



UOHSX00JZN6T

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0105/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-27805/2024/163

Brno 18. 7. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 6. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společností **ITA – ZYB** tvořenou společníky:
  - I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha, a
  - Zybio Inc., se sídlem Patro 1 až 5, Budova 30, č. 6 Taikang Road, Blok C Jianqiao Industriálního Parku, Dadukou District, 400082 Chongqing, Čínská lidová republika, jiný identifikátor: 9150 0104 3278 1766 10,kteří jsou ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 8. 1. 2024 společností I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 5. 2024, č. j. ÚOHS-21619/2024/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0041/2024/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Karlovarská krajská nemocnice a.s.**, IČO 26365804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**ReactEU-100\_Hmotnostní spektrometr**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 9. 2023 a uveřejněno ve Věstníku

veřejných zakázek dne 18. 9. 2023 pod ev. č. Z2023-041197, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 9. 2023 pod ev. č. 2023/S 180-563690, ve znění pozdějších oprav, jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0041/2024/VZ, č. j. ÚOHS-21619/2024/500 ze dne 29. 5. 2024

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> obdržel dne 14. 1. 2024 návrh navrhovatele – společnosti ITA – ZYB tvořené společníky I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha a Zybio Inc., se sídlem Patro 1 až 5, Budova 30, č. 6 Taikang Road, Blok C Jianqiao Industriálního Parku, Dadukou District, 400082 Chongqing, Čínská lidová republika, jiný identifikátor: 9150 0104 3278 1766 10, kteří jsou na základě plné moci ze dne 8. 1. 2024 ve správním řízení zastoupeni společností I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Karlovarská krajská nemocnice a.s., IČO 26365804, se sídlem Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „ReactEU-100\_Hmotnostní spektrometr“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 9. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 9. 2023 pod ev. č. Z2023-041197, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 9. 2023 pod ev. č. 2023/S 180-563690, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 14. 1. 2024 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Návrh navrhovatele směřoval proti rozhodnutí o námitkách ze dne 3. 1. 2024 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) a proti oznámení o vyloučení ze dne 14. 12. 2023 (dále jen

<sup>1</sup> Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

„oznámení o vyloučení“). Navrhovatel tvrdil, že se zadavatel dostatečně nevypořádal s jeho námitkami ze dne 20. 12. 2023 (dále jen „námitky“). V hlavní části návrhu navrhovatel uváděl, že zadavatel postupoval v rozporu s § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když jej vyloučil pro nesplnění technického požadavku „*Integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu. Zadavatel umožňuje, v souladu s § 89 odst. 6 ZZVZ dodavateli nabídnout rovnocenné řešení*“ (dále jen „požadavek na integrované čištění iontové optiky“), i přesto že jeho řešení splňuje požadavky zadavatele. Navrhovatel tvrdil, že technické řešení v jím nabízeném produktu nevyžaduje žádnou odstávku z provozu a nevyžaduje žádný čas spojený s čištěním iontové optiky, a jde proto z pohledu uživatele o bezúdržbový systém. Dané technické provedení má stejný následek, tj. udržení čistoty a zachování funkčnosti v deklarovaných parametrech, jde tedy o rovnocenné řešení splňující řešený požadavek. Zadavatel měl také mylně posuzovat čištění iontového zdroje, ačkoliv v zadávacích podmínkách hovořil o čištění iontové optiky.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 29. 5. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0041/2024/VZ, č. j. ÚOHS-21619/2024/500 (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým návrh navrhovatele zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
5. Úřad nejprve uvedl, že užívání rozdílných pojmů „iontový zdroj“ v oznámení o vyloučení a „iontová optika“ v zadávací dokumentaci může být matoucí. Z výkladu obsaženého v odborném vyjádření zpracovaném [anonymizováno] však vyplývá, že na požadavek na integrované čištění iontové optiky lze nahlížet i jako na požadavek na integrované čištění iontového zdroje.
6. Podle Úřadu z odborného vyjádření [anonymizováno] dále vyplývá, že při používání hmotnostních spektrometrů dochází ke znečištění iontového zdroje a iontové optiky, všechny tyto přístroje vyžadují periodickou údržbu a přístroj navrhovatele není výjimkou. Ani navrhovatel nepředložil relevantní důkaz, že nabízený přístroj nevyžaduje žádné čištění, byť tvrdí, že patentové řešení ve spojení s technologií odpuzování iontů zapříčiní, že přístroj nepotřebuje žádné čištění. Sám navrhovatel měl navíc připustit, že i u jím nabízeného přístroje dochází ke znečištění iontové optiky, byť je minimalizováno, což ilustroval konkrétními výpočty. To nic nemění na faktu, že i u tohoto přístroje dochází ke znečištění iontové optiky. [anonymizováno] také uvedl, že technologii „Ion Repulsion Technology“ nelze považovat za rovnocennou, neboť iontový deflektor nedokáže ovlivnit dráhu neutrálních molekul a fragmentů, a navíc je umístěn až za extrakční a urychlovací elektrodou, které se nejvíce znečišťují. Navrhovatel tyto důvody nevyvrátil. Že nejde o rovnocenné řešení vyplývá i z odborného vyjádření zpracovaného znalcem [anonymizováno] (dále jen „znalec“) na žádost zadavatele v průběhu zadávacího řízení.
7. Úřad dodal, že zadavatel nebyl povinen navrhovatele vyzývat k objasnění nabídky ve smyslu § 46 odst. 1 zákona, neboť nenastala žádná ze situací, kdy by taková povinnost zadavateli vznikla. Závěrem Úřad uvedl, že zadavatel při vypořádání námitek navrhovatele postupoval v souladu se zákonem.

### III. Rozklad navrhovatele

8. Dne 11. 6. 2024 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 29. 5. 2024. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### Námitky rozkladu

9. Navrhovatel nejprve uvádí, že zadavatel stanovil požadavek na takové technologické provedení, které bude rovnocenným k patentovanému řešení jiné společnosti využívající integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu. Proto také zadavatel umožnil rovnocenné řešení podle § 89 odst. 6 zákona. Pozastavuje se nad tím, proč zadavatel zvolil takovou definici požadavku, která svědčí jediné patentované technologii, a to do všech jejích podrobností. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že to je z důvodu záměrného omezení hospodářské soutěže, neboť přístroj s danou technologií zadavatel zná. Neumožňuje ale plnění pomocí jiného jemu neznámého přístroje, který uživatelům slouží minimálně stejně dobře. K umožnění rovnocenného řešení zadavatel přistoupil až po námitkách navrhovatele. Navrhovatel se ale ptá, jestli vůbec mohl najít k danému popisu v zadávací dokumentaci rovnocenné řešení.
10. Podle navrhovatele se měl Úřad zabývat tím, jestli je nabízený přístroj ohledně technické vlastnosti vyhovující zadávací dokumentaci, nikoliv zda přístroj splňuje technickou vlastnost stejně jako jiný přístroj. Technické řešení, které předložil, je podle navrhovatele bezesporu zcela rovnocenné, neboť zajišťuje i s rostoucím počtem měření neklesající citlivost přístroje zaručující neměnnou hodnotu výsledných score i při dlouhodobém používání. Toto řešení spočívá v redukci nečistot vznikajících při užívání zařízení a je umožněno kombinací zvýšené citlivosti a detekční a vyhodnocovací schopnosti zařízení a tím možnosti významného snížení počtu výstřelů laseru na měřený vzorek oproti současnému zařízení zadavatele. Stabilitu zařízení při měření podle navrhovatele dokládají veřejně dostupné publikace renomovaných univerzitních nemocnic, které přiložil k rozkladu.
11. Nízký počet výstřelů laseru v kombinaci s technologií odpuzování zajistí eliminaci tvorby nečistot a jejich usazování na rozhodných komponentech do té míry, že se zařízení nikdy nedostane do stavu, který by negativně ovlivnil výsledky měření. K podrobnému popisu navrhovatel odkazuje na své vyjádření ze dne 13. 4. 2024.
12. Navrhovatel namítá, že zadavatel nevzal v úvahu jiné technologie, které vedou k jím zamýšlenému výsledku jinými cestami. Zadavatel tedy navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení v rozporu s deklarací možnosti použití rovnocenného řešení zajišťujícího dlouhodobé užívání přístroje bez snížení citlivosti a bez ovlivnění hodnot výsledných score. Rovnocenné řešení bylo připuštěno pouze formálně. Úřad postupoval nesprávně, když takové porušení zákona nerozpoznal.
13. Navrhovatel považuje za podstatné porozumění, co je chráněno patentem, jakou funkční vlastnost nese patentové řešení a co je rovnocenným řešením, které funkční vlastnost zajistí a neporuší patentovou ochranu. Navrhovatel tvrdí, že patentem je chráněno jakékoliv automatické čištění v návaznosti na iontový zdroj či jeho část iontovou optiku. K tomu dokládá citaci z patentu. Funkční vlastností je podle navrhovatele zajištění správné a stálé identifikace výsledků, tj. že nedochází ke snížení citlivosti přístroje. Rovnocenným řešením je tedy takové

řešení, které v průběhu používání nezmění citlivost a rozlišení u vzorků a nedojde k nižšímu score výsledku. Způsobů provedení může být více. Při využití technologií nabízeného přístroje je automatické čištění nadbytečné a nepotřebné. Navrhovatel předpokládá, že na patentové řešení byl [anonymizováno] upozorněn. Úřad měl nabízený přístroj označit jako rovnocenné řešení.

14. Zadavatel dle navrhovatele nedokázal dostatečně kvalifikovaně stanovit technickou podmínku, proto ji stanovil odkazem na konkrétní výrobek, ani posoudit její splnění jinou než předpokládanou formou. K tomu navrhovatel odkazuje na odborné vyjádření znalce, které si zadavatel vyžádal, byť ani on neměl žádnou znalost technologie nabízené navrhovatelem.
15. Úřad měl podle navrhovatele nesprávně porozumět výkladu [anonymizováno]. Ten uvedl, že iontová optika je podmnožina iontového zdroje. Zadavatel tak nemohl navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit z důvodu, který uvedl v oznámení o vyloučení, neboť zadávací dokumentace nestanovuje požadavek na integrované čištění iontového zdroje, ale pouze iontové optiky.
16. Dále se navrhovatel vyjadřuje k významu pojmů iontový zdroj a iontová optika. Iontový zdroj je konkrétní technická součástka hmotnostního spektrometru, jasně definovaná součást zařízení, která se liší dle výrobce. K tomu v rozkladu přiložil obrázek. Informace obsažené v odborném vyjádření [anonymizováno] pak dokládají, že iontové zdroje výrobců Bruker Daltonics GmbH a Zybio Inc. jsou různé. U technologie prvního výrobce obsahuje iontový zdroj i část označovanou jako iontovou optiku, u výrobce Zybio Inc. jsou extrakční a urychlovací elektrody samostatně mimo iontový zdroj a nazývají se iontová optika. I na tom navrhovatel dokládá nesprávnost vyloučení, když není jednoznačné, co zadavatel myslel pod jednotlivými pojmy. Navrhovatel odmítá, že by si sám protiřečil. Spojení iontová optika/iontový zdroj znamená iontovou optiku, která je nedílnou součástí iontového zdroje.
17. Navrhovatel namítá, že doložil písemné prohlášení výrobce zařízení o splnění daného parametru, které je podle zákona č. 375/2022 Sb., o zdravotnických prostředcích a diagnostických zdravotnických prostředcích in vitro (dále jen „**zákon o zdravotnických prostředcích**“) tím nejprokazatelnějším důkazním prostředkem. Navrhovatel se ptá, zda znalec a [anonymizováno] měli toto prohlášení k dispozici. Buď jsou jejich závěry nesprávné, nebo irelevantní. V souvislosti s tím pokládá navrhovatel otázku, zda mají tyto osoby povědomí o právních náležitostech dle zákona o zdravotnických prostředcích. Navrhovatel také doložil detailní popis technologie ve svém vyjádření ze dne 13. 4. 2024, k čemuž se ale Úřad nevyjádřil. Navrhovatel v příloze rozkladu dokládá vyjádření několika uživatelů nabízeného přístroje.
18. Navrhovatel nesouhlasí se závěry uvedenými v bodu 94 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podle něj nejsou citovaná tvrzení v rozporu. Ke znečištění iontového zdroje a iontové optiky sice skutečně dochází, ale i vyjádření [anonymizováno] postrádá sdělení, jak rychle k němu dochází. Je-li snížen počet laserových výstřelů na pouhé 4, posune se interval čištění za hranici 7 let. Interval je dále prodloužen použitím odpudivé technologie a optimalizovaným iontovým zdrojem na neurčito za hranici životnosti zařízení. Nabízená technologie je proto z pohledu čištění iontové optiky bezúdržbová. Kromě toho existuje povinná roční preventivní prohlídka pro zdravotnické prostředky, která zahrnuje i kontrolu znečištění. Nemá ale nic společného s požadavkem zadavatele. Pokud je potřeba čištění za tak dlouhou dobu, že k projevu

znečištění za dobu životnosti nedojde, nemá taková skutečnost pro zadavatele jako uživatele přístroje význam.

19. Závěrem se navrhovatel vyjadřuje ke kvalitě odborného vyjádření zpracovaného [anonymizováno]. Dle něj se jedná o obecná tvrzení vztahující se k zařízení pro vědecké a výzkumné účely, nikoliv pro laboratorní praxi. Podle navrhovatele nemůže certifikovaný stroj nefungovat, nemůže docházet ke snížení citlivosti přístroje ani změně výsledných score v průběhu času. Jinak by zařízení nebylo způsobilé pro klinickou diagnostiku. Zařízení procházejí výrobcem stanovenou preventivní technickou kontrolou, což vychází ze zákona o zdravotnických prostředcích. Zařízení podléhají kontrole a registraci Státního úřadu pro kontrolu léčiv. K těmto skutečnostem se Úřad nevyjádřil.

#### **Závěr rozkladu**

20. Navrhovatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a vydal nové rozhodnutí, v němž vyhoví návrhu, případně aby věc vrátil Úřadu k novému rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

22. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

24. Podstatou řešené otázky je to, zda navrhovatel zadavateli nabídl rovnocenné řešení ve smyslu požadavku na integrované čištění iontové optiky, nebo nikoliv, a zda tedy zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení v souladu se zákonem.
25. Úřad uvedl, že navrhovatel nepředložil relevantní důkaz o tom, že nabízený přístroj nevyžaduje žádné čištění. Podle Úřadu to navrhovatel pouze sám konstatoval nebo odkázal na produktová data dle své nabídky, přestože mu nic nebránilo doložit tvrzené inovativní řešení a označit příslušné dokumenty jako obchodní tajemství. Podle Úřadu naopak z odborného vyjádření [anonymizováno] vyplývá, že znečištění iontové optiky a iontového zdroje se z principu nelze vyhnout. Úřad tedy vycházel z toho, že všechny hmotnostní spektrometry vyžadují periodickou údržbu, mj. v podobě čištění. To měl podle Úřadu připustit i sám navrhovatel,

byť má být nutnost čištění v případě nabízeného přístroje minimalizována. Úřad proto také na základě odborných vyjádření [anonymizováno] a znalce dospěl k tomu, že navrhovatelem nabízený přístroj neobsahuje rovnocenné řešení k požadavku na integrované čištění iontové optiky, což navrhovatel nijak nevyvrátil.

26. Již na tomto místě uvádím, že se závěry napadeného rozhodnutí souhlasím. Musím předeslat, že Úřad nedisponuje odbornými znalostmi, aby sám mohl určit, zda řešení, které představuje přístroj nabízený navrhovatelem, je skutečně rovnocenným k tomu, jaké zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval. Úřad si tedy musel učinit úsudek na základě odborných vyjádření, přičemž samozřejmě přihlížel i k tomu, co o nabízeném řešení tvrdil navrhovatel. Kromě toho, že zadavatel Úřadu předložil odborné vyjádření znalce, které si vyžádal před hodnocením nabídek, požádal Úřad o další odborné vyjádření, které bylo následně poskytnuto [anonymizováno]. Obě tato odborná vyjádření poměrně jednoznačně uvádějí, že navrhovatel nenabídl rovnocenné řešení k požadavku na integrované čištění iontové optiky, neboť neprokázal, že iontovou optiku nebude nutné čistit.
27. Souhlasím s Úřadem v tom, že navrhovatel nepředložil žádné relevantní dokumenty, které by reagovaly na daná odborná vyjádření, případně by prokazovaly jím předložená tvrzení. Navrhovatel mohl již v námitkách doložit důkazy k prokázání rovnocennosti jeho řešení, tedy že nebude nutné nabízený přístroj čistit (což později vztáhl k okamžiku v budoucnosti po uplynutí požadované životnosti přístroje), ale neučinil tak. Byla-li totiž součástí nabídky produktová data, která hovořila o tom, že přístroj není nutné čistit, z pohledu zadavatele je relevantně vyvrátil znalec odborným vyjádřením. Ten uvedl, že *„[ř]ešení uvedené firmou Zybio se týká pouze letové části spektrometru za iontovým zdrojem, kde může plnit funkci snížení šumu detektoru, nikoliv však zabránit kontaminaci vnitřní vakuové části přístroje, a zvláště pak iontového zdroje. Tato tvrzení však firma fakticky nijak nedoložila ani neprokázala. Zvláště intenzivně zatěžovanou část spektrometru, tj. iontový zdroj, v případě ionizace MALDI, toto řešení před kontaminací nechrání a ani neumožňuje požadované čištění. Z tohoto důvodu nelze uvedené řešení firmy Zybio považovat za ekvivalent požadovaného integrovaného čištění iontové optiky IR laserem, a tedy ani za splnění technického řešení požadovaného zadavatelem (nemocnicí) ve výběrovém řízení.“*
28. Měl-li tedy navrhovatel zájem zvrátit oznámení o vyloučení, měl součástí námitek (kde evidentně reaguje i na odborné vyjádření znalce) učinit důkazy, které by jeho tvrzení podepřely. V námitkách se ale navrhovatel omezil především na rozporování terminologie užití v oznámení o vyloučení a toho, že se oznámení o vyloučení věnuje především zadavatelem dosud užívanému konkurenčnímu zařízení, které navíc nemá řešenou zadávací podmínku splňovat. K technickému řešení čištění/bezúdržbovosti jím nabízeného přístroje navrhovatel pouze zopakoval, že iontovou optiku není nutné čistit a výslovně s odkazem na ochranu duševního vlastnictví uvedl, že další popis unikátního technického řešení neposkytuje, neboť má postačovat pouze předložená informace a prohlášení výrobce zařízení. V návrhu pak přistoupil ke své argumentaci obdobně, přičemž k prokázání naplnění požadavku na integrované čištění iontové optiky již nepřidal nic nového.
29. V žádné fázi zadávacího řízení ani ve lhůtě podle § 251 odst. 5 zákona tedy navrhovatel nepředložil nic, co by prokázalo jeho tvrzení o bezúdržbovosti řešení, které předkládá jako rovnocenné řešení k integrovanému automatickému čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu. Oproti tomuto postupu navrhovatele

Úřad přistoupil v souladu s požadavky na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, k vyžádání dalšího odborného vyjádření, a sice od [anonymizováno].

30. [anonymizováno] v odborném vyjádření odpovídal na význam pojmů iontový zdroj a iontová optika (k tomu odkazují níže) a následně se vyjadřoval k řešení, které navrhovatel označuje jako rovnocenné k požadavku na integrované čištění iontové optiky. Dospěl přitom k závěru, že při používání hmotnostních spektrometrů dochází ke znečišťování iontového zdroje a optiky, přičemž není možné se tomuto znečištění vyhnout. Přístroj navrhovatele není podle [anonymizováno] výjimkou. K možnosti označit dané řešení jako rovnocenné [anonymizováno] uvedl, že technologie „Ion Repulsion Technology“ dokáže odklonit pouze ionty a nabitě částice, ale dráhu neutrálních molekul neovlivní. Ionový deflektor je navíc podle [anonymizováno] umístěn až za extrakční a urychlovací elektrodou, které se nejvíce znečišťují. K plnému znění odpovědi [anonymizováno] na otázky Úřadu odkazují na body 29-36 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Uzavírám však, že [anonymizováno] potvrdil zásadní závěry odborného vyjádření znalce, tedy i důvodnost postupu zadavatele.
31. Jestliže navrhovatel uvádí, že [anonymizováno] nezná nabízený přístroj a nemůže tak hovořit o tom, zda rovnocenné řešení obsahuje, nebo nikoliv, v důsledku by to znamenalo, že daný závěr nemohl učinit ani zadavatel. Jak zadavatel, tak [anonymizováno] (a je důvodné předpokládat, že i znalec) disponovali stejnými dokumenty při formulaci závěru o nesplnění požadavku na integrované čištění iontové optiky. Nezávázne-li podle navrhovatele daný závěr z navrhovatelem předložených dokumentů učinit [anonymizováno], neboť na to je podle navrhovatele nutné nabízený přístroj znát, patrně dané dokumenty neobsahují taková data, která by mohla prokázat splnění požadavku na integrované čištění iontové optiky. Navrhovatel tedy měl taková data předložit, a pokud tak neučinil, nemůže následně úspěšně namítat, že zadavatel měl jeho řešení akceptovat bez takových dat pouze na základě jeho tvrzení, která byla relevantně zpochybněna odborným vyjádřením znalce.
32. Navrhovatel i v návaznosti na odborné vyjádření [anonymizováno] teprve ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 4. 2024 blíže vysvětluje, na základě čeho dovozuje bezúdržbovost nabízeného přístroje co do čištění iontové optiky, když hovoří o souboru technických řešení využívající bezmála 30 patentů v držení společnosti Zybio Inc. Konkrétně navrhovatel hovoří o zcela jiném provedení iontového zdroje, inteligentní odpudivé technologii, vnitřní optimalizaci iontového zdroje a jiném způsobu laserových výstřelů. Podle navrhovatele dosáhne nabízený přístroj excelentních výsledků za použití 4 výstřelů oproti minimálně 200 výstřelům přístroje společnosti Bruker Daltonics GmbH. Kombinace uváděných technologií podle navrhovatele posunuje nutnost čištění iontové optiky až na hranici životnosti zařízení.
33. K těmto tvrzením však mám dvě výhrady. První je, že navrhovatel jejich předložením porušil zásadu koncentrace vyjádřenou v již zmiňovaném § 251 odst. 5 zákona. K ničemu, čím navrhovatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 4. 2024 a v rozkladu rozšiřoval svoji argumentaci o naplnění požadavku na integrované čištění iontové optiky, nemohu (a ani Úřad nemohl) přihlížet. Chtěl-li navrhovatel daná tvrzení uplatňovat, měl tak činit především v námitkách, případně rozvíjet v návrhu a ve lhůtě podle § 251 odst. 5 zákona.



34. Druhou výhradou pak je, že ani tato tvrzení nedokládají naplnění požadavku na integrované čištění iontové optiky, tedy že navrhovatel předložil rovnocenné řešení k integrovanému automatickému čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu. Opět totiž platí, že navrhovatel vůbec nepodložil daná tvrzení o tom, že existují různé technologie v rámci nabízeného přístroje, které ve výsledku znamenají, že přístroj nebude nutné čistit, respektive jej bude nutné čistit nejspíše až na hranici či za hranici jeho životnosti. Nelze navrhovatele nutit k tomu, aby předkládal patenty či jiné pro něj citlivé obchodní informace (obchodní tajemství). Navrhovatel ale poté nemůže očekávat, že bude schopen úspěšně obhájit prokázání splnění požadavků zadavatele. Zadavatel navíc s těmito tvrzeními nemohl vůbec kalkulovat, neboť je neměl k dispozici ani před oznámením o vyloučení ani po něm. Navrhovatel nepředložil např. ani odborný článek či studii jím nabízeného přístroje, jenž by po odborné stránce dané řešení popisoval, což by v případě nové technologie mohlo zadavateli přiblížit specifické vlastnosti předmětného hmotnostního spektrometru.
35. Zkušenosti uživatelů, které navrhovatel přiložil až v rozkladu, sice hovoří o tom, že po určitou dobu funguje nabízený přístroj bezúdržbově. Musím se ale ptát, jak tato vyjádření potvrzují, že daný přístroj bude fungovat bezúdržbově po dobu, o které mluví navrhovatel v rozkladu, tedy alespoň na hranici požadované životnosti přístroje, kterou je podle navrhovatele 7 let, pokud mají tito uživatelé zkušenost maximálně od března 2021. Pro upřesnění dodávám, že dle přílohy č. 3 zadávací dokumentace „Formulář technické specifikace dodávky“ je doba 7 let vztahována ke garantované životnosti laseru.
36. Konstatuji, že chce-li navrhovatel prokázat splnění požadavku, který je navíc relevantně zpochybněn, musí k tomu mít podklady. Tvrdí-li, že jeho přístroj není nutné čistit po nějaký čas, musí k tomu mít podklady. Zadavatel takový požadavek do zadávacích podmínek zakotvil, neboť je pro něj jeho splnění zjevně důležité. Za účelem ověření jeho splnění si obstaral odborné vyjádření, které vyvrátilo tvrzení z nabídky navrhovatele. Navrhovatel následně nemůže být úspěšný bez zmiňovaných podkladů, tedy pokud zadavateli nepředloží žádné důkazy, kterými by podepřel svá tvrzení a relevantně tak reagoval na závěry zadavatele.
37. Souhlasím s navrhovatelem, že písemné prohlášení výrobce zařízení bylo silným důkazem. Toto prohlášení ale bylo zpochybněno odborným vyjádřením znalce a následně [anonymizováno]. I nadále zůstalo prohlášení výrobce důležitým důkazem, bylo ale opět na navrhovateli, aby předložil důkaz, který by vyvrátil pochybnosti o prokázání srovnatelnosti nabízeného řešení k požadavku na integrované čištění iontové optiky – aby prokázal svá tvrzení. Tvrzení, že přístroj nebude nutné čistit, která následně sám relativizoval, když bezúdržbovost vztáhl k neurčitému, byť dlouhému časovému úseku.
38. Ptá-li se navrhovatel, zda měli znalec a [anonymizováno] k dispozici prohlášení výrobce zařízení, uvádím, že u [anonymizováno] to je jisté, neboť ze správního spisu vyplývá, že přílohou žádosti o jeho odborné vyjádření je i dokument „Materiály k hmotnostnímu spektrometru“, který obsahuje právě prohlášení výrobce. Potvrzuje to pak i znění bodu 88 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Pokud jde o znalce, je tato skutečnost velmi pravděpodobná, neboť znalec v odborném vyjádření uvádí jako podklady „Písemné zadání nemocnice“ a „Odpověď od čínského výrobce Zybio k nabízenému hmotnostnímu spektrometru EXS2600“. Dodávám, že není nutné, aby dané osoby, které zpracovávají odborné vyjádření k souladu nabízeného řešení s požadavkem zadavatele, měly povědomí o

právních náležitostech dle zákona o zdravotnických prostředcích, jak uvádí navrhovatel. Nebyly totiž povolány k posouzení souladu nabídky navrhovatele s tímto zákonem, ale s požadavkem zadavatele.

39. K související rozkladové námitce proto musím zopakovat, že byť navrhovatel tvrdí, že technické řešení nabízeného přístroje je rovnocenné, neboť zajišťuje neklesající citlivost přístroje zaručující neměnnou hodnotu výsledných score i při dlouhodobém používání, nijak toto tvrzení nedoložil. Pokud se o to snažil v dalších fázích správního řízení, učinil tak po zákonné koncentraci. Pouze nad rámec je pak vhodné konstatovat, že to stále nebylo tak, aby vyvrátil závěry vyplývající z odborných vyjádření. Navrhovatel sice k rozkladu přiložil i publikace (dle svého vyjádření) renomovaných univerzitních nemocnic, ty ale opět nedokládají to, co navrhovatel tvrdí. Zjednodušeně, navrhovatel tvrdí, že jeho zařízení zajistí kvalitní výsledky v podstatě až do konce požadované životnosti přístroje bez toho, aby bylo nutné iontovou optiku přístroje čistit. Přiložené publikace se pak skutečně zabývají přesností měření, nikoliv však v průběhu času. To je ale právě to, co měl navrhovatel prokázat, pokud chtěl tvrdit, že jeho přístroj i bez čištění zajišťuje neklesající přesnost výsledků. Publikace tedy sice mohou prokazovat kvalitu nabízeného přístroje co do přesnosti výsledků (to Úřad nehodnotil), nijak ale neprokazují splnění požadavku na integrované čištění iontové optiky.
40. Není také pravdou, že by se Úřad vůbec nevyjádřil k popisu technologie, který navrhovatel předložil ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 4. 2024. V bodu 95 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v tomto vyjádření sám navrhovatel připustil, že ke znečištění dochází, pouze je díky dané technologii minimalizováno, přičemž výslovně odkázal právě na daný dokument navrhovatele. Vidí-li navrhovatel vadu v tom, že Úřad vysvětlení technologie nevzal v potaz, neshledávám v tom vadu z důvodů, které jsem předložil výše. Zprv jde o předložení tvrzení a důkazů po zákonné koncentraci, zadruhé jde o tvrzení, která nejsou podložena důkazy, případně jde o důkazy, které nemohou daná tvrzení prokázat.
41. Proto ani není vadou, že vyjádření [anonymizováno] postrádá sdělení, kdy ke znečištění iontové optiky v přístroji navrhovatele dojde. Vzhledem k tomu, že navrhovatel argumentaci týkající se počtu výstřelů předložil až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 4. 2024, nebylo možné, aby se k ní vyjádřil zadavatel, znalec ani [anonymizováno]. Jak již bylo uvedeno, navrhovatel tuto argumentaci jednoduše předložil pozdě a nedává smysl, aby nyní vyčítal odborným vyjádřením, že s danou argumentací nepracují. Závěry [anonymizováno], že ke znečištění skutečně dochází, tedy nejsou v rozporu s tím, co navrhovatel do té doby předložil k prokázání požadavku na integrované čištění iontové optiky. S ohledem na to, že ani později navrhovatel žádné konkrétní důkazy nepředložil, nejsou odborná vyjádření v rozporu ani s jeho následnými tvrzeními.
42. Část rozkladu navrhovatele směřuje také proti samotnému vymezení požadavku na integrované čištění iontové optiky. K tomu ale musím uvést, že vymezení tohoto požadavku a jeho zákonnost nejsou předmětem správního řízení. Tím je posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Pokud navrhovatel chtěl rozporovat zadávací podmínku spočívající v požadavku na integrované čištění iontové optiky, měl tak učinit ve lhůtě podle § 242 odst. 4 zákona.
43. I tvrzení navrhovatele, že zadavatel nevzal v úvahu jiné technologie, opět z části směřuje do zadávacích podmínek, k čemuž opakuji výše uvedenou výhradu. Z části pak směřuje proti

tomu, jak zadavatel případná jiná nabízená řešení hodnotí. To je ale pouze domněnka navrhovatele. Fakt, že zadavatel navrhovatele vyloučil, neboť dospěl k tomu, že technologie jím nabízeného přístroje není rovnocenná k integrovanému automatickému čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu, neznámá, že zadavatel jiné technologie nebere v úvahu či že rovnocenná řešení připouští pouze formálně. Že v případě navrhovatele nejde o rovnocenné řešení, zadavateli potvrdilo odborné vyjádření znalce a Úřadu odborné vyjádření [anonymizováno]. V postupu zadavatele ani v postupu Úřadu tedy ani v tomto směru neshledávám vadu, kterou naznačuje navrhovatel.

44. Souhlasím s tím, že rovnocenným řešením by mohlo být jakékoliv řešení, které zadavateli zajistí nezměněnou citlivost a přesnost výsledků. Stejně tak souhlasím, že způsobů k dosažení tohoto záměru může být v případě požadavku na integrované čištění iontové optiky více. Tedy např. jak právě automatické čištění, tak přístroj, který má stále stejné výsledky v průběhu času i bez jakéhokoliv čištění.
45. Stejně tak ale takových způsobů nemusí být více. Zadavatel není povinen znát veškerá řešení, která v tomto ohledu připadají v úvahu. Zadavatel vymezil určitou zadávací podmínku pomocí odkazu na konkrétní výrobek a umožnil rovnocenné řešení, což ale nijak nutně neimplikuje, že takové rovnocenné řešení existuje. V úvahu tedy připadá vícero situací. První je, že k zadavatelem specifikovanému řešení žádné rovnocenné neexistuje. Druhou je, že existuje a může spočívat jak v automatickém čištění, tak v jiném způsobu zajištění podstaty požadavku na integrované čištění iontové optiky. Třetí je pak ta možnost, že rovnocenným řešením bude vždy jiné řešení než automatické čištění, neboť to je podle navrhovatele chráněno patentem.
46. Ani jednu z představených možností nepovažuji za apriori nezákonnou. Nezákonnou by mohla být, pokud by ji zadavatel nezákonným způsobem uplatňoval, to však nebylo zjištěno. I pokud by byla pravda, že patent společnosti Bruker Daltonics GmbH míří na jakékoliv automatické čištění v návaznosti na iontový zdroj nebo iontovou optiku, nic to neříká o tom, zda zadavatel přijme rovnocenné řešení, které automatické čištění neobsahuje.
47. Namítá-li navrhovatel, že zadavatel nedokázal dostatečně kvalifikovaně stanovit technickou podmínku, proto ji stanovil odkazem na konkrétní výrobek, pouze popisuje jeden z požadavků, který pro aplikaci odkazu stanovuje zákon v § 89 odst. 6. Vzhledem k tomu, že zadavatel nebyl schopen posoudit splnění požadavku na integrované čištění iontové optiky navrhovatelem nabízeným přístrojem, vyžádal si odborné vyjádření. Ani na této skutečnosti neshledávám nic nezákonného, právě naopak. Jestliže navrhovatel shledává u znalce absenci znalosti technologie nabízené navrhovatelem, opakují, že ten měl (pravděpodobně) k dispozici právě ty doklady, které měl k dispozici zadavatel. Pokud tedy dle navrhovatele na základě nich nemohl ani znalec učinit kvalifikovaný závěr, může to znamenat pouze to, že navrhovatel nepředložil dostatečné doklady.
48. Část rozkladu navrhovatele míří proti užívání pojmu „iontový zdroj“ namísto pojmu „iontová optika“ v oznámení o vyloučení. Navrhovatel tvrdí, že jde o různé pojmy a zadavatel jej nemohl vyloučit kvůli nesplnění požadavku na integrované čištění iontového zdroje. K tomu uvádím, že zadavatel v oznámení o vyloučení opakovaně používá pojem „iontový zdroj“, stejně tak ale používá i pojem „iontová optika“. Zadavatel tedy pojmy zaměňuje. Stěžejní však podle mého názoru je, že zadavatel zřetelně označil zadávací podmínku, kterou dle jeho názoru

navrhovatel nesplnil, když v oznámení o vyloučení uvedl: „V daném případě účastník nabídl plnění, které prokazatelně jasně nesplňuje technickou specifikaci veřejné zakázky, konkrétně požadavek na „Integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru do max. 20 minut bez nutnosti servisního zásahu. Zadavatel umožňuje, v souladu s § 89 odst. 6 ZZVZ, dodavateli nabídnout rovnocenné řešení.““

49. Je tedy skutečně pravdou, že zadavatel v oznámení o vyloučení tvrdí, že „bez čištění iontového zdroje s rostoucím počtem měření bude docházet ke snížení citlivosti přístroje“, stejně ale uvádí, že řešení nabídnuté navrhovatelem „nelze považovat za ekvivalent požadovaného integrovaného čištění iontové optiky IR laserem“. Zadavatel tedy zjevně ví, co požaduje, a zda považuje požadavek na integrované čištění iontové optiky za splněný. I za účelem ověření relevantnosti této námitky navrhovatele se navíc Úřad obrátil na [anonymizováno] a dospěl k závěru, že není důvodné striktně rozlišovat mezi iontovým zdrojem a iontovou optikou. K tomu odkazují na body 89-91 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
50. Navrhovatel v rozkladu opětovně tvrdí, že oba pojmy je nutné rozlišovat, a to z důvodu, že v přístroji nabízeném navrhovatelem se část, kterou [anonymizováno] označuje jako iontová optika (extrakční a urychlovací elektrody), nachází mimo iontový zdroj – až v letové trubici. Z odborných vyjádření je ale patrné, že to v řešené věci nehraje roli. [anonymizováno] uvedl (v napadeném rozhodnutí citováno v bodu 93 odůvodnění napadeného rozhodnutí), že při „laserové desorpci a ionizaci za účasti matrice, která se v těchto přístrojích používá, jsou iontový zdroj a optika znečišťovány zejména nánosy matrice rozprášené pulzy UV laseru. Protože ionizace vyžaduje přítomnost matrice, tomuto znečištění se z principu nelze vyhnout. V praxi jsou nánosy matrice nejvýznamnější na elektrodách, které jsou nejbližší iontovému zdroji, tedy právě na extrakční a případně i urychlovací elektrodě.“ To potvrzuje dvě skutečnosti, a to že se znečištění vyskytne na uváděných elektrodách a že se tomuto znečištění nelze v daném typu přístroje vyhnout. To ve výsledku znamená, že není tak zásadní vadou oznámení o vyloučení, zda zadavatel hovoří o iontovém zdroji či iontové optice, neboť jde primárně o znečištění na konkrétních součástkách bez ohledu na nadřazený pojem v konkrétním přístroji.
51. I pokud tedy zadavatel mluví o iontovém zdroji místo iontové optiky, nejde o vadu, která by způsobovala nezákonnost oznámení o vyloučení. Nesporným faktem je, že nabízený přístroj neobsahuje ani technologii čištění iontové optiky ani technologii čištění iontového zdroje. Jak jsem navíc dospěl výše, navrhovatel neprokázal, že by jím nabízená technologie mohla být rovnocenným řešením k požadavku na integrované čištění iontové optiky, protože neprokázal, že iontovou optiku skutečně nebude nutné čistit.
52. Pouze pro úplnost uvádím, že sám navrhovatel pak v rozkladu tvrdí, že iontová optika je v případě jím nabízeného přístroje umístěna mimo iontový zdroj, proto nelze oba pojmy zaměňovat (na straně 9). Na jiném místě rozkladu (strana 12) ale ve chvíli, kdy Úřadu vyčítá neschopnost pochopit jeho výklad a dokládá, že sám pojmy nezaměňuje, uvádí, že iontová optika je nedílnou součástí iontového zdroje.
53. K další rozkladové námitce uvádím, že navrhovatel zaměňuje požadavky na certifikovaný přístroj, respektive na udělení certifikace a technický požadavek zadavatele na určitou vlastnost přístroje, v tomto případě požadavek na integrované čištění iontové optiky. Úřad nepochybně, že přístroj splňuje požadavky na zdravotnický přístroj, pokud získal potřebné

certifikace. K takovému tvrzení nemá Úřad ambice ani odbornost. To, že je přístroj řádně certifikován, ale nehovoří nic o tom, zda splňuje také požadavky zadavatele. Pokud navrhovatel měl k dispozici certifikaci či výsledek kontroly některé z jím uváděných autorit týkající se toho, že nabízený přístroj skutečně po jím deklarovanou dobu bude fungovat bez vlivu na kvalitu výsledků, měl takové důkazy předložit. Nedisponuje-li jimi, nemohou jeho pouhá tvrzení prokázat splnění požadavku zadavatele.

54. Navrhovatel závěrem uvádí, že v odborném vyjádření zpracovaném [anonymizováno] jsou obsažena pouze obecná tvrzení vztahující se k zařízení pro vědecké a výzkumné účely, nikoliv pro laboratorní praxi. K tomu uvádím, že [anonymizováno] se ve svém odborném vyjádření vyjadřoval ke konkrétnímu přístroji nabízenému navrhovatelem a věcně odpovídal na předložené otázky. Uvedené námitky tedy nereflektují skutečnou povahu a obsah odborného vyjádření.
55. Vzhledem k tomu, že jsem ani po vypořádání jednotlivých námitek navrhovatele neshledal napadené rozhodnutí, které posuzovalo postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, nesprávným či v rozporu se zákonem, je nutné tyto námitky odmítnout.

#### **VI. Závěr**

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

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

#### **Obdrží**

1. Karlovarská krajská nemocnice a.s., Bezručova 1190/19, 360 01 Karlovy Vary
2. I.T.A.-Interact s.r.o., Pařížská 67/11, 110 00 Praha

**Vypraveno dne**

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