



UOHSX004I0G4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S327/2012/VZ-16330/2012/521/MLa

Brno 24. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 8. 6. 2012 na návrh ze dne 7. 6. 2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2, jejímž jménem jedná Dr. Ing. Jaromír Drábek, ministr,
- navrhovatel – SAS Institute ČR, s.r.o., IČ 26122529, se sídlem Na Pankráci 1685/17-19, 140 21 Praha 4, za niž jedná Petra Vanická, jednatel, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 22. 5. 2012 zastoupená Ing. Martinem Kovaříkem, IČ 14947757, s místem podnikání Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4,

ve věci veřejné zakázky „Zlepšení adresnosti a účelovosti vyplácení dávek z pojistných i nepojistných systémů, na jejichž výplatu má vliv činnost LPS“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, které bylo zahájeno dne 21. 10. 2011 odesláním písemné výzvy k jednání, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2 – nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když pro zadání veřejné zakázky použil jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší předmětné zadávací řízení.**

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2 – ukládá uhradit:

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

Náklady řízení jsou splatné ve lhůtě dvou měsíců ode dne právní moci rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 8. 6. 2012 návrh navrhovatele – SAS Institute ČR, s.r.o., IČ 26122529, se sídlem Na Pankráci 1685/17-19, 140 21 Praha 4, za niž jedná Petra Vanická, jednatel, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 22. 5. 2012 zastoupený Ing. Martinem Kovaříkem, IČ 14947757, s místem podnikání Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“) – na přezkoumání postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2, jejímž jménem jedná Dr. Ing. Jaromír Drábek, ministr (dále jen „zadavatel“) – ve veřejné zakázce „Zlepšení adresnosti a účelovosti vyplácení dávek z pojistných i nepojistných systémů, na jejichž výplatu má vliv činnost LPS“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, které bylo zahájeno dne 21. 10. 2011 odesláním písemné výzvy k jednání společnosti – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČ 14890992, se sídlem Praha 4 - Chodov, V Parku 2294/4, PSČ 148 00, za niž jedná Ing. Jiří Bavor, jednatel (dále jen „IBM“).
2. Otevírání obálek s nabídkami se uskutečnilo dne 30. 3. 2012, přičemž z protokolu o otevírání obálek vyplývá, že nabídka IBM vyhověla kontrole její úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona. Podle protokolu o posouzení kvalifikace pořízeného dne 30. 3. 2012 IBM prokázal splnění stanovené kvalifikace. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 30. 3. 2012 konstatuje, že komise neprovedla hodnocení jediné posuzované nabídky a doporučila zadavateli uzavřít s IBM smlouvu.
3. Dne 22. 5. 2012 podal navrhovatel zadavateli námitky, kde zpochybňuje možnost zadavatele zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Dne 31. 5. 2012 bylo navrhovateli doručeno zamítavé rozhodnutí zadavatele

o námitkách z téhož dne. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách konstatuje, že v daném případě jsou naplněny požadavky stanovené § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro využití jednacích řízení bez uveřejnění. Zadavatel uvedl, že před samotným zahájením zadávacího řízení nechal vypracovat znalecký posudek z oborů kriminalistika a kybernetika, který potvrdil možnost využití jednacích řízení bez uveřejnění. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil dne 8. 6. 2011 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 7. 6. 2012 do datové schránky Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Zadavatel stejnopis návrhu obdržel téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

4. Podle navrhovatele nebyl zadavatel za účelem zadání veřejné zakázky oprávněn zahájit jednacím řízením bez uveřejnění. Podle navrhovatele existuje vícero homogenních integrovaných systémů, které s využitím různých matematických, analytických a statistických metod mohou přispět k odhalování anomálií souvisejících s výplatou sociálních dávek a k dosažení cíle, jímž je detekce anomálních výplat sociálních dávek, a podmínka pro použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tak naplněna nebyla. Podle navrhovatele není důležitá jedinečnost technického řešení, kterou argumentuje zadavatel, ale výsledek, který nasazení konkrétního systému přinese. Zadavatel se však od začátku zaměřil na údajnou jedinečnost technického řešení systému IBM, kterou však navrhovatel za důvod pro použití jednacích řízení bez uveřejnění nepovažuje.
5. Znalecký posudek, kterým zadavatel argumentuje, měl podle navrhovatele pouze posloužit k legitimizaci takového postupu. Znalecký posudek však nemůže substituovat systematické prověření situace na daném trhu, které navrhovatel v daném případě považuje za zásadní. To znamená, že zadavatel měl postavit na jisto, zda existují další vyhovující řešení, resp. dodavatelé schopni tato řešení poskytnout. Znalecký posudek tak nemůže sloužit jako oprávněný důvod pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže zadavatel současně neprovedl seriózní a objektivní prověření možnosti pořízení různých řešení ke splnění veřejné zakázky.
6. Navrhovatel rovněž zpochybňuje tvrzení zadavatele, že jedinečnost řešení IBM spočívá mimo jiné ve využití tzv. fuzzy logiky, k čemuž uvádí, že se jedná o technologii běžně využívanou v souvislosti se spotřebním zbožím. Navrhovatel se domnívá, že poskytnout zadavateli komplexní služby k detekci anomálních případů vyplácení sociálních dávek není schopna poskytnout pouze IBM, ale i jiní dodavatelé včetně navrhovatele samotného (V České republice se má dále jednat o společnost Adastra, s.r.o. a ve světovém měřítku pak např. Detica NetReveal, či Norkom Technologies). Pokud by tedy zadavatel bral v úvahu účel, jehož má být veřejnou zakázkou dosaženo, musel by dojít k závěru, že na relevantním trhu existuje přinejmenším několik dodavatelů schopných nabídnout způsobilý produkt.
7. V návaznosti na výše uvedené je podle navrhovatele irelevantní také argumentace ochranou výhradních práv a blíže neurčitými patenty IBM. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že on sám a pravděpodobně i další dodavatelé disponují licencemi k užití celého patentového portfolia IBM. Podle navrhovatele je navíc každé obdobné řešení z podstaty věci předmětem ochrany výhradních práv. Pokud by zadavatel přistoupil k zadání zakázky z pohledu požadovaného cíle, měl by tedy k dispozici přinejmenším několik vhodných řešení, každé

z nich chráněné výhradním právem, což by však nijak nebránilo tomu, aby z nich zadavatel ve standardním zadávacím řízení vybral to nejvhodnější.

8. Navrhovatel rovněž zpochybňuje tvrzení, že znalecký posudek vychází z podrobné analýzy trhu, při které bylo zkoumání podrobno i řešení nabízené navrhovatelem. Navrhovatel zdůrazňuje, že jej znalec nijak nekontaktoval a nevyžádal si od něj žádné informace týkající se jeho činnosti a poskytovaných produktů. Jestliže znalec vycházel pouze z veřejně dostupných informací, nemohou jeho závěry obstát, neboť žádný z dodavatelů nezveřejňuje podrobné údaje týkající se jeho činnosti. Navrhovatel především napadá závěr znaleckého posudku, který stanovil, že důvodem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění je jedinečnost technického řešení IBM, u něž je splněna podmínka ochrany výhradních práv. Navrhovatel v této souvislosti zdůrazňuje, že jedinečnost technického řešení nepředstavuje oprávněný důvod pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění. Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona vyžaduje existenci technických důvodů, pro něž nemůže být veřejná zakázka plněna žádným jiným dodavatelem. Jedinečnost technického řešení tedy není z pohledu jednacím řízení bez uveřejnění relevantní, podstatné je, zda neexistuje jiné technicky použitelné řešení. Navrhovatel má za nesporné, že pokud znalec při zpracování znaleckého posudku vycházel ze srovnání předmětu plnění veřejné zakázky, řešení nabízeného IBM a volně dostupných informací týkajících se dalších systému na trhu, nelze na jeho závěry hledět jinak, než jako na závěry tendenční, neodůvodněné a řádně nepodložené. Navrhovatel rovněž zpochybňuje odkazy zadavatele na rozhodovací praxi Úřadu ve věci jednacím řízení bez uveřejnění i odkaz na rozhodnutí Evropského soudního dvora.
9. Navrhovatel se návrhem domáhá toho, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření podle § 118 odst. 1 zákona spočívající ve zrušení zadávacím řízení a současně žádá, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým by zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

10. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 14. 6. 2012, doručeným Úřadu dne 15. 6. 2012. Zadavatel plně odkazuje na odůvodnění uvedené v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel konstatuje, že za účelem zjištění, zda jsou splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, nechal zpracovat posudek renomovaného znalce v oborech kybernetika a kriminalistika. Zadavatel zdůrazňuje, že jedna z otázek znalci zněla, zda „je společnost IBM z objektivních důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky“. Předmět veřejné zakázky byl přitom pro účely odpovědi na znaleckou otázku vymezen jak cílem, kterého má být plněním veřejné zakázky dosaženo, tak základními podmínkami, které musí technické řešení obsahovat a které odráží oprávněné požadavky zadavatele. Předmětem znaleckého posudku bylo rovněž posouzení, zda je IBM z důvodu jeho výhradních práv jediným dodavatelem, který je schopen posuzované řešení nabídnout. Ze závěrů znaleckého posudku jednoznačně vyplynulo, že IBM je z objektivních důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky vymezeného zadavatelem, když je podle názoru znalce rovněž splněna podmínka ochrany výhradních práv. Zadavatel se tedy domnívá, že podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění byly splněny.

11. Předmětem posouzení znalce tak pochopitelně byla jedinečnost technického řešení nabízeného IBM co do dosažení cíle vymezeného zadavatelem v kombinaci se splněním základních a oprávněných požadavků zadavatele vymezených předmětem veřejné zakázky. Dalším předpokladem pak nutně musela být i podmínka, aby veřejná zakázka mohla být splněna v dohledné době od okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.
12. Ze znaleckého posudku přitom vyplynulo, že jiná obdobná technická řešení dostupná na trhu nesplňují výše uvedené předpoklady, případně závazné požadavky zadavatele, nebo by musela být dále rozsáhle upravována a vyvíjena, což by znemožnilo plnit veřejnou zakázku v dohledné době po uzavření smlouvy. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že znalecký posudek nemůže substituovat systematické prověření situace na relevantním trhu. Zadavatel je naopak přesvědčen, že pověření odborníka (např. soudního znalce dané problematiky) takovým posouzením je nejdůvěryhodnějším způsobem, který mohl zadavatel zvolit.
13. Zadavatel se rovněž neztotožňuje s tvrzením navrhovatele k tzv. fuzzy logice. Zadavatel netvrdí, že by řešení IBM bylo jedinečné právě z důvodu využití fuzzy logiky. Využití fuzzy logiky jako obecně vymezené metody je pouze závaznou podmínkou plnění veřejné zakázky a technické řešení vybraného uchazeče je musí obsahovat.
14. K tvrzení navrhovatele o existenci jiných podobných řešení (v České republice např. společnost Adastra, s.r.o.) zadavatel uvádí, že těmito dalšími systémy se znalec podrobně zabýval a dospěl k závěru, že nesplňují základní podmínky plnění veřejné zakázky a nemohou tak být pro její plnění využity.
15. Zadavatel navrhuje, aby byl návrh na uložení předběžného opatření i samotný návrh zamítnut.

IV. ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 21. 6. 2012 č. j. ÚOHS-S327/2012/VZ-11258/2012/550/MLa. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad téhož dne usnesení č. j. ÚOHS-S327/2012/VZ-11259/2012/550/MLa, v němž účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
17. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
18. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S327/2012/VZ-12131/2012/550/MLa ze dne 29. 6. 2012 vydal na návrh navrhovatele předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

Vyjádření navrhovatele ke znaleckému posudku

19. Dne 23. 7. 2012 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele z téhož dne. Navrhovatel v tomto podání uvedl výhrady ke znaleckému posudku, který podle zadavatele svědčí možnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Navrhovatel znalecký

posudek považuje za účelově zpracovaný, navíc s četnými nedostatky. Za zásadní považuje fakt, že průzkum relevantního trhu provedený znalcem je nekvalitní a bez dostatečných podkladů. Podle navrhovatele znalec na základě takového průzkumu nemohl formulovat závěry, které by skutečně prokazovaly, že jsou splněny předpoklady pro užití jednacního řízení bez uveřejnění.

20. Navrhovatel dále upozorňuje na nevhodně zvolenou otázku znalci (čl. 1). Předmět plnění zadavatel podle navrhovatele vymezil velmi obecně, avšak v rámci znaleckého posudku je srovnáván se značně specializovaným řešením IBM. Správně formulovaná otázka za této situace nemůže znít, zda je IBM z objektivních technických důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky, ale posudek, který má potvrdit, či vyvrátit legitimitu použití jednacního řízení bez uveřejnění se musí soustředit na otázku, která řešení jsou způsobilá vyhovět zadávacím podmínkám.
21. Dále navrhovatel zpochybňuje sub otázky B a C stanovené samotným znalcem. V daném případě nebylo na místě zkoumat, zda je možné vytvořit nebo nechat vytvořit dílo s obdobnými parametry jako má řešení FAMS/EPSM od IBM, či zda takové dílo existuje. Znalec se měl zabývat tím, jaká řešení vyhovují obecné poptávce zadavatele, tedy porovnat zadávací podmínky s dostupnými řešeními. Místo toho znalec porovnal případná další řešení pouze s řešením FAMS/EPSM od IBM, nikoli s popisem předmětu veřejné zakázky stanoveným zadavatelem. Toto pochybení zadavatel považuje za zásadní a ovlivňuje celý věcný obsah a závěr posudku.
22. Navrhovatel dále namítá nerovný přístup k řešení IBM a ostatních dodavatelů (čl. 3.5). Zatímco v případě řešení IBM provádí znalec jeho detailní posouzení a srovnání se specifikací zadavatele, v případě ostatních dodavatelů vychází pouze z obecně dostupných zdrojů. Znalec navrhovatele za účelem získání podrobnějších informací nijak nekontaktoval. Znalec se ani nepokusil od navrhovatele získat relevantní informace, zda a do jaké míry vyhovuje jeho řešení poptávce zadavatele. Navrhovatel se domnívá, že podobným způsobem znalec ne/postupoval i ve vztahu k ostatním dodavatelům působícím na trhu. Takový postup znalce při srovnávání jednotlivých produktů je možné označit za netransparentní a diskriminační a představuje zřejmé zvýhodnění IBM.
23. Podle navrhovatele znalec ve svém posudku neprovedl řádný průzkum trhu. Znalec se v příslušné části posudku zabýval pouze dvěma řešeními odlišnými od řešení společnosti IBM a jak sám konstatoval, zaměřil se pouze na řešení nabízená v České republice a relevantnost svého výběru opřel primárně o název konkrétního produktu. Navrhovatel předně poukazuje na fakt, že vzhledem ke své hodnotě by daná veřejná zakázka musela být vyhlášena v Úředním věstníku Evropské unie, a průzkumy trhu proto nelze omezovat pouze na český trh. Kvalitu provedené analýzy zpochybňuje rovněž i skutečnost, že znalec obě řešení identifikoval „alespoň podle názvu“, což nelze z logiky věci považovat za rozhodující, ale pouze podpůrné. Závěr znalce uvedený v čl. 4.5, část B, že mu není známo žádné jiné řešení na úrovni EU, které by splňovalo požadavky zadavatele, tak nemůže obstát. Posudek analyzoval trh pouze v rámci České republiky, nikoliv v rámci Evropské unie, a to navíc pouze s ohledem na názvy produktů.
24. Navrhovatel dále uvádí, že znalec z řešení poskytovaných navrhovatelem posuzoval řešení SAS Enterprise Case Management, které však není ve vztahu k předmětu veřejné zakázky

vhodným produktem. Z portfolia navrhovatele je relevantní produkt SAS Fraud Framework for Government, o němž znalec bez dalšího konstatoval, že není porovnatelný. Toto řešení je podle navrhovatele uceleným integrovaným řešením pro přípravu modelů a identifikaci podezření z fraudu. Produkt navíc umožňuje rychlou implementaci systému, který je obsahem zadání předmětné veřejné zakázky. SAS Enterprise Case Management, kterým se znalec zabýval, je pouze volitelnou dodatečnou součástí dodávky určené k implementaci operativních procesů prevence fraudu. Tímto postupem znalce se navrhovatel cítí být zásadním způsobem poškozen.

25. Navrhovatel dále polemizuje se závěry znalce v části posudku zabývající se autorskoprávní a patentovou ochranou. Znalec se podle navrhovatele vyjadřuje k právním otázkám, což mu však nepřísluší, a to jednak proto, že předmětem znaleckého posudku nemá být posouzení právních otázek a dále s ohledem na obor jeho činnosti (není právním expertem, ale znalcem v oborech ekonomika, kriminalistika, kybernetika, školství a kultura). Navrhovatel k závěrům znalce uvádí následující výhrady:

- jakýkoliv počítačový program jakéhokoliv dodavatele bude vždy chráněn autorským právem,
- skutečnost, že produkt IBM je chráněn autorským právem a patenty, nezakládá právo zadavatele postupovat formou jednacního řízení bez uveřejnění, neboť systém FAMS/EPMS není jediným způsobilým systémem na trhu,
- znalec se vůbec nezabýval otázkou, zda patenty IBM jsou ke splnění požadavků zadavatele nezbytné; jinak by totiž nutně musel dospět k závěru, že práva k předmětným patentům pro plnění předmětné zakázky nutná nejsou,
- znalec se vůbec nezabýval otázkou, zda k patentům a výhradním právům IBM nebyla udělena licence opravňující jiný subjekt k využití těchto patentů a autorských práv; v této souvislosti navrhovatel pro úplnost uvádí, že sám disponuje oprávněním k užití patentového portfolia IBM, tudíž může těchto patentů využít.

26. Znalec řešení FAMS/EPMS nabízené společností IBM popisuje jako integrální celek, jehož jednotlivé komponenty jsou úzce provázány. Naopak SAS Fraud Framework for Government je v čl. 3.5.3 definován jako neporovnatelný, neboť „jde o soubor komponentů, a ne ucelené řešení“. I produkt FAMS/EPMS je však v prvním odstavci čl. 4.4 popsán jako „komplex modulů a programového vybavení a databází“. Míra provázanosti a integrace není nijak dále kvantifikována či porovnávána, a není tedy zřejmé, na základě čeho znalec posouzení integrace komponent řešení prováděl. Navrhovatel opakovaně zdůrazňuje, že znalec při zpracování posudku neměl k dispozici ani produkt SAS Fraud Framework for Government, ani dokumentaci k němu. Při svém hodnocení vycházel pouze z popisu uvedeného na internetových stránkách navrhovatele.

27. Znalec dále zmiňuje 25 analytických modelů identifikujících závadné chování, které jsou součástí FAMS/EPMS. Posudek však již blíže nezohledňuje pro jakou situaci (konkrétní stát a jeho specifika) byly tyto modely vyvinuty a nehodnotí ani úsilí nutné k modifikaci těchto modelů pro plnění předmětné veřejné zakázky. Zcela tak pomíjí možnou a předpokládanou odlišnou právní a organizační situaci České republiky od země referenčního nasazení. Posudek neobsahuje jakoukoliv argumentaci pro tento apriorní předpoklad přenositelnosti

analytických modelů mezi jednotlivými implementacemi řešení systému pro identifikaci fraudu.

28. Navrhovatel upozorňuje na nesprávný závěr znalce k sub otázce B (čl. 4.5.B). Skutečnost, že zadavatel požaduje „co nejrychlejší zahájení činnosti“, není důvodem, aby bylo řešení nabízené IBM prohlášeno za jediné možné. Nejedná se o krajně naléhavý případ, tedy situaci předpokládanou v § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Sám znalec navíc v posudku připouští, že vytvoření nového díla jiným dodavatelem přichází teoreticky v úvahu.
29. Znalec v čl. 4.6.3 vyslovil závěr, že řešení IBM je po technické stránce jedinečné a existují důvody pro přímé zadání veřejné zakázky IBM. Tato jedinečnost je zde však bez dalšího pouze konstatována, posudek neobsahuje žádné objektivní skutečnosti, které by ji skutečně potvrdily. Otázka jedinečnosti technického řešení produktu FAMS/EPSPM však není ani rozhodující. Znalcem totiž mělo být zkoumáno, zda existují další řešení vyhovující zadávacím podmínkám, nikoliv technická stránka jednoho konkrétního řešení, což však dostatečně zkoumáno nebylo.
30. Navrhovatel tedy z výše uvedených důvodů znalecký posudek nepovažuje za způsobilý podklad pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Je zřejmé, že posudek byl od samého počátku koncipován jako účelový s cílem podpořit postup zadavatele, který se předem rozhodl pro pořízení plnění IBM, a to v jednacím řízení bez uveřejnění. Z posudku je patrný tendenční přístup znalce, který se snaží vzbudit dojem, že řešení IBM je technicky unikátní, a tedy jediné možné.

Vyjádření zadavatele

31. Na vyjádření navrhovatele ze dne 23. 7. 2012 zadavatel reagoval dopisem ze dne 3. 8. 2012 doručeným Úřadu téhož dne. Zadavatel obecně uvádí, že znalec prof. Ing. Vladimír Smejkal, CSc., LL.M., který posudek zpracoval, je renomovaným a uznávaným soudním znalcem v oboru kybernetika, a proto se domnívá, že pro zpracování znaleckého posudku nemohl vybrat většího odborníka.
32. Zadavatel je přesvědčen, že otázka položená znalci byla zvolena zcela v souladu se zákonem. Otázka znalci zní, zda je společnost IBM z objektivních technických důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky vymezeného v posudku. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možné zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadat pouze, pokud je ji z technických důvodů schopen splnit pouze určitý dodavatel. V rámci znalecké otázky je tedy označen určitý dodavatel a odpovědí na otázku má být, zda je tento dodavatel s ohledem na jím nabízené řešení jediným možným ve vztahu k vymezenému předmětu plnění, což je podle zadavatele plně v souladu se zákonem. Zadavatel se navíc domnívá, že pokud by znalci položil otázku, které se dovolává navrhovatel (viz odst. 15 odůvodnění tohoto rozhodnutí), vedlo by znalecké zkoumání ke zcela shodnému výsledku. Zadavatel doplňuje, že k použití řešení IBM v rámci znaleckého posudku bylo přistoupeno s ohledem na povědomí zadavatele o jeho existenci. Vzhledem k tomu, že zadavatel neznal jiná obdobná řešení, bylo předmětem znaleckého posudku zjištění, zda kromě řešení IBM splňují podmínky plnění veřejné zakázky také případná další místně a časově dostupná řešení.

33. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele o údajném chybném stanovení sub otázek ve znaleckém posudku. Podle něj sub otázka C směřuje k posouzení, jaká řešení vyhovují obecné poptávce zadavatele, když z formulace „existuje stejné nebo obdobné dílo s vlastnostmi poptávanými zadavatelem, jaké má FAMS/EPMS“, podle zadavatele nade vší pochybnost vyplývá, že jejím účelem je porovnat jiná obdobná řešení nejen s řešením FAMS/EPMS, ale rovněž se zadávacími podmínkami (vlastnostmi poptávanými zadavatelem a bez vazby na FAMS/EPMS vymezenými v části 3.2 znaleckého posudku). To dokládá i závěr znalce k sub otázce B (čl. 4.5 znaleckého posudku), kde je uvedeno, že znalci ani zadavateli není na úrovni EU známo žádné jiné řešení odpovídajícího charakteru a rozsahu, které by z věcného a časového hlediska splňovalo zadání zadavatele, resp. požadavky zadavatele na předmět veřejné zakázky. Zadavatel je toho názoru, že znalci vymezil svoji poptávku s tím, že znalec měl ověřit, zda ji splňuje pouze řešení FAMS/EPMS nebo i řešení jiná.
34. Zadavatel nesouhlasí ani s tím, že znalec při srovnání jednotlivých produktů postupoval netransparentně a diskriminačně, když v případě produktu IBM znalec provedl jeho podrobné posouzení a srovnání se specifikací zadavatele, zatímco v případech ostatních dodavatelů vycházel „pouze z veřejně dostupných zdrojů“. Podle zadavatele je zcela v kompetenci znalce zvolit vhodnou metodu pro zpracování znaleckého posudku. Zadavatel je přesvědčen, že znalec jako odborník v dané oblasti považoval veřejně dostupné zdroje s informacemi o produktech dalších dodavatelů za dostatečné k odpovědi na položené otázky. Pokud by měl znalec pochybnosti o úplnosti a dostatečnosti těchto informací, zcela jistě by si jejich doplnění či upřesnění informací u navrhovatele nebo dalších dodavatelů vyžádal.
35. Zadavatel odmítá argument navrhovatele o nekvalitně provedeném průzkumu trhu. Zadavatel uvádí, že znalec se v posudku zabýval celou řadou nabízených řešení bez ohledu na hranice České republiky. Znalec na žádném místě výslovně neuvádí, ani z žádné formulace neplyne, že by analýzu trhu omezil pouze na Českou republiku. Slovní spojení „nabízené v ČR“ použité znalcem, je nutno chápat tak, že znalec ověřoval, zda existují na trhu řešení, která by relevantní dodavatelé byli schopni/ochotni do České republiky dodat, ať je země jejich původu jakákoliv.
36. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že znalec bez dalšího konstatoval neporovnatelnost řešení navrhovatele SAS Fraud Framework for Government. Jak vyplývá z části 3.5.3 znaleckého posudku, znalec dané řešení posuzoval na základě informací z veřejných zdrojů a dospěl k závěru, že posuzované řešení není porovnatelné, neboť „jde o soubor komponentů, ne ucelené řešení, nedostatečná podpora pro paralelní a dynamické skórování a profilování v reálném čase, analýza na základě standardních a známých statistických a dataminingových funkcí“. Zadavatel zdůrazňuje, že SAS Fraud Framework for Government je v zásadě pouze marketingové označení pro souhrn činností a dílčích produktů nabízených k využití veřejnému sektoru, nikoli samostatné řešení.
37. K tvrzením navrhovatele ohledně ochrany autorských práv řešených znalcem zadavatel uvádí, že tato problematika byla ve znaleckém posudku řešena pouze jako doplňující otázka s tím, že důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění byly dovozeny na základě technických důvodů a důvod výhradních práv byl použit pouze podpůrně.

38. Zadavatel dále uvádí, že FAMS/EPMS je celek, který byl ve znaleckém posudku popsán dekompoziční metodou podle jednotlivých funkcí – nejde tedy o výčet nezávislých komponent, jak mylně uvádí navrhovatel (viz odst. 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel se v případě řešení SAS Fraud Framework for Government snaží vyvolat představu, že se jedná o analogický komplex částí jako FAMS/EPMS. Ve skutečnosti, jak ostatně sám navrhovatel uvádí, SAS Fraud Framework for Government pouze umožňuje rychlou implementaci systému, který je obsahem zadání veřejné zakázky. SAS Fraud Framework for Government tedy pouze umožňuje v budoucnu vytvořit produkt, o kterém navrhovatel nepodloženě tvrdí, že bude nakonec integrálním celkem způsobilým splnit podmínky plnění veřejné zakázky. To však zadavateli nedává žádnou záruku, že takový produkt bude v časovém rámci vytvořen a bude splňovat veškeré parametry a podmínky plnění veřejné zakázky a bude funkční.
39. Zadavatel dále uvádí, že podstata statistických modelů byla objasněna ve znaleckém posudku na straně 3-5 jeho přílohy č. 3. Přístup IBM je založen na analýze chování entit, které mají společné znaky napříč systémy zdravotního a sociálního zabezpečení. Přístup IBM tedy není založen na apriorních pravidlech vycházejících ze znalosti procesů a legislativního prostředí, které je v každé zemi jiné, jak mylně předpokládá navrhovatel. Proto je možné tyto modely nasadit i v České republice bez nutnosti podstatných modifikací. Je pochopitelné, že jakékoliv řešení nabízené na trhu by bylo nezbytné pro účely plnění veřejné zakázky upravit na míru zadavateli, nicméně zadavatel nepředpokládá vývoj zcela nového řešení či rozsáhlé dotváření již existujícího řešení bez záruky jeho funkčnosti ve vztahu k podmínkám plnění veřejné zakázky, navíc v požadovaném termínu dodání (jako by tomu muselo být při použití údajně porovnatelného produktu SAS Fraud Framework for Government).
40. Zadavatel považuje za nutné dementovat tvrzení navrhovatele, že by důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění bylo zadání v krajně naléhavém případě. Zadavatel se však domnívá, že má právo stanovit určitý časový horizont, v rámci kterého zamýšlí realizovat plnění veřejné zakázky a nelze po něm požadovat, aby termín stanovil v závislosti na možnostech všech dodavatelů vyvinout zcela nové či rozsáhle upravovat již existující řešení.
41. Zadavatel závěrem konstatuje, že navrhovatel neuvedl argumenty nasvědčující tomu, že by sám byl schopen dodat řešení, které by splnilo zadávací podmínky veřejné zakázky. Zadavatel je toho názoru, že pro zpochybnění závěrů znaleckého posudku by bylo nezbytné nechat zpracovat oponentní znalecký posudek.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

42. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech předložených podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup stanovený zákonem, když pro zadání veřejné zakázky použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Znalecký posudek

43. Soudní znalec prof. Ing. Vladimír Smejkal, CSc. LL.M. na základě objednávky zadavatele ze dne 19. 9. 2011 vypracoval dne 17. 10. 2011 znalecký posudek č. 2339/2011. Účelem daného posudku bylo odpovědět na otázku položenou zadavatelem ve znění:

- je společnost IBM z objektivních technických důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky vymezeného v bodě 3.2 posudku? Přičemž při posuzování technických důvodů je nezbytné přihlídnout rovněž k výlučným právům společnosti IBM platným na území České republiky popsáním v přílohách (na území České republiky jsou platné pouze patenty CZ 297222 a EP 1904926).

Znalec si za účelem kvalifikovaného zodpovězení položené otázky stanovil pracovní hypotézy, které bylo třeba v rámci znaleckého posudku posoudit a následující sub otázky, které bylo třeba zodpovědět před formulací konečného výstupu:

- A. FAMS/EPMS je/není dílem požívající ochrany podle autorského práva nebo práva průmyslového, případně jiného právního předpisu?
- B. Je možné/není možné vytvořit nebo nechat vytvořit třetí osobu dílo v podobě informačního systému tak, že by mělo stejné nebo obdobné parametry, jako řešení FAMS/EPMS od IBM, které je na území ČR chráněno patenty CZ 297222 a EP 1904926?
- C. Existuje stejné nebo obdobné dílo s vlastnostmi, poptávanými zadavatelem, jaké má FAMS/EPMS?

44. Znalec nejprve vymezil předmět veřejné zakázky stanovený zadavatelem a popis služby poskytované v rámci veřejné zakázky a dále se soustředil na popis řešení FAMS/EPMS od IBM. Znalec dále rozebral ochranu řešení IBM z pohledu práva duševního vlastnictví a práva autorského. V čl. 3.5 znaleckého posudku znalec provedl analýzu trhu, kde zkonstatoval existenci dvou do úvahy přicházejících řešení nabízených v České republice, a to systém Aداstra Fraud Management a SAS Enterprise Case Management. V případě systému Aداstra znalec uvedl, že tento může zastávat pouze roli, kterou hraje jedna z funkcionalit FAMS/EPMS spojená s pravidly (business rules). V případě SAS Enterprise Case Management znalec konstatoval, že dané řešení z hlediska nasazení v kontextu sociálních a zdravotních systémů řešení postrádá jakoukoliv podporu pro automatizovanou detekci podezřelých případů, podporu při nastavování pravidel a analýzu těchto pravidel. Znalec zmiňuje možnost propojení tohoto systému s platformou SAS pro statistické analýzy a datamining, ovšem tím by podle něj vznikla prázdná platforma, ve které by bylo nutno všechny detekční modely vytvořit znovu, a ani takové řešení by tedy neřešilo celkový problém v oblasti detekce a prevence podvodného chování a chyb v oblasti sociální a zdravotní. Znalec zmiňuje další systémy uvedené v tzv. Top Fraud Management System Companies pro rok 2011 a další systémy tohoto typu uváděné ve veřejně dostupných zdrojích. V rámci tohoto výčtu zmiňuje rovněž řešení Fraud Framework od společnosti SAS Institute Inc., ke kterému uvádí, že „není porovnatelný, jde o soubor komponentů, ne ucelené řešení, nedostatečná podpora pro paralelní a dynamické skórování a profilování v reálném čase, analýza na základě standardních a známých statistických a dataminingových funkcí“.

45. Ve vlastní posudkové části posudku znalec konstatuje, že systém FAMS/EPMS i jeho databáze požívají ochrany v režimu autorského zákona, přičemž nositelem výhradních práv

k autorským dílům vytvořeným v rámci realizace FAMS/EPMS je IBM. V návaznosti na tuto skutečnost znalec v čl. 4.1.4 uvádí, že pokud by měl být v rámci plnění, požadovaném veřejnou zakázkou, jak je definována v nálezkové části posudku, využít FAMS/EPMS nebo jeho část, není právě z důvodu ochrany autorských práv možné, aby dané plnění poskytoval subjekt od IBM odlišný. V části 4.2 posudku znalec rovněž konstatuje, že v rámci systému FAMS/EPMS jsou využívány dva existující patenty, působící přímo na území České republiky.

46. V čl. 4.4 znalec po provedeném rozboru pojmových znaků FAMS/EPMS konstatoval, že ačkoliv teoretická východiska použitá v rámci dílčích výpočetních postupů (fuzzy logika, prediktivní modelování, skóringové algoritmy apod.) nejsou oborově neznámými, jejich aplikace v rámci jednotlivých komponent řešení FAMS/EPMS a především kombinace a vzájemné propojení k účelu sledovanému aplikací FAMS/EPMS se na základě informací zjištěných znalcem a plynoucích z předložených dokumentů jeví jako ojedinělé.
47. V čl. 4.5 znalec vyhodnotil stanovené sub otázky (viz odst. 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí) následovně:
 - A. FAMS/EPMS je dílem požívajícím ochrany podle autorského zákona. Týká se to databází a aplikačního programového vybavení. Společnost IBM je vlastníkem majetkových autorských práv (patentů) k danému řešení ve smyslu autorského zákona, tj. je výhradním poskytovatelem licenčního oprávnění k předmětnému plnění.
 - B. Teoreticky je možné vytvořit nebo nechat vytvořit třetí osobu dílo v podobě informačního systému tak, že by mělo stejné nebo obdobné parametry, jako řešení FAMS/EPMS. Ve skutečnosti tomu ale je jinak. Ani zadavatel, ani znalci není na úrovni EU známo žádné jiné řešení odpovídajícího charakteru a rozsahu, které by z věcného a časového hlediska splňovalo zadavatelem stanovené požadavky na plnění předmětu veřejné zakázky. Proces vytvoření nového díla je tedy podmíněn získáním vzorců chování (modelů) a naplnění stejných nebo obdobných databází, jakými disponuje FAMS/EPMS. To by neumožnilo splnit požadavek zadavatele na co nejrychlejší zahájení činností vedoucích ke zvýšení adresnosti vyplácených sociálních dávek a to především detekce podvodného a chybového jednání. Znalec konstatuje, že objem know-how, které je realizováno prostřednictvím software, databází a chráněno uvedenými patenty je tím, co tvoří z řešení FAMS/EPMS unikát, který nemá obdoby.
 - C. Znalec provedl analýzu trhu, jejíž závěry jsou následující. V České republice stejné nebo obdobné dílo s vlastnostmi, poptávanými zadavatelem, jaké má FAMS/EPMS, není na trhu dostupné. V zahraničí, alespoň mezi znalci známými dodavateli, se rovněž nepodařilo identifikovat systém, který by disponoval stejnými nebo obdobnými funkcemi a zaměřením na detekci a prevenci podvodného a chybného chování v sociálních a zdravotních systémech.
48. Znalec po zodpovězení výše uvedených sub otázek v čl. 4.7 posudku konstatoval, že IBM je z objektivních důvodů jediným dodavatelem, který je pro dodavatele schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky vymezeného v bodě 3.2 posudku. Podle názoru znalce je rovněž splněna podmínka ochrany výhradních práv, a to na základě zvláštního právního předpisu (autorského zákona, zákona o vynálezech a zlepšovacích návrzích).

Rozhodná ustanovení zákona

49. Zákon ve svém § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení:
- otevřené řízení,
 - užší řízení,
 - jednací řízení s uveřejněním,
 - jednací řízení bez uveřejnění,
 - soutěžní dialog,
 - zjednodušené podlimitní řízení.
50. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení, a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
51. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel jednacího řízení bez uveřejnění využít, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

K použití jednacího řízení bez uveřejnění

52. Úřad nejprve obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je druhem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se v takovém případě může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tedy že veřejná zakázka může být z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv splněna pouze společností IBM.
53. Aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět jejího plnění. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost a je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, neboť takovým způsobem zadání je vyloučeno jakékoliv soutěžní prostředí. Zadavatel je zejména povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozhodnutí C-199/85 ze dne 10. 3. 1987 nebo C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, ve kterých ESD konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává.
54. Zadavatel možnost zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění opírá zejména o znalecký posudek, v jehož zadání znalci položil otázku, zda je IBM z objektivních důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel

se domnívá, že tak učinil v souladu s rozhodovací praxí Úřadu, promítnutou v pravomocných rozhodnutích č. j. S109/2009/VZ-12164/2009/510/Hod ze dne 15. 10. 2009 a č. j. S108/2009/VZ-12163/2009/510/Hod ze dne 15. 10. 2009 a rovněž v souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr), jmenovitě s rozsudkem ve věci C-57/94 ze dne 18. 5. 1995.

55. Soudní dvůr Evropské unie v rozhodnutí C-57/94 konstatoval, že zadavatel přesvědčivě neprokázal, např. předložením technického posudku nezávislého experta, že obtíže vyvolané vzájemným provázáním probíhajících a budoucích stavebních prací (jednalo se o stavbu nového úseku dálnice, který měl v budoucnu navazovat na právě budovanou část) jsou takového charakteru, že neumožňují, aby předmětnou veřejnou zakázku realizoval jiný dodavatel než ten, který je zodpovědný za již probíhající práce. V daném případě tedy zadavatel zadal stavební práce „napřímo“ dodavateli, který mu plnění poskytoval již v minulosti, a svůj postup se snažil obhájit tvrzením, že obě plnění jsou spolu natolik provázaná, že jejich zadání rozdílným dodavatelům není možné. Rovněž obě výše uvedená rozhodnutí Úřadu řešila skutkový stav, kdy zadavatel poptával plnění, které navazovalo na předchozí realizované zakázky a zadavatel v obou případech znalecky obhajoval přímé zadání veřejné zakázky původnímu dodavateli.
56. Nyní řešená věc se tedy od těch nastíněných v předchozím odstavci odlišuje. Zatímco ve výše zmíněných rozhodnutích Úřad, resp. Soudní dvůr Evropské unie řešil situaci, kdy se zadavatel, z důvodu zajištění návaznosti na již poskytované plnění, snažil obhájit zadání zakázky původnímu dodavateli, v posuzovaném případě zadavatel plnění poptává bez návaznosti na dříve uskutečněnou veřejnou zakázku. Úřad připouští, že i zde není vyloučené, aby byla existence technických důvodů opravňující zadavatele veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění prokázána prostřednictvím znaleckého posudku, avšak vzhledem k výše naznačenému odlišnému charakteru případů se takový znalecký posudek musí primárně soustředit nikoliv na otázku, zda je určitý předem určený subjekt jako jediný schopen realizovat předmět veřejné zakázky, ale na zjištění, který z dodavatelů figurujících na daném trhu by byl schopen dodat způsobilé řešení. Skutečnost, že zadavatel znalci v zadání znaleckého posudku stanovil otázku, zda je společnost IBM z objektivních technických důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky, však neznamená, že by závěry tohoto znaleckého posudku mohly být automaticky zpochybněny. Jestliže však má být výstup znaleckého posudku opravdu podkladem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, musí práce znalce spočívat v detailním zmapování situace na trhu, zjištění potencionálních dodavatelů a posouzení nabízených řešení, a to s totožným přístupem ke všem subjektům pohybujícím se na trhu. Takové porovnání přitom předpokládá podrobnou znalost technologického portfolia všech v úvahu přicházejících dodavatelů, což si lze jen obtížně představit bez poskytnutí relevantních informací z jejich strany.
57. V daném případě, kdy zadavatel pochybuje o množství dodavatelů schopných plnit předmět veřejné zakázky, se nabízí otázka, zda zadavatel vypracováním znaleckého posudku neobchází povinnost poptávat dané plnění v zadávacím řízení otevřeném všem uchazečům. Úřad zde v obecné rovině vnímá rozdíl mezi situací, kdy je veřejnou zakázku z objektivního důvodu (návaznost na předcházející plnění a nemožnost zadání navazující veřejné zakázky odlišnému subjektu) opravdu schopen splnit pouze jeden konkrétní dodavatel, a situací, kdy

si zadavatel stanovil určitý cílový stav (zde optimalizace výdajů na sociální dávky) a není zřejmé, zda na trhu existuje více dodavatelů schopných nabídnout odpovídající produkt. Za vhodnější než zpracování znaleckého posudku Úřad ve druhém případě považuje provedení zadávacího řízení, ve kterém budou všechna nabídnutá řešení objektivně porovnána s požadavky zadavatele i s tím rizikem, že zadavatel obdrží pouze jednu, nebo žádnou nabídku. Zadavatel tímto způsobem, za předpokladu stanovení nediskriminačních zadávacích podmínek¹ a výběru nejvhodnější nabídky na základě vhodně zvolených hodnotících kritérií, získá skutečně nejlepší řešení na trhu.

58. Jestliže se zadavatel za účelem zjištění počtu řešení schopných dostát požadavkům zadavatele na plnění veřejné zakázky rozhodl zadat znalecký posudek, měl takový posudek nekriticky přistupovat stejně ke všem potencionálním řešením, jak je uvedeno v odstavci 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Z okolností daného případu však lze učinit závěr, že zadavatel s realizací zakázky subjektem odlišným od IBM vůbec nepočítal. Z informací členům vlády ze dne 9. 6. 2011, jejichž obsahem je sdělení záměru zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, vyplývá, že zadavatel již v té době deklaroval, že daná veřejná zakázka může být z technických důvodů realizována pouze prostřednictvím IBM a jeho řešení FAMS/EPMS. Znalecký posudek, který měl teprve určit, zda je řešení IBM jediné možné, zadavatel nechal zpracovat až v říjnu roku 2011. Z dokumentace o veřejné zakázce navíc není možné zjistit, na základě jakých informací zadavatel již v červnu roku 2011 rozhodl, že zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadá právě IBM. Uvedené časové souvislosti případu napovídají tomu, že důvodem pro vyhotovení znaleckého posudku nebylo primárně zjištění, zda existuje více dodavatelů způsobilých realizovat předmět veřejné zakázky, ale jeho vypracováním zadavatel hodlal legitimizovat svůj dříve přijatý záměr zadat veřejnou zakázku přímo IBM v jednacím řízení bez uveřejnění.
59. Z informací pro členy vlády i ze způsobu, jakým byl zpracován samotný znalecký posudek (znalec měl k dispozici materiály poskytnuté IBM), je zřejmé, že zadavatel s IBM jednal a získal od něj informace týkající se systému FAMS/EPMS ještě před zahájením zadávacího řízení. Jestliže zadavatel tímto způsobem postupoval pouze vůči IBM, aniž by měl jistotu, že je skutečně jediným způsobilým dodavatelem, dopustil se tím ve vztahu k ostatním možným dodavatelům porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvených v § 6 zákona. Porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace lze spatřovat i v tom, že zadavatel, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přímo v zadání znaleckého posudku odkazoval na produkt konkrétního dodavatele a znalec vlastnostmi tohoto produktu navíc poměřoval ostatní potencionální řešení. Podle Úřadu zde lze nalézt paralelu se zákazem zakotveným v § 44 odst. 11 zákona, který v zadávacích podmínkách zapovídá odkazovat na konkrétní firmy, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné (není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky). Jestliže se zadavatel takového jednání dopustí, je konstatováno porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace a presumován podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že v posuzovaném případě je to právě znalecký posudek, o který zadavatel zadání zakázky jedinému uchazeči opírá, je žádoucí, aby při jeho zpracování byly dodrženy tytéž zásady, které vážou zadavatele při

¹ V této souvislosti Úřad podotýká, že posouzení zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky z pohledu jejich možné diskriminace nebylo předmětem daného správního řízení.

zpracování zadávacích podmínek, jejichž prostřednictvím bude zaručeno, aby nedošlo k porušení výše uvedených zásad, na nichž zadávací řízení stojí. V této souvislosti Úřad upřesňuje, že s ohledem na výše rozlišené situace v jednacím řízení bez uveřejnění (viz odst. 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je z povahy věci zřejmé, že bez odkazů na konkrétní firmu, zboží, služby není možné nechat zpracovat posudek odůvodňující zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění stávajícímu dodavateli.

60. Úřad konstatuje, že přístup znalce ke zpracování znaleckého posudku, kdy je dopodrobna zkoumán pouze produkt IBM, přičemž u produktů dalších dodavatelů byla bez detailní znalosti konkrétních technických řešení konstatována jejich nepoužitelnost, není způsobilý k přijetí závěru, že jediným dodavatelem schopným realizovat předmět veřejné zakázky je IBM. Závěr o tom, že jediným v úvahu přicházejícím dodavatelem je IBM, je podle Úřadu možné učinit až po stejně důkladném zkoumání řešení dalších dodavatelů. Znalec se tak spíše než na zodpovězení otázky, které na trhu nabízené řešení přicházejí v úvahu, soustředil na dokázání toho, proč je plnění poskytované IBM nejlepší možné k zajištění předmětu veřejné zakázky. Již z uvedeného lze usuzovat, že takto zpracovaný znalecký posudek o možnosti veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění nesvědčí.
61. Úřad zejména konstatuje, že sub otázky A, B, C (viz odstavce 43 a 47 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nebyly znalcem zvoleny tak, aby umožnily kvalifikovaně odpovědět na souhrnné otázky zadavatele posudku. Úřad se ztotožňuje s názorem navrhovatele a opakuje svou argumentaci uvedenou v odstavci 56 odůvodnění, že cílem posudku, který má potvrdit, či vyvrátit legitimitu použití jednacím řízení bez uveřejnění, musí být odpověď na otázku, kteří dodavatelé jsou schopni dodat řešení vyhovující potřebám zadavatele. Podle Úřadu nelze otázku položenou znalci a priori považovat za nevhodně položenou, avšak její řádné zodpovězení předpokládá zvolení pracovních hypotéz a sub otázek, které budou reflektovat skutečný cíl takového znaleckého posudku, tedy zjištění, kolik dodavatelů je schopných plnit předmět veřejné zakázky. To se však v daném případě nestalo, neboť ze znění sub otázky C, která je z hlediska závěrů znaleckého posudku stěžejní (otázka byla položena za účelem zjištění, kteří dodavatelé/řešení jsou schopni realizovat předmět veřejné zakázky), vyplývá, že znalec případně další v úvahu přicházející řešení porovnával nikoliv pouze s potřebami zadavatele, ale hledal taková řešení schopná naplnit očekávání zadavatele, jejichž vlastnosti jsou stejné, případně obdobné jako řešení IBM FAMS/EPSPM. Skutečnost, že znalec potencionální řešení posuzoval nikoliv pouze z pohledu předmětu plnění veřejné zakázky, ale bezdůvodně je poměřoval i optikou vlastností FAMS/EPSPM, ve svém důsledku znamená, že takto provedený průzkum nemůže objektivně vypovídat o tom, která řešení by bylo možno využít k realizaci předmětu veřejné zakázky. Co se týče sub otázek A a B, je zřejmé, že tyto mají význam až v situaci, kdy je najisto postaveno, že FAMS/EPSPM od IBM je skutečně jediným způsobilým řešením na daném trhu. Bez zodpovězení této otázky tedy nejsou závěry znalce učiněné sub A a B ve vztahu k možnému použití jednacím řízení bez uveřejnění vůbec relevantní. Konečný závěr znalce, že společnost IBM je z objektivních technických důvodů jediným dodavatelem, který je schopen zajistit plnění předmětu veřejné zakázky, tedy není podložen relevantními zjištěními, a proto znalecký posudek neumožňuje učinit objektivní a nestranný závěr, zda zadavatel zadává veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění v souladu se zákonem.

62. Zadavatel ve své replice k vyjádření navrhovatele ze dne 3. 8. 2012 (viz odst. 31-41 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádí, že bylo zcela v kompetenci znalce zvolit vhodnou metodu pro zpracování znaleckého posudku. Zadavatel v čl. 2 výše uvedené repliky uvádí, že sub otázka C směřuje k posouzení, jaká řešení vyhovují obecné poptávce zadavatele, když z formulace „*existuje stejné nebo obdobné dílo s vlastnostmi, poptávanými zadavatelem, jaké má FAMS/EPMS*“ podle zadavatele nade vší pochybnost vyplývá, že jejím účelem je porovnat jiná obdobná řešení nejen s řešením FAMS/EPMS, ale rovněž se zadávacími podmínkami (vlastnostmi poptávanými zadavatelem a bez vazby na FAMS/EPMS vymezenými v části 3.2 znaleckého posudku). To dokládá i závěr znalce k sub otázce B (čl. 4.5 znaleckého posudku), kde je uvedeno, že znalci ani zadavateli není na úrovni EU známo žádné jiné řešení odpovídajícího charakteru a rozsahu, které by z věcného a časového hlediska splňovalo zadání zadavatele, resp. požadavky zadavatele na předmět veřejné zakázky. Zadavatel je toho názoru, že znalci vymezil svoji poptávku s tím, že znalec měl ověřit, zda ji splňuje pouze řešení FAMS/EPMS nebo i řešení jiná. S uvedenou argumentací se nelze ztotožnit. Z textu sub otázky je zcela zřejmé, že vlastnosti potencionálních řešení byly porovnávány nejen s požadavky zadavatele, ale bez opodstatnění i s vlastnostmi FAMS/EPMS. Tato skutečnost ostatně vyplývá rovněž ze samotných odpovědí znalce na danou sub otázku:

- *v ČR stejné nebo obdobné dílo s vlastnostmi, poptávanými zadavatele, jaké má FAMS/EPMS, není na trhu dostupné,*
- *v zahraničí, alespoň mezi znalci známými dodavateli – viz část 3.5 tohoto posudku Analýza trhu, se rovněž nepodařilo identifikovat systém, který by disponoval stejnými nebo obdobnými funkcími a zaměřením na detekci a prevenci podvodného a chybného chování v sociálních a zdravotních systémech.*

Pokud jde o závěry znalce učiněné v sub otázce B, podotýká Úřad, že daná otázka se zabývala tím, zda je či není možné vytvořit nebo nechat vytvořit třetí osobou dílo se stejnými, nebo obdobnými parametry, jaké má FAMS/EPMS, a ne tím, zda existují další systémy na trhu. V kontextu znaleckého posudku není jasné, proč a na základě jakých zjištění znalec takový závěr v odpovědi na sub otázku B učinil.

63. Úřad se rovněž neztotožňuje s tvrzeními zadavatele obsaženými v odstavci 41 odůvodnění. Podle Úřadu navrhovatel v daném řízení nenese důkazní břemeno spočívající v povinnosti prokázat, že by sám byl v reálném čase schopen dodat řešení, které by splnilo předmět veřejné zakázky, nýbrž postačuje tvrzení navrhovatele, že mu v důsledku využití jednacích řízení bez uveřejnění bylo znemožněno podat nabídku. Úřad se rovněž domnívá, že již výše uvedené závěry svědčí o tom, že zadavatel předloženým znaleckým posudkem naplnění podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění neprokázal, a za účelem jeho zpochybnění není tedy nutné zpracovávat oponentní znalecký posudek.

64. Úřad považuje za vhodné uvést následující úvahy Ústavního soudu týkající se hodnocení znaleckého posudku jako důkazu, uvedené v nálezu sp. zn. III.ÚS 299/06 ze dne 30. 4. 2007. „*Znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, ani on nepoživá žádné větší důkazní síly, a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti. Tato zásada je běžně uznávána v odborné procesualistické literatuře, v judikatuře obecných soudů i v judikatuře Ústavního soudu. Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého*

zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ústavní soud si je vědom toho, že požadavek, aby orgán činný v trestním řízení hodnotil mj. též odbornou správnost znaleckého zkoumání a odbornou odůvodněnost závěrů znaleckého posudku, je velmi náročný. Uznává také správnost názoru, že orgán činný v trestním řízení nemůže sám nahradit odborné závěry znalce svými laickými názory. Je však třeba trvat na povinnosti orgánů činných v trestním řízení hodnotit znalecký posudek ze všech aspektů shora naznačených, včetně jeho odborné správnosti. Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku a slepě důvěřovat závěrům znalce by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem podle jeho vnitřního přesvědčení, privilegiovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze z ústavněprávních hledisek akceptovat“. Ačkoliv jsou tyto závěry učiněny ve vztahu k znaleckému posudku jako důkazu v trestním řízení, lze z tohoto rozhodnutí vycházet i při hodnocení znaleckého posudku v řízení správním. Úřad tedy ve smyslu výše uvedených úvah podrobil kritickému hodnocení všechny aspekty předloženého posudku, včetně zvolené metody znaleckého zkoumání a způsobu vyvozování závěrů znalce a dospěl k závěru, že zadavatel jeho předložením skutečnost, že by mu svědčilo právo zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, neprokázal. Podle Úřadu je znalecký posudek diskvalifikován přístupem znalce k jednotlivým dodavatelům při porovnávání dostupných řešení na trhu (k tomu viz především odst. 58-60 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dále tím, že znalec sub otázky nestanovil tak, aby mohl být závěr znaleckého posudku vůbec relevantní k posouzení, zda byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (viz odst. 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

65. Úřad dále dodává, že předmětem tohoto rozhodnutí není v žádném případě hodnocení odbornosti znalce, ani kvality znaleckého posudku, přičemž takové hodnocení ani Úřadu nepřísluší. Ve vztahu k posuzovanému případu je tedy nutno zdůraznit, že Úřad nepřezkoumával správnost odborných závěrů znalce vyslovených ve znaleckém posudku, nýbrž konstatoval, že již samotné zadání znaleckého posudku ze strany zadavatele a příslušné výchozí sub otázky nebyly nastaveny tak, aby závěry znalce mohly odůvodnit zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Současně Úřad doplňuje, že obecně nelze vyloučit znalecký posudek jako podklad prokazující oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, nicméně v daném správním řízení závěry znalce oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění neprokázaly.
66. Vzhledem k tomu, že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nese zadavatel a tento použití jednacího řízení bez uveřejnění opírá pouze o nezpůsobilý znalecký posudek, nelze než konstatovat, že zadavatel důkazní břemeno neunesl a naplnění podmínky podmiňující použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona neprokázal. Zadavatel tedy porušil postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když pro zadání veřejné zakázky použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal dle zákona, mohl obdržet

i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč.

Uložení nápravného opatření

67. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
68. Jak vyplývá z textu tohoto rozhodnutí, postupoval zadavatel v zadávacím řízení v rozporu se zákonem, když pro zadání veřejné zakázky použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona. Z povahy věci vyplývá, že v daném případě lze nápravy dosáhnout pouze zrušením zadávacího řízení.
69. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
70. Zadavatel je podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se § 84 odst. 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

Náklady řízení

71. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,-Kč.
72. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zrušeno zadání veřejné zakázky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000327.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 2
Ing. Martin Kovařík, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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