



UOHSX00JZXER

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0112/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-28076/2024/163

Brno 22. 7. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 13. 6. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společnost **ITA – ZYB**, tvořená 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 4. 9. 2023 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-21621/2024/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0558/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Oblastní nemocnice Příbram, a.s.**, IČO 27085031, se sídlem Gen. R. Tesaříka 80, 261 01 Příbram,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Hmotnostní spektrometr**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 4. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek

dne 14. 4. 2023 pod ev. č. Z2023-014482 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 4. 2023 pod ev. č. 2023/S 075-226337,

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-S0558/2023/VZ, č. j. ÚOHS-21621/2024/500 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 11. 9. 2023 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 4. 9. 2023 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 – Oblastní nemocnice Příbram, a.s., IČO 27085031, se sídlem Gen. R. Tesaříka 80, 261 01 Příbram, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Hmotnostní spektrometr“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 4. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 4. 2023 pod ev. č. Z2023-014482 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 4. 2023 pod ev. č. 2023/S 075-226337, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 11. 9. 2023 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 1. 9. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) a proti rozhodnutí o vyloučení ze dne 4. 8. 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.

„**rozhodnutí o vyloučení**“). Navrhovatel tvrdil, že se zadavatel dostatečně nevypořádal s jeho námitkami ze dne 16. 8. 2023 (dále jen „**námítky**“). Dále navrhovatel uváděl, že na základě navrhovatelem předložených dokumentů a dokumentu „*Příloha č. 1 Technická specifikace veřejné zakázky*“ vypracovaného dne 9. 6. 2023 v rámci předvedení přístroje (dále jen „**protokol o předvedení přístroje**“) nelze jednoznačně konstatovat nesplnění devíti technických parametrů, jak zadavatel uváděl v rozhodnutí o vyloučení. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel uvedl pouze výčet devíti technických parametrů, které neměly být splněny, bez konkretizace, proč tomu tak je. Navrhovatel rovněž poukázal na nepřezkoumatelnost postupu zadavatele s ohledem na znění protokolu o předvedení přístroje. Následně se navrhovatel vyjadřoval ke splnění jednotlivých technických požadavků. U požadavku „Schopnost zajištění optimálního výkonu systému a pravidelné udržování klíčových parametrů zodpovědných za výkon. Ladění probíhá automaticky, bez dalších nákladů na přípravu vzorků nebo asistenci uživatele“ (dále jen „**technický požadavek č. 2**“) navrhovatel popisoval, proč jej nabízený přístroj splňuje a dodal, že zadavatel daný požadavek v rozhodnutí o námitkách nezákonně rozšířil. K požadavku na „Integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru nebo jiná technologie do 20 min“ (dále jen „**technický požadavek č. 4**“) navrhovatel uvedl, že nabízený přístroj je bezúdržbový a jeho čištění tedy nezabírá žádný čas. Zadavatel umožnil jinou technologii, fakticky ji ale nepřipustil, čímž porušil § 89 odst. 6 zákona. Zadavatel navíc nekontaktoval výrobce zařízení, jak to deklaroval v protokolu o předvedení přístroje.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 29. 5. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0558/2023/VZ, č. j. ÚOHS-21621/2024/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh navrhovatele zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval splněním technického požadavku č. 4. Úřad uvedl, že zadavatel měl umožněním použití jiné technologie trvající maximálně 20 minut na mysli technologii, která též obsahuje určitý druh čištění iontového zdroje. Pro posouzení, zda navrhovatelem nabízený přístroj požadavek splňuje, Úřad považoval za stěžejní odborné vyjádření zpracované [anonymizováno]. Úřad se neztotožnil s námitkou, že se znalec [anonymizováno] (dále jen „**znalec**“) v odborném vyjádření, ze kterého vycházel zadavatel, nesprávně vyjadřoval o iontovém zdroji, a nikoliv o iontové optice, která je v požadavku uvedena. Podle [anonymizováno] lze na požadavek na čištění iontové optiky nahlížet i jako na požadavek na čištění iontového zdroje.
6. Úřad dospěl k tomu, že nabízený přístroj neobsahuje žádnou jinou technologii čištění iontového zdroje, kterou by bylo možné považovat za rovnocenné řešení k automatickému čištění iontové optiky pomocí infrared laseru. Dle [anonymizováno] za ni nelze považovat ani technologii „Ion Repulsion – Improve accuracy & free of cleaning“, neboť iontový deflektor nedokáže ovlivnit dráhu neutrálních molekul a fragmentů, a navíc je umístěn až za extrakční a urychlovací elektrodou, které se nejvíce znečišťují. Úřad s odkazem na odborné vyjádření [anonymizováno] dodal, že znečištění se nelze vyhnout, všechny hmotnosti spektrometry vyžadují periodickou údržbu a přístroj navrhovatele není výjimkou. Navrhovatel nepředložil žádný relevantní důkaz, že přístroj nepotřebuje čištění a tuto skutečnost vždy deklaroval svým konstatováním, případně odkazem na produktová data

uvedená v jeho nabídce. 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. Navrhovatel nebyl schopen vyvrátit stěžejní závěry odborných vyjádření.

7. Ke splnění technického požadavku č. 2 Úřad nejprve uvedl, že i zde vycházel z jím získaného odborného vyjádření [anonymizováno] a z něj vyplývá, že daný požadavek nebyl splněn, neboť automatická optimalizace parametrů, kterou zadavatel požaduje, zahrnuje nejenom kontrolu vakua či funkce laseru, ale také napětí na elektrodách, detektoru apod. K udržení optimálního výkonu systému není dostačující pouhá funkčnost vakuového systému a laseru. Navrhovatel stvrdil svým podpisem v protokolu o předvedení přístroje, že zadavateli nebyl daný technický požadavek ukázán ani vysvětlen.
8. Vzhledem k tomu, že Úřad dospěl v případě technických požadavků č. 2 a č. 4 k tomu, že byl zadavatel oprávněn navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit, další možné důvody vyloučení již nezkoumal. Úřad poté uvedl, že považuje rozhodnutí o vyloučení za provedené v souladu se zákonem, pokud v podrobnostech obsahuje odkaz na protokol o předvedení přístroje. Byť to Úřad zadavateli vytkl, nepovažoval za problematické uvedení „ANO“ ve sloupci „Splnil“ u technických požadavků, jež nepovažoval za splněné, pokud u nich byla uvedena poznámka, která obsahovala výtky či uvedl, že bude vznesen dotaz na výrobce. Úřad dodal, že zadavatel nebyl povinen navrhovatele vyzývat k objasnění žádosti o účast 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

9. Dne 13. 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.

#### Námítky rozkladu

10. Navrhovatel spatřuje pochybení Úřadu v nesprávném posouzení skutečností mající za důsledek jeho nezákonné vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Podle navrhovatele zadavatel citoval v technickém požadavku č. 4 patentové řešení společnosti Bruker Baltonic GmbH, čehož si musel být vědom, neboť zdánlivě umožnil obdobné technické řešení. 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 daný přístroj zadavatel zná. Neumožňuje ale plnění pomocí jiného jemu neznámého přístroje, který uživatelům slouží minimálně stejně dobře.
11. 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.
12. Navrhovatel popisuje, že patentové řešení je specifické technickému provedení konkurenčního zařízení a používá k identifikaci každého vzorku několik stovek laserových výstřelů, s čímž souvisí nutnost technického řešení k odstraňování nečistot. 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. 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.

13. 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 technologie navrhovatel odkazuje na své vyjádření ze dne 8. 4. 2024.
14. Pochybení Úřadu podle navrhovatele spočívá v nesprávném posouzení a implementaci § 89 odst. 6 zákona v souvislosti s technickým požadavkem č. 4, když Úřad uvedl, že zadavatel pod pojmem „jiná technologie do 20 minut“ požadoval, aby předmět plnění obsahoval jinou technologii čištění iontového zdroje než pomocí infrared laseru, která by netrvala déle než 20 minut. Podle zadavatele je požadavkem patentu právě čištění iontového zdroje, nikoliv použití infrared laseru.
15. 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 deklarácí možnosti použití rovnocenného řešení zajišťujícího dlouhodobé užívání přístroje bez snížení citlivosti a bez ovlivnění hodnot výsledných score. Rovnocenné řešení bylo připuštěno pouze formálně, což Úřad nepochopitelně aproboval. Navrhovatel také uvádí, že žádná z technologií, která tvoří rovnocenné řešení, se nedá fyzicky ukázat. Zadavatel ale obavy zadavatele rozptýlil mnohahodinovým měřením s relevantními výsledky. Potřeba čištění nenastane, proto není možné dokázat, že by bylo čištění potřebné. Navrhovatel tedy zpochybňuje konstatování zadavatele z protokolu o předvedení přístroje, že nastavení technologie nebylo ukázáno a že byly dodány nedostatečné informace.
16. Úřad sám nebyl schopen získat znalecký posudek, ale navrhovateli vytýká, že svůj vlastní nepředložil. To je podle navrhovatele vzhledem k novosti řešení nemožné. Navrhovatel pochybuje o znalosti [anonymizováno] o dotčeném technickém řešení.
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, ve znění pozdějších předpisů (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 chybné, pokud z prohlášení výrobce nevycházeli. V souvislosti s tím pokládá navrhovatel otázku, zda jsou tyto osoby odborníky na výklad práva. Navrhovatel také doložil detailní popis technologie ve svém vyjádření ze dne 8. 4. 2024, kde podkryl obchodní tajemství, k čemuž se ale Úřad nevyjádřil. Navrhovatel v příloze rozkladu dokládá vyjádření několika uživatelů nabízeného přístroje.

18. Navrhovatel se následně vyjadřuje k bodu 178 odůvodnění napadeného rozhodnutí a tomu, k čemu se v odborném vyjádření vyjadřoval znalec. Podle navrhovatele [anonymizováno] říká, že iontová optika může být kdekoliv, tedy buď jako součást iontového zdroje nebo v letové trubici. Navazující konstatování Úřadu není založeno na žádném reálném důkazu a není souvztažné k technickému provedení nabízeného přístroje. Na zadavatelův požadavek na čištění iontové optiky nelze nahlížet jako na požadavek na čištění iontového zdroje. V námitkách i v návrhu navrhovatel namítal, že požadavek na čištění iontového zdroje je nepřípustným, neboť byl uveden až v odůvodnění oznámení o vyloučení.
19. Úřad měl také 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 rozhodnutí o vyloučení, neboť zadávací dokumentace nestanovuje požadavek na čištění iontového zdroje, ale pouze iontové optiky.
20. 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 Baltonic GmbH a Zybio Inc. jsou různé. U technologie prvního výrobce obsahuje iontový zdroj i extrakční a urychlovací elektrody, tedy část [anonymizováno] označovanou jako iontovou optiku, u výrobce Zybio Inc. jsou extrakční a urychlovací elektrody samostatně mimo iontový zdroj a nazývají se iontová optika.
21. Za jednoznačnost technických parametrů nese podle § 36 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatel. Není jednoznačné, co myslel pod pojmem „iontová optika“ a zaměňuje ji za „iontový zdroj“. Je nezpochybnitelné, že vyřazení navrhovatele bylo účelové. Navrhovatel ani nebyl povinen k vyjasnění si zadávacích podmínek, tedy zda bude zadavatel připouštět jím nabízené řešení.
22. Podle navrhovatele nemusí řešení obsahovat „čištění“. Musí v první řadě zajistit podstatu věci, která se týká iontové optiky/zdroje a zabezpečení správného fungování. Tohoto stavu je možné dosáhnout různými způsoby. Patentovanou technologií společnosti Bruker Baltonic GmbH, mechanickým čištěním či souborem technických provedení, mezi které patří inteligentní odpudivá technologie, vnitřně optimalizovaný iontový zdroj a technologie umožňující redukci počtu laserových výstřelů. Navrhovateli není zřejmé, jak mohl Úřad aprobovat, že si zadavatel sám mohl zvolit, co je a co není rovnocenné řešení.
23. Navrhovatel nesouhlasí se závěry uvedenými v bodu 193 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. Podle navrhovatele Úřad v bodu 194 odůvodnění napadeného rozhodnutí nepoužil informace v celém kontextu, čím naprosto změnil jeho vyznění.

24. K technickému požadavku č. 2 navrhovatel uvádí, že v protokolu o předvedení přístroje je v kolonce „Splnil“ uvedeno „ANO“. Není mu proto zřejmé, proč by měl daný protokol k tomuto parametru rozporovat. Dá se těžko předpokládat, že zadavatel do protokolu napíše „ANO“ a přitom myslí „NE“.
25. Navrhovatel následně vykládá jednotlivé prvky technického požadavku č. 2 (předmět plnění musí fungovat správně, musí fungování kontrolovat a udržovat v parametrech potřebných pro provoz a musí nastavování provádět sám a bez jakéhokoliv spotřebního materiálu) a dospívá k závěru, že zadávací dokumentace neuvádí žádné konkrétní části nebo součásti zařízení, které by tímto požadavkem měly být identifikovány. K tomu opět odkazuje na § 36 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že zadavateli nebyla funkce ukázána. Žádná funkce ale v technickém požadavku č. 2 stanovena není. Požadovaná schopnost zařízení je schopností integrovanou a uživatel nad ní nemá kontrolu. Jediný způsob, jak ji analyzovat, je nepřímo – zařízení nehlásí chybu.
26. Navrhovatel uvádí, že jedinou autoritou specifikující parametry zdravotnického prostředku včetně parametrů klíčových a těch, které jsou zodpovědné za výkon, je výrobce zařízení. Představa [anonymizováno], co by mohl zadavatel myslet technickým požadavkem č. 2, je irelevantní.
27. Navrhovatel v závěru rozkladu v reakci na bod 210 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že optimální výkon systému se provádí změnou hodnot. Změna hodnot se nazývá ladění. Zajištění optimálního výkonu proto nelze bez ladění provést. Požadavek zadavatele nelze vykládat jinak, než že má zařízení fungovat stále, nepřetržitě a zadavatel na to nemá vynakládat prostředky. Navrhovatel toto dokládá prohlášením existujících uživatelů v příloze rozkladu.

#### **Závěr rozkladu**

28. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému rozhodnutí. Domáhá se také toho, aby předseda Úřadu uložil Úřadu zabývat se při novém projednání zbývajícími sedmi body, pro které byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

29. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že se plně ztotožňuje se závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí. Dále uvádí, že předmětem řízení je otázka, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil pro nesplnění technických požadavků. Klíčovou je tedy otázka, zda nabízený přístroj technické požadavky splňuje, neboť to navrhovatel deklaroval v nabídce. Navrhovatel však argumentuje vhodností požadavků či technickými kvalitami přístroje. Z odborných vyjádření vyplývá, že technické požadavky ve vztahu k čištění optiky nejsou splněny.
30. Navrhovatel pouze tvrdí, že přístroj není potřeba čistit, ale nijak to neprokázal. Zároveň se navrhovatel nevyrovnal se závěry znalce a [anonymizováno], že nečistoty vznikají vždy. Technologie obsažená v nabízeném přístroji nemá nic společného s čištěním iontové optiky. Vysvětlení navrhovatele, že nabízený přístroj používá pouze 4 laserové výstřely na získání

spektra, vede zadavatele k pochybnostem o kvalitě výsledků. K tomu přikládá obrázky po 4 výstřelech a po 240 výstřelech a následně je hodnotí v neprospěch menšího počtu výstřelů.

31. Zadavatel v závěru svého vyjádření navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

32. 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**

33. 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.
34. 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**

35. Podstatou řešené otázky je to, zda navrhovatel splnil požadavky zadavatele, konkrétně technický požadavek č. 2 a technický požadavek č. 4. Zadavatel navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku vyloučil, neboť dle něj mj. tyto požadavky nesplnil, přičemž navrhovatel tvrdí opak.

#### *K technickému požadavku č. 4*

36. Úřad uvedl, že ze znění technického požadavku č. 4 je zřejmé, že zadavatel měl umožněním použití jiné technologie trvající maximálně 20 minut na mysli technologii, která též obsahuje určitý druh čištění. Pokud by tomu tak podle Úřadu nebylo, neuváděl by maximální možný čas trvání čištění. Úřad následně uvedl, že zadavatel vyzval navrhovatele k předvedení a vyzkoušení jím nabízeného přístroje, k čemuž došlo dne 9. 6. 2023 a zadavatel výsledek zachytil v protokolu o předvedení přístroje, kde konstatoval, že nebylo ukázáno nastavení nabízené technologie, nebyly dodány dostatečné informace a technický požadavek č. 4 proto nebyl splněn. Zadavatel později disponoval i odborným vyjádřením znalce, které mu mělo jeho závěry potvrdit. Ten uvedl, že *„[ř]ešení uvedené firmou Zybío 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.“*

37. Úřad si následně nechal zpracovat odborné vyjádření od [anonymizováno], neboť navrhovatel zpochybňoval závěry odborného vyjádření znalce. [anonymizováno] v odborném vyjádření odpovídal na význam pojmů iontový zdroj a iontová optika (k tomu odkazují níže). [anonymizováno] dále uvedl, že nabízený přístroj neobsahuje automatické integrované čištění iontové optiky pomocí infrared laseru ani jinou technologii čištění iontové optiky do 20 minut, která by byla rovnocenná k čištění infrared laserem. K možnosti označit dané řešení jako rovnocenné [anonymizováno] uvedl, že technologie „Ion Repulsion Technology“ dokáže odklonit pouze ionty a nabité částice, ale dráhu neutrálních molekul neovlivní. Iontový deflektor je navíc podle [anonymizováno] umístěn až za extrakční a urychlovací elektrodou, které se nejvíce znečišťují.
38. Úřad se zabýval také tím, zda může technologie „Ion Repulsion Technology“ zabránit potřebě čištění iontové optiky, přičemž z odborného vyjádření [anonymizováno] zjistil, že nikoliv, neboť při používání hmotnostních spektrometrů dochází ke znečišťování iontového zdroje a optiky, a to zejména prostřednictvím nánosů matrice rozprášených pulzy UV laseru a není možné se tomuto znečištění vyhnout. Přístroj navrhovatele není podle [anonymizováno] výjimkou. K plnému znění odpovědí [anonymizováno] na otázky Úřadu odkazují na body 80-90 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
39. Podle Úřadu navrhovatel navíc nepředložil žádný relevantní důkaz o tom, že by jím nabízený přístroj nevyžadoval žádné čištění, pouze tuto skutečnost deklaroval a odkazoval na produktová data uvedená v nabídce. Následně však relativizoval i tato tvrzení, když nutnost čištění připustil, uvedl ale, že kombinací technologií je potřeba čištění minimalizovaná. To ale podle Úřadu nemění nic na faktu, že i u tohoto přístroje nastane potřeba čištění.
40. 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 obsahuje přístroj nabízený navrhovatelem, zahrnuje integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru, nebo zda obsahuje jinou technologii do 20 minut ve smyslu technického požadavku č. 4. Úřad tedy vyložil znění daného požadavku, když konstatoval, že nabízený přístroj musí obsahovat nějakou technologii čištění do 20 minut, následně si však musel učinit úsudek o otázkách mimo jeho znalosti 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 (byť z doby po rozhodnutí o vyloučení), požádal Úřad o další odborné vyjádření, které bylo následně poskytnuto [anonymizováno]. Obě tato odborná vyjádření poměrně jednoznačně uvádějí, že přístroj nenabízí požadované čištění iontové optiky, zároveň však také vyvrací tvrzení navrhovatele, že přístroj je z pohledu čištění iontové optiky bezúdržbový.
41. Souhlasím s Úřadem, že technický požadavek č. 4 je nutné vykládat tak, že zadavatel požaduje, aby nabízený přístroj buď disponoval přímo integrovaným automatickým čištěním iontové optiky pomocí infrared laseru, a pokud takovým řešením nedisponuje, aby obsahoval alespoň nějakou technologii čištění, která nebude trvat déle než 20 minut. Zadavatel formuloval technický požadavek č. 4 zcela jednoznačně tak, že vyloučil řešení, která žádné čištění

neobsahují, ale i manuální čištění. Zadavatel mohl daný požadavek formulovat jinak, tedy např. tak, že by žádný časový údaj k jím požadovanému rovnocennému řešení neuvedl. V takovém případě by mohlo řešení navrhovatele přicházet v úvahu, pokud by prokázal, že jeho přístroj je skutečně bezúdržbový (k tomu odkazuji níže). To ale zadavatel neučinil. Je proto zřejmé, a opakuji proto svůj souhlas s výkladem Úřadu, že zadavatel čištění požaduje, jinak by jeho trvání časově neomezoval na 20 minut.

42. Je potřeba dodat, že předmětem správního řízení není posouzení zákonnosti zadávacích podmínek, ale posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Pokud navrhovatel chtěl rozporovat zadávací podmínku spočívající technickém požadavku č. 4, měl tak učinit ve lhůtě podle § 242 odst. 4 zákona. V této fázi je však posuzováno již jeho naplnění nabídkou navrhovatele, nikoliv zákonnost jeho vymezení.
43. Ostatně není ani sporem mezi zadavatelem a navrhovatelem, že nabízený přístroj žádnou technologii čištění iontové optiky neobsahuje. Navrhovatel netvrdí, že by obsahoval, směřuje fakticky pouze proti výkladu, který provedl Úřad v napadeném rozhodnutí a tvrdí, že jeho řešení je řešením rovnocenným. S ohledem na to, k čemu jsem dospěl výše, tomu ale nelze přisvědčit.
44. Pokud navrhovatel tvrdí, že zadavatel odkázal na patentované řešení společnosti Bruker Baltonic GmbH, uvádím, že to nehraje roli. Je principem odkazu na konkrétní výrobek, že je citován právě daný konkrétní výrobek, zde tedy pravděpodobně patentované řešení. Zadavatel dané řešení citoval a umožnil splnění technického požadavku č. 4 jinou technologií do 20 minut, přičemž z povahy vymezení tohoto požadavku je zřejmé, že musí jít o čištění. Není však důležité, jaký okruh přípustných řešení patent pokrývá, neboť na tom nezáleží posouzení souladu nabízeného řešení se zadávacími podmínkami.
45. Zjišťování a ověřování, jestli jiná technologie do 20 minut (rovnocenné řešení) existuje, není a ani nemůže tížit zadavatele. Zadavatel není povinen znát veškerá řešení, která by mohla přicházet 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. Zadavatel požaduje k naplnění svých potřeb technologii, která obsahuje čištění. V dané chvíli mu tedy může být nabídnut buď přístroj, který obsahuje integrované automatické čištění iontové optiky pomocí infrared laseru, nebo přístroj s jinou technologií čištění do 20 minut.
46. Ani Úřad ani navrhovatel nemohou vstupovat do úvah zadavatele, proč přistoupil k vymezení technického požadavku č. 4 právě tak, jak to učinil. Výsledkem úvah zadavatele je ale konkrétní znění daného požadavku, nikoliv jiné znění, které by bylo možné vyložit odlišně. Podstata věci tedy skutečně spočívá v zajištění správného a přesného fungování iontové optiky, zadavatel ale stanovil, že ji požaduje zajistit pomocí jejího čištění. Pokud by mu bylo lhostejné, jak bude podstaty požadavku dosaženo, mohl požadavek vymežit jinak.
47. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že zadavatel záměrně omezuje hospodářskou soutěž. S tím však nemohu souhlasit, neboť jsem v souladu s napadeným rozhodnutím dospěl k tomu, že zadavatel technický požadavek č. 4 uplatnil v souladu se zákonem. Teprve pokud by zadavatel nepřipustil jinou technologii čištění do 20 minut, postupoval by v rozporu se zákonem. To se zde ale nestalo. Nadto opakuji, že zákonnost zadávacích podmínek není předmětem tohoto správního řízení.

48. Velká část rozkladu navrhovatele směřuje k popisu jeho řešení, které označuje jako bezúdržbové. K tomu je ale nutné uvést dvě věci. Zaprvé jsou všechny tyto námitky v podstatě irelevantní, neboť hovoří o technologii, která jednoduše nenaplnuje znění technického požadavku č. 4. Jestliže totiž řešení navrhovatelem nabízeného přístroje neobsahuje technologii čištění iontové optiky, nemůže být rovnocenné.
49. Zadruhé, protože považuji za vhodné se k daným námitkám navrhovatele alespoň rámcově vyjádřit, uvádím, že jeho tvrzení neprokazují, že přístroj nebude nutné čistit. Odborná vyjádření dospěla k závěru, že ke znečištění iontové optiky bude docházet. [anonymizováno] konkrétně uvedl, 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.
50. Jestliže navrhovatel ve svém rozkladu uvádí, že [anonymizováno] nezná nabízený přístroj a nemůže tak hovořit o tom, zda rovnocenné řešení obsahuje či zda je daný přístroj z pohledu čištění iontové optiky bezúdržbový, konstatuji, že [anonymizováno] disponoval v době vyslovení svých závěrů stejnými dokumenty jako zadavatel. Tedy primárně těmi, které k prokázání tvrzení obsažených v nabídce předložil navrhovatel. Nezvádne-li podle navrhovatele dané závěry z navrhovatelem předložených dokumentů učinit [anonymizováno], neboť na to je podle navrhovatele nutné znát nabízený přístroj, patrně dané dokumenty neobsahují taková data, která by mohla prokázat splnění technického požadavku č. 4 a bezúdržbovost z hlediska 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.
51. Navrhovatel i v návaznosti na odborné vyjádření [anonymizováno] teprve ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 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.
52. 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 8. 4. 2024 a v rozkladu rozšiřoval svoji argumentaci o naplnění technického požadavku č. 4, nemohu (a ani Úřad nemohl) přihlížet. Chtěl-li navrhovatel daná tvrzení uplatňovat, měl tak činit především v námitkách, případně pak v návrhu a ve lhůtě podle § 251 odst. 5 zákona.
53. Druhou výhradou pak je, že ani tato tvrzení nedokládají, že iontovou optiku nebude nutné čistit. Opět totiž platí, že navrhovatel vůbec nepodložil daná tvrzení o tom, že existují různé technologie v rámci nabízeného přístroje, které ve výsledku znamenají, že iontovou optiku nebude nutné čistit, respektive ji bude nutné čistit nejspíše až na hranici či za hranicí 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.

54. 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, pokud mají tito uživatelé zkušenost maximálně od března 2021. Pro upřesnění dodávám, že dle přílohy č. 1 zadávací dokumentace „Technická specifikace veřejné zakázky“ je požadován „systém s garancí počtu střel min 500 mil. a vyšší“. Uvádí-li navrhovatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 4. 2024 i v rozkladu životnost přístroje 7 let, jde o požadavek z jiného zadávacího řízení, nikoliv zde. Požadavek na minimálně 500 milionů střel je navíc nesrovnatelný s počtem 768 000 střel, které k počtu 7 let navrhovatel vztahuje. Tím spíše je pak zřetelná nutnost čistit iontovou optiku i navrhovatelem nabízeného přístroje během jeho životnosti.
55. Navrhovatel v související námitce tvrdí, že Úřad nepoužil jeho informace ohledně počtu výstřelů a intervalu do nutnosti čištění iontové optiky v celém kontextu, čímž změnil význam. To, co ale v rozkladu navrhovatel předkládá jako celý kontext, se ale nijak neliší od tvrzení, které Úřad v napadeném rozhodnutí vypořádal. Není vadou, že Úřad necitoval větší část vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 4. 2024, neboť ji zjevně nijak neopomenul.
56. Konstatuji, že chtěl-li navrhovatel prokázat, že jeho přístroj není nutné čistit, či není nutné čistit po nějakou dobu, musel k tomu mít podklady. Zadavatel technický požadavek č. 4 do zadávacích podmínek zakotvil, neboť je pro něj jeho splnění zjevně důležité. Pokud nabízený přístroj neobsahuje žádné čištění a navrhovatel se snažil prokázat, že žádné čištění není třeba, musel předložit důkazy, které by jeho tvrzení prokazovaly.
57. Souhlasím s navrhovatelem, že písemné prohlášení výrobce zařízení je silným důkazem. Toto prohlášení ale bylo zpochybněno odborným vyjádřením znalce a následně [anonymizováno]. I nadále zůstává prohlášení výrobce důležitým důkazem, nikoliv však důležitějším než daná odborná vyjádření. Pokud navrhovatel chtěl prokázat tvrzení o beúdržbovosti přístroje co do čištění iontové optiky, bylo na něm, aby předložil příslušný důkaz. Nosné závěry napadeného rozhodnutí, tedy že nabízený přístroj musí obsahovat nějakou technologii čištění iontové optiky, však navrhovatel s ohledem na řešení jeho přístroje patrně nemůže zpochybnit vůbec. Opakuji, že s těmito závěry Úřadu souhlasím, k čemuž odkazuji výše.
58. 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 173 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Pokud jde o znalce, je tato skutečnost velmi

pravděpodobná (byť jde o vyjádření, které se primárně vztahuje k jinému zadávacímu řízení), neboť znalec v odborném vyjádření uvádí jako podklady „Písemné zadání nemocnice“ a „Odpověď“ od čínského výrobce Zybio Inc. k nabízenému hmotnostnímu spektrometru EXS2600“. Dodávám, že není nutné, aby dané osoby, které zpracovávají odborné vyjádření k souladu nabízeného řešení s požadavkem zadavatele, byly odborníky na výklad práva, jak uvádí navrhovatel. Nebyly totiž povolány k posouzení souladu nabídky navrhovatele se zákonem, ale s požadavkem zadavatele.

59. 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 pozdě a stále nikoliv 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.
60. Není také pravdou, že by se Úřad vůbec nevyjádřil k popisu technologie, který navrhovatel předložil ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 4. 2024. V bodu 194 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. Zprvu jde o předložení tvrzení a důkazů po zákonné koncentraci, zadruhé jde o tvrzení, která nemohou prokázat naplnění požadavku zadavatele, neboť neprokazují, že by navrhovatelem nabízený přístroj obsahoval nějakou technologii čištění iontové optiky. Stejně tak nedokládají tvrzenou bezúdržbovost.
61. 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 8. 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 bezúdržbovosti přístroje. S ohledem na to, že ani později navrhovatel žádné konkrétní důkazy nepředložil, nejsou odborná vyjádření v rozporu ani s jeho následnými tvrzeními.
62. Tvrzení navrhovatele, že zadavatel nevzal v úvahu jiné technologie, opět z části směřuje do zadávacích podmínek, k čemuž opakují výhradu o opožděnosti námitek a předmětu správního řízení. 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 neobsahuje žádnou technologii čištění do 20 minut, neznamená, že zadavatel jiné technologie nebere v úvahu či že rovnocenná řešení připouští pouze formálně.

63. Navrhovatel sice tvrdí, že nelze fyzicky ukázat absenci nutnosti čištění. Pokud ale zadavatel čištění požadoval, bylo nutné předvést právě čištění do 20 minut. Zároveň dodávám, že byt nebylo nutné přístroj čistit v průběhu jeho předvádění, nelze tím prokázat, že jej není nutné čistit v podstatě až do konce živostnosti přístroje. Takový důkaz navrhovatel nepředložil.
64. K dílčí námitce uvádím, že Úřad navrhovateli nevytýká, že nepředložil svůj vlastní znalecký posudek. Naopak v bodu 174 odůvodnění napadeného rozhodnutí reaguje na námitky navrhovatele, že [anonymizováno] není soudním znalcem a že bylo nutné si vystačit s odborným vyjádřením, což s ohledem na odbornost [anonymizováno] není vůbec vadou. K pochybnostem o znalostech [anonymizováno] o dotčeném technickém řešení uvádím, že [anonymizováno] vycházel z podkladů, které primárně předložil navrhovatel. Neobsahovaly-li tyto dokumenty potřebné údaje, nemohl z nich [anonymizováno] učinit závěry, které by konvenovaly navrhovateli. Nabízený přístroj neobsahuje žádnou technologii čištění do 20 minut a zároveň navrhovatel nepředložil takové doklady, ze kterých by vyplývalo, že nebude nutné čistit iontovou optiku. Jakou větší znalost dotčeného technického řešení by měl [anonymizováno] mít, již navrhovatel nepřibližuje.
65. Část rozkladu navrhovatele míří proti užívání pojmu „iontový zdroj“ namísto pojmu „iontová optika“ v odborném vyjádření znalce. Nejprve však uvádím, že zadavatel v rozkladu odkazuje na nesprávné používání pojmu „iontový zdroj“ i v oznámení o vyloučení. Daná pasáž se však zjevně vztahuje k jinému správnému řízení, kde zadavatel tuto skutečnost opravdu rozporoval. Zde však míří na zaměňování řešených pojmů v odborném vyjádření znalce. Zároveň je v rozkladu uvedeno, že zadavatel nemohl vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku z důvodu, který uvedl v rozhodnutí o vyloučení, neboť zadávací dokumentace nikde nestanovuje požadavek na čištění iontového zdroje, ale pouze iontové optiky. Ani to však není souvztažné k tomuto správnému řízení, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení pouze uvedl znění technického požadavku č. 4, kde je uveden požadavek na čištění iontové optiky, nikoliv iontového zdroje.
66. Je skutečně pravdou, že znalec v odborném vyjádření konstatuje, že dochází ke „*kontaminaci iontové optiky, zvláště pak iontového zdroje*“, a obecně své závěry váže spíše právě k iontovému zdroji. K tomu však primárně uvádím, že odborné vyjádření znalce nebylo podkladem zadavatele při vyloučení navrhovatele, neboť vzniklo až po vydání rozhodnutí o vyloučení. I za účelem ověření relevantnosti této námitky navrhovatele se však Úřad obrátil na [anonymizováno] a dospěl k závěru, že není důvodné striktně rozlišovat mezi iontovým zdrojem a iontovou optikou. K tomu odkazují na body 176-178 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
67. Navrhovatel v rozkladu 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 192 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 odborného vyjádření, pokud hovoří o iontovém zdroji namísto iontové optiky, neboť jde primárně o znečištění na konkrétních součástkách bez ohledu na nadřazený pojem v konkrétním přístroji.

68. Jak jsem již výše uvedl, odborné vyjádření znalce dokresluje, že navrhovatelem nabízený přístroj žádné čištění ve smyslu technického požadavku č. 4 neobsahuje. I pokud tedy znalec zaměňuje řešené pojmy, nemá to vliv na posouzení zákonnosti postupu zadavatele, a to i proto, že zadavatel z něj nevycházal při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Z tohoto pohledu nemůže uspět ani námitka navrhovatele týkající se nejasnosti vymezení zadávacích podmínek. Ta zaprvé není vznesena v zákonné lhůtě, zadruhé není pravdivou, neboť sám zadavatel pojmy nezaměňuje.
69. Souhlasím s navrhovatelem, že nebyl povinen vyjasňovat si se zadavatelem, jaké řešení bude akceptovat a případně jej žádat o změnu zadávacích podmínek tak, aby mohlo být úspěšné i řešení v jím nabízeném přístroji. Pokud to ale neučinil, je nyní pozdě si stěžovat na vymezení daného požadavku.
70. Tuto část proto uzavírám konstatováním, že jsem v napadeném rozhodnutí neshledal žádnou vadu při posouzení oprávněnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění technického požadavku č. 4.

*K technickému požadavku č. 2*

71. Úřad vycházel při posouzení správnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení s ohledem na nesplnění technického požadavku č. 2 z odborného vyjádření zpracovaného [anonymizováno]. Ten uvedl, že automatická optimalizace parametrů zahrnuje nejen kontrolu vakua či funkce laseru, ale také napětí na elektrodách, detektoru apod. K udržení optimálního výkonu laseru není podle [anonymizováno] sama o sobě dostačující pouhá funkčnost vakuového systému a laseru. Podle Úřadu navrhovatel podepsal protokol o předvedení přístroje, i když zadavatel u daného technického požadavku uvedl „Dle výrobce, neukázáno, nevysvětleno, log“. Podle Úřadu zadavatel požadoval udržování všech klíčových parametrů, nikoliv pouze kontrolu vakua či funkčnost laseru. Navrhovateli, jako odborníkovi v problematice, mělo být zřejmé, jaké parametry jsou klíčové a zodpovědné za výkon. To, že byl systém po dobu předvedení přístroje stabilní, nic nemění na tom, že nebyl technický požadavek č. 2 řádně předveden.
72. I v této části považuji postup Úřadu za správný, když si i ve vztahu ke splnění technického požadavku č. 2 přístrojem, který nabízel navrhovatel, vyžádal odborné vyjádření od [anonymizováno]. Z jeho závěrů je jednoznačně patrné, že navrhovatel nenaplnil daný požadavek zadavatele, neboť jej vztáhl pouze k určité výseči parametrů přístroje, nikoliv však obecně ke klíčovým parametrům zodpovědným za výkon.

73. Za důležité však považuji i údaje obsažené v dokumentu „*Technická verifikace přístroje Zybio EXS 2600 (dodavatel ITA) na odd. Klinické mikrobiologie a parazitologie, Oblastní nemocnice Příbram a.s.*“ (dále jen „**technická verifikace přístroje**“), kde zadavatel k technickému požadavku č. 2 uvedl: „*Dle prohlášení výrobce ano, ale nebylo nijak ukázáno na přístroji. Byl vyžádán záznam těchto úkonů (kde si systém zaznamenává, že se automaticky ladí, kdy, jak), ale nebylo nám ukázáno. Nebylo dále vysvětleno. Za optimalizaci a ladění byla dodavatelem zaměněna automatická stabilizace vakua (dolní lišta v programu). Za těchto podmínek nebyl tento požadavek splněn.*“
74. Námitková a návrhová tvrzení potvrzují, že se navrhovatel skutečně zabývá pouze některými parametry, přičemž z odborného vyjádření vyplynulo, že zcela jistě nejde o jediné schopnosti, které by měly být pro optimální výkon systému zajištěny, a klíčové parametry, které by měly být udržovány. To ostatně nerozporuje ani navrhovatel. Konstatuji proto, že navrhovatel nesplnil technický požadavek č. 2, když neprokázal jeho splnění, a to ani při předvedení přístroje.
75. K další dílčí námitce navrhovatele, která se týká znění protokolu o provedení přístroje, uvádím, že je nutné dokument číst v celém jeho kontextu. Zadavatel sice u technického požadavku č. 2 v kolonce „Splnil“ uvedl „ANO“, následně však v poznámce uvedl „Dle výrobce, neukázáno, nevysvětleno, log“, čímž dal zjevně najevo svůj postoj k tomu, co mu bylo předvedeno. Je však nesprávné navrhovateli bez dalšího vyčítat, že podepsal protokol v tomto znění, pokud zadavatel označil technický požadavek č. 2 za splněný. Nemohu vědět, jak probíhalo samotné jednání a zda bylo navrhovateli sděleno i ústně, že nesplnil technický požadavek č. 2. Samotnou poznámku ale nebylo nutné pochopit pouze jako negaci závěru o splnění požadavku. Nemám však za to, že by daná skutečnost způsobovala nezákonnost samotného vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Stále platí, že navrhovatel daný požadavek nesplnil, o čemž byl informován v rozhodnutí o vyloučení. I pokud by navíc byl tento dílčí a fakticky procesní postup zadavatele zásadní vadou, stále platí, že navrhovatel byl oprávněně vyloučen pro nesplnění technického požadavku č. 4.
76. Je pravdou, že u technického požadavku č. 2 nejsou uvedeny konkrétní klíčové parametry, které by měly být udržovány. Je však nutné souhlasit s Úřadem, že navrhovatel, jako odborník v předmětu plnění veřejné zakázky, by měl být schopen identifikovat, o jaké parametry jde. Ostatně z jeho námitkové a návrhové argumentace vyplývá, že má jít pouze o kontrolu vakua či funkčnost laseru, což bylo vyvráceno odborným vyjádřením [anonymizováno]. Jistě, není zde vymezen přesný okruh těchto klíčových parametrů, je však zcela zjevné, že navrhovatel nedoložil splnění technického požadavku č. 2 ani k těm, které jako klíčové identifikoval [anonymizováno]. Navrhovatel sice uvádí, že žádná funkce není v řešeném požadavku stanovena, tedy ani nemohla být ukázána. Zároveň však v námitkách i v návrhu předložil obrázek, který ukazuje kontrolu vakua a funkčnosti laseru, tedy je schopen daný požadavek naplnit, nikoliv však v takové šíři, jakou požadoval zadavatel. Nemohu proto přisvědčit námitce, že jediný způsob, jak je naplnění požadavku možné analyzovat, je nepřímo, když zařízení nehlásí chybu.
77. Nesouhlasím s tím, že [anonymizováno] nemůže identifikovat klíčové parametry hmotnostního spektrometru. Jako odborník v této oblasti naopak musí vědět, na čem je fungování přístroje postaveno a jaké parametry je tedy nutné kontrolovat. [anonymizováno] měl navíc k dispozici data o přístroji nabízeném navrhovatelem. I z laického pohledu považuji



za nesprávné tvrzení, že klíčovým parametrem je pouze kontrola vakua a funkčnosti laseru, jak se s ohledem na způsob prokazování technického požadavku č. 2 snaží dovodit navrhovatel.

78. Tvrzení navrhovatele o tom, že optimální výkon systému se provádí změnou hodnot, změna hodnot se nazývá ladění a zajištění optimálního výkonu proto nelze bez ladění provést, je podle mého názoru nerelevantní. Zaprvé mám za logický výklad, který Úřad provedl v bodu 210 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadruhé, i pokud bych s daným výkladem nesouhlasil, tedy že by konkrétní i [anonymizováno] označené klíčové parametry spadaly pod „ladění“ a bylo by nutné, aby byly bez nákladů na čas a prostředky, stále platí, že navrhovatel zcela jistě neprokázal splnění daného požadavku, neboť byl schopen předvést jeho splnění pouze ve vztahu ke kontrole vakua a funkčnosti laseru, což bezpochyby nejsou jediné klíčové parametry.
79. Závěrem v reakci na rozkladový návrh navrhovatele uvádím, že považuji za správný postup Úřadu, který se nezabýval veškerými důvody, pro které byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení, ale pouze dvěma z nich. Pokud u nich shledal, že byl zadavatel oprávněn navrhovatele vyloučit, další posouzení bylo nadbytečné a v rozporu se zásadou procesní ekonomie. V podrobnostech odkazuji na bod 213 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
80. 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 námítky odmítnout.

## **VI. Závěr**

81. 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. Oblastní nemocnice Příbram, a.s., Gen. R. Tesaříka 80, 261 01 Příbram
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