



UOHSX00FHNQF

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0164/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-40477/2021/162/JSr

Brno 3. 12. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 19. 10. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ABEL-Computer s.r.o.**, IČO 47678488, se sídlem Oblouková 2831/1, 746 01 Opava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 23. 11. 2020 JUDr. Lenkou Grofovou, ev. č. ČAK 04521, advokátkou advokátní kanceláře CZERWENKA & PARTNER v.o.s., IČO 25342291, se sídlem Minoritská 473/10, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0263/2020/VZ, č. j. ÚOHS-33258/2021/500/Alv ze dne 4. 10. 2021 vydanému ve věci přezkoumání úkonů centrálního zadavatele –

- **Olomoucký kraj**, IČO 60609460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Centrální nákup originálního spotřebního materiálu do tiskáren, kopírovacích a multifunkčních zařízení 2020-2021**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-015625 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-214158,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 5 a § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0263/2020/VZ, č. j. ÚOHS-33258/2021/500/Alv ze dne 4. 10. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Centrální zadavatel – Olomoucký kraj, IČO 60609460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil dne 5. 5. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Centrální nákup originálního spotřebního materiálu do tiskáren, kopírovacích a multifunkčních zařízení 2020-2021“, přičemž předmětné oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-015625 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-214158 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v článku 6. 2 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace (Svazek 1 – Podmínky a požadavky pro zpracování nabídky), kde mj. uvedl: *„Předmětem plnění veřejné zakázky jsou dodávky originálního spotřebního materiálu do tiskáren, kopírovacích a multifunkčních zařízení (dále také „spotřební materiál“ nebo „zboží“) dle specifikace uvedené v zadávací dokumentaci. (...) Předpokládané množství a parametry originálního spotřebního materiálu je sestaveno dle požadavků Olomouckého kraje a jeho příspěvkových organizací. Množství je pouze orientační (v závislosti na skutečné potřebě) a není závazné. Odběr menšího nebo většího množství není důvodem k penalizaci. Zadavatel vymezuje, že se veřejné zakázky nemusí zúčastnit všechny příspěvkové organizace (zadavatelé). Konkrétní požadované množství a druh pro každou organizaci, bude objednán příslušnou organizací. (...) Předmětem zakázky je také úprava podmínek týkajících se poskytování dodávek zboží dodavatelem zadavateli včetně uzavírání a plnění účastnických smluv, resp. nových účastnických smluv. Dodávky zboží budou realizovány na základě rámcové smlouvy, která bude uzavřena s jedním dodavatelem za konkrétní část veřejné zakázky.“*
3. Dne 8. 6. 2020 obdržel zadavatel námitky stěžovatele – ABEL-Computer s.r.o., IČO 47678488, se sídlem Oblouková 2831/1, 746 01 Opava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 23. 11. 2020 JUDr. Lenkou Grofovou, ev. č. ČAK 04521, advokátkou advokátní kanceláře CZERWENKA & PARTNER v.o.s., IČO 25342291, se sídlem Minoritská 473/10, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) – proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Tyto námitky byly zadavatelem odmítnuty rozhodnutím ze dne 19. 6. 2020, které bylo navrhovateli doručeno dne 22. 6. 2020.

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s rozhodnutím o odmítnutí jeho námitek nesouhlasil, podal dne 1. 7. 2020 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
5. Návrh směřoval proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, které navrhovatel shledává rozpornými s ustanovením § 89 odst. 5 a 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“)¹, § 36 odst. 1 zákona a zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona. Navrhovatel přitom brojí proti jedinému aspektu, a to proti v technických podmínkách uvedenému požadavku na dodání originálního spotřebního materiálu do tiskáren, kopírovacích a multifunkčních zařízení, který zadavatel navrhovateli potvrdil rovněž v rámci vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 1. 6. 2020.
6. Navrhovatel tvrdí, že zadávací podmínky jsou v rozporu se zákonem, neboť znevýhodňují určité dodavatele nebo výrobky tím, že stanovují technické podmínky prostřednictvím přímého odkazu na určité dodavatele nebo výrobky, bezdůvodně zaručují přímo či nepřímo konkurenční výhodu určitým dodavatelům včetně vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže a porušují ve výsledku zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
7. Navrhovatel tvrdí, že plnění, které je schopen nabídnout, ačkoliv se nejedná o originály ve smyslu zadávacích požadavků, odpovídá technickým podmínkám co do jejich výkonu, funkce, účelu a potřeb, a se zařízeními, v nichž budou použita, je zajištěna jejich plná kompatibilita a funkčnost. Dle navrhovatele je požadavek spočívající ve vyžadování spotřebního materiálu pouze vybraných značek nadbytečný, bezdůvodně přísný a nepřipadný a upírá právo ostatních dodavatelů nabídnout jako předmět plnění produkty, které jsou technicky i kvalitativně obdobné a splňují zadavatelem stanovená kritéria.
8. Navrhovatel odmítá důvody zadavatelem uváděné v rozhodnutí o námitkách, konkrétně zadavatelovu argumentaci, že v případě požadavku na originalitu vychází z doporučení výrobců zařízení a při použití neoriginálního spotřebního materiálu se vystavuje riziku neuznání reklamace vad těchto zařízení a zvýšení nákladů na případné opravy a pořízení nových zařízení. Zároveň navrhovatel tvrdí, že i jím nabízené tonerové kazety musí splňovat stejné technické normy, které používají i výrobci tonerových kazet požadovaných zadavatelem. Dle navrhovatele, pokud zadavatel užije přímých či nepřímých odkazů, je vždy povinen umožnit pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, alternativních, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

II. Původní rozhodnutí Úřadu a řízení o rozkladu

9. Dne 18. 11. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-36786/2020/500/JBě (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí**“), v jehož výroku konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. V odůvodnění tohoto původního rozhodnutí přitom uvedl, že dospěl k závěru, že zadávací podmínky nejsou stanoveny v rozporu se zákonem, přestože zadavatel v technických podmínkách odkázal na určité výrobky, jejichž pořízení má být předmětem plnění veřejné

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu, v daném případě ve smyslu § 56 zákona.

zakázky, jelikož uvedené bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky v souladu s výjimkou zakotvenou v § 89 odst. 5 zákona.

10. Dne 3. 12. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti prvostupňovému rozhodnutí. Po projednání tohoto rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-00730/2021/162/LKa ze dne 15. 2. 2021 (dále též jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“), které nabylo právní moci téhož dne, napadené prvostupňové rozhodnutí Úřadu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, neboť shledal, že Úřadem nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav věci.
11. V rozhodnutí předsedy Úřadu bylo shrnuto, že Úřad při právním posouzení věci vycházel z vyjádření účastníků správního řízení a z odpovědí výrobců tiskových zařízení a originálního spotřebního materiálu na dotazy, jež Úřad položil za účelem objasnění, zda existují objektivně legitimní důvody, pro které by bylo nutno považovat formulaci předmětu plnění veřejné zakázky za opodstatněnou. Dle předsedy Úřadu však Úřad dostatečně nezkoumal, zda tento požadavek je důvodný, zda na trhu neexistují stejně kvalitní alternativní výrobky, a to vše v kontextu vyjádření nestranného subjektu, jež si měl Úřad vyžádat, tedy subjektu odlišného od výrobců zařízení, do kterých je určen spotřební materiál, jenž je předmětem veřejné zakázky.
12. Dle rozhodnutí předsedy Úřadu mělo být předmětem přezkumu Úřadu to, zda existují alternativní výrobky (jakými mají být např. výrobky navrhovatele) k „originálům“, které mohou být rovnocenným plněním veřejné zakázky. Tyto skutečnosti bylo nutno posoudit i s ohledem na tvrzení navrhovatele, že je schopen dodat kvalitativně stejné výrobky jako ty od výrobců tiskových zařízení a originálního spotřebního materiálu, které Úřad oslovil. Předseda Úřadu nevyločil, že u poptávaného plnění lze dospět opět k závěru, že požadavek pouze na originální materiál je důvodný, čímž by byly důvodné i odkazy na konkrétní výrobky, protože k nim by pak neexistovala plnohodnotná alternativa. Takový závěr však musí být podrobně důkazně podložen a odůvodněn, a to na základě zhodnocení takových podkladů, které budou reflektovat tvrzení obou stran sporu.

III. Napadené rozhodnutí

13. Dne 4. 10. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0263/2020/VZ, č. j. ÚOHS-33258/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým znovu rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele dle § 265 písm. a) zákona.
14. V rámci nového posouzení Úřad v návaznosti na pokyn svého předsedy oslovil několik nestranných subjektů, konkrétně servisních společností pohybujících se na relevantním trhu tiskových, kopírovacích a multifunkčních zařízení, přičemž od šesti z nich obdržel na své dotazy ohledně eventuálních rozdílů mezi originálním a alternativním spotřebním materiálem odpovědi. Z těch přitom vyplynulo, že na trhu bezesporu existují výrobky, které jsou do jisté míry alternativou k zadavatelem v rámci veřejné zakázky vyžadovanému originálnímu plnění, nicméně s tímto alternativním plněním je v praxi objektivně spojeno již v rámci předchozího dotazování výrobci originálních zařízení a náplní poukazované unikátní zvýšené riziko, které překračuje obvyklou míru rizika vadného plnění, a proto se nejedná o alternativu plnohodnotnou. Obecně lze tedy dle těchto oslovených subjektů vysledovat vliv používání neoriginálního spotřebního materiálu na poruchovost a funkčnost tiskových a ostatních

zařízení, přičemž je na trhu zároveň k dispozici spektrum alternativních náplní o rozličné kvalitě.

15. Úřad zároveň zjišťoval u Českého institutu pro akreditaci, o.p.s, zda existuje certifikační orgán, který by ověřoval a akreditoval alternativní spotřební materiály daného typu. Na základě podaných odpovědí lze přitom seznat, že Českému institutu pro akreditaci, o.p.s., ani samotnému navrhovateli není žádný takový uznávaný certifikační orgán znám. Navrhovatel byl pouze schopen prohlásit, že kvalitu a vlastnosti jím prodávaných alternativních výrobků ověřuje v rámci testování produktů sám, o čemž je případně schopen předložit odpovídající dokumentaci.
16. Úřad proto v napadeném rozhodnutí shledal, že alternativní materiál není možné označit za kvalitativně srovnatelný produkt a současně konstatoval, že by dle jeho přesvědčení bylo nepřiměřené po zadavatelích požadovat, aby v případě, kdy chtějí používat pouze originální tonery, museli současně zkoumat kvalitu alternativních náplní, zda zrovna ta či ona není kvalitnější, a není tedy případnou plnohodnotnou alternativou k náplni originální. Současně totiž neexistuje certifikační autorita, která by jednotlivé vlastnosti a obecně spolehlivost alternativních materiálů ověřovala.

IV. Rozklad zadavatele

17. Dne 19. 10. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 10. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

18. Zadavatel v podaném rozkladu brojí proti napadenému rozhodnutí v celém jeho rozsahu, a to pro rozpor s právními předpisy, zejména s ustanoveními § 6, § 36 odst. 1 a § 89 odst. 5 zákona. Úřad podle navrhovatele opět nedostatečně zjistil skutkový stav věci, o němž jsou nadále důvodné pochybnosti.
19. Zadavatel tvrdí, že plnohodnotná alternativa k požadovanému plnění existuje. Úřad podle jeho názoru selektivně vybral odpovědi relevantních subjektů, na jejichž základě vystavěl napadené rozhodnutí. Dle navrhovatele není nepřiměřené po zadavatelích požadovat, aby museli zkoumat kvalitu alternativních náplní v případě, kdy chtějí používat jen originální tonery. Měly by podle něj být popsány parametry, vlastnosti a požadavky, které má daný toner splňovat, aniž by bylo přímo odkazováno na originální spotřební materiál.
20. V rozkladu navrhovatel rovněž uvádí, že Úřad vyšel při tvorbě závěrů z obecných informací, neboť naopak nepodložil své rozhodnutí konkrétními empirickými daty, která mohl získat např. prostřednictvím důkazu ohledání závodu, který navrhovatel navrhoval. Dle jeho názoru skutečnost, že určité certifikace neexistují a žádná instituce je neprovádí, nemůže jít na újmu navrhovateli, případně ostatním dodavatelům.

Závěr rozkladu

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, eventuálně aby změnil napadené rozhodnutí tak, že uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

V. Řízení o rozkladu

22. 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.
23. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-35391/2021/536/V Sv ze dne 20. 10. 2021 stanovil zadavateli lhůtu 7 dnů k podání vyjádření k rozkladu.
24. Zadavatel doručil dne 27. 10. 2021 Úřadu své vyjádření k rozkladu ze dne 26. 10. 2021, ve kterém setrval na svých dřívějších argumentech a ztotožnil se se závěry Úřadu, ke kterým došel v rámci napadeného rozhodnutí. Dle zadavatele je jím vyslovený požadavek na originální spotřební materiál v souladu se zákonem a jeho zásadami, přičemž je podle něj nepřijatelné, aby dodavatelé vstupovali do úvah zadavatele o způsobu naplňování jeho potřeb ve jménu prosazování svých obchodních zájmů.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zadavatele zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

VI. K námitkám rozkladu

27. Podle § 89 odst. 5 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu na
 - a) určité dodavatele nebo výrobky, nebo
 - b) patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu.
28. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že Úřad opět nerespektoval závazný právní názor svého předsedy, neboť nezajistil znalecké vyjádření, posudek či jiné odborné vyjádření. Namísto toho obstaral stanoviska subjektů, jež mohou mít na výsledku rovněž obchodní zájem, která jsou zároveň nepřijatelně zevšeobecňující a neexaktní.
29. K tomu lze na prvním místě uvést, že předseda Úřadu nezavázal Úřad v rámci nového posouzení k pořízení znaleckého posudku či jiného odborného vyjádření. V bodě 39 rozhodnutí předsedy Úřadu bylo výslovně určeno následující: „Úřad při novém posouzení věci zjistí skutkový stav do takové míry, že o něm nebudou důvodné pochybnosti. Při tomto postupu Úřad přihlédně ke konkrétním argumentům, které uvádí navrhovatel v rozkladu. Není vyloučeno, že si bude muset vyžádat rovněž stanovisko nezávislého odborného subjektu či znalecký posudek, jenž ověří, zda jsou dány legitimní důvody pro požadování výhradně

originálního spotřebního materiálu, které doporučují k používání výrobci tiskových zařízení, do kterých jsou zadavatelem poptávané výrobky určeny.“

30. Úřad byl tedy v rámci nového posouzení povinen přihlédnout ke konkrétním argumentům navrhovatele, k čemuž mohl využít řady důkazních prostředků, přičemž předseda Úřadu vzhledem k odbornosti otázky nevyloučil ani odborné vyjádření nebo znalecký posudek. Pokud ovšem Úřad přistoupil k dotazování širokého spektra profesionálních servisních společností, které se pohybují na trhu se spotřebním materiálem a lze u nich jednoznačně očekávat znalosti stran alternativních náplní, splnil Úřad povinnosti mu stanovené rozhodnutím předsedy Úřadu, neboť tak získal erudovaná a dostatečná vyjádření subjektů, které vzhledem k povaze své činnosti nejsou na výsledku řízení nijak zainteresovány.
31. Navrhovatel sice tvrdí, že i servisní společnosti mohou mít na výsledku předmětného posouzení obchodní zájem, nijak však zároveň nespecifikuje konkrétní důvod jejich zaujatosti. Z běžného posouzení činnosti těchto společností a jimi podaných odpovědí nelze nalézt důvod, proč by se nemělo jednat o nezávislé odpovědi nezávislých, a přitom v problematice daného oboru pohybujících se subjektů.
32. Navrhovatel v rozkladu opětovně uvádí své přesvědčení, že k originálnímu spotřebnímu materiálu, který výlučně vyžaduje zadavatel, existuje plnohodnotná alternativa se srovnatelnými parametry, pro kterou je využíváno obdobných technických řešení jako pro materiál originální. Tyto skutečnosti přitom podle něj vyplývají jak z podaných odpovědí, tak z vyjádření samotného zadavatele.
33. Pokud je pominuta skutečnost, že navrhovatel rozporuje nezaujatost dotázaných servisních společností, a přitom pomocí jejich vyjádření následně argumentuje ve svůj prospěch, lze se ztotožnit s tím, že k originálnímu plnění bezesporu existuje určitá alternativa, neboť na trhu se vyskytuje celá řada „reparovaných“ výrobků, které mají jakožto produkty stejný účel. Z provedeného dokazování však jednoznačně vyplývá, že tato alternativa není obecně plnohodnotnou náhradou originálního spotřebního materiálu, neboť ji doprovází zvýšené riziko vad, které překračuje hranici běžného a vždy přítomného rizika z vadného plnění.
34. Prodejci alternativních náplní do předmětných zařízení se bezesporu snaží naplnit stejné funkce a vlastnosti, jaké poskytují originální náplně, a to vzhledem k úspoře na některých nákladech za cenu nižší, a proto konkurenceschopnější. Sama skutečnost, že se však jedná o jiný výrobní postup konkrétního spotřebního materiálu, má však dle závěrů oslovených subjektů obecný důsledek ve snížené jistotě bezpečnosti a efektivnosti, která představuje ono zvýšené riziko vad. Na tom nic nemění ani fakt, že dotazované subjekty neuedly procentuální podíl reklamací či servisních zásahů u zařízení používajících originální materiál na straně jedné a materiál neoriginální na straně druhé. Dotazované subjekty byly schopny svoji zkušenost zobecnit, což pro dokazování ve zdejší věci postačuje.
35. Navrhovatel na odůvodnění Úřadu v napadeném rozhodnutí reaguje také v tom smyslu, jak bylo částečně zmíněno již výše, že byl případ posouzen z hlediska obecných nezacílených zkušeností s alternativními materiály, které tak nijak nevypovídají o tom, jestli jsou on nebo jiní konkrétní dodavatelé schopni dodat plnění, které bude splňovat veškeré náležitosti a bude tak originálnímu plnění plnohodnotnou alternativou.

36. Toto posouzení Úřadu, se kterým se jeho předseda plně ztotožňuje, přitom vychází ze zjištění, že v této době neexistuje v České republice certifikační orgán ani jiná obdobná autorita, která by byla schopna nezávisle posuzovat produkty jednotlivých dodavatelů stran jejich bezpečnosti, výtěžnosti a efektivnosti. Navrhovatel tuto skutečnost sám připustil, neboť ve vyjádřeních doručených Úřadu (viz např. bod 39, 60 či 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí) uvedl, že naplnění parametrů a vlastností alternativních materiálů, tak aby odpovídaly plnění originálnímu, je schopen prokázat toliko vlastními testy a zkouškami.
37. Zároveň je nutno vzít v potaz skutečnost vyplývající z provedeného dotazování, kterou navrhovatel ve svých podáních nijak nezpochybňoval, a sice že na trhu se objevují jak produkty, které následně v rámci reálného používání disponují stejnou kvalitou, jakou by bylo možno v daném případě očekávat od originálního spotřebního materiálu, stejně tak se ovšem na trhu vyskytují produkty a případy, u kterých bylo možno shledat zvýšenou poruchovost a nebezpečnost, případně nižší výtěžnost. Celkovým závěrem při posuzování takového trhu proto jednoznačně musí být, že nelze alternativními náplněmi obecně bez dalšího zaručit plnohodnotnou alternativu k originálnímu spotřebnímu materiálu.
38. Naproti tomu v případě konkrétního výrobku by takovou záruku mohl poskytnout odborný certifikační orgán (pokud by existoval), který by nezávisle posuzoval produkty jednotlivých výrobců a ze své pozice by garantoval, že se jedná o takový spotřební materiál, u kterého je za pomoci odborných a nestranně provedených testů vlastností a kvalit eliminováno jinak obecně existující zvýšené riziko, a to právě na úroveň rizika běžného, které již nelze shledat překážkou vstupu na trh s originálními materiály. Ovšem právě proto, že tato zmiňovaná ověřovací autorita v České republice v tuto chvíli neexistuje, není možné vlastnosti a celkovou kvalitu alternativních náplní nezávisle ověřit.
39. Tato situace přitom v žádném případě neznamená, že by zadavatelé obecně nemohli alternativní plnění připouštět, a to i v situacích týkajících se jiných produktů, u nichž je situace obdobná této. Takový postup má zajisté potenciál ušetřit zadavateli určité množství financí, což ovšem bývá, stejně jako v tomto případě, vyváženo zvýšeným rizikem poruchy či životnosti. V takovém případě musí být zadavateli ponechána možnost volby, jestli riziko související s konkrétním výrobkem přijme.
40. Z průzkumu tržního prostředí tedy neoddiskutovatelně plyne obecné vyšší riziko provázející alternativní náplně. Navrhovatel přitom tvrdí, že není nepřiměřené po zadavatelích požadovat, aby v případě jimi zvolené poptávky po originálních tonerech současně zkoumali kvalitu konkrétních alternativních náplní. Nepřiměřené podle něj naopak je uzavřít, že zadavatel není schopen posoudit, zda se takové plnění svou kvalitou rovná originálnímu.
41. S těmito tvrzeními navrhovatele přitom nelze souhlasit. Zadavatel jistě nesmí omezit konkrétní trh čistě na originální výrobky, pokud k zajištění stejné kvality a efektivnosti vede veskrze jednoduchá cesta, která nebude představovat nepřiměřeně zvýšené náklady finanční a časové. Touto cestou však dle názoru předsedy Úřadu jistě nebude zajišťování provedení testů a zkoušek, které budou reálně ověřovat kvalitu jednotlivými dodavateli nabízeného alternativního plnění, přičemž relativně vysokou nákladnost tohoto testování lze očekávat, a to obzvlášť v případě, kdy by dodavatelů s alternativním materiálem bylo více.² Není chybou

² Ke srovnání lze poukázat například na v bodě 94 napadeného rozhodnutí odkazované rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-08483/2021/161/JSu ze dne 8. 3. 2021.

zadavatele, že zde pro potřeby jeho, ostatních zadavatelů i dodavatelů prozatím neexistuje nezávislý posuzovací orgán, jehož činnost by danou situaci zřejmě řešila, neboť dodavatelé by mohli spolu s nabídkou předložit potvrzení o tom, že kvalita jejich produktů byla náležitě ověřena.

42. Úřad v napadeném rozhodnutí proto posoudil správně, že byl zadavatel v daném případě oprávněn využít výjimku stanovenou v § 89 odst. 5 zákona a přímo odkázat na produkty, které poptává. Vzhledem k absenci možnosti využít jakýkoliv ověřovací postup, který by zadavatele při zadávání veřejné zakázky nepřiměřeným způsobem nezatěžoval a jímž by bylo zjištěno, zda neoriginální produkty naplňují stejné vlastnosti jako výrobky originální, bylo namíste poukázat na zcela konkrétní předmět plnění, o jehož dodání má zadavatel zájem.
43. Pokud navrhovatel poukazoval na to, že zadavatel mohl předmět plnění určit za pomoci technických parametrů a požadavků kvalitativních, naráží tento argument opět na totožný problém. Technické vlastnosti poptávaného spotřebního materiálu by sice zřejmě bylo možno konkrétně stanovit, neboť zjednodušeným pohledem se jedná pouze o kompatibilitu s jednotlivými přístroji. Ovšem právě v případě požadavků kvalitativních by bylo opět nutno nadměrně složitě zajišťovat posouzení konkrétních alternativních produktů, neboť jak bylo již několikrát uvedeno výše, odborná a nestranná autorita v daném čase v České republice neexistuje. Dodavatelé totiž sice mohou provádět vlastní zkoušky a měření efektivnosti, bezpečnosti a výtěžnosti, u nichž však nikdy nebude možno vyloučit vliv vlastního obchodního zájmu dodavatele na výsledku takové zkoušky, resp. vždy zde bude důvodná obava, že se tento obchodní zájem na výsledku zkoušky podepsal.
44. V závěru rozkladu navrhovatel tvrdí, že se Úřad nedostatečně vypořádal s podklady pro vydání rozhodnutí, některé v zásadě opomenul, neprovedl navrhovatelem navržený důkaz ohledáním závodu a obecně vystavěl rozhodnutí na „obecné zkušenosti“ servisních společností, jejichž názory však nemohou být považovány za notoriету.
45. V rámci přezkumu napadeného rozhodnutí z obsahu správního řízení nevyplývalo, že by Úřad opomenul některé relevantní otázky, nebo že by se ke všem otázkám nevyjádřil dostatečně. Úřad dotazy vznesenými na servisní společnosti a Český institut pro akreditaci o.p.s. zjistil náležitě skutkový stav nutný k posouzení případu na základě zásady materiální pravdy, neboť ze zjištěných informací jasně vyplývá, že alternativní spotřební materiály nejsou v okamžiku, kdy neexistuje nezávislá certifikační autorita, která by ověřovala a potvrdzovala kvalitu těchto alternativních náplní a tím eliminovala zvýšené riziko, plnohodnotnou alternativou k materiálům originálním, neboť je u nich obecně přítomno právě toto unikátní zvýšené riziko vadného plnění.
46. K návrhům dalších důkazů se Úřad vyjádřil především v bodě 105 napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno následující: „*Úřad v této souvislosti současné dodává, že s ohledem na uvedené závěry by tedy nebylo účelné (jak bude dovozeno dále v textu však ani reálné) blíže detailně zkoumat konkrétní kvalitu produktů navrhovatele (stejně tak jako jiných dodavatelů), neboť závěry Úřadu jsou vystavěny primárně na zjištěných vyplývajících z konkrétních zkušeností s používáním těchto produktů v širším měřítku (...).*“ Z vyjádření Úřadu tak bezesporu vyplývá odůvodnění, proč Úřad blíže nezkoumal konkrétní kvalitu produktů vyráběných navrhovatelem, přičemž s touto irelevancí dalšího posuzování je na místě se ztotožnit. Případné zjištění o tom, v jaké kvalitě navrhovatel svůj spotřební materiál vyrábí, by nemohlo

změnit ničeho na tom, že cesta k ověření, jaká je kvalita takového alternativního spotřebního materiálu, je pro zadavatele značně složitá právě z důvodu, že zde neexistuje certifikační autorita.

47. Poukazuje-li navrhovatel na možnost promítnout kvalitu spotřebního materiálů do kritérií hodnocení (str. 6 a 7 rozkladu), postačí uvést jen tolik, že takový postup by problém pro trvalý nedostatek možnosti ověřit kvalitu nabízeného plnění neodstranil.

VII. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správním řádem, bylo namístej potvrdit napadené rozhodnutí a podaný rozklad zamítnout.
49. Úřad v rámci nového projednání věci již dostatečně zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Z odpovědí relevantních subjektů znalých vlastností originálních i alternativních produktů, jakož i celého trhu bylo zjištěno, že právě alternativní spotřební materiály vykazují unikátní zvýšené riziko, které způsobuje, že nejsou zcela plnohodnotnou alternativou výrobkům originálním, jelikož současně neexistuje nezávislá certifikační autorita, která by ověřovala a potvrzovala kvalitu těchto alternativních náplní. Z těchto důvodů byl zadavatel oprávněn využít přímého odkazu na konkrétní výrobky v souladu s § 89 odst. 5 zákona. Pokud se však kterýkoli zadavatel rozhodne, že uváděné riziko podstoupí a bude poptávat rovněž alternativní spotřební materiály, není mu v tom závěry tohoto rozhodnutí nijak bráněno.

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

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Olomoucký kraj, Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc
2. JUDr. Lenka Grofová, Minoritská 473/10, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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