



UOHSX00JEAVG

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0854/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-08907/2024/500

Brno 27. 2. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 15. 12. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Uherskohradištská nemocnice a.s., IČO 27660915, se sídlem J. E. Purkyně 365, 686 06 Uherské Hradiště, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 8. 2023 společností RTS, a.s., IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 4038/13, 615 00 Brno,
- navrhovatel – společníci „Společnosti ITA-ZYB“, kterými dle smlouvy o společnosti ze dne 5. 9. 2023 jsou
 - I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1, a
 - Zybio Inc., se sídlem Čínská lidová republika, Chongqing, Dadukou District, č. 6 Taikang Road, Budova 30, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 12. 2023 společností I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Hmotnostní spektrometr - opakování“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 8. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 8. 2023 pod ev. č. Z2023-035390, ve znění pozdější opravy, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 8. 2023 pod ev. č. 2023/S 154-487846, ve znění pozdější opravy,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – společníků „Společnosti ITA-ZYB“, kterými dle smlouvy o společnosti ze dne 5. 9. 2023 jsou I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1, a Zybio Inc., se sídlem Čínská lidová republika, Chongqing, Dadukou District, č. 6 Taikang Road, Budova 30 – ze dne 15. 12. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Uherskohradištská nemocnice a.s., IČO 27660915, se sídlem J. E. Purkyně 365, 686 06 Uherské Hradiště – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Hmotnostní spektrometr - opakování“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 8. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 8. 2023 pod ev. č. Z2023-035390, ve znění pozdější opravy, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 8. 2023 pod ev. č. 2023/S 154-487846, ve znění pozdější opravy, se v rozsahu vymezeném částí návrhu směřující proti rozsahu požadavků zadavatele k předvedení nabízeného předmětu plnění podle § 257 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť návrh cit. navrhovatele v předmětné části nebyl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a zadavateli ve lhůtě podle § 251 odst. 2 cit. zákona, tedy do 10 dnů ode dne 24. 10. 2023, kdy uvedený navrhovatel obdržel rozhodnutí o námitkách ze dne 24. 10. 2023, tj. do dne 3. 11. 2023, nýbrž byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a zadavateli doručen až dne 15. 12. 2023.

II.

Návrh navrhovatele – společníků „Společnosti ITA-ZYB“, kterými dle smlouvy o společnosti ze dne 5. 9. 2023 jsou I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1, a Zybio Inc., se sídlem Čínská lidová republika, Chongqing, Dadukou District, č. 6 Taikang Road, Budova 30 – ze dne 15. 12. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Uherskohradištská nemocnice a.s., IČO 27660915, se sídlem J. E. Purkyně 365, 686 06 Uherské Hradiště – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Hmotnostní spektrometr - opakování“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 8. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 8. 2023 pod ev. č. Z2023-035390, ve znění pozdější opravy, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 8. 2023 pod ev. č. 2023/S 154-487846, ve znění pozdější opravy, se v části směřující proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a proti rozhodnutí o námitkách podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Uherskohradištská nemocnice a.s., IČO 27660915, se sídlem J. E. Purkyně 365, 686 06 Uherské Hradiště, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 8. 2023 společností RTS, a.s., IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 4038/13, 615 00 Brno (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 8. 8. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Hmotnostní spektrometr - opakování“, přičemž oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno

dne 10. 8. 2023 pod ev. č. Z2023-035390, ve znění pozdější opravy, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 8. 2023 pod ev. č. 2023/S 154-487846, ve znění pozdější opravy (dále jen „zadávací řízení“ nebo „veřejná zakázka“).

2. Podle čl. 3. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ odst. 3.1. „POPIS PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ zadávací dokumentace – svazek 1 „Podmínky a požadavky pro zpracování nabídky“ ze dne 8. 8. 2023 (dále jen „zadávací dokumentace“) je předmětem veřejné zakázky » *dodávka, instalace a zprovoznění 1 kusu nového, nepoužitého hmotnostního spektrometru vč. příslušenství (...). Předmětem veřejné zakázky je rovněž záruční servis v délce 24 měsíců. Podrobné požadavky zadavatele na dodávku zařízení a další podmínky jsou uvedeny v obchodních podmínkách a jejich přílohách a dále v technické specifikaci, která je přílohou této zadávací dokumentace*« (dále jen „přístroj“).
3. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 14. 9. 2023 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem dvě nabídky, a to včetně nabídky navrhovatele – společníků „Společnosti ITA-ZYB“, kterými dle smlouvy o společnosti ze dne 5. 9. 2023 jsou I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1, a Zybio Inc., se sídlem Čínská lidová republika, Chongqing, Dadukou District, č. 6 Taikang Road, Budova 30, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 12. 2023 společností I.T.A.-Intertact s.r.o., IČO 65408781, se sídlem Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“).
4. Dle zprávy o hodnocení nabídek ze dne 27. 9. 2023 vyplývá, že zadavatel vyhodnotil nabídku navrhovatele jako ekonomicky nejvýhodnější a přistoupil k posouzení splnění podmínek účasti navrhovatele v zadávacím řízení.
5. Dne 27. 9. 2023 zadavatel vyzval navrhovatele k objasnění nabídky podle § 46 zákona (dále jen „žádost“), kdy zadavatel současně navrhovatele informoval o uplatnění práva vyhrazeného v čl. 5 „TECHNICKÉ PODMÍNKY“ odst. 5.4. „TECHNICKÁ KONTROLA“ zadávací dokumentace a vyzval navrhovatele k předvedení nabízeného předmětu plnění v sídle zadavatele, přičemž na termínu předvedení se měli domluvit jejich zástupci. Navrhovatel přípisem ze dne 4. 10. 2023 zadavateli objasnil svoji nabídku (dále jen „objasnění“) a zároveň uvedl, že termín předvedení byl zástupci domluven na 11. 10. 2023.
6. Následně dne 6. 10. 2023 zadavatel zaslal prostřednictvím e-mailu navrhovateli dokument s názvem „Požadavky pro předvedení systému hmotnostní spektrometrie EXS2600 firmou I.T.A.-Intertact s.r.o.“ (dále jen „požadavky“), v němž specifikoval průběh předvedení.
7. Navrhovatel podal dne 9. 10. 2023 proti požadavkům námitky z téhož dne (dále jen „námitky proti úkonu“), neboť dle něj nepřiměřeně rozšiřovaly zadávací podmínky.
8. Dne 11. 10. 2023 proběhlo na základě výše uvedeného předvedení přístroje (dále jen „předvedení“).
9. Zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 24. 10. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách proti úkonu“), jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl námitky proti úkonu v plném rozsahu.
10. Posléze dne 7. 11. 2023 zadavatel odeslal prostřednictvím elektronického nástroje navrhovateli oznámení rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení z téhož dne (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“), kterým vyloučil navrhovatele z předmětného zadávacího řízení

s odkazem na § 48 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu nesplnění zadavatelem vymezené technické specifikace, tj. zadávacích podmínek.

11. Dne 22. 11. 2023 obdržel zadavatel námitky proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z téhož dne (dále jen „námitky“). Tyto námitky zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 6. 12. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, v plném rozsahu odmítnul.
12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 15. 12. 2023 (dále jen „návrh“), jež Úřad obdržel téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

13. V první části návrhu navrhovatel označuje rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné, neboť se dle něj zadavatel dostatečně nevypořádal s jeho tvrzeními týkajícími se jednotlivých bodů technické specifikace [definovány v příloze č. 1 „Technická specifikace“ svazku 3 „Obchodní podmínky formou návrhu kupní smlouvy“ (dále jen „technická specifikace“)] a pojmu „vzorek“, přičemž se uchýlil pouze k obecnému vypořádání jím namítaných skutečností, čímž *»vůbec neodůvodnil, proč argumentaci [n]avrhovatele pokládá za nepravdivou«*.
14. V další (hlavní) části návrh směřuje proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, které bylo odůvodněno tak, že nedošlo k ověření reálné funkčnosti požadovaného předmětu plnění, tj. přístroje (hmotnostního spektrometru) dle zadávacích podmínek, neboť v rámci předvedení vzorku nabízeného plnění, tj. předmětného přístroje neproběhlo měření na konkrétním vzorku, resp. vzorcích. Dle navrhovatele však požadované parametry dle technické specifikace splněny jsou a tyto byly v rámci předvedení řádně prokázány, neboť předvedl funkčnost přístroje v plném rozsahu, přestože na něm nebyl umístěn měřitelný vzorek. Z uvedeného důvodu je dle navrhovatele rozhodnutí o vyloučení nezákonné, neboť nebyl dodržen postup dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
15. Navrhovatel předně uvádí, že již v původních námitkách proti úkonu, které směřovaly proti požadavkům pro předvedení přístroje, které dle něj rozšiřovaly rozsah předmětu plnění, *»podrobně rozebral jednotlivé namítané body, kde spatřuje porušení [z]ákona [z]adavatelem a detailně popisuje, jak jím nabízené plnění prokazatelně splňuje [z]adavatelem vymezené technické parametry, pro které byl [n]avrhovatel z další účasti v zadávacím řízení vyloučen“*, přičemž se tak plně odkazuje na jejich obsah. Jelikož se zadavatel k námitkám proti úkonu nikterak nevyjádřil, navrhovatel se dne 11. 10. 2023 účastnil ujednaného předvedení, přičemž přístroj předvedl v takovém rozsahu, jak uvedl ve svých námitkách proti úkonu. Následně dne 24. 10. 2023, tj. již po uskutečnění předvedení, obdržel rozhodnutí o námitkách proti úkonu, kterým byly jeho námitky proti úkonu v plném rozsahu odmítnuty. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že nepodal návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v této věci k Úřadu, a to mj. s ohledem na skutečnost, že *»předvedení vzorku již proběhlo, nemělo by to tedy žádný vliv na průběh předvedení, které bylo předvedeno v souladu s požadavky zadávací dokumentace a [n]ámitek proti úkonu ze dne 9. 10. 2023 a s touto skutečností byl [z]adavatel plně seznámen. Zároveň [n]avrhovatel uvedl, že nechtěl nikterak bránit procesu zadávacího řízení zejména s přihlédnutím na fakt, že po důkladném*

prostudování Originálního zápisu verifikace technické specifikace ze dne 11. 10. 2023 (dokument, který byl sepsán během předvedení jako záznam o jeho průběhu, dále jen „originální zápis“, pozn. Úřadu) dospěl k závěru, že [z]adavatel [n]avrhovatelí potvrdil předvedení přístroje a ověření technické specifikace plně v souladu s požadavky předmětné [v]eřejné zakázky[.] (...) Toto předvedení vzorku bylo navíc rozšířeno o podrobné vysvětlení a ukázání každé jedné požadované funkcionality softwarového vybavení zařízení i všech jednotlivých částí a toto detailní předvedení přístroje trvalo od ranních hodin do pozdního odpoledne, tedy celkově 6 až 7 hodin, tedy zdaleka nešlo o nějaké formální předvedení vzorku (přístroje), nýbrž o předvedení naprosto podrobné a detailní.« Nadto navrhovatel uvádí, že zadavatel měl posunout termín předvedení, pokud nebyl schopen nejdříve vypořádat jeho námitky proti úkonu.

16. Další část návrhu se vztahuje k otázce, kdo byl povinen připravit vzorek do té podoby, aby byl přímo způsobilý k případnému měření na předmětném nabízeném přístroji, resp. co konkrétně se rozumí tzv. „preanalytickou fází“ před samotným měřením na přístroji a kdo byl povinen ji zajistit. Dle navrhovatele totiž zadavatel nezajistil připravené vzorky k měření na přístroji, ač je o tom zadavatel přesvědčen, ale měl připravený pouhý biologický materiál, na což navrhovatel zadavatele upozorňoval již i v původních námitkách proti úkonu. Svě tvrzení navrhovatel v návrhu odůvodňuje následovně: *»Zadavatel neměl žádné připravené vzorky k měření, měl pouze připravený biologický materiál, dle sdělení [z]adavatele převážně právě z Národní referenční laboratoře (NRL). O rozdílu mezi [z]adavatelem připraveným biologickým materiálem a vzorkem způsobilým pro měření na hmotnostním spektrometru byl [z]adavatel podrobně vyrozuměn již v podaných [n]ámitkách, a to včetně konkrétního příkladu pre-analytické (neboli před analýzou na přístroji) části, tedy čistě laboratorní práce přeměny biologického materiálu na změřitelný vzorek zahrnující 16 kroků (...). Teprve takto připravená směs neboli analyt, tedy vzorek způsobilý pro měření na hmotnostním spektrometru, se vloží na příslušenství hmotnostního spektrometru tzv. terčíkovou destičku (je součástí předmětu plnění) a tato se umístí do hmotnostního spektrometru pro provedení analýzy. Veškerá činnost spojená s umístěním terčíkové destičky, její vložení, její vyjmutí, její údržba (čištění pro další použití) toto vše je součástí předmětu plnění a jako takové bylo bezesbýtku součástí 7hodinového předvedení vzorku předmětu plnění.«* Navrhovatel současně uvádí, že požadavkem pro předvedení byl přístroj a jeho softwarové vybavení, přičemž se vždy *»jedná o software nebo softwarový algoritmus (modul), a ten [n]avrhovatel předvedl a beze zbytku prokázal. Tento průkaz provedl na datech, neboť jde o software a software se nedá žádným jiným způsobem předvést.«*
17. Navrhovatel zároveň odmítl případnou přípravu takového vzorku, resp. vzorků, neboť *»je obchodní firmou, která se zabývá prodejem přístrojů a jejich servisem, není poskytovatelem zdravotní péče nebo společností provádějící laboratorní testování, a tedy k úkonu provádět jakékoliv laboratorní služby v chráněném infekčním prostředí není způsobilá ani oprávněna. Jako dodavatel je certifikována k instalaci, zprovoznění zařízení, jeho servisu a obsluze dle povahy daného zařízení, tedy provádění a kontrole automatického vyhodnocování dat a výsledků poskytovaných hmotnostním spektrometrem.«* Současně dle navrhovatele *»pro řádné předvedení vzorku (přístroje) a prokázání všech technických požadavků zadávací dokumentace není zapotřebí provádět pre-analytickou část, která ani není součástí požadavků předmětné [v]eřejné zakázky a která je plně v gesci [z]adavatele (zde ve smyslu přípravy vzorku pro měření). Součástí předmětu plnění [v]eřejné zakázky nejsou ani diagnostické soupravy,*

u kterých je požadavkem pouhé prokázání jejich komerční dostupnosti. V této souvislosti je nezbytné doplnit, že hmotnostní spektrometr je z podstaty věci „otevřený systém“ a všichni existující výrobci zařízení hmotnostního spektrometru, mají zařízení, která fungují na stejném principu. Spotřební materiál pro tato zařízení je tak vzájemně zaměnitelný. (...) Pokud by [z]adavatel zakoupil pro tyto účely diagnostické soupravy a zároveň odborně připravil na zařízení změřitelný vzorek pro měření, tj. provedl by laboratorní pre-analytickou část, [n]avrhovatel by vzorek do zařízení vložil a analýzu dat provedl z dat [z]adavatelem dodaných analytů (změřitelných vzorků).« Navrhovatel dále doplňuje, že přeměnu biologického materiálu na vzorek způsobilý měření na přístroji odmítly také pověřené osoby zadavatele během předvedení, a to z důvodu absence praxe, tj. bez školení na použití diagnostické soupravy, a současně zadavatel odmítnul zakoupit potřebné diagnostické soupravy z finančních důvodů. Navrhovatel se rovněž vyjadřuje k zadavatelovu přirovnání předvedení předmětného přístroje k předvedení automobilu a předkládá vlastní přírůbek v kontextu šetřeného případu.

18. *Následně navrhovatel popisuje, že během předvedení byla do přístroje »vložen terčíková destička, na které nebyl umístěn žádný analyt (neboť [z]adavatel žádný nezajistil), hmotnostní spektrometr svým laserem vystřelí laserový paprsek na destičku pro rozprášení analytu na ionty. Vzhledem ke skutečnosti, že na terčíkové destičce žádný analyt umístěn nebyl, zařízení zcela bezchybně identifikovalo, že nedochází k žádné přeměně analytu na ionty a tyto nedopadají na detektory, a tedy netvoří žádné spektrum.« Z pohledu navrhovatele tak byla funkčnost přístroje v rámci předvedení prokázána řádně a v plném rozsahu, a to i přestože na přístroji nebyl umístěn konkrétní vzorek, neboť přístroj »z podstaty své konstrukce žádnou jinou funkci, než vygenerovat spektrum neznámého analytu neprovádí (což je zřejmé již ze samotného názvu hmotnostní SPEKTROMETR), toto spektrum je následně porovnáváno k softwarové databázi uložené v zařízení. Všechny ostatní softwarové aplikace pak jen porovnávají různé hodnoty spekter (jejich jednotlivé píky) vzájemně, nebo zjišťují existenci určitých píků, či naopak neexistenci píků, čímž provádějí jednotlivé v technické specifikaci vyjmenované požadavky.«*
19. *Dále navrhovatel namítá, že originální zápis se neshoduje se Zprávou o průběhu technické verifikace hmotnostního spektrometru EXS2600 Zybko ze dne 16. 10. 2023 (dále jen „zpráva“, příp. „zpráva o průběhu předvedení“), jež je mj. přílohou rozhodnutí o vyloučení, a to např. ve vztahu k bodu 23 technické specifikace, kdy v originálním zápisu je uvedeno „splněno“, avšak ve zprávě je daný bod vyhodnocen jako nesplněný. V souvislosti s tím navrhovatel uvádí, že samotné rozhodnutí o vyloučení je v rozporu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení odkazuje pouze na zprávu, » kdy u jednotlivých bodů se nedá přesně dovodit, jestli je podle [z]adavatele chyba na straně dodavatele nebo nebylo předvedeno z důvodů jiných, jako např. „nebylo posuzováno“ u bodů 1 a 2, „krabička nám nebyla ukázána rozbalená“ u bodu 7, „terčíky nepředvedeny“ bod 12 apod. Stěžovatel vlastně neví, jakou měrou měl údajně porušit své povinnosti a jak se tedy relevantně bránit. (...) Zadavatel musí přesně znát důvody vyloučení [n]avrhovatele, ten s nimi musí být seznámen, aby mohl učinit závěr o oprávněnosti takového jednání [z]adavatele a příp. podniknout kroky ke své obraně. Zároveň musí [z]adavatel velmi dobře vědět, že zadávací řízení je velmi formalizovaným procesem, kdy všechny jeho kroky musí být zpětně kontrolovatelné a čitelné.« K porušení zásady transparentnosti v kontextu odůvodnění*

rozhodnutí o vyloučení navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008.

20. Svou argumentaci navrhovatel shrnuje tak, že je zcela jasné, že příprava vzorku způsobilého k měření na přístroji, tj. preanalytická část není předmětem plnění, s předvedením funkce přístroje nemá nic společného, a navíc je plně v gesci zadavatele. *»Tím, že [z]adavatel nepřipravil vzorek způsobilý pro měření na hmotnostním spektrometru, neboť nezajistil potřebnou diagnostiku ani nebyl ochoten tuto diagnostiku (která není předmětem plnění veřejné zakázky) z důvodu vysoké ceny zakoupit, neboť pro ni evidentně neměl žádné uplatnění ([n]avrhovatel nezjistil ani jedno jediné pracoviště v ČR, které by danou diagnostiku pro detekci ATB rezistencí pro klinické použití v rutinním provozu na hmotnostním spektrometru používalo), nebylo tak možné žádný skutečný vzorek do zařízení pro jeho změření vložit. Vzhledem ke skutečnosti, že žádný z potencionálních zadavatelů, dle zjištění [n]avrhovatele v období posledních 2 let, nebyl do této diagnostiky ochoten investovat, má [n]avrhovatel za tímto účelem k dispozici naměřená data od výrobce, neboť bez takovýchto dat by nebylo možné předvést analytické vlastnosti softwarového algoritmu.«* Současně navrhovatel svou argumentaci podkládá rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-21795/2023/500, sp. zn. ÚOHS-S0161/2023/VZ ze dne 9. 6. 2023 (dále jen „rozhodnutí S161/2023“), které bylo potvrzeno předsedou Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-30305/2023/162, sp. zn. ÚOHS-R0081/2023/VZ ze dne 25. 8. 2023 (dále jen „rozhodnutí R81/2023“).
21. Pro vyvrácení tvrzení zadavatele, že nabízený přístroj je nefunkční, navrhovatel přikládá záznam výsledků měření mechanismů rezistence karbapenemáz provedené Nemocnicí Nové Město na Moravě dne 11. 12. 2023. Navrhovatel má obecně za to, že jeho vyloučení ze zadávacího řízení je zcela účelové a zadavatel je vůči němu zaujatý a evidentně od začátku chtěl, aby nabídka navrhovatele byla z předmětného zadávacího řízení vyloučena, přestože je jeho nabídka ekonomicky nejvýhodnější.
22. Dle navrhovatele tak zadavatel nedodržel postup dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, neboť *»nelze konstatovat nesplnění předmětných technických podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a [z]adavatel tedy nebyl oprávněn [n]avrhovatele z tohoto důvodu vyloučit z předmětného zadávacího řízení. Naopak bylo plně prokázáno a doloženo splnění těch vlastností«*. Navrhovatel současně tvrdí, že byl zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen *»neoprávněně, účelově, v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení ve smyslu § 6 odst. 1 a 2 Zákona i se zásadami 3E, neboť jím nabízené zařízení hmotnostní spektrometr Zybío EXS2600 splňuje všechny technické parametry a požadavky [z]adavatele, které byly stanoveny v zadávacích podmínkách [v]eřejné zakázky a v rámci předvedení zařízení dne 11. 10. 2023 byly předvedeny.«* Zároveň zadavatel dle navrhovatele porušil ust. § 245 odst. 1 zákona, když se dostatečně nevyjádřil ke všem namítaným skutečnostem v rozhodnutí o námitkách, což je činí nepřezkoumatelným.
23. Navrhovatel tak na základě výše uvedeného navrhuje, aby Úřad zrušil všechny úkony související s posouzením nabídky navrhovatele a veškeré navazující úkony, a to především rozhodnutí o vyloučení, *„a provede nové posouzení a hodnocení nabídek v souladu se [z]ákonem“*, vč. zrušení rozhodnutí o námitkách z důvodu nepřezkoumatelnosti.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

24. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 15. 12. 2023, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
25. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
26. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 19. 12. 2023.
27. Dne 22. 12. 2023 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“) a současně téhož dne zadavatel zpřístupnil Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení uloženou v certifikovaném elektronickém nástroji.

Vyjádření zadavatele k návrhu

28. Zadavatel v úvodu svého vyjádření uvádí, že postupoval v rámci celého zadávacího řízení v souladu se zákonem, a nesouhlasí tak s argumentací navrhovatele, přičemž se plně odkazuje na odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jež je dle něj zcela úplné a přezkoumatelné.
29. V souvislosti s první částí návrhu zadavatel odmítá, že by rozhodnutí o námitkách bylo nepřezkoumatelné a že se k namítaným skutečnostem vyjádřil pouze obecně. Co se týče tvrzení, že se k jednotlivým bodům technické specifikace vyjádřil totožně, a tedy nedostatečně, uvádí, že *»se podrobně vyjádřil ke každé části námitek v takovém rozsahu, který přesně odpovídá každé části vznesené námítky. Současně zadavatel připouští, že výše uvedená citace byla platná pro více v námitkách uvedených skutečností. Totéž platí i o namítaném pojmu „vzorek“, ke kterému zadavatel v rozhodnutí o námitkách zaujal jasný postoj, který současně řádně zdůvodnil.«* Zároveň pak zadavatel *»uvádí a žádá Úřad, aby vzal v potaz skutečnost, že navrhovatel vznesl námitky před předvedením vzorku nabízeného plnění a provedení jeho fyzické kontroly, spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti (...), které zadavatel v zákonné lhůtě řádně vypořádal a navrhovatel proti rozhodnutí o námitkách proti úkonu dále zákonným způsobem nebrojil. Proto zadavatel žádá Úřad, aby k části námitek proti vyloučení a části návrhu, které se týkají těchto námitek proti úkonu a případně zpochybňují rozhodnutí o námitkách proti úkonu, nepřihlížel, neboť návrh v těchto částech nebyl podán v souladu s § 251 odstavec 2 zákona.«* V souvislosti s tím zadavatel uvádí, že argumentace navrhovatele ohledně nevyužití práva podat návrh k Úřadu je zcela lichá, neboť pokud byl navrhovatel přesvědčen o pravdivosti a relevanci svých námitek proti úkonu, měl na nich trvat, a podat tak návrh na zahájení správního řízení k Úřadu. K tomu zadavatel dále dodává, že i přes podané původní námitky proti úkonu se navrhovatel účastnil předvedení, přičemž pokud nesouhlasil se zaslánými požadavky, jak namítal ve svých námitkách proti úkonu, měl termín předvedení posunout a neměl se vůbec předvedení před vypořádáním daných námitek proti úkonu účastnit a přístroj předvést. Tvrzení navrhovatele, že po prostudování originální zápisu nabyl dojmu, že řádně předvedl přístroj a potvrdil tak jeho funkčnost, zadavatel odmítá a sděluje, že *»nelze toto popsat jinak než jako neodbornost, popř. jako účelový přístup navrhovatele«,* neboť se přímo účastnil předvedení, během kterého se originální zápis vyhotovil, a dokonce jej stvrdil svým podpisem.
30. Z pohledu zadavatele byly při předvedení přístroje ukázány pouze softwarové funkce přístroje mj. na datech naměřených v minulosti, *»u kterých nelze prokázat, resp. nebyl navrhovatel*

schopen prokázat, jakým způsobem byly získány. Zadavatel trvá na tom, že tuto funkci nelze prokázat jinak než reálným měřením mikroorganismů. (...) K „náročnosti a detailnosti“ předvedení vzorku nabízeného plnění zadavatel uvádí, že samotné předvedení a ověření technické specifikace vlastností a funkčnosti nabízeného plnění trvalo výrazně kratší dobu, než navrhovatel uvádí. Podstatnou část času zabrala diskuze o tom, co se vlastně bude předvádět. Pro ukončení diskuze a započítání procesu samotného předvedení a ověření technické specifikace musela být přizvána i právnička zadavatele. Navrhovatel účelově zkrusluje informace o časovém harmonogramu průběhu předvedení a ověření technické specifikace. Platí rovněž, že navrhovatel neprojevil žádný zájem a vůli nabízený přístroj detailněji předvést, kdy na ověření vlastností a funkčnosti rezignoval svým jasným zamítavým postojem. Pokud navrhovatel k řádnému předvedení nabízeného plnění ve smyslu zadávacích podmínek potřeboval více času, a to jak na přípravu před samotným i navrhovatelem odsouhlaseným termínem, tak na samotné předvedení, mohl navrhovatel požádat o prodloužení. Jakýkoli zájem či snaha v této věci ale nebyly ze strany navrhovatele provedeny.»

31. Zadavatel striktně nesouhlasí s tvrzením navrhovatele týkajícím se měření na přístroji a přípravy vzorku (vzorků) způsobitelného k měření, tj. preanalytické fáze. Dle zadavatele se biologickým materiálem »rozumí biologický materiál odebraný od pacienta. Tento materiál se v laboratoři zpracuje standardními mikrobiologickými metodami a trvá dle povahy materiálu několik dní. Tento proces je samotnou preanalytickou fází, která je v plně v kompetenci [z]adavatele. Následující preanalytická příprava mikroorganismu k samotnému měření je v plné kompetenci navrhovatele (v případě nezaučení personálu Zadavatele). (...) Jedná se o preanalytickou přípravu mikroorganismu samotného měření, která musí být zcela ve shodě s deklarovaným IVD návodem navrhovatele. Preanalytická fáze samotného měření byla a je tedy, jak z podstaty věci vyplývá, v kompetenci navrhovatele. Zadavatel nemohl a nemůže, jelikož nebyl a není zaškolený pro tento konkrétní hmotnostní spektrometr, preanalytickou fází samotného měření a posléze samotné měření provádět.« Taková část preanalytické fáze, kterou měl v gesci navrhovatel, zabere dle zadavatele cca 15 minut a méně, navrhovatel tedy účelově zkrusluje náročnost takového procesu. Stejně tak navrhovatel dle zadavatele zkrusluje i informace ohledně připraveného biologického materiálu, k jejichž manipulaci byly ze strany zadavatele mj. připraveny osobní ochranné pomůcky.
32. K ukázce softwaru a v něm uložených dat naměřených v minulosti navrhovatelem během předvedení zadavatel uvádí, že »v běžné laboratorní praxi je nepřijatelné provést samotné měření na jiném pracovišti a změřená data přinést na elektronickém nosiči a ta následně interpretovat v laboratoři zadavatele. Zadavateli tak byla navrhovatelem **předvedena data nejasného původu. Toto předvedení Zadavatel nepovažuje za prokázání funkčnosti, nebylo možné ověřit proces, jakým byla data získána.**« Současně zadavatel reaguje na přirovnání předkládaná navrhovatelem, se kterými striktně nesouhlasí.
33. Z pohledu zadavatele je tak zcela jasné, že funkčnost přístroje během předvedení nebyla ověřena, neboť neproběhlo praktické měření na vzorcích, přičemž nelze verifikovat funkčnost přístroje, tj. hmotnostního spektrometru určeného k identifikaci mikroorganismů a mechanismů rezistence jiným způsobem než měřením konkrétním vzorku (vzorcích). Dříve naměřená data, která navrhovatel ukázal zadavateli v rámci předvedení, neprokazují funkčnost přístroje, neboť nelze jednoznačně určit kdo, kde a jakým způsobem vzorky připravoval. Zadavatel tvrdí, že nabídl možnost měření na jim (řádně) připravených vzorcích,

což však navrhovatel odmítnul, ačkoliv navrhovatel byl povinen zajistit si personál, který by byl kompetentní, který by byl schopen předvedení přístroje v plném rozsahu provést, tj. včetně části preanalytické fáze samotného měření vzorků. Dle zadavatele se totiž navrhovatel prezentuje buď jako pouhá obchodní firma a prodejce zdravotnického zařízení, anebo jako výrobce, který je odpovědný za určení funkčnosti, vlastností a parametrů zdravotnických prostředků, a to podle toho, jak se mu to argumentačně hodí. Nadto zadavatel poukazuje i na fakt, že navrhovatel účelově mění pracovní pozice pověřených osob, neboť existuje veřejně dostupný dokument o validaci předmětného přístroje navrhovatelem, kdy určitá osoba během takové předvedení přístroje vystupovala jako „aplikační specialista“, přičemž v právě šetřeném případě totožná osoba má pozici „sales manager“.

34. K možnosti zakoupení diagnostických souprav se zadavatel vyjadřuje tak, že není možné zakoupit spotřební materiál bez současného vlastnictví předmětného přístroje. Zadavatel současně uvádí, že není oprávněn na přístroji pracovat do té doby, dokud není řádně proškolen, přičemž do toho okamžiku veškerou práci na daném přístroji musí provádět navrhovatel.
35. Zadavatel také odkazuje na rozhodnutí S161/2023 potvrzené rozhodnutím R81/2023 a poukazuje na skutečnost, že v tam řešeném případě byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění technického bodu, který se obsahově shoduje s bodem 19 technické specifikace v právě šetřeném případě.
36. K údajně sporným bodům technické specifikace, u kterých navrhovatel *»vlastně neví, jakou měrou měl údajně porušit své povinnosti«*, zadavatel uvádí, že jde opět o pouhé účelové vytrhování informací z kontextu, neboť z příslušných dokumentů jasně vyplývá, že takové body nebyly posuzovány.
37. Účelové je dle zadavatele i tvrzení o netransparentnosti rozhodnutí o vyloučení, neboť zpráva je nedílnou přílohou, tj. součástí rozhodnutí o vyloučení, *»která podrobně a přezkoumatelně zdůvodňuje nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení, tedy prokazatelné nesplnění zadavatelem vymezených technických parametrů či případů, kdy technické parametry nebyl navrhovatel schopen prokázat«*, přičemž ta mj. vychází z originálního zápisu, jež je i její přílohou. Zadavatel je tak přesvědčen, že je jednoznačně prokazatelné, z jakých důvodů byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen.
38. Z pohledu zadavatele tak navrhovatel zcela účelově odvádí pozornost od podstatných faktů a zaměřuje se na nepodstatné a nesouvisející informace, přičemž tak koncipuje celý návrh, a z toho důvodu jej shledává jako nedůvodný, neboť během celého zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem, a to i s principy 3E. *»Je to právě navrhovatel, který neprokázal splnění technických podmínek a současně jím nabízený přístroj nesplňuje zadavatelem vymezené technické podmínky. Argumentace navrhovatele byla zadavatelem jednoznačně vyvrácena a lze ji jednoznačně označit jako účelovou. Snahou navrhovatele je zmařit zadávací řízení. Nabídka navrhovatele obsahuje přístroj, který není v ČR a zřejmě nikde v EU úspěšně instalován, neboť navrhovatel prokázal technickou kvalifikaci referenčními dodávkami v ČLR, kdy tyto nejsou pro žádného zadavatele reálně ověřitelné.«*

Další průběh správního řízení

39. Usnesením ze dne 15. 1. 2024 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k informování o dalších úkonech provedených v šetřeném zadávacím řízení a k předložení příslušné dokumentace pořízené v souvislosti s těmito úkony.
40. Následně usnesením ze dne 24. 1. 2024 určil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání písemného sdělení, ze kterého bude jednoznačně vyplývat, co konkrétně se rozumí preanalytickou fází v souvislosti s přípravou vzorku způsobilého k měření na hmotnostním spektrometru, včetně podrobného objasnění a vyznačení části preanalytické fáze, kterou zajistil zadavatel, a části, kterou byl dle zadavatele povinen zajistit navrhovatel.
41. K uvedenému usnesení se zadavatel vyjádřil přípisem ze dne 30. 1. 2024, jež Úřad obdržel téhož dne, a to následovně:
- *»V klinické mikrobiologii je základní podmínkou jakéhokoliv identifikačního postupu získání izolátu patogenní bakterie ze vzorku v čisté kultuře. Z čisté kultury je poté možno provést identifikaci metodou hmotnostní spektrometrie. Cílem [z]adavatele tedy bylo připravit vzorek pomocí preanalytických mikrobiologických postupů tak, aby ho mohl [n]avrhovatel použít pro předvedení funkčnosti nabízeného systému.«*
 - Následně zadavatel popsal jednotlivé kroky, které byly dle něj v jeho gesci, což je konkrétně odběr vzorku od pacienta, příjem a klinická kontrola vzorku na oddělení mikrobiologie, zpracování biologického materiálu (vč. popisu standardního zpracování vzorku moči), a konstatoval, co je výsledkem takového postupu.
 - Poté zadavatel popsal část preanalytické fáze, kterou z jeho pohledu již byl povinen zajistit navrhovatel: *»Vzorek by měl být následně zpracován pomocí návodu k použití výrobce nabízeného systému, za použití komerčně dostupných souprav a reagentů, které [z]adavatel neměl k dispozici a měly být součástí vlastního předvedení. Navíc, vzhledem k tomu, že se mělo jednat o předvedení před vlastním pořízením přístroje, nebyli laboratorní pracovníci proškoleni pro další preanalytické zpracování vzorku ani pro samotnou práci s přístrojem, a proto měla být následná příprava a zpracování vzorku zcela na [n]avrhovateli. Vzhledem k tomu, že [n]avrhovatel disponuje zaškoleným aplikačním specialistou, nebylo předpokládáno, že by mohl nastat problém se zpracováním vzorku dle postupu výrobce, jehož zařízení [n]avrhovatel nabízí.«* Dále uvedl obecný popis postupu.
42. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-04599/2024/500 ze dne 31. 1. 2024 Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to až do pravomocného skončení tohoto správního řízení.
43. Usnesením ze dne 5. 2. 2024 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
44. Dne 12. 2. 2024 Úřad obdržel vyjádření k podkladům rozhodnutí od navrhovatele. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí ve stanovené lhůtě ani později nikterak nevyjádřili.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 12. 2. 2024

45. Navrhovatel nejprve ve svém vyjádření obecně popisuje situaci v České republice v oblasti hmotnostní spektrometrie od roku 2021. Dle navrhovatele jsou technické specifikace v rámci

veřejných zakázek týkajících se hmotnostní spektrometrie diskriminační a nepřiměřené, neboť se zadavatelé pokoušejí o eliminaci jiných potencionálních dodavatelů a upřednostňují jednoho konkrétního dodavatele. Takové skutečnosti však navrhovatel v nyní řešeném případě nerozporoval, pouze na ně upozorňuje, aby si jich byl Úřad vědom s ohledem na obdobné veřejné zakázky, a současně poukazuje na možné příznaky *»pletichy při zadávání veřejných zakázek a skutečností hodných zřetele v souvislosti s monopolistickým chováním určitých dodavatelů.«* Z pohledu navrhovatele je předmětné rozhodnutí Úřadu důležité, neboť postaví precedens v otázce, která doposud nebyla Úřadem v obdobné věci řešena.

46. Základní otázkou v předmětném správním řízení je dle navrhovatele vymezení, *»co Úřad považuje za relevantní výklad požadavku předvedení vzorku nabízeného plnění z důvodu provedení fyzické kontroly spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti na kterou se odvolává [z]adavatel v rámci jeho využití vyhrazeného práva v zadávacích podmínkách«*. Navrhovatel stále trvá na tom, že požadavky k předvedení zaslané pouze pár dní před datem předvedení byly nad rámec předmětu veřejné zakázky, tj. v rozporu se zákonem. Navrhovatel při předvedení požadavky dle zadávacích podmínek, tj. parametry stanovené technickou specifikací naplnil a má za to, že skutečnost, že *»neproběhlo měření na konkrétním vzorku, resp. vzorcích, nemá žádnou souvislost s ověřením reálné funkčnosti „vzorku – hmotnostního spektrometru“, neboť ověření reálné funkčnosti došlo při instalaci zařízení a jeho uvedení do chodu, plně v souladu s provozními pokyny výrobce daného zdravotnického prostředku. Z obecného pohledu funkčnosti technologie výrobce Zybio Inc. pak byla funkčnost potvrzena mezinárodním Externím hodnocením kvality, provedeným odborníky z FN Motol a výsledky byly jak prezentovány veřejně na Evropském mikrobiologickém kongresu v 4/2023 v Kodani, tak byly pro potvrzení předány [z]adavateli dne 11. 10. 2023«*. Dle navrhovatele se správná funkčnost přístroje ověřuje pouze tzv. interní kontrolou kvality za použití kalibrátoru, a to vždy při instalaci zařízení a jeho zprovoznění a následně před každým měřením, a dále externí kontrolou kvality neboli externím hodnocením kvality, což navrhovatel doložil (viz výše).
47. Navrhovatel dále uvádí, že dle něj zaškolený aplikační specialista hmotnostního spektrometru je softwarovým odborníkem pro analýzu spekter, a nikoliv pracovník způsobilý provádět laboratorní práci s infekčním biologickým materiálem, jak tvrdí zadavatel, a z tohoto důvodu *»pro zařízení typu předmětu plnění mají výrobci těchto zařízení pro bezpečnou manipulaci se zařízením servisními techniky nebo aplikačními specialisty pro jejich správné nastavování, seřízení a kontrolu funkčnosti zařízení specifický materiál k tomu určený, a to standardizované kalibrační partikule a v rámci bezpečnosti práce nemohou a nesmí manipulovat s potencionálně infekčním/nebezpečným materiálem, což jak bylo popsáno, není vůbec potřebné.«*
48. Následně se navrhovatel vyjadřuje k přípisu zadavatele ze dne 30. 1. 2024, ve kterém zadavatel popsal preanalytickou fázi, tj. postup přípravy vzorku způsobilého k měření na hmotnostním spektrometru a také mj. uvedl, že určitá část této preanalytické fáze měla být zpracována pomocí návodu k použití přístroje navrhovatelem. Navrhovatel s tímto tvrzením nesouhlasí, neboť návod k použití nabízeného přístroje údajně neobsahuje instrukce k přípravě vzorku způsobilého k měření. Takový laboratorní postup totiž dle navrhovatele obsahují komerčně dostupné soupravy, které ovšem nejsou předmětem plnění veřejné zakázky. Současně navrhovatel upozorňuje, že *»[z]adavatel neodpovídá na otázku Úřadu*

požadující popsání preanalytické fáze v souvislosti s přípravou vzorku způsobilého k měření na hmotnostním spektrometru, ale popisuje přípravu čisté kultury mikroorganismu po odběru od pacienta.» Z pohledu navrhovatele je tak z uvedeného popisu zadavatele více než jasné, že při předvedení opravdu nebyly ze strany zadavatele připraveny vzorky způsobilé k měření na přístroji bez nutné další rozsáhlé laboratorní činnosti, o které se však zadavatel ve svém vyjádření vůbec nezmiňuje. Navrhovatel tak příkládá tabulku obsahující postup laboratorní přípravy požadovaného vzorku způsobilého k měření na hmotnostním spektrometru, a to i s porovnáním tvrzení zadavatele.

49. Navrhovatel je tak stále toho názoru, že funkčnost nabízeného přístroje se neproказuje provedením měření vzorku (vzorků) na přístroji, ale provedením interní kontroly před každým jednotlivým měřením, *»a to právě z důvodu, aby se zamezilo pochybnostem, zda případné nezměření vzorku není souvztažné s nefunkčností předmětného hmotnostního spektrometru. Měření vzorku z pohledu prokázání funkčnosti zařízení je tak zcela irrelevantní.«*

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

50. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, rozhodl, že návrh se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

51. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
52. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
53. Podle § 39 odst. 5 zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vychází z údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů. Zadavatel si může údaje, doklady, vzorky nebo modely opatřovat také sám, pokud nejde o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které budou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek.
54. Podle ustanovení § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
55. Podle ustanovení § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
56. Podle ustanovení § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,

- b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
57. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky, nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma. Námitky nelze podat proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, koncese malého rozsahu podle § 178 zákona nebo sektorové veřejné zakázky podle § 158 odst. 1 zákona; to neplatí v případech, kdy zadavatel nebo jiná osoba zahájí zadávací řízení podle § 4 odst. 4 nebo 5 zákona.
58. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti
- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek; námitky však nelze podat proti postupu podle § 109 odst. 3 zákona,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
59. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
60. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
61. Podle § 251 odst. 2 zákona návrh musí být, není-li stanoveno jinak, doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.
62. Podle § 257 písm. e) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 251 odst. 2 nebo 3 zákona nebo podle § 254 odst. 3 zákona.
63. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Zjištěné skutečnosti

64. Dle čl. 5.2. „TECHNICKÁ ČÁST NABÍDKY“ zadávací dokumentace je účastník zadávacího řízení *»povinen prokázat v nabídce splnění či případné překročení požadovaných technických parametrů, a to předložením technické části nabídky. Zadavatel jako součást zadávací dokumentace předkládá základní požadavky na dodávané zařízení, které musí všichni účastníci*

zadávacího řízení ve svých nabídkách respektovat. Standardy a parametry požadovaného zařízení jsou vymezeny Technickou specifikací viz Svazek 3 příloha č. 1 – Technická specifikace.

Zařízení nabízené dodavatelem musí vymezené parametry splňovat nebo může vykazovat parametry lepší. Jejich splnění prokáže dodavatel předložením dokladů a informací dle bodu 5. 3. těchto zadávacích podmínek.«

65. Dle čl. 5.4. „TECHNICKÁ KONTROLA“ zadávací dokumentace si zadavatel »z důvodu zabezpečení řádného splnění veřejné zakázky vyhrazuje právo si u kteréhokoliv dodavatele ověřit věrohodnost poskytnutých údajů a dokladů vztahujících se k nabízenému plnění, jež je obsaženo v jeho nabídce. Zadavatel si tak vyhrazuje právo od kteréhokoliv účastníka zadávacího řízení požadovat vzorek nabízeného plnění a provést jeho fyzickou kontrolu, spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti. V takovém případě fyzická kontrola proběhne buď přímo v sídle zadavatele, nebo v provozu u osoby, které bylo obdobné zdravotnické vybavení již dodáno, v sídle dodavatele či na jiném vhodném místě. Rozhodnutí o místě konání kontroly je na zadavateli.«
66. Dle technické specifikace je předmětem veřejné zakázky »dodávka 1 ks hmotnostního spektrometru.« Zadavatel dále v technické specifikaci stanovil následující minimální požadované technické parametry:
- 1) Kompletní řešení využívající stolní hmotnostní spektrometr pro měření v lineárním módu a kompletní software s referenční databází pro rutinní identifikace mikroorganismů a nebezpečných biologických agens. Možnost využití systému pro detekci mechanismů rezistence a citlivosti k antibiotikům.
 - 2) Systém s garancí počtu střel min. 500 mil. a vyšší.
 - 3) CE-IVD identifikace mikroorganismů kombinovaná s okamžitou detekcí markerů rezistence. Detekce markerů rezistence současně s identifikací vzorků a nevyžaduje žádnou další práci ze strany laboratorních pracovníků, vzorek se nemusí opakovaně očkovat ani nevyžaduje žádné další finanční zatížení laboratoře. Minimální požadavek na epidemiologicky významné rezistence plazmid blaKPC u *K. pneumoniae* a *E. coli*.
 - 4) Schopnost rozlišovat *S.pneumoniae*, *S.pseudopneumoniae* a *S.mitis_oralis* v rutinní CE-IVD automatické analýze bez nutnosti testování dalšího vzorku.
 - 5) Detekce MRSA rezistence, probíhající současně s identifikací *Staphylococcus aureus*. Detekce markerů rezistence současně s identifikací vzorků a nevyžaduje žádnou další práci ze strany laboratorních pracovníků, vzorek se nemusí opakovaně očkovat ani nevyžaduje žádné další finanční zatížení laboratoře. Akceptujeme i RUO metodu.
 - 6) Výkonné vakuové pumpy, vakuum vytvořeno max do 3 hodin.
 - 7) Komerční dostupnost CE-IVD standardu pro kontrolovanou a reprodukovatelnou kalibraci spekter v hmotnostním rozsahu 2000-20 000 Da.
 - 8) Referenční IVD databáze pro dostatečné pokrytí potřeb mikrobiologické laboratoře, více než 4000 jedinečných druhů. IVD databáze musí být součástí dodávaného zařízení, lokalizovaná na pracovní stanici bez nutnosti vzdáleného přístupu k databázi z důvodů vyšší bezpečnosti systému.

- 9) Referenční IVD knihovna musí zahrnovat klinicky nejvýznamnější druhy, ale také širokou škálu např. environmentálních druhů s cílem usnadnit identifikaci vzácných infekcí.
- 10) Integrované čištění iontové optiky do 20 min.
- 11) Jednorázové terčičky prokazatelně usnadňující nanášení vzorku využívající hydrofóbní a hydrofilní interakce nebo jiná technologie, která zajistí snížení možnosti kontaminace ze sousedních spotů.
- 12) Možnost vkládání jednorázových i opakovaně použitelných terčičků, tak aby byly postupně využity všechny pozice na terčičku.
- 13) Detekce iontů v pozitivním a negativním módu (umožnění detekce proteinů, ale také lipidů).
- 14) Kompletní počítačové příslušenství přístroje:
 - softwarové vybavení (ovládací software + modul pro externí přípravu vzorků + aktuální referenční knihovna + pokročilý vyhodnocovací a statistický software)
 - příslušenství potřebné pro preanalytickou fázi a vlastní identifikaci vzorku
 - UPS záložní zdroj
- 15) IVD-CE Software pro využití zařízení v klinické diagnostice.
- 16) IVD certifikovaná metoda pro MS spektrometrickou identifikaci z pozitivní hemokultury, včetně komerčně dostupných IVD souprav. Metoda umožňuje identifikace více než 4000 druhů bakterií a kvasinek pomocí IVD databáze, která je součástí dodávaného zařízení, lokalizovaná na pracovní stanici bez nutnosti vzdáleného přístupu k databázi z důvodů vyšší bezpečnosti systému. Možnost identifikace mikroorganismů do 15 min. od signalizace pozitivní hemokultury.
- 17) Identifikace směsné kultury ze vzorků pozitivních hemokultur.
- 18) Software modul pro detekci a plně automatickou interpretaci výsledků mechanismů rezistence karbapenemáz a cephalosporináz v klinickém IVD režimu včetně komerčně dostupných IVD souprav.
- 19) Software modul pro analýzu citlivosti ke Colistinu včetně komerčně dostupných souprav.
- 20) Možnost vkládání vlastních naměřených spekter do databáze a vytvoření vlastní databáze v rámci stávajícího softwaru a možnost jejich opětovné detekce a využití k rutinní identifikaci.
- 21) Možnost generování spekter a jejich sdílení s ostatními laboratořemi.
- 22) Možnost využití již zabudovaných statistických nástrojů k pokročilým statistickým analýzám, například typizaci kmenů, epidemiologickým studiím, sledování nozokomiálních infekcí. Software musí obsahovat funkce statistické analýzy pro sledování laboratorního výkonu, analyzovaných druhů atd. vytváření dendogramů, klastrování.

- 23) Schopnost přerušit aktuální analýzu a spustit statimový vzorek (tj. žádné opakování, opětovné nanášení, opětovné vytváření seznamu vzorků).
- 24) Identifikace vzorku pomocí čárového kódu.
- 25) Dodávka sady destiček, spotřebního a pomocného materiálu včetně chemikálií pro zajištění provozu laboratoře min. pro 2000 identifikací
- startovací balíček
- 26) Ovládací PC stanice s laserovou tiskárnou a čtečkou čárových kódů.
- 27) Napojení do LIS (FONS Enterprise), komunikace pomocí protokolu HL7, musí splňovat zákon č. 181/2014 o kybernetické bezpečnosti.
67. Prostřednictvím žádosti zadavatel vyzval navrhovatele k objasnění nabídky a současně jej s odkazem na čl. 5.4. zadávací dokumentace požádal *»o předvedení vzorku nabízeného plnění „Systém hmotnostní spektrometrie EXS2600“, výrobce „Zybio Inc.“ v sídle zadavatele z důvodu provedení fyzické kontroly, spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti. (...) Přesný termín doručení vzorku, prosím, dopředu konzultujte s výše uvedenou kontaktní osobou.«*
68. V rámci zaslaných požadavků zadavatel k předvedení stanovil zejména následující:
- *»Dodat systém pro předvedení včetně veškerého dodatečného vybavení (např. termoblok atp.), které je nutné k předvedení všech bodů technické specifikace, která byla součástí veřejné zakázky.*
 - *Dodat veškerý potřebný spotřební materiál a chemii.*
 - *Spotřební materiál, chemie, matrice, standard pro kontrolu a reprodukovatelnou kalibraci spekter atp. musí být ve formě CE-IVD komerčně dodávaného originálního balení v neporušeném a neotevřeném obalu včetně návodů k použití v českém jazyce.*
 - *Sdělit den předem jaké ochranné pracovní pomůcky požaduje mít aplikační specialista k dispozici během verifikace (vč. velikostí např. pláště, rukavic,..).*
- Při předvedení systému se budou ověřovat všechny body uvedené v technické specifikaci, včetně předvedení komerčně dostupných souprav včetně porovnání výsledků. Měření bude probíhat na vzorcích zajištěných Uherskohradištskou nemocnicí a.s.«*
69. V námitkách proti úkonu bylo uvedeno především následující:
- Navrhovatel má za to, že požadavky, které obdržel od zadavatele pouhé 3 pracovní dny před termínem předvedení a 7 pracovních dnů po obdržení žádosti, *»nepřiměřeně rozšiřují zadávací podmínky [veřejné zakázky, a to až do té míry, že svým věcným obsahem předvedení dodávaného přístroje zásadně ztěžují, resp. znemožňují, a navíc tak činí v době nepřiměřeně krátké k přípravě«,* tj. požadavky jsou nepřijatelné a nezákonné a fakticky mění zadávací podmínky, což je vzhledem k tomu, že již uběhla lhůta pro podání nabídek, nepřipustné.
 - Dle navrhovatele *»[n]ení technicky ani prakticky možné, aby se na předvedení přístroje uskutečnilo předvedení všech bodů technické specifikace«,* přičemž výslovně zmiňuje bod 2 a 27 technické specifikace.

- Dále navrhovatel podotýká, že co se týče komerčně dostupných souprav, prokáže v rámci předvedení pouze jejich existenci, tj. nebude soupravy otevírat, *»neboť by byly otevřením dále znehodnoceny a neprodejné.«*
- K požadavku na „porovnání výsledků“ navrhovatel uvádí, že takový požadavek nemá oporu v zadávací dokumentaci a *»navíc neexistuje záruka, že výsledky k porovnání jsou validní, mohlo by se tedy jednat o subjektivní, až zneužitelný požadavek, neboť bez existence stejného či obdobného zařízení, ke kterému by se výsledky porovnávaly, [z]adavatel dle dostupných informací nevlastní, tedy není možné stejný vzorek ve stejnou dobu změřit na dvou technologicky stejných zařízeních pro porovnání výsledků.«*
- Následně navrhovatel sděluje, které požadavky a v jakém rozsahu bude schopen předvést, a to za předpokladu, že zadavatel vytvoří dostatečné podmínky a současně uvádí, že nebude předveden technický požadavek na garanci počtu střel min. 500 mil. a že *»předvedení schopnosti „dodávky sady destiček, spotřebního a pomocného materiálu včetně chemikálií“ předváděno nebude, neboť se nejedná o předvedení předmět plnění ale provozní materiál za úplatu, který je započítán v ceně plnění a bude jako „dodávka“ dodán společně s předmětem plnění.«*
- Navrhovatel konstatuje, že má zajištěny dostatečné odborné kapacity pro ověření, které bude přiměřené provizorním a dočasně instalaci odpovídajícím podmínkám.
- Dle navrhovatele *»[p]ro úspěšné předvedení všech bodů technické specifikace na předmět plnění, kterým je, jak již bylo řečeno, elektronické zařízení vybavené softwarem, není zapotřebí provádět preanalitickou část, která ani není součástí požadavků předmětné [v]eřejné zakázky a která je plně v gesci [z]adavatele (zde ve smyslu přípravy vzorku pro měření)«,* přičemž se navrhovatel obává, že by provedením výše popsaného procesu preanalytické části neproškoleným personálem zadavatele bez potřebné praxe, v improvizovaných podmínkách a bez adekvátního laboratorního vybavení mohlo dojít k chybné přípravě vzorků bez možnosti následného změření, což by bylo následně nesprávně vyhodnoceno jako neúspěšné předvedení přístroje ze strany navrhovatele. Zároveň navrhovatel *»zcela odmítá jakoukoliv manipulaci s neznámým biologickým materiálem, s velkou pravděpodobností infekčním, při předvádění softwarových funkcí zařízení, které tvoří v zásadě všechny vyjmenované požadavky na technickou specifikaci [z]adavatele, pro zabezpečení softwarové akvizice a analýzy dat, případně předvedení rozsahu datových knihoven v software a softwarovou obsluhu zařízení.«*

70. Ze zprávy o průběhu předvedení vyplývá následující:

- *»Pracovníci Oddělení klinické mikrobiologie a imunologie (dále jen OKMI) [z]adavatele předem připravili vzorky bakteriálních kultur a hemokultur (Seznam vzorků viz příloha č. 1, Čestné prohlášení o původu bakteriálních kmenů použitých k přípravě vzorků viz příloha č. 2). Vzorky byly připravovány tak, aby byly co nejčerstvější a bylo jich dostatečné množství. Byla zajištěna laboratoř na OKMI, kde byly připraveny vhodné podmínky k předvedení technické specifikace, vlastností a funkčnosti přístroje EXS2600. Laboratoř je vybavena biohazard boxem, byla zajištěna vhodná teplota a vlhkost. Byly přichystány všechny vhodné osobní ochranné*

pracovní pomůcky pro práci se vzorky, k provedení preanalytické fáze a měření zpracovaných vzorků.

- Dne 9. 10. 2023 Dodavatel zaslal [n]ámítky proti úkonu [z]adavatele (...), z nichž vyplývá, že [d]odavatel přístroj přiveze, ale předvede pouze existenci přístroje a softwaru, přičemž nebude ověřována funkčnost systému způsobem měření [z]adavatelem přichystaných vzorků. (...)
- Dodavatel byl požádán o předvedení přístroje v bodech uvedených v technické specifikaci k ověření – verifikaci vlastností a funkčnosti přístroje. Dodavatel odmítnul funkčnost přístroje verifikovat měřením [z]adavatelem přichystaných vzorků. Dodavatel oznámil, že funkčnost přístroje ukáže pouze na datech uložených v software přístroje, která byla získána měřením vzorků v minulosti na různých pracovištích. Konkrétní přístroj, který byl přivezen je dle tvrzení [d]odavatele pouze demoverzí, což je dle [d]odavatele jeden z důvodů, proč přístroj nemusí splňovat všechny body technické specifikace. Dodavatel [z]adavateli oznámil, že [z]adavatel nemá právo si funkčnost systému verifikovat měřením vzorků.
- Dle názoru [z]adavatele nelze verifikovat funkčnost přístroje jinak než měřením vzorků (praktickým provedením měření). Není jiný způsob verifikace, který by nahradil fyzické změření vzorků, tak aby bylo jasné, jaký spotřební materiál a chemikálie (komerčně dostupné kity a jiné pomocné chemikálie) byly použity, jakým způsobem byl vzorek přesně v preanalytické fázi připravován (posouzení časové náročnosti a zda se způsob přípravy shoduje s návody k IDV kitům), jakým způsobem byl vzorek měřen (kolikrát například bylo nutno měření provést nebo zda nebyla nutná další úprava vzorku) a zda tedy výsledek, který vidíme v software byl získán způsobem deklarovaným [d]odavatelem.
- Po vzájemné neshodě ohledně verifikace přístroje bylo přistoupeno alespoň k tomu, aby [d]odavatel předvedl přístroj v jím navrženém rozsahu. Během předvedení byla pořizována fotodokumentace, případně audiovizuální záznam u skutečností, které nelze zcela věrohodně zachytit fotodokumentací.

Posuzované technické parametry dle specifikace a jejich výsledky:

Bod	Technický parametr
1.	Kompletní řešení využívající stolní hmotnostní spektrometr pro měření v lineárním módu a kompletní software s referenční databází pro rutinní identifikace mikroorganismů a nebezpečných biologických agens. Možnost využití systému pro detekci mechanismů rezistence a citlivosti k antibiotikům.
Výsledek	Interpretace OKMI: Nebylo posuzováno.¹
2.	Systém s garancí počtu střel min. 500 mil. a vyšší.
Výsledek	Interpretace OKMI: Nebylo posuzováno.

¹ Červený text obsažený ve zprávě je přepis totožného textu z originálního zápisu, resp. u bodu 1, 2, 20, 21, 24 a 25 bylo v originálním zápise příslušné pole toliko proškrtnuto; pozn. Úřadu.

3.	CE-IVD identifikace mikroorganismů kombinovaná s okamžitou detekcí markerů rezistence. Detekce markerů rezistence současně s identifikací vzorků a nevyžaduje žádnou další práci ze strany laboratorních pracovníků, vzorek se nemusí opakovaně očkovat ani nevyžaduje žádné další finanční zatížení laboratoře. Minimální požadavek na epidemiologicky významné rezistence plasmid blaKPC u K. pneumoniae a E. Coli.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Byla předvedena funkčnost softwaru dle požadavků. Byly ukázány spektra naměřená v minulosti, nebyla využita praktická možnost na námi připravených vzorcích.</i> Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.
4.	Schopnost rozlišovat S.pneumoniae, S.pseudopneumoniae a S.mitis_oralis v rutinní CE-IVD automatické analýze bez nutnosti testování dalšího vzorku.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Předvedeny data naměřené u kmenů v NRL pro streptokoky. Prakticky nebylo předvedeno, viz. report. UHN nabídla měření na připravených vzorcích – odmítnuto. Předvedena softwarová databáze streptokoků – knihovna spekter.</i> Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit. Interpretace I.T.A. - Ing. Němec: <i>Byla předvedena schopnost zařízení rozlišovat navzájem všechny 3 požadované streptokoky. (Ing. Němec, I.T.A.)</i>
5.	Detekce MRSA rezistence, probíhající současně s identifikací Staphylococcus aureus. Detekce markerů rezistence současně s identifikací vzorků a nevyžaduje žádnou další práci ze strany laboratorních pracovníků, vzorek se nemusí opakovaně očkovat ani nevyžaduje žádné další finanční zatížení laboratoře. Akceptujeme i RUO metodu.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Byly ukázány peaky naměřených spekter, včetně vyhodnocovacího softwaru. UHN nabídla měření na deseti připravených vzorcích – odmítnuto. (seznam v příloze). Software umí rozlišit Staphylococcus aureus suspektně MRSA současně s identifikací bez nutnosti dalšího měření.</i> Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit. Interpretace I.T.A. - Ing. Němec: <i>Plně v souladu s požadavkem VZ. (Ing. Němec, I.T.A.)</i>
6.	Výkonné vakuové pumpy, vakuum vytvořeno max do 3 hodin.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Splněno.</i>
7.	Komerční dostupnost CE-IVD standardu pro kontrolovanou a reprodukovatelnou kalibraci spekter v hmotnostním rozsahu 2000-20 000 Da.

Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>REF číslo: 01.09.63.03.CA.04. Ukázána originálně zabalená, neotevřená.</i> <i>Byla nám ukázána pouze originálně zabalená krabička, její obsah nám nebylo umožněno zkontrolovat.</i></p> <p>Interpretace I.T.A. - Ing. Němec: <i>Byla předvedena komerční dostupnost CE IVD Standardu. (Ing. Němec, I.T.A.)</i></p> <p>Fotodokumentace OKMI:²</p>
8.	Referenční IVD databáze pro dostatečné pokrytí potřeb mikrobiologické laboratoře, více než 4000 jedinečných druhů. IVD databáze musí být součástí dodávaného zařízení, lokalizovaná na pracovní stanici bez nutnosti vzdáleného přístupu k databázi z důvodů vyšší bezpečnosti systému.
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Byla předvedena IVD databáze mikroorganismů. (4 067 druhů mikroorganismů).</i> <i>Tento bod považujeme za splněný.</i></p>
9.	Referenční IVD knihovna musí zahrnovat klinicky nejvýznamnější druhy, ale také širokou škálu např. environmentálních druhů s cílem usnadnit identifikaci vzácných infekcí.
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Splněno.</i></p>
10.	Integrované čištění iontové optiky do 20 min.
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Dodán dokument, kde byla objasněna funkcionality.</i> <i>Dokument viz příloha č. 5.</i></p>
11.	Jednorázové terčíky prokazatelně usnadňující nanášení vzorku využívající hydrofóbní a hydrofilní interakce nebo jiná technologie, která zajistí snížení možnosti kontaminace ze sousedních spotů
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Splněno.</i></p>
12.	Možnost vkládání jednorázových i opakovaně použitelných terčků, tak aby byly postupně využity všechny pozice na terčiku.
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Opakovaně použitelné terčíky – bylo prakticky prezentováno provedení postupného využití všech pozic na destičce s terčíky. Jednorázové destičky s terčíky nepředvedeny z důvodu shodné funkčnosti po vzájemné dohodě.</i> <i>Splněno pro opakovaně použitelné terčíky. Jednorázové destičky nám předvedeny nebyly – dle Dodavatele bychom použitím při měření na prázdnou destičku znehodnotili a nebyla by tak dále prodejná, tudíž jsme se dohodli, že ji tedy nepoužijeme. Z důvodu neprovedení měření nebylo možné si funkčnost systému ověřit.</i></p>
13.	Detekce iontů v pozitivním a negativním módu (umožnění detekce proteinů,

² V samotném textu zprávy je na tomto místě i v některých následujících bodech přiložena fotografie. Tyto však nejsou pro šetřený případ relevantní; pozn. Úřadu.

	<i>ale také lipidů).</i>
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Předvedeno a ukázáno v softwaru (na uložených datech).</i> Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.
14.	Kompletní počítačové příslušenství přístroje: - softwarové vybavení (ovládací software + modul pro externí přípravu vzorků + aktuální referenční knihovna + pokročilý vyhodnocovací a statistický software) - příslušenství potřebné pro preanalytickou fázi a vlastní identifikaci vzorku - UPS záložní zdroj
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Splněno.</i>
15.	IVD-CE Software pro využití zařízení v klinické diagnostice.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Splněno.</i>
16.	IVD certifikovaná metoda pro MS spektrometrickou identifikaci z pozitivní hemokultury, včetně komerčně dostupných IVD souprav. Metoda umožňuje identifikace více než 4000 druhů bakterií a kvasinek pomocí IVD databáze, která je součástí dodávaného zařízení, lokalizovaná na pracovní stanici bez nutnosti vzdáleného přístupu k databázi z důvodů vyšší bezpečnosti systému. Možnost identifikace mikroorganismů do 15 min. od signalizace pozitivní hemokultury.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Byl ukázán zabalený kit BLOOD CULTURE POSITIVE SAMPLE PRETREATMENT REF. 01.09.62.01.01.11. Bylo prezentováno video, návod v elektronické podobě bude dodán, aby bylo možné posoudit čas od signalizace pozitivní hemokultury po identifikaci. Prakticky nebylo předvedeno. NEBYLO MOŽNÉ ZMĚŘIT ČASOVÝ INTERVAL.</i> Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit a ani změřit reálný čas od signalizace hemokultury po výsledek měření. Ke dni vypracování tohoto posudku nebyl návod ani dodán. Interpretace I.T.A. - Ing. Němec: <i>Metoda měření byla ukázána a v minulosti naměřená data byla ukázána při výsledcích z měření u jedné kultury. (Ing. Němec, I.T.A.)</i> Fotodokumentace OKMI:
17.	Identifikace směsné kultury ze vzorků pozitivních hemokultur.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Byly prezentovány data v software. Jednalo se o hemokultury- směs bakterií E.coli, Enterococcus faecalis (ENFA), Klebsiella pneumoniae (KLPN) – měření proběhlo v Motole, taktéž se jednalo o vzorky z Motole- měřeno na Zybio EXS2600. U nás</i>

	<p><i>nebylo prakticky provedeno.</i></p> <p><i>Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.</i></p> <p>Interpretace I.T.A. - Ing. Němec:</p> <p><i>Výsledky prokázaly existenci směsi 3 pozitivních kultur, které byly zařízením v minulosti detekovány. (Ing. Němec, I.T.A.)</i></p>
18.	<p>Software modul pro detekci a plně automatickou interpretaci výsledků mechanismů rezistence karbapenemáz a cephalosporináz v klinickém IVD režimu včetně komerčně dostupných IVD souprav.</p>
Výsledek	<p>Interpretace OKMI:</p> <p><i>Viděli jsme existenci softwarového modulu. Viděli jsme softwarové předvedení výsledků změřených v minulosti. Měření pochází z: Laboratory of molecular structure characterization, Institut of microbiology, Academy of sciences CZ., Vídeňská 1083, Praha, Dr. Andrea Palyzová. Námi byla nabídnutá možnost změření 10 vzorků (seznam přílohou). V praxi měření neprovedeno. Neprokázáno, které typy byly ukazovány. Soupravy jsme viděli nerozbalené. CEFALOSPORINAZA REF. 01.09.66.01.01.01, CARBAPENEMAZA 01.09.66.00.01.01</i></p> <p><i>Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.</i></p> <p>Fotodokumentace OKMI:</p>
19.	<p>Software modul pro analýzu citlivosti ke Colistinu včetně komerčně dostupných souprav.</p>

Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Soupravu jsme viděli nerozbalenou REF 01.09.63.01.01.19. Viděli jsme softwarově předvedené peaky (charakteristické pro rezistenci ke colistinu dle Ing. Vrány), peaky nebyly blíže popsány. V přístroji nebyla interpretace – slovní naměřených peaků. Nebylo možné ověřit skóre – kvalitu peaků. Námi nabídnuta možnost změřit 10 vzorků v UHN (seznam viz příloha) nebylo měřeno. Softwarové předvedení pochází z výsledků Dr. Nýčové, Nemocnice Bulovka dle Ing. Vrány.</i></p> <p><i>Na fotodokumentaci z výstupu softwaru jsou vidět pouze blíže nepopsané peaky, spektra nejsou nijak popsána, u každého je ve sloupci „info“ napsáno „unreliable“ (překlad: nespolehlivý), ve sloupci „score“ „0,00“. Nelze ověřit, že byla spektra dostatečně kvalitní (hranice). Nikde nebyla slovní interpretace naměřených peaků. Z výstupu softwaru není jasné, k měření čeho se výsledky vztahují a jakou výpovědní hodnotu dávají, chybí jakákoliv jasná interpretace. Software byl sice předveden, ale jeho funkčnost nebyla prokázána.</i></p> <p><i>Tento bod považujeme za NESPLNĚNÝ z důvodu neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.</i></p> <p>Interpretace I.T.A. - Ing. Němec: <i>Byl předveden SW modul pro analýzu citlivosti ke colistinu včetně komerčně dostupných souprav. (Ing.Němec, I.T.A.)</i></p> <p>Fotodokumentace OKMI:</p>
20.	<p>Možnost vkládání vlastních naměřených spekter do databáze a vytvoření vlastní databáze v rámci stávajícího softwaru a možnost jejich opětovné detekce a využití k rutinní identifikaci.</p>
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Nebylo posuzováno.</i></p>
21.	<p>Možnost generování spekter a jejich sdílení s ostatními laboratořemi.</p>
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Nebylo posuzováno.</i></p>
22.	<p>Možnost využití již zabudovaných statistických nástrojů k pokročilým statistickým analýzám, například typizaci kmenů, epidemiologickým studiím, sledování nozokomiálních infekcí. Software musí obsahovat funkce statistické analýzy pro sledování laboratorního výkonu, analyzovaných druhů atd. vytváření dendogramů, klastrování.</p>
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>EX SMART SPEC-statistický software (na ploše PC) byl předveden. Splněno.</i></p>
23.	<p>Schopnost přerušit aktuální analýzu a spustit statimový vzorek (tj. žádné opakování, opětovné nanášení, opětovné vytváření seznamu vzorků).</p>
Výsledek	<p>Interpretace OKMI: <i>Technik označil destička č.2 a 6 pozic ID. Zastavil identifikaci a vložil destičku č.3 na pozici 1 statim. Vrácení destičky č.2 s 6 pozicemi ID. V době našeho dokazování tato schopnost nebyla prokázána čili nebyla funkční.</i></p> <p><i>Druhý pokus: Destička 1-6 pozic ID, destička č.2-7 pozice statim – splněno. (pokus</i></p>

	<p><i>na vyžádání Ing. Němce, zápis této interpretace také na vyžádání Ing. Němce).</i> <i>Zde máme podloženo videozáznamem.</i> <i>Bližší popis průběhu:</i> <i>Bylo předvedeno měření prázdné destičky. Bylo spuštěno měření 6 pozic, v průběhu bylo měření pozastaveno a bylo spuštěno měření statimového vzorku. Statimový vzorek byl na jiné destičce na první volné pozici – tj. první. Tato pozice byla již použita při prvním měření. Statimový vzorek byl změřen. První destička byla vrácena do přístroje k doměření, ovšem nedošlo k zpětnému načtení dat. Několikrát byla nabídnuta možnost opakování.</i></p> <p><i>Firmou I.T.A. byla předvedena alternativa měření. Kdy se statimový vzorek nanese na pozici, která není na měřené destičce použita, poté lze tento vzorek změřit a doměřit zbylá data na původní destičce.</i></p> <p><i>Způsob měření navrhovaný firmou I.T.A. nesplňuje podstatu statimového vzorku. Statimový vzorek připravuje jiná osoba – nemůže předem vědět a zjišťovat na kterou pozici statimový vzorek nanést a která destička bude v daném momentu měřena. V reálné situaci dochází k tomu, že je připraveno několik destiček v jeden čas různými lidmi na různých laboratořích OKMI. Navíc může nastat situace, že jeden z již nanesených vzorků, připravovaných v jiné laboratoři, než kde měření probíhá, se stane statimovým a je třeba jej změřit přednostně. V tomto případě není zcela možné použít alternativu navrhovanou firmou I.T.A. Bod tedy považujeme za NESPLNĚNÝ.</i></p>
24.	Identifikace vzorku pomocí čárového kódu.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Nebylo posuzováno.</i>
25.	Dodávka sady destiček, spotřebního a pomocného materiálu včetně chemikálií pro zajištění provozu laboratoře min. pro 2000 identifikací – startovací balíček.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Nebylo posuzováno.</i>
26.	Ovládací PC stanice s laserovou tiskárnou a čtečkou čárových kódů
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Dle prohlášení dodavatele ano. Po vzájemné dohodě nebylo prezentováno.</i>
27.	Napojení do LIS (FONS Enterprise), komunikace pomocí protokolu HL7, musí splňovat zákon č. 181/2014 o kybernetické bezpečnosti.
Výsledek	Interpretace OKMI: <i>Bylo předvedeno ruční generování výsledků do LIS ve formátu .CSV,.XML,.PDF,.TXT. Komunikační protokol HL7 z předvedené dokumentace funkční, ale nepředvedeno reálně z důvodu nenainstalovaného LIS od Stapro. Z důvodu nenainstalovaného LIS nebylo posuzováno.</i>

Originální zápis pořízený během předvedení přístroje viz příloha č.6.

Závěr:

V průběhu technické verifikace na místě bylo ze strany UHN opakovaně nabídnuta možnost měření případně v bodě 23. možnost opakovat provedení. Tyto nabídky byly [d]odavatelem

zamítnuty. Z celého průběhu technické verifikace přístroje EXS2600 Zybio vyvozujeme následující závěry.

Body 1., 2., 20., 21., 24., 25., 26., 27. nebyly posuzovány.

Body 6., 8., 9., 11., 14., 15., 22. byly splněny.

Bod 7. nebylo možno ověřit obsah balení.

Bod 12. částečně splněn (destička k opakovanému použití) a částečně (jednorázová destička) neposuzováno.

Bod 10. nelze jednoznačně posoudit, odpověď dodavatele viz příloha č. 5. Objasnění „Integrované čištění iontové optiky do 20 minut“.

Body 3., 4., 5., 13., 16., 17., 18., 19. a 23. NESPLNĚNY.«

71. Originální zápis pak obsahuje seznam účastníků předvedení za zadavatele a navrhovatele a totožnou tabulku, jako zpráva o průběhu předvedení s poznámkami uvedenými v předchozím bodě červenou barvou.
72. Rozhodnutím o námitkách proti úkonu zadavatel odmítnul námitky proti úkonu v plném rozsahu a odůvodnil je především následovně:
 - Navrhovatel k výzvě k předvedení přístroje neměl připomínky, přičemž se společně domluvili na termínu a místě samotného předvedení. K předvedení bylo ze strany zadavatele přistoupeno z důvodu zabezpečení řádného splnění veřejné zakázky formou ověření technické specifikace, vlastností a funkčnosti předmětu plnění. Formou požadavků chtěl zadavatel navrhovateli co nejobecněji naznačit, jakým způsobem a v jakém rozsahu bude předvedení probíhat, neboť zadavatel tak chtěl předejít stavu, že by navrhovatel dorazil »na odsouhlasené místo bez potřebných součástí nutných k řádnému ověření a fyzická kontrola vzorku tak bude znemožněna. Ze strany zadavatele šlo o zcela transparentní a účelné sdělení.« Pokud však navrhovatel po obdržení požadavků nabyl dojmu, že předvedení bude probíhat v neočekávaném rozsahu, měl zadavatele požádat o prodloužení lhůty k přípravě, což však neučinil. Zadavatel uvádí, že rozhodně neměl v úmyslu zpochybňovat nabídku navrhovatele, pouze usiluje o získání ekonomicky nejvýhodnější nabídky splňující podmínky účasti, mezi které nesporně patří splnění parametrů stanovených v technické specifikaci, přičemž obsah této části zadávací dokumentace nikdo během zadávacího řízení nezpochybňoval.
 - K části námitek týkajících se bodu 2 a 27 technické specifikace zadavatel sděluje, že navrhovatelovo tvrzení akceptuje a že při reálném předvedení tyto parametry nebyly ověřovány, neboť je skutečně nelze odzkoušet. Avšak argument navrhovatele týkající se komerčně dostupných souprav, tj. že bude předvedena pouze jejich existence, zadavatel neakceptuje, neboť »[z]e zaslaných [p]ožadavků bylo zřejmé, že záměrem zadavatele je, aby součástí ověření vzorku nabízeného plnění bylo provedení měření biologických vzorků – tedy verifikace přístroje. Tento požadavek zadavatel považuje za zcela legitimní, jelikož má za to, že jde o takovou součást ověření funkčnosti přístroje, kterou nelze jiným způsobem nahradit. Pokud stěžovatel odmítne otevřít soupravy určené pro provedení měření biologických vzorků, pak je zřejmé, že toto

měření nelze provést, avšak nikoli z důvodů objektivních, ale z důvodů, jež jdou k tíži stěžovateli.“ Obdobně argumentuje zadavatel i k námitce navrhovatele o nemožnosti provést porovnání výsledků, neboť je zřejmé, že takový požadavek plyne »z podstaty věci, že u přístroje určeného k měření, resp. identifikaci mikroorganismů a nebezpečných biologických agens bude funkčnost ověřována právě provedením příslušného měření vzorku, který bude mikroorganismy a další nebezpečný biologický materiál obsahovat. Zároveň by nedávalo smysl, aby součástí měření biologických vzorků nebylo porovnání výsledků – chápáno tak, že existuje objektivní informace o tom, co vzorek určený k měření obsahuje a výsledek měření přístrojem má s touto informací korespondovat. Bez porovnání výsledků v tomto smyslu by měření vzorků nemohlo splnit požadavek na verifikaci přístroje, a tedy ověření jeho funkčnosti.“ Dle zadavatele je v návaznosti na výše uvedené zřejmé, že zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky nebyly měněny prostřednictvím zaslaných požadavků, přičemž neporušil základní zásady, na kterých stojí zadávání veřejných zakázek dle zákona.

- K jednotlivým bodům technické specifikace, které dle navrhovatele předvedeny budou a které nikoliv, zadavatel uvádí, že předvedení těch bodů, které navrhovatel deklaroval, že bude předvádět, považuje za samozřejmé pro prokázání splnění technických podmínek veřejné zakázky, a k bodům, které navrhovatel označil jako nepředváděné, zadavatel poukazuje na tu skutečnost, je již proběhlo předvedení a odkazuje na obsah originálního zápisu, který byl spolutvořen i zástupcem navrhovatele. Současně zadavatel dodává, že jeho snahou bylo ověřit funkčnost přístroje v intencích možného a reálného, o čemž se již ostatně navrhovatel přesvědčil při samotném předvedení.
- K části námitek týkajících se (ne)možnosti měření vzorků na přístroji a související preanalytické části zadavatel konstatuje, že dle něj »[n]elze verifikovat funkčnost přístroje jinak než měřením vzorků (praktickým provedením měření). Není jiný způsob verifikace, který by nahradil fyzické změření vzorků tak, aby bylo jasné, jaký spotřební materiál a chemikálie (komerčně dostupné kity a jiné pomocné chemikálie) byly použity, jakým způsobem byl vzorek přesně v preanalytické fázi připravován (posouzení časové náročnosti a zda se způsob přípravy shoduje s návody k IVD kitům), jakým způsobem byl vzorek měřen (kolikrát například bylo nutno měření provést nebo zda nebyla nutná další úprava vzorku) a zda tedy výsledek, který vidíme v software, byl získán způsobem deklarovaným stěžovatelem.« Zadavatel také nesouhlasí, že je preanalytická část plně v gesci zadavatele a následně ani s tvrzením, že zadavatel má neproškolený personál a improvizované podmínky bez potřebného laboratorního vybavení. Předně zadavatel uvádí, že preanalytickou fázi (ve smyslu přípravy vzorku k měření) zajistil a navrhovatele o tom předem informoval prostřednictvím zaslaných požadavků, a popisuje, jak konkrétně byly jím připravené vzorky zabezpečeny. Dále zadavatel sděluje, že má certifikovanou laboratoř splňující všechny požadavky dle příslušných norem, která byla připravena pro předmětné předvedení přístroje, a to včetně zajištění potřebného vybavení a ochranných pomůcek. »Zadavatel tedy jednoznačně připravil vhodné podmínky pro řádné provedení měření vzorků ověřovaným přístrojem. Zbývající část preanalytické fáze tedy samotné měření vzorků je povinen provést či zajistit provedení, stěžovatel. K odmítnutí stěžovatele

manipulovat s neznámým biologickým materiálem zadavatel sděluje, že bez manipulace s biologickým materiálem nelze přístroj používat. Zadavatel zajistil potřebné ochranné pomůcky a na stěžovateli je zajistit osobu, která umí a může s předmětným materiálem manipulovat.«

73. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel uvedl, že proběhlo předvedení přístroje, o kterém je vyhotovena podrobná zpráva, jež je jeho nedílnou součástí, a obsahuje relevantní posouzení a odůvodnění ne/splnění jednotlivých parametrů stanovených v technické specifikaci. *»Ze [z]právy jednoznačně vyplývá, že některé z minimálních zadavatelem požadovaných technických parametrů nebyly při předvedení vzorku nabízeného plnění (...) splněny či předvedeny.«* Na základě výše uvedených důvodů, a to s odkazem na obsah zprávy, zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.

74. Námitky navrhovatele obsahují zejména následující tvrzení:

- Dle navrhovatele byla zpráva vypracována v rozporu s originálním zápisem, neboť z originálního zápisu vyplývá, že byly všechny parametry dle technické specifikace ze strany navrhovatele splněny, a to v souladu se skutečnostmi uvedenými v námitkách proti úkonu, na něž se navrhovatel plně odkazuje, a zároveň se zadávacími podmínkami, přičemž bylo ověřeno splnění všech požadovaných technických parametrů, nadto předvedení bylo rozšířeno o podrobný výklad ze strany navrhovatele, a toto tak trvalo 6 -7 hodin. Z pohledu navrhovatele měl zadavatel předvedení zrušit, vypořádat námitky proti úkonu a až následně přistoupit k předvedení. K možnosti prodloužení lhůty k přípravě na předvedení navrhovatel uvádí, že o takové možnosti nevěděl, a předvedení se tak zúčastnil mj. z obavy, aby nedošlo k jeho vyloučení ze zadávacího řízení.
- Dále navrhovatel rozebírá pojem „vzorek“ a jeho trojí význam v šetřeném případě, a to „vzorek“ jako přístroj, biologický materiál a vzorek způsobilý pro specifické měření na přístroji. K odlišnosti biologického materiálu a vzorku způsobilého k měření navrhovatel dokládá popis preanalytické část (celkem 16 bodů), v rámci které dochází k přeměně biologického materiálu na vzorek způsobilý pro měření na hmotnostním spektrometru, přičemž však upozorňuje, že tento proces není součástí předmětu plnění veřejné zakázky. Navrhovatel má za to, že zadavatel žádný vzorek pro dané předvedení nepřipravil, neboť šlo o pouhý biologický materiál.
- K rozhodnutí o vyloučení navrhovatel uvádí, že jej považuje za nedostatečné a netransparentní, neboť zadavatel pouze odkázal na obsah zprávy, přičemž se nedá u jednotlivých bodů technické specifikace dovodit, zda je chyba na straně zadavatele či na straně navrhovatele (jako příklad uvádí popis k bodům 1, 2, 7 a 12 technické specifikace). Navrhovatel tak *»vlastně neví, jakou měrou měl údajně porušit své povinnosti a jak se tedy relevantně bránit.«*
- Dále navrhovatel uvádí, že během předvedení přístroje žádnou verifikaci přístroje nepředváděl, neboť je obchodní společností, a ne poskytovatelem zdravotnických služeb. Šlo o pouhou fyzickou kontrolu daného přístroje, což v souladu s požadavky zadávací dokumentace během předvedení provedl. V dané souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-21214/2023/500, sp. zn. ÚOHS-S0227/2023/VZ ze dne 6. 6. 2023 (dále jen „rozhodnutí S227/2023“).

- Na závěr námitek se navrhovatel věnuje jednotlivým bodům technické specifikace, které zadavatel vyhodnotil jako nesplněné (konkrétně bod 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18, 19 a 23 technické specifikace). Navrhovatel má za to, že prokázal splnění předmětných bodů technické specifikace během předvedení, neboť zejména podrobně ukázal softwarové funkce obsahující data naměřená v minulosti, přičemž praktické měření na vzorcích nebylo k prokázání funkčnosti přístroje třeba, na což zadavatele upozorňoval již v prvních námitkách proti úkonu. Zadavatel dle navrhovatele měl termín předvedení v dané situaci posunout a nejprve vyřídit námitky proti úkonu, jinak nemůže skutečnosti uváděných v prvních námitkách proti úkonu dávat navrhovateli k tíži.

75. Zadavatel rozhodnutím o námitkách výše uvedené námitky odmítl v plném rozsahu, přičemž své rozhodnutí odůvodnil především následovně:

- V první řadě zadavatel odmítá rozpor zprávy s originálním zápisem, neboť ten je její nedílnou součástí, tj. originální zápis je přílohou zprávy. Stejně tak je toho názoru, že vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podrobně odůvodnil, neboť zpráva obsahuje veškeré relevantní skutečnosti týkající se posouzení jednotlivých bodů technické specifikace a tato tvoří jeho nedílnou součást, tj. zpráva je přílohou rozhodnutí o vyloučení, přičemž je zcela nesporné, z jakých důvodů navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil, resp. které parametry technické specifikace nebyly ze strany navrhovatele splněny.
- K opětovnému odkazování navrhovatele na původní námitky proti úkonu zadavatel uvádí, že pokud byl navrhovatel přesvědčen, že zadavatel v průběhu zadávacího řízení postupoval v rozporu se zákonem, měl možnost po obdržení rozhodnutí o námitkách proti úkonu využít svého práva uplatnit návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu, což však neučinil.
- Dle zadavatele došlo k předvedení přístroje jako takového, avšak již nebyla ze strany navrhovatele úspěšně ověřena technická specifikace, vlastnosti a funkčnost předmětného přístroje, neboť navrhovatel při předvedení pouze ukázal data naměřená v minulosti uložená v přístroji a samotný software přístroje, tj. *»údaje a informace, které ale nebylo možné reálně ověřit. Reálná funkčnost přístroje v provozu předvedena nebyla. Tato byla ze strany stěžovatele přímo odmítnuta. Nemohlo tak dojít reálně k ověření funkčnosti přístroje, což ale bylo zadávacími podmínkami požadováno. Takový stav lze přirovnat k situaci, kdy si zákazník půjde pořídit nový automobil, kdy mu jednotlivé funkce automobilu budou předvedeny na grafech a tabulkách či na displejích automobilu, reálně ale bude zákazníkovi zapovězeno se s vozidlem projet (jako spolujezdec), funkce reálně vyzkoušet. (...) Funkčnost přístroje, tedy schopnost provádět zadavatelem požadované funkce lze předvést pouze a jen konkrétním měřením.«*
- K jednotlivým pojmům „vzorek“ zadavatel opět uvádí, že argumentace se týká již prvních námitek proti úkonu, o kterých v zákonné lhůtě rozhodl, a navrhovatel následně nevyužil možnost podat návrh na přezkum u Úřadu. Navíc zadavatel odmítá tvrzení o neodbornosti personálu zadavatele, přičemž dle něj se jedná o pouhé

účelové devalvování řádného a odborně připraveného prostředí vzorků k měření na daném přístroji.

- Ohledně uvedeného rozhodnutí S227/2023 zadavatel uvádí, že v daném případě bylo důvodem pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení nesplnění určitého parametru, který nebylo možné předvést a při předvedení tak posuzován nebyl, což neodpovídá šetřenému případu, neboť uvedené není důvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Zadavatel pak zmiňuje rozhodnutí S161/2023, ze kterého dle něj jasně vyplývá, že dodavatel musí být schopen předvést funkčnost nabízeného plnění a zajistit si k takovému předvedení odborné osoby. Dle zadavatele se navrhovatel účelově staví do pozice pouhé obchodní společnosti bez jakýchkoli odborných zkušeností a znalostí, přitom z veřejně dostupných dokumentů vyplývá, že dříve jedna z pověřených osob navrhovatele (v nyní řešeném případě na pozici „sales manager“) prováděla verifikaci totožného přístroje jakožto „aplikační specialista“. Současně v rámci rozhodnutí S161/2023 Úřad potvrdil oprávněnost vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění určitého technického bodu, který je totožný s bodem 19 technické specifikace v nyní řešeném případě.
- Následně se zadavatel vyjadřuje k argumentaci týkající se jednotlivých bodů technické specifikace, přičemž s tvrzením navrhovatele nesouhlasí a má za to, že mělo během předvedení proběhnout praktické měření na konkrétním vzorku (vzorcích), neboť v opačném případě je bez provedení měření ověření nedostatečné, přičemž rozhodně nepostačí data naměřená v minulosti.

Právní posouzení

K výroku I. tohoto rozhodnutí

76. Návrh navrhovatele směřuje především proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Svě vyloučení navrhovatel odmítá, neboť dle jeho přesvědčení došlo k řádnému předvedení nabízeného plnění, když předvedl funkčnost, resp. splnění zadavatelem požadované technické specifikace, přestože na přístroji nebyl umístěn měřitelný vzorek, jak požadoval zadavatel. V této souvislosti navrhovatel odmítá požadavek zadavatele na předvedení přístroje měřením na jím zajištěných vzorcích, resp. požadavek na realizaci preanalytické části při přípravě vzorků, které vyplývají ze zadavatelem zasláných požadavků.
77. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že navrhovatelem byly zadavateli v průběhu zadávacího řízení doručeny celkem dvojce námítky, a to námítky proti úkonu ze dne 9. 10. 2023 a námítky ze dne 22. 11. 2023. Před tím, než přistoupil k věcnému posouzení požadavků zadavatele k předvedení nabízeného předmětu plnění, zabýval se Úřad obsahem námitek proti úkonu. Úřadem přitom bylo zjištěno, že jak bylo popsáno již výše a jak ostatně odkazuje sám navrhovatel v návrhu, dne 9. 10. 2023 doručil zadavateli své první námítky proti úkonu, kterými brojil proti výše uvedenému, tedy proti rozsahu požadavků k předvedení, které mu byly zaslány zadavatelem dne 6. 10. 2023, neboť dle něj tyto požadavky rozšiřovaly zadávací podmínky. Z obsahu námitek proti úkonu mj. zcela jasně vyplývá, že dle navrhovatele pro úspěšné předvedení přístroje není třeba provádět preanalytickou část ve smyslu přípravy

vzorku (vzorků) způsobilých k měření na daném přístroji, neboť tato není ani předmětem veřejné zakázky a má ji plně v gesci zadavatel.

78. Z originálního zápisu vyplývá, že během předvedení přístroje dne 11. 10. 2023 navrhovatel odmítnul provedení praktického měření vzorku (vzorků), což ostatně ani sám navrhovatel nerozporuje, neboť, jak již bylo uvedeno výše, dle něj takové měření nebylo vůbec potřebné k úspěšnému ověření funkčnosti přístroje.
79. Z rozhodnutí o námitkách proti úkonu ze dne 24. 10. 2023 je pak zřejmé, že zadavatel námitky proti úkonu odmítnul v plném rozsahu, neboť dle zadavatele mj. nelze verifikovat funkčnost předmětného přístroje jiným způsobem než praktickým měřením vzorků. Stejně tak odmítnul tvrzení navrhovatele, že by celý proces preanalytické části byl pouze v gesci zadavatele, přičemž uvedl, že určitou část preanalytické fáze ve smyslu přípravy vzorku (vzorků) způsobilého k měření na předmětném přístroji připravil a předem o tom navrhovatele informoval prostřednictvím zaslaných požadavků, načež zbývající část preanalytické části, tj. měření vzorku (vzorků) na daném přístroji je již povinen zajistit navrhovatel.
80. Pakliže navrhovatel brojil proti rozsahu požadavků k předvedení již v námitkách proti úkonu ze dne 9. 10. 2023, Úřad primárně přistoupil k posouzení, zda byl návrh navrhovatele ze dne 15. 12. 2023 v dané části doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách dle zákona. K tomu Úřad sděluje následující.
81. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že institut námitek dle § 241 a násl. zákona je zákonem stanovený způsob obrany proti případnému nezákonnému postupu zadavatele. Jestliže je tak příslušný dodavatel názoru, že postup zadavatele „odporuje“ zákonu, je oprávněn proti němu brojit prostřednictvím námitek. Smyslem námitek, resp. „námitkového řízení“ je přitom, zjednodušeně řečeno, vyřešení „sporu“ mezi zadavatelem a konkrétním dodavatelem (stěžovatelem). Zákon pak definuje konkrétní časový okamžik v průběhu zadávacího řízení, v jehož rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k podání námitek, neboť každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té které fázi zadávacího řízení, ve které se zrovna zadávací řízení nachází. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele, neboť si nelze představit situaci, kdy např. v pokročilé či závěrečné fázi zadávacího řízení, kdy má dojít k provedení výběru dodavatele, budou rozporovány zadávací podmínky, podle kterých celé zadávací řízení probíhalo. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, jehož závěry, byť byl vydán ve vztahu k dnes již neúčinnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze použít i ve vztahu k aktuální účinné právní úpravě. Z uvedeného rozsudku mj. vyplývá, že „[k]oncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je totiž založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“ Zákon pak v ust. § 245 stanoví zadavateli povinnost rozhodnout o námitkách stěžovatele a takové rozhodnutí stěžovateli odeslat do 15 dnů od doručení námitek, přičemž pokud námitkám nevyhoví, je povinen stěžovatele v rozhodnutí o námitkách poučit

o možnosti podat ve lhůtě dle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Pokud tedy stěžovatel neshledá vyřízení námitek za učiněné v souladu se zákonem, je oprávněn podat návrh u Úřadu. V důsledku podání návrhu pak v podstatě dochází k přenesení onoho „sporu“ mezi zadavatelem a stěžovatelem před Úřad.

82. Zákon tedy obsahuje přesný (a chronologický) mechanismus ochrany dodavatele proti nesprávnému postupu zadavatele. Do tohoto mechanismu spadá jak právo dodavatele podat námitky, tak právo, jestliže zadavatel jím podané námitky odmítne, resp. pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě stanovené v § 245 odst. 1 zákona, podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Takovýto postup tedy předpokládá, že pokud jsou námitky dodavatelem podány v souladu se zákonem a zadavatel tyto námitky odmítne, popř. o nich nerozhodne ve lhůtě stanovené zákonem, je možné podání návrhu u Úřadu tímto dodavatelem (stěžovatelem).
83. Jak bylo řečeno již shora, smyslem námitek je vyřešení „sporu“ mezi zadavatelem a konkrétním dodavatelem. Jestliže přitom zadavatel podané námitky svým rozhodnutím odmítne, popř. pokud o nich nerozhodne ve lhůtě dle § 245 odst. 1 zákona, a dodavatel v zákonem stanovené lhůtě nepodá návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, měl by mít z pohledu Úřadu zadavatel právo na právní jistotu, že nepodáním návrhu jde o „vyřízenou věc“, tj. že pokud nebyl podán návrh, došlo k vyřešení tohoto „sporu“ mezi zadavatelem a dodavatelem již v „námitkovém řízení“. Úřad v této souvislosti dodává, že (s výjimkou námitek směřujícím proti zadávacím podmínkám, které jsou podané v zákonné lhůtě – srov. k tomu rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 17/2021-114 ze dne 9. 3. 2023) nelze akceptovat postup stěžovatele, který po odmítnutí námitek (v situaci, kdy rozhodnutí o nich bylo řádně odůvodněno, obsahovalo poučení o možnosti podat návrh a bylo odesláno navrhovateli včas) opakovaně podá námitky, jejichž argumentace je (byť v určité části) obsahově totožná a směřuje proti stejnému úkonu zadavatele. Podání opětovných a obsahově identických námitek (nesměřujících proti zadávacím podmínkám) je totiž neodůvodněné, neúčelné a zcela v rozporu se smyslem institutu námitek ukotveném v zákoně a zadavatele nelze nutit rozhodovat opakovaně o totožných námitkách, kterými se již věcně zabýval. Zákon jasně stanoví, že v případě odmítnutí námitek následuje další možnost obrany stěžovatele ve formě podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu, nikoliv opakované podání obsahově identických námitek. *»Podávání identických námitek proti stejným úkonům zadavatele po té, co bylo o obsahově totožných námitkách již jednou zadavatelem řádně rozhodnuto, by mohlo zapříčinit šikanózní jednání ze strany stěžovatele, kdy by byl zadavatel účelově a bezdůvodně stěžovatelem nucen rozhodovat stále o téže věci, se kterou se již řádně vypořádal.«³*
84. Zadavatel by tímto postupem byl zcela v rozporu s účelem institutu námitek nucen rozhodovat o námitkách, resp. o totožných namítaných pochybeních, s nimiž byl již dříve ze strany totožného dodavatele konfrontován, což by vedlo k nadbytečnému (až zbytečnému) zatížení zadavatelů. Ad absurdum by v podstatě bylo možno v rámci lhůty pro podání námitek uplatnit u zadavatele neomezené množství totožných námitek směřujících proti témuž úkonu či

³ Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S739/2012/VZ-4417/2014/523/Opi ze dne 27. 2. 2014 (byť jsou závěry v předmětném rozhodnutí učiněny podle předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze uvedené dle Úřadu aplikovat i na nyní šetřenou věc).

postupu zadavatele, což by mohlo mít za následek umělé „zahlcení“ zadavatele. Zákon obecně umožňuje dodavatelům, kteří se domnívají, že jednáním zadavatele byl porušen zákon, v důsledku čehož jim byla způsobena újma, popř. jim tato újma hrozí, bránit se proti takovému počínání zadavatele podáním odůvodněných námitek. Tato obrana je ovšem legitimní a účelná jen tehdy, pokud je jejím prostřednictvím dána zadavateli možnost napravit jeho případná pochybení bez toho, aby byla současně narušována jeho práva; v ostatních případech se spíše jedná o účelový postup popírající, resp. zneužívající smysl námitek tak, jak jsou tyto zákonodárcem konstruovány. Nelze rovněž přehlédnout, že okamžikem podání námitek počíná běh tzv. blokační lhůty spočívající v nemožnosti uzavřít smlouvu s dodavatelem [viz § 246 odst. 1 písm. b) zákona], což by v případě opakovaného podávání totožných námitek mohlo zadavateli způsobovat značné komplikace a narušovat jeho očekávání spočívající v jím předpokládaném postupu zadávacího řízení, eventuálně by to mohlo vést až ke znemožnění veřejnou zakázku zadat a zajistit tak potřebu, jejíž uspokojení zadavatel zadáváním veřejné zakázky sleduje. Ačkoliv zákon opakované podávání obsahově totožných námitek explicitně nezapovídá, nelze mít z pohledu Úřadu za to, že bylo úmyslem zákonodávce, aby stěžovateli po každém jednotlivém rozhodnutí zadavatele o stejných námitkách začala běžet vždy nová lhůta pro podání návrhu. Tato lhůta je dle názoru Úřadu „navázána“ výhradně na první rozhodnutí zadavatele o námitkách, tj. marným uplynutím dané lhůty právo dodavatele podat ve vztahu k identickým námitkám návrh zaniká, resp. dodavatel sice návrh podat může, avšak takový návrh nemůže být považován za podaný v souladu s požadavky zákona (k tomu viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-36954/2023/500, sp. zn. ÚOHS-S0489/2022/VZ ze dne 27. 9. 2023, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-50633/2023/161, sp. zn. ÚOHS-R0142/2023/VZ ze dne 20. 12. 2023)

85. V šetřeném případě si zadavatel v samotné zadávací dokumentaci vyhradil právo *»od kteréhokoliv účastníka zadávacího řízení požadovat vzorek nabízeného plnění a provést jeho fyzickou kontrolu, spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti.«* Proti citované zadávací podmínce jako takové však navrhovatel v šetřeném případě nebrojí. V námitkách proti úkonu a následně rovněž v námitkách, resp. návrhu rozporuje až požadavky zaslané mu zadavatelem dne 6. 10. 2023, které obsahují detailnější popis toho, jaké očekává zadavatel předvedení přístroje, a to konkrétně rozsah požadovaného předvedení týkající se přípravy vzorku a požadavku na praktické měření na přístroji během předvedení. Z uvedeného je tak zřejmé, že je rozporován úkon zadavatele a nikoliv zadávací podmínky, přičemž předmětný úkon zadavatele lze námitkami rozporovat toliko jednou. Pokud se tedy navrhovatel po obdržení rozhodnutí o námitkách proti úkonu neztotožnil s tvrzením zadavatele, že je pro ověření technické specifikace, vlastností a funkčnosti nabízeného plnění oprávněn během předvedení požadovat provedení praktického měření vzorků na přístroji a realizaci související preanalytické fáze, měl využít svého práva podat v této věci návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu, neboť pokud tak neučinil, nemůže se tvrzené nezákonnosti daného úkonu zadavatele (opakovaně) dovolávat v souvislosti se svým vyloučením ze zadávacího řízení.
86. K uvedenému Úřad doplňuje, že připouští, že v době obdržení rozhodnutí o námitkách proti úkonu navrhovatel neměl k dispozici zprávu obsahující vyhodnocení zadavatele o průběhu předvedení, neboť tu obdržel až jako přílohu rozhodnutí o vyloučení (a tedy až po lhůtě pro případné podání návrhu), nýbrž pouze originální zápis, který byl vypracován během samotného předvedení. Nicméně přestože samotný originální zápis neobsahuje v každém

z bodů zcela jednoznačné vyhodnocení toho, zda bylo splnění jednotlivých bodů technické specifikace dle zadavatele ověřeno, tak v kontextu celé šetřené situace, resp. při zohlednění obsahu originálního zápisu, obsahu rozhodnutí o námitkách proti úkonu a skutečnosti, že samotné předvedení již proběhlo, a to za účasti obou stran, bylo dle Úřadu zcela zřejmé, že zadavatel stále trvá na tom, aby v rámci předvedení přístroje proběhlo reálné měření na vzorku (vzorcích). K tomu lze uvést např. pasáže z rozhodnutí o námitkách proti úkonu, kdy zadavatel jasně odmítá navrhovatelovo přesvědčení, že ověření funkčnosti přístroje je možné prokázat bez praktického měření na vzorcích, neboť *»[n]elze verifikovat funkčnost přístroje jinak než měřením vzorků (praktickým provedením měření). Není jiný způsob verifikace, který by nahradil fyzické změření vzorků (...). Zadavatel nesouhlasí s tvrzením stěžovatele, že provedení preanalytické části je plně v gesci zadavatele (...). Zbývající část preanalytické fáze tedy samotné měření vzorků je povinen provést či zajistit provedení, stěžovatel.«* Shodně lze doložit i informace týkající se provedení měření z originálního zápisu, kde se např. uvádí: *»Byly ukázány spektra naměřená v minulosti, nebyla využita praktická možnost na námi připravených vzorcích. (...) Prakticky nebylo předvedeno, viz. report. UHN nabídla měření na připravených vzorcích – odmítnuto. (...) V praxi měření neprovedeno.«* Samotná skutečnost, že se navrhovatel způsobem předvedení, tj. rovněž požadavkem na realizaci preanalytické fáze ve smyslu přípravy vzorku způsobilého k měření na přístroji, zabýval již v původních námitkách proti úkonu, pak potvrzuje, že si byl v dané věci navrhovatel vědom rozsahu požadavků zadavatele.

87. Navrhovatel tak na základě výše uvedeného nemohl ani vzdáleně nabýt dojmu, že i přes jeho odmítnutí provedení praktického měření během předvedení přístroje bylo ze strany zadavatele potvrzeno *„předvedení přístroje a ověření technické specifikace plně v souladu s požadavky předmětné [v]jeřejné zakázky“*, což v podaném návrhu uvádí jako důvod, proč nepodal v návaznosti na rozhodnutí o námitkách proti úkonu návrh. Dle Úřadu je naopak zcela evidentní, že zadavatel argumentaci navrhovatele ohledně možnosti neprovedení měření odmítá a otázka rozsahu předvedení je i nadále sporná. Navrhovateli tak muselo být zřejmé, že mezi ním a zadavatelem je i nadále sporu o tom, kdo byl povinen připravit vzorek do té podoby, aby byl přímo způsobilý k případnému měření na předmětném nabízeném přístroji, resp. co konkrétně se rozumí tzv. „preanalytickou fází“ před samotným měřením na přístroji a kdo byl povinen ji zajistit, a rovněž o tom, zda je třeba pro předvedení přístroje provádět na místě měření na vzorcích, a tento spor přetrvává i po obdržení rozhodnutí o námitkách proti úkonu. Za výše uvedených skutečností tak měl navrhovatel – neztotožňoval-li se s požadavky zadavatele – využít svého práva a podat v této věci, tj. ohledně rozsahu předvedení v zákonné lhůtě návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Sama skutečnost, že v době, kdy navrhovatel obdržel rozhodnutí o námitkách proti úkonu, již předvedení proběhlo, není z hlediska možnosti podat návrh relevantní.
88. Úřad tak s ohledem na shora popsané skutečnosti uvádí, že z hlediska posouzení včasnosti podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v části týkající se rozsahu požadavků k předvedení jsou relevantní (původní) námitky proti úkonu, resp. rozhodnutí o námitkách proti úkonu. Navrhovateli tedy počala běžet lhůta pro podání návrhu podle § 251 odst. 2 zákona již od obdržení rozhodnutí o námitkách proti úkonu, tj. ode dne 24. 10. 2023, přičemž poslední, tj. 10. den lhůty připadl na den 3. 11. 2023. Pokud tedy navrhovatel hodlal proti namítané skutečnosti, tj. rozsahu požadavků zadavatele k předvedení

nabízeného předmětu plnění brojit návrhem, musel by tento návrh doručit Úřadu a ve stejnopisu zadavateli nejpozději dne 3. 11. 2023, aby bylo možno považovat takový návrh za učiněný ve lhůtě dle zákona. Úřad však obdržel návrh až dne 15. 12. 2023, přičemž téhož dne byl návrh ve stejnopisu doručen i zadavateli. Jelikož tak navrhovatel své právo na podání návrhu v zákonem stanovené lhůtě nevyužil, je třeba konstatovat, že toto jeho právo marným uplynutím shora specifikované lhůty zaniklo. Návrh nelze proto v části směřující proti rozsahu požadavků zadavatele k předvedení nabízeného předmětu plněné hodnotit jinak, než jako návrh opožděně podaný.

89. S ohledem na výše uvedené tak Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

K vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

90. Úřad v návaznosti na výše uvedené přistoupil k posouzení otázky, zda zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení v souladu se zákonem, resp. zda byl dán oprávněný důvod k vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.
91. Předně Úřad uvádí, že je nutné vždy vycházet ze smyslu a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, kdy primárním cílem zákona je zajištění nejvyšší možné transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí, pokud jde o vynakládání veřejných prostředků. Tím, že mezi jednotlivými dodavateli probíhá hospodářská soutěž, jsou tito nuceni nabídnout zadavateli co možná nejvýhodnější podmínky nabízeného plnění. Předpokladem pro existenci hospodářské soutěže mezi dodavateli je pak konkurenční prostředí, ve kterém mají potenciální dodavatelé rovné podmínky a hospodářská soutěž není deformována ze strany zadavatele.
92. Úřad dále v obecné rovině uvádí, že je-li to pro zajištění řádného průběhu zadávacího řízení nezbytné, může zadavatel požadovat, aby účastník objasnil nebo doplnil skutečnosti jím uváděné v nabídce. V takovém případě musí zadavatel účastníku zadávacího řízení poskytnout přiměřenou lhůtu pro jejich doplnění nebo objasnění. Obecně lze konstatovat, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek nesmí být nabídka účastníkem zadávacího řízení jakkoliv měněna (nestanoví-li zákon jinak). Může být však doplněna o údaje, doklady, vzorky nebo modely, jestliže tyto nejsou předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení.
93. V šetřeném případě zadavatel dne 27. 9. 2023 požádal dle § 46 zákona navrhovatele o objasnění a současně jej vyzval k předvedení nabízeného plnění, tj. přístroje, jež následně proběhlo dne 11. 10. 2023. Jak vyplývá z úvodu zprávy, navrhovatel v průběhu předvedení odmítnul ověřit funkčnost přístroje provedením měření na zadavatelem připravených vzorcích, přestože dle názoru zadavatele nelze ověřit funkčnost přístroje jiným způsobem, než je provedení takového měření. Současně je dle zprávy nesporné, že body 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18 a 19 technické specifikace byly zadavatelem vyhodnoceny jako nesplněné na základě totožného důvodu, a to *»neprovedení měření vzorků čili nebylo možné si funkčnost systému ověřit.«* Stejně tak bod 23 technické specifikace byl zadavatelem vyhodnocen jako nesplněný, neboť byla navrhovatelem předvedena alternativa měření prázdné destičky, jež však dle zadavatele nesplňovala podstatu statimového vzorku, tj. daného požadavku technické specifikace. Ze zprávy je tak naprosto zřejmé, že v případě bodů 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18, 19 a 23

technické specifikace nedošlo k předvedení funkčnosti přístroje podle požadavků zadavatele, neboť nebylo provedeno měření na konkrétním vzorku (vzorcích), což ostatně nevyvrací ani sám navrhovatel.

94. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel si v zadávací dokumentaci vyhradil právo požadovat od kteréhokoliv účastníka zadávacího řízení vzorek nabízeného plnění a provést jeho fyzickou kontrolu, spočívající v ověření jeho technické specifikace, vlastností a funkčnosti. Z uvedeného tak dle Úřadu vyplývá, že zadavatel mohl požadovat, aby bylo předvedeno, zda přístroj odpovídá všem jeho požadavkům stanovených v technické specifikaci. Zároveň zadavatel informoval navrhovatele prostřednictvím požadavků před samotným předvedením, že *»[p]ři předvedení systému se budou ověřovat všechny body uvedené v technické specifikaci, včetně předvedení komerčně dostupných souprav včetně porovnání výsledků. **Měření bude probíhat na vzorcích⁴ zajištěných Uherskohradištskou nemocnicí a.s.**«* Podle Úřadu tak zadavatel zcela jednoznačně a nesporně stanovil, jaký rozsah předvedení požaduje, tj. včetně požadavku, aby během předvedení bylo provedeno i praktické měření na vzorcích, čímž bude ověřena funkčnost nabízeného přístroje.
95. Vzhledem k výše uvedenému má tak Úřad za prokázané, že důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení existoval, když navrhovatel nebyl v průběhu předvedení schopen zadavatelem požadovaným způsobem prokázat, zda přístroj splňuje všechny požadované parametry dle technické specifikace, neboť odmítnul provedení praktického měření na vzorku (vzorcích), přestože jej zadavatel vyžadoval, tj. navrhovatel nedodržel stanovený rozsah předvedení. Zadavatel tak z důvodu neprovedení praktického měření na vzorku (vzorcích) zjevně neměl přiměřenou jistotu, že přístroj dané funkcionality (uvedené pod body 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18, 19 a 23 technické specifikace) splňuje (naopak vzhledem k odmítnutí provedení měření na připravených vzorcích ze strany navrhovatele o této skutečnosti mohl mít vážné pochybnosti).
96. Nadto Úřad uvádí, že podobnou situací se Úřad zabýval ve zmíněném rozhodnutí S161/2023, které bylo potvrzeno rozhodnutím R81/2023, ve kterém předseda Úřadu uvedl, že *»[z] uvedeného tedy nade vši pochybnost vyplývá, že zadavatel mohl na základě uvedeného ustanovení zadávací dokumentace požadovat, aby bylo předvedeno, že přístroj odpovídá všem požadavkům stanoveným v příloze č. 2 zadávací dokumentace, a tedy i to, aby byla prakticky provedena analýza citlivosti ke kolistinu. Lhostejno, zda takový postup bude nazván předvedením nebo validací přístroje. Pokud k takové praktické ukázce nedošlo (vzorky nebyly vůbec změřeny), nebyl software modul pro analýzu citlivosti ke kolistinu předveden úspěšně, tedy tak, aby bylo možno ověřit, že funguje a že přístroj odpovídá předmětné zadávací podmínce. Pokud navrhovatel s předmětným bodem zadávací dokumentace nesouhlasil, mohl podat námitky proti zadávacím podmínkám. (...) Navrhovatel má za to, že zadavatel nemůže zpochybňovat funkční vlastnosti předmětu plnění na základě předvedení „demo-zařízení“, tedy modelově shodného zařízení, které je odlišné od skutečného předmětu plnění. S tímto názorem navrhovatele také nelze souhlasit, neboť jak již bylo výše uvedeno, zadavatel mohl ověřovat funkčnost nabízeného přístroje právě na základě předvedení vzorku. Je zde třeba doplnit, že v daném případě nešlo o plnění na míru, ale o produkt, který navrhovatel běžně dodává. S ohledem na výhradu ověření splnění zadávacích podmínek, kterou zadavatel v zadávací*

⁴ Zvýrazněno Úřadem.

dokumentaci učinil, nebylo v tomto případě předvedení „demo-zařízení“, na němž navrhovatel nebyl schopen předvést funkcionality nabízeného plnění, dostačujícím. Navíc, pokud se navrhovatel rozhodne předvést funkčnost svého zařízení na takovém přístroji, jehož funkčnost není stoprocentní, tak tato skutečnost jde k tíži navrhovatele. Aby mělo předvedení vzorku smysl, musí být vzorek schopen prokázat splnění těch vlastností, které si zadavatel vymínil v zadávací dokumentaci a případně ve výzvě k předvedení vzorku (která ovšem nemůže svým obsahem přesáhnout to, co je stanoveno v zadávací dokumentaci).« Úřad tedy konstatuje, že během předvedení přístroje skutečně mělo dojít k reálnému měření na vzorcích a nikoliv jen k pouhému prokázání, že přístroj má určitý software, který je schopen vyhodnotit data na základě změření určitého vzorku, jak tvrdí navrhovatel. Stejně tak doložení v minulosti naměřených dat uložených v softwaru přístroje není v šetřeném případě dostačující.

97. Na základě výše uvedeného se tak Úřad neztotožňuje s argumentací navrhovatele, že zadavatel postupoval při jeho vyloučení v rozporu se zákonem, neboť navrhovatel předvedl funkčnost přístroje v plném rozsahu, přestože na něm nebyl umístěn měřitelný vzorek. Zadavatel jasně stanovil požadovaný rozsah předvedení, tj. požadavek na provedení praktického měření vzorků na přístroji během předvedení, neboť jedině takovým způsobem dle něj lze ověřit funkčnost daného přístroje. Ze zprávy nepochybně vyplývá, že praktické provedení měření neproběhlo, neboť navrhovatel jej odmítnul, přičemž takovou skutečnost sám navrhovatel ani nerozporuje. Dle Úřadu tak zadavatel vyhodnotil body 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18, 19 a 23 technické specifikace jako nesplněné v souladu se zadávací dokumentací a dle stanoveného rozsahu předvedení, přičemž takové nesplnění požadovaných technických parametrů stanovených v zadávací dokumentaci je důvodem pro vyloučení účastníka zadávacího řízení.

K transparentnosti rozhodnutí o vyloučení

98. Navrhovatel dále v návrhu namítá netransparentnost rozhodnutí o vyloučení, neboť z něj dle jeho názoru nevyplývá, z jakého důvodu byl vyloučen ze zadávacího řízení a pouhý odkaz na zprávu nepostačuje.
99. Zásada transparentnosti, zakotvená v ust. § 6 odst. 1 zákona, se, po boku zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady přiměřenosti, řadí k základním pilířům všech procesů probíhajících dle zákona, a musí být náležitě reflektována v průběhu celého zadávacího řízení. Dodržení této zásady má především umožnit všem zainteresovaným stranám přiměřenou informovanost o zadávacím řízení. Z pohledu zadavatele se tak zásadou transparentnosti rozumí, vedle potřeby zajištění přehlednosti a dostupnosti všech jeho postupů v zadávacím řízení, také jejich srozumitelnost a „průhlednost“, vedoucí k zamezení vzniku pochybností o motivacích pro jeho jednotlivé výstupy. Uvedené *a priori* platí u zadavatelem vydávaných rozhodnutí, u kterých zadavatel v rámci odůvodnění musí dostatečným způsobem zjistit skutkový stav věci, na kterém posléze postaví své relevantní úvahy a argumenty. V rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012, soud dovedl, že *»[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. [...] Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které*

způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.»⁵ V případě vyloučení účastníka ze zadávacího řízení musí být zadavatel schopen přezkoumatelným způsobem takové vyloučení odůvodnit, tj. v souladu se zásadou transparentnosti musí být důvody pro vyloučení účastníka v rámci odůvodnění toho kroku řádně zdokumentovány, a musí být řádně zjištěny.

100. Dle Úřadu zadavatel důvody vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z materiálního hlediska řádně odůvodnil v rozhodnutí o vyloučení, a to prostřednictvím odkazu na obsah zprávy, která tvoří jeho nedílnou součást (je přílohou), přičemž takový postup považuje Úřad za souladný se zákonem. Ze zprávy zcela jasně vyplývá, jak předvedení přístroje probíhalo a jaký je jeho výsledek, tj. které body technické specifikace byly zadavatelem vyhodnoceny jako splněné a nesplněné a které body nebyly v rámci předvedení posuzovány. Zprávu tvoří první obecná část popisující průběh předvedení, dále konkrétní odůvodnění jednotlivých bodů technické specifikace a následné shrnutí vyhodnocení celého průběhu předvedení s dovozením závěrů k jednotlivým bodům technické specifikace. Skutečnost, že zadavatel využil podrobné odůvodnění nesplnění určitých bodů technické specifikace ve zprávě tak, že na něj odkázal v rozhodnutí o vyloučení, není z pohledu Úřadu nikterak problematické, neboť zpráva byla nedílnou přílohou rozhodnutí o vyloučení, a Úřad tak nevidí v takovém případě potřebu přepisovat identické informace, resp. odůvodnění nesplnění technické specifikace, což je současně i důvod vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, dvojmo, tj. i do textu samotného rozhodnutí o vyloučení. Úřad má za to, že z rozhodnutí o vyloučení (tj. vč. zprávy, která je jeho nedílnou součástí) jednoznačně vyplývá, z jakých důvodů zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, tj. z důvodu nesplnění bodů 3, 4, 5, 13, 16, 17, 18, 19 a 23 technické specifikace.
101. K argumentu navrhovatele, že originální zápis se neshoduje se zprávou, Úřad uvádí, že přestože lze přijmout tvrzení navrhovatele, že některé závěry uvedené pouze v originálním zápisu mohou vzbuzovat jistou pochybnost o správnosti informací uvedených ve zprávě (kdy konkrétně u bodu 23 technické specifikace je uvedeno mj. slovo „splněno“, přestože byl následně tento bod zadavatelem vyhodnocen jako nesplněný, neboť, jak je dále patrné z textu zprávy, uvedené „splněno“ byl pouze dílčí závěr), je z celého obsahu rozhodnutí o vyloučení (včetně příloh) skutečně zřejmé (a toto je i řádně odůvodněno), z jakých důvodů zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení (viz výše). Dle Úřadu tak jedna dílčí výše popsána nejasnost nemůže mít vliv na zákonnost rozhodnutí o vyloučení jako celku a tato zároveň nemůže snížit míru transparentnosti daného rozhodnutí takovým způsobem, aby se stalo zpětně objektivně nepřezkoumatelným, tj. aby toto rozhodnutí nebylo možno podrobit patřičné kontrole a aby vylučovanému dodavateli (tj. navrhovateli) neposkytlo jednoznačnou informaci o důvodech jeho vyloučení. Ostatně i ze samotného originálního zápisu mj. vyplývá, u kterých bodů technické specifikace neproběhlo praktické měření na vzorcích v rámci předvedení (k tomu viz výše odůvodnění tohoto rozhodnutí), což mělo za následek vyhodnocení takových bodů technické specifikace ze strany zadavatele jako nesplněných, přičemž takové nesplnění, jak bylo výše Úřadem potvrzeno, je zákonným důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Navrhovateli tak na základě rozhodnutí

⁵ Úřad poznamenává, že ačkoliv se závěry uvedené v citovaném rozsudku vztahovaly k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, lze je bezpochyby vztáhnout i k nyní účinné právní úpravě.

o vyloučení muselo být dle Úřadu zcela patrné, z jakých důvodů byl vyloučen z předmětného zadávacího řízení.

102. Z pohledu Úřadu tak nedošlo ze strany zadavatele ani k porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona ve vztahu k rozhodnutí o vyloučení.

K přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

103. Navrhovatel ve svém návrhu rovněž namítá (byť v kontextu návrhu pouze na okraj), že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s některými jeho námitkami.
104. Úřad posoudil obsah rozhodnutí o námitkách ve vztahu k namítaným skutečnostem uvedeným v námitkách a uvádí, že pro splnění povinnosti podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádal s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností (viz k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 70/2008 - 13 ze dne 30. 4. 2009, příp. nález Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2006, sp. zn. I. ÚS 116/051). Po zadavateli je tak požadováno, aby se ke všem námitkám jednotlivě vyjádřil a vypořádal je v adekvátně podrobném rozsahu, přičemž míra, v níž tak zadavatel musí učinit, je odvislá od charakteru námitek a významu namítaných skutečností pro řádný (zákonný) průběh zadávacího řízení (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 44/2022-150 ze dne 14. 9. 2023).
105. Zadavatel se s podstatou námitkové argumentace navrhovatele vypořádal, byť se výslovně nezabýval rozbořem pojmu „vzorek“ ve smyslu rozdílu mezi biologickým materiálem a vzorkem způsobilým k měření na daném přístroji, neboť v rozhodnutí o námitkách na tuto část námitek zadavatel uvedl následující: *„Tato část námítka nijak nesouvisí s úkonem namítaného vyloučení stěžovatele z další účasti, kdy stěžovatel odkazuje na dříve podané Námitky proti úkonu, o kterých zadavatel v zákonné lhůtě rozhodl a stěžovatel měl v případě výhrad využít práva podat návrh na přezkum v této věci, což neučinil.“* Zadavatel tak ve své podstatě poukazuje, že taková skutečnost byla již řešena v původních námitkách proti úkonu a ze strany zadavatele vypořádána v rozhodnutí o námitkách proti úkonu, což ostatně potvrdil i Úřad výše a dále neprovéřoval otázky týkající se rozsahu předvedení.
106. Stejně tak má Úřad za řádně vypořádané i námitky týkající se odůvodnění jednotlivých bodů technické specifikace, které zadavatel označil jako nesplněné. Dle navrhovatele se zadavatel nevypořádal dostatečně s jeho argumentací uváděnou v námitkách a u všech bodů technické specifikace uvedl totožné odůvodnění. K tomu Úřad uvádí, že odůvodnění v některých částech je skutečně totožné, avšak jak lze dovodit i z výše uvedeného, zadavatel vyhodnotil jednotlivé body technické specifikace jako nesplněné z identického důvodu, a to z důvodu neprovedení praktického měření na vzorcích. Je tedy logické, že se odůvodnění nesplnění takových bodů technické specifikace bude v určitých částech shodovat. V této souvislosti lze poukázat i na samotné námitky, kdy navrhovatel argumentoval ke každému zmíněnému bodu technické specifikace téměř totožně (zejména tím, že funkčnost přístroje řádně ověřil prostřednictvím předvedení softwaru a dat v něm uložených naměřených v minulosti). Zadavatel navíc v rozhodnutí o námitkách odkazuje i na zprávu, neboť ta obsahuje veškeré skutečnosti a podrobné odůvodnění týkající se všech bodů technické specifikace. Dle Úřadu tak zadavatel dostatečně odůvodnil svůj postup a nelze mít za to, že tyto skutečnosti uvedené v námitkách nedostatečně vypořádal v rozhodnutí o námitkách.

107. Dle názoru Úřadu se tak zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách výše uvedenými námitkami věcně zabýval a nevypořádal je toliko formálně, nýbrž věcnou argumentací. Nadto Úřad konstatuje, že podstatou návrhu i námitek navrhovatele bylo posouzení zákonnosti postupu zadavatele, když rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Je tedy potřeba k samotným námitkám přistupovat tak, aby byl zachován jejich účel, resp. záměr navrhovatele (stěžovatele). Současně Úřad připomíná, že při právním posouzení zákonnosti vyloučení účastníka ze zadávacího řízení jsou základem pro skutková zjištění Úřadu relevantní a rozhodné pouze důvody, které zadavatel uvedl v posuzovaném rozhodnutí o vyloučení, a nikoliv další pozdější odůvodnění např. obsažené v rozhodnutí o námitkách.

Další namítané skutečnosti

108. K argumentu navrhovatele o předložení záznamu výsledků měření mechanismů rezistence karbapenemáz, které bylo provedeno Nemocnicí Nové Město na Moravě dne 11. 12. 2023, Úřad uvádí, že takový argument je pro šetřené posouzení zcela irelevantní, neboť zadavatel požadoval provedení měření přímo během předvedení.

109. Současně k uváděnému rozhodnutí S227/2023 Úřad sděluje, že navrhovatelem zmiňované rozhodnutí řeší odlišnou situaci, než je v nyní posuzovaném případě, a to takovou, kdy byl účastník zadávacího řízení vyloučen z důvodu nesplnění určitého parametru, který však nebyl během předvedení vůbec posuzován, a pro posouzení věci je tedy taktéž irelevantní.

110. Na závěr Úřad konstatuje, že není příslušný k výkonu dozoru nad postupy zadavatelů, které odporují pravidlům plynoucím z jiných právních předpisů (typicky tzv. zásadám 3E), tj. zásadám účelnosti, efektivnosti a hospodárnosti obsaženým např. v zákoně č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (jejichž porušení navrhovatel také namítal) apod. Zákon neupravuje postup zadavatele z hlediska dodržování namítané „zásady hospodárnosti“. Cílem zákona nezpochybnitelně je hospodárné, efektivní a účelné nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle však zákon dosahuje nepřímo, a to zajištěním toho, aby smlouvy na veřejné zakázky byly uzavírány na základě formalizovaného procesu garantujícího zachování hospodářské soutěže, tj. zajištěním „fair“ podmínek celého zadávacího řízení, nad kterým Úřad vykonává dozor (viz např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S0316/2018/VZ-35595/2018/531/VNe ze dne 18. 12. 2018). V této souvislosti pak lze rovněž odkázat na § 2 odst. 2 správního řádu, ze kterého vyplývá, že správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem svěřena, a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena. Z těchto důvodů se Úřad danými skutečnostmi uvedenými v návrhu dále nezabýval.

Závěr

111. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že v šetřeném případě lze rozhodnutí o námitkách považovat za přezkoumatelné, neboť zadavatel k jednotlivým namítaným skutečnostem uvedl věcnou argumentaci, která je z hlediska přezkoumatelnosti tohoto rozhodnutí dostačující, a že při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nepostupoval v rozporu se zákonem, a to včetně ust. § 6 zákona, neboť rozhodnutí o vyloučení

dostatečným a transparentním způsobem odůvodnil, tudíž neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.

112. Z uvedených důvodů rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele v části směřující proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a proti rozhodnutí o námitkách podle § 265 písm. a) zákona zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. RTS, a.s., Lazaretní 4038/13, 615 00 Brno
2. I.T.A.-Intertact s.r.o., Pařížská 67/11, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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