

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 začatou z vlastného podnetu úradu v priamom rokovacom konaní na predmet nadlimitnej zákazky „Rozvoj informačného systému ITSM2 a súvisiaca podpora produktívnej prevádzky.“, ku ktorému bolo oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uverejnené verejným obstarávateľom **Ministerstvo financií Slovenskej republiky**, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie 3. 1. 2017 pod značkou 2017/S 001-000827 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 3/2017 zo 4. 1. 2017 pod značkou 64 - 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 **nariaďuje zrušiť** priame rokovacie konanie na predmet nadlimitnej zákazky „Rozvoj informačného systému ITSM2 a súvisiaca podpora produktívnej prevádzky.“, ku ktorému bolo oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uverejnené verejným obstarávateľom **Ministerstvo financií Slovenskej republiky**, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava v Úradnom vestníku Európskej únie 3. 1. 2017 pod značkou 2017/S 001-000827 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 3/2017 zo 4. 1. 2017 pod značkou 64 - 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 30. 12. 2016 kontrolovaným doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante pri postupe zadávania predmetnej zákazky. Následne 2. 1. 2017 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 uzavretím zmluvy, nakoľko sa domnieval, že je potrebné overiť splnenie podmienky pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

4. Vzhľadom na túto skutočnosť úrad konštatuje, že toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím 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 uzavretím 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. 1770-6000/2017-ODI-Ozn. z 5. 1. 2017 označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“ bol kontrolovanému doručený 9. 1. 2017, a teda toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začalo 9. 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 kontrolovaný doručil 16. 1. 2017 úradu dokumentáciu v origináli k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu, ktorá však nebola kompletná. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 1770-6000/2017-ODI-P z 31. 1. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 17. 2. 2017, doručil kontrolovaný úradu doplnenie dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli.
7. Úrad uvádza, že zároveň v danom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 1770-6000/2017-ODI-PO z 5. 1. 2017 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného v danom verejnom obstarávaní a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému 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 uzavretím zmluvy.

### **Zistenia úradu**

8. Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
9. Kontrolovaný odoslal 30. 12. 2016 do Úradného vestníka európskej únie a Vestníka verejného obstarávania oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante na predmet zákazky „Rozvoj informačného systému ITSM2 a súvisiaca podpora produktívnej prevádzky.“, ktoré bolo zverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie 3. 1. 2017 pod značkou 2017/S 001-000827 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 3/2017 zo 4. 1. 2017 pod značkou 64 - DES.

V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 207 650,- eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.

10. Kontrolovaný v oddiele II. „Predmet“, bod II.2) „Opis“ podbod II.2.4) „Opis obstarávania“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol, cit.: „Služby rozvoja informačného systému ITSM2 a súvisiacej produktívnej prevádzky vyplývajúce z požiadaviek Finančnej správy SR ako správcu systému budú spočívať vo vykonávaní činností:
1. Poskytovanie rozvoja a rozširovania funkcionality informačného systému na základe požiadaviek Finančnej správy SR, vrátane vykonávania prevádzkových činností v systéme ITSM2 v rozsahu:
    - Analýza, návrh, popis vo forme technickej dokumentácie a vývoj rozšírenia, vylepšenia a/alebo modifikácie;
    - Dodanie úplnej a podrobnej technickej dokumentácie k procesom v rámci rozvoja systému a aktualizácie technickej dokumentácie k rozšíreniu funkcionality ITSM2 pre všetky dotknuté procesy a služby.
  2. Aplikačná podpora pre implementované rozvojové požiadavky a súvisiacu funkčnosť systému - poskytovanie metodologickej podpory a riadenia produktívnej prevádzky vrátane vykonávania nasledovných činností:
    - zabezpečenie hot-line, používateľská podpora, vedenie projektu, špecifická podpora na vyžiadanie, školenia užívateľov a garantov.“.
11. Kontrolovaný v oddiele IV. „Postup“ bod IV.1) „Opis“, podbod IV.1.1) „Druh postupu“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uverejneného v Úradnom vestníku Európskej únie 3. 1. 2017 pod značkou 2017/S 001-000827 uviedol, cit.: „Rokovacie konanie bez predbežného zverejnenia. Práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt z týchto dôvodov: chýbajúca hospodárska súťaž z technických dôvodov. Vysvetlenie: Verejný obstarávateľ realizuje obstaranie služieb rozvoja ITSM2 a súvisiacej podpory produktívnej prevádzky ITSM2, ktoré je povinný zabezpečiť v súlade s naplnením legislatívnych požiadaviek EÚ a SR na zabezpečenie procesov elektronických služieb správy daní. Existujúci, plne funkčný systém je jedinečným systémom, vytvoreným na základe požiadaviek Fin. správy SR, MF SR a v súlade s požiadavkami medzinárodnej normy ISO 20000. Prevádzka informačných systémov Finančnej správy SR je tvorená vysoko prispôbenými procesmi implementovanými v minulosti v rámci projektu ITSM2, a to v súlade so strategickými zámerni Ministerstva financií SR, ktoré boli schválené v dokumente Konceptia zjednotenia výberu daní a cla s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov uznesením vlády SR č. 285 zo dňa 7.5.2008. Súčasne s dôsledným uplatňovaním štandardov odporúčaných a implementovaných na národnej úrovni (zákon č. 275/2006 Z. z. o informačných systémoch verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, Výnos č. MF/013261/2008-132 o štandardoch pre informačné systémy verejnej správy). Zákazka sa zadáva pôvodnému dodávateľovi, ktorý je zhotoviteľom diela, nakoľko služby rozvoja ITSM2 a súvisiacej produktívnej ITSM2 sú nevyhnutné z dôvodu povinnosti Finančnej správy SR zabezpečiť funkčný systém elektronických služieb pri správe daní a colných konaniach. Na ich zabezpečenie je potrebná modifikácia funkčných celkov ITSM2 ako i rozvoj nadväzujúcich špecifických funkcionalít. Dodávateľ je na základe doterajšej realizácie rozvojových aktivít ako i zabezpečovania prevádzkovej podpory informačného systému jediným a oprávneným nositeľom disponujúcim osobitným technickým know-how vzťahujúcim sa k funkcionalite systému, interoperabilite systému a optimalizácii systému. Takýmto postupom sa zabezpečí eliminovanie rizík spojených s neodborným zásahom do diela spôsobujúcich potencionálnu stratu jeho plnej funkčnosti a dodatočných nákladov spojených s opätovným zabezpečením prevádzky diela nevyhnutnej na splnenie požiadaviek Fin. správy SR. Z vyššie uvedeného je zrejmé, že je

naplnená podmienka na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. Zákona č. 343/2015 Z. z. o verej. obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, nakoľko dodávateľ je jediným subjektom, ktorý je schopný zabezpečiť potrebnú modifikáciu funkčných celkov Informačného systému ITSM2 ako i rozvoj nadväzných špecifických funkcionalít.“.

12. Kontrolovaný v oddiele V. „Pridelenie zákazky/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 XY (ďalej len „XY“).
13. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentácie bol aj dokument zo 16. 12. 2016 označený ako „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „(...) Dôvod použitia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2 zákona: „Tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak 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.“. Zároveň je postupom verejného obstarávateľa splnené ustanovenie § 10 ods. 2 zákona (...). Predmet zákazky nie je bežne dostupný na trhu. Informačný systém ITSM2 bol dodaný na základe Zmluvy na dodávku služieb pre oblasť riadenia IT služieb č. SWJ017N zo dňa 1. júna 2010 na implementáciu procesov prevádzky informačných systémov v prostredí daňovej a colnej správy uzavretej medzi Slovenskou republikou zastúpenou Ministerstvom financií SR (ďalej len MF SR) a spol. XY Táto zmluva priamo nadväzovala na Zmluvu na dodávku tovarov a služieb pre zmenu riadenia IT služieb daňovej správy č. S2G001N zo dňa 14. 8. 2006, v rámci ktorej boli implementované procesy ITSM riadenia prevádzky do prostredia daňových orgánov. Informačný systém ITSM2 bol predmetom plnenia vyššie uvedených zmlúv. Na ich základe bolo postupne a kontinuálne podľa požiadaviek verejného obstarávateľa vytvorené dielo, ktoré bolo riadne odovzdané do prevádzky v priebehu rokov 2006-2014. Informačný systém je prevádzkovaný v prostredí orgánov Finančnej správy SR a vyžaduje si niektoré technické zmeny na základe požiadaviek používateľov a nepretržitú implementačnú podporu. Implementačná podpora pozostáva z podpory špecialistov na mieste prevádzky (technická profylaktika, riešenie operatívnych požiadaviek na zmenu, prevádzkové konzultácie,...), telefonickú podporu riešenia a zabezpečenie zmien implementovaných procesných pracovných tokov. Predmetom podpory je revízia existujúcich procesov a ich implementačné zmeny, integrácia servicedesku s obdobnými systémami dodávateľov, implementačné a prevádzkové zmeny na základe požiadaviek používateľov. Informačný systém je podporný nástroj pre zabezpečenie prvkov kritickej infraštruktúry, t. j. je základným prevádzkovým nástrojom podpory používateľov ostatných informačných systémov realizujúcich výkon daňových a colných procesov v súlade s legislatívou. Je tiež integrovaný (prepojený) dátovou výmenou s inými systémami Finančnej správy SR: (...). Verejný obstarávateľ realizuje obstaranie služieb rozvoja ITSM2 a súvisiacej podpory produktívnej prevádzky ITSM2, ktoré je povinný zabezpečiť v súlade s naplnením legislatívnych požiadaviek EÚ a SR na zabezpečenie procesov elektronických služieb správy daní. Zároveň je predmetnou realizáciou obstarania služieb naplnená aj podmienka hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti, nakoľko sústavná podpora a implementácia zmien úpravou funkcionalít ITSM2 pre potreby zapracovania požiadaviek používateľov do existujúceho plne funkčného systému súčasným dodávateľom je posúdená aj z hľadiska nákladovej efektívnosti. Obstaranie je realizované aj za účelom zabezpečenia kontinuálneho poskytovania podporných služieb aplikačnej a systémovej podpory pre implementované softvérové riešenia IT služieb prevádzkovaných v prostredí Finančnej správy. Ide o služby zamerané najmä na zabezpečenie prevádzky informačného systému na základe garantovaných parametrov prevádzky prostredníctvom dátového pripojenia, riešenie prevádzkových

problémov týkajúcich sa softvérových komponentov tohto informačného systému, činnosti súvisiace s podporou technickej infraštruktúry. Existujúci, plne funkčný systém je jedinečným systémom, vytvoreným na základe požiadaviek Finančnej správy SR, Ministerstva financií SR a v súlade s požiadavkami medzinárodnej normy ISO 20000. Prevádzka informačných systémov Finančnej správy SR je tvorená vysoko prispôbenými procesmi implementovanými v minulosti v rámci projektu ITSM2, a to v súlade so strategickými zámermi Ministerstva financií SR, ktoré boli schválené v dokumente „Koncepcia zjednotenia výberu daní a cla s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov“ uznesením vlády SR č. 285 zo dňa 7.5.2008. Súčasne s dôsledným uplatňovaním štandardov odporúčaných a implementovaných na národnej úrovni (zákon č. 275/2006 Z. z. o informačných systémoch verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, Výnos č. MF/013261/2008-132 o štandardoch pre informačné systémy verejnej správy). Zákazka sa zadáva pôvodnému dodávateľovi, ktorý je zhotoviteľom diela, nakoľko služby rozvoja ITSM2 a súvisiacej produktívnej ITSM2 sú nevyhnutné z dôvodu povinnosti Finančnej správy SR zabezpečiť funkčný systém elektronických služieb pri správe daní a colných konaniach. Na ich zabezpečenie je potrebná modifikácia funkčných celkov ITSM2 ako i rozvoj nadväzujúcich špecifických funkcionalít. Dodávateľ je na základe doterajšej realizácie rozvojových aktivít ako i zabezpečovania prevádzkovej podpory informačného systému jediným a oprávneným nositeľom disponujúcim osobitným technickým know-how vzťahujúcim sa k funkcionalite systému, interoperabilite systému a optimalizácii systému. Takýmto postupom sa zabezpečí eliminovanie rizík spojených s neodborným zásahom do diela spôsobujúcich potencionálnu stratu jeho plnej funkčnosti a dodatočných nákladov spojených s opätovným zabezpečením prevádzky diela nevyhnutnej na splnenie požiadaviek Finančnej správy SR. Z vyššie uvedeného je zrejmé, že je naplnená podmienka na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. Zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, nakoľko dodávateľ je jediným subjektom, ktorý je schopný zabezpečiť potrebnú modifikáciu funkčných celkov Informačného systému ITSM2 ako i rozvoj nadväzných špecifických funkcionalít. (...).”.

14. Súčasťou kontrolovaným predloženej dokumentácie bol aj dokument označený ako „Požiadavka na verejné obstarávanie zákaziek na dodanie tovarov, uskutočnenie stavebných prác a poskytnutie služieb na Ministerstve financií SR“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „(...) Zabezpečenie služieb podpory produktívnej prevádzky pre informačný systém ITSM2 je nevyhnutné z dôvodu zabezpečenia kontinuálnej dostupnosti a funkčnosti systému ako podporného systému pre definované a implementované procesy v zmysle ITILv3 v rámci Finančnej správy SR. Pri akomkoľvek neodbornom zásahu do zdrojového kódu, resp. zásahu inej osoby, ako je jeho tvorca, vzniká významné riziko, že celý systém bude nefunkčný a tým pádom nepoužiteľný pre plnenie svojho účelu. Zásah zo strany tretej osoby do zdrojového kódu by so sebou niesol významné ohrozenie fungovania procesov. Verejný obstarávateľ v zmysle vyššie uvedeného potrebuje zabezpečiť kompatibilitu obstarávaného plnenia s existujúcim systémom, ktorým disponuje. Zároveň je preukázané, že existujú technické okolnosti, pri ktorých by plnenie od iného dodávateľa vyvolalo značné riziko nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému. V zmysle vyššie uvedených skutočností na obstaranie služieb súvisiacich s rozvojom informačného systému ITSM2 a súvisiacej produktívnej prevádzky sú zásahmi do zdrojového kódu, je možné postupovať iba prostredníctvom priameho rokovacieho konania uskutočneného podľa zákona 343/2015 paragraf 81 písm. b) odsek 2 zákona, a to na základe technických dôvodov, pri ktorých by plnenie od iného dodávateľa vyvolalo značné riziko nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému. (...).“.

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

15. Úrad listami č. 1770-6000/2017-ODI-V z 9. 3. 2017 a č. 1770-6000/2017-ODI-V2 zo 7. 4. 2017 doručenými kontrolovanému 15. 3. 2017, resp. 17. 4. 2017 vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy. Zároveň úrad prostredníctvom týchto listov uviedol, že lehota podľa § 175 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní neplynie od vydania výzvy do doručenia vyjadrenia kontrolovaného alebo do uplynutia lehoty na jeho doručenie, podľa toho, ktorá skutočnosť nastane skôr. V lehote stanovenej úradom v prvej výzve na vyjadrenie, t. j. v lehote 15 pracovných dní, konkrétne 5. 4. 2017, bol úradu doručený od kontrolovaného list zo 4. 4. 2017 označený ako „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy - odpoveď“. Taktiež v lehote stanovenej úradom v druhej výzve na vyjadrenie, t. j. v lehote 20 pracovných dní, konkrétne 18. 5. 2017, bol úradu doručený od kontrolovaného list zo 16. 5. 2017 označený ako „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“.
16. Kontrolovaný vo svojom prvom vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy uvádza, že v odôvodnení použitia priameho rokovacieho konania zo 16. 12. 2016 (bod 13 tohto rozhodnutia) náležite preukázal existenciu dôvodov na aplikáciu postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný má za to, že služby, ktoré sú predmetom zákazky vie poskytnúť výlučne jeden hospodársky subjekt, keďže na dosiahnutie požadovaných cieľov je nutné aplikovať osobitné know-how, nástroje a prostriedky daného hospodárskeho subjektu. Kontrolovaný uvádza, že dodávateľ informačného systému ITSM2 je jediným a oprávneným nositeľom disponujúcim osobitným technickým know-how vzťahujúcim sa k funkcionalite systému, interoperabilite systému a potrebám zefektívnenia a optimalizácie systému.
17. Kontrolovaný ďalej uvádza, že už 9. 12. 2016 na svojom webovom sídle zverejnil informáciu o zámere obstaráť predmet zákazky, pričom následne 3. 1. 2017, resp. 4. 1. 2017 zverejnil oznámenie o zámere uzavrieť zmluvu v Úradnom vestníku Európskej únie, resp. vo Vestníku verejného obstarávania, pričom žiadna osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť postupom kontrolovaného dotknuté nepodala námietky proti oznámeniu o zámere uzavrieť zmluvu, čím je podľa kontrolovaného jasne preukázaná existencia technických dôvodov, ktoré vylučujú hospodársku súťaž. Kontrolovaný konštatuje, že zverejnenie oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž ani neprineslo lepšie výsledky obstarávania, keďže podľa kontrolovaného existuje iba jeden hospodársky subjekt schopný dodať predmet zákazky.
18. Kontrolovaný má za to, že vzhľadom na rozsah a potrebu úpravy dotknutého informačného systému neexistuje primeraná alternatíva alebo náhradné riešenie. Kontrolovaný uvádza, že informačný systém je v rámci životného cyklu vo fáze jeho udržiavania a tvorba nového systému by v porovnaní so súčasnými nákladmi na realizáciu predmetnej zákazky predstavovala minimálne dvojnásobný nárast nákladov, čo by bolo v rozpore s efektívnosťou, hospodárnosťou a účelnosťou, a preto kontrolovaný túto alternatívu nepovažuje za primeranú. Kontrolovaný v tejto súvislosti takisto uvádza, že nový informačný systém by so sebou priniesol ďalšie náklady na zaškolenie používateľov, náklady súvisiace s vytvorením nových rozhraní na strane integrujúcich sa systémov, náklady na SW licencie a HW infraštruktúru nového systému. Kontrolovaný upozorňuje, že vytvorenie nového informačného systému by bolo uskutočniteľné najskôr po 24 mesiacoch po ukončení procesu verejného obstarávania

a počas tohto obdobia by kontrolovaný musel znášať náklady jednak na budovanie nového systému, ako aj na podporu a zmeny existujúceho systému.

19. Kontrolovaný uvádza, že situáciu neexistencie hospodárskej súťaže nespôsobil kontrolovaný so zreteľom na budúci postup verejného obstarávania, pretože v čase prvotného verejného obstarávania informačného systému vyhlásil verejnú súťaž, ktorej výsledkom bola zmluva uzatvorená v súlade s v tom čase platnou legislatívou. Kontrolovaný má za to, že podmienky pôvodného verejného obstarávania, ako aj samotnej zmluvy, vychádzali z reálnych potrieb a finančných možností verejného obstarávateľa v danom čase. Na základe týchto skutočností boli nastavené aj licenčné podmienky v pôvodnej zmluve. Kontrolovaný tvrdí, že nie je možné zákon o verejnom obstarávaní vykladať tak, že by mal definovať retroaktívne podmienky, ako malo byť predchádzajúce verejné obstarávanie realizované, keďže retroaktivita v práve je neprípustná, lebo je v rozpore s princípmi legitímneho očakávania a právnej istoty.
20. Kontrolovaný v závere svojho prvého vyjadrenia uvádza, že jeho postupom v predmetnom priamom rokovacom konaní nedošlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní a preukázal všetky podmienky pre aplikáciu uvedeného ustanovenia.
21. Kontrolovaný vo svojom druhom vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy uvádza, že už nedisponuje ďalšími dokumentami alebo analýzami, ktorými by preukazoval splnenie podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.

### **Právny rámec**

22. 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.
23. 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.
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 zväzanie 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 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. Verejný obstarávateľ je zároveň 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.** V zmysle konštantnej judikatúry Súdneho dvora EÚ (napr. rozsudky č. C-57/94, C-385/02, C-20/01, C-394/02) je potrebné interpretovať ustanovenia upravujúce podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania reštriktívne, tzn. zužujúco. Verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.
29. Úrad ďalej uvádza, že ak verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania nadlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienok uvedených v § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, tak ako to v tomto prípade urobil kontrolovaný, je povinný preukázať, že tovar, stavebné práce alebo **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, pretože z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, pričom je rovnako povinný preukázať, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, a že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
30. 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 neexistencia hospodárskej súťaže z technických dôvodov) 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. Z uvedených dôvodov je preto potrebné, aby kontrolovaný náležite preukázal existenciu dôvodov na použitie postupu priameho rokovacieho konania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
31. Úrad ďalej konštatuje, že z § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že aplikácia priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia je možná iba v prípade, keď sú naplnené všetky v ňom uvedené podmienky kumulatívne, a teda **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, pretože z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, pričom neexistuje ani 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.**

32. K zákonnej požiadavke, podľa ktorej služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt úrad uvádza, že daná výnimka zo súťažných postupov verejného obstarávania by sa mala obmedziť len na špecifické prípady, keď **z objektívneho hľadiska existuje výlučne len jeden konkrétny hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať**. Úrad má za to, že verejný obstarávateľ by mal v rámci odôvodnenia preukázať, že na trhu existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý je schopný dodať predmet zákazky. Možnosť poskytnutia predmetu zákazky jediným hospodárskym subjektom je teda *conditio sine qua non* pre uplatnenie výnimky podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, **pričom z tohto ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že použitie priameho rokovacieho konania z dôvodu existencie iba jedného hospodárskeho subjektu je možné iba v prípade, ak sú preukázané také technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž a zároveň neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**. Úrad uvádza, že v danom prípade kontrolovaný tvrdí, že jediným subjektom, ktorý môže danú zákazku plniť je spoločnosť XY, s ktorou hodlá uzavrieť zmluvu. Skutočnosť, že tento subjekt je jediným možným zmluvným partnerom pre danú zákazku kontrolovaný odôvodnil predovšetkým existenciou technického know-how spoločnosti XY vzťahujúceho sa k funkcionalite už existujúceho systému, jeho interoperabilite a optimalizácie, ako aj existenciou technických okolností, pri ktorých by plnenie od iného dodávateľa, ako spoločnosti XY vyvolalo značné riziko nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému.
33. Ako už úrad uviedol pre uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní musí byť preukázané, že **sú také technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž** a pre ktoré služby, ktoré sú predmetom zákazky môže poskytnúť len hospodársky subjekt, ktorého kontrolovaný vyzval na rokovanie, a s ktorým plánuje uzavrieť zmluvu o poskytnutí služieb. Kontrolovaný s cieľom preukázania tejto podmienky uviedol, že zákazka musí byť zadaná pôvodnému dodávateľovi, ktorý je zhotoviteľom systému ITSM2, t. j. spoločnosti XY, nakoľko služby rozvoja ITSM2 a súvisiacej produktívnej prevádzky ITSM2 sú nevyhnutné z dôvodu povinnosti Finančnej správy SR zabezpečiť funkčný systém elektronických služieb pri správe daní a colných konaniach, pričom uvedená spoločnosť je na základe doterajšej realizácie rozvojových aktivít ako i zabezpečovania prevádzkovej podpory informačného systému **jediným oprávneným nositeľom disponujúcim osobitným technickým know-how vzťahujúcim sa k funkcionalite systému, jeho interoperabilite a optimalizácii**. Podľa slov kontrolovaného je dôvodom zadania predmetnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní aj vylúčenie nebezpečenstva v prípade neodborného zásahu do existujúceho systému, pre ktorý môže nastať strata plnej funkčnosti uvedeného systému, a teda jeho nepoužiteľnosť, ako aj vznik dodatočných nákladov.
34. Vzhľadom na uvedené úrad uvádza, že kontrolovaný **dostatočným spôsobom nepreukázal, že existujú také technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž**. Úrad konštatuje, že kontrolovaný je v prípade zadania zákazky postupom priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní povinný v súlade s princípom transparentnosti riadne preukázať splnenie zákonnej podmienky podľa tohto ustanovenia, a teda existenciu takých technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž. Kontrolovaný musí nespochybniteľnými dôkazmi preukázať, že neexistuje žiadny iný

hospodársky subjekt, ktorý je schopný poskytnúť predmetné služby ako ten, ktorému hodlá zadať predmetnú zákazku, a to z dôvodu jedinečnej technológie, technického prístupu, technického vybavenia či technického know-how, a teda na základe technických špecifikácií je nutné uzavrieť zmluvu s daným hospodárskym subjektom. **V dokumentácii k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu kontrolovaný síce uvádza, že by mali existovať také technické dôvody, pre ktoré by bolo výhodnejšie, resp. nutné zadať predmetnú zákazku doterajšiemu poskytovateľovi služby, t. j. spoločnosti XY, avšak kontrolovaný nepredložil úradu žiaden dôkaz dosvedčujúci jeho tvrdenia.** Z týchto tvrdení podľa úradu navyše vyplýva, že v prípade zadania zákazky inému dodávateľovi ako zamýšľanému, môže byť spôsobená nefunkčnosť či nepoužiteľnosť už existujúceho informačného systému vrátane vzniku dodatočných nákladov pre kontrolovaného. **Úrad má za to, že technická ani ekonomická preferencia zadania zákazky doterajšiemu dodávateľovi postupom priameho rokovacieho konania sama o sebe neodôvodňuje použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.** Podľa úradu je nutné poukázať, že samotná existencia technických dôvodov napr. poskytnutie služieb týkajúcich sa zložitých projektov, ktoré síce sú významnými technickými dôvodmi a treba im priznať dôležitosť, nestačí na preukázanie, že ich vykonanie môže byť zverené iba tomu istému hospodárskemu subjektu. Technickými dôvodmi vylučujúcimi hospodársku súťaž nemožno v zmysle uvedeného ustanovenia rozumieť také dôvody, ktoré zvyhodňujú jeden hospodársky subjekt resp. postup pred ostatným, a teda **musí ísť o také technické dôvody, ktoré z technického hľadiska vylučujú hospodársku súťaž, čo však podľa úradu kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal, keďže nepredložil žiaden dôkaz, ktorý by dosvedčoval jeho tvrdenia o existencii technického know-how spoločnosti XY vzťahujúceho sa k funkcionalite už existujúceho systému, jeho interoperabilite a optimalizácie systému, ako aj existencii technických okolností spočívajúcich v riziku spôsobenia nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému za predpokladu, že by služby, ktoré sú predmetom zákazky, poskytol iný hospodársky subjekt.** Úrad navyše uvádza, že z vyjadrení kontrolovaného vyplýva iba možnosť, nie nespornosť hrozby kolapsu systému a dodatočných nákladov, čo značí ekonomickú a technickú preferenciu, ktorá pre zadanie zákazky postupom podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní nepostačuje. Uvedené tvrdenie pritom kontrolovaný nepreukázal žiadnym relevantným dôkazom. Úrad preto konštatuje, že **kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno o existencii takých technických dôvod, ktoré by vylučovali hospodársku súťaž a takýmto postupom kontrolovaného mohlo dôjsť k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.** Úrad napokon vo vzťahu k vyjadreniu kontrolovaného k skutočnostiam zisteným v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného zo 4. 4. 2017 uvádza, že skutočnosť, či určitý hospodársky subjekt podá alebo nepodá námietky proti oznámeniu o zámere uzavrieť zmluvu žiadnym spôsobom nepreukazuje, či existujú alebo neexistujú technické dôvody vylučujúce hospodársku súťaž. Podanie námietok podľa § 170 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní predstavuje iba možnosť tej-ktorej osoby podľa § 170 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní obrátiť sa na úrad s cieľom odvrátiť domnelý protiprávny stav, resp. ochrániť svoje práva alebo právom chránené záujmy, ktoré by postupom kontrolovaného mohli byť ohrozené. Osoba podľa § 170 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní totiž nie je povinná podať námietky podľa § 170 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to ani v prípade, ak by konaním kontrolovaného jej práva alebo právom chránené záujmy boli priamo ohrozené. Úrad preto uvádza, že nevyužitie takejto možnosti zo strany osoby podľa § 170 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní nepredstavuje potvrdenie súladu konania verejného obstarávateľa so zákonom, ani potvrdenie existencie technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.

35. Úrad teda uvádza, že z dokumentov predložených kontrolovaným nad akúkoľvek pochybnosť nevyplýva existencia technického know-how spoločnosti XY vzťahujúceho sa k funkcionalite už existujúceho systému, jeho interoperabilite a optimalizácii systému, ako aj existencia technických okolností spočívajúcich v riziku spôsobenia nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému za predpokladu, že by služby, ktoré sú predmetom zákazky, poskytol iný hospodársky subjekt. Kontrolovaným podané odôvodnenie vo vzťahu k prvej podmienke je teda nepreskúmateľné. Úrad preto uvádza, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný **nepreukázal splnenie podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania týkajúcej sa neexistencie hospodárskej súťaže z technických dôvodov**, a to ani potom ako bol opätovne vyzvaný na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, pričom ako odpoveď na túto opätovnú výzvu iba konštatoval, že nebola vykonaná žiadna iná analýza preukazujúca splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.
36. Úrad ďalej uvádza, že ďalšou podmienkou, ktorá musí byť obligatórne splnená na to, aby kontrolovaný mohol uplatniť postup priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní je neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady. 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. V dokumentácii kontrolovaného k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu neboli predložené žiadne dôkazy, ktorými by kontrolovaný preukazoval skutočnosť, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, ako ani skutočnosť, že sa kontrolovaný existenciou primeranej alternatívy alebo náhrady vo fáze prípravy predmetného priameho rokovacieho konania zaoberal.
37. Úrad má za to, že rovnako ako jestvovanie technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, tak aj neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady vo vzťahu k plneniu, teda vo vzťahu k službám, ktoré má v prospech kontrolovaného poskytovať spoločnosť XY, musí jednoznačne a nespochybniteľne preukázať sám kontrolovaný. **Podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným preukázaná, keďže úradu neboli predložené relevantné doklady, z ktorých by vyplývalo, že žiadna alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia neexistuje, tak ako to tvrdí kontrolovaný. Ďalej je možné poznamenať, že nedostatok alternatívnych riešení musí byť nestranný, čiže objektívny. Na preukázanie neexistencie primeranej alternatívy nepostačuje tvrdenie kontrolovaného o naplnení podmienok podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj podmienky neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady. Nejde totižto o situáciu, keď kontrolovaný nepozná alternatívne riešenie, ale vždy o situáciu, keď alternatívne riešenie objektívne neexistuje. To značí, že objektívne neexistuje taká alternatívna služba, pri ktorej by bol objektívne zabezpečený rovnaký výsledok. Kontrolovaný je zároveň povinný predložiť dôkazy, ktoré jednoznačne preukazujú, že na relevantnom trhu neexistuje taká služba, ktorá by zabezpečovala primeranú alternatívu ku kontrolovaným požadovanému plneniu (napr. prieskumom trhu, porovnaním produktov či služieb iných dodávateľov). Úrad má za to, že z tvrdení kontrolovaného je rovnako možné sa domnievať, že pripúšťa alternatívne alebo náhradné plnenie iným dodávateľom, keďže uvádza, že plnenie od iného dodávateľa je možné, avšak s existenciou hrozby spôsobenia nefunkčnosti už existujúceho a využívaného systému a dodatočných nákladov. Tieto tvrdenia však, ako už bolo uvedené vyššie, žiadnym relevantným dôkazom nepreukázal, a teda nepreukázal, že dodanie alternatívnej služby**

**iným dodávateľom ako spoločnosťou XY by nesporne spôsobilo nefunkčnosť systému a dodatočné náklady.** Úrad napokon vo vzťahu k vyjadreniu kontrolovaného k skutočnostiam zisteným v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného zo 4. 4. 2017 uvádza, že kontrolovaný síce uvádza, že dodanie informačného systému novým dodávateľom, resp. dodanie nového informačného systému by predstavovalo zvýšené finančné a časové náklady, no nepredložil jediný dôkaz, ktorý by takéto tvrdenia potvrdzoval, čím neuniesol dôkazné bremeno, ktoré v prípadoch priameho rokovacieho konania leží na jeho pleciach. Úrad uvádza, že kontrolovaný síce uniesol bremeno tvrdenia, no tieto nie sú preskúmateľné ani nedosvedčujú neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady. **Vzhľadom na uvedené došlo postupom kontrolovaného k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný dostatočne nepreukázal neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady, práve naopak takúto možnosť sám za určitých podmienok pripúšťa.** Túto skutočnosť kontrolovaný nepreukázal ani potom ako bol opätovne vyzvaný na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, nakoľko ako odpoveď na túto opätovnú výzvu iba skonštatoval, že nebola vykonaná žiadna iná analýza preukazujúca splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní.

38. Úrad uvádza, že podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní je aj skutočnosť, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Úrad má za to, že ak by bolo jasne preukázané, že v predmetnom prípade z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, čo sa v tomto prípade nestalo, zákonom o verejnom obstarávaní je kontrolovanému uložená povinnosť predložiť dôkazy preukazujúce jeho tvrdenia o splnení ďalších podmienok podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, vrátane tvrdenia o tom, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Kontrolovaný je povinný jednoznačne preukázať, že jeho pričinením nedošlo k zúženiu parametrov predmetného verejného obstarávania, a teda že úmyselne nezadefinoval také špecifické podmienky predmetného priameho rokovacieho konania, ktoré v danom prípade nie sú objektívne nutné a žiadúce k naplneniu účelu verejného obstarávania, t. j. zabezpečenia fungujúceho informačného systému pre potreby Finančnej správy Slovenskej republiky, vrátane implementačnej podpory a ďalších činností, ktoré majú byť predmetom zákazky. Z princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa takisto odráža v uvedenej podmienke pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, vyplýva, že verejný obstarávateľ nesmie úmyselne a umelo zadefinovať, resp. určiť také požiadavky alebo podmienky verejného obstarávania, ktoré nesmerujú k zabezpečeniu účelu verejného obstarávania a ktoré môže dôsledne naplniť len jeden hospodársky subjekt. Ak tak verejný obstarávateľ čini, dopúšťa sa konania, ktoré vykazujú znaky skrytej diskriminácie, a teda je v rozpore s § 81 písm. b) bod 2. a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Konanie verejného obstarávateľa v súlade s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, ako aj s princípom transparentnosti v danom prípade vyžaduje, aby verejný obstarávateľ spôsobom, ktorý je jasný a nespochybniteľný, preukázal, že zúžené parametre verejného obstarávania objektívne vychádzajú z jeho účelu a že neboli umelo zadefinované verejným obstarávateľom s cieľom vyhnúť sa súťažným postupom verejného obstarávania. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nepreukázal, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, úrad sa nemôže zaoberať skutočnosťou, či došlo alebo nedošlo k splneniu uvedenej podmienky.
39. Úrad konštatuje, že v zmysle judikatúry Súdneho dvora EÚ je kontrolovaný povinný preukázať, že skutočne existujú osobitné okolnosti, ktoré ním stanovenú výnimku pre použitie

priameho rokovacieho konania odôvodňujú, a teda z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať (napr. rozsudky Súdneho dvora EÚ vo veci C-328/92, C-157/06). **Z uvedených skutočností vyplýva, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky, že na trhu existuje iba jeden hospodársky subjekt schopný dodať služby, ktoré majú byť predmetom zákazky v zmysle § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nebolo preukázané, že existujú také technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, zároveň nebola preukázaná neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady, nakoľko aj sám kontrolovaný pripúšťa, že predmetnú zákazku by mohol realizovať aj iný subjekt, aj keď dodáva, že by to mohlo spôsobiť nefunkčnosť už existujúceho a využívaného systému a tvorbu dodatočných nákladov, čo však kontrolovaný objektívne nepreukázal.** Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z kontrolovaným predloženej dokumentácie vyplýva, že **nebola splnená podmienka pre použitie priameho rokovacieho konania, konkrétne, že služby, ktoré sú predmetom zákazky, môžu byť poskytnuté len určitým hospodárskym subjektom.**

40. Úrad má za to, že v zmysle rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci C-394/02 je možné dospieť k záveru, že verejný obstarávateľ musí preukázať presvedčivým spôsobom, že iba určitý subjekt mohol realizovať ním zadávanú zákazku, a preto bolo úplne nevyhnuté s ním uzavrieť zmluvu. V tomto prípade existujú pochybnosti o tom, že spoločnosť XY je jediným možným poskytovateľom kontrolovaným obstarávaných služieb, keďže **kontrolovaný nepreukázal splnenie všetkých podmienok podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, pričom na použitie priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní musia byť splnené všetky podmienky kumulatívne.** Pre možnosť uplatnenia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní musí totiž byť okrem toho, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, preukázaná aj skutočnosť, že pre poskytnutie danej služby neexistuje iná primeraná alternatíva alebo náhrada a tiež skutočnosť, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, a preto služby, ktoré sú predmetom zákazky môže poskytnúť práve jeden dodávateľ na relevantnom trhu, ktorý nemožno obmedziť len na územie Slovenskej republiky. Kontrolovaný však v predloženej dokumentácii tieto podmienky dostatočným spôsobom nepreukázal.
41. Úrad 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. Recitál č. 50 smernice 2014/24/EÚ potvrdil 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 toho, 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). Úrad konštatuje, že kontrolovaný mal povinnosť preukázať, že boli splnené všetky podmienky pre uplatnenie priameho rokovacieho konania kumulatívne. **Postupom kontrolovaného teda mohlo dôjsť k porušeniu § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko sa javí, že kontrolovaný dostatočne nepreukázal splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia.** Predmetné porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže v prípade nepreukázania splnenia podmienok na použitie priameho rokovacieho konania by sa mal použiť otvorený súťažný postup verejného obstarávania,

ktorého by sa mohlo potenciálne zúčastniť viacero subjektov schopných dodať službu, ktorá je predmetom zákazky.

42. 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.
43. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) 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
  - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
44. Úrad v súvislosti s ustanoveniami § 175 ods. 1 písm. b) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že **kontrolovaný svojim postupom v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 81 písm. b) bod. 2 v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že kontrolovaný v danom prípade porušil uvedené ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní tým, že si nesplnil svoju povinnosť spočívajúcu v jednoznačnom preukázaní dôvodov pre zadanie zákazky konkrétnemu hospodárskemu subjektu, a teda neuniesol dôkazné bremeno preukázania všetkých podmienok podľa § 81 písm. b) bod 2., ktoré na ňom v danom prípade spočíva. 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 nepreukázal naplnenie všetkých podmienok na uplatnenie § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní. 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.**
45. 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 2. zákona o verejnom obstarávaní musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt, pretože z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
46. Na základe uvedeného bolo v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred podpisom 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 a o zmene a doplnení niektorých zákonov 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 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 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:

Ministerstvo financií Slovenskej republiky, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava - kontrolovaný  
Podľa rozdeľovníka