

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) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu v priamom rokovacom konaní na predmet nadlimitnej zákazky „Navýšenie/zmena licencií ESID System GIS CC – 2016; Referenčné číslo: 5/1120/Ob/2016“, ku ktorému bolo oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante zverejnené verejným obstarávateľom **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie 20. 12. 2016 pod značkou 2016/S 245-448054 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16908 - DES, vydáva toto

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

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaduje zrušiť** priame rokovacie konanie na predmet nadlimitnej zákazky „Navýšenie/zmena licencií ESID System GIS CC – 2016; Referenčné číslo: 5/1120/Ob/2016“, ku ktorému bolo oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante zverejnené verejným obstarávateľom **Slovenská správa ciest**, Miletičova 19, 826 19 Bratislava v Úradnom vestníku Európskej únie 20. 12. 2016 pod značkou 2016/S 245-448054 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16908 - DES, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

### **O d ô v o d n e n i e :**

1. Podľa § 167 ods. 1 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“) úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní ustanovených zákonom o verejnom obstarávaní.
2. Podľa § 169 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva (ďalej len „konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“) sa začína
  - a) z vlastného podnetu úradu,
  - b) na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie,
  - c) na základe podnetu úradu vlády alebo
  - d) na základe námietok.

3. Úradu bolo 16. 12. 2016 kontrolovaným doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante pri postupe zadávania predmetnej zákazky. Následne 28. 12. 2016 postúpil odbor metodiky a elektronického verejného obstarávania úradu odboru dohľadu I úradu uvedené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante za účelom preskúmania úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy, nakoľko sa domnieval, že je potrebné overiť splnenie podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
4. Vzhľadom na túto skutočnosť úrad konštatuje, že toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy bolo začaté v súlade s § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, teda z vlastného podnetu úradu, pričom jeho predmetom bolo preskúmanie postupu kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní ešte pred uzatvorením zmluvy.
5. Úrad ďalej uvádza, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného začaté z vlastného podnetu úradu sa v súlade s § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému. Úrad uvádza, že list č. 1688-6000/2017-ODI-Ozn. z 19. 1. 2017, označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“, bol kontrolovanému doručený 24. 1. 2017, a teda toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy začalo 24. 1. 2017. Úrad zároveň tým istým listom vyzval kontrolovaného na doručenie kompletnej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli v zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
6. Na základe výzvy úradu doručil 26. 1. 2017 kontrolovaný úradu dokumentáciu v origináli k predmetnému verejnému obstarávaniu, ktorá však nebola kompletná. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 1688-6000/2017-ODI-P z 20. 2. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. Kontrolovaný doručil úradu doplnenie dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu 6. 3. 2017.
7. Úrad zároveň v predmetnom konaní vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 1688-6000/2016-ODI-PO z 11. 1. 2017 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému v predmetnom priamom rokovacom konaní neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy.

### **Zistenia úradu**

8. Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti súvisiace s porušeniami zákona o verejnom obstarávaní:

9. Úradu bolo 16. 12. 2016 doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante, ktoré bolo kontrolovaným zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16908 – DES na predmet zákazky „Navýšenie/zmena licencií ESID System GIS CC – 2016; Referenčné číslo: 5/1120/Ob/2016“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 345 504,- EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.
10. Kontrolovaný v oddiele II „Predmet“, bod II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol, cit.: „Zmena typov licencie ESID System GIS NL (licencia viazaná na konkrétny počítač) na licencie typu ESID System GIS CC (plávajúca licencia). Ide o 24 ks ESID System CC licencií dodané jednorázovo do 30 dní od nadobudnutia účinnosti zmluvy. Zákazka sa týka existujúceho systému (IS ESID System).“.
11. Kontrolovaný v oddiele IV „Postup“ bod IV.1) „Opis“ podbod IV.1.1) „Druh postupu“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol, cit.: „Rokovacie konanie bez predbežného zverejnenia (v súlade s článkom 32 smernice 2014/24/EÚ).“.
12. Kontrolovaný v oddiele V „Pridelenie položky/koncesie“, bod V.2) „Pridelenie zákazky/koncesie“, podbod V.2.3) „Názov a adresa dodávateľa/držiťateľa koncesie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol spoločnosť EMIS s.r.o., Jána Hollého 8479/5, 917 00 Trnava (ďalej aj len „EMIS s.r.o.“).
13. Kontrolovaný v prílohe D1 „Všeobecné obstarávanie“, bod D1.1 „Odôvodnenie výberu rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia výzvy na súťaž v súlade s článkom 32 smernice 2014/24/EÚ“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol, cit.: „(...) Práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt z týchto dôvodov: áno. Dôvod: ochrana výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva.“ a v D1.3 „Vysvetlenie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol, cit.: „Slovenská správa ciest zakúpila v roku 2008 od spoločnosti EMIS s.r.o., modulárne rozšírenie informačného systému ESID System, ktorý ponúka komplexné informácie o pozemkoch a geometrických plánoch a realizuje import reálnych dát. V roku 2011 a 2012 bol ESID System GIS rozšírený o ďalšie užívateľské licencie, ktoré boli nainštalované najmä na pracoviskách správcov ciest na jednotlivých IVSC (vrátane detašovaných pracovísk) s tým, aby väčší počet zamestnancov SSC mal prístup k zmluvám a dátam katastra nehnuteľností prostredníctvom tohto IS. Vzhľadom na pokročilejšiu prácu v ESID System GIS a s tým spojený zvýšený objem prenášaných dát a nárast používateľov tohto systému, je potrebné na situáciu reagovať zmenou prístupu z licencie viazanej na počítač na licenciu plávajúcu, ktorá umožní prácu v Terminal server, čím používateľ získa okamžité reakcie, zmenší sa prenos dát v internej sieti a VPN pripojeniach a z časového hľadiska pôjde o výraznú úsporu. Taktiež nebudú kladené tak vysoké nároky na používateľské stanice. Z dôvodu zmeny technického riešenia prístupu jednotlivých užívateľov k databáze na platformu Terminal server je cieľom navýšenie licencií typu ESID System GIS CC výmenou za licencie ESID System GIS NL, ktorý SSC využíva na základe zmluvy o dielo č. 1089/1300/2008 na modulárne rozšírenie Informačného systému ESID System a Licenčnej zmluvy a zmluvy o dielo č. 788/1120/2009 na rozšírenie ESID System GIS v oblasti Mapové Okno ESID System.“.
14. Kontrolovaný v dokumente označenom ako „Zámena/upgrade licencií IS ESID System GIS - analýza“ z 28. 11. 2016 uvádza okrem iného nasledovné, cit.: „SSC si pred vyhlásením priameho rokovacieho konania overila, či spoločnosť EMIS s.r.o., so sídlom Ulica Jána Hollého 8479/5, 917 00 Trnava, ako poskytovateľ licencie, postúpila autorské práva inému

subjektu, prípadne či má spoločnosť výhradného partnera. Na základe čestných vyhlásení, ktoré si SSC vyžiadala a ktoré prikladáme v prílohe tejto analýzy konštatujeme, že **spoločnosť EMIS s.r.o. nepostúpila autorské práva žiadnemu inému subjektu a nemá výhradného partnera určeného k predaju licencií. (...) V informačnom systéme sú myšlienky, ktoré sú z pohľadu práce so systémom jedinečné a bolo by časovo a hlavne finančne náročné tieto myšlienky nanovo spracovať do iných systémov, preto sa SSC rozhodla vymeniť existujúce NL licencie za CC licencie, ktoré sú z dlhodobého hľadiska perspektívnym riešením licencovania z pohľadu možnosti práce na vzdialenej pracovnej ploche, čo znižuje nároky na klientske PC. Tieto technické vlastnosti a aj časové a finančné nároky, ktoré by boli potrebné na adekvátne riešenie, hovoria v prospech VO.“.**

15. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentácie je aj dokument označený ako „Odôvodnenie použitého priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3“ z 29. 11. 2016, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „Informačný systém ESID System GIS používa unikátne technologické prvky, ktoré sa v prostredí Slovenskej správy ciest (ďalej aj len „SSC“) používa pri práci s geodetickými informáciami a z nich spracovaných podkladov, ktoré sú potrebné pre efektívne plnenie úloh v zmysle zriaďovacej listiny a štatútu SSC. Jednou z hlavných úloh SSC je zabezpečenie výkonu priameho investora pri príprave a výstavbe ciest I. triedy vo vlastníctve štátu, ich predinvestičnú a investičnú prípravu, realizáciu stavieb a špeciálne odborné činnosti investičnej výstavby. K plneniu tejto činnosti využíva SSC IS ESID System, modul zrýchlenej tvorby kúpnych zmlúv nehnuteľného majetku a taktiež modul GIS, ktorý je prepojený s celým systémom, čím umožňuje kontrolu vysporiadaných pozemkov priamo s informáciami za časové obdobie z údajov katastra nehnuteľností. Tieto údaje sú samostatným modulom importované zo starých technológií do štandardného databázového prostredia a cez špeciálne funkcie spájané do jedného celku. Taktiež tento IS je prepojený na ďalšie informačné systémy ako napr. modul „Cestnej databanky“ alebo databázový systém „Zmluvy“ či „Registratúra“. Táto technológia je využívaná aj pri importoch geometrických plánov do systému, či už ide o popisné alebo grafické dáta, ako aj informácie o ťarchách a plombách. Ide o užívateľské dáta, ktoré sa využívajú pri výkupoch, zlúčeníach alebo rozdeľovaní pozemkov, informácie o objektoch, daňových povinnostiach, skenovaných alebo importovaných GP a zmluvách. Na druhej strane je databáza s popisnými katastrálnymi a grafickými údajmi. Týmto je zabezpečená informácia v každom momente s grafickým výstupom. V súčasnej dobe pracujú s IS ESID System GIS takmer všetky organizačné zložky SSC. Vzhľadom na neustále narastajúce požiadavky sa SSC rozhodla vymeniť existujúce viazané licencie za licencie plávajúce. Výmenou sa zabezpečí efektívnejšie využitie licencie podľa konkrétnej potreby a nestane sa, že licencia je na PC, ktorý ju v danom momente nepoužíva. Využitie licencie bude v konkrétny moment, čiže licencia sa požičia a opäť po skončení práce sa licencia vráti. Z tohto dôvodu vie tento typ licencovania obslužiť viacero užívateľov. Keďže ide o softvér, ktorý podlieha ochrane podľa zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon, verejný obstarávateľ splnil podmienku pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. Spoločnosť EMIS s.r.o., môže preukázať duševné vlastníctvo na produkt ESID System, pretože je vlastníkom práv a zdrojových kódov systému a sama tento produkt vyvíja a predáva. Na túto skutočnosť EMIS s.r.o., vydala aj čestné prehlásenie, ktoré deklaruje, že je autorom a vlastníkom výhradných práv k informačnému systému ESID System. (...) **V informačnom systéme sú myšlienky, ktoré sú z pohľadu práce so systémom jedinečné a bolo by časovo a hlavne finančne náročné tieto myšlienky nanovo spracovať do iných systémov.“.**

16. Kontrolovaným doručená dokumentácia obsahuje **zmluvu o dielo č. 1089/1300/2008 na modulárne rozšírenie Informačného systému ESID System a Licenčnú zmluvu z 25. 9. 2008** (ďalej aj len „zmluva o dielo“), ktorá bola uzavretá medzi kontrolovaným (objednávateľ, resp. nadobúdateľ) a spoločnosťou EMIS s.r.o. (poskytovateľ). V článku 10 „Licencia“ odseky 2 - 4 predmetnej zmluvy o dielo je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „**Nadobúdateľ má právo dielo užívať pre svoju vnútornú potrebu** za účelom evidencie a kontroly pozemkov, zmlúv a geometrických plánov (...). Na iné účely alebo iným spôsobom ako je uvedené v tejto zmluve môže nadobúdateľ použiť dielo iba s predchádzajúcim písomným súhlasom poskytovateľa. **Poskytnutá licencia je nevýhradná a neprenosná** a poskytuje sa na dobu trvania majetkových autorských práv k dielu. **Licenca oprávňuje nadobúdateľa používať program v stave, v akom mu bol dodaný** podľa zmluvy o dielo a neskôr modifikovaný poskytovateľom na základe dohody zmluvných strán. **Licenca neoprávňuje nadobúdateľa na poskytovanie akejkoľvek ďalšej sublicencie ani k poskytovaniu programu pre použitie alebo kopírovanie treťou osobou bez predchádzajúceho písomného súhlasu poskytovateľa.**“ V článku 13 „Autorské a iné práva“ odsek 1 predmetnej zmluvy o dielo je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „**Poskytovateľ výhradne nakladá so všetkými právami** patentovými, autorskými, právami k ochranným známkam a právami založenými na obchodnom tajomstve **vo vzťahu k softvérovej aplikácii.** Úrad uvádza, že kontrolovaný následne predmetnú zmluvu o dielo upravil 3 dodatkami: dodatok č. 1/2009, dodatok č. 2/2011 a dodatok č. 3/2012 k predmetnej zmluve o dielo. Úrad ďalej uvádza, že kontrolovaný uzavrel so spoločnosťou EMIS s.r.o., **zmluvu o dielo č. 788/1120/2009** z 11. 12. 2009 za účelom rozšírenia, resp. nadstavby ESID Systemu GIS v oblasti „Mapové Okno“ ESID System. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že predmetnými dodatkami k uzavretej zmluve o dielo ani zmluvou o dielo č. 788/1120/2009 z 11. 12. 2009 nedošlo k zmene, resp. úprave podmienok poskytnutia licencie.
17. Kontrolovaný zároveň v dokumentácii predložil aj „**Licenčná zmluva na informačný systém ESID System GIS č. 1993/3300/2014**“ z 14. 11. 2014, ktorá bola uzavretá medzi kontrolovaným (objednávateľ, resp. nadobúdateľ) a spoločnosťou EMIS s.r.o. (poskytovateľ). Predmetnou licenčnou zmluvou došlo k navýšeniu, resp. zmene typu licencie ESID System GIS NL na licenciu typu ESID System GIS CC. V článku 2 „Predmet zmluvy“ odsek 3 predmetnej licenčnej zmluvy je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „Touto zmluvou poskytovateľ udeľuje súhlas na použitie dodaného diela ESID System GIS nasledovne: **Spôsob použitia diela: Objednávateľ je oprávnený používať dielo pre vlastnú potrebu** za účelom evidencie a kontroly pozemkov, objektov a stavieb, prípadne ďalšie účely ako sú popísané k dodanej používateľskej príručke k dielu. (...) Forma licencie: výmena licencií z viazaných na počítač ESID System GIS NL za plávajúce licencie ESID System GIS CC (20 ks). V článku 9 „Autorské a iné práva“ odseky 1 – 5 predmetnej licenčnej zmluvy je okrem iného uvedené nasledovné, cit.: „**Poskytovateľ výhradne nakladá so všetkými právami** patentovými, autorskými, právami k ochranným známkam a právami založenými na obchodnom tajomstve **vo vzťahu k softvérovej aplikácii a dielu.** (...) **Objednávateľ nie je oprávnený informačný systém ani jeho časti vráťane príslušenstva v pôvodnej ani modifikovanej podobe šíriť, prenechať za odplatu alebo bezplatne inej právnickej alebo fyzickej osobe (...).** **Objednávateľ je oprávnený manipulovať s dielom len v súlade s pokynmi poskytovateľa.** Objednávateľ nie je oprávnený do diela zasahovať inak ako formou zákaznickeho nastavenia, ktoré dokumentácia k dielu pripúšťa. (...).“
18. V dokumentácii doručenej kontrolovaným sa nachádza aj **čestné vyhlásenie spoločnosti EMIS s.r.o.**, z 20. 12. 2016, v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „(...) Čestne vyhlasujem,

že spoločnosť EMIS s.r.o., je autorom a vlastníkom výhradných práv k informačnému systému ESID System. V dokumentácii sa taktiež nachádza čestné prehlásenie spoločnosti EMIS s.r.o., z 20. 12. 2016, v ktorom je uvedené nasledovné, cit.: „Spoločnosť EMIS s.r.o., neposkytla súhlas na použitie vyhotoveného diela podľa zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov. **Nie je možné vykonať požadovanú zákazku iným dodávateľom bez jeho zásahu do autorského práva.** Spoločnosť EMIS s.r.o., disponuje požadovanými technickými (metodickými) znalosťami a poznatkami (know – how), ktorými nedisponuje iný dodávateľ. **Spoločnosť EMIS s.r.o., nepreviedla svoje výhradné práva (dispozičné a majetkové) na tretie osoby, čím si takto vyhradzuje ako autor právo zasahovať a upravovať pôvodné dielo alebo toto dielo zlúčiť do nového diela, príp. dielo inak použiť.**“.

### **Vyjadrenie kontrolovaného ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy**

19. Úrad listom č. 1688-6000/2017-ODI-V z 24. 3. 2017, doručeným kontrolovanému 3. 4. 2017, vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného. V úradom stanovenej lehote, konkrétne 21. 4. 2017, bol úradu doručený od kontrolovaného list z 21. 4. 2017 označený ako „(...) - vyjadrenie ku skutočnostiam zistených v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy – Váš list 1688-6000/2017-ODI-V“.
20. Kontrolovaný sa vo svojom vyjadrení postupne vyjadril ku všetkým trom podmienkam, s ktorých kumulatívnym naplnením zákonodarca spája možnosť postupu podľa § 81 písm. b) bodu 3 zákona o verejnom obstarávaní. Vo vzťahu k výhradným právam kontrolovaný uviedol, že EMIS s.r.o. je jediný možný dodávateľ, ktorý dokáže naplniť predmet zákazky a je výhradný držiteľ, resp. vykonávateľ autorských práv, pričom úrad skonštatoval, že táto podmienka bola preukázaná. Vo vzťahu k neexistencii primeranej alternatívy alebo náhrady sa ďalej kontrolovaný vyjadril, cit.: „Ďalšou podmienkou je skutočnosť, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada – táto druhá podmienka je tiež jednoznačne splnená, pretože ako už aj UVO uviedlo, neexistuje také technické riešenie, ktoré vzhľadom na charakter systému by bolo možné použiť ako náhradu za toto riešenie. Pod týmto chápeme komplex parametrov – technických, ekonomických a časových. Slovenská správa ciest plní práce vo verejnom záujme a jednoznačne potrebuje tento konkrétny systém na výkon týchto činností, zakúpenie dodatočného množstva licencií je nevhodné. Taktiež nie je možné z časového hľadiska tento systém nahradiť tak, aby neboli narušené potrebné činnosti Slovenskej správy ciest. V tomto stave neexistuje možnosť zmeny legislatívy aj z dôvodu, že Ústava SR jednoznačne garantuje majetkové práva a vysporiadanie pozemkov. Na toto majetkové vysporiadanie je naviazané aj čerpanie finančných prostriedkov z EÚ a nesplnenie termínov ohrozuje naplnenie zmlúv, čím ohrozujeme oveľa väčšie finančné prostriedky.“. Ako poslednou v rámci svojho vyjadrenia sa kontrolovaný zaoberal podmienkou, či chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Kontrolovaný vo vzťahu k predmetnej podmienke uviedol nasledovné, cit.: „Podmienka, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania je splnená, vzhľadom na skutočnosť, že SSC žiadala zdrojové dáta, zmenu typu licencie, ale dodávateľ nesúhlasil s touto zmenou bezodplatne a pre SSC nie je akceptovateľné, aby za tieto činnosti platila navyše, úspornejšie je zmeniť typ licencií a využiť tento systém, na ktorý je integrovaných množstvo ďalších systémov, čo SSC od začiatku uvádza.“. Kontrolovaný má za to, že boli splnené kumulatívne všetky podmienky podľa § 81 písm. b) bodu 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný je

presvedčený, že sú splnené všetky dôvody a že sú objektívne a SSC preukázala každú čiastkovú podmienku, navyiac z vyššie uvedeného je zrejmé, že ak by sa aj zmenil charakter verejného obstarávania a nepoužil by sa postup priameho rokovacieho konania, tak by sa vzhľadom na kladené objektívne podmienky prihlásil iba jeden záujemca, a to priamo autor informačného systému. Keďže vo fáze predkladania ponúk by nevzniklo konkurenčné prostredie, je pravdepodobné, že takýto postup by bol menej hospodárny, ako uplatnenie § 81 písm. b) bodu 3 zákona o verejnom obstarávaní, kedy verejný obstarávateľ rokuje o prácnosti, návrhu riešenia ako aj jednotkových cenách, argumentuje a má priamy vplyv na zefektívnenie riešenia, a to tak po autorskej, technickej, časovej ako aj finančnej stránke výmeny týchto licencií, čiže sú splnené všetky náležitosti podľa predmetného zákonného ustanovenia.

## Právny rámec

21. 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.
22. Podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže verejný obstarávateľ použiť za predpokladu, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak
  1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu,
  2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo
  3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
23. Podľa § 82 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ vyzve na rokovanie jedného alebo viacerých vybraných záujemcov, s ktorými rokuje o podmienkach zmluvy, ak spĺňa aspoň jednu z podmienok uvedených v § 81 písm. b), d) až h) zákona o verejnom obstarávaní.
24. Podľa bodu 14 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES by sa malo spresniť, že pojem „hospodárske subjekty“ by sa mal vykladať široko, aby zahŕňal všetky osoby a/alebo subjekty, ktoré ponúkajú uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb na trhu, a to bez ohľadu na právnu formu, ktorú si zvolili pre svoje fungovanie. Preto by sa pojem hospodársky subjekt mal vzťahovať na všetky firmy, pobočky, dcérske spoločnosti, verejné obchodné spoločnosti, družstevné spoločenstvá, spoločnosti s ručením obmedzeným, univerzity, či už verejné alebo súkromné, a iné formy subjektov, než sú fyzické osoby, a to za každých okolností bez ohľadu na to, či ide o „právnické osoby“.
25. Podľa bodu 50 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES vzhľadom na škodlivý vplyv na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie nie

je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré verejný obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré ani nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž alebo neprinieslo lepšie výsledky obstarávania, v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. To je prípad umeleckých diel, keď osoba umelca štandardne určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného umeleckého predmetu. Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez zverejnenia, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. Verejní obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali uviesť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu verejného obstarávateľa, alebo zväzenie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb. Ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto by sa mali v jednotlivých prípadoch prísne vymedziť a odôvodniť. Tieto dôvody by mohli zahŕňať napríklad prípad, keď pre iný hospodársky subjekt je takmer technicky nemožné dosiahnuť požadované ciele alebo keď existuje potreba používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky, ktoré má k dispozícii len jeden hospodársky subjekt. Technické dôvody môžu takisto vyplývať z osobitných požiadaviek na interoperabilitu, ktoré sa musia splniť, aby sa zabezpečilo fungovanie stavebných prác, tovaru alebo služieb, ktoré sa majú obstaráť. Napokon, postup obstarávania nie je užitočný, ak sa tovar kupuje priamo na komoditnom trhu vrátane obchodných platforiem pre komodity, ako sú burzy poľnohospodárskych výrobkov, surovín a energie, v prípade ktorých je prirodzenou zárukou trhových cien regulovaná mnohostranná obchodná štruktúra, nad ktorou sa vykonáva dohľad.

26. Podľa čl. 32 ods. 2 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia sa pri verejných zákazkách na uskutočnenie stavebných prác, verejných zákazkách na dodanie tovaru a verejných zákazkách na poskytnutie služieb môže použiť, ak práce, tovar alebo služby dokáže dodať iba jeden konkrétny hospodársky subjekt, a to z ktoréhokoľvek z týchto dôvodov:
- i) cieľom obstarávania je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu;
  - ii) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž;
  - iii) ochrana výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva.
- Výnimky stanovené v bodoch ii) a iii) sa uplatňujú len v prípadoch, keď neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania.

### **Právne posúdenie úradom**

27. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným a vyjadrenia kontrolovaného ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy uvádza nasledovné odôvodnenie porušenia zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania:
28. Úrad uvádza, že z oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante vyplýva, že kontrolovaný na zadanie predmetnej zákazky využil postup priameho rokovacieho konania



v zmysle § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný tvrdí, že na relevantnom trhu neexistuje žiaden iný hospodársky subjekt ako EMIS, s.r.o., ktorý by bol oprávnený na zmenu typov licencie ESID System GIS NL (licencia viazaná na konkrétny počítač) na licencie typu ESID System GIS CC (plávajúca licencia) a taktiež konštatuje, že zákazka sa týka existujúceho informačného systému ESID System. Ďalej kontrolovaný tvrdí, že spoločnosť EMIS, s.r.o. je jediným subjektom, ktorý môže danú zákazku plniť, teda môže poskytnúť licencie k predmetným informačným systémom, ktoré sú predmetom tohto priameho rokovacieho konania.

29. Úrad uvádza, že priame rokovacie konanie predstavuje v zmysle § 29 zákona o verejnom obstarávaní jeden z postupov vo verejnom obstarávaní pri nadlimitných zákazkách, pričom možnosť použitia tohto postupu pri zadávaní nadlimitnej zákazky verejným obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok uvedených v § 81 zákona o verejnom obstarávaní (písm. a) až i)). Verejný obstarávateľ by mal postup priameho rokovacieho konania využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Úrad má takisto za to, že verejný obstarávateľ je v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienky alebo podmienok uvedených v § 81 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je alebo ktoré sú podľa jeho názoru podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní nadlimitnej zákazky. Zároveň v súlade s § 82 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je verejný obstarávateľ povinný vyzvať na rokovanie o podmienkach zákazky jedného alebo viacerých vybraných záujemcov v závislosti od podmienky uvedenej v § 81 zákona o verejnom obstarávaní.
30. Úrad ďalej uvádza, že z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C-57/94 vyplýva, že ustanovenia umožňujúce zadať zákazku postupom priameho rokovacieho konania je potrebné vykladať reštriktívne. Z bodu 50 Preambuly Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica č. 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní“) vyplýva skutočnosť, že priame rokovacie konanie má škodlivý vplyv na hospodársku súťaž a že vzhľadom na to by sa malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Znamená to, že **zodpovednosť za použitie priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi, ktorý má zároveň aj povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienky pre aplikáciu tohto postupu verejného obstarávania.** Úrad uvádza, že v zmysle rozsudkov Súdneho dvora EÚ dôkazné bremeno preukázania skutočnosti, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, prináleží subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade kontrolovanému (napr. rozsudky vo veci C-250/07, C-57/94, C-20/01 a C-28/01). Súdny dvor Európskej únie v bode 34 rozsudku zo 4. 6. 2009 vo veci C-250/07 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Helénskej republike) uviedol, cit.: „Najprv treba pripomenúť, že ustanovenia článku 20 ods. 2 písm. c) a d) smernice 93/38 ako výnimky z pravidiel týkajúcich sa postupov verejného obstarávania musia byť vykladané doslovne a dôkazné bremeno je na subjekte, ktorý ich chce použiť. (...)“. Podobne je táto skutočnosť uvedená aj v bode 19 rozsudku zo 14. 9. 2004 vo veci C-385-02 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Talianskej republike), cit.: „Ustanovenia článku 7 ods. 3 smernice, ktoré povoľujú výnimky z pravidiel na zabezpečenie účinnosti práv uznaných Zmluvou ES v oblasti verejných zmlúv na zhotovenie prác, musia byť vykladané striktné a je na tom, kto sa ich dovoľáva, aby preukázal, že výnimočné okolnosti odôvodňujúce výnimku aj skutočne existujú (...)“. Úrad má navyše za to, že verejný obstarávateľ nie je oprávnený

zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.

31. Úrad ďalej uvádza, že v prípade, ak verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania nadlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienky uvedenej v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní tak, ako to v tomto prípade urobil kontrolovaný, je povinný preukázať kumulatívne splnenie podmienok, a teda že
- ide o výhradné práva;**
  - neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada;**
  - neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
32. Úrad v tejto súvislosti opakovane poukazuje na judikatúru Súdneho dvora EÚ, z ktorej vyplýva, že v prípade, ak sa verejný obstarávateľ rozhodne určitú zákazku zadať dodávateľovi nesúťažným postupom zadávania zákazky, riziko porušenia princípu nediskriminácie je pomerne vysoké, preto pri použití priameho rokovacieho konania dôvod, ktorý verejného obstarávateľa oprávňuje na tento postup (v tomto prípade kontrolovaným deklarovaná existencia výhradných práv) nesmie zakladať rozpor so základnými zásadami Európskej únie, a teda ani so zásadou zákazu diskriminácie. Z judikatúry Súdneho dvora EÚ taktiež vyplýva, že **splnenie podmienky/podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania musí byť predloženými dôkazmi náležite preukázané** (rozsudok vo veci C-20/01 a C-28/01). Úrad dodáva, že postupom priameho rokovacieho konania dochádza v porovnaní s ostatnými postupmi zadávania zákaziek nielen k zvýšeniu rizika diskriminácie záujemcov, ale aj k obmedzeniu hospodárskej súťaže, keďže verejný obstarávateľ sám rozhoduje, ktorý subjekt/subjekty vyzve na rokovanie, ktoré bude viesť k uzavretiu zmluvy.
33. Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že z § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že aplikácia priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia je možná iba v prípade, keď sú naplnené všetky tri v ňom uvedené podmienky kumulatívne, a teda **ide o výhradné práva tohto subjektu, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Ako už bolo vyššie uvedené, existenciu všetkých týchto podmienok je verejný obstarávateľ povinný náležite preukázať objektívnymi skutočnosťami.**
34. Úrad konštatuje, že zo znenia predmetného ustanovenia vyplýva, že verejný obstarávateľ je oprávnený použiť postup priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky, pokiaľ sú dôvody pre jeho použitie objektívne. Za objektívny dôvod použitia priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky je v zmysle § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní možné považovať existenciu výhradných práv, ktoré patria len určitému hospodárskemu subjektu, a to len za kumulatívneho naplnenia predpokladov, že neexistuje žiadne iné alternatívne/náhradné riešenie, ktoré je možné považovať za primerané a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania z vôle verejného obstarávateľa. Z uvedeného teda vyplýva, že podľa znenia ustanovenia § 81 písm. b) bod 3 **verejný obstarávateľ nie je oprávnený použiť postup priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky len z dôvodu ochrany výhradných práv, pokiaľ objektívne nepreukáže, že sú súčasne splnené aj vyššie uvedené predpoklady.** Primerané alternatíve/náhradne riešenie neexistuje, ak verejný obstarávateľ preukáže, že z objektívnych dôvodov nie je možné zabezpečiť rovnaký, resp. podobný výsledok iným tovarom, stavebnou prácou alebo službou tak, aby nespôsobil neprimerané ťažkosti

a náklady pri dosiahnutí splnenia potrieb verejného obstarávateľa. Za umelé zúženie parametrov verejného obstarávania z vôle verejného obstarávateľa, ktorým spôsobí chýbajúcu hospodársku súťaž, je možné považovať konanie verejného obstarávateľa, ktorým by sa svojím vlastným postupom dostal do situácie, kedy by musel prideliť zákazku len určitému konkrétnemu hospodárskemu subjektu. V uvedenom prípade by sa verejný obstarávateľ nemohol dovolávať, resp. zdôvodňovať oprávnenosť použitia postupu priameho rokovacieho konania existenciou len jedného dodávateľa schopného realizovať predmet zákazky, nakoľko sám tento stav exkluzivity vytvoril.

35. Úrad konštatuje, že prvou podmienkou, ktorá musí byť obligatórne splnená na to, aby kontrolovaný mohol uplatniť postup priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, je existencia výhradných práv. Úrad po preskúmaní predložených zmlúv o dielo č. 1089/1300/2008, č. 788/1120/2009 a licenčnej zmluvy č. 1993/3300/2014 a taktiež na základe predloženého čestného vyhlásenia spoločnosti EMIS s.r.o., konštatuje, že má za preukázané, že spoločnosť EMIS s.r.o., je výhradný držiteľ, resp. vykonávateľ autorských (dispozičných a majetkových) práv k informačnému systému ESID System. Úrad má na základe uvedeného za to, že kontrolovaný preukázal, že **bola splnená jedna z podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to podmienka týkajúca sa existencie výhradných práv spoločnosti, s ktorou kontrolovaný plánuje uzavrieť zmluvu postupom priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.**
36. Úrad konštatuje, že ďalšou podmienkou, ktorá musí byť obligatórne splnená na to, aby kontrolovaný mohol uplatniť postup priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, je skutočnosť, že **neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada.** Tak ako už bolo uvedené, dôkazné bremeno splnenia všetkých zákonom o verejnom obstarávaní požadovaných podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania je na zadávateľovi tejto zákazky, ktorý ich musí aj náležite zdôvodniť. Úrad dodáva, že nedostatok alternatívnych, resp. náhradných riešení musí byť objektívne preukázaný zo strany kontrolovaného. **Nejde o situáciu, keď kontrolovaný nepozná alternatívne/náhradné riešenie, ide skôr o situáciu, keď žiadne primerané alternatívne/náhradné riešenie skutočne neexistuje. Nedostatok alternatívnych/náhradných riešení nesmie byť spôsobený akýmkoľvek subjektívnymi faktormi.**
37. Úrad konštatuje, že pod tzv. primeranou alternatívou alebo náhradou je možné rozumieť (chápať) komplex parametrov - technickej, economickej, časovej povahy, pričom do tohto rozsahu môže spadať aj zmena legislatívy, ak daný informačný systém pokrýva/zaznamenáva požiadavky vyplývajúce z príslušnej legislatívy. To znamená, že **preukázanie neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady kontrolovaným môže byť akceptované iba v takom prípade, ak ten dostatočne preukáže neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady prostredníctvom komplexu parametrov, ktorý bude zahŕňať technické, ekonomické, časové, či legislatívne hľadisko.**
38. V nadväznosti na uvedené úrad poukazuje na dokument označený ako „Zámena/upgrade licencií IS ESID System GIS - analýza“ z 28. 11. 2016 a dokument označený ako „Odôvodnenie použitého priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3“ z 29. 11. 2016, v ktorých kontrolovaný uvádza okrem iného nasledovné, cit.: „(...) V informačnom systéme sú **myšlienky, ktoré sú z pohľadu práce so systémom jedinečné a bolo by časovo a hlavne finančne náročné tieto myšlienky nanovo spracovať do iných systémov (...).**“ Úrad konštatuje, že tvrdenia kontrolovaného uvedené v predmetných

dokumentoch sú len všeobecného charakteru, ktoré úrad z dôvodu absencie odôvodnenia, resp. dôkazných prostriedkov nemôže považovať za objektívne dôkazné prostriedky. **V tomto prípade ide len o všeobecné konštatácie (domnienky), ktoré kontrolovaný žiadnym spôsobom bližšie nekonkretizuje a nerozvádza.**

39. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti má za to, že **podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným dostatočne preukázaná, keďže úradu neboli predložené žiadne doklady, z ktorých by vyplývalo, že alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia by pre neho skutočne predstavovala vyššie finančné nároky, resp. vyššiu náročnosť z časového hľadiska tak, ako to tvrdí kontrolovaný.** Úrad sa teda domnieva, že kontrolovaný dostatočným spôsobom nepreukázal a neodôvodnil splnenie tejto podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na absenciu dôkazných prostriedkov ako napr. znalecký posudok/odborné posúdenie, prieskum trhu, resp. oslovenie ďalších spoločností s vyčíslením konkrétnych nákladov so zohľadnením časových, prípadne legislatívnych aspektov. Úrad je toho názoru, že **kontrolovaný svojím postupom, ktorý je zaznamenaný v doručenej dokumentácii, neunesol dôkazné bremeno a nepreukázal, že v danom prípade žiadne primerané alternatívne/náhradné riešenie skutočne neexistuje.**
40. Úrad vo vzťahu k tvrdeniam kontrolovaného uvedeným v jeho vyjadrení z 21. 4. 2017 k tejto čiastkovej podmienke uvádza, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení uviedol len všeobecné konštatácie, ktoré žiadnym spôsobom nepreukazujú, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k požadovanému predmetu zákazky. Úrad ďalej uvádza, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení vo všeobecnej rovine poukázal na skutočnosť, že jednoznačne potrebuje len tento konkrétny systém na výkon činností vo verejnom záujme, nehospodárnosť dodatočného zakúpenia licencií, časové hľadisko, avšak tieto svoje tvrdenia kontrolovaný ďalej žiadnym spôsobom bližšie nekonkretizuje a nerozvádza, a preto úrad považuje tieto jeho tvrdenia za nedostatočné, nakoľko neodôvodňujú splnenie tejto čiastkovej podmienky uvedenej v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad zároveň dodáva, že kontrolovaný ako súčasť vyjadrenia nepredložil žiadne dôkazy, z ktorých by vyplývalo, že alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia by pre neho bola z časového a finančného hľadiska mimoriadne nehospodárna v porovnaní so zadaním zákazky spoločnosti EMIS s.r.o. tak, ako to tvrdí kontrolovaný.
41. Úrad konštatuje, že **z predloženej dokumentácie nevyplýva, že by kontrolovaný oslovil aj iné subjekty na relevantnom trhu za účelom zistenia, či sú alebo nie sú schopné poskytnúť mu primeranú alternatívu alebo náhradu k požadovanej službe, a preto je možné konštatovať, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady.** Podľa názoru úradu mal kontrolovaný osloviť aj iných potenciálnych poskytovateľov, ktorí by mu predložili určitú cenovú ponuku, z ktorej by kontrolovaný zistil, aké by boli reálne náklady iných poskytovateľov na požadovanú službu, resp. v akom časovom horizonte by mu vedeli požadovanú službu zabezpečiť, resp. mal kontrolovaný predložiť iné dôkazné prostriedky ako napr. znalecký posudok a pod.. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný za účelom preskúmania a zistenia neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady k požadovanej službe nevyvinul dostatočné úsilie, keďže nepredložil žiadne relevantné dôkazné prostriedky, ktoré by uvedenú skutočnosť preukazovali.
42. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným dostatočne preukázaná, keďže úradu**

z predložených dokladov nevyplýva, že alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia by pre kontrolovaného bola z časového a finančného hľadiska mimoriadne neehospodárna v porovnaní so zadaním zákazky spoločnosti EMIS s.r.o. tak, ako to tvrdí kontrolovaný. Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno a dostatočne nepreukázal neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady. Úrad na základe uvedeného uvádza, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nebola dostatočne preukázaná podmienka na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne neexistencia primeranej alternatívy alebo náhrady.

43. Ďalšou podmienkou, ktorá musí byť obligatórne splnená na to, aby kontrolovaný mohol uplatniť postup priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, je skutočnosť, že **neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**. Úrad uvádza, že z dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu vyplýva, že kontrolovaný uzavrel so spoločnosťou EMIS s.r.o., zmluvu o dielo č. 1089/1300/2008 na modulárne rozšírenie Informačného systému ESID System a Licenčnú zmluvu z 25. 9. 2008. Z obsahu predmetnej zmluvy vyplýva, že **nadobúdateľ (kontrolovaný) má právo dielo užívať pre svoju vnútornú potrebu**, na iné účely alebo iným spôsobom, ako je uvedené v predmetnej zmluve, môže nadobúdateľ použiť dielo iba s predchádzajúcim písomným súhlasom poskytovateľa. Z obsahu predmetnej zmluvy taktiež vyplýva, že **poskytnutá licencia je nevýhradná a neprenosná, pričom licencia neoprávňuje nadobúdateľa na poskytovanie akejkoľvek ďalšej sublicencie ani k poskytovaniu programu pre použitie alebo kopírovanie treťou osobou bez predchádzajúceho písomného súhlasu poskytovateľa**. Úrad ďalej uvádza, že súčasťou dokumentácie je aj „Licenčná zmluva na informačný systém ESID System GIS č. 1993/3300/2014“ z 14. 11. 2014 uzavretá medzi kontrolovaným a spoločnosťou EMIS s.r.o.. Z obsahu predmetnej zmluvy vyplýva, že **poskytovateľ (spoločnosť EMIS s.r.o.) výhradne nakladá so všetkými autorskými právami**, právami k ochranným známkam a právami založenými na obchodnom tajomstve **vo vzťahu k softvérovej aplikácii a dielu, pričom objednávateľ (kontrolovaný) nie je oprávnený informačný systém ani jeho časti vráťane príslušenstva v pôvodnej ani modifikovanej podobe šíriť, prenechať za odplatu alebo bezplatne inej právnickej alebo fyzickej osobe, objednávateľ je oprávnený manipulovať s dielom len v súlade s pokynmi poskytovateľa**.
44. Úrad vzhľadom na skutočnosti uvedené v predchádzajúcom bode konštatuje, že z predmetnej zmluvy o dielo č. 1089/1300/2008 na modulárne rozšírenie Informačného systému ESID System z 25. 9. 2008 a licenčnej zmluvy na informačný systém ESID System GIS č. 1993/3300/2014 z 14. 11. 2014 **nevyplýva, že by si kontrolovaný vymienil výkon majetkových práv (napr. právo na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou)**. Úrad ďalej uvádza, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení uviedol, že **žiadal spoločnosť EMIS s.r.o. o zdrojové dáta, zmenu typu licencie, ale dodávateľ nesúhlasil s touto zmenou bezodplatne**. Úrad k predmetnému tvrdeniu kontrolovaného uvádza, že kontrolovaný **nepredložil v dokumentácii žiaden dôkaz preukazujúci uvedenú skutočnosť** a dodáva, že z obsahu dokumentu s názvom „Zámena/upgrade licencií IS ESID Sytem GIS - analýza“ z 28. 11. 2016 vyplýva, že **kontrolovaný si pred vyhlásením tohto priameho rokovacieho konania overoval, či spoločnosť EMIS s.r.o., ako poskytovateľ licencie postúpila autorské práva inému subjektu, prípadne či má táto spoločnosť**

výhradného partnera, pričom **kontrolovaný následne** na základe doručených vyžiadaných čestných vyhlásení **skonštatoval, že spoločnosť EMIS s.r.o., nepostúpila autorské práva žiadnemu inému subjektu a že nemá výhradného partnera k predaju licencií.**

45. Úrad má za to, že zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože zadávateľ zákazky je stranou určujúcou obchodné podmienky plnenia zmluvy, ktoré uchádzač nemôže upravovať ani ďalej meniť v procese verejného obstarávania, a teda možnosti participácie dodávateľa na formulovaní zmluvných podmienok sú značne obmedzené. Uchádzač svojou predloženou ponukou súhlasí so znením zmluvných podmienok, ktoré určil verejný obstarávateľ. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že **kontrolovaný tým, že nezahrnul do vyššie uvedených zmlúv ustanovenie o prevode práv na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, spôsobil zúženie parametrov verejného obstarávania.** Týmto potenciálnym zúžením parametrov pôvodného verejného obstarávania **kontrolovaný spôsobil obmedzenie hospodárskej súťaže v prípade potreby ďalšej úpravy, podpory, údržby alebo iného zásahu do tohto informačného systému, pretože sa tým mohla znemožniť účasť ďalších subjektov na realizácii tohto predmetu zákazky.** Úrad konštatuje, že týmto **postupom kontrolovaného a následne odvolaním sa na výhradné práva spoločnosti EMIS s.r.o., pri zadávaní tejto zákazky, mohlo byť podľa úradu spôsobené obmedzenie hospodárskej súťaže na daný predmet zákazky.**
46. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na skutočnosť, že novým zákonom o verejnom obstarávaní došlo k spresneniu znenia podmienky použitia priameho rokovacieho konania, ako aj vzhľadom na nevyhnutnosť reštriktívnej interpretácie podmienok použitia priameho rokovacieho konania, keďže ide o nesúťažný postup verejného obstarávania, má úrad za to, že v prípade zmlúv v oblasti informačno – komunikačných technológií, keď chýbajúca hospodárska súťaž je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, tak použitie priameho rokovacieho konania je možné považovať za neopodstatnené. Ide o prípady, keď licenčná zmluva z pôvodného verejného obstarávania neobsahuje právo na neobmedzenú úpravu diela/počítačového programu vrátane úpravy diela/počítačového programu treťou osobou a práva na jeho úpravu, šírenie a nakladanie s ním, keďže verejný obstarávateľ svojím konaním v minulosti (pri obstarávaní pôvodného predmetu zákazky) sám zúžil, resp. znemožnil do budúca akúkoľvek hospodársku súťaž v oblasti informačno – komunikačných technológií a je „uzamknutý“ v jednotlivých IKT riešeniach, keďže sám zlyhal už pri navrhovaní súťažných podkladov, definovaní predmetu zákazky (nepožadoval otvorené štandardy na IT architektúru) a najmä pri navrhovaní licenčnej zmluvy, ktorá by bola dostatočne flexibilná a následne by mu v budúcnosti umožnila vyhlásenie súťažného postupu verejného obstarávania.
47. Úrad má za to, že v prípade ak verejný obstarávateľ opomenie zabezpečiť prevod práv dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou v prípade svojho informačného systému, nemôže sa v dôsledku tohto svojho konania neskôr dovolávať ako dôvodu pre využitie priameho rokovacieho konania v prípade, keď obstaráva údržbu, podporu alebo ďalší rozvoj tohto informačného systému. **Úrad konštatuje, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný neuniesol dôkazné bremeno a nepreukázal splnenie podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, keďže ako bolo uvedené, neexistencia**

**hospodárskej súťaže mohla byť spôsobená samotným kontrolovaným ako výsledok umelého zúženia parametrov verejného obstarávania na vytvorenie pôvodného informačného systému pre kontrolovaného.**

48. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal splnenie všetkých podmienok pre uplatnenie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom na použitie priameho rokovacieho konania podľa týchto ustanovení zákona o verejnom obstarávaní musia byť splnené všetky podmienky uvedené v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní kumulatívne. **Pre možnosť uplatnenia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že službu vie poskytnúť len jeden hospodársky subjekt a existencie výhradných práv tohto subjektu, preukázaná aj skutočnosť, že pre poskytnutie danej služby neexistuje iná primeraná alternatíva a tiež skutočnosť, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
49. Ako už úrad uviedol v bode 30 tohto rozhodnutia v zmysle rozsudkov Súdneho dvora EÚ a bodu 50 Preambuly smernice 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES vyplýva, že **zodpovednosť za použitie priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi, ktorý má zároveň aj povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienky pre aplikáciu tohto postupu verejného obstarávania. Úrad uvádza, že kontrolovaný mal povinnosť preukázať, že boli splnené všetky podmienky pre uplatnenie priameho rokovacieho konania kumulatívne, avšak v tomto prípade kontrolovaný dostatočne nepreukázal splnenie podmienky, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k požadovanej službe a taktiež, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
50. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal splnenie dvoch z troch kumulatívnych podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
51. Podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo koncesie, postup zadávania časti zákazky alebo časti koncesie alebo súťaž návrhov.
52. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
  - stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
53. Úrad v súvislosti s ustanoveniami § 175 ods. 1 písm. b) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že zo skutočností uvedených v bodoch 27 až 50 tohto rozhodnutia vyplýva, že **kontrolovaný svojím postupom v predmetnom verejnom obstarávaní**

**postupoval v rozpore s § 81 písm. b) bod 3 a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad má za to, že kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie postupom priameho rokovacieho konania v rozpore s ustanovením § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže náležite nepreukázal kumulatívne naplnenie všetkých podmienok odôvodňujúcich použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne dostatočne nepreukázal, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám, ktoré sú predmetom zákazky a zároveň nepreukázal, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Kontrolovaný týmto konaním taktiež porušil princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov uvedený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže zadával danú zákazku postupom priameho rokovacieho konania napriek skutočnosti, že neboli naplnené všetky podmienky na uplatnenie § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní a taktiež z dôvodu, že vyzval na rokovanie len spoločnosť EMIS s.r.o. na základe jej výhradných práv k predmetnej službe, ktorá je predmetom tohto priameho rokovacieho konania. Úrad má za to, že predmetné porušenia mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže otvoreného súťažného postupu verejného obstarávania by sa mohlo zúčastniť viacero subjektov schopných zrealizovať daný predmet zákazky.**

54. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **odporúča kontrolovanému, aby použil postup priameho rokovacieho konania len v tom prípade, ak budú naplnené všetky podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní na jeho použitie, pričom zároveň splnenie týchto podmienok musí byť kontrolovaný schopný preukázať. V prípade ak sa ako výnimku zo súťažného postupu verejného obstarávania rozhodne kontrolovaný použiť priame rokovacie konanie podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt z dôvodu, že ide o výhradné práva tohto subjektu, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
55. Na základe uvedeného bolo v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

### **Poučenie:**

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní 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 je toto rozhodnutie úradu 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. 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.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

Slovenská správa ciest, Miletičova 19, 826 19 Bratislava – kontrolovaný

EMIS s.r.o., Jána Hollého 8479/5, 917 00 Trnava – uchádzač, s ktorým mala byť podpísaná zmluva v tomto priamom rokovacom konaní