

Súd: Najvyšší súd SR
Spisová značka: 5Sžh/2/2015
Identifikačné číslo spisu: 9015898699
Dátum vydania rozhodnutia: 02.11.2016
Meno a priezvisko: JUDr. Jarmila Urbancová
Funkcia: sudca
ECLI: ECLI:SK:NSSR:2016:9015898699.2

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Jarmily Urbancovej a členiek senátu JUDr. Petry Príbelskej, PhD. a JUDr. Jany Henčekovej, PhD., v právnej veci žalobcov: 1/ Doprastav, a.s., Drieňová 27, Bratislava, zastúpený JUDr. Jurajom Kuráňom, advokátom, KURÁŇ & MARKOVÁ, advokátska kancelária, s.r.o., IČO: 36 769 771, so sídlom Miletičova 1, Bratislava, 2/ STRABAG, a.s., so sídlom na Bělidle 198/21, Praha 5, Česká republika, zastúpený JUDr. Jánom Havlátom, advokátom zo združenia HAVLÁT & PARTNERS, so sídlom advokátskej kancelárie Rudnayovo námestie 1, Bratislava, 3/ MOTA - ENGIL, ENGENHARIE E CONSTRUCAO, S.A., so sídlom Casa da Calcada, Largo do Paco, n° 6, Cepelos, Amarante, Portugalsko, zastúpený Mgr. Patrikom Bolfom, advokátom z advokátskej kancelárie Kinstellar, s.r.o., IČO: 35 873 833, so sídlom Hviezdoslavovo nám. 13, Bratislava, 4/ Skanska, a.s. (s pôvodným obchodným menom Skanska DS, a.s.), so sídlom Bohunická 133/50, Brno, Česká republika, zastúpený Mgr. Tomášom Marettom, advokátom z advokátskej kancelárie ČECHOVÁ & PARTNERS, s.r.o., IČO: 47 249 129, so sídlom Štúrova 4, Bratislava, 5/ BETAMONT, s.r.o., so sídlom J. Jesenského 1054/44, Zvolen, zastúpený JUDr. Jelou Mikuškovou, advokátkou so sídlom advokátskej kancelárie Račianska 66, Bratislava, 6/ Inžinierske stavby, a.s., so sídlom Priemyselná 7, Košice, zastúpený JUDr. Petrom Oravcom, advokátom z advokátskej kancelárie PRK Partners s.r.o., Hurbanovo námestie 3, Bratislava, proti žalovanému: Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, Drieňová 24, Bratislava, za účasti: Skanska SK, a.s. (pôvodne pod obchodným menom Skanska BS, a.s.) so sídlom Košovská cesta 16, Prievidza, zastúpený Mgr. Tomášom Marettom, advokátom z advokátskej kancelárie ČECHOVÁ & PARTNERS, s.r.o., IČO: 47 249 129, so sídlom Štúrova 4, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia Rady Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 2006/KH/R/2/116 zo dňa 16. októbra 2006, o odvolaní žalovaného, žalobcov 1/, 2/ a 5/proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č.k. 2S/430/06-393 zo dňa 10. decembra 2008, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č.k. 2S/430/06-393 zo dňa 10. decembra 2008 m e n í tak, že žaloby žalobcov 1/ až 6/ z a m i e t a .

Žalobcom 1/ až 6/ a zúčastnenej osobe náhradu trov konania n e p r i z n á v a .

Odôvodnenie

(§ 250j ods. 2 písm. d/, ods. 3 OSP), samotné zistenie skutkového stavu správnymi orgánmi je nedostačujúce a nie je teda možné jednoznačne a bez vážnych pochybností ustáliť, že by došlo k dohode obmedzujúcej súťaž (§ 250j ods. 2 písm. c/ OSP). Zaujal záver, že preskúmané správne rozhodnutia neobsahujú takú konkretizáciu údajov obsahujúcich popis skutku uvedením miesta, času a spôsobu spáchania tak, aby tento skutok nemohol byť zamenený s iným, pričom presná špecifikácia skutku nie je uvedená nielen vo výroku rozhodnutí, ale ani v ich odôvodnení. Uvedené pochybenie spôsobilo podľa krajského súdu nepreskúmateľnosť rozhodnutí pre nezrozumiteľnosť, čo je dôvodom pre ich zrušenie podľa § 250j ods. 2 písm. d/ OSP, ako aj podľa § 250j ods. 3 OSP.

10. Krajský súd posudzujúc dôvodnosť podaných žalobných námietok dospel k záveru, že žalovaný bol povinný v prípade, ak sa rozhodol posudzovať predmetné konanie žalobcov z hľadiska § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (ďalej aj „zákon č. 136/2001 Z. z.“) a zároveň mal za to, že ide o vec s komunitárnym prvkom, viesť konanie a následne rozhodnúť tiež o porušení čl. 81 Zmluvy o Európskom spoločenstve (ďalej aj „ZES“ alebo „Zmluvy“), nakoľko mu to ukladá čl. 3 ods. 1 Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy (ďalej aj „nariadenie č. 1/2003“). Prípustnosť súbežnej aplikácie komunitárneho a vnútroštátneho súťažného práva nevyklučuje ani samotné komunitárne právo, ani právny poriadok Slovenskej republiky - Listina základných práv a slobôd ako ani čl. 4 Protokolu č. 7 k Dohovoru o ochrane základných práv a ľudských slobôd (ďalej aj „Dohovor“). Súbežnému vysloveniu viny za spáchanie uvedeného komunitárneho a vnútroštátneho deliktu v jednom rozhodnutí správneho orgánu nebráni zásada ne bis in idem, nakoľko nejde o situáciu, keď je opakovane vedené konanie o rovnakej veci, o ktorej už bolo právoplatne rozhodnuté. Podľa krajského súdu v prípade preukázania kartelovej dohody a aplikovania komunitárneho a vnútroštátneho súťažného práva zároveň, ide o jednočinný súbeh deliktov, nakoľko záujmy chránené skutkovými podstatami správnych deliktov podľa ZES a skutkovými podstatami podľa zákona č. 136/2001 Z.z. sú rozdielne.

Poznámka konajúceho súdu: európske právo sa pred prijatím Lisabonskej zmluvy, ktorá nadobudla platnosť 1. decembra 2009 delilo na úiové právo <. a komunitárne právo . Z uvedeného dôvodu sa tento pojem používa v rozsudku Krajského súdu v Bratislave, č.k. 2S/430/06-393 z 10. decembra 2008.

11. Súčasne krajský súd zdôraznil, že pri ukladaní sankcie je žalovaný povinný postupovať v súlade s absorpčnou zásadou, t.j. uložiť pokutu za jeden zo zbíhajúcich sa deliktov a zároveň je oprávnený v rámci hodnotenia závažnosti protisúťažného konania prihliadnúť ako k priťažujúcej okolnosti i k tomu, že bol spáchaný aj druhý delikt. Celkovú výšku pokuty však musí žalovaný vo svojom rozhodnutí aj z uvedeného hľadiska náležite odôvodniť, čo sa však nestalo, a preto je napadnuté rozhodnutie v tomto ohľade nepreskúmateľné pre nedostatok dôvodov (už uvádzaný zrušovací dôvod v zmysle ustanovenia § 250j ods. 2 písm. d/ OSP).

II.

Odvolaie žalovaného

12. Žalovaný vo svojom odvolaní z 30. marca 2009 namietal nesprávne právne posúdenie, pokiaľ krajský súd zrušil rozhodnutie úradu aj podľa § 250j ods. 2 písm. d/ OSP, t.j. z dôvodu, že rozhodnutie Rady úradu je nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť alebo pre nedostatok dôvodov.

13. K záverom krajského súdu, že ani výrok prvostupňového rozhodnutia, ani výrok rozhodnutia Rady úradu nespĺňajú požadované náležitosti týkajúce sa špecifikácie skutku z titulu vylúčenia zameniteľnosti, žalovaný uviedol, že výrok krajského súdu spolu s odôvodnením rozhodnutia vo vzťahu k výroku preskúmaných správnych rozhodnutí nastavuje pre správne delikty v oblasti hospodárskej súťaže také požiadavky, ktoré sa v mnohých prípadoch nedajú doslovne aplikovať, najmä vzhľadom na špecifickosť protisúťažných konaní, a ktoré môžu spôsobiť paralyzáciu úradu v rozhodovacej praxi.

14. Bez spochybňovania právnej teórie žalovaný namietal, že táto bola aplikovaná krajským súdom bez bližšieho preskúmania výroku rozhodnutia Rady úradu a bez vysporiadania sa s požiadavkou

nezameniteľnosti konkretizovaného skutku s iným konaním. Zároveň poukázal na to, že obdobné výroky sa v rozhodnutiach úradu nachádzali počas jeho rozhodovacej praxe od roku 1990, a ani ten istý krajský súd (od roku 2004), ani Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej v rozsudku tiež ako „Najvyšší súd“) nevideli tieto ako nezrozumiteľné alebo nezákonné. Podľa jeho názoru výrok rozhodnutia Rady úradu netrpí žiadnym nedostatkom.

15. Žalovaný pripomenul, že rozhodnutia vychádzajú z preukázania dohody obmedzujúcej súťaž na základe zhody indexov v cenových ponukách jednotlivých účastníkov tendra (čo doposiaľ nebolo v správnom ani v prvostupňovom súdnom konaní vyvrátené), ako aj zákonného znenia (a znenia čl. 81 ZES) dohody obmedzujúcej súťaž (§ 4 ods. 2 písm. a/ zákona č. 136/2001 Z.z.), kde je definovaná ako každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvedený z ich konania. Podotkol, že súhlasne krajský súd konštatoval na str. 41 odôvodnenia, že forma dohôd obmedzujúcich súťaž v užšom zmysle si vyžaduje konsenzus, ktorý musí byť náležitým, preukázateľným spôsobom prejavovaný a to či už formou písomnej zmluvy, ústne alebo inak. A práve v prípadoch, kedy ide o iný prejav vôle, nie je vždy reálne možné presne špecifikovať miesto, čas a spôsob, tak ako to teoreticky stanovuje vo svojom rozsudku krajský súd. Preto v konkrétnom prípade, bolo možné skutok z hľadiska času a miesta špecifikovať jednoznačne prostredníctvom konkrétnej verejnej súťaže, kde došlo k realizácii dohody jednotlivých účastníkov.

16. Pokiaľ krajský súd vytykal absenciu uvedenia času správneho deliktu vo výroku a konštatoval, že ani v odôvodnení rozhodnutia nie je možné identifikovať, aké obdobie považovala Rada úradu za trvanie protisúťažného konania, pričom v súvislosti s časom vytykal aj údajné nejasnosti v rozhodnutí, žalovaný naopak poukázal na to, že v rozhodnutí Rady úradu sa hovorí ako o rozhodnom období o takom období, ktoré bolo rozhodné pre posúdenie kontaktov medzi účastníkmi (časť rozhodnutia Rady úradu v časti „inšpekcie“), nakoľko, ako sa taktiež uvádza v rozhodnutí Rady úradu, „Predbežné oznámenie predmetnej verejnej súťaže bolo zverejnené vo vestníku Verejného obstarávania dňa 08.04.2004 a dňa 11.05.2004 tu bola súťaž oficiálne vyhlásená.“

17. Podľa žalovaného to potom znamená, že bolo účelné a logické brať do úvahy obdobie od 8. apríla 2004, čo sa týka zisťovania skutočností ohľadne komunikačnej platformy medzi účastníkmi, keďže už od uvedeného dátumu bolo zrejmé, že sa takáto súťaž uskutoční. Navyše žalovaný zdôraznil aj to, že Rada úradu toto rozhodné obdobie nikde nespomína ako dĺžku protisúťažného konania, ale naopak žalovaný konštatoval, že za dĺžku trvania protisúťažného jednoznačne ustanovuje obdobie od tohto vyhlásenia (11.05.2004) do podania ponúk v danej súťaži (t. j. 30.06.2004), čo sa uvádza v rozhodnutí Rady úradu na mnohých miestach niekoľkokrát.

18. Ďalej žalovaný krajskému súdu vytykal, že neuviedol, akým spôsobom si predstavuje ešte bližšie, než sa to nachádza v rozhodnutí Rady úradu, konkretizovať miesto a čas spáchania správneho deliktu. Táto časť rozhodnutia krajského súdu je pre žalovaného nezrozumiteľná a nepreskúmateľná, nakoľko vôbec nie je zrejmé, akým spôsobom mal podľa krajského súdu úrad výrok rozhodnutia vymedziť.

19. V súvislosti s uvedeným žalovaný pripomenul, že v prípadoch porušenia pravidiel hospodárskej súťaže nie je vždy možné presne vymedziť „miesto“ napríklad ako miesto spáchania trestného činu v trestnom práve, pričom príkladom poukázal na iné svoje rozhodnutie (č. 2006/KH/R/2/089 z 3. augusta 2006 voči Slovenskej advokátskej komore), v ktorom neuvedenie času a miesta vo výroku súdy nevytykali. Tiež poukázal na prax Komisie, ktorá rovnako formuluje výroky rozhodnutí týkajúce sa porušení čl. 81 a 82 ZES (napr. COMP/38.432 - Professional Videotape, COMP/B-2/37.766 - Dutch beer market, sp.zn. T-271/03 Deutsche Telekom AG v. Komisia), v ktorých, ak sa vôbec nachádza priestorový údaj, tak je to údaj o priestorovom trhu.

20. Čo sa týka spôsobu spáchania iného správneho deliktu - uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaž, tieto sú demonštratívnym výpočtom uvedené v ustanovení § 4 ods. 3 písm. a/ až f/ zákona č. 136/2001 Z.z., ktoré bližšie vymedzujú, akým konaním je možné naplniť skutkovú podstatu dohody obmedzujúcej súťaž, a je na súťažnej autorite, aby potom ďalšími skutkovými okolnosťami prípadu bližšie vymedzila a

konkretizovala skutok vo výroku a odôvodnení rozhodnutia tak, aby nebol zameniteľný s iným skutkom (konaním).

21. V prejednávanej veci bola hlavným dôkazom o uzavretí dohody obmedzujúcej súťaž umelá zhoda indexov v predložených cenových ponukách jednotlivých účastníkov súťaže (pričom všetci účastníci správneho konania vypracovali a poskytli svoju časť ponuky samostatne - ako bolo v správnom konaní preukázané a v konaní pred súdom nebolo spochybnené). Ak potom krajský súd vyhodnotil tento dôkaz ako nedostatočný podklad pre konštatovanie o porušení zákona, potom mohol a mal podľa žalovaného zrušiť napadnuté rozhodnutie pre nedostatočne zistený skutkový stav, avšak nemal túto skutočnosť vyhodnotiť ako nezrozumiteľnosť výroku rozhodnutia.

22. Tiež žalovaný vytýkal krajskému súdu, že opomenul vyhodnotiť „kritérium zameniteľnosti“ vymedzeného skutku vo výroku rozhodnutia, a že neuviedol, prečo je vo výroku rozhodnutia konkretizovaný skutok zameniteľný s iným konaním, a s akým konaním by vôbec mal byť zameniteľný.

23. Žalovaný poukázal na to, že samotní účastníci konania od začiatku správneho konania nemali pochybnosť o tom, o akom skutku je vedené správne konanie. Na tom základe vypracovali podrobné rozklady voči prvostupňovému rozhodnutiu, a napokon údajnú nezrozumiteľnosť „zistil“ účastník konania - žalobca 1/ až v novembri 2008, t.j. potom, čo už dávno spracoval svoju žalobu voči druhostupňovému rozhodnutiu. Preto sa žalovaný naďalej domnieva, že výrok rozhodnutia Rady úradu je jasný, presný a zrozumiteľný, a nie je z tohto titulu dôvod pre zrušenie rozhodnutia Rady úradu podľa § 250j ods. 2 písm. d/ OSP.

24. Žalovaný rovnako nesúhlasil so záverom krajského súdu o dôvodnosti zrušenia rozhodnutí pre nedostatočne zistený skutkový stav podľa § 250j ods. 2 písm. c/ OSP. V súvislosti s uvedenou námietkou žalovaný konštatoval, že horizontálne dohody obmedzujúce súťaž bývajú medzi podnikateľmi (t.j. konkurentmi) uzatvárané tajne, a nie je ľahké ich odhaliť. V dnešnej dobe je veľmi málo pravdepodobné, aby sa akejkolvek súťažnej autorite podarilo nájsť dohodu obmedzujúcu súťaž v písomnej podobe, rovnako si podnikatelia nemusia viesť o svojich stretnutiach zápisy. Zákonodarca si podľa žalovaného uvedomoval vážnosť a dopad takýchto konaní na hospodársku súťaž a jej účastníkov, ako aj pravdepodobnosť a náročnosť odhalenia takýchto dohôd, a preto v súlade s čl. 81 Zmluvy o založení ES upravil definíciu dohody podľa § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. aj ako iný súhlasný prejav vôle vyvedený z konania podnikateľov.

25. Úrad preto konal len v súlade so zákonom, keď určil, že zhoda indexov v cenových ponukách jednotlivých účastníkov správneho konania predložených v predmetnej verejnej súťaži je preukázateľne umelá, nakoľko boli vylúčené všetky možnosti, ktoré by mohli spôsobiť takúto zhodu (napríklad podľa žalovaného použitie rovnakého softvéru od obstarávateľa, rovnaké zadanie, zaokrúhlenie predmetných indexov na dve desatinné miesta, použitie odporúčaných cenníkov, oslovenie identických podzhotoviteľov, možná krádež dokumentov), a teda bolo možné konštatovať, že konsenzus medzi dotknutými podnikateľmi bol preukázateľným spôsobom prejavovaný práve predložením cenových ponúk v predmetnej verejnej súťaži, ktorých indexy boli zhodné, (čím účastníci umožnili vyhrať túto verejnú súťaž jednému účastníkovi).

26. Žalovaný krajskému súdu ďalej vytýkal, že hoci označil dôkaz vykonanej analýzy indexov v odôvodnení svojho rozhodnutia za nespochybniteľný, tak na druhej strane súčasne popiera možnosť úradu preukázať dohodu, a konsenzus žalobcov „inak“, nakoľko takéto zistenia podľa názoru krajského súdu nie sú dostatočné.

27. Podľa žalovaného však krajský súd vôbec neuviedol, prečo vyvrátením všetkých možností, ktoré by mohli spôsobiť takúto zhodu, a teda na základe ekonomického dôkazu, ktorý je nepochybný, nie je možné konštatovať existenciu dohody obmedzujúcej súťaž. Navyše však krajský súd neuvádza, prečo nie je možné aplikovať na uvedený prípad závery SD EÚ vo veci Woodpulp II (Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission, obdobne aj v súdnych prípadoch 48/69 ICI v. Komisia, rozhodnutie zo 14. júla

1972 - č. 64-68 alebo 29/83 CRAM v. Komisia, ods. 16-20), z ktorých práve vyplýva, že v prípade vylúčenia všetkých alternatívnych vysvetlení, a pokiaľ potom kolúzia je jediným možným vysvetlením v konkrétnom prípade pre paralelné správanie, potom je možné hovoriť o zakázanej dohode.

28. Pokiaľ krajský súd vytýkal žalovanému, že bol povinný „odôvodniť, ako prispeli všetci žalobcovia svojim vlastným správaním k spoločnému cieľu sledovanému všetkými účastníkmi a že si boli vedomí konkrétneho jednania, ktoré bolo plánované alebo uskutočňované ostatnými žalobcami v snahe dosiahnuť ten istý cieľ“, mal podľa žalovaného odkloniť od judikatúry SD EÚ, keďže požaduje preukázať od úradu skutočnosť, ktoré pre založenie existencie protisúťažnej dohody vôbec nie sú relevantné, a idú nielen nad rámec rozhodnutí SD EÚ ale aj zákona, ktorý vôbec nepožaduje pre naplnenie skutkovej podstaty zakázanej dohody podľa § 4 zákona č. 136/2001 Z.z. preukázanie vedomosti účastníkov, a už vôbec nemusí byť toto konanie plánované alebo vedené tým istým cieľom.

29. Práve naopak, v posledných rozhodnutiach SD EÚ a Komisie sa vôbec nevyžaduje preukázanie, či mal iný účastník dohody na nej rovnaký záujem, alebo z akého dôvodu sa dohody zúčastnil, a to aj v prípade limitovanej účasti účastníka na dohode. Rovnako námietky o tom, že bol donútený sa rovnako správať, neboli nikdy vyhodnotené ako opodstatnené (čo už napokon bolo vyjadrené aj v rozhodnutí Aalborg Portland v. Komisia), na čo úrad rozsiahlymi citáciami poukazoval.

30. Žalovaný rovnako pripomenul, že úrad nedisponuje takými vyšetrovacími právomocami ako orgány Policajného zboru Slovenskej republiky, napríklad že nemá možnosť sledovať či odpočúvať podozrivé osoby. Pri posudzovaní porušení pravidiel hospodárskej súťaže už zo znenia zákona vyplýva silný ekonomicko-právny kontext, trhové princípy a v konečnom dôsledku prospech spotrebiteľa a pokiaľ ide o rozhodnutia a závery Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej v rozsudku tiež „ESLP“), o ktoré sa krajský súd opiera (a rozhodnutia, na ktoré poukazoval najmä žalobca 3/, a ku ktorým úrad zaslal svoje stanovisko k jeho žalobe), nemožno opomenúť skutočnosť, že tieto vyplynuli z konaní, kde ESLP posudzoval preukázanie viny - neviny individuálnych osôb (fyzických osôb) prevažne v riešení priestupkov v cestnej doprave. Nie je však známy žiaden prípad ESLP, kde by posudzoval význam dôkazných prostriedkov v súťažnom prípade.

31. Žalovaný nesúhlasil s názorom krajského súdu, pokiaľ tento považoval za dôvodné aj námietky žalobcov ohľadne prekročenia ceny určenej štátnou expertízou. Aj keď krajský súd súhlasil s Radou úradu v tom, že táto skutočnosť nemá vplyv na posúdenie dohody, avšak, ak sa Rada úradu odvolala na túto skutočnosť ako protisúťažný efekt dohody, potom „nemala sa spoliehať na chybné konštatovanie NDS“. V súvislosti s uvedeným žalovaný pripomenul, že Rada úradu nemá v kompetencii preskúmať túto skutočnosť, a že sa v tomto smere musí vyslovene spoliehať na zistenia Národnej diaľničnej spoločnosti (na účely rozsudku tiež „NDS“), t.j. ako na vyriešenu predbežnú otázku. V prípade, že by Rada úradu túto skutočnosť skúmala, výrazne by prekročila svoje právomoci, nakoľko toto je kompetencia v prvom rade NDS, Ministerstva dopravy, pôšt a telekomunikácií Slovenskej republiky ako aj Úradu pre verejné obstarávanie. S touto skutočnosťou sa krajský súd vôbec nevysporiadal.

32. Napokon na druhej strane v prípade námietky žalobcu 6/ žalovaný zdôraznil, že naopak krajský súd dáva za pravdu úradu, keď správne tvrdí: „Treba tiež uviesť, že úrad pri analýze správne vychádzal z podkladov poskytnutých NDS, nakoľko len tento subjekt bol obstarávateľom predmetnej verejnej súťaže a len on mohol správnym orgánom tieto podklady poskytnúť.“

33. Žalovaný má za to, že v konaní jednoznačne preukázal existenciu dohody obmedzujúcej súťaž, a že je nepochybné, že túto uzavreli žalobcovia 1/ až 6/, a to vo svetle zákona, a existujúcej komunitárnej judikatúry, a preto neexistujú dôvody pre zrušenie jeho rozhodnutia podľa § 250j ods. 2 písm. c/ OSP.

34. V súvislosti so závermi krajského súdu o porušení zásady dvojínštančnosti konania, aplikácie absorpčnej zásady a ďalšími procesnými pochybeniami žalovaný odkázal na príslušné ustanovenia Správneho poriadku, v zmysle ktorých odvolacie konanie tvorí jeden celok s konaním na prvom stupni,

českom zákone o hospodárskej súťaže, ale naopak predpokladá, že žiadne porušenie zákona nezostane nepotrestané.

42. Zo znenia zákona č. 136/2001 Z.z. teda možno vyvodit' a predpokladať kumuláciu pokút, avšak zákonodarca stanovil strop, a teda legálne maximum 10% z celkového obratu podnikateľa za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie, ktoré predstavuje hranicu, ktorú úrad pri ukladaní sankcie nesmie prekročiť. Táto hranica zabezpečí, aby nedochádzalo k ukladaniu neprimerane vysokých sankcií, čo v trestnom práve sleduje zásada absorpčná.

43. V súvislosti s uvedeným žalovaný uviedol, že sankčná sadzba 10% maxima z celkového obratu podnikateľa je zakotvená v právnych poriadkoch prevažnej väčšiny členských štátov a jeho stanovenie vychádza z ekonomických analýz, podľa ktorých sankcia vo výške viac ako 10 % z obratu podnikateľa už je schopná negatívne zasiahnuť podnikateľa.

44. V závere žalovaný zdôraznil, že z uvedených dôvodov vyplýva, že rozhodnutie krajského súdu vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci a súd prvého stupňa dospel na základe vykonaných dôkazov k nesprávnym skutkovým zisteniam (odvolací dôvod zakotvený v § 205 ods. 2 písm. d/ a f/ OSP), medzi tvrdeniami krajského súdu existujú vzájomné rozpory, pričom zistený skutkový stav Radou úradu je dostatočný a v správnom konaní bolo preukázané, že žalobcovia 1/ až 6/ porušili zákon, a preto žalovaný navrhuje, aby Najvyšší súd napadnutý rozsudok krajského súdu zmenil tak, že žaloba sa zamietá ako neodôvodnená.

III.

Odvolania žalobcov 1/, 2/ a 5/ do trov konania

45. Žalobcovia 1/, 2/ a 5/ vo svojich odvolaniach voči výroku rozsudku krajského súdu v časti o trovách v podstate zhodne namietali, že krajský súd neaplikoval ustanovenie § 10 vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z.z. s odôvodnením, že správnom súdnictve nejde o nachádzanie subjektívnych práv jednotlivca vrátane určovania ich spornej výšky pri peňažnom plnení, ale konštatoval, že úkony právnej služby vykonané právnym zástupcom v správnom súdnictve je nutné hodnotiť ako hodnotu veci alebo práva, ktorú nie je možné vyjadriť v peniazoch, a preto súd priznal základnú sadzbu tarifnej odmeny za jeden úkon právnej služby podľa § 11 ods. 1 citovanej vyhlášky vo výške v 1/13 z výpočtového základu, ktorý sa stanovuje pre každý rok osobitne.

46. Poukázali na to, že v danom prípade hodnota veci je vyjadrená v peniazoch, a preto postup podľa ustanovenia § 11 ods. 1 vyhlášky č. 655/2004 Z.z. (kedy hodnotu veci nemožno vyjadriť v peniazoch) nebolo možné aplikovať. Na základe uvedeného, žiadali, aby odvolací súd výrok o trovách zmenil v súlade s podanými odvolaniami.

47. Žalovaný vo vyjadrení z 30. apríla 2009 k odvolaniu žalobcov do trov konania poukázal na zjavnú neprimeranosť a nerešpektovanie dobrých mravov prístupu právnych zástupcov žalobcov 1/ až 6/ pri vyčíslňovaní trov konania, ktoré sa pohyujú závrtných výškach.

48. Záverom zotrval na svojich tvrdeniach a skutočnostiach, ktoré uviedol v svojom odvolaní z 30. marca 2009 s návrhom, aby Najvyšší súd napadnutý rozsudok krajského súdu zmenil tak, žaloba sa zamietá ako neodôvodnená, a súčasne v takom prípade nepriznal právo na náhradu trov konania.

IV.

Vyjadrenia žalobcov k odvolaniu žalovaného

49. Vo svojich vyjadreniach k odvolaniu žalovaného žalobcovia v podstate zhodne uvádzali, že žalovaný prakticky len rekapituluje skutočnosti, ktorými sa už v predchádzajúcom konaní zaoberal a vysporiadal krajský súd a neuvádza žiadne nové relevantné skutočnosti.

50. Podľa ich názoru argumenty, ktoré žalovaný použil na spochybnenie správnosti a zákonnosti rozsudku v podanom odvolaní, sú neopodstatnené, a preto žiadal Najvyšší súd Slovenskej republiky, aby rozsudok v časti týkajúcej sa veci samej potvrdil ako vecne správny. Na základe uvedeného žiadali, aby najvyšší súd napadnutý rozsudok krajského súdu v časti týkajúcej sa veci samej potvrdil ako vecne správny.

51. Žalobca 1/ vo svojom vyjadrení z 19. júna 2009 zároveň zdôraznil, že sankcionované konanie patrí medzi takzvané iné správne delikty. Tieto sa dajú svojou povahou porovnať predovšetkým s priestupkami, pretože predstavujú formu správneho trestania. Preto krajský súd správne vychádzal z názoru najvyššieho súdu sp.zn. 2Sžo/106/2007, ako aj z rozhodnutia Najvyššieho správneho súdu Českej republiky v konaní vedenom pod č.k 2As 34/2006-73 zo dňa 15. januára 2008, podľa ktorého musí výrok rozhodnutia o inom správnom delikte obsahovať popis skutku uvedením miesta, času a spôsobu jeho spáchania, prípadne aj iné okolnosti, ktoré sú spôsobilé odlišovať ho od iných skutkov.

52. Podľa žalobcu 1/ je všeobecne známe, že nezameniteľnosť skutku za iný má zásadný význam pre uplatnenie zásady ne bis in idem. Nedodržanie tejto základnej právnej zásady má za následok, že subjekt môže byť postihnutý opakovane za ten istý skutok.

53. Vo vzťahu k prieniku trestného práva do práva správneho žalobca 1/ poukázal na rozsudok NSS ČR zo dňa 27. októbra 2004, sp.zn. 6A 126/2002, podľa ktorého trestanie za správne delikty musí podliehať rovnakému režimu ako trestanie za trestné činy. S dôrazom na Dohovor preto podľa českého súdu nie je rozhodujúce, či pozitívne právo označuje určité deliktuálne konanie za trestný čin alebo za správny delikt. Tento postup bol podľa žalobcu 1/ potvrdený aj nálezom Ústavného súdu Českej republiky sp.zn. PL. ÚS 16/99, ktorého relevantnú časť odcitoval.

54. Vo vzťahu k nesprávne zistenému skutkovému stavu žalobca 1/ poukázal na jeho podporu prostredníctvom iba jedného nepriameho dôkazu, t.j. zhodu indexov jednotkových cien. V súvislosti s uvedeným odkázal na výsledky rozhodovacej činnosti komunitárnych orgánov a štandard dokazovania.

55. Ďalej vyjadril nesúhlas s kolektívnou vinou ako aj s nedodržaním dvojinštančnosti konania.

56. Záverom žalobca 1/ zrekapituloval argumenty všetkých žalobcov a požiadal odvolací súd, aby odvolanie zamietol a napadnutý rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdil. Súčasne navrhol, aby Najvyšší súd priznal žalobcovi 1/ náhradu všetkých trov konania vo vyčíslenej sume 234 500,03 €.

57. Žalobca 2/ vo svojom vyjadrení zo 7. mája 2009 označil napadnutý rozsudok v meritórnej časti za správny, a to tak z hľadiska zisteného skutkového stavu, ako aj právneho posúdenia.

58. V súvislosti s absenciou špecifikácie skutku poukázal na konštantnú judikatúru najvyššieho súdu, napríklad rozsudok najvyššieho súdu sp.zn. 2Sžo/106/2007, uverejnený v Zbierke súdnych rozhodnutí a stanovísk pod č. 57/2008. Podľa žalobcu 2/, hoci z ustanovenia § 47 ods. 2 Správneho poriadku explicitne nevyplýva, že by výrok rozhodnutia musel obsahovať vecné, časové a miestne určenie konania, z ktorého správny delikt vyplýva, tak je nespochybniteľné, že iba výroková časť správneho rozhodnutia je schopná mať dopady na práva a povinnosti účastníkov konania a iba ona môže nadobudnúť právnu moc.

59. Názor žalovaného, že analógia legis v správnom práve nemá miesto, žalobca 2/ označil za prekonaný.

60. Rovnako žalobca 2/ s poukazom na ustanovenia § 3 ods. 3 a 4 a § 32 ods. 1 Správneho poriadku označil spoľahlivo zistený stav veci za jednu zo základných procesných zásad správneho konania. Podľa žalobcu 2/ žalovaný napadnuté rozhodnutie oprel o jediný nepriamy dôkaz predložený obstarávateľom, a to o cenovú ponuku, kde podľa názoru obstarávateľa a žalovaného boli vykázané neštandardne zhodné ceny. Žalovaný však pravdepodobne opomenul skutočnosť, že žalobca 2/ spoločne s ostatnými

žalobcami vo verejnom obstarávaní postupovali v skupinách (konzorcium), a takto svoje ponuky predložili.

61. K problematike neuplatňovania absorpčnej zásady správnom trestaní žalobca 2/ pripustil, že žalovaný na jednej strane síce pri určení výšky pokuty disponuje určitou diskrečnou právomocou, avšak túto na druhej strane musí uplatniť v intenciách vymedzených mu ustanovením § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z.. Nakoľko citovaný zákon výslovne nerieši ukládanie pokuty pri súbehu viacerých správnych deliktov, potom je podľa žalobcu v 2/ nutné podrobne objasniť uloženie úhrnnej pokuty, t.j. uloženie jednej pokuty za viacnásobné porušenie zákona v tom istom konaní ako úhrnnej sankcie.

62. Už žalovaným naznačený jednočinný súbeh deliktov, ktorý má mať svoj právny základ v porušení tak vnútroštátneho, ako aj komunitárneho práva, by mal podľa žalobcu 2/ vychádzať z absorpčnej zásady, t.j. uložiť sankciu v takej výške, ktorá zodpovedá porušeniu toho ustanovenia zákona alebo iného právneho predpisu, ktoré považované za najťažšie porušenie. Avšak bolo by v rozpore so zákonom, ako to správne podľa žalobcu 2/ uvádza krajský súd v napadnutom rozsudku, ak by žalovaný pri ukladaní pokuty za protiprávne konanie, ktoré má charakter jednočinného súbehu správnych deliktov, postupoval podľa zásady kumulácie napriek tomu, že s využitím analógie mal použiť absorpčnú zásadu.

63. V súvislosti s uvedeným žalobca 2/ zdôraznil že v Slovenskej republike absentuje procesný predpis, ktorý by upravoval zásady správneho trestania. Preto s odkazom na štrasburskú judikatúru, ktorá vyzdvihuje trestnoprávny charakter administratívneho trestania, a s prihliadnutím na čl. 50 Ústavy Slovenskej republiky, je podľa názoru žalobcu 2/ nutné analogicky aplikovať na správne trestanie aj Trestný zákon (žalobca 2/ napríklad poukázal na rozsudok najvyššieho súdu sp.zn. 3Sžn 68/2004).

64. Tiež zdôraznil, že aplikácia zásad ukládania trestov v trestnom konaní vyplýva z Odporúčania Výboru ministrov č. R (91) 77 pre členské štáty o správnych sankciách, ktoré bolo schválené Výborom ministrov dňa 13. februára 1991 na 452. zasadnutí zástupcov ministrov (ďalej na účely rozsudku len „Odporúčanie č. (91) 77“), podľa ktorého v administratívnom trestaní treba rešpektovať toto Odporúčanie č. (91) 77, v zmysle ktorého pre ukládanie administratívnych sankcií platia analogicky zásady ukládania sankcií trestných s tým, že správny (administratívny) postih protiprávneho správania možno uplatniť len v primeranej lehote.

65. V súvislosti s uvedeným žalobca 2/ zdôraznil neopodstatnenosť námietky žalovaného, že žiaden zo súťažných orgánov s výnimkou Českej republiky nepostupuje pri ukladaní sankcie v administratívnom konaní v súlade s absorpčnou zásadou, pričom poukázal aj na rozhodnutie žalovaného č. 2007/DZ/R/2/102 zo 7. decembra 2007.

66. V závere svojho vyjadrenia žalobca 2/ požiadal, aby odvolací súd napadnutý rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdil a žalobcovi 2/ priznal náhradu trov odvolacieho konania.

67. Žalobca 3/ vo svojom vyjadrení zo 6. mája 2009 odmietol argumenty žalovaného a vyzdvihol prístup krajského súdu, ktorý dôkladne preskúmal obidve napadnuté rozhodnutia ako aj konanie, ktoré im predchádzalo.

68. Následne sa podrobne zaoberal s jednotlivými odvolacími námietkami žalovaného, najmä poukázal, že krajský súd pri argumentácii o absencii špecifikácie skutku veľmi jasne, podrobne a presvedčivo odôvodňuje svoje závery aj s prihliadnutím na ich aplikáciu v rozhodovacej praxi slovenských súdov.

69. Takisto žalobca 3/ odkazy žalovaného na judikatúru Komisie charakterizoval ako vytrhnuté z kontextu, nakoľko žalovaný opomenul uviesť, že v citovaných prípadoch existovalo viacero ďalších dôkazov, ktoré Komisii dokazovali protiprávne konanie podnikateľov.

70. Tiež poukázal na absenciu priameho dôkazu, že k uzavretiu zakázanej kartelovej dohody došlo.

71. Žalobca 4/ vo svojom vyjadrení z 15. mája 2009 poukázal na prvom mieste na absenciu konkretizácie skutku výroku napadnutých rozhodnutí. S poukazom na administratívny spis žalovaného zdôraznil už v správnom konaní vytýkané nejasnosti týkajúce sa konkretizácie skutku. Namietal tiež, že skutok, v ktorom žalovaný vidí naplnenie skutkových znakov správneho deliktu, musí byť vo výroku rozhodnutia opísaný jednoznačne a nezameniteľne. Poukázal na skutočnosť, že pri ukladaní pokút za správny delikt je povinnosťou správneho orgánu vo výroku rozhodnutia presne vymedziť (opísať) skutok, v ktorom sa vidí naplnenie skutkovej podstaty správneho deliktu, uviesť právnu kvalifikáciu správneho deliktu a ustanovenie právneho predpisu, na základe ktorého správny orgán rozhodol. Odvolával sa na existujúcu judikatúru, t.j. napríklad rozsudok najvyššieho súdu sp.zn. 5SŽ/128/95 publikovaný pod R 71/98, ako aj rozsudok najvyššieho súdu sp.zn. 8 Sžo 28/2007, ktorého podstatnú časť následne citoval.

72. Vo vzťahu k námietkam týkajúcich sa aplikácie komunitárneho práva, žalobca 4/ poukázal na zásadu národnej procesnej autonómie uplatňovanú SD EÚ najmä v rozsudkoch sp.zn. C-33/76, Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer für das Saarland, [1976] a sp. zn. C-222/05 až C-225/05, Van den Weerd a spol. [2007] ECR I-4233 v bode 28. Uvedená zásada podlieha zásade efektivity komunitárneho práva, v zmysle ktorej sa vyžaduje, aby národne stanovené procesné pravidlá neznemožňovali alebo neprímerane nesťažovali uplatnenie komunitárneho práva.

73. Navyše žalobca 4/ vo vzťahu ku konaniu pred Komisiou a SD EÚ zdôraznil, že obidva komunitárne orgány uplatňujú svoje vlastné pravidlo dokazovania a štandard dokazovania. V súvislosti s uvedeným najmä poukázal na úvodné ustanovenie čl. 5 Nariadenia č. 1/2003, ktoré doslovne citoval.

74. Na rozdiel od toho slovenské súdy uplatnili svoje vlastné procesné pravidlá dokazovania. Preto nesúhlasí so záverom žalovaného, že zásada efektivity komunitárneho práva vyžaduje, aby národní sudcovia akceptovali špecifický dôkaz špecifickej skutkovej situácie ako nevyvrátiteľný dôkaz porušenia článku 81 ZES.

75. Preto spoľahnutie sa žalovaného na jediný nepriamy dôkaz neumožňuje žalovanému, a to ani s jeho poukazom na rozhodnutie Komisie (ide o veci Dutch Beer, Professional Videotape a Deutsche Telekom), aby podporil svoje tvrdenie, že nemusí vykonávať žiadne podstatné preskúmanie času, miesta a spôsobu konania.

76. Žalobca 4/ nesúhlasil s argumentáciou žalovaného týkajúcou sa odchýlenia od judikatúry SD EÚ, pričom na podporu svojich tvrdení citoval rozsudok SD EÚ a vo veci ANIC nasledovne:

„86. Tam, kde je spor o existenciu porušenia súťažných pravidiel, je rad na Komisiu, aby preukázala porušenie, ktoré zistila, a predložila dôkazy umožňujúce preukázanie v rozsahu nevyhnutných právnych štandardov existencie okolností zakladajúcich porušenie

87. Keď, ako v tomto prípade, porušenie zahŕňa protisúťažné dohody a zosúladené postupy, Komisia musí predovšetkým preukázať, že podnikateľ mal v úmysle prispieť svojím vlastným správaním k spoločnému cieľu sledovanému všetkými účastníkmi, a že si bol vedomý konkrétneho konania, ktoré bolo plánované alebo uskutočňované inými podnikateľmi v snahe dosiahnuť ten istý cieľ, alebo že to mohol dôvodne predpokladať a bol pripravený prevziať s tým spojené riziko.“

77. Tieto skutočnosti však napadnuté rozhodnutie žalovaného podľa žalobcu 4/ neobsahovalo.

78. Ďalej sa žalobca 4/ vyjadril k štandardu dokazovania a požiadavkám na dôkazy a k porušeniu procesných práv na obhajobu, t.j. k zásade dvojínštandardnosti a tiež k aplikácii absorpčnej zásady (č.l. 553).

79. Záverom žalobca 4/ sa stotožnil s napadnutým rozsudkom krajského súdu a navrhol, aby najvyšší súd v predmetnej veci tento rozsudok vo veci samej potvrdil.

80. Žalobca 5/ vo svojom vyjadrení zo 4. mája 2009 poukázal na nezvládnutie dôkaznej povinnosti

žalovaného pri obhajovaní svojho rozhodnutia, nadmieru poškodzujúceho žalobcu 5/. V súvislosti s uvedeným vyslovil svoju domnienku, že nie je na mieste u žalovaného v postavení štátneho orgánu, aby sa dovoľával bezhraničnej aplikácie komunitárneho práva bez ďalšieho rešpektovania práva národného.

81. Pre prípad úspechu si žalobca 5/ uplatnil nárok na náhradu trov odvolacieho konania vo vyčíslenej hodnote.

82. Žalobca 6/ vo svojom vyjadrení z 29. mája 2009 uviedol, že sa nestotožňuje s odvolaním žalovaného a argumentmi uvádzanými v jeho odvolaní, nakoľko tieto sú nesprávne, nepresné a použité spôsobom, ktorý je neprijateľný a ktorý zavádzajúcim spôsobom vykresľuje práva a povinnosti žalobcov.

83. Po zrekapitulovaní názorov krajského súdu, s ktorými sa plne stotožnil, predložil analýzu dotknutých článkov Dohovoru týkajúcich sa v prejednávanej veci. Predovšetkým zdôraznil zásady Dohovoru, a to právo na spravodlivý proces, in dubio pro reo a prezumpciu neviny, ktoré jednoznačne vymedzujú štandardy dokazovania.

84. Tiež sa vyjadril k absorpčnej zásade (analógia), k princípu dvojinštančnosti konania ako aj k predloženým dôkazom. S odkazom na právnu teóriu, žalovaný 6/ zdôraznil že princíp materiálnej pravdy ukladá povinnosť správnomu orgánu úplne a presne identifikovať skutočností a získať dokumenty/ informácie potrebné pre svoje rozhodnutie.

85. Vo vzťahu k uvedenému žalovaný 6/ poukázal na úmyselné opomenutie vyhodnotenia tvrdení žalobcov, že ich dokumenty boli odcudzené, čo je možným vysvetlením podobnosti cenových ponúk.

86. Záverom žalobca 6/ navrhol, aby najvyšší súd zamietol odvolanie žalovaného a potvrdil napadnuté rozhodnutie krajského súdu s tým, že trvá na návrhu a tvrdeniach, ktoré uviedol v žalobe.

87. Zúčastnená osoba Skanska BS, a.s. vo svojom vyjadrení z 29. apríla 2009 sa priklonila k názoru krajského súdu vyslovenom v napadnutom rozsudku.

V.

Konanie na najvyššom súde po zrušení rozsudku nálezom

Ústavného súdu Slovenskej republiky č.k. II. ÚS 893/2014-175 zo 17. júna 2015

88. V predmetnej veci, ktorá bola pôvodne vedená na najvyššom súde pod sp.zn. 1Sžpu 1/2009 v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Igora Belka a členov senátu JUDr. Eleny Berthotyovej PhD. a Ing. JUDr. Miroslava Gavalca PhD., bol 30. decembra 2013 vyhlásený rozsudok, ktorým konajúci súd rozsudok Krajského súdu v Bratislave, č.k. 2S/430/06-393 z 10. decembra 2008 zmenil tak, že žaloby žalobcov 1/ až 6/ zamietol a žalobcom 1/ až 6/ a zúčastnenej osobe náhradu trov konania nepriznal.

89. Žalobca 6/ podal 14. mája 2014 ústavnú sťažnosť na Ústavnom súde Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“), ktorou napadol konečné rozhodnutie. V ústavnej sťažnosti okrem iného namietal, že predmetná vec bola na najvyššom súde nesprávne pridelená na rozhodnutie senátu 1S a došlo k porušeniu práva na zákonného sudcu, teda vo veci bol príslušný rozhodnúť iný senát najvyššieho súdu. Obdobné sťažnosti boli podané tiež žalobcami 2/ až 5/, tieto boli uznesením ústavného súdu spojené a prijaté na ďalšie konanie.

90. Ústavný súd nálezom č.k. II. ÚS 893/2014-175 zo 17. júna 2015 namietaný rozsudok najvyššieho súdu zrušil, pretože dospel k záveru, že postupom najvyššieho súdu v konaní vedenom pod sp. zn. 1Sžpu 1/2009 a jeho rozsudkom z 30. decembra 2013, v dôsledku nezákonne uskutočnenej zmeny v zložení senátu 1S prerokovávajúceho vec sťažovateľov, keď členky senátu JUDr. Zdenka Reisenauerová a JUDr. Alena Poláčková, PhD., boli nahradené sudcami JUDr. Ing. Miroslavom Gavalcom, PhD. a JUDr. Elenou Berthotyovou, boli porušené práva sťažovateľov nebyť odňatý zákonnému sudcovi podľa čl. 48 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky a čl. 38 ods. 1 Listiny základných práv a slobôd a právo na

prejednanie vecí nezávislým a nestranným súdom podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a vec mu vrátil na ďalšie konanie.

91. Na základe rozhodnutia predsedu správneho kolégia JUDr. Jozefa Milučkého z 2. októbra 2015, ktorým dal pokyn vybrať a určiť senát na prejednanie a rozhodnutie predmetnej veci náhodným výberom pomocou technických programových prostriedkov bol vybraný senát 5S v zložení: JUDr. Jarmila Urbancová, predsedníčka senátu, JUDr. Petra Príbelská, PhD., sudkyňa spravodajkyňa a JUDr. Nora Halmová, členka senátu; vec bola zapísaná pod sp.zn. 5Sžh/2/2015. Predsedníčka senátu 22. októbra 2015 a opakovane 19. novembra 2015 vzniesla námietky proti takto určenému senátu s poukazom na citovaný nález Ústavného súdu Slovenskej republiky; argumentovala, že senát 5S v zložení JUDr. Jarmila Urbancová, JUDr. Petra Príbelská PhD., a JUDr. Nora Halmová, nie je zákonným senátom, pretože po zrušení rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp.zn. 1Sžpu 1/2009 z 30. decembra 2013 a vrátení veci najvyššiemu súdu, mal byť spis pridelený na vybavenie senátu, ktorému bol pomocou technických a programových prostriedkov pôvodne pridelený, teda senátu 1S v pôvodnom zložení a to JUDr. Igor Belko, predseda senátu a súčasne sudca spravodajca a členky senátu JUDr. Zdenka Reisenauerová a JUDr. Alena Poláčková, PhD. Predseda správneho kolégia námietke predsedníčky senátu 5S nevyhovel a rozhodnutím zo 14. januára 2016 v zmysle čl. II ods. 10 všeobecnej časti Rozvrhu práce Najvyššieho súdu Slovenskej republiky pre rok 2016 zotrval na svojom pôvodnom rozhodnutí. Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhodnutím sp.zn. 4Ndz 3/2016 z 3. marca 2016, na základ námietky zaujatosti Inžinierskych stavieb a.s., Košice, proti predsedníčke senátu JUDr. Jarmile Urbancovej a členkám senátu JUDr. Petre Príbelskej PhD., a JUDr. Nore Halmovej, vylúčil JUDr. Noru Halmovú z prejednávania a rozhodovania veci vedenej pod sp.zn. 5Sžh/2/2015. Dôvody, pre ktoré mala byť z prejednávania a rozhodovania veci sp.zn. 5Sžh/2/2015 vylúčená predsedníčka senátu 5S JUDr. Jarmila Urbancová a členka senátu 5S JUDr. Petra Príbelská PhD., teda existenciu pochybností o nezáujatosti sudkyň pre pomer k veci, účastníkom konania alebo ich zástupcom, nezistil. V súlade s čl. V ods. 6 Rozvrhu práce Najvyššieho súdu Slovenskej republiky na rok 2016 bola elektronickou podateľňou v súčinnosti s útvarom informačných technológií v súlade s náhodným výberom pomocou technických prostriedkov vybratá na prejednanie a rozhodnutie veci sp.zn. 5Sžh/2/2015 JUDr. Jana Henčeková PhD. ako chýbajúca členka senátu najvyššieho súdu.

VI.

Právne názory odvolacieho súdu

92. Nakoľko odvolacie konanie bolo začaté pred dňom nadobudnutia účinnosti zákona č. 162/2015 Z.z. Správny súdny poriadok, v súlade s ustanovením § 492 ods. 2 Správneho súdneho poriadku postupoval Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „najvyšší súd“) podľa doterajších predpisov (Občiansky súdny poriadok) a ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 OSP) preskúmal napadnutý rozsudok ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, v rozsahu a v medziach odvolania (§ 212 ods. 1 OSP v spojení s § 246c ods. 1 vety prvej OSP) bez nariadenia odvolacieho pojednávania (§ 250ja ods. 2 OSP), keď deň vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne päť dní vopred na úradnej tabuli a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk <. (§ 156 ods. 1 a ods. 3 OSP v spojení s § 246c ods. 1 vety prvej OSP a § 211 ods. 2 OSP) a dospel k záveru, že odvolanie žalovaného je dôvodné.

93. Podľa čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii podľa zásady lojálnej spolupráce sa Únia a členské štáty vzájomne rešpektujú a vzájomne si pomáhajú pri vykonávaní úloh, ktoré vyplývajú zo zmlúv.

94. Členské štáty prijímú všetky opatrenia všeobecnej alebo osobitnej povahy, aby zabezpečili plnenie záväzkov vyplývajúcich zo zmlúv alebo z aktov inštitúcií Únie.

95. Členské štáty pomáhajú Únii pri plnení jej úloh a neprijímú žiadne opatrenie, ktoré by mohlo ohroziť dosiahnutie cieľov Únie.

96. Podľa čl. 7 ods. 2 ústavy, Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takej zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. Právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky. Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2.

97. Podľa čl. 144 ods. 1 ústavy sudcovia sú pri výkone svojej funkcie nezávislí a pri rozhodovaní sú viazaní ústavou, ústavným zákonom, medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 a 5 a zákonom.

98. Predmetom odvolacieho súdneho konania je prieskum vecnej správnosti výroku rozsudku krajského súdu (§ 219 ods. 1 v spojení s § 205 OSP) o zrušení napadnutého rozhodnutia, preto Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací primárne v medziach odvolania (viď § 212 ods. 1 v spojení s § 246c ods. 1 OSP) preskúmal rozsudok krajského súdu i súdne konanie, ktoré mu predchádzalo, pričom v rámci odvolacieho konania preskúmal zákonnosť napadnutého rozhodnutia žalovaného, najmä z toho pohľadu, či sa krajský súd vysporiadal so všetkými zrušujúcimi námietkami žalobcov (§ 250j ods. 2 OSP) ako aj so stanoviskami zvyšných účastníkov, a z takto vymedzeného rozsahu či správne posúdil zákonnosť a správnosť napadnutého rozhodnutia žalovaného.

99. Podľa ustálenej judikatúry (najmä nález Ústavného súdu Slovenskej republiky č.k. II ÚS 127/07-21, alebo rozhodnutia najvyššieho súdu sp.zn. 6Sžo/84/2007, sp.zn. 6Sžo/98/2008, sp.zn. 1Sžo/33/2008, sp.zn. 2Sžo/5/2009, či sp.zn. 8Sžo/547/2009) nie je úlohou súdu pri výkone správneho súdnictva nahradzovať činnosť správnych orgánov, ale len preskúmať zákonnosť ich postupov a rozhodnutí, teda to, či oprávnené a príslušné správne orgány pri riešení konkrétnych otázok vymedzených viacerými žalobami rešpektovali príslušné hmotnoprávne a procesnoprávne predpisy. Preto odvolaciemu súdu neprislúcha ani takto vymedzený rámec prieskumu rozšíriť aj na iné rozhodnutia, hoci s prv menovaným sú tesne zviazané nielen dôsledkami, ale aj účastníkmi.

100. V takto vymedzenom rámci prieskumu sa najvyšší súd nestotožňuje so skutkovými závermi krajského súdu v tom rozsahu, ako si ich osvojil zo zistení uvedených žalovaným správnym orgánom, ktoré tvoria obsah administratívneho spisu.

101. Žalovaný svoje odvolanie oprel o viacero námietok, a to najmä:

- nezameniteľnosť výrokovej časti,
- nedostatočne zistený skutkový stav,
- prekročenie ceny,
- pozbavenie práva na opravný prostriedok,
- pozbavenie práva klásť svedkom otázku, poprípade
- absorpčná, dvojinštančná a iná zásada.

102. Z citovanej judikatúry EŠP vyplýva jasný právny názor, že správny súd nemusí dať detailné odpovede na všetky otázky nastolené účastníkom konania, 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. Preto odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu (prvostupňového), ale aj odvolacieho (ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia), by malo postačovať na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces.

A.

K vyhodnoteniu nepreskúmateľnosti napadnutého rozhodnutia

103. Z výroku napadnutého rozsudku krajského súdu vyplýva, že krajský súd dospel k záveru, že napadnuté rozhodnutie je nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť a pre nedostatok dôvodov, t.j. podľa § 250j ods. 2 písm. c/ a d, ako aj odseku 3 OSP.

104. Rozsah ako aj obsah zrušovacích dôvodov je vymedzený zákonodarcom nasledovne:

105. Podľa § 250j ods. 2 písm. c/ a d/ OSP v znení platnom v čase vyhlásenia napadnutého rozsudku (t. j. 10.12.2008) súd zruší napadnuté rozhodnutie správneho orgánu a podľa okolností aj rozhodnutie správneho orgánu prvého stupňa a vráti vec žalovanému správne mu orgánu na ďalšie konanie, ak po preskúmaní rozhodnutia a postupu správneho orgánu v medziach žaloby dospel k záveru, že:

c) zistenie skutkového stavu je nedostačujúce na posúdenie veci,

d) rozhodnutie je nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť alebo pre nedostatok dôvodov.

106. Podľa § 250j ods. 3 OSP súd zruší napadnuté rozhodnutie správneho orgánu a podľa okolností aj rozhodnutie správneho orgánu prvého stupňa a vráti vec žalovanému správne mu orgánu na ďalšie konanie, ak bolo rozhodnutie vydané na základe neúčinného právneho predpisu, ak rozhodnutie je nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť alebo pre nedostatok dôvodov alebo rozhodnutie je nepreskúmateľné pre neúplnosť spisov správneho orgánu alebo z dôvodu, že spisy neboli predložené. Súd zruší rozhodnutie správneho orgánu a konanie zastaví, ak rozhodnutie vydal orgán, ktorý na to nebol podľa zákona oprávnený. Rozsahom a dôvodmi žaloby v týchto prípadoch nie je súd viazaný.

107. Pokiaľ krajský súd vyslovil nepreskúmateľnosť rozhodnutia a napriek uvedenému sa vyjadril k jednotlivým žalobným námietkam, je potrebné považovať jeho právne úvahy za zmätočné a protirečivé. Ak krajský súd na str. 39 (č.l. 431) odôvodnil nepreskúmateľnosť napadnutého rozhodnutia z titulu jeho nezrozumiteľnosti, potom nie je logicky očakávateľné, aby v úvode časti V. (str. 39/40) vyslovil následne vetu: „Súd sa však zaoberal aj posúdením dôvodnosti tých žalobných námietok, kde tomu nebránila nepreskúmateľnosť samotnej podstaty veci, t.j. zaoberal sa najmä prípustnosťou súbežnej aplikácie vnútroštátneho a komunitárneho práva a procesnými námietkami tak, aby žalovaný správny orgán v ďalšom konaní vedel, ako má postupovať.“ Inak povedané, potom nemohol ďalej preskúmať rozhodnutie, ktoré samotné označil ako preskúmania neschopné.

K rozširovaniu žalobných bodov

108. Žalovaný vo svojom podaní z 19. novembra 2008 poukázal na oneskorené vznesenie námietky o nepreskúmateľnosti, t.j., že žalobcovi na jej vznesenie márne uplynula zákonná lehota stanovená na podanie žaloby, nakoľko ide o žalobné dôvody, ktoré rozširujú dôvody uvedené pôvodne v podanej žalobe.

109. Napriek tomu, že krajský súd uvedenú námietku žalovaného k rozširovaniu žalobných dôvodov po zákonnej lehote konštatoval v odôvodnení na str. 34 rozsudku, tak sa prieskum samotného procesu a podaného odôvodnenia uloženej pokuty u jednotlivých účastníkov nevykonal v medziach hore naznačených žalobných dôvodov, ale pristúpil k prieskumu napadnutého rozhodnutia v intenciách vyhľadávania dôvodov nezákonnosti napadnutého rozhodnutia, uvedeným postupom však krajský súd prekročil svoje oprávnenia a nerešpektoval rozsah súdneho prieskumu, nakoľko súd nemôže preskúmať správne rozhodnutie nad rámec v žalobe vymedzený. Ide o zásadu *iudex ne eat petita partium* (sudca nech nejde nad návrhy strán), ktorá vyplýva z ustanovenia § 249 ods. 2 OSP, a súd musí túto zásadu aplikovať vo všetkých veciach, v ktorých preskúma na základe podanej žaloby zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

110. Výnimku z tejto zásady predstavujú veci, v ktorých súd zistil, že žalobou napadnuté rozhodnutie trpí takými vadami, ku ktorým musí súd prihliadať bez ohľadu na to, či žaloba takýto nedostatok rozhodnutia namietala (§ 250j ods. 3 OSP). Ako už bolo uvedené, úlohou súdu v správnom súdnictve nie je nahrádzať činnosť správnych orgánov, ale len preskúmať zákonnosť rozhodnutí správnych orgánov, teda či kompetentné orgány pri riešení konkrétnych otázok (vymedzených žalobou) rešpektovali príslušné hmotnoprávne a procesné predpisy.

K absencii konkretizácie skutku

111. Krajský súd v závere odôvodnenia vytýkal žalovanému, že „preskúmané správne rozhodnutia neobsahujú takú konkretizáciu údajov obsahujúcich popis skutku uvedením miesta, času a spôsobu spáchania tak, aby tento skutok nemohol byť zamenený s iným, pričom presná špecifikácia skutku nie je uvedená nielen vo výroku rozhodnutí ale ani v ich odôvodnení.“

112. Najmä žalobca 4/ prostredníctvom časti IV. PROCESNÉ POCHYBENIA v svojej žalobe (č.l. 23 v súdnom spise sp.zn. 1S/440/2006) namietal nasledovné argumenty [najvyšší súd doslovne cituje relevantné argumenty žalobcu 4/ zo str. 20 a 21 žaloby z 20. novembra 2006]:

„Pri ukladaní pokút za správny delikt (rovnako ako v prípade trestného činu pri formulácii výroku o vine v trestnom rozsudku) je povinnosťou správneho orgánu vo výroku rozhodnutia presne vymedziť a opísať skutok, v ktorom sa vidí naplnenie skutkovej podstaty správneho deliktu, uviesť právnu kvalifikáciu správneho deliktu a uviesť ustanovenie právneho predpisu, na základe, ktorého správny orgán rozhodol (napríklad rozhodnutia najvyššieho súdu sp.zn. 5SŽ/128/95). Ak je zákonným spôsobom presne, spoľahlivo, úplne preukázané, že sa daný subjekt dopustil zakázaného konania, a že takto vymedzený skutok naplnil skutkové všetky znaky správneho deliktu, môže správny orgán uložiť sankciu.

Je nepochybné, že výrok každého rozhodnutia, v ktorom príslušný orgán rozhoduje o porušení zákonom uloženej povinnosti s oprávnením/ povinnosťou uložiť za protiprávne konanie sankciu, musí obsahovať presný a nezameniteľný popis skutku - konania, ktoré je protiprávne, a ktoré spĺňa formálne skutkové znaky deliktu. Tento princíp je výslovne premietnutý v ust. § 163 ods. 3 zákona č. 301/2005 Z.z. Trestného poriadku ako aj ust. § 77 zákona č. 372/1990 Zb. o priestupkoch. Aj keď neexistuje ucelená právna úprava správnych deliktov v slovenskom práve, je nepochybné, že vzhľadom na povahu a „trestný“ charakter správneho konania o správnom delikte, musia sa spomenuté požiadavky týkajúce sa náležitosti výrokovej časti rozhodnutia aplikovať aj v konaní o správnom delikte podľa Zákona a článku 81 ZES.

Rada sa pri vydaní Rozhodnutia (ani Úrad pri vydaní Prvostupňového rozhodnutia) vyššie uvedeným neriadila. Rada vo výroku Rozhodnutia (okrem výroku o pokute) iba uviedla, že (akési presne nešpecifikované)konanie Žalobcu spočívajúce v koluzívnom správaní, v dôsledku, ktorého Žalobca korigoval svoje správanie v procese súťaže, je dohodou obmedzujúcou súťaž, ktorá je zakázaná. Koluzívne správanie, v dôsledku ktorého dochádza ku koordinácii správania v procese verejnej súťaže je však len právna kvalifikácia správneho deliktu v zmysle § 4 ods. 3 písm. f/ Zákona. Rada teda úplne opomenula uviesť presný a nezameniteľný popis skutku vo výrokovej časti Rozhodnutia, ktorým Žalobca mal naplniť skutkovú podstatu správneho deliktu koluzívneho správania sa (koordinácie) v procese verejnej súťaže, a teda uviesť, ktorý konkrétny skutok Žalobcu bol predmetom rozhodnutia. Z uvedeného dôvodu je Rozhodnutie nepreskúmateľné.

Podľa Rady (str. 68 Rozhodnutia) „Pre určitosť a zrozumiteľnosť výroku nie je potrebné uviesť akým konkrétnym spôsobom ku koordinácii došlo, napr. že sa účastníci stretli a vymenili si informácie.“ Naopak, skutok, v ktorom sa vidí naplnenie skutkových znakov správneho deliktu, musí byť jednoznačne a nezameniteľne vo výroku Rozhodnutia opísaný. Rada v tejto súvislosti tiež podporne odkazuje na výrokové časti rozhodnutí Komisie, čo však nemá v súvislosti s namietaným nedostatkom výroku rozhodnutia relevanciu, keďže, ako Rada uvádza, pokiaľ ide o procesný postup, aj pri aplikácii článku 81 ods. 1 ZES Rada postupovala striktno v súlade so slovenským právnym poriadkom (§ 22 - 40 Zákona v nadväznosti na ustanovenia Správneho poriadku.“

113. Krajský súd poukázal v odôvodnení napadnutého rozsudku na takúto argumentáciu žalobcu 4/, ktorú vyhodnotil ako správnu. Ďalej sa krajský súd stotožnil s námietkou žalobcu 4/, že Rada úradu opomenula uviesť presný a nezameniteľný popis skutku vo výrokovej časti napadnutého rozhodnutia, ktorým žalobcovia mali naplniť skutkovú podstatu správneho deliktu koluzívneho správania sa (koordinácie) v procese verejnej súťaže.

114. Takisto aj žalobca 2/ vo svojom stanovisku k odvolaniu žalovaného (viď bod 38) pri absencii špecifikácie skutku vo výrokovej časti poukázal na konštantnú judikatúru najvyššieho súdu, napríklad rozsudok najvyššieho súdu sp.zn. 2Sžo/106/2007, uverejnený v Zbierke súdnych rozhodnutí a stanovísk

pod č. 57/2008.

115. Najvyšší súd musí v súvislosti s takýmito závermi krajského súdu ako aj s prihliadnutím na argumentáciu žalobcov zdôrazniť, že explicitne vyjadrenú požiadavku na presný opis skutku, a to špecifikáciou miesta, času a spôsobu jeho priebehu, zakotvuje v rámci právnych noriem správneho práva iba zákon č. 372/1990 Zb. o priestupkoch prostredníctvom svojho ustanovenia § 77. Touto špecialitou „expressis verbis“ prelamuje subsidiárne pôsobenie Správneho poriadku.

116. Podľa § 77 zákona o priestupkoch výrok rozhodnutia o priestupku, ktorým je obvinený z priestupku uznaný vinným, musí obsahovať tiež popis skutku s označením miesta a času spáchania priestupku, vyslovenie viny, druh a výšku sankcie, prípadne rozhodnutie o upustení od uloženia sankcie (§ 11 ods. 3), o započítaní času do času zákazu činnosti (§ 14 ods. 2), o uložení ochranného opatrenia (§ 16), o nároku na náhradu škody (§ 70 ods. 2) a o trovách konania (§ 79 ods. 1).

117. Vzhľadom na vyššie uvedené najvyšší súd podotýka, že pre nezameniteľnú konkretizáciu deliktu osoby z neho obvinenej s iným správnym deliktom, ktorých obdobných deliktov má byť veľké množstvo (a práve z tohto titulu hrozí ich možná zameniteľnosť, a následné komplikácie pri aplikácii zásady litispendencie, resp. zásady res iudicata), nie je možné pripustiť absenciu tzv. skutkovej vety vo výrokovej časti rozhodnutia správneho orgánu pri výkone správneho trestania a uvedenie opisu miesta, času a spôsobu konania v odôvodnení rozhodnutia správneho orgánu treba považovať za nepostačujúce.

118. Najvyšší súd dáva do pozornosti, že v kontexte s úpravou právnej teórie, ktorá v rámci verejnoprávnej zodpovednosti za protispoločenské konanie rozoznáva trestné činy, priestupky, iné správne delikty, ďalšej špecifikácii podliehajú správne disciplinárne delikty a správne delikty poriadkové, sa za delikt považuje len také porušenie povinnosti (konanie alebo opomenutie), ktoré konkrétny zákon takto označuje, pričom rozlišovacím kritériom medzi jednotlivými druhmi deliktov podľa závažnosti je miera ich typovej spoločenskej nebezpečnosti vyjadrenej v znakoch skutkovej podstaty, u iných správnych deliktoch a disciplinárnych deliktoch ešte aj okruh subjektov, ktoré sa deliktu môžu dopustiť (výstižne to určuje zákon o priestupkoch). Iné správne delikty sú svojou povahou najbližšie práve priestupkom. V oboch prípadoch ide o súčasť tzv. správneho trestania, o postih správny orgánom za určité nedovolené konanie (či opomenutie). Je potrebné zdôrazniť, že formálne označenie určitého typu protispoločenského konania a tomu zodpovedajúcemu zaradeniu medzi trestné činy, priestupky, iné správne delikty a z toho vyvozené následky v podobe sankcií, vrátane príslušného konania, pritom či už ide o oblasť súdneho alebo správneho trestania, je len vyjadrením odstupňovania potrebnej miery ochrany jednotlivých vzťahov a záujmov. V konaniach zisťovania správneho deliktu, rozhodovania o vine páchatela za spáchanie deliktu a ukladaní sankcie zaň na základe analógie legis teda treba postupovať v súlade so zásadami trestnoprávnej zodpovednosti v zmysle právnej úpravy v zákone č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov alebo Trestného zákona.

119. Podľa čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.

120. Princíp legality (zákonnosti) zakotvený v čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky znamená, že väzanosť štátu právom sa musí uplatňovať jednak v oblasti väzanosť štátu ústavou, ústavnými zákonmi a zákonmi, ako aj v oblastiach ich vykonávania orgánmi štátnej správy, ktoré musia zásadne postupovať len na základe zákonov a v ich medziach.

121. V oblasti administratívneho trestania a ukladania správnych sankcií princíp legality zaväzuje správne orgány, aby dôsledne dodržiavali premisu, že nikto nebude potrestaný inak, ako z dôvodu a spôsobom, ktorý stanovuje platný zákon.

122. Administratívne trestanie má trestnoprávny charakter i podľa judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva. Preto pri absencii procesného predpisu, ktorý by upravoval zásady správneho trestania, treba vychádzať z Ústavy Slovenskej republiky (čl. 50) a analogicky aj z Trestného zákona, pričom v

administratívnom trestaní treba rešpektovať aj Odporúčanie Rady Európy (91) z 13. februára 1991 (relative aux sanctions administratives), podľa ktorého pre ukladanie administratívnych sankcií platia analogicky zásady ukladania sankcií trestných.

123. Pri rozhodovaní o administratívnych sankciách by mali byť rešpektované aj Rezolúcie Rady Európy a Odporúčania Výboru ministrov týkajúce sa rozhodovacej činnosti verejnej správy a ochrany práv jednotlivca a to i napriek tomu, že nie sú súčasťou nášho právneho poriadku; ide predovšetkým o Rezolúciu Výboru ministrov č. (77) 31 o ochrane jednotlivca v súvislosti s rozhodnutiami správnych orgánov, Odporúčanie Výboru ministrov č. (80) 2 o správnej úvahe.

124. V neposlednom rade nemožno opomenúť ani Chartu práv Európskej únie, ktorá má na základe čl. 6 Zmluvy o Európskej únii rovnakú právnu silu ako zakladajúce zmluvy, vo svojom čl. 50 garantuje, že „nikoho nemožno stíhať alebo potrestať v trestnom konaní za trestný čin, za ktorý už bol v rámci Únie oslobodený alebo odsúdený konečným rozsudkom v súlade so zákonom“. Garancia zákazu dvojitého trestu a s ňou spojené uplatňovanie zásady ne bis in idem je tak súčasťou katalógu základných práv a slobôd občanov EÚ. Túto zásadu, ako obecnú zásadu práva Únie, aplikoval SDEÚ vo svojej rozhodovacej činnosti predovšetkým v oblasti súťažného, konkrétne kartelového práva napr. v už citovanom rozhodnutí Aalborg Portland v Európska komisia.

125. Podľa čl. 152 ods. 4 Ústavy SR výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s touto ústavou.

126. Z ustálenej judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (napr. už vyššie spomenuté rozsudky sp.zn. 3Sžp/5/2008 z 23.07.2009, sp.zn. 2Sžo/106/2007 z 13.03.2008, sp.zn. 8Sžo/28/2007 zo 06.03.2008) vyplýva, že v rozhodnutiach o správnych deliktach je nevyhnutné vo výroku presne vymedziť skutok, za ktorý je subjekt postihnutý. Vo výroku rozhodnutia musí byť jednoznačne určené, čoho sa páchatel' správneho deliktu dopustil a v čom spáchaný delikt spočíva. To je možné zaručiť len konkretizáciou údajov obsahujúcich popis skutku s uvedením miesta, času a spôsobu jeho spáchania, aby popísaný skutok nebol zameniteľný s iným .

127. Vychádzajúc z uvedeného na rozdiel od krajského súdu má najvyšší súd odlišný názor na zákonnosť napadnutého rozhodnutia. S dôrazom na text výrokovej časti napadnutého rozhodnutia je potrebné konštatovať, že žalovaný do neho zahrnul opis konania žalobcov, ktorý nesie jednoznačne konkretizačné prvky. Ďalej je potrebné pripomenúť, že ku konkretizácii skutku je potrebné pristupovať prísne individuálne vzhľadom na charakter a povahu protiprávneho konania.

128. Z nasledujúceho textu výrokovej časti rozhodnutia:

„Konanie podnikateľov spočívajúce v kolúziínom správaní, v dôsledku ktorého uvedení podnikatelia koordinovali svoje správanie vo verejnej súťaži vyhlásenej Slovenskou správou ciest na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby „Diaľnica D1 Mengusovce - Jánovce úsek km 0,00 - 8,00" oznámenej vo Vestníku verejného obstarávania dňa 11. mája 2004 ..."

pre najvyšší súd vyplýva záver o nezameniteľnosti konania žalobcov, hoci neobsahuje až tak presné vymedzenie časového úseku. V súvislosti s uvedeným najvyšší súd zdôrazňuje osobitosti konania o ochrane hospodárskej súťaže, ktorých konaní v porovnaní s konaniami o priestupkoch nie je až toľko, že by iba na tomto kvantitatívnom základe vyvstávala hrozba zameniteľnosti konaní s výskytom možných procesných prekážok vo forme litispendencie alebo res iudicata.

129. V súvislosti s vyššie uvedenou argumentáciou žalobcov týkajúcou sa českej judikatúry, najvyšší súd poukazuje na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č.k. 8Afs 56/2007-479 z 30. decembra 2009, v ktorom sa uvádza nasledujúce:

„... hoci je výrok žalovaného formulovaný veľmi stručne, avšak spĺňa požiadavku odlišenia od iného skutku. Stručnosť výroku rozhodnutia v prejednávanej veci neohrozuje meritórnu zákonnosť napadnutého rozhodnutia. Stručnosť tu nepredstavuje vadu s takým stupňom intenzity, ktorý by bol schopný spochybniť zákonnosť rozhodnutia vo veci samej. Vo výroku je špecifikovaná doba skutku, ako aj to, že išlo o konanie vo vzájomnej zhode (nie však o dohodu v užšom slova zmysle), a že toto

konanie sa týkalo predajných cien tu špecifikovaného automobilového benzínu u čerpacích staníc účastníkov správneho konania. Bol preto určený aj obsah ich konania."

130. Ďalej pre krajský súd po vykonaní prieskumu napadnutého rozhodnutia ako ďalší zrušovaci dôvod podľa § 250j ods. 2 písm. c/ OSP vytýkal nedostatočne zistený skutkový stav potrebný na riadne posúdenie veci. Na jednej strane síce krajský súd konštatoval (na str. 50 rozsudku bod 4.), že „4. Je nepochybné, že z analýzy jednotkových cien v predložených ponukách účastníkov predmetnej verejnej súťaže vyplýva, že tieto vykazujú neštandardnú zhodu alebo mimoriadnu podobnosť indexov jednotkových cien pri všetkých cenových položkách. Tento dôkaz je síce nepriamy, ale pomerne relevantný a žalobca 1/ by sa mal snažiť vysvetliť túto zhodu inak, ako ju vysvetľuje žalovaný (pozri. napr. rozsudok ESD Aalborg Portland v Európska komisia, ods. 132).", avšak na druhej strane krajský súd konštatuje celkom iný názor (na str. 50 rozsudku bod 6.), t.j. „Za daného skutkového stavu nemožno prisvedčiť názoru žalovaného, že všetci účastníci konania - žalobcovia 1/ až 6/ svojim konaním v rozpore so zákonom umožnili, aby sa víťazom súťaže stal uchádzač - „Konzorcium JVIS - Skanska"."

131. Ďalej krajský súd na str. 41 napadnutého rozsudku vo vzťahu k preukázaniu základných znakov zakázaných kartelových dohôd uvádza, že:

„Záver žalovaného, že v danom prípade išlo o dohodu obmedzujúcu súťaž vo forme dohody podnikateľov je podľa odôvodnenia napadnutého rozhodnutia (str. 26) daný samotným charakterom konania účastníkov dohody obmedzujúcej súťaže. Uvádza, že „predmetom tejto dohody boli ponukové ceny v konkrétnom tendry na výstavbu diaľnice. Dohoda týkajúca sa cenových ponúk v danom tendry je preukázaná primárne prostredníctvom ekonomickej analýzy - porovnaním jednotkových cien jednotlivých cenových ponúk. Toto porovnanie pritom vykazuje vysokú mieru konštantnosti jednotlivých ponúk, pričom takáto zhoda musí byť výsledkom predchádzajúcej dohody, nie je možné k nej dospieť len zosúladením postupu jednotlivých podnikateľov na základe ich vedomostí o správaní sa konkurentov na trhu (čo sú typické znaky zosúladeného postupu)".

Ani z uvedeného podľa názoru súdu presne nevyplýva, čo malo byť obsahom údajnej dohody, ako a kedy mala táto vzniknúť. Absentuje tiež odôvodnenie otázky zhodného prejavu vôle žalobcov konať na trhu určitým spôsobom, keďže dohody v užšom zmysle majú najčastejšie podobu zmlúv alebo ich konkrétnych dojednaní, ktoré sú právne vynútiteľné a ktorých obsahom býva presne popísaný a zrozumiteľný prejav vôle v budúcnosti sa určitým, vopred stanoveným spôsobom správať. Ako už súd uviedol, táto forma zakázaných kartelových dohôd vyžaduje konsenzus medzi zúčastnenými, ktorý však musí byť náležitým a preukázateľným spôsobom prejavovaný. Konkrétne úvahy žalovaného však v tomto smere napadnuté rozhodnutie neobsahuje."

132. S prihliadnutím na hore citovanú negatívnu argumentáciu krajského súdu najvyšší súd na prvom mieste zdôrazňuje, že sa stotožňuje tak s názormi žalobcov ako aj žalovaného, že pre prejednávajúcu vec je nutné vykladať predmetné porušenie zákona naplňujúce skutkovú podstatu iného správneho deliktu vo svetle ustálenej judikatúry vrátane rozhodnutí SD EÚ.

133. Najmä prostredníctvom viackrát spomenutého rozhodnutia SD EÚ vo veci Aalborg Portland AS v. Commission, SD EÚ konštatoval, že v prípadoch, v ktorých sa preukazuje účasť podnikateľa na implementácii jedinej dohody porušujúcej súťažné normy, je potrebné preukázať, že podnikateľ:

- prispel vlastným konaním k spoločnému cieľu, o dosiahnutie ktorého sa usilovali všetci účastníci;
- mal vedomosť o plánovaných alebo uskutočnených konaniach za účelom dosiahnutia takého cieľa, alebo že mohol takýto cieľ rozumne predpokladať;
- a bol pripravený znášať jej riziko.

134. Obdobný záver o dozornom (dohliadajúcom) charaktere konania žalovaného, ktoré je zahajované z úradnej povinnosti a ktorého podstatou je sledovanie správania určitého okruhu subjektov a porovnávanie tohto správania s požiadavkami zákona, vyplýva aj z 5. recitálu preambule Nariadenia č. 1/2003, podľa ktorého:

(5) Na účinné presadzovanie súťažných pravidiel spoločenstva a súčasné rešpektovanie základných práv obhajoby by toto nariadenie malo upravovať dôkazné bremeno podľa článkov 81 a 82 Zmluvy. Strana

alebo orgán, ktoré vnesú námietku z hľadiska porušovania článku 81 ods. 1 a 82 Zmluvy, by mali preukázať jeho existenciu podľa vyžadovanej právnej normy. Podniky alebo združenia podnikov, ktoré by sa chceli odvolávať voči zisteniu porušovania, by mali preukázať podľa príslušnej právnej normy, že sú splnené podmienky obhajoby. Toto nariadenie nemá vplyv ani na vnútroštátne predpisy o miere dokazovania, ani na povinnosti orgánov hospodárskej súťaže a súdov členských štátov súvisiacich so zisťovaním príslušných faktov týkajúcich sa prípadu za predpokladu, že takéto predpisy a povinnosti sú kompatibilné so základnými zásadami práva spoločenstva.

135. Nie je preto možné od účastníkov správneho konania spravodlivo požadovať, aby žalovanému preukázali, že sa protisúťažného konania nedopustili; navyše takáto požiadavka by bola v rozpore s elementárnymi zásadami logiky. Avšak ani takýto záver nezavaruje žalobcov povinnosti, aby žalovanému objasnili motívy svojho správania.

136. Na základe hore uvedených právnych skutočností sa najvyšší súd nestotožnil s názorom žalobcov, ktorý si osvojil krajský súd, že zo strany správnych orgánov došlo k porušeniu § 3 ods. 4, § 32 ods. 1 a § 46 Správneho poriadku, nakoľko podľa krajského súdu rozhodnutia správnych orgánov nevychádzajú zo spoľahlivo zisteného stavu veci.

137. V súvislosti s uvedeným musí najvyšší súd k hore prezentovanému právnemu názoru ešte doplniť záver, že aj v prejednávanej veci je skutkový stav svojim rozsahom ako aj obsahom výslednou mozaikou zloženou z jednotlivých skutočností zistených konajúcim správnym orgánom. Pri ochrane hospodárskej súťaže sa potom logicky najmä zisťujú, resp. preverujú skutočnosti preukazujúce naplnenie hypotézy ustanovenia § 4 zákona č. 136/2001 Z.z..

138. Najmä z hľadiska vnútroštátneho slovenského práva potom išlo o aplikáciu ustanovenia § 4 ods. 3 písm. a/ a f/ zákona č. 136/2001 Z.z..

139. Podľa § 4 ods. 4 písm. a/ a f/ zákona č. 136/2001 Z.z. v citovanom znení zakázaná je najmä dohoda obmedzujúca súťaž, ktorá obsahuje
a) priame alebo nepriame určenie cien tovaru alebo iných obchodných podmienok,
f) znaky koluzívneho správania, v ktorého dôsledku podnikatelia koordinujú svoje správanie, najmä v procese verejného obstarávania.

140. Skutková podstata vyššie citovaného správneho deliktu vychádza predovšetkým z koluzívneho správania podnikateľov, t.j. konania, ktoré je možno predovšetkým charakterizovať ako utajené. Uvedený charakter tejto skutkovej podstaty sťažuje, ba priam znemožňuje využitie „klasických“ dôkazných prostriedkov, ktoré sú nosičmi priamych dôkazov, a naopak núti dozorný orgán uchýľovať sa k nepriamym dôkazom.

141. Potom nepriame dôkazy, t.j. indicie a ich i dôkazná sila predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa.

142. Obdobne aj z pohľadu komunitárneho práva boli vymedzené kritéria, na ktorom podklade je možné vyvodiť predpoklad existencie protisúťažného cieľa. Tými sú :

- obsah konania vo vzájomnej zhode; vid' najmä rozsudky zo dňa 30. júna 1966, LTM (56/65, str. 337, 359); zo dňa 8. novembra 1983, IAZ International Belgium a spol. v. Komisia (sp. zn. C-96/82 až 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 a 110/82, marg. č. 25) a zo dňa 20. novembra 2008, Beef Industry Development Society a Barry Brothers (ďalej aj „BIDS“, sp.zn. C-209/07, Zb. rozh. str. I-8637, marg. č. 16), a

- účel konania vo vzájomnej zhode; vid' najmä hore citovaný rozsudok LTM (str. 359); rozsudky zo dňa 1. februára 1978, Miller v. Komisia (C-19/77, str. 131, marg. č. 7); zo dňa 28. marca 1984, CRAM a Rheinzink v. Komisia (C-29/83 a 30/83, str. 1679, marg. č. 26); zo dňa 06. apríla 2006, General Motors v. Komisia (C-551/03, Zb. rozh. str. I-3173, marg. č. 66), a hore citovaný rozsudok vo veci účastníka BIDS,

- s tou výhradou, že subjektívne úmysly dotknutých podnikov sú pri najlepšom určitým návodom, avšak nie sú rozhodujúce; vid' už citované rozsudky IAZ International Belgium a spol. v. Komisia (marg. č. 25) a General Motors v. Komisia (marg. č. 77 a 78); v obdobnom zmysle aj rozsudok BIDS (marg. č. 21).

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

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

145. Je nepochybné, že z analýzy porovnania jednotkových cien všetkých 880 položiek (napríklad vo forme tabuľky č. 1 na str. 14 a č. 3 na str. 16 rozhodnutia Úradu) predmetnej verejnej súťaže predložených prostredníctvom ponúk jej účastníkov vyplýva, že tieto vykazujú neštandardnú zhodu alebo mimoriadnu podobnosť indexov jednotkových cien pri mnohých cenových položkách (vid' vyššie naznačená teória nepriamych dôkazov a metóda dôkazu sporom).

146. Najvyšší súd akceptuje argumentáciu žalobcov potiaľ, že tento dôkaz je nepriamy, ale na druhej strane s odkazom na judikatúru SD EÚ zdôrazňuje, že aj tak ide o relevantný dôkaz v konaní, a preto žalobcovia boli zaťažení bremenom, aby v rámci svojho procesného práva na obranu hodnoverne vysvetlili túto cenovú zhodu inak, ako ju vysvetľuje žalovaný (opätovne najvyšší súd odkazuje napríklad na skôr citovaný rozsudok SD EÚ vo veci účastníkov Aalborg Portland v Európska komisia, marg.č. 132). Navyše sa k tomuto nepriamemu dôkazu pridružil celý rad ďalších nepriamych dôkazov, a to najmä stanovisko NDS, závery vyplývajúce z posudku pána Ing. J. V. a porovnanie s inými súťažami v danom sektore.

147. Z administratívneho spisu pre najvyšší súd vyplýva, že žalobcovia vzniesli argumentáciu na spochybnenie záverov žalovaného vyplývajúcich z podobnosti jednotkových cien. Najmä namietali rovnaký software od obstarávateľa, účasť identických podzhotoviteľov (subdodávateľov), zaokrúhľovaním iba na 2 desatinné miesta, použitie odporúčaných štandardných cenníkov, neexistenciu komunikačnej platformy či svoju pozíciu silných podnikateľských subjektov.

148. Žalovaný v napadnutom rozhodnutí (najmä str. 34 až 58) veľmi podrobným a jasným spôsobom hore uvedené námietky žalobcov spochybnil. V závere svojej argumentácie na námietku nedostatočne zisteného skutkového stavu žalovaný konštatoval [najvyšší súd cituje zo str. 59 relevantnú časť odôvodnenia žalovaného pre prejednanú vec]:

„Rozhodujúcim dôkazom je zhoda cenových ponúk (indexov jednotkových cien jednotlivých položiek) jednotlivých uchádzačov v predmetnej verejnej súťaži, ktorá je výrazná, neštandardná a ktorú nie je možné objektívne zdôvodniť. Táto skutočnosť bola dostatočne preukázaná viacerými nezávislými zdrojmi - stanovisko obstarávateľa, stanovisko experta, ekonomická analýza cenových ponúk v obdobných verejných súťažiach a ich porovnanie s predmetnou verejnou súťažou.

Účastníci konania pritom nepredložili žiadne uspokojivé a objektívne vysvetlenie takejto zhody.

....

Takisto bolo viacerými podkladmi preukázané, že účastníci mali dlhodobo vytvorený nielen dostatočný priestor na komunikáciu, ale v rozhodnom období ohľadom cenových ponúk do predmetnej verejnej súťaže aj komunikovali, pričom výmena informácií o cenách medzi konkurentmi je podľa súťažného práva neprípustná a zakázaná.

Pretože firmy majú dávať svoje nezávislé ponuky na základe svojich individuálnych prepočtov a zámerov v danom tendri, bez toho, aby si vymenili informácie a bez toho, aby koordinovali svoj postup pri príprave ponúk do tendra nie je možné dospieť k takej konštantnosti indexov. Neexistuje iné,

objektívne vysvetlenie takej zhody indexov pri porovnaní jednotkových cien."

149. Takisto s prihliadnutím na činnosť úniových orgánov je neprehliadnuteľné, že kolúzia vo verejnom obstarávaní a dohoda o cenách patria medzi cieľové dohody, ktoré predstavujú obmedzenie súťaže už svojou povahou, a preto nie je nevyhnutné skúmať ich dopady a škodlivé následky.

150. Napríklad zo stanoviska generálnej advokátky SD EÚ vo veci sp.zn. C-8/08 účastníkov T-Mobile Netherlands a i. (z 19. februára 2009) vyplýva nasledujúci právny názor:

„46. To by viedlo tak ďaleko, že by konštatovanie protisúťažného cieľa záviselo od skutočného preukázania existencie alebo neexistencie konkrétnych protisúťažných účinkov v prejednávanej veci, bez ohľadu na skutočnosť, či sa tieto účinky týkajú súťažiteľov, spotrebiteľov alebo verejnosti. Aby došlo k zákazu podľa čl. 81 ods. 1 ES však postačí, aby konanie vo vzájomnej zhode mohlo - na základe existujúcich skúseností - mať negatívne účinky na hospodársku súťaž (34). Inými slovami, konkrétne konanie vo vzájomnej zhode - t.j. s prihliadnutím k jeho právnym a hospodárskym súvislostiam - musí byť spôsobilé (35) na vylúčenie, obmedzenie alebo narušenie hospodárskej súťaže na spoločnom trhu. Či a v akom rozsahu k takému protisúťažnému účinku reálne došlo, má význam iba pre stanovenie výšky prípadnej sankcie a pre uplatnenie nárokov na náhradu škody.

47. Tým sa však zákaz „porušenia hospodárskej súťaže na základe cieľa konania“ vyplývajúci z čl. 81 ods. 1 ZES podobá ohrozovaniu, resp. poruchovým deliktom (Gefährdungsdelikte) známym z trestného práva, kedy osoba, ktorá pod vplyvom alkoholu alebo omamných látok vedie vozidlo, sa vo väčšine právnych poriadkov vystavuje trestným alebo administratívnym sankciám, a to bez ohľadu na to, či v prevádzke na pozemných komunikáciách niekoho skutočne ohrozila alebo či spôsobila dopravnú nehodu. V rovnakom zmysle porušujú podniky európske súťažné právo a môžu byť potrestané pokutou, pokiaľ na trhu konajú vo vzájomnej zhode s protisúťažným cieľom; pritom nie je podstatné, či v konkrétnom prípade bola konkrétnym súťažiteľom alebo verejnosti spôsobená skutočná škoda.

48. Rozsudok Súdu prvého stupňa vo veci GlaxoSmithKline Services v. Komisia (36), z ktorého účastník KPN vychádza, k inému záveru nevedie."

151. V prvostupňovom konaní uvedenú neobvyklú podobnosť jednotkových cien potvrdila aj NDS, ktorá prostredníctvom svojho listu č. 216/2005 (viď administratívny spis č. 3/13) uviedla:

„Paralelne sa začalo cenové porovnanie predložených ponúk, menovite databáz jednotkových cien stavebných prác. Výsledok porovnania bol neobvyklý. V minulosti sa takýto výsledok porovnania jednotkových cien vo verejnej súťaži v našej organizácii nevyskytol ... Nakoľko súťaž bola zrušená, nepokračovala ďalej ani analýza cenových ponúk. Z tohto dôvodu neboli z našej strany požiadani jednotliví uchádzači (vedúci jednotlivých združení) o vysvetlenie ponukových cien na zhotovenie stavby, čo inak bežne robíme."

152. V uvedenej súvislosti najvyšší súd nemôže akceptovať námietky žalobcov, že v danom prípade išlo o náhodnú zhodu, ale naopak sa jednalo o mimoriadnu zhodu v tom zmysle, ako argumentoval Úrad a neskôr žalovaný, t.j. bola výsledkom koordinovaného správania účastníkov predmetnej verejnej súťaže.

153. Ďalšiu argumentáciu žalobcov, že v takýchto súťažiach sa vždy predkladajú obdobné ceny (napríklad žalobca 3/ v správnom konaní argumentoval, že musel povinne použiť softvér obstarávateľa, ktorý už obsahuje priemerné trhové jednotkové ceny jednotlivých položiek), je pre najvyšší súd vnútorne protirečivá.

154. Uvedenú argumentáciu nemožno akceptovať, nakoľko jej pripustením by všetci účastníci nielen tejto, ale aj v iných verejných súťažiach museli predkladať rovnaké (resp. takmer totožné) ceny, a potom by zhodnosť jednotkových cien v cenových ponukách vopred vylučovala uplatnenie cenového kritéria. Navyše na potvrdenie takejto argumentácie žalobcov by doterajšie verejné súťaže mali skončiť s rovnakými cenovými ponukami, čo však, ako vyplynulo žalovanému z porovnania vybraných verejných súťaží za obdobie rokov 2004 až 2006 s účasťou žalobcov (najmä str. 32 napadnutého rozhodnutia žalovaného), sa nestalo.

155. Obdobné závery vyplývajú aj z listu NDS zo 4. mája 2005 (príloha č. 25 v administratívnom spise 1/3), podľa ktorého:

„Samotný software používaný Národnou diaľničnou spoločnosťou a. s. (resp. predtým SSC) v zadávacích podkladoch pre účastníkov súťaže nemohol a nemôže v žiadnom prípade ovplyvniť ponuky jednotlivých účastníkov súťaže, a to z nasledujúcich dôvodov:

... Uchádzač vstupuje do systému len cez Databázu položiek vo vyfarbenom poli, kde vypisuje jednotkové ceny príslušných položiek. Ostatný výpočet je spracovávaný automaticky (prenos jednotkových cien do jednotlivých objektov a totálu). Prenásobením vznikajú ceny objektov bez DPH a s DPH pričom je pevne zadefinovala sadzba DPH 19 %.

... Tento systém - software používame na celom diaľničnom programe od roku 1996 bez akýchkoľvek problémov a bol použitý cca na 60 stavbách. Software -špecifikácia ceny spracováva projektant ako súčasť tendrovej dokumentácie na predmetnú stavbu. Pred distribúciou tento program prechádza kontrolou u obstarávateľa, čo predstavuje jednoduchú rutinnú záležitosť."

156. Uvedený list NDS najvyšší súd na rozdiel od právneho názoru krajského súdu pripustil v zmysle § 32 ods. 2 Správneho poriadku, na ktorého subsidiárne použitie na konanie žalovaného odkazuje ustanovenie § 37 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z., za podmienky, že ho osobitosti konania o ochrane hospodárskej súťaže nevyklúčujú. Z tejto právnej konštrukcie je potrebné vyvodiť, že proces zisťovania skutkového stavu prostredníctvom dokazovania je však ponechaný na úprave Správneho poriadku.

157. Podľa § 32 ods. 2 Správneho poriadku v spojení s § 37 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. podkladom pre rozhodnutie sú najmä podania, návrhy a vyjadrenia účastníkov konania, dôkazy, čestné vyhlásenia, ako aj skutočnosti všeobecne známe alebo známe správne orgánu z jeho úradnej činnosti. Rozsah a spôsob zisťovania podkladov pre rozhodnutie určuje správny orgán.

158. Podľa § 34 ods. 1 Správneho poriadku v spojení s § 37 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. na dokazovanie možno použiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť a objasniť skutočný stav veci a ktoré sú v súlade s právnymi predpismi.

159. V konaní pred správnym orgánom sa za účelom rozhodnutia sa zhromažďujú podklady rozhodnutia v nevyhnutne potrebnom rozsahu. Medzi podklady rozhodnutia zaradil zákonodarca aj dôkazy, pričom dôkazom môže byť aj materiálne zachytená informácia, ktorá má vypovedaciu hodnotu, t.j., že je pre konanie relevantným podkladom. Je nepochybné, že uvedený list NDS túto definíciu bezo zvyšku spĺňa, nakoľko ide o stanovisko oprávneného subjektu, ktoré obsahuje skutočnosti významné pre rozhodnutie. Oprávnenosť subjektu Slovenská správa ciest na vydanie hodnotiaceho stanoviska obstarávateľa verejnej súťaže týkajúcej sa zabezpečovania realizácie zákazky - výstavby líniovej stavby, vyplýva aj z účelu a predmetu činnosti tohto subjektu ako samostatnej rozpočtovej organizácie zriadenej Ministerstvom dopravy pôšt a telekomunikácií Slovenskej republiky (ďalej len „MDPT“), ktorý vykonáva pre diaľnice, cesty pre motorové vozidlá (rýchlostné cesty), cesty I., II. a III. triedy (ďalej len „cestné komunikácie“ alebo „cestná sieť“):

- dopravné plánovanie,
- ústrednú technickú evidenciu,
- centrálnu databanku,
- technický rozvoj, vrátane súvisiacej koncepcnej, koordinačnej a metodickej činnosti,
- správu ciest I. triedy a súvisiacich pozemkov vo vlastníctve Slovenskej republiky vrátane investorskej činnosti pre cesty I. triedy.

160. Obdobne aj NDS je v zmysle zákona č. 639/2004 Z.z. o Národnej diaľničnej spoločnosti a o zmene a doplnení zákona č. 135/1961 Zb. o pozemných komunikáciách (cestný zákon) v znení neskorších predpisov (v znení zákona č. 747/2004 Z.z.) poverená aj prípravou výstavby ciest. Potom je nepochybné, že hore citovaný list NDS, ako odborné stanovisko oprávneného orgánu, je nutné vyhodnotiť ako dôkazný prostriedok (dôkaz), ktorý obsahuje relevantné skutočnosti pre rozhodnutie v prejednávanej veci.

161. Podľa § 8 ods. 6 Cestného zákona Národná Diaľničná spoločnosť vykonáva na základe dohody s

ministerstvom a podľa jeho požiadaviek činnosti súvisiace s obstaraním koncesionára podľa osobitného predpisu, s prípravou výstavby koncesných ciest a činnosti súvisiace s plnením záväzkov štátu vyplývajúcich z koncesných zmlúv uzavretých medzi štátom a koncesionárom.

162. Čo sa týka procesného postavenia pani Ing. M. B. (ako aj iných svedkov), u ktorej krajský súd zaujal názor o nutnosti zopakovania jej výsluchu s tým, že je nutné umožniť účastníkom klásť jej otázky, najvyšší súd zaujal odlišný názor.

163. Pre najvyšší súd z odôvodnenia napadnutého rozhodnutia žalovaného (str. 28, resp. str. 29) vyplýva, že pani Ing. M. B. bola v rámci doplnenia dokazovania oslovená z titulu, že je vedúcou cenového odboru NDS a bola členkou súťažnej komisie v predmetnej verejnej súťaži. V súvislosti s uvedeným jej bola položená otázka, aké sú obvyklé pri porovnávaní jednotkových cien jednotlivých uchádzačov výsledky, či sú si indexy týchto cien podobné. Pre najvyšší súd z takto sformulovanej otázky jednoznačne vyplýva, že išlo o získanie nie svedeckej výpovede, ale o získanie ďalšej informácie a podkladov nevyhnutných na činnosť úradu postupom podľa § 22 zákona č. 136/2001 Z.z., a to vo forme odborného stanoviska zamestnankyne NDS založeného na syntéze doterajších poznatkov vyplývajúcich pre dopytovanú osobu z jej praxe. Z uvedeného dôvodu námietku o možnej nestrannosti, resp. nezaujatosti pani Ing. M. B. najvyšší súd vyhodnotil ako nedôvodnú.

164. V zmysle § 22 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z.z. v citovaného znení Úrad je oprávnený vyžadovať od fyzických osôb a právnických osôb informácie a podklady o podnikateľovi, ako aj ďalšie informácie a podklady nevyhnutné na činnosť úradu podľa tohto zákona. Tieto subjekty sú povinné takéto informácie a podklady úradu bezplatne poskytnúť, ak to nie je v rozpore s osobitným predpisom.

165. Tiež 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. V zmysle podporného ustanovenia § 34 ods. 4 Správneho poriadku je iba správny orgán oprávnený určiť rozsah a spôsob dohľadania, pripustenia a vykonávania dôkazov, hoci je účastník správneho konania zaťažený na základe zásady aktívnej súčinnosti (§ 4 ods. 1 v spojení s § 34 ods. 3 Správneho poriadku) napomáhať správne orgánu v procese dokazovania.

166. 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.

167. Podľa § 34 ods. 4 Správneho poriadku v spojení s § 37 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. vykonávanie dôkazov patrí správne orgánu.

168. V už spomínanom rozsudku vo sp.zn. C-08/2008 SDEÚ uviedol, že „Zosúladený postup má protisúťažný cieľ v zmysle článku 81 ods. 1 ZES, pokiaľ z dôvodu jeho obsahu a účelu, ako aj vzhľadom na právny a hospodársky kontext, v ktorom sa nachádza, je tento postup konkrétne spôsobilý vylučovať, obmedzovať alebo skresľovať hospodársku súťaž v rámci spoločného trhu. Nie je nevyhnutné, aby bola hospodárska súťaž skutočne vylúčená, obmedzená alebo skreslená, ani aby existovala priama súvislosť medzi týmto zosúladeným postupom a spotrebiteľskými cenami.“

169. Potom domnienka o preukázaní protisúťažného cieľa bude naplnená, ak je konanie vo vzájomnej zhode spôsobilé vylúčiť, obmedziť alebo narušiť hospodársku súťaž na vnútornom, resp. zo širšieho kontextu aj na spoločnom trhu. Táto skutočnosť totiž ukazuje, že konanie vo vzájomnej zhode môže vytvoriť - minimálne nepriamo - negatívny dopad na spotrebiteľa.

171. Ako nepriamy dôkaz môže byť za určitých okolností použité aj faktické správanie súťažiteľov na trhu, pokiaľ indikuje koordinovanosť a pokiaľ sa nedá vysvetliť inak ako priamy dôsledok

predchádzajúcej komunikácie na danú tému.

172. So zisťovaním skutkového stavu v prejednávanej veci súvisí aj otázka činnosti znalca Ing. J. V. (znalec v odbore stavebníctvo, odvetvie: pozemné stavby, oceňovanie nehnuteľností, oceňovanie stavebných prác), ktorý vyhotovil 10. júna 2005 (viď príloha č. 46 administratívneho spisu 1/3) znalecký posudok č. 45/2005 vo veci posúdenia ponúk troch nezávislých účastníkov verejnej súťaže vyhlásenej Slovenskou správou ciest na uskutočnenie dodávok stavebných prác na realizáciu stavby Diaľnica DI Mengušovce - Jánovce, km 0,00 - 8,00.

173. Túto činnosť krajský súd (najmä procesné pochybenia žalovaného a spochybnenie odbornej spôsobilosti znalca) s prihliadnutím na potvrdzujúcu argumentáciu žalovaného označil ako nesúladnú so zákonom. Ďalej krajský súd zdôraznil, že s poukazom na námietky viacerých žalobcov bude vhodné, aby žalovaný v ďalšom konaní ustanovil riadnym spôsobom znalca, a to na zodpovedanie aj tých otázok, ktoré vyvstali v súdnom konaní predložením znaleckých posudkov zo strany žalobcu 2/ a 3/.

174. Najvyšší súd s uvedenou argumentáciou krajského súdu nesúhlasí. V zmysle § 2 zákona č. 382/2004 Z.z. o znalcoch, tlmočnikoch a prekladateľoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej tiež na účely rozsudku „zákon č. 382/2004 Z.z.“) znalcom nie je osoba ustanovená príslušným orgánom do konaní, ale osoba splnomocnená štátom na vykonávanie činnosti podľa uvedeného zákona, pokiaľ je zapísaná v príslušnom zozname znalcov. Už samotný zápis takejto osoby do zoznamu ju oprávňuje na vykonávanie znaleckej činnosti v rozsahu a formou uvedenom v § 16 zákona č. 382/2004 Z.z..

175. Na druhej strane povinnosťou zadávateľa je vytvoriť znalcomi všetky nevyhnutné podmienky pre výkon znaleckej činnosti; v prípade štátnych orgánov sa tým rozumie aj jeho ustanovenie do konania právne aplikačným aktom. V prípade pochybností o ustanovení znalca do konania nie je možné tieto pochybnosti vykladať na ťarchu vykonávanej znaleckej činnosti.

176. Podľa § 16 ods. 1 zákona č. 382/2004 Z.z. znalecká činnosť je špecializovaná odborná činnosť vykonávaná za podmienok ustanovených v tomto zákone znalcami pre zadávateľa. Úkonmi znaleckej činnosti sú najmä znalecký posudok a jeho doplnok, odborné stanovisko alebo potvrdenie a odborné vyjadrenie a vysvetlenie.

177. Pokiaľ žalobcovia spochybnili znalecký posudok predložený znalcom pánom Ing. J. V. z titulu, že ustanovenie znalca neprebiehala zákonom ustanoveným postupom, táto námietka nemá oporu v zákone.

178. V zmysle § 17 zákona č. 382/2004 Z.z. je znalecký posudok, ako jeden z možných výsledkov znaleckej činnosti, listinným podkladom v striktno vyhotovenej forme. Nedostatok niektorého z výslovne uvedených znakov znaleckého posudku má za následok stratu dôveryhodnosti tohto listinného podkladu iba v tom prípade, pokiaľ zákonodarca jeho predloženie v tejto forme výslovne požaduje. V opačnom prípade je potrebné na listinu predloženú znalcom nazerať ako na iný výsledok znaleckej činnosti vo forme spomenutej vo vyššie citovanom § 16 ods. 1 zákona č. 382/2004 Z.z..

179. Ďalej žalobcovia namietali nekompetentnosť znalca na vyhotovenie posudku v príslušnom odbore. Najvyšší súd má z administratívneho spisu preukázané, že úkon znaleckej činnosti pán Ing. J. V. vykonal ako znalec v odbore stavebníctvo, odvetvie: pozemné stavby, oceňovanie nehnuteľností, oceňovanie stavebných prác. Navyše pán Ing. J. V. bol žalovaným označený ako riaditeľ Ústavu súdneho znalcstva Stavebnej fakulty STU v Bratislave, čo prirodzene podporuje názor žalovaného že menovaný si je vedomý rozsahu stavebných činností, na ktoré bol kompetentný vykonať úkon znaleckej činnosti.

180. Podľa § 12 ods. 2 písm. b/ zákona č. 382/2004 Z.z. znalec, tlmočník alebo prekladateľ zapísaný v zozname je oprávnený odmietnuť vykonanie úkonu, len ak nie je zapísaný v odbore alebo v odvetví, v ktorom je potrebné úkon vykonať.

181. Preto správne žalovaný dospel k názoru (viď str. 31 napadnutého rozhodnutia žalovaného), že závery Ing. J. V. vyslovené v jeho posudku sú použiteľné ako podklad rozhodnutia žalovaného. Z tohto pohľadu je najvýznamnejší záver znalca, že k podobnosti cenových ponúk muselo dôjsť na základe umelého zásahu do cenotvorby.

182. Navyše závery znalca jednoznačne podporujú argumentáciu žalovaného, že podobnosť cenových ponúk je možné odôvodniť iba v tom prípade, ak sa na ich vypracovanie použijú rovnaké cenové databázy a oslovia sa identickí podzhotoviteľia. Logickým dôsledkom týchto úvah však je a priori vylúčenie výskytu opísanej situácie vo výberovom konaní v oblasti stavebníctva (viď veľké množstvo odlišných podzhotoviteľov s odlišnými technologickými postupmi a lokálne, či tovarové odlišnosti cenových databáz výrobcov stavebných výrobkov a poskytovateľov služieb v stavebníctve bežne používaných v uvedenom sektore), čo už najvyšší súd vyššie zdôraznil.

B.

Ďalšie žalobné námietky

Komunikačná platforma - skutková podstata

183. Najmä žalobca 3/ odmietal tvrdenia, že by existovala, t.j., že ani nebola preukázaná komunikačná platforma medzi účastníkmi konania a už len táto samotná okolnosť významne spochybňuje účasť žalobcu 3/ na údajnej dohode. Platí, že znakmi skutkovej podstaty dohody obmedzujúcej súťaž vo forme dohody (v užšom zmysle) sú

- súhlasný prejav vôle podnikateľov,

- cieľom alebo následkom súhlasného prejavu vôle je alebo môže byť obmedzenie súťaže.

184. Podľa názoru najvyššieho súdu žalovaný v odvolacom správnom konaní doplnil dokazovanie a zistil, že podnikatelia ohľadom cien v predmetnej súťaži komunikovali. Uvedené vyvodil z viacerých skutočností. V rámci inšpekcie vykonanej v priestoroch podnikateľa Doprastav, a.s., v dňoch 23. a 24. mája 2006 bola vyhotovená kópia knihy došlej pošty z roku 2004 (Registratúrny denník došlých záznamov organizačného úseku, spis II. stupeň, spis.č. 36/3), v ktorej sa nachádzal záznam, podľa ktorého 17. júna 2004, t.j. v čase prípravy ponuky do predmetného tendra, bol podnikateľovi Doprastav, a.s. doručený písomný podklad (fax) od odosielateľa Inžinierske stavby, a.s. (v registratúrnom denníku ako IS Košice), pod jednacím číslom 03/200-652/2004 s nasledovným obsahom: „D1 Mengušovce - Jánovce, žiadosť o p. cenu“.

185. Žalovaný počas dokazovania zistil, že predmetný doklad bol s najväčšou pravdepodobnosťou zničený, a preto nebol ani predložený úradu. Napriek tomu aj zo stručného obsahu uvedeného v registratúrnom denníku jednoznačne vyplynulo, že obsahom bola informácia o cene v rámci predmetnej verejnej súťaže, a to napriek tomu, že výmena akýchkoľvek informácií o cenách medzi konkurentmi vo verejných súťažiach je podľa súťažného práva nepripustná a predstavuje dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

186. V súvislosti s hore uvedeným musí najvyšší súd poukázať na to, že žalobca 6/ vo vyjadrení k výzve pred vydaním rozhodnutia k predmetnému faxu uviedol, že „... tento druh komunikácie medzi potenciálnymi dodávateľmi prác je na trhu veľmi bežný a prirodzený a patrí ku komplikovanej taktike spojenej s organizáciou stavebných tímov a s organizáciou stavebnej práce ako takej. Je veľmi pravdepodobné, že horeuvedená faxová správa je práve týmto druhom komunikácie - uvedená správa však celkom iste nie je komunikáciou, na základe ktorej by strany koordinovali svoje ponuky vo Verejnej súťaži...“

187. Žalobca 2/ sa k uvedenému vyjadril tak, že vo fáze pred vytvorením konzorcií na verejné súťaže je bežné, že účastníci rokujú o vzájomnej možnej spolupráci, najmä v prípadoch, keď ide o rozsiahle zákazky, ktorých realizácia jednou firmou je ťažko zvládnuteľná. Podľa podnikateľa je preto

pravdepodobné, že fax predstavoval komunikáciu tohto druhu.

188. Žalobca 1/ zase uviedol, že je výrobcom prefabrikátov, ložísk, mostných záverov a pod., čo predurčuje ostatných účastníkov k tomu, aby od neho žiadali ponuky cien týchto materiálov.

189. Najvyšší súd sa stotožnil so záverom žalovaného v tom, že vzhľadom ku skutočnosti, že predmetný fax sa týkal výstavby diaľnice D1 Mengusovce - Jánovce a bol zaslaný v rozhodnom, posudzovanom období, nemohlo ísť o komunikáciu týkajúcu sa cien, medzi potenciálnymi dodávateľmi. Žalobcovia 6/ a 1/ boli v súvislosti so zákazkou na výstavbu diaľnice v pozícii konkurentov, ktorí nemali dôvod akýmkoľvek spôsobom diskutovať o cenách.

190. Žalovaný súhlasil s tvrdením, že uvedený spôsob komunikácie je obvyklý pri verejných súťažiach veľkého rozsahu. Zároveň však správne poukázal na vyjadrenie člena konzorcia JV IS-Skanska (podnikateľ Skanska DS, a.s.) v liste z 22. marca 2006, spis II. stupeň, spis. č. 3), podľa ktorého [najvyšší súd cituje relevantnú časť]: „Pred podpísaním zmluvy o spoločnom podniku Skanska DS a Skanska BS na jednej strane a IS na strane druhej pripravili samostatné od seba nezávislé ponuky na základe skutočnosti, že v prípade, ak by nedošlo k vytvoreniu spoločného podniku pre Súťaž, podali by záväzné ponuky v Súťaži každý samostatne: Následkom toho, Skanska DS a Skanska BS na jednej strane a IS na strane druhej pripravili úplne nezávislé kompletne samostatné ponuky pred podpísaním zmluvy o spoločnom podniku“.

191. Na uvedenom základe žalovaný správne konštatoval, že príprava samostatnej a nezávislej ponuky do verejnej súťaže a žiadosť konkurenčného uchádzača (t.j. Doprastav, a.s. ako žalobca 1/) o „p. cenu“, keď žalobca 6/ zamýšľal ísť do predmetnej verejnej súťaže samostatne, sa vylučujú, a preto v tomto prípade podľa žalovaného nešlo o komunikáciu smerujúcu k hľadaniu vhodných partnerov na spoluprácu, ale o výmenu informácií o cenách medzi konkurujúcimi si podnikateľmi.

192. Zo sumarizácie uvedených skutočností následne vyplýva, že účastníci konania mali vytvorený dostatočný priestor na výmenu informácií o cenách a niektorí z nich ho aj, ako bolo preukázané, reálne využili.

193. Ďalej je nutné zdôrazniť, že k námietkam žalobcu 3/ žalovaný uviedol, že dokumenty, ktoré boli v rámci doplnenia dokazovania získané, nepredstavujú kompletne podklady, z ktorých možno zistiť akúkoľvek komunikáciu, ktorá v rozhodnom období medzi účastníkmi konania prebiehala, keďže tieto podklady nemali slúžiť ako rozhodujúci dôkaz, úmyslom doplnenia dokazovania bolo reagovať na námietky účastníkov konania a zistiť, či účastníci mali vytvorený priestor na to, aby dohodu obmedzujúcu súťaž uzavreli.

194. Podľa žalovaného teda predmetné dokumenty nevyklúčili, že žalobca 3/ v uvedenom tendri s ostatnými účastníkmi konania komunikoval. Jeho účasť na dohode bola dostatočne preukázaná mimoriadnou a neštandardnou zhodou jeho cenovej ponuky s cenovými ponukami ostatných uchádzačov. Takúto zhodu nemožno vysvetliť inak ako existenciou predchádzajúcej dohody medzi účastníkmi konania.

195. Aj podľa odvolacieho súdu individuálna účasť žalobcu 3/ na dohode obmedzujúcej hospodársku súťaž bola v súvislosti s ostatnými dôkazmi preukázaná samotným predložením ponuky vykazujúcej zhodu indexov jednotkových cien s cenovými ponukami ostatných účastníkov súťaže, ku ktorej nemohli dospieť bez koordinácie. V zmysle ustálenej judikatúry, je súd povinný, s výhradou dôkazu opaku, ktorý zaťažuje dotknuté podniky, uplatňovať domnienku príčinnej súvislosti, podľa ktorej tieto podniky, pokiaľ sú naďalej aktívne na trhu, zohľadňujú informácie vymenené so svojimi konkurentmi.

196. Žalovaný podľa názoru odvolacieho súdu správne poukázal na skutočnosť, že európske súťažné právo pripúšťa preukázanie protiprávneho konania vo forme dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž aj na základe ekonomických dôkazov.

197. V rozhodnutí SD EÚ vo veci WOOD PULP (Spojené veci 89, 104, 114, 116, 117 a 125 - 129/85), bolo konštatované, že paralelné správanie nemôže byť považované za dôkaz o konzultáciách medzi podnikateľmi s výnimkou, že konzultácie predstavujú jediné dôveryhodné vysvetlenie pre takéto paralelné správanie. Hoci rozhodnutie Komisie síce bolo SD EÚ zrušené, najvyšší súd musí zdôrazniť ten aspekt zrušovacieho dôvodu, že SD EÚ dospel k záveru, že v danom prípade zosúladenie, resp. kolúzia strán nebola jediným dôveryhodným vysvetlením pre paralelné správanie sa dotknutých podnikateľov, ale toto mohlo byť vysvetlené viac podmienkami na danom trhu.

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

199. Ďalej krajský súd v rozsudku uložil žalovanému, že vo vzťahu k žalobcovi 3/ sa bude musieť zaoberať aj možným vysvetlením žalobcu 3/ k podobnosti cenových indexov, keď tento už v správnom konaní tvrdil, že nebolo vylúčené, že tretie strany získali prístup k jeho podkladom. K tejto námietke odvolací súd považuje za potrebné uviesť, že uvedenú námietku v správnom konaní použil len žalobca 4/. Žalobca 3/ ju vzniesol až v súdnom konaní. Žalovaný k námietke žalobcu 3/, že dokumenty mohli byť odcudzené, uviedol, že Úrad nemá právomoc preskúmať prípadnú krádež dokumentov, a ak mal žalobca dôvodnú pochybnosť o odcudzení dokumentov, mal to ohlásiť orgánom činným v trestnom konaní.

200. Pokiaľ nebolo preukázané, že došlo ku krádeži dokumentov či k úniku informácií, ani to žalobca 3/ a podnikateľ Skanska DS, a. s. neoznámili príslušným orgánom, nemôže Úrad sám konštatovať krádež dokumentov.

201. Najvyšší súd nemohol na rozdiel od krajského súdu posúdiť námietku žalobcu 3/ o možnom odcudzení podkladov za dôvodnú. Samotné vyhlásenie účastníka konania o možnom odcudzení písomností, bez jediného náznaku objektívnych skutočností, ktoré by poukazovali alebo aspoň naznačovali pravdivosť takéhoto tvrdenia, navyše učené až v súdnom konaní, nemôže byť dôvodom pre zbavenie sa zodpovednosti.

202. Žalovaný sa v správnom konaní uvedenou námietkou nemohol nijako bližšie zaoberať, nakoľko prípadná krádež nepatrí do jeho právomoci. Bolo a stále je na účastníkovi konania, aby urobil prípadné kroky a krádež či únik informácií ohlásil na to príslušným orgánom. Vzhľadom na uvedenú situáciu považoval najvyšší súd námietku žalobcu 3/ za účelovú a vznesenú len s úmyslom zbaviť sa zodpovednosti.

203. Žalovaný taktiež správne poznamenal, že pokiaľ by bola skutočnosť odcudzenia ponuky skutočne pravdivá, stále by to neznamenal a nevysvetľovalo zhodu indexov pri vykonaní podielov jednotkových cien všetkých troch účastníkov tendra.

204. K neexistencii komunikačnej platformy vo vzťahu k žalobcovi 3/ pristupuje podľa krajského súdu ešte aj skutočnosť, že jeho cenová ponuka bola v obidvoch súťažiach najvyššia a tento by teda nezvíťazil ani v jednej zo súťaží a preto označil dôkaznú situáciu, ktorá by nasvedčovala jeho účasti na kartelovej dohode, za nepresvedčivú a pochybnú.

205. Najvyšší súd v tomto bode zdôrazňuje, že žalobca 3/ sa predmetnej súťaže zúčastnil a podal

súťažnú ponuku, ktorá vykazovala neštandardnú zhodu indexov jednotkových cien s ponukami ostatných uchádzačov a k postupu pri príprave ceny sa vyjadril nasledovne: „... rozhodlo sa, že sa nebude vykonávať detailnejší popis trhu, podporený štúdiou o cenovej ponuke materiálov, ale pripraví sa rozsiahlejšia a zbežná kalkulácia založená na skúsenostiach spoločnosti z medzinárodných trhov, najmä v strednej Európe a na základe komerčných informácií získaných zo slovenského trhu ...”.

206. Nie je bez povšimnutia pre najvyšší súd, že žalovaný toto vyjadrenie spochybnil, keď konštatoval, že skúsenosti uchádzača na zahraničných trhoch, ktorý pred účasťou v predmetnej verejnej súťaži nepôsobil na slovenskom trhu a všeobecne dostupné komerčné informácie použité pri tvorbe ceny nemohli zabezpečiť takú zhodu indexov jednotkových cien, ako v predmetnej verejnej súťaži. Žalobca 3/ pritom neposkytol žiadne objektívne zdôvodnenie pre zistenú zhodu indexov.

207. Treba zdôrazniť, že podstatou protisúťažného dojednania a protisúťažným efektom je skutočnosť, že účastníci konania svojim konaním v rozpore so zákonom umožnili, aby sa víťazom predmetnej verejnej súťaže stal uchádzač, ktorý by v konkurenčnom prostredí a pri férovej súťaži v danej súťaži nemusel uspieť. A tieto skutočnosti boli žalovaným podľa názoru najvyššieho súdu dostatočne preukázané.

Porušenie zákona č. 171/1993 Z.z. o Policajnom zbore

208. Najvyšší súd sa stotožňuje so záverom krajského súdu, že nedošlo k porušeniu zákona č. 171/1993 Z.z. o Policajnom zbore v súvislosti s vykonanou inšpekciou. Podľa názoru súdu mali zamestnanci Úradu riadne poverenia na vykonanie inšpekcie a námietky žalobcu týkajúce sa nesprávneho uvedenia právneho predpisu sú nedôvodné.

209. Na účinné a efektívne plnenie úloh žalovaného boli v zmysle Nariadenia č. 1/2003 upravené právomoci Úradu vykonávať inšpekcie. Inšpekcie v priestoroch spoločnosti žalobcu 1/ a spoločnosti žalobcu 6/ vykonané 23. a 24. mája 2006 boli v súlade so zákonom. S poukazom na § 22 ods. 9 zákona č. 136/2001 Z.z. je jasné, že nedošlo ani k porušeniu zákona o policajnom zbore, ako to namietal žalobca 1/ a vykonanie inšpekcie bolo v súlade so zákonom.

210. Podľa § 22 ods. 2 zákona č. 136/2001 Z.z. v hore citovanom znení v súvislosti s plnením úloh podľa tohto zákona a podľa osobitného predpisu majú zamestnanci Úradu, ako aj tí, ktorí boli poverení plnením úloh patriacich do pôsobnosti Úradu (ďalej len „zamestnanci úradu“), právo vyžadovať od podnikateľov, ako aj od vedúcich zamestnancov podnikateľa, štatutárnych orgánov podnikateľa alebo od členov štatutárnych orgánov podnikateľa, od kontrolných orgánov podnikateľa alebo od členov kontrolných orgánov podnikateľa, alebo od iných zamestnancov podnikateľa (ďalej len „zamestnanci podnikateľa“) informácie a podklady, ktoré sú nevyhnutné na činnosť Úradu, najmä účtovné a obchodné podklady alebo právne dokumenty bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané, a vyhotovovať z nich kópie a výpisy alebo vyžadovať ich úradne overené preklady do slovenského jazyka. Majú právo vyžadovať aj ústne alebo písomné vysvetlenie a vyhotovovať si zvukový záznam z ústne podaného vysvetlenia. Na zabezpečenie získania týchto podkladov majú zamestnanci Úradu právo zapečatiť tieto podklady a dokumenty alebo zapečatiť objekty a priestory, v ktorých sa vykonáva inšpekcia podľa odseku 3 na určitý čas a v rozsahu nevyhnutnom na vykonanie prešetrovania úradom, odňať tieto podklady a dokumenty na nevyhnutný čas s cieľom vyhotoviť kópie alebo získať prístup k informáciám, ak úrad nemôže počas výkonu inšpekcie podľa odseku 3 alebo 4 najmä z technických dôvodov získať prístup k informáciám alebo vyhotoviť kópie podkladov. O tom urobí úrad záznam do zápisnice.

211. Podľa § 22 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z.z. v hore citovanom znení pri plnení úloh podľa tohto zákona majú zamestnanci úradu na základe písomného poverenia predsedu úradu právo vstupovať do všetkých objektov, priestorov alebo dopravných prostriedkov podnikateľa, ktoré súvisia s činnosťou alebo s konaním podnikateľa podľa § 3 ods. 2 s cieľom vykonať inšpekciu.

212. Pri výkone inšpekcie sú zamestnanci Úradu oprávnení vyžadovať akékoľvek informácie a

podklady, ktoré sú nevyhnutné na činnosť Úradu. Členovia inšpekčného tímu si na začiatku inšpekcie vyžiadali konkrétne dokumenty, z ktorých by mohli byť získané najmä nepriame dôkazy ako aj informácie napomáhajúce ďalšiemu priebehu inšpekcie a následne vykonali inšpekciu niektorých vybraných priestorov. Zákon umožňuje získať informácie bez ohľadu na nosič, na ktorom sú zaznamenané, a teda aj z osobných počítačov.

213. Pokiaľ žalobca 1/ tvrdil porušenie ustanovení § 3 ods. 4, § 46 a § 47 ods. 3 Správneho poriadku ako aj ustanovenia zákona č. 136/2001 Z.z. a zákona č. 171/1993 Z.z. o policajnom zbore pri protiprávnej inšpekcii Úradu, ktoré malo spočívať v tom, že v povereniach na vykonanie inšpekcie bol nesprávne použitý odkaz na právny predpis, ktorý bol v tom čase zrušený, pričom zo samotného odôvodnenia potrebnosti inšpekcie vyznieva, že Úrad nemal dostatok nepochybných dôkazov pre svoje rozhodnutie a jeho odôvodnenie, čím bola porušená zásada materiálnej pravdy, keďže inšpekcia bola nariadená až po vydaní prvostupňového rozhodnutia, a to až vtedy, keď bola vec postúpená odvolaciemu orgánu, a tiež v tom, že o udelení poverení mala rozhodovať Rada úradu; porušenie zákona o policajnom zbore žalobca 1/ videl v tom, že neboli splnené zákonné podmienky pre prítomnosť policajtov pri inšpekcii, nakoľko po požiadaní o predloženie podkladov a informácií a podanie ústnych vysvetlení bolo zamestnancom žalobcu vyhovené.

214. Najvyšší súd tieto námietky nevyhodnotil ako dôvodné a poukazuje na to, že v povereniach na vykonanie inšpekcie bol uvedený správny názov právneho predpisu tak, ako bol prijatý Národnou radou Slovenskej republiky a Úrad ho nemohol svojvoľne zmeniť. Inšpekcia sa vykonáva na základe poverenia predsedu Úradu, čo ustanovuje zákon. Na účinné a efektívne plnenie úloh Rady úradu, aj v zmysle Nariadenia č. 1/2003, boli novelou zákona upravené právomoci Úradu vykonávať inšpekcie pre efektívnejšiu realizáciu tohto inštitútu s cieľom pomôcť pri odhaľovaní najmä ťažkých tajných kartelových dohôd, ktoré významným spôsobom narúšajú a ohrozujú hospodársku súťaž.

215. Najvyšší súd sa stotožnil so záverom krajského súdu v tom, že v súvislosti s vykonanou inšpekciou nedošlo k porušeniu zákona č. 171/1993 Z.z.. V zmysle § 22 ods. 9 zákona č. 136/2001 Z.z. je útvár policajného zboru povinný poskytnúť zamestnancom Úradu na žiadosť Úradu ochranu a súčinnosť pri plnení úloh podľa tohto zákona alebo na žiadosť Úradu aj zamestnancom iných orgánov hospodárskej súťaže zodpovedných za uplatňovanie ustanovení osobitného predpisu, ak sa zúčastnia inšpekcie podľa odseku 3 alebo 4, alebo zamestnancom Komisie a ňou povereným osobám, ktoré plnia úlohy podľa osobitného predpisu.

216. Príslušníci Policajného zboru boli Úradom požiadaní o súčinnosť, pričom príslušníci Policajného zboru pri inšpekcii boli len prítomní a nevykonávali žiadnu činnosť. V prítomnosti policajtov počas inšpekcie nevidel ani najvyšší súd žiadne porušenie zákona vzhľadom na vyššie uvedené zákonné ustanovenie. Pokiaľ žalobca 1/ tvrdil, že prítomnosťou príslušníkov Policajného zboru mohlo byť poškodené jeho dobré meno, nemožno túto námietku vyhodnotiť ako dôvodnú. Inšpekcia bola vykonaná v súlade so zákonom a nemožno vidieť porušenie zákona, či možné porušenie dobrého mena podnikateľa len v prítomnosti policajtov pri inšpekcii, pokiaľ zákon ich prítomnosť, ba dokonca možnú asistenciu nevytlúčil, resp. ju predpokladá.

Aplikácia čl. 81 ZES

217. Spochybňovanie aplikácie článku 81 ZES žalobcami vyhodnotil najvyšší súd ako nedôvodné, čo správne konštatoval krajský súd.

218. Žalovaný aplikáciu č. 81 ZES odôvodnil tým, že pokiaľ išlo o verejnú súťaž, ktorá nebola uzavretá len pre stavebné firmy so sídlom v Slovenskej republike, ale mohli sa jej zúčastniť aj zahraničné subjekty, bolo toto rozhodujúce pre určenie, že konanie účastníkov v takejto verejnej súťaži môže mať dopad na obchod medzi členskými štátmi.

219. Žalovaný v súvislosti s uvedeným poukázal na usmernenie Komisie publikovaného v Úradnom

vestníku Európskej Únie z 27. apríla 2004 č. 2004/C 101/07 (Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty), v zmysle ktorého sú tie dohody obmedzujúce súťaž, ktoré sa klasifikujú ako ťažké kartely (t.j. najmä cenové dohody, rozdelenie trhu, kolúzia vo verejnom obstaraní), spôsobilé ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi už svojou povahou.

220. To znamená, že aj charakter protisúťažného konania v tomto prípade indikoval, že spadá do rámca čl. 81 ZES. Nebolo pritom podstatné, či zahŕňajú viacero členských štátov alebo len teritórium jedného členského štátu. Skutočnosť, že pre možnosť ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi je postačujúce, ak ide len o teritórium jedného štátu, bola potvrdená súdnou praxou vo viacerých rozhodnutiach.

221. Pre zistenie možnosti ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi bol významným aj fakt, že účastníkmi dohody obmedzujúcej súťaž boli prevažne významné a silné spoločnosti, ktoré sa pravidelne zúčastňovali obdobných verejných súťaží, a že v nich šlo o spoločnosti, ktoré v sektore stavebníctva patria medzi najsilnejšie spoločnosti, čo je zrejmé a zistiteľné z ich postavenia na popredných miestach v rebríčkoch stavebných firiem. Samotný charakter verejnej súťaže, ktorej sa mohli zúčastniť aj uchádzači zo zahraničia a tiež povaha posudzovaného protisúťažného správania (kolúzia vo verejnom obstaraní cenovou dohodou), ktorého sa zúčastnili významné a silné spoločnosti, vytvorila priestor pre možnosť ovplyvnenia obchodu medzi členskými štátmi.

222. Žalovaný nesúhlasil s námietkami žalobcov o tom, že súťaž je otvorená neobmedzenému počtu záujemcov, ktorým nemohli zabrániť v podaní lepšej ponuky a tak nemohlo dôjsť k obmedzeniu obchodu medzi členskými štátmi. Ani odvolací súd takýto argument nepovažoval za relevantný. Ako správne poznamenal žalovaný - akceptovaním tohto tvrdenia by v prípade verejného obstarávania realizovaného formou obdobnej verejnej súťaže nikdy nemohlo dôjsť k naplneniu kritéria na aplikáciu čl. 81 ZES, k ovplyvneniu obchodu medzi členskými štátmi.

223. V súvislosti s uvedeným najvyšší súd nemohol opomenúť tú skutočnosť, že vzťah medzi čl. 81 ZES a vnútroštátnym právom hospodárskej súťaže upravuje čl. 3 Nariadenia č. 1/2003 nasledujúcim spôsobom:

„(1) Ak orgány pre hospodársku súťaž členských štátov alebo vnútroštátne súdy použijú vnútroštátne právne predpisy o hospodárskej súťaži na dohody, rozhodnutia združení podnikov alebo konania vo vzájomnej zhode v zmysle čl. 81 ods. 1 Zmluvy, ktoré by mohli ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi v zmysle uvedeného ustanovenia, použijú tiež čl. 81 Zmluvy na takéto dohody, rozhodnutia alebo konania vo vzájomnej zhode.

(2) Použitie vnútroštátnych právnych predpisov o hospodárskej súťaži nesmie viesť k zákazu dohôd, rozhodnutí združení podnikov alebo konaní vo vzájomnej zhode, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi, ale ktoré neobmedzujú hospodársku súťaž v zmysle čl. 81 ods. 1 Zmluvy

224. Podľa najvyššieho súdu preto žalovaný správne skúmal údajné protisúťažné konanie účastníkov aj z hľadiska, či uvedené konanie mohlo mať vplyv (hoci aj potenciálny a nepriamy) na obchod medzi členskými štátmi a v tomto smere sa s jeho názorom v celom rozsahu stotožňuje.

Vylúčenie spoločnosti Skanska BS, a.s.

225. Námietka žalobcu 1/ ohľadne vylúčenia spoločnosti Skanska BS, a.s. bola podľa názoru odvolacieho súdu - zhodne so záverom krajského súdu - nedôvodná. V tejto súvislosti najvyšší súd v celom rozsahu poukazuje na správnosť odôvodnenia záveru Rady žalovaného uvedeného na str. 19 a 20 napadnutého rozhodnutia.

226. Žalovaný konštatoval, že spoločnosť Skanska BS, a.s. je dcérskou spoločnosťou podnikateľa Skanska DS, a.s., ktorý je 100% akcionárom tejto spoločnosti. Podľa Stanov podnikateľa Skanska BS, a.s., prijatých rozhodnutím jediného akcionára 24. marca 2005 (doručených ako príloha k listu Úradu č. 1917/2006) uplatňuje Skanska DS, a.s. svoj vplyv na činnosť dcérskej spoločnosti prostredníctvom hlasovacieho práva na valnom zhromaždení (ktoré zároveň má oprávnenie kedykoľvek zvoliť a

jednoduchým spôsobom tu prijímať akékoľvek rozhodnutia týkajúce sa záležitostí tejto spoločnosti).

227. Skanska DS, a.s. ovplyvňuje činnosť svojej dcérskej spoločnosti aj prostredníctvom personálneho prepojenia. Viacerí členovia predstavenstva Skanska BS, a.s., sú zároveň členmi predstavenstva materskej spoločnosti Skanska DS, a.s.. Podobne funguje personálne prepojenie aj v rámci členov dozornej rady podnikateľa Skanska BS, a.s. a členov rozhodovacích a kontrolných orgánov jej materskej spoločnosti.

228. V rozhodnom období spoločnosť Skanska DS, a.s. de facto vykonávala v zmysle vtedy platných Stanov spoločnosti Skanska BS, a.s. výlučnú kontrolu nad spoločnosťou Skanska BS, a.s. (v tom čase Banské stavby, a.s.), keďže vlastnila 99,6% jej akcií (zvyšní 2 minoritní akcionári len 8 akcií), pričom valné zhromaždenie rozhodovalo o všetkých záležitostiach tejto spoločnosti 2/3 väčšinou hlasov akcionárov. Tento stav pretrvával až do 11. januára 2005, kedy sa stala Skanska DS, a.s. 100% akcionárom Skanska BS, a.s..

229. Taktiež už v rozhodnom období viacerí členovia riadiacich a kontrolných orgánov Skanska BS, a.s. boli zároveň členmi riadiacich a kontrolných orgánov Skanska DS, a. s. V prospech uvedeného svedčila aj diktia Zmluvy o spoločnom podniku, založenom na účely posudzovanej verejnej súťaže, medzi podnikateľmi Inžinierske stavby, a.s. a Skanska DS, a.s. a jej dcérskou spoločnosťou Skanska BS, a.s. (v tom čase Banské stavby, a.s.). Táto zmluva o spoločnom podniku bola podpísaná až 25. júna 2004, pričom Skanska BS, a.s. predložila ocenenie tých prác, ktoré mala v prípade výhry v súťaži vykonať, svojej materskej spoločnosti už 18. júna 2004 (ako doložila aj v prílohe 3 k listu Rade úradu č. 1917/2006).

230. Podľa ich vysvetlenia mala pôvodne Skanska BS, a. s. pôsobiť v danej verejnej súťaži ako subdodávateľ, avšak vzhľadom na potrebu naplniť súťažné kritérium maximálne 40%-tného podielu subdodávok, (a zároveň minimalizovať podiel subdodávok, za účelom získania maximálneho počtu bodov za kritérium komplexnosť dodávky - podiel vlastných prác) bolo nevyhnutné, aby sa formálne stala členom spoločného podniku.

231. Uvedené doložil podnikateľ Skanska BS, a.s. aj stanoviskom Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s. (v tom čase Slovenská správa ciest), ktorá na žiadosť Skanska DS, a.s. odpovedala, že dodávky dcérskej spoločnosti nemožno považovať za dodávky vlastné, tiež skúsenosti dcérskej spoločnosti nebude môcť hodnotiť ako skúsenosti uchádzača (nakoľko ide o iný právny subjekt), iba ak by bola dcérska spoločnosť členom združenia.

232. Najvyšší súd sa stotožňuje so závermi správneho orgánu, ktorý poukázal na § 25 ods. 3 písm. a/ zákona č. 136/2001 Z.z. a správne uviedol, že dcérska spoločnosť Skanska BS, a.s. nerozhodovala vzhľadom na svoje postavenie vo vzťahu k podnikateľovi Skanska DS, a.s. o otázkach týkajúcich sa predmetnej súťaže autonómne, ale vzťahu rozhodovania a kontroly tu na základe vzťahu materská (Skanska DS, a.s.) verzus dcérska spoločnosť (Skanska BS, a.s.) vykonával iný člen združenia, a teda sa táto spoločnosť nemohla stať samostatne a nezávisle od vôle materskej spoločnosti účastníkom údajnej dohody.

233. Preto konanie vedené proti spoločnosti Skanska BS, a.s. žalovaný zastavil v súlade so zákonom.
Cena určená štátnou expertízou

234. Námitky týkajúce sa údajného prekročenia ceny určenej štátnou expertízou o 40% sú podľa najvyššieho súdu v prejednávanej veci irelevantné.

235. Krajský súd v odôvodnení svojho rozsudku uviedol, že prekročenie ceny určenej štátnou expertízou konštatovala NDS, ktorá z tohto dôvodu predmetnú verejnú súťaž aj zrušila. Toto, podľa názoru krajského súdu pochybné konštatovanie NDS, si osvojila aj Rada úradu bez toho, aby v tejto súvislosti vykonala akékoľvek dokazovanie s poukazom na rozsiahle námietky žalobcov, ktorí zhodne tvrdili, že k

prekročeniu ceny určenej štátnou expertízou nedošlo.

236. Rada úradu uviedla, že prekročenie ceny určenej štátnou expertízou v predmetnej verejnej súťaži považuje za dôsledok a negatívny efekt dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž, nie ako dôkaz samotného protiprávneho správania. Prekročenie ceny určenej štátnou expertízou podľa názoru Rady úradu svedčí o škodlivosti protizákonnej koordinácie účastníkov konania.

237. NDS prekročenie ceny určenej štátnou expertízou konštatovala, a preto predmetnú verejnú súťaž aj zrušila. Napokon aj krajský súd konštatoval, že: „Treba tiež uviesť, že Úrad pri analýze správne vychádzal z podkladov poskytnutých NDS, nakoľko len tento subjekt bol obstarávateľom predmetnej verejnej súťaže a len on mohol správnym orgánom tieto podklady poskytnúť“.

238. Žalovaný sám netvrdil, že prekročenie úrovne ceny určenej štátnou expertízou predstavuje dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž. Tvrdil len, že je to argument nasvedčujúci škodlivosti protizákonnej koordinácie účastníkov konania, ktorej dôsledkom vo verejných súťažiach (dôsledkom cenových dohôd vo všeobecnosti) je rast cien.

239. Podstatnou bola skutočnosť, že v dôsledku prekročenia cien bola verejná súťaž zrušená, nebolo preto potrebné presne stanoviť, o akú sumu bola cena určená štátnou expertízou prekročená. Skutočnosť, že ponuková cena prekročila cenu určenú štátnou expertízou, nebola v konaní považovaná za dôkaz o uzavretí dohody obmedzujúcej súťaž. Ide tu však o argument svedčiaci o škodlivom dosahu kolúzie na verejné financie.

240. V prípade, ak by správny orgán chcel toto údajné a nepreukázané prekročenie ceny považovať za dôsledok a negatívny efekt dohody - škodlivosť protizákonnej koordinácie účastníkov, mal v tomto smere vykonať dokazovanie, napr. ustanovením znalca, čo aj niektorí žalobcovia navrhovali.

Nezverejnenie v Úradnom vestníku EÚ

241. Krajský súd v rozsudku konštatoval dôvodnosť námietky, že oznámenie o vyhlásení verejnej súťaže nebolo uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie, čím podľa jeho názoru sám obstarávateľ vytvoril obmedzenia účasti zahraničných účastníkov.

242. V tejto súvislosti treba dať pozornosť skutočnosti, že žalobca 2/ vyššie uvedené tvrdil v žalobe len ako argument v prospech jeho námietky, že Úrad nesprávne aplikoval čl. 81 ZES, a teda že skutok nemal komunitárny rozmer. Samotná námietka, tak, ako ju v rozsudku uviedol súd prvého stupňa, bola teda vytrhnutá z kontextu. Tu najvyšší súd zdôrazňuje, že samotný krajský súd aplikáciu čl. 81 ZES a komunitárny rozmer porušenia nespochybnil a potvrdil v tejto časti (str. 39 a 42 napadnutého rozsudku) rozhodnutie žalovaného, čím potvrdil nielen správnosť aplikácie čl. 81 ZES, ale aj možnosť súběžnej aplikácie komunitárneho a národného práva.

243. Najvyšší súd odkazuje na názor žalovaného, že túto skutočnosť, že predmetná verejná súťaž nebola vyhlásená vo Vestníku Európskej únie, mohol žalobca 2/ namietat v súlade so zákonom č. 523/2003 Z.z. o verejnom obstarávaní oprávnenému orgánu. Úrad však nemá právomoc preskúmať túto skutočnosť a navyše toto ani nebolo predmetom správneho konania.

Zásada dvojinštančnosti konania

244. Krajský súd v odôvodnení svojho rozsudku súhlasil s tým, že odvolacie konanie tvorí jeden celok s konaním na prvom stupni, a teda účastníci konania môžu až do vydania odvolacieho rozhodnutia uvádzať nové skutočnosti a navrhovať nové dôkazy. Rovnako odvolací správny orgán je oprávnený aj z vlastného podnetu vykonať nové dôkazy, prípadne zopakovať už vykonané dôkazy. Na druhej strane však krajský súd konštatoval, že s poukazom na ním zistenú nepreskúmateľnosť prvostupňového rozhodnutia mala Rada úradu zrušiť napadnuté rozhodnutie prvostupňového orgánu a ponechať

vykonanie pomerne rozsiahleho dokazovania na prvostupňový orgán, ktorý by na základe výsledkov dokazovania bol schopný okrem iného aj presne vymedziť údajnú protisúťažnú praktiku - skutok, čím by bolo dodržané aj právo účastníkov správneho konania na obhajobu voči tvrdeniam úradu včítane práva na predkladanie návrhov a dôkazov.

245. Správne konanie sa riadi zásadou dvojinštančnosti, ktorá zabezpečuje, aby vec, ktorá je predmetom správneho konania na prvom stupni, bola v rámci správneho konania preskúmaná odvolacím orgánom tak pokiaľ ide o skutkové zistenia, ako aj právnu kvalifikáciu zisteného skutkového stavu a zákonnosť postupu prvostupňového orgánu. Odvolací správny orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu a ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni.

246. Ďalej Rada úradu ako odvolací orgán mohla dokazovanie v nevyhnutnom rozsahu doplniť, nie ho však nahradiť, keďže tým v podstate nahradila povinnosti patriace prvostupňovému orgánu a to ešte pred vynesením prvostupňového rozhodnutia vo veci samej presne, úplne a spoľahlivo zistiť skutočný stav veci. Prvostupňový orgán nevykonal potrebné dokazovanie aby mohol preukázať naplnenie všetkých skutkových znakov správneho deliktu - dohody obmedzujúcej súťaž v užšom zmysle. Podľa názoru krajského súdu už samotný Úrad mal zisťovať komunikačnú platformu. Rada úradu tak svojim postupom porušila zmysel dvojinštančnosti konania, čím zbavila žalobcov možnosti podať proti rozhodnutiu, ktoré vychádza z množstva nových skutkových zistení, riadny opravný prostriedok a tak sa domáhať úplného preskúmania prvostupňového rozhodnutia v riadnom odvolacom konaní. Krajský súd dal za pravdu aj žalobcovi 6/ tvrdiacemu, že bol takto ukrátený na svojich procesných právach, keďže mu bolo zabránené preskúmaniu nových záverov vyvedených z doplneného dokazovania v riadnom odvolacom konaní.

247. Najvyšší súd sa nestotožnil s názorom krajského súdu v súvislosti s vyššie uvedeným. Správne konanie na prvom stupni a odvolacie konanie tvoria jeden celok, ako správne uviedol krajský súd. Účastníci konania z tohto dôvodu môžu až do vydania rozhodnutia o odvolaní uvádzať nové skutočnosti a navrhovať nové dôkazy a na druhej strane odvolací správny orgán je oprávnený i z vlastného podnetu vykonať nové dôkazy alebo zopakovať už vykonané dôkazy.

248. Správne konanie sa pritom riadi zásadou materiálnej pravdy, ktorá sa samozrejme vzťahuje aj na odvolacie konanie. Žiadnym zákonným ustanovením nie je obmedzený rozsah či prostriedky dokazovania.

249. Podľa § 59 Správneho poriadku odvolací orgán preskúma napadnuté rozhodnutie v celom rozsahu; ak je to nevyhnutné, doterajšie konanie doplní, prípadne zistené vady odstráni (ods. 1).

250. Ak sú pre to dôvody, odvolací orgán rozhodnutie zmení alebo zruší, inak odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí (ods. 2).

251. Zmena prvostupňového rozhodnutia sa pripúšťa po stránke právnej, t.j. keď prvostupňový správny orgán použil nesprávny hmotnoprávny predpis, alebo po stránke faktickej, t.j. keď oprel svoje rozhodnutie o nedostatočne zistený stav veci. Odvolací správny orgán má pritom doplniť dokazovanie tak, aby bolo podkladom pre spoľahlivo zistený skutkový stav veci.

252. Žalovaný v odvolacom konaní reagoval na všetky námietky účastníkov správneho konania a doplnil dokazovanie najmä v súvislosti s existenciou komunikačnej platformy.

253. Najvyšší súd nesúhlasil s tvrdením, že žalovaný by vyššie uvedeným konaním a postupom pozbavil žalobcov práva podať proti rozhodnutiu riadny opravný prostriedok. K tomuto záveru najvyšší súd dospel predovšetkým preto, že rozhodnutie Rady úradu bolo založené na rovnakých rozhodných dôkazoch ako prvostupňové rozhodnutie, t.j. nezmenil podstatným spôsobom zistený skutkový stav, teda jeho faktickým východiskom naďalej zostávala zhoda indexov v cenových ponukách účastníkov tendra, porovnanie s inými súťažami, vyjadrenia NDS, podporné stanovisko experta a iné.

254. Preto podľa odvolacieho súdu Rada úradu v žiadnom prípade nemohla porušiť zmysel dvojnásťročnosti konania.

255. Obdobne sa najvyšší súd nestotožnil ani so záverom krajského súdu v tom, že žalovaný neumožnil žalobcom klásť pani Ing. M. B. otázky. V tomto smere odvolací súd poukazuje na svoje vyjadrenie vyššie uvedené.

256. Navyše žalobcovia ako účastníci konania boli riadne oboznámení s obsahom podaných stanovísk a mali právo vyjadriť sa k nim, resp. ich obsah namietat', čo aj učinili. Úrad sa týmito námietkami účastníkov zaoberal, a preto nemohlo dôjsť k porušeniu procesného postupu úradu ani v tomto smere. Na podporu svojich tvrdení Rada úradu odkázala na rozhodnutie Vrchného soudu v Praze zo dňa 30. septembra 1999, sp.zn. 6A/76/96, ktorý najvyšší súd v prejednávanej veci akceptuje:

„1. Z ustanovení správneho řádu nelze dovodit povinnost správního orgánu provádět výslech svědků (§ 35 spr. ř.) výlučně při ústním jednání, popř. o termínu takového výslechu účastníka řízení vyrozumívat.

Jestliže po provedených výsleších svědků je účastník řízení při ústním jednání s provedenými důkazy seznámen a je mu poskytnuta možnost se k nim vyjádřit (§ 33 odst. 2 spr. ř.), popř. navrhnout důkazy doplňující, opakované, nebo nové, nelze mít za to, že jeho procesní práva byla porušena.“.

Dohody v užšom zmysle a konanie v zhode

257. Krajský súd v odôvodnení napadnutého rozsudku uviedol, že striktné rozlišovanie medzi dohodami v užšom zmysle a konaním vo vzájomnej zhode nebolo celkom na mieste, pretože niekedy nemôže byť od správneho orgánu vyžadované jednoznačné kvalifikovanie konania sťažiteľov v jednotlivých fázach buď ako dohodu v užšom zmysle alebo ako konanie vo vzájomnej zhode.

258. Uviedol, že v danom prípade Rada úradu v odôvodnení napadnutého rozhodnutia uviedla, že malo ísť o dohodu obmedzujúcu sťaž vo forme dohody, t.j. dohodu v užšom zmysle, a teda ak chcela dokázať existenciu takejto dohody v užšom zmysle, mala sa venovať preukázaniu naplnenia všetkých skutkových znakov dohody a zamerať svoju pozornosť na to, či existujú a ako sa prejavili zhodné prejavy vôle všetkých 6 žalobcov konať na trhu určitým spôsobom a či skutočne existoval konsenzus medzi zúčastnenými sťažiteľmi na existencii zakázanej dohody obmedzujúcej sťaž.

259. Najvyšší súd v súvislosti s posúdením uvedenej otázky poukazuje na to, že rozhodnutie žalovaného vychádzalo z preukázania dohody obmedzujúcej sťaž na základe zhody indexov v cenových ponukách jednotlivých účastníkov sťaže. Správne orgány na oboch stupňoch pritom vychádzali zo zákonného znenia § 4 ods. 2 písm. a/ zákona č. 136/2001 Z.z. a zo znenia čl. 81 ZES dohody obmedzujúcej sťaž, ktorá bola definovaná ako každý ústny alebo písomný súhlasný prejav vôle jej účastníkov, ako aj iný súhlasný prejav vôle vyvedený z ich konania.

260. Aj krajský súd vo svojom rozsudku skonštatoval, že forma dohôd obmedzujúcich sťaž v užšom zmysle si vyžaduje konsenzus, ktorý musí byť náležitým, preukázateľným spôsobom prejavnený, a to či už formou písomnej zmluvy, ústne alebo inak. Najvyšší súd súhlasí s argumentom žalovaného, že práve v prípadoch, kedy ide o iný prejav vôle, nemožno často presne špecifikovať miesto, čas a spôsob, tak ako to teoreticky stanovil vo svojom rozsudku krajský súd.

261. Tiež najvyšší súd s prihliadnutím na judikatúru SD EÚ musí pripomenúť, že protisťažný cieľ a protisťažný účinok vo vzájomnom postavení netvorí kumulatívne, ale naopak alternatívne podmienky, na ktorých základe dochádza k uplatneniu zákazu zakotveného v čl. 81 ods. 1 ZES; napríklad rozsudok zo 17. júla 1997 vo veci účastníkov Ferriere Nord v. Komisia, sp.zn. C-219/95, marg. č. 13 až 15.

262. Inak povedané, konania vo vzájomnej zhode, pokiaľ sledujú protisťažný cieľ (tento názor vychádza napríklad z rozsudkov SD EÚ Komisia v. Anic Partecipazioni (marg. č. 123) alebo z 8. júla 1999, vo veci účastníkov Montecatini v. Komisia,

sp.zn. C-235/92, marg. č. 124), sú zakázané bez ohľadu na účinky. Navyše, ak je evidentným cieľom konania vo vzájomnej zhode vylúčenie, obmedzenie alebo narušenie hospodárskej súťaže na spoločnom trhu, potom nie je v zmysle rozsudku SD EÚ z 30. januára 1985, *Clair*, sp.zn. C-123/83, marg. č. 22 (ale aj novšie; zo dňa 21. septembra 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Komisia*, sp. zn. C-105/04, marg. č. 125, či zo dňa 18. decembra 2008, *Coop de France Bétail et Viande v. Komisia*, sp.zn. C-101/07 a C-110/07, marg. č. 87) nutné osobitne skúmať jeho konkrétne účinky v praxi. Uvedené konanie je neprípustné aj pri neexistencii protisúťažného účinku na trhu (viď napríklad už citovaný rozsudok SD EÚ vo veci *Komisia v. Anic Partecipazioni*, marg. č. 122).

263. Zákonodarca prostredníctvom ustanovenia § 4 ods. 3 písm. a/ až f/ zákona č. 136/2001 Z.z. demonštratívne uvádza v súvislosti so spôsobom spáchania iného správneho deliktu - uzatvorenia dohody obmedzujúcej súťaže, akým konaním je možné naplniť skutkovú podstatu tohto deliktu. Príslušný orgán musí ďalšími skutkovými okolnosťami prípadu bližšie vymedziť a konkretizovať skutok vo výroku a v odôvodnení rozhodnutia tak, aby nebol zameniteľný s iným.

264. Teda v prípade dohôd obmedzujúcich súťaž bude vymedzený spôsob uzatvorenia dohody ako dohoda o cene určitého tovaru (alebo o zvýšení, znížení ceny), rozdelenie trhu, rozdelenie zákazníkov a pod. Skutočnosti, kde konkrétne a akým spôsobom k dohode medzi podnikateľmi došlo, sú v správnom konaní samotnými dôkazmi.

265. Najvyšší súd v tejto súvislosti dal za pravdu žalovanému, že nebolo nevyhnutné vo výroku rozhodnutia špecifikovať, o aký druh dohody obmedzujúcej súťaže ide. Ustanovenie § 4 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. zaviedlo pre dohodu, zosúladený postup, ako aj rozhodnutie združenia podnikateľov jednotný názov, a to: dohoda obmedzujúca súťaž. Absencia špecifikácie vo výroku rozhodnutia, či v danom prípade išlo o dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov, prípadne oboje, nemôže mať preto za následok nepreskúmateľnosť rozhodnutia.

266. Žalovaný poukázal na prax akceptovanú v európskej súťažnej teórii, že medzi dohodou podnikateľov a zosúladeným postupom podnikateľov sú len veľmi slabé hranice, ktoré sa často prelínajú a nie je možné striktno určiť, či v danom prípade ide o dohodu alebo zosúladený postup podnikateľov. Tomuto nasvedčuje aj rozhodovacia prax tak Komisie ako aj SD EÚ, ktoré vo viacerých prípadoch používajú výraz dohoda a/alebo zosúladený postup podnikateľov v zameniteľných pozíciách.

267. V predmetnej právnej veci žalovaný dospel k záveru, že išlo o dohodu obmedzujúcu súťaž vo forme dohody podnikateľov, ktorej predmetom boli ponukové ceny v konkrétnej súťaži na výstavbu diaľnice. Dohoda týkajúca sa cenových ponúk bola preukázaná primárne prostredníctvom ekonomickej analýzy - porovnaním jednotkových cien jednotlivých cenových ponúk, ktoré vykazovalo vysokú mieru konštantnosti jednotlivých ponúk, k čomu nebolo možné dospieť len zosúladením postupu podnikateľov, ale takáto zhoda musela byť výsledkom predchádzajúcej dohody.

268. Správne orgány oboch stupňov konanie podnikateľov v predmetnej verejnej súťaži označili ako dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž podľa čl. 81 ZES a podľa § 4 ods. 3 písm. a/ a f/ zákona č. 136/2001 Z.z.. Rozhodujúcou skutočnosťou preukazujúcou tento záver bolo správanie sa podnikateľov na trhu, konkrétne mimoriadna a výrazná zhoda cenových ponúk jednotlivých uchádzačov, ktorá nebola objektívne vysvetliteľná inak, ako dôsledok uzavretia dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž.

269. Najvyšší súd na rozdiel od krajského súdu dal za pravdu žalovanému v tom, že vykonaným dokazovaním bolo preukázané, že neštandardná zhoda ponúk bola výsledkom zhody vôle podnikateľov, pričom pôdou pre koordináciu ich postupu bola vzájomná komunikácia v rôznych podobách v rozhodnom období. Existencia komunikačnej platformy medzi všetkými účastníkmi bola preukázaná (viď vyššie) a ňou bolo potvrdené, že účastníci mali priestor pre komunikáciu a uzavretie dohody a navyše niektoré dôkazy potvrdili, že účastníci spolu ohľadne tejto súťaže aj komunikovali.

270. Podľa najvyššieho súdu z rozhodnutia Rady úradu nebolo pochýb o tom, aký skutok sa stal a aké ustanovenie ktorého právneho predpisu bolo porušené, opis skutku bol vymedzený vo výroku jasne, zrozumiteľne a nezameniteľne a Rada úradu v odvolacom konaní na námietky účastníkov konania doplnila dokazovanie v súvislosti s existenciou komunikačnej platformy svedčiacej o uzavretí dohody medzi podnikateľmi.

Individuálnosť zodpovednosti za delikt

271. Krajský súd v rozsudku uložil žalovanému, aby odôvodnil, ako prispeli všetci žalobcovia svojim vlastným správaním k spoločnému cieľu sledovanému všetkými účastníkmi, a že si boli vedomí konkrétneho jednania, ktoré bolo plánované alebo uskutočňované ostatnými žalobcami v snahe dosiahnuť ten istý cieľ.

272. Súčasne zdôraznil, že zodpovednosť za správne delikty je prísne individuálna, a preto sa má vždy preukázať každému konkrétnemu subjektu individuálne.

273. Najvyšší súd nesúhlasí s vyššie uvedeným názorom krajského súdu. Predovšetkým treba zdôrazniť úmysel zákonodarcu, ktorý pre naplnenie skutkovej podstaty zakázanej dohody podľa § 4 zákona č. 136/2001 Z.z. preukázanie vedomosti účastníkov nepožaduje, nie je podstatné, či má ísť o vedomé alebo nevedomé konanie a úmysel nie je znakom skutkovej podstaty tohto správneho deliktu, keďže ide o správny delikt s objektívnou zodpovednosťou.

274. Rovnako ani čl. 81 ods. 1 ZES nedefinuje dohodu obmedzujúcu súťaž ako delikt, pre ktorého naplnenie je potrebný úmysel. Preto uloženie takejto povinnosti krajským súdom žalovanému je v rozpore so zákonom, nakoľko krajský súd týmto uložil správnejmu orgánu preukázať skutočnosť, ktoré pre založenie existencie protisúťažnej dohody nie sú právnym predpisom upravené.

275. Krajský súd sa týmto konštatovaním odklonil aj od judikatúry SD EÚ a Komisie, v zmysle ktorej sa vôbec nevyžaduje preukázanie, či mal iný účastník dohody na nej rovnaký záujem, alebo z akého dôvodu sa dohody zúčastnil, a to aj v prípade limitovanej účasti účastníka na dohode. Ako správne uviedol žalovaný, týmto tvrdením si aj sám krajský súd odporuje, keď v rozsudku zároveň (str. 55 a 56) konštatoval: „...ak je účasť spoločnosti na dohode preukázaná, nie je dôvod na skúmanie, či mala nejaký záujem na jej účasti..., ...nie je potrebné ani preukazovať, ako mala dohoda presne fungovať...“.

Neexistencia analýzy cenových ponúk

276. Krajský súd správne vyhodnotil námietku žalobcu 6/, že neexistuje žiadna analýza cenových ponúk vykonaná žalovaným, ako nedôvodnú. Z obsahu spisu žalovaného totiž vyplynulo, že správne orgány vykonali analýzu jednotkových cien v predložených súťažných ponukách a zistili, že tieto vykazovali neštandardnú zhodu, resp. mimoriadnu podobnosť indexov jednotkových cien pri všetkých 880 cenových položkách.

277. Analýza podielu minimálnej a maximálnej ceny každej položky a vzájomných podielov jednotkových cien bola skutočne urobená pre každú z 880 položiek. Toto porovnanie sa nachádza v správnom spise (spis I. stupeň, spisový obal 1, spis č. 4/1 a spis II. stupeň, spis č. 76). Žalovaný správny orgán pritom vychádzal z podkladov poskytnutých NDS, nakoľko len tento subjekt bol obstarávateľom predmetnej verejnej súťaže a len on mohol správnym orgánom tieto podklady poskytnúť.

Zákonnosť konštantnosti indexov

278. Krajský súd nepovažoval za dôvodnú ani námietku žalobcu 6/, že z napadnutého rozhodnutia ani z obsahu spisu nevyplývalo, aký rozsah konštantnosti indexov cenových ponúk považoval žalovaný za zákonný a aký rozsah konštantnosti indexov sa už považoval za protizákonný.

279. Najvyšší súd zhodne s názorom krajského súdu poukazuje na to, že účelom porovnania indexov jednotkových cien vo vybraných verejných súťažiach nebolo stanoviť rozpätie, v ktorom je ešte podobnosť prípustná, resp. už neprípustná, ale účelom bolo zistiť, či žalobcovia pri predkladaní ponúk konali koordinovane, t.j. či došlo k dohode obmedzujúcej súťaž. Účelom konania bolo predovšetkým preukázanie koordinácie pri predkladaní ponúk a následné vyvrátenie všetkých možných alternatívnych vysvetlení pre takúto podobnosť, resp. zhodu.

Neuvedenie motívu konania

280. Námietky žalobcu 6/ týkajúce sa neuvedenia motívu a vysvetlenia o tom, ako mala údajná dohoda fungovať, krajský súd označil ako nie celkom dôvodné. Uviedol, že z judikatúry SD EÚ (napríklad už vyššie citovaná vec účastníkov Aalborg Portland v. Komisia marg. č. 335) vyplýva, že ak je účasť spoločnosti na dohode preukázaná, nie je dôvod na skúmanie, či mala nejaký záujem na jej účasti. Ďalej tiež krajský súd uviedol, že pre samotné preukázanie dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž nebolo potrebné ani preukazovať, ako mala dohoda presne fungovať. Uvedené však podľa krajského súdu znovu platí len v prípade, keď existencia a protisúťažný cieľ dohody boli napriek tomu dostatočne určené a preukázané.

K absorpčnej zásade v správnom trestaní

281. Podľa najvyššieho súdu pri stanovovaní výšky pokuty v konaní o ochrane hospodárskej súťaže je nutné primárne aplikovať ustanovenia zákona č. 136/2001 Z.z., a to konkrétne ustanovenia obsiahnuté v § 38.

282. Zákonodarca určenie výšky pokuty za porušenie ustanovení § 4 ods. 1 v spojení s odsekom 3 písm. a/ a písm. f/ zákona č. 136/2001 Z.z. v zmysle § 38 ods. 1 a 10 zákona č. 136/2001 Z.z. viaže na správnu (voľnú) úvahu konajúceho správneho orgánu, pričom medze voľnej úvahy sú vymedzené hornou hranicou 10% z obratu (viď § 38 ods. 1) a jednotlivé kritéria sú stanovené prostredníctvom § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z..

283. Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. v citovanom znení 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 10.000 Sk alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčíslieť, pokutu do 10 000 000,- Sk.

284. Podľa § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z. v citovanom znení Úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania ustanovení tohto zákona, porušovania ustanovení osobitného predpisu 5b) alebo porušovania podmienky, povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

285. Kritériom, ktoré krajský súd v svojom zrušujúcom rozsudku označil ako nedostatočne vyhodnotené v súvislosti s naznačenou problematikou absorpčnej zásady, je závažnosť konania žalobcov.

286. Podľa čl. 23 ods. 3 Nariadenia č. 1/2003 pri stanovení čiastky pokuty sa zohľadní závažnosť a doba trvania porušovania.

287. Z pohľadu komunitárneho práva v prejednávanej veci tu na popredné miesto vystupuje ochrana spoločného trhu v zmysle článku 81 a nasl. ustanovení ZES spolu s vykonávacím predpisom, ktorým je

Nariadenie č. 1/2003. Súbeh pôsobenia komunitárneho a vnútroštátneho práva pri ochrane hospodárskej súťaže ako aj ich vplyv na realizáciu základných práv a ľudských slobôd, najmä s dôrazom na právo na spravodlivú ochranu práv jednotlivca v tomto konaní, bol analyzovaný v niektorých rozhodnutiach SD EÚ alebo Komisie.

288. Je nepochybné, že pri posudzovaní hore zdôrazneného kritéria závažnosti porušenia pravidiel ochraňujúcich hospodársku súťaž sa táto závažnosť určuje s odkazom na množstvo faktorov, v ktorých prípade konajúci orgán disponuje voľnou úvahou.

289. Pri aplikácii práva s prihliadnutím na únievé (resp. pôvodne komunitárne) záväzky musia vnútroštátne orgány, vrátane súdov pri výklade kritéria závažnosti v prípade protisúťažných konaní zohľadniť všetky právne relevantné akty orgánov európskych spoločenstiev, respektíve Európskej únie (viď imperatív obsiahnutý v článku 7 ods. 2 v spojení s článkom 144 ods. 1 ústavy, resp. v čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii) vrátane usmerňujúcich aktov týchto orgánov.

290. K otázke, kedy protisúťažné konanie napĺňajúce znaky skutkových podstat podľa čl. 81 alebo 82 ZES môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi, sa SD EÚ viackrát vyslovil prostredníctvom svojej rozsiahlej judikatúry.

291. Napríklad prostredníctvom rozsudku Manfredi k tejto podmienke účinku s odkazmi na svoju judikatúru SD EÚ uviedol, že „výklad a uplatnenie tejto podmienky týkajúcej sa účinkov na obchod medzi členskými štátmi musí vychádzať zo skutočností, že jej cieľom je vymedziť v oblasti právnej úpravy hospodárskej súťaže hranice medzi pôsobnosťou práva Spoločenstva a pôsobnosťou práva členských štátov. Do pôsobnosti práva Spoločenstva tak spadá každá kartelová dohoda a každé konanie, ktoré môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi tak, že môže narušiť uskutočnenie cieľov jednotného trhu medzi členskými štátmi, najmä oddeľovaním vnútroštátnych trhov alebo zmenou štruktúry hospodárskej súťaže na spoločnom trhu. Aby rozhodnutie, dohoda alebo konanie mohli ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi, musí na základe súhrnu objektívnych skutkových alebo právnych okolností umožniť predpokladať s dostatočnou pravdepodobnosťou, že môžu priamo alebo nepriamo, skutočne alebo potencionálne ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi, a to tak, že sa možno obávať, že by mohli byť prekážkou uskutočňovania jednotného trhu medzi členskými štátmi. Okrem toho je treba, aby tento vplyv nebol zanedbateľný. Ovplyvnenie obchodu vo vnútri Spoločenstva teda všeobecne vyplýva zo spojenia viacerých faktorov, ktoré sami o sebe nie sú nevyhnutne určujúce.“

Charakter sankcie pri ochrane hospodárskej súťaže

292. Základný problém pri určovaní výšky pokuty nastolil krajský súd na tom základe, že žalovaný neobjasnil, či pri ukladaní predmetnej pokuty zohľadnil inštitút jednočinného súbehu deliktov a aké dôsledky z toho pre ukladanie pokuty žalovanému vyplynuli. Obdobne krajský súd zdôraznil vplyv Dohovoru na ukladanie sankcií.

293. Podľa najvyššieho súdu v prejednávacom prípade nepochybne ide o ohrozujúci správny delikt, t.j., že postačuje výskyt konania smerujúci k poruche; a preto vôbec u týchto deliktoch nemožno hovoriť o formách súčinnosti či o vývojových štádiách.

294. Podľa čl. 81 (1) ZES sú zakázané ako nezlučiteľné so spoločným trhom: všetky dohody medzi podnikateľmi, rozhodnutia združení podnikateľov a zosúladené postupy, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi a ktoré majú za cieľ alebo následok vylúčovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže v rámci spoločného trhu, najmä tie: ...

295. Krajský súd v podstate tvrdí, že konania týkajúce sa uplatňovania súťažného práva vrátane konania, ktoré je predmetom prejednávanej veci, v ktorom sa konštatuje existencia zakázanej kartelovej dohody s následkom uloženia pokuty, majú na účely Dohovoru jednoznačne trestnoprávnu povahu.

296. Najvyšší súd k uvedenému konštatuje, že únievé právo prostredníctvom čl. 23 Nariadenia č. 1/2003 formálne charakterizuje rozhodnutie o uložení sankcie (s relevantnými dôsledkami aj pre vnútroštátne právo), o ktoré ide v prejednávanej veci, ako rozhodnutie, ktoré nemá „trestnoprávny charakter“.

297. S prihliadnutím na judikatúru ESĽP však musí tiež vysloviť záver, že samotné formálne označenie rozhodnutia o uložení sankcie nie je rozhodujúcim kritériom. Navyše ESĽP rozlišuje rozhodnutia trestnoprávnej povahy, ktoré zaraďuje do „tvrdého jadra“ vymedzeného týmto súdom, a potom akceptuje skupinu rozhodnutí o sankciách, ktoré tam už nepatria. Dôležitosť tohto rozlišovacieho kritéria spočíva v tom, že ESĽP vyžaduje prísnejšie procesné záruky a prísnejšie kritériá preskúmania v prípade trestného konania ako v prípade civilného konania a v oblasti trestného práva vyžaduje prísnejšie procesné záruky a prísnejšie kritériá preskúmania v prípade jeho „tvrdého jadra“ ako v iných sankčných konaniach.

298. Pri rozhodovaní o tom, či sa konanie týkajúce sa protiprávneho konania má považovať za „trestné“ konanie, ESĽP vyzdvihuje tri rozhodné kritériá, po prvýkrát sformulované v rozsudku ESĽP Engel a spol. v. Holandsko z 08. júna 1976 (séria A, č. 22), marg. č. 82.

299. Východiskovým kritériom je formálna klasifikácia rozhodnutia v príslušnom právnom poriadku. V rozsudku Engel však ESĽP kladie oveľa väčší dôraz na druhé a tretie kritérium, ktorými sú povaha deliktu a miera závažnosti sankcie, ktorú možno páchatelovi tohto deliktu uložiť. V tomto smere vyslovil, že považuje za relevantné, či sa sankcia ukladá na základe všeobecnej normy určenej všetkým občanom a nie skupine s osobitným postavením a či má predstavovať najmä trest na odstrašenie od recidívy a nie peňažnú náhradu škody. Potom sa odlišuje od tvrdého jadra trestného práva, v dôsledku čoho sa trestnoprávne záruky nebudú nevyhnutne uplatňovať v celom rozsahu (zdôraznené ESĽP v jeho neskoršej judikatúre, napríklad rozsudok ESĽP Jussila v. Fínsko /Veľká komora/ z 23. novembra 2006, sťažnosť č. 73053/01).

300. Vzhľadom na uvedené kritériá rozsudku Engel si najvyšší súd osvojuje záver, že konanie, ktorým sa ukladá pokuta za protisúťažné konanie, patrí do „trestnoprávnej časti“ článku 6 Dohovoru. Uvedený zákaz konania a možnosť uložiť pokutu sú zakotvené v právnom predpise označenom ako zákon, t. j. so všeobecnou pôsobnosťou.

301. Ďalej tento delikt spočíva v konaní, ktoré sa vo všeobecnosti považuje za nekalé a škodlivé pre celú spoločnosť, pričom tento jeho znak ho spája s trestnými činmi vo všeobecnosti a spôsobuje jednoznačné spoločenské odsúdenie tohto správania. Výška pokuty stanovená až do hodnoty 10% z ročného obratu je nepochybne prísna a môže byť pre podnikateľa aj likvidačná, a navyše je spájaná s výslovným zámerom trestať a odstrašovať podnikateľov (v súvislosti s uvedeným najvyšší súd zdôrazňuje ciele sledované hore uvedených usmerneniach Komisie) bez akéhokoľvek prvku náhrady škody.

C.

Uplatnenie analógie pri ukladaní pokút

302. Krajský súd ďalej pri svojej argumentácii o nepreskúmateľnosti procesu ukladania pokút poukazuje na to, že zákon č. 136/2001 Z.z. nešpecifikuje kritérium závažnosti, preto sa krajský súd vo svojom rozhodnutí dovoľával nutnosti analogicky aplikovať princípy trestného práva na ukládanie pokút v správnom trestaní.

303. V tejto v súvislosti najvyšší súd opätovne odkazuje na právne účinky odporúčaní Rady Európy, pri ktorých z nedávnej judikatúry ESĽP vyplýva, že ESĽP ich akceptoval ako relevantné právne dokumenty. Avšak ani z obsahu zásad zakotvených v Odporúčaní č. R (91) 77 vôbec nevyplýva snaha členských štátov uplatňovaniu zásad trestného práva podriadiť tiež voľnú (správnu) úvahu, ktorou správny orgán disponuje.

304. Navyše vo vzťahu k absorpčnej zásade pri stanovovaní výšky sankcií najvyšší súd poukazuje na

odlišný mechanizmus tejto zásady v trestnom práve, ktorej uplatnenie nemá vždy opodstatnenie v správnom práve. Je nepochybný úmysel zákonodarcu v prejednávanej veci určiť kritéria pre stanovenie výšky sankcie prostredníctvom ustanovenia § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z..

305. Pritom tam uvedené kritéria nemajú charakter priťažujúcich alebo poľahčujúcich okolností, ale ide všeobecne o kritéria, ktoré sa na zistený delikt alebo aplikujú alebo nepoužijú.

306. Podľa § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z. v znení účinnom v čase vydania napadnutého rozhodnutia Úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania ustanovení tohto zákona, porušovania ustanovení osobitného predpisu 5b) alebo porušovania podmienky, povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

307. V tejto súvislosti poukazuje najvyšší súd aj na rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky, sp.zn. 1 As/27/2008 zo dňa 16.04.2008, v ktorom sa okrem iného uvádza, že „je pravdou, že použitie analógie s trestným právom je pri s právnom trestaní prípustné, avšak len v obmedzenom rozsahu, ak nevedie taký výklad k ujme účastníka konania a ani k ujme na ochranu hodnôt a na ich vytváraní o ochrane je verejný záujem.“

308. Takisto aj z Ústavy Slovenskej republiky vyplýva zámer osobitne odlišiť, resp. striktno oddeliť trestné sankcie od administratívneho trestania. Predovšetkým najvyšší súd poukazuje na čl. 49 ústavy, ktorý prísne terminologicky odlišuje právomoc zákonodarcu pri určovaní sankcií v oblasti trestného a správneho práva, vrátane čl. 50 ods. 1 ústavy spresňujúcim procesom stanovenia výšky sankcie.

309. Nemenej významným kritériom pre posudzovanie aplikovateľnosti trestného práva na oblasť správneho trestania je aj delena právomoc orgánov štátu pri rušení uložených sankcií, t.j. prezident republiky v zmysle čl. 102 ods. 1 písm. j/ ústavy odpúšťa (zmierňuje) tresty uložené súdmi v trestnom konaní; naopak vláda v zmysle čl. 119 písm. 1/ ústavy je oprávnená rozhodnúť o udelení amnestie vo veciach priestupkov. K tomuto sa pridružuje aj individuálne oprávnenie žalovaného na zmiernenie tvrdosti zákona, nakoľko v zmysle § 38 ods. 11 zákona č. 136/2001 Z.z. v citovanom znení úrad neuloží podnikateľovi pokutu, ak naplní podmienky včasnej spolupráce. Na druhej strane najvyšší súd nemôže prehliadnuť paradoxnú situáciu pri ukladaní sankcií a trestov, najmä peňažnej sankcie za iný správny delikt, ktorá svojou výškou často krátko presahuje maximálnu výšku peňažného trestu ukladaného podľa trestného práva.

310. Podľa čl. 49 ústavy len zákon ustanoví, ktoré konanie je trestným činom a aký trest, prípadne iné ujmy na právach alebo majetku možno uložiť za jeho spáchanie.

311. Podľa čl. 50 ods. 1 ústavy len súd rozhoduje o vine a treste za trestné činy.

312. Podľa § 38 ods. 11 zákona č. 136/2001 Z.z. v citovanom znení Úrad neuloží pokutu podnikateľovi, ktorý bol účastníkom dohody obmedzujúcej súťaž podľa § 4 ods. 3 písm. a/ až c/ alebo f/, na ktorej účely jej účastníci podnikajú na rovnakej úrovni výrobného reťazca alebo distribučného systému, a ktorý súčasne

- z vlastného podnetu ako prvý poskytol rozhodujúci dôkaz na preukázanie porušenia zákazu podľa § 4 alebo osobitného predpisu, 26a)
- skončil účasť v dohode obmedzujúcej súťaž najneskôr v čase, keď poskytol dôkaz podľa písmena a),
- nedonútil iného podnikateľa zúčastniť sa na dohode obmedzujúcej súťaž alebo nebol iniciátorom jej uzavretia,
- poskytol úradu všetky jemu dostupné dôkazy a spolupracoval s úradom počas celého prešetrovania.

D.

Komunitárna stránka deliktu

313. Najvyšší súd nemohol nechať bez povšimnutia relevantnú skutočnosť týkajúcu sa uplatnenia komunitárneho práva, t. j., že samotný krajský súd v odôvodnení vyzdvihol (str. 35 napadnutého rozsudku) tvrdenie žalovaného v napadnutom rozhodnutí, že Komisii bol návrh prvostupňového rozhodnutia v zmysle nižšie citovaného 15. recitálu preambule, resp. čl. 11 ods. 3 Nariadenia č. 1/2003 predložený. Žiadne výhrady k jeho zneniu Komisia nevzniesla a ani v zmysle hore citovaného rozsudku, resp. 17. recitálu preambule nemala potrebu vzhľadom na svoje právomoci preverovať naplnenie podmienky týkajúcej sa účinkov na obchod medzi členskými štátmi.

314. Podľa 17. recitálu preambule Nariadenia č. 1/2003 platí že, ak sa majú súťažné pravidlá uplatňovať jednotne a súčasne sa má sieť spravovať čo možno najlepším spôsobom, je dôležité, aby sa dodržal pravidlo, že orgány hospodárskej súťaže členských štátov automaticky stratia svoju právomoc, ak Komisia začne konanie. Ak orgán hospodárskej súťaže členského štátu už koná v prípade a Komisia zamýšľa začať konanie, musí sa snažiť urobiť to čo najskôr. Pred začatím konania by Komisia mala konzultovať s príslušným vnútroštátnym orgánom.

315. S prihliadnutím na tieto okolnosti sa najvyšší súd zaoberal otázkou - aké sú výhrady k dopadu jednočinnému súbehu na kritérium závažnosti pri stanovení výšky pokuty v prejednávanej veci, ak Komisia tieto výhrady (ako relevantný orgán na aplikáciu komunitárneho práva) nevzniesla, resp. nesignalizovala ich potrebu.

316. V časti odôvodnenia napadnutého rozsudku s označením V. d/ Ukladanie sankcie pri súbehu deliktov na str. 46 (č. l. 438) krajský súd zdôraznil skutočnosť, že ide o jednočinný súbeh deliktov, čo si žalovaný podľa záverov krajského súdu neuvedomil (tu upozornil krajský súd na článok 5 Nariadenia č. 1/2003, ktorý zakladá právomoc orgánov pre hospodársku súťaž členských štátov stíhať a sankcionovať komunitárne delikty), keďže z odôvodnenia napadnutého rozhodnutia v časti týkajúcej sa pokuty, úvahy o tom, aká sankcia sa uloží pri súbehu deliktov, celkom pre neho absentuje.

317. Ďalej krajský súd s odkazom na judikatúru SD EÚ v následne citovanom texte napadnutého rozsudku zdôraznil, že zásada ekvivalencie vyrovnáva podmienky, za ktorých je uplatňované komunitárne právo s podmienkami uplatňovania vnútroštátneho práva, a to nasledovne:

„Absorpčnú metódu preto treba použiť aj pre ukladanie sankcií úradom pri súbehu deliktov komunitárnych či pri súbehu komunitárneho a vnútroštátneho deliktu. Ak teda žalovaný ukladá sankciu, riadi sa jeho postup vnútroštátnym právom, avšak pri rešpektovaní judikatúry ESD, ktorá sa vzťahuje všeobecne k zásadám aplikácie hmotného komunitárneho práva v rámci systému práva vnútroštátneho. ESD uviedol, že podmienky za ktorých je uplatňované komunitárne právo nesmú byť menej priaznivé než tie, ktoré sa týkajú obdobných situácií pri uplatňovaní vnútroštátneho práva (zásada ekvivalencie) a zároveň nesmú v praxi znemožňovať či nadmerne sťažovať výkon práv priznaných právom Spoločenstva a musí zaručiť plný účinok komunitárneho práva (zásada efektivity) (napr. veci 33/76 Rewe - Zentralfinanz, 14/83 Von Colson a Kamann).

Uplatňovanie absorpčnej metódy je nepochybne v súlade s princípom ekvivalencie, nakoľko sa uplatní celkom zhodným spôsobom rovnako v prípade súbehu vnútroštátnych deliktov. Táto zásada nie je v rozpore ani s princípom efektivity, nakoľko žalovaný síce ukladá sankciu len za jeden z deliktov, na ktoré dopadá v danom prípade zhodná sankcia, v rámci hodnotenia závažnosti protiprávneho konania však môže prihliadnuť ako k priťažujúcej okolnosti i k skutočnosti, že sťažiteľ spáchal viac deliktov (či už v jednočinnom alebo viacčinnom súbehu), možno teda zohľadniť všetky chránené záujmy, ktoré sťažiteľ svojim konaním porušil či ohrozil, včítane záujmu na riadnom fungovaní spoločného trhu, pričom táto metóda nepochybne umožňuje, aby takto uložená výsledná sankcia mala dostačujúci odradzujúci účinok.“

318. Následne v prejednávanej veci potom krajský súd opätovne vytýka žalovanému, že:

„Z odôvodnenia výšky pokuty v prvostupňovom rozhodnutí ako aj v druhostupňovom rozhodnutí je síce vidieť, že sa žalovaný venoval hodnoteniu údajného protisúťažného konania žalobcov z hľadísk uvedených v § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z. z., avšak z týchto dôvodov nie je možné vôbec zistiť, za ktorý z dvoch uvedených deliktov primárne pokutu uložil a akým spôsobom prihliadol k tomu, že bol spáchaný i ďalší delikt. Žalovaný totiž vôbec neuviedol, že ide o jednočinný súbeh komunitárneho a vnútroštátneho deliktu, ktoré teda žalovaný pri odôvodnení výšky pokuty vôbec nerozlišoval, a preto nie je ani možné preskúmať, akými úvahami sa v tomto ohľade riadil a či postupoval v súlade so zásadou absorpčnou, alebo naopak, či konečná výška sankcie nie je výsledkom neprípustnej kumulácie.“

319. K tejto námietke najvyšší súd poukazuje na to, že žalovaný pri napĺňaní obsahu kritéria závažnosti najmä zdôraznil povahu konania žalobcov, ktoré označil že patrí medzi najzávažnejšie porušenie zákona. Výšku uloženej pokuty žalovaný odôvodnil s prihliadnutím na širší dopad protiprávneho konania žalobcov, nakoľko bola uložená nielen za porušenie vnútroštátneho, ale aj komunitárneho práva. K porušeniu komunitárneho práva sa žalovaný vyjadril v tom duchu, že „... táto skutočnosť nemôže byť pritom podľa záveru Rady úradu posúdená ako prítiažujúca okolnosť, ako skutočnosť, ktorá ovplyvňuje samotný základ pokuty.“

320. Predovšetkým pri výklade kritérií zákonodarcom ustanovených na ukládanie peňažnej sankcie za porušenie predpisov na ochranu hospodárskej súťaže najvyšší súd vychádza z vtedy platného komunitárneho práva, a to najmä z Nariadenia č. 1/2003 rešpektujúc výkladovú právomoc SD EÚ.

321. Je nepochybné, že už preambula tohto nariadenia definuje rámec spolupráce vnútroštátnych a komunitárnych orgánov (napríklad článok 11 Nariadenia č. 1/2003 o spolupráci medzi komisiou a orgánmi hospodárskej súťaže členských štátov), lebo musí zohľadňovať účinky vyhlásených súťaží na obchod medzi členskými štátmi.

322. Pre súčasné podnikateľské prostredie je charakteristické, že iba veľmi obtiažne (predovšetkým nižšie citovaný 8. recitál) je možné zastávať názor pri konkrétnych praktikách podnikateľov využívaných v hospodárskej súťaži, najmä s prihliadnutím na slobodu podnikania a zákaz diskriminačného zaobchádzania z titulu štátnej príslušnosti alebo domicilu podnikateľa, že pri verejných súťažiach sa na ne bude vzťahovať iba vnútroštátne právo.

323. Už samotná nutnosť zverejniť vyhlásenie verejnej súťaže s dopadom na územie Európskeho spoločenstva, resp. neskôr Európskej únie, presúva ťažisko ochrany hospodárskej súťaže do komunitárneho prostredia, ktorý záver potvrdzujú nižšie citované ustanovenia preambuly Nariadenia č. 1/2003.

324. Podľa 8. recitálu preambuly Nariadenia č. 1/2003, aby sa zabezpečilo účinné uplatňovanie súťažných pravidiel spoločenstva a primerané fungovanie mechanizmu spolupráce obsiahnuté v tomto nariadení, je potrebné zaviazat' orgány hospodárskej súťaže a súdy členských štátov, aby uplatňovali aj články 81 a 82 Zmluvy tam, kde uplatňujú vnútroštátne súťažné právo na dohody a postupy, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi. Aby sa vytvorili podmienky pre dohody, rozhodnutia a zosúladené postupy združení podnikov v rámci vnútorného trhu, je tiež podľa článku 83 ods. 2 písm. e/ Zmluvy potrebné stanoviť vzťah medzi vnútroštátnymi právnymi predpismi a súťažným právom spoločenstva. Na tento účel je potrebné zabezpečiť, aby uplatňovanie vnútroštátneho práva na dohody, rozhodnutia a zosúladené postupy v zmysle článku 81 ods. 1 Zmluvy nemohlo viesť k zakazu takých dohôd, rozhodnutí a zosúladených postupov, ak nie sú zakázané podľa súťažného práva spoločenstva. Pojmy dohôd, rozhodnutí a zosúladených postupov sú autonómnyimi pojmami súťažného práva spoločenstva pokrývajúcimi koordinovanie správania podnikov na trhu v zmysle ich výkladu súdmi spoločenstva. Členským štátom by nemalo byť podľa tohto nariadenia zabránené, aby na svojom území prijali a uplatnili pre hospodársku súťaž prísnejšie vnútroštátne právne predpisy, ktoré zakazujú alebo sankcionujú jednostranné konanie podnikov. Tieto prísnejšie vnútroštátne právne predpisy môžu zahŕňať ustanovenia, ktoré zakazujú alebo sankcionujú neprimerané chovanie voči hospodársky závislým podnikom. Okrem toho sa toto nariadenie nevzťahuje na vnútroštátne právne predpisy, ktoré ukládajú

trestné sankcie fyzickým osobám okrem prípadov, keď také sankcie sú prostriedkami, ktorými sa vynucuje u podnikov uplatňovanie súťažných pravidiel.

325. Podľa 9. recitálu preambuly Nariadenia č. 1/2003 články 81 a 82 Zmluvy majú cieľ chrániť hospodársku súťaž na trhu. Toto nariadenie, ktoré sa prijalo s cieľom vykonávania týchto ustanovení zmluvy, nebráni členským štátom vo vykonávaní vnútroštátnych predpisov na svojom území, ktoré chránia ich právoplatné záujmy za predpokladu, že také predpisy sú zlučiteľné so všeobecnými zásadami a ostatnými ustanoveniami práva spoločenstva. Pokiaľ sa takéto právne predpisy zameriavajú prevažne na cieľ, ktorý sa líši od cieľa zameraného na ochranu hospodárskej súťaže na trhu, orgány hospodárskej súťaže a súdy členských štátov môžu také predpisy uplatňovať na svojom území. Na základe toho môžu členské štáty podľa tohto nariadenia na svojom území vykonávať vnútroštátne právne predpisy, ktoré zakazujú alebo postihujú konania nečestnej obchodnej praxe nezávisle na tom, či sú jednostranné alebo dohodnuté zmluvne. Takéto predpisy sledujú špecifický cieľ, bez ohľadu na skutočný a predpokladaný vplyv takýchto konaní na hospodársku súťaž na trhu. Toto je osobitne prípad predpisov, ktoré zakazujú stanovovať obchodným partnerom podmienky alebo vyžadovať, alebo sa pokúšať vyžadovať od nich podmienky a protislužby, ktoré sú neoprávnené, neprimerané alebo neuvážené.

326. Podľa 15. recitálu preambuly Nariadenia č. 1/2003 Komisia a orgány hospodárskej súťaže členských štátov by mali vytvoriť spolu sieť verejných orgánov, ktoré v úzkej spolupráci uplatňujú súťažné pravidlá spoločenstva. Na tento účel je potrebné stanoviť informačný a konzultačný postup. Bližšie podrobnosti týkajúce sa spolupráce v rámci siete stanoví a bude revidovať Komisia v úzkej spolupráci s členskými štátmi.

327. Krajským súdom bol prostredníctvom rozsudku najvyššieho správneho súdu č.k. 5Afs 9/2008-328 položený dôraz na tzv. zdanlivý súbeh deliktov, t.j. situáciu, kedy je jednočinný súbeh vylúčený, hoci skutok formálne vykazuje znaky dvoch, či viac skutkových podstat deliktov.

328. Najvyšší súd v tejto súvislosti pripomína, že záujmom chráneným slovenským právom je v zmysle § 1 zákona č. 136/2001 Z.z. hospodárskej súťaže, ktorá je vymedzená tak po stránke personálnej (podnikatelia v zmysle § 3 ods. 2), ako aj po stránke teritoriálnej (viď exteritoriálne ustanovenie § 2 ods. 4 a 5) ako ochrana konkurenčných (súťažných) mechanizmov. Z tohto pohľadu ochrana hospodárskej súťaže slovenským právnym poriadkom odráža osobitosti vnútroštátnej právnej úpravy a v tomto rámci posudzuje konanie podnikateľov na trhu (viď rozsudok vo vyššie citovanej veci Manfredi, marg. č. 38).

329. Podľa § 1 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. účelom tohto zákona je ochrana hospodárskej súťaže (ďalej len „súťaž“) pred jej obmedzovaním, ako aj vytváranie podmienok na jej ďalší rozvoj v prospech spotrebiteľov a úprava právomoci a pôsobnosti Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (ďalej len „úrad“) pri dohľade nad dodržiavaním ustanovení tohto zákona.

330. Komunitárne právo ochrany hospodárskej súťaže v tom čase platné malo svoj základ v článkoch 81 až 86 ZES spolu s vykonávacími predpismi v tejto oblasti, t.j. najmä Nariadenie Rady č. 17/62 s účinnosťou od 1. marca 1962. V zmysle judikatúry SD EÚ (napríklad rozsudok SD EÚ vo veci sp.zn. C-6/72 účastníkov Continental Can) a primárneho a sekundárneho komunitárneho práva účelom súťažných pravidiel bolo to, aby na spoločnom trhu bola zabezpečená slobodná, poctivá, nenarušená a súčasne účinná súťaž. Avšak samotná súťaž je iba prostriedkom na dosiahnutie všeobecných cieľov Spoločenstva definovaných v článku 2 ZES.

331. Z judikatúry SD EÚ relevantnej pre prejednávajúcu vec (t.j. od veci sp.zn. 14/68 zo dňa 13. februára 1969 účastníkov Walt Wilhelm Walt Wilhelm a spol. v. Bundeskartellamt, až po rozsudok vo veci Manfredi) je možné vyvodiť záver (obdobne judikoval aj český súd v citovanom rozsudku), že hranicu medzi pôsobnosťou komunitárneho a vnútroštátneho práva SD EÚ na rozdiel od krajského súdu nechápe ako nepriepustný múr celkom oddelujúci súťažné právo vnútroštátne a komunitárne (t.j. na princípe autonómnosti oboch úprav), ale ako hranicu medzi suverénnou pôsobnosťou vnútroštátneho práva členských štátov (najmä z hľadiska konceptu účinkov na obchod medzi členskými štátmi) a oblasťou,

ktorá túto hranicu narušuje imperatívom dosiahnutia cieľov Európskeho spoločenstva prostredníctvom nutnosti aplikovať komunitárne právo, či už z pozície delegovanej právomoci na hospodársky orgán členského štátu alebo konaním v samotnej Komisii.

332. V súvislosti s ochranou hospodárskej súťaže najvyšší súd poukazuje nielen na hore citované závery pri uplatňovaní čl. 3 nariadenia č. 1/2003, ale zdôrazňuje aj čl. 5, 6 a nasl. Nariadenia č. 1/2003. Z uvedeného článku vyplýva nielen extenzívne rozšírenie právomoci vnútroštátnych súdov na aplikáciu tam citovaných článkov ZES na rozhodovacej úrovni orgánu Európskej únie, ale aj právomoc uplatňovať toto nariadenie v svojej rozhodovacej činnosti ako formálny právny prameň.

333. Podľa čl. 5 Nariadenia č. 1/2003 orgány hospodárskej súťaže členských štátov majú právomoc na uplatňovanie článkov 81 a 82 Zmluvy v jednotlivých prípadoch. Na tento účel, konajúc zo svojho vlastného podnetu alebo na základe sťažnosti, môžu prijímať tieto rozhodnutia:

- nariadiť skončenie porušovania,
- nariadiť dočasné opatrenia,
- prijímať záväzky,
- ukladať pokuty, pravidelné penále alebo iné sankcie podľa vnútroštátneho práva.

334. Podľa čl. 6 Nariadenia č. 1/2003 vnútroštátne súdy majú právomoc na uplatňovanie článkov 81 a 82 Zmluvy.

335. Vzájomné pôsobenie komunitárneho práva a vnútroštátneho práva prostredníctvom načrtnutej spolupráce podľa preambule (najmä vyššie citovaný 15. recitál). Avšak nakoľko nie je možné od počiatku v prípade vyhlásenia verejnej súťaže ich účinky vymedziť iba okruhom účastníkov a dotknutým trhom iba na vnútroštátne pôsobenie, resp. iba na komunitárne pôsobenie, potom najvyšší súd musí odmietnuť naznačené delenie mechanizmov ukladania sankcií na absorpčné a kumulačné ukladanie sankcií.

336. Naopak, vzhľadom na uvedené najvyšší súd poukazuje na simultánne (t.j. popri sebe v čase a priestore, kedy jeden právny systém je podsystémom druhého a naopak v závislosti na konkrétnostiach prejednávanej veci) pôsobenie vnútroštátnej a komunitárnej úpravy ukladania sankcií pri ochrane hospodárskej súťaže trhu (pritom z tohto pohľadu je irelevantné, či ide o vnútroštátny alebo spoločný trh). Simultánny mechanizmus ukladania pokút reprezentuje prienik obidvoch úprav tak v horizontálnej (možný paralelný účinok vyslovene uvedený v 22. recitálu preambule) ako aj vo vertikálnej (možný konvergenčný účinok) úrovni.

337. Podľa 6. recitálu preambule Nariadenia č. 1/2003 platí, že aby bolo zabezpečené účinné uplatňovanie súťažných pravidiel spoločenstva, orgány hospodárskej súťaže členských štátov by mali pri ich uplatňovaní užšie spolupracovať. Na tento účel by mali byť oprávnené uplatňovať právo spoločenstva.

338. Nie bez povšimnutia musí najvyšší súd poukázať na to, že na str. 72 napadnutého rozhodnutia žalovaný zdôrazňuje „... vzhľadom na jeho povahu patrí medzi najzávažnejšie porušenie zákona. Rada úradu zároveň zdôrazňuje, že v tomto prípade ide o pokutu, ktorá sa ukladá nielen za porušenie národného, ale aj za porušenie komunitárneho práva (porušenie čl. 81 ZES), t.j. že išlo o protiprávne konanie so širším dopadom, čo sa nevyhnutne musí odraziť aj v jej výške (oproti pokutám ukladaným za porovnateľné porušenie len národného súťažného práva). Táto skutočnosť nemôže byť pritom podľa záveru Rady úradu posúdená ako príťažujúca okolnosť ale ako skutočnosť, ktorá ovplyvňuje samotný základ pokuty“.

339. Takisto nie je prehliadnuteľné, hoci krajským súdom boli spomenuté úpravy výšky pokuty v odôvodnení, tak totožnosť výšky pokuty, ako aj dôsledky z toho vyplývajúce na jednočinný súbeh deliktov, najmä v oblasti špeciality, podľa vnútroštátneho aj podľa komunitárneho práva celkom krajský súd prehliadol.

340. 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 10 000,- Sk alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčísliť, pokutu do 10 000 000,- Sk.

VII.

341. Na základe zisteného skutkového stavu, uvedených právnych skutočností, po vyhodnotení námietok žalobcov, zúčastnenej osoby a stanoviska žalovaného najvyšší súd dospel k záveru, že odvolanie žalovaného proti rozsudku súdu prvého stupňa bolo dôvodné, a pretože neboli splnené predpoklady na potvrdenie tohto rozsudku a ani na jeho zrušenie (§ 221 OSP), najvyšší súd ako odvolací súd ho preto zmenil (§ 220 OSP) tak, že žaloby žalobcov zamietol (§ 250j ods. 1 OSP).

342. O trovách konania rozhodol najvyšší súd postupom podľa § 250k ods. 1 OSP tak, že účastníkom náhradu trov konania nepriznal, nakoľko žalobcovia v konaní neboli úspešní a žalovaný nemá zo zákona nárok na náhradu trov.

343. Čo sa týka vzneseného odvolania žalobcov vo vzťahu k náhrade trov konania (viď bod č. 35), kde poukázali na peňažné vyjadrenie hodnoty v prejednávanej veci, tomuto odvolaniu nemohol najvyšší súd vyhovieť, nakoľko dôvod priznania náhrad trov v prvostupňovom konaní, t.j. úspešnosť v predávanej veci, na základe rozsudku najvyššieho súdu odpadol.

344. Nakoľko však v prejednávanej veci zúčastnená osoba argumentačne podporovala postoj neúspešných žalobcov, nie je možné jej priznať právo na náhradu trov na základe princípu úspešnosti v konaní.

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku n i e j e príпустný opravný prostriedok.