



ROZSUDOK

V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší správny súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Anity Filovej, zo sudkyne Mgr. Kristíny Babiakovej a zo sudcu JUDr. Rastislava Dlugoša, PhD. (sudca spravodajca), vo veci žalobcov (sťažovateľov): 1. M.Cup s.r.o., IČO: 31327435, so sídlom Rybárska brána 8, 811 01 Bratislava, 2. MPL STAVING spol. s r.o., IČO: 31407455, so sídlom Zadunajská cesta 10, 851 01 Bratislava, 3. RECORD TK spol. s r.o., IČO: 31391915, so sídlom Bojnická 18, Bratislava 831 04, všetci spoločne právne zastúpení: URBAN & PARTNERS s.r.o., advokátska kancelária, IČO: 47244895, so sídlom Červeňova 15, 811 03 Bratislava, proti žalovanému: Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, so sídlom Plátennícka 2, 821 09 Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 2019/DOH/POK/R/42 z 19. decembra 2019, o kasačnej sťažnosti žalobcov proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 2 S 67/2020-720 z 20. októbra 2021, takto

rozhodol:

- I.** Najvyšší správny súd Slovenskej republiky kasačnú sťažnosť zamieta.
- II.** Účastníkom konania právo na náhradu trov kasačného konania nepriznáva.

Odôvodnenie

I. Priebeh administratívneho konania

Prvostupňové rozhodnutie žalovaného

1. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky 18. septembra 2015 (ďalej len „žalovaný“) obdržal e-mailom od Transparency International Slovensko (ďalej len „TIS“) podnet týkajúci sa niektorých verejných obstarávaní v roku 2014 s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“. Podľa TIS boli tieto zákazky podozrivé, nakoľko verejných obstarávaní sa vždy zúčastnili tie isté 3 spoločnosti - t. j. M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s

r.o., a RECORD TK spol. s r.o. (ďalej len „uchádzači " alebo „žalobcovia") - a okrem jedného prípadu nikto iný. V každom z týchto verejných obstarávaní pritom zvíťazila spoločnosť M.Cup s.r.o. Žalovaný 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. Podnet s obdobným obsahom obdržal žalovaný aj 19. februára 2016 od Úradu vlády Slovenskej republiky. Obsahoval informáciu, že rovnaké skutkové okolnosti ako u vyššie uvedených šiestich verejných obstarávateľov sa vyskytli aj v prípade verejného obstarávateľa Gymnázium - Gimnázium Kráľovský Chlmec. Žalovaný si tak následne vyžiadal originály súťažných podkladov aj od tohto verejného obstarávateľa.

2. Analýzou súťažných podkladov, ktoré boli predložené verejnými obstarávateľmi s vyhodnotením podozrenia, že medzi uchádzačmi v predmetných verejných obstarávaníach došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž, žalovaný začal 16. septembra 2016 správne konanie č. 0022/OKT/2016 vo veci možnej dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 17. apríla 2016 (ďalej len „zákon č. 136/2001 Z. z.") v súvislosti s verejnými obstarávaniami verejných obstarávateľov Obec Radvaň nad Laborcom, Obec Hriadky, Obec Demjata, Obec Rudno nad Hronom, Obec Ďapalovce a Mesto Snina. Účastníkmi tohto konania sa stali všetci žalobcovia t. j. M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. Listami z 20. marca 2017 im žalovaný oznámil rozšírenie predmetu konania aj o verejné obstarávanie verejného obstarávateľa Gymnázium - Gimnázium Kráľovský Chlmec. Na základe žiadostí všetkých účastníkov konania sa uskutočnilo ústne pojednávanie v zmysle § 21 ods. 1 a nasl. zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok"), o čom bola spísaná zápisnica. Účastníci konania následne na to doručili žalovanému vyjadrenie k výzve pred vydaním rozhodnutia.

3. Žalovaný 7. novembra 2018 vydal rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/38 (ďalej len „prvostupňové rozhodnutie"), ktorým vo výroku I. rozhodol, že konanie podnikateľov M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., spočívajúce v koordinácii týchto podnikateľov v procese prípravy súťažných ponúk, v období od 23. septembra 2014 do 23. októbra 2014 s cieľom umožniť víťazstvo vopred určenému uchádzačovi vo verejných obstarávaníach s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska" vyhlásených verejnými obstarávateľmi Obec Radvaň nad Laborcom, Obec Hriadky, Obec Demjata, Obec Rudno nad Hronom, Obec Ďapalovce, Mesto Snina a Gymnázium - Gimnázium 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. v znení účinnom do 17. apríla 2016 zakázaná.

4. Výrokom II. žalovaný podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016 za konanie uvedené vo výroku I. uložil:

- a) podnikateľovi M.Cup s.r.o. pokutu vo výške 16760,00 eur,
- b) podnikateľovi MPL STAVING spol. s r.o. pokutu vo výške 50465,00 eur a
- c) podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o. pokutu vo výške 50465,00 eur, u všetkých s povinnosťou úhrady do 60 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.

5. Súčasne výrokom III. žalovaný podľa § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. uložil:

- a) podnikateľovi M.Cup s.r.o. zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia,
- b) podnikateľovi MPL STAVING spol. s r.o. zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia a
- c) podnikateľovi RECORD TK spol. s r.o. zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

6. V odôvodnení žalovaný na úvod uviedol definíciu relevantného trhu podľa § 3 zákona č. 136/2001 Z. z. a následne konštatoval, že relevantný trh je potrebné definovať len vtedy, ak je jeho definovanie potrebné pre určenie, či je dohoda schopná ovplyvniť trh medzi členskými štátmi EÚ alebo ak nemožno stanoviť cieľ obmedzenia súťaže. Tento prípad, vzhľadom na svoj charakter, žalovaný vyhodnotil tak, že predmetná dohoda nemá vplyv na obchod medzi členskými štátmi EÚ, a preto žalovaný neaplikoval čl. 101 Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy (v súčasnosti čl. 101 a 102 Zmluvy). Pokračoval, že z uvedeného vyplýva, že detailné vymedzenie relevantného trhu nie je potrebné v prípade tzv. cieľových dohôd, nakoľko cieľové dohody sú schopné už svojou podstatou narušiť hospodársku súťaž, a to bez ohľadu na dopady týchto dohôd na relevantný trh a bez ohľadu na to, aký je podiel účastníkov konania na relevantnom trhu. K cieľovým dohodám patria napr. dohody o rozdelení trhu, určení ceny alebo kontrole odbytu, pričom špeciálnym typom týchto dohôd je kolúzia vo verejnom obstarávaní, resp. verejnej obchodnej súťaži (ako súčasť tzv. bid riggingových praktík), ktorá zahŕňa tak znaky dohody o určení cien, ako aj znaky dohody o rozdelení trhu.

7. Žalovaný konštatoval, že vychádzajúc zo skutočnosti, že účastníci konania koordinovali svoje správanie v rámci účasti a predkladania ponúk v predmetných verejných obstarávaniach, konanie účastníkov konania žalovaný kvalifikoval ako kolúziu vo verejnom obstarávaní, ktorej súčasťou bolo aj priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok a rozdelenie trhu. Vzhľadom na uvedenú kvalifikáciu zakázanej dohody, ktorá svojou povahou patrí medzi tzv. cieľové dohody, žalovaný v súlade s európskou, ako aj slovenskou judikatúrou konštatoval, že v predmetnom konaní nebude trh dotknutý dohodou vymedzovať detailne a ani sa nebude zaoberať konkrétnym dopadom dohody na tento trh. Z uvedeného dôvodu žalovaný v tomto rozhodnutí nedáva detailnú definíciu trhu, ale len popisuje, akej oblasti sa dohoda týkala.

8. Predmet zákazky tak v predmetnom prípade predstavuje dopyt zo strany verejných obstarávateľov po tovaroch, službách alebo stavebných prácach, ktoré sú bližšie špecifikované v súťažných podkladoch k predmetným verejným obstarávaniam. K súbehu dopytu a ponuky došlo teda v rámci konkrétneho verejného obstarávania, a to podaním cenovej ponuky. Z tohto dôvodu žalovaný skúmal, akých tovarov, služieb alebo stavebných prác sa týkali posudzované verejné obstarávania a v akej oblasti účastníci konania pôsobili. V posudzovanom konaní išlo o verejné obstarávania s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska.“ Predmet zákazky bol špecifikovaný v súťažných podkladoch k predmetným obstarávaniam. Celá stavba sa delila na štyri technologické celky. Boli to samotné stavebné práce, mantinelový systém, športový povrch a príslušenstvo ihriska. Na základe týchto skutočností žalovaný pri vymedzení oblasti dotknutej dohodou účastníkov konania vychádzal z vyššie uvedeného predmetu obstarávania v predmetných verejných obstarávaniach verejných obstarávateľov Obec Ďapalovce, Obec Demjata, Obec Hriadky, Obec Radvan nad Laborcom, Obec Rudno nad Hronom, Mesto Snina a Gymnázium - Gymnázium Kráľovský Chlmec a určil ju ako dodávky stavebných prác a súvisiacich tovarov a služieb potrebných pri výstavbe multifunkčných ihrísk.

(i) Priebeh verejného obstarávania s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“

9. Vo vestníku verejného obstarávania boli zverejnené výzvy na predkladanie ponúk do verejného obstarávania s predmetom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“

- 23. septembra 2014 verejného obstarávateľa Obec Radvaň nad Laborcom,
- 23. septembra 2014 verejného obstarávateľa Gymnázium - Gymnázium Kráľovský Chlmec,
- 25. septembra 2014 verejného obstarávateľa Obec Hriadky,
- 25. septembra 2014 verejného obstarávateľa Obec Demjata,
- 25. septembra 2014 verejného obstarávateľa Obec Rudno nad Hronom,
- 29. septembra 2014 verejného obstarávateľa Obec Ďapalovce,
- 6. októbra 2014 verejného obstarávateľa Základná škola Pavla Országha Hviezdoslava, Snina, na realizáciu ktorých bola obstarávateľmi splnomocnená spoločnosť E-aukcie, s.r.o.

10. O súťažné podklady požiadali rôzne obchodné spoločnosti, pričom spoločnosť E-aukcie, s.r.o. pri všetkých verejných obstarávaníach, okrem verejného obstarávania Mesta Snina, zaslala výzvu na predkladanie ponúk, ako aj súťažné podklady vybratým záujemcom, t. j. podnikateľom M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. Pri verejnom obstarávaní Mesta Snina ponuku predložil aj podnikateľ Ing. Jaroslav Pčola REINTER. Kritériami na stanovenie víťaznej ponuky boli celková cena, splnenie predloženia technického riešenia a lehota výstavby v súlade so súťažnými podkladmi. Víťaznou ponukou sa pri všetkých predmetných súťažiach vyššie uvedených verejných obstarávateľov stala ponuka podnikateľa M.Cup s.r.o., s ktorou následne obstarávatelia uzatvorili zmluvy o diela. Celková ponuková cena s DPH v eurách a lehota výstavby sa pri predmetných verejných obstarávaníach líšila nasledovne (pozn. uchádzači sú zoradení podľa výsledného poradia):

- Obec Radvaň nad Laborcom: 1. M.Cup s.r.o. - 61465,58 eur, 9 dní (100% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 66483,11 eur, 15 dní (81,34% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 69040,10 eur, 17 dní (77,17% možných bodov),
- Gymnázium - Gymnázium Kráľovský Chlmec: 1. M.Cup s.r.o. - 44589,86 eur, 10 dní (100% možných bodov), 2. RECORD TK spol. s r.o. - 53565,67 eur, 17 dní (77,435% možných bodov), 3. MPL STAVING spol. s r.o. - 54409,03 eur, 15 dní (70,24% možných bodov)
- Obec Hriadky: 1. M.Cup s.r.o. - 50416,18 eur, 10 dní (100% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 54731,90 eur, 15 dní (83,22% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 55627,04 eur, 17 dní (76,08% možných bodov),
- Obec Demjata: 1. M.Cup s.r.o. - 47107,14 eur, 15 dní (100% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 50545,54 eur, 15 dní (96,35% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 53124,53 eur, 17 dní (81,11% možných bodov),
- Obec Rudno nad Hronom: 1. M.Cup s.r.o. - 71799,04 eur, 12 dní (100% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 80279,59 eur, 15 dní (81,6% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 76473,05 eur, 17 dní (77,995% možných bodov),
- Obec Ďapalovce: 1. M.Cup s.r.o. - 46525,13 eur, 10 dní (100% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 53188,10 eur, 15 dní (80,34% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 50784,41 eur, 17 dní (76,65% možných bodov),
- Mesto Snina: 1. M.Cup s.r.o. - 81813,23 eur, 10 dní (83,08% možných bodov), 2. MPL STAVING spol. s r.o. - 86562,62 eur, 15 dní (66,70% možných bodov), 3. RECORD TK spol. s r.o. - 89958,25 eur, 17 dní (57,67% možných bodov), 4. Ing. Jaroslav Pčola REINTER - 61126,79 eur, 30 dní (65,625% možných bodov).

(ii) Posúdenie súťažných podkladov a súvisiacej dokumentácie žalovaným

11. Žalovaný uviedol, že koordinácia postupu vo verejnom obstarávaní sa uskutočňuje tajne, a preto nie vždy disponuje priamymi dôkazmi, ktoré by výslovne preukazovali protisúťažné

správanie. Väčšinou iba účastníci dohody poznajú schému, akou sa koordinácia postupu realizovala. Preukázanie kolúzie vo verejnom obstarávaní je teda často založené na nepriamych dôkazoch a ďalších skutočnostiach, ktoré umožňujú preukázať protisúťažné konanie, napr. na základe spôsobu stanovenia cien, zhodnými nepravidłnosťami, resp. nedostatkami v podkladoch predložených viacerými účastníkmi tendra (napr. rovnaké pravopisné alebo tlačiarenské chyby), či nesprávnymi matematickými prepočtami.

12. Pri vyhodnocovaní podozrenia, že v súvislosti s predmetnými verejnými obstarávaniami došlo ku koordinácii postupu podnikateľov, žalovaný posudzoval cenové ponuky predložené v rámci verejných obstarávaní jednotlivými uchádzačmi, ako aj ďalšie podklady nachádzajúce sa v spisovom materiáli. Vzhľadom na vyššie skutočnosti žalovaný spracoval dôkazy a iné súvislosti, ktoré vyplynuli z analyzovania dokumentácie nachádzajúcej sa v spise a ktoré podľa žalovaného preukazujú kolúziu v predmetných verejných obstarávaníach. Ide o nasledovné: (A) spôsob stanovenia cien, (B) zhody v ponukách uchádzačov, (C) ďalšie skutočnosti.

A. Spôsob stanovenia cien

13. K spôsobu stanovenia cien žalovaný uviedol, že jedným z najčastejšie sa vyskytujúcich znakov vypovedajúcich o kolúzii vo verejnom obstarávaní je spôsob stanovenia cien. Nakoľko do procesu tvorby ponukových cien vstupuje množstvo individuálnych faktorov, ako sú praktické skúsenosti, technická a odborná spôsobilosť zamestnancov podnikateľa, strojová vybavenosť a pod., je zrejmé, že cenová ponuka podnikateľa by mala byť výsledkom jeho nezávislej tvorby. V prípade, ak účastníci verejného obstarávania priamo alebo nepriamo určia, kto ponúkne akú cenu, prípadne sa dohodnú na postupe, či určitom vzorci, ktorý použijú pri výpočte ponukových cien, dochádza k narušeniu nezávislej cenovej politiky podnikateľov. Vzhľadom na uvedené žalovaný skúmal, či spôsob stanovenia cien predložených uchádzačmi v predmetných verejných obstarávaníach je výsledkom ich nezávislej cenotvorby alebo či sú ich ponukové ceny výsledkom dohody obmedzujúcej súťaž. V tejto súvislosti žalovaný analyzoval súťažné ponuky účastníkov konania v jednotlivých verejných obstarávaníach.

14. 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 obstarávaníach 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.

15. Výstavba viacúčelového ihriska musela byť zrealizovaná úplne v súlade s predloženou projektovou dokumentáciou. Špecifikácia jednotlivých položiek výkazu výmer bola pritom vo všetkých siedmich verejných obstarávaníach 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 obstarávaníach rovnaký, t. j. v niektorých obstarávaníach určité položky výkazu výmer bolo treba naceniť, zatiaľ čo v iných obstarávaníach nie (počet položiek, ktoré bolo treba oceniť v jednotlivých obstarávaníach, sa pohyboval od 54 do 79).

A.I Zhodne sa vyskytujúca cenová anomália

16. Žalovaný zistil, že v mnohých v rozhodnutí uvedených prípadoch sú medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami veľké cenové rozdiely za tú istú presne špecifikovanú položku.

To znamená, že cenová úroveň identických položiek výrazne kolíše medzi jednotlivými obstarávaniami, a to dokonca aj v prípade cenových položiek nacených tými istými spoločnosťami. S jedinou výnimkou všetky položky súvisia s technologickým celkom „Stavebné práce“. Pozn. kasačný súd pre porovnanie a predstavu uvádza dva nasledovné príklady:

- Výkop nezapaženej jamy v hornine 4, do 100 m³ (pre základy tenis, basketbal) - položka č. 16
- cena sa pohybuje od 1 eur (M.Cup s.r.o. - Hriadky) až po 15 eur (MPL STAVING spol. s r.o. - Snina). Rozdiel predstavuje 1400%. Cenové rozdiely medzi obstarávaniami sú u jednotlivých účastníkov konania nasledujúce:

- M.Cup s.r.o. - min. 1,00 eur (Hriadky), max. 13,62 eur (Snina), rozdiel 1262%;
- MPL STAVING spol. s r.o. - min. 4,23 eur (Radvaň nad Laborcom), max. 15 eur (Snina), rozdiel 254%;
- RECORD TK spol. s r.o. - min. 4 eur (Hriadky), max 13 eur (Snina), rozdiel 225%.

- PVC trubka 200 mm dl. 0,9 m do základu tenis. basketbal D+M (položka č. 54) - cena sa pohybuje od 0,5 eur (M.Cup s.r.o. v obci Hriadky) po 16 eur (MPL STAVING spol. s r.o. v Snine). Rozdiel predstavuje 3100%. Cenové rozdiely medzi obstarávaniami sú u jednotlivých účastníkov konania nasledujúce:

- M.Cup s.r.o. - min. 0,50 eur (Hriadky), max. 14,50 eur (Snina), rozdiel 2800%;
- MPL STAVING spol. s r.o. - min. 2 eur (Hriadky, Kráľovský Chlmec), max. 16 eur (Snina), rozdiel 700%;
- RECORD TK spol. s r.o. - min. 2 eur (Hriadky, Kráľovský Chlmec), max 15 eur (Snina), rozdiel 650%.

17. Žalovaný v závere k zhodne sa vyskytujúcim cenovým anomáliám skonštatoval, že všetci účastníci konania vo svojich vyjadreniach uviedli, že svoje cenové ponuky vypracovali sami, pričom na ocenenie stavebných prác použili aj softvér CENKROS (M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o.), resp. ODIS (RECORD TK spol. s r.o.). Po analýze cenových ponúk, ktoré boli zo strany účastníkov konania predložené všetkým obstarávateľom v takmer identickom čase, žalovaný dospel k záveru, že oceňovanie jednotlivých cenových položiek v predmetných verejných obstarávaníach zo strany všetkých účastníkov konania nemá logické zdôvodnenie. Podľa názoru žalovaného 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. Podľa žalovaného to potvrdzujú aj iné skutočnosti uvedené v ďalšom texte.

A.II Cenové zhody

18. Ďalej žalovaný pokračoval, že z cenovej analýzy žalovaného ďalej vyplynulo, že okrem vyššie uvedených veľkých cenových rozdielov v tých istých položkách medzi jednotlivými obstarávaniami sa veľmi často vyskytujú aj zhodne stanovené ceny položiek v rámci toho istého verejného obstarávania zo strany dvoch alebo aj všetkých troch uchádzačov. Pozn. kasačný súd pre porovnanie a predstavu uvádza dva nasledovné príklady:

Položka č. 20 - Hĺbenie nezapažených jám a zárezov. Príplatok za lepivosť horniny 4.

Ďapalovce Demjata Radvaň nad Laborcom

Položka	M.CUP	MPL	STAVING	RECORD TK	M.CUP	MPL	STAVING	RECORD TK
M.CUP MPL STAVING RECORD TK								

Hĺbenie nezapažených jám a zárezov. Príplatok za lepivosť horniny 4.	1,38	2,00	2,00	0,38	0,38	0,38	1,38	1,38
--	------	------	------	------	------	------	------	------

Položka č. 19 - Hĺbenie nezapažených jám a zárezov Príplatok za lepivosť horniny 4.

Radvaň nad Laborcom Demjata Snina

Položka M.CUP MPL STAVING RECORD TK M.CUP MPL STAVING RECORD TK
M.CUP MPL STAVING RECORD TK

Hĺbenie nezapažených jám a zárezov. Príplatok za lepivosť horniny 4. 1,38 1,38 1,38 1,38 2,00
2,00 1,29 2,00 2,00

19. Žalovaný k prvej vyššie uvedenej tabuľke na vysvetlenie uviedol, že zatiaľ čo vo verejnom obstarávaní pre obec Demjata ocenili predmetnú položku všetci traja uchádzači zhodne na úrovni 0,38 eur, v súťaži pre obec Radvaň nad Laborcom bola cena opäť úplne zhodná, ale už na úrovni 1,38 eur za mernú jednotku. V súťaži pre obec Ďapalovce ponúkli dvaja uchádzači (MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o.) znova zhodnú cenu za túto položku, a to 2 eur, tretí uchádzač ponúkol cenu 1,38 eur. Pre Kráľovský Chlmec ponúkli MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. cenu 2 eur, uchádzač M.Cup s.r.o. cenu 4,50 eur. Medzi zverejnením prvej z týchto výziev (23. septembra 2014 Radvaň nad Laborcom) a predložením poslednej z týchto ponúk (15. októbra 2014 Ďapalovce) uplynulo len 24 kalendárnych dní. To znamená, že ponuky boli vytvárané v podstate v rovnakom čase. Uchádzači navyše zhodne tvrdia, že pri vypracovaní cenových ponúk použili oceňovacie softvéry. Ak by však v danom čase softvér ocenil danú položku napríklad na 1,38 eur, potom podľa žalovaného nemá logické vysvetlenie, prečo v súťaži pre obec Demjata ponúkli všetci traja uchádzači zhodnú cenu 0,38 eur, a taktiež dvaja uchádzači v Ďapalovciach a v Kráľovskom Chlmcu cenu 2,00 eur. Jediným prijateľným vysvetlením v takomto prípade je podľa neho koordinácia medzi uchádzačmi pri príprave cenových ponúk. Rovnakú schému cenového správania sa uchádzačov bolo možné nájsť aj v ďalších položkách predmetných verejných obstarávaní.

20. Žalovaný v závere k cenovým zhodám uviedol, že zhody cien za jednotlivé položky sa vyskytujú hlavne v technologických celkoch „Stavebné práce“ a „Mantinelový systém“, ktoré boli zároveň aj najrozsiahlejšie. Čo sa týka stavebných prác, ako už bolo uvedené vyššie, účastníci konania uviedli, že používali stavebné oceňovacie softvéry CENKROS (M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o.) a ODIS (RECORD TK spol. s r.o.), čo by za istých okolností mohlo vysvetľovať rovnaké oceňovanie tých istých položiek zo strany uchádzačov vo verejných obstarávaní. 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. Žalovaný opätovne zdôraznil, 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). Žalovaný dodal, že v prípade technologického celku „Mantinelový systém“ boli jednotlivé položky veľmi presne vyšpecifikované a ani v tomto prípade nie je podľa neho možné vysvetliť výrazné rozdiely v cenách rovnakých položiek medzi jednotlivými obstarávaniami.

A.III Iné skutočnosti v spôsobe stanovenia cien

21. Žalovaný analyzoval aj ďalšie aspekty v cenových ponukách účastníkov konania v jednotlivých verejných obstarávaní, pričom dospel k záveru, že najčastejšie sa zhodne stanovené ceny objavujú vo verejnom obstarávaní obce Radvaň nad Laborcom. Z celkového počtu 71 položiek ponúkli všetci účastníci konania rovnakú cenu v 54 prípadoch. Z toho až 32 položiek bolo rovnako ocenených v rámci technologického celku „Stavebné práce“, ktorý obsahoval celkovo 41 položiek. Okrem toho spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v rámci tohto technologického celku ocenili zhodne ďalšie 4 položky,

spoločnosti M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. 2 položky a M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. 1 položku. V technologickom celku „Mantinelový systém“ všetci uchádzači ocenili zhodne 17 položiek z 23. Spoločnosti M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v tomto technologickom celku stanovili zhodné ceny v ďalších 4 prípadoch. V technologickom celku „Príslušenstvo ihriska“ spoločnosti M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. zhodne ocenili všetkých 5 položiek. Žalovaný v súvislosti s týmto verejným obstarávaním skonštatoval, že len v prípade 5 položiek zo všetkých naceňovaných položiek vo všetkých technologických celkoch stanovili všetci traja podnikatelia rôzne ceny.

22. V prípade obce Hriadky sa v technologickom celku „Stavebné práce“ nevyskytla pri žiadnej položke zhodná cena u všetkých troch podnikateľov. Podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. stanovili rovnakú cenu v 14 prípadoch z celkového počtu 24 položiek. V rámci analýzy predmetného technologického celku dospel žalovaný zároveň k záveru, že veľké cenové rozdiely medzi jednotlivými obstarávaniami uvedené v bode „Zhodne sa vyskytujúca cenová anomália“ sú z veľkej časti spôsobené práve cenovými ponukami spoločnosti M.Cup s.r.o. v obci Hriadky, kedy táto spoločnosť vo väčšine prípadov stanovila ceny výrazne nižšie, ako uchádzači, vrátane tejto spoločnosti v iných verejných obstarávaníach. Rozptyl medzi najnižšou cenou za určitú položku stanovenou spoločnosťou M.Cup s.r.o. v Hriadkach a najvyššou cenou za tú istú položku v iných obstarávaníach sa pohybuje od 300% (položka č. 18 - Výkop ryhy pre základový pás) až po 21900% (položka č. 44 - Betón C 16/20, frakcia do 22 mm spracovateľnosť nad 100 mm). V ostatných troch technologických celkoch „Športový povrch“, „Mantinelový systém“ a „Príslušenstvo ihriska“ ponúkli všetci podnikatelia rovnakú cenu v 23 položkách z 30 a aspoň dvaja z nich v ďalších troch.

23. V prípade obce Demjata sa v rámci technologického celku „Stavebné práce“, ktorý obsahoval 46 položiek, vyskytla rovnaká ponuková cena všetkých troch uchádzačov v 14 prípadoch. Spoločnosti M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. stanovili rovnakú cenu v ďalších 15 položkách, M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v šiestich položkách a MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v 4 položkách. To znamená, že v 39 položkách zo 46 ponúkli aspoň dvaja uchádzači rovnakú cenu. V technologických celkoch „Športový povrch“ a „Mantinelový systém“ (29 položiek) stanovili všetci podnikatelia rovnakú cenu v 24 prípadoch, spoločnosti M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v ďalších 2 a M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. rovnako ako MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v jednom prípade. V týchto dvoch technologických celkoch teda len v prípade jednej položky bola zo strany všetkých troch uchádzačov stanovená rozdielna cena, ako uviedol žalovaný. V rámci technologického celku „Príslušenstvo ihriska“ sa cenová zhoda nevyskytuje.

24. Žalovaný pokračoval, že v obci Ďapalovce obsahoval technologický celok „Stavebné práce“ 44 položiek, rovnaká ponuková cena všetkých troch uchádzačov sa vyskytla v 12 prípadoch. Spoločnosti M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. stanovili rovnakú cenu v ďalších v piatich položkách a MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v 13 položkách. Z toho vyplýva, že zo 44 položiek ponúkli aspoň dvaja uchádzači rovnakú cenu v 30 prípadoch. V ďalších troch technologických celkoch (33 položiek) stanovili všetci podnikatelia rovnakú cenu v 27 prípadoch, spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v ďalších 4 prípadoch a M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v 1 položke. To znamená, že v týchto troch technologických celkoch bola len v prípade jednej položky zo strany všetkých troch uchádzačov stanovená rozdielna cena.

25. V obci Rudno nad Hronom sa v rámci technologického celku „Stavebné práce“, ktorý

obsahoval 41 položiek, vyskytla rovnaká ponuková cena všetkých troch podnikateľov v 7 prípadoch. Jednalo sa o všetky položky v častiach „Podkladové vrstvy a „Presun hmôt" tohto technologického celku. Spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. stanovili rovnakú cenu v ďalších 17 položkách. 16 z nich sa nachádzalo v časti „Základy" tohto celku, ktorá obsahovala celkovo 19 položiek. Spoločnosti M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. stanovili rovnakú cenu v 1 prípade. V technologických celkoch „Športový povrch" a „Mantinelový systém" (29 položiek) stanovili všetci podnikatelia rovnakú cenu v 24 prípadoch, spoločnosti M.Cup s.r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v ďalších 2 a M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. rovnako ako MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v jednom prípade. V týchto dvoch technologických celkoch teda len v prípade jednej položky bola zo strany všetkých troch uchádzačov stanovená rozdielna cena. V rámci technologického celku „Príslušenstvo ihriska" sa cenová zhoda nevyskytuje.

26. V cenovej ponuke pre mesto Snina sa v technologickom celku „Stavebné práce" nevyskytol prípad, že by všetci podnikatelia v niektorej položke stanovili rovnakú cenu. Spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. stanovili v tomto celku rovnakú cenu 11 krát z 35 položiek. V ďalších troch technologických celkoch sa rovnaká cena u všetkých troch uchádzačov vyskytla v 14 prípadoch, všetko v rámci celku „Mantinelový systém", ktorý obsahoval celkovo 19 položiek. M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. ponúkli rovnakú cenu v ďalších troch položkách a MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v jednej položke týchto technologických celkov.

27. V ponuke pre Kráľovský Chlmec oceňovali uchádzači 69 položiek. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ocenili úplne rovnako 64 z nich. Tieto spoločnosti síce uviedli, že používajú oceňovacie softvéry, ale rozdielne (CENKROS, resp. ODIS). Rovnaké ocenenie zo strany všetkých troch účastníkov konania sa vyskytli pri 14 položkách.

28. Žalovaný uzavrel, že z údajov uvedených v tejto časti vyplýva mimoriadna frekvencia zhodných cien položiek dvoch alebo všetkých troch uchádzačov v jednotlivých verejných obstarávaníach (s určitou výnimkou v obci Hriadky), čo predstavuje ďalší nepriamy dôkaz, že uchádzači nevypracovali svoje ponuky nezávisle.

B. Zhody v ponukách uchádzačov

29. Žalovaný ďalej pri posudzovaní ponúk uchádzačov v predmetných verejných obstarávaníach okrem cien, ktoré sa nachádzali v časti „Kritériá" predmetných ponúk, analyzoval aj ďalšie skutočnosti, predovšetkým informácie, ktoré účastníci konania predložili v časti „Ostatné" (preukázanie osobného postavenia, ekonomického, finančného a technického pre splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní). Žalovaný zistil, že spoločnosť M.Cup s.r.o. predložila všetky vyžadované potvrdenia, zatiaľ čo spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. potvrdenia nahradili čestným vyhlásením o splnení podmienok účasti. Obstarávateľom predložili všetci uchádzači tieto dokumenty: Titulný list, Zoznam predložených dokumentov, Identifikačné údaje, Čestné vyhlásenia o akceptovaní podmienok zmluvy, o súhlase s podmienkami súťaže, o pravdivosti a úplnosti údajov, o neuložení zákazu účasti vo verejnom obstarávaní a podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. predložili aj Výpis zo zoznamu podnikateľov a Čestné vyhlásenie o splnení podmienok.

30. Žalovaný zistil, že vyššie spomenuté dokumenty predložené účastníkmi konania sú prakticky identické, čo sa týka obsahu, formy spracovania a formulácie textu, s výnimkou identifikačných údajov, a to vrátane čiarok, či veľkých a malých písmen. Podľa žalovaného súťažné podklady síce obsahovali niektoré z použitých formulácií, avšak nie v takej forme a

tak detailne, aby to vysvetľovalo vyššie uvedenú zhodu v dokumentácii predloženej účastníkmi konania v časti „Ostatné“. V tejto súvislosti žalovaný dodal, že podklady - čestné vyhlásenia predložené štvrtým uchádzačom Ing. Jaroslav Pčola REINTER vo verejnom obstarávaní mesta Snina boli formulované úplne odlišne.

31. Žalovaný v tejto časti pokračoval, že ponuky všetkých uchádzačov v predmetných verejných obstarávaniach obsahovali v časti „Kritériá“ aj dokument „Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém“. Zatiaľ čo ponuka uchádzača M.Cup s.r.o. obsahuje v tejto časti vo všetkých obstarávaniach podrobný technický text, ponuky spoločností MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. sú vždy len v podobe úplne zhodných piatich odrážok, v ktorých sa vyskytujú aj rovnaké pravopisné chyby. Ako príklad možno uviesť formulácie „Hliník - stĺpy su skrutkované....“ alebo „Siete - polypropylénový materiál, oka 4,5 x 4,5cm zavesene....“. Vo verejných obstarávaniach verejných obstarávateľov Obec Radvaň nad Laborcom a Gymnázium - Gimnázium Kráľovský Chlmec boli ponuky uchádzačov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. aj zhodne rukou očíslované, pričom v ďalších posudzovaných verejných obstarávaniach títo uchádzači strany neočíslovali.

32. Žalovaný záverom k zhodám v ponukách uchádzačov na základe vyššie uvedených skutočností uviedol, že ponuky uchádzačov vykazujú znaky, ktoré potvrdzujú závery žalovaného o tom, že tieto neboli vypracované nezávisle, ale na základe vzájomnej koordinácie, či už priamo medzi samotnými uchádzačmi alebo nepriamo prostredníctvom tretej osoby. Tento záver žalovaného umocňuje aj skutočnosť, že v ponukách spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. 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“.

C. Ďalšie skutočnosti

33. Žalovaný sa 3. marca 2017 obrátil listom na Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „ÚVO“) so žiadosťou o informáciu, či ÚVO vykonáva kontrolu v súvislosti s predmetnými siedmimi verejnými obstarávaniami. ÚVO informoval žalovaného, že kontroly uvedených verejných obstarávaní prebehli a žalovanému zaslal požadované protokoly o výsledku kontroly postupu zadávania zákazky. Z predložených protokolov vyplynulo, že verejní obstarávatelia vo všetkých obstarávaniach pochybili, keď v rámci vyhodnotenia ponúk uchádzačov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nezohľadnili skutočnosť, že uvedení podnikatelia nepredložili vzorky navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska, napriek tomu, že v zmysle súťažných podkladov uchádzači mali povinnosť predmetné vzorky predložiť. Žalovaný tak v tejto súvislosti skonštatoval, že nepredloženie požadovaných vzoriek materiálov a výrobkov predstavuje ďalší nepriamy dôkaz, ktorý potvrdzuje, že uchádzači MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. podali len krycie ponuky a vedeli, že v predmetných verejných obstarávaniach nezmôžu zvíťaziť.

(iii) Zhrnutie záverov žalovaného v súvislosti s dôkazným bremenom žalobcov

34. Žalovaný zhrnul, že pri posudzovaní možného protisúťažného konania vo verejných obstarávaniach s názvom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“ žalovaný skúmal cenové ponuky účastníkov predmetných verejných obstarávaní, ako aj ďalšie súvisiace podklady. Ich posúdením zistil existenciu nepriamych dôkazov, ktoré poukazujú na kolúziu v predmetných obstarávaniach. Jednalo sa predovšetkým o veľmi často vyskytujúce sa zhody a zároveň anomáliu cien pri jednotlivých položkách výkazu výmer v ponukách účastníkov konania. Taktiež prakticky identický obsah, forma spracovania a formulácia textu v dokumentácii predloženej uchádzačmi v časti „Ostatné“ v predmetných verejných obstarávaniach, ako aj

skutočnosť, že účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vo svojich ponukách pri všetkých predmetných verejných obstarávaniach nepredložili niektorú z potrebných náležitostí, ktorá bola požadovaná v zmysle súťažných podkladov.

35. Žalovaný ďalej pokračoval, že nepriame dôkazy v tomto prípade predstavovali predovšetkým ekonomické dôkazy, ktoré sa vo všeobecnosti týkajú trhových podmienok a aktivít podnikateľov, ktoré naznačujú, že by títo mohli jednať v zhode. Nepriame dôkazy sú vo všeobecnosti celosvetovo akceptované, čo vyplýva aj z prehľadu kartelových prípadov prešetrovaných v krajinách OECD. Ustanovenie § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. zakazuje dohody alebo zosúladené postupy podnikateľov, ktoré majú za cieľ alebo môžu mať za následok obmedzovanie súťaže, pokiaľ zákon neustanovuje inak. Dohodou medzi podnikateľmi sa v zmysle § 4 ods. 3 písm. a) cit. zák., ako aj ustálenej rozhodovacej praxe [rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „Najvyšší súd SR“) sp. zn. 5 Sžh 2/2015 z 2. novembra 2016; rozsudok Súdu prvého stupňa z 26. októbra 2000 vo veci T-41/96 Bayer AG v. Komisia, Zb. 2000, s. II-03383, body 66 až 69] považuje nielen každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ale súhlasný prejav vôle môže byť vyvodený aj z konania podnikateľov. Žalovaný v priebehu správneho konania síce nezískal jednoznačný priamy dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej súťaž, v súlade s ustanovením § 4 ods. 3 písm. a) zákona 136/2001 Z. z. však skúmal, či z konania uvedených podnikateľov možno vyvodit' súhlasný prejav vôle, ktorého cieľom alebo následkom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže.

36. Na základe dôkazov získaných analýzou cenových ponúk dospel žalovaný k záveru, že v predmetných verejných obstarávaniach 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 žalovaný za rozhodujúci dôkaz o protisúťažnom konaní účastníkov konania. Žalovaný ju zdokumentoval na mnohých položkách, a to predovšetkým v rámci technologického celku „Stavebné práce“. Táto skutočnosť vyvracia tvrdenie účastníkov konania o tom, že pri oceňovaní stavebných prác vychádzali aj z oceňovacích softvérov CENKROS, resp. ODIS a súčasne, že tieto ponuky vytvárali nezávisle. Na základe tejto skutočnosti dospel žalovaný 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 s.r.o.

37. Žalovaný skonštatoval, že 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 žalovaný považuje za možné len za predpokladu ich vzájomnej koordinácie. Nakoľko existencia protisúťažného správania je jediným prijateľným vysvetlením vyššie uvedených skutočností, žalovaný dospel s poukazom na relevantnú rozhodovaciu prax (rozsudok Súdného dvora EÚ zo 7. januára 2024 vo veci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P Aalborg Portland a iní. v Komisia Zb. [2004], s. I-00123, bod 132 a tiež Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5 Sžh 2/2015 z 2. novembra 2016) k záveru, že medzi uvedenými podnikateľmi došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž.

38. Žalovaný opierajúc sa o európsku judikatúru skonštatoval, že vyššie 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 žalovaný. Podľa žalovaného k tomuto dôkazu pristupujú navyše 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 spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. Z vyššie uvedených skutočností a nepriamych dôkazov podľa žalovaného 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.

39. Žalovaný pre vysvetlenie dodal, že v rámci analýzy prípadu, t. j. všetkých siedmich verejných obstarávaní, sa zaoberal aj možnými širšími súvislosťami. Zameral sa 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 s výnimkou obstarávania v Snine. Žalovaný tak 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 vykonal v priebehu správneho konania inšpekcie u ďalších dvoch podnikateľov, avšak nezískal ďalšie dôkazy, ktoré by odôvodňovali rozšírenie okruhu účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž.

(iv) Aplikácia právnych predpisov žalovaným

40. Žalovaný v tejto časti rozhodnutia uviedol, že správny delikt sa považuje za spáchaný jeho dokonaním. Pri posudzovaní správneho deliktu sa použije zákon účinný v čase, kedy bol daný delikt spáchaný. Žalovaný tak konanie účastníkov konania vyhodnotil ako sedem samostatných dohôd obmedzujúcich súťaž, ktoré boli uzatvorené v období september až október 2014. S prihliadnutím na termíny vyhlásenia predmetných verejných obstarávaní a termíny na predkladanie ponúk dospel k záveru, že účastníci konania koordinovali svoj postup v jednotlivých obstarávaníach v mesiacoch september a október 2014. Žalovaný preto v ďalšom konaní postupoval, pokiaľ ide o hmotnoprávne ustanovenia, v zmysle zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016. Pri aplikovaní procesnoprávnych ustanovení zákona sa žalovaný riadil časom začatia konania, preto postupoval podľa zákona v znení noviel platných a účinných v čase konania, t. j. v znení noviel č. 125/2016 Z. z. a č. 350/2016 Z. z.

41. Žalovaný skonštatoval, že 18. apríla 2016 nadobudol účinnosť zákon č. 343/2015 Z. z., v zmysle ktorej bol žalovaný povinný podľa § 38h ods. 1 zákona uložiť podnikateľovi zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak tomuto podnikateľovi uložil pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou. Podľa § 44e zákona č. 136/2001 Z. z., resp. podľa prechodných ustanovení k úpravám účinným od 18. apríla 2016, žalovaný uloží zákaz podľa § 38h, aj ak ide o uloženie pokuty za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ku ktorému došlo pred 18. aprílom 2016, ak by na základe osobitného predpisu o verejnom obstarávaní účinného do 17. apríla 2016 tento podnikateľ v dôsledku takéhoto rozhodnutia žalovaného nespĺňal podmienku osobného postavenia z dôvodu, že mu bolo preukázané závažné porušenie odborných povinností vo forme účasti na

dohode obmedzujúcej súťaž.

(v) Právne posúdenie žalovaným

42. Žalovaný konštatoval, že vzhľadom na okolnosti prípadu, t. j. predovšetkým skutočnosť, že sa mu nepodarilo preukázať, že vyššie popísané skutočnosti sú výsledkom širšej protisúťažnej schémy, dospel k záveru, že bude predmetné konania účastníkov konania posudzovať samostatne vo vzťahu k siedmym samostatným správnym deliktom. Pokračoval, že v záujme hospodárnosti a rýchlosti konania viedol predmetné správne konanie ako spoločné konanie, nakoľko posudzované konania spolu skutkovo súvisia a týkajú sa rovnakých účastníkov konania, ako aj vzhľadom na viaceré súvislosti, ktoré existovali medzi posudzovanými verejnými obstarávaniami (napr. podobnosť nepriamych dôkazov, krátke časové obdobie, v ktorom boli protisúťažné dohody uzatvorené). V predmetnom prípade teda žalovaný posudzoval sedem samostatných dohôd obmedzujúcich súťaž a dospel k záveru, že účastníci správneho konania uzatvorili dohodu obmedzujúcu súťaž podľa § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016 spočívajúcu v priamom alebo nepriamom určení cien tovaru, rozdelení trhu a v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou, ktorá je v spojení s § 4 ods. 1 cit. zák. zakázaná. Keďže žalovaný posúdil predmetnú dohodu podnikateľov M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ako dohodu, ktorá mala obmedzenie súťaže ako svoj cieľ, takáto dohoda tak nemohla mať zanedbateľný účinok na súťaž. Žalovaný tiež dodal, že účastníci konania mu nepredložili dôkazy, z ktorých by vyplývalo, že boli naplnené podmienky pre uplatnenie ustanovenia § 4 ods. 5 zákona č. 136/2001 Z. z., pričom vzhľadom na skutkové okolnosti prípadu nie je ani možné predpokladať, že by tieto podmienky mohli byť naplnené, a preto nie je možné cit. ustanovenie aplikovať.

(vi) Uloženie pokuty

A. Východiská pre výpočet pokuty

43. Žalovaný uviedol, že pri uložení pokuty hodnotil protiprávne konanie podľa kritérií určených v § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016 a podľa Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018, pričom hodnotenie deliktu z pohľadu jednotlivých kritérií sa vykonáva v súlade so zásadou správnej úvahy.

44. Podľa § 38 ods. 1 zákona v znení účinnom do 17. apríla 2016 žalovaný uloží podnikateľovi pokutu do 10% z obratu podľa § 3 ods. 5 za predchádzajúce účtovné obdobie, ak § 38d neustanovuje inak. Podľa § 38c ods. 2 zákona v znení účinnom do 17. apríla 2016 ak podnikateľ alebo právnická osoba, ktorá nie je podnikateľom, za predchádzajúce účtovné obdobie dosiahla obrat podľa § 3 ods. 5 do 330 eur alebo nemala žiadny obrat podľa § 3 ods. 5, alebo jej obrat podľa § 3 ods. 5 nemožno vyčísliť, žalovaný uloží za porušenia podľa § 38 ods. 1 a § 38a ods. 1 a 2 pokutu do 330000 eur, ak § 38d neustanovuje inak. V zmysle § 38 ods. 3 zákona v znení účinnom do 17. apríla 2016 žalovaný pri ukladaní pokuty podľa ods. 1 a 2 posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania. Žalovaný pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, prípadne dopad na trh a veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií žalovaný uviedol, že pri ukladaní pokuty prihliada prípadne aj na iné skutočnosti, najmä na opakované porušovanie, odmietnutie spolupracovať so žalovaným, postavenie ako vodcu alebo iniciátora porušovania alebo neplnenie dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

45. Žalovaný skonštatoval, že vo všeobecnosti je východiskom pri určovaní pokuty relevantný obrat podnikateľa za posledné účtovné obdobie, v ktorom sa podnikateľ zúčastnil

na protisúťažnom konaní, t. j. v tomto prípade rok 2014.

46. V zmysle Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018 sa pod relevantným obratom rozumie hodnota predajov dosiahnutá podnikateľom z predaja tovarov a služieb, ktorých sa obmedzenie súťaže priamo alebo nepriamo dotýka v príslušnej geografickej oblasti v Slovenskej republike za posledný ukončený hospodársky rok jeho účasti na porušení zákona. Pri výpočte relevantného obratu sa vychádza z hodnoty predaja tovarov a služieb bez daní (DPH, spotrebné dane). Ak to vyplýva z povahy porušenia, relevantným obratom nemusí byť len hodnota z predaja tovarov a 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, kde koordinácia bola žalovaným preukázaná len vo vzťahu k jednému alebo niekoľkým konkrétnym verejným obstarávaniam, relevantným obratom každého účastníka dohody môže byť hodnota víťaznej ponuky/víťazných ponúk alebo obrat, ktorý mohol byť realizovaný na základe príslušného verejného obstarávania/verejných obstarávaní (bod 10 Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018).

47. Preto na základe vyššie uvedených skutočností žalovaný rozhodol, že v tomto prípade bude pri výpočte relevantného obratu vychádzať zo súčtu hodnôt víťazných ponúk (bez DPH), ktoré predložil podnikateľ M.Cup s.r.o.

B. Závažnosť porušenia, dĺžka porušenia a iné skutočnosti zohľadnené pri výpočte pokuty

48. Žalovaný uviedol, že základným východiskom pre stanovenie výšky pokuty, resp. pre posúdenie jej primeranosti, je skutočnosť, že trest by mal predovšetkým zodpovedať povahe a závažnosti správneho deliktu, za ktorý je uložený. Pri určení konkrétnej výšky pokuty je potrebné zohľadniť jednak typovú, jednak konkrétnu závažnosť konania, ktoré je predmetom správneho konania. Žalovaný pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy povahu porušenia, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. S ohľadom na skutočnosť, že v posudzovanom prípade ide o dohodu obmedzujúcu súťaž vo forme kolúzie vo verejných obstarávaní, ktorej cieľom je obmedzenie súťaže, žalovaný uvádza, že nie je potrebné skúmať dopad na trh ani podiel účastníkov konania na relevantnom trhu, keďže takéto dohody sú zakázané už na základe ich cieľa.

49. Podľa záverov žalovaného došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž, a teda správanie podnikateľov možno hodnotiť ako správny delikt spočívajúci v porušení § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016. Vzhľadom na skutočnosť, že všetci účastníci konania sa dopustili typovo rovnakého správneho deliktu, žalovaný bude pri posudzovaní závažnosti porušenia zohľadňovať u všetkých účastníkov konania rovnaké skutočnosti a k závažnosti porušenia, ako k základnému kritériu, sa bude vyjadrovať pre všetkých účastníkov konania spoločne.

50. Podľa žalovaného pri posudzovaní závažnosti porušenia treba zohľadniť veľké množstvo okolností, ktorých povaha a význam sa líšia v závislosti od typu predmetného porušenia a konkrétnych okolností tohto porušenia. Žalovaný preto vzal do úvahy predovšetkým skutočnosť, 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. Zároveň sa jedná o horizontálnu dohodu, ktorej cieľom je obmedzenie súťaže. V zmysle Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018 v prípade takýchto

dohôd sa bude žalovaným ukladané percento za závažnosť pohybovať v hornej polovici rozpätia, t. j. 15% a viac (bod 17 Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018). Žalovaný tak pri stanovení závažnosti porušenia zákona zohľadnil nižšiu mieru zásahu na príslušnom relevantnom tovarovom trhu, v dôsledku čoho uložil percento za závažnosť na najnižšej možnej úrovni t. j. 15%.

51. Vychádzajúc z vyššie uvedených skutočností žalovaný pri stanovení základnej sumy pokuty určil percentuálny koeficient za závažnosť v súlade so zákonom a Metodickým pokynom účinným od 1. septembra 2018 na úrovni 15% z celkovej hodnoty (bez DPH) všetkých zákaziek v predmetných verejných obstarávaniach.

52. Ďalej žalovaný k dĺžke porušenia uviedol, že v zmysle Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018 sa v odôvodnených prípadoch koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušenia zákona neaplikuje (napr. v prípadoch verejných obstarávaní, kde relevantný obrat bude predstavovať hodnotu víťaznej ponuky alebo predpokladanú hodnotu zákazky).

53. K iným skutočnostiam, ktoré sa zohľadňovali pri stanovení pokuty žalovaný uviedol, že s ohľadom na to, že pri stanovení pokuty v správnom konaní s viacerými účastníkmi konania je potrebné dodržať princíp spravodlivého a proporcionálneho rozloženia pokuty medzi všetkými účastníkmi kartelovej dohody, žalovaný posudzoval aj ďalšie skutočnosti, ktoré sú potrebné pre posúdenie miery účasti jednotlivých účastníkov konania na porušení zákona a ktoré žalovaný v prípade konštatovania porušenia zákona zohľadní pri určení konečnej výšky pokuty. Žalovaný tak v tomto správnom konaní prihliadol predovšetkým na skutočnosť, že všetky posudzované verejné obstarávania vyhrala spoločnosť M.Cup s.r.o., mala teda najväčší zisk z protisúťažného konania. Na základe tejto skutočnosti dospel žalovaný k záveru, že spoločnosť M.Cup s.r.o. bola iniciátorom koordinácie medzi účastníkmi konania pri predkladaní ponúk do predmetných verejných obstarávaní. Z tohto dôvodu žalovaný spoločnosti M.Cup s.r.o. navýšil základnú sumu pokuty o 15%.

C. Výška pokuty

54. Žalovaný v tejto časti rozhodnutia odkázal na ustanovenie § 38 ods. 1 a § 38c ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení účinnom do 17. apríla 2016, z ktorých pri stanovení výšky vychádzal. Taktiež vychádzal z toho, že dohody obmedzujúce súťaž klasifikované ako ťažké kartely, medzi ktoré sa zaraďuje aj koordinácia vo verejnom obstarávaní, patria k najtvrdšie postihovaným obmedzeniam hospodárskej súťaže.

55. Po zohľadnení všetkých vyššie uvedených skutočností žalovaný uplatnil nasledovný postup pri stanovení výšky pokuty pre jednotlivých účastníkov konania:

M.CUP s.r.o. MPL STAVING spol. s r. o. RECORD TK spol. s r. o.

Celková hodnota verejných obstarávaní v € (bez DPH) 336430,13336430,13336430,13

Doba porušovania - - -

% závažnosti 15% 15% 15%

Základná suma pokuty v € 50464,52 50464,52 50464,52

Polahčujúce okolnosti - - -

Príťažujúce okolnosti 15% - -

Výška pokuty po zarátaní príťažujúcich okolností 58034,20 50464,52 50464,52

Celkový obrat v € za rok 2017 167603 1560523 2996001

10% z celkového obratu v € za rok 2017 16760,30156052,30299600,10

Výška pokuty v € (po zaokrúhlení) 16760 50465 50465

56. Žalovaný skonštatoval, že stanovená suma pokuty prekročila u podnikateľa M.Cup s.r.o. zákonom stanovenú hranicu 10% z celkového obratu tohto podnikateľa za posledné uzavreté

účtovné obdobie, t. j. rok 2017. Pokuta vypočítaná pre spoločnosť M.Cup s.r.o. pri zohľadnení závažnosti vo výške 15% a priťažujúcich okolností na úrovni 15% bola pôvodne vo výške 58034 eur. Nakoľko však pokuta pre spoločnosť M.Cup s.r.o. prekračovala zákonom stanovenú hranicu 10% z celkového obratu tohto podnikateľa za rok 2017, žalovaný bol nútený stanoviť pokutu na úrovni 16760 €, ako maximálne možnej. Táto pokuta, na rozdiel od pokuty uloženej spoločnostiam MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., nespĺňa základné aspekty pokuty, a to jednak represívnu funkciu - potrestanie podnikateľa za jeho konanie v rozpore so zákonom a taktiež nezabezpečuje odstrašenie podnikateľov od ďalšieho protisúťažného konania. Pokuta uložená spoločnosti M.Cup s.r.o. zároveň nespĺnila funkciu generálnej prevencie, nakoľko nemá dostatočne odstrašujúci vplyv aj na ostatných podnikateľov.

D. Iné sankcie uložené žalovaným

57. Keďže predmetom tohto správneho konania sú dohody obmedzujúce súťaž, ktoré spočívali v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní žalovaný skonštatoval, že rozhodnutím v súlade s § 38h ods. 1 zákona 136/2001 Z. z. uložil podnikateľom zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov od právoplatnosti konečného rozhodnutia.

(vii) Námietky účastníka konania M.Cup s.r.o. a stanovisko žalovaného k námietkam

58. Žalovaný vydal 16. mája 2018 výzvu pred vydaním rozhodnutia (ďalej len „Výzva“), ku ktorej účastník konania M.Cup s.r.o. doručil žalovanému vyjadrenie 26. júna 2018 prostredníctvom svojho právneho zástupcu.

59. Účastník konania M.Cup s.r.o. namietal, že všetky dôkazy zhromaždené žalovaným v priebehu prešetrovania a správneho konania sú iba nepriamymi podozreniami, keďže ako žalovaný vo Výzve sám priznal, v priebehu správneho konania sa mu nepodarilo získať ani jeden relevantný priamy dôkaz jednoznačne preukazujúci uzavretie dohody obmedzujúcej súťaž. Podľa neho ide o značný odklon od jeho doterajšej aplikačnej praxe založenej na existencii priamych alebo minimálne relevantných a kredibilných nepriamych dôkazov. Žalovanému sa podľa neho nepodarilo ustáliť žiadny vzorec, index, ani inú charakteristiku určovania cien účastníkmi konania, ktorá by predstavovala opodstatnené podozrenie, že v predmetnom prípade nepochybne ide o protisúťažnú koordináciu správania, ktorá je zakázaná.

60. Ďalej pokračoval, že v prípadoch verejných obstarávaní, keď o víťaznej ponuke rozhoduje konečná cena, je podľa jeho praktických skúseností celkom bežné, že uchádzači výrazne upravujú cenu náhodne vybraných položiek tak, aby výsledkom bolo dosiahnutie konkurenčnej ceny pre verejného obstarávateľa. Spoločnosť M.Cup s.r.o. postupovala rovnakým spôsobom vo viacerých verejných obstarávaniach, keď ceny niektorých položiek účelovo upravila tak, aby jej ponuka zodpovedala požiadavkám verejného obstarávateľa. Tomu zodpovedajú najvýraznejšie odchýlky pri stanovení cien podnikateľa M.Cup s.r.o. napr. v obci Hriadky, kde mala spoločnosť o víťazstvo eminentný záujem. Účelová ad hoc úprava cien vybraných položiek zo strany účastníkov je tak logickým a dôveryhodným vysvetlením vytýkaného podozrenia, ktoré predstavuje bežnú obchodnú prax účelovo využívanú podnikateľmi v rámci verejných súťaží.

61. Žalovaný k tomu uviedol, že nespochybňuje možnosť účelového naceňovania niektorých položiek výkazu výmer, aby sa dosiahla požadovaná výsledná cena. V danom prípade však možno tento spôsob naceňovania pozorovať u všetkých účastníkov konania s tým, že okrem toho, že sa cena jednotlivých položiek výkazu výmer v ponukách podnikateľov medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami výrazne líši, zároveň je veľmi často u všetkých troch, resp. dvoch podnikateľov v tom ktorom verejnom obstarávaní stanovená na rovnakej úrovni.

Podľa žalovaného tak nemá logické vysvetlenie, aby všetci podnikatelia - účastníci správneho konania - „účelovo“ upravovali vo väčšine verejných obstarávaní tie isté položky, a to v mnohých prípadoch na rovnakú úroveň s cieľom dosiahnuť konkurencieschopnú cenu. Čo sa týka tvrdenia spoločnosti M.Cup s.r.o., že žalovaný nezistil v rámci ponukových cien žiaden index alebo vzorec, žalovaný uviedol, že to nie je z jeho pohľadu rozhodujúce, pretože podstatné sú charakteristiky správania sa účastníkov konania v priebehu predmetných verejných obstarávaní vrátane obsahu ich súťažných ponúk, ako aj ďalších skutočností súvisiacich s týmito verejnými obstarávaniami.

62. Žalovaný pokračoval, že účastník konania M.Cup s.r.o. vo svojom vyjadrení zároveň uvádza, že uchádzači v predmetných verejných obstarávaníach účelovo naceňovali položky výkazu výmer s cieľom 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. Rozsah predpokladaných prác pri výstavbe jednotlivých ihrísk bol rôzny, čomu zodpovedal aj počet oceňovaných položiek a aj výsledná ponuková cena podnikateľa M.Cup s.r.o. v predmetných verejných obstarávaníach sa pohybovala od 44590 eur s DPH (verejný obstarávateľ Základná škola P. O. Hviezdoslava Snina) po 81813 eur s DPH (verejný obstarávateľ Gymnázium - Gymnázium Kráľovský Chlmec). Podľa žalovaného sa tak nedá hovoriť o približne rovnakých cenách.

63. Účastník konania M.Cup s.r.o. tiež uviedol, že žalovaný zistil, že účastníci konania použili na oceňovanie stavebných prác oceňovacie softvéry (M.Cup s.r.o. a MPL STAVING spol. s r.o. používali softvér CENKROS a podnikateľ RECORD TK spol. s r.o. softvér ODIS). Oceňovanie položiek softvérmí prebehlo vo vzťahu k položkám technologického celku „Stavebné práce“. Ak podnikatelia používajú v rovnakom časovom okamihu na stanovenie ceny určitého produktu rovnaký oceňovací program, je logickým dôsledkom, že takto oceňované položky sa budú pohybovať na rovnakej úrovni, a to aj v prípade použitia rôznych typov oceňovacích softvérov.

64. Podľa účastníka konania na rozdiel od štandardných stavebných prác položky vstupujúce do technologického celku „Mantinelový systém“ predstavujú špecializované stavebné práce. Spoločnosť M.Cup s.r.o. sa ako jediná z účastníkov konania reálne zaoberá špecializovanou stavebnou činnosťou a ponuka jej služieb v tejto oblasti je verejne dostupná na jej webovej stránke, okrem iného aj vo výkaze výmer. Podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vo všeobecnosti špecializované stavebné produkty neponúkajú, preto, ak chceli udržať svoju ponuku na konkurenčnej úrovni, je dosť možné, že zohľadnili ceny ponúkané spoločnosťou M.Cup s.r.o., ktoré sú/boli verejne dostupné na internete. Je tiež vysoko pravdepodobné, že podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vzhľadom na absenciu skúseností s ponukou špecializovaných stavebných prác jednoducho mohli prevziať ceny položiek uvedené spoločnosťou M.Cup s.r.o. na jej webovej stránke tak, aby sa sami dopredu nediskvalifikovali z možnosti uchádzať sa o víťazstvo v predmetných tendroch. Podľa spoločnosti M.Cup s.r.o. zo záverov žalovaného vo Výzve tiež vyplýva, že v niektorých verejných obstarávaníach neboli preukázané žiadne, resp. iba veľmi minimálne zhody v malom množstve položiek. Konkrétne ide o verejné obstarávania v obciach Hriadky a Rudno nad Hronom a v meste Snina. Táto skutočnosť ešte viac relativizuje tvrdenie žalovaného o koordinovanom stanovení cien účastníkmi konania vo všetkých verejných obstarávaníach.

65. Účastník konania M.Cup s.r.o. skonštatoval, že z tvrdení žalovaného vo Výzve vyplýva, že na jednej strane ako podozrivé vyhodnotil prípady, kedy medzi položkami existovali rozdiely v cenách, na druhej strane žalovaný prekvapivo uvádza, že problematické sú aj

prípady, kedy sú položky ocenené rovnako. Takýto postup žalovaného podľa neho svedčí o účelovosti argumentácie, keď žalovaný prichádza s akýmkoľvek argumentmi na domnelú podporu svojho vopred ustáleného názoru, a to aj bez ohľadu na to, či sú takéto argumenty vôbec konzistentné.

66. Žalovaný k námietke účastníka konania, že v prípade používania stavebných oceňovacích softvérov, a to aj rôznych, je logické, že oceňované položky budú na rovnakej úrovni, uviedol, že v takom prípade by zároveň bolo logické, aby v krátkom časovom období od publikovania výziev na predkladanie ponúk vo Vestníku verejného obstarávania po ich predloženie (niekoľko týždňov) boli položky výkazu výmer vo všetkých verejných obstarávaní oceňované na porovnateľnej úrovni. Podľa žalovaného aj pri akceptovaní prípadného „účelového“ naceňovania nie je možné pri používaní oceňovacích softvérov logicky vysvetliť také výrazné cenové rozdiely stavebných prác v položkách výkazu výmer medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami.

67. Žalovaný pokračoval, že čo sa týka tvrdenia spoločnosti M.Cup s.r.o., že je veľmi pravdepodobné, že podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. jednoducho mohli prevziať ceny položiek technologického celku „Mantinelový systém“ z webovej stránky spoločnosti M.Cup s.r.o., podľa žalovaného súčasná verzia vzorového rozpočtu výstavby multifunkčného ihriska (vzorový výkaz výmer) sa z hľadiska jednotlivých položiek výrazne líši od výkazov výmer v predmetných verejných obstarávaní. Konkrétne technologický celok „Mantinelový systém“ dostupný na webovej stránke spoločnosti M.Cup s.r.o. obsahuje 9 položiek, pričom výkazy výmer v predmetných verejných obstarávaní v rámci tohto technologického celku obsahovali až 38 položiek.

68. V súvislosti s tvrdením spoločnosti M.Cup s.r.o., že v niektorých obciach neboli žiadne, resp. len veľmi minimálne zhody v malom počte položiek, žalovaný uviedol, že v každej z uvedených obcí boli cenové zhody aspoň dvoch účastníkov konania v desiatkach položiek. Konkrétne v 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. Z pohľadu žalovaného počet zhodných cenových položiek v ponukách účastníkov konania nie je rozhodujúci pre preukázanie protisúťažného konania, podstatné je ich zhodné správanie sa v kontexte všetkých posudzovaných verejných obstarávaní.

69. K tvrdeniu, že žalovaný ako podozrivý vyhodnotil prípady tak rozdielnych cien, ako aj zhodných cien, čo svedčí podľa účastníka konania M.Cup s.r.o. o účelovosti argumentácie, žalovaný uviedol, že k posúdeniu ponukových cien pristúpil komplexne. Rozhodujúca pre posúdenie prípadu bola zhoda a zároveň anomália ponukových cien uchádzačov, t. j. skutočnosť, 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.

70. Účastník konania M.Cup s.r.o. ďalej uviedol, že ďalší údajný dôkaz predstavuje dokument „Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém“. Spoločnosť M.Cup s.r.o. predložila tento dokument spolu s úplným podrobným technickým textom. Na druhej strane podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. predložili len jednoduchý text v niekoľkých odrážkach. Keďže spoločnosť M.Cup s.r.o. sa na výstavbu viacúčelových ihrísk vo svojej praxi špecializuje, predložila podrobné a komplexné technické riešenie. Podnikatelia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nie sú špecializovanými stavebnými spoločnosťami. Z tohto dôvodu by bolo podľa neho prekvapivé, ak by boli schopní poskytnúť detailnú špecifikáciu technického riešenia ihriska. Toto len preukazuje skutočnosť,

prečo spoločnosť M.Cup s.r.o. vo verejných obstarávaniach uspela.

71. Žalovaný v tejto súvislosti uviedol, že z jeho pohľadu nebolo podstatné, aká rozsiahla a detailná bola špecifikácia technického riešenia ihriska predložená neúspešnými uchádzačmi v predmetných verejných obstarávaniach. Rozhodujúca bola skutočnosť, že popis technického riešenia mantinelového systému bol u týchto dvoch uchádzačov úplne identický, vrátane pravopisných chýb, rozloženia textu v dokumente a pod. Žalovaný tak dospel k záveru, že pri nezávislom vypracovaní súťažných ponúk zo strany uchádzačov, nie je možné dosiahnuť takúto zhodu textu.

72. Účastník konania M.Cup s.r.o. mal za to, že žalovaný sa pri výpočte výšky pokuty výrazne odklonil od svojej doterajšej praxe pri ukladaní pokút a nepostupoval ani v súlade so zásadami Metodického pokynu, ani v súlade s požiadavkami § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. Podľa účastníka konania žalovaný vychádzal pri výpočte pokuty za údajnú protisúťažnú koordináciu správania účastníkov konania zo súčtu hodnôt víťazných ponúk s DPH, ktoré predložil podnikateľ M.Cup s.r.o.. Účastník konania M.Cup s.r.o. sa stotožnil so žalovaním, že v prípade bid riggingu je primerané brať za relevantný obrat hodnotu zákazky, avšak nerozumel, prečo žalovaný do relevantného obratu zarátal aj DPH. Z aplikovateľných právnych predpisov, ako aj Metodického pokynu vyplýva, že žalovaný pri stanovení východiskovej hodnoty pre výpočet pokuty nepostupoval správne a v súlade s právnymi predpismi, keď na celkovú hodnotu zákaziek aplikoval aj DPH. Pokuta je preto podľa neho v rozpore so zásadou legitímnych očakávaní a je nezákonná.

73. Žalovaný odmietol tvrdenie účastníka konania, že pri výpočte pokuty nepostupoval v súlade s § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z., pričom spoločnosť M.Cup s.r.o. toto tvrdenie podľa neho nijako nekonkretizovala. Žalovaný zároveň akceptoval námietku spoločnosti M.Cup s.r.o. o nesprávnom zarátaní DPH do hodnoty verejných obstarávaní, z ktorých sa vychádzalo pri výpočte pokuty a pokutu upravil (pozn. v bodoch 55 a 56 je uvedená pokuta už po zohľadnení tejto pripomienky a jej úprave).

74. Ku koeficientu miery závažnosti účastník konania M.Cup s.r.o. uviedol, že jeho aplikácia pri výpočte pokuty je bezprecedentná a nepochopiteľne vysoká v kontexte rozhodovacej praxe žalovaného, čo podľa neho spôsobilo flagrantné porušenie zásady legitímnych očakávaní účastníka konania. Nakoľko miera závažnosti výrazne determinuje výšku pokuty a žalovaný má zdanlivo značnú voľnosť pri jej stanovovaní, účastník konania M.Cup s.r.o. považuje za nevyhnutné poukázať na jej nespravodlivosť. V posledných rokoch začal žalovaný podľa účastníka konania pristupovať k výpočtu pokuty formálnejšie tak, aby podnikatelia vedeli s určitou mierou pravdepodobnosti predvídať výšku pokuty za konkrétne porušenie zákona. V jednotlivých prípadoch koluzívneho konania v rámci tendra (bid rigging) žalovaný pravidelne aplikuje mieru závažnosti vo výške 5%, čo už potvrdil aj príslušný súd. Žalovaný však hodnotí kartelové dohody, ktoré sú najzávažnejším porušením súťažného práva, v konkrétnych prípadoch, kedy napr. nie je dohodou pokrytá celá časť trhu, nižšou mierou závažnosti, a to dokonca vo výške 1%. V predmetnom konaní tak žalovaný bez akéhokoľvek racionálneho zdôvodnenia zvýšil mieru závažnosti až na 15%, čo je absolútne neprimerané a neproporcionálne vo vzťahu k údajnému porušeniu pravidiel hospodárskej súťaže. Účastník konania M.Cup s.r.o. má tak za to, že miera závažnosti by mala byť žalovaným výrazne znížená aspoň na úroveň 1%.

75. Žalovaný uviedol, že z judikatúry, okrem iného, vyplýva, že horizontálne kartely v oblasti cien alebo dohody, ktorých cieľom je najmä rozdelenie zákazníkov alebo rozdelenie trhu, sa na základe svojej povahy kvalifikujú ako veľmi závažné porušenia (rozsudky Súdu prvého

stupňa z 15. septembra 1998, European Night Services a i./Komisia, T-374/94, T-375/94, T-384/94 a T-388/94, Zb. s. II-3141, bod 136; Groupe Danone/Komisia, bod 147, a z 8. júla 2008, BPB/Komisia, T-53/03, Zb. s. II-1333, bod 279). Takéto dohody teda postačujú na kvalifikovanie porušenia ako veľmi závažného bez ohľadu na ich zemepisný rozsah alebo dopad na trh (rozsudok Brasserie nationale a i./Komisia, bod 178). Žalovaný má záujem, aby ním uložené pokuty zabezpečili odstrašenie podnikateľov od ďalšieho protisúťažného konania. Z tohto dôvodu v odôvodnených prípadoch zvyšuje oproti minulosti koeficient miery závažnosti porušovania zákona. Podľa žalovaného možno spomenúť napr. rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/7 z 11. apríla 2018, v ktorom prvostupňový orgán stanovil koeficient závažnosti za porušenie zákona zahŕňajúce aj praktiku bid rigging vo výške 10% alebo rozhodnutie č. 16/2017/OKT-2017/KH/1/1/023 z 23. augusta 2017, v ktorom za porušenie zákona opäť za praktiku bid rigging určil koeficient závažnosti vo výške 20%. Účastníkom konania M.Cup s.r.o. spomínané konanie, v ktorom žalovaný určil koeficient závažnosti porušovania zákona vo výške 1%, malo špecifický charakter, nakoľko vyčíslený zisk podnikateľov z protiprávneho konania bol minimálny oproti pokute, ktorá by vychádzala zo štandardne používaných koeficientov závažnosti. V prípade správneho konania 0022/OKT/2016 sa teda nedá hovoriť o výraznom odklone žalovaného od svojej rozhodovacej praxe v poslednej dobe.

76. V uvedenej súvislosti žalovaný zároveň skonštatoval, že od 1. septembra 2018 je účinný nový Metodický pokyn. V kontexte tohto Metodického pokynu žalovaný v odôvodnených prípadoch aplikuje kritériá závažnosti a relevantného obratu inak ako v minulosti a posudzuje ich viac vo vzájomných súvislostiach. Týka sa to aj praktiky koordinácie vo verejnom obstarávaní, kde relevantným obratom môže byť hodnota víťaznej ponuky (viď bod 10 tohto Metodického pokynu). Tým vo väčšine takýchto prípadov dochádza k výraznému poklesu výšky relevantného obratu podnikateľov. Z tohto dôvodu, aby bol zachovaný dostatočne odstrašujúci účinok uloženej pokuty, žalovaný aplikuje vyšší koeficient závažnosti za protisúťažné konanie. Táto skutočnosť sa odrazila aj v predmetnom Metodickom pokyne, kde v zmysle bodu 17 v prípade horizontálnych dohôd, ktorých cieľom je obmedzenie súťaže sa bude žalovaným ukladané percento za závažnosť pohybovať v hornej polovici rozpätia (15% a viac). Žalovaný teda v tomto prípade postupuje v súlade s Metodickým pokynom účinným od 1. septembra 2018.

77. V poslednej námietke sa účastník konania M.Cup s.r.o. nestotožnil s názorom žalovaného, ohľadom skutočnosti, z ktorej žalovaný vychádzal pri výške pokuty, že podnikateľ M.Cup s.r.o. zvíťazil vo všetkých verejných obstarávaníach a de facto tak mal najväčší zisk z protisúťažného konania a tým pádom mal byť iniciátorom koordinácie pri predkladaní ponúk do verejných obstarávaní. Nepodložené podozrenie žalovaného vo vzťahu k postaveniu spoločnosti M.Cup s.r.o. v rámci koordinovaného postupu žalovaný pretavil do priťažujúcej okolnosti s navýšením základnej sumy pokuty o 50%, s čím účastník konania nesúhlasil.

78. Žalovaný k tejto námietke uviedol, že identifikoval viaceré aspekty nasvedčujúce porušovaniu zákona, pričom sa nestotožnil s tvrdením účastníka konania, že priebeh a výsledky verejných obstarávaní súviseli výhradne s líderským postavením spoločnosti M.Cup s.r.o. na trhu. Žalovaný zotrval na svojich záveroch, že skutočnosť, že spoločnosť M.Cup s.r.o. mala najväčší zisk z protisúťažného konania, dáva logický predpoklad, že bola iniciátorom dohody. U ďalších dvoch účastníkov konania žalovaný nezistil žiadny prospech z takéhoto konania, napr. formou poskytovania subdodávok, aj keď nemožno vylúčiť iné formy ich kompenzácie zo strany víťaznej spoločnosti. Žalovaný však prihliadol na námietku účastníka konania o neprimeranej výške koeficientu za priťažujúcu okolnosť a znížil ju na 15% (pozn. v bodoch 55 a 56 je uvedená pokuta už po zohľadnení tejto pripomienky a jej úprave).

(viii) Námietky účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. a stanovisko žalovaného k ich námietkam

79. K výzve žalovaného zo 16. mája 2018 sa vyjadrili aj účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., ktorí žalovanému doručili svoje spoločné vyjadrenie 25. júna 2018 prostredníctvom svojho právneho zástupcu.

80. Vo svojom vyjadrení na úvod prehlásili, že nekomunikovali, či už medzi sebou navzájom, či s inými uchádzačmi (resp. účastníkmi tohto konania), nekoordinovali svoj postup v posudzovaných verejných obstarávaniach 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.

81. Podľa účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nie je zrejmé, na akom skutkovom základe dospel žalovaný k záveru, že medzi MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. malo dôjsť k rozdeleniu trhu a uvedené žalovaný ani bližšie neozrejmuje z hľadiska, či sa malo jednať o dohodu na základe rozdelenia určitých zákaznikov, či geografickej oblasti. MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. tak podotkli, že všetci účastníci tohto konania sídlia v Bratislave, a preto nemožno hovoriť „o úspechu miestneho uchádzača“ v tom-ktorom posudzovanom verejnom obstarávaní. Súčasne je podľa nich zrejmé, že víťazom posudzovaných verejných obstarávaní sa stala tá istá spoločnosť - M.Cup s.r.o., a preto nemožno hovoriť ani o rotácií víťazov s určitým vzorcom správania. Taktiež v nadväznosti na uvedené, žalovaný podľa nich bližšie nerozvedol, aký záujem mali údajne mať zvyšní neúspešní účastníci konania na tom, aby cielene prenechali prvenstvo vo všetkých posudzovaných verejných obstarávaniach spoločnosti M.Cup s.r.o. (absencia osobného či majetkového prepojenia spoločností, či nepreukázanie, že by niektorý z neúspešných účastníkov konania pôsobil ako subdodávateľ pre úspešnú spoločnosť M.Cup s.r.o.).

82. Žalovaný k tomu uviedol, že vo svojich rozhodnutiach štandardne charakterizuje koordináciu podnikateľov vo verejných obstarávaniach, príp. verejných súťažiach aj ako praktiku priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru a rozdelenia trhu. Vo svojej podstate tým, že uchádzači sa dohodnú, kto bude víťazom tendrov, si rozdelia zákaznikov, teda v tomto prípade verejných obstarávateľov. Neúspešní uchádzači, ktorí podajú krycie ponuky, vlastne prenechajú zákazku, resp. verejného obstarávateľa konkurentovi, čím de facto dochádza k rozdeleniu trhu. Podľa žalovaného nie je pritom podstatné, či uchádzači sídlia v rôznych regiónoch, resp. či dochádza k rotácii víťazov a zároveň z jeho pohľadu nie je rozhodujúce, či je zrejماً motivácia, prečo neúspešní uchádzači uzatvoria s víťazom tendra protisúťažnú dohodu.

83. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ďalej poukázali na skutočnosť, že v každom jednom verejnom obstarávaní, ktoré je predmetom posudzovania zo strany žalovaného, boli výzvy na predkladanie ponúk spoločnostiam zaslané samotnými verejnými obstarávateľmi, a to podľa § 100 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedeného je tak zrejmé, že spoločnosti boli vo všetkých posudzovaných verejných obstarávaniach oslovené samotnými verejnými obstarávateľmi, aby predložili ponuky na uskutočnenie stavebných prác na predmet „Výstavba multifunkčného ihriska“. Skutočnosť, že spoločnosti na výzvu verejných obstarávateľov reagovali a zapojili sa do jednotlivých verejných obstarávaní tak nemôže byť spoločnostiam na ujmu, a preto argumentácia žalovaného nesúca sa v duchu „podozrivej“ účasti všetkých troch spoločností (ako totožných

uchádzačov) vo všetkých posudzovaných verejných obstarávaníach je tak právne irelevantná, nezrozumiteľná a tým pádom podľa nich neopodstatnená. Navyše skutočnosť, že sa do jednotlivých verejných obstarávaní už následne nezapojili žiadni iní záujemcovia, resp. sa do nich nezapojili žiadni záujemcovia, ktorí si vyžiadali podklady (s výnimkou verejného obstarávania mesta Snina) nemôže byť podľa nich na ich ťarchu. Účastníci konania nijakým spôsobom nebránili účasti iných záujemcov a nemali a ani nemohli mať vedomosť o tom, či a kto si vyžiadal súťažné podklady a kto sa predmetných verejných obstarávaní zúčastní. S poukazom na uvedené je podľa ich názoru vylúčené, aby podnikatelia medzi sebou uzatvorili akúkoľvek dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž, na podklade ktorej by vedeli zabezpečiť víťazstvo niektorej zo spoločností vo verejnom obstarávaní ako vopred určeného víťaza.

84. Žalovaný k tomuto uviedol, že z dokumentácie, ktorú má k dispozícii, jednoznačne nevyplýva, že by účastníkov konania vyzývali na predloženie ponúk podľa § 100 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní samotní obstarávatelia, nakoľko žiaden z nich to nepotvrdil. Naopak, na otázku žalovaného vo väčšine prípadov uviedli, že spoločnosti M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. oslovil organizátor predmetných verejných obstarávaní, t. j. spoločnosť E-aukcie, aj keď táto to poprela. Žalovaný zároveň konštatuje, že opakované vyzývanie účastníkov konania na predloženie ponúk v zmysle § 100 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní im nepripisuje na ťarchu. Žalovaný ďalej zastal názor, že účastníci konania predpokladali, že práve oni budú vyzývaní na predkladanie ponúk podľa § 100 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, najneskôr potom, čo boli oslovení po prvý raz, t. j. v prípade verejných obstarávaní v Radvani nad Laborcom a v Kráľovskom Chlmci. Je to podľa neho logický predpoklad, aj vzhľadom na to, že tieto, ako aj ďalších päť predmetných verejných obstarávaní uskutočnených v krátkom časovom období po sebe organizovala spoločnosť E-aukcie, pričom žalovaný nevyklučuje ani možné kontakty tejto spoločnosti s účastníkmi konania predchádzajúce predmetným verejným obstarávaniam. Žalovaný mal za to, že vedomosť účastníkov konania o tom, že budú opakovane vyzývaní na predkladanie ponúk v predmetných verejných obstarávaníach, ich motivovala uzatvoriť protisúťažnú dohodu s cieľom navýšenia ponukovej ceny, a to napriek tomu, že sa nedalo vylúčiť, že ponuku podajú aj iní záujemcovia. V prípade kartelových dohôd nie je vo všeobecnosti nevyhnutné, aby sa dohodli všetci účastníci na trhu, resp. všetci potenciálni záujemcovia o účasť v tendroch. V prípade verejných obstarávaní/verejných súťaží sa v takom prípade môže znížiť pravdepodobnosť víťazstva člena kartelu, ale vždy existuje možnosť, že súťaže sa zúčastnia len účastníci kartelovej dohody, príp. ďalší uchádzač ponúkne ešte vyššiu cenu. Žalovaný je presvedčený, že nepriame dôkazy, ktoré získal v priebehu prešetrovania, resp. správneho konania, potvrdzujú uzatvorenie protisúťažnej dohody vo forme praktiky bid - rigging, napriek tomu, že existovala možnosť účasti aj ďalších záujemcov v predmetných verejných súťažiach.

85. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. na svoju obhajobu ďalej uviedli hoci sa môže jednať o kvázi rovnaký predmet stavebných prác - „Výstavba multifunkčného ihriska“, v každom jednom prípade je potrebné zohľadniť určité špecifiká, ktoré možno rozdeliť do viacerých skupín: (i) požiadavky konkrétneho verejného obstarávateľa; (ii) osobitné vlastnosti stavby (multifunkčného ihriska) a osobitné špecifiká miesta, na ktorom má byť stavba umiestnená; (iii) osobitosti na strane uchádzača. Podľa účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. mal každý z verejných obstarávateľov na predmet verejného obstarávania iné (hoc obdobné) podmienky. V prvom rade, podľa MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., je to cena hodnoty zákazky, ktorú by súťažná ponuka nemala prekročiť, aby bol uchádzač v konaní úspešný. V jednotlivých verejných obstarávaníach bola predpokladaná hodnota zákazky v

prípade verejných obstarávaní obce Ďapalovce a obce Demjata stanovená na 45000 eur bez DPH, vo zvyšných verejných obstarávaníach vo výške 70000 eur bez DPH. V druhom rade, podľa MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., boli odlišne stanovené požadované rozmery viacúčelového ihriska, kedy v prípade verejných obstarávaní obce Rudno nad Hronom, Radvaň nad Laborcom, obce Hriadky a mesta Kráľovský Chlmec boli stanovené rozmery na 18,0 m x 33,0 m; v prípade verejných obstarávaní obce Ďapalovce a obce Demjata boli stanovené rozmery na 13,0 m x 25,0 m a v prípade verejného obstarávania mesta Snina boli stanovené rozmery na 20,0 m x 40,0 m. V treťom rade, podľa účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., mala vplyv na cenu aj vzdialenosť miesta realizácie od sídla uchádzača, keď síce všetky tri spoločnosti sídlia zhodne v Bratislave a hoci miesto plnenia zákazky je spravidla vo vzťahu k jednotlivým verejným obstarávaniam v obdobnej lokalite, je podľa nich potrebné si uvedomiť, že aj zjavne malé vzdialenostné rozdiely majú vplyv na vzniknuté náklady, nakoľko je potrebné vziať v úvahu, že dôjde jednak k presunu pracovníkov uchádzača, ako aj k presunu strojovej techniky a vybavenia. V týchto prípadoch je podľa nich rovnako potrebné zvážiť možné vzniknuté náklady a otázku využitia externých pracovníkov, či využitie subdodávateľských firiem, ktoré majú rovnako vplyv na výslednú cenu a to najmä zohľadňujúc prípady, ak by bol ten istý uchádzač úspešný vo viacerých konaniach a lehota realizácie prác by bolo obdobná. Konečnú cenu ďalej v štvrtom rade, podľa účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., ovplyvňuje aj miesto realizácie predmetu stavebných prác a spôsob realizácie, čo sa napokon premietne do cien jednotlivých zložiek, a preto možno v niektorom konaní vyfakturovať sumu za konkrétnu položku na 5 eur a v inom na 13 eur. Podľa účastníkov konania ďalej cena súčasne závisí od podmienok danej lokality, ako napr. od prírodných podmienok, dopravných podmienok, infraštruktúry a v súvislosti s tým aj od otázky odlišnej potreby dispozičného, konštrukčného a prevádzkového riešenia, či už stavebných prác alebo použitých komponentov. Každá oblasť môže mať totiž podľa nich a aj má reálne odlišný druh a konzistenciu zeminy a podľa toho sa prihliada aj na obtiažnosť výkonu samotných výkopových prác, hĺbenia, či odkopávok. Uvedené rovnako súvisí aj s výkonom prác, ako sú betónovanie, či osádzacie práce. S poukazom na uvedené preto nemožno podľa ich názoru považovať za správne, ak žalovaný vytrhne čiastkové položky z kontextu jednotlivých cenových ponúk zaslaných uchádzačmi a neprihliada na problematiku stanovovania cien za stavebné práce v celom kontexte zohľadňujúc jednotlivé špecifiká. Ak žalovaný poukazoval na fakt, že jednotlivé diametrálne rozdiely sú predovšetkým v časti „Stavebných prác“, je nutné podľa nich podotknúť, že tieto sú najrozsiahlejšou časťou cenových ponúk a práve stavebné práce vo svojich podkategóriách predstavujú najväčší priestor pre ovplyvnenie konečnej ceny súťažnej ponuky.

86. Žalovaný na argumenty účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vyššie, ktoré by mali odôvodniť výrazné kolísanie cien položiek výkazov výmer medzi jednotlivými obstarávaniami, uviedol, že predpokladaná hodnota zákazky, rozmery ihriska, vzdialenosť miesta realizácie od sídla účastníkov konania - ktorá bola vo väčšine prípadov obdobná - či prírodné a dopravné podmienky a infraštruktúra miesta realizácie stavby, ako aj ďalšie uvádzané faktory nemôžu vysvetľovať skutočnosť, že ceny tých istých položiek predovšetkým stavebných prác sa v jednotlivých obstarávaníach u každého uchádzača bežne líšili rádovo o stovky až tisícky percent. Žalovaný poukázal aj na skutočnosť, že všetci účastníci konania sa vyjadrili, že pri príprave svojich ponúk vychádzali aj zo softvérov na oceňovanie stavebných prác. Táto skutočnosť je však podľa neho v protiklade s existenciou veľkých cenových rozdielov medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami. V snahe zohľadniť argumenty o údajných špecifikách jednotlivých lokalít, ktoré mali mať tiež vplyv na ceny

položiek stavebných prác vo výkazoch výmer (ktoré MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. považujú za jediné, v ktorých sa môžu odlíšiť od konkurencie) žalovaný preveril v dokumentáciách jednotlivých verejných obstarávaní, či verejní obstarávatelia využili inštitút „obhliadky miesta stavby“, (resp., či si záujemcovia obhliadku miesta realizácie zákazky od verejného obstarávateľa v lehote na predkladanie ponúk vyžiadali), ktorý by mohol potvrdiť tvrdenia účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. o zohľadnení osobitostí a špecifik miest, na ktorých mali byť stavby (multifunkčné ihriská) umiestnené. Ani jedna z dokumentácií 7 verejných obstarávaní neobsahuje zápis z obhliadky miesta stavby a ani žiadnu zmienku o obhliadke miesta stavby. Žalovaný preto považuje odôvodnenia špecifik cien jednotlivých stavebných prác odvolávajúce sa na osobitné vlastnosti tej - ktorej stavby a osobitné špecifiká toho - ktorého miesta, na ktorom má byť stavba umiestnená zo strany MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. za čisto teoretické, účelovo vykonštruované a ničím nepodložené, keďže ani v jednom zo 7 verejných obstarávaní nebol inštitút obhliadky miesta stavby využitý. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. tak žiadnym hodnoverným spôsobom nepreukázali, že miesto realizácie stavby pred podaním cenovej ponuky skutočne obhliadli a vykonali prieskum podlažia budúceho multifunkčného ihriska, ktoré by vykonať mali, pokiaľ by pri naceňovaní svojich ponúk skutočne hodlali zohľadniť špecifiká, na ktoré sa vo svojom vyjadrení k Výzve odvolávajú. Žalovaný v tejto súvislosti konštatuje, že vo výkazoch výmer jednotlivých verejných obstarávaní boli zohľadnené lokálne špecifiká vo forme verejnými obstarávateľmi stanovenými celkovými požadovanými objemami prác v príslušných merných jednotkách, pričom uchádzači mali zadať iba jednotkové ceny jednotlivých položiek a celkovú cenu po vynásobení nimi zadaných jednotkových cien s príslušným množstvom jednotlivých merných jednotiek.

87. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. rovnako ako účastník konania M.Cup s.r.o. namietali, že je prirodzené, že podnikatelia podnikajúci v rovnakom odvetví majú vedomosť o svojich konkurentoch, a preto spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., ako osoby znalé trhových podmienok, využili ekonomickú stratégiu, keď pri prieskume jednotlivých stavebných spoločností (do úvahy pripadajúcich konkurentov) zameriavajúcich sa na výstavbu ihrísk prihliadali k cenovým ponukám uverejneným konkurenčnými spoločnosťami na webových stránkach týchto spoločností, vrátane spoločnosti M.Cup s.r.o.

88. Žalovaný k tomu uviedol, že súčasná verzia vzorového rozpočtu výstavby multifunkčného ihriska (vzorový výkaz výmer) M.Cup s.r.o. sa z hľadiska jednotlivých položiek výrazne líši - má oveľa menej položiek - v porovnaní s výkazmi výmer v predmetných verejných obstarávaníach. Žalovaný si tak zastal názor, že vzorový rozpočet spoločnosti M.Cup s.r.o. uverejnený na webovej stránke spoločnosti M.Cup s.r.o. nemôže ani čiastočne vysvetliť skutočnosti namietané žalovaným v súvislosti s cenovými ponukami uchádzačov. Na námietku účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., že vedeli predpokladať, v ktorých položkách budú ponukové ceny uchádzačov v predmetných obstarávaníach obdobné až zhodné a kde by sa mohli od svojich konkurentov odlíšiť, pričom sa jedná o prirodzený paralelný postup, žalovaný skonštatoval, že to nijako nevysvetľuje anomáliu v cenových ponukách uchádzačov. Žalovaný znovu zdôraznil, že v tomto konaní protisúťažné správanie vyvodzuje, okrem iného, na základe skutočnosti, 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.

89. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. uviedli, že hoci žalovaný namieta údajné koluzívne správanie medzi účastníkmi konania aj v časti stavebné práce, zhoda medzi všetkými troma účastníkmi konania v tejto časti je pri zohľadnení pomeru celkového počtu položiek a položiek, ktoré všetci traja účastníci konania nacenili v rovnakej výške, veľmi nízka, a tak de iure zanedbateľná. Účastníci konania vyčíslili percento zhody v cenových položkách ponúk účastníkov konania v časti „Stavebné práce“, pričom priemerné percento zhody je len vo výške 25,19%. To podľa nich jednoznačne nesvedčí o koluzívnom správaní účastníkov konania, ich koordinácii, či komunikácii medzi nimi o výške cenových ponúk zaslaných do posudzovaných verejných obstarávaní. Zhoda v cenových položkách medzi minimálne dvoma účastníkmi konania, teda či už vo vzťahu k spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. alebo spoločnosti RECORD TK spol. s r.o., len v dvoch prípadoch presahuje zhodu 90% (verejné obstarávanie obce Radvan nad Laborcom a verejné obstarávanie mesta Kráľovský Chlmec).

90. Žalovaný sa k tejto námietke vyjadril tak, že berie na vedomie skutočnosť, že v rámci technologických celkov iných ako stavebné práce ponukové ceny uchádzačov v obstarávaniach ovplyvňujú aj ceny, za ktoré nakúpili určitý materiál alebo príslušenstvo. Túto skutočnosť možno do istej miery pozorovať predovšetkým v rámci technologických celkov „Športový povrch“ (3 položky v prípade verejného obstarávania v Kráľovskom Chlmcí, v iných len 2 položky) a „Príslušenstvo k ihrisku“ (podľa jednotlivých verejných obstarávaní 4 - 5 položiek), kde sa cenová anomália vyskytuje menej. To však neplatí pre technologický celok „Mantinelový systém“, ktorý obsahuje 38 položiek. Tu sa anomália zhodne sa vyskytujúcich ponukových cien jednotlivých položiek vyskytuje často. Niektoré vypuklé príklady žalovaný uviedol vo svojom rozhodnutí. Žalovaný pokračoval, že priemerné percento zhody cien v rámci všetkých verejných obstarávaní nie je z jeho pohľadu podstatné, nakoľko tento prípad žalovaný neposudzoval z pohľadu indexácie, pretože má iný charakter a žalovaný pri jeho posudzovaní vychádzal z kontextu ďalších súvisiacich skutočností. Napriek tomu v súvislosti s technologickým celkom „Stavebné práce“ žalovaný poukázal na skutočnosť, že napr. v rámci verejných obstarávaní v Rudne nad Hronom, v Ďapalovciach, v Demjate, v Radvani nad Laborcom a Kráľovskom Chlmcí sa percento zhody u aspoň dvoch uchádzačov pohybovalo od 59% do 100%. V Radvani nad Laborcom sa pritom ponukové ceny všetkých troch uchádzačov zhodovali v 78% položiek. V žiadnom prípade sa teda nedá hovoriť o zanedbateľnej zhode.

91. Ďalej podľa účastníkov konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. dal žalovaný vo Výzve do pozornosti aj zhodu cien zo strany účastníkov konania v jednotlivých položkách zahrnutých v časti „Mantinelový systém“, kde sa vo viacerých čiastkových úkonoch objavuje zhoda medzi všetkými troma účastníkmi konania. Hoci sa v globále ceny medzi všetkými troma spoločnosťami môžu zdať zhodné, je potrebné podľa nich prihliadnuť na tú skutočnosť, že cena za jednotlivé komponenty je v mnohých prípadoch konštantná. Znova zopakovali, že uvedené je opätovne len logickým dôsledkom toho, že spoločnosti vychádzali jednak zo softvérov pre oceňovanie stavebných prác a jednak spoločnosť M.Cup s.r.o. mala v čase verejných obstarávaní na svojom webovom sídle uverejnený rozpočet prác a príslušenstva. Taktiež je podľa nich si potrebné uvedomiť, že spoločnosti sídlia v rovnakom meste (Bratislava), a preto je vysoko pravdepodobné, že v mnohých prípadoch pokiaľ ide o samotné komponenty, spolupracujú so zhodnými subdodávateľmi, resp. že cenová relácia jednotlivých komponentov medzi viacerými subdodávateľmi je relatívne obdobná, či zhodná.

92. Žalovaný k vyššie uvedenej námietke znova uviedol, že verzia vzorového rozpočtu výstavby multifunkčného ihriska sa výrazne líši od výkazov výmer v predmetných verejných obstarávaniach. Konkrétne technologický celok „Mantinelový systém“ dostupný na webovej

stránke spoločnosti M.Cup s.r.o. obsahuje 9 položiek, pričom výkazy výmer v predmetných verejných obstarávaniach v rámci tohto technologického celku obsahovali až 38 položiek. Všetci uchádzači pritom ponúkli v jednotlivých obstarávaniach rovnakú cenu v desiatkach položiek tejto technologickej časti, čo podľa žalovaného nie je možné vysvetliť len zverejnením cien na webovej stránke. Skutočnosť, že všetci účastníci konania majú sídlo v Bratislave, nevysvetľuje podľa neho skutočnosť tvrdené žalovaným, predovšetkým existenciu cenových anomálií, a to aj v súvislosti s technologickým celkom „Mantinelový systém.“

93. Účastníkom konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nebolo zrejme v čom žalovaný videl údajnú koordináciu postupu spoločností v časti „Ostatné“, nakoľko jeden z troch uchádzačov (podnikateľ M.Cup s.r.o.) predložil všetky vyžadované potvrdenia a zvyšní dvaja podnikatelia naopak využili svoje právo nahradiť niektoré z požadovaných dokladov čestným vyhlásením. Uvedené umožňuje jednak samotný zákon o verejnom obstarávaní a tiež aj verejný obstarávateľ v zadaných súťažných podmienkach. Predmetnú argumentáciu preto nemožno podľa nich považovať za logickú a relevantnú. Ďalej pokračovali, že zoznam predložených dokumentov zo strany oboch účastníkov konania sa v tejto časti obmedzuje najmä na identifikačné údaje, niekoľko čestných vyhlásení a výpis zo zoznamu podnikateľov. V danom prípade sa jedná v podstate o štandardizované dokumenty, na podklade ktorých nemožno prijať záver o koordinácii postupu spoločností, 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. Možno podľa nich v danom prípade uviesť, že charakter čestného vyhlásenia má určitú zaužívanú formu, podobu, pričom jednotlivé vzory čestných vyhlásení sú voľne verejne dostupné či už na úradoch, webových stránkach rôznych inštitúcií, či voľne prístupné v globále na internete. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. uviedli, že samotný verejný obstarávateľ v meste Snina naformuloval svoje požiadavky v časti „Ostatné“ týkajúce sa znenia čestných vyhlásení tak, že možno nesporne konštatovať, že znenie predložených čestných vyhlásení, na ktoré poukázal žalovaný, je takmer absolútne doslovne totožné so súťažnými podmienkami a to vrátane čiarok, či prípadných veľkých a malých písmen. Preto podľa nich nemožno dať za pravdu záverom žalovaného, že súťažné podklady síce obsahovali niektoré z použitých formulácií, avšak nie v takej forme a tak detailne, aby to vysvetľovalo vyššie uvedenú zhodu v dokumentácii predloženej účastníkmi konania v časti „Ostatné“. Navyše majú za to, že z obsahu spisu je zrejme, že 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 (pozn. rovnakú námietku vzniesol aj účastník konania M.Cup s.r.o., keďže sa ale netýkala priamo jeho, kasačný súd ju pre stručnosť textu uvádza len v tejto časti).

94. Žalovaný k vyššie uvedenej námietke uviedol, že za ďalšiu indíciu protisúťažného konania nepovažoval skutočnosť, že uchádzači MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. požadované potvrdenia nahradili čestnými vyhláseniami o splnení podmienok súťaže. Vo svojej argumentácii však poukázal na zhodné formulácie a vzhľad týchto čestných vyhlásení u oboch uchádzačov. Žalovaný v tejto súvislosti tiež uviedol, že súťažné podklady, napr. v meste Snina, neobsahovali úplne zhodný text, ako čestné vyhlásenia MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., vrátane čiarok a veľkých a malých písmen. Text čestných vyhlásení mohol byť ovplyvnený formuláciami v súťažných podkladoch, avšak rovnako dôležité bolo aj rozloženie textu v dokumentoch, používanie interpunkčných znamienok a pod. To, že dátumy uvedené na dokumentoch sa odlišovali, podobne ako font písma nie je z pohľadu žalovaného rozhodujúce.

95. Ďalej účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. namietali, že pre ilustráciu vo verejnom obstarávaní obce Demjata (a obdobne aj v ostatných posudzovaných verejných obstarávaniach) je v časti B. súťažných podkladov konkretizované, že ponuka uchádzača musí obsahovať podrobný technický popis realizácie mantinelového systému viacúčelového ihriska, kde sa v piatich bodoch - odrážkach definuje, čo má byť obsahom technického popisu, in concreto použitý druh materiálu na povrch ihriska a mantinelový systém, montáž, typ ochrannej siete a vstup na ihrisko, čo MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. dodržali.

96. Žalovaný v súvislosti s tvrdeniami MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. uviedol, že obstarávateľ v súťažných podkladoch požadoval podrobný technický popis realizácie mantinelového systému viacúčelového ihriska. Požiadavky boli vyjadrené v piatich bodoch, ale MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ich podľa žalovaného nedodržali. Obstarávateľ napr. hneď v prvom bode požadoval popis použitého materiálu na športový povrch ihriska - typ umelého trávnik a jeho špecifické parametre. Túto základnú podmienku verejného obstarávateľa uchádzači, s výnimkou spoločnosti M.Cup s.r.o., nesplnili. Podobne neuviedli napr. ani postup výmeny ochranných sietí, ktorý mal byť taktiež obsiahnutý v technickom popise. V žiadnom prípade nemožno teda tvrdiť, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. dodržali požiadavky verejného obstarávateľa, nakoľko predložili len útržkovitý dokument, z ktorého obstarávateľ nemohol posúdiť kvalitu realizácie výstavby multifunkčného ihriska. A nie je možné podľa žalovaného ani argumentovať, že zhoda dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela - Mantinelový systém" u obidvoch uchádzačov nastala v dôsledku formulácie požiadaviek verejného obstarávateľa v súťažných podkladoch. Žalovaný tiež uviedol, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. úplne zhodne v prvých dvoch verejných obstarávaniach, ako nepopierateľne vyplýva z ich vlastných tvrdení vo vyjadrení k Výzve, na základe kontroly kompletnosti predkladanej ponuky dodatočne rukou očíslovali strany cenovej ponuky, aby sa vyhli riziku vylúčenia svojich ponúk z obstarávania verejným obstarávateľom, a napriek tomu už pri predkladaní súťažných ponúk v ďalších 5 verejných obstarávaniach (s termínmi 14., 15. a 23. októbra 2014) strany v predkladaných súťažných ponukách neočíslovali vôbec, za jasný, relevantný a nespochybniteľný dôkaz toho, že pri predkladaní súťažných ponúk postupovali koordinovane a ich ponuky boli len krycie. Žalovaný dal do pozornosti aj skutočnosť, že pismo, ktorým boli dodatočne očíslované strany v ponukách uchádzačov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v prípade verejných obstarávaní v Radvani nad Laborcom a v Kráľovskom Chlmci javí známky zhody.

97. Žalovaný sa tiež vyjadril, že relevantné nepriame dôkazy o koordinácii podnikateľov v procese tvorby a predkladania súťažných ponúk sú podporené aj ďalším relevantným nepriamym dôkazom, a to nepredložením vzoriek navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe multifunkčného ihriska podnikateľmi MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o., hoc predloženie takýchto vzoriek bolo obligatórnou povinnosťou uchádzačov v zmysle súťažných podkladov. V súvislosti s nesprávne napísaným menom konateľa spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. žalovaný zistil, že písmeno „l" chýba aj v podpisoch pri jeho mene na dokumentoch v ponukách, pričom zároveň podpis konateľa spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o., ktorý má žalovaný k dispozícii na Dohode o plnej moci, ako aj na ponukách predložených spoločnosťou MPL STAVING spol. s r.o. v iných verejných obstarávaniach (ktoré nie sú predmetom tohto konania, ale žalovaný ich získal v súlade so zákonom) je diametrálne odlišný od jeho údajných podpisov v ponukách do predmetných verejných obstarávaní. Žalovaný považuje takto získaný nepriamy dôkaz za

dostatočne relevantný, vierohodný a jednoznačný vo vzťahu k preukázaniu, že ponuky predložené do dotknutých 7 verejných obstarávaní nepodpísala osoba oprávnená konať v mene spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o., teda Ing. Peter Fillo. Podľa žalovaného všetky tieto vyššie uvedené skutočnosti potvrdzujú závery žalovaného, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. podali len krycie ponuky, pričom tieto ponuky boli s najväčšou pravdepodobnosťou vypracované tou istou osobou/subjektom. Žalovaný túto časť zhrnul tak, že posudzoval všetky indície, ktoré mal k dispozícii vo vzájomných súvislostiach. Takto pristupoval aj k vyššie uvedeným zisteniam, t. j. k faktu, že obidvaja uchádzači očíslovali rukou svoje ponuky v tých istých dvoch verejných obstarávaní, ako aj k faktu, že ponuky účastníka konania MPL STAVING spol. s r.o. obsahovali vo všetkých obstarávaní na všetkých dokumentoch nesprávne napísané meno konateľa spoločnosti. Žalovaný tak tieto skutočnosti neposudzoval izolovane, ale v kontexte s ďalšími okolnosťami prípadu a dospel k záveru, že zapadajú do „mozaiky“ tohto prípadu.

98. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ďalej podotkli, že z protokolov o výsledku kontroly dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní vypracovaných ÚVO vyplynulo, že verejní obstarávatelia vo všetkých verejných obstarávaní pochybili, keď v rámci vyhodnotenia ponúk uchádzačov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nezohľadnili skutočnosť, že nepredložili vzorky navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska, napriek tomu, že v zmysle súťažných podkladov uchádzači mali povinnosť predmetné vzorky predložiť. ÚVO skonštatovalo, že v danom prípade to bol kontrolovaný subjekt (konkrétny verejný obstarávateľ), kto postupoval v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní v rámci vyhodnotenia uchádzačmi predložených ponúk a tým súčasne postupoval v rozpore s princípom transparentnosti. V zmysle zákona o verejnom obstarávaní mala príslušná komisia pri vyhodnocovaní ponúk písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky vo vzťahu k absencii vzoriek navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. ďalej uviedli, že nedopatrením opomenuli zaslať spolu so súťažnými ponukami aj požadované vzorky, pričom ak by na túto skutočnosť boli zo strany verejného obstarávateľa upozornení toto nedopatrenie by odstránili a ozrejmili. Podľa účastníkov konania verejný obstarávateľ mal podľa zákona o verejnom obstarávaní rovnako tak možnosť vylúčiť z verejného obstarávania uchádzača nespĺňajúceho podmienky. Nesprávne konanie zo strany verejných obstarávateľov a fakt, že svojím konaním porušili zákonné ustanovenia, im tak nemôže byť pripisovaná na ťarchu. Akékoľvek závery zo strany žalovaného o údajnom nepriamom dôkaze deklaráciou predkladanie krycích ponúk zo strany MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. sú len ničím nepodloženou hypotézou, špekuláciou a domnienkou (pozn. rovnakú námietku vzniesol aj účastník konania M.Cup s.r.o., keďže sa ale netýkala priamo jeho, kasačný súd ju pre stručnosť textu uvádza len v tejto časti).

99. Žalovaný k námietkam ohľadne záverov ÚVO uviedol, že odmieta tvrdenia, že jeho závery nie sú ničím podložené. Žalovaný vo Výzve len skonštatoval, že protokoly ÚVO o výsledku dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní preukazujú pochybenie verejného obstarávateľa, ktorý nezohľadnil skutočnosť, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nepredložili vzorky materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska. Zároveň žalovaný skonštatoval, že táto skutočnosť - nepredloženie vzoriek - predstavuje ďalší nepriamy dôkaz, ktorý potvrdzuje, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. podali len krycie ponuky a vedeli, že v predmetných verejných obstarávaní nezvíťazia. Na týchto svojich záveroch žalovaný naďalej trvá. Skutočnosť, že ÚVO nekonštatovalo ovplyvnenie výsledkov verejných obstarávaní, je podľa žalovaného z hľadiska merita prípadu irelevantná,

nakoľko kontrola ÚVO bola zameraná na správnosť postupu verejných obstarávateľov v predmetných obstarávaníach a nie na prípadné protisúťažné dohody uchádzačov.

100. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vo všeobecnosti k nepriamym dôkazom zastali názor, že žalovaný nedisponuje žiadnymi relevantnými priamymi dôkazmi či nepriamymi dôkazmi, ktoré tvoria logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom sa dopĺňajúcich a na seba nadväzujúcich dôkazov, ktoré by bez akýchkoľvek pochybností preukazovali, že účastníci konania prejavili vôľu koordinovať svoje správanie pri účasti a predkladaní ponúk v predmetných posudzovaných verejných obstarávaníach a zároveň, že by zhromaždené podklady tvorili taký ucelený súbor dôkazov, o ktoré by žalovaný mohol jednoznačne a nevyvrátiteľne oprieť záver, že zo strany účastníkov konania došlo k porušeniu zákona. Podľa účastníkov konania sa žalovaný nesprávne domnieval, že oni sú tí, ktorí boli zaťažení dôkazným bremenom a ktorí sú povinní predostrieť hodnovernú obranu. Účastníci konania zastali názor, že je to naopak žalovaný, ktorý znáša dôkazné bremeno a dôkaznú povinnosť na úseku ochrany hospodárskej súťaže, pričom odkázali na ustálenú rozhodovaciu prax.

101. Žalovaný k vyššie uvedenej námietke uviedol, že tvrdenie účastníkov konania vo vzťahu k získaným nepriamym dôkazom je nepravdivé, nezodpovedá skutočnostiam obsiahnutým v administratívnom spise, pretože žalovaný zistené nepriame dôkazy (uvedené v jeho rozhodnutí v časti 4. „Opis skutkových okolností“) riadne preukázal a v spojení s ustálenou judikatúrou (v jeho rozhodnutí v časti 6. Právne posúdenie) dostatočne odôvodnil. Žalovaný si tak stojí za tým, že ním zistený súbor nepriamych dôkazov je dostatočne relevantný a objektívne postačujúci na preukázanie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž uzavretej medzi všetkými účastníkmi konania. Ďalej žalovaný pokračoval, že si je vedomý, že v zmysle čl. 2 Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 („bremeno dokazovania porušenia článku 101 alebo článku 102 Zmluvy znáša strana alebo orgán, ktorý túto námietku vzniesol“) ako i ustálenej rozhodovacej praxe je on tým, kto znáša dôkazné bremeno a dôkaznú povinnosť na úseku ochrany hospodárskej súťaže. Žalovaný zároveň konštatuje, že zaťaženie účastníkov konania dôkazným bremenom vo výzve uviedol dvakrát: (i) v bode 147 Výzvy v súvislosti s prípadnou aplikáciou § 6 ods. 1 zákona („Ak účastník konania tvrdí, že sa na jeho konanie alebo činnosť vzťahuje § 4 ods. 2 alebo ods. 5 alebo § 5, je povinný túto skutočnosť žalovanému preukázať.“), resp. čl. 2 Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 („Podnik alebo združenie podnikov nárokuje si výhody článku 101 ods. 3 Zmluvy znáša dôkazné bremeno splnenia podmienok uvedeného odseku.“), (ii) v bode 111 Výzvy v časti Zhrnutie predbežných záverov žalovaného, po tom ako predostrel rozhodujúci dôkaz o protisúťažnom konaní účastníkov konania a ďalšie nepriame dôkazy, ktoré k rozhodujúcemu dôkazu pristupujú. Opierajúc sa o európsku judikatúru žalovaný skonštatoval, že 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 žalovaný. Žalovaný na podporu správnosti svojho tvrdenia opretého o ustálenú európsku judikatúru poukázal aj na rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5 Sžh 2/2015 z 2. novembra 2016.

102. V súvislosti s odklonom od ustálenej rozhodovacej praxe, účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vo svojom vyjadrení poukázali na viacero prípadov, v ktorých žalovaný právoplatne zastavil konania v zmysle § 32 ods. 2 písm. g) zákona č. 136/2001 Z. z., keďže nemal k dispozícii dostatočné dôkazy, ktoré by svedčili o preukázateľnej existencii protisúťažného správania aj s uvedením percenta cenovej zhody v

ponukách uchádzačov porušujúceho hospodársku súťaž. Taktiež poukázali aj na prípady, v ktorých žalovaný právoplatne zastavil konania v zmysle § 32 ods. 2 písm. c) cit. zák., keďže na podklade zistených skutočností dospel k záveru, že dôvod pre začatie konania nebol daný.

103. Žalovaný k predmetnej námietke uviedol, že pri rozhodovaní v predmetnom spojenom správnom konaní dbal na to, aby v rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely, a preto pri rozhodovaní zohľadňoval precedenčnú zásadu. V súvislosti so správnymi konaniami zastavenými podľa § 32 ods. 2 písm. g) vyššie cit. zák. žalovaný uviedol, že tieto konania nezastavil z dôvodu nedostatočnej „frekvencie“ indexov, ale z dôvodu, že sa nedalo vylúčiť, že uchádzačom vo verejných obstarávaníach mohli byť bez ich zavinenia rôznymi spôsobmi prístupnené ponuky konkurentov. Uvádzané konania zastavené podľa § 32 ods. 2 písm. c) zákona neboli skutkovo zhodné alebo obdobné s týmto správnym konaním, a teda v súvislosti s nimi nemožno namietat' neaplikovanie precedenčnej zásady. Podľa žalovaného tak možno uzavrieť, že k zastaveniu uvedených správnych konaní, bez ohľadu na percento cenovej zhody zistených indexov, došlo z dôvodu dôkaznej núdze, čo však podľa žalovaného nebol prípad tohto správneho konania. Žalovaný mal za to, že v tomto konaní majú zistené vzájomne sa dopĺňajúce a na seba nadväzujúce nepriame dôkazy dostatočnú relevanciu na preukázanie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž uzatvorenej medzi účastníkmi konania. Keďže žalovaný nemal pochybnosť o dostatočnom preukázaní protisúťažného správania účastníkov konania, nevidel ani dôvod na zastavenie konania.

104. Účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vo svojom vyjadrení namietali aj zásadu in dubio pro reo a in dubio pro mitius, keď k definícii správneho deliktu uviedli, že výrok rozhodnutia žalovaného neobsahuje obligatórne zákonné náležitosti výroku v zmysle ustálenej judikatúry (rozhodnutie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 8 Sžo 28/2007) a to miesto, čas a spôsob spáchania správneho deliktu vo vzťahu ku všetkým účastníkom konania. Taktiež podľa nich nie je možné vzhľadom k absencii relevantných a kredibilných dôkazov vo vzťahu k jednotlivým posudzovaným verejným obstarávaniam ustáliť, a tým nemožno dôjsť k záveru, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. uzatvorili sedem samostatných dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž, a teda spáchali sedem samostatných správnych deliktov.

105. Žalovaný k uvedenej námietke nedostatku definovania miesta, času a spôsobu spáchania správneho deliktu (uzatvoreniu dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž v siedmich verejných obstarávaníach) vo výroku rozhodnutia uviedol, že pre posúdenie prípadu nebolo nevyhnutné ustáliť presné miesta a časy, kde a kedy sa uchádzači predmetných verejných obstarávaní dohodli na vzájomnej koordinácii pri predkladaní súťažných ponúk s cieľom umožniť víťazstvo vopred vybraného uchádzača a ani detaily akým spôsobom sa dohodli. Takýto postup vyplýva aj z ustálenej európskej judikatúry (rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 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), ktorá sa vzťahuje aj k preukazovaniu dôkazu porušenia pravidiel hospodárskej súťaže a ktorá uvádza: „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 vyvodiť 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."

106. K výške pokuty účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. rovnako ako účastník M.Cup s.r.o. namietli, že žalovaný pri výpočte pokuty vychádzal z celkovej hodnoty zákaziek v predmetných verejných obstarávaniach, keď tento údaj použil spolu so zodpovedajúcou DPH, čo je v rozpore s Metodickým pokynom, ako aj s judikatúrou Súdneho dvora EÚ. Žalovaný túto námietku o nesprávnom zarátaní DPH do hodnoty verejných obstarávaní akceptoval a pokutu upravil (pozn. v bodoch 55 a 56 je uvedená pokuta už po zohľadnení tejto pripomienky a jej úprave).

107. Ďalej sa účastníci konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. vyjadrili k stanovenej percentuálnej výške za závažnosť porušenia, ktorá mala vplyv na výpočet pokuty. Uviedli niekoľko príkladov, keď žalovaný stanovil percento závažnosti za praktiku bid rigging vo výške 5%, resp. 6%. Účastníci konania tak považujú určenie percenta závažnosti vo výške 15% vo Výzve za arbitrárne, ako aj v rozpore s precedenčnou zásadou, a preto je podľa nich stanovená výška 15% závažnosti za porušenie zákona mimo rámec zákonnej správnej úvahy.

108. Podľa žalovaného obdobnú námietku uviedol aj účastník konania M.Cup s.r.o. vo svojom vyjadrení k Výzve. Zopakoval, že v odôvodnených prípadoch zvyšuje oproti minulosti koeficient miery závažnosti porušovania zákona. Opakovane spomenul napr. rozhodnutie č. 2018/DOH/POK/1/7 z 11. apríla 2018, v ktorom stanovil koeficient závažnosti za porušenie zákona zahŕňajúce aj praktiku bid rigging vo výške 10% alebo rozhodnutie č. 16/2017/OKT-2017/KH/1/1/023 z 23. augusta 2017, v ktorom za porušenie zákona opäť za praktiku bid rigging určil koeficient závažnosti vo výške 20%. V prípade predmetného správneho konania sa teda podľa neho nedá hovoriť o výraznom odklone od jeho rozhodovacej praxe v poslednej dobe. Zároveň znovu uviedol, že od 1. septembra 2018 je účinný nový Metodický pokyn, v ktorom žalovaný upravil metodiku výpočtu relevantného obratu v prípade praktiky bid - rigging, keď relevantným obratom môže byť hodnota víťaznej ponuky. Z tohto dôvodu, žalovaný v takýchto prípadoch posudzuje pri ukladaní pokuty kritériá relevantného obratu a závažnosti vo vzájomných súvislostiach s cieľom dosiahnuť dostatočný odstrašujúci účinok pokuty.

109. Ďalej v súvislosti s pokutou účastníci konania namietli, že žalovaný neaplikoval kritérium dĺžky trvania protisúťažného konania pre jeho neúčelnosť. Podľa ich názoru takýto postup nemá žiadnu oporu v zákone alebo Metodickom pokyne, a to ani v prípade praktiky bid - rigging. Citovali bod 15 Metodického pokynu (platného do 31. augusta 2018). Podľa účastníkov konania na európskej úrovni má obdobné znenie bod 24 Usmernenia k metóde stanovenia pokút uložených podľa článku 23 ods. 2 písm. a) nariadenia č. 1/2003. Z uvedeného, ako aj rozhodovacej praxe Európskej komisie podľa nich vyplýva, že pri posudzovaní dĺžky trvania protisúťažnej dohody Európska komisia vždy berie do úvahy aj mesiace (niekedy dokonca dni), a teda v prípade kartelovej dohody v trvaní menej ako 6 mesiacov by znížila hodnotu pokuty o polovicu. Účastníci konania zastali názor, že z pohľadu dĺžky údajného protisúťažného konania ani jedna z údajných kartelových dohôd nepresiahla dĺžku 30 kalendárnych dní (počítajúc odo dňa zverejnenia výzvy na predkladanie ponúk až do dňa predloženia ponúk dotknutými podnikateľmi), t. j. nepresiahla šesť mesiacov, resp. nepresiahla ani len jeden mesiac. Podľa MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. žalovaný mal a bol povinný zohľadniť dĺžku trvania údajných kartelových dohôd pre účely správneho a zákonného výpočtu pokuty. V prípade akejkoľvek kartelovej dohody kratšej ako 6 mesiacov

je podľa nich nevyhnutné zobrať do úvahy iba polovicu sumy východiska pre výpočet pokuty. Rovnako je podľa nich neakceptovateľné, aby sa žalovaný bez žiadnej zákonnej opory pri výpočte pokuty rozhodol nesprávne aplikovať, resp. vôbec neaplikovať § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. V ustanovení § 38 ods. 3 cit. zák. sa uvádza, že „úrad pri ukladaní pokuty (.....) posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania." Z jazykového a logického výkladu je podľa nich zrejmé, že žalovaný má povinnosť (a nie možnosť) posúdiť dĺžku trvania porušovania zákona a znížiť súčet hodnôt víťazných ponúk bez DPH, ktoré predložil podnikateľ M. Cup o 1, resp. prenásobiť túto sumu koeficientom 0,08 (podľa mesiacov) pre účely výpočtu pokuty.

110. Žalovaný v tejto súvislosti uviedol, že kritérium dĺžky trvania porušovania zákona zohľadňuje objem tovarov, resp. služieb, ktoré boli v období protisúťažného konania podnikateľov zasiahnuté protisúťažnou praktikou. V prípade verejných obstarávaní, ako samostatných deliktov, nemá toto kritérium opodstatnenie. Relevantný obrat vypočítaný ako hodnota víťaznej ponuky dostatočne presne vystihuje množstvo tovarov a služieb zasiahnutých protisúťažným konaním. Žalovaný znovu poukazuje na nový Metodický pokyn účinný od 1. septembra 2018. Podľa bodu 19 tohto Metodického pokynu sa v odôvodnených prípadoch koeficient odrážajúci dĺžku porušenia zákona nebude aplikovať, a to napr. v prípadoch verejných obstarávaní, kde relevantný obrat bude predstavovať hodnotu víťaznej ponuky alebo predpokladanej hodnoty zákazky.

111. Poslednou zásadnou námietkou účastníkov konania bolo, že podľa bodu 18 Metodického pokynu (platného do 31. augusta 2018) medzi skutočnosťami, na základe ktorých žalovaný zníži pokutu je aj pasívne postavenie podnikateľa. Podľa bodu 26 tohto Metodického pokynu sa za pasívne postavenie podnikateľa považuje predovšetkým skutočnosť, keď podnikateľ len pasívne nasleduje aktivity vodcu pri porušení zákona. MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. tak v tejto súvislosti uviedli, že žalovaný pri výpočte pokuty vo Výzve zobral do úvahy skutočnosť, že všetky posudzované verejné obstarávania vyhrala spoločnosť M.Cup s.r.o., mala teda mať najväčší zisk z protisúťažného konania a byť iniciátorom domnejšej kartelovej dohody. Vzhľadom k uvedenému tejto spoločnosti žalovaný zvýšil základnú sumu pokuty o 50%. Účastníci konania tak zastávajú názor, že ak mala mať spoločnosť M.Cup s.r.o. pozíciu iniciátora, tak MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. museli mať pasívnu pozíciu, a teda iba nasledovať konanie vodcu. Uvedenú skutočnosť bol žalovaný povinný zohľadniť pri ukladaní pokuty účastníkom konania MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. Keďže žalovaný navýšil základnú sumu pokuty spoločnosti M.Cup s.r.o. o 50%, je podľa ich názoru taktiež rovnako povinný znížiť základnú sumu pokuty spoločnostiam MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. o rovnaké percento, t.j. 50% z dôvodu, že napĺňajú znaky poľahčujúcej okolnosti upravenej v bodoch 18 a 26 Metodického pokynu (platného do 31. augusta 2018), t.j. pasívne postavenie podnikateľa.

112. Žalovaný v reakcii na námietku vyššie uviedol, že znížil spoločnosti M.Cup s.r.o. koeficient za priťažujúcu okolnosť z 50% na 15%. Žalovaný ďalej pokračoval, že postavenie tejto spoločnosti ako iniciátora kartelovej dohody neznamená, že ostatní účastníci kartelu mali pasívne postavenie. Správanie MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. v súvislosti s predmetnými verejnými obstarávaniami podľa neho nemá v žiadnom prípade charakter pasívnej účasti. Naopak, aktívne sa všetkých týchto verejných obstarávaní zúčastňovali, predkladali ponuky, aj keď v žiadnom z nich nezvíťazili. Podľa žalovaného teda nebol dôvod znížiť im uloženú pokutu. Zároveň dodal, že v Metodickom pokyne účinnom od 1. septembra 2018 už pasívne postavenie podnikateľa nie je taxatívne uvedené medzi poľahčujúcimi okolnosťami.

Druhostupňové rozhodnutie žalovaného

113. Proti prvostupňovému rozhodnutiu žalovaného podali účastníci konania M.Cup s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. rozklad, o ktorom rozhodla Rada žalovaného (ďalej len „Rada žalovaného“) rozhodnutím č. 2019/DOH/POK/R/42 z 19. decembra 2019 (ďalej len „druhostupňové rozhodnutie žalovaného“ alebo „preskúmané rozhodnutie“) tak, že ich rozklad zamietla a potvrdila prvostupňové rozhodnutie žalovaného.

114. Rada žalovaného skonštatovala, že 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 žalovaného tiež súhlasila, že takýto postup zohľadňuje európsku, ako aj slovenskú judikatúru a odkázala na príslušné rozhodnutia (pozn. z dôvodu účelnosti kasačný súd v ďalšom texte upriami pozornosť len na námietky, ktoré neboli účastníkmi konania vznesené vo vyjadrení k Výzve, resp. argumentácii Rady žalovaného, v ktorej sa Rada odchyľila od argumentácii v prvostupňovom rozhodnutí).

115. Účastníci konania namietli, že výrok prvostupňového rozhodnutia žalovaného neobsahuje určenie času, miesta, spôsobu spáchania skutku (nevyplýva z neho najmä konkrétne a určito určený a vymedzený spôsob spáchania skutku ani konkrétne miesto spáchania skutku) a konkrétne ustanovenie právneho predpisu (teda aj prechodných ustanovení zákona), ktoré zakladá skutkovú podstatu správneho deliktu. Ďalej zastávajú názor, že výrok neobsahuje odkaz na príslušné procesnoprávne ustanovenia právneho predpisu, podľa ktorého žalovaný rozhodoval o merite veci; podľa účastníkov konania mal žalovaný uviesť všetky konkrétne prechodné ustanovenia zákona, všetky ustanovenia správneho poriadku a iných zákonov, podľa ktorých konal a rozhodoval v predmetnej veci. Taktiež podľa nich výrok v bode 2 neobsahuje presné vymedzenie právneho predpisu, resp. podľa ktorého písmena ustanovenia § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. je účastníkom ukladaná pokuta, a teda nie je dostatočne jasne, určito a nespochybniteľne vyšpecifikované, za aké konanie bola účastníkom konania uložená pokuta. Účastníkom konania nie je ďalej z výroku zrejmé, za čo je im ukladaný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní a zároveň tvrdia, že žalovaný je v predmetnom správnom konaní povinný postupovať podľa správneho poriadku, zákona č. 136/2001 Z. z. a vzhľadom na nedostatok špeciálnej úpravy pri administratívnom trestaní pri posudzovaní správneho deliktu a rozhodovaní o ňom, ako aj pri ukladaní sankcie, je podľa nich povinný postupovať podľa „analogie legis“, t. j. ustanovení obsahujúcich trestnoprávnu úpravu (Trestný zákon, Trestný poriadok). V tejto súvislosti účastníci konania poukázali na znenie čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských právach a základných slobôd (ďalej len „Dohovor“), keď Dohovor v čl. 6 ods. 1 veta prvá uvádza „akékoľvek trestné obvinenie“, teda 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, načo poukázal aj Najvyšší súd SR vo svojej judikatúre.

116. Rada žalovaného sa po preskúmaní výroku prvostupňového rozhodnutia s námietkami účastníkov konania, vo vzťahu k nedostatočnej konkretizácii výroku prvostupňového rozhodnutia, nestotožnila. K požiadavke aplikácie analógie legis, t. j. trestnoprávnych ustanovení Rada žalovaného uviedla, že táto sa považuje za jednu z radu všeobecne akceptovaných metód riešenia právnych otázok, na ktoré právny poriadok neposkytuje uspokojivé riešenie a odkázala na rozhodnutie Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 1 As 27/2008 zo 16. apríla 2008 a rozhodnutie Najvyššieho súdu SR sp. zn. 1 Sžhu 1/2009 z 30. decembra 2013. Z uvedeného podľa nej vyplýva, že analógia je prostriedok dotvárania práva, ktorý nemožno použiť automaticky, ale iba v odôvodnených prípadoch,

pričom správny orgán, by mal zvážiť (i) či existuje medzera v zákone, (ii) či analogická aplikácia inej právnej úpravy nepoškodí účastníka konania, (iii) či takýmto rozhodnutím, pokiaľ by malo byť nasledované ako všeobecné pravidlo, nenarušuje celý systém ochrany právom aprobovaných záujmov či hodnôt, ktorých sa posudzovaný prípad týka a (iv) či nepríde ani k zásahu do záujmov, resp. hodnôt, na ktorých ochrane je verejný záujem. Z judikatúry českých ako aj slovenských súdov podľa Rady žalovaného jednoznačne vyplýva, že (i) k uplatňovaniu analógie legis s trestným právom a úpravou priestupkového konania v správnom trestaní je potrebné pristupovať vo všeobecnosti skôr rezervovane, (ii) správny poriadok jasne stanovuje požiadavky pre výrok o skutku a sankcii správneho rozhodnutia, (iii) nedostatočná špecifikácia skutku nezakladá automaticky dôvod pre zrušenie rozhodnutia z dôvodu nezrozumiteľnosti (či nezákonnosti) rozhodnutia správneho orgánu. Ďalej Rada žalovaného k vzťahu správneho konania vedeného žalovaným vo veci správnych deliktov v oblasti hospodárskej súťaže a trestného konania poukázala aj na nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 505/2015 z 13. januára 2016 vo veci Siemens AG. Podľa Ústavného súdu SR 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. Pokračoval, že vzhľadom na charakter protimonopolného práva, upravujúceho predovšetkým vzťahy medzi veľkými podnikateľmi v záujme 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.

117. Rada žalovaného ďalej pokračovala, že má za to, že výrok prvostupňového rozhodnutia je jasný, určitý, zrozumiteľný, spĺňajúci všetky požiadavky kladené z hľadiska správneho poriadku a správnej teórie, pričom výrok prvostupňového rozhodnutia v preskúvanom rozhodnutí aj podrobne rozobrala. Podľa Rady žalovaného je dostatočne určité aj vymedzenie skutku, nakoľko v bode I výroku, na ktorý odkazuje bod II výroku prvostupňového 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 tohto rozhodnutia je ukladaná za dohodu obmedzujúcu súťaž. Pre porovnanie je podľa nej možné uviesť, že výroky rozhodnutí Európskej komisie sú spravidla všeobecnejšie a stručnejšie ako je obvyklá prax žalovaného. 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. K spôsobu spáchania iného správneho deliktu (uzatvorenie dohody obmedzujúcej súťaž), Rada žalovaného uviedla, že tieto sú demonštratívnym výpočtom uvedené v ustanovení § 4 ods. 3 písm. a) až f) zákona č. 136/2001 Z. z., ktoré bližšie vymedzuje, akým konaním je možné naplniť skutkovú podstatu dohody obmedzujúcej súťaž. Žalovaný následne vo výroku uviedol ďalšie skutkové okolnosti prípadu a konkretizoval skutok vo výroku a odôvodnení prvostupňového rozhodnutia tak, že tento podľa Rady žalovaného v žiadnom prípade nie je zameniteľný s iným skutkom (konaním). Preto jej nie je zrejmé, v čom podľa účastníkov konania spočíva zameniteľnosť skutku, alebo nezrozumiteľnosť výroku rozhodnutia, s akým skutkom je tento zameniteľný, keď účastníci konania podali 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. Takéto vymedzenie skutku vo výroku rozhodnutia bolo podľa Rady žalovaného potvrdené aj rozhodnutím Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5Sžh/2/2015 zo 6. novembra 2016. Vo vzťahu k vymedzeniu miesta spáchania správneho deliktu Rada žalovaného uviedla, 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 vo svojej rozhodovacej praxi. 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. Európska komisia 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. V niektorých prípadoch sa totiž podľa Rady žalovaného ani objektívne nedá určiť presné miesto spáchania deliktu, napr. ak podnikatelia uzatvoria dohodu obmedzujúcu súťaž tým, že stanovia ceny tovaru X za cenu Y, a túto si dohodnú prostredníctvom emailových správ, miesto spáchania deliktu sa v takom prípade jednoducho nedá vymedziť.

118. Novou námietkou účastníkov konania v rozklade bolo aj, že žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí nesprávne aplikoval ustanovenie § 38h ods. 1 až 4 zákona č. 136/2001 Z. z., nakoľko nedodržiaval zákonnú postupnosť, na ktorú priamo odkazuje ustanovenie § 38h ods. 1 cit. zák. Podľa nich sa tak rozhodnutie stalo ničotným a po právnej stránke veci nezakladá žiadne práva ani povinnosti v oblasti verejnej moci a nemôže vyvolať ani žiadne právne účinky. Podľa účastníkov konania z obsahu vetnej a slovnej konštrukcie ustanovenia § 38h ods. 1 cit. zák. 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 žalovanému vydať rozhodnutie o uložení sankcie zákazu účasti na verejnom obstarávaní podľa § 38h v spojení s § 44e cit. zák súčasne s rozhodnutím o uložení pokuty, t. j. naraz jedným napadnutým rozhodnutím. Účastníci konania majú za to, že postup žalovaného neodráža úmysel zákonodarcu, nakoľko v znení cit. zák. je slovo „uložil“ a nie slovo „ukladá“, v zákone taktiež nie je priamo uvedené, že žalovaný má postupovať ukladaním sankcií v jednom rozhodnutí.

119. Rada žalovaného k tejto námietke uviedla, že z ustanovenia § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. vyplýva, že žalovaný je povinný vždy tam, kde za porušenie zákazu dohôd obmedzujúcich súťaž spočívajúcej v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži ukladať pokutu, súčasne uložiť aj zákaz účasti vo verejnom obstarávaní. Cit. zák. zároveň rozoznáva akýsi automatický odkladný účinok začatia plynutia doby zákazu, keď tento začiatok viaže na konečné rozhodnutie. To znamená, že zákaz je ukladaný ako sankcia v rozhodnutí, ktorým sa konštatuje porušenie zákona a ukladá sa finančná sankcia. Podľa Rady žalovaného musí teda žalovaný 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 žalovaného konečné. Ďalej k výkladu predmetného ustanovenia Rada žalovaného pokračovala, že cit. zák. 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. Oddelovanie týchto dvoch sankcií nemá žiaden opodstatnený význam. Cit. 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 oddeliť, nepochybne by takáto požiadavka vyplývala jednoznačne zo znenia cit. zák. Výklad, ktorý uplatnil žalovaný, 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 spôsobovať ďalšie právne komplikácie. Navyše postup žalovaného nie je nijako na ťarchu účastníkov konania, keďže v prípade, že by posúdenie dohody žalovaným nepotvrdil preskúmovací súd, ani jedna z uložených sankcií by sa nemohla realizovať. V tejto súvislosti je potrebné podľa Rady žalovaného tiež upozorniť aj na rozhodovacu prax a názor súdov v Českej republike, ktoré si osvojili aj slovenské súdy, že nie je možné viesť samostatné konanie len o sankcii. Uloženie sankcie je súčasťou konania o správnom delikte. Ako je vyššie uvedené, žalovaný 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 cit. zák., 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 žalovaný podľa Rady môže uplatniť § 38h cit. zákona len spôsobom, akým to zákon stanovuje, rešpektujúc zásady ukladania správnych sankcií. Formalistický výklad predmetného ustanovenia, aký podávajú účastníci konania, nemožno uplatniť na úkor zabezpečenia rešpektovania ústavných zásad a princípov.

120. Rada žalovaného ďalej skonštatovala, že žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí zohľadnil, že vo verejných obstarávaníach verejných obstarávateľov Obec Radvaň nad Laborcom a Gymnázium - Gymnázium Kráľovský Chlmec boli ponuky uchádzačov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. aj zhodne rukou očíslované, pričom v ďalších posudzovaných verejných obstarávaníach títo uchádzači strany neočíslovali, čo žalovaný považoval za jasný, relevantný, nespochybniteľný dôkaz toho, že MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. postupovali koordinovane a ich ponuky boli len krycie. S týmto tvrdením v prvostupňovom rozhodnutí sa Rada žalovaného nestotožnila. Rada žalovaného rovnako ako žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí považovali skutočnosť, že v ponukách dvoch účastníkov konania sa vyskytlo číslovanie rukou za fakt, ktorý prispieva k dokresleniu situácie, tento ale podľa Rady žalovaného nie je možné považovať za dôkaz, ale za indíciu podporujúcu závery v prvostupňovom rozhodnutí.

121. Rada žalovaného ďalej uviedla, že žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí, ako ďalšiu indíciu podporujúcu, že predmetné ponuky vo verejných obstarávaníach boli tvorené kolúziou, zohľadňoval, že v ponukách spoločnosti MPL STAVING spol. s r.o. vo všetkých siedmich verejných obstarávaníach je nesprávne uvedené 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 porovnávanie podpisov žalovaný nemá kompetenciu, keďže si nezaobstaral znalecký posudok - odborné grafologické skúmanie. Rada žalovaného k predmetnej skutočnosti skonštatovala, že rovnako ako v prípade rukou číslovaných strán v ponukách ide o faktory dokresľujúce situáciu a nie je na ne možné hľadiť ako na dôkazy. V prípade absencie písmena „l“ môže skutočne ísť o preklep a žalovaný nie je kompetentný na záväzné konštatovanie odlišnosti podpisov na jednotlivých vyššie uvedených dokumentoch, hoci sa mu tieto javia odlišné. Rada žalovaného je však názoru, že 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 žalovaného tak opätovne uviedla, 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.

122. Rada žalovaného poukázala aj na ďalší z radu nepriamych dôkazov vyplývajúcich z prvostupňového rozhodnutia, ktoré podľa žalovaného preukazujú, že uchádzači MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. podali len krycie ponuky a vedeli, že v predmetných verejných obstarávaniach nezvíťazia. Ide o skutočnosť, že uchádzači MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. nepredložili vzorky navrhovaných materiálov a výrobkov použitých pri výstavbe ihriska, napriek tomu, že v zmysle súťažných podkladov uchádzači mali povinnosť predmetné vzorky predložiť. Rada žalovaného k tomuto uviedla, že účastníci konania argumentovali, že nepredloženie vzoriek v procese verejného obstarávania nepovažoval za pochybenie ani ÚVO, ktorý vykonal kontrolu predmetných verejných obstarávaní a ten toto nepovažoval za predmet automatickej diskvalifikácie, preto sú závery žalovaného o tom, že nepredloženie vzoriek je znakom krycej ponuky, nesprávne. Rada žalovaného dospela rovnako ako žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí k záveru, že vzťah výsledkov kontroly ÚVO, ako aj verejných obstarávateľov je irelevantný, avšak rozdielne uviedla, 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. V spojení s ďalšími skutočnosťami (cenové anomálie a podobnosti, identickosť čestných vyhlásení, identickosť technických riešení) je však náhoda v podobe pozabudnutia 2 neúspešných uchádzačov indíciou, ktorá prispieva k preukázaniu protisúťažného správania. Rada žalovaného tak zhrnula, že žalovaný napriek tomu v prvostupňovom rozhodnutí dostatočne preukázal existenciu dohôd obmedzujúcich súťaž a účasť podnikateľov M CUP s.r.o., MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. na nich, pričom rozhodujúcim a kľúčovým bol ich zhodný prejav vôle, ktorý spočíval v predložení cenových ponúk v predmetných verejných obstarávaniach, ktoré vykazovali mimoriadnu zhodu v jednotlivých cenových položkách a zároveň pri nich vznikali neodôvodnené cenové anomálie.

123. K aplikácii Metodického pokynu účinného od 1. septembra 2018 a právnej úpravy platnej a účinnej v čase rozhodovania žalovaného, Rada žalovaného zdôraznila, že je potrebné uviesť, že počas rozhodovania žalovaného nedošlo k zmene zákonnej úpravy sankcií v podobe pokuty. Kritériá pre ukladanie sankcií v podobe pokuty, ktoré upravuje výlučne zákon, sa nijako nezmenili. Napriek tomu, že v roku 2018 bolo revidované znenie Metodického pokynu o ukladaní pokút, tento je iba interným predpisom žalovaného, ktorý bližšie objasňuje znenie zákona a nemôže ísť nad rozsah a v rozpore so zákonom č. 136/2001 Z. z. Rada žalovaného tak zastala názor, že Metodický pokyn teda nemohol v žiadnom prípade priniesť priaznivejšiu, alebo nepriaznivejšiu úpravu ukladaní pokút a odkázala na rozhodnutia Najvyššieho súdu SR sp. zn. 3 Sžhpu 1/2013 z 9. júna 2015 a sp. zn. 8 Sžhpu 1,2,3/2013 z 26. februára 2015. Rada žalovaného pokračovala, že prijatím Metodického pokynu žalovaný 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. To podľa Rady žalovaného 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 žalovaného, pokiaľ si to vyžaduje právny a skutkový stav v danom správnom konaní. Na oba prípady sa však vzťahuje požiadavka náležitého odôvodnenia odchýlky.

124. Rada žalovaného ďalej pokračovala, že sa nestotožnila s argumentáciou žalovaného ohľadne vyhodnotenia priťažujúcej okolnosti, keď žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí

dospel k záveru, že M CUP bol iniciátorom predmetných dohôd obmedzujúcich súťaž a vzhľadom na to mu žalovaný zvýšil pokutu o 15%. Rada žalovaného 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 žalovaného nie je možné skutočnosť, že podnikateľ M CUP vyhral všetky verejné obstarávania, ktoré boli predmetom konania, a teda mal najväčší zisk z protisúťažného konania, považovať za dôkaz o tom, že M CUP bol iniciátorom predmetných dohôd obmedzujúcich súťaž. Na druhej strane však rovnakú skutočnosť, teda víťazstvo účastníka konania M CUP vo všetkých v tomto konaní posudzovaných tendroch a jeho evidentný zisk z protisúťažného správania, je podľa Rady žalovaného potrebné zohľadniť pri určení konečnej výšky pokuty. Preto po zvážení všetkých okolností v záujme povinnosti uložiť pokutu, ktorá plní preventívnu, ako aj represívnu funkciu, a to nielen vo vzťahu k účastníkovi konania, ale aj tretím stranám, ktoré má pokuta odradiť od protisúťažného správania, pri dodržaní princípu spravodlivého a proporčného rozloženia pokuty medzi všetkých účastníkov kartelovej dohody, Rada žalovaného zvýšila pokutu vypočítanú účastníkovi konania M CUP ako základnú sumu pokuty o 15%. Takéto navýšenie podľa Rady žalovaného zohľadňuje skutočnosť, že M CUP realizáciou predmetných obstarávaných multifunkčných ihrísk mal zisk z protisúťažného správania, čo žalovaný nevie vyvodiť vo vzťahu k zvyšným dvom účastníkom konania, ktorí podali krycie ponuky. Uvedené má podľa Rady žalovaného logiku v tom, že napriek tomu, že predmetné verejné obstarávania 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.

125. Rada žalovaného vo vzťahu k námietkam účastníkov konania ohľadne toho, že pokuty majú na nich likvidačný dopad, uviedla, že ich nepovažovala za relevantné. Podľa Rady žalovaného bola pokuta uložená v súlade so zákonom a účastníci konania nepreukázali skutočnosti odôvodňujúce zníženie pokuty z dôvodu neschopnosti pokutu zaplatiť. V tejto súvislosti Rada žalovaného ďalej uviedla, 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. Rada žalovaného skonštatovala, že účastníci konania síce 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 však neboli podložené oficiálnou relevantnou dokumentáciou, ktorá by preukazovala pravdivosť uvedených údajov. Rovnako tak tieto údaje žiadnym spôsobom nepreukazujú priamu súvislosť medzi uložením pokuty a ich prípadným odchodom z trhu (predmetná súvislosť, ani žiadna iná dokumentácia preukazujúca tvrdenia účastníkov konania nebola zároveň uvedená ani vo vyjadrení k výzve pred vydaním prvostupňového rozhodnutia). Zo skutočností uvedených v rozklade, 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. Zároveň Rada žalovaného poukázala na skutočnosť, že u všetkých troch účastníkov konania došlo v porovnaní s predchádzajúcimi rokmi k negatívnym finančným výsledkom práve v čase, keď im bolo zrejmé, že dôjde k uloženiu pokuty. Rada žalovaného nepovažovala takúto argumentáciu za osočujúce tvrdenie, nakoľko iba konštatovala fakt vyplývajúci z priebehu konania.

126. Na záver mala Rada žalovaného potrebu sa vyjadriť k argumentácii žalovaného v prvostupňovom rozhodnutí v súvislosti s tým, že pokuta uložená podnikateľovi M CUP po jej úprave (vzhľadom na presiahnutie 10% maximálnej zákonnej hranice z celkového obratu) nespĺňa základné aspekty pokuty, t. j. represívnu a preventívnu funkciu. Podľa Rady žalovaného je takéto vyjadrenie vo vzťahu k uloženej pokute podnikateľovi M CUP žalovaným nesprávne. Podľa Rady žalovaného bola pokuta uložená v súlade so zákonom č. 136/2001 Z. z., 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 tak podľa žalovaného sleduje uloženie pokuty v takej výške, ktorá nepovedie k likvidácii podnikateľov, čo by bolo kontraproduktívne aj zo súťažného hľadiska.

II. Konanie na správnom súde a jeho rozhodnutie

127. Žalobcovia v 1. až 3. rade (ďalej len „žalobcovia“) podali proti rozhodnutiu Rady žalovaného správnu žalobu (správna žaloba bola rozčlenená do 446 odsekov na 75 stranách - pozn. kasačného súdu).

128. Obsah správnej žaloby pre účely súdneho prieskumu správny súd skoncentroval do nasledovných bodov:

- námietka neurčitosti výroku napadnutých rozhodnutí spojená s námietkou absencie vymedzenia skutku, miesta a času spáchania skutku vo výroku prvostupňového rozhodnutia,
- námietka uloženia sankcie zákazu účasti na verejných obstarávaniach súčasne s výrokom o pokute,
- námietka nedostatočne zisteného skutkového stavu, spočívajúca najmä v tom, že rozhodnutia správnych orgánov boli postavené na nepriamych dôkazoch, pričom nebola zistená žiadna komunikácia medzi žalobcami, nebol vykonaný dawn raid, nebol získaný žiadny dôkaz preukazujúci personálne prepojenie, nebol preukázaný subdodávateľský vzťah, spôsob stanovovania cien v ponukách, atď.),
- námietka porušenia zásady legitímnych očakávaní vo vzťahu ku skutočnosti, že išlo o nízku cenovú zhodu v porovnaní s inými prípadmi,
- námietka absencie zadefinovania relevantného trhu,
- námietka aplikácie nepriaznivejšej právnej úpravy (novej metodiky),
- námietka stanovenia minimálnej hranice miery závažnosti porušenia zákona na 15 %,
- námietka porušenia zásady in dubio pro reo,
- námietka neaplikovania koeficientu odrážajúceho dĺžku porušovania v prípade, kde relevantný obrat predstavuje výšku víťaznej ponuky alebo predkladanej hodnoty zákazky.

129. Krajský súd v Bratislave (ďalej len „správny súd“) rozsudkom č. k. 2S/67/2020-720 zo dňa 20. októbra 2021 (ďalej len „napadnutý rozsudok“) správnu žalobu zamietol.

130. Správny súd skonštatoval, že hoci žalobcovia vzniesli v predmetnom spore množstvo námietok, nezistil pri prieskume žiadnej z nich relevanciu, z ktorej by nevyhnutne vyplývala potreba konštatácie nezákonnosti.

131. Úvodom právneho posúdenia veci zdôraznil správny súd odlišnosť charakteru administratívnoprávnej a trestnoprávnej zodpovednosti. Vysvetlil, že v trestnom konaní je záver o vine prijatý na základe celkom odlišných zásad zisťovania skutkového stavu a nevyhnutnej miery pravdepodobnosti (zisťovanie skutkového stavu, o ktorom nie sú dôvodné pochybnosti, in dubio pro reo, beyond reasonable doubt, atď.), ktoré je potrebné striktné odlišiť od miery pravdepodobnosti potrebnej pre rozhodovanie v preskúmanom správnom

konaní. Posudzovanie miery pravdepodobnosti preukazovanej skutočnosti je zásadne odlišné v administratívnom procese ako v trestnom procese, kde o vine žalobcu by nesmela byť takmer vôbec žiadna pochybnosť (objektívna pravdepodobnosť hraničiaca s istotou). Je potrebné prihliadať aj na to, že Európsky súd pre ľudské práva (ďalej aj ako „ESLP“) rozlišuje medzi tzv. "tvrdým trestným právom" na jednej strane, kde ide o obvyklé trestné konanie proti fyzickej osobe s vysokým stupňom spoločenskej nebezpečnosti, za ktoré môže byť uložený aj trest odňatia slobody a "ostatnými deliktami" na strane druhej, medzi ktoré ESLP zaradil aj porušenie súťažného práva, pri ktorých nie je nevyhnutné uplatňovať trestnoprávne záruky v plnom rozsahu (Petr, M. K povaze řízení ve věcech hospodářské soutěže. Antitrust. 2/2010).

132. Následne sa správny súd detailne vysporiadal s námietkou ohľadne neurčitosti výroku prvostupňového rozhodnutia. Za ťažiskové označil špecifikovanie správneho deliktu (miestom, časom, spôsobom spáchania) tak, aby sankcionované konanie nebolo zameniteľné s iným konaním, čo okrem iného má význam pri posudzovaní eventuality hrozby dvojitého postihu za rovnaký skutok alebo vylúčenia prekážky veci už rozhodnutej. Riadna a presná formulácia vo vzťahu k určitému konaniu má však podľa správneho súdu význam aj pre určenie rozsahu dokazovaných skutočností a s tým súvisiace zabezpečenie práva na obhajobu a jeho efektívnu realizáciu. V nadväznosti na uvedené správny súd skonštatoval, že výrok prvostupňového rozhodnutia obsahuje základné charakteristiky z hľadiska konkretizácie subjektov, časového rámca protiprávneho konania kladeného im za vinu a jeho zarámkovania v označených verejných obstarávaníach s vymedzeným predmetom zákazky, spolu s právnou kvalifikáciou a splňa nevyhnutné zákonné náležitosti pre tento typ administratívneho konania. Podľa správneho súdu preto neobstála námietka žalobcov o nezrozumiteľnosti výroku rozhodnutia, resp. skutkovej vety s potenciálnou zameniteľnosťou s iným konaním. Mal za to, že postup žalovaného pri formulácii výroku nevybočil zo zákonných hľadísk a výrok prvostupňového rozhodnutia je formulovaný tak, že umožňuje plnú preskúmatelnosť, a teda netrpí žiadnou vadou.

133. Ako nedôvodnú správny súd vyhodnotil aj námietku žalobcov, ktorá sa týkala uloženia sankcie zákazu účasti na verejných obstarávaníach súčasne s výrokom o pokute a stotožnil sa s výkladom právneho predpisu, ktorý aplikoval žalovaný. Zo znenia ustanovenia § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. aj podľa správneho súdu vyplýva obligatornosť uloženia sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov, ak sa podnikateľskému subjektu zároveň ukladá pokuta za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, pričom obe sankcie sú ukladané jedným rozhodnutím, bez toho, aby pred uložením sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní bolo potrebné vyčakať na právoplatnosť výroku ukladajúceho pokutu.

134. Za nosnú časť žalobných bodov považoval správny súd námietky týkajúce sa nedostatočne zisteného skutkového stavu. Poukázal na to, že námietky uvádzané žalobcami v tom zmysle, že niektoré podľa ich názoru podstatné skutočnosti (komunikácia, personálne prepojenia, iné obchodné vzťahy) neboli preukázané, nerozporoval vo svojich záveroch ani žalovaný. Zo skupiny iných zistených faktov a dôkazov však opodstatnene vyvodil záver a považoval 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 Slovenskej republiky, zakázanú podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z. Ústredná otázka tohto sporu, prečo tak žalovaný vyhodnotil, vyplývala podľa správneho súdu z posudzovania konania žalobcov ako účastníkov vo verejných obstarávaníach s názvom zákazky „Výstavba multifunkčného ihriska“. Tu sa správny súd dôsledne zaoberal námietkou, či dôkazy a indície, ktoré mal k dispozícii orgán verejnej správy, boli dostačujúce na vyvodenie dôvodného záveru o kolúzii žalobcov v

označených verejných obstarávaníach. Dospel k záveru, že v procese dokazovania orgán verejnej správy analyzoval spôsob stanovovania ceny v jednotlivých ponukách a zistil zhodne sa vyskytujúcu cenovú anomáliu, pri ktorej boli identifikované cenové rozdiely medzi rovnakými položkami výkazu výmer v ponukách žalobcov ako aj cenové zhody, t. j. rovnaké ceny vybraných položiek výkazu výmer v ponukách žalobcov. Tento zistený fakt bol podľa správneho súdu nespochybniteľný.

135. Správny súd poukázal na ďalšiu podstatnú skutočnosť, konkrétne na to, že žalovaný vyhodnotil aj isté zhody v ponukách uchádzačov, ktoré považoval dokonca za identický obsah. To sa prejavilo aj vo forme spracovania a formulácie textu v dokumentácii predloženej žalobcami v časti „Ostatné“ ich ponúk. Za ďalší dôkaz považoval žalovaný orgán verejnej správy formálnu podobnosť predložených čestných vyhlásení a podobnosť dokumentu „Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém“. Ďalšou indíciou podporujúcou záver o koordinovanom správaní žalobcov vo verejných obstarávaníach, správne identifikovanou žalovaným, bolo aj nepredloženie vzoriek materiálov pre výstavbu ihriska žalobcami v 2. a 3. rade, pritom išlo o položku vyžadovanú súťažnými podkladmi. Obdobne aj fakt, že v ponukách žalobcu 2. vo všetkých siedmich verejných obstarávaníach 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 žalovanému javil ako odlišný.

136. Správny súd pripomenul, že žalovaný vykonal rozsiahlu analýzu súťažných ponúk, ktoré boli predložené zo strany žalobcov vo verejných obstarávaníach. Listiny k verejným obstarávaniam, ktoré sú súčasťou administratívneho spisu, podľa správneho súdu preukazujú dôvodné závery orgánu verejnej správy, keď v súťažných podkladoch časti B - tzv. Opis predmetu zákazky definoval, že predmet zákazky v predmetných verejných obstarávaníach 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“. Špecifikácia jednotlivých položiek výkazu výmer bola pritom vo všetkých siedmich verejných obstarávaníach 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 obstarávaníach rovnaký, t. j. v niektorých obstarávaníach určité položky výkazu výmer bolo treba naceniť, v iných obstarávaníach nie. Správny súd poukázal na to, že analýzou ponúk žalovaný ustálil, že medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami boli veľké cenové rozdiely za tú istú presne špecifikovanú položku. Znamenalo to tú skutočnosť, že cenová úroveň identických položiek výrazne kolísala medzi jednotlivými obstarávaniami, a to dokonca aj v prípade cenových položiek nacenенých tými istými uchádzačmi. Takmer všetky položky súviseli s technologickým celkom „Stavebné práce“. Správny súd poukázal na to, že žalobcovia uvedené zistenia nerozporovali, pričom poskytli vlastné dôvody a vysvetlenia spôsobu tvorby ich ponúk s nadväznosťou na skutočnosť, že v každom verejnom obstarávaní je potrebné zohľadniť isté špecifiká, prečo sa tak stalo. Ako vysvetlenie uvádzali požiadavky obstarávateľa, osobitosti stavby, osobitosti na strane uchádzača a v danej súvislosti žalobcovia uvádzali, že jednotlivé položky výkazu výmer boli naceňované odlišne podľa súťažných podkladov. Tiež dôvodili, že sa pokúšali stanoviť ceny tak, aby sumárna cena bola v súlade s „cenovým stropom“ stanoveným konkrétnym verejným obstarávateľom a že tiež bolo nevyhnutné prihliadnuť na osobitné vlastnosti stavby, miesto realizácie predmetu stavebných prác a spôsob realizácie, súčasne na podmienky danej

lokality spolu s technickou rentabilitou uchádzača. Poukazovali na variabilné využitie externých pracovníkov, či prenájom strojovej techniky, rozličné skladové zásoby, subdodávateľov a cenové relácie jednotlivých komponentov na trhu. Podľa správneho súdu sa môže zdať na prvý pohľad pri ich argumentácii logické, že uvedené dôvody by mohli súvisieť a byť príčinou finálnej podoby ich predkladaných ponúk v jednotlivých verejných obstarávaníach, no na druhej strane považoval správny súd za dôležité uviesť, že bez reálne preložených dôkazov na podporu týchto tvrdení zostala uvedená argumentácia vo všeobecnej rovine, t. j. bez presvedčivej dôkaznej sily spôsobilej vyvrátiť zistenia žalovaného orgánu verejnej správy v meritórnom posúdení.

137. Nepresvedčivo pre správny súd vyšiel rovnako argument o používaní stavebného oceňovacieho softvéru CENKROS (M CUP a MPL) a ODIS (RECORD). To by mohlo vysvetľovať zhodu pri naceňovaní tých istých položiek, ale ako poukázal žalovaný 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 zo strany žalobcov". Pozornosti správneho súdu neuniklo, že žalobcovia skutočne ponuky tvorili v krátkom časovom období a z hľadiska vzdialeností pri podobných dopravných nákladoch, bez reálneho preukázania výrazných rozdielov v cenách rovnakých položiek medzi rôznymi obstarávaniami.

138. Správny súd dôvodil, že nakoľko v sledovaných verejných obstarávaníach išlo o predmet obstarávania rovnakého typu, t. j. výstavbu multifunkčných ihrísk, bez ovplyvňovania v podobe protisúťažného konania nie je podľa neho možné inak zdôvodniť situáciu, kedy by v prípade označených verejných obstarávaní vznikli také rozdiely v podobe anomálie cenotvorby. Existencia protisúťažného správania je logickým vysvetlením tohto stavu, že medzi uvedenými podnikateľmi (žalobcami) došlo k uzatvoreniu dohody obmedzujúcej súťaž. Vysvetlenia predkladané žalobcami neboli podľa správneho súdu spôsobilé vyvrátiť úsudok žalovaného o protisúťažnom konaní, a dôležitým aspektom bolo aj to, že uvádzané vysvetlenia neboli podporené nadväzujúcimi dôkazmi, čo bolo v tomto spore rozhodujúce aj pre správny súd. Ak by sa tak v administratívnom konaní stalo, tvrdenia žalobcov by nadobudli významnejšiu kredibilitu.

139. Za nepresvedčivú správny súd považoval aj argumentáciu o nasledovaní ponuky žalobcu v 1. rade z jeho webovej stránky ako vzoru pre zvyšných žalobcov. O tomto postupe nedokázal podľa správneho súdu predložiť žiaden dôkaz na podporu svojho tvrdenia ani žalobca 2. ani žalobca 3. s konštatáciou, že dizajn web stránky spoločnosti žalobcu 1. bol nanovo prerobený v roku 2018. Iba obaja zhodne uviedli, že v súčasnosti dostupné materiály žalobcu 1. majú inú štruktúru aj obsah, nakoľko spoločnosť sa poučila a detailné informácie sprístupňuje priamo iba svojim zákazníkom na základe individuálneho vyžiadania a nacenenia. Správny súd pripomenul, že žalobcovia ako podnikateľské subjekty musia viesť príslušnú dokumentáciu (minimálne sa to predpokladá) o svojej činnosti a preto sa javí vysoko podozrivé, z akého dôvodu svoju argumentáciu nepodložili relevantnými dôkazmi, prepočtami atď.

140. Rovnako by mali podľa správneho súdu vedieť žalobcovia preukázať napr. svoj argument o vplyve ich skladových zásob na tvorbu cenových položiek, ako to konštatoval aj žalovaný. Ich argumentácia však i tak nevysvetľuje situáciu, kedy v rámci rôznych verejných obstarávaní dochádzalo k rovnakým odlišnostiam u viacerých súťažiteľov. Aj pre správny súd bol v tomto spore nepochopiteľný fakt, že bola zadefinovaná a vysvetlená cena položky v jednom obstarávaní, a preto ju všetci účastníci konania stanovili takto rovnako, z

nevysvetlených dôvodov vo verejnom obstarávaní uskutočnenom o pár dní však táto cena už bola výrazne odlišná (buď vyššia, alebo nižšia), a to opäť zhodne u všetkých žalobcov konania, prípadne aspoň 2 z nich. Práve preto boli podľa správneho súdu žalobcovia zaťažení dôkazným bremenom, aby hodnoverne vysvetlili načrtnutú situáciu, čo sa nestalo. Nie je preto možné v danej súvislosti žalovanému vytknúť, že by dôsledne neodôvodnil svoje závery.

141. Správny súd poukázal aj na to, že pri nacenení niektorých položiek výkazu výmer v predmetných verejných obstarávaniach demonštroval žalovaný diskrepanciu, pri ktorej by nebolo 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 (položky č. 113 výkazu výmer v predmetných verejných obstarávaniach - ochranná sieť 2450 x 2000, oko 5x5cm, polyetylénová D+M), k čomu by však nemalo dôjsť pri tých istých naceňovacích softvéroch a ani pri účelovej úprave predmetnej položky v záujme konkurenčného odlišenia.

142. Správny súd skonštatoval, že pri prieskume dôvodov uvádzaných v administratívnych rozhodnutiach nezistil arbitráry postup zo stany žalovaného, ktorý svoje závery vyvodil z dôkladnej analýzy cenových ponúk. Ich prieskumom z hľadiska vlastného myšlienkového procesu podľa správneho súdu dôvodne dedukoval protiprávne konanie zo strany žalobcov. Toto spočívalo predovšetkým v predkladaní 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 značne líšila. Preukázateľne teda existovali zhody a zároveň anomálie cenových ponúk a tieto preukazovali protisúťažný charakter konania žalobcov. Je síce pravda, že orgán verejnej správy za účelom preverenia svojho podozrenia vykonal inšpekcie u dvoch podnikateľských subjektov a nezískal priame dôkazy preukazujúce (napr. komunikáciu) kolúzne správanie - na druhej strane považoval správny súd za akceptovateľný záver žalovaného o tom, že na zistenie a preukázanie skutkového stavu boli v danom prípade dostatočne nadobudnuté nepriame dôkazy. Z celkového obrazu skutkového deja tak, ako bol preukazovaný sériou dôkazov, správneho súdu vyplynulo, že ponuky uchádzačov boli vypracované na základe vzájomnej koordinácie s cieľom ovplyvňovať jednotlivé verejné obstarávania tak, aby ich vyhral žalobca v 1. rade. Relevanciu tohto záveru podporujú okrem cenových zhôd a anomálií aj nadväzujúce nepriame dôkazy vo forme identických obsahov formulácii textov v ponukách žalobcov a najmä evidentné „pochybenia“ žalobcov 2. a 3. v nepredložení vzoriek požadovaných podľa súťažných podkladov. Takýmto koordinovaným postupom sa narušila hospodárska súťaž, čo umožnilo vyhrávať označené verejné obstarávania vybranému podnikateľovi (žalobca v 1. rade).

143. Správny súd následne poukázal na ďalšiu indíciu identifikovanú žalovaným, a to zhodu v časti ponúk „Ostatné“. Išlo o identické písomnosti - čestné vyhlásenia o splnení podmienok účasti zo strany žalobcov 2. a 3. Komparáciou uvedených písomností nebolo možné zo strany správneho súdu spochybniť konštatáciu žalovaného o podozrivej obsahovej zhode, samozrejme s výnimkou osobitných identifikačných údajov podnikateľských subjektov. Nepopierateľnou bola aj tá skutočnosť, že vo verejnom obstarávaní mesta Snina predložil podnikateľ Ing. Jaroslav Pčola REINTER iné vyhlásenie, čo naznačuje, že žalobca 2. a 3 mohli svoj postup koordinovať. Podľa správneho súdu súhrn nepriamych dôkazov na preukázanie protisúťažného konania má tvoriť logickú a ničím nenarušovanú sústavu navzájom sa dopĺňajúcich dôkazov, ktoré vo svojom celku nielen spoľahlivo preukazujú všetky okolnosti opísaného skutku a usvedčujú z jeho spáchania podnikateľský subjekt, ale súčasne rozumne vylučujú možnosť akéhokoľvek iného záveru. Aj v danom prípade vysvetlenie, ktoré podali

žalobcovia a ktoré sa odvolávalo na totožnosť so súťažnými podmienkami; správneho súdu nevyvrátilo úvahu o podozrivom koordinovanom správaní podnikateľov. Správny súd sa stotožnil so žalovaným, 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“. Vyhodnotenie tohto poznatku z hľadiska dokazovania je podľa správneho súdu nutné považovať ako iba za indíciu možného kolúzneho správania, teda iba ako jeden z nepriamych a podporných dôkazov.

144. Aj pri otázke nepredloženia vzoriek v spojení s argumentom o tom, že žalobcovia 2. a 3. boli pripravení tieto po vyzvaní predložiť, správny súd pri hodnotení dôkazov prisvedčil žalovanému. Jeho úsudok o tom, že ak žalobcovia 2. a 3 disponovali vzorkami a súčasne aj vedomosťou, že nepredloženie vzoriek môže ohroziť ich účasť na predmetných obstarávaníach, sa nepredloženie týchto vzoriek javilo ako veľmi podozrivé. A práve títo uchádzači neboli úspešní vo verejných obstarávaníach, čo síce samo o sebe (izolovane) nepreukazuje kolúziu žalobcov, ale v nadväznosti na ďalšie dôkazy usvedčuje žalobcov z protisúťažného konania. Uvedené konanie teda podľa správneho súdu nie je možné považovať iba za náhodné, ale práve naopak v sústave nazhromaždených nepriamych dôkazov a indícií podporuje úsudok o koordinovanom konaní (postupe) žalobcov v daných verejných obstarávaníach.

145. V závere posúdenia žalobných námietok súvisiacich s dôkazmi zabezpečenými žalovaným a ich vyhodnotením vyjadril správny súd nesúhlas s tvrdením žalobcov o tom, že by postup žalovaného, akým pristúpil k vyhodnoteniu dôkazov, bol neobhájiteľný alebo nesprávny.

146. Správny súd pred finalizáciou právneho posúdenia dokazovania vykonaného žalovaným argumentačne načrel aj do teoretických aspektov problematiky dokazovania, keď za nepriamy dôkaz vníma taký, ktorý dokazuje síce skutočnosť inú, ale súčasne takú, z ktorej je možné usudzovať, či sa stala alebo nestala skutočnosť, ktorá je predmetom dokazovania. Objasňuje teda dokazovanú skutočnosť pomocou inej skutočnosti, ktorá má k dokazovanej skutočnosti len nepriamy vzťah. Zatiaľ čo súvislosť medzi priamym dôkazom a dokazovanou skutočnosťou je zrejmalá, musí byť súvislosť medzi nepriamym dôkazom a skutočnosťou, ktorá je predmetom dokazovania, ešte len zisťovaná. Miera tejto súvislosti býva u jednotlivých nepriamych dôkazov odlišná a môže sa aj ukázať, že pôvodný dojem o súvislosti nepriameho dôkazu s dokazovanou skutočnosťou bol vyvolaný len náhodnou zhodou okolností a že tento vzťah tu v skutočnosti nie je. Pretože každý nepriamy dôkaz hodnotený oddelene (bez súvislosti s ďalšími dôkazmi) umožňuje vždy viac výkladov o svojom význame, je jeho význam určený predovšetkým jeho miestom v množine iných nepriamych dôkazov, jeho vzťahom k týmto ďalším dôkazom a jeho súladnosťou s nimi. Z toho prirodzene vyplýva, že nepriamy dôkaz sám osebe spravidla nevedie - vzhľadom k svojmu sprostredkovanému vzťahu ku skutočnosti, ktorá je predmetom dokazovania - k jej preukázaniu; výsledkom jeho hodnotenia v spojení s ďalšími nepriamymi dôkazmi tvoriacimi systém, ktorého jednotlivé články sú v súlade medzi sebou aj s dokazovanou skutočnosťou, však takýto záver byť môže. Hodnotením dôkazov sa podľa správneho súdu rozumie myšlienková činnosť orgánu aplikujúceho právo, ktorou je vykonaným dôkazom prisúdená hodnota závažnosti (dôležitosti) pre rozhodnutie, hodnota zákonnosti, hodnota pravdivosti, poprípade hodnota vierohodnosti. Pri hodnotení dôkazov z hľadiska ich závažnosti (dôležitosti) orgán aplikujúci právo určuje, aký význam majú jednotlivé dôkazy pre jeho rozhodnutie a či o nich môže oprieť svoje skutkové zistenia (či sú použiteľné pre zistenie skutkového stavu a v akom rozsahu, poprípade v akom smere). Na uvedené nadväzuje aj ďalšia indícia, ktorá sa týkala podoby dokumentu

„Technický podrobný popis realizácie diela - mantinelový systém", ktorý bol predložený žalobcami 2. a 3. v ponukách, v časti „Kritériá". Uvedené dokumenty boli predložené podľa nevyvrátených záverov žalovaného v podobe úplne zhodných piatich odrážok, v ktorých sa vyskytovali aj rovnaké pravopisné chyby. Tieto žalovaný aj presne identifikoval a špecifikoval. Žalobca 1. na rozdiel od uvedeného v tejto časti ponuky uviedol vo všetkých obstarávaniach podrobný technický text. Popis technického riešenia mantinelového systému bol u žalobcov 2. a 3. nespochybniteľne identický, vrátane pravopisných chýb a rozloženia textu v dokumente, preto uvedené zistenie zvýraznilo vysokú mieru podozrenia a legitimitu otázky, či je vôbec možné pri nezávislom vypracovaní súťažných ponúk zo strany uchádzačov, deklarujúcich vzájomnú nezávislosť a autenticnosť, dosiahnuť takúto zhodu textu.

147. V ďalšej časti sa správny súd venoval námietke žalobcov o porušení zásady legitímnych očakávaní, súvisiacej so skutočnosťou, že v komparácii s inými konaniami vedenými proti iným podnikateľským subjektom, kde existovala vysoká úroveň cenovej zhody, išlo v prípade žalobcov o relatívne nízky index cenovej zhody, a to v priemere 41,08 % vo všetkých siedmych verejných obstarávaniach. V žiadnom z posudzovaných prípadov nepresahovala zhoda medzi všetkými žalobcami pri posudzovaní všetkých položiek zadáných do výkazu výmer výšku 70 % a vo väčšine sa držala pod hranicou 50 %. V uvedenej súvislosti správny súd konštatoval, že nebolo možné súhlasiť s argumentáciou, že by si žalovaný nesprávne vykladal uplatňovanie zásady legitímnych očakávaní. Legitímne očakávania vo vzťahu k administratívnym rozhodnutiam v tom smere, že o veci páchatel'a správneho deliktu bude rozhodnuté obdobne ako vo veci skutkovo a právne podobnej, nemožno podľa správneho súdu absolutizovať, nakoľko každý prípad nesie celý rad špecifik. Pokiaľ teda rozhodnutia orgánov verejnej správy spadajú pod zákonný rámec a nie je možné prijať záver o ich arbitrárnosti - tak ako je podľa správneho súdu aj v predmetnom spore, nie je takúto námietku možné akceptovať. Orgán verejnej správy môže pri aplikačnom procese prehodnotiť vlastný postup, resp. posúdiť špecifiká daného prípadu, nemôže však ísť o zjavný excés, ktorý správny súd nezistil. Koordinovaný postup vo verejnom obstarávaní môže mať množstvo variácií a samotný index výšky cenovej zhody sa posudzuje v celkovom kontexte konania podnikateľských subjektov. Index cenovej zhody sám o sebe môže, súčasne však nemusí v spojení s inými dôkazmi preukazovať koordinovaný postup podnikateľských subjektov vo verejnom obstarávaní.

148. K námietke, že žalovaný nedefinoval vo svojom rozhodnutí relevantný trh, správny súd uviedol, že presná definícia relevantného trhu nie je potrebná v každom prípade a uviedol situácie, keď to nie je nevyhnutné. Ide napríklad aj o prípady tzv. „ťažkých kartelov", t. j. dohôd obmedzujúcich súťaž, ktorých cieľom je obmedzenie súťaže (napr. horizontálne dohody o cenách, rozdelení trhov a pod.), keďže tieto sú zakázané už na základe svojho škodlivého cieľa a bez ohľadu na ich dopady a na podiel ich účastníkov na trhu (napr. rozsudok ESD zo dňa 21.9.2006 C- 105/04 Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied proti proti EK, Zb. (2006), s. I-8725, bod 125). Poukázal tiež na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S/273/2017-844 zo dňa 21.11.2018, podľa ktorého definícia relevantného trhu v prípade cieľovej dohody nie je potrebná. Obdobne aj rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sžh/4/2010 zo dňa 21.05.2013, podľa ktorého „tzv. ťažké kartely (čo je i prípad posudzovanej dohody) nespádajú pod pravidlo de minimis a tiež ich súťažné orgány neakceptujú (resp. len celkom výnimočne) ako spôsobilé na splnenie podmienok podľa § 6 ods. 3 zákona, resp. podľa čl. 81 ods. 3 ZES). Takéto dohody sú zakázané už na základe svojho škodlivého cieľa, ktorý v sebe obsahuje minimálne potenciál negatívneho dopadu na súťaž, pričom preukazovať skutočné konkrétne dopady na určitý trh nie je pre konštatovanie zákazu nutné." Aj vzhľadom na citovanú judikatúru považoval správny súd

námietku absencie definície relevantného trhu za neopodstatnenú.

149. Ďalšia námietka žalobcov sa týkala aplikácie tzv. novšieho Metodického pokynu, v dôsledku čoho malo dôjsť k zvýšeniu percenta závažnosti, a teda aj vplyvu na zvýšenie pokuty. Žalobcovia poukazovali na analógiu s trestným právom a zásadu v zmysle § 2 ods. 1 Trestného zákona, podľa ktorého sa trestnosť činu posudzuje a trest sa ukladá podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný. Ak v čase medzi spáchaním činu a vynesením rozsudku nadobudnú účinnosť viaceré zákony, trestnosť činu sa posudzuje a trest sa ukladá podľa zákona, ktorý je pre páchatel'a priaznivejší. Ani túto konštrukciu žalobcov správny súd neakceptoval a skonštatoval, že nie je možné vytknúť žalovanému nezákonný postup pri posudzovaní predmetnej administratívnej veci. Podľa správneho súdu aplikácia novšej metodiky nevybočila zo zákonného rámca, ktorý je vymedzený v ustanovení § 38 ods. 1 a 3 cit. zákona č. 136/2001 Z. z. a žalovaný neaplikoval na skutkový stav „novší zákon“. Správny súd pri postupe podľa revidovaného Metodického pokynu nezistil rozpor so zákonom, rovnako nenastal podľa neho stav, že by žalovaný postupoval nad rámec zákona a svoj postup náležite nezdôvodnil. Plne súladný so zákonom bol postup žalovaného, pri ktorom vymedzil ako základ pokuty, t. j. relevantný obrat, celkovú hodnotu víťazných ponúk vo verejných obstarávaníach bez DPH. Takýto postup zasahuje aj podnikateľské subjekty, ktoré podávali tzv. krycie ponuky, kedy v ich prípade vymedzenia tovarov a služieb, ktoré sa vzťahujú na porušenie, by bol relevantný obrat v podstate nulový. Ak teda Metodický pokyn v prípade horizontálneho kartelu vymedzil percento závažnosti v hornej polovici rozpätia 15% až 30%, pre správny súd bolo rozhodujúce, či uvedený postup presahoval medze zákona, čo sa podľa neho nestalo. Žalovaný v posudzovanej veci stanovil percento závažnosti na úrovni 15%, a to vzhľadom na nižšiu mieru zásahu na trhu, zohľadniac charakter verejných obstarávaní so špecifikovaným predmetom zákazky (dodávok stavebných prác). To znamená, že žalovaný prehodnotil svoj pôvodný prístup pri takom type kartelu, ale zákon týmto podľa správneho súdu neporušil, čo náležite aj vysvetlil.

150. V súvislosti s námietkami ohľadne pokuty uloženej žalobcom správny súd poukázal na funkciu pokuty v oblasti hospodárskej súťaže. Túto definoval už Súdny dvor EÚ, a to napr. v rozhodnutiach vo veci 41/49, ACF Chemiefarma NV vs. Commission, [1970] ECR 661, bod 173, spojené veci 100 až 103/80, SA Musique Diffusion française and others vs. Commission, [1983] ECR 1825, body 105 a 106, vec C-289/04 P Showa Denko vs. Commission, [2006] ECR I-5859, bod 16, z ktorých vyplýva, že pokuty ukladané za porušenie čl. 81 a 82 Zmluvy o ES (v súčasnosti ide o čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ) sa stanovujú s cieľom potrestať nelegálne konanie podnikateľov (represívna zložka) a zároveň majú odstrašujúci účinok (preventívna zložka) nielen na takéto konkrétne porušujúce podniky, ale i všeobecne na iné spoločnosti, aby nedochádzalo k porušovaniu súťažného práva do budúcnosti. Cieľom pokút je teda nielen trest, ale aj prevencia. Rešpektovanie obidvoch funkcií pokuty je nevyhnutné za účelom zabezpečenia účinnosti pokút za porušenie súťažného práva a akcent iba na represívnu zložku pokuty by nepochybne znížil jej efektívnosť (R 71/2016). Pokuta má byť pre podnikateľa natoľko citeľná, aby ho od podobného konania v budúcnosti odradila, avšak nemôže byť pokutou likvidačnou (rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 2Sžhpu/3/2011 zo dňa 22.05.2013, sp. zn. 1Sžhpu/4/2008 zo dňa 25.01.2011). Pri stanovení výšky pokút je vhodné zobrať do úvahy dĺžku trvania a všetky faktory, na ktoré treba prihliadať pri posúdení závažnosti porušenia. Medzi určujúce faktory patrí konanie každého podniku, úloha každého z nich pri zavádzaní zosúladených postupov, zisk, ktorý mohli mať z týchto postupov, ich veľkosť a hodnota dotknutých tovarov, celkový obrat podniku, ako aj riziko, ktoré porušenia tohto typu predstavujú pre ciele Spoločenstva (rozsudok Súdneho dvora EÚ (veľká komora)

zo dňa 28.06.2005, v spojených veciach Dansk Rorindustri A/S a iní proti Komisii, C-189/02 P, C-202/02 P, C-505/02 P až C-208/02 P, C-213/02 P). Pri ukladaní sankcií za správne delikty je podľa správneho súdu potrebné vychádzať zo základných rovín pôsobenia sankcie - individuálnej, generálnej, výchovnej, preventívnej a represívnej, pričom každú sankciu treba diferencovať a individualizovať.

151. V nadväznosti na úvahy z predchádzajúceho bodu správny súd skonštatoval, že podľa neho žalovaný komplexne zanalyzoval časový faktor s odkazom na prax súťažných autorít, ako aj vo vzťahu k povahe protisúťažného správania, i nebezpečnosti skutku. Správny súd tak preto nemohol považovať námietku žalobcov, že sa žalovaný dostatočne nevysporiadal s odôvodnením osobitostí tohto prípadu, za právne opodstatnenú. Ani námietka o rozpore minimálnej hranice miery závažnosti porušenia zákona na 15% s tým, že ju nestanovuje § 38 ods. 3 zákona 136/2001 Z. z. pri tomto type kartelu, nemohla byť zo strany správneho súdu považovaná za relevantnú, pretože ju tak stanovil správny orgán pri vlastnej diskrečnej právomoci s náležitým odôvodnením a predovšetkým v rámci limitov zákona.

152. V závere napadnutého rozsudku sa správny súd vysporiadal s návrhom žalobcov na sankčnú moderáciu, pričom uviedol, že na jej uplatnenie je nevyhnutné naplniť niekoľko kritérií. Podľa správneho súdu pri zmene druhu a výšky sankcie prichádza do úvahy otázka posúdenia primeranosti sankcie, resp. jej likvidačného dopadu na žalobcov. Správny súd zopakoval, že vo vzťahu k vymedzenému skutku nebolo zistené, že by uložená sankcia vykazovala vyššiu intenzitu neprimeranosti. Podľa správneho súdu sankcia spadala do normového rozsahu s prihliadnutím na povahu a závažnosť spáchaného skutku. Naproti tomu likvidačný charakter sankcie predstavuje stav, kedy druh a výška sankcie by síce boli uložené v zákonom povolenom rámci, ale vzhľadom na subjektívne pomery žalobcov by sankcia mala likvidačný charakter a v takomto prípade by podľa správneho súdu bolo dôležité identifikovať tzv. likvidačný dopad na podnikateľa. Správny súd znova zopakoval, že musela by byť preukázaná súvislosť so vznikom predĺženia, ktoré by malo napr. za následok zánik alebo zrušenie právnickej osoby (napr. v dôsledku konkurzu). Správny súd tak neakceptoval tvrdenia žalobcov o likvidačnom účinku uloženej pokuty a poukázal na hraničný strop výšky pokuty 10% z celkového obratu ustanovený zákonom č. 136/2001 Z. z., ktorý má zabrániť likvidačnému charakteru pokuty. Mal za to, že v prípade žalobcov MPL STAVING spol. s r.o. a RECORD TK spol. s r.o. boli pokuty stanovené nižšie, ako dovoľuje strop 10% z celkového obratu (3,2% a 1,7 %) a ich slabý hospodársky výsledok nemôže byť sám osebe bez ďalších osvedčených skutočností dôvodom na sankčnú moderáciu.

III. Kasačná sťažnosť, vyjadrenie k nej

153. Žalobcovia (ďalej len „sťažovatelia“) podali proti napadnutému rozsudku správneho súdu kasačnú sťažnosť, v ktorej žiadali jeho zrušenie z dôvodov podľa § 440 ods. 1 písm. f), písm. g), písm. h) zákona č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „SSP“) a vrátenie veci správneho súdu na ďalšie konanie. Alternatívne navrhli, aby kasačný súd zmenil rozsudok správneho súdu tak, že rozhodnutie žalovaného spolu s prvostupňovým rozhodnutím zruší a vec vráti žalovanému na ďalšie konanie.

154. Správny súd napadnutým rozsudkom podľa sťažovateľov naplnil sťažnostný bod založený na nesprávnom právnom posúdení veci tým, že

- považoval „cenové anomálie“ za nepriamy dôkaz zakázanej horizontálnej dohody v zmysle § 4 zákona č. 136/2001 Z. z.,
- považoval „cenové zhody“ za nepriamy dôkaz zakázanej horizontálnej dohody v zmysle § 4

zákona č. 136/2001 Z. z.,

- považoval údajné nepriame dôkazy predložené zo strany PMÚ ako koherentný súbor na seba nadväzujúcich dôkazov preukazujúcich zakázanú horizontálnu dohodu v zmysle § 4 zákona č. 136/2001 Z. z., pričom neakceptoval alternatívne vysvetlenia sťažovateľov,
- nesprávne aplikoval § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z., resp. Metodický pokyn o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž v znení od 01.09.2018, prípadne Metodický pokyn o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž v znení od 01.07.2014 na existujúci skutkový stav a porušil zásadu legitímnych očakávaní a zároveň nesprávne právne posudzoval kritériá pre uloženie pokuty a dospel tak k jej nesprávnej výmere,
- nesprávne aplikoval Správny poriadok a zákon č. 136/2001 Z. z. tak, že akceptoval nesprávnu a zmätočnú výrokovú časť prvostupňového rozhodnutia.

155. Podľa sťažovateľov „cenové anomálie“ nespĺňajú kvalitatívne požiadavky na dôkaz zakázanej dohody v zmysle tak slovenského ako aj európskeho súťažného práva. Žalovaný nezohľadnil zložitost' a komplexnosť procesov v rámci verejného obstarávania, keď izolovane a formalisticky hodnotil a porovnával jednotlivé položky z cenových návrhov bez zváženia kontextu a osobitostí uchádzačov, charakteristík každej jednotlivej obstarávanej stavby (lokalita, vzdialenosť k miestu stavby, dopravná dostupnosť), neprihliadol na materiálnu a personálnu vybavenosť uchádzačov (napr. skladové zásoby), ich prípadné dodávateľské reťazce, doterajšie skúsenosti a z nich vyplývajúcu celkovú pripravenosť na realizáciu takéhoto typu verejných obstarávaní, nevyhodnotil dispozíciu strojovým a technologickým vybavením vyžadovaným pre realizáciu jednotlivých verejných obstarávaní.

156. Pokiaľ ide o „cenové zhody“, aj pri tejto kategórii podľa sťažovateľov nie je možné vo všeobecnosti hovoriť o zhodách takého stupňa a kvality, aby mohli byť použité ako dôkaz v kartelovom konaní. Na podklade tabuliek k jednotlivým verejným obstarávaniam poukázali sťažovatelia na to, že priemerná zhoda medzi nimi pri posudzovaní všetkých položiek vo všetkých verejných obstarávaniach bola len 41,08 %. Pritom prax žalovaného bola taká, že konanie voči účastníkom verejných obstarávaní zastavil aj pri zistení cenovej zhody na oveľa vyššej úrovni. Žalovaný tendenčne vyhodnotil konkrétne zhody jednotlivých cenových položiek, a to bez zohľadnenia skutočnosti, že sťažovateľ 1 mal zverejnený cenník služieb na svojom webovom sídle. Z neho sťažovateľ 2 a sťažovateľ 3 vychádzali.

157. Sťažovatelia nesúhlasili s hodnotením správneho súdu, podľa ktorého súbor nepriamych dôkazov zabezpečených žalovaným tvorí ucelenú a ničím neprerušenu reťaz nepriamych dôkazov, z ktorých možno vyvodit' jednoznačný a nespochybniteľný záver, že sa sťažovatelia dopustili zakázanej dohody v zmysle § 4 zákona č. 136/2001 Z. z. Skutočnosti, na ktoré poukazuje žalovaný, nedosahujú podľa sťažovateľov kvalitatívnu úroveň nepriamych dôkazov, keďže sa jedná výlučne o všeobecné indície a indikátory. Zároveň nesúhlasili s tým, že by tieto údajné nepriame dôkazy údajného koluzívneho správania bez priamych dôkazov, či už v listinnej alebo elektronickej podobe, resp. bez preukázania akýchkoľvek predchádzajúcich kontaktov svedčiacich o vzájomnej komunikácii, či inom spôsobe nasvedčujúcom koluzívne správanie sťažovateľov, mohli dosahovať kvalitatívnu dôkaznú silu, na ktorú by bolo možné aplikovať § 4 zákona č. 136/2001 Z. z. Žalovaný a správny súd preniesli v rozpore so základnými zásadami pri vyhodnocovaní dôkazov preukazujúcich kartel dôkazné bremeno na sťažovateľov a zároveň tiež porušili zásadu in dubio pro reo a in dubio mitius.

158. Správny súd podľa sťažovateľov vec nesprávne právne posúdil aj z dôvodu stotožnenia sa so žalovaným v otázke uloženej pokuty. A to najmä tým, že odobril absenciu definície

relevantného trhu, nesprávne stanovenie (vyhodnotenie) miery závažnosti so zreteľom na aplikáciu metodických pokynov, nesprávne určenie dĺžky údajného protiprávneho konania, nezákonné spojenie siedmych údajných samostatných dohôd do spoločného konania a vydanie jedného rozhodnutia, nesprávnu aplikáciu zákonných kritérií podľa § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z., keď týmto neprihliadal alebo nesprávne prihliadal na všetky skutočnosti, ktoré bolo potrebné v súvislosti s uložením pokuty posúdiť a vyhodnotiť, najmä nezohľadnil poľahčujúce okolnosti. Správny súd tiež neodhalil (neidentifikoval) porušenie základných procesných a hmotnoprávnych zásad pri ukladaní administratívnych sankcií v odvetví ochrany hospodárskej súťaže. V dôsledku uvedených nedostatkov došlo k nesprávnej výmere sankcie uloženej sťažovateľom, čím sa žalovaný odchýlil od svojej ustálenej rozhodovacej praxe, na ktorú sťažovatelia odkazom na niektoré vybrané rozhodnutia žalovaného v iných konaniach poukázali.

159. V kontexte nesprávne určenej výmery sankcie sťažovatelia v administratívnom aj správnom súdnom konaní brojili najmä proti aplikácii Metodického pokynu účinného od 01.09.2018, čo bola podľa nich jediná skutočnosť, pre ktorú žalovaný stanovil mieru závažnosti na úrovni 15 %, hoci pri aplikácii Metodického pokynu z roku 2014 bolo pri porovnateľnom protisúťažnom správaní praxou stanovenie miery závažnosti na úrovni 5 %, čo sťažovatelia podporili informáciami z konkrétnych vybraných rozhodnutí žalovaného v iných veciach. Aplikáciou novšieho Metodického pokynu podľa sťažovateľov došlo k porušeniu základnej trestnoprávnej zásady, podľa ktorej sa trestnosť činu posudzuje a trest ukladá podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný. Neskorší zákon sa použije len vtedy, ak je pre páchatel'a priaznivejší. Nezákonnosť aplikácie metodických pokynov v rozhodovacej činnosti žalovaného videli sťažovatelia aj v tom, že mieru závažnosti v ich prípade stanovila podzákonná právna norma, hoci tento parameter samotný zákon č. 136/2001 Z. z. bližšie neupravuje.

160. Výmera uloženej pokuty jednotlivým sťažovateľom je podľa nich neproporčná a neadekvátne vysoká k povahe skutku kladeného sťažovateľom za vinu, čo je v prípade sťažovateľa 2 a sťažovateľa 3 zvýraznené najmä skutočnosťou, že ani jeden z nich nemal zisk ani iný prospech z verejných obstarávaní. Okrem toho je výmera pokuty pre všetkých sťažovateľov likvidačná, čo podporili poukazom na ich hospodárske výsledky za ostatné roky predchádzajúce prvostupňovému rozhodnutiu žalovaného. Odkazom na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 8Sžhk/1/2016 zo dňa 26.10.2017 pripomenuli súdnou praxou ustálené kritériá, ktoré by rozhodnutie o sankcii uloženej v rámci konania na ochranu hospodárskej súťaže malo spĺňať, aby nebolo pre postihovanú spoločnosť likvidačné, t. j. znamenajúce nutnosť ukončenia jej podnikateľskej činnosti a odchod z trhu. Pripomenuli, že aj pandemické roky súvisiace s obmedzeniami proti šíreniu ochorenia COVID-19 výrazným spôsobom narušili dodávateľsko-odberateľské a celkovo ekonomické vzťahy sťažovateľov. Upozornili na rozsudok Súdneho dvora EÚ v spojených veciach C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02-P až C-208/02 P a C-213/02 - Dansk Rorindustri A/S et alii proti Európskej komisii, ktorý prízvukoval potrebu ukladania sankcií, ktoré postihované subjekty budú schopné uhradiť.

161. Sťažovatelia v rámci ďalšieho sťažnostného bodu zopakovali svoje výhrady k výrokovej časti prvostupňového rozhodnutia, ktorá podľa nich nezodpovedá kritériám vyplývajúcich z právnych predpisov a ustálených súdnou praxou pre rozhodnutia v odvetví administratívneho trestania. Osobitne sťažovatelia namietli absenciu presného vymedzenia skutku miestom, časom a spôsobom jeho spáchania, absenciu konkrétneho ustanovenia príslušného právneho predpisu, podľa ktorého došlo k uloženiu sankcie a výhrady vzniesli aj k sankcii zákazu účasti sťažovateľov na verejných obstarávaní po dobu troch rokov, ktorý výrok mal byť podľa nich

predmetom samostatného rozhodnutia, vydaného až potom, ako rozhodnutie o uložení pokuty nadobudne právoplatnosť. Túto úvahu podporili jazykovým výkladom ustanovenia § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z.

162. Napadnutému rozsudku vytkli sťažovatelia napokon aj vadu nepreskúmateľnosti. Správny súd podľa nich len v malom rozsahu zopakoval zdôvodnenie žalovaného a priklonil sa k nemu bez toho, aby sa riadne vysporiadal so všetkými argumentmi, skutočnosťami a alternatívnymi vysvetleniami predloženými sťažovateľmi. Správny súd riadne nepristupoval ani k tým námietkam, ktoré mali pre správne právne posúdenie podstatný význam. Viaceré namietané skutočnosti vyriešil len jednou či dvomi vetami, ktorými akceptoval argumentáciu žalovaného (napr. otázka cenových anomálií alebo otázka odklonu od rozhodovacej praxe pri posudzovaní miery závažnosti ako kritéria pre stanovenie výšky pokuty). Odôvodnenie napadnutého rozsudku je nedostatočne odôvodnené a nepresvedčivé. Uvedené zakladá kasačný dôvod podľa § 440 ods. 1 písm. f) SSP.

163. Žalovaný v písomnom vyjadrení ku kasačnej sťažnosti poukázal na svoju argumentáciu v prvostupňovom rozhodnutí, ako aj v preskúmanom rozhodnutí a navrhol kasačnú sťažnosť ako nedôvodnú zamietnuť, pretože sa stotožnil s právnym posúdením správneho súdu. Súčasne požiadal kasačný súd o nariadenie pojednávania, súc názoru, že ústne pojednávanie by prispelo k objasneniu veci a takisto je podľa neho daný aj verejný záujem.

IV. Právne posúdenie kasačného súdu

164. Vec bola predložená Najvyššiemu správne súdu Slovenskej republiky (ďalej aj ako „Najvyšší správny súd“ alebo „kasačný súd“) dňa 28. júna 2022 a náhodným výberom pridelená štvrtému senátu Najvyššieho správneho súdu. Na základe § 27b štvrtej časti rozvrhu práce Najvyššieho správneho súdu na rok 2024 v znení opatrenia č. 5 účinného od 1. marca 2024 bola vec náhodným výberom prerozdelená do ôsmeho senátu Najvyššieho správneho súdu, ktorý o nej rozhodol v zložení uvedenom v záhlaví tohto rozsudku pod pôvodnou spisovou značkou.

165. Najvyšší správny súd po zistení, že kasačná sťažnosť bola podaná včas (§ 443 ods. 1 SSP), oprávnenou osobou (§ 442 ods. 1 SSP), smeruje proti rozhodnutiu, proti ktorému je prípustná (§ 439 SSP), a má predpísané náležitosti (§ 57 SSP a § 445 SSP), preskúmal bez nariadenia pojednávania (§ 455 SSP) napadnutý rozsudok, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, pričom dospel k záveru, že kasačná sťažnosť nie je dôvodná. K žiadosti o nariadenie pojednávania pred kasačným súdom

166. Žalovaný vo svojom vyjadrení ku kasačnej sťažnosti požiadal kasačný súd, aby v rámci konania pred kasačným súdom nariadil pojednávanie. Kasačný súd v zmysle § 455 SSP rozhoduje o kasačnej sťažnosti spravidla bez pojednávania; pojednávanie môže nariadiť, ak to považuje za potrebné. Je teda na úvahe kasačného súdu, či v konkrétnej veci nariadi pojednávanie. Na rozdiel od konania pred správnym súdom v kasačných veciach neplatí všeobecné procesné pravidlo, že súd má povinnosť nariadiť pojednávanie v prípade, ak o to požiada aspoň jeden z účastníkov konania [§ 107 ods. 1 písm. a) SSP]. Ustanovenie § 455 SSP je potrebné vykladať tak, že vo vzťahu k § 107 ods. 1 SSP predstavuje špeciálnu právnu úpravu. Kasačný súd po podrobnom oboznámení sa s obsahom kasačnej sťažnosti a pripojeného súdneho spisu ako aj administratívneho spisu žalovaného nepovažoval nariadenie pojednávania na rozhodnutie o kasačnej sťažnosti za potrebné, a to najmä vzhľadom na obsírnosť a komplexnosť doterajšej argumentácie účastníkov konania, majúci za to, že prípadné ústne vyjadrenia účastníkov konania pred kasačným súdom by do právneho diskurzu nevnesli

nové argumenty. Kasačný súd pritom zohľadnil aj všeobecný a pomerne strohý obsah žiadosti žalovaného o nariadenie pojednávania, z ktorej nebolo zrejmé, v čom konkrétnom by nariadenie pojednávania prispelo k objasneniu veci. Čo sa týka kategórie verejného záujmu, ktorý by tiež mal byť zohľadnený v súvislosti so zvažovaním potreby nariadenia pojednávania, ani tu kasačný súd nezistil dôvodnosť pre procesný úkon navrhovaný žalovaným. Kasačný súd vo svojej úradnej činnosti neviduje, že by konania týkajúce sa ochrany hospodárskej súťaže svojou povahou vyvolávali zvýšený záujem verejnosti o účasť na súdnom pojednávaní nad rámec účastníkov súdneho konania, preto ani nie je možné očakávať prípadné výchovné pôsobenie súdneho pojednávania smerom k širšej odbornej alebo laickej verejnosti. Kvalifikovaný odhad kasačného súdu sa napokon stretol s realitou pri verejnom vyhlásení rozsudku, ktorého sa osobne zúčastnil len právny zástupca sťažovateľov, nie však zástupca žalovaného.

167. Po preskúmaní predmetnej veci považuje kasačný súd za vhodné úvodom vlastnej argumentácie uviesť, že sťažovatelia uplatnili v kasačnej sťažnosti v podstate totožné námietky ako v konaní o rozklade a v podanej správnej žalobe, s ktorými sa správny súd v napadnutom rozsudku dostatočne detailne vysporiadal a racionálne odôvodnil svoje úvahy, z ktorých následne vyvodil správne skutkové závery. Správny súd nezistil také dôvody, na základe ktorých by sa mal odchýliť od logických argumentov a právnych záverov komplexne vyjadrených v preskúvanom rozhodnutí. V tomto názore sa s ním kasačný súd v celom rozsahu stotožňuje.

168. Spornou otázkou v predmetnej veci, ku ktorej riešeniu bol kasačný súd sťažovateľmi vyzvaný, je najmä posúdenie toho, či správny súd vychádzal zo správneho posúdenia veci, ak dospel k záveru, že skutkový stav zistený správnymi orgánmi dostatočne preukázal, že sťažovatelia v predmetných verejných obstarávaníach opísaných vo výroku prvostupňového rozhodnutia uzatvorili dohodu obmedzujúcu súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c), a f) zákona č. 136/2001 Z. z.

K námietke nepreskúmateľnosti napadnutého rozsudku

169. Ako prvou sa kasačný súd zaoberal námietkou nepreskúmateľnosti napadnutého rozsudku, ktorá, ak by bola kasačným súdom zistená, by fakticky zakladala nemožnosť vecného vysporiadania sa s ostatnými sťažnostnými námietkami, čoho prirodzeným dôsledkom by bolo zrušenie napadnutého rozsudku.

170. Nepreskúmateľnosť rozsudku je daná v prípade, ak v ňom chýbajú zásadné vysvetlenia dôvodov rozhodnutia súdu, pričom subjektívnu nespokojnosť sťažovateľa s obsahom odôvodnenia nemožno považovať za skutočnosť preukazujúcu dôvod kasačnej sťažnosti v zmysle § 440 ods. 1 písm. f) SSP. Aj stabilná rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky (napr. sp. zn. II. ÚS 4/94, sp. zn. II. ÚS 3/97, sp. zn. I. ÚS 204/2010) rešpektuje názor, podľa ktorého nemožno právo na súdnu ochranu stotožňovať s procesným úspechom, z čoho vyplýva, že všeobecný súd nemusí rozhodovať v súlade so skutkovým a právnym názorom účastníkov konania vrátane ich dôvodov a námietok.

171. V súvislosti s otázkou kvality, argumentačnej korektnosti a vecnej dôslednosti odôvodnenia napadnutého rozsudku kasačný súd poukazuje na to, že jeho písomné vyhotovenie zodpovedá kritériám vyjadreným ustanovením § 139 ods. 2 SSP, zakladajúcim povinnosť správnych súdov svoje rozhodnutia riadne odôvodniť. Napadnutý rozsudok spĺňa limity zrozumiteľného, určitého a logicky odôvodneného rozsudku. Kasačný súd tu pripomína ustálenú rozhodovaciu činnosť národných aj nadnárodných súdnych autorít, podľa ktorých všeobecný súd (teda aj správny súd) nemusí dať detailné odpovede na všetky otázky nastolené

účastníkom konania alebo odpovedať na každú jeho námietku či argument, ale iba 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 (k tomu pozri napr. rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky vo veciach sp. zn. IV. ÚS 115/03, či sp. zn. III. ÚS 60/04, tiež rozhodnutia Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci *Georgidias v. Grécko* z 29. mája 1997, Recueil III/1997, rozsudok vo veci *Ruiz Torija c. Španielsko a Hiro Balani/Španielsko*, oba z 9. decembra 1994, Annuaire, série A č. 303 A a č. 303 B). Odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu, ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované právo na spravodlivé súdne konanie (k tomu pozri bližšie rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky vo veciach sp. zn. III. ÚS 209/04, sp. zn. IV. ÚS 112/05, sp. zn. I. ÚS 380/08, sp. zn. III. ÚS 172/2010, či sp. zn. II. ÚS 537/2010). Ak teda Ústavný súd Slovenskej republiky stručnosť právnej argumentácie nepovažuje za vadu rozsudku, nemožno súhlasiť s výhradami sťažovateľov, vytykajúcimi napadnutému rozsudku rozsah (počet viet), akým sa vysporadúval s jednotlivými žalobnými námietkami. Uvedené bez ďalšieho nenapĺňa sťažnostný bod podľa § 440 ods. 1 písm. f) SSP.

172. Povinnosťou všeobecného súdu je tak poskytnúť účastníkom konania odôvodnenie rozhodnutia, ktoré na kvalitatívne dostatočnej úrovni poskytne odpovede na kardinálne otázky vyplývajúce z konania. V ideálnom prípade by po vydaní rozhodnutia mali byť všetci účastníci konania „spokojní s rozhodnutím“ nie nevyhnutne z hľadiska jeho materiálneho dopadu, ale z hľadiska toho, že poskytuje dostačujúci výklad právneho posúdenia skutkového stavu (napr. nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 507/2024-85 zo 7. mája 2025). Kasačný súd na základe vyššie uvedeného dospel k záveru, že v práve preskúmvanej veci neexistuje relevantný dôvod na vyslovenie porušenia práva na spravodlivý proces sťažovateľov zo strany správneho súdu, nakoľko tento sa s námietkami sťažovateľov primerane vysporiadal vo svojom odôvodnení a racionálne zdôvodnil ním prijaté závery vzhľadom na okolnosti veci.

173. Vzhľadom na to, že aj podľa Ústavného súdu Slovenskej republiky je zásadu jednoty prvostupňového a odvolacieho konania možné primerane aplikovať na vzťah konania o správnej žalobe a konania o kasačnej sťažnosti (IV. ÚS 276/2021), nepovažuje kasačný súd pre naplnenie svojej úlohy za povinnosť otrocky a výpravne sa venovať do najmenších podrobností námietkam, na ktoré dal primeranú a dostatočne konkrétnu odpoveď už správny súd a pred ním žalovaný. Už správny súd si totiž všimol (bod 156. napadnutého rozsudku), že sťažovatelia v správnej žalobe namietali v podstate celý postup orgánov verejnej správy v procese zisťovania skutkového stavu a jeho právneho posúdenia. Preto ak sa správny súd v odôvodnení napadnutého rozsudku priamo nezaoberal nejakou námietkou, bolo to, ako sám uviedol, z dôvodu, že ju pri komplexnosti a rozsahu správnej žaloby z hľadiska vlastného posúdenia nepovažoval za právne významnú. Obdobne to platí aj o prístupe kasačného súdu k obsahu kasačnej sťažnosti.

K európskemu ukotveniu práva na ochranu hospodárskej súťaže vo všeobecnosti

174. Kasačný súd pripomína, že ustanovenia zákona č. 136/2001 Z. z., týkajúce sa protisúťažného konania, v zásade reflektujú čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ. Príslušné vnútroštátne orgány aplikujú čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ popri vnútroštátnych ustanoveniach a vzhľadom na harmonizáciu v tejto oblasti je pri výklade určitých pojmov, resp. pri posudzovaní postupov možné poukázať aj na judikatúru Súdneho dvora EÚ, keďže na účely efektívnej aplikácie európskych súťažných pravidiel boli vnútroštátne ustanovenia harmonizované.

175. Vzhľadom na vyššie uvedené judikatúra Súdneho dvora EÚ ustálila, že na to, aby vznikla „dohoda“, stačí, aby dotknuté podnikateľské subjekty vyjadrili svoju spoločnú vôľu správať sa na trhu určitým spôsobom (pozri v tomto smere rozsudok Súdneho dvora EÚ z 15. júla 1970, ACF Chemiefarme NV v. Komisia, C 41-69, bod 112, ako aj rozsudok z 29. októbra 1980, Heintz van Landewyck SARL a iní v. Komisia, spojené veci 209 až 215 a 218/78, bod 86). Pojem „zosúladený postup“ sa týka takej formy spolupráce medzi podnikmi, ktorá síce nedospela až do realizácie prostredníctvom dohody v pravom zmysle slova, ale spôsobila, že dotknuté podniky sa vedome rozhodli pre praktickú spoluprácu medzi sebou namiesto toho, aby znášali riziko hospodárskej súťaže (rozsudok z 26. januára 2017, Duravit a i./Komisia, C-609/13 P, bod 70). Kritériá koordinácie a spolupráce, ktoré zakladajú „zosúladený postup“, je potrebné teda ponímať vo vzťahu ku koncepcii ustanovení Zmluvy o fungovaní EÚ týkajúcich sa hospodárskej súťaže, podľa ktorej si musí každý hospodársky subjekt samostatne stanoviť politiku, ktorú chce viesť na vnútornom trhu. Čl. 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní EÚ, na ktorý reflektuje aj zákaz uvedený v § 4 zákona č. 136/2001 Z. z., bráni akémukoľvek priamemu alebo nepriamemu kontaktu medzi hospodárskymi subjektmi, ktorý môže byť ovplyvniť správanie skutočného alebo potenciálneho konkurenta na trhu, alebo odhaliť takému konkurentovi správanie, ktoré sa tieto subjekty rozhodli sami dodržiavať na trhu alebo ktoré zamýšľajú prijať na tomto trhu, pokiaľ je cieľom alebo výsledkom týchto kontaktov obmedzenie hospodárskej súťaže (rozsudok Súdneho dvora EÚ z 26. januára 2017, Duravit AG a iní v. Komisia, C-609/13 P, body 71 a 72).

K charakteru dôkazných prostriedkov použitých žalovaným

176. Nadväzujúc na vyššie uvedené všeobecné východiská nosnou časťou argumentácie sťažovateľov bola opakovane vznášaná námietka nedostatočne zisteného skutkového stavu žalovaným v súvislosti s preukázaním uzavretia dohody obmedzujúcej súťaž, na ktorej sa mali sťažovatelia podieľať. Sťažovatelia konštantne namietajú, že rozhodnutie žalovaného bolo postavené len na nepriamych dôkazoch, bez jednoznačného priameho dôkazu, ktorý by potvrdzoval, že sťažovatelia takúto dohodu uzavreli. Kasačný súd si všimol, že uvedené žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí nielen že nepopiera, ale na viacerých miestach výslovne potvrdzuje (pozri napr. bod 327 a 330) a rovnako tak aj Rada žalovaného v preskúmanom rozhodnutí (pozri napr. bod 186 až 189, a tiež aj bod 193 a 194), konštatujúc, že v prípade cieľových dohôd možno skôr predpokladať absenciu priamych dôkazov. Preto súťažná autorita musí zabezpečiť vnútorne nerozporný súbor navzájom sa dopĺňajúcich (komplementárnych) nepriamych dôkazov, ktoré sú často vo forme fragmentov, a tieto je následne potrebné vyhodnotiť aj pomocou výkladu.

177. Kasačný súd má tak za to, že v prejednávanej veci nebolo sporné, že žalovaný vychádzal len z nepriamych dôkazov a indícií, sporným zostalo to, či tieto nepriame dôkazy a indície boli natoľko relevantné (silné/preukazné), aby žalovaný prijal záver, že konanie sťažovateľov spočívajúce v koordinácii v procese prípravy súťažných ponúk 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 takáto dohoda je v zmysle § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 4 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. zakázaná.

178. Z pohľadu kasačného súdu je potrebné v tejto súvislosti poukázať na skutočnosť, že pokiaľ ide o zosúladené postupy podnikateľov, resp. o kartelové dohody, tieto bývajú zo svojej povahy často realizované v tajnosti a iba ich účastníci poznajú nimi dohodnutý plán. Uvedená diskrétna povaha ich konania teda značne sťažuje dokazovanie a pokiaľ by kasačný súd pripustil záver, že akceptovateľné by boli (alebo by mali byť) len priame dôkazy, odhalenie takýchto konaní by sa v praxi stalo takmer nemožným. Konkrétne v prípade koluzívneho

správania podnikateľov v oblasti verejného obstarávania existujú určité faktory, resp. indície, ktoré signalizujú koordinovaný postup medzi účastníkmi verejného obstarávania. Tieto faktory súvisia najmä so správaním podnikateľov v procese predkladania ponúk a stanovovania ceny. Vo vzťahu k správaniu podnikateľov, ktoré môže vyvolávať podozrenie, je možné pozorovať a identifikovať určité modely správania, ktoré môžu naznačovať kolúziu, pričom sa môže jednať napr. o situáciu, keď návrhy alebo ponukové formuláre predkladané rôznymi podnikateľmi obsahujú zhodné nepravidelnosti (napr. rovnaké chyby v kalkuláciách) alebo podobný rukopis, typ písma alebo použitie rovnakých kancelárskych potrieb, prípadne zhodné usporiadanie položiek, čo môže naznačovať, že víťazný uchádzač mohol pripraviť niektoré alebo všetky ponuky neúspešných podnikateľov, alebo môže ísť taktiež aj o podávanie krycej či symbolickej cenovej ponuky a pod. Úlohou žalovaného je v prípade existencie takýchto indikátorov zabezpečiť dôslednú analýzu nepriamych dôkazov a indícií, prípadne zhromaždiť ďalšie dôkazy, aby na ich podklade overil a prípadne aj rozhodol, či došlo k protiprávnemu konaniu alebo nie.

K pohľadu Súdneho dvora EÚ na úlohu a význam nepriamych dôkazov pri identifikovaní a preukazovaní protisúťažného konania

179. Aplikačný prístup opísaný kasačným súdom v predchádzajúcich bodoch je podporovaný aj rozhodovacou činnosťou Súdneho dvora EÚ. Tento, vychádzajúc z predpokladu všeobecnej známosti zákazu účasti na protisúťažných dohodách a sankcií hroziacich za porušenie tohto zákazu, už dávnejšie poukázal na to, že je bežné, že činnosti, ktoré tieto praktiky a dohody zahŕňajú, prebiehajú tajne, stretnutia sa konajú v utajení, najčastejšie v nečlenskej krajine, a že súvisiaca dokumentácia je obmedzená na minimum. Z toho vyplýva, že aj dôkazy, ak sa ich podarí nájsť, budú zvyčajne len útržkovité a zriedkavé, takže často je potrebné niektoré podrobnosti rekonštruovať dedukciou. Vo väčšine prípadov sa preto existencia protisúťažnej praktiky alebo dohody musí vyvodiť z viacerých náhod a indícií, ktoré spolu môžu, ak neexistuje iné hodnoverné vysvetlenie, predstavovať dôkaz o porušení pravidiel hospodárskej súťaže (rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 07.01.2004, Aalborg Portland et alii / Komisia, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, body 55 až 57).

180. Procesnú využiteľnosť nepriamych dôkazov pri preukazovaní porušenia práva EÚ v oblasti hospodárskej súťaže pripúšťa Súdny dvor EÚ aj v neskorších rozhodnutiach (napr. rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 29.06.2023, Super Bock Bebidas SA et alii, C-211/22, bod 56). Kvalifikácia nepriameho dôkazu nezávisí od konkrétnej fázy konania, ale od dôkaznej hodnoty dotknutých informácií, keďže dostatočne závažné a zhodujúce sa nepriame dôkazy spojené do „súboru“ môžu samy osebe preukázať porušenie a môžu byť použité v konečnom rozhodnutí Komisie prijatom na základe článku 101 Zmluvy o fungovaní EÚ (rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 09.03.2023, Casino, Guichard-Perrachon SA et alii / Komisia, C-690/20 P, bod 90).

181. Možnosť použitia iba nepriamych dôkazov dáva Súdny dvor EÚ do súvisu so zásadou efektivity, ktorej podstatou je, aby vnútroštátne pravidlá upravujúce posudzovanie dôkazov a mieru dokazovania nesťažovali uplatňovanie práva hospodárskej súťaže Únie, konkrétne, aby nesťažovali uplatňovanie čl. 101 a čl. 102 Zmluvy o fungovaní EÚ. Vzhľadom na zásadu efektivity je preto potrebné, aby dôkaz porušenia hospodárskej súťaže mohol byť predložený aj prostredníctvom nepriamych dôkazov (napr. rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 21.01.2016, Eturas et alii, C-74/14, body 35 až 37).

182. Hoci Súdny dvor EÚ konštantne akceptuje, že existencia protisúťažného postupu alebo dohody sa vo väčšine prípadov preukazuje logickým posúdením a odvodením z určitého

množstva zhôd okolností a nepriamych dôkazov, súčasne zdôrazňuje, že tieto musia spĺňať podmienky objektivity a zhodovať sa (napr. rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 29.06.2023, *Super Bock Bebidas SA et alii*, C-211/22, bod 56), musia byť skúmané spoločne ako jeden celok, musí sa pri ich vyhodnocovaní prihliadať na vlastnosti relevantného tovarového trhu (rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 27.06.2024, *Komisía / Servier SAS et alii*, C-176-19 P, bod 423), pričom len za predpokladu, že absentuje iné rozumné (priateľné, koherentné, hodnoverné) vysvetlenie, môžu predstavovať porušenie pravidiel hospodárskej súťaže (napr. rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 17.09.2015, *Total Marketing Services SA / Komisía*, C-634/13 P, bod 26).

Doterajšia judikatúra kasačného súdu k procesnej použiteľnosti nepriamych dôkazov pri posudzovaní protisúťažného konania

183. Procesnú použiteľnosť nepriamych dôkazov pri preukazovaní protisúťažného konania podporil aj Najvyšší súd Slovenskej republiky, a to už v rozsudku sp. zn. 1Sžhu/1/2013 zo dňa 30.12.2013, vychádzajúc z predpokladu, že koluzívne správanie podnikateľov je možné predovšetkým charakterizovať ako utajené. „Uvedený charakter tejto skutkovej podstaty sťažuje, ba 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. indície a ich dôkazná sila, predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa.“ Rozsudok sp. zn. 1Sžhu/1/2019 zo dňa 30.12.2013 bol síce Ústavným súdom Slovenskej republiky neskôr zrušený, avšak nakoľko dôvodom tohto zrušenia bolo výlučne nesprávne zloženie senátu konajúceho vo veci, považuje kasačný súd citovaný právny záver za stále použiteľný, a to aj vzhľadom na skutočnosť, že sa s ním Najvyšší súd Slovenskej republiky stotožnil v rozsudku sp. zn. 4Sžhk/1/2019 zo dňa 04.11.2020.

184. K použiteľnosti nepriamych dôkazov sa Najvyšší súd Slovenskej republiky prihlásil aj v rozsudku sp. zn. 5Sžh/2/2015 zo dňa 02.11.2016, keď uviedol, že „argumentácia žalobcov založená na tvrdení, že vo všeobecnosti jeden nepriamy dôkaz nestačí na preukázanie dokazovanej skutočnosti a tento má dôkaznú silu len v spojení s inými dôkazmi, ako už vyššie odvolací súd naznačil, nemá oporu v zákone.“ Na inom mieste citovaného rozsudku uviedol: „Preto myšlienka žalobcov (najmä argumentácia žalobcu 3/), že až sústava nepriamych dôkazov, ktorá tvorí uzavretý dôkazný celok, t. j., že ide o logický, ničím nenarušený a konečný rad navzájom sa dopĺňajúcich a na seba nadväzujúcich skutočností, ktoré sú v príčinnej súvislosti s dokazovanou skutočnosťou, a ktoré vedú výlučne k jedinému záveru, nie je ani podporovaná úniou judikatúrou.“

K dôkazom zabezpečeným žalovaným a ich vyhodnoteniu

185. Žalovaný na základe analýzy cenových ponúk, ako aj ďalších súvisiacich podkladov v predmetných verejných obstarávaníach, vyhodnotil nepriame dôkazy, ktoré spočívali (i) v existencii cenových rozdielov medzi rovnakými položkami výkazu výmer v ponukách sťažovateľov, (ii) v cenových zhodách niektorých položiek výkazu výmer v ponukách sťažovateľov a k ďalším indiciám (ponuky sťažovateľov s identickým obsahom a formou, nepredloženie vzoriek materiálov, ktoré boli nevyhnutnou náležitosťou verejných obstarávaní, rovnaké chyby v písaní), ako preukazujúce koluzívne správanie sťažovateľov (k uvedenému v konkrétnostiach pozri body 16 až 39 tohto rozsudku).

186. Sťažovatelia sa primárne bránili tým, že používali rovnaké oceňovacie softvéry, čo by malo vysvetľovať zhodu v naceňovaní tých istých položiek. Žalovaný však správne uviedol, 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." Aj kasačný súd považuje za logický záver, že ak ponuky boli tvorené v rámci krátkeho časového obdobia, počas ktorého by nestihlo dôjsť k výrazným cenovým výkyvom na trhu a z hľadiska vzdialeností pri porovnateľných dopravných nákladoch, potom bez reálneho preukázania výrazných rozdielov v cenách rovnakých položiek medzi rôznymi obstarávaniami z iných dôvodov by k takýmto výrazným odlišnostiam nemalo ako dôjsť. Ide o logickú argumentáciu, ktorá nebola sťažovateľmi hodnoverne vyvrátená, k čomu dospel i správny súd. Sťažovatelia síce ďalej ako dôvody podporujúce ich tvrdenia ponúkali alternatívne vysvetlenia týkajúce sa rozličných požiadaviek obstarávateľov, osobitostí stavieb jednotlivých ihrísk, cenových stropov v závislosti od konkrétnych požiadaviek verejného obstarávateľa, vzdialeností medzi miestami výstavby a sídlami sťažovateľov, podmienok danej lokality a variabilným využitím externých pracovníkov, subdodávateľov, strojovej techniky skladových zásob atď., avšak nič z toho nebolo podložené hodnovernými dôkazmi, ktoré by ich tvrdenia preukázali.

187. Pokiaľ aj sťažovatelia v 2. a v 3. rade namietali, že z internetovej stránky sťažovateľa v 1. rade prevzali vzorový rozpočet výstavby multifunkčného ihriska (vzorový výkaz výmer) a v dôsledku toho došlo k zhode v oceňovaní jednotlivých položiek, resp. že na základe tohto vzorového výkazu vedeli predpokladať, v ktorých položkách budú ponukové ceny obdobné až zhodné a kde by sa mohli od svojich konkurentov odlíšiť, ani tento argument kasačný súd nepovažoval za dostatočne presvedčivý. Uvedená argumentácia sťažovateľov v 2. a 3. rade totiž logicky nevysvetľuje cenovú anomáliu spočívajúcu v tom, 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. Kasačný súd zastáva názor, že aj v prípade akceptovania argumentu o prípadnom „účelovom“ naceňovaní pri používaní rovnakých oceňovacích softvérov neboli zo strany sťažovateľov dostatočne logicky zdôvodnené tak výrazné cenové rozdiely stavebných prác v položkách výkazu výmer medzi jednotlivými verejnými obstarávaniami, a to navyše za skutočnosti, že všetky súťažné ponuky boli realizované v pomerne krátkom časovom období - v rámci jedného mesiaca. Kasačný súd sa v tomto smere stotožňuje so správnym súdom, ktorý konštatoval, že sťažovatelia ako podnikateľské subjekty musia viesť príslušnú dokumentáciu (minimálne sa to predpokladá) o svojej činnosti, a preto sa javí prinajmenšom ako podozrivé nepredloženie relevantných dôkazov, napr. v podobe prepočtu cien za stavebný materiál, evidencie skladových zásob, ktorá má vplyv na tvorbu cenových položiek, prehľadu subdodávateľských spoločností spolupracujúcich so sťažovateľmi atď. Celá argumentácia sťažovateľov tak ostala len vo všeobecnej rovine bez presvedčivej dôkaznej sily, ktorá by bola schopná preukázateľne vyvrátiť argumenty žalovaného. Bolo tak na sťažovateľoch, aby predložili iné alternatívne a nespochybniteľné vysvetlenia pre vzniknutú cenovú anomáliu v predložených ponukách, čo sa však v prejednávanej veci nestalo a kasačný súd má preto za to, že sťažovatelia hodnoverným spôsobom nevyvrátili výpovednú hodnotu žalovaným vykonaných dôkazov, čím neuniesli svoje dôkazné bremeno.

188. V súvislosti s indíciami, ktoré žalovaný počas administratívneho konania zistil a vyplynuli mu z predložených súťažných podkladov, kasačný súd zastáva názor, že ide o fakty dokresľujúce skutkový stav, ktorý je svojím rozsahom, ako aj obsahom výslednou mozaikou zloženou z jednotlivých skutočností. Rozhodujúcim a kľúčovým faktorom pri preukazovaní existencie dohôd obmedzujúcich súťaž a účasti sťažovateľov na nich bol zhodný prejav vôle sťažovateľov, ktorý spočíval v predložení cenových ponúk, ktoré vykazovali mimoriadnu

zhodu v jednotlivých cenových položkách a zároveň pri nich vznikali neodôvodnené cenové anomálie. V prejednávanej veci samotný výskyt formálnych a obsahových indikátorov založených na zhodách v číslovaní, v pravopisných chybách, v materiálnej a obsahovej podobnosti čestných vyhlásení a ďalších dokumentov by sám o sebe ešte nemohol viesť k záveru o preukázanej účasti sťažovateľov na dohodách obmedzujúcich súťaž. Kasačný súd sa domnieva, že aj z tohto dôvodu Rada žalovaného v preskúvanom rozhodnutí ďalej nepracovala s týmito skutočnosťami ako s nepriamymi dôkazmi na rozdiel od žalovaného v prvostupňovom rozhodnutí, ale posudzovala ich len ako rizikové indikátory, ktoré dotvorili skutkový stav a umocnili dôkaznú silu zistených nepriamych dôkazov.

189. Hoci v rámci svojej argumentácie sa sťažovatelia už v administratívnom konaní ako aj konaní pred správnym súdom usilovali jednotlivé zistenia, či už na úrovni nepriamych dôkazov alebo indícií, argumentačne izolovať a následne minimalizovať ich dôkaznú hodnotu v celkovej mozaike dôkazov a na ne nadväzujúcich argumentov, s ktorými správne orgány podporili výroky svojich rozhodnutí, kasačný súd zastáva názor, že všetky vyššie spomenuté zistenia vytvorili vo svojom súhrne logickú, ničím nenarušenú a uzatvorenú sústavu nepriamych dôkazov vzájomne sa dopĺňajúcich a na seba nadväzujúcich, ktoré vo svojom celku zhodne a spoľahlivo dokazujú skutočnosti, ktoré sú v takom príčinnom vzťahu k dokazovaným skutočnostiam, že z nich je možné spoľahlivo vyvodiť vyššie uvedený záver žalovaného a súčasne vylúčiť možnosť akéhokoľvek iného záveru, ktorý by z hľadiska pravdepodobnosti nedosahoval ani porovnateľnú intenzitu. Vzhľadom na uvedené tak podľa kasačného súdu nenastala situácia, kedy by prichádzalo do úvahy použitie zásady *in dubio pro reo*. Uvedený prístup vychádza nielen z konštantnej judikatúry Súdneho dvora EÚ (napr. rozhodnutie Všeobecného súdu z 12. júla 2018 vo veci T-449/14 Nexans France a Nexans v. Komisia, bod 122 alebo rozhodnutie Súdneho dvora zo 17. septembra 2015 vo veci C-634/13 P Total Marketing Services v. Komisia bod 26, prípadne rozhodnutie Všeobecného súdu zo 17. mája 2013 v spojených veciach T-147/09 a T-148/09 Trelleborg Industrie v. Komisia), ale aj z judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (rozhodnutie sp. zn. 5Sžh/2/2015 z 2. novembra 2016 alebo rozhodnutie sp. zn. 4Sžhk/1/2019 zo 4. novembra 2020), ako aj Najvyššieho správneho súdu (rozhodnutie sp. zn. 5Asan/7/2021 z 26. októbra 2022), a preto kasačný súd nepovažuje za dôvodnú námietku sťažovateľov, že správny súd, ako aj žalovaný sa odklonili od ustálenej rozhodovacej praxe.

K namietaným nedostatkom výroku prvostupňového rozhodnutia

190. Ďalšou námietkou sťažovateľov, ako v administratívnom tak aj v správnom súdnom konaní bolo, že výrok prvostupňového rozhodnutia žalovaného neobsahuje určenie času, miesta a spôsobu spáchania skutku, čím nie je dostatočne jasný a určitý. Na to nadväzovala ďalšia súvisiaca námietka, že z výroku podľa nich nie je zrejmé, za čo je sťažovateľom ukladaný zákaz účasti vo verejnom obstarávaní. Sťažovatelia totiž vyjadrili názor, že v prípade nedostatku špeciálnej úpravy v administratívnom trestaní pri posudzovaní správneho deliktu a rozhodovaní o ňom, ako aj pri ukladaní sankcie, je nevyhnutné postupovať podľa „*analogiae iuris*“, t. j. podľa ustanovení obsahujúcich trestnoprávnu úpravu (Trestný zákon, Trestný poriadok).

191. Kasačný súd nemá dôvod rozporovať názor žalovaného, že *analogia iuris* prichádza do úvahy iba v prípade absencie právnej úpravy na konkrétny skutkový stav. Ide teda o prostriedok dotvárania práva, ktorý nemožno použiť automaticky, ale len v odôvodnených prípadoch, pričom správny orgán musí 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 aprobovaných

záujmov alebo hodnôt, ktorých sa posudzovaný prípad týka a či nepríde ani k zásahu do záujmov alebo hodnôt, na ktorých ochrane spočíva verejný záujem.

192. Ústavný súd Slovenskej republiky k aplikácii konkrétnej zásady trestného konania v súťažnom/správnom konaní v náleze sp. zn. I. ÚS 505/2015 z 13. januára 2016 okrem iného uviedol, že „aj keď ESLP interpretoval slovenský zákon o priestupkoch ako zákon náležiaci do odvetvia trestného práva, interpretácia právneho poriadku Slovenskej republiky 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. Ochrana hospodárskej súťaže je osobitným ústavným princípom výslovne zaručeným v 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 (Vozár, 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." Z uvedeného tak vyplýva, že Ústavný súd Slovenskej republiky nevidí priestor na uplatňovanie zásad trestného konania v správnych konaniach týkajúcich sa ochrany hospodárskej súťaže. Tento záver podporuje napr. aj rozhodnutie Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci *OOO Neste St. Petersburg and Others v. Russia*, č. sťažnosti 69042 z 3. júna 2004, v ktorom ESLP skonštatoval, že opatrenia majúce za cieľ odstrániť nežiadúce obmedzenia hospodárskej súťaže nepovažuje za trestné obvinenie. Sú skôr regulačného charakteru, zacielené na prevenciu narušenia hospodárskej súťaže a prípadnú nápravu, ak k narušeniu dôjde. ESLP napr. konfiškáciu neoprávnene nadobudnutého zisku v súvislosti s narušením hospodárskej súťaže považuje viac za peňažnú kompenzáciu za škodu spôsobenú na hospodárskej súťaži než za trestnú sankciu majúcu za cieľ odradiť páchatel'a do budúcnosti od prípadného opätovného porušenia zákona. Vyabstrahujúc z judikatúry, na ktorú kasačný súd poukázal a vzťahnuc uvedené na parciálnu spornú otázku náležitosti výroku rozhodnutia, možno uzavrieť, že Rada žalovaného v preskúmanom rozhodnutí správne konštatovala, že nie je namieste aplikovať na výrok prvostupňového rozhodnutia náležitosti výroku rozhodnutia v zmysle požiadaviek vychádzajúcich z trestnoprávnej úpravy.

193. Kasačný súd k obsahu výroku prvostupňového rozhodnutia žalovaného konštatuje, že ustanovenie § 37 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. odkazuje na všeobecný predpis o správnom konaní, teda správny poriadok, ktorý v § 47 ods. 2 ustanovuje základné požiadavky na výrok rozhodnutia. Vymedzenie predmetu konania vo výroku rozhodnutia o správnom delikte musí spočívať v špecifikácii deliktu tak, aby sankcionované konanie nebolo zameniteľné s iným konaním. Význam výrokovej časti rozhodnutia spočíva v tom, že iba táto časť rozhodnutia môže zasiahnuť do práv a povinností účastníkov konania. Riadne formulovaný výrok a v ňom v prvom rade konkrétny popis skutku je nezastupiteľnou časťou rozhodnutia, z ktorého je možné zistiť, či a aká povinnosť bola porušená a aké opatrenia či sankcie boli uložené. Kasačný súd je názoru, že v prejednávanej veci text (obsah) výrokovej časti prvostupňového rozhodnutia žalovaného spĺňa tieto kritéria a žalovaný do neho zakomponoval opis konania sťažovateľov, ktorý nesie jednoznačne konkretizačné prvky i spôsob spáchania predmetného skutku, na čo správne poukázal už správny súd. Navyše Rada žalovaného (bod 60 preskúmaného rozhodnutia) veľmi detailne rozobrala výrok prvostupňového rozhodnutia s ohľadom na nevyhnuté náležitosti, ktoré v zmysle § 47 ods. 2 správneho poriadku musí obsahovať.

194. Kasačný súd sa v súvislosti s námietkou týkajúcou sa absencie miesta vo výroku rozhodnutia žalovaného stotožňuje s argumentáciou žalovaného, že nie vždy je vo výroku možné presne vymedziť miesto porušenia pravidiel hospodárskej súťaže, a to vzhľadom na

okolnosti a charakter dohody obmedzujúcej súťaž. Podľa kasačného súdu sa to týka aj predmetnej veci. To však neznamená, že by z výroku prvostupňového rozhodnutia nebolo možné zistiť, akého skutku sa týka, akého protiprávneho konania sa sťažovatelia dopustili a akú povinnosť, resp. sankciu im v súvislosti s tým žalovaný uložil (k obdobnému záveru dospel aj Najvyšší súd Slovenskej republiky vo veci sp. zn. 5Sžh/2/2015 z 2. novembra 2016, bod 260). Opačný názor by podľa kasačného súdu mohol pri istých zosúladených postupoch veľmi jednoducho vyústiť k návodu na obchádzanie súťažných pravidiel. K uvedenému zaujal právne korektné stanovisko aj správny súd.

K zákazu účasti vo verejnom obstarávaní

195. Sťažovatelia vnímali problematicky aj uloženie sankcie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní v zmysle § 38h ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. súčasne s uložením pokuty v jednom rozhodnutí. Ich interpretácia príslušného ustanovenia smerovala k tomu, že zákaz účasti vo verejnom obstarávaní môže byť uložený samostatným rozhodnutím až potom, ako bola riadnym rozhodnutím uložená pokuta za dohodu obmedzujúcu súťaž. S týmto výkladom sa kasačný súd nestotožňuje. Význam slova „uloží“ vníma tak, že žalovaný podnikateľovi (súčasne) uloží zákaz účasti vo verejnom obstarávaní na dobu troch rokov v prípade, ak mu ukladá pokutu za porušenie zákazu dohody obmedzujúcej súťaž, ktorá spočívala v koordinácii podnikateľov vo verejnom obstarávaní, v obchodnej verejnej súťaži alebo inej obdobnej súťaži, v súvislosti s verejným obstarávaním, obchodnou verejnou súťažou alebo inou obdobnou súťažou. Z uvedeného textu nevyplýva, že k uloženiu zákazu účasti vo verejnom obstarávaní môže dôjsť až potom, ako nadobudne právoplatnosť výrok ukladajúci pokutu, ale jeho zmysel je v tom, že uloženie zákazu účasti vo verejnom obstarávaní je závislé od uloženia pokuty, t. j. prichádza do úvahy vtedy, ak dochádza k uloženiu pokuty. Opačný výklad by podľa kasačného súdu ani nemohol prísť do úvahy, a to nielen vzhľadom na zásadu ne bis in idem, ale aj na možné procesné komplikácie, ktoré by takýto výklad spôsobil. Ako správne poznamenal správny súd, žalovaný by musel iniciovať dve samostatné konania a v prípade uloženia zákazu účasti vo verejnom obstarávaní čakať na právoplatnosť rozhodnutia s výrokom o uložení pokuty. Tento záver vyplýva aj zo znenia ustanovenia § 38h ods. 4 zákona č. 136/2001 Z. z., v zmysle ktorého začiatok plynutia lehoty zákazu účasti vo verejnom obstarávaní je naviazaný na právoplatné rozhodnutie súdu (správneho), ktorým bola zamietnutá žaloba vo veci súdneho prieskumu rozhodnutia žalovaného.

K aplikácii metodických pokynov

196. Sťažovatelia namietli, že žalovaný pri rozhodovaní o výmere sankcie vychádzal z novšieho Metodického pokynu účinného od 01.09.2018, čo malo za následok zvýšenie percenta závažnosti a teda aj vplyv na uloženie pokuty vo vyššej výmere, t. j. aplikačný postup vyúsťujúci v neprospech sťažovateľov bol dôsledkom novšieho Metodického pokynu. Kasačný súd v súvislosti s metodickými pokynmi využívanými žalovaným pri vyhodnocovaní závažnosti protisúťažného konania a otázkou ich právnej závažnosti poukazuje na nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 505/2015 z 13. januára 2016, ktorý vyslovil, že „Interný normatívny pokyn [však] nepatrí medzi všeobecne záväzné právne predpisy, je záväzný iba pre subjekt, ktorý ho vydal, a práva a povinnosti určené v internom normatívnom pokyne nemožno vymáhať na súde.“ Nadväzujúc na to Najvyšší správny súd v rozsudku sp. zn. 8Sžhk/1/2019 z 30. novembra 2023 doplnil, že „zmenu interného predpisu, ktorý sa používa ako pomôcka pri určovaní výšky pokuty, nie je možné subsumovať pod zmenu právnej úpravy v prospech sťažovateľa. Je totiž nesporné, že metodický pokyn je vo svojej podstate vykonávacím predpisom vo vzťahu k zákonnej úprave ukladania sankcie. To následne vedie k záveru, resp. k požiadavke, že aj zákonnosť sankcie sa v súvislosti s uvedenou zásadou

primárne testuje vo vzťahu k požiadavkám vyplývajúcim zo všeobecne záväznej právnej úpravy, nie vo vzťahu k interným predpisom orgánu verejnej moci, ktoré boli prijaté na účely implementácie zákonnej úpravy" (body 137., 138. citovaného rozsudku).

197. V rovnakom duchu, ako vyplýva z právnych záverov Ústavného súdu Slovenskej republiky a Najvyššieho správneho súdu, citovaných v predchádzajúcom bode, vnímal význam a právnu povahu metodických pokynov aj žalovaný. Rada žalovaného korektne poznamenala, že počas rozhodovania žalovaného nedošlo k zmene zákonnej úpravy sankcií v podobe zmeny dolnej alebo hornej hranice sankčného rozpätia aplikovateľného pri ukladaní pokuty, tzn. že kritéria pre ukladanie sankcií, ktoré upravuje výlučne zákon, sa nezmenili. Naviac metodický pokyn žalovaného len bližšie objasňuje obsah zákona, nemôže byť s ním v rozpore, ani ísť nad jeho rozsah. Žalovaný sa môže dokonca od znenia metodického pokynu odchýliť v prípade, ak to vyžadujú konkrétne okolnosti danej veci, pričom tento svoj odklon musí adekvátne zdôvodniť (bod 45 Metodického pokynu účinného od 01.09.2018). Uvedená situácia však v prejednávanej veci nestala.

K uloženej pokute a jej výmere

198. K námietke týkajúcej sa uloženia pokuty a jej výšky kasačný súd uvádza, že ukladanie pokút za protiprávne konanie regulované normami správneho práva, a teda i rozhodovanie o ich výške, sa realizuje vo sfére tzv. správneho uváženia (diskrečné právo orgánu verejnej správy). Správna úvaha orgánu verejnej správy vyjadruje určitý stupeň voľnosti rozhodovania správneho orgánu, ktorý mu ponecháva právny priestor pre výber čo najefektívnejšieho riešenia posudzovanej otázky, a to s prihliadnutím na konkrétne okolnosti veci (rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 7Sžo/49/2016 z 23. novembra 2017, rozsudky Najvyššieho správneho súdu sp. zn. 4Asan/5/2021 z 27.októbra 2021, sp. zn. 2Svk/11/2021 z 29. júna 2023). Pokiaľ je zvolené riešenie náležité odôvodnené a neprekračuje hranice uváženia, správne mu súdu neprislúcha, aby nahrádzal toto oprávnenie správneho orgánu, nakoľko by neoprávnene vstupoval do jeho právomoci. Podrobiť správne uváženie súdnemu prieskumu je možné iba vtedy, ak správny orgán buď prekročil zákonom stanovené medze tohto uváženia vyplývajúce predovšetkým z účelu aplikovanej právnej úpravy, alebo voľné uváženie zneužil (rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sžo/41/2016 z 31. januára 2018, rozsudky Najvyššieho správneho súdu sp. zn. 5Sžk/23/2020 z 16. decembra 2021, sp. zn. 10Sžfk/69/2019 z 28. júla 2022). Ak súdy zistia, že správne uváženie je v súlade s pravidlami logického uvažovania, ak podmienky úvahy správneho orgánu boli zistené riadnym procesným postupom, potom súdy nemôžu z tých istých skutočností vyvodzovať iné, alebo aj opačné závery, lebo by tým zasiahli do správneho uváženia príslušného správneho orgánu.

199. Rada žalovaného pri určovaní výšky pokuty pristúpila ku každému účastníkovi dohody individuálne, skúmala všetky okolnosti spáchaného správneho deliktu, korigovala závery žalovaného v prvostupňovom rozhodnutí a svoje vlastné závery v preskúmanom rozhodnutí dostatočne odôvodnila. Podľa kasačného súdu pri výpočte základu pokuty správne vychádzala z relevantného obratu celkovej hodnoty víťazných ponúk vo verejných obstarávaníach bez DPH, pretože táto hodnota vystihovala množstvo tovarov a služieb, ktoré boli protisúťažným konaním zasiahnuté. Kasačný súd sa stotožňuje s konštatáciou, že iným postupom by mohla nastať diskrepancia v takej miere, že sťažovatelia v 2. a 3. rade, ktorí podali krycie ponuky a vo verejných obstarávaníach nezvíťazili, by neboli nijako potrestaní, pretože hodnota z predaja ich tovarov a služieb by bola nulová, nakoľko žiadny tovar ani službu neposkytovali. Rada žalovaného v tejto súvislosti poukázala na bod 10 Metodického pokynu účinného od 01.09.2018 (za relevantný obrat môže byť považovaná hodnota víťaznej ponuky alebo obrat, ktorý mohol byť realizovaný na základe príslušného verejného obstarávania), kasačný súd

však konštatuje, že obdobný postup vyplýval aj z bodu 10 Metodického pokynu účinného od 01.07.2014, pri uplatnení ktorého by sa žalovaný pri určovaní základu pre výpočet pokuty dopracoval k rovnakému výsledku (za alternatívu relevantného obratu bola považovaná hodnota zákazky pri verejnom obstarávaní). Podľa kasačného súdu skutočnosť, že sťažovatelia 2 a 3 nemali z protisúťažného konania priamy majetkový prospech, nie je možné vyhodnocovať ako poľahčujúcu okolnosť, nakoľko takýto spôsob ich zapojenia bol súčasťou vopred dohodnutej protisúťažnej schémy na základe ich rozhodnutia, pričom v uvedenom kontexte je ich konanie rovnako spoločensky nebezpečné ako konanie sťažovateľa 1.

200. Rada žalovaného v súvislosti s uvedeným pokračovala, že pri verejných obstarávaniach, ktoré nie sú súčasťou schémy protisúťažného správania, väčšinou dochádza k výraznému poklesu výšky relevantného obratu podnikateľov. Preto, aby bol zachovaný odstrašujúci účinok pokuty, aplikuje sa vyšší koeficient závažnosti za protisúťažné konanie. V tomto smere odkázala na body 12 a 17 Metodického pokynu účinného od 01.09.2018, v ktorých je uvedené, že v prípadoch horizontálnych dohôd, ktorých cieľom je obmedzenie súťaže, sa bude žalovaným ukladané percento za závažnosť pohybovať v hornej polovici rozpätia (15% a viac) z maximálnej hodnoty 30%. 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 (percento za závažnosť je určované v hornej polovici rozpätia 15% až 30%). Rada žalovaného tak skonštatovala, že uvedené nie je odklonom od predchádzajúcej praxe a zmena nastala len v spresnení vnútorných postupov, ktoré by ale vo výsledku mali rovnako ako pred zmenou viesť k zákonne uloženej pokute v zmysle § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. Kasačný súd sa s predmetnou konštatáciou stotožňuje a navyše k namietanému odklonu uvádza, že aj v zmysle Metodického pokynu účinného od 01.07.2014 sa v bode 14 konkrétna výška percenta za závažnosť určovala na základe porušovania ustanovení zákona v rozsahu do 30%. Pritom v zmysle bodu 14 najprísnejšie boli žalovaným posudzované kartelové dohody s veľmi vážnym dopadom na trh, ako aj zneužitia dominantného postavenia vylučovacieho charakteru s veľmi vážnym dopadom na trh, kedy sa výška percenta mala blížiť k hornej hranici 30%. Kasačný súd má za to, že v Metodickom pokyne účinnom od 01.09.2018 došlo len k presnejšiemu špecifikovaniu použitia percentuálnej výšky za závažnosť, pričom hranica sa odvíja od 15% vyššie, avšak stále pri zachovaní percentuálneho stropu 30%.

201. Keďže starší Metodický pokyn mal iba jednu špecifikáciu týkajúcu sa percentuálnej hranice za závažnosť v bode 14, kedy sa výška percenta pri kartelových dohodách s veľmi vážnym dopadom na trh mala „blížiť“ k hornej hranici 30%, kasačný súd zastáva názor, že predvídateľnejší postup žalovaného sa mu v tomto smere javí práve podľa novšieho Metodického pokynu, ktorý je špecifickejší, pričom ale percentuálnu výšku závažnosti prevzal zo staršieho Metodického pokynu. Žalovaný síce uviedol, že aplikuje vyšší koeficient závažnosti za protisúťažné konanie v porovnaní s predchádzajúcou rozhodovacou praxou, avšak uvedené sa nedá považovať za odklon od doterajšej rozhodovacej praxe žalovaného, ale skôr za vývoj vzhľadom na požiadavku zachovania účinného efektu ukladanej pokuty. Popritom žalovaný v bode 200 prvostupňového rozhodnutia označil konkrétne dve rozhodnutia vo veciach iných účastníkov konania v súvislosti s porušením zákona, zahŕňajúc praktiku bid rigging, keď koeficient závažnosti žalovaný určil v prvom rozhodnutí z 11. apríla 2018 vo výške 10% a v druhom rozhodnutí z 23. augusta 2017 vo výške dokonca 20%. Obe rozhodnutia boli vydané pred prvostupňovým rozhodnutím v tu prejednávanej veci, a preto z tohto dôvodu ako aj z dôvodov vyššie uvedených nemožno podľa kasačného súdu hovoriť o tom, že by žalovaný porušil zásadu legitímnych očakávaní a odklonil sa od svojej vlastnej rozhodovacej

praxe. Navyše, žalovaný k uvedenému koeficientu tiež dodal, že uloženie percentuálnej hranice za závažnosť vo výške 15% neprekročil z dôvodu, že sa nepreukázala taká forma kolúzie spočívajúca v schéme protisúťažného správania, ktorá by pozostávala z koordinácie vo viacerých verejných obstarávaníach, čo predstavuje jedno z najzávažnejších narušení hospodárskej súťaže. Kasačný súd tak správnu úvahu žalovaného spočívajúcu v aplikácii percentuálneho koeficientu za závažnosť vo výške 15% (z rozpätia medzi 15% až 30%) nepovažuje za nezákonné prekročenie alebo vybočenie zo sféry jeho voľného uváženia.

202. Nadväzujúc na doposiaľ uvedené považuje kasačný súd za potrebné pripomenúť, že „legitímne očakávania sa nedajú absolutizovať. Dotknuté osoby sa nemôžu účinne dovolávať nemennosti rozhodovacej činnosti verejnej správy, ani ju však naopak očakávať tam, kde na takúto zmenu neexistuje legitímny dôvod. Platí, že „nelze vždy legitimně očekávat neměnnost tam, kde je dána diskreční pravomoc ...“ (POMAHAČ, R. in HENDRYCH, D. a kolektív: Správni právo. Obecná časť. 6. vydanie. C. H. Beck 2006, Praha, s. 799) [porovnaj rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sžo/41/2016 z 31. januára 2018]. Aj Ústavný súd Slovenskej republiky v uznesení sp. zn. IV. ÚS 147/2019-19 z 11. decembra 2019 vyslovil, že zo samotnej skutočnosti, že v minulosti bola tomu istému alebo inému subjektu uložená nižšia pokuta, nemožno vyvodit' záver, že novo uložená pokuta je neprimeraná. Pri ukladaní pokuty totiž zohráva zásadný význam jej individualizácia vo vzťahu ku konkrétnemu skutku a subjektu.

203. Rovnako tak v súvislosti s prirážajúcou okolnosťou vo vzťahu k sťažovateľovi v 1. rade kasačný súd nepovažuje za vybočenie zo sféry voľnej úvahy žalovaného zvýšenie základnej sumy pokuty o 15%, nakoľko sťažovateľ v 1. rade ako víťaz predmetných verejných obstarávaní mal z protisúťažného správania zisk, čo nie je možné dovodiť vo vzťahu k zvyšným dvom sťažovateľom. Uvedené dáva zmysel aj z toho dôvodu, že pokuta bola vo vzťahu k všetkým trom sťažovateľom vypočítaná rovnakým spôsobom, keďže všetci traja mali rovnaký podiel na protisúťažnom správaní. Je v určitom smere paradoxné, avšak stále súladné s ustanovením § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z., že sťažovateľovi v 1. rade, ktorý ako jediný zvíťazil v predmetných verejných obstarávaníach, bola nakoniec uložená v absolútnych sumách najnižšia pokuta vo výške 16760 eur, pretože žalovaný bol povinný prihliadnuť na maximálny zákonný strop pokuty do 10% z obratu podľa § 3 ods. 5 cit. zák. za predchádzajúce účtovné obdobie, keď celkový obrat za rok 2017 sťažovateľa v 1. rade bol v sume 167603 eur. Pri zvyšných dvoch sťažovateľoch tento postup žalovaný uplatniť nemohol, keďže celkový obrat za rok 2017 sťažovateľa v 2. rade bol v sume 1560523 eur a sťažovateľa v 3. rade v sume 2996001 eur. Výsledná výška pokuty pre sťažovateľa v 2. rade a v 3. rade bola v sume 50465 eur pre každého z nich. V porovnaní s maximálnym zákonným stropom pokuty do 10% z obratu podľa § 3 ods. 5 cit. zák. za predchádzajúce účtovné obdobie t. j. za rok 2017 (v prípade sťažovateľa v 2. rade 156052,30 eur a sťažovateľa v 3. rade 299600,10 eur), ktorú žalovaný mohol uložiť, predstavuje suma 50465 eur adekvátnu peňažnú sankciu, ktorá podľa kasačného súdu dostatočne plní represívnu funkciu, ako aj funkciu generálnej prevencie.

204. Kasačný súd ďalej zastáva názor, že žalovaným (bod 14 až 17 prvostupňového rozhodnutia), ako aj Radou žalovaného (bod 249 až 256 preskúmaného rozhodnutia) bolo postačujúco zdôvodnené aj to, prečo nebol vyhodnocovaný dopad porušenia na trh. Taktiež prečo nebola zohľadnená dĺžka trvania porušenia zákona č. 136/2001 Z. z. v predmetnej veci. Kasačný súd už v rozsudku sp. zn. 8Sžhk/1/2019 z 30. novembra 2023 (bod 102) vyslovil, že dopad na trh nie je univerzálnym kritériom determinujúcim pokutu za každé protisúťažné konanie. Relevantný trh je nevyhnutné definovať len vtedy, ak je jeho definovanie potrebné pre určenie, či je dohoda schopná ovplyvniť trh medzi členskými štátmi alebo ak nemožno

stanoviť cieľ obmedzenia súťaže. Detailné vymedzenie relevantného trhu nie je potrebné v prípade tzv. cieľových dohôd, nakoľko cieľové dohody sú schopné už svojou podstatou narušiť hospodársku súťaž, a to bez ohľadu na dopady týchto dohôd na relevantný trh a bez ohľadu na to, aký je podiel účastníkov konania na relevantnom trhu. Inak povedané pokiaľ je preukázaný protisúťažný cieľ posudzovanej praktiky, nie je potrebné definovať precízne relevantný trh a postačuje opísať oblasť, v akej sa dohoda prejavila (v tomto smere pozri napr. rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 21. septembra 2006 vo veci C-105/04 *Nederlandse federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Komisia*, body 125, 136, 143, 172 alebo rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 18. decembra 2008 vo veci C-101/07 *PaC-110/07 P Coop de France Bétail et Viande v. Komisia*, bod 87 alebo rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 8. júla 1999 vo veci C-49/92 *P Anic Partecepazioni SpA*, bod 99). Navyše kasačný súd konštatuje, že v prejednávanej veci nebolo sporné a ani to sťažovatelia osobitne nenamietali, že charakter ich zakázanej dohody bol žalovaným zaradený medzi tzv. cieľové dohody. K uvedenému sa žiada ešte dodať, že aj gramatickým výkladom ustanovenia § 38 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. možno dospieť k názoru, že kategóriu dopadu na trh vyhodnocuje súťažná autorita len ako eventualitu, tam kde to okolnosti prípadu umožňujú alebo vyžadujú. Nekoná tak paušálne (obligatórne), čo vyplýva z textu právnej normy „...úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, prípadne dopad na trh a veľkosť relevantného trhu...”

205. Novší metodický pokyn účinný od 01.09.2018 v bode 19 uvádza, že v odôvodnených prípadoch sa koeficient odrážajúci dĺžku trvania porušenia zákona nebude aplikovať (napr. v prípadoch verejných obstarávaní, kde relevantný obrat bude predstavovať hodnotu víťaznej ponuky alebo predpokladanú hodnotu zákazky). Kasačný súd uvedenému rozumie tak, že v prípadoch predmetných verejných obstarávaní, keď relevantný obrat predstavuje hodnotu víťaznej ponuky alebo predpokladanú hodnotu zákazky, nie je dôvodné pri určovaní základu pokuty zohľadňovať časový faktor, nakoľko nebezpečnosť činu spočíva v samotnom protisúťažnom správaní uchádzačov, pričom následky nastanú bez ohľadu na trvanie. Uvedené sa vzťahuje aj na prejednávanú vec, pretože už samotné správanie sťažovateľov malo potenciál narušiť hospodársku súťaž predložením koordinovaných protisúťažných ponúk, z ktorých jedna bola víťazná a vyplývajú z nej podmienky, ktoré sa budú plniť, resp. sa plnili. Starší metodický pokyn účinný od 01.07.2014 v bode 15 uvádzal, že pri porušeniach zákona s trvaním do 1 roka nedochádza z titulu dĺžky trvania porušenia zákona k úprave sumy pokuty určenej na základe závažnosti. Teda ani na základe staršieho metodického pokynu by sa dĺžka porušovania zákona pri úprave pokuty nezohľadňovala.

K likvidačnému charakteru (účinku) pokuty

206. Ústavný súd Slovenskej republiky pod likvidačným charakterom pokuty rozumie jej potenciál finančne zlikvidovať dotknutý subjekt, nie ním poskytovaný produkt. V prípade právnických osôb by likvidácia znamenala zničenie majetkovej základne pre ďalšiu podnikateľskú činnosť (uznesenie sp. zn. IV. ÚS 147/2019 z 11. decembra 2019). Dôkazné bremeno na preukázanie likvidačného charakteru zaťažuje dotknutý subjekt (uznesenie sp. zn. IV. ÚS 276/2021 z 25. mája 2021). Podľa kasačného súdu žalovaný správne pristúpil aj k posúdeniu a vyhodnoteniu kategórie likvidačného účinku pokuty na sťažovateľov. Kasačný súd sa stotožňuje s tým, že znižovanie pokuty z dôvodu neschopnosti ju uhradiť prichádza do úvahy len vo výnimočných prípadoch, nakoľko tento postup naruša preventívny a represívny účel, ktorý má pokuta naplňať. Súťažná autorita na základe predloženej dokumentácie musí dôsledne zvážiť, či k tomuto postupu pristúpi a či takýto postup je dôvodný. Navyše príčinná súvislosť medzi pokutou a odchodom podnikateľa z trhu sa nepovažuje za preukázanú v prípade, že podnikateľ má tak vážne finančné problémy, že by z trhu odišiel aj bez uloženia

pokuty. Najvyšší súd Slovenskej republiky s odkazom na judikatúru Súdneho dvora EÚ v rozsudku sp. zn. 1Sžhpu/1/2011 z 31. januára 2012 vyslovil, že nie je povinnosťou orgánu ukladajúceho pokutu za porušenie pravidiel hospodárskej súťaže zohľadniť stratovú finančnú situáciu podniku, pretože uznanie takejto povinnosti by znamenalo poskytnutie neodôvodnenej súťažnej výhody podnikom najmenej prispôbeným trhovým podmienkam. Podľa názoru kasačného súdu likvidačný charakter pokuty nie je možné bez ďalšieho konštatovať tam, kde výška uloženej pokuty má reálny potenciál vyvolať aj isté nútené reštrikcie pri realizácii ďalšej podnikateľskej činnosti, napr. korekcie v rámci dodávateľsko-odberateľských vzťahov, pretože tým je naplnená kategória „citelnosti“ pokuty v hospodárskej realite sankcionovaného subjektu.

207. Sťažovatelia v predmetnej veci predložili žalovanému nimi vytvorené tabuľky, v ktorých boli uvedené základné finančné ukazovatele. Tieto však neboli podložené (podporené) oficiálnou dokumentáciou, ktorá by preukazovala pravdivosť uvedených údajov a priamu príčinnú súvislosť medzi uložením pokuty a prípadným odchodom sťažovateľov z trhu. Žalovaný správne poznamenal, že práve maximálny zákonný strop pokuty stanovený v § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. je nástrojom, ktorý zaručuje, aby pokuta nebola excesívna a chráni podnikateľov pred ich ekonomickým úpadkom. To dokazuje aj prípad sťažovateľa 1, pri ktorom bol tento mechanizmus aktivovaný, pretože výška pokuty vypočítaná žalovaným presahovala 10% z jeho celkového obratu za rok 2017. V obdobnom duchu sa so sankčnou moderáciou pokuty vysporiadal aj správny súd, ktorý dospel k rovnakému záveru ako žalovaný, a teda, že neakceptoval tvrdenia sťažovateľov o likvidačnom účinku uloženej pokuty s tým, že ich slabý hospodársky výsledok nemôže byť ešte sám o sebe bez ďalších skutočností dôvodom na sankčnú moderáciu. Uvedený záver bol žalovaným, ako aj správnym súdom dostatočne zdôvodnený a kasačný súd nezistil dôvody, pre ktoré by sa mal od tejto ich argumentácie odkloniť.

V. Záver

208. Sumarizujúc vyššie uvedené skutočnosti kasačný súd dospel k záveru, že nezistil dôvodnosť kasačných námietok sťažovateľov, a preto kasačnú sťažnosť podľa § 461 SSP ako nedôvodnú zamietol.

209. O nároku na náhradu trov kasačného konania kasačný súd rozhodol v zmysle § 467 ods. 1 SSP v spojení s § 167 ods. 1 SSP tak, že účastníkom konania právo na náhradu trov konania nepriznal. Kasačný súd urobil tak z dôvodu, že sťažovatelia úspech v kasačnom konaní nemali a kasačný súd súčasne nezistil výnimočné dôvody (§ 168 SSP), pre ktoré by žalovaný mohol spravodlivo požadovať náhradu trov konania.

210. Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho správneho súdu pomerom hlasov 3:0.

Poučenie: Proti tomuto rozhodnutiu opravný prostriedok nie je prípustný.

V Bratislave dňa 19. júna 2025