnakých účastníkov konania. Rada úradu dospela k záveru, že vzhľadom na to, že sa všetky dohody týkajú rovnakých účastníkov konania, skutkovo spolu súvisia, ako aj vzhľadom na viaceré súvislosti, ktoré existovali medzi posudzovanými verejnými obstarávaniami (napr. rovnaký predmet obstarávania, rovnaký zdroj financovania, rovnaký víťaz, ale aj dôkazné prostriedky protisúťažného správania - podobnosť nepriamych dôkazov, krátke časové obdobie, v ktorom boli protisúťažné dohody uzatvorené), bolo účelné v záujme hospodárnosti a rýchlosti konania viesť predmetné správne konanie ako spoločné konanie. Z priebehu predmetného správneho konania navyše vyplýva, že úrad k záveru, že sa jedná o protisúťažné správanie spočívajúce v uzatvorení samostatných 7 dohôd dospel až v priebehu správneho konania po vyhodnotení dôkazov získaných v konaní. V prípade získania dôkazov preukazujúcich, že účasť na kolúzii v predmetných 7 VO je súčasťou širšej schémy protisúťažného správania, by tento skutok dokonca bolo nevyhnutné posudzovať v jednom správnom konaní. Podľa Rady úradu bolo vzhľadom na uvedené správne postupovať tak, ako to vyplýva z prvostupňového rozhodnutia.
87. Rada úradu vo vzťahu k námietke, že úrad postupoval spoločným posudzovaním s cieľom vykryť tak dôkaznú núdzu, ako aj k námietke, že účastníci konania boli neskoro informovaní o postupe úradu vo vzťahu k vyhodnoteniu skutku uvádza, že vzhľadom na priebeh predmetného správneho konania, kedy úrad preukázal dohody obmedzujúce súťaž, avšak vyhodnotil, že nie je možné dospieť k záveru o preukázaní schémy protisúťažného správania, nepovažuje tvrdenie účastníkov konania za relevantné a majúce oporu v spisoch. Zo spisového materiálu vyplýva, že úrad preskúmaval indície protisúťažného správania, o ktorom po vyhodnotení skutkového stavu dospel k záveru, že je preukázané uzatvorenie 7 dohôd obmedzujúcich súťaž, o čom v súlade s § 33 zákona riadne informoval účastníkov konania, ktorí mali možnosť sa k tomu vyjadriť. Nebolo preukázané akékoľvek konanie úradu, ktoré by nasvedčovalo tvrdeniam účastníkov konania. Z prvostupňového rozhodnutia zároveň vyplýva, že prvostupňový orgán dôsledne preukázal protisúťažné správanie vo vzťahu ku každej z dohôd obmedzujúcich súťaž. Rada úradu preto námietky účastníkov konania nepovažuje za relevantné a postup prvostupňového orgánu považuje za správny.

7.3 Námietky týkajúce sa posúdenia uzavretia dohôd obmedzujúcich súťaž, súťažných podkladov, nepredloženia vzoriek materiálov

7.3.1 Námietky k zosúladenému postupu a rozdeleniu trhu

88. Účastníci konania uviedli, že nesúhlasia so závermi úradu o tom, že mali medzi sebou uzavrieť dohodu obmedzujúcu súťaž, svoje tvrdenie podkladajú aj čestnými prehláseniami predloženými v prvostupňovom konaní, ktoré sú súčasťou spisového materiálu a podľa ktorých títo nekomunikovali či už medzi sebou navzájom, či s inými uchádzačmi (resp. účastníkmi tohto konania), nekoordinovali svoj postup v posudzovaných verejných obstarávaníach a nikdy neuzatvorili s inými uchádzačmi akúkoľvek dohodu (či neprejavili ani konkludentný súhlas) s postupom narušujúcim hospodársku súťaž, naopak, svoje ponuky vypracovávali nezávisle od seba s cieľom dodržania súťažného aspektu a predstretia najlepšej ponuky v súlade s požiadavkami konkrétneho verejného obstarávateľa.
89. Úrad stavia svoje závery, hypotézy a predpoklady v predmetnom konaní len na základe určitých nepodložených dohadoch a domnienkach, pre ktoré neexistuje žiaden priamy dôkaz či ucelená reťaz relevantných, kredibilných a na seba naväzujúcich a navzájom sa dopĺňujúcich nepriamych dôkazov, tvoriacich jeden celok nepripúšťajúci iný výklad ako výklad úradu.
90. Podľa účastníkov sa úradu nepodarilo preukázať, že cenové ponuky predložené účastníkmi do jednotlivých verejných obstarávaní vznikli na základe koordinovaného postupu a vzájomnej spolupráce a dohody účastníkov konania. Účastníci v priebehu konania vysvetlili jednotlivé namietané skutočnosti zo strany úradu, a tým popreli závery úradu.
91. Úrad sa nevysporiadal s námietskami vo vzťahu k nedostatočnému zdôvodneniu rozdelenia trhu, ktoré úrad konštatoval ako súčasť protisúťažného správania, ani neozrejmil, či malo dôjsť k rozdeleniu zákazníkovo, alebo určitých geografických oblastí.
92. Podľa účastníkov konania nemožno hovoriť o rozdelení trhu, nakoľko vo všetkých posudzovaných verejných obstarávaníach zvíťazila len jedna spoločnosť, M CUP, pričom rozdelenie trhu predpokladá, že sa zúčastnení kartelisti striedajú, inak nie je možné hovoriť o rozdelení si obstarávateľov. Úrad nepreukázal ani inú motiváciu ostatných účastníkov kartelu, žiaden ich úžitok, alebo profit z účasti na karteli.
93. Podľa účastníkov konania o nesprávnosti záverov úradu svedčí aj to, že si v každom verejnom obstarávaní podklady vyžiadali aj iní záujemci, ktorým účastníci konania nijakým spôsobom nebránili v podaní ponúk, nemohli preto na základe vzájomnej dohody prenechať účelovo zákazku konkrétnemu víťazovi a tak si rozdeliť verejných obstarávateľov – trh. V tejto súvislosti účastníci

poukázali na to, že jednotlivé verejné obstarávania si samostatne organizovali a vyhodnocovali rôzni, od seba nezávislí verejní obstarávatelia, čo priamo vylučuje akúkoľvek možnú dohodu účastníkov konania na dohode obmedzujúcej súťaž. Ak by mala existovať nejaká dohoda, musel by ju podľa účastníkov konania urobiť ten ktorý verejný obstarávateľ, lebo iba ten vyhodnocoval splnenie ponúk, vyzýval na predloženie cenových ponúk a tieto vyhodnocoval. Účastníci konania tiež poukázali na úlohu spoločnosti, ktorá zastrešovala procesy verejných obstarávaní a radila verejným obstarávateľom, s ktorou účastníci konania nemali nič spoločné.

7.3.2 Námietky k indíciám kolúzie vo verejnom obstarávaní (účasť tých istých uchádzačov a totožnosť víťaza)

94. Účastníci konania namietali voči záverom úradu, že indíciou kolúzie vo verejnom obstarávaní v predmetnom správnom konaní k všetkým posudzovaným dohodám bola účasť viacerých, tých istých účastníkov verejného obstarávania ako predkladateľov ponúk, pričom vždy vyhrala spoločnosť M CUP. Uvedené podľa účastníkov konania nie je správne posúdené, nakoľko

- výzvy na predkladanie ponúk v každom z posudzovaných verejných obstarávaní boli účastníkom konania zaslané príslušným verejným obstarávateľom, resp. spoločnosťou e-aukcie, rozdielnymi vo vzťahu ku každej dohode,
- podklady k predmetným verejným obstarávaniam si vyžiadali aj iné subjekty, ako účastníci tohto správneho konania, to, že sa ďalší záujemcovia nezapojili do ďalšieho procesu, nemôže byť účastníkom správneho konania na ťarchu,
- účastníci konania nijakým spôsobom neobmedzovali iných prípadných záujemcov v ďalších krokoch vo vzťahu k posudzovaným verejným obstarávaniam,
- uvedené podľa účastníkov konania vylučuje, aby mohli uzavrieť dohodu obmedzujúcu súťaž, na základe ktorej by vedeli zabezpečiť víťazstvo niektorého z účastníkov konania vo verejnom obstarávaní ako vopred určeného víťaza. V tejto súvislosti účastníci konania poukázali na verejné obstarávanie mesta Snina, kde sa M CUP stal víťazom iba vďaka chybnému sčítaniu hlasov obstarávateľom, čo podľa účastníkov nasvedčuje o tom, že tu nie je možné aplikovať postup účastníkov ako dohodu na víťazovi, keďže to, že sa ako zvyčajne M CUP stal víťazom, bolo v tomto prípade následkom omylu iného subjektu, ako sú účastníci konania,
- účastníci konania namietajú, že sa prvostupňový orgán s týmito námietskami nevysporiadal.

7.3.3 Námietky k spôsobu posúdenia súťažných podkladov a súvisiacej dokumentácie úradom

95. Účastníci konania vzniesli námietky vo vzťahu k spôsobu vyhodnotenia podkladovej súťažnej a súvisiacej dokumentácie úradom, pričom úrad svoje závery založil na súbore nepriamych dôkazov, kde identifikoval kolúziu vzhľadom na spôsob stanovenia cien, zhody v ponukách uchádzačov v časti „ostatné“, vzhľadom na ďalšie skutočnosti.

- Vo vzťahu k posúdeniu spôsobu stanovenia cien, kde úrad dospel k záveru, že dôkazom protisúťažného správania je skutočnosť, že *medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami sú veľké cenové rozdiely za tú istú špecifikovanú položku a že sa veľmi často objavujú zhodne stanovené ceny položiek v rámci toho istého obstarávania zo strany dvoch alebo aj všetkých troch uchádzačov*, účastníci namietali
- v každom verejnom obstarávaní je potrebné zohľadniť špecifiká – požiadavky obstarávateľa, osobitosti stavby, osobitosti na strane uchádzača,
- v tejto súvislosti je pri tvorbe ponuky potrebné zohľadniť predpokladanú hodnotu zákazky, rozmery ihriska, vzdialenosť miesta realizácie od sídla uchádzača, miesto realizácie a spôsob realizácie stavebných prác, podmienky danej lokality (geografické podložie napr. ovplyvňuje výkopové, betónové, osádzacie práce), presun hmôt, odvoz sutiny, poplatok za skladovanie zeminy, štandard a vybavenie použitej technológie a pod.,
- nemožno vytrhávať z kontextu jednotlivé položky na ponukách,
- výslovne sa účastníci konania vyjadrili k časti zložky zaradenej do cenovej položky „Mantinelový systém“, spodný AI profil osadzovací dl. 1550 D+M, kedy spoločnosť MPL STAVING stanovila vo Verejnom obstarávaní obce Rudno nad Hronom cenu na 1 EUR a účastníci konania vo Verejnom obstarávaní obce Radvaň nad Laborcom na sumu 19 EUR, čím vznikol rozdiel 1 800 %, spoločnosť MPL STAVING uviedla, že došlo k zrejmej chybe v písaní (spôsobenej nedopatrením), v tejto súvislosti účastník MPL STAVING poukazuje na skutočnosť, že vo zvyšných 4 verejných obstarávaní uviedli cenu 18, resp. 19 EUR,
- na vytvorenie ponúk tiež účastníci vzhľadom na krátky čas na prípravu použili oceňovací software (M CUP a MPL STAVING – Cenkos, RECORD TK – Odis), ktoré fungujú na rovnakom princípe, ich účelom je napomáhať podnikateľom pri tvorbe rozpočtu, kontrole a kalkulácii nákladov, záver úradu o tom, že veľké cenové rozdiely v uplatňovaní jednotlivých položiek

pri tvorbe ponúk vyvracajú tvrdenie o nezávislom vypracovaní s pomocou softvérov je nesprávny, nakoľko úrad nezohľadnil problematiku tvorenia ponúk komplexne, kedy sa softvérom dá vysvetliť časť ponúk kde sú položky podobné,

- odlišnosti v cenových hladinách tých istých položiek v rôznych verejných obstarávaníach u toho istého účastníka možno vysvetliť jeho prirodzeným súťažným aspektu, kde vzhľadom na svoju znalosť trhu a správania konkurentov stanovil oblasť, kde sa chce odlíšiť, a zároveň podať ekonomicky únosnú ponuku, pri zhodných položkách ide o uplatnenie skúseností,
- pri analýze ponúk podľa účastníkov konania možno k časti **stavebné práce** konštatovať zanedbateľný objem položiek, ktoré boli nacenené rovnakou cenou, Ďapalovce 27,27 %, Demjata 30,43 %, Hriadky 0 %, Kráľovský Chlmec 7,84 %, Radvaň n/Laborcom 78,05 %, Rudno n/Hronom 17,07%, Snina 0 %, preto nie je možné konštatovať protisúťažné správanie účastníkov,
- zhodu medzi MPL a RECORD možno vysvetliť tým, že M CUP mali na svojej stránke uvedený rozpočet zahŕňajúci cenu stavebných prác súvisiacich s výstavbou ihriska, teda bolo možné predvídať, že uvedie takéto ceny vo svojej ponuke, plus vychádzali z tých istých oceňovacích softvérov, zároveň tieto spoločnosti chcú podliezť cenu M CUP udávaním cien v celých zaokrúhlených číslach na rozdiel od M CUP, ktorá má ceny na dve desatinné čísla, obe boli zároveň neskúsené preto zaokrúhľovali ceny M CUP, niekedy túto podliezli, niekedy dali vyššiu,
- podľa účastníka konania o nekoluzívnom správaní svedčí aj to, že zhoda v cenových položkách medzi minimálne dvoma účastníkmi konania, teda či už vo vzťahu k spoločnosti MPL alebo spoločnosti RECORD, len v dvoch prípadoch presahuje zhodu 90 % (Verejné obstarávanie obce Radvaň nad Laborcom a Verejné obstarávanie mesta Kráľovský Chlmec)
- vo vzťahu k zhode cien účastníkov konania v položkách v časti „**Mantinelový systém**“ účastníci konania uvádzajú, že táto zhoda cien sa iba v globále môže zdať zhodná, ale cena za jednotlivé komponenty je v mnohých prípadoch konštantná (vychádzajú zo softvérov, M CUP mali uverejnený rozpočet prác), uchádzači MPL Staving a RECORD, M CUP sídlia v tom istom meste, majú tých istých subdodávateľov,
- konštantné určenie svojich cien jednotlivými účastníkmi im nemôže byť na ťarchu, ich výšku vie účastník ovplyvniť len v obmedzenom rozsahu, ponuky boli robené v krátkom časovom úseku,
- vo vzťahu k naceneniu časti **športový povrch** účastníci konania uviedli, že táto obsahuje tri položky, s povinnosťou naceniť len prvé dve položky v takmer všetkých obstarávaníach, pričom v danej kategórii ide o ceny, ktoré sa prioritne odvíjali od ceny zvoleného komponentu, kde ceny stanovili v podstate konštantne,

- výnimku z uvedeného stanovenia cien športového povrchu predstavovalo stanovenie ceny v obstarávaní Kráľovského Chlmca, čo účastníci odôvodňujú tým, že obstarávateľ si vyžiadal aj nacenenie tretej položky, čo malo vplyv na zníženie ceny prvých dvoch položiek u všetkých účastníkov konania v záujme dosiahnutia konkurencie schopnej ponuky, zhoda v správaní vychádza z cenovej relácie komponentov a materiálov a ide o prirodzený jav,
- vo vzťahu k časti ponuky **príslušenstvo ihriska** účastníci konania argumentovali, že podľa ich názoru frekvencia zhody v jednotlivých položkách bola zanedbateľná, preto nemôže preukazovať protisúťažné správanie, cena položiek bola ovplyvňovaná skladovými zásobami, účastníkov konania, krátkymi rozstupmi medzi verejnými obstarávaniami, nákupná cena jednotlivých položiek, a pod., prípadné zhody neboli konštantné vo viacerých položkách medzi tými istými účastníkmi,
- vo vzťahu k verejnej ponuke Radvaň nad Laborcom účastníci konania poukázali na použitie cenových softvérov a inšpirovali sa cenovou ponukou M CUP uverejnenou na stránke,
- vyššie uvedená argumentácia podľa účastníkov konania vyvracia závery úradu o jedinom prijateľnom vysvetlení zhôd v cenových ponukách ako koordinácie účastníkov konania,
- zhoda medzi všetkými posudzovanými účastníkmi v rámci všetkých verejných obstarávaní je z hľadiska indexu zhody nízka (v žiadnom nepresahuje 70%), skreslená z dôvodu zhody vzhľadom na cenu stavebného materiálu, komponentov, príslušenstva.
- Vo vzťahu k zhode v ponukách účastníkov v časti „ostatné“ účastníci konania uviedli, že nesúhlasia so závermi úradu, nakoľko
 - Použitie čestných vyhlásení ako náhradu predloženia dokumentov, ktoré v obstarávaní predkladal M CUP, bolo podľa účastníkov konania, ktorí predložili čestné vyhlásenia legálne a v prípade obstarávania mesta Snina súlade s požiadavkou obstarávateľa.
 - Zhody vo vzhľade a texte čestných vyhlásení účastníci konania, ktorí predložili čestné vyhlásenia vo verejných obstarávaní vysvetľujú použitím štandardizovaných dokumentov, na podklade ktorých nemožno prijať záver o koordinácii postupu účastníkov konania, nakoľko samotná textová štruktúra a obsahová forma je spravidla veľmi stručná a má povahu zaužívaných a normalizovaných vetných konštrukcií, slovných spojení a foriem prejavu vôle.
 - Charakter čestného vyhlásenia má určitú zaužívanú formu, podobu, jednotlivé vzory čestných vyhlásení sú voľne verejne dostupné na úradoch, webových stránkach rôznych inštitúcií, na internete, zároveň dodržali doslovnú formu znenia vyhlásenia, ktoré požadoval verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch, znenie predložených čestných vyhlásení na ktoré poukázal úrad, je takmer absolútne doslovne totožné so súťažnými

podmienkami a to vrátane čiarok, či prípadných veľkých a malých písmen, zhoda čestných vyhlásení v rámci verejných obstarávaní má dôvod v krátkych časových odstupoch medzi jednotlivými obstarávaniami.

- Vzhľadom na uvedené podľa účastníkov konania nemožno považovať zhodu v čestných vyhláseniach za nepriamy dôkaz o koordinácii účastníkov konania.
- Skutočnosť, že iný účastník verejného obstarávania predložil odlišný text je podľa účastníkov konania irelevantná.
- Podľa účastníkov konania tiež jednotlivé čestné prehlásenia neboli úplne totožné, kedy okrem identifikácie tej-ktorej spoločnosti, sa odlišovali napr. v zvolenom fonte písma, či v dátumoch vyhotovenia toho ktorého čestného prehlásenia, tieto skutočnosti podľa účastníkov konania prvostupňový orgán dostatočne nezohľadnil a nevysporiadal sa s ich námietkami.
- Vo vzťahu k časti „**Technický podrobný popis realizácie diela – Mantinelový systém**“ účastníci konania vysvetlili skutočnosť, že M CUP dodal pomerne podrobný text, kým zvyšní dvaja účastníci konania vždy len v podobe úplne zhodných piatich odrážok, v ktorých sa vyskytujú aj rovnaké pravopisné chyby nasledujúcimi argumentmi.
- Päť odrážok vychádza zo skutočnosti, že takto bola definovaná požiadavka vo viacerých verejných obstarávaní, pravopisné chyby sú vlastne len pochybenia v diakritike, čo bolo zrejme následkom nezapnutého programu na kontrolu gramatiky a išlo o ľahko prehliadnuteľné chyby.
- Zároveň účastníci uviedli, že sa predmetný dokument oboch spoločností odlišuje okrem identifikačných údajov spoločností aj v použítom fonte písma alebo v uvedení miesta a dátumu jeho vytvorenia (kedy napr. vo Verejnom obstarávaní obce Demjata spoločnosť RECORD TK uviedla miesto aj dátum vytvorenia dokumentu a naopak spoločnosť MPL STAVING predmetné údaje neuvádza).
- Vo vzťahu k zhodnému ručnému číslovaniu strán v časti ponúk – „Kritériá“ v niektorých verejných obstarávaní účastníci konania zhodu označujú za náhodu a nie koordináciu, pričom požiadavka číslovania vychádzala od obstarávateľov, navyše sa tak stalo len v prípade dvoch verejných obstarávaní a rovnako nejde o zhodné počínanie zo strany všetkých troch účastníkov konania.
- Účastníci konania namietali formuláciu úradu, že písmo „javí známky zhody“, takto správny orgán nemôže podľa účastníkov konania na svojich domnienkach robiť závery o skutkovom stave, takýmto postupom úrad porušil zásadu in dubio pro reo a in dubio pro mitius a vyplňal tak len dôkaznú núdzu.
- Vo vzťahu k faktoru nesprávneho uvedenia mena konateľa spoločnosti MPL Ing. Petra FILLA vo všetkých 7 verejných obstarávaní tejto spoločnosti preukazujúcemu podľa úradu, že tieto ponuky neboli vypracované

samostatne týmto účastníkom konania, tento účastník namieta, že išlo len o administratívnu chybu jeho zamestnanca, pripravujúceho v krátkom čase viaceré obstarávania, ktorá nemôže byť považovaná za dôkaz protisúťažného správania.

- Vo vzťahu k nepredloženiu vzoriek materiálov účastníkmi konania MPL a RECORD ako faktoru nepriamo nasvedčujúcemu o tom, že títo účastníci predkladali iba krycie ponuky tieto dvaja účastníci konania uviedli nasledujúce
 - Skutočnosť, že to bolo predmetným účastníkom konania v procese verejných obstarávaní umožnené je pochybením verejných obstarávateľov pri vyhodnocovaní ponúk a nemôže to ísť na ťarchu účastníkom konania.
 - Predmetné vzorky neboli zaslané nedopatrením oboch účastníkov konania.
 - Priebeh verejných obstarávaní bol aj predmetom kontroly ÚVO, pričom účastníci konania argumentovali závermi predmetnej kontroly, ktorá v podstate nezistila závažné pochybenia obstarávateľov, a ak aj zistil pochybenia M CUP a tieto označil za také, ktoré môžu ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, tieto závery sú podľa účastníkov irelevantné, nakoľko tieto pochybenia boli podľa ich názoru právne bez významu.
 - V prípade pochybenia obstarávateľa v tom, že zle vyhodnotil víťaza a namiesto M CUP to mal byť Ing. Jaroslav Pčola REINTER, toto bolo spôsobené porušením verejným obstarávateľom a nemôže to ísť na ťarchu účastníkov konania, naopak, svedčí to o tom, že účastníci konania sa nekoordinovali spôsobom zabezpečujúcim víťazstvo jednému z nich.
 - Účastníci konania poukazujú, že z protokolov kontroly ÚVO nevyplýva, že by na pochybenia mali vplyv účastníci konania, naopak, boli to verejní obstarávatelia, ktorí pochybili.
 - Úrad tým, že považoval nepredloženie vzoriek za dôkaz koluzívneho správania účastníkov konania postupoval v rozpore so závermi ÚVO, ak ÚVO dospel k záveru, že uvedené pochybenie nemalo vplyv na výsledky verejných obstarávaní, nemožno o nepredložených vzorkách hovoriť, ako o „rozhodujúcich požiadavkách“, ktorých absencia potvrdzuje „fiktívnosť“ predstretých ponúk zo strany spoločností MPL a RECORD.
 - Úrad je v súlade s § 40 ods. 1 Správneho poriadku viazaný závermi prijatými ÚVO v rámci kontroly priebehu jednotlivých verejných obstarávaní a nie je oprávnený si vytvárať vlastné závery v priamom rozpore s protokolmi ÚVO.
 - Podľa účastníkov konania by do úvah o koluzívnom správaní mali byť zahrnutí verejní obstarávatelia, ktorí nevyslovili požiadavku predloženia vzoriek, čím konali v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. aj spoločnosť e-aukcie, ktorá vyzvala účastníkov konania na predloženie ponúk vo všetkých verejných obstarávaní, ako aj Ing. Jaroslav Pčola REINTER, ktorý sa nebránil nesprávne vyhodnoteniu výsledkov verejného obstarávania.

- Vzhľadom na uvedené podľa účastníkov konania úrad nedisponoval dostatkom dôkazov a mal z jeho predchádzajúcej rozhodovacej činnosti (kedy ak je index zhody nižší než 90% PMU SR vždy konanie zastavoval), konanie zastaviť.
 - Vzhľadom na uvedené účastníci konania súhrnne k dôkaznému stavu v konaní namietali, že úrad dospel k záveru, že v predmetných verejných obstarávaníach možno protisúťažné konanie vyvodit' už zo samotného konania uchádzačov bez akýchkoľvek priamych dôkazov, odborných posudkov, stanovísk a výsledkov zákonných kontrol, inšpekcií (napr. kontroly počítačov alebo tlačiarňí, kopírovacích strojov a pod., grafologického skúmania písma), iba na základe vlastných hypotéz, predpokladov a odhadov, úrad svoje závery o koluzívnom správaní dostatočne nevysvetlil, nevysporiadal sa s námietkami účastníkov konania.
96. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci konania uviedli, že sa so závermi Rady úradu v celom rozsahu nestotožňujú a tieto v celom rozsahu rozporujú, pričom zotrvali na svojej argumentácii prednesenej v predchádzajúcom priebehu konania. Účastníci tiež uviedli námietky aj k jednotlivým dôkazom preukazujúcim protisúťažné správanie.
97. K záverom Rady úradu, ktorá neakceptovala vysvetlenie účastníkov konania vzťahujúce sa na účelovú úpravu jednotlivých položiek v jednotlivých ponukách účastníkmi konania, kedy títo v záujme dosiahnutia najlepšej ponuky náhodne upravovali jednotlivé položky aj mimo bežného štandardu a teda sa naozaj rovnaké položky medzi jednotlivými ponukami jedného účastníka líšili aj výraznejším spôsobom, pričom takýmto „náhodným“ spôsobom postupovali viacerí účastníci konania v jednotlivých obstarávaníach rovnako, účastníci konania uviedli nasledovné. Nestotožnili sa s Radou úradu, nakoľko na výslednú sumu jednotlivých položiek vplyva viacero faktorov, dlhoroční konkurenti v rámci vypracovania rozpočtu prirodzene využívajú svoje know how a konanie konkurentov nasledujú. Taktiež mali prístupnú verejne dostupnú ponuku M CUP.
98. Účastníci konania nedokážu svoje tvrdenia o nasledovaní vzoru ponuky M CUP preukázať predložením predmetného vzoru, nakoľko dizajn web stránky spoločnosti M CUP bol nanovo prerobený v roku 2018. V súčasnosti dostupné materiály spoločnosti M CUP majú inú štruktúru aj obsah, nakoľko spoločnosť sa poučila a detailné informácie sprístupňuje priamo iba svojim zákazníkom na základe individuálneho vyžiadania a nacenenia. Podľa účastníkov konania Rada úradu prenáša svoje dôkazné bremeno na účastníkov konania, čím koná v rozpore so zásadou materiálnej pravdy a v rozpore so zásadou náležitého zistenia skutkového stavu.
99. Rada úradu vo svojej argumentácii alibisticky „vytrhla z kontextu“ čísla zhody v cenových položkách (78,05%; 30,43%; 27,27%), keď tieto nepovažuje za zanedbateľné, pričom neuviedla, že pod pojmom „atď.“ sa skrývajú ďalšie štyri verejné obstarávania, kedy zhoda v cenových položkách „Stavebné práce“ medzi

všetkými tromi účastníkmi konania bola nižšia (17,07 %, 7,84 %, 0%), s týmto sa nevysporiadala, teda konaná nezákonne, arbitrárne a právne svojvoľne. Rada úradu tiež nehodnotila samostatne každé obstarávanie, všetko „hádza do jedného vreca“ bez individuálneho posúdenia okolností každého verejného obstarávania samostatne.

100. K materiálnej a formálnej podobnosti čestných vyhlásení účastníkov MPL a RECORD títo uviedli, že závery Rady úradu sú založené na nedostatočnom preskúmaní námietok účastníkov konania o inšpirácii sa formuláciami verejných obstarávateľov v súťažných podkladoch. Rada úradu tiež neprihliadla a nevezala do úvahy odlišnosti čestných prehlásení spoločností MPL a RECORD, čo mala uplatniť v prospech účastníkov v zmysle zásady in dubio pro reo, in dubio pro mitius. Podľa účastníkov konania títo dostatočne vyvrátili závery úradu vo vzťahu k čestným vyhláseniam.
101. K materiálnej a formálnej podobnosti dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém“ spoločností MPL a RECORD účastníci konania zopakovali, že sa inšpirovali štruktúrou a informáciami obstarávateľov v súťažných podkladoch, tiež ho skopirovali zo staršej verejne dostupnej webovej stránky spoločnosti M CUP, obaja účastníci nemali zapnutý program na kontrolu gramatiky. Rada úradu neprihliadla a nevezala do úvahy odlišnosti týchto dokumentov, ktorými boli okrem identifikačných údajov oboch spoločností aj použitý font písma alebo uvedenie miesta a dátumu jeho vytvorenia. Rada tiež neprihliadla na to, že tretí účastník kolúzie mal úplne iný dokument. Podľa účastníkov teda predmetná skutočnosť nemôže byť dôkazom kolúzie.
102. K nepredloženiu vzoriek materiálov účastníkmi konania MPL a RECORD ako faktoru nepriamo nasvedčujúcemu o tom, že títo účastníci predkladali iba krycie ponuky, účastníci konania zopakovali svoje tvrdenia a tiež uviedli, že závery Rady úradu sú v tomto ohľade zmätočné a vzájomne logicky protichodné, keď uviedla, že táto skutočnosť sama o sebe nemôže preukázať protiprávne konanie, a zároveň na ňu prihliadala ako na indíciu protisúťažného správania. Podľa účastníkov Rada úradu bola viazaná rozhodnutiami ÚVO týkajúcimi sa predmetných verejných obstarávaní, nakoľko ÚVO právoplatne rozhodol o otázke chybného konania verejných obstarávateľov. MPL a RECORD by ako aktívne pôsobiaci podnikatelia v danej oblasti po výzve verejných obstarávateľov vzorky predložili, nakoľko nejde len o fiktívne spoločnosti.
103. K účasti tých istých uchádzačov a totožnosti víťaza účastníci konania uviedli, že toto nemožno zohľadňovať ako indíciu protisúťažného správania, bolo by to možné iba ak by si sami účastníci vyžiadali podklady od verejných obstarávateľov, týchto sa zúčastnili a úrad disponoval aj inými dôkazmi o kolúzii.
104. K argumentu Rady úradu o nepriamom preukázaní kartelu aj tým, že v prípade iného víťaza – Ing. Jaroslava Pčola REINTER vzhľadom na jeho cenu nižšiu o 30 % ako ponuková cena M CUP s odkazom na odborné štúdie, podľa ktorých

koordinácia vo verejnom obstarávaní môže zvýšiť cenu tovarov, prác a služieb o viac ako 30% účastníci konania namietali zdroj, z ktorého úrad vychádzal a tiež namietali že Rada úradu nezohľadnila, že účastníci sa držali cenového stropu verejného obstarávateľa. Rada úradu tiež podľa účastníkov nezohľadnila, že účastníci konania podávali na rozdiel od Ing. Pčolu ponuky aj v iných obstarávaníach, čo mohlo ovplyvniť v prípade výhry osobné i materiálne zdroje a teda aj náklady.

105. Podľa účastníkov konania teda úrad nepreukázal kolúziu, úrad nedisponuje komunikáciou medzi účastníkmi konania, dôkazom o personálnom prepojení medzi spoločnosťami, nevie preukázať index zhody, vzorec či iný spôsob koordinácie cenových ponúk predkladaných do jednotlivých verejných obstarávaní, subdodávateľské vzťahy, rotujúce víťazstvo, rozdelenie trhu. Úrad nedisponuje ani ucelenou reťazou nepriamych dôkazov, ani nevykonal všetky dostupné kroky na získanie priamych dôkazov.
106. Podľa účastníkov konania Rada úradu požiadavkou na predloženie dôkazov preukazujúcich tvrdenia účastníkov prenáša dôkazné bremeno na nich, pričom požaduje, aby preukázali neexistenciu dohody, čo nie je možné. V tomto ohľade účastníci odkázali na judikatúru, v zmysle ktorej na nikom nemožno spravodlivo žiadať, aby preukázal reálnu neexistenciu určitej právnej skutočnosti“ (uznesenie Najvyššieho súdu SR z 31. mája 2010, sp. zn. 6 Cdo 81/2010). Účastníci konania zároveň neboli povinní archivovať súťažné podklady z dotknutých rokov.

7.4 Námietky k spôsobu vysporiadania sa úradu s argumentáciou námietkami účastníkov konania v prvostupňovom rozhodnutí

7.4.1 Nevysporiadanie sa úradu s námietkami účastníka konania M CUP

107. Účastník konania M CUP uviedol, že účelový postup v naceňovaní niektorých položiek výkaz, výmer je logickým správaním podnikateľa v záujme dosiahnutia konkurencieschopnej ponuky, pričom v prípade zhody viacerých položiek v ponukách viacerých účastníkov verejného obstarávania ide iba o prirodzený jav a výsledok náhody, ktorý by mal úrad akceptovať. Účastník konania má za to, že zhody boli v priebehu správneho konania logicky vyargumentované. Úrad nezistil index, alebo vzorec, ktorý by vyvrátil logické tvrdenie o zhode ako výsledku snahy o konkurencieschopnosť ponúk a podnikateľov.
108. Podľa účastníka konania sa úrad nesprávne vysporiadal s jeho vysvetleniami vo vzťahu k používaniu oceňovacieho softvéru a jeho vplyve na zhodu v položkách ponúk účastníkov konania, úrad problematiku oceňovania stavebných prác nevnímal v celom kontexte. Softvérové programy používané účastníkmi konania fungujú na rovnakom princípe, účastníci konania sa verejných obstarávaní na stavebné práce zúčastňujú pravidelne, preto sú niektoré položky rovnaké

a niektoré vedia odhadnúť, aké ich konkurenti ponúknu a preto naceniť odlišné, neštandardné ceny za dané položky v rámci jednotlivých verejných obstarávaní.

109. Účastník konania namieta odkaz úradu v bode 173 prvostupňového rozhodnutia na súčasnú verziu vzorového rozpočtu výstavby multifunkčného ihriska na stránke M CUP – vzorový výkaz, výmer, čo je neprijateľné, keďže sa nejedná o odkaz stránku z rozhodného obdobia, kedy sa predkladali ponuky – október 2014. Vzhľadom na uvedené nie je relevantné a správne porovnávať ponuky ostatných účastníkov konania a obdobia predkladania ponúk so vzorovým výkazom výmerom M CUP z dnešnej doby. Zároveň zo spisu nevyplýva, že by úrad porovnával a disponoval vzorovým výkazom výmerom M CUP, pričom je logické že výkazy M CUP z rokov 2014 a 2018 boli odlišné.
110. Úrad podľa M CUP nepreukázal ani uceleným súborom nepriamych dôkazov koordináciu účastníkov konania spôsobom, ktorý by nepripúšťal iné vysvetlenie, a v rozpore so svojou predchádzajúcou rozhodovacou praxou nezastavil správne konanie, keď v predchádzajúcich konaniach úrad zastavil konanie aj pri 90% zhode cenového indexu. Podľa účastníka konania nebolo vysvetlenie úradu vo vzťahu k jeho námietke dostatočné.
111. Podľa účastníka konania prvostupňový orgán účelovo ignoruje skutočnosť, že formulácie v čestných vyhláseniach sú takmer úplne totožné s formuláciou v súťažných podkladoch verejných obstarávateľov.
112. Úrad aj indíciu spočívajúcu v nepredložení vzoriek na výstavbu materiálov ihriska 2 účastníkmi konania opiera iba o svoju hypotézu, že k nepredloženiu došlo následkom protisúťažného správania, úrad nezohľadnil, že účastníci konania mohli vychádzať z predpokladu, že ich na dodatočné predloženie v prípade potreby vyzve obstarávateľ, čo umožňoval zákon o verejnom obstarávaní.
113. Úrad sa nedostatočne vysporiadal s vysvetlením rozdielov v rozsahu dokumentu popisujúcom technický podrobný popis realizácie diela M CUP, keď tento účastník konania uviedol, že jeho dokument je podrobnejší z toho dôvodu, že sa špecializuje na realizáciu ihrísk a teda disponuje dostatočnými skúsenosťami. Úrad nešpecifikoval, v čom vidí identickosť zvyšných 2 ponúk v predmetných verejných obstarávaníach.
114. Podľa M CUP sa úrad nedostatočne vysporiadal s námietkami rozporu záverov úradu a kontroly Úradu pre verejné obstarávanie a to spôsobom, ktorým neoprávnene vysvetľuje výsledky kontroly vo svoj prospech, úrad svojim prístupom prenáša zodpovednosť verejných obstarávateľov za ich pochybenia na účastníkov konania.
115. Úrad sa nedostatočne vysporiadal s námietkami M CUP k tomu, že nezahrnul do spisu dokumenty a informácie získané na inšpekcii a neposkytol účastníkom konania k týmto prístup.

7.4.2 Nevysporiadanie sa úradu s námietkami účastníkov konania MPL STAVING a RECORD TK

116. Podľa predmetných účastníkov konania úrad nesprávne uviedol, že výzvy na predkladanie ponúk zaslala spoločnosť E-aukcie a v spise nie je dôkaz, že by tak urobili verejní obstarávatelia. Keďže E-aukcie bola splnomocnená na zaslanie výzvy obstarávateľmi, nemožno výzvy zaslané E-aukciami nepovažovať za výzvy verejných obstarávateľov, úrad teda túto skutočnosť nesprávne právne posúdil.
117. Podľa účastníkov konania mal úrad vykonať inšpekciu aj v spoločnosti E-aukcie, čím úrad nedostatočne zistil skutkový stav, keď nevyhodnotil vplyv predmetnej spoločnosti na priebeh verejných obstarávaní, úrad nedostatočne odôvodnil svoje závery o vedomosti účastníkov tohto správneho konania, že budú opakovane vyzvaní na prekladanie ponúk (čo ich malo motivovať k uzavretiu protisúťažnej dohody).
118. Za nedôvodný a špekulatívny považujú účastníci konania záver úradu v bode 236 prvostupňového rozhodnutia o nevyužití inštitútu „obhliadky miesta stavby“ v súvislosti s tvrdenými špecifikami jednotlivých lokalít, ktoré sa majú vziať do úvahy pri naceňovaní jednotlivých položiek. V tejto súvislosti uviedli, že takáto povinnosť nevyplýva zo žiadneho právneho predpisu, ani zo súťažných podkladov, vzhľadom na skúsenosti účastníkov konania nebol pre nich problém vypracovať ponuky aj bez obhliadky, tieto neboli vykonané aj vzhľadom na krátke časové rozpätie medzi jednotlivými obstarávaniami. Podľa účastníkov konania nie je dôvodné absenciu obhliadok považovať za protisúťažnú indíciu, ak tak chcel úradu urobiť, mal preukázať, aké špecifiká jednotlivých miest účastníci konania opomenuli vzhľadom na absenciu obhliadok.
119. Účastníci konania namietali aj voči zohľadneniu spôsobu podpisu konateľa spoločnosti MPL STAVING Ing. Filla (a to vzhľadom na text, ako aj vlastnoručný podpis) ako protisúťažnej indície. Záver úradu, že predmetné ponuky vlastnoručne nepodpísal p. Fillo, nakoľko je jeho podpis diametrálne odlišný od jeho podpisov v iných verejných obstarávaníach je ničím nepodložený, je to iba subjektívny názor úradu a nemá oporu vo vykonanom dokazovaní, úrad nemá kompetencie na takéto závery o pravosti podpisov, pokiaľ chce vyvodiť takéto závery, mal uskutočniť odborné grafologické skúmanie. Úrad sa nevysporiadal s vysvetlením účastníka konania vo vzťahu k chýbajúcemu písmenu „l“ v mene predmetného konateľa na ponukách.
120. Závery úradu v bodoch 237, 242, 258, 263, 270, 276, 279, 284, 291, 296, 300, 315, 313 prvostupňového rozhodnutia sú založené na nesprávnej interpretácii skutočností úradom, v rámci ktorej sa tento nevysporiadal s námietkami účastníkov konania, čo vedie k účelovosti, jednostrannosti, neobjektívnosti, nezákonnosti a protiústavnosti, ako aj arbitrárnosti všetkých záverov úradu a prvostupňového rozhodnutia.

7.5 Námietky týkajúce sa zistenia skutkového stavu vecí úradom

7.5.1 Námietky k založeniu právnych záverov úradu iba na nepriamych dôkazoch

121. Účastníci konania namietali skutočnosť, že úrad dospel k svojim záverom výlučne na základe nepriamych dôkazov, v tejto súvislosti odkázali na rozsudok NS ČR²², v ktorom súd dospel k záveru, že skutočnosť preukazovanú len nepriamymi dôkazmi je možné mať za preukázanú, len ak na základe výsledkov hodnotenia týchto dôkazov možno bez rozumných pochybností nadobudnúť istotu (presvedčenie) o tom, že sa táto skutočnosť naozaj stala (že je pravdivá), nestačí, ak prichádza do úvahy len možnosť jej pravdivosti (jej pravdepodobnosť).
122. Podľa účastníkov konania títo dostatočne vyvrátili závery úradu vo vzťahu k jednotlivým nepriamym dôkazom a poskytli iné vysvetlenie, ktoré spochybňujú závery úradu a teda rozhodnutie úradu o účasti dotknutých spoločností na dohodách obmedzujúcich súťaž nemôže byť založené len na súbore týchto nepriamych dôkazov.
123. Podľa účastníkov konania každé verejné obstarávanie je nutné vnímať z uceleného hľadiska, kedy na cenu jednotlivých položiek malo vplyv viacero faktorov, najmä:
- jednotlivé položky výkazu výmer boli naceňované odlišne podľa súťažných podkladov;
 - spoločnosti sa pokúšali stanoviť ceny tak, aby sumárna cena bola v súlade s „cenovým stropom“ stanoveným konkrétnym verejným obstarávateľom;
 - osobitné vlastnosti stavby;
 - miesto realizácie predmetu stavebných prác a spôsob realizácie;
 - podmienok danej lokality;
 - technická rentabilita uchádzača, využitie externých pracovníkov či prenájom strojovej techniky;
 - skladové zásoby, subdodávatelia, cenová relácia jednotlivých komponentov na trhu;

²² Rozsudok NS ČR sp. zn. 21 Cdo 2682/2013 zo dňa 26.06.2014 „Skutočnosť preukazovanú len nepriamymi dôkazmi možno považovať za preukázanú vtedy, ak na základe výsledkov hodnotenia týchto dôkazov je možné bez rozumných pochybností nadobudnúť istotu (presvedčenie) o tom, že sa táto skutočnosť naozaj stala (že je pravdivá); nestačí, ak prichádza do úvahy len možnosť jej pravdivosti (jej pravdepodobnosť).“

- rozlíšenie stavebných prác a nákladov týkajúcich sa stavebného materiálu a príslušenstva.

124. Zároveň podľa účastníkov konania k spochybneniu záverov úradu prispieva aj skutočnosť, že

- medzi ponukou úspešného (M CUP) a ostatných uchádzačov (MPL a RECORD) nie je veľký rozdiel, ktorý by odôvodňoval podozrenie z predloženia krycích ponúk, ale naopak je prejavom dodržania a rešpektovania súťažného prostredia,
- cenové ponuky jednotlivých uchádzačov sa pridržovali a rešpektovali zverejnenú predpokladanú hodnotu tej-ktorej zákazky,
- spoločnosť M CUP síce uspela vo všetkých verejných obstarávaníach, poradie zvyšných uchádzačov sa v jednotlivých verejných obstarávaníach obmieňalo,
- nebolo preukázané, že by sa ceny predložené uchádzačmi zvyšovali o pravidelný prírastok, nešlo o rotujúce víťazstvo medzi uchádzačmi, o výhru miestnych uchádzačov či o vopred dohodnuté rozdelenie si „určitého objemu“ zmlúv, ani o situáciu, že by sa neúspešní uchádzači stali subdodávateľmi pre víťazného uchádzača, čo sú typické indikátory pre podozrenie z koluzívneho správania,
- v každom z posudzovaných verejných obstarávaní si súťažné podklady vyžiadali aj iné spoločnosti, ktoré sa však (s výnimkou Verejného obstarávania mesta Snina) do procesu verejného obstarávania nezapojili,
- cena nebola jediným posudzovaným kritériom pre úspech uchádzača vo verejnom obstarávaní, ale tvorila len 50 %-ný predpoklad,
- lehota na realizáciu výstavby predmetu verejného obstarávania je rovnako u všetkých účastníkov konania vo všetkých verejných obstarávaníach takmer konštantná, v prípade M CUP 9-15 dní, v prípade MPL 15 dní, v prípade RECORD 17 dní.

125. Čo sa nepredloženia podkladov týka, toto bolo právo účastníkov, čestné vyhlásenia sú štandardizované a je v nich pretransformovaný text zadávateľa, ostatné nezrovnalosti sa nevyskytovali zhodne u všetkých troch účastníkov konania a boli tiež vysvetlené účastníkmi konania, rovnako ako nepodložené závery úradu o nepravosti podpisu Ing. Filla. Očíslovanie stránok rukou u dvoch účastníkov konania je len zhoda okolností zapríčinená stresom a časovou tiesňou, pričom títo len plnili úlohu zadávateľov, ktorí očíslovanie výslovne vyžadovali. Nepredloženie vzoriek dvomi účastníkmi konania je iba nedopatrením, naviac títo obaja očakávali, že ich obstarávatelia na ich

predloženie vyzvú, to, že tak obstarávatelia v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní neučinili im nemôže byť na ťarchu.

126. Podľa účastníkov konania pri preukazovaní tvrdenej skutočnosti len nepriamymi dôkazmi je potrebné každý takýto dôkaz hodnotiť v spojení s ďalšími nepriamymi dôkazmi a uvážiť, či tieto dôkazy tvoria systém, ktorého jednotlivé články sú v súlade medzi sebou aj s dokazovanou skutočnosťou. Nepriame dôkazy musia tvoriť sústavu – harmonický celok, ktorého jednotlivé časti musia byť vo vzájomnom súlade, potvrdzovať sa a dopĺňať sa. Medzi nepriamymi dôkazmi a dokazovanou skutočnosťou musí byť preukázaný príčinný vzťah (súvislosť). Každý článok sústavy nepriamych dôkazov musí byť nepochybne dokázaný, v opačnom prípade sa sústava „rozpadne“. Sústava takýchto dôkazov musí byť uzavretá, t.j. dôkazy musia vo svojom súhrne viesť k jedinému záveru a zároveň musia vylučovať možnosť každého iného záveru.²³

127. Podľa účastníkov konania títo vyvrátili závery úradu a preto nie je možné založiť rozhodnutie úradu na sústave nepriamych dôkazov.

7.5.2 Námietky k záverom úradu o protisúťažnom správaní ako siedmych samostatných dohodách obmedzujúcich súťaž

128. Podľa účastníkov konania úrad nedisponuje priamymi dôkazmi o protisúťažnom správaní účastníkov konania v siedmych samostatných dohodách – siedmych verejných obstarávaní. Úrad tiež nedisponuje žiadnymi nepriamymi dôkazmi tvoriacimi logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom sa dopĺňajúcich a na seba nadväzujúcich dôkazov, ktoré by deklarovali vzájomnú komunikáciu účastníkov konania.

129. Podľa účastníkov konania úrad preniesol nezákonne a v rozpore s ustálenou rozhodovacou praxou európskych súdov²⁴ svoje dôkazné bremeno na

²³ R 38/1964-IV, R 38/1970-I, R 38/1968, Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 24. marca 2011 vo veci T-377/06 Comap SA v. Európska komisia, Zb. [2011], s. II-01115, bod 56

²⁴ Článok 2 Nariadenia Rady EÚ č. 1/2003 uvádza 'bremeno dokazovania porušenia článku [101 alebo článku 102] Zmluvy znáša strana alebo orgán, ktorý túto námietku vzniesol'.

Rozhodnutie SD ES vo veci „C-49/92 P Commission v Anic[1999] ECR I-4125, bod 86 „Slovami Súdneho dvora: Je povinnosťou Komisie preukázať porušenie, ktoré zistila a predložiť dôkazy, ktoré preukazujú právne dostatočným spôsobom existenciu okolností zakladajúcich porušenie Prítom Komisia musí preukázať najmä všetky skutočnosti umožňujúce záver, že podnik sa zúčastnil na takom porušení, a že bol zodpovedný za rôzne aspekty s tým spojené“.

Rozhodnutia SD ES, a to v spojených veciach T-141/07, *General Technic-Otis and Others* [2011] ECR II-4977, body 70–71; vo veci T-279/02 *Degussa v Commission* [2006] ECR II-897, strana 115; vo veci T-44/02 OP, *Dresdner Bank and Others v Commission*[2006] ECR II-3567, strana 61; *JFE Engineering* (n 1186), bod 178, vo veci C-199/92 P *Hüls v Commission* [1999] ECR I-4287, strany 149 and 150, and vo veci C-235/92 P

Rozhodnutie Montecatini v *Commission*[1999] ECR I-4539, body 175 and 176. „Z ustálenej judikatúry vyplýva, že do momentu pokiaľ Európska neunesie dôkazné bremeno, t.j. nepreukáže vinu, obvinený podnikateľ je chránený zásadou prezumpcie neviny“.

účastníkov konania, pričom sa nevysporiadal dostatočným spôsobom s rozsiahlymi odkazmi na judikatúru európskych súdov, keď iba uviedol, že konal a postupoval v súlade s touto judikatúrou a sám na ňu vo svojej argumentácii odkazuje.

130. V súvislosti s nedostatkom dôkazov a neunesením dôkazného bremena úradom účastníci konania uvádzajú, že úrad nedisponuje znaleckými, ani odbornými posudkami, ani dôkazmi z inšpekcií, nie je ani zrejmé, prečo nevykonal inšpekcie u účastníkov konania. Úrad podľa účastníkov konal účelovo a títo preukázali opak tvrdenia úradu.
131. Účastníci konania argumentovali v rozsahu už uvedených námietok jednotlivito vo vzťahu ku každému verejnému obstarávaniu, osobitne uvádzali indexy zhody vo všetkých cenových položkách. Podľa nich priemerná zhoda jednotlivých cenových položiek vo všetkých verejných obstarávaniach nedosahuje takú výšku, aby bolo možné jednoznačne konštatovať, že sa jedná o preukázané koluzívne správanie a koordináciu postupu spoločností ako účastníkov konania

Rozhodnutie SD ES vo veci 27/76 R *United Brands v Commission* [1976] ECR 425, strana 265 „*The principle of presumption of evidence implies that any doubt which exists in the Commission's evidence must be construed in favour of the undertaking saccused of the infringement*“. *This might imply that the 'requis it elegal standard' is very close to the common law concept of 'beyond reasonable doubt.'*2324 „Zásada prezumpcie dôkazov znamená, že akákoľvek pochybnosť v dôkazných prostriedkoch na strane Komisie (analogicky posudzované platí aj pre PMU SR), sa má vykladať v prospech podnikov obvinených z porušenia. " Z toho vyplýva, že "požadovaný právny štandard" inštitút veľmi blízky inštitútu obyčajového práva "nad odôvodnenú pochybnosť“.

Rozsudok Súdneho dvora ES č. T-240/07 *Heineken Nederland v Commission*, judgment of 16 June 2011, bod 49 a citované rozsudky (ďalej pozri rozsudok č. 29&30/83 *CRAM & Rheinzink v Commission* [1984] ECR 1679, [1985] 1 CMLR 688, body 16–20;) „Komisia (je teda na účel preukázania existencie porušenia povinná uviesť presné a zhodujúce sa dôkazy (pozri v tomto zmysle rozsudok Súdu prvého stupňa zo 6. júla 2000, *Volkswagen/Komisia*, T-62/98, Zb. s. II-2707, bod 43, a tam citovanú judikatúru). Rozsudok Súdneho dvora ES č. T-44/02, etc, *Dresdner Bank v Commission* (*German Banks – Eurozone currency exchange*) [2006] ECR II-3567, [2007] 4 CMLR 467, bod 167 „Komisia právne dostatočným spôsobom nepreukázala existenciu dohody o určení cien za služby pri výmene hotovosti mien eurozóny počas prechodného obdobia, a ani existenciu dohody o spôsoboch ich účtovania. Z toho vyplýva, že žalobné dôvody týkajúce sa nesprávnosti skutkových zistení Komisie (analogicky posudzované platí aj pre PMÚ SR) a nedostatku dôkazného charakteru predložených nepriamych dôkazov v neprospech musia byť vyhlásené za dôvodné“.

Rozsudok Súdneho dvora ES T-109/02, etc, *Bollorév Commission* (*CarbonlessPaper*) [2008] ECR II-947, bod 155 „Najskôr je vhodné pripomenúť, že dôkazy o účasti podniku na karteli je potrebné posudzovať ako celok s ohľadom na všetky relevantné skutkové okolnosti (pozri v tomto zmysle návrhy, ktoré podal sudca Vesterdorf pôsobiaci ako generálny advokát k rozsudku Súdu prvého stupňa z 24. októbra 1991, *Rhône-Poulenc/Komisia*, T-1/89, Zb. s. II-867, II-956 – Spoločné návrhy k rozsudkom nazvaným „polypropylén“). Je nevyhnutné, aby Komisia (analogicky posudzované platí aj pre PMÚ SR) na účel odôvodnenia tvrdenia, že k porušeniu došlo, predložila dostatočne presné a zhodujúce sa dôkazy. (pozri rozsudok Súdu prvého stupňa z 8. júla 2004, *JFE Engineering/Komisia*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00, Zb. s. II-2501, body 179 a 180, a citovanú judikatúru).“

Rozsudok Súdneho dvora ES C-204/00P, etc, *Aalborg Portland v Commission*[2004] ECR I-123, [2005] 4 CMLR 251 „In most cases, the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules“. „Vo väčšine prípadov, existencia protisúťažnej praktiky alebo dohody musí byť vyvodená z množstva zhodných okolností a indícií, ktoré v sumáre môžu, v prípade absencie iného možného vysvetlenia, vytvoriť evidenciu porušenia súťažných predpisov“.

v jednotlivých verejných obstarávaníach s cieľom zabezpečiť víťazstvo vopred určeného uchádzača a že toto uvedené vedie len k tomuto jedinému záveru a zároveň vylučuje možnosť každého iného záveru. Na vyvodenie sankčnej zodpovednosti tiež nie je postačujúce, ak takémuto údajnému konaniu nasvedčuje len vysoká miera indexu zhody, ale je nevyhnuté, aby uvedenému svedčili aj ďalšie dôkazy (napr. vzájomná komunikácia medzi uchádzačmi, existencia subdodávateľského vzťahu medzi úspešným a neúspešným uchádzačom, preukázaná dohoda o rotujúcom víťazstve, rozdelenie si trhu podľa regiónov alebo zákazníkov, stanovenie výhier podľa určitého dohodnutého „objemu“, osobné či majetkové prepojenia medzi účastníkmi) nakoľko v opačnom prípade sa jedná len o nepodložené hypotézy, domnienky či rizikové indikátory, ktoré však nepostačujú na preukázanie uzatvorenia protisúťažnej dohody.

132. Účastníci konania namietajú, že úrad si protirečí, ak odmieta zohľadňovať údaje priemerného indexu zhody v cenách vo všetkých verejných obstarávaníach s poukazaním na charakter prípadu, avšak zároveň úrad prepája jednotlivé verejné obstarávania v jednom konaní ako celok, takýto postup účastníci konania označili za účelový. Účastníci konania namietajú, že úrad nijakým spôsobom neuviedol žiadnu indexáciu, z ktorej by vychádzal.

7.6 Námietky k právnemu posúdeniu veci úradom a vadám konania

7.6.1 Námietky k porušeniu precedenčnej zásady a zásady zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností

133. Účastníci konania namietali, že v predmetnom konaní pretrváva stav dôkaznej núdze a nie je naplnená jedna zo základných zásad súťažno-správneho konania, a to zásada náležitého zistenia stavu bez dôvodných pochybností, úrad nepredložil žiaden relevantný dôkaz preukazujúci jeho závery.
134. Úrad podľa účastníkov konania porušil aj precedenčnú zásadu (zásada legitímnych očakávaní), v zmysle ktorej sú v súlade s § 32 ods. 2 Správneho poriadku podkladom pre rozhodnutie úradu aj skutočnosti známe z jeho úradnej činnosti, teda vrátane jeho predchádzajúcej rozhodovacej praxe. Úrad vo svojej predchádzajúcej praxi zastavil viaceré správne konania, kde bol preukázaný vysoký index cenovej zhody²⁵, alebo kde konštatoval, že dôvod na začatie konania nebol daný.²⁶ Účastníci konania s odkazom na uvedené rozhodnutia

²⁵ č.k. 0010/OKT/2015 – účastník konania spoločnosť STM Power, a.s. kde mal PMÚ SR k dispozícii index cenovej zhody 96,79%, č.k. 0030/OKT/2015 – účastník konania spoločnosť EUCOS SK s.r.o., kde mal PMÚ SR k dispozícii index cenovej zhody 99,5% , č.k. 0029/OKT/2015 – účastník konania spoločnosť GTM projekt, spol. s r.o., kde mal PMÚ SR k dispozícii index cenovej zhody 90%, č.k. 0033/OKT/2014 – účastník konania spoločnosť GRNBD VRANOV N.T., kde mal PMÚ SR k dispozícii index cenovej zhody takmer 80% , č.k. 0012/OKT/2014 – účastník konania spoločnosť BOSO, s.r.o., kde mal PMÚ SR k dispozícii index cenovej zhody 64%

²⁶ rozhodnutie č. 2002/KH/1/1/001 zo dňa 08.01.2002, rozhodnutie č. 2002/ZK/1/1/145 zo dňa 11.07.2002, rozhodnutie č. 2003/ZK/1/1/087 zo dňa 19.05., rozhodnutie č. 2003/ZK/1/1/117 zo dňa 13.06.2003, rozhodnutie č. 2003/ZK/1/1/162 zo dňa 18.07.2003, rozhodnutie č. 2004/ZK/1/1/171 zo dňa 02.09.2004, rozhodnutie č. 2008/ZK/1/1/075 zo dňa 25.09.2008

majú za to, že úrad má zastaviť aj toto správne konanie. Vyššie uvedená precedenčná zásada (zásada legitímnych očakávaní) má v konečnom dôsledku slúžiť ako prostriedok ochrany pred svojvoľným rozhodovaním správneho orgánu a pred neprimeraným a nezákonným uplatňovaním správnej úvahy, neprimerané odklony od ustálenej rozhodovacej praxe by mohli podstatným spôsobom narušiť rovnosť subjektov pred zákonom a teda aj pred správnym orgánom. Navyiac diametrálne odlišná rozhodovacia prax v skutkovo obdobných konaniach, je narušením zásady právnej istoty.

7.6.2 Námietky k porušeniu zásady *in dubio pro reo, in dubio pro mitius*

135. Podľa účastníkov konania v predmetnom správnom konaní absentuje vymedzenie spôsobu spáchania skutku – uzatvorenia kartelovej dohody medzi účastníkmi konania. Absentuje teda obligatórna náležitosť vymedzenia správneho deliktu, ako aj výroku rozhodnutia. Uvedené, rovnako ako absencia ďalších obligatórných náležitostí výroku rozhodnutia (miesto, čas a spôsob spáchania správneho deliktu vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania) nie je možné vzhľadom k absencii relevantných a kredibilných dôkazov vo vzťahu k jednotlivým posudzovaným verejným obstarávaniam ustáliť a tým nemožno dôjsť k záveru o účasti účastníkov konania na dohodách obmedzujúcich súťaž, ktoré sú predmetom tohto správneho konania. Vzhľadom na uvedené by mal úrad v súlade so zásadou *in dubio pro reo, in dubio pro mitius* – v pochybnostiach v prospech obvineného správne konanie zastaviť.

7.6.3 Námietky k porušeniu zásady voľného hodnotenia dôkazov

136. Účastníci konania v súlade s vyššie uvedeným namietali nerovný prístup úradu k dôkazom, ktorý podľa účastníkov odmieta priame dôkazy o nevine a pripisuje mimoriadny význam nepriamym dôkazom o vine a to pri absencii využitia všetkých spôsobov, ktorými úrad priame dôkazy mohol získať (odborné posudky, znalecké dokazovanie, inšpekcie u účastníkov konania.) Vzhľadom na takýto postup úrad podľa účastníkov porušil zásadu voľného hodnotenia dôkazov.²⁷ Uvedeným podľa účastníkov konania úrad zaťažil správne konanie takou vadou,

²⁷ Rozsudok Vrchného súdu v Prahe S 270 „*Takýmto hodnotením však nie je, ak správny orgán jeden dôkaz len prijal a protichodný len odmietol ako nevierohodný bez toho, aby vyložil, prečo tak urobil, keď navyiac nevyužil možnosť vykonať v spornej veci ďalšie dostupné dôkazy.*“

Rozh. Najvyššie správneho súdu, Boh. A 3667/24 „*Ani zásada voľného hodnotenia dôkazov nezbavuje správny orgán povinnosti uviesť v odôvodnení rozhodnutia skutočnosti, ktoré uznal za dokázané a dôvody, na základe ktorých k svojmu presvedčeniu dospel*“

Rozsudok Vrchného súdu v Prahe S 296 6 A 139/94 „*Správny orgán môže pristúpiť k hodnoteniu dôkazov až po tom, keď vyčerpá možnosti odstrániť existujúce rozpory v dôkazoch. Ak sa rozpory nepodarí odstrániť, je nevyhnutné, aby v odôvodnení svojho rozhodnutia vyložil, v čom rozpor spočíval, čo sa urobilo na jeho odstránenie, prečo sa to nepodarilo a ku ktorým dôkazom sa nakoniec pri svojom hodnotení priklonil, ktoré dôkazy odmietol a za kého dôvodu. Ak by sa bez akéhokoľvek zdôvodnenia priklonil ku skupine dôkazov podporujúcich jedno skutkové zistenie (napr. že účastník spáchal správny delikt) a ponechal bez povšimnutia dôkazy, z ktorých vyplýva opak, vybočil by tým zo zákonných medzí, ktoré mu zákon pre hodnotenie dôkazov vymedzil*“.

ktorá predstavuje porušenie práva účastníkov na spravodlivé správne konanie a tým zaťažil prvostupňové rozhodnutie nezákonnosťou a protiústavnosťou.

Vyjadrenie Rady úradu:

137. Z vyššie uvedených námietok v častiach 7.4, 7.5, 7.6 týkajúcich sa zistenia skutkového stavu, spôsobu preukázania správneho deliktu úradom, vysporiadania sa s námietkami účastníkov konania v uvedených oblastiach vyplýva, že účastníci konania namietali v z veľkej časti rovnaké skutočnosti obdobným spôsobom, pričom rovnaké námietky uvádzali vo viacerých častiach predložených rozkladov, ako aj vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia. Vzhľadom na uvedené, ako aj v záujme komplexnosti vyjadrenia a prehľadnosti textu sa Rada úradu v ďalšom texte vyjadruje súhrnne k námietkam všetkých účastníkov konania uvedených v častiach 7.4, 7.5, 7.6 tohto dokumentu v logickej postupnosti jednotlivých celkov. Rada úradu bude špecifikovať, ktorého účastníka sa vyjadrenie k námietke týka iba v prípade, že si to bude vyžadovať charakter námietky, inak sa vyjadrenie Rady úradu týka všetkých účastníkov konania.

138. V prvom kroku sa Rada úradu vyjadrí k spôsobu preukázania skutkového stavu.

139. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad má za preukázané, že účastníci konania uzatvorili **dohodu obmedzujúcu súťaž**, ktorá mala za cieľ obmedzenie súťaže v oblasti dodávok stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb na území SR, zakázanú podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona. Úrad v konaní posudzoval konanie účastníkov vo verejných obstarávaníach s názvom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ a po preskúmaní cenových ponúk účastníkov predmetných verejných obstarávaní, ako aj ďalších súvisiacich podkladov dospel k záveru o kolúzii účastníkov konania v týchto obstarávaníach.

140. Svoje závery **úrad založil na nasledujúcich dôkazoch**

- Spôsob stanovenia cien v ponukách
 - zhodne sa vyskytujúca cenová anomália (existencia cenových rozdielov medzi rovnakými položkami výkazu výmer v ponukách účastníkov konania)
 - cenové zhody (zhodné ceny niektorých položiek výkazu výmer v ponukách účastníkov konania)
 - iné skutočnosti v spôsobe stanovenia cien.

- Zhody v ponukách uchádzačov, teda prakticky identický obsah, forma spracovania a formulácia textu v dokumentácii predloženej uchádzačmi v časti „Ostatné“ ich ponúk v predmetných verejných obstarávaníach
 - materiálna a formálna podobnosť čestných vyhlásení
 - materiálna a formálna podobnosť dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém“.

- Ďalšie skutočnosti
- nepredloženie vzoriek materiálov pre výstavbu ihriska podnikateľmi MPL STAVING a RECORD TK, napriek tomu, že išlo o náležitosti, ktoré boli požadované v zmysle súťažných podkladov
- fakt, že v ponukách spoločnosti MPL STAVING do všetkých siedmich verejných obstarávaní je nesprávne uvádzané meno konateľa spoločnosti - Ing. Peter Fillo - ako Filo aj s pripojeným podpisom, v ktorom je tiež len jedno písmeno „l“ v spojení s porovnaním podpisu na predmetných ponukách s inou dokumentáciou získanou úradom z jeho úradnej činnosti, ktorý sa prvostupňovému orgánu javil ako odlišný.²⁸

141. Prvostupňový orgán v prvostupňovom konaní preveroval podozrenie, že spôsob stanovenia cien predložených uchádzačmi v predmetných verejných obstarávaní nebol výsledkom ich nezávislej cenotvorby, teda ponukové ceny boli výsledkom dohody obmedzujúcej súťaž. V tejto súvislosti úrad analyzoval súťažné ponuky predložené účastníkmi konania v jednotlivých verejných obstarávaní. Zo zistení úradu vyplynulo, že súčasťou súťažných podkladov bol aj verejným obstarávateľom vypracovaný návrh Zmluvy o dielo, kde v zmysle článku IV. každý uchádzač uviedol cenu za zhotovenie diela, ktorá predstavovala jeho ponuku v predmetnom verejnom obstarávaní. Z časti B. – Opis predmetu zákazky - súťažných podkladov vyplynulo, že predmet zákazky v predmetných verejných obstarávaní pozostával zo 4 technologických celkov. Boli to „Stavebné práce“ (tento celok vo výkaze výmer obsahoval časti Zemné práce, Základy, Podkladové vrstvy a Presun hmôt), „Športový povrch“, „Mantinelový systém“ a „Príslušenstvo ihriska“. Bližšia špecifikácia a technické riešenie bola uvedená v realizačnom projekte stavby, ktorého súčasťou bol aj výkaz výmer. Výstavba viacúčelového ihriska musela byť zrealizovaná úplne v súlade s predloženou projektovou dokumentáciou. Špecifikácia jednotlivých položiek výkazu výmer bola pritom vo všetkých siedmich verejných obstarávaní úplne zhodná. Jediný rozdiel medzi jednotlivými obstarávaniami spočíval v tom, že počet položiek výkazu výmer, ktoré bolo treba oceniť (celkovo ich bolo 118, v žiadnom z verejných obstarávaní však nebolo potrebné vyplniť všetky), nebol vo všetkých obstarávaní rovnaký, t. j. v niektorých obstarávaní určité položky výkazu výmer bolo treba naceniť, zatiaľ čo v iných obstarávaní nie (počet položiek, ktoré bolo treba oceniť v jednotlivých obstarávaní sa pohyboval od 54 do 79).

142. Úrad po preskúmaní cenových ponúk **identifikoval zhodne sa opakujúcu cenovú anomáliu**. Táto sa týkala porovnania konkrétnych položiek vo verejných obstarávaní. Úrad zistil v mnohých prípadoch, ktoré úrad uviedol v bode 84 prvostupňového rozhodnutia, sú medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami veľké cenové rozdiely za tú istú presne špecifikovanú položku. To znamená, že

²⁸ písmeno „l“ chýba aj v podpisoch pri jeho mene na dokumentoch v ponukách, pričom zároveň podpis konateľa spoločnosti MPL, ktorý má úrad k dispozícii na Dohode o plnej moci (položka spisu č. 100.1), ako aj na ponukách predložených spoločnosťou MPL v iných verejných obstarávaní, ktoré nie sú predmetom tohto konania (položka spisu č. 261)

cenová úroveň identických položiek výrazne kolíše medzi jednotlivými obstarávaniami, a to dokonca aj v prípade cenových položiek nacenených tými istými uchádzačmi. S jedinou výnimkou všetky položky súvisia s technologickým celkom „Stavebné práce“.

143. K týmto zisteniam úradu všetci účastníci konania vo svojich vyjadreniach pre úrad uviedli, že svoje cenové ponuky vypracovali sami, pričom na ocenenie stavebných prác použili aj softvér CENKROS (M CUP a MPL), resp. ODIS (RECORD). Po analýze cenových ponúk, ktoré boli zo strany účastníkov konania predložené všetkým obstarávateľom v takmer identickom čase, dospel úrad k záveru, že oceňovanie jednotlivých cenových položiek v predmetných verejných obstarávaníach zo strany všetkých účastníkov konania nemá logické zdôvodnenie. Podľa názoru úradu vyššie uvedené veľké cenové rozdiely v oceňovaní jednotlivých položiek medzi jednotlivými obstarávaniami predstavujú významný nepriamy dôkaz, že ceny neboli stanovené nezávisle jednotlivými uchádzačmi s použitím predmetných stavebných oceňovacích softvérov. Potvrdzujú to aj iné skutočnosti uvedené v ďalšom texte.
144. Ďalším nepriamym dôkazom, ktorý úrad identifikoval na základe analýzy cenových ponúk²⁹, bola skutočnosť, v ponukách sa veľmi často vyskytujú aj **zhodne stanovené ceny položiek v rámci toho istého verejného obstarávania zo strany dvoch alebo aj všetkých troch uchádzačov**. Úrad sa tejto skutočnosti podrobne venoval v bode 86 prvostupňového rozhodnutia, v tomto bode uvedené zhody cien za jednotlivé položky sa vyskytujú hlavne v technologických celkoch „Stavebné práce“ a „Mantinelový systém“, ktoré boli zároveň aj najrozsiahlejšie.
145. Účastníci konania vo vzťahu k zisteniam úradu v tejto oblasti uviedli, že používali stavebné oceňovacie softvéry CENKROS (M CUP a MPL) a ODIS (RECORD), čo by za istých okolností mohlo vysvetľovať rovnaké oceňovanie tých istých položiek zo strany uchádzačov vo verejných obstarávaníach. Avšak práve skutočnosť, že v určitom konkrétnom verejnom obstarávaní boli jednotlivé položky veľmi často ocenené rovnako, ale táto zhodná cena sa medzi rôznymi obstarávaniami líšila, a to vo viacerých prípadoch veľmi výrazne, je ďalším nepriamym dôkazom, ktorý spochybňuje nezávislé používanie vyššie uvedených oceňovacích softvérov účastníkmi konania, ako aj ich tvrdenie, že cenové ponuky pripravovali samostatne. Ako typický príklad takéhoto oceňovania možno z vyššie uvedeného zoznamu uviesť napr. položky č. 16, 23, 24, 40, 42, 47, 51, 52, 55, 56 a 59. Úrad znovu zdôrazňuje, že ponuky do všetkých verejných obstarávaní boli vypracované v krátkom časovom období, a to vo väčšine prípadov aj na približne rovnakom území (napr. z hľadiska dopravných nákladov). Úrad taktiež dospel k záveru, že v prípade technologického celku „Mantinelový systém“ boli jednotlivé položky veľmi presne vyšpecifikované a ani v tomto

²⁹ Vid' kompletnú tabuľku cenových ponúk por. č. záznamu v spise 138.1

prípade nie je možné vysvetliť výrazné rozdiely v cenách rovnakých položiek medzi jednotlivými obstarávaniami.

146. Z prvostupňového rozhodnutia ďalej vyplýva, že úrad analyzoval aj **ďalšie aspekty v cenových ponukách** účastníkov konania v jednotlivých verejných obstarávaníach a v bodoch 89 – 96 prvostupňového rozhodnutia dospel k záverom o **mimoriadnej frekvencii zhodných cien položiek dvoch alebo všetkých troch uchádzačov v jednotlivých verejných obstarávaníach** (s určitou výnimkou v obci Hriadky), čo klasifikoval ako ďalší nepriamy dôkaz, že uchádzači nevypracovali svoje ponuky nezávisle.
147. Na základe dôkazov získaných analýzou cenových ponúk dospel úrad k záveru, že v predmetných verejných obstarávaníach možno protisúťažné konanie vyvodit' už zo samotného konania uchádzačov, ktoré spočívalo predovšetkým v predložení takých cenových ponúk, kde ceny položiek výkazu výmer boli v určitom verejnom obstarávaní veľmi často uchádzačmi stanovené na rovnakej úrovni, pričom táto zhodná cena v identických položkách sa medzi jednotlivými obstarávaniami líšila, a to často veľmi výrazne. Túto zhodu a zároveň anomáliu ponukových cien uchádzačov považoval úrad za rozhodujúci dôkaz o protisúťažnom konaní účastníkov konania na základe ktorého dospel úrad k záveru, že ponuky uchádzačov boli vypracované na základe vzájomnej koordinácie, či už priamo medzi samotnými uchádzačmi alebo nepriamo prostredníctvom tretej osoby, a to tak, aby sa víťazom stala spoločnosť M CUP. Podmienky výstavby multifunkčných ihrísk nemohli byť z nákladového hľadiska v prípade jednotlivých verejných obstarávaní také rozdielne, aby mohli do istej miery logicky vysvetliť zistené anomálie cien, nakoľko cenové rozdiely pri identických položkách boli medzi obstarávaniami veľmi výrazné. Uchádzači sa zároveň zhodli pri týchto položkách na rovnakej cene, čo úrad považoval za možné len za predpokladu ich vzájomnej koordinácie. Prvostupňový orgán dospel k záveru, že nakoľko existencia protisúťažného správania je jediným prijateľným vysvetlením vyššie uvedených skutočností, medzi uvedenými podnikateľmi došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž. Závery úradu vychádzali zo skutočnosti, že každý hospodársky subjekt by mal autonómne určovať svoju obchodnú politiku, ktorú mieni uplatňovať na trhu, čo bráni akýmkoľvek priamym alebo nepriamym kontaktom medzi podnikateľmi, ktorých cieľom alebo následkom je ovplyvniť správanie konkurentov na trhu a dosiahnuť také podmienky hospodárskej súťaže, ktoré nezodpovedajú normálnym podmienkam na trhu.³⁰ Pri nezávislom stanovovaní cien preto nemôže dôjsť k takej zhode a zároveň anomálii ponukových cien, ako došlo v rámci predmetných verejných obstarávaní. Opierajúc sa o európsku judikatúru úrad konštatoval, že

³⁰ Rozsudok Súdu prvého stupňa zo dňa 8. júla 2008 vo veci T-53/03 BPB plc, Zb. [2008], s. II.-01333, body 180 a 234; rovnako Rozsudok Súdu prvého stupňa zo dňa 20. apríla 1999 vo veci T-305/94 až T-307/94, T-313/94 až T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 a T-335/94 LVM v. Komisia, Zb. [1999], s. II-00931, bod 720, Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 28. mája 1998 vo veci C-7/95 Deere v. Komisia, Zb. [1998], s. I-03111, bod 87; Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 2. októbra 2003 vo veci C-194/99 P Thyssen Stahl v. Komisia, Zb. [2003], s. I-10821, bod 83.

uvedené skutočnosti predstavujú síce nepriame dôkazy, ale zároveň dostatočne relevantné dôkazy o koordinovanom konaní podnikateľov, a preto sú účastníci konania zaťažení dôkazným bremenom, aby v rámci svojho procesného práva na obranu hodnoverne vysvetlili túto mimoriadnu zhodu, ako aj anomáliu v cenových ponukách inak, ako ju vysvetľuje úrad.³¹ Prvostupňový orgán zohľadnil aj skutočnosť, že k tomuto dôkazu pristupujú aj ďalšie nepriame dôkazy, ktorými sú identický obsah, forma spracovania a formulácia textu v ponukách účastníkov konania, ako aj nepredloženie niektorých náležitostí požadovaných v zmysle súťažných podkladov zo strany MPL STAVING a RECORD TK. Z uvedených dôkazov podľa prvostupňového orgánu vyplýva, že účastníci konania koordinovali svoj postup v predmetných verejných obstarávaníach, a to tak, že podali cenové ponuky spoločnosti splnomocnenej obstarávateľmi na realizáciu úkonov v súvislosti s organizáciou týchto verejných obstarávaní. Svojím postupom tak umožnili víťazstvo vopred určeného podnikateľa, čím narušili hospodársku súťaž.

148. Rada úradu vo vzťahu k časti zisťovania skutkového stavu, preukazovania, vysporiadania sa s námietkami účastníkov konania v oblasti cenovej analýzy predkladaných ponúk účastníkmi konania, obsiahnutých najmä v bodoch 79 – 97, 156-177, 207 – 276 uvádza, že súhlasí s postupom a závermi úradu. Prvostupňový orgán pomerne detailným a precíznym spôsobom v prvostupňovom rozhodnutí analyzoval cenové ponuky, vyvodil závery a tieto objasnil aj vo svetle odlišnej argumentácie účastníkov konania. Účastníci konania vo svojich rozkladoch zväčša zopakovali svoje námietky predložené úradu v priebehu prvostupňového konania. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje za účelné opätovne uvádzať rovnaké skutočnosti ako prvostupňový orgán tam, kde s jeho postupom a zisteniami súhlasí a vo svojej argumentácii sa zamerala na objasnenie svojich právnych a logických postupov, zdôraznenie z jej pohľadu podstatných aspektov preukazovania a argumentácie, ako aj vysporiadanie sa s oblasťami, v ktorých má odlišný názor ako prvostupňový orgán a vplyvom na konanie a rozhodnutie. Zároveň však Rada úradu zdôrazňuje, že súhlasí so spôsobom vysporiadania sa s námietkami účastníkov konania prvostupňovým orgánom v prvostupňovom rozhodnutí a v plnom rozsahu na ne odkazuje.
149. Účastník konania M CUP a obdobne aj ostatní účastníci k úradom identifikovanému nepriamemu dôkazu kolúzie v predmetných VO v podobe zistenia, že **medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami existujú značné cenové rozdiely za tú istú položku, a to aj v prípadoch nacenenia jednej položky tým istým uchádzačom** pripustili účelovú úpravu cien niektorých položiek ponuky, avšak k tejto malo dôjsť v záujme zachovania konkurencieschopnosti svojej ponuky³², teda ide o bežnú obchodnú prax.

³¹ Napr. Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 7. januára 2004 vo veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 /, C-219/00 P Aalborg Portland a i. v. Komisia, Zb. [2004], s. I-00123, bod 132.

³² Bod 162 prvostupňového rozhodnutia „V prípadoch verejných obstarávaní, kedy o víťaznej ponuke rozhoduje konečná cena, je podľa praktických skúseností podnikateľa M.Cup celkom bežné, že

účelovo využívanú podnikateľmi v rámci verejných súťaží. Ďalej podľa účastníkov konania, keďže úrad v tomto správnom konaní v predmetných VO nepreukázal v cenových ponukách indexáciu, ani iný vzorec, nepreukázal protisúťažné správanie účastníkov konania, nakoľko iba určité nepravidelnosti v cenových položkách pri porovnaní ich hodnôt v rámci verejných obstarávaní na preukázanie nepostačuje.

150. Rada úradu preskúmala zistenia úradu, ako aj námietky účastníkov konania a rovnako ako prvostupňový orgán nepovažuje takéto vysvetlenie účastníkov konania za dôveryhodné. Účastníci konania zakladajú svoju argumentáciu o účelovej úprave jednotlivých položiek na podnikateľskom raciu, kedy v záujme dosiahnutia najlepšej ponuky, tento náhodne upravuje jednotlivé položky aj mimo bežného štandardu a teda sa naozaj rovnaké položky medzi jednotlivými ponukami jedného účastníka môžu líšiť aj výraznejším spôsobom. Rada úradu toto považuje za logické, avšak čo sa vymyká logickému rámcu je skutočnosť, že takýmto náhodným spôsobom postupovali viacerí účastníci konania v jednotlivých obstarávaníach rovnako. Teda myšlienkové pochody dvoch, alebo všetkých troch účastníkov konania sa zladili vždy pri jednom verejnom obstarávaní rovnako. Práve toto Rada úradu považuje za nepravdepodobné – že by k takémuto zladeniu pri rovnakých položkách v rovnakých verejných obstarávaníach u viacerých účastníkov došlo náhodne. Rovnako podľa Rady úradu neobstojí ani argument snahy ponúknuť verejnému obstarávateľovi výslednú cenu pohybujúcu sa v jednotlivých obstarávaníach približne na rovnakej úrovni, a to aj napriek tomu, že vždy oceňovali iný počet položiek, nakoľko ceny predkladané v jednotlivých verejných obstarávaníach sa líšili, napr. výsledná ponuková cena podnikateľa M CUP v predmetných verejných obstarávaníach sa pohybovala od 44 590 EUR s DPH (verejný obstarávateľ Základná škola P. O. Hviezdoslava Snina) po 81 813 EUR s DPH (verejný obstarávateľ Gymnázium – Gimnázium Kráľovský Chlmec). Tieto závery Rady úradu nevyvrátili účastníci konania ani svojim vyjadrením k výzve pred vydaním rozhodnutia, nakoľko neuviedli žiadne nové relevantné skutočnosti.

151. Rada úradu zároveň zdôrazňuje, že je na správnom orgáne, aby zvolil spôsob preukazovania deliktu, tento však musí byť náležite odôvodnený. Vzhľadom na to je irelevantné, či ekonomický dôkaz má podobu indexácie, alebo podobu porovnania jednotlivých položiek cenových ponúk účastníkov konania v predmetných verejných obstarávaníach. Prvostupňový orgán dôveryhodným a logickým spôsobom vysvetlil, prečo považuje predmetné podobnosti založené na ekonomickej analýze za nepriamy dôkaz protisúťažného správania a Rada úradu sa s jeho závermi v plnom rozsahu stotožňuje.

uchádzači výrazne upravila cenu náhodne vybraných položiek tak, aby výsledkom bolo dosiahnutie konkurenčnej ceny pre verejného obstarávateľa. Spoločnosť M.Cup postupovala rovnakým spôsobom vo viacerých verejných obstarávaníach, keď ceny niektorých položiek účelovo upravila tak, aby jej ponuka zodpovedala požiadavkám verejného obstarávateľa.“

152. K skutočnosti, že **výkazy výmer predložené v rámci súťažných podkladov obsahovali niekoľko položiek, ktorých ceny sa u niektorých z uchádzačov pohybovali na rovnakej úrovni** účastníci konania uviedli, že toto je v prípade časti „Stavebné práce“ vysvetliteľné tým že účastníci konania používali oceňovacie softvéry, v časti „Mantinelový systém“ tým, že MPL a RECORD nemali v tejto oblasti skúsenosti a teda sa inšpirovali verejne prístupnými cenovými ponukami skúseného uchádzača M CUP. Zároveň podľa účastníka konania pohyb cenových položiek na rovnakej úrovni u viacerých účastníkov konania nemožno považovať za nepriamy dôkaz protisúťažného správania sa, nakoľko úrad nepreukázal schému koordinácie cenových ponúk uchádzačov, ani index, ani vzorec.
153. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán za rozhodujúcu skutočnosť pri analýze uvedených pohybov cenovej hladiny jednotlivých položiek u viacerých uchádzačov v rámci viacerých verejných obstarávaní považuje skutočnosť, že napriek náznaku logiky vo vysvetlení účastníkmi konania vo využití oceňovacích softvérov a využití verejne prístupného know how M CUP, nelogické je to, aby v rámci rôznych verejných obstarávaní dochádzalo k rovnakým odlišnostiam u viacerých účastníkov konania. Ak je teda odôvodnená a vysvetliteľná cena položky v jednom obstarávaní, a preto ju všetci účastníci konania stanovili na rovnakej úrovni, nie je logické, odôvodniteľné a vysvetliteľné, aby vo verejnom obstarávaní uskutočnenom o pár dní táto cena bola výrazne odlišná (vyššia, alebo nižšia), a to opäť zhodne u všetkých účastníkov konania, alebo aspoň 2 z nich.
154. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán poukazuje napr. na nacenenie položky č. 113 výkazu výmer v predmetných verejných obstarávaníach - ochranná sieť 2450 x 2000, oko 5x5cm, polyetylénová D+M – v prípade ktorej všetci uchádzači ponúkli cenu 19,00 eur v Snine, 40,00 eur v Ďapalovciach a 49,00 eur v Radvani nad Laborcom, Hriadkach, Demjate a v Rudne nad Hronom, prípadne položky č. 117 - ochranná sieť 3800 x 2000, oko 5x5cm, polyetylénová D+M – v prípade ktorej všetky spoločnosti stanovili cenu na úrovni 63,00 eur v obci Demjata a 48,00 eur v Ďapalovciach. Na tomto príklade je zrejmé, že nie je možné zohľadniť vysvetlenie cenových softvérov, účelového naceňovania v záujme konkurencieschopnosti, keď sa účastníci správali rovnako – raz tá istá položka bola nacenená na 19 eur, druhý raz na 49 eur, k čomu by predsa nemalo dôjsť pri tých istých naceňovacích softvéroch a ani pri účelovej úprave predmetnej položky v záujme konkurenčného odlišenia.
155. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán nevidí súvislosť vo verejne dostupnej ponuke M CUP a cenových položkách MPL a RECORD, nakoľko súčasná verzia vzorového rozpočtu výstavby multifunkčného ihriska (vzorový výkaz výmer) sa z hľadiska jednotlivých položiek výrazne líši od výkazov výmer v predmetných verejných obstarávaníach. Konkrétne technologický celok „Mantinelový systém“ dostupný na webovej stránke spoločnosti M CUP obsahuje

9 položiek, pričom výkazy výmer v predmetných verejných obstarávaniach v rámci tohto technologického celku obsahovali až 38 položiek.

156. Podľa Rady úradu nie je možné akceptovať vysvetlenie účastníkov konania o vplyve verejne prístupného rozpočtu stavebných prác podnikateľa M CUP na stránke, ako aj oceňovacích softvérov. Aj v prípade, že by tieto faktory ovplyvnili cenotvorbu MPL a RECORD, podľa Rady úradu by nedošlo k takej úrovni zhody ponúk predmetných podnikateľov v rovnakých položkách, ktorá pri dvoch verejných obstarávaniach predstavovala až 90 %. Zároveň Rada úradu nepovažuje za relevantný argument účastníkov, že k zhode vo výške 90 % došlo iba v rámci dvoch verejných obstarávaní.
157. Rada úradu sa nemôže stotožniť s námietkou účastníkov konania, že pri analýze ponúk účastníkov konania možno k časti stavebné práce konštatovať zanedbateľný objem položiek – podľa Rady úradu hodnoty 78,05%, 30,43%, 27,27% atď. nemožno považovať za zanedbateľné.
158. K počtu zhodných položiek v jednotlivých verejných obstarávaniach, kedy sa účastník konania snaží argumentovať, že v niektorých obciach neboli žiadne, resp. len veľmi minimálne zhody v malom počte položiek, Rada úradu v súlade s údajmi v bodoch 90 - 96 prvostupňového rozhodnutia uvádza, že v každej z uvedených obcí boli cenové zhody aspoň dvoch účastníkov konania v desiatkach položiek.³³ Zároveň pre Radu úradu na preukázanie protisúťažného správania v tomto prípade nevplyva iba počet zhodných cenových položiek v ponukách účastníkov sám o sebe, ale ich zhodné správanie sa v kontexte všetkých posudzovaných verejných obstarávaní. Z vyjadrenia Rady úradu v tomto, ako aj predchádzajúcom bode je zároveň zrejmé, že námietka účastníkov konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia nie je relevantná, nakoľko Rada úradu zohľadnila aj tú časť námietky, kde títo poukazyvali na verejné obstarávania s minimálnym počtom zhodných položiek.
159. Rada úradu tiež opätovne faktor absencie schémy, alebo indexácie nepovažuje za relevantný, dôležité je to, aby podozrenia z protisúťažného správania boli úradom dostatočne odôvodnené, čo tento podľa Rady úradu aj vo vzťahu k tomuto nepriamemu dôkazu dodržal.
160. K námietke účastníkov konania, že absenciu obhliadok miesta pri zdôvodňovaní rozdielov v naceňovaní položiek odlišnými potrebami konkrétnych miest Rada úradu uvádza, že prvostupňový orgán nekonštatoval, že nevykonaním obhliadok došlo k protisúťažnému správaniu, ale tento aspekt vyhodnotil v kontexte ostatnej argumentácie účastníkov konania.
161. Rada úradu zároveň rovnako ako prvostupňový orgán zásadne odmieta tvrdenie účastníka konania o účelovosti argumentácie úradu, kedy úrad ako podozrivé

³³ Pozn. napr. obci Hriadky boli cenové zhody aspoň dvoch podnikateľov v 40 položkách, v obci Rudno nad Hronom v 53 položkách a v Snine v 29 položkách

vyhodnotil prípady tak rozdielnych cien, ako aj zhodných cien. Z prvostupňového rozhodnutia jednoznačne, jasne a zreteľne vyplýva podrobná analýza cenových ponúk prvostupňovým orgánom, kedy tento komplexne analyzoval všetky ich aspekty a jednotlivé ním identifikované abnormality v ponukách odôvodnil a zasadil do kontextu svojich tvrdení a záverov. Rada úradu v postupe prvostupňového orgánu neidentifikovala účelovosť, z cenových ponúk jasne vyplýva, že ceny položiek výkazu výmer boli v určitom verejnom obstarávaní veľmi často uchádzačmi stanovené na rovnakej úrovni, pričom táto zhodná cena v identických položkách sa medzi jednotlivými obstarávaniami líšila, a to často veľmi výrazne.

162. Rada úradu zároveň uvádza, že ekonomickú analýzu cenových ponúk predložených v predmetných verejných obstarávaníach podnikateľmi M CUP, MPL a RECORD a závery z nej vyvedené, ktoré prvostupňový orgán vyhodnotil ako nepriame dôkazy protisúťažného správania účastníkov konania, považuje za rozhodujúci dôkaz kolúzie účastníkov konania v predmetných verejných obstarávaníach. Rada úradu má za to, že zistenia prvostupňového orgánu vo vzťahu k stanoveniu a pohybu jednotlivých položiek predmetných cenových ponúk sú tak závažné, že by už samy o sebe predstavovali dostatočný dôkaz protisúťažného správania účastníkov konania.
163. Podľa Rady úradu vysvetlenia predložené účastníkmi konania žiadnym hodnoverným spôsobom nedokázali spochybníť jednak zistenia úradu, jednak vyhodnotenie zistení ako následku kolúzie účastníkov. Rada úradu v tejto súvislosti tiež zdôrazňuje, že v prvom rade hodnotila stupeň a kvalitu preukázania tvrdení úradu prvostupňovým orgánom. Po tom, čo dospela k záveru, že závery prvostupňového orgánu majú pevnú oporu v spisovom materiáli, pristúpila k analýze vysvetlení účastníkov konania.
164. Napriek tvrdeniu účastníkov konania, že vo svojich ponukách zohľadňovali špecifiká – požiadavky obstarávateľa, osobitosti stavby, osobitosti na strane uchádzača, vzdialenosť miesta realizácie od sídla uchádzača, podmienky danej lokality a pod., čo by na prvý pohľad mohlo znieť logicky, Rada úradu nepovažuje tieto argumenty za dôveryhodne preukázané. Účastníci konania argumentovali ako podnikatelia, ktorí pri výkone svojej činnosti musia zohľadňovať viaceré faktory, a tieto boli podľa ich vyjadrení dôvodom cenových špecifikácií. Rade úradu však nie je zrejmé, ako je možné že napriek zohľadneniu toľkých faktorov je teda možné dospieť k toľkým identickým položkám, ako to bolo v predmetných ponukách. Rada úradu taktiež predpokladá, že predmetní podnikatelia uplatňovanie svojho podnikateľského know how vedia doložiť aj inou dokumentáciou, ako len samotnými všeobecnými tvrdeniami a nie je jej zrejmé, prečo svoje tvrdenia nepodložili napr. svojimi prepočtami, ktoré teda pri vypracovaní predmetných ponúk použili, resp. prečo vo vzťahu ku každej „podozrivej“ položke, ktorú úrad vyhodnotil ako indíciu protisúťažného správania, nevyargumentovali konkrétne – teda zohľadnením akej vzdialenosti bola tá ktorá položka odlišná od inej, s menšou vzdialenosťou, alebo s inými geografickými

podmienkami a pod. Rovnako by mali vedieť preukázať napr. svoj argument o vplyve ich skladových zásob na tvorbu cenových položiek.

165. Vo vzťahu k námietke účastníkov konania, že nie je možné vytrhávať z kontextu jednotlivé položky na ponukách Rada úradu uvádza, že sa stotožňuje s účastníkmi konania. Naozaj nie je možné osobitne hodnotiť každú jednu položku bez kontextu celkovej ponuky, preto Rade úradu nie je zrejmé, prečo práve niektoré položky v ponukách sú úplne mimo kontextu celej ponuky. Opätovne Rada úradu uvádza, že vo vzťahu k týmto položkám, ak existovali konkrétne dôvody na odlišnosti poskytujúce iné vysvetlenie ako kolúziu, je povinnosťou účastníkov tieto konkrétne preukázať. Vzhľadom na potrebu zohľadnenia všetkých faktorov Rada úradu argument o chybe v písaní spoločnosti MPL nepovažuje za relevantný vo vzťahu k preukázaniu/vyvráteniu kolúzie predmetných ponúk. Aj v prípade, že by tento argument Rada úradu zohľadnila, nevysvetľuje a nemá vplyv na ostatné úradom posudzované anomálie v ponukách.
166. Rada úradu v predchádzajúcom texte vysvetlila, prečo nepovažuje vysvetlenia účastníkov konania za hodnoverné a spôsobilé vyvrátiť závery úradu založené na preukázateľných faktoch. Zároveň Rada úradu konštatuje absenciu akýchkoľvek podkladov a dokumentácie predloženej účastníkmi konania, ktorá by preukazovala ich tvrdenia o iných dôvodoch vzniku anomálií v cenových ponukách, ako kolúzie. Ak účastníci konania tvrdia, že rozdiely boli spôsobené napr. nasledovaním vzoru M CUP, pričom úrad nedisponuje vzorom z obdobia vypracovania ponúk a nie je relevantné porovnávať so vzorom z iného obdobia, Rade úradu nie je zrejmé, prečo tento nepredložili. Rovnako jej nie je zrejmé, prečo nepredložili napr. svoje podklady k tvorbe predmetných ponúk, ak teda tieto sú výsledkom uplatnenia ich individuálneho know how zakladajúceho ich konkurencieschopnosť. Taktiež v prípade tvrdení o vzdialenostiach, ktoré vplývali na stanovenie ceny, alebo odlišnosti v charaktere podložia, a ich vplyve na stanovenie cien, ktoré bolo možné stanoviť aj na základe vedomostí bez obhliadky, o vplyve stavu zásob materiálov, technickej rentability a pod. Ak mali uchádzači takéto podnikateľské vedomosti, tieto predsa zrejme nadobudli v rámci iných svojich činností, alebo štúdiom nejakej dokumentácie, disponujú záznamami zo stavu skladových zásob, prepočtom km a cene za vzdialenosť, cene pracovnej sily v danom regióne a pod.- nič z toho nebolo úradu predložené ako podklad dôveryhodnosti ich tvrdení a vysvetlení. Prvostupňový orgán pomerne detailne analyzoval rozdiely cenových položiek v jednotlivých obstarávaníach. Účastníci konania nekonkretizovali rovnakým spôsobom svoje vysvetlenia k jednotlivým položkám. Teda, ak tvrdia, že nejaká položka má racionálne viac ako 100 alebo 21000%³⁴ navýšenie, tieto svoje tvrdenia by mali

³⁴ Betón C 16/20, frakcia do 22mm spracovateľnosť nad 100 mm (položka č. 49) – cena sa pohybuje od 0,5 eur (M.Cup v obci Hriadky) po 110 eur (RECORD TK v Snine), čo predstavuje rozdiel 21 900%. Cenové rozdiely medzi obstarávaniami sú u jednotlivých účastníkov konania nasledujúce: M.Cup – min. 0,50 eur (**Hriadky**), max. 106,21 eur (**Snina**), rozdiel **21 142%**; MPL STAVING – min. 55 eur (Hriadky), max. 100 eur (Snina), rozdiel 82%; RECORD TK – min. 60 eur (Hriadky), max 110 eur (Snina), rozdiel 83%

podložiť dôkazmi, dokumentáciou a vo vzťahu k jednotlivým aspektom analýzy úradu, nie pár zovšeobecňujúcimi tvrdeniami. Skutočnosť, že účastníci konania takýmito dôkazmi nedisponujú možno podľa Rady úradu vyvodiť aj zo skutočnosti, že všetci traja účastníci konania predložili úradu čestné vyhlásenia o tom, že sa nedopustili protisúťažného správania sa, pričom v zmysle Správneho poriadku majú čestné vyhlásenia charakter skutočnosti predloženej namiesto dôkazu, ak dôkaz nie je možné inak získať. Čestné vyhlásenie teda svojím charakterom nenahradzuje dôkaz, iba osvedčuje skutočnosti, ktoré nie je možné dôkazmi preukázať, pričom je na správnom orgáne, či čestné vyhlásenie namiesto dôkazu pripustí.³⁵ Rada úradu v tejto súvislosti zdôrazňuje, že nie je možné vyvodiť závery o tom, že sa účastníci konania nedopustili protisúťažného správania len na základe nimi predložených čestných vyhlásení, že zákon neporušili. Vzhľadom na uvedené Rada úradu vysvetlenia účastníkov konania, ktorými sa snažili vysvetliť svoje paralelné správanie napr. aj v bodoch 244, 245, 246 prvostupňového rozhodnutia, považuje za účelové a nepravdepodobné.

167. V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na to, že vzdialenosti medzi jednotlivými obstarávateľmi, teda miestami dodávok nie sú tak veľké, aby vysvetľovali tak enormné cenové odlišnosti, keď napr. Šalovacie tvárnice N-30/25, 30x50x23 (položka č. 45) – sú u M CUP v cene od 0,2 eur pre Hriadky a 12 eur u MPL a RECORD pre Sninu. Rozdiel je 5 900%, pričom vzdialenosť medzi Hriadkami a Sninou je **63 km**. M CUP – v cene od 0,2 eur pre Hriadky a 11,63 eur pre Sninu, rozdiel 5 715%. Obdobné vzdialenosti sa vzťahujú aj na iné aspekty ponúk uvedené prvostupňovým orgánom v bode 84 prvostupňového rozhodnutia.
168. V tejto súvislosti teda Rada úradu poukazuje aj na skutočnosť, že účastníci, hoci si boli vedomí východísk, z ktorých prvostupňový orgán vychádzal pri preukazovaní predmetného protisúťažného správania, nepredložili žiadne konkrétne podklady, ktorými by preukazovali, alebo bližšie odôvodňovali svoje vyššie uvedené tvrdenia vo vzťahu k tvorbe cenových ponúk. V správnom práve je požadované, aby správny orgán vykonal všetky dôkazy, ktoré mohli prispieť k spoľahlivo zistenému skutkovému stavu, vyvrátil všetky námietky účastníkov konania, uniesol dôkazné bremeno, a teda naplnil zásadu materiálnej pravdy. Na druhej strane je ale účastník konania povinný na podporu svojich tvrdení navrhnúť dôkazy, ktoré sú mu známe (§ 34 ods. 3 Správneho poriadku). V tejto súvislosti Rada úradu poukazuje na prípad Aalborg Portland³⁶, kde Súdny dvor uviedol, že v prípade, že Komisia ustanoví, že podnikateľ sa zúčastnil protisúťažných opatrení, je na podnikateľovi, aby predložil nielen dokumenty, ktoré neboli zatiaľ sprístupnené, ale všetky prostriedky, ktoré má k dispozícii pre

³⁵ V zmysle § 39 ods. 1 Správneho poriadku môže správny orgán pripustiť namiesto dôkazu čestné vyhlásenie účastníka konania, pokiaľ osobitný zákon neustanovuje inak. Podľa § 32 ods. 2 Správneho poriadku je čestné vyhlásenie iba jedným z podkladov pre rozhodnutie správneho orgánu. Čestné vyhlásenie nie je výsledkom dokazovania, skutočnosti dôležité pre rozhodnutie nepreukazuje, iba osvedčuje.

³⁶ rozhodnutie Súdneho dvora vo veci Aalborg Portland A/S z 7. januára 2004, spojené prípady C-204/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P,

rozdielne vysvetlenie svojho správania. Následne, akékoľvek námietky voči prenášaníu znášania bremena dôkazu (na podnikateľa) sú neopodstatnené. Uvedený koncept korešponduje aj s rozhodnutím ESD vo veci T – 201/04 Microsoft v. Komisia.³⁷

169. Rada úradu k námietkam účastníkov konania uvedených vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia opätovne poukazuje na skutočnosť, že podľa jej názoru úrad dostatočne preukázal porušenie súťaže prostredníctvom viacerých nepriamych dôkazov. Námietky účastníkov konania k jednotlivým dôkazom úrad v priebehu správneho konania preveroval a vyjadroval sa k nim. Ide teda o situáciu štandardne riešenú európskymi súdmi, keď tieto v súlade s predchádzajúcim bodom tohto rozhodnutia konštatovali, že v prípade preukázania porušenia a absencie iných dôveryhodných vysvetlení je na účastníkovi konania – podnikateľovi, aby preukázal svoje tvrdenia³⁸. Nemožno teda hovoriť o prenášaní dôkazného bremena na účastníka konania vo vzťahu k preukázaniu protisúťažného správania, keďže toto úrad uniesol. Avšak, pokiaľ účastníci konania disponujú inými vysvetleniami, je odôvodnené požadovať preukázanie ich tvrdení. V tomto kontexte podľa Rady úradu nemožno hovoriť o požiadavke preukázania neexistencie právnej skutočnosti., ale preukázanie pravdivosti tvrdení účastníkov konania.
170. Rada úradu pri tom zdôrazňuje, že neurčila presnú formu, aké podklady a dokumenty majú účastníci predložiť, toto je plne v ich dispozícii. Rada úradu príkladom uviedla niektoré skutočnosti, ktoré podľa jej názoru mohli mať účastníci konania k dispozícii, vychádzala pri tom z obsahu ich argumentácie. Pokiaľ teda sami účastníci konania poukazovali na inšpiráciu znenia niektorých dokumentov informáciami z webovej stránky M CUP, Rada úradu logicky predpokladala, že tieto majú účastníci konania k dispozícii. Avšak Rada úradu v súlade s vyššie uvedeným nedisponuje nielen konkrétnymi dokumentami, napr. podkladmi z prípravy predmetných verejných obstarávaní (o ktorých účastníci konania tvrdia, že ich nearchivujú), ale ani nijakými presnejšími konkrétnymi vysvetleniami všeobecných tvrdení účastníkov konania. Veľká časť argumentácie účastníkov konania je totiž založená na tvrdení o opodstatnenosti postupu podnikateľa uplatňovaním jeho podnikateľského know how, pričom sami účastníci konania tvrdia, že úrad nedisponuje dostatočnými informáciami, preto

³⁷ „Na úvod treba uviesť, že aj keď dôkazné bremeno preukázania existencie okolností predstavujúcich porušenie článku 82 ES spočíva na Komisii, je úlohou dotknutého dominantného podniku, a nie Komisie, aby v prípade potreby a pred skončením správneho konania uplatnil prípadné objektívne odôvodnenie a v tomto ohľade uviedol tvrdenia a označil dôkazné prostriedky. Následne prislúcha Komisii, ak chce vysloviť záver o existencii zneužitia dominantného postavenia, aby preukázala, že tvrdenia a dôkazné prostriedky uplatnené týmto podnikom nemôžu obstáť, a teda že uplatnené odôvodnenie nemožno prijať“. Rozsudok Súdu prvého stupňa (veľká komora) zo 17. septembra 2007, prípad T – 201/04 Microsoft v. Komisia, bod 688, Súd 1. stupňa

³⁸ Vid' napr. Rozsudok SDEU C-199/92 P Huls, p. 155, kde súd konštatoval, že pravidlo, v zmysle ktorého v prípade preukázania porušenia súťažných pravidiel súťažnou inštitúciou je na podnikateľovi, aby preukázal opak, čo podľa súdu neznamená prenesenie dôkazného bremena na účastníka konania. Súd uviedol, že naopak, právne podnikatelia sú v pozícii, že by mali disponovať dôkazmi podporujúcimi ich tvrdenia.

si ich postup nesprávne vysvetľuje ako indície protisúťažného správania. Podľa Rady úradu, pokiaľ účastníci konania vznášajú takéto námietky a tvrdenia, nemal by byť pre nich problém svoje tvrdenia skonkretizovať uvedením konkrétnych príkladov, prepočtov preukazujúcich vplyv napr. vzdialenosti, paralelnej účasti na viacerých tendroch a pod. na určovanie cenových položiek. Rada úradu nepožadovala predložiť napr. prípravné podklady z obdobia podávania ponúk v predmetných obstarávaníach, požadovala a požaduje iba dôkladnejšie a presvedčivejšie odôvodnenie tvrdení účastníkov konania. Títo však svoje tvrdenia bližšie neobjasnili a nepodložili ani pred Radou úradu.

171. Na základe uvedených skutočností Rada úradu pokladá za preukázané, že predmetné anomálie v cenových ponukách v predmetných VO sú výrazné a neobvyklé. Podľa Rady úradu nie je možné, aby identifikované zhody v rámci stanovenia ceny položiek, ako aj odlišnosti ceny rovnakých položiek v rámci rôznych VO u viacerých uchádzačov, vznikli autonómnym postupom jednotlivých uchádzačov pri tvorbe cenových ponúk. Na základe informácií zo spisu boli vyvrátené všetky účastníkmi konania navrhnuté vysvetlenia podobnosti ponúk. Nie je teda možné vysvetliť podobnosť cenových ponúk, ako aj ich anomálií jednotlivých uchádzačov v posudzovaných verejných súťažiach inak ako tak, že ide o dôsledok zákonom zakázaného protisúťažného správania.
172. Ako ďalší nepriamy dôkaz úrad identifikoval **zhody v ponukách uchádzačov** v časti ponúk „Ostatné“ (preukázanie osobného postavenia, ekonomického, finančného a technického pre splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní), konkrétne identifikoval podozrivú **podobnosť v čestných vyhláseniach o splnení podmienok účasti predložených podnikateľmi MPL a RECORD** potvrdenia nahradili čestným vyhlásením o splnení podmienok účasti. Úrad porovnaním predmetných dokumentov dospel k záveru, že uvedené dokumenty predložené účastníkmi konania sú prakticky identické, čo sa týka obsahu, formy spracovania a formulácie textu, vrátane čiarok, či veľkých a malých písmen. Odlišné boli v predmetných dokumentoch iba identifikačné údaje. Úrad zohľadnil aj skutočnosť, že súťažné podklady obsahovali niektoré z použitých formulácií, avšak nie v takej forme a tak detailne, aby to vysvetľovalo takú zhodu v podobe čestných vyhlásení. Závery úradu o tom, že stupeň podoby čestných vyhlásení predstavuje indíciu protisúťažného správania je umocnený tým, že podklady – čestné vyhlásenia predložené štvrtým uchádzačom Ing. Jaroslav Pčola REINTER vo verejnom obstarávaní mesta Snina boli formulované úplne odlišne.
173. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania týkajúcim sa čestných vyhlásení predložených v rámci ponúk v posudzovaných tendroch Rada úradu uvádza nasledujúce. V prvom rade poukazuje na skutočnosť, že predmetné čestné vyhlásenia predstavujú jeden z nepriamych dôkazov, ktorými sa len dokresľuje protisúťažné správanie účastníkov konania, ktoré je primárne preukázané analýzou cenových ponúk. Ďalej Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že

prvostupňový orgán neriešil porovnávanie čestných vyhlásení jednotlivých účastníkov v rámci viacerých ponúk predložených jedným účastníkom vo viacerých verejných obstarávaníach, teda to, že medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami uplynulo krátke časové obdobie, nemá žiadnu relevanciu. Rada úradu akceptuje skutočnosť, že dokumenty predložené uchádzačmi v tejto časti ponuky sú svojím charakterom formulárove typy dokumentov, ako aj to, že vzory týchto dokumentov sú typicky bežne prístupné na internete a často bývajú dokonca súčasťou súťažných podkladov. Napriek tomu je však nepravdepodobné, že by nezávisle dvaja uchádzači vytvorili takmer identické dokumenty kombináciou rovnakého vzoru z internetu. V spojení s výsledkami cenovej analýzy a ostatnými nepriamymi dôkazmi Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán považuje podobu čestných vyhlásení predložených podnikateľmi MPL a RECORD za indíciu protisúťažného správania.

174. Ďalšia skutočnosť, ktorú úrad vyhodnotil ak zhodu v ponukách uchádzačov, bola podoba **dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela – mantinelový systém“**³⁹ predloženého uchádzačmi MPL a RECORD v ponukách, konkrétne v časti „Kritériá“. Tieto boli predložené v podobe úplne zhodných piatich odrážok, v ktorých sa vyskytujú aj rovnaké pravopisné chyby⁴⁰. Podnikateľ M CUP v tejto časti ponuky uviedol vo všetkých obstarávaníach podrobný technický text.
175. Rada úradu k tvrdeniu účastníkov konania o tom, že predloženie rozsiahlejšieho dokumentu víťaznou spoločnosťou M CUP odráža jeho skúsenosti, pričom MPL a RECORD tieto skúsenosti nemajú, avšak už len to, že nejaký dokument predložili znamená, že nemali záujem predložiť iba krycie ponuky, pričom vo verejnom obstarávaní obce Demjata bola požiadavka popisu realizácie mantinelového systému uvedená v piatich bodoch uvádza, že prvostupňový orgán nepovažoval za protisúťažnú skutočnosť, že preukázanie podmienok technickej spôsobilosti MPL a RECORD boli stručné a menej odborné ako M CUP. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán za rozhodujúcu považuje skutočnosť, že popis technického riešenia mantinelového systému bol u týchto dvoch uchádzačov úplne identický, vrátane pravopisných chýb, rozloženia textu v dokumente a pod., pričom podľa Rady úradu pri nezávislom vypracovaní súťažných ponúk zo strany uchádzačov nie je možné dosiahnuť takúto zhodu textu. Rada úradu sa tiež stotožňuje so závermi úradu v bode 289 prvostupňového rozhodnutia, v ktorom úrad vyvrátil vysvetlenie účastníkov, že podoba piatich odrážok u oboch uchádzačov vyplýva z nasledovania textu zadania v obci Demjata. Okrem toho, že obstarávateľ požadoval podrobný technický opis diela, MPL a RECORD nedodrжали ani tých 5 bodov, na ktoré sa odvolávajú, text ich ponúk teda nesleduje požiadavku, nie je teda možné ani argumentovať, že zhoda dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela

³⁹ Por. č. záznamu v spise 18.15, 18.17, 24.12, 24.14, 25.10, 25.14, 26.1, 26.3, 27.10, 27.14, 29.14, 29.16, 45.12, 45.16

⁴⁰ Napr. formulácia „Hliník – stĺpy su skrutkované....“ alebo „Siete – polypropylénový materiál, oka 4,5 x 4,5cm zavesene....“

- Mantinelový systém“ u obidvoch uchádzačov nastala v dôsledku formulácie požiadaviek verejného obstarávateľa v súťažných podkladoch.

176. Rada úradu taktiež opätovne poukazuje na skutočnosť, že predmetný nepriamy dôkaz hodnotí v kontexte iných dôkazov v tomto konaní. Podľa tvrdení účastníkov konania títo úplne náhodne a nezávisle ocenili mnohé položky v rámci verejného obstarávania úplne rovnako, zároveň tie isté položky v inom verejnom obstarávaní síce rovnako, ale v úplne inej cenovej hladine. Zároveň 2 z nich úplne náhodne zhotovili identický dokument čestných vyhlásení, a to využitím informácií v zadaniach a stiahnutím vzoru z internetu. Zároveň 2 uchádzači úplnou náhodou vzhľadom na svoju neskúsenosť pri tvorbe technického popisu diela skoncipovali text v piatich odrážkach, identický z pohľadu obsahu aj formy. Takáto kombinácia náhod môže minimálne vyvolávať podozrenie, že nedošlo k nezávislému vypracovaniu daných ponúk, resp. je podľa Rady úradu takmer vylúčená. Preukázanie skutkového stavu úradom v takýchto otázkach je nepochybne náročné, niekedy aj nereálne. Úrad, preto nezakladá svoje zistenia o skutkovom stave na takomto type dôkazov, ale tento primárne preukazuje iným typom dôkazov, ako je tomu aj v tomto konaní. Ako uviedol aj samotný úrad, tieto dôkazy iba dokresľujú celkové jeho zistenia o koordinácii účastníkov konania. Rada úradu, rovnako ako úrad, nepovažuje takýto typ dôkazov za nepoužiteľný, ak tieto dôkazy ako istý koherentný súbor podporujú zistenia na základe ostatných dôkazov. Rada úradu však opätovne uvádza, že skutkový stav by bol preukázaný aj pri absencii týchto dôkazov. Zároveň však ich existencia umocňuje zistenia úradu.
177. Úrad ďalej zohľadnil, že vo verejných obstarávaní verejných obstarávateľov Obec Radvaň nad Laborcom a Gymnázium – Gimnázium Kráľovský Chlmec **boli ponuky uchádzačov MPL a RECORD aj zhodne rukou očíslované, pričom v ďalších posudzovaných verejných obstarávaní títo uchádzači strany neočíslovali.**
178. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad považoval uvedený fakt za jasný, relevantný, nespochybniteľný dôkaz toho, že MPL a RECORD postupovali koordinovane a ich ponuky boli len krycie. S takýmto tvrdením prvostupňového orgánu sa Rada úradu nestotožňuje. Rada úradu rovnako ako prvostupňový orgán považuje skutočnosť, že v ponukách 2 účastníkov konania sa vyskytlo číslovanie rukou za fakt, ktorý prispieva k dokresleniu situácie, tento ale podľa Rady úradu nie je možné považovať za dôkaz.
179. Ako ďalšiu indíciu podporujúcu závery úradu o tom, že predmetné ponuky vo verejných obstarávaní boli tvorené kolúziou úrad zohľadňoval skutočnosť, že **v ponukách spoločnosti MPL do všetkých siedmich verejných obstarávaní je nesprávne uvádzané meno konateľa spoločnosti - Ing. Peter Fillo - ako Filo aj s pripojeným podpisom, v ktorom je tiež len jedno písmeno „l“.** Hlavným argumentom účastníkov konania bolo, že absencia jedného písmena „l“ v mene Ing. Filla je chybou z nedopatrenia v písaní a že na porovnanie

podpisov úrad nemá kompetenciu, pričom si nezaobstaral znalecký posudok – odborné grafologické skúmanie.

180. Rada úradu po preštudovaní spisového materiálu konštatuje, že v ponukách MPL je skutočne o všetkých siedmich VO nesprávne (s jedným písmenom l) uvádzané meno konateľa Ing. Filla. Rovnako Rada úradu konštatuje, že podpis na predmetných ponukách MPL tiež obsahuje len jedno písmeno „l“, pričom tento sa pri porovnaní podpisu na inej dokumentácii získanej úradom z jeho úradnej činnosti, ktorý sa prvostupňovému orgánu javí ako odlišný⁴¹. Zároveň však Rada úradu konštatuje, že rovnako ako v prípade rukou číslovaných strán v ponukách ide o faktory dokresľujúce situáciu a nie je na ne možné hľadieť ako na dôkazy. V prípade absencie písmena „l“ môže skutočne ísť o preklep a zároveň úrad nie je kompetentný na záväzné konštatovanie odlišnosti podpisov na jednotlivých vyššie uvedených dokumentoch, hoci sa mu tieto javia odlišné. Úplne zhodné pochybenia pri formuláciách dokumentov v spojení s chybné uvedeným priezviskom, doplneným podpisom, ktorý zjavne vykazuje odlišnosti od podpisov tej istej osoby na iných dokumentoch, však môže minimálne vyvolávať podozrenie, že nedošlo k nezávislému vypracovaniu daných ponúk. Rada úradu však opätovne uvádza, že skutkový stav považuje preukázaný aj pri absencii týchto dôkazov, preto nepovažovala za potrebné stanoviť grafologické skúmanie, ani ďalej vyhodnocovať pravdepodobnosť pochybenia pri vypracovávaní ponúk.
181. Ďalší z radu nepriamych dôkazov vyplývajúcich z prvostupňového rozhodnutia, ktoré podľa prvostupňového orgánu preukazujú, že uchádzači MPL a RECORD podali len krycie ponuky a vedeli, že v predmetných verejných obstarávaníach nezvíťazia, zohľadnil vo svojich záveroch, bola skutočnosť, že **uchádzači MPL a RECORD nepredložili vzorky navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska, napriek tomu, že v zmysle súťažných podkladov uchádzači mali povinnosť predmetné vzorky predložiť**.
182. Účastníci konania argumentovali v prvom rade tým, že nepredloženie vzoriek v procese verejného obstarávania za pochybenie nepovažoval ani Úrad pre verejné obstarávanie, ktorý vykonal kontrolu predmetných verejných obstarávaní a toto nepovažoval za predmet automatickej diskvalifikácie, preto sú závery úradu o tom, že nepredloženie vzoriek je znakom krycej ponuky za nesprávne. Podľa účastníkov konania je úrad viazaný výsledkami kontroly Úradu pre verejné obstarávanie. Taktiež podľa účastníkov konania nemožno pochybenie verejných obstarávateľov zohľadňovať pri preukazovaní protisúťažného správania účastníkov konania, pričom k nepredloženiu vzoriek došlo nedopatrením zo strany MPL aj RECORD. Rada úradu po preskúmaní spisového materiálu dospela k záveru, že vzťah výsledkov kontroly Úradu pre verejné obstarávanie, ako aj verejných obstarávateľov je irelevantný. Rada úradu opätovne poukazuje

⁴¹ písmeno „l“ chýba aj v podpisoch pri jeho mene na dokumentoch v ponukách, pričom zároveň podpis konateľa spoločnosti MPL STAVING, ktorý má úrad k dispozícii na Dohode o plnej moci (položka spisu č. 100.1), ako aj na ponukách predložených spoločnosťou MPL STAVING v iných verejných obstarávaníach, ktoré nie sú predmetom tohto konania (položka spisu č. 261)

na fakt, že prípadné nepredloženie vzoriek 2 uchádzačmi, i keď zrovna tými, ktorí sa nestali víťazmi v rámci procesu verejných obstarávaní, sám osebe v žiadnom prípade nemôže preukázať protisúťažné správanie. Avšak, v spojení s ďalšími skutočnosťami (cenové anomálie a podobnosti, identickosť čestných vyhlásení, identickosť technických riešení) je náhoda v podobe pozabudnutia 2 neúspešných uchádzačov indíciou, ktorá prispieva k preukázaniu protisúťažného správania.

183. Rada úradu na svojich záveroch zotrvala aj po analýze námietok účastníkov konania vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia. Rada úradu v rozhodovacej činnosti Úradu pre verejné obstarávanie, v ktorom tento vyhodnocoval postupy a činnosť verejných obstarávateľov (nie účastníkov konania) neidentifikovala skutočnosti, ktoré by pre úrad predstavovali predbežnú otázku. Rovnako na závery Rady úradu nemá vplyv skutočnosť, že MPL a RECORD boli podľa ich vyjadrenia pripravení predložiť predmetné vzorky na výzvu obstarávateľov, nakoľko boli etablovaní podnikatelia so skúsenosťami. Tento argument podľa Rady úradu práve potvrdzuje podozrenie, že ak teda títo účastníci konania disponovali vzorkami, ako aj vedomosťou, že ich nepredloženie môže ohroziť ich účasť na predmetných obstarávaníach, to že tieto nepredkladali, sa javí ako podozrivé. Avšak táto indícia nie je jedinou a zásadnou, na ktorej úrad zakladá svoje rozhodnutie.
184. Voči uvedeným záverom úradu účastníci konania namietali okrem tvrdení, že úrad nesprávne vyhodnotil jednotlivé indície aj tým, že nie je možné dospieť k záveru o uzavretí dohody len na základe nepriamych dôkazov. Účastníci konania ďalej namietali, že úrad nepreukázal priebeh dohody, rozdelenie trhu, ani úlohu verejných obstarávateľov a spoločnosti e-aukcie v celom procese, ani nezohľadnil vyžiadanie podkladov v procese verejných obstarávaní inými podnikateľmi. V súvislosti s povinnosťou správneho orgánu preukázať porušenie zákona namietali účastníci konania, že úrad neuniesol dôkazné bremeno v predmetnom správnom konaní, pričom je neprípustné, aby dôkazné bremeno preniesol na účastníkov konania a požadoval od nich, aby preukázali, že sa protisúťažného konania nedopustili. V tejto súvislosti poukázali na 5. Recitál preambuly Nariadenia č. 1/2003, týkajúci sa úpravy dôkazného bremena podľa čl. 101 a 102 Zmluvy, ako aj na kritériá preukázania účasti podnikateľa na dohode obmedzujúcej súťaž v rozsudku Aalborg Portland AS v. Commission a iných rozsudkov európskych súdov. Vo vzťahu k spôsobu preukazovania ďalej namietali, že úrad nevyužil všetky dôkazné prostriedky, nevykonal inšpekcie v priestoroch účastníkov konania.
185. K uvedeným námietkam Rada úradu uvádza nasledujúce. Dohoda obmedzujúca súťaž je podľa § 4 ods. 1 zákona nielen ústny, alebo písomný prejav podnikateľov konania, ale súhlasný prejav vôle môže byť vyvodený aj z konania podnikateľov⁴². V súvislosti s preukázaním dohody obmedzujúcej súťaž nie je

⁴² Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 22. mája 2013, sp. zn. 2Sžhpu/3/2011; Rozsudok Súdu prvého stupňa zo dňa 26. októbra 2000 vo veci T-41/96 Bayer AG v. Komisia, Zb.

potrebné podľa Rady úradu popísať jej presný priebeh, ani klasifikovať, či došlo k rozdeleniu trhu formou geografického rozdelenia, alebo zákaznikov, ani rotáciu ponúk a pod. Podľa Rady úradu je hlavným dôkazom, ktorým bola jednoznačne preukázaná koordinácia správania podnikateľov cenová analýza vykonaná na základe predloženia cenových ponúk podnikateľov M CUP, MPL a RECORD, pričom Rada úradu za súčasného preukázaného skutkového považuje všetkých účastníkov konania zodpovedných za dohody obmedzujúce súťaž rovným dielom. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že prvostupňový orgán neposudzoval predmetné konanie účastníkov konania ako dohodu v podobe ústneho, alebo písomného prejavu, ale posudzoval, či z konania uvedených podnikateľov možno vyvodíť súhlasný prejav vôle, ktorého cieľom, alebo následkom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže. Takýto postup je podľa Rady úradu plne v súlade so zákonom, ako aj príslušnou ustálenou judikatúrou, z ktorej vyplýva, že dohodou podnikateľov je aj zhodný prejav vôle strán, ktorý nemusí spĺňať ďalšie formálne požiadavky napr. vo forme písomnej dohody.⁴³ Prvostupňový orgán v predmetnom konaní zisťoval, či účastníci konania koordinovali svoje správanie pri účasti a predkladaní ponúk v predmetných VO, teda či medzi nimi došlo k dohode obmedzujúcej súťaž, a teda k protisúťažnému správaniu. Za týmto účelom bolo povinnosťou prvostupňového orgánu získať dôkazy, ktoré preukážu existenciu dohody obmedzujúcej súťaž, ako aj individuálnu účasť podnikateľov, teda, že títo prejavili svoju vôľu zúčastniť sa na dohode obmedzujúcej súťaž, alebo ju reálne aplikovať v praxi.⁴⁴

186. V súlade s vyššie uvedeným, z prvostupňového rozhodnutia teda jednoznačne vyplýva, že prvostupňový orgán preukázal existenciu dohôd obmedzujúcich súťaž a účasť podnikateľov M CUP, MPL a RECORD na nich, pričom rozhodujúcim, základným a kľúčovým bol ich zhodný prejav vôle spočívajúci v predložení cenových ponúk týmito podnikateľmi v predmetných VO vykazujúcich mimoriadnu zhodu v cenových položkách, resp. anomáliách. Takýto nepriamy dôkaz je relevantným dôkazom o koordinovanom konaní podnikateľov v súlade s európskou judikatúrou a už sám o sebe dostatočne preukazuje koordináciu správania sa účastníkov predmetného VO.⁴⁵ Rada úradu považuje postup prvostupňového orgánu za správny, majúci oporu v príslušnej judikatúre, z ktorej vyplýva, že vzhľadom na osobitý charakter súťažného práva, kde priame dôkazy existujú len zriedkavo, existenciu protisúťažného postupu možno preukázať aj na základe súboru nepriamych dôkazov, odvodených od správania podnikateľa na trhu, respektíve jeho iných prejavov, ktoré ako celok

[2000], s. II-03383, body 66 až 69; Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa C-305/94 vo veci spojené prípady T-305/94 a ďalšie Limburgse Vinyl Maatschapij N.V. a iní v. Komisia, Zb. [1999], s. II-00931, bod 715.

⁴³ Rozsudok vo veci C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky proti Slovenská sporiteľňa a.s., Zb.

⁴⁴ Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 24. marca 2011 vo veci T-377/06 Comap SA v. Európska komisia, Zb. [2011], s. II-01115, bod 56.

⁴⁵ V rozhodnutí ESD vo veci A.Ahlstrom and others v Commission -Woodpulp z 31.4.1993 ESD uviedol, že paralelné správanie nemôže byť považované za dôkaz o konzultácii medzi podnikateľmi s výnimkou, že konzultácie predstavujú jediné dôveryhodné vysvetlenie pre takéto správanie.

môžu predstavovať dôkaz o porušení súťažných pravidiel, pokiaľ neexistuje iné logické vysvetlenie pre takéto správanie⁴⁶.

187. Vo vzťahu k voľbe dôkazných prostriedkov Rada úradu v prvom rade uvádza, že v správnom práve sa neuplatňuje zásada legálneho poradia dôkazných prostriedkov alebo dôkazov a uplatňuje sa zásada voľného hodnotenia dôkazov. Na dokazovanie možno použiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť a objasniť skutočný stav veci a ktoré sú v súlade s právnymi predpismi a správny orgán hodnotí dôkazy podľa svojej úvahy, a to každý dôkaz jednotlivo a všetky dôkazy v ich vzájomnej súvislosti (§ 34 ods. 1 a 5 správneho poriadku). Rozdiel medzi priamymi a nepriamymi dôkazmi nie je v ich dôkaznej sile ale v tom, akým spôsobom sa viažu k skutku, ktorý je predmetom dokazovania – priamy dôkaz priamo potvrdzuje alebo vyvracia dokazovanú skutočnosť, nepriamy dôkaz potvrdzuje alebo vyvracia skutočnosť pomocou inej skutočnosti, ktorá sa dokazovanou súvisí nepriamo. Keďže dokázanie trestného činu nepriamymi dôkazmi pripúšťa dokonca aj trestné právo, podľa názoru Rady je dokazovanie nepriamymi dôkazmi v správnom práve nespochybniteľné.
188. Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že skutková podstata dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá je predmetom tohto správneho konania sa týka predovšetkým koluzívneho správania podnikateľov, t.j. konania, ktoré je možno predovšetkým charakterizovať ako utajené. S ohľadom na uvedené NS SR konštatoval, že *„Uvedený charakter skutkovej podstaty sťažuje, resp. priam znemožňuje využitie „klasických“ dôkazných prostriedkov, ktoré sú nosičmi priamych dôkazov, a naopak núti dozorný orgán uchýľovať sa k nepriamym dôkazom. Potom nepriame dôkazy, t. j. indicie a ich i dôkazná sila predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa. Obdobne aj z pohľadu komunitárneho práva boli vymedzené kritéria, na ktorom podklade je možné vyvodit' predpoklad existencie protisúťažného cieľa. Tými sú :*
- obsah konania vo vzájomnej zhode; vid' najmä rozsudky zo dňa 30. júna 1966, LTM (56/65, str. 337, 359); zo dňa 08. novembra 1983, IAZ International Belgium a spol. v. Komisia (sp. zn. C-96/82 až 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 a 110/82, marg. č. 25) a zo dňa 20. novembra 2008, Beef Industry

⁴⁶ Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 24. marca 2011 vo veci T-377/06 Comap SA v. Európska komisia, Zb. [2011], s. II-01115, bod 58;; Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 25. januára 2007 vo veci C-403/04 P a C-405/04 P Sumitomo Metal Industries a Nippon Steel v. Európska komisia, Zb. [2007], s. I-00729, bod 51.

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

Development Society a Barry Brothers (ďalej aj „BIDS“, sp. zn. C-209/07, Zb. rozh. str. 1-8637, marg. č. 16), a

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

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

Potom žalovaný ako aj jeho prvostupňový správny orgán konali riadne v zmysle hore citovanej judikatúry SD EÚ a ustanovení zákona č. 136/2001 Z. z., keď začali vyhodnocovať mimoriadnu a výraznú zhodu cenových ponúk jednotlivých uchádzačov v súťaži so záverom, že takáto zhoda nie je objektívne vysvetliteľná inak, ako dôsledok uzavretia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.⁴⁷

189. Identifikácia nepriamych dôkazov na základe ekonomickej analýzy cenových ponúk, ako bolo v tomto prípade, je štandardným dôkazným prostriedkom v prípade preukazovania dohôd obmedzujúcich súťaž v procese verejného obstarávania. Takýto postup má oporu aj v rozsudku NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhpu/1/2009.⁴⁸ Podľa Rady úradu nie je rozhodujúce, či je výsledkom analýzy cenových ponúk nepriamy dôkaz v podobe indexu, schémy, alebo tak, ako to bolo v tomto prípade, iné faktory vyplývajúce z tohto rozhodnutia. Z prvostupňového rozhodnutia zároveň vyplýva, že prvostupňový orgán sa zaoberal argumentmi účastníkov konania, ktoré predložili úradu ako iné vysvetlenie skutočností, ktoré úrad považoval za nepriame dôkazy, avšak nedospel k záveru o ich hodnovernosti.

⁴⁷ Rozsudok NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhpu/1/2009, str. 57

⁴⁸ „...Ako nepriamy dôkaz môže byť za určitých okolností použité faktické správanie súťažiteľov na trhu, pokiaľ indikuje koordinovanosť a pokiaľ sa nedá vysvetliť inak ako priamy dôsledok predchádzajúcej komunikácie na danú tému. ...“ (str. 64)

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

190. V súvislosti s námietkou účastníkov konania týkajúcou sa neprípustnosti požadovania preukázania nedopustení sa porušenia zákona od účastníkov konania Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že prvostupňový orgán požadoval od účastníkov konania poskytnutie iného hodnoverného vysvetlenia, ako toho ku ktorému dospel úrad ako súčasť ich práva na obhajobu a až po tom, čo považoval svoje závery za preukázané. Podľa Rady úradu bol prvostupňový orgán povinný v konaní preukázať protiprávne konanie strán dohody, avšak pokiaľ úrad prezentuje koherentný súbor dôkazov je na účastníkoch, aby predložili úradu iné vysvetlenie, ako preukázal úrad, a svoje tvrdenia náležite odôvodnili a preukázali. Takýto postup súťažných autorít je súladný s európskou⁴⁹, ako aj slovenskou judikatúrou⁵⁰. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje námietku účastníkov konania za relevantnú.
191. Vo vzťahu k námietke týkajúcej sa formy dohody obmedzujúcej súťaž, teda toho, čo malo byť jej obsahom Rada úradu uvádza, že prvostupňový orgán v prvostupňovom rozhodnutí jednoznačne identifikoval obsah predmetnej dohody obmedzujúcej súťaž, keď konštatoval, že obsahom posudzovanej dohody bolo priame alebo nepriame určenie cien tovaru, rozdelenie trhu a koordinácia postupu (kolúzia) v procese verejného obstarávania, účastníci konania v procese prípravy súťažných podkladov vypracovali svoje cenové ponuky tak, aby sa víťazom súťaže stal vopred určený podnikateľ a preto bola dohoda posudzovaná ako dohoda, ktorej cieľom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže v zmysle § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona účinného do 17.4.2016. Zároveň Rada úradu poukazuje na to, že pri kolúzii vo verejnom obstarávaní, ku ktorej došlo medzi podnikateľmi M CUP, MPL a RECORD, nie je podstatné, akú formu má takáto dohoda. Kolúzia predstavuje dojednanie podnikateľov, ktorého prejavom je predloženie ponúk, ktoré majú zabezpečiť víťazstvo jedného z uchádzačov, pričom ponuky ostatných uchádzačov sú tzv. krycie ponuky.
192. Úrad vo svojich rozhodnutiach štandardne charakterizuje koordináciu podnikateľov vo verejných obstarávaní, príp. verejných súťažiach aj ako praktiku priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru a rozdelenia trhu. Predpoklad rozdelenia zákazníkov je založený na tom, že sa uchádzači dohodnú, kto bude víťazom tendrov, teda si rozdelia zákazníkov - verejných

⁴⁹ Pozri rozhodnutie EK vo veci Cement z 30.11.1994, č. 98/815/EC, Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 7. januára 2004 vo veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P Aalborg Portland a i. v. Komisia, Zb. [2004], s. I-00123, bod 132.

⁵⁰ Rozsudok NS SR zo dňa 30. decembra 2013, sp. zn. 1Sžhu/1/2009 „Žalovaný podľa odvolacieho súdu dospel k správnejmu záveru o tom, že neexistovalo iné prijateľné vysvetlenie pre takú mieru zhody iba také, že došlo ku kolúzii medzi členmi dvoch združení a žalobcom 3/, pričom miera ich participácie na kolúzii bola rovnaká. Situácia, ktorá nastala, t. j. mimoriadna konštantnosť indexov v cenových ponukách týchto dvoch združení a žalobcu 3/ mohla byť iba výsledkom kolúzie všetkých týchto účastníkov. Úrad bol povinný v konaní preukázať protiprávne konanie strán dohody, avšak dôkazné bremeno preukázať, že sa protiprávneho konania nedopustili a vyvrátiť dôkazy zhromaždené proti nim Úradom, nesú účastníci konania. Bolo teda na účastníkoch konania, aby predložili iné alternatívne a nespochybniteľné vysvetlenia pre mimoriadnu konštantnosť indexov v cenových ponukách.“ (str.70)

obstarávateľov. Neúspešní uchádzači, ktorí podajú krycie ponuky, vlastne prenechajú zákazku, resp. verejného obstarávateľa konkurentovi, čím de facto dochádza k rozdeleniu trhu. Nie je pritom podstatné, či uchádzači sídlia v rôznych regiónoch, resp. či dochádza k rotácii víťazov. Podľa Rady úradu v rámci preukázania kolúzie nie je nevyhnutné preukázať spôsob rozdelenia obstarávateľov, ani inú motiváciu ostatných účastníkov kartelu, žiaden ich úžitok, alebo profit z účasti na karteli. Pokiaľ by úrad vedel preukázať napr. rotáciu ponúk, alebo subdodávky v jednotlivých obstarávaníach, hodnotil by také protisúťažné správanie ako súčasť širšej schémy protisúťažného správania, k čomu v tomto prípade však nedošlo práve pre nedostatok dôkazov preukazujúcich schému. Uvedené však neznamená, že to vyvíja účastníkov konania z protisúťažného správania spočívajúceho v predložení koluzívnych 7 samostatných ponúk, ktoré bolo podľa Rady úradu náležite preukázané.

193. V prípadoch posudzovania konania podnikateľov ako je posudzované aj v tomto správnom konaní je potrebné na preukázanie dohody obmedzujúcej súťaž využívať iné dôkazné prostriedky. Z vyššie uvedeného vyplýva, že úrad založil svoje závery o dohode obmedzujúcej súťaž na nepriamych dôkazoch, ktorými sú predovšetkým ekonomické dôkazy a identifikácia podobností v predkladaných ponukách. Ťažisko dôkazných prostriedkov predstavujú ekonomické dôkazy. Ekonomickým dôkazom môže byť určité správanie podnikateľov, napr. kolúzia ako v tomto prípade, a to za predpokladu, že kolúzia je jediným vysvetlením správania pre určitú situáciu, v tomto prípade mimoriadnu podobnosť položiek a anomálií v cenových ponukách. Tak, ako vyplýva z vyššie uvedeného, v tomto prípade Rada úradu na základe dokazovania prvostupňového orgánu dospela k tomu, že neexistuje iné prijateľné vysvetlenie pre takúto mieru zhody, iba také, že došlo ku kolúzii medzi podnikateľmi M CUP, MPL a RECORD, pričom miera ich participácie na kolúzii je rovnaká. Podľa Rady úradu bol skutkový stav dostatočne preukázaný a preto sa nestotožnila s námietkou účastníka konania.
194. Pokiaľ ide o možnosť preukázania skutkového stavu na základe nepriamych dôkazov, uvedené nepopierajú, za splnenia určitých predpokladov, ani samotní účastníci konania. V prípade cieľových dohôd možno predpokladať skôr absenciu priamych dôkazov a súťažná autorita preto musí zabezpečiť koherentný súbor navzájom sa dopĺňajúcich nepriamych dôkazov, ktoré sú často vo forme fragmentov a je potrebné tieto hodnotiť aj pomocou výkladu. Je teda možné konštatovať, že existencia protisúťažnej praktiky môže byť odvodená z viacerých okolností a indícií, ktoré pri absencii iného prijateľného či hodnoverného vysvetlenia predstavujú dôkaz porušenia súťažných pravidiel.⁵¹ Rada úradu má za to, že účastníci konania v tomto konaní nepredložili také dôkazy, ktoré by spochybnili alebo vyvrátili závery úradu.
195. Účastníci konania tiež opakovane poukazujú na to, že nebola preukázaná žiadna z nimi uvádzaných typických protisúťažných schém ako rotácia,

⁵¹ Vid' napr. Spojené prípady C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Aalborg a ďalší v. Commission, [2004] ECR I-123, ods. 53-57.

subdodávateľské vzťahy a pod. Tu je potrebné uviesť, že zákon neuvádza taxatívny výpočet možných spôsobov porušenia zákona v rámci koordinácie vo verejnom obstarávaní. Účastníci konania pritom poukazujú na najtypickejšie z nich, čo však nevyklučuje iné formy, resp. ich kombinácie. Navyše praktika predkladania krycích ponúk patrí práve medzi frekventované typy tohto druhu porušenia.

196. Rada úradu vo vzťahu k námietkam účastníka týkajúcim sa dôkazného štandardu a porušeniu zásady voľného hodnotenia dôkazov 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. Rada úradu v tomto smere preskúmala tvrdenie účastníkov konania, že úrad zaťažil prvostupňové konania vadou nerovného prístupu úradu k dôkazom, ktorý podľa účastníkov odmieta priame dôkazy o nevine a pripisuje mimoriadny význam nepriamym dôkazom o vine a to pri absencii využitia všetkých spôsobov, ktorými úrad priame dôkazy mohol získať (odborné posudky, znalecké dokazovanie, inšpekcie u účastníkov konania).
197. 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. 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. Rada úradu dospela k záveru, že úrad v predmetnom správnom konaní uniesol dôkazné bremeno a naplnil zásadu materiálnej pravdy. Zároveň úrad podľa Rady úradu pri zvažovaní potreby ďalšieho dokazovania zohľadnil všetky skutočnosti, ktoré vyšli najavo v priebehu správneho konania, v prvostupňovom rozhodnutí tieto vyhodnotil vo vzájomných súvislostiach a dostatočne odôvodnil svoje závery. Zároveň úrad v prvostupňovom rozhodnutí dostatočne uviedol, ku ktorým dôkazom sa nakoniec vo svojom hodnotení priklonil, a z akého dôvodu.

S ohľadom na uvedené sa Rada úradu nestotožňuje s tvrdením účastníkov konania, ktorí namietali, že sa nevyšporiadala s ich námietkami v oblasti dokazovania.

198. V prípade, že úrad obviní podnikateľa z porušenia zákona, je na úrade dôkazné bremeno, aby svoje tvrdenia preukázal. Správny orgán je povinný presne a úplne zistiť skutočný stav veci a za tým účelom si obstarat' potrebné podklady pre rozhodnutie. Pritom nie je viazaný len návrhmi účastníkov konania (§ 32 Správneho poriadku). V správnom práve je požadované, aby správny orgán naplnil zásadu materiálnej pravdy, avšak aj účastník konania je povinný na podporu svojich tvrdení navrhnuť dôkazy, ktoré sú mu známe (§ 34 ods. 3 Správneho poriadku).
199. Správny orgán hodnotí dôkazy podľa svojej úvahy, a to každý dôkaz jednotlivo, a všetky dôkazy v ich vzájomnej súvislosti. Správny orgán nie je povinný vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, resp. zúčastnenou osobou, ak majú byť predmetom dokazovania skutočnosti, ktoré sú pre zistenie skutkového stavu veci a právne posúdenie zjavne nepotrebné alebo nadbytočné. Povinnosť správneho orgánu vykonať dôkazy navrhnuté účastníkom konania, teda nie je neobmedzená.⁵² 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.
200. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí skutočnosť, že vo všetkých verejných obstarávaníach predložili ponuky účastníci konania, pričom vždy vyhrala spoločnosť M CUP, považoval za jednu z indícií protisúťažného správania, ktorú ďalej overoval. K záveru, že účastníci konania konali na základe dohody obmedzujúcej súťaž dospel až získaním ďalších informácií a dôkazov. To, že vo všetkých verejných obstarávaníach predložili ponuky účastníci konania, pričom vždy vyhrala spoločnosť M CUP je nespochybniteľný fakt, ktorý vyplýva z podkladov v predmetnom správnom konaní. Význam tohto faktu v rámci preukazovania protisúťažného správania účastníkov konania vyplýva až po vyhodnotení ďalších indícií kolúzie. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad vzal do úvahy aspekt priebehu predmetných obstarávaní v súlade s podkladovou dokumentáciou nachádzajúcou sa v spisovom materiáli keď uviedol, že v každom zo 7 verejných obstarávaní bol iný obstarávateľ. Taktiež zohľadnil, že pre obstarávateľov priebeh obstarávania organizovala spoločnosť E-aukcie, táto tiež vyzývala účastníkov konania, spoločnosti M CUP, MPL a RECORD na predkladanie ponúk. Rada úradu súhlasí so závermi prvostupňového orgánu v bode 220 prvostupňového rozhodnutia, ktorý napriek

⁵² Košičiarová, S.: Správny poriadok. Komentár s novelou účinnou od 1. januára 2004. Heuréka, 2004, s. 136, 137, „Túto povinnosť správny orgán nemá, ak majú byť predmetom dokazovania skutočnosti, ktoré sú pre zistenie skutkového stavu veci a právne posúdenie zjavne nepotrebné alebo nadbytočné.“.

rozporu v tvrdeniach obstarávateľov a spoločnosti E-aukcie vyhodnotil E-aukcie ako subjekt, ktorý v rámci organizácie obstarávaní oslovil účastníkov konania. Zároveň však poukazuje na to, že to, kto vyzýval účastníkov konania na predkladanie ponúk, vzhľadom na ustálenie skutku nemá žiaden vplyv. Rada úradu sa nestotožňuje s námietkou účastníkov konania uvedenou vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia, že k preukázaniu protisúťažného správania by došlo iba v prípade, že by si sami účastníci konania vyžiadali súťažné podklady. Skutočnosť, že spoločnosť E-aukcie oslovila vždy týchto vybraných troch podnikateľov ich vzhľadom na skutočnosti preukázané v tomto správnom konaní nevyvíňa z protisúťažného správania.

201. Vzhľadom na uvedené nie je podľa Rady úradu podstatné to, či skutočnosť, že si podklady vyžiadali aj iné subjekty a nepredložili dokumentáciu, mohli ovplyvniť účastníci konania. Úrad taktiež nezohľadňuje účastníkom konania na ťarchu, každé tvrdenie úradu je preukázané aj inými skutočnosťami, ako touto jednou, ktorú namietajú účastníci konania. Rovnako nie je možné podľa Rady úradu konštatovať, že argumenty účastníkov konania vylučujú možnosť uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž. Rada úradu zároveň poukazuje na skutočnosť, že hoci predmetné obstarávanie vyhlasovali rôzni obstarávatelia a hoci si dokumentáciu vyžiadali viacerí podnikatelia, v každom posudzovanom prípade verejné obstarávanie organizovala spoločnosť E-aukcie, ktorá zaslala výzvy na predloženie podkladov len účastníkom konania. Úrad zisťoval úlohu spoločnosti E-aukcie v predmetnom správnom konaní, avšak voči tejto spoločnosti nezískal ďalšie indicie, na základe ktorých by mohol konštatovať jej účasť na dohode obmedzujúcej súťaž.
202. Úrad tiež zohľadnil, že podklady si vyžiadali viaceré spoločnosti (pričom viaceré sa opakovali), ani v jednom prípade to neboli neskorší uchádzači, účastníci konania. V záujme zistenia skutkového stavu úrad po zohľadnení uvedených skutočností dokonca vykonal inšpekciu⁵³, avšak napriek tomu nepreukázal vo vzťahu k nožnej dohode obmedzujúcej súťaž úlohu spoločnosti E-aukcie, ani iných spoločností, dokonca ani verejných obstarávateľov.
203. Vyhodnocovanie splnenia ponúk, resp. fakt, že každé verejné obstarávanie organizoval iný obstarávateľ zároveň nemá žiadnu relevanciu na zistenie a preukázanie kolúzie účastníkov konania vo verejnom obstarávaní. Táto bola v súlade s vyššie uvedeným primárne preukázaná predložením ich ponúk v predmetných verejných obstarávaníach. Rada úradu nevidí súvislosť s kolúziou

⁵³ Pozn. vid' bod 119 prvostupňového rozhodnutia „Úrad zároveň dodáva, že v rámci analýzy prípadu, t. j. všetkých siedmich verejných obstarávaní, sa zaoberal aj možnými širšími súvislosťami. Úrad sa zamerlal predovšetkým na skutočnosti, ktoré sa opakovali v každom z predmetných verejných obstarávaní. Všetky obstarávania organizovala spoločnosť E-aukcie, pričom v každom verejnom obstarávaní sa vyskytlo viacero spoločností, ktoré si vyžiadali súťažné podklady a nikdy nepodali ponuky, takže s výnimkou obstarávaní v Snine sa o zákazku uchádzali len účastníci konania. Úrad skúmal, či tieto skutočnosti nie sú výsledkom širšej protisúťažnej schémy, ktorá by nezahŕňala len dohody účastníkov konania, ale aj ďalších subjektov. Za účelom preverenia svojho podozrenia úrad v priebehu správneho konania vykonal inšpekcie u dvoch podnikateľov, avšak nezískal ďalšie dôkazy, ktoré by odôvodňovali rozšírenie okruhu účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž.“

účastníkov konania spočívajúcou v predložení zosúladených ponúk v predmetných VO a ich vyhodnotením verejnými obstarávateľmi. Na tomto nič nemení ani pochybenie pri sčítaní hlasov v obstarávaní v meste Snina, koluzívne ponuky boli predložené aj v tomto obstarávaní, pričom nie je rozhodujúce, či by zvíťazil účastník konania M CUP, alebo iný subjekt. Dôležitý je zámer účastníkov konania predložiť koluzívne ponuky, k čomu jednoznačne preukázateľným spôsobom došlo aj v obstarávaní v meste Snina. Rovnako je v tomto smere irelevantné, či by účastníci prípadne vedeli alebo nevedeli ovplyvniť iných uchádzačov, nakoľko sa protisúťažného správania dopustili predložením zosúladených ponúk bez ohľadu na to, či by naozaj jeden z nich verejnú obstarávanie vyhral, alebo nie. Zámer bol jednoznačný, a to dosiahnuť víťazstvo, resp. väčšiu šancu naň vyradením konkurencie aspoň medzi účastníkmi konania.

204. V súvislosti s preukázaním protisúťažného správania v tomto správnom konaní tiež Rada úradu nepovažuje za nevyhnutné preukázať či, a akým spôsobom a kedy sa účastníci konania dozvedeli o tom, že budú oslovení spoločnosťou E-aukcie na účasť na týchto obstarávaníach. V tomto správnom konaní bolo podľa Rady úradu jednoznačne preukázané, že M CUP, MPL a RECORD ako oslovené subjekty a v 6 prípadoch jediní uchádzači predkladali ponuky, pričom každá zo 7 predkladaných ponúk podľa skutočností uvedených v tomto dokumente, ako aj prvostupňovom rozhodnutí vykazuje znaky preukazujúce koluzívne správanie účastníkov konania. Vzhľadom na takéto nastavenie deliktu nie je relevantné ani potrebné preukázať ďalšie motívy, súvislosti a pod. Rada úradu preto neprihliada na predpoklady vyslovené prvostupňovým orgánom v bode 221 prvostupňového rozhodnutia o tom, že účastníci konania predpokladali, že budú oslovovaní na predkladanie ponúk najneskôr po výzvach v Radvani nad Laborcom a Kráľovskom Chlmci, nakoľko toto nebolo preukázané a ani nie je relevantné.
205. Vo vzťahu k jedinému z posudzovaných obstarávaní, kde sa zúčastnil aj iný uchádzač, obstarávaní v meste Snina, kde mal zvíťaziť Ing. Jaroslav Pčola REINTER, ktorého ponuková cena bola najnižšia, Rada úradu súhlasí s prvostupňovým orgánom, že to, kto zaviniť chybné vyhodnotenie výsledkov, nemá žiadnu relevanciu. Čo ale Rada úradu považuje za nevyhnutné zdôrazniť je skutočnosť, že víťazstvo iného uchádzača v tomto prípade nepriamo potvrdzuje kolúziu účastníkov konania v predmetných VO, nakoľko ponuková cena víťaza M CUP bola až o cca 30% vyššia ako v prípade ponuky podnikateľa Ing. Jaroslav Pčola REINTER. Tento údaj je v súlade s odbornými štúdiami, podľa ktorých koordinácia vo verejnom obstarávaní môže zvýšiť cenu tovarov, prác a služieb o viac ako 30%⁵⁴. Vo svojom vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci neuviedli žiadne skutočnosti, ktoré by mali vplyv na závery Rady úradu.
206. K námietkam účastníkov konania týkajúcich sa absencie výkonu inšpekcie v spoločnosti E-aukcie, čím úrad nedostatočne zistil skutkový stav, ako aj absencie inšpekcie u účastníkov konania, ktorým nie je zrejmé, prečo úrad

⁵⁴ Zdroj: https://www.antimon.gov.sk/data/files/96_kartelove-dohody-vo-vo.pdf, str. 6, dostupný dňa 25.10.2018

nevykonával inšpekciu v ich priestoroch, čo podľa ich názoru prispelo k dôkaznej núde a neuneseniu dôkazného bremena úradom, Rada úradu uvádza nasledujúce. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad aj v záujme získania ďalších informácií, ktoré mohli mať vplyv na zistenia úradu aj v tomto správnom konaní, vykonával inšpekciu u viacerých subjektov, na ktorej však nezískal podklady a informácie relevantné v tomto správnom konaní. Rada úradu zdôrazňuje, že je na správnom orgáne, aby si zvolil svoju stratégiu v spôsobe získavania podkladov a informácií v správnom konaní, o to viac je v jeho plnej kompetencii určovať stratégiu pri výkone inšpekcie. Základným cieľom inšpekcie je preveriť dôvodné podozrenia úradu vo vzťahu k určitému protisúťažnému správaniu, pričom vzhľadom na to, že sa jedná o závažný zásah do práv podnikateľov, úrad vždy dôkladne zvažuje, v priestoroch ktorých podnikateľov je vhodné inšpekciu vykonať. Základným kritériom pri zvažovaní úradu v tomto smere je pravdepodobnosť výskytu dokumentácie, ktorú by nebolo možné získať inak, teda takej, ktorá je priamym dôkazom protisúťažného správania podnikateľov, a o ktorej možno dôvodne predpokladať, že by ju podnikatelia nevydali dobrovoľne.

207. Rada úradu zdôrazňuje, že možné dohody a praktiky sú vykonávané v najprísnejšom utajení. Predpokladá sa, že existujúca dokumentácia vzťahujúca sa na možné protiprávne dohody a praktiky je obmedzená na úplné minimum, uložená na miestach a vo forme, ktorá by uľahčila utajenie, zadržovanie alebo zničenie v prípade vopred ohlásenej kontroly, či v prípade snahy získať príslušné informácie prostredníctvom žiadosti o informácie. S cieľom zaistiť efektívnosť kontrol je kľúčové, aby boli vykonané bez predchádzajúceho upozornenia subjektov, ktoré sú podozrivé z protiprávneho konania. Vo vzťahu k predmetnej inšpekcii vykonanej úradom Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že túto úrad vykonával v čase prebiehajúceho správneho konania, v ktorom bolo účastníkom konania plne zrejmé podozrenie úradu vo vzťahu k ich účasti na protisúťažnom správaní a taktiež v čase, kedy úrad vo vzťahu k tomuto správnomu konaniu oslovil spoločnosť E-aukcie. Vzhľadom na uvedené úrad v tomto prípade zohľadnením všetkých okolností vyhodnotil, že vykonanie inšpekcie v priestoroch účastníkov konania, ani spoločnosti E-aukcie nie je relevantné a účelné.

208. Zároveň Rada úradu uvádza, že jej nie je zrejmé, z akého dôvodu účastníci konania namietajú absenciu výkonu inšpekcie v ich priestoroch. Skutočnosť, že úrad u nich nevykonával inšpekciu, nemôže mať žiadnym spôsobom vplyv na ich záujmy v konaní. Rada úradu nepredpokladá, že by účastníci konania namietali absenciu ďalších dôkazov preukazujúcich ich účasť na kolúzii v predmetných VO, a ak disponujú vyvíňujúcimi dôkazmi, je v ich záujme, aby tieto dobrovoľne úradu vo vlastnom záujme predložili, na získanie vyvíňujúcich dôkazov z pohľadu Rady úradu nie je nevyhnutné vykonať inšpekciu, keďže tieto je povinný účastník sám predložiť v rámci realizácie svojho práva na obhajobu na preukázanie svojich tvrdení a vysvetlení. Skutočnosť, že účastníci konania napriek pomerne rozsiahlym námietkam svoje tvrdenia nepodložili žiadnymi relevantnými dôkazmi (napr. pomocnou dokumentáciou v rámci vypracovania ponúk tak ako to už je

uvedené v iných častiach tohto dokumentu) nemôže byť označovaná ako nedostatočné zistenie skutkového stavu úradom.

209. Vo vzťahu k nesprístupneniu dokumentácie z inšpekcie a možného obsahu dôkazov relevantných v tomto konaní, ako aj k tomu, že úrad nedisponuje dôkazmi z inšpekcií Rada úradu nad rámec vyjadrenie prvostupňového orgánu v bode 192 prvostupňového rozhodnutia, s ktorým súhlasí, uvádza, že keďže z predmetných inšpekcií nevzišli žiadne skutočnosti relevantné pre toto konanie, a táto sa týkala prešetrovania aj v iných záležitostiach, nie je relevantné a možné sprístupňovanie akejkoľvek dokumentácie s výnimkou poverení, ktorých sprístupnenie účastníkom bolo v súlade s informáciou poskytnutou v liste č. 41/2018/OKT-2335/2018 adresovanom spoločnosti M CUP⁵⁵ úradom dané k dispozícii. Závěry z inšpekcie v tomto konaní teda nemali žiaden vplyv a úrad výsledky predmetnej inšpekcie nezohľadňuje v rámci preukázania správneho deliktu účastníkov konania.
210. Vo vzťahu k námietke nepreukázania skutkového stavu vzhľadom na absenciu znaleckého dokazovania Rada úradu uvádza, že v súlade s § 36 Správneho poriadku je úrad povinný stanoviť znalca, ak je znalecký posudok potrebný pre odborné posúdenie skutočností dôležitých pre rozhodnutie. Rada úradu však rovnako ako prvostupňový orgán má za preukázané všetky dôležité skutočnosti pre rozhodnutie a vzhľadom na uvedené nedospela k záveru o potrebe znaleckého posudku a stanovenie znalca v predmetnom správnom konaní. V tejto súvislosti Rada úradu dospela k záveru, že v tomto konaní jediná skutočnosť, ktorá by spadala do okruhu možného znaleckého dokazovania je preukázanie pravosti podpisu konateľa spoločnosti MPL, Ing. Filla. Rada úradu však aspekt pravosti podpisu Ing. Filla nezohľadnila ako dôkaz v konaní dôležitý pre rozhodnutie, tento aspekt teda nemá v konaní relevanciu a s ohľadom na to stanovenie znalca nie je potrebné. Rada úradu však uvádza, že ak sa účastníci konania naopak domnievajú, že dôkazy v podobe znaleckého, odborného, alebo iné priame dôkazy by mohli podporiť ich tvrdenia predložené úradu v tomto správnom konaní, v súlade s povinnosťou podporiť svoje tvrdenia dôkazmi takýto typ dôkazov mohli a ak o nich vedeli aj mali predložiť v konaní.
211. K stupňu preukázania skutočností v tomto správnom konaní sa Rada úradu vyjadrila vyššie a má za to, že protisúťažné správanie účastníkov konania bolo jednoznačne preukázané dostatočným spôsobom a tvrdenie o tom, že úrad nepredložil žiaden relevantný dôkaz preukazujúci jeho závery nie sú pravdivé. Zároveň Rada úradu nezistila pochybenia vo vzťahu k naplneniu zásady legitímnych očakávaní. Rada úradu v prvom rade posudzovala preukázanie skutkového stavu v tomto konaní a spôsob odôvodnenia záverov úradu. Podľa Rady úradu je každý prípad špecifický vzhľadom na okolnosti daného prípadu a dôkazy získané v konaní. Rada úradu má za to, že úrad nie je automaticky a za každých okolností viazaný svojimi predchádzajúcimi rozhodnutiami v iných

⁵⁵ Por. č. záznamu v spise 202

správnych konaniach, ale musí vždy posúdiť okolnosti každého prípadu samostatne. Rešpektovanie zásady legitímnych očakávaní teda neznamená, že úrad musí rozhodovať vždy zhodne, ale to, že svoje závery musí dostatočne odôvodniť. Obzvlášť pri vyhodnocovaní rôznych nepriamych dôkazov nie je možné stanoviť určitú „šablónu“, podľa ktorej by úrad vždy postupoval. Iné posúdenie preukázania skutkového stavu v prípade využitia nepriamych dôkazov v porovnaní s predchádzajúcimi rozhodnutiami úradu teda automaticky neznamená porušenie zásady legitímnych očakávaní, keďže súbor dôkazov je v každom konaní iný. Rada úradu po preskúmaní postupu prvostupňového orgánu nezistila pochybenia v zmysle námietok účastníkov konania, tento náležite odôvodnil odlišnosť prípadov, na ktoré poukazovali účastníci konania ako na rozhodnutia zaväzujúce úrad zastaviť konanie.

212. K námietke porušeniu zásady *in dubio pro reo*, *in dubio pro mitius* Rada úradu uvádza nasledujúce. V prvom rade poukazuje na to, že sa k vymedzeniu spôsobu spáchania skutku vyjadrila už v časti týkajúcej sa výroku rozhodnutia, kde je podľa jej názoru dostatočne odôvodnený spôsob vymedzenia skutku prvostupňovým orgánom a zákonnosť jeho postupu, ktorý má oporu aj v ustálenej európskej judikatúre⁵⁶, ktorá štandardne akceptuje preukázanie dohody obmedzujúcej súťaž súborom nepriamych dôkazov doplnených výkladom a dedukciou. Rovnako má Rada úradu za to, že v predchádzajúcich častiach tohto dokumentu vyjadrila svoje závery k postupu prvostupňového orgánu vo vzťahu k preukázaniu protisúťažného správania účastníkov konania, následkom ktorého bolo uzatvorenie dohôd obmedzujúcich súťaž. Podľa Rady úradu preto nenastala situácia, kedy by bolo relevantné uplatnenie zásady *in dubio pro reo*, *in dubio pro mitius*. Podľa Rady úradu v predmetnom správnom konaní bolo uzatvorenie protisúťažných dohôd medzi účastníkmi dostatočne preukázané súborom relevantných nepriamych dôkazov a závery úradu neboli vyvrátené argumentmi účastníkov konania.

8. Pokuta

213. Rada úradu vymedzila postup určovania pokút v časti vysporiadania sa s námietkami k pokute.
214. Vzhľadom na uvedené Rada úradu dospela k záveru, že účastníkom konania budú uložené pokuty v rovnakej výške, ako boli uložené prvostupňovým orgánom v prvostupňovom rozhodnutí.

⁵⁶ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 7. januára 2004 vo veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P Aalborg Portland a i. v. Európska komisia, Zb. [2004], s. I-00123, body 55 – 57

8.1 Námietky k pokute

215. Podľa účastníkov konania dohody obmedzujúce súťaž neboli preukázané, ak už ale úrad ukladal sankciu, mal vyčísliť samostatne sankciu za každú jednu dohodu obmedzujúcu súťaž, nakoľko skutok neposudzoval ako schému vzhľadom na to, že nepreukázal prepojenie jednotlivých dohôd.
216. Úrad pri ukladaní pokuty opomenul viacero základných zásad- zásadu uplatnenia priaznivejšieho predpisu vo vzťahu k posudzovaniu ukladanej sankcie za správny delikt, precedenčná zásada a zásada legitímnych očakávaní, zásada proporcionality a individualizácie trestania či zásada zákazu likvidačného charakteru pokút.

8.1.1 K uplatneniu nového metodického pokynu

217. Účastníci konania namietali voči postupu úradu, ktorý v predmetnom správnom konaní odkazoval na uplatnenie Metodického pokynu o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž (ďalej len „Metodický pokyn“) účinného od 01.09.2018 (ďalej „nové znenie Metodického pokynu“). Podľa účastníkov konania je Metodický pokyn hmotno - procesný predpis, keď určuje pravidlá v otázke jednotlivých aspektov, ktoré vstupujú do výpočtu pokuty, čo vždy sa z právnej stránky hodnotí ako hmotnoprávne ustanovenie. Vzhľadom na uvedené by mal úrad postupovať v súlade so zásadami správneho trestania a posudzovať správny delikt podľa ustanovení, ktoré sú pre páchatel'a priaznivejšie, pokiaľ v období od spáchania deliktu do uloženia pokuty nadobudne k zmene úpravy týkajúcej sa posudzovania, či skutok je správnym deliktom (konaním porušujúcim hospodársku súťaž) a k zmene týkajúcej sa ukladania možných zákonných sankcií za toto konanie. Vzhľadom na uvedené mal preto úrad postupovať v zmysle ustanovení Metodického pokynu účinného do 31.08.2018 (ďalej „staré znenie Metodického pokynu“), nakoľko tento je pre účastníkov konania priaznivejší.

8.1.2 Východisko pre výpočet pokuty

218. Účastník konania M CUP nenamietal voči postupu úradu, ktorý vychádzal pri výpočte relevantného obratu zo súčtu hodnôt víťazných ponúk (bez DPH), ktoré predložil podnikateľ M CUP.

8.1.3 Závažnosť porušenia

219. Určením závažnosti vo výške 15 % z relevantného obratu podľa účastníkov konania úrad porušil zásadu legitímnych očakávaní a stanovil závažnosť mimo rámec zákonnej správnej úvahy. Podľa účastníkov konania v prvom rade úrad má pri ukladaní pokút vychádzať zo znenia zákona, ktorý neobsahuje

percentuálne vymedzenie závažnosti pri jednotlivých porušeníach zákona, a taktiež úrad nemal v súlade s vyššie uvedenou argumentáciou vychádzať z nového znenia Metodického pokynu.

220. Vzhľadom na uvedené sa účastníci konania nestotožňujú s argumentáciou úradu, že uložil pokutu na dolnej hranici % vymedzenia porušenia za hard core kartely, ktoré vyplýva z nového znenia Metodického pokynu. Metodický pokyn je podzákonnou právnou normou, nejedná sa o právny predpis vyššej právnej sily ako zákon. Nemôže teda stanoviť minimálnu hranicu závažnosti nad rámec znenia zákona.⁵⁷
221. Uvedený postup bol podľa účastníkov tiež v rozpore s predchádzajúcou ustálenou rozhodovacou praxou úradu vo veciach protisúťažných dohôd v prípadoch „*bid riggingu*“ od roku 2014, kde sa percentuálna úroveň závažnosti za porušenie zákona pohybovala k konštantnej výške 5% a jednom prípade vo výške 6%. Taktiež poukázali na rozhodnutie úradu v prípade praktiky bid rigging, ktorú úrad uložil pokutu s percentom závažnosti od 1% do 2,5%⁵⁸, pričom išlo o verejné obstarávanie, kde súčet najnižších ponúk uchádzačov bol pritom 12 381 985 910 Sk (t.j. 411 006 635,80 EUR), kým v tomto správnom konaní predstavuje 336 430,13 EUR (bez DPH). Účastníci konania tiež poukázali na rozhodnutie Rady úradu (bez jeho bližšej konkretizácie), v ktorom konštatovala, že ak dohodou nie je pokrytá celá časť trhu (čo sa týka aj domnelých dohôd posudzovaných v tomto konaní), je nutné stanoviť nižšiu mieru závažnosti a to dokonca vo výške 1%. Podľa účastníkov je rozdiel, ak sa má dohoda o obmedzení súťaže týkať všetkých multifunkčných ihrísk vystavaných v roku 2014 na celom území Slovenskej republiky alebo sa údajne týkala 7 verejných obstarávaní.
222. Podľa účastníkov konania úrad pri určení závažnosti pochybil tiež nezohľadnením miery skutočného dopadu (napr. že kartelová dohoda sa nedotýkala celého územia SR) toho ktorého protisúťažného konania pri určovaní závažnosti konania. Taktiež úrad opomenul zohľadniť iné skutočnosti, v tomto prípade ziskovosť odvetvia, neporovnával mieru ziskovosti stavebného odvetvia s priemernou výškou ziskovosti v iných odvetviach národného hospodárstva SR. V tejto súvislosti účastníci uviedli, že stavebníctvo je odvetvím, ktoré bezprostredne a výrazne vníma všetky zmeny odohrávajúce sa v ekonomickom prostredí trhu či samotného štátu. Je "nevýrobným" odvetvím, pretože jeho potreba a služby závisia výlučne od rozsahu realizovaných verejných a súkromných investícií. To znamená, že stavebné práce sú zväčša zahájené až po tom, keď je konkrétne definovaný investor a sú pripravené disponibilné finančné zdroje.

⁵⁷ Nález Ústavného súdu SR III. ÚS 100/02 z 30. januára 2003, „*Pokiaľ ide o realizáciu ústavného príkazu povinnosti ukladať zákonom alebo na základe zákona, v jeho medziach a pri zachovaní základných práv a slobôd vyplývajúceho z čl. 13 ods. 1 písm. a) ústavy, nemôže byť vo všeobecne záväznom nariadení uložená nová povinnosť, ktorá neexistuje v zákone. Nerešpektovanie uvedeného príkazu ústavy by znamenalo negáciu zvrchovanosti zákona, a tým popretie samotného princípu právneho štátu.*“

⁵⁸ rozhodnutie PMÚ SR č. 2005/KH/1/1/137 zo dňa 23.12.2005 vo veci BETAMONT a spol.

223. Vzhľadom na uvedené úrad konal protizákonne a výška percenta závažnosti mala byť určená na hranici 2% či 2,5%, a to v súlade s predchádzajúcou aplikačnou praxou PMÚ SR rešpektujúc precedenčnú zásadu, zásadu legitímnych očakávaní, zásadu rovnosti účastníkov konania.

8.1.4 Dĺžka porušovania

224. Účastníci konania namietali, že úrad mal jednotlivo posúdiť všetkých 7 kartelových dohôd samostatne a vyčíslieť pokutu, vrátane vymedzenia dĺžky porušovania za každú z nich samostatne a teda nesprávne postupoval, keď uviedol, že konanie účastníkov konania úrad vyhodnotil ako sedem samostatných dohôd obmedzujúcich súťaž, ktoré boli uzatvorené v období september – október 2014, pričom začiatok a koniec porušovania vymedzil všetkým účastníkom konania rovnako – od zverejnenia výzvy na predkladanie ponúk v prvom verejnom obstarávaní po uplynutie termínu na predkladanie ponúk v poslednom verejnom obstarávaní. Podľa účastníkov konania si úrad protirečí, keď z hľadiska trvania prepája všetkých 7 dohôd, ktoré však v zmysle prvostupňového rozhodnutia posudzuje samostatne.

225. Úrad tiež nesprávne postupoval v prvostupňovom rozhodnutí odkazom na nové znenie Metodického pokynu, v zmysle ktorého sa v odôvodnených prípadoch, ku ktorým patrí aj porušenie vo forme bid rigging praktiky s vymedzením relevantného obratu z hodnoty verejného obstarávania, teda posudzovaný prípad v tomto správnom konaní, koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušenia zákona nebude aplikovať. Podľa účastníkov konania mal vzhľadom na vyššie uvedenú argumentáciu úrad uplatniť staré znenie Metodického pokynu, v zmysle ktorého by sa pokuty znížila na polovicu, keďže obdobie kratšie ako polrok sa počítali ako polrok. Podľa účastníkov konania je úrad povinný zohľadniť dĺžku porušovania ako jedno zo zákonných kritérií, nie je preto možné postupovať iba s odkazom na podzákonnú normu úradu. Úrad mal tiež zohľadniť rozhodovaciu prax EK, ktorá pravidelne vo svojich rozhodnutiach pri stanovovaní pokút zohľadňuje mesiace alebo dokonca aj dni trvania porušovania súťažných pravidiel.⁵⁹

8.1.5 Poľahčujúce a priťažujúce okolnosti

226. Účastníci konania opätovne uviedli, že úrad nedisponuje dôkazmi preukazujúcimi dohodu obmedzujúcu súťaž, rovnako nedisponuje dôkazmi o tom, že M CUP bol iniciátorom dohody, za čo mu úrad uložil priťažujúcu okolnosť a navýšil pokutu o 15%. Podľa účastníkov konania úrad nijako bližšie nespresnil, na základe akých skutočností dospel k záveru, že víťazstvo spoločnosti M CUP v posudzovaných verejných obstarávaní je dôsledkom jej postavenia ako iniciátora protisúťažnej dohody.

⁵⁹ http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_sk.pdf

227. Zároveň ale účastníci konania MPL a RECORD uviedli, že ak už úrad dospel k záveru, že iniciátorom koordinácie medzi účastníkmi konania pri predkladaní ponúk do jednotlivých verejných obstarávaní bola spoločnosť M CUP a tejto bola z uvedeného dôvodu uložená priťažujúca okolnosť vo výške 15%, mal úrad znížiť základnú sumu pokuty vo vzťahu k zvyšným dvom spoločnostiam (MPL a RECORD) o rovnaké percento, t.j. 15%, keďže zastávali pasívne postavenie podnikateľa a teda iba nasledovať konanie vodcu kartelovej dohody. Účastníci konania požadujúci uplatnenie poľahčujúcej okolnosti požadovali uplatnenie postupu podľa starého znenia Metodického pokynu, v zmysle ktorého pasívne postavenie podnikateľa bolo výslovne uvedené ako poľahčujúca okolnosť a zároveň namietali vyjadrenie úradu o tom, že v novom znení Metodického pokynu sú poľahčujúce okolnosti uvedené taxatívne a nie je medzi nimi výslovne vymedzené pasívne postavenie podnikateľa.
228. Podľa predmetných účastníkov konania úrad ignoruje absenciu motívu účastníkov konania MPL a RECORD na účasti na dohode, títo nemali z dohody žiaden prospech, úrad by mal preto zohľadniť ich účasť ako podstatne limitovanú a uplatniť poľahčujúcu okolnosť.

8.1.6 Zákaz likvidačného charakteru pokuty a uplatnenie zásady proporcionality

229. Podľa účastníkov konania majú úradom uložené pokuty vo vzťahu k spoločnostiam M CUP, MPL a RECORD likvidačný charakter, čo je podľa ich názoru preukázané priloženými prehľadmi finančnej analýzy oboch spoločností. Úrad podľa ich názoru pri ukladaní pokuty postupoval v rozpore so starým, aj novým znením Metodického pokynu, podľa ktorého by pokuta mala napĺňať represívnu funkciu, ako aj funkciu individuálnej a generálnej prevencie, avšak nemá mať likvidačný účinok a *de facto* viesť k odchodu podnikateľa z trhu. Podľa účastníkov konania úrad pri uložení pokuty nepostupoval v súlade so zásadou proporcionality a uložení pokutu nestanovil v súlade s posudzovanými kritériami. Jednotlivé kritériá, ktoré treba pri ukladaní pokút vziať do úvahy, je nutné posudzovať individuálne podľa okolností toho ktorého prípadu, pričom ich výpočet nie je záväzný, či taxatívne stanovený.
230. Podľa účastníkov konania sú uložené sankcie neprimerane vysoké, v rozpore so zásadou proporcionality, individualizácie trestania a zákazom likvidačného charakteru pokút. Podľa námietok účastníkov konania vzhľadom na ekonomický vývoj všetkých účastníkov konania je evidentné, že spoločnosti sa dostali v roku 2017 do značnej straty oproti predchádzajúcim posudzovaným rokom, túto situáciu boli nútení vykryť prostredníctvom bankových úverov či pozastavenia akýchkoľvek investícií, či pomernej časti investícií, prostredníctvom ktorých zabezpečujú svoju konkurencieschopnosť na trhu. Ďalšie navyšovanie strát a zadlženia spoločností na podklade uloženej sankcie úradu by viedlo z hľadiska strednodobého či dlhodobého dopadu k opatreniam spočívajúcim v ponížení počtu zamestnancov až k následnému odchodu spoločností z trhu.

231. Vo vzťahu pokute uloženej podnikateľovi M CUP tento účastník uviedol, že ponechanie výšky pokuty v sume 16 760 EUR môže viesť až k odchodu spoločnosti M CUP z trhu. V tejto súvislosti poukázal na to, že napriek tomu, že úrad uložil pokutu vo výške 16 760 EUR a jej výška nespĺňa podľa úradu svoj účel, vzhľadom na značnú hospodársku stratu spoločnosti dosiahnutú v roku 2017, v spojení s úvermi, ktoré spoločnosť M CUP spláca, má uložená pokuta značne likvidačný dopad na spoločnosť, čo môže viesť k následnému zníženiu počtu zamestnancov, ktorých spoločnosť súčasne spolupracuje aj s ďalšími pracovníkmi pôsobiacimi v živnostenskom pomere. Na zaplatenie uloženej pokuty by si tak spoločnosť M CUP bola nútená vziať opakovane nový úver, pričom pokiaľ je bankový úver braný za účelom splatenia uloženej sankcie, sú možnosti jeho schválenia značne obmedzené, ak nie úplne eliminované.
232. Účastník konania MPL taktiež namietal likvidačnosť pokuty vzhľadom na finančné ukazovatele spoločnosti, vo vzťahu ku ktorým predložil úradu informácie. Podľa tohto účastníka konania uloženie pokuty spoločnosti MPL vo výške 50 465 EUR môže viesť k následnému odchodu spoločnosti z trhu, z dôvodu likvidačného účinku pokuty. Pokutou uloženou spoločnosti MPL úrad odčerpá zisk za niekoľkoročné obdobie (2014-2017), čo je jednoznačný ukazovateľ likvidačného charakteru uloženej pokuty v tomto konaní na spoločnosť MPL.
233. Účastník konania RECORD uviedol, že uloženie pokuty v navrhovanej výške môže mať na spoločnosť likvidačný dopad, nakoľko hospodársky výsledok spoločnosti za rok 2017 bol markantne stratový a oproti predchádzajúcim účtovným obdobiam zaznamenala spoločnosť RECORD enormný prepad, v dôsledku čoho bude musieť spoločnosť v nasledujúcich účtovných rokoch vykryť tieto značné straty. V prípade, ak sa k uvedenému nepriaznivému finančnému hospodáreniu pridruží aj povinnosť zaplatiť pokutu, bude mať táto skutočnosť dopad na existenciálnu otázku spoločnosti.
234. Vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia účastníci konania v plnom rozsahu zotrvali na svojej predchádzajúcej argumentácii. Úrad sa tiež podľa nich vo svojom rozhodovaní odchyľil od predchádzajúcej aplikačnej praxe, čo je v rozpore so zásadou predvídateľnosti správnych rozhodnutí (§ 3 ods. 5 druhá veta Správneho poriadku) a princípom ochrany legitímnych očakávaní na úkor (v neprospech) účastníkov konania. Rada úradu tiež podľa účastníkov konania nezohľadnila kritérium likvidačného dopadu uloženej pokuty na chod a rozvoj toho ktorého podnikateľa.
235. Vo vzťahu k určaniu závažnosti mal úrad povinnosť definovať relevantný trh a preukázať dopad na trh pri určení závažnosti, ako aj trhovú podiel každého účastníka na predmetnom trhu, pričom poukázali na európsku judikatúru. Podľa účastníkov konania Všeobecný súd Európskej únie zdôraznil dôležitosť vymedzenia trhu aj v prípade ťažkých kartelov. Vo veci *Adriatica di Navigazione*

c/a Komisia⁶⁰ Všeobecný súd Európskej únie uviedol, že vymedzenie relevantného trhu by mohlo ovplyvniť rozsah kartelu, či už je špecifický alebo všeobecný, a rozsah individuálnej účasti každého z dotknutých podnikov. Súd ďalej konštatoval, že ak Komisia prijme rozhodnutie, v ktorom zistí, že podnik sa zúčastnil na komplexnom, kolektívnom a nepretržitom porušení (ktoré sú často kartely)... Komisia by mala preskúmať relevantný trh alebo trhy a uviesť ich v odôvodnení, ktoré podáva pri každom rozhodnutí, ktorým sa ukladá sankcia za porušenie článku [101 ods. 1] zmluvy, a mala by tak urobiť s dostatočnou presnosťou, aby bolo možné identifikovať prevádzkové podmienky (s. 230) na trhu, na ktorom bola hospodárska súťaž skreslená, a aby boli splnené základné požiadavky právnej istoty. V zmysle uvedeného mal úrad vymedziť relevantný trh.

236. Podľa účastníkov konania sa Rada úradu vo Výzve nedostatočne vysporiadala s tvrdeniami účastníkov konania ohľadne aplikácie precedenčnej zásady a zásady legitímnych očakávaní. V tejto súvislosti poukázali na ustálenú rozhodovaciu prax úradu v prípadoch týkajúcich sa rovnakého typu konkrétnej protisúťažnej praktiky (koordinácia vo verejných obstarávaní). Podľa účastníkov konania v takmer všetkých právoplatne skončených prípadoch verejne dostupných na stránke úradu, tento od roku 2014 určil percento závažnosti vo výške 5 %. V tejto súvislosti poukázali najmä na rozhodnutie úradu č. 2015/KH/1/1/033 vo veci DANUBIASERVICE, a.s. a ďalší, nakoľko sa podľa ich názoru jednalo o skutkovo veľmi podobný (takmer rovnaký) prípad. Podľa účastníkov je tak prvostupňové rozhodnutie nezákonné z dôvodu arbitrárnosti a svojvoľného vykladania zákona a Metodického pokynu. Podľa účastníkov bola Rada úradu povinná uplatňovať priaznivejšiu právnu úpravu, teda predchádzajúce znenie Metodického pokynu. Úrad v zmysle vyjadrenia účastníkov konania dostatočne nezdôvodnil uloženie % závažnosti vo výške 15%, toto je neprimerane vysoké a malo by byť znížené na 5 %.
237. Podľa vyjadrenia účastníkov mala Rada úradu tiež zohľadniť faktor dĺžky konania, pričom vychádzali z rovnakej argumentácie ako v predchádzajúcom priebehu konania. Podľa účastníkov je protirečivé určovať začiatok a koniec protisúťažného správania a zároveň nezohľadniť dĺžku v rámci ukladania pokút.
238. Účastníci konania MPL a RECORD namietali, že Rada úradu v rozpore s Metodickým pokynom nezohľadnila ich pasívne postavenia v rámci kartelu ako poľahčujúcu okolnosť, teda nezohľadnil ich nulovú úspešnosť a nulový zisk v rámci identifikovaného protisúťažného správania, čo viedlo k uloženiu trojnásobne vyššej pokuty, ako účastníkovi kartelu M CUP, ktorý mal ako jediný z kartelu prospech.

⁶⁰ Rozsudok Všeobecného súdu Case T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA v Commission of the European Communities*

239. Účastníci vo vzťahu k záverom Rady úradu k námietke nezohľadnenia zákazu likvidačného charakteru pokuty a uplatneniu zásady proporcionality odkázali na svoju predchádzajúcu argumentáciu a zároveň sa ohradili voči nepodloženým tvrdeniam Rady úradu o ich úmyselnom zhoršení svojej ekonomickej/finančnej situácie za účelom vyhnutia sa pokute. Podľa účastníkov Rada úradu neuviedla dôvody a dôkazy takýchto osočujúcich tvrdení.

Vyjadrenie Rady úradu:

240. Pokiaľ ide o aplikovaný Metodický pokyn o ukladaní pokút, Rada úradu preskúmava postup prvostupňového orgánu, ktorý aplikoval právnu úpravu platnú a účinnú v čase jeho rozhodovania. V tejto súvislosti Rada úradu rieši aplikáciu právnych predpisov upravujúcich ukládanie pokút a to, či prvostupňový orgán postupoval podľa platnej právnej úpravy, ktorá je pre účastníkov konania priaznivejšia.

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

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

243. V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že počas rozhodovania prvostupňového orgánu nedošlo k zmene zákonnej úpravy sankcií v podobe pokuty. Kritériá pre ukládanie sankcií v podobe pokuty, ktoré upravuje výlučne zákon, sa nijako nezmenili. Napriek tomu, že v roku 2018 bolo revidované znenie Metodického pokynu o ukladaní pokút, tento je iba interný predpis úradu, ktorý bližšie objasňuje znenie zákona a nemôže ísť nad rozsah a v rozpore so zákonom. Metodický pokyn teda nemohol v žiadnom prípade priniesť priaznivejšiu, alebo nepriaznivejšiu úpravu ukládania pokút.⁶¹ V tejto súvislosti Rada úradu považuje

⁶¹ Uvedený prístup je potvrdený aj rozhodovacou praxou NS SR, napr. 3 Sžhpu/1/2013, 8 Sžhpu1,2,3/2013 „Z uvedeného je zrejmé, že ustanovenia ZOHS ohľadom výpočtu výšky sankcie sa v rozhodnom období roku 2008 nemenili, naopak od prijatia ZOHS až do 30.06.2014 bola právna úprava § 10 ods. 3 ZOHS nezmenená (...) Preto aj podľa názoru odvolacieho súdu Metodický pokyn

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

244. Podľa Rady úradu je základom ukladania pokút povinnosť aplikovať zákonné kritériá tak, aby bola úradom uložená pokuta, ktorá plní svoju preventívnu aj represívnu funkciu.
245. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad vymedzil ako základ uloženia pokuty-relevantný obrat celkovú hodnotu víťazných ponúk vo verejných obstarávaníach bez DPH, nakoľko táto hodnota dostatočne presne vystihuje množstvo tovarov a služieb zasiahnutých protisúťažným konaním. S týmto sa stotožnil aj účastník konania M CUP, ktorý uviedol, že súhlasí s úradom, že v prípade bid riggingu je primerané brať za relevantný obrat aj hodnotu zákazky (bod 195 prvostupňového rozhodnutia). Rada úradu považuje postup prvostupňového orgánu za správny a súladný s bodom 10 v súčasnosti platného Metodického pokynu (účinný od 1.9.2018), ktorý odráža postup úradu založený na najnovších poznatkoch majúciach oporu v rozhodovacej praxi súťažných autorít a európskych súdov⁶², v ktorom úrad upravil metodiku výpočtu relevantného obratu v prípade praktiky bid – rigging, kde relevantným obratom môže byť hodnota víťaznej ponuky. V zmysle tohto ustanovenia *„ak to vyplýva z povahy porušenia, relevantným obratom nemusí byť len hodnota z predaja tovarov alebo služieb, ale akákoľvek iná hodnota, ktorá v kontexte danej praktiky a podmienok na trhu najlepšie reprezentuje relevantný obrat, t. j. je najlepšou referenčnou hodnotou na vyhodnotenie očakávaných ziskov z protisúťažného správania. Napr. v prípadoch, kedy k porušovaniu zákona dochádza formou koordinácie podnikateľov vo verejnom obstarávaní, verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži (ďalej len „verejné obstarávanie“), kde koordinácia bola úradom preukázaná len vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým konkrétnym verejným obstarávaniam, relevantným obratom každého účastníka dohody môže byť hodnota víťaznej ponuky/víťazných ponúk alebo obrat, ktorý mohol byť realizovaný na základe príslušného verejného obstarávania/verejných*

účinný v čase rozhodovania žalovaného nepriinesol priaznivejšiu úpravu pre žalobcu pri ukladaní sankcií.“

⁶² Vid' napr. Rozsudok z 21.1.2014, Stockholm City Court, v ktorom súd rozhodol, že relevantná hodnota na určenie základu pokuty – relevantný obrat je v prípade bid riggingu hodnota predmetných tendrov

obstarávaní.“ Rada úradu sa nestotožňuje s námietkami účastníkov konania, podľa ktorých úrad s ohľadom na predchádzajúcu rozhodovaciu prax úradu nemal aplikovať tento postup. Takéto poňatie by viedlo k nemožnosti revidovať svoje postupy pri získaní nových poznatkov, hoci by boli efektívnejšie a vernejšie odrážajúce ekonomickú realitu. Jediný limit, ktorý je potrebné sledovať, a ktorý bol v tomto prípade dodržaný, je postupovať v zmysle znenia zákona, ktorý však priamo neupravuje, akú hodnotu má úrad zohľadňovať pri ukladaní pokuty.

246. Podľa Rady úradu je určenie základu pokuty na základe hodnoty víťaznej ponuky v tendri v prípadoch verejných obstarávaní, ktoré nie sú súčasťou schémy protisúťažného správania spôsobom, ktorý umožňuje získať spravodlivý základ pre možný dopad, alebo účinok porušenia súťažných pravidiel. Takéto vymedzenie relevantného obratu umožňuje potrestať za protisúťažné správanie aj podnikateľov, ktorí napr. podávali krycie ponuky, teda ich relevantný obrat by bol v prípade vymedzenia tovarov a služieb, ktorých sa porušenie dotýka a oni by danú službu neposkytovali iným zákazníkom, nulový. Zároveň však títo podnikatelia podaním krycích ponúk deformovali súťaž v konkrétnom tendri, a to aj napriek tomu, že nevyhrali. V prípade, že by úrad postupoval tak, ako to navrhujú účastníci konania, podnikatelia, ktorí by podali krycie ponuky, by neboli žiadnym spôsobom potrestaní za toto protisúťažné správanie, ak by neposkytovali predmetné služby aj v iných zákazkách.⁶³
247. Takéto vymedzenie základu pokuty následne ovplyvňuje aj ďalšie nadväzujúce kroky v rámci metodiky ukladania pokuty. V prípade, že úrad spresní základ určenia pokuty, je potrebné revidovať ďalšie kroky v záujme uloženia pokuty naplňajúcej jej základné funkcie, nakoľko len takáto pokuta umožňuje vymáhať súťažné pravidlá dostatočne účinne a efektívne. V záujme uvedeného úrad pri ukladaní pokuty posudzuje kritériá relevantného obratu a závažnosti vo vzájomných súvislostiach s cieľom dosiahnuť dostatočný odstrašujúci účinok pokuty.
248. Spresnením základu určenia pokuty v prípade verejných obstarávaní, ktoré nie sú súčasťou schémy protisúťažného správania väčšinou dochádza k výraznému poklesu výšky relevantného obratu podnikateľov. Z tohto dôvodu, aby bol zachovaný dostatočne odstrašujúci účinok uloženej pokuty, úrad aplikuje vyšší koeficient závažnosti za protisúťažné konanie⁶⁴ v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou úradu. Uvedené však neznamená odklon od predchádzajúcej praxe úradu v zmysle ukladania pokút, nakoľko za účinnosti predchádzajúceho a rovnako aj súčasne platného Metodického pokynu je úrad povinný ukladať pokuty v medziach zákonných kritérií, ktoré sa nemenili a tieto

⁶³Rovnaká argumentácia vyplýva z Rozsudku z 21.1.2014, Stockholm City Court, str. 143 - 149

⁶⁴ Metodický pokyn, bod 17 „V prípadoch horizontálnych dohôd, ktorých cieľom je obmedzenie súťaže, sa bude úradom ukladať percento za závažnosť pohybovať v hornej polovici rozpätia (15 % a viac) a v prípadoch zneužívania dominantného postavenia, vertikálnych dohôd a horizontálnych dohôd, ktoré majú za následok obmedzenie súťaže, sa bude úradom ukladať percento za závažnosť pohybovať skôr v dolnej polovici rozpätia (15 % a menej)“

dostatočne účinne a efektívne aplikovať. Zmena v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou je len v spresnení vnútorných metodických postupov úradu, ktoré by ale vo výsledku mali rovnako ako pred zmenou viesť k zákonne uloženej, spravodlivej, účinnej a efektívnej pokute. Podľa Rady úradu preto nie je relevantné porovnávať a samostatne argumentovať vo vzťahu k predchádzajúcej rozhodovacej praxi úradu vzťahujúcej sa k jednotlivým samostatným krokom pri určovaní pokuty (relevantný obrat, závažnosť, dĺžka porušenia, poľahčujúce, priťažujúce okolnosti). Rada úradu sa zamerala na preskúmanie správnosti postupu a dostatočnosti jeho odôvodnenia v rámci ukladania pokuty a jeho jednotlivých krokov ako celku založenému na uplatnení nového Metodického pokynu. K správnosti aplikovania nového znenia Metodického pokynu a určenia základu pokuty sa vyjadrila v predchádzajúcom texte.

249. Vo vzťahu k určeniu závažnosti sa Rada úradu stotožňuje s postupom prvostupňového orgánu, ktorý v súlade so znením zákona pri posudzovaní závažnosti zohľadnil povahu porušenia, ako aj skutočnosť, že vzhľadom na charakter obmedzenia, ktorého cieľom je obmedziť súťaž nebolo potrebné vyhodnocovať dopad na trh, ani podiel účastníkov dohody na predmetných trhoch.⁶⁵ Prvostupňový orgán správne vzal do úvahy, že koordinácia podnikateľov vo verejnom obstarávaní obsahujúca prvky priameho alebo nepriameho určenia cien a rozdelenia trhu patrí medzi tzv. ťažké kartely, ktoré priamo obmedzujú hospodársku súťaž, a preto sa zaraďuje k protisúťažným deliktom s najvyššou mierou závažnosti. V súlade so znením Metodického pokynu účinného od 1.9.2018⁶⁶ v prípade takýchto dohôd je určované percento za závažnosť v hornej polovici rozpätia, t. j. 15%- 30 %. Rada úradu považuje za potrebné zdôrazniť, že kolúzia vo verejnom obstarávaní, teda praktika posudzovaná v tomto prípade, je forma cenovej dohody s možným efektom rozdelenia trhu, čo predstavuje jedno z najzávažnejších narušení súťaže. Toto odôvodňuje ukladanie pokút v hornej polovici rozsahu. Za závažnejšiu formu porušenia by bola považovaná kolúzia vo verejnom obstarávaní, ktorá by tvorila schému protisúťažného správania pozostávajúcu z koordinácie vo viacerých verejných obstarávaní. V tomto správnom konaní však takáto schéma preukázaná nebola. Predmetom tohto správneho konania je kolúzia v jednotlivých verejných obstarávaní, kde výsledkom protisúťažnej dohody bolo predloženie ponúk, ktoré de facto navzájom nesúťažili, nakoľko súťaž bola nahradená dohodou strán.
250. Úrad v prvostupňovom rozhodnutí zohľadnil nižšiu mieru zásahu na príslušnom relevantnom tovarovom trhu, v dôsledku čoho uložil percento za závažnosť na najnižšej možnej úrovni t. j. 15%. V tejto súvislosti Rada úradu vzala do úvahy, že k protisúťažnému konaniu došlo v súvislosti s verejnými obstarávaniami s presne špecifikovaným predmetom zákazky v súťažných podkladoch - Stavebné

⁶⁵ Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie zo dňa 8. júla 1999 vo veci C-49/92 Anic Participazioni SpA v. Komisia, Zb. [1999], ECR I- 04125, bod 99; Rozsudok Súdneho dvora Európskej únie zo dňa 13. júla 1966 vo veci 56/64 a 58/64 Consten a Grundig v. Komisia Zb., [1966], ECR 00429, bod 342.

⁶⁶ Bod 17 Metodického pokynu účinného od 1.9.2018

práce na stavbe športových zariadení, ktoré uskutočňovali verejní obstarávatelia⁶⁷, teda v oblasti dodávok stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb potrebných pri výstavbe multifunkčných ihrísk, pričom bolo preukázané porušenie vo vzťahu k siedmym verejným obstarávaniam, stotožňuje sa teda so stanovením výšky závažnosti 15 %.

251. K námietke účastníkov konania týkajúcej sa povinnosti vymedziť relevantný trh, dopad a veľkosť trhového podielu jednotlivých účastníkov konania v záujme určenia závažnosti konania Rada úradu uvádza nasledujúce.
252. V zmysle ustálenej judikatúry pokiaľ ide o horizontálne kartely v oblasti cien alebo rozdelenia trhu, tieto môžu byť kvalifikované ako veľmi závažné porušenia súťaže výlučne na základe ich samotnej povahy a bez toho, aby bola Komisia povinná preukázať konkrétny dopad porušenia na trh. V prípade C-603/13 P, *Galp Energía España SA*, Súdny dvor EÚ konkrétne uviedol, že horizontálne dohody o rozdelení trhu a koordinácia cien, už svojou povahou patria medzi najzávažnejšie typy porušení článku 81 ES, ktoré možno podľa judikatúry označiť za „veľmi závažné“ porušenia už vzhľadom na ich povahu, bez toho, aby sa také správanie muselo vzťahovať na určitú geografickú oblasť alebo muselo mať osobitný dopad.
253. V tejto súvislosti možno tiež poukázať na odôvodnenie Súdneho dvora EÚ vo veci C-534/07 P z 3. septembra 2009, *William Prym GmbH & Co. KG a Prym Consumer GmbH & Co. KG* proti Komisii, kde súd uviedol v bodoch 62-65, že hoci sú na určenie výšky pokuty uloženej za porušenie pravidiel Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže relevantné trhové podiely podniku, ktoré stanovujú vplyv, ktorý tento podnik mohol na trh vykonávať, Komisia nie je povinná merať efektívnu ekonomickú kapacitu uvedeného podniku spôsobíť značnú škodu iným hospodárskym subjektom tým, že by pristúpila k predbežnému vymedzeniu trhu, ako aj k posúdeniu jeho veľkosti, pričom by zohľadnila veľkosť jeho obratu. Pokiaľ by totiž Komisia mala túto povinnosť, bola by jej v prípade porušenia, ktoré spočíva v rozdelení trhov, uložená povinnosť, ktorú od nej nemožno na účely článku 81 Zmluvy požadovať, ak má dotknuté porušenie protisúťažný cieľ.
254. Z uvedeného je zrejmé, že v prípade ak bol preukázaný protisúťažný cieľ posudzovanej praktiky, nie je potrebné definovať precízne relevantný trh a je postačujúce postupovať tak, ako to urobil úrad, t.j. opísať dostatočne oblasť, kde k dohode došlo, resp. kde sa prejavila.
255. Zároveň podľa Rady úradu nie je relevantná argumentácia účastníkov konania z prípadu *Adriatica di Navigazione c/a Komisia*.⁶⁸ Predmetná argumentácia z prípadu sa týka vymedzenia relevantného trhu v súvislosti s určovaním rozsahu

⁶⁷ Obec Ďapalovce, Obec Demjata, Obec Hriadky, Obec Radvaň nad Laborcom, Obec Rudno nad Hronom, Mesto Snina a Gymnázium – Gimnázium Kráľovský Chlmec

⁶⁸ Rozsudok Všeobecného súdu Case T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA v Commission of the European Communities*

kartelu a individuálnej účasti podnikateľov, ak sa podnik zúčastnil na komplexnom, kolektívnom a nepretržitom porušení, aby bolo možné identifikovať prevádzkové podmienky na trhu, na ktorom bola hospodárska súťaž skreslená. Rada úradu v tejto súvislosti poukazuje na to, že v tomto správnom konaní je posudzované porušenie spočívajúce v predložení koluzívnych ponúk v jednotlivých verejných obstarávaníach. Ako oblasť dotknutá dohodou sú stavebné práce a súvisiace tovary s výstavbou multifunkčných ihrísk. Výstavba multifunkčných ihrísk bola predmetom verejnej súťaže (hodnota ktorej bola základom na vymedzenie pokuty), v ktorej každý podnikateľa samostatne za seba predložil ponuku. Vzhľadom na uvedené teda podľa Rady úradu nie je potrebné v tomto správnom konaní relevantný trh vymedzovať ani v ohľade argumentácie z prípadu Adriatica.

256. Závěry týkajúce sa potreby definície relevantného trhu tak, ako boli prijaté v tomto konaní, boli potvrdené aj v nedávnom rozsudku Krajského súdu v Bratislave, sp.zn. 2S/273/2017-844, zo dňa 21.11.2018, keď súd uviedol, že definícia relevantného trhu v prípade cieľovej dohody nie je potrebná.
257. Rada úradu sa stotožňuje aj so spôsobom zohľadnenia faktoru dĺžky porušovania zákona v prvostupňovom rozhodnutí. V súlade s vyššie uvedeným, pri vymedzení základu uloženia pokuty v súlade s metodikou uvedenou v Metodickom pokyne účinnom od 1.9.2018 sa koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušenia zákona nebude aplikovať v prípadoch verejných obstarávaní, kde relevantný obrat predstavuje hodnotu víťaznej ponuky. Takýto postup je bežný v praxi súťažných autorít.⁶⁹ Uvedené má oporu v povahe protisúťažného správania, ktoré spočíva v koordinácii vo vzťahu k tomu ktorému tendru, pričom následky nastanú bez ohľadu na trvanie protisúťažného správania, nakoľko toto spôsobilo/malo potenciál spôsobiť narušenie už predložením koordinovaných protisúťažných ponúk, z ktorých jedna vyhrala a sú v nej nastavené podmienky, ktoré sa budú plniť. Nebezpečnosť činu je v takom prípade posudzovaná a zohľadnená v určení základu pokuty, relevantného obratu, nie je dôvodné zohľadňovať časový faktor na rozdiel od iných typov porušení, prípadne protisúťažného správania v podobe kolúzie v tendroch, ktoré sú súčasťou schémy. V tejto súvislosti Rada úradu opätovne zdôrazňuje potrebu posudzovania vymedzenia sankcie ako celku, kde kritériom je uloženie zákonnej

⁶⁹ Rozhodnutie OFT v prípade *Roofing Apex Asphalt and Paving Co Limited v OFT* [2005] CAT 4 ("*WM Roofing I*"), bod 278 „*[I]n the present case, the effect of the infringement is not restricted to the short period referred to above but has a potential continuing impact on future tendering processes by the same tenderers. Moreover, in relation to tenders we bear in mind the specific nature of a tender process: once a contract has been awarded following an anti-competitive tender, the anti-competitive effect is irreversible in relation to that tender. The contract has been awarded; the contract works will in all likelihood have commenced. It is readily apparent that this is not a case where ongoing conduct may simply be rectified.*“ „V prejednávanej veci nie je účinok porušenia obmedzený na vyššie uvedené krátke obdobie, ale má potenciálny trvalý vplyv na budúce výberové konania tých istých uchádzačov. Okrem toho vo vzťahu k ponukám zohľadňujeme špecifickú povahu výberového konania: po zadaní zákazky na základe protisúťažného výberového konania je protisúťažný účinok vo vzťahu k tejto ponuke nezvratný. Zmluva bola zadaná; zmluvné práce sa s najväčšou pravdepodobnosťou začnú. Je zřejmé, že nejde o prípad, v ktorom môže ďalšie konanie protisúťažné účinky odstrániť.“

sankcie napíňajúcej funkciu represívnu, ako aj preventívnu. Vzhľadom na uvedené Rada úradu nepovažuje námietky účastníkov konania, ktorí požadovali aplikáciu koeficientu dĺžky porušovania v podobe prepočítania na mesiace, resp. zohľadnenie obdobia kratšieho ako pol roka za relevantnú.⁷⁰

258. Rada úradu sa stotožňuje so závermi prvostupňového orgánu o tom, že v danom správnom konaní vo vzťahu k účastníkom konania neidentifikovala poľahčujúce okolnosti. Podľa Rady úradu nie je relevantné namietat', že pokiaľ je jednému účastníkovi konania priznaná priťažujúca okolnosť (účastníkovi M CUP ako iniciátorovi), ostatní účastníci majú automaticky nárok na poľahčujúcu okolnosť v rovnakej výške. Takýto postup nemá oporu v logike ani v metodike určovania pokút. Rovnako nie je relevantné spájanie motívu podnikateľov účasti na dohode a poľahčujúcej okolnosti v tom zmysle, že nepreukázanie motívu zakladá nárok na zníženie pokuty na tomto základe. Rada úradu vzhľadom na dôkazy uvedené v tomto dokumente považuje účasť podnikateľov MPL a RECORD na dohode za dostatočne preukázanú aj bez preukázania motívu ich účasti, pričom toto nevedie ani k povinnosti zohľadniť MPL a RECORD ako pasívnych účastníkov dohody.
259. Rada úradu zároveň nepovažuje za relevantné zohľadňovať ako poľahčujúcu okolnosť pasívne postavenie MPL a RECORD len z dôvodu, že títo nevyhrali ani jednu verejnú súťaž, podľa Rady úradu neúspešnosť v súťaži neznamená, že bol uchádzač pasívny. V tomto správnom konaní bolo preukázanou praktikou podanie zosúladených súťažných ponúk, k čomu preukázateľne došlo zo strany všetkých účastníkov konania, nie je teda relevantné tvrdiť, že niektorý z nich bol pasívny.
260. Z prvostupňového rozhodnutia vyplýva, že úrad v konaní vyhodnotil jednu priťažujúcu okolnosť, keď dospel k záveru, že M CUP bol iniciátorom predmetných dohôd obmedzujúcich súťaž a vzhľadom na to mu zvýšil pokutu o 15 %. Rada úradu po preskúmaní prvostupňového rozhodnutia, ako aj spisového materiálu však neidentifikovala dôkazy, na základe ktorých by bolo možné preukázať úlohu účastníka konania M CUP ako iniciátora. Podľa Rady úradu nie je možné skutočnosť, že podnikateľ M CUP vyhral všetky verejné obstarávania, ktoré boli predmetom konania, a teda mala najväčší zisk z protisúťažného konania, považovať za dôkaz o tom, že M CUP bol iniciátorom predmetných dohôd obmedzujúcich súťaž.
261. Na druhej strane ale Rada úradu rovnakú skutočnosť, teda víťazstvo M CUP vo všetkých v tomto konaní posudzovaných tendroch a jej evidentný zisk z protisúťažného správania považuje za skutočnosť, ktorú je potrebné zohľadniť pri určení konečnej výšky pokuty. Rada úradu teda po zvážení všetkých okolností dospela k záveru, že v záujme povinnosti uložiť pokutu, ktorá plní preventívnu, ako aj represívnu funkciu a to nielen vo vzťahu k účastníkovi konania, ale aj

⁷⁰ Táto argumentácia by nebola súladná dokonca ani so znením predchádzajúcej verzie Metodického pokynu, podľa ktorej „Pri porušeních zákona s trvaním do 1 roka nedochádza z titulu dĺžky trvania porušenia zákona k úprave sumy pokuty určenej na základe závažnosti.“ (bod 15)

tretím stranám, ktoré má pokuta odradiť od protisúťažného správania, teda uložiť ju pri dodržaní princípu spravodlivého a proporčného rozloženia pokuty medzi všetkými účastníkmi kartelovej dohody, zvyšuje pokutu vypočítanú účastníkovi konania M CUP ako základnú sumu pokuty o 15 %. Takéto navýšenie podľa Rady úradu zohľadňuje skutočnosť, že M CUP realizáciou predmetných obstarávaných multifunkčných ihrísk mal zisk z protisúťažného správania, čo úrad nevie vyvodiť vo vzťahu k zvyšným dvom účastníkom konania, ktorí podali krycie ponuky. Uvedené má logiku v tom, že napriek tomu, že predmetné verejné obstarávanie realizoval iba jeden z účastníkov konania – víťaz M CUP, pokuta bola vypočítaná pre všetkých účastníkov dohody rovnako. Takýto postup vychádza zo skutočnosti, že základ pokuty, ako aj závažnosť bola u všetkých účastníkov rovnaká.

262. Podľa Rady úradu vzhľadom na zohľadnenie výhry M CUP vo všetkých tendroch navýšením základnej sumy pokuty o 15 % bola zohľadnená a odlišená pozícia jednotlivých účastníkov konania (M CUP na jednej strane a MPL a RECORD na druhej strane). Zároveň však skutočnosť, že v konečnom dôsledku je podnikateľovi M CUP uložená najnižšia pokuta vyplýva z povinnosti úradu aplikovať na vyčíslenú pokutu maximálnu hranicu 10% z celkového obratu za predchádzajúce účtovné obdobie. Vzhľadom na uvedené bola podľa Rady úradu pokuta ukladaná jednotlivým účastníkom konania zákonne a nie je možné znižovať ju pre MPL a RECORD len z dôvodu, že celkový obrat dosiahnutý podnikateľom M CUP bol nižší, ako ich celkové obraty. Úrad je pri ukladaní pokút povinný postupovať v zmysle zákona, ktorý neumožňuje zohľadňovať skutočnosti, ktoré v tomto smere namietajú MPL a RECORD.
263. Rada úradu sa nestotožňuje ani s námietkami účastníkov konania k tomu, že mala byť vypočítaná samostatná pokuta vo vzťahu ku každému verejnemu obstarávaniu zvlášť. Podľa Rady úradu vzhľadom na to, že všetci účastníci sa zúčastnili na všetkých 7 verejných obstarávaniach, ide o rovnakú prax, pričom vo vzťahu k žiadnemu verejnemu obstarávaniu neboli identifikované žiadne špecifické okolnosti vyžadujúce ich zohľadnenie v rámci ukladania pokuty. To, či je pokuta vyčíslená každému z účastníkov konania ako jedna, tvorená súčtom relevantných obrátov, alebo vyčíslená samostatne za každé verejné obstarávanie nemá žiadnu relevanciu. Z bodu 389 prvostupňového rozhodnutia je zrejmé, že pokuta bola vypočítaná každému účastníkovi konania súhrnne, účastníci konania teda mali možnosť preskúmať postup úradu v rámci svojho práva na obhajobu a rozhodnutie je v tejto časti preskúmateľné a zákonné. V rozhodnutí prvostupňového orgánu je presne uvedené, ako bola pokuta určovaná, ako bola určená závažnosť, t. j. aká suma za závažnosť, dĺžka konania, poľahčujúce, priťažujúce okolnosti. Spôsob výpočtu pokuty bol v rozhodnutí detailne opísaný a vychádzal zo zisteného a preukázaného skutkového stavu.
264. Rada úradu v súvislosti so vzťahom k predchádzajúcim rozhodnutiam úradu poukazuje na to, že každý prípad je špecifický s ohľadom na skutočnosti

a okolnosti daného porušenia, pričom nie je odôvodnené očakávať, aby uložená výška pokuty (alebo spôsob aplikácie Metodického pokynu) v jednom správnom konaní účastníkovi konania za rovnaký správny delikt boli nevyhnutne také isté ako inému účastníkovi v inom správnom konaní. Rovnako úrad nie je automaticky v každom prípade viazaný svojimi predchádzajúcimi rozhodnutiami, pokiaľ svoj odklon od predchádzajúcej rozhodovacej praxe dostatočne odôvodní, respektíve zohľadní iné okolnosti v porovnaní s predchádzajúcimi konaniami. Podľa Rady úradu je nevyhnutné v každom správnom konaní aplikovať politiku a právne predpisy úradu s ohľadom na okolnosti konkrétneho prípadu. Odišné % závažnosti, ako aj neaplikácia kritéria dĺžky porušovania vyplýva tak, ako bolo vyššie uvedené z aplikácie novej metodiky ukladania pokút v prípadoch bid riggingových praktík, kde nebola preukázaná schéma. Táto metodika sa premietla do všetkých jednotlivých krokov ukladania pokuty, nie je preto relevantné porovnávať samostatne napr. kritérium závažnosti v konaniach úradu v predchádzajúcej úradnej praxi poukazovaním na závažnosť vo výške 5 %. Rada úradu tak, ako už uviedla, preskúmala postup prvostupňového orgánu pri vyčíslení pokuty z pohľadu zákonnosti a naplnenia základného účelu pokuty a vyhodnotila postup v tomto správnom konaní ako zákonný.

265. Vo vzťahu k námietkam účastníkov konania, že uložené pokuty majú na predmetných podnikateľov likvidačný účinok Rada úradu uvádza, že tieto nepovažuje za relevantné. Rada úradu má za to, že pokuta bola uložená v súlade so zákonom a účastníci konania nepreukázali skutočnosti odôvodňujúce zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že na to, aby bol uznaný nárok na zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti zaplatiť pokutu musí byť preukázaná príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom spoločnosti z trhu a zníženie pokuty môže byť udelené len na základe objektívnych dôkazov preukazujúcich, že uloženie pokuty by nenapraviteľne ohrozilo ekonomickú životaschopnosť podniku a viedlo k jeho odchodu z trhu. Preto len deklarácia samotnej existencie zlej finančnej situácie podniku alebo jeho straty nie je dôvodom na zníženie pokuty.
266. Účastníci konania predložili v súvislosti s námietkou neschopnosti zaplatiť pokutu nimi vytvorené tabuľky, v ktorých sú uvedené základné finančné ukazovatele za roky 2014-2017 (investície, tržby, úvery, zamestnanci, náklady, mzdy, SP a ZP, dane a poplatky, energie, nájom, stavebné práce, ostatné prevádzkové a režijné náklady, výsledok v podobe zisku/straty). Tieto údaje okrem toho, že nie sú podložené oficiálnou relevantnou dokumentáciou, ktorá by preukazovala pravdivosť uvedených údajov, však žiadnym spôsobom nepreukazujú priamu súvislosť medzi uložením pokuty a prípadným odchodom z trhu. Takáto súvislosť, ani žiadna iná dokumentáciu preukazujúcu tvrdenia účastníkov konania zároveň nebola uvedená ani vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia.

267. Zo skutočností uvedených v rozklade⁷¹, ako aj z tabuliek predložených účastníkmi konania vyplýva, že účastníci boli v strate už v roku 2017, čo však nie je možné zohľadniť ako dôvod neuloženia pokuty.
268. V tejto súvislosti Rada úradu uvádza, že príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom spoločnosti z trhu sa nepovažuje za preukázanú, ak podnikateľ má tak vážne finančné problémy, že by z trhu odišiel aj bez uloženej pokuty. Rovnako preukázanie príčinnej súvislosti negatívne ovplyvňuje, ak finančná tieseň podnikateľa bola úmyselne podnietená/spôsobená podnikateľom, napr. aj s cieľom vyhnúť sa pokute. Tu Rada úradu poukazuje na skutočnosť, že u všetkých troch účastníkov konania došlo v porovnaní s predchádzajúcimi rokmi k negatívnym finančným výsledkom práve v čase, kedy im bolo zrejmé, že dôjde k uloženiu pokuty. Rada úradu nepovažuje takúto argumentáciu za osočujúce tvrdenie, nakoľko iba konštatovala fakt vyplývajúci z priebehu konania.
269. Znižovanie pokuty na základe neschopnosti zaplatiť pokutu je možné iba vo veľmi výnimočných situáciách, nakoľko toto narúša odstrašujúci účinok pokút a tým pádom môže viesť k zmene postoja firiem a robiť pre nich prerušovanie zákona viac atraktívne. Taktiež znižovanie pokút môže spôsobiť riziko zvýhodňovania firiem najmenej prispôsobených trhovým podmienkam, firiem neefektívnych, zle manažovaných, ale taktiež môže spôsobiť zmenu správania sa podnikateľov a pôsobiť ako stimul k tomu, aby podnikatelia využívali svoju informačnú výhodu a umelo vytvárali podmienky nedostatočnej likvidity a finančných problémov s cieľom vyhnúť sa pokute. Rada úradu poukazuje na to, že nástroj, ktorý má zaručiť, že pokuta nie je excesívna a dostatočne chráni spoločnosti pred ich ekonomickým zničením je v prvom rade strop maximálnej 10% - nej hranice pokuty.
270. Rada úradu tiež považuje za potrebné vyjadriť sa k formulácii prvostupňového orgánu uvedenej v bode 391 prvostupňového rozhodnutia, kde tento konštatoval, že pokuta uložená podnikateľovi M CUP po jej úprave vzhľadom na presiahnutie 10 % maximálnej zákonnej hranice z celkového obratu podnikateľa M CUP nespĺňa základné aspekty pokuty, represívnu, ani preventívnu. Podľa Rady úradu je takéto vyjadrenie vo vzťahu k uloženej pokute podnikateľovi M CUP prvostupňovým orgánom nesprávne. Pokuta bola uložená v súlade so zákonom, ktorý predpokladá postup, v rámci ktorého práve bude uložená pokuta naplňajúca obe funkcie, preventívnu, aj represívnu. Súčasťou zákonných kritérií je uloženie pokuty v maximálnej výške do 10 % celkového obratu podnikateľa. Takáto právna úprava sleduje uloženie pokuty v takej výške, ktorá nepovedie k likvidácii podnikateľov, čo by bolo kontraproduktívne aj zo súťažného hľadiska.

⁷¹ Vid' bod 86 str. 103 rozkladu „Vzhľadom na ekonomický vývoj všetkých posudzovaných spoločností (Zastúpených účastníkov 1-3) je evidentné, že spoločnosti sa dostali v roku 2017 do značnej straty oproti predchádzajúcim posudzovaným rokom.....“

10 % strop predstavuje hranicu, ktorú by mal podnikateľ uniesť a zároveň by mala predstavovať pokutu plniacu funkciu represívnu, aj preventívnu.

9. Zákaz účasti vo verejnom obstarávaní

271. Rada úradu súhlasí s postupom prvostupňového orgánu pri uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní a dospela k záveru, že účastníkom konania bude uložený zákaz vo verejnom obstarávaní tak, ako bol vymedzený v prvostupňovom rozhodnutí.

9.1 Námietky k inej sankcii

272. Účastníci konania popreli svoju účasť na dohode obmedzujúcej súťaž, ktorá mala za cieľ obmedzenie súťaže v oblasti dodávok stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb na území Slovenskej republiky, zároveň nesúhlasia ani s uložením inej sankcie v podobe zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

273. V tejto súvislosti namietali postup zo strany úradu, ktorým spolu s uloženou pokutou rozhodol v totožnom rozhodnutí vo veci samej súčasne aj o uložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní, toto považujú za nesprávny a nezákonný postup zo strany úradu.

Vyjadrenie Rady úradu:

274. Rada úradu sa k preukázaniu účasti účastníkov konania na predmetných dohodách obmedzujúcich súťaž vyjadrila v predchádzajúcom texte. Rada úradu tiež vo vzťahu k námietkam týkajúcim sa možnosti uloženia pokuty, ako aj zákazu účasti vo verejnom obstarávaní v jednom rozhodnutí odkazuje na svoju argumentáciu k námietkam účastníkov týkajúcim sa výroku uvedenú v tomto dokumente.

10. Záver

275. Podľa § 59 ods. 2 Správneho poriadku, ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení, alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.

276. Vzhľadom na vyššie uvedené závery a ich odôvodnenie Rada úradu dospela k názoru, že rozhodnutie úradu správne. Prvostupňový orgán podľa názoru Rady úradu dostatočne odôvodnil uzavretie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž medzi účastníkmi konania.

277. Vzhľadom na vyššie uvedené závery a ich odôvodnenie sa Rada úradu nestotožňuje s návrhom účastníka konania, aby prvostupňové rozhodnutie zrušila, a vec vrátila úradu na ďalšie konanie a nové rozhodnutie a preto rozhodla tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Poučenie:

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

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

(elektronický podpis)
JUDr. Tibor Menyhart
predseda
Rady Protimonopolného úradu SR

Rozhodnutie sa doručí:

1. URBAN FALATH GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa M.Cup s.r.o., Poštová 3, 811 06 Bratislava
2. URBAN FALATH GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa MPL STAVING spol. s r.o. Zadunajská cesta 10, 811 06 Bratislava
3. URBAN FALATH GAŠPEREC BOŠANSKÝ, s.r.o., advokátska kancelária, Havlíčkova 16, 811 04 Bratislava, splnomocnený zástupca podnikateľa RECORD TK spol. s r.o., Bojnícka 16/A, 831 04 Bratislava.
4. Protimonopolný úrad SR, odbor kartelov.