



UOHSX00CM34Z

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0276/2019/VZ-26798/2019/521/RŠu

Brno: 1. října 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17. 7. 2019, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové,
- navrhovatel – GARAMON, s.r.o., IČO 25278053, se sídlem Wonkova 432/1b, 500 02 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 2. 2019 společností Karo, Lašmanský & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 05732069, se sídlem Klimentská 2062/6, Nové Město, 110 00 Praha 1,
- obchodní společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., IČO 25524291, se sídlem Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno,

ve věci návrhu ze dne 17. 7. 2019 na uložení zákazu plnění „Dodatku č. 3“ uzavřeného dne 24. 1. 2019 mezi cit. zadavatelem a cit. obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., ke „Smlouvě o dílo č. objednatele: 2016/1805“ uzavřené dne 16. 9. 2016 mezi cit. zadavatelem a cit. 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,

rozhodl takto:

I.

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 cit. 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 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, 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.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – statutární město Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové – ukládá povinnost

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE

1. Zadavatel – statutární město Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), který je jakožto územní samosprávný celek veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016

Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), dne 13. 4. 2016 odesláním písemné výzvy k podání nabídky z téhož dne (dále jen „výzva k podání nabídky“) zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „ZHOTOVENÍ A DISTRIBUCE INFORMAČNÍHO ZPRAVODAJE STATUTÁRNÍHO MĚSTA HRADCE KRÁLOVÉ RADNICE“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 2.3. výzvy k podání nabídky zhotovení tištěné podoby informačního zpravodaje zadavatele, zajištění jeho distribuce a zhotovení jeho elektronické verze a její distribuce.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle bodu 2.5. výzvy k podání nabídky činí 5 700 000,- Kč bez DPH za 4 roky.
4. Dle protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 4. 5. 2016 obdržel zadavatel čtyři nabídky, a to od navrhovatele – GARAMON, s.r.o., IČO 25278053, se sídlem Wonkova 432/1b, 500 02 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 2. 2019 společností Karo, Lašmanský & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 05732069, se sídlem Klimentská 2062/6, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), obchodní společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s., IČO 25524291, se sídlem Cyrilská 357/14, Trnitá, 602 00 Brno (dále jen „společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s.“ nebo „zhotovitel“), společnosti Profi-tisk group s.r.o., IČO 26868954, se sídlem Krakovská 201/14, 779 00, Olomouc – Nové Sady² a společnosti CZECH PRINT CENTER a.s., IČO 43875548, se sídlem Černokostelecká 613/145, Malešice, 108 00 Praha 10.
5. Rada města Hradce Králové (dále jen „rada města“) usnesením RM/2016/926 ze dne 23. 8. 2016 rozhodla zadat veřejnou zakázku společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s.
6. Dne 16. 9. 2016 uzavřel zadavatel s obchodní společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu o dílo č. objednatele 2016/1805 (dále jen „smlouva o dílo“).
7. Zadavatel a společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s. (dále společně také jako „smluvní strany“), dne 21. 2. 2017 uzavřely na základě usnesení rady města RM/2017/188 ze dne 7. 2. 2017 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo (dále jen „dodatek č. 1“).
8. Smluvní strany následně dne 29. 10. 2018 uzavřely na základě usnesení rady města RM/2018/1161 ze dne 9. 10. 2018 dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo (dále jen „dodatek č. 2“).
9. Dne 24. 1. 2019 smluvní strany uzavřely na základě usnesení rady města RM/2019/9 ze dne 8. 1. 2019 dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo (dále jen „dodatek č. 3“).
10. Dne 17. 7. 2019 podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na uložení zákazu plnění dodatku č. 3 z téhož dne (dále jen „návrh“).

¹ jakož i veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – pozn. Úřadu

² ode dne 30. 12. 2016 se sídlem Kyselovská 559/125, Slavonín, 783 01 Olomouc – pozn. Úřadu

II. OBSAH NÁVRHU

11. Navrhovatel podává návrh s odkazem na ustanovení § 254 odst. 1 písm. a) zákona, neboť se domnívá, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k níže uvedenému porušení zákona.
12. Navrhovatel uvádí, že uzavřením dodatku č. 3 došlo ke změně barevnosti tisku na 4/1 – barevné 2 strany (tj. z jedné strany čtyřbarevně - plnobarevně a z druhé strany jednobarevně – černobíle), čímž de facto došlo k takové změně v podmínkách zpracování zpravodaje, která ekonomicky výrazně zvýhodňuje stávajícího zhotovitele zpravodaje, a dochází tak k popření výsledků původního zadávacího řízení.
13. Tento fakt navrhovatel dovozuje ze skutečnosti, že v důsledku změny barevnosti tisku samotného zpravodaje došlo nepřímo i ke změně barevnosti tisku inzertní přílohy, která představuje plně ziskovou část plnění veřejné zakázky. Změna barevnosti inzertní přílohy má dle navrhovatele zásadní dopad na cenotvorbu zhotovitele, neboť zisk z inzertních příloh dle podmínek smlouvy o dílo náleží výhradně zhotoviteli. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že barevná inzerce se o mnoho výhodněji nabízí a prodává, přičemž pokračuje, že pokud by při přípravě nabídky věděl, že mu bude umožněno prodávat barevnou inzerci, stanovil by podstatně nižší nabídkovou cenu. Změna podmínky barevnosti tak mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, a tudíž jde dle navrhovatele o podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle § 222 zákona.
14. K posouzení podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku navrhovatel předně odkazuje na § 273 odst. 6 zákona, dle kterého zadavateli vyvstala povinnost dodržovat při uzavírání dodatku č. 3 příslušná ustanovení zákona.
15. Navrhovatel je přesvědčen, že uzavřením dodatku č. 3 měnícího původní závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku bez provedení nového zadávacího řízení došlo k naplnění dvou skutkových podstat generální klauzule dle § 222 odst. 3 zákona, a to skutkové podstaty dle písm. a) a b) cit. ustanovení zákona.
16. Zásadnější a zcela evidentní pochybení navrhovatel spatřuje v naplnění skutkové podstaty dle § 222 odst. 3 písm. b) zákona. Navrhovatel uvádí, že změna závazku ze smlouvy, která ve výsledku umožnila vydávat barevnou inzerci, značně ekonomicky zvýhodnila stávajícího zhotovitele zpravodaje, jelikož ten má nyní prokazatelně vyšší zisk, a to až o cca 25 %. K ověření této skutečnosti navrhovatel odkazuje na veřejně dostupný ceník, který doručil v příloze k návrhu. Navrhovatel dále odkazuje na ceníky obdobných médií nabízejících inzerci, u nichž je příjem za barevnou inzerci vyšší oproti černobílé o cca 30 %. Navrhovatel uvádí, že ačkoliv nedošlo k navýšení nabídkové ceny či jiného kritéria hodnocení, ani nedošlo ke změně rozsahu plnění veřejné zakázky, stávající zhotovitel získal díky změně závazku ekonomicky výhodnější pozici, než měl před uzavřením dodatku č. 3. Vzhledem k tomu, že smlouva o dílo byla uzavřena na dobu neurčitou, poukazuje navrhovatel na fakt, že toto ekonomické zvýhodnění stávajícího zhotovitele může trvat i několik let. Navrhovatel dále k argumentu zadavatele, že uzavřením dodatku č. 3 došlo ke změně závazku pouze ve prospěch zadavatele, uvádí, že náklady na barevný tisk nejsou oproti černobílému tisku podstatné, tudíž má zhotovitel příležitost s minimálními náklady navíc získat z inzerce podstatně vyšší zisk.

17. Navrhovatel se dále vyjadřuje k naplnění skutkové podstaty dle § 222 odst. 3 písm. a) zákona, ke které dle navrhovatele rovněž došlo. Jednání zadavatele mohlo mít vliv na výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly změně provedené dodatkem č. 3. Navrhovatel uvádí, že pokud by podával nabídku za těchto nových podmínek, nabídl by s ohledem na vyšší příjem z barevné inzerce podstatně nižší nabídkovou cenu než v původním zadávacím řízení a mohl se tak stát vybraným dodavatelem. Navrhovatel konstatuje, že pokud by zadavatel zahájil nové zadávací řízení s obměněnými zadávacími podmínkami, mohl by obdržet nabídky s výrazně nižší nabídkovou cenou, a to v řádech desítek procent. Uvedená změna tak dle navrhovatele celkově narušila ekonomické fungování veřejné zakázky.
18. Navrhovatel dále uvádí, že provedenou změnu závazku ze smlouvy nelze podřadit pod jakoukoliv z negativně vymezených změn, které nejsou považovány za podstatné, uvedených v § 222 odst. 4 až 7 zákona, stejně jako ji nelze podřadit ani pod povolenou změnu dle § 222 odst. 2 zákona, neboť ji zadavatel nepředpokládal, ani si ji v zadávací dokumentaci nevyhradil.
19. Navrhovatel závěrem vyslovuje újmu, která mu v důsledku nezákonného postupu zadavatele vznikla, přičemž tuto spatřuje v nemožnosti ucházet se o plnění, které je předmětem smlouvy o dílo a jejího dodatku č. 3 v řádné hospodářské soutěži a v zákonném zadávacím řízení.
20. Navrhovatel Úřadu navrhuje, aby po přezkoumání postupu zadavatele podanému návrhu v plném rozsahu vyhověl a uložil zadavateli dle § 264 odst. 1 zákona zákaz plnění dodatku č. 3.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

21. Úřad obdržel návrh dne 17. 7. 2019 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
22. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s.
23. Zahájení správního řízení Úřad oznámil jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-19788/2019/521/RŠu ze dne 19. 7. 2019.
24. Dne 26. 7. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“).

Vyjádření zadavatele

25. Zadavatel souhlasí s tvrzením navrhovatele, že dne 16. 9. 2016 uzavřel se společností SAMAB PRESS GROUP, a.s., smlouvu o dílo, jejímž předmětem je zhotovení a distribuce informačního zpravodaje statutárního města Hradce Králové. Zadavatel rovněž potvrzuje, že dne 24. 1. 2019 uzavřel ke smlouvě o dílo dodatek č. 3, kterým nahradil původně černobílý tisk tiskem zčásti černobílým a zčásti barevným, tak, že v čl. II. odst. 1 smlouvy o dílo změnil

položku „barevnost tisku“ z původní hodnoty „1/1 černá“ na stávající hodnotu „4/1 – barevné dvě strany“. Zadavatel souhlasí s názorem navrhovatele, že změna závazku ze smlouvy předmětné veřejné zakázky se s ohledem na přechodná ustanovení zákona posuzuje podle § 222 zákona, což také zadavatel při uzavírání dodatků ke smlouvě o dílo učinil.

26. Zadavatel dospěl k závěru, že změna, která je předmětem dodatku č. 3, není způsobilá umožnit účast jiných dodavatelů, a tudíž neměla vliv na výběr dodavatele v původním zadávacím řízení z následujících důvodů. Předmětem veřejné zakázky nebylo vymezení pravidel pro inzertní přílohu zpravodaje či stanovení jejího účelu, ale pouze stanovení přiměřených pravidel pro její obsah s ohledem na skutečnost, že zadavatelem je statutární město. Zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil, zda musí být inzertní část komerční, a tedy generovat nějaký zisk. Zadavatel dále poukazuje, že výše příjmu z inzerce není zaručena ani ji nelze dopředu vyčíslit, nadto není ovlivněna výlučně barevností tisku, ale zejména obchodní zdatností zhotovitele, situací na trhu apod.
27. K tvrzení navrhovatele, že by v případě podmínek znění dodatku č. 3 v původním zadávacím řízení stanovil podstatně nižší nabídkovou cenu s ohledem na vyšší příjem z barevné inzerce, má zadavatel za to, že pokud by měla změna podmínek takový dopad na nabídkovou cenu navrhovatele, analogicky by se promítla i do nabídkových cen ostatních uchazečů a v konečném důsledku by dle zadavatele nebyl ovlivněn výběr dodavatele.
28. Zadavatel dále uvádí, že vzhledem k tomu, že předmětná změna nemá ekonomickou povahu a navíc byla provedena ve prospěch zadavatele, který získává za nezměněných cenových podmínek výhodnější plnění, má zadavatel za to, že ani pod ust. § 222 odst. 3 písm. b) zákona nelze provedenou změnu smlouvy o dílo podřadit. Zadavatel dále konstatuje, že pokud navrhovatel tvrdí, že se příjem vybraného dodavatele navýšil až do 25 % a dokládá to ceníkem, zadavatel je přesvědčen, že ceník nepředstavuje jistotu takového příjmu. Zadavatel dále pokračuje, že je mu známo, že stávající zhotovitel sám inzerci nenabízí, ale celou inzertní přílohu přenechává svému smluvnímu partnerovi, přičemž cena mezi zhotovitelem a jeho smluvním partnerem se v důsledku změny barevnosti nezměnila. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, dle kterého nejsou náklady na barevný tisk oproti tisku černobílému podstatné, přičemž uvádí, že je mu známo, že náklady na barevný tisk jsou vyšší o cca 25 %.
29. Dále se zadavatel vyjadřuje k podmínkám pro podání návrhu. V této souvislosti zadavatel odkazuje na ust. § 250 odst. 1 zákona. Zadavatel nesouhlasí, že by navrhovateli v důsledku zadavatelova postupu vznikla tvrzená újma, neboť navrhovatel se jako uchazeč účastnil původního zadávacího řízení, ve kterém neuspěl z důvodu nevýhodné nabídkové ceny. Zadavatel uvádí, že „[n]avrhovatel netvrdí ani nedokazuje, že by předmětné zadávací řízení mělo vady, které by mohly vést k jeho opakování, napadá pouze obsah dodatku č. 3. Jeho tvrzení, že se nemůže ucházet o plnění, které je předmětem smlouvy na veřejnou zakázku a jejího dodatku v řádné hospodářské soutěži a v zákonném zadávacím řízení, se tak nezakládá na pravdě a je jen účelovým tvrzením pro potřeby podání předmětného návrhu.“. Zadavatel uvádí, že ani vyhověním návrhu by se nezměnilo navrhovatelovo postavení ve vztahu k předmětné veřejné zakázce, neboť tu bude nadále plnit zhotovitel. Navrhovatel dle zadavatele není subjektem, který by byl oprávněn podat návrh na zákaz plnění dodatku č. 3.

30. Zadavatel konstatuje, že neuzavřel dodatek č. 3 na základě výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení a nebyl povinen předběžné oznámení učinit, když uzavřel dodatek č. 3 postupem podle § 222 zákona, tedy jako změnu závazku ze smlouvy, což mu zákon za předpokladu dodržení pravidel stanovených v § 222 zákona nezakazuje. Zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že dodatkem č. 3 nedošlo ke změně hodnoty veřejné zakázky, zadavatel posoudil jeho uzavření ve vztahu k ustanovení § 222 odst. 1 a 3 zákona za přípustné a nebyl tedy dán důvod pro podání návrhu.
31. Zadavatel Úřadu navrhuje, aby řízení o návrhu zastavil dle § 257 písm. b) zákona, neboť návrh neobsahuje, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku vznikla nebo hrozí navrhovateli újma, nebo aby návrh z důvodu uvedených v § 265 zákona zamítl.

Další průběh správního řízení

32. Dne 29. 7. 2019 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci o zadávacím řízení, která byla doručena v listinné podobě, prostřednictvím datové schránky a datové zprávy.
33. Dne 31. 7. 2019 obdržel Úřad žádost navrhovatele o sdělení informací ze spisu sp. zn. S0276/2019/VZ.
34. Úřad ve dnech 1. 8. 2019 a 2. 8. 2019 oslovil společnosti VLTAVA LABE MEDIA a.s., MAFRA, a.s., GRAWEB s.r.o., Regionální vydavatelství s.r.o. a Horácké noviny s žádostí o sdělení, zda lze v obecné rovině na základě jejich zkušeností souhlasit s tvrzením navrhovatele, že možnost barevné inzerce ve srovnání s inzercí černobílou je pro jejich zhotovitele mnohem atraktivnější, neboť se lépe nabízí a prodává. V této souvislosti Úřad rovněž žádal o sdělení, kolik činí cenový rozdíl (uvedený v procentech, příp. v absolutních číslech) mezi inzercí barevnou a inzercí černobílou.
35. Dne 2. 8. 2019 Úřad dále oslovil společnosti GEOPRINT s.r.o., Walstead Moravianpress s.r.o., Aprinto Group s.r.o., ART – D Grafický atelier Černý s.r.o. a KRPA FORM, a.s., s žádostí o sdělení, v jaké cenové relaci (cena bez DPH) by byly tyto společnosti schopny vyhotovit 50 000 výtisků zpravodaje s výše 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 2 strany“.
36. Dne 2. 8. 2019 odeslal Úřad navrhovateli sdělení k žádosti o sdělení informací ze spisu č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-21149/2019/521/RŠu z téhož dne.
37. Dne 2. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti Walstead Moraviapress s.r.o. z téhož dne, ve kterém uvedla, že není schopna dodat požadované služby, neboť neprovádí služby jako je sazba textů a fotografií včetně jejich grafických úprav a jazykové korektury textu. Z toho důvodu není schopna zakázku nacenit.
38. Dne 5. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti Aprinto Group s.r.o., která uvedla, že není schopna vyhotovit srovnávací cenu, neboť neprovádí elektronické verze a jejich distribuci, nezabývá se sazbou dodaných textů včetně fotografií a jejich grafických úprav, jakož se ani nezabývá jazykovou korekturou textů.
39. Dne 6. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s., z téhož dne (dále jen „vyjádření společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s.“).

Vyjádření společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s.

40. Společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., nesouhlasí s tvrzeními navrhovatele uvedenými v návrhu, přičemž však potvrzuje, že na základě požadavku zadavatele došlo k uzavření dodatku č. 3. V důsledku toho však nedošlo k takové podstatné změně, která by umožňovala účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně podle § 222 odst. 3 písm. a) zákona, ani k podstatné změně, která mění ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch zadavatele podle § 222 odst. 3 písm. b) zákona.
41. K tvrzenému naplnění skutkové podstaty dle § 222 odst. 3 písm. b) zákona společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., uvádí, že žádnou výhodu (ekonomickou ani jinou) uzavřením dodatku č. 3 nezískala. Navrhovatel dle společnosti SAMAB PRESS GROUP, a.s., ve své argumentaci pouze hypoteticky dovozuje jisté předpoklady bez jejich relevantního doložení a zohlednění všech souvislostí. Navrhovatel pomíjí, že ceny inzerce se v obdobných případech ujednávají individuálně, nikoliv podle ceníků, které jsou určeny pro koncové inzerenty. Ceníky inzerce proto v daném případě nemají žádnou relevanci. Společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., uvádí, že je běžnou obchodní praxí výrobce periodika (i stávajícího zhotovitele), že neprodává inzerci jednotlivým zájemcům o ni (inzerentům), ale má uzavřenou smlouvu s poskytovatelem inzerce (reklamní agenturou), a to s ujednanou paušální cenou veškeré inzerce v daném periodiku v ujednaném rozsahu a době. Následně poskytovatel inzerce nabízí, resp. ujednáva ceny inzerce podle ceníků. Zhotovitel dále uvádí, že je běžné poskytování různých slev, například právě ve vztahu k barevnému tisku, který je v současné době již považován za standard, proto se v obchodní praxi barevná inzerce prodává za cenu černobílé (nelze však vycházet výlučně z ceníků).
42. Společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., opakuje, že nelze vycházet z ceníku, který navrhovatel doložil jako přílohu návrhu, neboť se nejedná o ceník zhotovitele, nýbrž poskytovatele inzerce (reklamní agentury), které zhotovitel pouze prodává reklamní plochu, a to za stejných podmínek jako před účinností dodatku č. 3. Zhotovitel dále objasňuje, že je výrobcem tiskoviny, nikoliv reklamní agenturou či zprostředkovatelem inzerce a je tedy v jiném postavení než reklamní agentura.
43. Zhotovitel opakovaně uvádí, že nemohlo dojít k jeho zvýhodnění, neboť inzertní plochu v daném periodiku poskytuje za stejných podmínek, tj. za stejnou cenu jako před uzavřením dodatku, a to při zvýšených nákladech na barevný tisk.
44. Náklady na barevný tisk nejsou dle zhotovitele nepodstatné tak, jak tvrdí navrhovatel, ale jsou výrazně vyšší, a to již vzhledem k nutnosti použít jinou technologii a materiály při výrobě barevné tiskoviny, jakož i k větší časové náročnosti takové výroby. Z tohoto důvodu nelze vycházet z toho, že rozdíl v nákladech je minimální tak, jak činí navrhovatel.
45. K naplnění skutkové podstaty dle § 222 odst. 3 písm. a) zhotovitel uvádí, že tato je pouhou spekulací navrhovatele, neboť své tvrzení více nerozvádí a nedokládá.
46. Zhotovitel považuje podaný návrh za neopodstatněný a navrhuje, aby mu nebylo vyhověno.

Další průběh správního řízení

47. Dne 7. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti GEOPRINT s.r.o., která uvedla, že při barevnosti tisku 1/1 černá by cena při nákladu činila 40 330,- Kč

bez DPH a při barevnosti tisku 4/1 – barevné 2 strany by cena při nákladu činila 50 391,- Kč bez DPH.

48. Dne 8. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti Regionální vydavatelství s.r.o. z téhož dne. Společnost Regionální vydavatelství s.r.o. uvedla, že v současné době je prodej barevné inzerce standardem a téměř všechna média jsou tištěna v plné barvě, černobílý tisk je zcela výjimečný. Kombinace černobílého a barevného tisku je produkčně složitější než čistě černobílý nebo čistě barevný tisk, a proto u takového tisku dochází ke zvýšení provozních nákladů. Společnost Regionální vydavatelství s.r.o. pokračuje, že v dnešní době je naprostým standardem rovněž prodej barevné inzerce. Pokud byla v dotčeném médiu v minulosti k dispozici černobílá inzerce a nyní je možná kombinace černobílé a barevné, muselo dojít k přenastavení procesů prodeje, jako je změna ceníku, přenastavení odbavovacího softwaru, proškolení zaměstnanců apod. Všechny tyto procesy jsou časově i personálně relativně náročné a ve výpočtu případného ekonomického profitu je nutno s nimi počítat. Pokud by za předpokladu požadavku 2 stran barevných a 2 stran černobílých obchodní zástupce požadoval příplatek 25 % za barevnou inzerci, byl by celkový výnos na vydání vyšší až o 12,5 %, což však v praxi neplatí z těchto důvodů. Inzerenty přemístěné do barevné části většinou nenahradí noví inzerenti do černobílé části, čímž se rozdíl snižuje o neprodanou volnou plochu. Druhým důvodem je běžné používání smluvních cen a slev. Při zohlednění všech výše uvedených skutečností tak společnost Regionální vydavatelství uvádí, že reálný rozdíl ve výnosnosti z barevné inzerce je buď velmi malý (1 – 5 %) nebo spíše prakticky žádný, přičemž velkou roli při výnosech z prodeje hraje aktivita a schopnosti obchodních zástupců.
49. Dne 8. 8. 2019 umožnil Úřad nahlédnout navrhovateli do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0276/2019/VZ.
50. Dne 8. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti MAFRA, a.s., ze dne 5. 8. 2019, která uvedla, že dle jejích zkušeností lze souhlasit s tvrzením, že možnost barevné inzerce je ve srovnání s inzercí černobílou pro zadavatele inzerce mnohem atraktivnější, neboť se lépe nabízí a prodává. Společnost MAFRA, a.s., dále uvádí, že není schopna vyčíslit rozdíl mezi černobílou a barevnou inzercí, neboť ve všech tištěných médiích nabízí pouze inzerci plnobarevnou, a to z toho důvodu, že o černobílou inzerci není zájem. Černobílá inzerce se využívá v rámci řádkové inzerce, případně v rámci textové inzerce. Rozdíl mezi barevnou a černobílou inzercí je tedy spíše o omezeném rozsahu inzertních klientů, kteří tuto omezenou nabídku využijí, resp. o omezeném rozsahu inzertních sdělení, pro které inzertní klienti tuto možnost využijí.
51. Dne 9. 8. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky sdělení společnosti VLTAVA LABEL MEDIA a.s., z téhož dne, která uvedla, že lze souhlasit s tvrzením, že možnost barevné inzerce je ve srovnání s inzercí černobílou pro jejich zhotovitele mnohem atraktivnější, neboť se lépe nabízí a prodává. Společnost VLTAVA LABEL MEDIA a.s., rovněž uvedla, že standardem inzertního trhu tištěných médií je barevná inzerce a černobílá inzerce je mimo realitu inzertního trhu, kdy většina zákazníků černobílou inzercí vůbec nepoužívá. Inzerenti dle zkušeností společnosti VLTAVA LABEL MEDIA a.s., černobílou inzercí odmítají, proto ceníkové ceny inzertní plochy dané společnosti vycházejí pouze z barevné inzerce. Z uvedených důvodů není schopna společnost VLTAVA LABEL MEDIA a.s., uvést cenový rozdíl mezi barevnou a černobílou inzercí.

52. Dne 16. 8. 2019 obdržel Úřad sdělení společnosti Walstead Moravianpress s.r.o., která doplnila své sdělení ze dne 2. 8. 2019 o kalkulaci barevné a černobílé inzerce následovně. Při tisku 8 stran činí cena v případě barevnosti „4/4“ 0,959 Kč/ks a při barevnosti „1/1“ 0,785 Kč/ks. Při tisku 4 stran činí cena v případě barevnosti „4/4“ 0,77 Kč/ks a při barevnosti „1/1“ 0,733 Kč/ks.
53. Úřad účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0276/2019/VZ-23655/2019/521/RŠu ze dne 27. 8. 2019 stanovil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
54. Dne 29. 8. 2019 umožnil Úřad navrhovateli nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0276/2019/VZ.
55. Dne 2. 9. 2019 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Žádné další vyjádření k podkladům rozhodnutí Úřad ve stanovené lhůtě (ani později) od účastníků správního řízení neobdržel.

Vyjádření navrhovatele k podkladům pro rozhodnutí

56. Navrhovatel uvádí, že tvrzení zadavatele, 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“ neodpovídá skutečnosti, neboť ve výzvě k podání nabídky bylo zhotoviteli umožněno zhotovit inzertní přílohu, která bude vložena do zpravodaje. To, že zhotovení inzertní přílohy bylo dobrovolné, dle navrhovatele nic nemění na tom, že bylo vymezeno zadávacími podmínkami veřejné zakázky a úzce se věcně neoddělitelně pojí s vydáváním zpravodaje.
57. Dle navrhovatele ze spisu vyplývá, že zhotovitel bude zajišťovat inzerci a předpokládá, že v případě černobílé inzerce budou výnosy z inzerce představovat cca 60 % celkových výnosů, přičemž platba od zadavatele bude ve výši 40 % výnosů. Na základě uvedeného lze tedy dovodit, že příjem z inzerce jednoznačně vstupoval do kalkulace nabídkové ceny jak u navrhovatele, tak u zhotovitele.
58. Navrhovatel dále pokračuje, že podmínky pro vydávání inzertní přílohy bezpodmínečně vstupují do úvah dodavatelů při kalkulaci nabídkové ceny, neboť je museli při sestavení nabídky zohlednit a příjem z inzerce případně zahrnout do nabídkové ceny. Dle navrhovatele někteří dodavatelé mohli vzdát svou účast v zadávacím řízení z důvodu nemožnosti vydávat barevnou inzerci, která je v dnešní době již standardem, případně se mohli rozhodnout inzerci nevydávat a nabídnout o to vyšší nabídkovou cenu.
59. Dle navrhovatele není výše příjmu z inzerce ovlivněna výlučně barevností tisku tak, jak tvrdil zadavatel, ale otázka barevnosti tisku vstupuje do podnikatelských úvah dodavatele. Každý dodavatel si na trhu počíná odlišně, když některý je zdatnější při cenovém vyjednávání nákladů, některý je zdatnější při prodeji apod. Proto je dle navrhovatele sestavení nabídkové ceny čistě individuální a interní záležitostí každého dodavatele a pro její stanovení jsou pak důležité vstupní parametry, ze kterých vzejde cenová nabídka.
60. Navrhovatel dále dovodil, že z obsahu spisu vyplývá, že příjem z inzerce vstupuje do vzorce při kalkulaci nabídkové ceny, tudíž ovlivňuje výši nabídkové ceny jako jediného hodnotícího kritéria, a nelze obecně kvantifikovat podíl příjmu z inzerce na zisku, protože je individuální u každého dodavatele.

61. Navrhovatel dále shrnuje již dříve uvedené skutečnosti a obsah spisu. K vyjádření Regionálního vydavatelství s.r.o. navrhovatel uvádí, že toto nelze považovat za objektivní důkaz, neboť se jedná o poddodavatele zhotovitele. Obecně však navrhovatel uvádí, že i tento dodavatel pouze potvrzuje navrhovatelova tvrzení.
62. Podstatou v šetřeném případě dle navrhovatele je dívat se na provedenou změnu optikou všech potenciálních dodavatelů, tedy těch, kteří se o veřejnou zakázku ucházeli či vůbec neucházeli. K tomu navrhovatel uvádí, že by býval v původním zadávacím řízení nabídl podstatně nižší nabídkovou cenu, neboť se sám zabývá i inzercí a ví, že by byl schopen zajistit vyšší příjem z barevné inzerce.
63. Navrhovatel dále uvádí, že odkazoval na ceníky z toho důvodu, neboť z nich vyplývá minimálně to, že barevná inzerce je dražší než černobílá a je přitom nepodstatné, zda je tato skutečnost tím kterým dodavatelem zužitkována nebo zda se jedná o 15 % či o 25 % ceny.
64. Zadavatel měl tedy dle navrhovatele realizovat nové zadávací řízení s novými zadávacími podmínkami, kterého by se navrhovatel zúčastnil.
65. Už jen samotný fakt, že zhotovitel a Regionální vydavatelství s.r.o. tvrdí, že barevná inzerce je dnes standard a přitom „*oba lpí na tom, aby barevnost inzerce byla zachována, lze dospět k jednoznačnému závěru, že současné nastavení je pro ně ekonomicky výhodnější, a to bez ohledu na polemiku o tom, zda i barevný tisk je dražší a zda podstatně nebo nepodstatně.*“.
66. K nákladnosti tisku navrhovatel uvádí, že nabídky různých dodavatelů se mohou lišit dle jejich cenové strategie, obchodní zdatností zákazníků a případně dlouhodobých obchodních vztahů.
67. Navrhovatel uvádí, že aby bylo možné dodržet zadavatelem požadovaný harmonogram, je nutno použít tzv. rotační ofsetový tisk, který krom zhotovitele poskytuje v České republice pouze omezený okruh dodavatelů.
68. Navrhovatel dále pokračuje, že jedinou relevantní odpověď získal Úřad od dodavatele Walstead Moravianpress s.r.o., který však své vyjádření zaslané Úřadu zatížil chybou, neboť bylo dle navrhovatele pravděpodobně kalkulováno s nákladem ve výši 40 tis. výtisků, nikoliv 50 tis. výtisků, jak požadoval Úřad. Přílohou svého vyjádření navrhovatel zasílá opravenou cenovou kalkulaci dodavatele Walstead Moravianpress s.r.o. a nabídku dodavatele SVOBODA PRESS, dle kterých je nepodstatný rozdíl mezi černobílým a barevným tiskem. Ve výsledku je však dle navrhovatele rozdíl nákladů na černobílý a barevný tisk pro konečné rozhodnutí nepodstatný, neboť aby tato hodnota podstatná byla, musel by být učiněn závěr, že zvýšené náklady na barevný tisk se rovnají zvýšeným příjmům za barevnou inzerci a výsledek hodnocení tak nemohl být ovlivněn. Tato skutečnost však z obsahu spisu nevyplývá.
69. Navrhovatel je přesvědčen, že uzavření dodatku č. 3 bylo pro zhotovitele nejen ekonomicky výhodné, ale rovněž mohlo mít vliv na výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, tj. vliv na výši nabídkových cen účastníků a obecně vůbec na účast potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení.
70. Navrhovatel uvádí, že je místní malou firmou, která zpravodaj dosud vydávala a na relevantním trhu se již dlouhou dobu pohybuje, proto ví, jak je náročné získat v dnešním „*barevném standardu*“ inzerenty pro černobílou inzerci. V okamžiku, kdy se vítězem

původního zadávacího řízení stal zhotovitel, akceptoval navrhovatel tuto skutečnost jako výsledek spravedlivé soutěže. Ve chvíli, kdy se však podmínky pro vydávání zpravodaje změnilly, byl navrhovatel touto situací významně poškozen, protože nemohl v rámci kalkulace nabídkové ceny s uvedenou možností změny počítat. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli zákaz plnění dodatku č. 3 dle § 264 odst. 1 zákona.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

71. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména příslušné části dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků správního řízení a skutečností zjištěných z šetření Úřadu, rozhodl o uložení zákazu plnění dodatku č. 3. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

72. Úřad předně považuje za vhodné uvést, že předmětné zadávací řízení bylo zahájeno a rovněž i ukončeno podle ZVZ, přičemž k uzavření dodatku č. 3 došlo dne 24. 1. 2019, tedy již za účinnosti zákona. S ohledem na ustanovení § 273 odst. 6 zákona se tak na posouzení změn učiněných dodatkem č. 3 aplikují příslušná ustanovení zákona³.

Relevantní ustanovení zákona

73. Podle § 222 odst. 1 zákona není-li dále v zákoně stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.

74. Podle § 222 odst. 2 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona.

75. Podle § 222 odst. 3 zákona podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by

- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
- b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
- c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

76. Podle § 222 odst. 4 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je

- a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
- b) nižší než
 1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo

³ zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů – pozn. Úřadu

2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.

77. Podle § 222 odst. 5 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele
 - a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,
 - b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a
 - c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
78. Podle § 222 odst. 6 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,
 - a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
 - c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
79. Podle § 222 odst. 7 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle § 222 odstavce 3 zákona na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, se nepovažuje záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami, za předpokladu že
 - a) nové položky soupisu stavebních prací představují srovnatelný druh materiálu nebo prací ve vztahu k nahrazovaným položkám,
 - b) cena materiálu nebo prací podle nových položek soupisu stavebních prací je ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší,
 - c) materiál nebo práce podle nových položek soupisu stavebních prací jsou ve vztahu k nahrazovaným položkám kvalitativně stejné nebo vyšší a
 - d) zadavatel vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky soupisu stavebních prací s vymezením položek v původním soupisu stavebních prací, které jsou takto nahrazovány, spolu s podrobným a srozumitelným odůvodněním srovnatelnosti materiálu nebo prací podle § 222 odst. 7 písmene a) zákona a stejné nebo vyšší kvality podle § 222 odst. 7 písmene c) zákona.
80. Podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku může podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení nebo výzvy

k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, ačkoli byl povinen toto oznámení, předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejnit, ledaže uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona.

81. Podle § 264 odst. 1 zákona Úřad uloží zadavateli v řízení zahájeném na návrh podle § 254 zákona zákaz plnění smlouvy, byla-li smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1 zákona. Platí, že smlouva, ohledně níž Úřad uložil zákaz plnění, aniž by postupoval podle § 264 odstavce 3 zákona, je neplatná od samého počátku.
82. Podle § 264 odst. 3 zákona pokud zadavatel prokáže, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování plnění smlouvy, Úřad v rozhodnutí stanoví lhůtu ne delší než 12 měsíců, jejímž uplynutím je zakázáno plnění smlouvy; tato lhůta začíná běžet právní mocí rozhodnutí. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou veřejnou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění veřejné zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou osoby plnící veřejnou zakázku a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zakazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.
83. Podle § 273 odst. 6 zákona změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv uzavřených podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona posuzují podle tohoto zákona. Do součtu cenového nárůstu změn závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) zákona se započítávají i změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv provedené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

84. Dle bodu 8. „HODNOTÍCÍ KRITÉRIA A ZPŮSOB HODNOCENÍ“ výzvy k podání nabídky zadavatel uvedl, že základním hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek je nejnižší nabídková cena bez DPH.
85. Dle čl. II. „Předmět smlouvy“ bodu 1. smlouvy o dílo se dílo sestává zejména z:

„Zhotovení tištěné podoby informačního zpravodaje statutárního města Hradce Králové RADNICE (dále jen ‚RADNICE‘), zajištění jeho distribuce a zhotovení jeho elektronické verze a její distribuce.

Zhotovení tištěné podoby zahrnuje:

- *sazbu dodaných textů a fotografií včetně jejich grafické úpravy,*
- *jazykové korektury textu,*
- *tiskové práce.*

Zhotovení elektronické podoby zahrnuje:

- *zpracování elektronické kopie tištěné RADNICE ve formátu PDF, která umožňuje fulltextové prohledávání,*
- *užití barevných fotografií včetně jejích grafické úpravy.*

Distribuce zahrnuje:

- *roznos tištěného periodika do všech poštovních schránek domácností, firem a spolků v katastru města Hradec Králové ve stanovených lhůtách,*
- *zaslání elektronického periodika na určené e-mailové adresy ve stanovených lhůtách.“.*

86. V tomtéž bodě smlouvy o dílo jsou specifikovány požadavky na inzertní přílohu následovně: *„[z]hotoviteli se umožňuje zhotovit inzertní přílohu na odlišné barvě papíru, která bude vložena do RADNICE. Tato příloha, max. v rozsahu 4 stran, není určena pro prezentaci politických stran nebo hnutí, jejich politických programů, zveřejnění kandidátních listin, prezentaci názorů, zveřejňování komentářů politických stran, hnutí i uskupení a jejich členů, oznámení jejich shromáždění, akcí apod. Dále nesmí zde zveřejněná inzerce poškodit dobré jméno objednatele, nebude v rozporu s dobrými mravy, a nebude xenofobního a pornografického charakteru. Povinností zhotovitele je tuto přílohu v záhlaví řádně označit jako komerční přílohu včetně uvedení kontaktů na zhotovitele. Dodavatel inkasuje úplatu za její zveřejnění svým jménem a na svůj účet. Požadavky na provedení inzertní přílohy jsou totožné s požadavky na provedení RADNICE v tištěné podobě s výjimkou odlišné barvy papíru.*

Objednatel si vyhrazuje právo zdarma využít inzertní přílohu pro potřeby svých sdělení, popřípadě sdělení organizací zřizovaných městem, a to v celkovém souhrnu max. 4 strany za jeden kalendářní rok.“.

87. V tomtéž bodě smlouvy o dílo smluvní strany stanovily požadavky na provedení tištěné podoby zpravodaje pro řádné i mimořádné vydání následovně:

„Formát: A3 (zrcadlo sazby 27 x 41 cm)

Počet stran: 4

Papír: novinový

Gramáž: 45 g

Barevnost tisku: 1/1 černá

Vazba: V1

Náklad: 50 000 ks.“.

88. V bodě IV. „Doba a místo plnění“ smlouvy o dílo je uvedeno, že smlouva o dílo se uzavírá na dobu neurčitou s účinností od 1. 1. 2017 s možností jejího ukončení dle článku V. smlouvy o dílo.

89. V bodě VI. „Cena za dílo“ se smluvní strany dohodly na celkové ceně za provedení díla v kalendářním roce v celkové výši 911 600,- Kč bez DPH. Tato cena byla stanovena jako úplná a konečná. Zvýšení dohodnuté ceny za dílo je přípustné pouze na základě písemného dodatku ke smlouvě podepsaného zástupci obou smluvních stran s výjimkou změny ceny o dílo v důsledku změny sazby DPH.

90. Smluvní strany dodatkem č. 1 změnily v čl. II. bodu 1. smlouvy o dílo položku „Náklad“ následovně:

„Náklad: 50 500 ks.“

Smluvní strany se v důsledku provedené změny dohodly rovněž na změně ceny za dílo, která nově činila 929 836,3 Kč bez DPH.

91. Smluvní strany se dodatkem č. 2 dohodly na vícenákladu u mimořádného vydání zpravodaje RADNICE v roce 2018. Za navýšení nákladu o 5000 ks mimořádného vydání zpravodaje radnice byla sjednána cena ve výši 4 800,- Kč bez DPH.

92. Dodatkem č. 3 se smluvní strany dohodly na změně v čl. II. bodu 1 smlouvy o dílo v položce „Barevnost tisku“ následovně:

„Barevnosti tisku: 4/1 – barevné 2 strany“.

93. Společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., v rámci kalkulace ceny ze dne 23. 5. 2016 na 1 vydání zpravodaje o 50 000 ks výtisků o 8 stranách, kterou předložila zadavateli jako zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, uvedla, že výnos zhotovitele z inzerce po započtení nákladů na zajištění činí min. 32 500,- Kč/1 vydání. Výnosy od zadavatele (objednatele) budou ve výši 21 200,- Kč/1 vydání. Celkové výnosy tedy činí 53 700,- Kč za 1 vydání zpravodaje o 50 000 ks výtisků. Společnost SAMAB PRESS GROUP, a.s., vyčíslila rovněž náklady na zajištění 1 vydání zpravodaje o 50 000 ks výtisků na 42 400,- Kč.

Obecně k podstatné změně závazku ze smlouvy

94. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že hlavním cílem zákona o zadávání veřejných zakázek je zajištění hospodářské soutěže mezi dodavateli, což je výchozím předpokladem pro efektivní vynakládání veřejných prostředků. S přihlédnutím k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruoval zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces, v jehož průběhu je zadavatel povinen postupovat striktně dle zákonných požadavků a vždy tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 zákona. Proces soukromoprávní kontrakce je tedy v případě zadávání veřejné zakázky modifikován striktními zákonnými pravidly, které je zadavatel povinen dodržovat. Zadávání veřejných zakázek tak představuje specifický postup uzavření (a případné následné modifikace) smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontrakce, který probíhá v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a který je výrazně volnější.

95. Přípustností změn smluv na realizaci veřejné zakázky se zabýval Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) již v rozsudku sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 ve věci Presstetext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen „rozsudek Presstetext“). SDEU v rozsudku Presstetext definoval pojem „podstatných změn“ a stanovil tři definiční znaky změny smlouvy na veřejnou zakázku, při jejichž naplnění je nutné změnu závazku ze smlouvy považovat za podstatnou. Zadavatel je tedy povinen zhodnotit, zda změna, kterou zamýšlí provést, naplňuje některý z definičních znaků „podstatné změny“ a v případě, že lze tuto změnu považovat za podstatnou, je povinen provést nové zadávací řízení. Jako podstatnou změnu SDEU v rozsudku Presstetext označil takovou změnu, která

- by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně vybrána,
 - značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány,
 - mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.
96. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám závazku z uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou stanovena v ustanovení § 222 zákona, které reflektuje závěry SDEU vyplývající z rozsudku Pressetext. V tomto ustanovení je mimo jiné taxativně vymezeno, jaké změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je nutno považovat za podstatné, a tedy změny nepřípustné bez provedení nového zadávacího řízení podle zákona.
97. Problematika změny závazku ze smlouvy byla opakovaně řešena v rámci přezkumných řízení. V této souvislosti lze odkázat na obecné závěry Krajského soudu v Brně, který v rozsudku sp. zn. 62 Af 130/2016-553 ze dne 18. 4. 2019 (dále jen „rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2019“), jenž byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 153/2019-73 ze dne 8. 8. 2019, vycházel z přesvědčení, že *„zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení je klíčovým a – v zadavatelském prostředí – samozřejmým pravidlem; právem regulovaný proces zadávání veřejných zakázek by zcela pozbyl smyslu, jestliže by zadavatel byl limitován zákonem (ZVZ) pouze do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nikoli po celou dobu účinnosti smlouvy na poskytované plnění, tedy aby měl sice povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, ale následně by do ní mohl zasahovat, tedy podmínky plnění odpovídající těm podmínkám, za nichž bylo zadávací řízení vedeno a ve vztahu k nimž byly podávány nabídky, měnit. Z toho plynoucím východiskem pak je, že veškeré zásahy do již uzavřených smluv (ve formě nejrůznějších dodatků) by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné, bagatelní.“*. Úřad k uvedeným závěrům poznamenává, že byť se soud vyjadřoval ve vztahu k předchozí právní úpravě (ZVZ), lze tyto závěry analogicky vztáhnout i ke stávající právní úpravě.
98. Ustanovení § 222 odst. 1 zákona zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení. Jako podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je dle § 222 odst. 3 zákona nutno posoudit takovou změnu 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. Podstatná je rovněž taková změna, jež mění ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, a dále taková změna, která by vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, které původně nebylo předpokládáno.
99. Zákon rovněž v § 222 odst. 2, 4, 5, 6, a 7 zákona definuje situace, za kterých se změna závazku nepovažuje za podstatnou. Ve všech uvedených případech nepodstatných změn závazku ze smlouvy se jedná o výjimky ze základní povinnosti zadavatele nepřipustit

podstatnou změnu závazku ze smlouvy bez provedení nového zadávacího řízení, které je jako takové nutno vykládat restriktivně.

100. Zamýšlí-li zadavatel provést změnu závazku ze smlouvy, musí mít nejprve postaveno najisto, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu. Ohledně každé změny, kterou zadavatel hodlá bez provedení zadávacího řízení provést, musí mít postaveno najisto, že lze tuto změnu podřadit pod alespoň jeden z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona, přičemž současně s tím musí být zadavatel připraven a schopen prokázat, že byl k aplikaci některé z uvedených výjimek oprávněn [k tomu srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZŠ ze dne 22. 5. 2018 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 5. 2018“)], nebo že se nejedná o změnu podstatnou ve smyslu ustanovení § 222 odst. 3 zákona.

K postupu zadavatele při uzavírání dodatku č. 3

101. Zadavatel dne 24. 1. 2019 uzavřel dodatek č. 3, kterým změnil barevnost tisku zpravodaje 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 nepřímou 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.
102. Úřad tedy v rámci přezkoumání postupu zadavatele při uzavírání dodatku č. 3 musel posoudit, zda provedená změna závazku ze smlouvy naplnila charakter podstatné změny závazku ze smlouvy dle § 222 odst. 3 zákona tak, jak tvrdí navrhovatel, v důsledku čehož by zadavatel byl v souvislosti s provedenou změnou povinen provést nové zadávací řízení. K tomu Úřad uvádí následující skutečnosti.
103. Úřad předně odkazuje na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2019, dle kterých by zákonná ustanovení upravující změnu závazku ze smlouvy měla vylučovat: *„aby zadavatel po uzavření smlouvy do ní zasahoval kumulativními změnami komplexního charakteru, jež by ve výsledku představovaly řadu dílčích změn v různých smluvních otázkách a jež by pak vedly k otevírání širokých disputací založených na relativně vždy zpochybnitelných – mnohdy velmi subjektivních – úvahách o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě co do celkové ekonomické rovnováhy smlouvy, jež vzešla ze zadávacího řízení, vzájemně ‚vykrývají‘ (‚negují‘ ‚vyrovnávají‘), neboť čím více takto dílčích změn, byť vzájemně ‚vykrývajících se‘, bude provedeno, tím více se výsledná smlouva nutně vzdaluje té, jež byla v souladu se zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy tvořícím součástí nabídky vybraného uchazeče v zadávacím řízení uzavřena.“*
104. Při posuzování charakteru změny závazku ze smlouvy není tedy na místě poměřovat jednotlivá „pozitiva“ a „negativa“, která změna přinesla, či jejich vzájemnou kompenzaci, neboť tím by jen docházelo k utvrzení názoru, že se výsledná pravidla smluvního vztahu začala od původních smluvních pravidel odlišovat v mnoha směrech (lhostejno, zda ve

prospěch zadavatele či nikoli), což mohlo vést kvůli znovu sjednat základní podmínky veřejné zakázky.

105. Navrhovatel v návrhu uvádí, že ačkoliv se může na první pohled zdát, že dodatek č. 3 byl uzavřen ve prospěch zadavatele, který tvrdí, že za nezměněných cenových podmínek získal výhodnější plnění (příčemž tento názor ve svém vyjádření zadavatel skutečně prezentuje), je třeba dle navrhovatele neopomenout, že změna v podmínkách zpracování výrazně ekonomicky zvýhodňuje stávajícího zhotovitele a dochází k popření výsledků původního zadávacího řízení. Tak se dle navrhovatele děje především z toho důvodu, že změna barevnosti tisku má zásadní dopad na cenotvorbu zhotovitele, kterému náleží zisk z inzertní přílohy.
106. Barevná inzerce je dle navrhovatele pro zhotovitele mnohem atraktivnější než inzerce černobílá, neboť se lépe nabízí i prodává. Navrhovatel je přesvědčen, že příjem z barevné inzerce je vyšší až o cca 25 %, což dokládá odkazem na veřejně dostupný ceník inzerce. Zhotovitel je však toho názoru, že z ceníků inzerce nelze vycházet, neboť ten je určen pro koncové inzerenty, nikoliv pro výrobce periodika, který má zpravidla uzavřenou smlouvu s poskytovatelem inzerce (reklamní agenturou).
107. Úřad se za účelem objasnění výše uvedených skutečností obrátil na poskytovatele inzerce. Na základě zjištěných skutečností (viz body 48., 50. a 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze učinit obecný závěr, že v dnešní době je na relevantním trhu naprostým standardem barevná inzerce a o černobílou inzerci zájem není, resp. tato se používá především pro řádkovou inzerci. Nejsložitější se pak jeví kombinace barevné a černobílé inzerce, neboť obsazení volné plochy v černobílé inzerci u inzerátů, které byly přesunuty do barevné části, činí obtíže. Rovněž lze shrnout, že je běžnou praxí využívání smluvních cen a slev a výsledný zisk z inzerce se odvíjí od schopnosti a aktivity obchodních zástupců.
108. Navrhovatel dále uvádí, že náklady na barevný tisk nejsou oproti tisku černobílému podstatné a zhotoviteli se tak naskytuje příležitost s minimálními náklady navíc získat z inzerce vyšší zisk. Proti tomuto tvrzení zadavatel argumentuje, že je mu známo, že náklady na barevný tisk jsou vyšší o cca 25 %. Obdobně se vyjadřuje i zhotovitel ve svém vyjádření, který tvrdí, že náklady na barevný tisk nejsou nepodstatné, ale jsou výrazně vyšší, a to především kvůli nutnosti použití jiné technologie a materiálů při výrobě tiskoviny, jakož i k větší časové náročnosti takové výroby, přesto však uvádí, že inzertní plochu v předmětném periodiku poskytuje za týchž ekonomických podmínek, tj. za stejnou cenu jako před uzavřením dodatku č. 3, a to při zvýšených nákladech za barevný tisk.
109. Úřad se se záměrem objasnění rozdílu v nákladnosti černobílého tisku a tisku v barevnosti 4/1 – barevné 2 strany – obrátil na tiskařství (viz body 37. 38. 47. a 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedených sdělení je pro posouzení požadované skutečnosti relevantní pouze sdělení společnosti GEOPRINT s.r.o., která jako jediná zaslala Úřadu kalkulaci tisku v barevnosti 1/1 černá a 4/1 – barevné 2 strany. Ze sdělení společnosti GEOPRINT s.r.o. vyplývá, že náklady na tisk v barevnosti 4/1 – barevné 2 strany jsou oproti černobílému tisku vyšší o cca 24,9 % (viz bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Společnost Walstead Moravianpress s.r.o. pak uvedla kalkulaci pro čistě černobílý tisk a plnobarevný tisk „4/4“, což je pro posouzení šetřeného případu pro Úřad irelevantní, neboť zpravodaj včetně inzertní přílohy bude tištěn kombinovaně. Společnost Regionální vydavatelství s.r.o. se ve

svém vyjádření rovněž zmínila o kombinaci černobílého a barevného tisku. V této souvislosti uvedla, že kombinace černobílého a barevného tisku je produkčně složitější než čistě černobílý nebo čistě barevný tisk, a proto u takového tisku dochází ke zvýšení provozních nákladů (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

110. Úřad uvádí, že účelem výše uvedeného šetření Úřadu bylo v obecné rovině objasnit situaci na trhu tištěných médií, včetně základních ekonomických kauzalit fungujících na tomto trhu. Úřad 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. Podstatou však 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.
111. Obecně lze na základě zjištěných skutečností učinit dílčí závěr, že na trhu tiskovin je v dnešní době naprostým standardem barevná inzerce, o černobílou inzerci ze strany inzerentů není zájem, proto ji některá média vůbec nenabízí. Co se týče zisku z inzerce, ten se odvíjí od obchodní zdatnosti toho kterého dodavatele, a je tedy individuální, byť je cena barevné inzerce obecně vyšší než cena černobílé inzerce. Stejně tak lze v obecné rovině konstatovat, že náklady na barevný tisk převyšují náklady na černobílý tisk. Rozdíl v těchto nákladech však nelze přesně vyčíslit, neboť opět závisí na obchodní zdatnosti a obchodní pozici potenciálních dodavatelů.
112. Na základě dosud uvedených skutečností Úřad uvádí, že změna barevnosti tisku zpravodaje včetně inzertní přílohy na zčásti barevný a zčásti černobílý tisk ovlivnila původní smluvní podmínky, na základě kterých bylo realizováno plnění veřejné zakázky v několika směrech. Byť se může provedená změna na první pohled jevit jako bagatelní, je nutno ji vnímat jako komplexní, neboť se promítla do několika oblastí (nákladovost zhotovení, náročnost výroby, zisky z inzerce). Úřadu nepřísluší, aby poměřoval vzájemnou kompenzaci změn promítajících se do jednotlivých činitelů, které změna zasáhla – viz bod 104. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Podstatné v tomto ohledu je, zda se podmínky plnění smlouvy odlišily od původních smluvních podmínek natolik, že měly být sjednány v novém zadávacím řízení. K tomu Úřad uvádí následující skutečnosti.
113. Při zvažování účasti v zadávacím řízení potenciální dodavatelé uvažovali o černobílém tisku zpravodaje včetně inzertní přílohy, neboť takto bylo zpracování zpravodaje vymezeno v zadávacích podmínkách, resp. návrhu smlouvy o dílo. Jejich rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku, bylo založeno na širokém spektru otázek, které byly nepochybně i ekonomického hlediska, neboť dodavatelé mj. posuzovali nákladovost černobílého tisku, stejně jako příjmové hledisko, a to příjmy plynoucí nejen ze strany zadavatele, jakožto objednatele, ale i ze strany konečných inzerentů [pomine-li Úřad možnost zabezpečit inzerci prostřednictvím třetí osoby (reklamní agentury), která bude příjmy z inzerce inkasovat, neboť to je individuální obchodní strategií každého dodavatele]. Jejich výsledná nabídka korespondovala s jejich konečným rozhodnutím, které vycházelo z předpokladu černobílého tisku zpravodaje včetně inzertní přílohy. V této souvislosti Úřad akcentuje, že příjmy z inzerce se do cenové kalkulace dodavatelů promítaly poměrně významně, o čemž svědčí i skutečnosti uvedené v bodě 93. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ze kterých vyplývá, že

v cenové kalkulaci vybraného dodavatele se příjmy z inzerce podílely na celkových výnosech cca z 60,5 %.

114. Tyto parametry, se kterými potenciální dodavatelé operovali, však byly uzavřením dodatku č. 3 modifikovány. Barevnost tisku zpravodaje a inzertní přílohy ovlivňuje ekonomické ukazatele (nákladovou i výnosovou stranu), které vstupují do konečného vzorce při kalkulaci nabídkové ceny. Potenciální dodavatelé by tedy při svém zvažování účasti v zadávacím řízení s novými zadávacími podmínkami, tedy těmi, které byly změněny dodatkem č. 3 (barevností tisku 4/1 – barevné 2 strany), operovali s odlišnou hodnotou výnosů, které by jim plynuly z barevné části inzerce, a rovněž by mj. museli v nabídkové ceně zohlednit nákladovost výroby takové tiskoviny. Změna barevnosti tisku by tedy byla schopna ovlivnit výši nabídkové ceny, jakožto základního hodnotícího kritéria v šetřeném případě, čímž by mohlo být dosaženo odlišných výsledků než v původním zadávacím řízení.
115. Stejně tak mohla změna barevnosti tisku ovlivnit výsledné rozhodnutí potenciálních dodavatelů o účasti v zadávacím řízení, čímž mohla mít vliv na počet obdržených nabídek, neboť jak vyplynulo z šetření Úřadu, někteří potenciální dodavatelé čistě černobílou inzerci vůbec nenabízí, resp. není pro ně atraktivní. Do zadávacího řízení s novými, resp. změněnými zadávacími podmínkami by se tedy mohli přihlásit i ti dodavatelé, kteří nabízejí kombinaci černobílé a barevné inzerce a tato je pro ně z ekonomického hlediska atraktivnější.
116. Pro posouzení šetřeného případu je nutno vycházet ze zcela racionálního předpokladu, který odráží ekonomickou realitu, a sice že dodavatelé ve svých úvahách ohledně účasti v zadávacím řízení zvažují i rizika ekonomická, tzn. v šetřeném případě zejména zisk plynoucí z inzerce. Je-li tedy účast v zadávacím řízení směřující k uzavření smlouvy, jež je z pohledu obchodního (soukromoprávního) zcela „běžnou“ obchodní smlouvou, ovlivňována jinak běžnou ekonomickou úvahou, která zahrnuje i možný zisk, jehož výše může být ovlivněna i tím, zda bylo možné tisknout zčásti barevně, je nutno tuto ekonomickou úvahu považovat za zcela správnou (k tomu srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2019). Na základě výše uvedeného tedy Úřad závěrem shrnuje, že úvahy jednotlivých i potenciálních dodavatelů promítající se v nabídkách by tedy nepochybně mohly být ovlivněny změnou barevnosti tisku zpravodaje včetně inzertní přílohy. Jestliže by totiž (potenciální) dodavatelé disponovali informací o tom, že zpravodaj včetně jeho inzertní přílohy bude možno tisknout zčásti barevně, na základě racionální úvahy nelze vyloučit, že by se znalost této informace projevila v účasti v zadávacím řízení u těch dodavatelů, kteří se jej neúčastnili, nebo v nižších nabídkových cenách těch uchazečů, kteří se zadávacího řízení účastnili, a zadavatel tak mohl obdržet výhodnější nabídku, resp. tato změna mohla ovlivnit výběr dodavatele. Úřad tedy uzavírá, že v šetřeném případě byla provedená změna smlouvy, která spočívala ve změně barevnosti tisku zpravodaje včetně jeho inzertní přílohy, způsobilá alespoň potenciálně ovlivnit účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení, resp. výběr dodavatele, a to bez ohledu na skutečnost, jakým směrem se vychýlila výsledná ekonomická rovnováha smlouvy, popř. zda se vůbec vychýlila.
117. Úřad připomíná, že zadavatel by měl před každou provedenou změnou závazku z původní smlouvy (nezahájil-li nové zadávací řízení) buď zkoumat, zda se nejedná o podstatnou změnu ve smyslu § 222 odst. 3 zákona, nebo prokázat oprávnění k aplikaci některé z výjimek, tj. nepodstatných změn závazků ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 zákona. V šetřeném případě se zadavatel uplatnění některé z uvedených výjimek nedovolával, pouze

toliko konstatuje, že změny smlouvy o dílo provedené dodatky č. 1 – č. 3 posuzoval dle ustanovení § 222 zákona, a to ve vztahu k odst. 1 a 3 cit. ustanovení, přičemž došel k závěru, že uzavřením dodatku č. 3 nedošlo k naplnění skutkových podstat dle § 222 odst. 3 písm. a) a b) zákona. Ke skutečnosti, že v šetřeném případě se ostatně ani o žádnou z výjimek dle § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 jednat nemohlo, Úřad uvádí následující.

118. Podle § 222 odst. 2 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu závazku a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek. V šetřeném případě si zadavatel ve smlouvě žádnou možnost změny závazku ze smlouvy nevyhradil. Z toho důvodu tedy nelze provedenou změnu závazku ze smlouvy považovat za nepodstatnou ve smyslu ustanovení § 222 odst. 2 zákona.
119. Ustanovení § 222 odst. 4 zákona, tzv. výjimka *de minimis* v šetřeném případě nelze uplatnit, neboť, jak uvedl i předseda Úřadu např. ve svém rozhodnutí ze dne 22. 5. 2018: *„hodnota změny dle § 222 odst. 4 zákona musí být vyjádřitelná v penězích, neboť dále stanoveným podmínkám (při stávajícím znění zákona) nemůže vyhovět jiná hodnota, než finanční, protože jinou hodnotu nebude možné porovnat s finančním limitem pro nadlimitní veřejnou zakázku“*. Vzhledem k tomu, že hodnota změny barevnosti tisku v šetřeném případě nebyla sjednána a nelze ji ani přesně vyjádřit v penězích, nelze toto ustanovení na šetřený případ uplatnit. Obdobně tak s ohledem na právě uvedené nelze na šetřený případ aplikovat ani výjimky dle ustanovení § 222 odst. 5 zákona a ust. § 222 odst. 6 zákona (které jsou rovněž vázány na hodnotu změny), přičemž provedená změna navíc nemá charakter dodatečných stavebních prací, služeb či dodávek. V šetřeném případě se tedy z logiky věci nemohlo jednat ani o nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 7 zákona, neboť uvedené ustanovení lze aplikovat pouze na veřejné zakázky, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, přičemž předmětem šetřené veřejné zakázky je zhotovení tištěné podoby informačního zpravodaje, zajištění jeho distribuce a zhotovení jeho elektronické verze včetně její distribuce, a byla tedy zadávána jako veřejná zakázka na služby.
120. Na tomto místě Úřad doplňuje, že vzhledem k výše uvedenému a tedy vzhledem k tomu, že Úřad shledal, že zadavatel umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona, nepovažoval již za účelné zkoumat, zda nedošlo k naplnění skutkové podstaty podstatné změny závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona.

K náležitostem návrhu

121. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že návrh neobsahuje, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, proto by mělo být správní řízení dle § 257 písm. b) zákona zastaveno. V této souvislosti zadavatel uvádí, že nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, který konstatoval, že mu hrozí vážná újma spočívající v nemožnosti ucházet se o plnění, které je předmětem smlouvy o dílo včetně jejího dodatku č. 3 v řádné hospodářské soutěži, neboť navrhovatel se neúspěšně účastnil

zadávacího řízení na předmět plnění šetřené veřejné zakázky. Pokud tedy navrhovatel dle zadavatele netvrdí ani nedokazuje, že by mělo předmětné zadávací řízení vady, které by mohly vést k jeho opakování, nelze jeho tvrzení považovat za pravdivé a zadavatel jej považuje za účelové.

122. Zadavatel dále pokračuje, že návrh podle § 254 zákona může podat pouze navrhovatel, pokud tvrdí důvody v tomto ustanovení uvedené. Navrhovatel podává návrh podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž tak dle zadavatele nemohl učinit, neboť zadavatel dodatek č. 3 neuzavřel na základě výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení a nebyl povinen předběžné oznámení učinit.
123. Po přezkoumání postupu zadavatele při uzavírání dodatku č. 3 dospěl Úřad k závěru, že zadavatel uzavřením dodatku č. 3 provedl podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, 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 ve smyslu ust. § 222 odst. 3 písm. a) zákona (k tomu viz výše). Ačkoliv byl zadavatel, zamýšlel-li změnit smluvní podmínky spočívající v barevnosti tisku, provést nové zadávací řízení, neučinil tak a uzavřel dodatek č. 3.
124. Z dikce ustanovení § 254 odst. 1 písm. a) zákona vyplývá, že návrh na uložení zákazu plnění smlouvy (která může mít i podobu dodatku) na veřejnou zakázku může podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, ačkoliv byl povinen toto oznámení, předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejnit, ledaže uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadavatel umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) a písm. b) zákona, aniž by provedl nové zadávací řízení, tedy že k uzavření smlouvy, resp. dodatku č. 3 došlo postupem dle § 254 odst. 1 písm. a) zákona. Navrhovatel rovněž uvedl, že vzhledem k tomu, že nebylo uveřejněno oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 212 odst. 2 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení ani tzv. dobrovolné oznámení, podává návrh v zákonné lhůtě 6 měsíců od uzavření smlouvy, resp. dodatku č. 3. Nelze proto než konstatovat, že navrhovatel tvrdil skutečnosti dle § 254 odst. 1 písm. a) zákona pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. K tomu, že tak [postupem dle § 254 odst. 1 písm. a) zákona] zadavatel skutečně postupoval, dospěl Úřad výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
125. Co se týče prokazování vzniklé újmy, k tomu Úřad v obecně rovině odkazuje např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019, ve kterém předseda Úřadu konstatoval, že „v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je širším pojmem, než pojem škoda, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Navrhovateli vznikla újma

právě v tom smyslu, že postupem zadavatele ztratil možnost o danou veřejnou zakázku soutěžit (a tedy i o možnost ji získat).“.

126. S ohledem na výše uvedené tedy Úřad uvádí, že navrhovatel v podaném návrhu jednoznačně vymezuje, v čem spatřuje porušení zákona, v důsledku kterého mu hrozí újma, když uvádí, že mu bylo znemožněno ucházet se o plnění, které je předmětem smlouvy o dílo ve znění dodatku č. 3, neboť zadavatel umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy podle § 222 zákona, přičemž dle navrhovatele došlo k naplnění skutkové podstaty dle odst. 3 písm. a) a b) citovaného ustanovení zákona, bez provedení nového zadávacího řízení. Argument zadavatele, že se navrhovatel neúspěšně účastnil zadávacího řízení na předmět plnění šetřené veřejné zakázky, přičemž netvrdí ani nedokazuje, že by mělo předmětné zadávací řízení vady, které by mohly vést k jeho opakování, nemůže z povahy věci obstát, neboť se vztahuje k původnímu proběhнувšímu zadávacímu řízení, nikoliv k tomu, které měl v důsledku podstatné změny závazku ze smlouvy o dílo provést (a ve vztahu ke kterému navrhovatel tvrdil svou újmu).

K uložení zákazu plnění dodatku č. 3

127. V šetřeném případě se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění dodatku č. 3 podle § 264 odst. 1 zákona. Úřad výše shledal, že dodatek č. 3 byl uzavřen postupem uvedeným v § 254 odst. 1 zákona, přičemž shledané porušení zákona vede k přijetí nápravného opatření podle § 264 odst. 1 zákona spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy, resp. dodatku č. 3.
128. Úřad v obecné rovině uvádí, že zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku může být uložen pouze ve správním řízení zahájeném na návrh ve smyslu § 254 zákona a za předpokladu, že smlouva či rámcová dohoda byla uzavřena postupem dle § 254 odst. 1 zákona, tedy za zákonem taxativně stanovených okolností; v ostatních případech není možné zákaz plnění smlouvy uložit. Předpokladem pro uložení zákazu plnění je dále skutečnost, že zadavatel neprokáže důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující (dočasné) pokračování plnění smlouvy, resp. že neprokáže, že okolnosti případu jsou natolik intenzivní, že by zákaz plnění smlouvy neměl být uložen vůbec (§ 264 odst. 4 zákona). Důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele pak podle § 264 odst. 3 a 4 zákona nese osoba, která se jich dovolává, tj. zadavatel [k tomu srov. např. rozsudek KS č. j. 29 Af 96/2013-234 ze dne 28. 3. 20174, v němž bylo mj. judikováno, že „[z]a situace konkurenčních veřejných zájmů pak nezbývalo než setrvat na podmínce jednoznačně plynoucí z § 118 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, totiž že zadavatel musí naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele prokázat“].
129. V šetřeném případě zadavatel existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem a vyžadujících pokračování plnění smlouvy, resp. dodatku č. 3 podle § 264 odst. 3 nebo 4 zákona netvrdil ani neprokazoval.
130. Vzhledem k výše uvedenému, tedy k tomu, že v šetřeném případě (v řízení zahájeném na návrh) došlo k naplnění podmínek podle § 264 odst. 1 zákona, neboť zadavatel uzavřením dodatku č. 3 umožnil v rozporu s ust. § 222 odst. 1 zákona podstatnou změnu závazku ze smlouvy o dílo na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání dle § 222 odst. 3 písm. a) zákona bez

⁴ Byť se závěry rozsudku KS vztahují k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, je zcela jistě možné tyto analogicky aplikovat i ve vztahu k nyní účinné právní úpravě – pozn. Úřadu.

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 totožné s požadavky na provedení inzertního 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 dle zákona, a 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, rozhodl Úřad o uložení zákazu plnění dodatku č. 3 tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

131. Na tomto místě Úřad *obiter dictum* uvádí, že byt' to nebylo pro posouzení šetřeného případu podstatné, neboť ust. § 222 zákona lze aplikovat i ve vztahu ke koncesím, měl by zadavatel důkladně zvážit, zda by nebylo v případném příštím zadávacím řízení s obdobným předmětem plnění vhodné uplatnit postup pro zadávání koncesí. Charakter předmětu plnění a nastavené zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky (zhotovení a distribuce informačního zpravodaje včetně jeho inzertní přílohy, kdy zisky z ní představují vedle platby od zadavatele de facto část úplaty pro dodavatele) by totiž mohly splňovat podmínky pro zadání koncese na služby dle § 174 odst. 3 zákona.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

132. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis – vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1 in fine, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
133. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku I. uložil zákaz plnění smlouvy, resp. dodatku č. 3, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
134. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000276.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261

odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

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