

Súd: Najvyšší súd SR
Spisová značka: 2Sžhk/2/2018
Identifikačné číslo spisu: 1015200677
Dátum vydania rozhodnutia: 08.12.2020
Meno a priezvisko: JUDr. Katarína Benczová
Funkcia: sudca
ECLI: ECLI:SK:NSSR:2020:1015200677.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Kataríny Benczovej a členov senátu JUDr. Jaroslavy Fúrovej a JUDr. Eriky Šobichovej, v právnej veci žalobcu: MAHRLO, s.r.o., so sídlom Halalovka 2393/24, Trenčín, IČO: 36 318 132, právne zastúpený Mgr. Ivetou Gavačovou, advokátkou, so sídlom Družstevná 2, Stará Turá, proti žalovanému: Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, so sídlom Drieňová 24, Bratislava, IČO: 00 699 063, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 2015/KH/R/2/005 zo dňa 12. februára 2015, konajúc o kasačnej sťažnosti proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 6S/106/2015- 170 zo dňa 3. mája 2018, takto

rozhodol:

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

Odôvodnenie

1. Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu podľa § 190 zákona č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok (ďalej len „SSP“), v ktorom sa žalobca domáhal o preskúmanie rozhodnutia žalovaného č. 2014/KH/R/1/023 zo dňa 07.08.2014, ktorým rozhodol, že konanie žalobcu a iných, v ňom vymenovaných podnikateľov, v čase najneskôr od 03.03.2011 do 05.08.2011, v procese verejného obstarávania s názvom „Dodávka učebných pomôcok a ďalších potrieb“, verejného obstarávateľa Stredná odborná škola letecko-technická, Trenčín, bola dohodou obmedzujúcou súťaž podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 3 písm. ť) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže v znení predpisov účinných do 31.12.2011 (ďalej len „zákon č. 136/2001 Z.z.“ alebo „zákon hospodárskej súťaže“).

2. Proti tomuto rozhodnutiu žalovaného podal žalobca rozklad, o ktorom rozhodla Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky rozhodnutím č. 2015/KH/R/2/005 zo dňa 12.02.2015, ktorým zmenila prvostupňové rozhodnutie napadnuté rozkladmi účastníkov konania, v časti týkajúcej sa žalobcu tak, že v časti výroku I. a II. zmenila kvalifikáciu konania žalobcu na porušenie ustanovení § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 2 a § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákon č. 136/2001 Z.z. v znení účinnom do 31.12.2011 a vo zvyšku prvostupňové rozhodnutie potvrdila.

3. Krajský súd v prejednávanej veci preskúmal zákonnosť rozhodnutia žalovaného č. 2015/KH/R/2/005 zo dňa 12.02.2015, ktorým zmenil prvostupňové rozhodnutie napadnuté rozkladmi účastníkov konania, v časti týkajúcej sa žalobcu tak, že v časti výroku I. a II. zmenil kvalifikáciu konania žalobcu na porušenie ustanovení § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 2 a § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z.z. v znení účinnom do 31.12.2011 a vo zvyšku prvostupňové rozhodnutie potvrdil s tým, že vo výroku označení podnikateľa prostredníctvom výmeny informácií a kontaktov, koordinovali svoj postup so zámerom zosúladiť cenové ponuky žalobcu, MICRONIX spol. s.r.o. a Sloveuroasia, a.s. v procese verejného obstarávania tak, že predložili zosúladené ponuky a takéto konanie je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá je zakázaná.

4. Krajský súd uviedol, že protisúťažným správaním bola nepochybne dohoda konkurentov o ich cenovej politike, ktorá je zakázaná v ust. § 4 zákona č. 136/2001 Z.z., ako aj článkom 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, a to aj v prípade absencie protisúťažných efektov na trhu (je postačujúce, aby dohoda alebo zosúladený postup boli zakázané, aj keď nedôjde k efektu na trhu). 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. Súdnu prax preukázal rozsudkom Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 1S/270/2005, ako aj rozhodnutím Všeobecného súdu EÚ vo veci T-25/95.

5. Krajský súd uviedol, že pokiaľ ide o kartel, ide o dohodu alebo zosúladený postup dvoch alebo viacerých konkurentov zameraný na koordináciu ich konkurenčného správania na trhu, alebo ovplyvnenie príslušných parametrov hospodárskej súťaže prostredníctvom takých praktík, ako je okrem iného stanovenie alebo koordinácia nákupných alebo predajných cien, alebo iných obchodných podmienok, pridelovanie výrobných alebo predajných kvót, rozdeľovanie si trhov a zákazníkov vrátane koordinácie konkurentov pri predkladaní súťažných ponúk. Tzv. ťažké kartely nespádajú pod pravidlo de minimis a nie sú spôsobilé (resp. len celkom výnimočne) na splnenie podmienok podľa § 6 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z.z., resp. podľa čl. 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.

6. Podľa krajského súdu bolo dostatočne preukázané, že správanie konateľa žalobcu a spoločnosti MICRONIX spol. s.r.o., pred uplynutím lehoty na doručenie ponúk, malo za následok obmedzenie súťaže o čom jednoznačne svedčil získaný dôkaz, e-mail špecifikovaný v odseku 24. napadnutého rozsudku, ktorý obsahoval v prílohe tabuľku s cenovou ponukou žalobcu vo veci verejného obstarávania „Dodávka učebných pomôcok a ďalších potrieb“ s tým, aby predmetnú tabuľku s cenovou ponukou spoločnosť MICRONIX spol. s.r.o. vložila na svoj hlavičkový papier, ktorý žalobca so všetkými ponukami zanesie zákazníkovi, t. j. verejnému obstarávateľovi. Takýmto konaním došlo medzi konkurenciou k nedovoleným kontaktom, ktoré viedli ku koordinácii ich správania na trhu v oblasti, ktorá je bežne predmetom individuálneho rozhodovania podnikateľov a predstavuje trhovo senzitivnú oblasť, ktorú si podnikatelia chránia pred konkurenciou. Preto posudzovaná dohoda, plynúca z uvedeného e-mailu, mala nepochybne potenciál obmedzenia súťaže.

7. Podľa krajského súdu to, že cenová ponuka žalobcu nebola nezávislá od ostatných ponúk predložených účastníkmi verejného obstarávania, vyplýva z porovnania cenových ponúk žalobcu a spoločnosti MICRONIX spol. s.r.o., uvedeného v odsekoch 22. a 23. napadnutého rozsudku, a ktorou sa správne orgány v rámci administratívneho konania zaoberali a vo svojich rozhodnutiach podrobne analyzovali so záverom, že ide o mimoriadnu zhodu medzi ponukami, ktorú nebolo možné logicky vysvetliť inak, ako že postup žalobcu a spoločnosti MICRONIX spol. s.r.o. bol v predmetnom verejnom obstarávaní koordinovaný.

8. Námietku žalobcu, že v rozhodnutí nebolo dostatočne odôvodnené nepoužitie § 6 zákona č. 136/2001 Z.z., vyhodnotil súd ako nedôvodnú. Podľa súdu prvostupňový správny orgán správne konanie kvalifikoval vo veci dohôd obmedzujúcich súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a), b), c), f) zákona č. 136/2001 Z.z. v znení účinnom do 31.12.2011 s tým, že svoje rozhodnutie v konečnom dôsledku vydal so záverom, že posudzované dohody označil za ťažké kartely so znakmi dohôd obmedzujúcich súťaž podľa § 4 ods. 3 a), c), f) zákona č. 136/2001 Z.z. Druhostupňový správny orgán vo svojom

rozhodnutí zmenil predmetné rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu a posudzované dohody vyhodnotil ako dohody obmedzujúce súťaž podľa § 4 ods. 3 a), c), f) zákona č. 136/2001 Z.z.. Na vymedzenie vyhodnotenia posudzovaných dohôd správnym orgánom prvého aj druhého stupňa, neboli naplnené zákonné podmienky pre aplikáciu výnimky definovanej v ust. § 6 zákona č. 136/2001 Z.z. v znení účinnom do 31.12.2011 a správne orgány svoje rozhodnutia aj v tejto časti riadne a dostatočne odôvodnili. Pokiaľ išlo o skúmanie spoločného podielu účastníkov dohody obmedzujúcej súťaž (10 % celkového podielu tovarov na relevantnom trhu v Slovenskej republike), s poukazom na vyhodnotenie dohôd obmedzujúcich súťaž správnym orgánom podľa § 4 ods. 3 písm. a), c), f) zákon č. 136/2001 Z.z., takéto skúmanie nemalo oporu v zákone. Napriek vyslovenému právnomu názoru, súd konštatoval, že žalobca ako podnikateľ ktorý tvrdil, že sa na dohodu vzťahovalo pravidlo de minimis, alebo že dohoda nie je zakázaná na základe individuálnej alebo skupinovej výnimky, bol povinný túto skutočnosť preukázať, čo však nepreukázal. Správny orgán ex offo neskúma naplnenie podmienok pre vyňatie dohody zo zákazu.

9. Krajský súd k uloženiu pokuty uviedol, že žalovaný pri určovaní výšky pokuty pristúpil ku každému účastníkovi dohody individuálne, skúmal všetky okolnosti spáchaného správneho deliktu, svoje závery uviedol v odôvodnení napadnutého rozhodnutia a vysporiadal sa aj s výškou pokuty uloženej žalobcovi. Žalovaný pri určení výšky pokuty postupoval podľa zákona č. 136/2001 Z.z. v spojení s Metodickým pokynom úradu o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž, zverejneným na webovej stránke úradu. Podľa Metodického pokynu úrad vychádza na účely výpočtu pokuty z relevantného obratu podnikateľa, určením základnej sumy pokuty ako percenta na základe závažnosti a vynásobením tejto sumy počtom rokov porušovania. Následne pri výpočte dochádza k číselnému zohľadneniu prítazujúcich a poľahčujúcich okolností (ak v posudzovanom prípade nastali) v zmysle ust. § 38 ods. 10 zákona o ochrane hospodárskej súťaže. Napokon žalovaný zohľadnil, či takto vyčíslená pokuta nepresahuje 10 % z celkového relevantného obratu podnikateľa. Pokuta uložená žalobcovi vo výške 14.981,-Eur tak, ako pri ostatných účastníkoch administratívneho konania bola určená z relevantného obratu za rok 2013 (v čase porušenia), ku ktorej sa pripočítalo percento závažnosti porušenia z relevantného obratu (5 %) a prítazujúce okolnosti (25 %). Uložená pokuta bola vo výške zodpovedajúcej zákonnému rozpätiu stanovenému pre relevantný obrat služieb. Žalovaný vo svojom rozhodnutí uviedol, že pri uložení pokuty vzal do úvahy i kritérium opakovaného porušovania tým istým podnikateľom, keď zohľadnil skutočnosť, že v prípade žalobcu išlo o prvý správny delikt. Podľa súdu pokuta z hľadiska generálnej prevencie má represívny charakter a jej výška, (pokiaľ) má mať aj odstrašujúci efekt a súčasne motivovať podnikateľa k dodržiavaniu zákona.

10. Krajský súd zdôraznil, že trestanie za správne delikty (priestupky, správne delikty právnických osôb a správne delikty fyzických osôb - podnikateľov) musí podliehať rovnakému režimu ako trestný postih za trestné činy (čl. 1 ods. 1 veta prvá, ods. 2 a čl. 154c Ústavy SR; nález Ústavného súdu SR č. ÚS 17/1999, č. I. ÚS 44/1999; čl. 6 ods. 1 veta prvá Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd; odporúčanie Výboru ministrov č. R (91) pre členské štáty o správnych sankciách; judikatúra Európskeho súdu pre ľudské práva a judikatúra slovenských súdov). Hranice medzi trestnými deliktami za ktoré ukladá trest súd a deliktami za ktoré ukladajú sankcie správne orgány, sú určené prejavom vôle zákonodarcu. Kritériá pre ukládanie sankcií ustanovuje zákon č. 136/2001 Z.z..

11. Krajský súd námietku žalobcu, že žalovaný napriek jednoznačným dôkazom neoznačil N.. W. a N.. C. za iniciátorov a koordinátorov dohody a týmto subjektom uložil smiešne pokuty, (ale označil tak žalobcu, čo viedlo k zvýšeniu jeho pokuty) uviedol, že ju pre účely preskúmania pokuty žalobcu považuje za bezpredmetnú. Účastníkom konania vo veci súdneho prieskumu uloženej pokuty bol žalobca a žalovaný a preskúmanie námietok žalobcu vo vzťahu k N.. W. a N.. C. nemalo oporu v zákone. Podľa súdu sa správny orgán sa v rámci vyjadrenia k žalobe venoval aj N.. W. a N.. C..

12. Proti rozsudku krajského súdu podal žalobca (sťažovateľ) v zákonnej lehote kasačnú sťažnosť z dôvodu nesprávneho právneho posúdenia, ktoré odôvodnil, že žalovaný ako aj krajský súd nebral do úvahy námietku žalobcu o potrebe aplikácie zákona § 6 zákona č. 136/2011 Z.z. čím odobril správnosť postupu žalovaného, ktorý účelovo zmenil pôvodné rozhodnutie č. 2014/KH/1/023 zo dňa 07.08.2014 a

rozšíril ho o § 4 ods. 3 písm. f), ktorý v pôvodnom rozhodnutí nefiguroval, žalobca teda nebol pôvodne obvinený z „ťažkého kartelu“. Žalobca namietal, že žalovaný v napadnutom rozhodnutí vyslovil, že spoločnosť žalobcu ako aj ostatní účastníci sa dopustili koluzívneho správania vo verejnom obstarávaní, čo podlieha pod § 4 ods. 3 písm. f), ktoré ustanovenie sa však v § 6 zákona neuvádza.

13. Ďalej žalovaný namietal, že aj krajský súd považoval e-mail zo dňa 19.07.2011 za najjednoduchší dôkaz o obmedzení súťaže a od tohto e-mailu sa vyhodnotilo postavenie žalobcu ako „vodcu“ čo malo za následok aj zvýšenie uloženej pokuty. Žalobca namietal, že ukládanie pokút je upravené v zákone č. 136/2011 Z.z. a pokuta bola uložená na základe zákona a Metodického pokynu úradu zverejneného na webovej stránke úradu.

14. Žalobca považoval za nesprávne právne posúdenie to, že v administratívnom spise sa nachádzajú nesporné dôkazy o vodcovskej úlohe vo verejnom obstarávaní teda výpoveď N.. W. a N.. C., a krajský súd sa s predmetnou námietkou v bode 45 napadnutého rozsudku vysporiadal, že ju považuje za bezpredmetnú vzhľadom k tomu, že účastníkmi sú žalobca a žalovaný. N.. C. vo svojej výpovedi dňa 21.05.2013 uviedla, že pozná pána W. aj W., ktorý figuroval len „do počtu“, že so školou spolupracovala už pri príprave rozpočtu, dostala od školy tabuľky, tipy na subjekty, ktoré treba osloviť a že sama škola si určila, kto má vyhrať konkrétnu zákazku. O tejto výpovedi sa žalobca dozvedel až po nahliadnutí do spisu. Žalobca dovedy ani len netušil, že by bol vopred určený víťaz verejného obstarávania, ak by to vedel, snažil by sa vyhrať vo verejnom obstarávaní s komoditami, ktoré sú predmetom podnikania a nie učebnými pomôckami.

15. Tvrdenie žalovaného o tom, že nezískal dôkazy dostatočne preukazujúce postavenie N.. W. a N.. C. ako vodcov bolo v rozpore s postupom žalovaného pri uložení pokuty týmto dvom osobám, keď N.. W. bola zvýšená pokuta o 30 % na základe prítiažujúcich okolností a v prípade N.. C. až o 45 % na základe prítiažujúcich okolností. V tomto prípade považuje objasnenie skutkového stavu za nedôsledné.

16. Žalobca navrhol, aby kasačný súd napadnuté rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave v plnom rozsahu zrušil a vrátil mu vec na ďalšie konanie alternatívne zmenil napadnuté rozhodnutie žalovaného a vec mu vrátil na ďalšie konanie.

17. Žalovaný sa ku kasačnej sťažnosti vyjadril podaním zo dňa 13.08.2018, v ktorom uviedol, že z výzvy pred vydaním rozhodnutia a z prvostupňového rozhodnutia bolo zrejmé, že prvostupňový orgán považoval posudzované dohody obmedzujúce súťaž za tzv. ťažké kartely a že tieto dohody v sebe zahŕňali aj znaky dohôd podľa § 4 ods. 3 písm. a), c) f) a účastníci boli s týmto oboznámení. Z právnej kvalifikácie predmetného konania bolo zrejmé, že v danom prípade išlo o „hard core“ obmedzenia a preto ustanovenie § 6 nebolo možné uplatniť, rovnako nebolo možné uplatniť výnimku podľa § 6 ods. 3 zákona (pravidlo de minimis), keďže dôkazy zhromaždené žalovaným nasvedčovali tomu, že protiprávne konanie bolo takého charakteru, že podmienky podľa § 6 ods. 3 zákona neboli splnené. Ani žalobca nepredložil dôkazy, ktoré by odôvodnili uplatnenie tejto výnimky. V tejto súvislosti odkázal na judikatúru slovenských súdov, konkrétne na rozsudok NS SR 3Sžh/4/2010.

18. Žalovaný uviedol, že postup žalobcu, SloEuroasia a MICRONIX bol v predmetnom verejnom obstarávaní koordinovaný, pričom aktívne kroky za účelom koordinácie ich postupu vykonával žalobca, ktorého postavenie bolo vyhodnotené ako postavenie vodcu, iniciátora porušenia zákona.

19. Žalovaný získal e-mailovú komunikáciu medzi žalobcom a MICRONIX, z ktorej vyplývala koordinácia ich postupu vo verejnom obstarávaní. Žalovaný vykonal analýzu cenových položiek uvedených v ponukách, ktoré boli podnikateľmi postúpené do verejného obstarávania, z ktorej vyplynula mimoriadna konštantnosť cenových indexov v prípade všetkých 158 položiek predložených do verejného obstarávania. Existencia cenového indexu potvrdila pri všetkých cenových položkách čo bolo uvedené v prvostupňovom rozhodnutí.

20. Žalovaný dospel k záveru, že v danom verejnom obstarávaní bol postup podnikateľov MAHRLO,

Visona- Čičmanec a SloEuroasia koordinovaný spôsobom, aby sa víťazom stal podnikateľ Visona-Čičmanec a realizovala sa za účasti N.. W. H. N.. C.. Podľa žalovaného mal žalobca pred uplynutím lehoty na predloženie ponúk k dispozícii cenovú ponuku podnikateľa Visona-Čičmanec, a teda žalobca vypracoval cenovú ponuku, ktorú predložil v nadväznosti na znalosť cenovej ponuky podnikateľa Visona-Čičmanec. Žalobca do verejného obstarávania predložil vyššie ceny a následne žalobca ako subdodávateľ dodal podnikateľovi Visona-Čičmanec časť cenovej ponuky a to za výhodnejšiu cenu, než sám predložil vo verejnom obstarávaní.

21. Žalovaný k výške pokút, ktoré boli uložené uvedeným podnikateľom uviedol, že u N.. W. bola základná suma pokuty zvýšená o 30 % na základe prítušujúcich okolností a u N.. C. o 45 %. Išlo o zvýšenie z dôvodu, že sa dopustili viacerých porušení a za každé ďalšie porušenie bola zvýšená základná suma pokuty vždy o 15 %. N.. C. zohrala významnú úlohu pri koordinácii postupu vo všetkých štyroch posudzovaných verejných obstarávaní a N.. W. koordinoval postup v troch verejných obstarávaní a teda sa dopustil troch správnych deliktov.

22. Žalovaný navrhol aby najvyšší súd kasačnú sťažnosť zamietol.

23. Najvyšší súd Slovenskej republiky konajúci ako kasačný súd (§ 438 ods. 2 SSP) preskúmal napadnutý rozsudok ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo v medziach dôvodov podaných kasačných sťažností v zmysle ust. § 440 SSP, kasačné sťažnosti prejednal bez nariadenia pojednávania (§ 455 SSP), keď deň vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne 5 dní vopred na úradnej tabuli a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk (§ 137 ods. 2 a 3 SSP).

24. Z administratívneho spisu najvyšší súd zistil, že žalovaný začal dňa 09.09.2013 správne konanie č. 0016/OKT/2013, nakoľko na základe zistených skutočností dospel k záveru, že konanie uvedených podnikateľov môže predstavovať porušenie § 4 zákona č. 136/2011 Z.z., prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru alebo iných obchodných zákaziek, záväzku obmedzenia alebo kontroly výroby, odbytu, technického rozvoja alebo investícií, rozdelenia trhu alebo zdrojov zásobovania a koluzívneho správania, ktorými uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie, v súvislosti s verejnými obstarávaniami obstarávateľa Strednej odbornej školy letecko-technickej.

25. Predmetom súdneho prieskumu bola dohoda obmedzujúca súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákon č. 136/2001 Z.z. uzatvorenej medzi uvedenými podnikateľmi. Za účastníkov konania žalovaný označil podnikateľov MAHRLO, s.r.o., MICRONIX, spol. s.r.o., SloEuroasia, VISONA-Čičmanec, N.. E. W. GLOBAL TRADE, IBANK-CCC, RIA, NET.BUSINESS s.r.o., APRINT, s.r.o., TPZ Servis s.r.o., N.. H. C., N.. P. W..

26. Predmetom konania o kasačnej sťažnosti žalobcu je rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 6S/106/2015-170 zo dňa 3. mája 2018, ktorý žalobu žalobcu podľa § 190 SSP zamietol.

27. Podľa § 1 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o organizácii ministerstiev, účinný v čase vyhlásenia verejnej súťaže, účelom tohto zákona je ochrana hospodárskej súťaže (ďalej len „súťaž“) na trhu výrobkov, výkonov, prác a služieb (ďalej len „tovar“) pred jej obmedzovaním, ako aj vytváranie podmienok na jej ďalší rozvoj s cieľom podporiť hospodársky rozvoj v prospech spotrebiteľov a úprava právomoci a pôsobnosti Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (ďalej len „úrad“).

28. Podľa § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z., dohoda a zosúladený postup podnikateľov, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov, ktoré majú za cieľ alebo môžu mať za následok obmedzovanie súťaže (ďalej len „dohoda obmedzujúca súťaž“), sú zakázané, ak tento zákon neustanovuje inak.

29. Podľa § 4 ods. 2 písm. a) zákona č. 136/2001 Z.z., na účely tohto zákona dohoda podnikateľov je každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvedený z ich konania.

30. Podľa § 4 ods. 3 písm. a), c), f) zákona č. 136/2001 Z.z., zakázaná je najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá obsahuje

a) priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok,

c) rozdelenie trhu alebo zdrojov zásobovania,

f) znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania.

31. Podľa § 6 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z., zákaz podľa § 4 sa nevzťahuje na dohodu obmedzujúcu súťaž, ak spoločný podiel účastníkov dohody obmedzujúcej súťaže alebo podiel ani jedného z nich nepresiahne 10 % celkového podielu tovarov na relevantnom trhu v Slovenskej republike, okrem

a) dohôd obmedzujúcich súťaže uvedených v § 4 ods. 3 písm. a) až c) alebo

b) obmedzovania súťaže kumulatívnym účinkom dohôd obmedzujúcich súťaže, ktoré obsahujú obdobný druh obmedzenia súťaže a ktoré vedú k obdobným účinkom na relevantnom trhu, a ich spoločný podiel presahuje 10 % celkového podielu tovarov na relevantnom trhu.

32. Podľa § 25 ods. 2 zákona č. 136/2001 Z.z., úrad môže začať konanie z vlastného podnetu aj na základe písomného oznámenia fyzickej osoby alebo právnickej osoby, ktorá nie je podnikateľom podľa tohto zákona. Ak o to fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá podala písomné oznámenie, požiada, úrad ju písomne upovedomí o ďalšom postupe v danej veci v lehote dvoch mesiacov odo dňa doručenia tejto žiadosti.

33. Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z., úrad za porušenie ustanovení § 4 ods. 1, § 8 ods. 6, § 10 ods. 9, § 25 ods. 5 a § 29 ods. 5 uloží pokutu podnikateľovi do 10 % z obratu podľa § 10 ods. 3 za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie a podnikateľovi, ktorý za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie dosiahol obrat do 330 Eur alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčísliť, pokutu do 330 000 Eur.

34. Vzhľadom na charakter dohody obmedzujúcej súťaže ako kolúzie vo verejnom obstarávaní, ktorá svojou povahou patrí medzi tzv. ťažké kartely a ktorá obsahuje tak znaky dohody o cene podľa § 4 ods. 3 písm. a), ako aj znaky dohody o obmedzení alebo kontrole odbytu podľa § 4 ods. 3 písm. b) zákona a dohody o rozdelení trhu podľa § 4 ods. 3 písm. c) zákona nie je možné aplikovať ustanovenia § 6 ods. 1 zákona a teda posudzované dohody obmedzujúce súťaže nie sú vyňaté zo zákazu podľa § 4 zákona. Účastníci konania nepredložili dôkazy, z ktorých by vyplývalo, že boli naplnené podmienky pre uplatnenie ustanovenia § 6 ods. 3 zákona, pričom skutkové okolnosti prípadu ani nenaznačovali, že by tieto podmienky mohli byť naplnené. Nebolo možné teda aplikovať ustanovenie § 6 ods. 3 zákona.

35. Ustanovenie § 4 ods. 1 zákona zakazuje dohody alebo zosúladené postupy podnikateľov, ktoré majú za cieľ alebo môžu mať za následok obmedzovanie súťaže, pokiaľ tento zákon neustanovuje inak. Podľa ustanovenia § 4 ods. 3 písm. a) c) a f) zákona v spojení s § 4 ods. 1 zákona je zakázanou najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá obsahuje priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok, záväzok obmedzenia alebo kontroly výroby, odbytu, technického rozvoja alebo investícií, rozdelenie trhu alebo zdrojov zásobovania a znaky koluzívneho správania v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie. Pre aplikáciu týchto ustanovení je potrebné naplnenie podmienok protisúťažného charakteru dohody podnikateľov a to buď preukázaním protisúťažného cieľa dohody bez nutnosti dokazovania negatívneho dopadu na trh alebo preukázaním škodlivého následku dohody na trh obmedzením hospodárskej súťaže.

36. Najvyšší súd uvádza, že žalovaný získal dôkazy, ktoré preukazovali účasť jednotlivých podnikateľov na protisúťažnom konaní - na dohodách obmedzujúcich hospodársku súťaž. Analýza preukázala, že súťažné ponuky jednotlivých uchádzačov vykazovali také znaky podobnosti, ktorý nemohli vzniknúť náhodne, ale len na základe koordinovaného postupu. Neexistuje žiadne objektívne vysvetlenie tejto zhody než to, že si podnikatelia už v procese prípravy súťažných ponúk vymieňali informácie o obsahu jednotlivých ponúk, a to s cieľom umožniť víťazstvo vopred určenému uchádzačovi.

37. V predmetnom verejnom obstarávaní možno protisúťažné konanie vyvodit' už zo samotného konania účastníkov súťaže (záujemcov), ktoré spočívalo v predložení súťažných ponúk. Obsahom súťažných ponúk boli ponukové ceny vykazujúce mimoriadnu zhodu indexov pri všetkých cenových položkách. Zhoda v tvorbe cien vychádza zo skutočnosti, že každý hospodársky subjekt by mal autonómne určovať svoju obchodnú politiku, ktorú mieni uplatňovať na trhu, a to bráni akýmkoľvek priamym alebo nepriamym kontaktom medzi podnikateľmi, ktorých predmetom alebo následkom je ovplyvniť správanie konkurentov na trhu a dosiahnuť také podmienky hospodárskej súťaže, ktoré nezodpovedajú normálnym podmienkam na trhu. Pri nezávislom stanovení cien preto nemôže dôjsť k takej zhode ponukových cien ako došlo v rámci predmetnej verejnej súťaže.

38. Protisúťažné konanie preukázala e-mailová komunikácia prebiehajúca medzi dvoma účastníkmi predmetného verejného obstarávania (MICRONIX a MAHRLO). E-mailová komunikácia prebiehala ešte pred vyhodnotením súťaže a týkala sa podávania krycej cenovej ponuky. Vzhľadom k obsahu tejto e-mailovej komunikácie žalovaný dospel k záveru, že podnikatelia si sprostredkovali informácie takého charakteru, ktoré im umožnili predvídať svoje správanie v predmetnom verejnom obstarávaní. Najvyšší súd mal za to, že účastníci predmetnej verejnej súťaže koordinovali svoje správanie pri účasti a predkladaní ponúk v predmetnom verejnom obstarávaní. Takýmto konaním došlo medzi konkurenciou k nedovoleným kontaktom, ktoré viedli ku koordinácii správania na trhu v oblasti, ktorá je bežne predmetom individuálneho rozhodovania podnikateľov a predstavuje senzitivnú oblasť, ktorú si podnikatelia chránia pred konkurenciou. Posudzovaná dohoda, ktorá vyplynula z e-mailu mala potenciál obmedzenia súťaže.

39. Žalobca mal pred podaním ponuky do verejného obstarávania k dispozícii cenovú ponuku, ktorá sa zhodovala s cenovou ponukou predloženou úspešným uchádzačom VISONA-Čičmanec a následne vo verejnom obstarávaní predložil ponuku, ktorá s touto ponukou vykazovala mimoriadnu zhodu. Žalobca v rámci realizácie zákazky dodal podnikateľovi VISONA-Čičmanec časť tovarov, ktoré tento následne dodal verejnému obstarávateľovi, pričom ceny za tieto tovary uvedené v ponuke podnikateľa VISONA-Čičmanec sa zhodovali s cenami, ktoré za tieto tovary uvádzal žalobca v komunikácii s podnikateľmi N.. C. a N.. W. pred predložením ponúk v tomto verejnom obstarávaní.

40. Ing. Vladimír Karvacký - APRES je podnikateľom zapísaným v živnostenskom registri Okresného úradu Prievidza, s predmetom činnosti organizovanie kurzov, sprostredkovanie obchodu, filmovanie kamerou, ozvučovanie spoločenských podujatí, poskytovanie internetových služieb, maloobchod a veľkoobchod. Pôsobí na trhu poskytovania služieb v ASC Agenda - školský informačný systém, správcovstva a auditu IT a eurofondy. Okrem toho pôsobil ako finančný manažér projektu Nové vzdelávacie metódy na SOŠ na základe Dohody o pracovnej činnosti uzavretej so SOŠ LT. V čase uskutočňovania predmetných verejných obstarávaní bol personálne prepojený so spoločnosťou SloEuroasia, v ktorej bol členom dozornej rady a so spoločnosťou NET.BUSINESS, kde bol konateľom a spoločníkom.

41. N.. H. C. je podnikateľom zapísaným v živnostenskom registri Okresného úradu Žiar nad Hronom, s predmetom činnosti sprostredkovanie žiadosti o úvery pre banky a sporiteľne, zmlúv o stavebnom sporení a leasingových zmlúv, sprostredkovanie obchodu, maloobchod a veľkoobchod, faktoring a forfaiting, verejné obstarávanie, zásielkový predaj. Odborne spôsobilá pre verejné obstarávania - zapísaná v zozname odborne spôsobilých osôb podľa § 123 ods. 2 zákon č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

42. K vyhodnoteniu postavenia a pôsobenia N.. W. a N.. C. najvyšší súd uvádza, že v administratívnom konaní v súvislosti s porušením zákona o ochrane hospodárskej súťaže sú účastníkmi konania nielen tí, podnikatelia, ktorí podali súťažné ponuky (zájemcovia), ale aj podnikatelia, ktorí sa jednotlivých procesov zúčastňovali iným spôsobom. V prejednávanej veci sa jednalo o podnikateľa N.. W., ktorý pôsobil ako externý finančný manažér projektu a podnikateľku N.. C., ktorá vykonávala činnosť odborne spôsobilej osoby. Títo podnikatelia zohrávali významnú úlohu pri koordinácii správania pri

účasti a predkladaní ponúk v posudzovaných verejných obstarávaníach, tým sa podieľali na protisúťažnej výmene informácií medzi účastníkmi konania. Podnikatelia svojou činnosťou aktívne prispeli k vykonávaniu kartelovej dohody a medzi činnosťou, ktorú vykonávali a obmedzením hospodárskej súťaže existovala príčinná súvislosť, obaja podnikatelia splnili podmienky založenia zodpovednosti za porušenie zákona.

43. K preukázaniu, že existencie dohody obmedzujúcej súťaž najvyšší súd uvádza, že táto môže byť vyvodená aj zo súhrnu viacerých okolností a indícií, ktoré súhrne, posudzované vo vzájomnej súvislosti, pri neexistencii prijateľných vysvetlení predstavujú dôkaz porušenia. Účastníci konania boli zaťažení dôkazným bremenom, aby v rámci svojho procesného práva na obranu hodnoverne vysvetlili mimoriadnu zhodu v cenových ponukách.

44. Porovnaním jednotkových cien za jednotlivé cenové položky (cena za 1 ks požadovaného tovaru bez DPH) v ponuke úspešného uchádzača MAHRLO, s.r.o. s jednotkovými cenami za zodpovedajúce cenové položky v ponuke neúspešných uchádzačov MICRONIX spol. s.r.o. a SloEuroasia, a.s. žalovaný zistil, že medzi ponukovými cenami existuje zjavná zhoda. Porovnaním cenovej ponuky žalobcu a podnikateľa MICRONIX spol. s.r.o. žalovaný zistil, že podiel jednotkových cien za jednotlivé cenové položky vykazuje vo všetkých prípadoch zhodný výsledok 1,05, t. j. každá jednotková cena za jednotlivú cenovú položku v ponuke uchádzača MICRONIX spol. s.r.o. je 1,05 násobne vyššia ako jednotková cena za zodpovedajúcu cenovú položku v ponuke úspešného žalobcu a následne zaokrúhlená na dve desatinné miesta. Rovnako pri porovnaní cenovej ponuky žalobcu a podnikateľa SloEuroasia, a.s. žalovaný zistil, že vzájomný podiel jednotkových cien za jednotlivé cenové položky vykazuje vo všetkých prípadoch zhodný výsledok 1,01, t. j. každá jednotková cena za jednotlivú cenovú položku v ponuke uchádzača MICRONIX spol. s.r.o. je 1,01 násobne vyššia ako jednotková cena za zodpovedajúcu cenovú položku v ponuke úspešného žalobcu a následne zaokrúhlená na dve desatinné miesta.

45. Porovnaním ponúk žalobcu a spoločnosti MICRONIX spol. s.r.o. žalovaný zistil mimoriadnu zhodu ponúk aj pri výpočte výslednej cenovej ponuky uchádzača MICRONIX spol. s.r.o. Spoločnosť MICRONIX spol. s.r.o. v cenovej ponuke uviedla po sčítaní všetkých cenových položiek výslednú sumu 54.648,69 Eur, ktorá nezodpovedá skutočnému súčtu všetkých cenových položiek v sume 54.648,77 Eur, pričom zodpovedá 1,05 násobku výslednej sumy uvedenej víťazným žalobcom. T. j., že nielen ceny za jednotlivé cenové položky boli určené ako 1,05 násobok ponuky víťazného žalobcu, ale aj pri určení výslednej sumy bol použitý index v hodnote 1,05 (výsledná suma žalobcu je 52.046,37 Eur x index 1,05 = 54.648,69 Eur).

46. Funkcia tendrov spočíva vo výbere najlepšej ponuky s cieľom šetriť verejné prostriedky. Snaha podnikateľov získať zákazku vo verejnom obstarávaní ich motivuje ponúknuť čo najlepšiu ponuku z hľadiska ceny a kvality. Proces verejného obstarávania smeruje k efektívnemu využívaniu verejných prostriedkov, ale iba za predpokladu, že ponuky sú vypracované a predložené do tendra nezávisle. Koordinácia uchádzačov v procese verejného obstarávania tento súťažný proces úplne deformuje a nahrádza ho dohodou obmedzujúcou súťaž. Ceny predložené do tendra, tak nie sú výsledkom súťaže, ale výsledkom dohody, pričom účastníci dohôd obmedzujúcich súťaž vo verejnom obstarávaní sú motivovaní k tomu, aby získali čo najvyšší prospech, čo vedie k negatívnym dôsledkom v podobe rastu cien a k neefektívnemu vynakladaniu verejných financií v procese verejného obstarávania.

47. Pri uložení pokuty hodnotil žalovaný protiprávne konanie podľa kritérií určených v § 38 ods. 10 zákona a Metodického pokynu, pričom hodnotenie deliktu z pohľadu jednotlivých kritérií sa vykonáva na základe správnej úvahy a nemožno opomenúť, že Metodický pokyn je eurokonformným interným predpisom, zohľadňujúcim všeobecne akceptované a aplikované pravidlá pri ukladaní sankcií za daný typ správnych deliktov. Pokuta uložená žalobcovi vo výške 14.981,-Eur tak, ako pri ostatných účastníkoch administratívneho konania bola určená z relevantného obratu za rok 2013 (v čase porušenia), ku ktorej sa pripočítalo percento závažnosti porušenia z relevantného obratu (5 %) a prítiažujúce okolnosti (25 %) - za preukázané aktívne kroky s cieľom koordinácie postupu jednotlivých záujemcov. Suma uloženej

pokuty bola zároveň skontrolovaná z hľadiska, či neprekračuje limit ustanovený v § 38 ods. 4 zákona. Uložená pokuta, ako výsledok správnej úvahy (pri ktorej má správny súd stanovené zákonné limity prieskumu) bola uložená vo výške zodpovedajúcej zákonnému rozpätiu stanovenému pre relevantný obrat služieb. Pokuta uložená žalobcovi aj podľa kasačného súdu spĺňa účel tak z hľadiska generálnej prevencie ako aj z hľadiska požiadavky represívny charakteru, dôsledkom čoho by do budúca mala motivovať podnikateľa k rešpektovaniu právnych predpisov.

48. V nadväznosti na to kasačný súd dopĺňa, že nepovažuje za dôvodnú ani kasačnú námietku žalobcu, poukazujúcu na nezohľadnenie tvrdenej skutočnosti, že podľa jeho názoru preukázaným iniciátorom resp. koordinátorom bol N.. P. W., ani námietky, že v porovnaní s jeho pokutou bola výška pokuty uložená N.. W. a N.. C. v smiešnej výške. V konaní nebolo preukázané, že by N.. W. pôsobil ako iniciátor dohôd a navyiac žalobca úspešne nespochybnil preukázanie svojej koordinačnej činnosti (časová následnosť komunikácie záujemcov). Na spochybňovanie správnosti rozhodnutia o výške pokút uložených ďalším účastníkom žalobca nemá aktívnu legitimáciu.

49. S poukazom na uvedené dospel senát kasačného súdu k záveru, že krajský súd sa dostatočným spôsobom vysporiadal s námietkami žalobcu uvedenými v žalobe, vec správne právne posúdil, dostatočne odôvodnil a preto kasačnú sťažnosť ako nedôvodnú podľa § 461 SSP zamietol.

50. O náhrade trov kasačného konania kasačný súd rozhodol podľa § 167 ods. 1 v spojení s § 467 ods. 1 SSP. Žalobca v kasačnom konaní úspech nemal a žalovanému náhrada trov kasačného konania v danom prípade neprislúcha.

51. Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky v pomere hlasov 3:0 (§139 ods. 4 SSP)

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku nie je prípustný opravný prostriedok.