



UOHSX00CZRWQ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0187/2019/VZ-00493/2020/321/VJu

Brno 7. ledna 2020

V řízení o rozkladu ze dne 14. 10. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Statutární město Hradec Králové**, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0276/2019/VZ-26798/2019/521/RŠu ze dne 1. 10. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 17. 7. 2019 na návrh navrhovatele –

- **GARAMON, s.r.o.**, IČO 25278053, se sídlem Wonkova 432/1b, 500 02 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupena společností Karo, Lašmanský & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 05732069, se sídlem Klimentská 2062/6, Nové Město, 110 00 Praha 1 (ověřeno na základě plné moci ze dne 15. 2. 2019),

ve věci návrhu na uložení zákazu plnění „Dodatku č. 3“ uzavřeného dne 24. 1. 2019 mezi cit. zadavatelem a obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., ke „Smlouvě o dílo č. objednatele: 2016/1805“ uzavřené dne 16. 9. 2016 mezi cit. zadavatelem a obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „ZHOTOVENÍ A DISTRIBUCE INFORMAČNÍHO ZPRAVODAJE STATUTÁRNÍHO MĚSTA HRADCE KRÁLOVÉ RADNICE“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy k podání nabídky ze dne 13. 4. 2016, jehož dalším účastníkem je obchodní společnost –

- **SAMAB PRESS GROUP, a.s.**, IČO 25524291, se sídlem Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-26798/2019/521/RŠu ze dne 1. 10. 2019 podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

„Zadavateli – statutární město Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové – se podle § 264 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá zákaz plnění „Dodatku č. 3“ uzavřeného dne 24. 1. 2019 mezi cit. zadavatelem a obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., IČO 25524291, se sídlem Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno, ke „Smlouvě o dílo č. objednatele: 2016/1805“ uzavřené dne 16. 9. 2016 mezi cit. zadavatelem a obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „ZHOTOVENÍ A DISTRIBUCE INFORMAČNÍHO ZPRAVODAJE STATUTÁRNÍHO MĚSTA HRADCE KRÁLOVÉ RADNICE“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy k podání nabídky ze dne 13. 4. 2016, neboť zadavatel uzavřením „Dodatku č. 3“ umožnil v rozporu s ust. § 222 odst. 1 cit. zákona podstatnou změnu závazku ze „Smlouvy o dílo č. objednatele: 2016/1805“ po dobu jeho trvání ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) cit. zákona bez provedení nového zadávacího řízení tím, že změnil smluvní podmínky plnění z původní barevnosti tisku informačního zpravodaje „1/1 černá“ na stávající „4/1 – barevné 2 strany“, přičemž požadavky na provedení inzertní přílohy byly dle uzavřené „Smlouvy o dílo č. objednatele: 2016/1805“ totožné s požadavky na provedení informačního zpravodaje s výjimkou odlišné barvy papíru, tedy změnil předmět plnění veřejné zakázky tak, že tato změna mohla ovlivnit výběr dodavatele, neboť plnění odpovídající závazku z „Dodatku č. 3“ k předmětné smlouvě měl zadavatel povinnost zadat v zadávacím řízení dle cit. zákona a uvedený „Dodatek č. 3“ tak byl uzavřen postupem podle § 254 odst. 1 písm. a) cit. zákona, tj. bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, příp. předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení, příp. předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek uveřejnit.“

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-26798/2019/521/RŠu ze dne 1. 10. 2019 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 17. 7. 2019 návrh navrhovatele GARAMON, s.r.o., IČO 25278053, se sídlem Wonkova 432/1b, 500 02 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupena společností Karo, Lašmanský & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 05732069, se sídlem Klimentská 2062/6, Nové Město, 110 00 Praha 1 (ověřeno na základě plné moci ze dne 15. 2. 2019) (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne na uložení zákazu plnění smlouvy - „Dodatku č. 3“ (dále jen „**dodatek č. 3**“) uzavřeného dne 24. 1. 2019 mezi statutárním městem Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**zadavatel**“) a obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., IČO 25524291, se sídlem Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno (dále jako „**vybraný dodavatel**“), ke „Smlouvě o dílo č. objednatele: 2016/1805“ uzavřené dne 16. 9. 2016 mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem (dále jen „**smlouva**“) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „ZHOTOVENÍ A DISTRIBUCE INFORMAČNÍHO ZPRAVODAJE STATUTÁRNÍHO MĚSTA HRADCE KRÁLOVÉ RADNICE“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy k podání nabídky ze dne 13. 4. 2016 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-S0276/2019/VZ.

¹ „Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.“

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 1. 10. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-26798/2019/521/RŠu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kde výrokem I rozhodl tak, že zadavateli se podle § 264 odst. 1 zákona ukládá zákaz plnění dodatku č. 3 ke smlouvě uzavřené v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť zadavatel uzavřením dodatku č. 3 umožnil v rozporu s § 222 odst. 1 zákona podstatnou změnu závazku ze smlouvy po dobu jeho trvání ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona bez provedení nového zadávacího řízení tím, že změnil smluvní podmínky plnění z původní barevnosti tisku informačního zpravodaje „1/1 černá“ na stávající „4/1 – barevné 2 strany“, přičemž požadavky na provedení inzertní přílohy byly dle uzavřené smlouvy totožné s požadavky na provedení informačního zpravodaje s výjimkou odlišné barvy papíru, tedy změnil předmět plnění veřejné zakázky tak, že tato změna mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, tj. plnění odpovídající závazku z předmětné smlouvy po provedené změně měl zadavatel povinnost zadat v zadávacím řízení dle zákona a uvedený dodatek č. 3 tak byl uzavřen postupem podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona, tj. bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, příp. předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek, ačkoliv zadavatel byl povinen toto oznámení, příp. předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek uveřejnit. Výrokem II pak Úřad zadavateli uložil uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč dle § 266 odst. 1 zákona.
4. Úřad konstatoval, že zadavatel dodatkem č. 3 změnil barevnost tisku informačního zpravodaje statutárního města Hradec Králové (dále jen „**zpravodaj**“) z původní 1/1 černá (tj. oboustranný jednobarevný - černobílý tisk) na novou 4/1 – barevné 2 strany (tj. z jedné strany čtyřbarevně - plnobarevně a z druhé strany jednobarevně – černobíle). Zadavatel umožnil zhotoviteli ve smlouvě o dílo na své vlastní náklady zhotovit inzertní přílohu, která bude vložena do zpravodaje, přičemž příjmy z inzertní přílohy inkasuje zhotovitel na svůj účet. Vzhledem k tomu, že se dle smlouvy o dílo požadavky na provedení inzertní přílohy shodují s požadavky na provedení zpravodaje v tištěné podobě s výjimkou odlišné barvy papíru, promítá se změna barevnosti tisku provedená dodatkem č. 3 nepřímo i do požadavků na provedení inzertní přílohy, která tedy může být od účinnosti dodatku č. 3 nově tištěna, stejně jako zpravodaj, v barevnosti 4/1 – barevné 2 strany.
5. Dále Úřad zjistil, že na relevantním trhu je běžným standardem barevná inzerce a o černobílou inzerci ze strany inzerentů není zájem. Stejně tak Úřad učinil obecné konstatování, že náklady na barevný tisk jsou vyšší než náklady na tisk černobílý a dále že příjmy z inzerce se podílely na celkových výnosech vybraného dodavatele z cca 60,5%. Úřad pak dospěl k závěru, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně závazku ze smlouvy, neboť při uzavírání smlouvy vycházeli dodavatelé podávající nabídky z okolností (náklady a zisky černobílého reklamního tisku), které se významně změnily, neboť náklady na barevný tisk a zisky z barevné reklamy jsou významně jiné oproti tisku černobílému a tato hlediska by se mohla promítnout do podaných nabídek v původním zadávacím řízení, kdyby bylo vedeno s parametry barevného tisku. Vzhledem k tomu, že dodatek č. 3 byl podstatnou změnou smlouvy učiněnou bez provedení nového zadávacího řízení, uložil Úřad zadavateli zákaz plnění dodatku č. 3.

III. Rozklad zadavatele

6. Dne 14. 10. 2019 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 10. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Zadavatel vyslovuje přesvědčení, že Úřad nesprávně aplikoval právní úpravu na zjištěný skutkový stav a dále zadavatel nesouhlasí s právní argumentací Úřadu a obecně uvádí, že se Úřad nevypořádal s některými tvrzeními zadavatele.
8. Předně je zadavatel toho názoru, že změna smlouvy dodatkem č. 3 není způsobilá umožnit účast jiných dodavatelů v původním zadávacím řízení a dále že předmětná změna smlouvy neměla vliv na výběr dodavatele v původním zadávacím řízení a to z těch důvodů, že předmětem zadávacího řízení nebylo vymezení pravidel pro inzertní část zpravodaje či stanovení jejího účelu, ale pouze stanovení přiměřených pravidel pro její obsah ve vztahu ke skutečnosti, že zadavatelem je statutární město. Zadavatel dále uvádí, že v zadávacích podmínkách nestanovil, zda musí být inzertní část zpravodaje komerční, a tedy generovat nějaký příjem anebo nekomerční a dále že výše příjmu z inzerce není zaručená a nelze ji dopředu spočítat, nadto není ovlivněna výlučně barevností tisku, ale zejména obchodní zdatností vybraného dodavatele, situací na trhu apod. Zadavatel pak opakovaně zdůrazňuje, že inzerce nebyla předmětem plnění veřejné zakázky – tedy zadavatel ji v rámci předmětu veřejné zakázky vůbec nezadal a pokud tedy změna provedená dodatkem č. 3 nebyla předmětem zadání veřejné zakázky, nelze ji dle § 222 odst. 3 zákona ani posuzovat.
9. Dále zadavatel uvádí, že se Úřad vůbec nevypořádal s jeho argumentací pro užití § 222 odst. 3 písm. b) zákona stran změny ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
10. V části II bodě 3 rozkladu pak zadavatel shrnuje zjištění učiněná Úřadem u otázek položených vybraným subjektům, zda lze v obecné rovině souhlasit na základě jejich zkušeností s tvrzením navrhovatele, že možnost barevné inzerce ve srovnání s inzercí černobílou je pro jejich zhotovitele mnohem atraktivnější, neboť se lépe nabízí a prodává a kolik činí cenový rozdíl (uvedený v procentech, příp. v absolutních číslech) mezi inzercí barevnou a inzercí černobílou. Zadavatel má za to, že Úřad se nedostatečně zabýval zkoumáním získaných odpovědí a pouze učinil obecná konstatování v bodech 107 a 111 napadeného rozhodnutí. Zadavatel také uvádí, že odpověď obchodní společnosti Regionální vydavatelství s.r.o., se sídlem k Žižkovu 289/9, 190 00 Praha 9, IČO: 27846717 (dále jako „**poddodavatel vybraného dodavatele**“) na položené otázky je ve prospěch zadavatele a dále zadavatel tvrdí, že Úřad v podstatě učinil závěr shodný s tvrzením zadavatele, že zisk z inzertní přílohy je ovlivněn obchodní zdatností dodavatele, nikoliv jejím provedením.
11. V části II bodě 4 rozkladu zadavatel rekapituluje zjištění učiněná Úřadem u otázky položené vybraným subjektům, v jaké cenové relaci (cena bez DPH) by byly dotázané společnosti schopny vyhotovit 50 000 výtisků zpravodaje s uvedenými parametry (jak při počtu 4 stran, tak při počtu 8 stran, tj. včetně inzertní přílohy), a to jak v případě barevnosti tisku „1/1 černá“, tak v případě barevnosti tisku „4/1 – barevné dvě strany. Zadavatel pak zaslané

odpovědi na tento dotaz považuje za irelevantní, avšak Úřad považuje za relevantní odpověď společnosti GEOPRINT s.r.o.

12. K dotazům Úřadu pak zadavatel uvádí, že Úřad v bodech 34 a 35 napadeného rozhodnutí jasně vymezil, za jakým účelem své dotazy společností podává, nicméně v bodě 110 napadeného rozhodnutí naopak uvedl, že účelem šetření Úřadu bylo pouze v obecné rovině objasnit situaci na trhu tištěných médií, včetně základních ekonomických kauzalit fungujících na tomto trhu. Zadavatel dále rekapituluje tvrzení Úřadu, že tento nezamýšlel na základě získaných odpovědí potenciálních dodavatelů přesně vyčíslit, o kolik je barevný tisk dražší oproti černobílému tisku či o kolik je příjem z barevné inzerce vyšší oproti příjmu z černobílé inzerce, avšak podstatou dotazů bylo obecně vymezit oblasti, které změna barevnosti tisku zpravodaje včetně inzertní přílohy zasáhla, resp. do kterých se promítala, čímž by mohla ovlivnit rozhodování potenciálních dodavatelů v těchto oblastech a následně i při zvažování účasti v zadávacím řízení. Dle zadavatele je však tato argumentace rozporná s předmětem dotazů Úřadu. Zadavatel se pak domnívá, že Úřad postupoval v rozporu s § 50 odst. 3 a 4 správního řádu, když nevzal v potaz pro zadavatele hovořící odpovědi některých dodavatelů a dále když díky rozporu obsahu otázek a závěrů dovozených z odpovědí na uvedené dotazy není zadavatel schopen zjistit, jakými úvahami se Úřad při hodnocení podaných odpovědí řídil.
13. Dále zadavatel uvádí, že Úřad nevzal v úvahu, že zadavatel je povinen při nakládání s veřejnými prostředky postupovat v souladu se zásadou 3E (efektivnost, hospodárnost, účelnost) a že provedení změny smlouvy dodatkem č. 3 je hospodárnější, než zahajovat nové zadávací řízení.
14. V části II bodě 7 rozkladu zadavatel polemizuje s úvahami Úřadu vedenými obiter dictum.

Závěr rozkladu zadavatele

15. Zadavatel v rozkladu navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele zamítne a správní řízení zastaví, ev. pak napadené rozhodnutí zruší a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

16. Dne 21. 10. 2019 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za věcně správné a zcela se ztotožňuje s argumentací Úřadu.
17. Navrhovatel uvádí, že z ničeho neplyne zadavatelovo tvrzení, že zhotovení inzertní přílohy nebylo předmětem původní veřejné zakázky, naopak uvádí, že opak plyne ze zadávací dokumentace a dále zdůrazňuje, že ze správního spisu vyplývá, že úvahy o příjmu z inzerce se promítly do cenové kalkulace (nabídky) učiněné vybraným dodavatelem v zadávacím řízení ve výši 60%. Dále navrhovatel předkládá důkaz – záznam emailové komunikace – přičemž tvrdí, že se jedná o e-mail od poddodavatele vybraného dodavatele, kde tento nabízí klientovi inzerci ve zpravodaji RADNICE, přičemž je dle navrhovatele z nabídky patrné, že ceny za barevnou inzerci jsou o 20 % vyšší, než ceny za inzerci černobílou. Navrhovatel pak zdůrazňuje, že v předloženém e-mailu je navíc uvedeno jako výhoda, že „*oproti konkurenčnímu Hradečáku může poddodavatel nabídnout i barevnou plochu pro inzerci.*“

18. Na to navrhovatel zdůrazňuje, že nelze přikládat jakoukoli relevanci vysvětlení poskytnutému Úřadu na základě jeho výzvy ze strany poddodavatele vybraného dodavatele, neboť z důvodu jeho ekonomické provázanosti s vybraným dodavatelem je nutno jej považovat za podjatého a jím poskytnuté informace tedy za tendenční.
19. Dále pak navrhovatel vede polemiku s argumentací zadavatele a považuje jeho tvrzení za účelová či nesprávná a vyslovuje souhlas s postupem a argumentací Úřadu v řízení a napadeném rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl věcně správně, avšak byl nedostatečně precizně formulován výrok I napadeného rozhodnutí. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně výroku napadeného rozhodnutí.

V. K důvodům změny výroku I napadeného rozhodnutí

23. Zprvu uvádím, že napadené rozhodnutí měním z toho důvodu, že byť jeho odůvodnění je, až na závěry opravené níže, správné, je chybně formulován výrok napadeného rozhodnutí a tuto vadu je nutno odstranit. Věcně se však obsah rozhodnutí nemění.
24. Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí uvedl, že *„...tato změna mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, tj. plnění odpovídající závazku z předmětné smlouvy po provedené změně měl zadavatel povinnost zadat v zadávacím řízení dle cit. zákona,...*“ přičemž taková formulace evokuje, že uzavření dodatku č. 3 ovlivnilo původní zadávací řízení. Taková konstrukce však neodpovídá smyslu a textaci zákona. Nad rámec uvádím, že není obecně možné, aby věci budoucí (dodatek č. 3 – rok 2019) ovlivňovaly již nastalé věci minulé v době, kdy nastaly (zadávací řízení – rok 2016) – tedy do minulosti.
25. Hypotéza § 222 odst. 3 písm. a) hovoří o situaci, kdy za podstatnou změnu smlouvy je považována taková změna smluvních podmínek, která **by** umožnila účast jiných dodavatelů nebo **by mohla** ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, **pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně**. Zákon tedy pracuje s hypotetickou konstrukcí, zda by změny učiněné dodatkem č. 3 mohly umožnit účast jiných dodavatelů nebo by mohly ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, **pokud by**

zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly změně učiněné dodatkem číslo 3. Takovéto úvahy Úřad zcela správně učinil, vizte zejména body 112 až 116 napadeného rozhodnutí, avšak díky formulační nepřesnosti se nepromítly do výroku I napadeného rozhodnutí. Tuto vadu napadeného rozhodnutí tedy opravuji změnou jeho výroku I.

26. Dále je třeba uvést na pravou míru znění části odstavce 119 napadeného rozhodnutí. Úřad se v tomto odstavci zabýval tím, zda v šetřeném případě nejsou splněny podmínky pro aplikaci odstavců 4 až 7 § 222 zákona. K odstavcům 4 až 6 citovaného ustanovení pak Úřad uvádí, že nelze tyto odstavce aplikovat, neboť provedená změna smlouvy není vyčíslitelná v penězích. Takové tvrzení však není správné a je třeba zdůraznit, že odstavce pátý a šestý lze užit i pokud změna není vyčíslitelná v penězích. Obecně lze říci, že je buď možné, že provedenou změnou nedojde ke změně v ceně plnění, případně nelze změnu ceny plnění vyčíslit. Pak se podmínka stanovená v písmenech c) odstavců 5 a 6 tak chápe jako splněná, tedy za splnění dalších podmínek bude moci být taková změna smlouvy dle těchto odstavců posouzena jako nepodstatná. Úřad správně dospěl k závěru, že výjimky dle odstavců 4, 5, 6 a 7 citovaného ustanovení nelze v této věci užit, avšak u odstavců 5 a 6 k tomu Úřad dospěl na základě nesprávných úvah. Úvahy vztahující se k odstavcům 4 a 7 Úřad učinil správně. Odstavce 5 nelze užit, neboť se v této věci nejednalo o dodatečné stavební práce, dodávku ani službu a zejména se nejednalo o změnu nezbytnou. Pořízení barevného tisku zpravodaje a inzertní přílohy bylo vyvoláno bez vnější nutnosti pořídit takové plnění a bylo volbou zcela závislou na vůli zadavatele a vybraného dodavatele, tedy jednalo se o plnění zbytné. Stejně tak se nejedná o plnění, jehož nutnost změny by byla nepředvídatelná, neboť barevný tisk je a i v roce uzavření původní smlouvy byl dlouho známá technologie a běžně využívaná tisková možnost, kterou zadavateli nic nebránilo použít. Tím pádem nelze využít ani § 222 odst. 6, který hovoří o potřebě vzniklé v důsledku okolností, které nešlo předvídat. Nadto lze uvést, že zadavatel možnost využití těchto výjimek ani netvrdil a neprokazoval.

27. V dalším je napadené rozhodnutí Úřadu zákonné a správné.

VI. K námitkám rozkladu zadavatele

28. K námitkám zadavatele uvedeným v části II bod 1 rozkladu uvádím, že neobstojí zadavatelem několikrát zdůrazňované tvrzení, že zhotovení inzertní přílohy zpravodaje nebylo předmětem původní veřejné zakázky. Úřad se tímto tvrzením dostatečně a správně zabýval v bodech 85 a 86 napadeného rozhodnutí, kde je srozumitelně pospáno, proč je inzertní příloha součástí zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Stručně tedy shrnuji, že zadávací dokumentace i následně uzavřená smlouva obsahují specifikaci inzertní přílohy a nadto z provedení dokazování vyplynulo, že vybraný dodavatel kalkuloval s příjmy z inzerce při stanovení nabídkové ceny. Zadávací podmínky skutečně nestanoví, zda má být inzertní příloha komerční či ne, nicméně jednak taková úvaha vyplývá z charakteru inzerce jako takové a dále z toho, že pokud jsou náležitosti inzertní přílohy stanoveny negativně (jaká být nesmí) pak vše, co není zakázáno je dovoleno, přičemž komerční využití inzertní přílohy zakázáno nebylo. Dále to, že výše příjmu z inzerce není zaručena, závisí na více faktorech a není dopředu zjistitelná neznamená, že změna parametrů inzerce nemůže mít vliv na její ziskovost (argument zadavatele o „obchodní zručnosti“). Zisk z prodeje jakékoliv věci je vždy ovlivněn mnoha faktory na straně nabídky a poptávky a zpravidla nikdy nelze zjistit, jaký vliv bude mít

v reálném světě změna jednoho daného parametru nabídky/poptávky, neboť ostatní faktory se v čase stále mění. To však neznamená, že zcela odmítneme vliv jednotlivých faktorů na zisk, jak to činí zadavatel, když tvrdí, že parametry inzerce nemají na veřejnou zakázku (zisk) vliv, neboť zisk více ovlivní „obchodní zručnost“ vybraného dodavatele.

29. Pokud tedy Úřad dovedl, že změna barevnosti inzertní předlohy by mohla mít vliv na účast jiných dodavatelů či mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by byla zahrnuta již v původním zadávacím řízení, pak zadavatelem uvedené argumenty správnost této úvahy nevyvrací. Úřad v napadeném rozhodnutí vysvětlil, že provedená změna barevnosti inzerce zasahuje do plnění veřejné zakázky v několika směrech a je jí nutno vnímat komplexně. Změna mohla mít vliv na nákladovost zhotovení inzerce (technická náročnost výroby, vyšší náklady na tisk) i její ziskovost (větší poptávka po barevné inzerci, vyšší ceny za barevnou inzerci) a tyto změny Úřad vyhodnotil jako podstatné. Zejména Úřad akcentoval to, že pokud by barevnost inzerce byla obsažena v původním zadávacím řízení, mohli potenciální dodavatelé zvažující podání nabídky všechna tato kritéria vyhodnotit jinak, než jak je vyhodnotili u černobílé inzerce. To je pak mohlo motivovat k účasti v zadávacím řízení či podání odlišných nabídek. S těmito úvahami Úřadu je třeba souhlasit. Je také vhodné pro podpoření argumentace o vlivu změny charakteru plnění na veřejnou zakázku poukázat na závěry Nejvyššího správního soudu vyslovené v rozsudku ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019-73, *„To však neznamená, že by zadavatel byl následně oprávněn (tím spíše poté, kdy je vybrán konkrétní dodavatel) obchodní podmínky libovolně měnit. Dodavatelé při úvahách o zisku, nákladech a riziku spojeném s účastí v zadávacím řízení vycházejí ze zadávacích podmínek (včetně obchodních podmínek) obsažených v zadávací dokumentaci. Třebaže obchodní podmínky konkrétního dodavatele z účasti v zadávacím řízení objektivně nevylučují, nastavení obchodních podmínek může v jednotlivých případech (vedle toho, že je dodavatelé promítají do nabídkové ceny) vnímat dodavatel subjektivně tak, že za daných podmínek pro něj není účast v zadávacím řízení z ekonomického hlediska atraktivní.“*
30. K námitkám zadavatele uvedeným v části II bod 2 uvádím, že jsou irelevantní. Úřad své rozhodnutí založil na § 222 odst. 1 a 3 písm. a) zákona a vyloučil užití výjimek dle § 222 odst. 2, a 4 až 7. Zabývat se tím, zda se v uvedeném případě nejednalo i o naplnění hypotézy § 222 odst. 3 písm. b) je irelevantní, neboť k uložení nápravného opatření postačí konstatování Úřadem již učiněná. Jednotlivé hypotézy (písmena) § 222 odst. 3 jsou výčtem alternativním, nikoliv kumulativním, jak plyne z užití slova „nebo“ v písmenu b). Postačí tedy naplnění kterékoliv jednotlivé hypotézy (písmena) § 222 odst. 3 k tomu, aby mohla být konstatována podstatná změna závazku ze smlouvy, neaplikuje-li se některá z výjimek dalších odstavců § 222. Další vedení řízení a přezkum všech možných variant postupů či pochybení zadavatel by bylo neúčelným a tedy rozporným se zásadou hospodárnosti správního řízení. Bez ohledu na to, zda by Úřad shledal porušení či dodržení § 222 odst. 3 písm. b) v této věci, by správní řízení mělo stejný výsledek jako je tomu nyní.
31. Co se týče částí rozkladu, kde zadavatel napadá provedené dotazování Úřadu, je třeba uvést, že i v této věci postupoval Úřad správně. Úřad jasně uvedl k jakým vyjádřením a proč přihlížel. Co se týče zadavatelem akcentovaného vyjádření poddodavatele vybraného dodavatele, pak toto vyjádření neuvádí nic, co by vyvracelo obecný závěr Úřadu o tom, že je na relevantním trhu naprostým standardem barevná inzerce a o černobílou inzerci není zájem (odstavec 107 napadeného rozhodnutí). Zde zcela souhlasím s úvahou navrhovatele

implicitně převzatou i Úřadem, že pokud o černobílou inzerci není zájem a o barevnou inzerci minimálně potenciálně zájem je, pak barevná inzerce pravděpodobně půjde snáze prodat a dojde tak k podstatné změně – z neprodejného produktu/služby na prodejný. V zásadě tak platí (což ostatně plyne i z odůvodnění napadeného rozhodnutí), že relevantní trh na veřejnou zakázku ve „změněné“ podobě je odlišný (potenciálně větší), než trh na veřejnou zakázku v „původní“ podobě. Lze rovněž tvrdit, že přesně tento „důsledek“ změny adresuje § 222 odst. 3 písm. a) zákona. Jistě lze přisvědčit úvaze v tom smyslu, že na obchodní úspěch podnikatele má vliv mnoho faktorů, jako jsou jeho prodejní schopnosti, kontakty, cenová politika a podobně. Stejně tak má jistě vliv i kvalita plnění – v tomto případě barevnost. Závěry Úřadu o podstatném vlivu barevnosti na závazek ze smlouvy pak obstojí.

32. K tvrzení zadavatele obsaženému v posledním odstavci části II bodu 4 rozkladu o irelevantnosti poskytnutých vyjádření, když žádné neodpovídá na položenou otázku, uvádím, že Úřad se ve svém dotazu tázal za na cenovou kalkulaci dvou variant tisku zpravodaje v nákladu 50 000 kusů a tato kalkulace mu byla společností GEOPRINT s.r.o. zaslána. Položené dotazy jsou tedy zodpovězeny a jejich relevance Úřadem vysvětlena zejména v bodech 109 až 111 napadeného rozhodnutí. Námitka zadavatele je mylná. Úřad se rovněž vyjádřil k tomu, ze kterých vyjádření a jaké závěry činil, a to jasně a srozumitelně.
33. Stran námitek obsažených v části II bodě 5 rozkladu zdůrazňuji, že Úřadem opatřené důkazy byly hodnoceny v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů a významným momentem je to, že Úřad hodnotí důkazy podle jejich obsahu, ne podle úmyslu, jaký měl při získávání dotčených důkazů (v tomto případě tedy podle úmyslu, se kterým byly kladeny otázky Úřadu adresované subjektům působícím na relevantním trhu). Veškeré námitky zadavatele v tom smyslu, že mu není zřejmé, proč se na uvedené dotazy Úřad ptal, jsou tedy liché, neboť tento úmysl je zcela irelevantní. Nadto lze tvrdit, že Úřad zcela srozumitelně vysvětlil, vizte bod 110 napadeného rozhodnutí, proč dotazy kladl. Na okraj uvádím, že v průběhu správního řízení může být Úřad veden různými úvahami a v návaznosti na ně opatřovat různé důkazy, přičemž v rozhodnutí samém se nemusí zdaleka promítnout každá úvaha, která v průběhu řízení Úřad „napadla“ a kterou Úřad prověřil. Stejně tak se Úřad nemusí jmenovitě vyjádřit ke každé jednotlivé listině zvlášť. V této věci Úřad jasně označil důkazy, ze kterých vycházel, popsal úvahy, jenž na základě provedeného dokazování provedl a správně (s výhradou uvedeného výše) aplikoval právní úpravu na zjištěný skutkový stav. Správní řád obecně Úřadu ukládá povinnost zjistit skutkový stav věci o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Stejně tak však správní řád v § 52 stanoví účastníkům správního řízení povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení. Zadavatel tedy měl a mohl opatřit důkazy a navrhnout jejich provedení, nikoliv pasivně přihlížet vedení správního řízení a následně označovat provedené důkazy za irelevantní bez hlubší argumentace.
34. Pokud zadavatel tvrdí rozpornost bodů 34 a 35 napadeného rozhodnutí s bodem 110, pak se jedná o rozpor zdánlivý či účelově tvrzený. Body 34 a 35 jsou uvedeny v části odůvodnění nadepsané „*Další průběh správního řízení*“ a jedná se o popisnou část rozhodnutí, která shrnuje průběh správního řízení. Naopak bod 110 pak je již hodnocením onoho průběhu správního řízení a v něm opatřených důkazů. Konstatování o tom, že byl pořízen důkaz, není v rozporu s jeho hodnocením a až na excesy (které v tomto případě přítomny nejsou) v něm ani být nemůže.

35. Zadavatelův výklad zásady 3E pak zcela popírá smysl zákona. Ad absurdum vede zadavatelův výklad k tomu, že se dle zákona nebude postupovat nikdy, protože zadávací řízení je časově i finančně nákladné a tedy je lepší jej vůbec neprovádět. Je pravdou, že zásada hospodárnosti se v právní úpravě zadávání veřejných zakázek vyskytuje, nestojí však nad výslovným zněním zákona či ostatními zásadami. Jak uvedl Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0243/2017/VZ-26011/2017/542/ODv ze dne 6. 9. 2017, „*Ekonomická výhodnost tak nemůže převážit nad zákonným postupem.*“, což Úřad v uvedeném rozhodnutí v odstavci 107 opřel o četné judikaturní závěry tam citované.² V zásadě tedy platí, že je vždy přezkoumáváno, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, v souladu se zásadami transparentnosti, přiměřenosti, rovnosti a zákazu diskriminace a až posléze se zkoumá, zda zadavatelův postup byl souladný se zásadou hospodárnosti a tato tedy nepřevažuje nad ostatními.
36. K úvaze Úřadu učiněné obiter dictum a polemice zadavatele s ní není nezbytné se vyjadřova a ponechám tedy tuto polemiku stranou, neboť šlo pouze o doporučení Úřadu učiněná právě pouze obiter dictum. K důkazu předloženému navrhovatelem s jeho vyjádřením k rozkladu (e-mail poddodavatele vybraného dodavatele) pak uvádím, že není pro hodnocení věci rozhodný, veškerá skutková zjištění byla dostatečně a správně zjištěna již ve správním řízení vedeném Úřadem v prvním stupni a předložený důkaz pouze opětovně podpírá již Úřadem učiněná zjištění.
37. Závěrem tedy shrnuji, že zadavatel uzavřením dodatku č. 3 umožnil v rozporu s § 222 odst. 1 zákona podstatnou změnu závazku ze smlouvy po dobu jeho trvání ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona bez provedení nového zadávacího řízení tím, že změnil smluvní podmínky plnění z původní barevnosti tisku informačního zpravodaje „1/1 černá“ na stávající „4/1 – barevné 2 strany“, přičemž tato změna mohla ovlivnit výběr dodavatele, neboť plnění odpovídající závazku z dodatku k předmětné smlouvě měl zadavatel povinnost zadat v zadávacím řízení dle zákona, což ale zadavatel v tomto případě neučinil. Podstatná změna byla založena tím, že při změně barevnosti tisku zpravodaje z černobílé na barevnou se změnila inzertní příloha z černobílé na barevnou a pokud by takové podmínky takové byly obsaženy již v původním zadávacím řízení, mohly by ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení. Z toho důvodu se v tomto případě jedná o změnu podstatnou a nedovolenou. Pokud chtěl zadavatel předmět plnění v rozsahu změn dle dodatku č. 3 pořídit, pak měl takové plnění pořídit v souladu se zákonem, tedy jej zadat v zadávacím řízení s využitím některého z druhů zadávacího řízení.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

38. Vzhledem k tomu, že i přes změnu výroku I jsou dále splněny podmínky pro uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II napadeného rozhodnutí, je tento výrok potvrzen, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozhodnutí.

² Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 – 131 ze dne 15. 10. 2015; Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017; Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32.

VII. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí je zatíženo vadou, jsem přistoupil ke změně výroku napadeného rozhodnutí, neboť jsou pro to splněny zákonné podmínky a ve věci lze rozhodnout. Ve zbytku jsem neshledal důvody pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí.
40. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové
2. Karo, Lašmanský & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Klimentská 2062/6, Nové Město, 110 00 Praha 1
3. SAMAB PRESS GROUP, a.s., Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy