

Bratislava 13. 07. 2017  
Číslo: 2230-6000/2017-ODI

Úrad pre verejné obstarávanie 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 zákazky „Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, uverejnenom obstarávateľom **Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.**, Pri Rajčianke 2927/8, 010 47 Žilina (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 10/2017 dňa 13. 01. 2017 pod značkou 508 - 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 zákazky „Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, uverejnené obstarávateľom **Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.**, Pri Rajčianke 2927/8, 010 47 Žilina vo Vestníku verejného obstarávania č. 10/2017 dňa 13. 01. 2017 pod značkou 508 - DES, **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 pre verejné obstarávanie (ďalej len „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 písm. a) 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 z vlastného podnetu úradu.

3. Úradu bolo dňa 10. 01. 2017 kontrolovaným doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante pri postupe zadávania predmetnej zákazky. Následne, dňa 12. 01. 2017 postúpil odbor metodiky a elektronického verejného obstarávania úradu odboru dohľadu I úradu uvedené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante s cieľom preskúmania úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy, nakoľko sa domnieval, že je potrebné overiť splnenie podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
4. Úrad 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. 2230-6000/2017-ODI/1 zo dňa 16. 01. 2017, označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“, bol kontrolovanému doručený dňa 20. 01. 2017. **Vzhľadom na to úrad konštatuje, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy sa začalo dňa 20. 01. 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. Dňa 15. 02. 2017 kontrolovaný doručil úradu dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli, ktorá však nebola kompletná.
5. 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. 2230-6000/2017-ODI-P zo dňa 09. 03. 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, listom „Doplnenie dokumentácie k verejnému obstarávaniu Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, doručil kontrolovaný úradu dňa 28. 03. 2017 doplnenie dokumentácie.
6. Úrad listom č. 2230-6000/2017-ODI-V, označeným ako „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“ zo dňa 21. 04. 2017, vyzval kontrolovaného v zmysle § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní, aby sa do 10 pracovných dní odo dňa doručenia predmetnej výzvy písomne vyjadril ku skutočnostiam, ktoré úrad zistil v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného. Kontrolovaný dňa 23. 05. 2017, doručil úradu spolu so stanoviskom spoločnosti ELEKTROSYSTEM, a. s. aj vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy (ďalej len „vyjadrenie č. 1“). Nakoľko spolu s doručeným vyjadrením č. 1 kontrolovaný predložil ďalšie dôkazy o skutočnostiach, ktoré sa v pôvodne predloženej dokumentácii nenachádzali, pričom aj týmito dôkazmi kontrolovaný odôvodňuje predmetné priame rokovacie konanie, úrad v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy preskúmal aj ich obsah. Následne, dňa 12. 06. 2017 úrad opätovne vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy. Kontrolovaný dňa 03. 07. 2017 doručil úradu vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy (ďalej len „vyjadrenie č. 2“).

7. Predmetom kontroly úradu bolo predovšetkým overenie splnenia zákonnej podmienky pre použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní predmetnej zákazky podľa zákona o verejnom obstarávaní.

### **Zistenia úradu**

8. Kontrolovaný je obstarávateľom podľa § 9 zákona o verejnom obstarávaní. Predpokladaná hodnota zákazky je 3.355.000,- EUR bez DPH, takže ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb, zadávanú postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
9. K predmetu zákazky kontrolovaný v bode II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uvádza, cit.: „Predmetom zákazky je rozvoj, obnova a servisné a údržbové práce pre centrálny riadiaci informačný systém obstarávateľa“.
10. 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 ELEKTROSYSTEM, a. s.
11. **Zadanie daného predmetu zákazky postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný odôvodnil skutočnosťou, že práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu ochrany výlučných práv vrátane práva duševného vlastníctva.** V odôvodnení použitia priameho rokovacieho konania, uvedenom v prílohe D2 „Vybrané odvetvia“, bod D2.3 „Vysvetlenie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante, je uvedené nasledovné, cit.: „Centrálny riadiaci informačný systém (ďalej CRIS) je kľúčový systém SSE-D ako prevádzkovateľa distribučnej sústavy, ktorého hlavným účelom je zabezpečenie nepretržitého riadenia distribučnej sústavy. CRIS je náročný systém, spĺňajúci najprísnejšie kritériá funkčnosti, dostupnosti, spoľahlivosti a bezpečnosti, ktoré sú dané platnými normami pre tieto systémy. Systém CRIS pozostáva z potrebného HW a SW ako aj ostatných pre jeho funkčnosť bezpodmienečne potrebných komponentov. CRIS tak predstavuje previazaný celok technických (HW) a programových prostriedkov (SW), pričom z dôvodu zabezpečenia požadovanej interoperability, jeho rozvoj, obnovu, dopĺňanie a servis nie je možné realizovať oddelene, HW od SW a naopak. V prípade potreby úpravy systému znamená táto úprava dopad na všetky kritické časti tohto systému. CRIS bol vybudovaný na základe zmluvy o dielo so spoločnosťou ELEKTROSYSTEM, s. r. o. V rámci zmluvy o dielo poskytol dodávateľ SSE-D autorské diela, ku ktorým vykonáva všetky majetkové práva autorov. Dodávateľ poskytol SSE-D všetky potrebné práva umožňujúce prevádzkovať CRIS a vykonávať jeho základnú údržbu. SSE-D však v zmysle udelených oprávnení nie je oprávnená voľne disponovať know-how pre potreby rozvoja CRIS alebo ich poskytnúť tretej strane, pri dodržaní Autorského zákona. Dodávateľ výkon majetkových práv k autorským dielam neodovzdal žiadnej ďalšej strane a je teda jediným, ktorý môže poskytovať služby podpory pre autorské diela, modifikovať a rozvíjať CRIS. V súvislosti so zvyšujúcimi sa nárokmi na riadenie energetickej sústavy je potrebné v dôsledku plynutia času, dynamického rozvoja informačných technológií a morálneho a fyzického opotrebovania jednotlivých prvkov uskutočniť nevyhnutný rozvoj a obnovu kľúčových prvkov tvoriacich tento riadiaci dispečerský systém. Súčasne je pre CRIS potrebné zabezpečiť kontinuálne pokračovanie v poskytovaní nutných služieb technickej podpory (servisné a údržbové práce), ktorých cieľom je zabezpečenie spoľahlivej prevádzky a dlhodobej garancie funkčnosti a zabezpečenia prevádzkovej spoľahlivosti CRIS na ďalšie obdobie. Vzhľadom na komplexnosť a

jedinečnosť systému nie je možné zabezpečiť pri tejto zákazke hospodársku súťaž, keďže aktuálne neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, ktorá by zabezpečila spoľahlivé a kontinuálne riadenie distribučnej sústavy v zmysle platnej legislatívy a zároveň dodávateľ disponuje výhradnými právami k prvkom vyššie popísaného systému CRIS.“

### **Právny rámec**

12. 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.
13. Podľa § 98 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak je splnená aspoň jedna z týchto podmienok: 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.
14. Podľa § 98 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ vyzve na rokovanie jedného alebo viacerých vybraných záujemcov v závislosti od podmienky uvedenej v odseku 1, s ktorými rokuje o podmienkach zákazky, najmä o technických, administratívnych a finančných podmienkach. Obstarávateľ postupuje podľa § 82 ods. 2 až 4.
15. Podľa bodu 50 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/E 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 zváženie 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.

16. Podľa čl. 32 ods. 2 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/E 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

17. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní a po zhodnutí všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným a vyjadrení kontrolovaného ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, uvádza nasledovné odôvodnenie porušenia zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, ktoré mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania:
18. Úrad uvádza, že postup zadávania zákazky podľa § 98 zákona o verejnom obstarávaní predstavuje jeden z postupov vo verejnom obstarávaní, pričom možnosť použitia tohto postupu pri zadávaní zákazky obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok uvedených v tomto ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Obstarávateľ by mal postup zadávania zákazky podľa § 98 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len „priame rokovacie konanie“) využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. 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 § 98 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je alebo ktoré sú, podľa jeho názoru, podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky. V zmysle konštantnej judikatúry Súdneho dvora EÚ (napr. rozsudky vo veci 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**. Členské štáty nemôžu stanoviť iné prípady použitia rokovacieho konania, než aké sú ustanovené v smernici, alebo k prípadom výslovne uvedeným v smernici pridať nové podmienky, ktoré spôsobia, že používanie tohto konania bude jednoduchšie; hrozilo by totiž, že smernica stratí svoj *effet utile*. Obstarávateľ teda nie je oprávnený zákonom uzavrieť

výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.

19. Z judikatúry Súdneho dvora EÚ 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 obstarávateľa oprávňuje na tento postup (v tomto prípade kontrolovaným deklarovaná existencia výhradných práv), nesmie zakladať rozpor so základnými zásadami práva 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 nie len k zvýšeniu rizika diskriminácie záujemcov, ale aj k obmedzeniu hospodárskej súťaže, keďže verejný obstarávateľ sám rozhoduje, ktorý/ktoré 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.
20. Z § 98 ods. 1 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 v ňom uvedené podmienky kumulatívne, a teda služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, pričom **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, resp. obstarávateľ povinný náležite preukázať objektívnymi skutočnosťami.**
21. 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**. 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 § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. V danom prípade kontrolovaný tvrdí, že jediným subjektom, ktorý môže danú zákazku plniť, je spoločnosť ELEKTROSYSTEM, a. s. Skutočnosť, že tento subjekt je jediným možným zmluvným partnerom pre danú zákazku kontrolovaný odôvodnil predovšetkým existenciou výhradných práv k informačnému systému CRIS, ktorý využíva.
22. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu nevyplýva, že by sa kontrolovaný explicitne zaoberal otázkou, či obstarávané služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt. Nakoľko kontrolovaný použitie postupu priameho rokovacieho konania odôvodnil existenciou výhradných práv spoločnosti ELEKTROSYSTEM, a. s. k systému CRIS a teda aj z tohto titulu neexistenciou žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady, možno sa domnievať, že v posudzovanom prípade je možnosť poskytnutia obstarávanej služby len určitým hospodárskym subjektom prepojená a vyplýva z kontrolovaným deklarovanej neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo

náhrady. Inými slovami, je pravdepodobné, že ak kontrolovaný dospel k záveru, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, mohol mať za to, že obstarávanú službu dokáže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt – ELEKTROSYSTEM, a. s. Uvedenú hypotézu úrad uviedol aj vo svojich výzvach na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy (viď bod 6 tohto rozhodnutia), pričom platí, že kontrolovaný ju v žiadnom zo svojich vyjadrení nenamietal. Vzhľadom na túto skutočnosť má úrad za to, že otázku možnosti poskytnutia služby len určitým hospodárskym subjektom ako jednej zo zákonných požiadaviek pre zadanie zákazky postupom priameho rokovacieho konania, možno v posudzovanom prípade prepojiť s otázkou neexistencie žiadnej primeranej alternatívy, ktorou sa kontrolovaný v predmetnom priamom rokovacom konaní zaoberal. Z tohto dôvodu úrad tieto dve vyššie uvedené podmienky použitia priameho rokovacieho konania preskúmal vo svojej vzájomnej súvislosti.

23. V dokumente „Doplnenie dokumentácie k verejnému obstarávaniu Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, ktorý kontrolovaný predložil úradu dňa 28. 03. 2017 na základe rozhodnutia o prerušení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy č. 2230-6000/2017-ODI-P zo dňa 09. 03. 2017, je okrem iného uvedené aj nasledovné, cit.: „Máme za to, že v prípade zadania zákazky na rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy SSE-D sú splnené všetky podmienky na jej zadanie priamym rokovacím konaním a objektívne existujú okolnosti, ktoré odôvodňujú použitie priameho rokovacieho konania. (...). Voči dodávke predmetu zákazky, ako je nadefinovaná a pre SSE-D v danom rozsahu nevyhnutne potrebná (t. j. rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného) neexistuje alternatíva. Požadovaný výsledok, t. j. aktualizácia komponentov, údržba diela ako celku a možnosť rozvoja môže byť iným spôsobom dosiahnutý, resp. obsiahnutý iba v dodávke a implementácii úplne nového systému od nového dodávateľa. (...) Ide tiež o finančne a časovo náročný postup, nakoľko celý proces od analýzy cez výber dodávateľa až po uvedenie nového systému do produkčnej prevádzky by tak podľa skúseností obstarávateľa trval cca 4 až 5 rokov. SSE-D od roku 2002 do súčasnosti na dispečerský riadiaci systém vynaložila 8.143.129,30 EUR. Bolo by tiež zjavne nevhodné, aby namiesto nevyhnutných úprav systému vždy obstarávala nový systém so všetkými funkcionalitami a prislúchajúcou podporou.“
24. Vo vzťahu k vyššie uvedenému tvrdeniu kontrolovaného úrad vo Výzve na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zo dňa 21. 04. 2017 uviedol, že konštatovanie o časovej, no najmä o finančnej náročnosti alternatívneho postupu (spočívajúceho v dodávke a implementácii úplne nového systému od nového dodávateľa), bez predloženia reálneho a preskúmateľného dôkazu o takomto „finančne náročnom postupe“, nepreukazuje neexistenciu **primeranej** alternatívy alebo náhrady. Tak ako je možné sa domnievať, že dodávka nového systému by prevyšovala kontrolovaným deklarovanou hodnotu 8.143.123,30 EUR, je rovnako možné predpokladať, že dodávka nového systému bude predstavovať sumu nižšiu. Bez hodnoverného dôkazu, napr. v podobe prieskumu trhu a pod. však záver o neexistencii primeranej alternatívy alebo náhrady, podľa názoru úradu, nemožno objektívne vysloviť. Úrad preto považuje kontrolovaným použité označenie „finančne náročný postup“ za pojem neurčitý a reálne si nevie predstaviť, akú finančnú hodnotu, resp. čo presne pod značným objemom treba chápať.

25. Následne kontrolovaný vo svojom vyjadrení č. 1 neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady odôvodnil argumentáciou, cit.: „Na deklarovanie skutočností ohľadom finančnej a časovej náročnosti dodávky úplne nového riadiaceho systému uvádzame nižšie v texte konkrétny príklad, a to obstaranie dodávky, implementácie a technickej podpory riadiaceho informačného systému pre spoločnosť Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s. - prevádzkovateľa prenosovej sústavy. Ide pritom z hľadiska funkcionality o dielo, aké by obstarávala SSE-D v prípade, ak by nebol možný „upgrade“ aktuálneho CRIS SSE-D a SSE-D by sa rozhodla pre obstaranie úplne nového systému. SSE-D zároveň uvádza aj ďalšie obdobné obstarávania týkajúce sa riadiacich dispečerských systémov, ktoré obstarávali v poslednom období spoločnosti zabezpečujúce distribúciu elektrickej energie v Českej republike, a to spoločnosť PREDistribuce, a. s. a E.ON Distribuce, a. s. (...)

- Slovenská elektrizačná a prenosová sústava. (...)

Výstup verejného obstarávania je uzatvorenie zmluvy o dielo a zmluvy o poskytovaní technickej podpory zo dňa 9.8.2016. V zmysle oznámenia o výsledku verejného obstarávania vysúťažaná hodnota zákazky je 22 995 934,82 EUR. Z toho: Zmluva o dielo – 17 482 500,00 EUR, Zmluva o poskytovaní technickej podpory na 7 rokov – 5 513 434,82 EUR. Pre účely porovnania predmetu zákazky Inovácia RIS SED, ako zákazky na dodanie nového systému ako alternatívneho riešenia k zákazke na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému tak môžeme konštatovať, že ide o hodnotu presahujúcu (dokonca niekoľkonásobne) predpokladanú hodnotu zákazky na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému. (...)

- PREDistribuce, a. s. (...)

Vysúťažaná hodnota zákazky 150 944 813 CZK – v prepočte 6 003 452 EUR. (...)

Pre účely porovnania predmetu zákazky Dodávka riadiaceho systému SCADA, ako zákazky na dodanie nového systému ako alternatívneho riešenia k zákazke na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému tak môžeme konštatovať, že ide o hodnotu presahujúcu (dokonca niekoľkonásobne) predpokladanú hodnotu zákazky na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému. (...)

- E.ON Distribuce, a. s. (...)

Vysúťažaná hodnota zákazky 98 600 000 CZK – v prepočte 3 796 103 EUR. (...)

Pre účely porovnania predmetu zákazky Dodávka riadiaceho systému SCADA, ako zákazky na dodanie nového systému ako alternatívneho riešenia k zákazke na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému tak môžeme konštatovať, že ide o hodnotu presahujúcu predpokladanú hodnotu zákazky na Rozvoj, obnovu a údržbu centrálného riadiaceho informačného systému. (...)

26. Preštudovaním vyššie uvedenej argumentácie kontrolovaného, kedy kontrolovaný dáva do súvislosti a porovnáva predpokladanú hodnotu zákazky predmetného priameho rokovacieho konania (3.355.000,- EUR) s tromi alternatívnymi obstarávaniami **úrad** vo Výzve na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zo dňa 12. 06. 2017 **skonštatoval, že aj keď ich hodnoty (22 995 934,82 EUR, 6.003.452,- EUR, resp. 3.796.103,- EUR) prevyšujú hodnotu predmetného verejného obstarávania, nezohľadňujú, najmä v kontexte priamych rokovacích konaní, zásadnú skutočnosť, a síce, že v prípade obstarávania nového systému by sa kontrolovanému vytvorila možnosť požadovať/zabezpečiť oprávnenie na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav novo dodaného informačného systému práve kontrolovaným, čoho následkom by bolo, že v prípade nového systému by sa v budúcnosti mohli „súťažiť“ aj všetky jeho prípadne zmeny, čím by sa vytvoril priestor pre využívanie riadnych postupov vo verejnom obstarávaní a teda by došlo k „otvoreniu“ verejného obstarávania. Podľa názoru úradu takéto nastavenie podmienok**

dodávky nového softvéru by zároveň vytvorilo predpoklady pre nižšie ceny prípadných updatov, obnovy a údržby informačného systému distribučnej sústavy, nakoľko, ako už bolo uvedené, by tieto ceny mohli byť predmetom súťaženia medzi viacerými potencionálnymi uchádzačmi, čoho logickým dôsledkom je vo sfére verejného obstarávania ich znižovanie.

27. V nadväznosti na vyššie uvedené konštatovanie úradu kontrolovaný v rámci svojho vyjadrenia č. 2 rozšíril svoju argumentáciu, ktorou obhajuje neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady, o nasledovné tvrdenia, cit.: „Citovaný text vyjadruje názor UVO, že akokoľvek drahé môže byť nové dielo, akékoľvek prevádzkové problémy mu budú spôsobené, budúcnosť obstarávateľovi zaručene prinesie úsporu. Toto konštatovanie, ktoré ak si dovoľíme použiť argumentáciu UVO, nie je podložené reálnym a preskúmateľným dôkazom. Ide tak o hypotetické konštatovanie, ktoré môžeme vyvrátiť výpočtom pre náš konkrétny prípad“. V tejto súvislosti kontrolovaný, s cieľom demonštrovať neprimeranosť eventuálnej alternatívy, poskytol úradu aj nasledovnú tabuľku:

Spoločnosť	Najlacnejší porovnateľný nákup nového diela (E.ON distribuce, a. s.)	PHZ zákazky SSE-D Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika – Distribúcia, a. s.
Cena diela*	3 796 103,00 €	1 515 000,00 €
Technická podpora na 5 rokov	Zo zverejneného oznámenia o zadaní zákazky v cene nie je technická podpora zahrnutá	840 000,00 €
Rozvoj**	Zo zverejneného oznámenia o zadaní zákazky v cene nie je prípadný rozvoj zahrnutý	1 000 000,00 €
Odhad interných nákladov na implementáciu	Časová náročnosť 24 mesiacov: 199 998 €	Časová náročnosť 5 mesiacov: 41 666,25 €
SPOLU	3 996 101,00 €	2 396 666,25 €
Rozdiel (1) - (2) predstavuje sumu 1 599 434.75 € v neprospech nového diela po obstaraní (do kalkulácie na strane E.ON Distribuce pritom nevstupuje hodnota technickej podpory nového systému v tom prípade by bol rozdiel až 2 439 434.75 €)		
Predpoklad nákladov na dielo - prvých 5 rokov prevádzky, rozvoj, úpravy	750 000,00 € 2500 ČD 300 €/ČD	1 000 000,00 € 2500 ČD 400€/ČD
Po 5 - ich rokoch prevádzky nového diela je finančná strata stále 1 349 434.75 € (do kalkulácie na strane E.ON Distribuce pritom nevstupuje hodnota technickej podpory nového systému, v tom prípade by bol rozdiel až 2 189 434.75 €)		
* Cena diela (HW, SW) bez technickej podpory, prípadného rozvoja a upgrade		
** Položka rozvoj nie je súčasťou porovnávaných zákaziek. Z jej povahy však vyplýva, že by musel byť prítomný aj v prípade dodávky nového diela, keďže v prípade rozvoja hovoríme o požiadavkách na dielo - systém, ktoré nie sú známe v čase dodávky, resp. implementácie diela, ako napr. v súvislosti s prichádzajúcimi legislatívnymi požiadavkami, internými organizačnými zmenami, vývojom informačných technológií a podobne. Pri stanovení predpokladanej hodnoty rozvoja SSE-D vychádzala z odhadu		

na obdobie 5 nasledujúcich rokov a vychádzala pritom z vlastných skúsenosti z predchádzajúceho obdobia. Pri výpočte ho neuvádzame.

28. Zároveň kontrolovaný v tejto súvislosti vo vyjadrení č. 2 tiež uviedol, cit.: „Hypotéza UVO o úsporách počas životnosti systému CRiS teda nie je preukázaná. Týmto výpočtom, resp. podstatou tohto výpočtu sa jednoznačne preukazuje neprimeranosť alternatívy obstarania nového diela pre SSE-D. Zároveň znova zdôrazňujeme naše pôvodné vyjadrenia, že s kúpou nového systému sú spojené aj ďalšie náklady nielen obstaranie nového diela ako napr. úprava rozhraní a funkčných požiadaviek okolitých systémov, nevyhnutné interné náklady a pod. Pripomíname, že vo výpočte uvádzame najnižšiu z obstaraných cien za nové dielo. V prípade obstarania drahšieho nového diela, rozdiel a finančná strata sa zvyšuje. Navyiac tento rozdiel sa v ďalšom časovom období nepodarí znížiť, nakoľko po 5 rokoch bude potrebné obstarat' (hoci aj súťažne) ďalšiu podporu, rozvoj, prípadne zrealizovať obmenu zariadenia. (...“
29. Z vyššie uvedeného prepočtu vyplýva, že kontrolovaný porovnáva alternatívu, spočívajúcu v dodávke nového diela (spolu s predpokladanými nákladmi na prvých 5 rokoch jeho rozvoja a úpravy) a náklady na obstarávanie zákazky, ktorá je predmetom posudzovaného priameho rokovacieho konania. Zároveň v tomto porovnaní kontrolovaný konštatuje, že po piatich rokoch prevádzky nového diela je finančná strata 1.349.434,75 EUR.
30. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad uvádza, že nespochybňuje kontrolovaným vyčíslenú stratu vo výške 1.349.434,75 EUR, ktorá prichádza do úvahy v prípade alternatívy, spočívajúcej v dodávke nového systému. Úrad však nemôže súhlasiť s konštatovaním kontrolovaného, že „...Týmto výpočtom, resp. podstatou tohto výpočtu sa jednoznačne preukazuje neprimeranosť alternatívy obstarania nového diela pre SSE-D...“, a to z nasledujúceho dôvodu: Aj keď síce **kontrolovaným poskytnutý výpočet** deklaruje pri dodávke nového softvéru stratu vo výške 1.349.434,75 EUR, ako je zřejmé, tento výpočet **generuje predmetnú stratu iba na obdobie piatich rokov**. To znamená, že ak by sa dnes kontrolovaný vydal cestou obstarávania nového produktu, po piatich rokoch by sa ocitol v strate 1.349.434,75 EUR. Následne, ako kontrolovaný deklaruje, po piatich rokoch by musel znovu obstarat' ďalšiu podporu, rozvoj nového softvéru a pod. čo, ako sám uvádza, predpokladá ďalšie výdavky vo výške 750.000,- EUR, čím sa eventúálna strata, vychádzajúc z kontrolovaným poskytnutého prepočtu, o túto hodnotu navýši. Kontrolovaný by sa mal teda, podľa jeho výpočtov, približne po piatich rokoch, ocitnúť v strate 2.099.434,75 EUR. **Tu však treba mať na zreteli podstatu alternatívy, spočívajúcej v dodávke nového softvéru a síce, že kontrolovaný o týchto päť rokov už nebude musieť obstarávať dodávku nového diela, nakoľko ním bude disponovať, navyše s výhodou možnosti súťaženia jeho rozvoja, podpory, updatov a pod. Ako bolo uvedené, kontrolovaným poskytnutý výpočet sa totiž vzťahuje len na obdobie piatich rokov a nezohľadňuje dlhší časový horizont. V dlhodobom horizonte by bol kontrolovaný každým ďalším updatom v menšej a menšej strate, pričom z predložených kalkulácii nie je vôbec možné vylúčiť, že by sa o pár rokov ocitol v pluse. Dokonca, podľa názoru úradu, je to z dlhodobého hľadiska logická istota. Opakom by bolo, ak by súčasný systém kontrolovaný plánoval používať len pár rokov, čo však, či už z jeho kalkulácii, vyjadrení alebo z dokumentácie nevyplýva.**
31. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že aj keď sa kontrolovaným poskytnutý prepočet na prvý pohľad môže javiť ako prepočet deklarujúci neprimeranosť alternatívy k obstarávanej službe, spočívajúcej v dodávke nového systému, po komplexnom posúdení údajov v ňom uvedených je treba dospieť k záveru, že alternatíva, spočívajúca v dodávke

nového systému, je primeraná, nakoľko jej obstaraním kontrolovaný dosiahne v dlhodobom horizonte úsporu. Na tomto mieste úrad považuje za potrebné podotknúť a zdôrazniť, že pri posudzovaní toho, či kontrolovaný preukázal alebo nepreukázal neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady vychádzal výlučne z kontrolovaným poskytnutých údajov, t. j. pri hodnotení neprimeranosti eventuálnej alternatívy zohľadňoval predovšetkým časové hľadisko.

32. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady k obstarávanej službe, tak ako to vyžaduje zákon o verejnom obstarávaní. Z vyššie uvedeného navyše vyplýva, že alternatíva, spočívajúca v dodávke nového softvéru existuje, pričom, ako je zrejmé, sa javí ako primeraná, keďže v dlhodobom horizonte, (resp. minimálne v horizonte viac ako päť rokov, s ktorým ráta kontrolovaný), kontrolovaný dokonca, v prípade obstarania dodávky nového softvéru, ako aj jeho prípadných updatov, rozvoja, podpory a pod, skôr či neskôr, dosiahne úsporu. Úrad preto uvádza, že kontrolovaný mu neposkytol také dôkazne prostriedky, na základe ktorých by bolo možné objektívne konštatovať, že alternatíva, prichádzajúca do úvahy, je neprimeraná.
33. Ak teda platí, že kontrolovaný dostatočným spôsobom nepreukázal neprimeranosť alternatívy alebo náhrady k obstarávanej službe, aj keď to síce deklaruje, je potom nevyhnutné dospieť k záveru, že nemohol mať za preukázané ani to, že túto predmetnú službu mu vie poskytnúť iba určitý hospodársky subjekt. Úrad ma za to, že ak je eventuálna alternatívna alebo náhrada primeraná, možno predpokladať, že ju dokáže poskytnúť aj iný hospodársky subjekt, než ktorému chce kontrolovaný predmetnú zákazku zadať. 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). Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 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.**
34. Na základe uvedeného a tak ako vyplýva aj z posúdenia skutočnosti, či existuje iba jeden hospodársky subjekt, ktorý môže dodať požadovaný predmet zákazky treba konštatovať, že **podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným taktiež dostatočne preukázaná, keďže úradu neboli predložené také doklady, z ktorých by vyplývalo, že primeraná alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia, tak ako to tvrdí kontrolovaný, skutočne neexistuje, resp., že eventuálna alternatíva sa javí ako neprimeraná. Vzhľadom na uvedené došlo v tomto prípade postupom kontrolovaného k porušeniu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný dostatočne nepreukázal neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady.**
35. Poslednou podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní je, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Jej podstatou je vo všeobecnosti vylúčiť zneužívanie, resp. umelé vytváranie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania. Úrad uvádza, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení č. 1

v tejto súvislosti okrem iného uviedol aj, cit.: „Dodávka CRIS bola uskutočnená na základe zmluvy o dielo na dodanie Centralizovaného systému pre riadenie energetickej sústavy zo dňa 30. 04. 2009. SSE-D vo svojom liste Doplňenie dokumentácie zo dňa 27. 03. 2017 uviedla, že SSE-D je povinná pri obstaraní tovarov, prác a služieb, ktoré súvisia s prevádzkovaním distribučnej sústavy alebo zabezpečovaní prístupu do tejto sústavy postupovať v intenciách právnej úpravy týkajúcej sa verejného obstarávania od 01. 01. 2014. **Pred týmto dátumom SSE-D nebola povinná postupovať v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.** Taktiež považujeme za dôležité zdôrazniť, že **Zmluva o dielo na dodanie Centralizovaného systému pre riadenie energetickej sústavy zo dňa 30.4.2009 nebola uzatvorená spoločnosťou SSE-D, ale spoločnosťou Stredoslovenská energetika, a. s., ktorá v tom období zabezpečovala nákup pre SSE-D.** Spoločnosť Stredoslovenská energetika, a. s. taktiež nebola povinná (dokonca ani v súčasnosti nie je povinná) postupovať pri obstarávaní v intenciách právnej úpravy verejného obstarávania. Zmluvy súvisiace s IT časťou podniku a teda aj CRIS platné ku dňu prevodu boli prevedené na SSE-D prevodom časti podniku týkajúceho sa IT k 31. 12. 2015. (...) V čase uzatvorenia predmetnej zmluvy o dielo na dodávku CRIS však takáto úprava nebola účinná, a preto máme za to, že nemožno od SSE-D vyžadovať, resp. dovoľávať sa dôvodu neupravenia prevodu práv k dielu späť do času uzatvorenia pôvodnej zmluvy o dielo, ktorú ako opätovne uvádzame SSE-D neuzatvárala a nebola ani výsledkom verejného obstarávania.“

36. V súvislosti s vyššie uvedenou podmienkou priameho rokovacieho konania kontrolovaný vo vyjadrení č. 2 poukazuje na stanovisko spoločnosti ELEKTROSYSTEM, a. s. predložené úradu spolu s vyjadrením č. 1 (viď bod 6 tohto rozhodnutia), pričom v tejto súvislosti uvádza, cit.: „Máme za to, že nedošlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže z dôvodu umelého zúženia parametrov, keďže v zmysle odpovede na žiadosť SSE-D o prevod, resp. postúpenie práv k dielu na SSE-D, resp. tretie osoby dodávateľ túto možnosť vylučuje a deklaruje, že svoje práva k dielu nepostúpi. Tzn. pre tretie osoby je objektívne nemožné pre SSE-D obstarávanú zákazku zabezpečiť.“
37. Úrad uvádza, že predmetom tohto konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy je overenie splnenia zákonných podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky na predmet „Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“ kontrolovaným. To znamená, že úrad neposudzuje a nehodnotí zákonnosť postupu predchádzajúcich súvisiacich zákaziek, resp. spôsob, akým došlo k podpisu zmlúv, výsledkom ktorých bola dodávka centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy. Úrad sa zameriava na kontrolu predmetného verejného obstarávania a jeho súladu s účinným znením zákona o verejnom obstarávaní. **Ak však dôsledkom obstarávania predchádzajúcich zákaziek, resp. podpísania zmlúv, ktoré z predmetných zákaziek vzišli, je stav, ktorý pri účinnosti platnej právnej úpravy neumožňuje kontrolovanému použiť priame rokovacie konanie z titulu umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, resp. z titulu nastavenia podmienok v predchádzajúcich zmluvách, nemožno sa, podľa názoru úradu, dovoľávať predchádzajúcej právnej úpravy, ktorá podmienku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania výslovne neupravovala, resp. sa nemožno dovoľávať skôr nastavených zmluvných podmienok, ktoré síce v čase uzatvárania predmetných zmlúv mohli byť v súlade s vtedajšou právnou úpravou, no v súčasnosti svojím znením znemožňujú postupovať priamym rokovacím konaním.** Uvedené sa teda primerane vzťahuje aj na skutočnosť, že predmetné zmluvy podpísal právny predchodca kontrolovaného, resp. že tieto zmluvy boli na kontrolovaného prevedené. Pripustením takejto

argumentácie kontrolovaného by mohlo dôjsť k tomu, že zadávanie zákaziek postupom priameho rokovacieho konania by bolo, s odvolaním sa na neexistenciu kritériá umelého zúženia parametrov verejného obstarávania v predchádzajúcej právnej úprave, resp. že stav umelého zúženia parametrov verejného obstarávania nespôsobil kontrolovaný, ale jeho právni predchodcovia, možné prakticky vo všetkých prípadoch, ktoré predchádzali nadobudnutiu účinnosti v súčasnosti platného zákona o verejnom obstarávaní.

38. Na tomto mieste úrad uvádza, že ak by vyššie uvedený záver neplatil, v praxi by bolo veľmi jednoduché obísť znenie predmetnej podmienky na použitie priameho rokovacieho konania tak, že určitý štátny orgán, resp. subjekt by obstaral informačný systém bez licenčných práv a následne ho previedol na iný štátny orgán/subjekt, ktorý by potom mohol bez obmedzenia používať priame rokovacie konania vo vzťahu k tomuto informačnému systému, keďže on sám daný systém neobstaral. Takýto výklad by podľa úradu bol obzvlášť nelogický v porovnaní s prípadom, keď pôvodný informačný systém bez licenčných práv obstará ten istý štátny orgán, ktorý sa následne rozhodne jeho údržbu a ďalší rozvoj zabezpečiť postupom priameho rokovacieho konania, pričom takýto postup by mu, samozrejme, s poukazaním na znenie § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní a skutočnosť, že „on sám“ obstaral pôvodný informačný systém, umožnený nebol. Podľa úradu by takýto výklad predmetného ustanovenia navyše ani celkom zjavne nebol v súlade s cieľom smernice, podľa ktorej by sa priame rokovacie konanie vzhľadom na jeho škodlivý vplyv na hospodársku súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, a preto sa s takýmto výkladom kontrolovaného nemožno stotožniť.
39. Úrad v intenciách vyššie uvedeného opätovne uvádza, že zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože obstarávateľ 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 možno konštatovať, že **kontrolovaný, resp. jeho právny predchodca tým, že nezahrnul do vyššie uvedených zmlúv ustanovenie požadovať/zabezpečiť oprávnenie na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav informačného systému verejným obstarávateľom/treťou osobou, ktoré by kontrolovanému umožňovalo vykonať rozvoj, obnovu a údržbu produktu CRIS, spôsobil umelé zúženie parametrov verejného obstarávania. Týmto zúžením parametrov verejného obstarávania bolo spôsobené obmedzenie hospodárskej súťaže v prípade potreby ďalšej úpravy, obnovy, rozvoja, podpory, údržby alebo iného zásahu do tohto informačného systému, pretože sa tým mohla znemožniť účasť ďalších subjektov na realizácii tohto predmetu zákazky. V danom priamom rokovacom konaní v dôsledku zúženia parametrov verejného obstarávania, t. j. tým že kontrolovaný/jeho predchodcovia nezabezpečil v predmetných zmluvách uvedenie ustanovenia upravujúceho právo požadovať/zabezpečiť oprávnenie na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav informačného systému verejným obstarávateľom/treťou osobou, bola znemožnená hospodárska súťaž v prípade zákazky, ktorej predmetom je rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy.**
40. Úrad má za to, že ak obstarávateľ nezabezpečí možnosť požadovať/zabezpečiť oprávnenie na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav informačného systému verejným obstarávateľom/treťou osobou v prípade svojho informačného systému, nemôže sa tohto svojho konania neskôr dovolávať ako dôvodu pre využitie priameho rokovacieho konania,

v prípade keď obstaráva rozvoj, obnovu a údržbu tohto informačného systému, a to ani v prípade, že takýto stav spôsobili jeho právni predchodcovia. Dôvody, pre ktoré je možné postupovať priamym rokovacím konaním musia byť objektívne, t. j. nespôsobené konaním kontrolovaného (alebo jeho predchodcom). Úrad konštatuje, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania týkajúcej sa neexistencie hospodárskej súťaže, ktorá by nebola výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, keďže ako bolo uvedené, neexistencia hospodárskej súťaže mohla byť spôsobená samotným kontrolovaným/jeho predchodcami ako výsledok umelého zúženia parametrov verejného obstarávania na vytvorenie pôvodného informačného systému pre kontrolovaného, resp. ďalších súvisiacich obstarávaní. Úrad dodáva, že skutočnosť, že predchádzajúca právna úprava podmienku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania výslovne neupravovala, rovnako ako argumentácia, že predmetné zmluvy podpisovali kontrolovaného právni predchodcovia, neobstojí, nakoľko, ako už bolo uvedené, **úrad posudzuje súlad predmetného verejného obstarávania s aktuálne platným a účinným zákonom o verejnom obstarávaní, ktorý preukázanie predmetnej podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania vyžaduje.**

41. 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 uzavrieť s ním zmluvu. V tomto prípade nebolo preukázané, že spoločnosť ELEKTROSYSTEM, a. s. z pohľadu platného zákona o verejnom obstarávaní je jediným možným poskytovateľom kontrolovaným obstarávaných služieb, keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie všetkých podmienok podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 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 § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že službu vie poskytnúť len jeden hospodársky subjekt a že ide o výhradné práva, 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. Kontrolovaný však v predloženej dokumentácii tieto podmienky, okrem existencie výhradných práv, dostatočným spôsobom nepreukázal.
42. 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 uvádza, že kontrolovaný mal povinnosť preukázať, že boli splnené všetky podmienky pre uplatnenie priameho rokovacieho konania kumulatívne. **Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko 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.

43. Podľa § 175 ods. 1 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:
- a) odstrániť protiprávny stav alebo
  - b) **zrušiť použitý postup zadávania zákazky** alebo koncesie, postup zadávania časti zákazky alebo časti koncesie alebo súťaž návrhov.
44. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súlade 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 kontrolovaný preukázať**. V prípade, ak sa ako výnimku zo súťažného postupu verejného obstarávania rozhodne kontrolovaný použiť priame rokovacie konanie podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, **musí jednoznačne preukázať**, že daný predmet zákazky môže realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt a zároveň je povinný odôvodniť a preukázať aj splnenie ostatných podmienok, nevyhnutných pre možnosť aplikácie tohto postupu verejného obstarávania, ktoré sú uvedené v bode 20 tohto rozhodnutia.
45. Na základe uvedeného bolo 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 spät'vzatia odvolania úradu.

Mgr. Denisa Juhásová  
riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

1. Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s., Pri Rajčianke 2927/8, 010 47 Žilina – kontrolovaný
2. ELEKTROSYSTEM, a. s., Št. Furdeka 10, 010 01 Žilina – záujemca

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 140 ods. 3 a orgán príslušný podľa § 146 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“) vo veci odvolania obstarávateľa **Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.**, Pri Rajčianke 2927/8, 010 47 Žilina (ďalej len „kontrolovaný“) proti rozhodnutiu úradu č. 2230-6000/2017-ODI zo dňa 13. 07. 2017, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, začatom z vlastného podnetu úradu podľa 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, v priamom rokovacom konaní na predmet zákazky „Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania zverejnené kontrolovaným vo Vestníku verejného obstarávania č. 10/2017 dňa 13. 01. 2017 pod značkou 508 – DES, vydáva toto

### **rozhodnutie**

Rada Úradu pre verejné obstarávanie odvolanie kontrolovaného **zamieta** a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 2230-6000/2017-ODI zo dňa 13. 07. 2017 **potvrďuje** podľa § 177 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní.

### **O d ô v o d n e n i e**

1. Kontrolovaný dňa 24. 07. 2017 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 2230-6000/2017-ODI zo dňa 13. 07. 2017 (ďalej len „rozhodnutie úradu“), vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy podľa § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.

#### **Rozhodnutie úradu**

2. Z rozhodnutia úradu vyplýva, že kontrolovaný zamýšľal prostredníctvom priameho rokovacieho konania uzavrieť so spoločnosťou ELEKTROSYSTEM, a. s. (ďalej len „dodávateľ“) zmluvu na rozvoj, obnovu, servisné a údržbové práce centrálného riadiaceho systému kontrolovaného v hodnote 3 355 000 eur bez DPH. Úlohou úradu bolo posúdiť, či kontrolovaný splnil všetky podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania.
3. Úrad v rozhodnutí skonštatoval, že aby kontrolovaný mohol uzavrieť zmluvu priamym rokovacím konaním, musí preukázať, že predmet zákazky je schopný plniť iba dodávateľ, ako aj že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k obstarávanému predmetu zákazky. Podľa úradu sú tieto dve otázky prepojené, pretože pokiaľ by existovala iná alternatíva, tak by existoval aj iný dodávateľ, a preto úrad preskúmal obe tieto podmienky vo vzájomnej súvislosti.

4. Podľa kontrolovaného daný predmet zákazky, t. j. rozvoj, obnova, servisné a údržbové práce existujúceho centrálného riadiaceho systému (ďalej len „systém CRIS“) **nemá alternatívu**, pretože vývoj nového systému by trval 4 až 5 rokov. Navyše, bolo by aj zjavne neekonomické, ak by namiesto nevyhnutných úprav existujúceho systému obstaral nový systém so všetkými funkcionalitami a príslušnou podporou. Kontrolovaný svoje tvrdenia podporil zoznamom troch obdobných systémov, ktoré boli v nedávnej dobe obstarávané v Slovenskej republike a v Českej republike, a ktorých cena bola vyššia, ako je hodnota tejto zákazky.
5. Tento argument však úrad spochybnil tým, že aj keď vstupné náklady na nový systém môžu byť vyššie ako údržba súčasného systému CRIS, kontrolovaný by mohol ušetriť v budúcnosti. S novým systémom by si totiž obstaral aj autorské práva a každú jeho ďalšiu úpravu by mohol obstarat' prostredníctvom súťaže, ktorá mu v porovnaní s priamym rokovacím konaním prinesie úspory.
6. Úrad posudzoval aj výpočet kontrolovaného, v ktorom porovnal najmenšie možné finančné náklady na obstaranie nového systému s nákladmi na údržbu systému CRIS. Z výpočtu vyplýva, že aj po piatich rokoch prevádzky nového systému by bola finančná strata od 1 349 434,75 eur do 2 189 434,75 eur v závislosti od toho, či by sa obstarávala aj technická podpora. Preto je podľa kontrolovaného hypotéza úradu o budúcich úsporách nepreukázaná.
7. Úrad však v rozhodnutí skonštatoval, že predmetný výpočet je vyrátaný na obdobie piatich rokov a nie je v ňom zohľadnená skutočnosť, že kontrolovaný bude môcť aj v ďalšom období súťažiť rozvoj a podporu informačného systému. Súťaž kontrolovanému každou ďalšou úpravou prinesie úsporu v porovnaní s priamym rokovacím konaním, čo v dlhodobom horizonte prinesie kontrolovanému nižšie náklady.
8. Úrad preto skonštatoval, že kontrolovaný nepreukázal absenciu primeranej alternatívy k obstarávanej službe tak, ako to vyžaduje zákon o verejnom obstarávaní. A ak platí, že kontrolovaný nepreukázal absenciu primeranej alternatívy, potom podľa úradu nepreukázal ani to, že túto predmetnú službu mu vie poskytnúť iba súčasný dodávateľ. Podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania teda neboli splnené a kontrolovaný podľa úradu porušil § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
9. Úrad sa napriek záveru uvedenému v predošlom bode zaoberal aj treťou podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania, a to či neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania kontrolovaným. Tu sa úrad zaoberal najmä argumentom kontrolovaného, podľa ktorého bol na neho systém CRIS prevedený od subjektu, ktorý nedisponuje postavením verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Navyše, zákon o verejnom obstarávaní v tom čase ešte neupravoval, že priame rokovacie konanie možno použiť len ak nedošlo k zúženiu parametrov verejného obstarávania.
10. K uvedenému úrad uviedol, že ak by mala platiť argumentácia kontrolovaného, v praxi by bolo veľmi jednoduché obísť prísne podmienky použitia priameho rokovacieho konania tak, že určitý štátny orgán, resp. subjekt by obstaral informačný systém bez licenčných práv a následne ho previedol na iný štátny orgán/subjekt, ktorý by potom mohol bez obmedzenia používať priame rokovacie konania vo vzťahu k tomuto informačnému systému. Takýto výklad by bol podľa úradu nelogický.
11. Úrad preto skonštatoval, že kontrolovaný, resp. jeho právny predchodca, tým, že do zmlúv o prevzatí CRIS nezahrnul ustanovenie zabezpečujúce oprávnenie na vykonávanie jeho zmien a úprav verejným obstarávateľom, resp. treťou osobou, umelo zúžil parametre verejného

obstarávania. Z uvedeného vyplýva, že podľa úradu kontrolovaný nespĺnil ani tretiu podmienku pre použitie priameho rokovacieho konania.

12. Keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie ani jednej z podmienok, ktoré zákon o verejnom obstarávaní vyžaduje pre použitie priameho rokovacieho konania, porušil podľa úradu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom predmetné porušenie mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže otvoreného súťažného postupu sa mohlo zúčastniť viacero subjektov schopných dodať predmet zákazky. Z vyššie uvedených dôvodov úrad nariadil kontrolovanému zrušiť predmetné priame rokovacie konanie.

### **Odvolanie kontrolovaného**

13. Dňa 24. 07. 2017 kontrolovaný doručil úradu odvolanie, v ktorom uvádza, že s rozhodnutím úradu nesúhlasí, nakoľko podľa jeho názoru sú všetky podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania splnené.
14. Kontrolovaný použitie postupu priameho rokovacieho konania odôvodňuje nielen existenciou výhradných práv súčasného dodávateľa, ale aj existenciou technických dôvodov. Tieto dôvody spočívajú najmä v potrebe zabezpečenia kompatibility a interoperability s existujúcim prevádzkovaným systémom a zároveň aj s nadväzujúcimi systémami. Systém CRIS je podľa kontrolovaného unikátne technické riešenie konkrétneho dodávateľa a pre jeho jedinečnú technológiu, technický prístup, technické vybavenie a technické know-how nemôže rozvoj, obnovu a údržbu systému CRIS zabezpečiť nikto iný.
15. Kontrolovaný ďalej uvádza, že k predmetu zákazky (t. j. k rozvoju, obnove a údržbe systému CRIS) neexistuje alternatíva. Ak možno udržiavať súčasný systém, implementácia úplne nového systému sa nedá považovať za alternatívu, a to vzhľadom na finančnú a časovú náročnosť. Finančnú a časovú náročnosť kontrolovaný preukazuje tabuľkou s tromi novými systémami, ktoré boli obstarané na Slovensku a v Českej republike. Z tabuľky vyplýva, že nákupné ceny všetkých troch nových systémov boli vyššie, ako je predpokladaná hodnota obnovy a údržby systému CRIS.
16. Kontrolovaný ďalej poukazuje na tvrdenie úradu, podľa ktorého môže obstaranie nového systému spolu s právami na jeho úpravu v budúcnosti priniesť v konečnom dôsledku úspory. Podľa kontrolovaného toto tvrdenie úradu nie je podložené reálnym a preskúmateľným dôkazom, a preto ide iba o hypotézu. Rovnako tvrdenie úradu o úsporách v horizonte dlhšom než päť rokov je podľa kontrolovaného nepravdivé, nakoľko v súčasnosti nevie potvrdiť, ako dlho bude systém CRIS udržiavať, resp. ako dlho by udržiaval nový systém.
17. Kontrolovaný následne poukazuje na ďalšiu tabuľku v jeho odvolaní, z ktorej vyplýva, že dokonca aj v prípade, ktorý kontrolovaný definoval ako najlepší možný, bude po 30 rokoch rozdiel medzi údržbou systému CRIS a obstaraním nového systému 99 434,75 eur v neprospech nového systému. Kontrolovaný preto konštatuje, že primeranou alternatívou nemôže byť nákup nového diela, ktoré by spôsobilo obstarávateľovi neprimeranú finančnú, ale aj prevádzkovú a časovú náročnosť.
18. K tvrdeniu úradu, podľa ktorého chýbajúca hospodárska súťaž je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, kontrolovaný uvádza, že túto podmienku použitia priameho rokovacieho konania nemožno vykladať absolútne. Podľa kontrolovaného súvisí daná podmienka s absenciou hospodárskej súťaže, čo vyplýva aj zo zákona o verejnom obstarávaní. Podľa kontrolovaného by hospodárska súťaž absentovala aj keby disponoval všetkými právami k systému CRIS, nakoľko by z technických dôvodov mohlo dôjsť k ohrozeniu funkčnosti celého systému. Podľa kontrolovaného je teda absencia hospodárskej

súťaže objektívna skutočnosť, ktorá nie je závislá od toho, či disponuje právami k systému alebo nie.

19. Kontrolovaný uvádza, že sa na možnosť zmeniť dodávateľa pýtal aj odborníka na elektrotechnické systémy. Ten vo svojom stanovisku potvrdil, že daný predmet zákazky môže realizovať iba pôvodný dodávateľ. Podľa kontrolovaného situáciu výlučnosti autorských práv dodávateľa k dielu, resp. technických dôvodov, v žiadnom prípade nevytvoril on sám. Situácia výlučnosti vyplýva z objektívnej okolnosti, keďže nie je možné dosiahnuť splnenie zákazky a jej účelu iným spôsobom ako jej zadaním súčasnému dodávateľovi.
20. Kontrolovaný na záver svojho odvolania poukazuje na znenie bodu 61 preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (ďalej len „smernica 2014/25/EÚ“), podľa ktorého ak chce obstarávateľ použiť priame rokovacie konanie, nemôže situáciu výlučnosti vytvoriť on sám. Podľa kontrolovaného však v danom prípade takáto situácia nemohla nastať, keďže zmluva o dielo, predmetom ktorej bolo dodanie CRIS, bola uzatvorená v období roku 2009, teda v období, kedy kontrolovaný nebol v pozícii obstarávateľa, ani nemohol predpokladať, že sa obstarávateľom stane.
21. Na základe vyššie uvedených tvrdení kontrolovaný žiada radu, aby zmenila rozhodnutie úradu tak, aby kontrolovaný mohol pokračovať v zadávaní zákazky rokovacím konaním.

### **Zistenia rady**

22. Rada preskúmala predloženú dokumentáciu kontrolovaného, ako aj administratívny spis z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, pričom zistila nasledovné:
23. Kontrolovaný je obstarávateľom podľa § 9 zákona o verejnom obstarávaní. Dňa 10. 01. 2017 odoslal úradu oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante na predmet „Rozvoj, obnova a údržba centrálného riadiaceho informačného systému distribučnej sústavy spoločnosti Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s.“, ktoré bolo zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 10/2017 dňa 13. 01. 2017 pod značkou 508 – DES. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 3 355 000 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb, zadávanú postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
24. K predmetu zákazky kontrolovaný v bode II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uvádza, cit.: „Predmetom zákazky je rozvoj, obnova a servisné a údržbové práce pre centrálny riadiaci informačný systém obstarávateľa.“
25. Kontrolovaný v oddiele V. „Pridelenie položky/Koncesie“, bod V.2 „Pridelenie zákazky/Koncesie“, podbod V.2.3 „Názov a adresa dodávateľa/držiteľa koncesie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol spoločnosť ELEKTROSYSTEM, a. s.
26. Zadanie daného predmetu zákazky postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný odôvodnil skutočnosťou, že práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu ochrany výlučných práv vrátane práva duševného vlastníctva.
27. V odôvodnení použitia priameho rokovacieho konania, uvedenom v prílohe D2 „Vybrané odvetvia“, bod D2.3 „Vysvetlenie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante, je uvedené nasledovné, cit.: „(...) CRIS je náročný systém, spĺňajúci najprísnejšie kritériá funkčnosti, dostupnosti, spoľahlivosti a bezpečnosti, ktoré sú dané platnými normami pre tieto

systemy. Systém CRIS pozostáva z potrebného HW a SW ako aj ostatných pre jeho funkčnosť bezpodmienečne potrebných komponentov. CRIS tak predstavuje previazaný celok technických (HW) a programových prostriedkov (SW), pričom z dôvodu zabezpečenia požadovanej interoperability, jeho rozvoj, obnovu, dopĺňanie a servis nie je možné realizovať oddelene, HW od SW a naopak. V prípade potreby úpravy systému znamená táto úprava dopad na všetky kritické časti tohto systému. CRIS bol vybudovaný na základe zmluvy o dielo so spoločnosťou ELEKTROSYSTEM, s. r. o. V rámci zmluvy o dielo poskytol dodávateľ SSE-D autorské diela, ku ktorým vykonáva všetky majetkové práva autorov. Dodávateľ poskytol SSE-D<sup>1</sup> všetky potrebné práva umožňujúce prevádzkovať CRIS a vykonávať jeho základnú údržbu. SSE-D však v zmysle udelených oprávnení nie je oprávnená voľne disponovať know-how pre potreby rozvoja CRIS alebo ich poskytnúť tretej strane, pri dodržaní Autorského zákona. Dodávateľ výkon majetkových práv k autorským dielam neodovzdal žiadnej ďalšej strane a je teda jediným, ktorý môže poskytovať služby podpory pre autorské diela, modifikovať a rozvíjať CRIS. V súvislosti so zvyšujúcimi sa nárokmi na riadenie energetickej sústavy je potrebné v dôsledku plynutia času, dynamického rozvoja informačných technológií a morálneho a fyzického opotrebovania jednotlivých prvkov uskutočniť nevyhnutný rozvoj a obnovu kľúčových prvkov tvoriacich tento riadiaci dispečerský systém. Súčasne je pre CRIS potrebné zabezpečiť kontinuálne pokračovanie v poskytovaní nutných služieb technickej podpory (servisné a údržbové práce), ktorých cieľom je zabezpečenie spoľahlivej prevádzky a dlhodobej garancie funkčnosti a zabezpečenia prevádzkovej spoľahlivosti CRIS na ďalšie obdobie. Vzhľadom na komplexnosť a jedinečnosť systému nie je možné zabezpečiť pri tejto zákazke hospodársku súťaž, keďže aktuálne neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, ktorá by zabezpečila spoľahlivé a kontinuálne riadenie distribučnej sústavy v zmysle platnej legislatívy a zároveň dodávateľ disponuje výhradnými právami k prvkom vyššie popísaného systému CRIS.“

28. V liste zo dňa 18. 05. 2017 označenom ako „Odpoveď: Centralizovaný systém pre riadenie energetickej sústavy – prevod práv“ dodávateľ uviedol, že „(...) naša spoločnosť vykonáva ku CRIS, ako predmetu ochrany duševného vlastníctva, všetky majetkové práva. Majetkové práva ku CRIS neboli prevedené na žiadnu tretiu osobu a naša spoločnosť ani neposkytla tretej osobe (s výnimkou SSE-D v rozsahu ustanovenom zmluvou) práva CRIS akokoľvek využívať. Jediné spoločnosť ELEKTROSYSTEM, a. s. je s ohľadom na existenciu výhradných práv oprávnená poskytovať služby podpory CRIS, resp. uvedený systém rozvíjať a modifikovať.“
29. V bode 9.9 Zmluvy o dielo na dodanie Centralizovaného systému pre riadenie energetickej sústavy č. Z-S-2009-000432-00, uzavretej dňa 30. 04. 2009 medzi kontrolovaným a dodávateľom, sa uvádza, že „zhotoviteľ poskytuje objednávateľovi formou výhradnej licencie časovo neobmedzené oprávnenie k výkonu práva užívať programové vybavenie (SW) diela. Nové licenčné oprávnenie v sebe obsahuje aj všetky licencie stávajúcich systémov RIS RD SSE, RIS EDP SSE a TIS, ktoré objednávateľ nadobudol z predchádzajúcich realizovaných zmlúv medzi zhotoviteľom a objednávateľom.“
30. Európska komisia v liste zn. Ares(2017)3469040 zo dňa 10. 07. 2017 adresovanom Úradu podpredsedu vlády SR pre investície a informatizáciu vysvetľuje podmienky na použitie priameho rokovacieho konania na údržbu a rozvoj na mieru vyrobených informačných systémov z technických dôvodov nasledovne, cit.: „Po prvé, musí byť preukázané, že na trhu nepôsobí žiadny iný hospodársky subjekt schopný dodať predmet zákazky. V prípade na mieru vyrobeného softvéru sa zdá byť takýto dôkaz problematický, pokiaľ nie je založený na

---

<sup>1</sup> SSE-D predstavuje skratku, ktorou sa označuje kontrolovaný – pozn. rady.

práve duševného vlastníctva. Navyše, smernica precizuje absenciu súťaže z technických dôvodov tromi ďalšími atribútmi:

- Absencia súťaže, t. j. výlučnosť, nesmie byť vytvorená verejným obstarávateľom (napr. nevyváženým rozdelením autorských práv vo vzťahu k predchádzajúcej zmluve/IT systému) (Recitál 50);
- Neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada [Článok 32 (2)(b) posledný odsek];
- Absencia súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania [Článok 32(2)(b) posledný paragraf].“

Európska komisia ďalej uvádza, že otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady prichádza do úvahy „až po preukázaní, že absentuje hospodárska súťaž z technických dôvodov, čo nie je spôsobené predchádzajúcim konaním verejného obstarávateľa ani umelým zúžením súčasných parametrov obstarávania. Iba v prípade, že sú tieto čiastkové otázky bezpečne zodpovedané – absencia súťaže z technických dôvodov nebola vytvorená verejným obstarávateľom a nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania – by mal verejný obstarávateľ pristúpiť k posudzovaniu existencie primeranej alternatívy alebo náhrady.“

### **Právny rámec**

31. 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.
32. Podľa § 98 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak je splnená aspoň jedna z týchto podmienok: 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.
33. Podľa § 98 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ vyzve na rokovanie jedného alebo viacerých vybraných záujemcov v závislosti od podmienky uvedenej v odseku 1, s ktorými rokuje o podmienkach zákazky, najmä o technických, administratívnych a finančných podmienkach. Obstarávateľ postupuje podľa § 82 ods. 2 až 4.
34. Podľa bodu 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ vzhľadom na škodlivé účinky na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie buď nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž ani neprineslo lepšie výsledky obstarávania v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. To je

prípadech 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 predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. Obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali poskytnúť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb. Ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto dôvody 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 obstarávať.

35. Podľa čl. 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ môžu obstarávatelia rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž používať, ak práce, tovar alebo služby môže 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 radou**

36. Rada na základe § 177 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní preskúmala napadnuté rozhodnutie úradu v celom rozsahu, pričom uvádza nasledovné:

37. Rada v prvom rade poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný je obstarávateľom podľa § 9 zákona o verejnom obstarávaní, preto sa na neho vzťahujú ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní týkajúce sa obstarávateľov, ako aj smernica 2014/25/EÚ a nie smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES. Časť zákona o verejnom obstarávaní upravujúca podmienky použitia priameho rokovacieho konania je však rovnaká pre verejných obstarávateľov aj obstarávateľov a rovnaká je aj úprava obsiahnutá v oboch smerniciach. Z uvedených dôvodov je potrebné pri aplikovaní podmienok použitia priameho rokovacieho konania obstarávateľmi použiť rovnaký výklad, ako aj rovnakú judikatúru, ako pri verejných obstarávateľoch.

38. Kontrolovaný v odvolaní použitie priameho rokovacieho konania odôvodňuje:

**I. existenciou technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž a**

**II. existenciou výhradných práv dodávateľa na údržbu a úpravu systému CRIS.**

Rada preto posúdila splnenie oboch vyššie spomenutých zákonných dôvodov.

## I. Existencia technických dôvodov

39. Zo zákona o verejnom obstarávaní [§ 98 ods. 1 písm. b) bod 2], ako aj zo smernice 2014/25/EÚ [čl. 50 písm. c)] vyplýva, že priame rokovacie konanie **z technických dôvodov** môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak sú splnené všetky nasledovné podmienky:
- a) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž,
  - b) neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania a
  - c) neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada.
40. Rada ešte pred tým, než pristúpi k posúdeniu splnenia jednotlivých podmienok, považuje za nevyhnutné poukázať na fakt, že nielen, že všetky tri vyššie uvedené podmienky musia byť splnené súčasne, o čom niet žiadnych pochyb, ale tieto tri podmienky na seba aj vzájomne nadväzujú. To znamená, že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej. Inými slovami, ak nie je splnená prvá podmienka, nemá žiadny význam skúmať splnenie druhej alebo tretej podmienky, nakoľko tieto z nej príčinne vyplývajú.
41. Vyššie uvedené možno vysvetliť nasledovne: Ak by nebolo preukázané splnenie podmienky uvedenej v bode 39 písm. a), tzn., **ak by existovala hospodárska súťaž**, tak nemá absolútne **žiadny význam posudzovať, prečo hospodárska súťaž neexistuje**, teda podmienku uvedenú v bode 39 písm. b).
42. Uvedené platí rovnako, i keď trochu komplikovanejšie, aj vo vzťahu k tretej podmienke: ak aj z technických dôvodov absentuje hospodárska súťaž [tzn., že je splnená podmienka uvedená v bode 39 písm. a) tohto rozhodnutia], avšak absencia hospodárskej súťaže je spôsobená umelým zúžením parametrov verejného obstarávania [nesplnená podmienka uvedená v bode 39 písm. b) tohto rozhodnutia], tak nemá žiadny význam posudzovať, či existuje alebo neexistuje primeraná alternatíva alebo náhrada. Ak totiž verejný obstarávateľ sám zapríčinil absenciu hospodárskej súťaže, nemôže ho to oprávňovať na použitie priameho rokovacieho konania, a to bez ohľadu na existenciu alebo neexistenciu alternatív.
43. Podmienky na použitie priameho rokovacieho konania sú teda pospájané podobne ako články reťaze – jedna za druhou – pričom nesplnenie prvej podmienky má za následok nesplnenie všetkých podmienok.
44. Majúc na zreteli závery uvedené v bodoch 40 až 43 tohto rozhodnutia rada pristúpila k posúdeniu splnenia podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania z technických dôvodov.

### **Ad bod 39 písm. a): z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž**

45. Kontrolovaný existenciu technických dôvodov odôvodňuje najmä potrebou zabezpečenia kompatibility a interoperability systému CRIS, ako aj unikátnosťou a náročnosťou použitého technického riešenia. Podľa kontrolovaného iba dodávateľ disponuje potrebným know-how na bezproblémový zásah do systému.
46. Úlohou rady v danom konaní je posúdiť, či sú vyššie uvedené technické dôvody dostatočné na to, aby vyňali zákazku zo všeobecnej povinnosti obstaráť ju prostredníctvom súťažného postupu a odôvodňovali jej obstaranie nesúťažným priamym rokovacím konaním. Súťaž pritom v danom posúdení zohráva kľúčovú úlohu, keďže práve tá je absolútne základným

kameňom verejného obstarávania v Európskej únii a požíva preto veľmi silnú ochranu zo strany legislatívy aj súdov.

47. Uvedené napokon potvrdzuje aj samotná smernica 2014/25/EÚ. V bode 61 jej preambuly je stanovené, že „vzhľadom na **škodlivé účinky na hospodársku súťaž**“ by sa priame rokovacie konanie malo využívať „len vo **veľmi výnimočných prípadoch**“ (bod 33 tohto rozhodnutia). A tento prísny prístup k priamemu rokovaciemu konaniu potvrdzuje aj Súdny dvor Európskej únie, podľa ktorého výnimky z pravidiel, ktorých cieľom je zabezpečiť účinnosť práv uznaných Zmluvou o Európskej únii v oblasti verejného obstarávania, musia byť vykladané doslovne (rozsudky C-57/94, C-318/94, C-394/02, C-337/05). Členské štáty nemôžu stanoviť iné prípady použitia rokovacieho konania, než aké sú ustanovené v smernici, alebo k prípadom výslovne uvedeným v smernici pridať nové podmienky, ktoré spôsobia, že používanie tohto konania bude jednoduchšie; hrozilo by totiž, že smernica stratí svoj účinný efekt.
48. Je teda rozvoj, obnova a údržba systému CRIS natoľko výnimočným prípadom, že sa aj smernica 2014/25/EÚ zriekne ochrany, ktorú poskytuje hospodárskej súťaži na území Európskej únie?
49. Kontrolovaný tvrdí, a rada žiadnym spôsobom nespochybňuje, že jedným z technických dôvodov je potreba zabezpečiť kompatibilitu a interoperabilitu systému CRIS. Podľa rady však systém CRIS dozaista nie je jediným informačným systémom, pri úprave ktorého treba dbať na jeho kompatibilitu a interoperabilitu. V skutočnosti azda všetky na mieru vyrobené informačné systémy čelia rovnakému problému, a teda nejde o ojedinelú alebo výnimočnú prekážku. Taktiež náročnosť technického riešenia systému CRIS rada nerozporuje, avšak náročnosť tohto systému sa nebude významne líšiť od náročnosti podobne robustných informačných systémov. Niektoré môžu byť menej zložité, iné zas omnoho komplikovanejšie, ale tak či onak, ich náročnosť nie je výnimočná. Do tretice, rada nespochybňuje ani kontrolovaným proklamovanú unikátnosť použitého technického riešenia. Aj tu je však potrebné skonštatovať, že každý na mieru vyrobený softvér je unikátny čo do svojho technického riešenia. Pokiaľ však má byť unikátnosť vlastnosťou všetkých na mieru vyrobených informačných systémov, tak už nepôjde o vlastnosť „unikátnu“, ale úplne bežnú a prirodzenú.
50. Účelom argumentácie uvedenej v predošlom odseku pritom nie je znižovať hodnotu technického riešenia systému CRIS, ale poukázať na fakt, že každý na mieru vyrobený informačný systém je náročný a unikátny svojím vlastným spôsobom. Inými slovami, rada nespochybňuje technickú náročnosť a unikátnosť systému CRIS a nespochybňuje ani dôležitosť potreby zabezpečiť jeho kompatibilitu a interoperabilitu. Rada poukazuje len na to, že tieto vlastnosti a potreby sú spoločné ak nie každému, tak veľmi vysokému počtu na mieru vyrobených informačných systémov.
51. Ak by teda technická komplikovanosť a unikátnosť systému CRIS odôvodňovali použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade, odôvodňovalo by to zároveň použitie priameho rokovacieho konania pri veľkom počte iných informačných systémov. A tie by z časového hľadiska mohli byť priamym rokovacím konaním udržiavané a inovované prakticky donekonečna, keďže ich zložitosť a unikátnosť sa len tak nevytratia.
52. Umožnenie obstarania rozvoja a údržby ku všetkým informačným systémom by dozaista nepredstavovalo „veľmi výnimočné prípady“ v zmysle bodu 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ. Rada pritom podotýka, že predmetná legislatíva sa týka celej Európskej únie. To ale znamená, že aby sa v záplave tisícov a tisícov na mieru vyrobených informačných

systémov v rámci celej Európy mohol za „výnimočný prípad“ považovať práve systém CRIS, kontrolovaný by to musel nejakým spôsobom preukázať.

53. Inak povedané, kontrolovanému by sa muselo podariť preukázať takú mieru náročnosti a unikátnosti použitého riešenia, že by to odôvodňovalo použitie priameho rokovacieho konania vo vzťahu k systému CRIS, zatiaľ čo v prípade iných na mieru vyrobených informačných systémov nie. Rada konštatuje, že uvedené sa kontrolovanému preukázať nepodarilo. Kontrolovaný len vo všeobecnosti poukazuje na náročnosť a unikátnosť systému CRIS, avšak to sú vlastnosti spoločné pre všetky obdobné informačné systémy. Rade pritom nie je známe, akým spôsobom by sa práve systém CRIS mal odlišovať od ostatných systémov, a to až do takej miery, že v jeho prípade má ísť o „výnimočný prípad“, zatiaľ čo v prípade iných systémov nie.
54. Rada ďalej poukazuje na bod 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ (bod 34 tohto rozhodnutia), v ktorom je uvedené, že ak „situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto dôvody 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 obstarat’.“
55. V tejto súvislosti rada konštatuje, že v prípade na mieru vyrobených IT systémov nie je možné skonštatovať, že pre firmu odlišnú od tvorca IT systému, je „takmer technicky nemožné“ oboznámiť sa s daným systémom a poskytovať mu údržbu. Rada pritom netvrdí, že ide o triviálnu činnosť, práve naopak, vo väčšine prípadov ide o síce veľmi sofistikovanú, ale **nie technicky nemožnú** službu. Rada taktiež konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal, že v danom prípade iba dodávateľ disponuje „osobitným know-how, nástrojmi alebo prostriedkami“ na poskytnutie služby, pričom za osobitné know-how rada nepovažuje znalosť systému CRIS, ale programovania systémov ako takých, čo je dnes už relatívne bežne ponúkaná služba. Kontrolovaný napokon nepreukázal ani existenciu osobitných požiadaviek na interoperabilitu, požadovaných na zabezpečenie fungovania obstarávaných služieb, ktoré by odôvodňovali skutočnosť, že obstarávaný systém môže dodať len jeden hospodársky subjekt.
56. Rada podporne v daných súvislostiach poukazuje aj na list Európskej komisie citovaný v bode 30 tohto rozhodnutia, ktorý predstavuje pravdepodobne najaktuálnejší výklad Európskej komisie k použitiu priameho rokovacieho konania v daných súvislostiach. Európska komisia v ňom uviedla, že pri posudzovaní odôvodnenosti priameho rokovacieho konania na údržbu a rozvoj „na mieru vyrobeného“ softvéru „ako prvé musí byť preukázané, že neexistuje žiaden iný uchádzač na trhu, ktorý je schopný dodať predmet zmluvy. Čo sa na mieru vyrobeného softvéru týka, takýto dôkaz sa zdá byť problematický, pokiaľ nie je založený na právach duševného vlastníctva.“ Aj podľa názoru Európskej komisie je teda vo vzťahu k informačným systémom problematické preukázať existenciu technických dôvodov, pre ktoré neexistuje na trhu žiadny iný možný dodávateľ.
57. Rada navyše poukazuje aj na ďalšiu dôležitú skutočnosť, a to, že to sú ľudia, ktorí vytvárajú, udržiavajú, obnovujú a rozvíjajú informačné systémy, a nie právnické osoby - firmy. IT špecialisti však na trhu práce fluktuujú, menia spoločnosti a menia aj informačné systémy. Rada neuznáva automatickú správnosť argumentácie, na základe ktorej by jedna a tá istá firma mala **z technických dôvodov** (pozor, nie z dôvodov založených na práve duševného

vlastníctva) teoreticky aj nekonečné právo na údržbu a rozvoj systému, a to aj v prípade, keď sa jej zamestnanci mohli aj niekoľko krát obmeniť. Táto argumentácia absolútne vylučuje možnosť, že v rovnakom čase pôsobí na trhu iná firma, do ktorej sa presunuli kľúčoví vývojári systému a pre túto firmu je **z technických dôvodov** vylúčené uspokojivo dodať predmet zákazky. S automatickou platnosťou takejto argumentácie sa rada nedokáže stotožniť.

58. Na základe argumentov uvedených vyššie rada konštatuje, že **kontrolovaný nepreukázal, že systém CRIS je tak komplikovaný a inovatívny, že z technických dôvodov odôvodňuje použitie priameho rokovacieho konania** na jeho rozvoj, obnovu a údržbu, a preto rada zároveň konštatuje, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky uvedenej v bode 39 písm. a) tohto rozhodnutia. Rada zároveň uvádza, že vzhľadom na závery uvedené v bodoch 40 až 43 tohto rozhodnutia splnenie ďalších podmienok posudzovať nebude.

## **II. Existencia výhradných práv dodávateľa na údržbu a úpravu systému CRIS**

59. Kontrolovaný ako druhý zákonný dôvod pre použitie priameho rokovacieho konania uviedol existenciu autorských práv súčasného dodávateľa k systému CRIS. Zo zákona o verejnom obstarávaní [§ 98 ods. 1 písm. b) bod 3], ako aj zo smernice 2014/25/EÚ [čl. 50 písm. c)] vyplýva, že priame rokovacie konanie **z dôvodu výhradných práv** možno uskutočniť len ak:
- a) službu môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt kvôli výhradným právam (inými slovami, z dôvodu výhradných práv neexistuje hospodárska súťaž),
  - b) neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania a
  - c) neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada.
60. Rada konštatuje, že mechanizmus posudzovania daných podmienok funguje rovnako „reťazovito“ ako v prípade technických dôvodov (body 40 až 43 tohto rozhodnutia). To v skratke znamená, že pokiaľ hospodárska súťaž neabsentuje, nemá význam posudzovať, prečo absentuje. A pokiaľ aj kontrolovaný preukáže, že hospodárska súťaž absentuje, ale ukáže sa, že to je jeho pričinením, tak nemá význam skúmať, či existuje alebo neexistuje primeraná alternatíva. Absencia súťaže je totiž zapríčinená samotným obstarávateľom a priame rokovacie konanie nebude opodstatnené bez ohľadu na existenciu alebo neexistenciu alternatívy.

### **Ad bod 59 písm. a): z dôvodu výhradných práv neexistuje hospodárska súťaž**

61. Rada po preskúmaní zmlúv k systému CRIS konštatuje, že nedošlo k prevodu autorských práv na úpravu systému CRIS z dodávateľa na kontrolovaného. Zo zmluvy o dielo na dodanie systému CRIS vyplýva, že dodávateľ na kontrolovaného previedol iba právo systém CRIS užívať (bod 29 tohto rozhodnutia). Taktiež z listu dodávateľa adresovaného kontrolovanému vyplýva, že autorské práva neposkytol žiadnej tretej osobe a jedine dodávateľ je oprávnený poskytovať služby podpory systému CRIS, ako aj tento systém rozvíjať a modifikovať (bod 28 tohto rozhodnutia).
62. Na základe vyššie uvedeného rada konštatuje, že kontrolovaný **preukázal existenciu výhradných práv dodávateľa k systému CRIS**, a teda aj skutočnosť, že čo sa rozvoja, obnovy a údržby systému CRIS týka, neexistuje na trhu hospodárska súťaž.

### **Ad bod 59 písm. b): neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**

63. Rada na začiatku považuje za dôležité ozrejmiť, čo sa skrýva za slovným spojením „neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania“. Toto ustanovenie totiž možno vykladať tak, že súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov teraz, v aktuálnom verejnom obstarávaní, ale aj tak, že súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov už niekedy v minulosti.
64. Odpoveď, ako správne vyložiť predmetné slovné spojenie, nám poskytuje smernica 2014/25/EÚ a z nej vyplýva, že oba výklady sú správne. V bode 61 preambuly tejto smernice je ustanovené, že situácia objektívnej výlučnosti môže odôvodniť použitie priameho rokovacieho konania len „keď **situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania**.“ To znamená, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená konaním verejného obstarávateľa v minulosti, priame rokovacie konanie nie je oprávnené.
65. Druhý výklad vyplýva z článku 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, podľa ktorého priame rokovacie konanie možno uskutočniť len ak „chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania“. To znamená, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená napr. diskriminačným opisom predmetu zákazky v súčasnom, práve prebiehajúcim priamom rokovacom konaní, takýto postup bude nelegálny.
66. Správnosť uvedeného „dvojitého“ výkladu smernice potvrdzuje aj samotná Európska komisia. Vo vyššie spomínanom liste (bod 30 tohto rozhodnutia) vyslovene uvádza, že otázka, či existuje alebo neexistuje primeraná alternatíva, prichádza do úvahy iba keď chýbajúca hospodárska súťaž nie je „výsledkom **predchádzajúceho konania** verejného obstarávateľa a umelého zúženia **súčasných parametrov verejného obstarávania**“.
67. Majúc na zreteli vyššie vysvetlený výklad podmienky uvedenej v bode 59 písm. b) rada pristúpila k posúdeniu konania kontrolovaného v danom prípade. Ako bolo uvedené vyššie, autorskými právami k systému CRIS disponuje výhradne dodávateľ. Posúdiť je potrebné, či to tak nie je „výsledkom predchádzajúceho konania“ kontrolovaného. Ten k danej otázke uviedol, že dodávka systému CRIS bola uskutočnená na základe zmluvy o dielo uzavretej medzi dodávateľom a spoločnosťou Stredoslovenská energetika, a. s., ktorá v tom období zabezpečovala nákup pre kontrovaného. Systém CRIS nebol výsledkom verejného obstarávania, nakoľko v roku 2009 spoločnosť Stredoslovenská energetika, a. s. ani kontrolovaný neboli povinní postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný podľa vlastných slov nadobudol postavenie obstarávateľa až od 01. 01. 2014. Ako uvádza ďalej, systém CRIS bol na neho prevedený k 31. 12. 2015, tzn. v čase, keď nebola účinná aktuálna právna úprava použitia priameho rokovacieho konania.
68. Rada sa v danej otázke plne stotožňuje s argumentáciou úradu uvedenou v prvostupňovom rozhodnutí. Úlohou úradu ani rady v danom prípade nie je skúmať spôsob, akým došlo k podpisu zmlúv, výsledkom ktorých bola dodávka systému CRIS, ale preskúmať odôvodnenosť aktuálneho priameho rokovacieho konania a jeho súladu so súčasnou právnou úpravou. Rada nemá inú možnosť, ako postupovať podľa účinného zákona o verejnom obstarávaní a podľa v ňom uvedených podmienok použitia priameho rokovacieho konania. Argument, podľa ktorého kontrolovaný prevzal systém CRIS v čase, keď bola právna úprava iná, preto nemožno akceptovať.
69. Čo sa týka argumentu, podľa ktorého kontrolovaný nevytvoril situáciu chýbajúcej hospodárskej súťaže, nakoľko systém CRIS prevzal od spoločnosti, ktorá nebola, ani doposiaľ nie je verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom, rada aj naďalej trvá na svojom názore vyslovenom v rozhodnutí č. 10237-9000/2017 zo dňa 19. 06. 2017 v bodoch 82 až 86. Rada uvádza, že ak by určitý informačný systém obstaral subjekt, ktorý nie je obstarávateľom

a následne ho poskytol na využitie obstarávateľovi, avšak bez licenčných práv umožňujúcich zadanie zákazky na jeho údržbu a rozvoj v súťažnom postupe verejného obstarávania, rovnako by išlo o situáciu umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Možno mať teda za to, že pokiaľ by sa tento obstarávateľ rozhodol použiť priame rokovacie konanie na údržbu a rozvoj daného informačného systému z titulu výhradných práv, podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania by neboli splnené.

70. Ak by totiž vyššie uvedený záver neplatil, v praxi by bolo veľmi jednoduché obísť znenie predmetnej podmienky na použitie priameho rokovacieho konania tak, že určitý subjekt, ktorý nie je verejným obstarávateľom ani obstarávateľom, by obstaral informačný systém bez licenčných práv a následne ho previedol na verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Ten by potom mohol bez obmedzenia používať priame rokovacie konania vo vzťahu k tomuto informačnému systému s odôvodnením, že on sám daný systém neobstaral. Takýto výklad by bol podľa rady obzvlášť nelogický v porovnaní s prípadom, keď pôvodný informačný systém bez licenčných práv obstará napr. obstarávateľ, ktorý sa následne rozhodne jeho údržbu a ďalší rozvoj zabezpečiť postupom priameho rokovacieho konania, pričom takýto postup by mu, samozrejme, umožnený nebol. Podľa rady by tento výklad predmetného ustanovenia navyše ani celkom zjavne nebol v súlade s cieľom smernice, podľa ktorej by sa priame rokovacie konanie vzhľadom na jeho škodlivý vplyv na hospodársku súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, a preto sa s takýmto výkladom nemožno stotožniť (tieto závery sa nachádzajú v bode 83 rozhodnutia rady č. 10237-9000/2017).
71. Rada na základe vyššie uvedeného konštatuje, že **kontrolovaný sám vytvoril absenciu hospodárskej súťaže tým, že v roku 2015 prevzal od inej spoločnosti systém CRIS bez práv na jeho rozvoj, obnovu a údržbu**. Na uvedenom nič nemení skutočnosť, že v danom čase platila iná právna úprava, ani skutočnosť, že kontrolovaný prevzal systém od subjektu, ktorý nie je verejným obstarávateľom ani obstarávateľom.
72. Z predošlého bodu vyplýva, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky na použitie priameho rokovacieho konania uvedenej v bode 59 písm. b) tohto rozhodnutia. Rada zároveň konštatuje, že vzhľadom na závery uvedené v bode 60 tohto rozhodnutia splnenie poslednej tretej podmienky posudzovať nebude.
73. **Vychádzajúc z právneho posúdenia daného prípadu uvedeného v bodoch 37 až 72 tohto rozhodnutia rada konštatuje, že kontrolovaný objektívne nepreukázal kumulatívne splnenie zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania, a to ani z technických dôvodov, ani z dôvodov existencie výhradných práv súčasného dodávateľa. Preto bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.**
74. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý sa na základe § 177 ods. 9 tohto zákona aplikuje aj na odvolacie konanie, je rada taktiež povinná v rozhodnutí, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona, uviesť aj stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona. To najlepšie, čo môže rada kontrolovanému odporučiť, je aby v budúcnosti v žiadnom prípade neobstaral informačný systém bez práv na rozvoj, obnovu a údržbu. V takom prípade bude môcť obstarávať tieto služby prostredníctvom niektorého zo súťažných postupov zadávania zákaziek. Rade zostáva len konštatovať, že pri súčasnej, veľmi prísnej úprave priameho rokovacieho konania vychádzajúcej z práva Európskej únie, je prakticky vylúčené použiť tento postup na zadanie zákazky na rozvoj, obnovu a údržbu IT systémov. Na úspešnú aplikáciu však bude nevyhnutné, aby kontrolovaný bez akýchkoľvek pochybností preukázal splnenie všetkých podmienok, ktoré vyžaduje zákon o verejnom obstarávaní.

## **Kaucia**

75. Podľa § 177 ods. 7 druhá veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, inak úrad vráti kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia.
76. Vychádzajúc z predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní sa kaucia zložená kontrolovaným v konaní o odvolaní v celej uhradenej sume stáva príjmom úradu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní.

## **P o u č e n i e**

Podľa § 178 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 178 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie rady o odvolaní je preskúmateľné súdom. Žaloba musí byť podaná na Krajskom súde v Bratislave do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia rady o odvolaní.

Ing. Zita Tábořská  
predsedníčka Rady  
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí  
Stredoslovenská energetika - Distribúcia, a. s., Pri Rajčianke 2927/8, 010 47 Žilina  
ELEKTROSYSTEM, a. s., Št. Furdeka 10, 010 01 Žilina