

Rozsudky slovenských súdov v súťažných veciach

KATARÍNA FODOROVÁ

PROTIMONOPOLNÝ ÚRAD SR



V tomto príspevku sa zaoberám dvoma rozsudkami Najvyššieho súdu SR (ďalej ako „NS SR“) týkajúcich sa koordinácie vo verejnom obstarávaní a vo verejnej obchodnej súťaži a rozsudkom Súdneho dvora EÚ o prejudiciálnych otázkach NS SR.

1. NS SR: Dohoda v procese verejného obstarávania na trhu stavebných prác vrátane dodávok zariadenia na území Slovenskej republiky

NS SR¹ zamietol kasačnú sťažnosť podnikateľa Vertikal – SOLID, s.r.o. voči rozsudku Krajského súdu v Bratislave (ďalej ako „KS BA“)², ktorým KS BA zamietol žalobu o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia Protimonopolného úradu SR, odboru kartelov (ďalej ako „úrad“)³ v spojení s rozhodnutím Rady Protimonopolného úradu SR (ďalej ako „Rada úradu“)⁴, ktorými boli uložené sankcie za dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž zakázanú podľa § 4 ods. 1 v spojení s § 4 ods. 2 písm. a) a § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení účinnom do 30.6.2014. K zakázanej dohode došlo medzi štyrmi podnikateľmi - J.P.—STAV spol. s r.o., Ing. Vladimír Maduda PLYSPO, Vertikal – SOLID, s. r. o. a GMT projekt, spol. s r.o., ktorí v čase od 19.3. 2010 do 26.7. 2010 koordinovali svoj postup so zámerom zosúladiť cenové ponuky a účasti v súvislosti s verejnými obstarávaniami vyhlásenými obstarávateľom Zariadenie pre seniorov Juraja Schoppera, n.o., so sídlom Rožňava, predmet zákazky: „Hospic Juraja Schoppera – Rožňava Rekonštrukcia objektu SO 01.1 Kotolňa“ v predpokladanej hodnote zákazky 135 000 eur bez DPH, a predmet zákazky: „Zariadenie pre seniorov Juraja Schoppera – Rožňava, Rekonštrukcia objektu“ v predpokladanej hodnote zákazky 1 638 000 eur bez DPH, a takto zosúladený zámer aj následne realizovali predložením zosúladených ponúk v súťaži. Týmto konaním uzatvorili dohodu obmedzujúcu hospodársku súťaž formou priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koluzívneho správania sa na trhu stavebných prác vrátane dodávok zariadenia na území Slovenskej republiky.

V správnom konaní boli uložené pokuty vo výške J.P.—STAV – 158 783 eur, Ing. Vladimír Maduda PLYSPO – 39 539,50 eur, Vertikal – SOLID, s. r. o – 43 657 eur a GMT projekt, spol. s r.o - 148 981,70 eur. V konaní bol tiež aplikovaný program zhovievavosti (Leniency program) (účastník GMT projekt) ako aj inštitút urovnania (účastníci GMT projekt a PLYSPO).

Úrad založil primárne svoje závery na nepriamych dôkazoch o existencii dohody obmedzujúcej hospodársku súťaž vo forme analýzy ponúk predložených účastníkmi konania vychádzajúc z toho, že takéto dôkazy je možné použiť, ak nie je možné alebo nie je ponúknuté žiadne iné rozumné a prijateľné vysvetlenie zistených skutočností, pričom tieto skutočnosti konzistentne poukazujú na protisúťažné konanie a toto protisúťažné konanie možno na základe týchto dôkazov aj dostatočne určito definovať.

¹ Rozsudok NS SR sp. zn. 2 Sžhk/2/2017 z 25. 11. 2020.

² Rozsudok KS BA sp. zn. 5S/106/2015-38 z 15. 11. 2016.

³ Rozhodnutie č. 2014/KH/1/1/021 z 28. 7. 2014.

⁴ Rozhodnutie č. 2015/KH/R/2/004 z 12. 2. 2015.

Rada úradu v druhostupňovom rozhodnutí v tejto súvislosti poukázala na to, že úrad správne argumentoval závermi NS SR z predchádzajúceho rozsudku z 30.12.2013, sp. zn. 1 Sžhpu/1/2009, ako aj rozhodovacou praxou Súdneho dvora Európskej únie, ktoré potvrdili, že vzhľadom na osobitý charakter súťažného práva, kde priame dôkazy existujú len zriedkavo, je možné urobiť záver o protisúťažnom konaní podnikateľa na základe súboru nepriamych dôkazov, odvodených od správania podnikateľa na trhu, respektíve jeho iných prejavov. Rada úradu zdôraznila, že takéto závery musia byť koherentné a logické a použité nepriame dôkazy nemôžu pripúšťať iné vysvetlenie.

V prípade prvého verejného obstarávania ako nepriamy dôkaz koordinácie medzi podnikateľmi boli posúdené skutočnosti ako neodôvodnená zhoda cien, u troch podnikateľov chýbalo položkovité uvedenie cien v časti vnútorné vybavenie, pričom žiadny z účastníkov konania k tomuto neposkytol primerané vysvetlenie, nesprávne usporiadanie položiek vyskytujúce sa zhodne u viacerých účastníkov, nesprávny prepočet z meny euro na slovenské koruny, keď bolo výsledkom číslo uvedené v ponuke iného uchádzača. Z uvedeného dôvodu úrad napríklad nepochyboval o tom, že osoba, ktorá vypracovávala ponuku podnikateľa PLYSPO mala k dispozícii ponuku podnikateľa J.P.—STAV. Účastníci konania nedokázali obhájiť ani to, že jednotkové položky boli navzájom pevným násobkom položiek iného podnikateľa, čo je možné vysvetliť len tak, že osoba, ktorá vypracovávala ponuku pre určitého účastníka konania mala k dispozícii ponuku jeho konkurenta, konkrétne v prípade ponuky pre PLYSPO ponuku J.P.—STAV, v prípade ponuky Vertikal -SOLID ponuku PLYSPO a v prípade ponuky GMT projekt ponuku Vertikal -SOLID. Napriek tomu, že v súťažných podkladoch boli v súvislosti s jednotlivými časťami výkazu výmer uvádzaní v záhlaví rôzni projektanti, všetci účastníci konania uvádzali v súvislosti s jednotlivými časťami ponúk zhodne vždy len meno toho istého projektanta, ktorý bol v súťažných podkladoch uvedený len pre časť vlastná stavba. Uvedené nasvedčovalo podľa úradu tomu, že medzi účastníkmi konania došlo v súvislosti s ich ponukami k prenosu a kopírovaniu údajov, čím sa táto chyba preniesla od jedného účastníka konania do ponúk zvyšných účastníkov konania.

Z následne v konaní predloženého priameho dôkazu v neskoršom štádiu konania potom vyplynulo okrem potvrdenia koordinovaného správania medzi podnikateľmi GMT projekt a J.P.—STAV aj potvrdenie koordinácie medzi všetkými účastníkmi konania.

V prípade druhého verejného obstarávania boli dôkazom rôznej zhody v položkách cenových ponúk, k čomu účastníci konania nepredložili akceptovateľné vysvetlenie a tieto nemohli byť vyhodnotené inak ako výsledok koordinácie medzi nimi.

Úzke a intenzívne obchodné vzťahy medzi účastníkmi boli tiež považované za ďalší nepriamy dôkaz o protisúťažnej spolupráci medzi účastníkmi konania, keďže títo podnikatelia mali dostatočnú komunikačnú platformu, a teda bol zřejmý kontakt medzi nimi.

Konanie bolo posúdené ako jeden trvajúci delikt spočívajúci v zosúladenom postupe podnikateľov v oboch predmetných verejných obstarávaní, ktorého cieľom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže.

Účastník konania J.P.—STAV v konaní pred úradom okrem iného namietal, že sa úrad nezaoberal tým, že mu bola povolená

reštrukturalizácia. Rada úradu konštatovala, že zo zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nevyplývajú z povolenia reštrukturalizácie účinky na priebeh správneho konania, pričom pohľadávka štátu voči podnikateľovi, ktorý porušil pravidlá hospodárskej súťaže vzniká až právoplatným rozhodnutím vo veci. Z uvedeného dôvodu teda úrad nemal povinnosť prihlásiť uloženú pokutu, respektíve pokutu, ktorú plánoval uložiť, ako podmienenú pohľadávku v reštrukturalizačnom konaní.

Preskúmacie súdy sa plne stotožnili s postupom a závermi úradu vrátane výšky uloženej pokuty. Podľa KS BA dotknutí podnikatelia mali zámer prispieť vlastným správaním k naplneniu spoločného cieľa sledovaného všetkými zúčastnenými stranami a vedeli o skutočnom správaní, ktoré plánovali alebo vykonávali podniky pri výkone rovnakých zámerov, alebo ich mohli dôvodne predpokladať a boli pripravení prevziať toto riziko.

NS SR uviedol, že žalobou napadnuté rozhodnutie dávajú dostatočným spôsobom odpoveď na základné právne otázky a vysvetľujú právne úvahy žalovaného. Zohľadnenie a vyhodnotenie legálne získaných a legitímne použitých nepriamych dôkazov pritom nie je možné vyhodnotiť ako prejav svojvoľne rozhodujúceho správneho orgánu. NS SR poukázal aj na to, že počas druhostupňového konania účastník GTM projekt, predložil úradu dôkaz s podstatnou pridanou hodnotou v tom, že súbor nepriamych dôkazov, ktorými úrad preukazoval porušenie pravidiel hospodárskej súťaže, bol doplnený o priame dôkazy opisujúci konanie a postavenie dotknutých podnikateľov v protisúťažnom správaní. NS SR tiež poukázal na to, že žalobca sa dopustil protiprávneho konania v súvislosti s použitím verejných financií, čím mal byť zvýšenou mierou poškodený verejný záujem.

2. NS SR: Dohoda vo verejnej obchodnej súťaži na trhu stavebných a rekonštrukčných prác vrátane dodávok zariadení na území Slovenskej republiky

NS SR⁵ zamietol kasačnú sťažnosť voči rozsudku KS BA⁶. Predmetom súdneho prieskumu v tomto prípade boli rozhodnutia Rady úradu⁷, ktorá potvrdila rozhodnutie úradu⁸, ktorými bolo konštatované, že konanie podnikateľov VUMAT SK, s.r.o., B.C.D., spol. s r.o. a TERCIA, spol. s r.o., ktorého sa dopustili v čase od 21.9.2009 do 12.10.2009, spočívajúce v tom, že títo podnikatelia prostredníctvom výmeny informácií koordinovali svoj postup so zámerom zosúladiť cenové ponuky a účasť v súvislosti s verejnou obchodnou súťažou vyhlásenou na predmet zákazky „Rekonštrukcia penziónu ENERGETIK“, v predpokladanej hodnote 1 005 962,53 eur bez DPH, tak, aby poradie uchádzačov a víťaz boli dopredu známe, a svoj zámer následne predložením zosúladených ponúk v praxi aj realizovali, predstavuje dohodu obmedzujúcu súťaž pri účasti a predkladaní ponúk v procese predmetnej verejnej obchodnej súťaže. Táto dohoda, ktorá mala za cieľ obmedzenie hospodárskej súťaže na trhu stavebných a rekonštrukčných prác vrátane dodávok zariadení na území Slovenskej republiky, prostredníctvom priameho alebo nepriameho určenia cien tovaru, rozdelenia trhu a koluzívneho správania sa, v dôsledku ktorého podnikatelia koordinovali svoje správanie v procese verejnej obchodnej súťaže je podľa § 4 ods.1 v spojení s § 4 ods. 2 písm. a) a § 4 ods. 3 písm. a), c) a f) zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov v znení predpisov účinných do 31.12.2011 zakázaná.

V správnom konaní sa preukázalo, že všetci traja účastníci konania si prevzali v súvislosti s danou verejnou obchodnou súťažou súťažné

podklady, avšak účastník konania TERCIA, spol. s r.o. bol následne zo súťaže vylúčený z dôvodu, že nepredložil doklad preukazujúci oprávnenie podnikateľ, čo bolo podmienkou účasti v súťaži.

Predmet zákazky mal byť spolufinancovaný z európskeho fondu regionálneho rozvoja a prostriedkov štátneho rozpočtu.

Úrad získal ako dôkaz v konaní dve sady dokumentácie k posudzovanej súťaži, jednu od Ministerstva hospodárstva SR a jednu od vyhlasovateľky súťaže, pričom zistil, že dokumentácia od ministerstva týkajúca sa podnikateľov TERCIA, spol. s r.o. a B.C.D., spol. s r.o. v časti rozpočet sa líšila od tej, ktorú mu predložila vyhlasovateľka súťaže. Rozpočet od vyhlasovateľky súťaže obsahoval na CD len vlastné cenové rozpočty účastníkov, pričom v rámci dokumentácie predloženej ministerstvom obsahoval na CD v skrytých stĺpcoch aj cenový ponuku ostatných účastníkov (na CD nosiči neúspešného uchádzača B.C.D., spol. s r.o., ktorý skončil na druhom mieste, sa nachádzala v skrytom stĺpci ponuka víťaza súťaže VUMAT SK, s.r.o. a na CD nosiči neúspešného uchádzača TERCIA, spol. s r.o., ktorý skončil na treťom mieste, sa nachádzali v skrytých stĺpcoch ponuky víťaza VUMAT SK, s.r.o. a uchádzača B.C.D., spol. s r.o.). Protisúťažné konanie bolo teda preukázané jednak na vedomosti uchádzačov o predkladaných ponukách ostatných a tiež na neštandardnej zhode pomeru (indexov) jednotlivých ponúk navzájom. Podľa zistenia úradu cenová ponuka tretieho uchádzača vykazovala 100 % zhodu v konštantne stanovenom cenovom indexe vo vzťahu k druhému uchádzačovi. Cenová ponuka tretieho uchádzača bola vo všetkých 205 nacených položkách rozpočtu 1,10 násobne vyššia ako cenová ponuka druhého uchádzača, a zároveň vyššia ako cenová ponuka prvého. Cenová ponuka druhého uchádzača bola vo všetkých položkách rozpočtu 0,10 násobne vyššia ako cenová ponuka tretieho uchádzača a zároveň vyššia ako cenová ponuka prvého uchádzača.

Na základe týchto skutočností úrad uzavrel, že títo podnikatelia svoj postup vedome koordinovali, ich konanie nebolo nezávislé a pri vypracovaní a predkladaní ponúk spolupracovali, a to takým spôsobom, že prvý uchádzač - víťaz verejnej obchodnej súťaže VUMAT SK, s.r.o. vypracoval svoju cenovú ponuku. Túto cenovú ponuku, keďže iné logické vysvetlenie vzhľadom na preukázaný stav podľa úradu neexistovalo, musel prvý uchádzač poskytnúť druhému uchádzačovi - B.C.D., spol. s r.o. Tento cenovú ponuku prvého uchádzača naindexoval rôznymi indexmi tak, aby vyvolal zdanie súťaže a zároveň aby bola cenová ponuka druhého uchádzača vyššia ako cenová ponuka prvého uchádzača. Takto upravená ponuka prvého uchádzača bola postúpená druhým uchádzačom spolu s ponukou prvého uchádzača, tretiemu uchádzačovi - TERCIA, spol. s r.o. Tretí uchádzač následne naindexoval cenovú ponuku druhého uchádzača jednotným indexom tak, aby bola vyššia ako cenová ponuka druhého uchádzača.

Podnikateľom boli za toto konanie uložené pokuty vo výške: VUMAT SK, s.r.o. - 165 341 eur, B.C.D., spol. s r.o. - 28 176 Eur a TERCIA, spol. s r.o. - 63 562 eur. Pokuty boli uložené na hornej hranici možného zákonného rozpätia.

KS BA po preskúmaní veci konštatoval, že rovnako ako úrad a RADA úradu identifikoval 100% zhodu v existencii cenového indexu u podnikateľov TERCIA, spol. s r.o. a BCD, spol. s r.o. Cenový index predstavoval vo všetkých 205 ocenených položkách rozpočtu hodnotu 1,10, čo potvrdzuje celkové závery úradu. KS BA však zároveň konštatoval, že porovnaním jednotkových cien za jednotlivé cenové položky identifikoval výraznejšie odchýlky v ponukových cenách medzi VUMAT SK, s.r.o. a BCD, spol. s r.o., a vzhľadom na to výsledok cenového porovnania medzi TERCIA spol. s r.o., BCD, spol. s r.o. a VUMAT SK, s.r.o. na základe indexov nepovažoval za dôkaz. Súčasne však uzavrel, že vzhľadom na vykonané dokazovanie to podnikateľa VUMAT SK, s.r.o. nezbavuje zodpovednosti za protiprávne správanie, keď sa daní podnikatelia vopred dohodli na víťazovi, ktorým bol podnikateľ VUMAT SK, s.r.o. a dvaja ostatní len predložili krycie ponuky.

⁵ Rozsudok sp. zn. Sžhk/1/2019 zo dňa 4. 11. 2020.

⁶ Rozsudok v spojených veciach sp. zn. SS/133/2016-116, 6S 147/2016-116, 6S 173/2016-116 zo dňa 23. 5. 2015.

⁷ Rozhodnutie č. 2016/KH/R/2/028 zo dňa 9. 6. 2016.

⁸ Rozhodnutie č. 2015/KH/1/2015 zo dňa 25. 5. 2015.

Ďalej KS BA uviedol, že v prípade ak účastníci tendra priamo alebo nepriamo určia kto ponúkne akú cenu, prípadne sa dohodnú na postupe či určitom vzorci, ktorý sa použije pri výpočte ponukových cien neúspešných uchádzačov, dochádza k narušeniu nezávislej cenovej politiky a *de facto* sa stráca podstata a zmysel verejného obstarávania alebo verejnej obchodnej súťaže. Účastníci dohody sa predložením krycích ponúk snažili pritom iba vyvolať ilúziu skutočnej súťaže.

KS BA odmietol aj námietky voči formulácii výroku a uviedol, že tento bol formulovaný čo najpresnejšie v duchu požiadavky nezameniteľnosti a konkretizácie skutku, pričom ide o štandardný výrok. Je tiež podľa súdu potrebné brať do úvahy odlišnosti, ktoré vychádzajú z charakteru správnych deliktov v oblasti ochrany hospodárskej súťaže, ktoré neumožňujú špecifikáciu skutkov rovnakým spôsobom ako pri priestupkoch alebo trestných činoch.

KS BA konštatoval, že z administratívneho spisu mal preukázať, že vykonaným dokazovaním bolo preukázané kolúzne správanie žalobcov.

NS SR sa v plnom rozsahu stotožnil so závermi KS BA. Zdôraznil tiež, že existenciu protisúťažného konania možno preukázať aj na základe súboru nepriamych dôkazov, odvodených od správania podnikateľa na trhu, resp. jeho iných prejavov, ktoré ako celok môžu predstavovať dôkaz o porušení súťažných pravidiel pokiaľ neexistuje iné logické vysvetlenie pre takéto správanie. V tejto súvislosti poukázal tiež aj na svoj skorší rozsudok⁹ a uviedol cit.: „zistovaný skutkový stav sa skladá z jednotlivých skutočností, ktoré nielen správnenému súdu ale aj účastníkom umožňujú priblížiť a následne aj pochopiť reálnu udalosť alebo dej v určitom časovom úseku (t.j. skutok), ktoré by mali byť poznateľné. Z tohto rámca je nutné vylúčiť pre právne posúdenie skutku nezaujímavé (irelevantné) skutočnosti a naopak je nutné sa zamerať na rozhodujúce skutočnosti, rámec ktorých vždy individualizuje (predeterminuje) účastník svojim správaním, ktoré je vyhodnotené správnym orgánom ako zakázané. Je pritom celkom jednoznačné, že žiadny z orgá-

⁹ NS SR sp. zn. 1Sžhp/1/2009 zo dňa 30. 12. 2013.

nov štátnej ochrany hospodárskej súťaže, ktorý rozhoduje o nezákonnosti konania podnikateľa (súťažiteľa) nebol, prítomný v mieste a čase, keď sa stala reálna udalosť alebo sa odohral relevantný dej....Skutková podstata vyššie uvedeného správneho deliktu vychádza predovšetkým z kolúzneho 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 nosičom priamych dôkazov, a naopak núti dozorný orgán sa uchýľovať k nepriamym dôkazom. Potom nepriame dôkazy, t.j. indicie a ich dôkazná sila predovšetkým vyplývajú z aplikácie logických pravidiel myslenia (najmä logický dôkaz sporom), a preukazujú splnenie predpokladov protisúťažného cieľa“.

Preskúmacie súdy ako správnu potvrdili aj výšku uložených pokút, ktorá podľa ich záveru zodpovedá povahe, závažnosti deliktu, dĺžke porušovania a zároveň aj požiadavke generálnej prevencie.

ABSTRACT:

[KATARÍNA FODOROVÁ: A SELECTION OF SLOVAK COURTS DECISIONS IN MATTERS OF COMPETITION PROTECTION].

The Supreme Court upheld two decisions of the Office by which it imposed fines for bid rigging cartels. By the first decision the Office punished four construction companies J.P.-STAV spol. s r.o., Ing. Vladimír Maduda PLYSPO, Vertikal – SOLID, s. r. o. and GMT projekt, spol. s r.o. for concluding cartel agreement in public procurement. The public procurement was subject to collusion, referred to reconstruction of facility for seniors. Undertakings coordinated their behaviour aimed at harmonisation of price offers and participation in public procurement for this facility. In the second case the Office concluded the undertakings VUMAT SK, s.r.o., B.C.D, spol s r.o. and TERCIA, spol. s r.o. coordinated their conduct in the market of construction and reconstruction works including devices supply in territory of the Slovak Republic through the exchange of information and with the purpose to coordinate bids and their participation relating to public tender, so that the ranking of participants and winner were known in advance.