

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 pre verejné obstarávanie v priamom rokovacom konaní na predmet zákazky „Zmluva o poskytnutí služieb technickej a technologickej podpory prevádzky produktu XMatik®.NET/ISOM“, uverejnenom obstarávateľom **Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s.**, Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 235/2016 dňa 02. 12. 2016 pod značkou 16289 – 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 „Zmluva o poskytnutí služieb technickej a technologickej podpory prevádzky produktu XMatik®.NET/ISOM“, uverejnené obstarávateľom **Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s.**, Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava vo Vestníku verejného obstarávania č. 235/2016 dňa 02. 12. 2016 pod značkou 16289 – 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 29. 11. 2016 kontrolovaným doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante pri postupe zadávania predmetnej zákazky. Následne,

dňa 30. 11. 2016 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. 23199-6000/2016-ODI/1 zo dňa 07. 12. 2016, označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“, bol kontrolovanému doručený dňa 12. 12. 2016. **Vzhľadom na to úrad konštatuje, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy sa začalo dňa 12. 12. 2016.** 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 19. 12. 2016 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. 23199-6000/2016-ODI-PO zo dňa 12. 01. 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 „Zaslanie doplňujúcich údajov“, doručil kontrolovaný úradu dňa 27. 01. 2017 doplnenie dokumentácie.
6. Úrad listom č. 23199-6000/2016-ODI-V, označeným ako „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“ zo dňa 21. 02. 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 doručil dňa 13. 03. 2017 list, v ktorom požiadal úrad o predĺženie lehoty na vyjadrenie, a to do 16. 03. 2017. Úrad listom č. 23199-6000/2016-ODI/2 kontrolovanému oznámil, že súhlasí s predĺžením lehoty na doručenie písomného vyjadrenia. Kontrolovaný následne, dňa 15. 03. 2017, doručil úradu spolu so stanoviskom spoločnosti XY, expertíznym posudkom a znaleckým posudkom vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy (ďalej len „vyjadrenie č. 1“). Nakoľko spolu s predmetným vyjadrením kontrolovaný predložil ďalšie dôkazy o skutočnostiach, ktoré sa v pôvodne predloženej dokumentácii nenachádzali, pričom aj týmito dôkazmi odôvodňoval predmetné priame rokovacie konanie, úrad v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy preskúmal aj ich obsah. Následne, dňa 10. 04. 2017 úrad opätovne vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy. Kontrolovaný dňa 02. 05. 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 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 na poskytnutie služieb je 664 980 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 obstarávania je zabezpečenie spoľahlivej a nepretržitej prevádzky systému XMatik.NET/ISOM. Služby musia zabezpečiť operatívne odstraňovanie prípadných incidentov tak, aby bolo zabezpečené plnenie legislatívnych povinností prevádzkovateľa prenosovej sústavy (ďalej PPS), ako aj globálnu a kontinuálnu starostlivosť o systém ako celok v termínoch a za podmienok uvedených v zmluve“.
10. Kontrolovaný v oddiele V. „Pridelenie položky/Koncesie“, bod V.2 „Pridelenie zákazky/Koncesie“, podbod V.2.3 „Názov a adresa dodávateľa/držiťľa koncesie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol spoločnosť XY (ďalej len „spoločnosť XY.“).
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.: „XMatik.NET/ISOM je softvérový produkt vyvinutý spoločnosťou XY nad produktom XMatik pre potreby plnenia legislatívnych povinností PPS uložených zákonom č. 251/2012 Z. z. o energetike. XMatik je tiež softvérovým produktom spoločnosti XY. XY je nositeľom výhradných autorských práv k XMatik.NET a XMatik.NET/ISOM v súlade s ustanoveniami § 87 a ďalších zákona č. 185/2015 Z. z. Autorského zákona. Produkt XMatik.NET/ISOM bol dodaný SEPS v rámci zákazky Upgrade XMatik.NET na informačný systém obchodného merania a jeho ďalších rozšírení. XY, neposkytla tretím subjektom autorské práva ani práva blízke k autorskému právu k uvedenému produktu ani k žiadnej jeho časti. Akýkoľvek rozvoj, ako aj podpora uvedeného produktu tretím subjektom je porušením výhradných autorských a obchodných práv. XY v zmysle § 90 ods. 6 písm. b) zákona č. 185/2015 Z. z. a rozhodnutia ÚPV SR č. 214430 je nositeľom registrovanej ochrannej známky k produktu. Ochranná známka je spoločnosťou registrovaná aj v ďalších členských štátoch EÚ. XY má produkt XMatik.NET zaradený v dlhodobom nehmotnom majetku a je výhradným vlastníkom aj majetkových práv k produktu. Produktom sú spracovávané prevažne údaje zo systému obchodného merania. Je využívaný pri dennom zasielaní údajov do medzinárodného zúčtovacieho centra pre severnú oblasť ENTSO-E, ako aj pri dennom zasielaní údajov operátorovi krátkodobého trhu s elektrinou - OKTE, a. s. Systém je využívaný pri zabezpečovaní podkladov a fakturácii hlavnej obchodnej činnosti. Systém tiež zabezpečuje nahlasovanie údajov o distribúcii elektriny od prevádzkovateľov PDS/MDS, ako aj prenos a spracovanie údajov o výrobe elektriny z informačného systému OKTE, a. s. Údaje spracovávané v systéme XMatik.NET/ISOM majú strategický význam

s priamym dosahom na chod SEPS. Vzhľadom na veľké objemy fakturovanej a obchodovanej elektriny by prípadný výpadok systému mohol spôsobiť škody s finančnými a právnymi následkami. Prípadný poskytovateľ nemajúci výhradné autorské práva k systému nedokáže analyzovať nefunkčnosť diela a odstrániť príčinu incidentu v požadovaných termínoch, ak si incident vyžaduje úpravy tohto diela. Neodstránenie príčiny incidentu, prípadne nezabezpečenie funkcionality náhradným spôsobom v požadovaných termínoch, ohrozuje plnenie legislatívnych povinností PPS. Chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, pretože predmet zákazky môže zabezpečiť iba XY.“

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 mali alebo 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. Obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý 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 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 XY, ktorú vyzve na rokovanie. Skutočnosť, že tento subjekt je jediným možným zmluvným partnerom pre danú zákazku kontrolovaný odôvodnil predovšetkým existenciou výhradných práv k informačnému systému XMatik®.NET/ISOM, ktorý využíva kontrolovaný.
22. Z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu, resp. z vyjadrení kontrolovaného vyplýva, že kontrolovaný použitie postupu priameho rokovacieho konania odôvodnil existenciou výhradných práv spoločnosti XY k systému XMatik®.NET/ ISOM a z tohto titulu neexistenciou žiadnej primeranej alternatívy. Kontrolovaný teda prepojil možnosť poskytnutia obstarávanej služby len určitým hospodárskym subjektom práve s neexistenciou žiadnej primeranej alternatívy. Vzhľadom na túto skutočnosť má úrad za to, že otázka možnosti poskytnutia služby len určitým hospodárskym subjektom je v posudzovanom prípade spojená s otázkou neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady, ktorou

sa kontrolovaný v predmetnom priamom rokovacom konaní zaoberal. Z tohto dôvodu úrad tieto dve podmienky použitia priameho rokovacieho konania preskúmal vo svojej vzájomnej súvislosti.

23. Vo vzťahu k vyššie uvedenému úrad uvádza, že kontrolovaný neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy odôvodnil okrem iného aj jedinečnosťou produktu XMatik®.NET/ISOM s tým, že ide o špecializovaný softvér, šitý na mieru potrieb kontrolovaného. Zároveň kontrolovaný uviedol, že objektívne neexistuje iný softvérový produkt, ktorým by bolo možné produkt XMatik®.NET/ISOM nahradiť. V reakcii na výzvu úradu na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy v týchto súvislostiach kontrolovaný vo vyjadrení č. 1 uviedol, že **vyhlásenie novej zákazky na obstaranie nového produktu podobného XMatik®.NET/ISOM by si vyžadovalo značný objem finančných prostriedkov**, a preto by bol uvedený postup v rozpore s princípom hospodárnosti verejného obstarávania, ako aj v rozpore s hospodárnym, efektívnym, účelným a účinným nakladaním s verejnými finančnými prostriedkami.
24. Úrad má za to, že konštatovanie kontrolovaného o tom, že vyhlásenie novej zákazky na obstaranie nového produktu by si vyžadovalo značný objem finančných prostriedkov, bez predloženia reálneho a preskúmateľného prepočtu tohto „značného objemu finančných prostriedkov“, nepreukazuje neexistenciu **primeranej** alternatívy alebo náhrady. Úrad považuje kontrolovaným použité označenie „značný objem“ za pojem neurčitý a reálne si nevie predstaviť, akú finančnú hodnotu, resp. čo presne pod značným objemom treba chápať. Ak teda platí, že kontrolovaný odôvodňuje neexistenciu primeranej alternatívy/náhrady aj značným finančným objemom, pričom však doposiaľ nevyčíslil hodnotu primeranej alternatívy, nemôže mať za preukázanú jej existenciu alebo neexistenciu. Tak ako je možné sa domnievať, že pri obstarávaní nového, podobného produktu, ako je XMatik®.NET/ISOM kontrolovaný vynaloží vyšší objem finančných prostriedkov, než doposiaľ, je možné taktiež predpokladať, že obstarávanie nového, podobného produktu bude pre kontrolovaného z dlhodobého hľadiska lacnejšie. Uvedené však bez vyčíslenia, ktoré by vzišlo z hodnoverného skúmania tejto skutočnosti nemožno ani potvrdiť ani vyvrátiť. Bez hodnoverného dôkazu je tvrdenie o neexistencii alternatívy z titulu vynaloženia značného finančného objemu iba nepodloženým konštatovaním, ktoré nie je možné náležitým spôsobom overiť.
25. Pri skúmaní existencie primeranej alternatívy alebo náhrady dáva úrad do pozornosti dokument označený ako „Znalecký posudok 1/2017 vo veci posúdenia expertného posudku „Obstarávanie služieb technickej a technologickej podpory prevádzky produktu XMatik®.NET/ISOM spoločnosťou Slovenská elektrizačná a prenosová sústava, a. s.“ z pohľadu prieskumu možnosti použitia obdobného alebo primeraného programového systému dostupného na trhu, ktorý je porovnateľný so systémom XMatik®.NET/ISOM“, ktorý kontrolovaný predložil úradu spolu s vyjadrením č. 1 k zisteniam úradu. V tejto súvislosti je v predmetnom znaleckom posudku uvedené, cit.: „...Po realizácii takéhoto prieskumu by sa však nedalo ešte hodnoverne posúdiť, či by iná spoločnosť a na možnom inom programovom produkte bola schopná požadované aplikačné programové vybavenie vôbec realizovať a úspešne v požadovanom čase nasadiť...“.
26. Úrad obdobne, ako v prípade eventuálneho značného objemu finančných prostriedkov, aj v tomto prípade uvádza, že kontrolovaný sa ani len nepokúsil o podobný prieskum, ktorým by zisťoval existenciu alebo neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady. Úrad má za

to, že bez realizácie relevantného prieskumu ako spôsobu skúmania existencie primeranej alternatívy alebo náhrady len ťažko možno vyvodzovať jeho dôsledky a hodnotiť, čo prieskum, resp. zisťovanie preukázal a čo je na základe takéhoto prieskumu/zisťovania možné, a čo nie.

27. Zároveň úrad poukazuje na vyjadrenie č. 2, v úvode ktorého kontrolovaný v tejto súvislosti, s poukázaním na rozsudky Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Sžp/6/2011 z 28. marca 2012 a sp. zn. 6 Sžo 150/2009 z 18. mája 2010, namieta, že úrad nie je oprávnený posudzovať správnosť znaleckého posudku a že, cit.: „ÚVO sa s ostatnými závermi znaleckého posudku dostatočne a správnym spôsobom nevyspopriadal.“ Úrad uvádza, že v procese konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy nehodnotí ani nehodnotil predložený znalecký posudok z hľadiska jeho správnosti alebo nesprávnosti a ani nijakým spôsobom nespochybňuje závery v ňom uvedené. Má však za to, že **predmetný znalecký posudok sa explicitne nezaobrá neexistenciou žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady optikou zákona o verejnom obstarávaní. Znalecký posudok charakterizuje a detailne popisuje vlastnosti a funkcionality XMatik®.NET/ISOM, čo úrad nepopiera. Úrad má však za to, že záver vyplývajúci z predmetného znaleckého posudku o neexistencii primeranej alternatívy alebo náhrady k XMatik®.NET/ISOM z dôvodu jeho jedinečnosti (čo, ako bolo uvedené, úrad nespochybňuje), nemožno považovať za argument preukazujúci splnenie podmienky neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady tak, ako to vyžaduje zákon o verejnom obstarávaní.** Zjednodušene povedané, to že je niečo jedinečné, resp. šité na mieru, ešte samo o sebe neznamená, že je to nenahraditeľné. Jedinečnosť softvéru XMatik®.NET/ISOM môže spočívať v tom, že v danom momente neexistuje podobný, resp. alternatívny softvér, čo však samo o sebe nevyklučuje možnosť vývoja, resp. vytvorenia podobného/alternatívneho softvéru. Ako však z dokumentácie k predmetnému verejnemu obstarávaniu vyplýva, aj samotný kontrolovaný pripúšťa jej existenciu (viď nasledujúci bod tohto rozhodnutia).
28. V súvislosti s otázkou neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady upriamuje úrad pozornosť aj na vyjadrenie č. 1, v ktorom kontrolovaný uviedol, cit.: „V nadväznosti na stanovenú regulačnú životnosť dlhodobého nehmotného majetku **obstarávateľ plánuje obstaranie nového produktu**, pričom toto obstarávanie je vo fáze prípravy technickej a technologickej špecifikácie a vzhľadom na rozsiahlosť súčasnej dokumentácie (800 strán), časovú náročnosť a nevyhnutnosť postupného prechodu zo v súčasnosti existujúceho produktu na nový **sa predpokladá v blízkej budúcnosti**.“, čo nepriamo potvrdil aj vo vyjadrení č. 2, keď uviedol, cit.: „...obstarávateľ **by mohol** jedine obstarávať celý produkt od základov, pretože nedisponuje výhradnými právami autora k produktu.“
29. Z vyššie uvedeného teda vyplýva, že existencia alternatívy alebo náhrady k predmetu obstarávania prichádza do úvahy. Zároveň, ako je zrejmé z bodu 24 tohto rozhodnutia, jej primeranosť (alebo neprimeranosť) nebola v predmetnom verejnom obstarávaní kontrolovaným dostatočne skúmaná a preukázaná. Tiež argument o plánovaní obstarania nového produktu v blízkej budúcnosti neobstojí (predchádzajúci bod tohto rozhodnutia), nakoľko nebol ničím podložený a preukázaný. Úrad totiž nevie posúdiť kedy presne a čo konkrétne kontrolovaný plánuje obstaráť. Akceptovaním takéhoto nepresného, resp. všeobecného tvrdenia ako odôvodnenia postupu priameho rokovacieho konania, by sa vytvorili predpoklady, ktoré by bez ďalšieho umožňovali použitie takéhoto argumentu prakticky vždy. Ak teda vezmeme do úvahy, že existencia alternatívy alebo náhrady nebola vyvrátená a zároveň platí, že nebola preukázaná ani jej neprimeranosť, je potom nevyhnutné

dospieť k záveru, že **kontrolovaný v predmetnom priamom rokovacom konaní, keď nepreukázal neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady k softvéru XMatik®.NET/ISOM, neunesol tým dôkazne bremeno pri preukazovaní tejto zákonnej požiadavky, ako jednej z obligatórnych podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania.**

30. Na podporu svojej argumentácie dáva úrad do pozornosti zmluvy predložené kontrolovaným v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, konkrétne zmluvu o dielo č. 2011-0197-1176520 zo dňa 08. 09. 2011 v objeme 781.260,- EUR, zmluvu o poskytovaní služieb č. 2012-0143-1185230 zo dňa 25. 09. 2012 v objeme 395.280,- EUR, zmluvu o dielo č. 2013-0216-1176520 zo dňa 09. 09. 2013 v objeme 215.000,- EUR, zmluvu o dielo č. 2014-0351-1176520 zo dňa 01. 12. 2014 v objeme 618.000,- EUR a zmluvu o poskytovaní služieb č. 2015-0341-1118330 zo dňa 19. 08. 2015 v objeme 387.360,- EUR, uzatvorené medzi kontrolovaným a XY. Obsahom predmetných zmlúv je najmä vytvorenie a dodávka softvéru Xmatik v rozsahu potrieb kontrolovaného, jeho údržba, resp. technologická podpora a upgrade. Úrad uvádza, že celkový finančný objem predmetných zmlúv predstavuje hodnotu 2.396.900,- EUR. Preto má úrad za to, že si len veľmi ťažko predstaviť, že by v súčasných podmienkach trhovej ekonomiky a úrovne vyspelosti informačných technológií, vrátane softvérových produktov, neexistovala žiadna primeraná alternatíva k softvéru, ktorého dodanie, údržba a upgrade predstavoval v rokoch 2011 – 2015 hodnotu 2.396.900,- EUR, a to aj s prihliadnutím na skutočnosť, že predpokladaná hodnota predmetnej zákazky na poskytnutie služieb spoľahlivej a nepretržitej prevádzky systému XMatik®.NET/ISOM predstavuje sumu 664.980,- EUR, pričom jeho samotné dodanie, resp. dodanie jeho predchodcu, stálo 781.260,- EUR. Isteže, vyššie uvedené tvrdenia a údaje samé o sebe nezakladajú existenciu **primeranej** alternatívy, vytvárajú však predpoklad pre jej skúmanie. **Vzhľadom na uvedené skutočnosti je úrad toho názoru, že bolo na mieste a vzhľadom na príslušné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní aj povinnosťou kontrolovaného, sa existenciou primeranej alternatívy, spočívajúcej najmä v dodávke iného softvéru, ktorý by dokázal plniť potreby kontrolovaného v požadovanom rozsahu, resp. minimálne v rozsahu, v akom to plní XMatik®.NET/ISOM, zaoberať, k čomu však kontrolovaný nepristúpil.**
31. K vyššie uvedeným tvrdeniam úradu kontrolovaný vo svojom vyjadrení č. 1 vyslovil záver, že nie je možné spájať dodávku samotného produktu a jeho nadstavbu so servisom, technickou a technologickou podporou. Úrad uvádza, že nijakým spôsobom nezamenil, resp. nespojil dodávku produktu a jeho nadstavbu so servisom (a technickou a technologickou podporou). Poukázal však na to, že ak prvotná dodávka systému XMatik®.NET predstavovala hodnotu 781.260,- EUR (teda dodávka tovaru), pričom predpokladaná hodnota predmetnej zákazky systému predstavuje sumu 664.980,- EUR XMatik®.NET/ISOM (t. j. dodávka na poskytnutie služby, spočívajúcej v jeho prevádzke), bolo na mieste skúmať finančnú hodnotu dodávky nového softvéru (splňajúceho požiadavky kontrolovaného). Tak ako je možné sa domnievať, že pri obstarávaní nového, podobného produktu, ako je systém XMatik®.NET/ISOM kontrolovaný vynaloží vyšší objem finančných prostriedkov, než doposiaľ, je možné taktiež predpokladať, že obstarávanie nového, podobného produktu môže byť pre kontrolovaného, najmä vzhľadom k ďalším skutočnostiam súvisiacim s prípadnými budúcimi upgradami/zmenami, lacnejšie. **V tomto prípade chce úrad poznamenať a zdôrazniť, že za predpokladu eventuálneho obstarania nového softvéru prichádza do úvahy, že v prípade nového systému sa budú môcť „súťažiť“ aj všetky jeho prípadne zmeny v budúcnosti, čím sa vytvorí priestor pre využívanie riadnych postupov vo verejnom obstarávaní a teda dôjde k „otvoreniu“ verejného obstarávania.**

32. Ak teda platí, že kontrolovaný sa dostatočným spôsobom nezaoberal existenciou primeranej alternatívy k obstarávanej službe, je potom nevyhnutné dospieť k záveru, že nemohol mať za preukázané, že túto predmetnú službu mu vie poskytnúť iba určitý hospodársky subjekt. 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). **Úrad preto konštatuje, že kontrolovaný existenciu tejto zákonnej požiadavky objektívne nepreukázal.** Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z kontrolovaným predloženej dokumentácie nevyplýva, že by bola **splnená podmienka pre použitie priameho rokovacieho konania, konkrétne, že služby, ktoré sú predmetom zákazky, môžu byť poskytnuté len určitým hospodárskym subjektom.**
33. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení č. 2 argumentuje aj rozsudkom Krajského súdu v Brne č. 62 Af62/2010-367 zo dňa 26. 04. 2012 a rozsudkom Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č. 5 Afs 43/2012-54 zo dňa 11. 01. 2013, v ktorom najvyšší súd uviedol aj, cit.: „Pokiaľ žalovaný dôvodí, že realizovať zákazku by mohol aj iný dodávateľ, ale so **zvýšenými nákladmi** a preto podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania neboli splnené, nemôže s tým súd súhlasiť. V danom prípade by totiž **zvýšené náklady** spočívali v tom, že by dodávateľ musel znovu dodať plnenie, ktoré už bolo dodané v rámci predchádzajúcich zákaziek. Zadávateľ by teda znovu obdržal plnenia, ktoré má, za ktoré zaplatil a ktoré využíva.“ Preštudovaním uvedených rozsudkov je treba dospieť k záveru, že sú postavené na princípe hospodárnosti a ich podstata spočíva v tom, že pokiaľ by zákazku mohol realizovať iný dodávateľ, **avšak so zvýšenými nákladmi**, možno sa tejto skutočnosti dovolávať ako dôvodu pre použitie priameho rokovacieho konania. Ako však už úrad uviedol, otázka primeranosti alebo neprimeranosti eventuálnej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným v predmetnom priamom rokovacom konaní preukázaná. Preto má úrad za to, že pokiaľ kontrolovaný nepreukázal, že dodávka úplne nového softvéru by preňho predstavovala zvýšené náklady, a tým **úrad nemá na mysli len náklady jednorazové, ale práve aj náklady, ktoré zahŕňajú aj všetky zmeny, upgrady a pod. v budúcnosti, t. j. náklady, ktoré sa dnes uhrádzajú jednému subjektu priamo, namiesto toho, aby sa dosiahlo ich znižovanie v otvorenej súťaži**, nie je na mieste sa odvolávať na judikatúru, ktorá takéto „zvýšené náklady“ predpokladá. Zjednodušene povedané, pokiaľ sa kontrolovaný prostredníctvom judikatúry dovoláva a argumentuje princípom hospodárnosti a dôvodí nevhodnosťou alternatívy alebo náhrady, bolo by, podľa úradu vhodné, ak by ju v prvom rade preukázal.
34. Na základe uvedeného a tak ako vyplýva aj z posúdenia skutočnosti, či existuje iba jeden hospodársky subjekt, ktorý môže dodať požadovaný predmet zákazky, úrad konštatuje, že **podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným taktiež dostatočne preukázaná, keďže úradu neboli predložené také dôkazné prostriedky, z ktorých by vyplývalo, že primeraná alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia, tak ako to tvrdí a odôvodňuje kontrolovaný, skutočne neexistuje.** 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 skutočnosť, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Úrad poukazuje na zmluvy uzatvorené medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY (bod 30 tohto rozhodnutia) Preštudovaním predmetných zmlúv úrad uvádza, že sa v nich nenachádza ustanovenie, ktorým by bol prevedený výkon majetkových práv na kontrolovaného (napr. právo na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou a pod.). Vo vyjadrení č. 1 a nepriamo aj vo vyjadrení č. 2, s odvolaním sa na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. 2S/54/2011 zo dňa 13.03.2013, kontrolovaný vyslovil názor, že ustanovenie § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní by sa malo vzťahovať a aplikovať iba na licenčné zmluvy, ktoré obstarávateľ uzatvoril postupmi po nadobudnutí účinnosti zákona o verejnom obstarávaní.¹ Tiež uviedol, že v opačnom prípade by došlo k porušeniu zákazu retroaktivity.
36. 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 „Zmluva o poskytnutí služieb technickej a technologickej podpory prevádzky produktu XMatik®.NET/ISOM“ kontrolovaným. To znamená, že úrad neposudzuje a nehodnotí zákonnosť postupu predchádzajúcich, aj keď súvisiacich zákaziek, ale sa zameriava na kontrolu predmetného verejného obstarávania a jeho súladu s účinným znením zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že priame rokovacie konanie je samostatným postupom (hoci mu mohol predchádzať iný postup), a preto má **kontrolovaný pri použití tohto postupu povinnosť postupovať v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní** účinným v čase zverejnenia oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante. **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 „vtedajšieho“ verejného obstarávania, nemožno sa, podľa názoru úradu, dovoľovať predchádzajúcej právnej úpravy, ktorá podmienku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania výslovne neupravovala.** Tento názor úradu podporuje aj rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 1 As 256/2015 – 95 zo dňa 12. 05. 2016, v ktorom súd prejedlikoval, že **inštitút priameho rokovacieho konania nemožno využiť, pokiaľ obstarávateľ spôsobil stav „exkluzivity“ – tzn. umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, svojím konaním,** k čomu, ako vyplýva z predchádzajúcich bodov tohto rozhodnutia, k v posudzovanom prípade došlo. 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, možné prakticky vo všetkých prípadoch, ktoré predchádzali nadobudnutiu účinnosti v súčasnosti platného zákona o verejnom obstarávaní.
37. Úrad opätovne zdôrazňuje, že zákon o verejnom obstarávaní, ako jeden z obligatórnych predpokladov použitia postupu priameho rokovacieho konania ustanovuje, že „chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania“. Tento predpoklad musí teda byť naplnený pri každom použití priameho rokovania podľa ustanovenia § 98 ods. 1 písm. b) bod 3. Vysvetlenie tohto slovného spojenia nachádzame priamo v bode 50 preambuly smernice 2014/24/EÚ, v ktorom sa uvádza,

¹ Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nadobudol účinnosť 18. 04. 2016

že priame rokovacie konanie by sa malo „**využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch**“. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď ... **z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať**. To je prípád 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**. Z uvedeného teda vyplýva, že samotná smernica „umelé zúženie parametrov verejného obstarávania“ posudzuje „so zreteľom na budúci postup“. Smernica teda počíta s tým, že umelé zúženie parametrov aktuálne zadávaného verejného obstarávania **môže byť založené konaním verejného obstarávateľa v minulosti**. Z uvedeného tiež vyplýva, že smernica pripúšťa **len extrémne úzko vymedzené situácie**, ako je umelecké dielo, príp. situácie, keď výlučnosť nespôsobil samotný verejný obstarávateľ. Posudzovanie oprávnenia použitia priameho rokovacieho konania je teda veľmi prísne. Smernice EÚ, zákony, rozsudky či rozhodnutia zdôrazňujú, že **priame rokovacie konanie** je výnimkou z uplatnenia súťažných postupov, ktorej použitie prichádza do úvahy **len vo veľmi výnimočných prípadoch** a podmienky na jeho použitie je potrebné **vykladať zužujúco**.

38. Úrad v intenciách vyššie uvedeného opätovne uvádza, že zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože obstarávateľ 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, úrad vyslovuje názor, že kontrolovaný tým, že nezahrnul do súvisiacich zmlúv ustanovenie o prevode práv na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, ktoré by kontrolovanému umožňovalo vykonať technickú a technologickú podporu produktu XMatik®.NET/ISOM, spôsobil umelé zúženie parametrov verejného obstarávania. Týmto zúžením parametrov verejného obstarávania, ktorého predmetom bolo vytvorenie pôvodného systému, došlo k obmedzeniu hospodárskej súťaže v prípade potreby ďalšej úpravy, podpory, údržby alebo iného zásahu do tohto informačného systému, pretože sa tým znemožnila účasť ďalších subjektov na realizácii tohto predmetu zákazky. **V danom priamom rokovacom konaní**, v dôsledku zúženia parametrov verejného obstarávania, t. j. tým že kontrolovaný opomenul v súvisiacich zmluvách uviesť ustanovenie upravujúce právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, **došlo k znemožneniu hospodárskej súťaže v prípade zákazky, ktorej predmetom je poskytnutie služieb technickej a technologickej podpory prevádzky produktu XMatik®.NET/ISOM**.
39. Úrad má za to, že v prípade ak obstarávateľ opomenie zabezpečiť prevod práv dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou v prípade svojho informačného systému, nemôže sa v dôsledku tohto svojho konania neskôr dovolávať ako dôvodu pre využitie priameho rokovacieho konania, v prípade keď obstaráva technickú a technologickú podporu tohto informačného systému, a to ani za použitia argumentácie postavenej na zásade zákazu retroaktivity. Dôvody, pre ktoré je možné postupovať priamym rokovacím konaním, musia byť objektívne, t. j. nespôsobené konaním kontrolovaného. 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 bola spôsobená samotným kontrolovaným 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 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 explicitne vyžaduje.**

40. 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 ňou zmluvu. V tomto prípade nebolo preukázané, že by spoločnosť XY bola 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, preukázaná aj skutočnosť, že pre poskytnutie danej služby neexistuje iná primeraná alternatíva a tiež skutočnosť, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Kontrolovaný však v predloženej dokumentácii tieto podmienky dostatočným spôsobom nepreukázal.
41. Z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C-57/94 vyplýva, že ustanovenia umožňujúce obstaráť 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.
42. 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.

43. 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.
44. 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.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

1. Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s., Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava – kontrolovaný
2. XY – záujemca