

Bratislava 3. 7. 2019
Číslo: 7391-6000/2019-OD

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b), § 169 ods. 1 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“) smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „Poskytovanie služieb pre riadenie informačnej bezpečnosti a súvisiacich služieb“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky**, Stromová 1, 813 30 Bratislava, IČO: 00164381 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie zo dňa 15. 3. 2019 pod značkou 2019/S 053-123458 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 54/2019 dňa 18. 3. 2019 pod značkou 5422 – MUS, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v časti námietok smerujúcich nad rámec žiadosti o nápravu podľa § 174 ods. 1 písm. c) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Úrad **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v časti námietok, v ktorej nebola žiadosť o nápravu doručená kontrolovanému v lehote podľa § 164 ods. 5 alebo ods. 6 podľa § 174 ods. 1 písm. j) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Úrad vo zvyšnej časti námietok navrhovateľa smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži **zamieta** námietky navrhovateľa podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom z 15. 4. 2019, doručeným úradu toho istého dňa, podal námietky v listinnej podobe podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) smerujúce podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 15. 4. 2019 prostredníctvom informačného systému EVO.

2. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote** podľa § 170 ods. 4 a **v podobe** podľa § 170 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, na účely tohto zákona sa rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Za preukázanie záujmu o účasť vo verejnom obstarávaní je možné považovať skutočnosť, že konkrétny subjekt pristúpil k prevzatiu súťažných podkladov a následnému oboznámeniu sa s ich obsahom.¹ Z obsahu predložených námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením súťažných podkladov primerane oboznámil.
3. Podľa ustanovenia § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4 tohto zákona.
4. Z ustanovenia § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu vo výške 9438,- EUR.
5. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 15. 4. 2019 kauciu vo výške 9438,- EUR.
6. Na základe vyššie uvedených skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre konanie vo veci.
7. Úrad konštatuje, že dňa 1. 1. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

Námietky navrhovateľa

8. Navrhovateľ v úvode svojich námietok poukazuje na ustanovenie v časti B.2. „Návrh rámcovej dohody“ v bode 9.4. súťažných podkladov a na ustanovenie v časti A. 1 „Pokyny pre záujemcov a uchádzačov“ v bode 28.7 a ustanovenie v časti B.2. „Návrh rámcovej dohody“ v bode 12.3. súťažných podkladov a namieta porušenia ustanovení § 42 ods. 1 a 12 zákona o verejnom obstarávaní a ustanovenie § 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ uvádza, že po preštudovaní súťažných podkladov a pokynov navrhovateľ dospel k záveru, že niektoré podmienky uvedené v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu vo verejnom obstarávaní sú stanovené v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, a to aj v spojení s požiadavkami vymedzenými v oznámení.
9. Navrhovateľ uvádza, že nakoľko verejný obstarávateľ vykonal nápravu žiadosti o nápravu iba z časti a vo zvyšnej časti žiadosť o nápravu zamietol, pričom sa navrhovateľ nestotožňuje s odôvodnením zamietnutia žiadosti o nápravu, podal navrhovateľ tieto námietky. Navrhovateľ s poukazom na § 129 ods. 1 a ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že zo súťažných podkladov vo vzťahu k utajovaným skutočnostiam nie je možné identifikovať žiadne požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností s výnimkou časti B.2 Návrh

¹ porov. napr. rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 7467-9000/2018 zo dňa 09. 07. 2018

rámцovej dohody v бode 9.4., kde sa uvádza: „Poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. о ochrane utajovaných skutočností a о zmene a doplnení niektorých zákonov a je povinný zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností aj zo strany prípadného subdodávateľa.“ Navrhovateľ dodáva, že vzhľadom na uvedené je zrejmé, že verejný obstarávateľ si nesplnil povinnosť, ktorú mu ukladá § 129 ods. 2 zákona о verejnom obstarávaní, nakoľko neuviedol žiadne konkrétne požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností.

10. Navrhovateľ namieta, že verejný obstarávateľ v odpovedi na žiadosť о nápravu síce uvádza, že: „V závislosti od povahy vzniknutej situácie počas plnenia zmluvy a povahy a stupňa utajenia utajovanej skutočnosti, ktorou bude poskytovateľ manipulovať, bude poskytovateľ pri plnení zmluvy povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. о ochrane utajovaných skutočností a о zmene a doplnení niektorých zákonov. To znamená, že poskytovateľ musí mať vytvorené podmienky na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností podľa zákona о ochrane utajovaných skutočností.“, podľa názoru navrhovateľa sa takéto zdôvodnenie však z pohľadu navrhovateľa javí ako zjavne zjednodušujúce a nedostatočné. Navrhovateľ uvádza, že každý systém, a teda aj každý dodávateľ systému musel za každých okolností rátať s výskytom utajovaných skutočností a prispôbiť im všetky procesy v systéme. Ďalej podľa názoru navrhovateľa sa takéto prístup javí ako absurdný a neprímerane zvyšujúci nároky na plnenia dodávateľov, čo nevyhnutne musí viesť k navýšeniu ceny. Naopak navrhovateľ je toho názoru, že je to verejný obstarávateľ, kto je povinný identifikovať konkrétne časti systému, ktorých sa má povinnosť zachovania ochrany utajovaných skutočností týkať, a zároveň má aj zadefinovať procesy a opatrenia, ktoré je potrebné zrealizovať za účelom ochrany utajovaných skutočností, pričom navrhovateľ má za to, že odkaz na zákon č. 215/2004 Z. z. о ochrane utajovaných skutočností tak zjavne nie je postačujúci, čo vyplýva aj zo skutočnosti, že zo samotného zákona, konkrétne jeho § 8 ods. 2 písm. b) vyplýva povinnosť pre vedúceho (t. j. štatutárny orgán) určiť podmienky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností. V zmysle uvedeného ustanovenia platí, že vedúci: „určuje a zodpovedá за koncepciu ochrany utajovaných skutočností a vytvára podmienky na jej zabezpečenie“. Navrhovateľ dodáva, že taktiež z pokynov Národného bezpečnostného úradu SR vyplýva, že vo vzťahu k administratívnej bezpečnosti „utajovaných skutočností vytváraných, spracovávaných, prenášaných a ukladaných iba v elektronickej podobe pomocou technických prostriedkov alebo prostriedkov šifrovej ochrany informácií о rozsahu a spôsobe manipulácie s nimi rozhoduje vedúci“.
11. Navrhovateľ ďalej uvádza, že predmetom zákazky je dodanie služieb podpory a rozvoja existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti, a teda plnenie spočíva v zabezpečení kybernetickej bezpečnosti informačných systémov kontrolovaného. Plnením tak majú byť najmä elektronicke informačné služby. Z vyššie uvedeného je zrejmé, že pre vymedzenie podmienok a opatrení na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností (najmä v elektronickej forme) nepostačuje odkaz na zákon č. 215/2004 Z. z. о ochrane utajovaných skutočností a о zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon о ochrane utajovaných skutočností“).
12. Navrhovateľ zastáva názor, že je nutné, aby podmienky a opatrenia na nakladanie s nimi boli vymedzené v súlade s § 8 ods. 2 zákona о ochrane utajovaných skutočností štatutárnym orgánom verejného obstarávateľa, teda ministrom. Podľa názoru navrhovateľa však takéto vymedzenie v dokladoch k verejnemu obstarávaniu úplne absentuje. V iných častiach súťažných podkladov sú vo vzťahu k utajovaným skutočnostiam vymedzené výlučne

požiadavky na subdodávateľov, v rámci ktorých Verejný obstarávateľ požaduje, aby títo disponovali previerkou priemyselnej bezpečnosti na stupeň utajenia tajné. Navrhovateľ namieta, že iná zmienka týkajúca sa utajovaných skutočností sa nachádza už iba v oznámení, kde verejný obstarávateľ uvádza nasledovnú podmienku účasti: „Záujemca musí v žiadosti o účasť predložiť originál, alebo úradne overenú kópiu platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti záujemcu vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia: oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné, postúpenie utajovanej skutočnosti – tajné, vytváranie utajovanej skutočnosti - tajné.“ Vzhľadom na absenciu podmienok a opatrení na ochranu utajovaných skutočností v dokladoch predložených kontrolovaným v rámci verejného obstarávania sa musel záujemca zaoberať a skúmať, či tieto podmienky a opatrenia nemôžu vyplývať z niektorého z verejne dostupných zdrojov. V rámci skúmania dospel navrhovateľ k záveru, že takéto podmienky a opatrenia, ako ani povinnosť záujemcu mať osvedčenie na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami, postúpenie utajovaných skutočností a vytváranie utajovaných skutočností v stupni utajenia Tajné nevyplývajú z ustanovení zákona č. 69/2018 Z. z. o kybernetickej bezpečnosti a bez toho, aby bolo určené vedúcim v príslušnej dokumentácii týkajúcej sa nakladania s utajovanými skutočnosťami verejného obstarávateľa ani zo zákona o ochrane utajovaných skutočností.

13. Navrhovateľ uvádza, že keďže verejný obstarávateľ na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti vyžadoval v oznámení predloženie potvrdenia o bezpečnostnej previerke (certifikátu priemyselnej bezpečnosti) na stupeň utajenia „Tajné“, záujemca bol nútený predpokladať, že verejný obstarávateľ by mal v súvislosti s poskytovaným plnením nakladať s utajovanými skutočnosťami uvedeného stupňa utajenia. Navrhovateľ ďalej uvádza, že z ustanovenia § 3 ods. 4 zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností pritom vyplýva, že pridelenie stupňa utajenia „Tajné“ je odôvodniteľné v obzvlášť zásadných prípadoch, ak by mohla vzniknúť vážna ujma na záujmoch Slovenskej republiky, predovšetkým ak by následkom neoprávnenej manipulácie s takou skutočnosťou mohlo byť ohrozené zahraničnopolitické postavenie, obrana, bezpečnosť a záujmy štátu v medzinárodnej a ekonomickej oblasti. V nadväznosti na plnenie povinností podľa predchádzajúceho odseku vydal minister školstva, vedy, výskumu a športu SR príkaz č. 10/2014 zo dňa 1. 3. 2014, v rámci ktorého bol stanovený zoznam utajovaných skutočností vznikajúcich v pôsobnosti Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky, ktorý tvoril jeho prílohu. Z uvedeného zoznamu vyplýva, že všetky utajované skutočnosti vznikajúce v pôsobnosti verejného obstarávateľa majú maximálne stupeň utajenia Vyhradené. V zmysle záväzného príkazu verejného obstarávateľa teda dochádza na úrovni verejného obstarávateľa k spracúvaniu utajovaných skutočností dosahujúcich najvyšší stupeň utajenia na úrovni „Vyhradené“. Podľa názoru navrhovateľa verejný obstarávateľ napriek tomu vyžaduje od uchádzačov, aby pre účely preukázania splnenia podmienok technickej a odbornej spôsobilosti predkladali potvrdenie o previerke priemyselnej bezpečnosti na stupeň utajenia „Tajné“, a to vo všetkých formách nakladania s utajovanými skutočnosťami, t. j. pre oboznamovanie, postupovanie ako aj vytváranie týchto utajovaných skutočností, a teda žiada až o 2 stupne vyšší stupeň utajenia s akým podľa príkazu ministra verejný obstarávateľ pri svojej činnosti reálne prichádza do styku.
14. Navrhovateľ dodáva, že verejný obstarávateľ vo vzťahu k výhrade týkajúcej sa neidentifikácie opatrení a postupov na ochranu utajovaných skutočností v spojení s podmienkami účasti, ktoré sa javia ako neprimerané, uvádza, že sa touto výhradou nebude zaoberať, nakoľko nebola podaná žiadosť o nápravu voči oznámeniu a žiadosť o nápravu, ktorá mu bola doručená bola podaná po lehote na napádanie oznámenia.

15. V tejto súvislosti navrhovateľ uvádza, že uvedená podmienka účasti a opis predmetu zákazky resp. súťažné podklady, v ktorých úplne absentuje vymedzenie podmienok a opatrení na nakladanie s utajovanými skutočnosťami úzko súvisia, nakoľko uchádzač je nútený predpokladať, že podmienky účasti sú prepojené s premetom zákazky. Ak sa teda na preukázanie podmienok účasti vyžadovalo preukázanie previerky na stupeň utajenia „Tajné“, vstupuje do predpokladov pre zostavovanie ponuky informácia, že pravdepodobne budú takéto informácie aj reálne spracované. Navrhovateľ tvrdí, že toto má dopad jednak na prípravu ponúkaného riešenia, ako aj na určenie ponukovej ceny, a preto postup verejného obstarávateľa, v rámci ktorého, napriek výslovnej požiadavke špecifikovanej v § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní neuvádza v dokladoch verejného obstarávania žiadne podmienky a opatrenia pre nakladanie s utajovanými skutočnosťami a na druhej strane požaduje, aby uchádzač na preukázanie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti predložil potvrdenie o priemyselnej bezpečnosti stupňa utajenia „Tajné“, hoci podľa verejne dostupných informácií v rámci činnosti verejného obstarávateľa nedochádza k nakladaniu s utajovanými skutočnosťami tohto stupňa utajenia, zakladá okrem porušenia § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní aj priame porušenie hneď niekoľkých princípov verejného obstarávania v zmysle § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to (i) princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov (ii) princípu transparentnosti a (iii) princípu hospodárnosti verejného obstarávania.
16. K porušeniu princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania navrhovateľ uvádza, že verejný obstarávateľ neuviedol v súťažných podkladoch ani v žiadnom inom dokumente zverejnenom v súvislosti s verejným obstarávaním žiadne podmienky a opatrenia, ktorých naplnenie vyžaduje pre nakladanie s utajovanými skutočnosťami, a to napriek tomu, že mu takúto povinnosť ukladá ustanovenie § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. V nadväznosti na uvedené došlo k porušeniu princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi, nakoľko pri absencii uvedených informácií nie je uchádzač schopný predložiť relevantnú ponuku. Jediné, z čoho môže pri vytváraní svojej ponuky uchádzač vychádzať je predpoklad, že nakoľko verejný obstarávateľ v oznámení vyžaduje predloženie previerky priemyselnej bezpečnosti stupňa utajenia tajné, a to na úrovni oboznamovania sa, postupovania ale aj vytvárania utajovaných skutočností stupňa tajné, bude vyžadovať, aby všetky plnenia poskytované v rámci plnenia podliehali uvedenému stupňu utajenia.
17. Navrhovateľ uvádza, že nakoľko v oznámení absentovalo odôvodnenie stanovenej podmienky účasti týkajúcej sa splnenia podmienok technickej spôsobilosti, bude možné takéto odôvodnenie nájsť aspoň v súťažných podkladoch. Navrhovateľ dodáva, že ani v súťažných podkladoch nebola zmienka o odôvodnení požiadavky na rozsah preukazovania technickej a odbornej spôsobilosti na stupeň utajenia „Tajné“ a z opisu predmetu zákazky nevyplývala žiadna skutočnosť, z ktorej by bolo možné dospieť k záveru a potrebe nakladania s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia „Tajné“. Navrhovateľ dodáva, že okrem uvedeného opis predmetu zákazky nijako nevymedzuje ani existujúce riešenie kybernetickej bezpečnosti, z ktorého by bolo možné aspoň rámcovo získať informácie o podmienkach a opatreniach na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností, a teda aspoň čiastočne by došlo k zhojeniu porušenia § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Jednou z podstatných častí obstarávaného predmetu plnenia sú pritom služby podpory jeho prevádzky a rozvoj uvedeného riešenia pre ktoré sú v opise predmetu definované parametre SLA (service level agreement), ktoré je víťazný uchádzať povinný zachovať.

18. Navrhovateľ ďalej uvádza, že vzhľadom na nedostatok údajov o podmienkach, za akých má byť predmet plnenia poskytovaný, a to najmä pokiaľ ide o utajované skutočnosti, ale aj o ostatné podmienky realizácie predmetu zákazky, je zrejmé, že bez toho, aby mal ktokoľvek z potenciálnych uchádzačov, s výnimkou aktuálneho poskytovateľa plnení, záujem na poskytnutí plnení podľa tejto Zmluvy, nie je schopný z dôvodu nedostatku vstupných informácií vypracovať relevantnú ponuku bez toho, že buď stanoví cenu privysoko a stratí možnosť stať sa úspešným uchádzačom alebo že stanoví cenu príliš nízko a nebude schopný pokryť ani len svoje náklady. Navrhovateľ tvrdí, že potenciálny uchádzač preto nie je schopný vypracovať relevantnú ponuku, a to, že všetky poskytované plnenia predpokladajú nakladanie s údajmi v stupni utajenia „Tajné“ a že aktuálne riešenie kybernetickej bezpečnosti nebude obsahovať netradičné riešenia. Navrhovateľ dodáva, že keďže ide iba o predpoklady, bude tieto musieť zohľadniť v cene a vytvoriť si cenový vankúš, ktorý by zohľadnil výskyt nepredpokladaných skutočností.
19. Navrhovateľ zastáva názor, že jediným, kto je za danej situácie schopný náležite posúdiť rozsah, v akom bude potrebné pokryť činnosti postupmi zachovávajúcimi bezpečnosť nakladania s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia tajné a kto zároveň má vedomosť o existujúcom riešení kybernetickej bezpečnosti, a teda pozná všetky procesy, ku ktorým by mala byť poskytovaná podpora, je aktuálny dodávateľ bezpečnostného riešenia, ktorého podpora má byť na základe predmetu verejného obstarávania poskytovaná. Podľa navrhovateľa z uvedeného dôvodu sú všetci ostatní záujemcovia, resp. potenciálni uchádzači ukrátení o možnosť realizovať plnenie, nakoľko nedokážu postaviť relevantnú ponuku a teda sú voči súčasnému dodávateľovi zjavne diskriminovaní.
20. Podľa navrhovateľa je nutné poukázať aj na skutočnosť, že zásahom do princípu rovnakého zaobchádzania je aj vyžadovanie neprimeraných požiadaviek na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti. Stanovením neprimeraných podmienok účasti môže dôjsť a v danom prípade aj došlo k vylúčeniu podstatného množstva potenciálnych uchádzačov, vrátane navrhovateľa, ktorí sú schopní dodať predmet zákazky, avšak nedisponujú potvrdením priemyselnej bezpečnosti na stupeň utajenia tajné vo všetkých formách nakladania s utajovanými skutočnosťami. Podľa navrhovateľa je pritom zrejmé, že samotný verejný obstarávateľ deklaruje, že nenakladá s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia „Tajné“ (viď. pripojený príkaz ministra č. 10/2014) a nevie ani povedať, v akom rozsahu a za akých okolností je nakladanie s takýmito informáciami možné očakávať.
21. Navrhovateľ tvrdí, že verejný obstarávateľ síce uvádza, že: „Z povahy zákazky definovanej opisom predmetu zákazky vyplýva, je pri jej realizácii sa v rámci manipulácie s utajovanými skutočnosťami predpokladá o. i. vytváranie dokumentov obsahujúcich utajované skutočnosti podľa povahy vecí aj do stupňa utajenia tajné. Bez platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti vydaného Národným bezpečnostným úradom pre stupeň utajenia tajné by preto uchádzač nemohol zákazku v tejto časti vôbec realizovať.“ Avšak nevymedzuje, kde presne v opise predmetu zákazky alebo na inom mieste v rámci súťažných podkladov je možné takúto informáciu získať, ani z čoho takýto predpoklad vyplýva. Navrhovateľ má preto za to, že ide o ničím nepodložené konštatovanie, ktoré nijako nezlepšuje pozíciu uchádzačov pri vypracovaní ponuky, nakoľko im nijako nedáva dostatočný podklad pre jej vypracovanie.
22. Navrhovateľ tvrdí, že verejný obstarávateľ preto stanovením požiadavky na disponovanie potvrdením priemyselnej bezpečnosti na úrovni oboznamovania sa, postupovania a vytvárania utajovaných skutočností úrovne „Tajné“ diskriminoval potenciálnych uchádzačov, a to tým, že

obmedzil možnosť účasti na verejnom obstarávaní veľkému počtu potenciálnych záujemcov, hoci v zmysle príkazu ministra školstva č. 10/2014, nie je dôvodné nakladanie s informáciami uvedeného stupňa utajenia vôbec očakávať, pričom diskriminoval tak záujemcov, ktorí sú objektívne spôsobilí predmet zákazky dodať a za možnosť uchádzať sa o jeho dodávku boli ukrátení výlučne z dôvodu neprimerane stanovených podmienok účasti a nedostatočného opisu predmetu zákazky. Navrhovateľ namieta, že neuvedením podstatných informácií jednak znemožnil alebo minimálne značne sťažil účasť na verejnom obstarávaní potenciálnym uchádzačom, a to s výnimkou aktuálneho dodávateľa riešenia kybernetickej bezpečnosti, ktorého na druhej strane týmto zvýhodnil.

23. Navrhovateľ k porušeniu princípu transparentnosti poukazuje na § 42 ods. 1 a § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní stanovuje základné predpoklady pre opis predmetu zákazky, ako aj pre stanovenie podmienok účasti, na základe ktorého má dôjsť k overeniu schopnosti uchádzača dodať plnenie. Z opisu predmetu zákazky má byť bez pochybností zrejmé, čo je predmetom dodávky a z oznámenia má byť zrejmý spôsob, akým dôjde k overeniu toho, či je uchádzač schopný dodanie zákazky zabezpečiť, a teda tieto dve ustanovenia sú vzájomne prepojené. Podľa názoru navrhovateľa bez toho, aby došlo k stanoveniu podmienok účasti, nie je možné skonštatovať, či je uchádzač schopný plnenie dodať a na druhej strane, bez toho, aby došlo k detailnému opisu predmetu zákazky, nie je možné posúdiť, či sú požiadavky na preukázanie splnenia podmienok účasti primerané.
24. Navrhovateľ ďalej poukazuje na metodické usmernenie úradu č. 4662/5000/2019 z 28. 2. 2019 a dodáva, že v rámci predmetného verejného obstarávania kontrolovaný nenaplnil ani jeden z vyššie uvedených predpokladov pre zachovanie transparentnosti, a to či ide o požiadavku na opis predmetu zákazky (neuvedenie podmienok a opatrení na nakladanie s utajovanými skutočnosťami, nepopísanie existujúceho riešenia, ako je uvedené vyššie) alebo o povinnosť stanovenia primeraných podmienok účasti. Navrhovateľ na uvedené poukázal v zaslanej žiadosti o nápravu, kde namietal, že nedošlo k splneniu podmienok § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a že verejný obstarávateľ neposkytol informácie o podmienkach a opatreniach pre nakladanie s utajovanými skutočnosťami, pričom navrhovateľ nebol schopný vyhodnotiť, či sú stanovené podmienky účasti, pokiaľ ide o podmienky technickej a odbornej spôsobilosti primerané. Navrhovateľ tvrdí, že kontrolovaný sa napriek vznesenej námietke k uvedenej otázke primeranosti a dôvodnosti stanovených podmienok, ako ani vo vzťahu k otázke dôvodov neuvedenia podmienok a opatrení na ochranu utajovaných skutočností nevyjadril vecne a zopakoval iba, že je potrebné, aby bola ochrana utajovaných skutočností zabezpečená v súlade so zákonom o ochrane utajovaných skutočností a že je predpoklad, že vznikne potreba oboznamovania sa s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia „Tajné“. Takýto postup je podľa navrhovateľa v priamom rozpore s tým, čo uviedol úrad vo vyššie citovanom metodickom usmernení. Podľa navrhovateľa mal verejný obstarávateľ v rámci revízných postupov, ktorým je aj žiadosť o nápravu, zdôvodniť primeranosť a vhodnosť ním stanovených podmienok účasti v nadväznosti na absentujúce podstatné údaje v opise predmetu zákazky a v súťažných podkladoch. Keďže tak verejný obstarávateľ neurobil, dopustil sa porušenia princípu transparentnosti verejného obstarávania, pričom svojou netransparentnosťou zároveň znemožnil náležité vyhodnotenie podmienok pre podanie námietok, nakoľko postavil záujemcu do pozície, že pri absencii náležitého zdôvodnenia a informácií, ktoré v zmysle zákona o verejnom obstarávaní mali byť poskytnuté zo strany kontrolovaného, je v časti námietok nútený vychádzať z dohadov, nakoľko na neexistujúcu argumentáciu nie je možné vzniesť protiargumentáciu.

25. Navrhovateľ s poukazom na komentár k verejnému obstarávaniu uvádza, že zásada transparentnosti pritom vyžaduje, aby boli všetky podmienky a pravidlá verejného obstarávania vyjadrené jasne, presne a jednoznačne v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo súťažných podkladoch. Teda požiadavkou zásady transparentnosti je, aby boli všetky technické informácie relevantné pre riadne pochopenie oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania alebo súťažných podkladov čo najskôr poskytnuté všetkým podnikom, hospodárskym subjektom, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní, aby sa umožnilo všetkým primerane oboznámeným a obvykle obozretným hospodárskym subjektom pochopiť ich presný zmysel a vykladať ich rovnakým spôsobom.
26. Navrhovateľ ďalej uvádza, že s uvedeným úzko súvisí aj zásada primeranosti, ktorá vo svojej podstate znamená a vyžaduje, aby stanovené podmienky účasti objektívne predstavovali pozitívny ukazovateľ existencie technickej alebo odbornej spôsobilosti na riadne plnenie zákazky, pričom nejde nad rámec toho, čo je v tejto súvislosti rozumne nevyhnutné, pričom ak naplnenie tejto zásady nevyplýva z oznámenia a súťažných podkladov, ktoré dostatok informácií pre realizáciu uvedeného hodnotenia neobsahujú, je povinnosťou verejného obstarávateľa poskytnúť dostatočné odôvodnenie primeranosti požiadaviek v rámci revízných postupov. Vyššie uvedené je možné podporiť aj argumentáciou Súdneho dvora EÚ v rozsudku z 18. 10. 2012 vo veci C-218/11, Hochtief Solutions AG proti Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, bod 29.
27. Podľa názoru navrhovateľa v predmetnom verejnom obstarávaní však nebolo možné otázku primeranosti stanovených podmienok účasti na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti z oznámenia a ani zo súťažných podkladov vôbec vyhodnotiť, pričom navrhovateľ tak musel vychádzať z verejne prístupných faktov, ktoré svedčili skôr o neprimeranosti stanovenej podmienky. Navrhovateľ poukazuje na skutočnosť, že Národný bezpečnostný úrad ako orgán, ktorý pracuje prevažne s utajovanými skutočnosťami so všetkými stupňami utajenia, vo verejnom obstarávaní týkajúcom sa zákazky „Informačný systém Elektronické služby Národného bezpečnostného úradu“, ktorá je obdobná ako zákazka kontrolovaného, zverejnenej dňa 21. 6. 2017 vo Vestníku č. 122/2017 pod sp. zn. 8578 - VUS, stanovil ako podmienku účasti predloženie osvedčenia na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami minimálne na stupeň utajenia Dôverné.
28. Navrhovateľ má za to, že neexistuje dostatočné odôvodnenie povinnosti záujemcu predložiť osvedčenie o priemyselnej bezpečnosti záujemcu v stupni utajenia Tajné a navrhovateľovi sa takáto požiadavka javila ako zjavne neprimeraná, verejný obstarávateľ však žiadosti záujemcu o nápravu nevyhovel, resp. úplne ju ignoroval v časti týkajúcej sa námietky neprimerane stanovených kritérií a netransparentnosti vo vzťahu k neuvedeniu údajov, z ktorých by bolo možné otázku primeranosti stanoveného kritéria vyhodnotiť, a to aspoň na základe údajov uvedených v súťažných podkladoch. Vzhľadom na uvedené má navrhovateľ ďalej za to, že postup kontrolovaného odporuje princípu transparentnosti verejného obstarávania. Okrem už uvádzaných dôvodov porušenia princípu transparentnosti verejného obstarávania považuje navrhovateľ za podstatné poukázať na porušenie tohto princípu aj z ďalšieho dôvodu, a to konkrétne z dôvodu neodôvodnenia nerozdelenia zákazky na časti. Navrhovateľ má za to, že hoci kontrolovaný nerozdělil zákazku na časti, dôvod nerozdelenia, tak, ako je to požadované v zmysle § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní nijako neodôvodnil. Navrhovateľ má za to, že kontrolovaný sa mal možnosťou rozdelenia zákazky minimálne zaoberať a vyhodnocovať jej potrebu, a to z nasledovných dôvodov: a) osobitný režim nakladania s utajovanými skutočnosťami, nakoľko v zmysle zákona o ochrane utajovaných skutočností podlieha

nakladanie s utajovanými skutočnosťami osobitnému režimu, nakoľko utajované skutočnosti sú uchovávané, postupované, vytvárané podľa osobitných pravidiel, a taktiež oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami je vymedzené len úzkemu okruhu osôb disponujúcich previerkou príslušného stupňa. Vzhľadom na uvedené má navrhovateľ za to, že kontrolovaný sa mal zaoberať tým, či z tohto dôvodu nie je namieste rozdeliť zákazku na časti, a to časť, v rámci ktorej by dochádzalo k zabezpečeniu plnení pre časť systému v rámci ktorej nedochádza k obehu utajovaných skutočností a časť, v rámci ktorej dochádza k obehu utajovaných skutočností. Podľa navrhovateľa by mal kontrolovaný zohľadňovať viacero faktorov, a to vrátane toho, či a v akom rozsahu dochádzalo v minulosti k nakladaniu s utajovanými skutočnosťami ako aj pravdepodobnosť, že by sa v budúcnosti mala udiať prípadná zmena, ktorá by znamenala, že potreba nakladania s utajovanými skutočnosťami vyššieho stupňa utajenia sa môže vyskytnúť. Navrhovateľ uvádza, že rozdelenie zákazky na utajovanú a neutajovanú časť by zároveň prinieslo aj značnú úsporu, nakoľko by nebolo nutné realizovať pri prevažnej časti systému opatrenia za účelom ochrany utajovaných skutočností, čo by bezpochyby viedlo k zníženiu vysúťaženej ceny. Navrhovateľ dodáva, že keďže sa kontrolovaný nijako nevysporiadal so závermi príkazu ministra č. 10/2014, a zároveň v odpovedi na otázku niektorého zo záujemcom odpovedal, že, cit.: „V súčasnosti nie je možné presne stanoviť percentuálny rozsah činnosti v režime „Tajné“. Dôležitá je skutočnosť, že poskytovateľ bude takúto činnosť vykonávať, a preto je nevyhnutné aby danú požiadavku spĺňal.“, bez toho, aby bol tento svoj predpoklad schopný podložiť relevantnými podkladmi, je nutné skonštatovať, že takáto úvaha na úrovni verejného obstarávateľa nikdy nebola zrealizovaná.

29. Navrhovateľ v písmene b) námietok vyčlenenie systému spod zákona č. 275/2006 o informačných systémoch verejnej správy uvádza, že kontrolovaný sa v úvahe o možnom rozdelení zákazky mal zaoberať aj tým, aby nedošlo spojením zákazky k umelému vyčleneniu systému zabezpečenia kybernetickej bezpečnosti spod zákona o informačných systémoch verejnej správy. Z vyššie uvedeného je podľa názoru navrhovateľa zrejmé, že verejný obstarávateľ nijako neodôvodnil nerozdelenie zákazky, a to napriek tomu, že je daných niekoľko objektívnych indikátorov, ktorými sa mal minimálne zaoberať, a preto došlo nielen k porušeniu § 28 zákona o verejnom obstarávaní, ale aj k porušeniu princípu transparentnosti verejného obstarávania.
30. Navrhovateľ ďalej v Ad. (iii) k porušeniu princípu hospodárnosti uvádza, že konanie a postup kontrolovaného spôsobujú tiež porušenie princípu hospodárnosti verejného obstarávania. Uvedené vyplýva najmä zo skutočnosti, že kontrolovaný: a) nedostatočne opísal predmet zákazky, najmä vôbec neuviedol opis aktuálneho riešenia kybernetickej bezpečnosti, čím znemožnil uchádzačom postaviť ponuku bez toho, aby si stanovili isté nárazníkové zóny alebo cenové vankúše, ktoré by pokryli neočakávané situácie pri plnení predmetu zákazky. Tvorbe takýchto rezerv navyšujúcich cenu by bolo možné sa vyhnúť, ak by bol popis predmetu zákazky dostatočný. V stave chýbajúcich podstatných údajov je možné očakávať, že všetci uchádzači pri predpoklade postupu s odbornou starostlivosťou budú v rámci svojich ponúk počítať s istou rezervou. Ako sme uvádzali v rámci časti (i) riešiacej porušenie princípu nediskriminácie, jediný subjekt, ktorý nebude nútený takúto rezervu do svojej ponuky započítať je súčasný dodávateľ riešenia kybernetickej bezpečnosti, ktorý predmetný systém pozná a vie preto predpokladať riziká spojené s plnením predmetu zákazky. Zároveň sa však tento dodávateľ môže spoľahnúť na fakt, že ostatní uchádzači nemajú rozsah informácií ako má on sám, a teda nebude nútený stláčať cenu smerom nadol, keďže bude môcť rátať s tým, že ostatní uchádzači budú mať cenu nafúknutú o rezervu, ktorú si budú nútení vytvoriť, b) vyžaduje od záujemcov,

aby disponovali potvrdením priemyselnej bezpečnosti na úroveň „Tajné“ pre oboznamovanie sa, postupovanie ako aj pre vytváranie utajovaných skutočností. Z verejne dostupných informácií uvedených vyššie, najmä zo zoznamu utajovaných skutočností vydaného v súvislosti s príkazom ministra školstva č. 10/2014 pritom vyplýva, že na úrovni Verejného obstarávateľa nedochádza k nakladaniu s utajovanými skutočnosťami uvedeného stupňa. Keďže Verejný obstarávateľ neuviedol, aký rozsah plnenia bude nutné pokryť na úrovni ochrany stupňa „Tajné“, bude uchádzač pri nacenení ponuky nútený vychádzať z predpokladu, že prístup na úrovni zabezpečenia utajovaných skutočností stupňa utajenia tajné sa vzťahuje na všetky plnenia dodávané v rámci zákazky. Keďže náklady na materiálno technické zabezpečenie a prevádzku práce v režime utajovaných skutočností v stupni utajenia Tajné je technologicky, procesne a tým aj finančne náročnejšie, bude uvedené nevyhnutne viesť k zvýšeniu cenových ponúk.

31. Z uvedeného je podľa názoru navrhovateľa zrejmé, že v dôsledku nedostatočného opisu predmetu zákazky a z dôvodu požiadavky na vyšší stupeň previerky (stupeň utajenia tajné) je možné predpokladať, že predložené ponuky budú vyššie, a teda zavinením kontrolovaného nie je možné očakávať dosiahnutie nižšej ceny, pričom s neprimeranou požiadavkou kontrolovaného, aby uchádzač, ako aj všetci jeho subdodávatelia (okrem subdodávateľov hardvéru a licencií) spĺňali minimálne požiadavku disponovania bezpečnostnou previerkou priemyselnej bezpečnosti na úrovni „Tajné“ pre všetky spôsoby nakladania s utajovanými skutočnosťami súvisí tiež zníženie počtu potenciálnych uchádzačov. Vzhľadom na dostupné informácie by pre realizáciu zákazky postačoval aj stupeň utajenia o dve kategórie nižší, a to „Výhradné“, a teda by ju mohol bez ďalšieho realizovať aj záujemca. Zníženie počtu subjektov, ktoré sú reálne schopné splniť neprimeranú podmienku účasti tak vedie k obmedzeniu súťaže, s čím je zväčša spojené aj menšie množstvo ponúk a vyššia vysúťažená cena. Stanovenie neprimeranej podmienky účasti tak vedie nie len k nárastu ceny z dôvodu zvýšených nákladov na zabezpečenie plnenia, ale aj z dôvodu obmedzenia počtu uchádzačov a tým zmenšenia súťažného efektu, ktorý zjavne vplýva na výšku vysúťaženej ceny. Takýto postup kontrolovaného je teda v zjavnom rozpore s princípom hospodárnosti.
32. Navrhovateľ ďalej zastáva názor, že k porušeniu princípu hospodárnosti podľa záujemcu dochádza tiež z dôvodu, že Verejný obstarávateľ nerozdelil zákazku na časti, a to časť, v rámci ktorej nedochádza k obehu utajovaných skutočností a časť, v rámci ktorej dochádza k obehu utajovaných skutočností. Je pritom zrejmé, že informácie majúce povahu utajovanej skutočnosti majú vlastný režim nakladania a obehu a na nakladaní s nimi sa podieľa úzky okruh osôb. Zároveň platí, že sú spracúvané a uchovávané na osobitných miestach, osobitným spôsobom s využitím osobitných zariadení, ktoré sú certifikované pre účely nakladania s utajovanými skutočnosťami. Navrhovateľ má za to, že pre určenie, či by takéto rozdelenie zákazky bolo možné, bude nevyhnutné vypracovať odborné stanovisko, avšak je zrejmé, že rozdelenie zákazky by zjavne odstránilo nepriaznivé javy spojené s tým, že sa ako podmienka účasti vyžaduje predloženie potvrdenia priemyselnej bezpečnosti pre stupeň utajenia tajné. To všetko najmä za situácie, že pravdepodobnosť využitia previerky na úrovni tajné je minimálna a skôr teoretická. Rozdelením predmetu zákazky by došlo k zvýšeniu počtu súťažiacich subjektov, ktoré by boli vo vzťahu k existujúcemu riešeniu kybernetickej bezpečnosti schopné službu poskytnúť, pričom by sa zvýšil počet súťažiacich, zjednodušili podmienky realizácie, a tým pádom by bolo možné očakávať aj dosiahnutie nižšej ceny ako výsledku verejného obstarávania. Keďže však kontrolovaný k rozdeleniu zákazky nepristúpil, porušil podľa navrhovateľa princíp hospodárnosti verejného obstarávania.

33. Na základe vyššie uvedeného má navrhovateľ za to, že postup kontrolovaného je v rozpore s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, a to z nasledovných dôvodov: a) kontrolovaný neuviedol v súťažných podkladoch podmienky a opatrenia na nakladanie s utajovanými skutočnosťami, a to napriek tomu, že tak v zmysle § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní mal urobiť. Dopustil sa tak porušenia uvedeného ustanovenia; b) kontrolovaný neuviedol dostatočný opis predmetu zákazky pre účely vyhotovenia ponuky, a to najmä z dôvodu, že nepopísal existujúci systém kybernetickej bezpečnosti, vo vzťahu ku ktorému majú byť služby poskytnuté, čím znemožnil potenciálnym uchádzačom pripraviť relevantnú ponuku a zároveň porušil ustanovenie § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní; c) kontrolovaný neuvedením podmienok a opatrení na nakladanie s utajovanými skutočnosťami, nedostatočným opisom predmetu zákazky a stanovením neprimeranej požiadavky na plnenie podmienok technickej a odbornej spôsobilosti porušil: i) Princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie, nakoľko neposkytnutím dostatočného rozsahu informácií zvýhodnil súčasného dodávateľa a zároveň znemožnil potenciálnym uchádzačom schopným dodať obstarávané plnenie účasť na zákazke stanovením neprimeranej podmienky účasti - požiadavkou na predloženie previerky priemyselnej bezpečnosti na stupeň utajenia „Tajné“; ii) Princíp transparentnosti, nakoľko neuviedol dostatok informácií pre posúdenie, či je požiadavka na predloženie previerky priemyselnej bezpečnosti na stupeň utajenia „Tajné“ primeraná obstarávanej zákazke, pričom následnú Žiadosť o nápravu v uvedenej časti ignoroval a vôbec sa k nej nevyjadril a nijako nezodpovedal nerozdelenie zákazky na časti, hoci existovali zjavné indikátory pre vhodnosť takéhoto rozdelenia; iii) Princíp hospodárnosti, keďže stanovením neprimeranej podmienky účasti znemožnil účasť nezanedbateľnému počtu subjektov schopných plnenie dodať a zúžil okruh potenciálnych uchádzačov na minimum a zároveň neuviedol v opise predmetu zákazky dostatočné informácie pre vypracovanie relevantnej ponuky, čo taktiež môže viesť k navýšeniu výslednej vysúťaženej ceny. Princíp hospodárnosti porušil tiež tým, že zákazku nerozdelil na časti a nevyčlenil časť týkajúcu sa ochrany utajovaných skutočností do osobitného konania, čím by zabezpečil prístup k možnosti realizácie podstatnej časti zákazky širšiemu okruhu subjektov.
34. Navrhovateľ má ďalej za to, že k porušeniu princípov verejného obstarávania a ustanovení zákona o verejnom obstarávaní dochádza tiež v nadväznosti na požiadavku kontrolovaného, ktorú uviedol v oznámení a zopakoval v súťažných podkladoch, a teda požiadavku účasti pre subdodávateľov spočívajúcu v predložení potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti záujemcu vydaného Národným bezpečnostným úradom pre stupeň utajenia „Tajné“, tak ako je uvedené v časti A.1 Pokyny pre záujemcov a uchádzačov v bode 28.7 a ustanovenie v časti B.2 Návrh rámcovej dohody v bode 12.3. v dokumente Súťažných podkladov. Navrhovateľ poukazuje na § 42 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní a § 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a dodáva, že požiadavka stanovená kontrolovaným vyplývajúca z vyššie uvedených ustanovení sa javí ako zjavne neprimeraná. Podľa navrhovateľa z povahy predmetu zákazky ide o technické zabezpečenie kybernetickej bezpečnosti systémov kontrolovaného, a preto z technického hľadiska sa kybernetická bezpečnosť primárne zabezpečuje prostredníctvom zabezpečenia jednotlivých zariadení v systéme pred kybernetickými útokmi, pričom v praxi sa teda primárne jedná o inštaláciu a implementáciu bezpečnostných prvkov na zariadeniach kontrolovaného, a teda pri tejto činnosti priamo neprichádza k stretu s utajovanými skutočnosťami. Zároveň, je podľa názoru navrhovateľa pravdepodobné, že väčšina zariadení, na ktorých bude záujemca alebo jeho subdodávateľ vykonávať zákazku nebude utajované skutočnosti ani obsahovať, tým pádom bude pravdepodobnosť stretu subdodávateľa alebo záujemcu s utajovanými skutočnosťami limitovaná. Nakoľko je na voľbe úspešného uchádzača zadať časť alebo časti zákazky ním zvoleným subdodávateľom, treba vziať do úvahy aj fakt, že nie každá časť zákazky bude spadať do rozsahu činnosti v režime utajovaných skutočností, ako aj fakt, že pri

samotnej práci na zariadení, ktoré obsahuje utajované skutočnosti, nemusí k stretu s týmito skutočnosťami ani dôjsť, a to vzhľadom na technickú povahu bezpečnostných opatrení, ktoré tvoria súčasť zákazky. Navrhovateľ má za to, že tieto pritom nevyžadujú prácu s akýmkoľvek údajmi uloženými v zariadeniach kontrolovaného.

35. Navrhovateľ dodáva, že utajované skutočnosti, zvlášť tie stupňa utajenia „Tajné“, majú svoj vlastný regulovaný obeh, a teda kontrolovaný by mal byť schopný vymedziť, v akej časti sa na plnenie zákazky vzťahuje režim tajné. Z odpovede na žiadosť o vysvetlenie položenú jedným zo záujemcov je zrejmé, že kontrolovaný nemá v odpovedi na uvedenú otázku jasný záver. Navrhovateľ uvádza, že platí pritom, že ak je obeh utajovaných skutočností regulovaný (pravidlá administratívnej bezpečnosti), kontrolovaný musí poznať proces nakladania s utajovanou skutočnosťou a mal by byť schopný popísať aj to, pre ktoré časti predmetu plnenia je ním požadovaná podmienka relevantná a pre ktoré nie. Navrhovateľ tvrdí, že ak by kontrolovaný postupoval v súlade so zákona o verejnom obstarávaní, vymedzil by, pre ktoré časti predmetu zákazky sa má uvedená podmienka uplatniť, pričom bez takéhoto vymedzenia je však požiadavka kontrolovaného celkom zjavne neprimeraná.
36. Navrhovateľ má za to, že objektívnym nezdôvodneným požiadavkám ako aj nevymedzením, ktoré časti zákazky spadajú pod režim utajovaných skutočností došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore s princípom transparentnosti a taktiež aj so zásadou primeranosti (§132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní) a má zjavne diskriminačný charakter. Navrhovateľ má ďalej za to, že požiadavka stupňa utajenia tajné nevykazuje znaky objektívnosti (viď zoznam utajovaných skutočností ministerstva školstva), naopak javí skôr znaky neobjektívnej svojvôle značne obmedzujúcej možnosť účasti širokému okruhu uchádzačov.
37. Navrhovateľ ďalej vo svojich námietkach uvádza, že rozšírením tejto podmienky aj na subdodávateľov sa tento problém stáva vypuklejšim, nakoľko dochádza k neprimeranému obmedzeniu výberu subdodávateľov, a to bez špecifikácie činností, na ktoré príslušná previerka nie je vôbec potrebná. Navrhovateľ zastáva názor, že ak by napríklad poskytoval službu helpdesku prostredníctvom subdodávateľa, musel by tento disponovať previerkou na stupeň utajenia tajné, a to napriek tomu, že by len prijímal hlásenia a poskytoval odporúčania technického charakteru bez vstupu do systému, a teda bez akejkoľvek možnosti nakladať s utajovanými skutočnosťami. Rovnaký princíp platí pri viacerých činnostiach (napr. dizajn navrhovaného HW a SW riešenia, inštalácia a konfigurácia zariadení, testovanie zariadení, zmeny konfigurácie zariadení, monitoring a údržba zariadení, kontrola verzií softvéru, správa procesov, apod.), pri ktorých je stret s utajovanými skutočnosťami vylúčený. Zároveň podľa navrhovateľa platí, že nakoľko sú utajované skutočnosti vedené a udržiavané v osobitnom režime tzv. administratívnej bezpečnosti, nehrozí, že by mohlo dôjsť k náhodnému stretu subdodávateľa alebo dodávateľa s utajovanou skutočnosťou. Navrhovateľ dodáva, že kontrolovaný by v prípade, že má zriadené riadne pravidlá administratívnej bezpečnosti, mal byť schopný vždy posúdiť pravdepodobnosť styku dodávateľa a jeho subdodávateľov s utajovanou skutočnosťou, pričom všeobecná požiadavka obmedzujúca možnosť dodávky jednotlivých plnení (s výnimkou hardvéru a licencií) iba prostredníctvom subdodávateľov s previerkou stupňa utajenia „Tajné“ je preto zjavne diskriminačná, netransparentná a neprimeraná.
38. Navrhovateľ opakovane uvádza, že takto stanovená požiadavka bezdôvodne zužuje okruh možných subdodávateľov iba na tých, ktorí disponujú previerkou stupňa utajenia „Tajné“, pričom dopady takto neprimerane stanovenej podmienky účasti znamenajú, že sa predmetnej

zákazky nebude môcť zúčastniť subjekt, ktorý je síce schopný, aj s využitím subdodávateľov, predmet zákazky dodať, avšak jeho subdodávateľ, ktorý nebude nijako vstupovať do systému kontrolovaného (napr. poskytovateľ helpdesku), nedisponuje previerkou na stupeň utajenia „Tajné“, čím sa záujemca diskvalifikuje pre účasť vo verejnom obstarávaní. Navrhovateľ tvrdí, že takto neprimerane stanovenou podmienkou účasti teda dochádza k diskriminácii takéhoto uchádzača, a teda porušeniu princípu nediskriminácie.

39. Navrhovateľ zároveň uvádza, že z oznámenia ani zo súťažných podkladov nie je možné identifikovať a ani kontrolovaný nevedel určiť, prečo a v akom rozsahu sa na zákazku má vzťahovať režim utajenia „Tajné“. Napriek uvedenému existenciu previerky pre tento stupeň utajenia vyžaduje od všetkých subdodávateľov (s výnimkou subdodávok hardvéru a licencií). V zmysle metodického usmernenia úradu č. 4662/5000/2019 z 28. 2. 2019 má byť kontrolovaný schopný zdôvodniť primeranosť všetkých ním stanovených podmienok účasti, a to najmä v procese revízy postupov. Podľa navrhovateľa sa kontrolovaný akémukoľvek relevantnému zdôvodneniu uvedenej podmienky vyhol a nezdôvodnil ju ani na základe žiadosti o nápravu podanej navrhovateľom, a teda porušil princíp transparentnosti. Navrhovateľ opakovane uvádza, že požiadavka na stupeň previerky všetkých subdodávateľov tiež znamená porušenie princípu hospodárnosti. Ako bolo uvedené v predchádzajúcej časti, zabezpečenie činností tak, aby za každých okolností spĺňali atribúty ako keby malo dochádzať s nakladaním s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia tajné, znamená bezpodmienečne navýšenie ponukovej ceny. Navrhovateľ tvrdí, že keďže nedošlo k vymedzeniu častí a činností, v ktorých by k potenciálnym stretom s utajovanými skutočnosťami malo alebo mohlo dochádzať, je navrhovateľ nútený vychádzať z toho, že tomu tak môže byť pri každej činnosti a tomu potom musí prispôbiť aj ponukovú cenu. Podľa názoru navrhovateľa je rovnako pravdepodobné, že stanovením neprimeranej podmienky participácie subdodávateľov záujemcu na realizácii zákazky došlo k znemožneniu v účasti širokému okruhu uchádzačov a zúženiu súťaže na obmedzený počet subjektov a zabezpečenie plnenia subdodávateľmi s požadovanou previerkou taktiež zvýši ponukovú cenu. Navrhovateľ dodáva, že s vyššie uvedeným je spojená súťaž menšieho počtu subjektov, zvýšenie ponukových cien a tým zvýšené riziko dosiahnutia vyššej ponukovej ceny dosiahnutej vo verejnom obstarávaní. Na základe vyššie uvedeného má navrhovateľ za to, že požiadavka kontrolovaného, aby všetci subdodávatelia (s výnimkou subdodávateľov hardvéru a licencií) disponovali previerkou na nakladanie s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia „Tajné“, je diskriminačná, netransparentná, neproporcionálna a nehospodárna, a tým je v rozpore s ustanoveniami § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a § 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
40. Navrhovateľ v závere svojich námietok žiada úrad, aby rozhodol v súlade s ustanovením § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a to takým spôsobom, aby nariadil odstrániť protiprávny stav a) odstránením namietaných neprimeraných podmienok účasti a požiadaviek verejného obstarávateľa na subdodávateľov uvedených v súťažných podkladoch a v oznámení a b) odstránením porušenia spočívajúceho v nedostatočnom opise predmetu zákazky jeho doplnením alebo aby úrad v zmysle § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní zrušil použitý postup zadávania zákazky.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

41. Úrad uvádza, že podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na

základe uvedeného úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa 15. 4. 2019.

42. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok. Úrad zároveň upozorňuje, že neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.
43. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku.
44. Úrad uvádza, že dňa 25. 4. 2019 kontrolovaný doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dokumentáciu k predmetnému verejnemu obstarávaniu v origináli, ktorá však nebola kompletná. Z tohto dôvodu úrad rozhodnutím č. 7391-6000/2019-OD-P z 20. 5. 2019 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli do desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 6. 6. 2019, kontrolovaný doplnil chýbajúcu dokumentáciu k predmetnej užšej súťaži v origináli.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

45. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia k podaným námietkam uvádza, že žiadosť o nápravu bola s odkazom na ustanovenie § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní označená ako žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých verejným obstarávateľom, pričom v žiadosti o nápravu navrhovateľ uviedol, že má za to, že niektoré podmienky a ustanovenia súťažných podkladov a pokynov sú v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľ ďalej v časti D žiadosti o nápravu uviedol, že žiadosť o nápravu smeruje proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch a iných podkladoch v spojení s podmienkami účasti stanovenými v oznámení. V časti D žiadosti o nápravu navrhovateľ označil nasledovné podmienky: 1.) Ustanovenie kapitoly B.2 bod 9.4 súťažných podkladov, 2.) Ustanovenie kapitoly A.1 bod 28.7 a kapitoly B.2 bod 12.3 súťažných podkladov, 3.) Pokyn v bode 8.1 Pokyny pre predloženie žiadosti o účasť. Kontrolovaný tvrdí, že v námietkach navrhovateľ označil ako namietané skutočnosti podmienky uvedené v bode 1) a 2), pričom v časti E bod Ad 1) žiadosti o nápravu navrhovateľ uviedol, že kontrolovaný v súťažných podkladoch stanovuje pre poskytovateľa povinnosť zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, ale nikde v súťažných podkladoch a ani v pokynoch nepredkladá požiadavku alebo informáciu v akom rozsahu a v akom kvalitatívnom stupni utajenia má poskytovateľ zabezpečiť splnenie týchto požiadaviek.

46. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v žiadosti o nápravu ďalej uviedol, že jedinou zmienkou o kvalitatívnom stupni utajenia je požiadavka verejného obstarávateľa stanovená v časti III.2.3 bod 2.3 oznámenia, pričom nikde neuvádza dôvod na takúto požiadavku a neuvádza ani žiadnu odvolávku na prepojenie so svojimi požiadavkami uvedenými v súťažných podkladoch a pokynoch. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ mal za to, že takto stanovená požiadavka na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností a podmienka účasti nie je súladná s princípom nediskriminácie a transparentnosti podľa § 10 ods. 2 v spojení s § 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a zároveň nie je súladná s § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a navrhovateľ ďalej dôvodil, že podmienky účasti a ich zdôvodnenie je verejný obstarávateľ povinný uverejniť v oznámení, no nakoľko zdôvodnenie požiadavky nebolo uvedené v oznámení a ďalších dokumentoch, nebol preukázaný dôvod na jej stanovenie. Kontrolovaný tvrdí, že navrhovateľ ďalej dôvodil, že po preštudovaní súťažných podkladov, najmä opisu predmetu zákazky a návrhu rámcovej dohody, dospel k záveru, že vyžadovanie takej vysokej úrovne technickej spôsobilosti ako je definovaná v kapitole B.2 bod 9.4 súťažných podkladov v spojení s požiadavkou uvedenou v oznámení je neprimerané charakteru a rozsahu predmetu zákazky.
47. Kontrolovaný v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu poskytol navrhovateľovi stanovisko, pričom uviedol, že z obsahu časti D) žiadosti o nápravu je zrejmé, že žiadateľ v bode 1) označil ako porušenie zákona o verejnom obstarávaní ustanovenie bodu 9.4 kapitoly B.2 súťažných podkladov, ktoré znie, cit.: „Poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov a je povinný zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností aj zo strany prípadného subdodávateľa.“ Kontrolovaný tiež poukázal na to, že z obsahu tvrdení navrhovateľa obsiahnutých v časti E bod Ad 1) žiadosti o nápravu jednoznačne vyplýva, že navrhovateľ žiadal o nápravu nielen požiadavky uvedenej v bode 9.4 kapitoly B.2 súťažných podkladov, ale aj o nápravu podmienky účasti stanovenej v časti III.2.3 bod 2.3 oznámenia. To podľa kontrolovaného znamenalo, že navrhovateľ žiadal o nápravu dvoch samostatných podmienok stanovených v predmetnom verejnom obstarávaní.
48. Vzhľadom na uvedenú skutočnosť sa kontrolovaný v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu vyjadril osobitne k výhradám navrhovateľa k jednotlivým podmienkam. V súvislosti s výhradami navrhovateľa voči podmienke účasti uvedenej v bode 2.3 časti III.2.3 oznámenia, ktorou sa odkazom na § 131 ods. 1 písm. k) zákona o verejnom obstarávaní požaduje predloženie oprávnenia zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, kontrolovaný dal navrhovateľovi do pozornosti, že predmetná podmienka účasti je uvedená výhradne v oznámení. Kontrolovaný tiež poukázal na § 164 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, v zmysle ktorého uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8, môže podať žiadosť o nápravu proti oznámeniu o zámere uzavrieť zmluvu alebo koncesnú zmluvu, proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v oznámení o koncesii, v oznámení o vyhlásení súťaže návrhov a vo výzve na predkladanie ponúk pri podlimitnej zákazke.
49. Kontrolovaný tiež poukázal na § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak v odseku 6 nie je ustanovené inak, podľa ktorého žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení podľa odseku 1 písm. a) musí byť doručená do desiatich dní odo dňa uverejnenia

oznámenia podľa odseku 1 písm. a) v európskom vestníku. Kontrolovaný dodáva, že vzhľadom na moment uverejnenia oznámenia v európskom vestníku, moment doručenia žiadosti o nápravu kontrolovanému a obsah predmetnej časti žiadosti o nápravu bolo nutné skonštatovať, že žiadosť o nápravu v časti smerujúcej proti podmienke uvedenej v bode 2.3 časti III.2.3 bola doručená po 10-dňovej lehote stanovenej v S 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a v intenciách § 165 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ju kontrolovaný zamietol. Ako už bolo uvedené, ku zmluvnej podmienke podľa bodu 9.4 kapitoly B.2 súťažných podkladov navrhovateľ venoval v žiadosti o nápravu de facto iba tvrdenie, že kontrolovaný nikde v súťažných podkladoch a ani pokynoch nepredkladá požiadavku alebo informáciu v akom kvalitatívnom stupni utajenia má poskytovateľ zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností.

50. Kontrolovaný v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu uvádza, že v bode 9.4 kapitoly B.2 súťažných podkladov celkom jasne uviedol, že poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom o ochrane utajovaných skutočností. V závislosti od povahy vzniknutej situácie počas plnenia zmluvy a povahy a stupňa utajenia utajovanej skutočnosti, s ktorou bude poskytovateľ manipulovať, bude poskytovateľ pri plnení zmluvy povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom o ochrane utajovaných skutočností. Kontrolovaný dodáva, že poskytovateľ musí mať vytvorené podmienky na zabezpečenie ochrany utajovaných skutočností podľa zákona o ochrane utajovaných skutočností.
51. Kontrolovaný ďalej uvádza, že z povahy zákazky definovanej opisom predmetu zákazky vyplýva, že pri jej realizácii sa v rámci manipulácie s utajovanými skutočnosťami predpokladá o. i. vytváranie dokumentov obsahujúcich utajované skutočnosti podľa povahy veci až do stupňa utajenia tajné. Bez platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti vydaného Národným bezpečnostným úradom pre stupeň utajenia tajné by preto uchádzač nemohol zákazku v tejto časti vôbec realizovať. Kontrolovaný zamietol žiadosť o nápravu v časti Ad 1) smerujúcej proti podmienke uvedenej v bode 9.4 kapitoly B.2 súťažných podkladov.
52. Kontrolovaný ďalej namieta, že navrhovateľ v bode 1 časti (E) námietok namieta nasledovné skutočnosti:
 - a) bod 9.4 návrhu rámcovej dohody, či skôr neuvedenie konkrétnych požiadaviek a opatrení na ochranu utajovaných skutočností, a s tým spojené porušenie § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní,
 - b) neuvedenie dostatočného opisu predmetu zákazky, najmä z dôvodu nepopísania existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti vo vzťahu ku ktorému majú by služby poskytované,
 - c) podmienku účasti podľa bodu 2.3 časti III.2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania,
 - d) nerozdelenie predmetu zákazky na časti.
53. Kontrolovaný **k skutočnosti a) námietok navrhovateľa** uvádza, že navrhovateľ tvrdí, že s výnimkou bodu 9.4 návrhu rámcovej dohody neuviedol žiadne požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, čím si kontrolovaný nesplnil povinnosť podľa § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný dodáva, že podľa čl. 7 smernice 2009/81/ES o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a

bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES (ďalej len „obránná smernica“) verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia môžu stanoviť pre hospodárske subjekty povinnosti zamerané na ochranu utajovaných skutočností, ktoré odovzdávajú počas výberového alebo zadávacieho konania. Takisto môžu tieto hospodárske subjekty požiadať, aby zabezpečili dodržiavanie týchto požiadaviek zo strany ich subdodávateľov. Ďalej kontrolovaný uvádza, že podľa čl. 22 obrannej smernice ak ide o zákazky, ktoré si vyžadujú a/alebo obsahujú utajované skutočnosti, verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ spresní v zadávacej dokumentácii (oznámenie o vyhlásení, zadávacie podklady, popisné dokumenty alebo doplňujúce podklady), opatrenia a požiadavky potrebné na to, aby sa zaistila bezpečnosť týchto informácií na požadovanej úrovni.

54. Podľa názoru kontrolovaného na tento účel môže verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžadovať, aby ponuka obsahovala okrem iného tieto podrobnosti: a) záväzok od už identifikovaného uchádzača a subdodávateľov, aby primerane zabezpečili dôvernoscť všetkých utajovaných skutočností, ktoré vlastní alebo ktoré zaregistrujú počas trvania verejnej zákazky, v súlade s príslušnými zákonmi, právnymi predpismi a správnymi opatreniami; b) záväzok uchádzača získať záväzok uvedený v bode a) od subjektov, ktorí sa stanú jeho subdodávateľmi počas vykonávania verejnej zákazky; c) dostatočné informácie o už identifikovaných subdodávateľoch, ktoré verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi umožnia zistiť, či každý z nich má požadované kapacity na primeranú ochranu dôvernoscť utajovaných skutočností, ku ktorým má prístup, alebo o ktorých vydanie bude požiadaný v rámci realizácie svojich subdodávateľských činností; d) záväzok uchádzača, že poskytne informácie požadované v písmene c) o všetkých nových subdodávateľoch predtým, než im udelí subdodávateľskú zákazku.
55. Kontrolovaný uvádza, že pri absencii harmonizácie vnútroštátnych systémov na úrovni Spoločenstva na povolenie vlastníť utajované skutočnosti môžu členské štáty stanoviť, že opatrenia a požiadavky uvedené v druhom pododseku musia byť v súlade s ich vnútroštátnymi ustanoveniami o vlastníctve utajovaných skutočností. Členské štáty uznávajú povolenia vlastníť utajované skutočnosti, ktoré považujú za rovnocenné s povoleniami vydanými v súlade so svojím vnútroštátnym právom, bez ohľadu na možnosť viesť a zohľadniť ďalšie vlastné vyšetrovania, ak to považujú za potrebné. Kontrolovaný tvrdí, že obranná smernica bola transponovaná do vnútroštátneho práva zákonom č. 91/2012 Z. z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (ďalej len „novela“). Podľa TABUĽKY ZHODY právneho predpisu s právom Európskej únie (<https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=364497>) ustanovenie celého čl. 7 obrannej smernice bolo premietnuté do ustanovenia § 108d ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. a ustanovenie celého čl. 22 obrannej smernice bolo premietnuté do § 108d ods. 2, 3 a 4 zákona 25/2006 Z. z. zákona o verejnom obstarávaní.
56. Kontrolovaný má za to, že ustanovenie § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. pravidlo určiť požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, ktoré je uchádzač alebo záujemca povinný zabezpečiť sa týka iba situácie, kedy verejný obstarávateľ odovzdáva utajované skutočnosti počas výberového alebo zadávacieho konania. Uvedené je zrejmé zo znenia čl. 7 obrannej smernice, kde je jednoznačne uvedené, cit.: „Verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia môžu stanoviť pre hospodárske subjekty povinnosti zamerané na ochranu utajovaných skutočností, ktoré odovzdávajú počas výberového alebo zadávacieho konania.“.

57. Podľa názoru kontrolovaného, ak je ustanovenie § 108d ods. 1 „transpozíciou“ čl. 7 obrannej smernice, pričom § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní znie de facto identicky, potom je zrejmé, že pravidlo podľa prvej vety § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa vzťahuje na situáciu, kedy verejný obstarávateľ odovzdáva utajované skutočnosti záujemcom alebo uchádzačom počas výberového alebo zadávacieho konania. Keďže v predmetnom prípade je zrejmé, že kontrolovaný záujemcom neodovzdáva počas výberového alebo zadávacieho konania utajované skutočnosti, nie je potrebné posudzovať súlad postupu kontrolovaného s § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Ako už kontrolovaný uviedol, ustanovenie celého čl. 22 obrannej smernice bolo premietnuté do § 108d ods. 2, 3 a 4 zákona 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení ďalej predložil porovnanie č. 22 obrannej smernice a § 108d zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení ďalej predložil porovnanie § 108d ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. zákona o verejnom obstarávaní a § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný poukazuje na predmetné porovnanie a uvádza, že znenie § 108d ods. 2 a 3 zákona č. 25/2006 Z. z. a § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní je de facto zhodné, pričom porovnanie odsekov 4 nie je nutné.
58. Kontrolovaný má za to, že vychádzajúc zo znenia čl. 22 obrannej smernice je nutné vykladať ustanovenia § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní vo vzájomných súvislostiach. Predmetné odseky spolu jednoznačne súvisia, pričom ods. 3 dopĺňa alebo rozvíja zámer zákonodarcu uvedený v ods. 2 o konkrétne opatrenia a požiadavky. Kontrolovaný tvrdí, že to je celkom zjavné zo znenia čl. 22 obrannej smernice, ktorý v prvej vete hovorí o spresnení opatrení a požiadaviek potrebných na zaistenie bezpečnosti utajovaných skutočností v zadávacej dokumentácii, pričom v druhej vete tieto opatrenia spresňuje, keďže konkrétne opatrenia uvedené v písm. a) až d) čl. 22 druhá veta sa môžu použiť na účel uvedený v prvej vete, teda na spresnenie opatrení a požiadaviek potrebných na zaistenie bezpečnosti utajovaných skutočností. Kontrolovaný má za to, že ustanovenia § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní sú prepojené a s prihliadnutím na fakt, že § 108d ods. 2, 3 a 4 zákona č. 25/2006 Z. z., resp. § 129 ods. 2, 3 a 4 zákona o verejnom obstarávaní predstavujú transpozíciu čl. 22 obrannej smernice, je potrebné ich vykladať v súlade s znením čl. 22 obrannej smernice, teda tak, že ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť, verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú požiadavky a opatrenia potrebné na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa osobitného predpisu v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente, pričom na tento účel verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, aby ponuky obsahovali spravidla a) záväzok uchádzača a už vybraného subdodávateľa dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, b) záväzok uchádzača získať od osoby, ktorá sa stane jeho subdodávateľom, záväzok podľa písmena a), c) údaje o už vybranom subdodávateľovi, ktoré umožnia verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi zistiť, či má požadované kapacity na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, ku ktorým má prístup alebo ktoré vytvorí počas realizácie subdodávateľských aktivít, d) záväzok uchádzača poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi údaje podľa písmena c) o každom novom subdodávateľovi pred uzavretím subdodávateľskej zmluvy.
59. Kontrolovaný ďalej uvádza, že to presne spravil a § 129 ods. 2 a 3 vykladal v súlade s čl. 22 obrannej smernice, keď v bode 9.4 návrhu rámcovej dohody stanovil záväzok uchádzača a už vybraného subdodávateľa dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany

utajovaných skutočností (znenie ustanovenia § 129 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní), resp. záväzok od už identifikovaného uchádzača a subdodávateľov, aby primerane zabezpečili dôvernosť všetkých utajovaných skutočností, ktoré vlastnia alebo ktoré zaregistrujú počas trvania verejnej zákazky, v súlade s príslušnými zákonmi, právnymi predpismi a správnyimi opatreniami (znenie čl. 22 obrannej smernice). Kontrolovaný totiž ako zmluvnú podmienku (t. j. budúci záväzok úspešného uchádzača) stanovil, že „Poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov a je povinný zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností aj zo strany prípadného subdodávateľa.“ Pre úplnosť kontrolovaný dodáva, že podľa bodu 2.1 kapitoly A.1 súťažných podkladov predložením svojej ponuky uchádzač v plnom rozsahu a bez výhrad akceptuje všetky podmienky verejného obstarávateľa týkajúce sa užšej súťaže uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v týchto súťažných podkladoch a ich príloh poskytnutých verejným obstarávateľom, čo znamená, že súhlasí aj so zmluvnými podmienkami (obsahujúcimi bod 9.4 návrhu rámcovej dohody), čo bezpochyby znamená predloženie daného záväzku už v ponuke. Kontrolovaný má za to, že stanovením zmluvnej podmienky podľa bodu 9.4 návrhu rámcovej dohody v plnej miere postupoval v súlade s § 129 ods. 2 v spojení s ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní a s čl. 22 obrannej smernice.

60. Kontrolovaný zastáva názor, že na podklade uvedeného výkladu § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní vo väzbe na §108d zákona č. 25/2006 Z. z. zákona o verejnom obstarávaní a čl. 22 obrannej smernice kontrolovaný považuje úvahy navrhovateľa ponúknuté v súvislosti s jeho námietkou o porušení § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní za bezpredmetné a nemajúce oporu v celkom zjavnom úmysle európskeho a vnútroštátneho zákonodarcu. Kontrolovaný dodáva, že v zmysle čl. 22 obrannej smernice a § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní je opatrením a požiadavkou na ochranu utajovaných skutočností v zmysle § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého sa navrhovateľ tak intenzívne dožaduje, aj záväzok podľa § 129 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uvádza, že predmetný záväzok požaduje. Z uvedeného je teda zrejmé, že požiadavka podľa bodu 9.4 návrhu rámcovej dohody (v stanovenej miere podrobnosti a konkrétosti) spĺňa literu § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný si dovoľuje navrhnúť, aby úrad na základe vyššie uvedeného vyhodnotil námietky navrhovateľa v časti týkajúcej sa údajného nesúladu postupu kontrolovaného s § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ako neopodstatnené.
61. Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľ konštatuje aj porušenie princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Kontrolovaný má za to, že k porušeniu predmetných princíпов verejného obstarávania nemohol v tejto súvislosti dôjsť, keďže kontrolovaný splnil explicitnú povinnosť podľa § 129 ods. 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ tiež uvádza, že jediným kto je za danej situácie schopný posúdiť rozsah, v akom bude potrebné pokryť činnosti postupmi zachovávajúcimi bezpečnosť nakladania s utajovanými skutočnosťami a kto má zároveň vedomosť o existujúcom riešení kybernetickej bezpečnosti je aktuálny dodávateľ. Kontrolovaný tvrdí, že toho času kontrolovaný nemá zazmluvneného žiadneho dodávateľa služieb tvoriacich predmet zákazky. Zjavne tak nie je namieste vyhlasovať výhodu „súčasného“ dodávateľa.
62. Kontrolovaný **k skutočnosti b) námietok navrhovateľa** uvádza, že v súvislosti s námietkami navrhovateľa o neuvedení dostatočného opisu predmetu zákazky, najmä z dôvodu nepopísania existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti, vo vzťahu ku ktorému majú byť služby

poskytované, kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ nikde v žiadosti o nápravu nežiadal napraviť nedostatočný opis predmetu zákazky z dôvodu nepopísania existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti. Kontrolovaný uvádza, že podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému. Táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e). Kontrolovaný dodáva, že z uvedeného je zrejmé, že námietkam podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. námietkam proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným, musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu. To sa vo veci námietok navrhovateľa proti nedostatočnému opisu predmetu zákazky z dôvodu nepopísania existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti nestalo. Kontrolovaný preto navrhuje, aby úrad v predmetnej časti námietok konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zastavil podľa § 174 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní.

63. Kontrolovaný **k skutočnosti c) námietok navrhovateľa** uvádza, že žiadosť o nápravu navrhovateľa proti podmienke účasti určenej v bode 2.3 časti III.2.3) oznámenia kontrolovaný vzhľadom na moment uverejnenia oznámenia v európskom vestníku a moment doručenia žiadosti o nápravu kontrolovanému zamietol v intenciách § 165 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný opätovne uvádza, že žiadosť o nápravu proti podmienke účasti určenej v bode 2.3 časti III.2.3) oznámenia navrhovateľ doručil kontrolovanému dňa 29.3.2019 a oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo vo Vestníku EÚ zverejnené 15.3.2019. Kontrolovaný dáva do pozornosti, že predmetná podmienka účasti je uvedená výhradne v oznámení. Kontrolovaný poukazuje na ustanovenie § 164 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8, môže podať žiadosť o nápravu proti oznámeniu o zámere uzavrieť zmluvu alebo koncesnú zmluvu, proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v oznámení o koncesii, v oznámení o vyhlásení súťaže návrhov a vo výzve na predkladanie ponúk pri podlimitnej zákazke. Kontrolovaný uvádza, že podľa § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, ak v odseku 6 nie je ustanovené inak, žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení podľa odseku 1 písm. a) musí byť doručená do desiatich dní odo dňa uverejnenia oznámenia podľa odseku 1 písm. a) v európskom vestníku, ďalej podľa § 165 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak žiadateľ žiadosť o nápravu nedoručí v lehote podľa § 164 ods. 5 alebo ods. 6 alebo ak žiadosť o nápravu ani po výzve na odstránenie nedostatkov podľa odseku 1 nemá náležitosti podľa § 164 ods. 2 alebo po tejto výzve nie je doručená v podobe podľa § 164 ods. 5 alebo ods. 6, žiadosť o nápravu sa zamietne a žiadateľovi sa písomné zamietnutie žiadosti o nápravu s odôvodnením doručí do piatich dní od prevzatia žiadosti o nápravu alebo po uplynutí lehoty na odstránenie nedostatkov podľa odseku 1. Kontrolovaný tvrdí, že napriek tomu, že žiadateľ označil žiadosť o nápravu odkazom na § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ako žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých verejným obstarávateľom, v časti žiadosti o nápravu týkajúcej sa podmienky účasti podľa bodu 2.3 časti III.2.3) oznámenia, nešlo o žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ale o žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Táto podmienka je totiž v súlade s 132 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní uvedená iba v oznámení. To isté platí aj o námietkach v časti týkajúcej sa podmienky účasti podľa bodu 2.3 časti III.2.3) oznámenia. Kontrolovaný dodáva, že aj námietky sú odkazom na § 170 ods. 3

písm. b) zákona o verejnom obstarávaní označené ako námietky proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na predloženie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu. Kontrolovaný má za to, že v predmetnej časti však ide rovnako ako pri žiadosti o nápravu o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

64. Podľa názoru kontrolovaného, vzhľadom na moment uverejnenia oznámenia v európskom vestníku, moment doručenia žiadosti o nápravu kontrolovanému a skutočné smerovanie predmetnej časti žiadosti o nápravu a námietok je nutné skonštatovať, že žiadosť o nápravu v časti smerujúcej proti podmienke uvedenej v bode 2.3 časti III.2.3 oznámenia bola doručená po 10-dňovej lehote stanovenej v § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a v intenciách § 174 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní je nutné v predmetnej časti námietok zastaviť konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného. Kontrolovaný si napriek potrebe zastaviť v predmetnej časti námietok konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného dovoľuje poukázať na to, že navrhovateľ sa vo svojej argumentácii o nezákonnosti podmienky účasti podľa bodu 2.3 časti III.2.3) oznámenia odkazuje na príkaz ministra školstva č. 10/2014. Kontrolovaný ďalej uvádza, že ide o zoznam utajovaných skutočností vznikajúcich v pôsobnosti kontrolovaného. Kontrolovaný tvrdí, že navrhovateľ ďalej uvádza, že z predmetného príkazu vyplýva, že v pôsobnosti kontrolovaného dochádza k spracúvaniu utajovaných skutočností dosahujúcich najvyšší stupeň utajenia „vyhradené“. Nie je tomu tak. Príkaz č. 10/2014 (ktorého náhrada sa toho času nachádza vo vnútornom pripomienkovom konaní) upravuje len stupeň utajenia skutočností vznikajúcich v pôsobnosti kontrolovaného, nie spracúvaných v pôsobnosti kontrolovaného. V zmysle iného vnútorného predpisu kontrolovaného, príkazu ministra č. 8/2019 účinného od 1.3.2019, sa určuje zoznam funkcií, pri výkone ktorých sa môžu oprávnené osoby oboznamovať s utajovanými skutočnosťami na Ministerstve školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky. Zoznam bol spracovaný na základe § 8 ods. 2 písm. d) zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, dochádza v pôsobnosti kontrolovaného k spracúvaniu/oboznamovaniu sa aj so skutočnosťami s vyšším stupňom utajenia, až po úroveň „prísne tajné“. Kontrolovaný má za to, že nie je preto pravdivé tvrdenie, že kontrolovaný žiada o 2 stupne vyšší stupeň utajenia s akým pri svojej činnosti reálne prichádza do styku.
65. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ ďalej s odkazom na príkaz ministra č. 10/2014 má za to, že samotný kontrolovaný deklaruje, že nenakladá s utajovanými skutočnosťami stupňa utajenia „tajné“. Kontrolovaný nič také nedeklaruje. To tvrdí iba navrhovateľ. Kontrolovaný tým, že stanovil predmetnú požiadavku na potvrdenie priemyselnej bezpečnosti iba reflektuje existujúcu prax, že v oblasti kybernetickej bezpečnosti v prostredí kontrolovaného dochádza k nakladaniu s utajovanými skutočnosťami v stupni utajenia „tajné“. Vzhľadom na túto skutočnosť a skutočnosť, že budúci dodávateľ bude vykonávať pri plnení činnosti, pri ktorých existuje dôvodný predpoklad nakladanie s utajovanými skutočnosťami v stupni utajenia „tajné“, kontrolovaný stanovil relevantnú požiadavku na budúceho dodávateľa. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ tiež viní kontrolovaného z porušenia princípu transparentnosti a postupu nesúladsného s metodickým usmernením úradu, a to z dôvodu, že kontrolovaný podľa navrhovateľa mal v rámci revízných postupov zdôvodniť primeranosť a vhodnosť namietanej podmienky účasti. Kontrolovaný si je vedomý zámeru zákonodarcu v zmysle dôvodovej správy k novele zákona o verejnom obstarávaní a v metodickom usmernení. Kontrolovaný má za to, že vzhľadom na skutočnosť, že žiadosť o nápravu proti predmetnej podmienke účasti bola doručená po zákonom stanovenej lehote, bolo povinnosťou kontrolovaného ju zamietnuť a

uviesť dôvody zamietnutia, pričom odôvodňovanie stanovenia tejto podmienky účasti bolo v danej situácii zjavne irelevantné.

66. Kontrolovaný k skutočnosti b) námietok navrhovateľa uvádza, že navrhovateľ ďalej namieta nerozdelenie predmetu zákazky na časti. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ nikde v žiadosti o nápravu nežiadal napraviť nerozdelenie predmetu zákazky na časti, pričom podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému. Táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedeného je podľa názoru kontrolovaného zrejme, že námietkam podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. námietkam proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným, musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu. To sa vo veci námietok navrhovateľa proti nerozdeleniu predmetu zákazky na časti nestalo. Kontrolovaný preto navrhuje, aby úrad v predmetnej časti námietok konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zastavil podľa § 174 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní.
67. Kontrolovaný ďalej uvádza, že ako vidno z obsahu časti (E) námietok navrhovateľa, navrhovateľ v bode 2 časti E1 námietok namieta požiadavky na kvalifikáciu subdodávateľov. Ide konkrétne o požiadavku uvedenú v bode 28.7 kapitoly A.1 súťažných podkladov a bod 12.3 návrhu rámcovej dohody. Kontrolovaný tvrdí, že navrhovateľ má za to, že požiadavka kontrolovaného je zjavne neprimeraná, a zároveň že z povahy predmetu zákazky ide o technické zabezpečenie kybernetickej bezpečnosti systémov kontrolovaného a že z technického hľadiska sa kybernetická bezpečnosť primárne zabezpečuje prostredníctvom zabezpečenia jednotlivých zariadení v systéme kontrolovaného pred kybernetickými útokmi. Kontrolovaný ďalej tvrdí, že podľa navrhovateľa sa v praxi primárne jedná o inštaláciu a implementáciu bezpečnostných prvkov na zariadeniach kontrolovaného, a teda pri tejto činnosti priamo nedochádza k stretu s utajovanými skutočnosťami. Podľa navrhovateľa je zároveň pravdepodobné, že väčšina zariadení, na ktorých bude uchádzač alebo jeho subdodávateľ vykonávať zákazku, nebude utajované skutočnosti ani obsahovať a tým pádom je pravdepodobnosť stretu subdodávateľa s utajovanými skutočnosťami limitovaná. Kontrolovaný uvádza, že predmetom zákazky nie je primárne inštalácia a implementáciu bezpečnostných prvkov na zariadeniach kontrolovaného. Dodanie hardvéru (a softvérových licencií) vrátane inštalácie a konfigurácie (viď bod 3.4 návrhu rámcovej dohody) je síce súčasťou predmetu zákazky, ale „primárnou“ súčasťou predmetu zákazky je poskytovanie služieb vymedzených bodoch 1 a 2 kapitoly B.1 súťažných podkladov. Kontrolovaný však uvádza, že namietaná požiadavka na spôsobilosť subdodávateľov sa netýka subdodávateľov, ktorí dodajú hardvér a softvérové licencie, resp. ich budú inštalovať a implementovať. Kontrolovaný uvádza, že pri všetkých ostatných činnostiach tvoriacich súčasť predmetu zákazky je dôvodný predpoklad manipulácie s utajovanou skutočnosťou v režime „tajné“, čím určil v akom rozsahu sa na zákazku má vzťahovať režim utajenia „tajné“. Preto je nutné, aby pre riadne a včasné plnenie zmluvných povinností bol držiteľom požadovaného potvrdenia subdodávateľ poverený poskytovateľom na výkon určitej časti plnenia.
68. Kontrolovaný dodáva, že navrhovateľ má za to, že objektívnym nezdôvodnením požiadavky ako aj nevymedzením, ktoré časti zákazky spadajú pod režim utajovaných skutočností došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore s princípom transparentnosti a taktiež aj so zásadou primeranosti (§ 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní) a má zjavne diskriminačný charakter. Podľa

navrhovateľa požiadavka stupňa utajenia tajné nevykazuje znaky objektívnosti (vid'. zoznam utajovaných skutočností ministerstva školstva), naopak javí skôr znaky neobjektívnej svojvôle značne obmedzujúcej možnosť účasti širokému okruhu uchádzačov. Kontrolovaný dodáva, že vo vysvetlení zverejnenom dňa 4.4.2019 odpovedal na jednu z otázok záujemcov nasledovne, cit.: „Poskytovateľ sa v rámci plnenia zmluvy bude oboznamovať s utajovanými údajmi, spracovávať utajované skutočnosti a vytvárať dokumenty, ktoré budú zahŕňať utajované skutočnosti, pre potreby verejného obstarávateľa a tiež v rámci požiadaviek na rezort školstva zo strany Národného bezpečnostného úradu, Vojenského obranného spravodajstva, Ministerstva obrany a iných bezpečnostných zložiek SR a EÚ. Celá uvedená činnosť bude vykonávaná v zmysle interných predpisov verejného obstarávateľa, vládnych úloh a požiadaviek legislatívy. V súčasnosti nie je možné presne stanoviť percentuálny rozsah činnosti v režime tajné. Dôležitá je skutočnosť, že poskytovateľ bude takúto činnosť vykonávať, a preto je nevyhnutné aby danú požiadavku splnil.“.

69. Kontrolovaný má za to, že s prihliadnutím na charakter predmetu zákazky je zrejmé, že pri plnení zmluvy sa poskytovateľ bude oboznamovať s utajovanými skutočnosťami a vzhľadom na doterajšiu prax pôjde o utajované skutočnosti až v režime „tajné“. Ako už bolo uvedené, tým je podľa kontrolovaného preukázaná primeranosť a súvis požiadavky na predloženie potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti v stanovenej úrovni s predmetom zákazky. Ak teda uchádzač poverí výkonom určitej časti plnenia služieb subdodávateľa, z vyššie uvedených dôvodov musí byť aj tento subdodávateľ držiteľom potvrdenia, keďže de facto zastupuje/nahrádza dodávateľa. Kontrolovaný má ďalej za to, že stanovená požiadavka týkajúca sa subdodávateľov je s prihliadnutím na povahu a rozsah plnenia, resp. jeho súčastí, primeraná a súvisí s príslušnými súčastami predmetu zákazky.
70. Kontrolovaný si dovoľuje navrhnúť, aby úrad rozhodol v súlade s čiastkovými návrhmi na rozhodnutie uvedenými kontrolovaným vyššie pri jednotlivých namietaných skutočnostiach.

Zistenia úradu

71. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnemu obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
72. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie 15. 3. 2019 pod značkou 2019/S 053-123458 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 54/2019 z 18. 3. 2019 pod značkou 5422 – MUS užšiu súťaž na predmet zákazky „Poskytovanie služieb pre riadenie informačnej bezpečnosti a súvisiacich služieb“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 9 438 000,- eur bez DPH ide o nadlimitnú užšiu súťaž na poskytnutie služieb. Predmetná zákazka nemá byť financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný predmetnú zákazku nerozdělil na časti. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania kontrolovaný uviedol, že zákazka sa nedelí na časti. Kontrolovaný umožnil neobmedzený a priamy prístup k súťažným podkladom tým, že tieto boli vrátane príloh zverejnené dňa 15. 3. 2019, pričom úpravu súťažných podkladov kontrolovaný zverejnil 4. 4. 2019 v profile kontrolovaného, ktorý je zriadený na webovom sídle úradu a záujemcovia si ich mohli voľne prevziať. V lehote na predkladanie žiadosti o účasť, t. j. do 18. 4. 2019 do 10:00 hod. predložili žiadosť o účasť 2 záujemcovia. Navrhovateľ do uplynutia lehoty na predkladanie žiadosti o účasť podal žiadosť o nápravu dňa 29. 3. 2019, ktorú kontrolovaný zamietol listom 5. 4. 2019, ktorý doručil prostredníctvom Informačného systému EVO. Navrhovateľ následne 15. 4. 2019 v reakcii na zamietnutie jeho žiadosti o nápravu doručil

kontrolovanému a toho istého dňa aj úradu námietky podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní smerujúce proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v predmetnej užšej súťaži.

73. V oddiele III „Právne, ekonomické, finančné a technické informácie“, bod III.2) „Podmienky účasti“, podbod III.2.3) „Technická spôsobilosť“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky obrany a bezpečnosti sa uvádza, cit.: „(...) 2.3 § 131 ods. 1 písm. k) zákona oprávnením zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, ak ide o zákazku, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť. (...).

Minimálna požadovaná úroveň štandardov k podmienkam účasti podľa bodu 2.3 tejto časti oznámenia (§ 131 ods. 1 písm. k) zákona). Záujemca musí v žiadosti o účasť predložiť originál, alebo úradne overenú kópiu platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti záujemcu vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia:

- oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné;
- postúpenie utajovanej skutočnosti - tajné;
- vytváranie utajovanej skutočnosti - tajné;

Oprávnenie vydané príslušným orgánom členského štátu verejný obstarávateľ uzná po predchádzajúcom overení platnosti oprávnenia podľa osobitného predpisu ak medzinárodná zmluva neustanovuje inak.(...).“.

74. V oddiele II „Predmet zákazky“, bod II.1) „Opis“, podbod II.1.5) „Stručný opis zákazky alebo nákupu (nákupov)“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky obrany a bezpečnosti sa uvádza, cit.: „(...) Predmetom tejto zákazky je zabezpečenie poskytovania profesionálnych služieb pre riadenie informačnej bezpečnosti, bezpečnostnej podpory pre informačné systémy, zabezpečenie správy a technickej podpory bezpečnostných riešení IT, ich rozvoj a zdokonaľovanie. Cieľom požadovaných služieb je zvyšovanie úrovne kybernetickej bezpečnosti informačných systémov verejného obstarávateľa v súlade s požiadavkami aktuálne platnej legislatívy v oblasti kybernetickej bezpečnosti. (...).“.

75. V časti A.1 „Pokyny pre záujemcov a uchádzačov“, časť VII. „Ďalšie informácie“, bod 28.7 súťažných podkladov kontrolovaného je okrem iného uvedené, cit.: „Verejný obstarávateľ už v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadoval, aby subdodávatelia spĺňali podmienku podľa § 131 ods. 1 písm. k) zákona, konkrétne oprávnenie zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, ak ide o zákazku, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť.

Minimálna požadovaná úroveň štandardov:

Subdodávateľ musí byť držiteľom platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti subdodávateľa vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia:

- oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné;
- postúpenie utajovanej skutočnosti - tajné;
- vytváranie utajovanej skutočnosti - tajné;

Oprávnenie vydané príslušným orgánom členského štátu verejný obstarávateľ uzná po predchádzajúcom overení platnosti oprávnenia podľa osobitného predpisu ak medzinárodná zmluva neustanovuje inak. Táto podmienka sa netýka subdodávateľov, ktorí dodávajú hardvér a softvérové licencie potrebné pre vytvorenie modelového riešenia ochrany webovej aplikácie portálu.“.

76. V časti B.2 „Návrh rámcovej dohody“, článok IX „Bezpečnosť a ochrana informácií“, bod 9.4 súťažných podkladov je okrem iného uvedené, cit.: „Poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov a je povinný zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností aj zo strany prípadného subdodávateľa.“.
77. V časti B.2 „Návrh rámcovej dohody“, článok XII „Subdodávateľ“, bod 12.3 súťažných podkladov kontrolovaného je okrem iného uvedené, cit.: „V prípade zmeny subdodávateľa je Poskytovateľ povinný písomne oznámiť Objednávateľovi obchodné meno a sídlo subdodávateľa, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa, IČO, % podiel na zákazke, predmet subdodávok. Nový subdodávateľ musí spĺňať podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní a nesmú u neho neexistovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) zákona o verejnom obstarávaní. Subdodávateľ musí byť držiteľom platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia - oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné; postúpenie utajovanej skutočnosti - tajné; vytváranie utajovanej skutočnosti – tajné. Za účelom preukázania splnenia uvedených podmienok. Poskytovateľ predloží príslušné doklady. Súčasne sa vzťahuje na nového subdodávateľa povinnosť byť zapísaný v registri partnerov verejného sektora podľa zákona č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.“.

Právny rámec

78. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
79. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
80. Podľa § 28 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu rozdeliť zákazku alebo koncesiu na samostatné časti, pričom v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v oznámení o koncesii určia veľkosť a predmet takýchto častí a uvedú, či ponuky možno predložiť na jednu časť, niekoľko častí alebo všetky časti.
81. Podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ nerozdelí zákazku na časti, odôvodnenie uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch; táto povinnosť sa nevzťahuje na zadávanie koncesie.
82. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

83. Podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady sú písomné, grafické alebo iné podklady obsahujúce podrobné vymedzenie predmetu zákazky. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Opis predmetu zákazky môže odkazovať aj na osobitný postup alebo metódu výroby alebo poskytovania požadovaných tovarov, stavebných prác alebo služieb, ako aj na osobitný postup inej fázy ich životného cyklu, a to aj vtedy, ak tieto faktory netvoria súčasť ich hmotnej podstaty, musia však súvisieť s predmetom zákazky a byť primerané jej hodnote a cieľom. Predmet zákazky musí verejný obstarávateľ a obstarávateľ opísať jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek podľa prílohy č. 3. Technické požiadavky
- a) zohľadnia požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím a riešenia vhodné pre všetkých užívateľov okrem náležite odôvodnených prípadov; ak právne záväzné akty Európskej únie ustanovujú záväzné požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím alebo riešenia vhodné pre všetkých užívateľov, v technických požiadavkách verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú odkaz na príslušné právne záväzné akty Európskej únie,
 - b) musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená hospodárska súťaž.
84. Podľa § 42 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu určiť osobitné podmienky plnenia zmluvy, ak ich uvedú v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v súťažných podkladoch. Osobitné podmienky plnenia zmluvy môžu zahŕňať ekonomické, sociálne, environmentálne hľadiská, hľadiská súvisiace s inováciou alebo zamestnanosťou; ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, osobitné podmienky plnenia zmluvy sa môžu týkať aj subdodávateľov, bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností alebo bezpečnosti dodávok.
85. Podľa § 129 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, ktoré je uchádzač alebo záujemca povinný zabezpečiť. Predloženie dôkazu na preukázanie splnenia požiadaviek a opatrení určených na ochranu utajovaných skutočností možno požadovať v každej etape procesu verejného obstarávania. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu určiť, aby uchádzač alebo záujemca zabezpečil ochranu utajovaných skutočností aj zo strany subdodávateľa; ten je ich povinný zabezpečiť.
86. Podľa § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť, verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú požiadavky a opatrenia potrebné na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa osobitného predpisu⁶⁵⁾ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente.
87. Podľa § 129 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, aby ponuky obsahovali spravidla
- a) záväzok uchádzača a už vybraného subdodávateľa dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností,

- b) záväzok uchádzača získať od osoby, ktorá sa stane jeho subdodávateľom, záväzok podľa písmena a),
- c) údaje o už vybranom subdodávateľovi, ktoré umožnia verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi zistiť, či má požadované kapacity na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, ku ktorým má prístup alebo ktoré vytvorí počas realizácie subdodávateľských aktivít,
- d) záväzok uchádzača poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi údaje podľa písmena c) o každom novom subdodávateľovi pred uzavretím subdodávateľskej zmluvy.

88. Podľa § 132 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uvedú podmienky účasti týkajúce sa
- a) osobného postavenia podľa § 32,
 - b) finančného a ekonomického postavenia a doklady na ich preukázanie podľa § 33,
 - c) technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti a doklady na ich preukázanie podľa § 35, 36 a 131.
89. Podľa § 132 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia, technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti.

Právne posúdenie úradom

90. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnej užšej súťaži v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa, navrhovateľom namietaných skutočností a konštatuje nasledovné:

Ku skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný neuviedol dostatočný opis predmetu zákazky, najmä z dôvodu nevymedzenia existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti vo vzťahu, ku ktorému majú byť služby poskytované a neuvedenia podmienok a opatrení na nakladanie s utajovanými skutočnosťami (body 17, 18, 21, 22 a 23 tohto rozhodnutia).

91. Úrad uvádza, že podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému, pričom táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e) tohto zákona. Vzhľadom na to, že námietky navrhovateľa smerujú proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, podaniu námietok v zmysle § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému.
92. Úrad ďalej uvádza, že podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu. Po preskúmaní dokumentácie úrad zistil, že navrhovateľ podal námietky podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň z ustanovenia § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že námietkam smerujúcim proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo iných dokumentoch musí predchádzať žiadosť o nápravu. Z vyššie uvedeného je teda zrejmé, že v predmetnom

prípade ide o námietky, ktorým musí predchádzať žiadosť o nápravu, pričom zároveň platí, že námietky svojím obsahom nesmú ísť nad jej rámec.

93. Po preskúmaní textu žiadosti o nápravu, ktorá predchádzala podaným námietkam úrad uvádza, že sa v nej **takéto skutočnosti viažuce sa k navrhovateľom namietaným skutočnostiam**, podľa ktorých kontrolovaný neuviedol dostatočný opis predmetu zákazky, najmä z dôvodu nevymedzenia existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti vo vzťahu, ku ktorému majú byť služby poskytované, **nenachádzajú. Vzhľadom na túto skutočnosť má úrad za to, že v predmetnej časti sú námietky podané nad rámec žiadosti o nápravu, čo ustanovenie § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní nepripúšťa.**
94. Úrad uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní v ustanovení § 170 ods. 5 vyžaduje obligatórne uvedenie všetkých v ňom taxatívne stanovených náležitostí. **V prípade absencie ktorejkoľvek náležitosti nie je možné pokračovať v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a meritórne rozhodnúť v danom konaní.** Naplnenie týchto skutočností je jednou z obligatórných náležitostí, ktorých splnenie je podmienkou pre ďalší postup úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa a ich splnenie je úrad povinný skúmať z úradnej povinnosti. Procesné podmienky pre meritórne rozhodovanie o oprávnenosti námietok v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok sú splnené len vtedy, ak sú preukázané skutočnosti a predložené doklady taxatívne stanovené § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.
95. **Podľa § 174 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ak podané námietky neobsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 tohto zákona.**
96. Zo skutočností zistených úradom vyplýva, že pre konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným, konkrétne proti skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný neuviedol dostatočný opis predmetu zákazky, najmä z dôvodu nevymedzenia existujúceho systému kybernetickej bezpečnosti vo vzťahu, ku ktorému majú byť služby poskytované, v tomto prípade neboli splnené všetky zákonné predpoklady, čím pre úrad nastala neodstrániteľná prekážka brániaca meritórnemu rozhodovaniu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.
97. Na základe uvedeného bolo potrebné v tejto časti námietok rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia (výrok o zastavení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v časti).

Ku skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný stanovil podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 131 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. vrátane podmienky účasti uvedenej v bode 73 tohto rozhodnutia, neprimerane, neodôvodnil ich primeranosť a vhodnosť, a tým porušil princíp transparentnosti uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (body 24 až 26, 31 až 38 tohto rozhodnutia).

98. Podľa § 164 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté

postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8, môže podať žiadosť o nápravu proti

- a) oznámeniu o zámere uzavrieť zmluvu alebo koncesnú zmluvu, **proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania**, v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v oznámení o koncesii, v oznámení o vyhlásení súťaže návrhov a vo výzve na predkladanie ponúk pri podlimitnej zákazke, podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 7 v lehote na predkladanie ponúk alebo proti podmienkam uvedeným v súťažných podmienkach v súťaži návrhov poskytnutých v lehote na predkladanie návrhov,
- b) podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 8.

99. Podľa § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ak v odseku 6 nie je ustanovené inak, žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným

- a) v oznámení podľa odseku 1 písm. a) **musí byť doručená do desiatich dní odo dňa uverejnenia oznámenia** podľa odseku 1 písm. a) v európskom vestníku.

100. Podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému. Táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.

101. Vzhľadom na to, že námietky navrhovateľa z hľadiska ich obsahu smerujú proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, konkrétne proti skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný stanovil podmienky účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 131 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. vrátane podmienky účasti uvedenej v bode 73 tohto rozhodnutia, neprimerane, neodôvodnil ich primeranosť a vhodnosť, a tým porušil princíp transparentnosti uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podľa § 170 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, navrhovateľ mal pred podaním námietok doručiť žiadosť o nápravu kontrolovanému v súlade s § 170 ods. 2 v spojení s § 164 ods. 1 písm. b) a § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že kontrolovaný vyhlásil predmetnú užšiu súťaž v Úradnom vestníku Európskej únie dňa **15. 3. 2019** pod značkou 2019/S 053-123458. Keďže navrhovateľ doručil žiadosť o nápravu kontrolovanému dňa **29. 3. 2019**, t. j. po lehote ustanovenej v § 164 ods. 5 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda **navrhovateľ nedoručil kontrolovanému žiadosť o nápravu** v lehote ustanovenej zákonom o verejnom obstarávaní, **nesplnil tým povinnosť v zmysle vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.**

102. Podľa § 174 ods. 1 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa, ak žiadosť o nápravu nebola doručená kontrolovanému v lehote podľa § 164 ods. 5 alebo ods. 6 alebo ak doplnená žiadosť o nápravu nebola doručená kontrolovanému v lehote podľa § 165 ods. 1, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b) zákona o verejnom obstarávaní.

103. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti, pre konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa neboli splnené všetky zákonné predpoklady, čím pre úrad

nastala neodstrániteľná prekážka brániaca rozhodovaniu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.

104. Na základe uvedeného bolo potrebné v tejto časti námietok rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia (výrok o zastavení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v časti).

Ku skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný porušil princíp transparentnosti uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu neodôvodnenia nerozdelenia zákazky na časti podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní (body 28, 29, 32 a 33 tohto rozhodnutia).

105. Tak ako už úrad uviedol vyššie, podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému, pričom táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e) tohto zákona. Vzhľadom na to, že námietky navrhovateľa smerujú proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, podaniu námietok v zmysle § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému.

106. Úrad ďalej uvádza, že podľa § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu. Po preskúmaní dokumentácie je úradu zrejmé, že navrhovateľ podal námietky podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň z ustanovenia § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že námietkam smerujúcim proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo iných dokumentoch musí predchádzať žiadosť o nápravu. Z vyššie uvedeného je teda zrejmé, že v predmetnom prípade ide o námietky, ktorým musí predchádzať žiadosť o nápravu, pričom zároveň platí, že námietky svojím obsahom nesmú ísť nad rámec tejto žiadosti.

107. Po preskúmaní textu žiadosti o nápravu, ktorá predchádzala podaným námietkam úrad uvádza, že sa v nej **takéto skutočnosti viažuce sa k navrhovateľom namietaným skutočnostiam**, podľa ktorých kontrolovaný porušil princíp transparentnosti uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu neodôvodnenia nerozdelenia zákazky na časti podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, **nenachádzajú. Vzhľadom na túto skutočnosť má úrad za to, že v predmetnej časti sú námietky podané nad rámec žiadosti o nápravu, čo ustanovenie § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní nepripúšťa.**

108. Úrad uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní v ustanovení § 170 ods. 5 vyžaduje obligatórne uvedenie všetkých v ňom taxatívne stanovených náležitostí. **V prípade absencie ktorejkoľvek náležitosti nie je možné pokračovať v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a meritórne rozhodnúť v danom konaní.** Naplnenie týchto skutočností je jednou z obligatórných náležitostí, ktorých splnenie je podmienkou pre ďalší postup úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa a ich splnenie je úrad povinný skúmať z úradnej povinnosti. Procesné podmienky pre meritórne rozhodovanie o oprávnenosti námietok v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na

základe námietok sú splnené len vtedy, ak sú preukázané skutočnosti a predložené doklady taxatívne stanovené v § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.

109. **Podľa § 174 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ak podané námietky neobsahujú všetky náležitosti podľa § 170 ods. 5 tohto zákona.**
110. Zo skutočností zistených úradom vyplýva, že pre konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu poskytnutých kontrolovaným, konkrétne proti skutočnostiam, podľa ktorých kontrolovaný porušil princíp transparentnosti uvedený v ustanovení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu neodôvodnenia nerozdelenia zákazky na časti podľa § 28 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v tomto prípade neboli splnené všetky zákonné predpoklady, čím pre úrad nastala neodstrániteľná prekážka brániaca meritórnemu rozhodovaniu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.
111. Na základe uvedeného bolo potrebné v tejto časti námietok rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia (výrok o zastavení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa v časti).

Ku skutočnosti týkajúcej sa neuvedenia konkrétnych požiadaviek vo vzťahu k ochrane utajovaných skutočností

112. Úrad uvádza, že kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky obrany a bezpečnosti a v súťažných podkladoch uviedol, že poskytovateľ je povinný zabezpečiť splnenie požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov a je povinný zabezpečiť ochranu utajovaných skutočností aj zo strany prípadného subdodávateľa.
113. Navrhovateľ vo svojich námietkach (bod 9 a 10 tohto rozhodnutia) predmetný bod rámcovej dohody uvedenej v súťažných podkladoch kontrolovaného namieta najmä s poukazom na porušenie ustanovenia § 10 ods. 2 a ustanovenia § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko podľa názoru navrhovateľa kontrolovaný neuviedol vo svojich súťažných podkladoch podmienky a opatrenia na nakladanie s utajovanými skutočnosťami, aj napriek tomu, že v zmysle § 129 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní tak mal urobiť.
114. Úrad s poukazom na ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní uvedené v bodoch 86 a 87 tohto rozhodnutia považuje za nevyhnutné uviesť, že pre citlivú povahu viacerých obranných a bezpečnostných obstarávaní je bezpečnosť informácií dôležitým znakom smernice 2009/81/ES a tento znak sa preniesol v plnej miere aj do zákona o verejnom obstarávaní. Schopnosť a spoľahlivosť záujemcov a uchádzačov chrániť utajované skutočnosti sú rozhodujúcimi pre zadávanie a realizáciu viacerých obranných a citlivých bezpečnostných zákaziek / zmlúv. Úrad ďalej uvádza, že požiadavky na bezpečnosť informácií pretrvávajú počas celého trvania zmluvy a prakticky budú aj testované počas realizácie zmluvy.

115. Úrad dodáva, že verejný obstarávateľ je povinný v prípade zadávania zákaziek z oblasti obrany a bezpečnosti určiť požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, ktoré je uchádzač alebo záujemca povinný zabezpečiť, keďže v týchto prípadoch existuje reálny predpoklad vzniku alebo postupovania utajovanej skutočnosti. Predloženie dôkazu na preukázanie splnenia požiadaviek a opatrení určených na ochranu utajovaných skutočností možno požadovať v každej etape procesu verejného obstarávania, pričom podľa článku 1 bodu 8 smernice 2009/81/ES **utajované skutočnosti sú akékoľvek informácie alebo materiál bez ohľadu na formu, charakter alebo spôsob ich prenosu, ktorým bola prisúdená určitá úroveň bezpečnosti alebo ochrany a ktoré si v záujme národnej bezpečnosti a v súlade so zákonmi, predpismi alebo administratívnymi opatreniami platnými v príslušnom členskom štáte vyžadujú ochranu pred odcudzením, zničením, odstránením, odhalením, stratou alebo prístupom akejkoľvek nepovolanej osoby alebo pred akýmkoľvek iným druhom kompromitovania.** Verejný obstarávateľ môže určiť, aby uchádzač alebo záujemca zabezpečil ochranu utajovaných skutočností aj zo strany svojho subdodávateľa, ktorý je povinný ich aj zabezpečiť.
116. Úrad dodáva, že v prípade, ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť, verejný obstarávateľ uvedie požiadavky a opatrenia potrebné na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v informatívnom dokumente. Zákonodarca vychádzal z uvedených požiadaviek a opatrení na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa recitálu 41 smernice 2009/81/ES, pričom ide teda o zmluvné podmienky, ukladajúce osobitné povinnosti úspešnému uchádzačovi na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností v súlade so zákonom č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Úrad zastáva názor, že verejný obstarávateľ môže pritom vyžadovať na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, aby ponuky obsahovali spravidla:
- a) záväzok uchádzača a už vybraného subdodávateľa dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností,
 - b) záväzok uchádzača získať od osoby, ktorá sa stane jeho subdodávateľom, záväzok podľa písmena a),
 - c) údaje o už vybranom subdodávateľovi, ktoré umožnia verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi zistiť, či má požadované kapacity na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností, ku ktorým má prístup alebo ktoré vytvorí počas realizácie subdodávateľských aktivít,
 - d) záväzok uchádzača poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi údaje podľa písmena c) o každom novom subdodávateľovi pred uzavretím subdodávateľskej zmluvy.
117. Úrad na základe vyššie uvedeného uvádza, že zákonodarca v dôvodovej správe uviedol, že **záväzok uchádzača** a už vybraného subdodávateľa získať od subjektu, ktorý sa stane subdodávateľom dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, **poskytujú vhodné doplnenie k podmienke účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti – dôkazu o schopnosti zabezpečiť požadovanú úroveň bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností.** Úrad k predmetnej skutočnosti uvádza, že kontrolovaný stanovil podmienku

týkajúcu sa technickej spôsobilosti vo svojom oznámení o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky obrany a bezpečnosti tak, ako je uvedené v bode 73 tohto rozhodnutia. Úrad teda považuje záväzok uchádzača a už vybraného subdodávateľa dodržiavať povinnosti na zabezpečenie bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností podľa § 129 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní ako vhodné opatrenie k podmienke účasti týkajúcej sa technickej spôsobilosti uvedenej v bode 2.3 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky obrany a bezpečnosti, a zároveň za dôkaz, ktorý dokazuje schopnosť zabezpečiť požadovanú úroveň bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností.

118. Úrad má za to, že **dôkaz o schopnosti zabezpečiť požadovanú úroveň bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností umožňuje overiť na základe bezpečnostných previerok všeobecnú spôsobilosť chrániť utajované skutočnosti na požadovanej úrovni (požadovanom stupni utajenia), podmienka plnenia zmluvy umožňuje získať pevný záväzok opretý o bezpečnostnú previerku, použiť túto spôsobilosť a chrániť konkrétne informácie prijaté v súvislosti so zmluvou.** Ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní v oblasti bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností formujú koherentný (súvislý) systém, ktorý dovoľuje verejnému obstarávateľovi zabezpečiť prvotne, že len spoľahliví záujemcovia, ktorí majú potrebné schopnosti, budú vyzvaní na predloženie ponuky, a druhotne, že zabezpečia adekvátnu ochranu utajovaných skutočností. V nadväznosti na uvedené úrad považuje za potrebné vyjadriť názor, že **hospodárske subjekty, ktoré majú záujem sa predmetnej užšej súťaže zúčastniť a predložiť relevantnú ponuku tak, aby si kontrolovaný mohol overiť ich schopnosť chrániť utajované skutočnosti, ktoré sa im sprístupnia, majú podľa názoru úradu disponovať vedomosťou o tom, čo je pre predmetnú užšiu súťaž potrebné splniť (napr. v danej oblasti bezpečnosti a ochrany utajovaných skutočností) a v súlade s akými právnymi predpismi svoju činnosť vykonávať tak, aby patrične zabezpečili bezpečnosť a ochranu všetkých utajovaných skutočností, s ktorými budú oboznámení, a/alebo poskytnutím, ak je to potrebné, špecifických bezpečnostných oprávnení.**
119. Úrad pre úplnosť dodáva, že je nie možné spravodlivo požadovať uviesť všetky osobitné právne predpisy a k nim prislúchajúce ustanovenia, ktorými by mal byť hospodársky subjekt, ktorý má záujem zúčastniť sa danej užšej súťaže a predložiť ponuku, viazaný.
120. Na základe skutočností uvedených v bodoch 112 až 119 tohto rozhodnutia, ako aj na základe namietaných skutočností navrhovateľom, skutočností uvedených vo vyjadrení kontrolovaného a ich následného preskúmania úradom, má úrad za to, že kontrolovaný svojím postupom v predmetnej užšej súťaži, konkrétne vo vzťahu ku skutočnosti týkajúcej sa nevedenia konkrétnych požiadaviek vo vzťahu k ochrane utajovaných skutočností, neporušil zákon o verejnom obstarávaní.
121. Úrad na základe vyššie uvedeného považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za neopodstatnené.

Ku skutočnosti týkajúcej sa neodôvodnenej a neprimeranej požiadavky na kvalifikáciu subdodávateľov (body 31, 34, 37 až 39 tohto rozhodnutia)

122. Úrad uvádza, že kontrolovaný stanovil okrem iného v súťažných podkladoch, že, cit.: „Verejný obstarávateľ už v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadoval, aby subdodávatelia spĺňali podmienku podľa § 131 ods. 1 písm. k) zákona, konkrétne oprávnenie zabezpečiť požadovanú bezpečnosť a ochranu utajovaných skutočností, ak ide o zákazku, ktorá je spojená

s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť. Minimálna požadovaná úroveň štandardov: Subdodávateľ musí byť držiteľom platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti subdodávateľa vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia:

- oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné;
- postúpenie utajovanej skutočnosti - tajné;
- vytváranie utajovanej skutočnosti - tajné;

Oprávnenie vydané príslušným orgánom členského štátu verejný obstarávateľ uzná po predchádzajúcom overení platnosti oprávnenia podľa osobitného predpisu ak medzinárodná zmluva neustanovuje inak. Táto podmienka sa netýka subdodávateľov, ktorí dodajú hardvér a softvérové licencie potrebný pre vytvorenie modelového riešenia ochrany webovej aplikácie portálu.“. Zároveň kontrolovaný v návrhu rámcovej dohody súťažných podkladoch stanovil, že, cit.: „V prípade zmeny subdodávateľa je Poskytovateľ povinný písomne oznámiť Objednávateľovi obchodné meno a sídlo subdodávateľa, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa, IČO, % podiel na zákazke, predmet subdodávok. Nový subdodávateľ musí spĺňať podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 32 zákona o verejnom obstarávaní a nesmú u neho neexistovať dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) zákona o verejnom obstarávaní. Subdodávateľ musí byť držiteľom platného potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti vydaného Národným bezpečnostným úradom pre nasledovné úrovne v jednotlivých stupňoch utajenia - oboznamovanie sa s utajovanou skutočnosťou - tajné; postúpenie utajovanej skutočnosti - tajné; vytváranie utajovanej skutočnosti – tajné. Za účelom preukázania splnenia uvedených podmienok. Poskytovateľ predloží príslušné doklady. Súčasne sa vzťahuje na nového subdodávateľa povinnosť byť zapísaný v registri partnerov verejného sektora podľa zákona č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.“ (bod 77 tohto rozhodnutia).

123. Úrad poukazuje na námietky navrhovateľa v bode 34 tohto rozhodnutia, z ktorých vyplýva, že podľa názoru navrhovateľa sa požiadavka, že „každý subdodávateľ musí disponovať previerkou pre stupeň Tajné“ javí ako neprimeraná, nakoľko v praxi ide o inštaláciu a implementáciu bezpečnostných prvkov na zariadeniach obstarávateľa, a teda pri tejto činnosti priamo neprichádza k stretu s utajovanými skutočnosťami, pričom rozšírením tejto požiadavky aj na subdodávateľov dochádza k neprimeranému obmedzeniu výberu subdodávateľov, resp. požiadavka zužuje okruh možných subdodávateľov.

124. Úrad zároveň uvádza, že v zmysle ustanovenia § 129 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (bod 87 tohto rozhodnutia) vo vzťahu k bodu 117 tohto rozhodnutia sa **takýto záväzok môže vyžadovať nielen od uchádzačov, ale aj od subdodávateľov**, a teda toto ustanovenie garantuje verejnému obstarávateľovi, že len spoľahliví záujemcovia, ktorí majú schopnosti, budú vyzvaní na predloženie ponuky, a zároveň, že zabezpečia náležitú ochranu utajovaných skutočností tak, aby bol účel procesu verejného obstarávania splnený. **Úrad má za to, že ustanovenia § 129 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní sú ďalším prvkom systému na ochranu utajovaných skutočností, a teda verejný obstarávateľ môže vyžadovať, aby uchádzači predložili informácie o svojich dodávateľoch tak, aby si mohli overiť ich schopnosť chrániť utajované skutočnosti, ktoré sa im sprístupnia.** V praxi táto informácia môže znamenať predloženie potvrdení od ich národných bezpečnostných autorít, že majú bezpečnostnú previerku na požadovanej bezpečnostnej úrovni, pričom túto informáciu si potom môže verejný obstarávateľ overiť u národnej bezpečnostnej authority. **Úrad v súvislosti s uvedeným dodáva, že týmto spôsobom možno overiť spoľahlivosť nielen hlavného dodávateľa, ale aj subdodávateľov.** Úrad má za to, že uvedeným systémom opatrení verejný

obstarávateľ môže pri zadávaní zákazky vytvoriť priestor pre hospodársku súťaž medzi overenými a bezpečnostne spoľahlivými súťažiteľmi, pričom verejným obstarávaním sa tak aj v oblasti obrany a bezpečnosti vytvára priestor pre čestnú hospodársku súťaž s cieľom získať za vynaložené verejné prostriedky čo možno najlepšiu hodnotu, a to pri akceptácii potrebných bezpečnostných opatrení a prostriedkov. Úrad pre úplnosť dodáva, že nenahraditeľnú úlohu v procese ochrany utajovaných skutočností má v podmienkach Slovenskej republiky Národný bezpečnostný úrad. Okrem akceptácie jeho osvedčení musí verejný obstarávateľ a obstarávateľ uznať aj oprávnenia vydávané príslušnými orgánmi iných členských štátov za podmienky, ak sú rovnocenné s požadovaným oprávnením.

125. Na základe skutočností uvedených v bodoch 122 až 124 tohto rozhodnutia, ako aj na základe skutočností namietaných navrhovateľom a skutočností uvedených vo vyjadrení kontrolovaného a ich následného preskúmania úradom, má úrad za to, že kontrolovaný svojím postupom v predmetnej užšej súťaži, konkrétne vo vzťahu ku skutočnosti týkajúcej sa neodôvodnenej a neprimeranej požiadavky na kvalifikáciu subdodávateľov stanovenej kontrolovaným v súťažných podkladoch, neporušil zákon o verejnom obstarávaní.
126. Úrad na základe vyššie uvedeného považuje námietky navrhovateľa v tejto časti za neopodstatnené.
127. Na základe skutočností uvedených v právnom posúdení (bod 90 až 126 tohto rozhodnutia), má úrad za to, že kontrolovaný v predmetnej užšej súťaži postupoval v súlade s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedených dôvodov úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú v celom rozsahu neopodstatnené (okrem zastavenia konania - body 91 až 111 tohto rozhodnutia), pretože úrad nezistil v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok porušenie zákona o verejnom obstarávaní, na ktoré navrhovateľ poukazuje v námietkach, a ktoré by mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania.
128. Úrad teda vzhľadom na skutočnosti uvedené vyššie v súhrne uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok danej užšej súťaže, na ktoré poukazoval navrhovateľ vo svojich námietkach smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži, na základe čoho je potrebné vydať rozhodnutie o zamietnutí námietok navrhovateľa. Kontrolovaný postupoval v danej užšej súťaži v súlade s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, keď má úrad za to, že kontrolovaný určil požiadavky a opatrenia na ochranu utajovaných skutočností, ktoré je uchádzač alebo záujemca povinný zabezpečiť (aj zo strany subdodávateľa) vo vzťahu na § 129 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní tak, aby zabezpečil čestnú hospodársku súťaž a rovnaký prístup pre všetkých záujemcov o účasť v predmetnej užšej súťaži.
129. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.
130. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

131. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
132. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom rozhodnutia, ktorým úrad zamietla námietky navrhovateľa sa kaucia zložená navrhovateľom na účet úradu v celej uhradenej sume stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie k rozhodnutiu úradu vo vzťahu k častiam námietok navrhovateľa o zastavení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži

Podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti rozhodnutiu úradu v častiach, ktorým úrad zastavil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa nie je možné podať odvolanie. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 174 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je rozhodnutie úradu o zastavení konania preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia úradu.

Poučenie k rozhodnutiu v ostatnej časti námietok navrhovateľa smerujúcich proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži

Proti rozhodnutiu, ktorým úrad zamietol námietky navrhovateľa smerujúce proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť, ponuky alebo návrhu v užšej súťaži v ich ostatnej časti môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1

zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. XY - navrhovateľ
2. Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky, Stromová 1, 813 30 Bratislava, IČO: 00164381 - kontrolovaný