

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 „Technická podpora Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR – rok 2017“, uverejnenom verejným obstarávateľom **Štátna veterinárna a potravinová správa Slovenskej republiky**, Botanická 15, 842 13 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2017 dňa 20. 02. 2017 pod značkou 2199 – IBS, 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 „Technická podpora Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR – rok 2017“, uverejnené verejným obstarávateľom Štátna veterinárna a potravinová správa Slovenskej republiky, Botanická 15, 842 13 Bratislava vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2017 dňa 20. 02. 2017 pod značkou 2199 – IBS, **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 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva (ďalej len „konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“) sa začína
  - a) z vlastného podnetu úradu,
  - b) na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie,
  - c) na základe podnetu úradu vlády alebo

d) na základe námietok.

3. Úradu bolo dňa 16. 02. 2017 kontrolovaným doručené oznámenie o použití priameho rokovacieho konania na predmet zákazky „Technická podpora Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR – rok 2017“.
4. Dňa 20. 02. 2017 postúpil odbor metodiky a elektronického verejného obstarávania úradu odbor dohľadu I úradu vyššie uvedené oznámenie o použití priameho rokovacieho konania s cieľom preskúmania úkonov kontrolovaného pred uzatvorením zmluvy, nakoľko sa domnieva, že je potrebné overiť splnenie podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
5. Úrad konštatuje, že vzhľadom na uvedené bolo konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začaté v súlade s § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, teda z vlastného podnetu úradu, pričom jeho predmetom bolo preskúmanie postupu kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní ešte pred uzavretím zmluvy.
6. Úrad ďalej uvádza, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného začaté z vlastného podnetu úradu sa v súlade s § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému. Úrad listom č. 5551-6000/2017-ODI-Ozn. zo dňa 27. 02. 2017, doručeným kontrolovanému dňa 01. 03. 2017, oznámil kontrolovanému začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu. S poukázaním sa ustanovenie § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní úrad konštatuje, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy sa začalo dňa 01. 03. 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.
7. Kontrolovaný doručil úradu dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu dňa 06. 03. 2017. Vzhľadom na to, že kontrolovaným doručená dokumentácia nebola kompletná, úrad rozhodnutím č. 5551-6000/2017-ODI-P zo dňa 21. 03. 2017, doručeným kontrolovanému dňa 24. 03. 2017, prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. Nakoľko kontrolovaný nedoručil kompletnú dokumentáciu ani v dodatočnej lehote určenej úradom, úrad rozhodol o uložení poriadkovej pokuty kontrolovanému vo výške 50,- eur rozhodnutím č. 5551-6000/2017-ODI-PP zo dňa 19. 04. 2017. Kontrolovaný doplnil dokumentáciu dňa 21. 04. 2017.
8. Úrad zároveň uvádza, že v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 5551-6000/2017-ODI-PO zo dňa 27. 02. 2017 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného v danom verejnom obstarávaní a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy.

## Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:

9. Kontrolovaný dňa 16. 02. 2017 odoslal do Vestníka verejného obstarávania oznámenie o použití priameho rokovacieho konania na predmet zákazky „Technická podpora Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR – rok 2017“, ktoré bolo uverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 36/2017 dňa 20. 02. 2017 pod značkou 2199 – IBS. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 39 942,- Eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.
10. V bode II.1.4 „Stručný opis“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania je uvedené, cit.: „Služba technickej podpory softvérovej aplikácie Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR – rok 2017“.
11. V bode IV.1.1 „Druh postupu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania je uvedené, cit.: „Podmienka použitia priameho rokovacieho konania: § 81 písm. b) 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. Odôvodnenie: **Požadovanú službu môže z dôvodov vyplývajúcich z výhradných a autorských práv poskytnúť len určitý dodávateľ.**“
12. Kontrolovaný v bode V.2.3 „Názov a adresa hospodárskeho subjektu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol spoločnosť XY (ďalej len „XY“).
13. V dokumente, označenom ako „Zdôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“, ktorý je súčasťou predloženej dokumentácie, kontrolovaný v súvislosti s výhradnými a autorskými právami určitého dodávateľa uviedol, že vyplývajú z čl. 1.9 Zmluvy o dielo 1/2007, ktorá bola uzatvorená s uchádzačom XY na základe výsledku verejnej súťaže, ktorej predmetom bolo obstaranie softvéru Veterinárny informačný systém (vývoj, realizácia a dodanie).
14. V Zmluve o dielo č. 1/2007 zo dňa 24. 04. 2007, uzatvorenej medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY (ďalej len „zmluva o dielo“), ktorej predmetom bola realizácia Veterinárneho informačného systému, je okrem iného uvedené nasledovné, cit.:
  - „1.9.3. Objednávateľ vyžaduje, aby zhotoviteľ vykonával majetkové práva autora k počítačovému programu VIS alebo aby bol daný objednávateľovi výhradný neobmedzený súhlas na použitie tohto diela.
  - 1.9.4. Objednávateľ vyžaduje, aby súčasťou zmluvy o dielo uzatvorenej podľa ustanovení Obchodného zákonníka boli aj licenčné podmienky v súlade s ustanoveniami § 40 až 46 AZ. Zhotoviteľ udelí výhradnú, časovo a počtom inštalácií neobmedzenú licenciu pre objednávateľa na používanie diela a nevýhradnú licenciu na verejné vystavenie a prenos diela. Vzhľadom na požadovanú modulárnosť riešenia objednávateľ požaduje súhlas zhotoviteľa s možnosťou dopĺňania ďalších modulov

do budovaného VIS pri rešpektovaní autorských práv zhotoviteľa a zachovaní pôvodnej funkčnosti systému.

- 1.9.5. Objednávateľ môže udeliť súhlas na sprístupnenie diela aj zástupcom tretích strán pokiaľ je to nevyhnutné v rámci plnenia úloh podľa príslušných zákonov. Zánikom objednávateľa bez právneho nástupcu licencia zaniká. Podpisom zmluvy o dielo objednávateľa nadobúda právo použiť dielo v rozsahu stanovenom licenciou. (...)
- 1.9.7. Objednávateľ akceptuje výhradné osobnostné práva autora k dokončenému dielu – počítačového programu VIS. (...)
- 1.9.16. Zhotoviteľ zabezpečí pre objednávateľa prípadné úpravy VIS na základe nových požiadaviek objednávateľa vyvolaných zmenou vstupov alebo výstupov predložených objednávateľom.
- 1.9.17. Zhotoviteľ v licenčných podmienkach udelí pre objednávateľa výhradnú, časovo a počtom inštalácií neobmedzenú licenciu a vzhľadom na požadovanú modulárnosť riešenia systému, možnosť dopĺňania modulov pri rešpektovaní autorských práv a zachovaní pôvodnej funkčnosti systému.“

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

15. Úrad listom č. 5551-6000/2017-ODI-V zo dňa 08. 06. 2017, doručeným kontrolovanému dňa 12. 06. 2017, vyzval kontrolovaného v zmysle § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, a to v lehote do 20 pracovných dní odo dňa doručenia tejto výzvy. Zároveň úrad prostredníctvom tejto výzvy uviedol, že lehota podľa § 175 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní neplynie od vydania tejto výzvy do doručenia vyjadrenia kontrolovaného alebo do uplynutia lehoty na jeho doručenie, podľa toho, ktorá skutočnosť nastane skôr.
16. Úrad uvádza, že kontrolovaný doručil vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy dňa 22. 06. 2017.
17. Kontrolovaný vo vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného uvádza, že **akceptuje zistenia úradu** uvedené vo „Výzve na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“.

### **Právny rámec**

18. 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.
19. Podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže verejný obstarávateľ použiť len vtedy, ak je splnená podmienka, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak
  1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu,
  2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo

3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
20. Podľa § 116 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ vyzve na rokovanie jedného vybraného záujemcu alebo viacerých vybraných záujemcov, s ktorými rokuje o podmienkach zmluvy, ak spĺňa aspoň jednu z podmienok uvedených v § 81 písm. b), d) až h) zákona o verejnom obstarávaní.
21. Podľa bodu 50 Preambuly Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES (ďalej len „smernica č. 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní“) 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.
22. Podľa čl. 32 ods. 2 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia sa pri verejných zákazkách na uskutočnenie stavebných prác, verejných zákazkách na dodanie tovaru a verejných zákazkách na poskytnutie služieb môže použiť, ak práce, tovar alebo služby dokáže dodať iba jeden konkrétny hospodársky subjekt, a to z ktoréhokoľvek z týchto dôvodov:
- i) cieľom obstarávania je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu;
  - ii) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž;
  - iii) ochrana výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva.

Výnimky stanovené v bodoch ii) a iii) sa uplatňujú len v prípadoch, keď neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania.

### Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným a vyjadrenia kontrolovaného ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, uvádza nasledovné odôvodnenie porušenia zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, ktoré mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania:

23. Z odôvodnenia uvedeného v oznámení o použití priameho rokovacieho konania, resp. v dokumente označenom ako „Zdôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“ vyplýva, že kontrolovaný má za to, že sú splnené podmienky na zadanie zákazky dodávateľovi priamym rokovacím konaním § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne tvrdí, že požadovanú službu môže z dôvodov vyplývajúcich z výhradných a autorských práv poskytnúť len určitý dodávateľ, a to spoločnosť XY.
24. Úrad má za to, že verejný obstarávateľ by mal postup priameho rokovacieho konania využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ je zároveň v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienok uvedených v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú, podľa jeho názoru, podmienkami odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky.
25. Úrad ďalej uvádza, že z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C-57/94 vyplýva, že **ustanovenia umožňujúce zadať zákazku postupom priameho rokovacieho konania je potrebné vykladať reštriktívne**. Z bodu 50 Preambuly smernice č. 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní vyplýva skutočnosť, že priame rokovacie konanie má škodlivý vplyv na hospodársku súťaž a že vzhľadom na to by sa malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Znamená to, že **zodpovednosť za použitie priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi, ktorý má zároveň aj povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienky pre aplikáciu tohto postupu verejného obstarávania**. Úrad uvádza, že v zmysle rozsudkov Súdneho dvora EÚ dôkazné bremeno preukázania skutočnosti, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, prináleží subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade kontrolovanému (napr. rozsudky vo veci C-250/07, C-57/94, C-20/01 a C-28/01). Súdny dvor Európskej únie v bode 34 rozsudku zo 4. 6. 2009 vo veci C-250/07 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Helénskej republike) uviedol, cit.: „Najprv treba pripomenúť, že ustanovenia článku 20 ods. 2 písm. c) a d) smernice 93/38 ako výnimky z pravidiel týkajúcich sa postupov verejného obstarávania musia byť vykladané doslovne a dôkazné bremeno je na subjekte, ktorý ich chce použiť. (...)“. Podobne je táto skutočnosť uvedená aj v bode 19 rozsudku zo 14. 9. 2004 vo veci C-385-02 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Talianskej republike), cit.: „Ustanovenia článku 7 ods. 3 smernice, ktoré povoľujú výnimky z pravidiel na zabezpečenie účinnosti práv uznaných Zmluvou ES v oblasti verejných zmlúv na zhotovenie prác, musia byť vykladané striktne a je na tom, kto sa ich dovoľáva, aby preukázal, že výnimočné okolnosti

odôvodňujúce výnimku aj skutočne existujú (...).“ Úrad má navyše za to, že verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať. Z judikatúry Súdneho dvora EÚ taktiež vyplýva, že **splnenie podmienky/podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania musí byť predloženými dôkazmi náležite preukázané** (rozsudok vo veci C-20/01 a C-28/01). Úrad dodáva, že postupom priameho rokovacieho konania dochádza v porovnaní s ostatnými postupmi zadávania zákaziek nielen k zvýšeniu rizika diskriminácie záujemcov, ale aj k obmedzeniu hospodárskej súťaže, keďže verejný obstarávateľ sám rozhoduje, ktorý subjekt/subjekty vyzve na rokovanie, ktoré bude viesť k uzavretiu zmluvy. Z uvedených dôvodov je preto potrebné, aby kontrolovaný náležite preukázal existenciu dôvodov na použitie postupu priameho rokovacieho konania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

26. V prípade, že verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania podlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienky uvedenej v § 116 ods. 1 písm. a) v spojitosti s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, je povinný preukázať, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ide o výhradné práva, neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Aplikácia priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia je možná iba v prípade, keď sú naplnené všetky v ňom uvedené podmienky **kumulatívne**, pričom **existenciu všetkých týchto podmienok je verejný obstarávateľ povinný náležite preukázať objektívnymi skutočnosťami**.
27. Nakoľko na posúdenie objektívneho stavu veci bolo potrebné zodpovedať otázky odborného charakteru, úrad rozhodnutím č. 5551-6000/2017-ODI-P2 zo dňa 09. 05. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a požiadal o vypracovanie odborného stanoviska. Odborník pre oblasť autorského práva doručil úradu odborné stanovisko dňa 07. 06. 2017.
28. V súvislosti s podmienkou použitia priameho rokovacieho konania, že ide o výhradné práva spoločnosti XY, úrad poukazuje na odborné stanovisko, v ktorom odborník v oblasti autorského práva uviedol, cit.: „Autor, resp. iný (odvodený) nositeľ práv k počítačovému programu nemôže podľa § 18 ods. 5 AZ (*obdobne porovnaj § 20 ods. 2 Autorského zákona*) previesť svoje práva k počítačovému programu na inú osobu, je však oprávnený **udelieť súhlas na použitie formou licenčnej zmluvy**. Každé nakladanie s počítačovým programom sa môže realizovať v zásade len na základe písomnej licenčnej zmluvy, resp. tzv. licenčnej doložky v inej zmluve. (...) Zo zmluvy o dielo (čl. 1.9.) vyplýva, že je dohodnutá aj podľa príslušných ustanovení AZ, pričom je z jej obsahu zrejmé, že aplikácia príslušných ustanovení AZ sa týka udelenia súhlasu zhotoviteľa (XY) objednávateľovi (ŠVPS SR) na použitie predmetu zmluvy – počítačového programu „*Veterinárny informačný systém*“. **Objednávateľ (ŠVPS SR) zmluvou o dielo získal v zmysle § 40 a nasl. AZ nevýhradnú licenciu na verejné vystavenie a prenos diela (čl. 1.9. ods. 1.9.4. druhá veta), bez obmedzenia rozsahu z hľadiska inštalácií (vyhotovenia rozmnoženín) počítačového programu v rámci svojej vnútornej organizácie, na celý čas trvania autorskoprávnej ochrany, bez súhlasu na udeľovanie sublicencií v rozsahu nadobudnutej licencie**. V prípade počítačových programov častokrát v praxi dochádza k nadužívaniu termínu „licencia“, keď sú podmienky užívania počítačového programu jeho oprávneným užívateľom zamieňané, resp. považované za licenciu v autorskoprávnom význame, ktorá predstavuje súhlas s použitím diela v zmysle autorského práva. Zmluva o dielo tiež podobne v čl. 1.9. ods. 1.9.4.

nie celkom vhodne zmiešava „licenciu“ na použite (užitie počítačového programu) s licenciou – teda súhlasom na použite daného počítačového programu. Napriek nie celkom vhodne použitému právnenému jazyku v zmluve o dielo tak možno konštatovať, že zhotoviteľ **XY** *expressis verbis* udelil objednávateľovi (ŠVPS SR) licenciou iba na verejné vystavenie a prenos počítačového programu a inštaláciu (vyhotovenia rozmnoženín) počítačového programu v rámci vnútornej organizácie objednávateľa (na pracovných staniciach pracovísk objednávateľa). V predmetnom prípade, ako vyplýva zo zmluvy o dielo, ako aj zo zmluvy na poskytovanie služieb, **jediným subjektom, ktorý je oprávnený počítačový program „Veterinárny informačný systém“ používať v autorskoprávnom význame, a teda ho aj dokončiť, zmeniť alebo vykonať doň iný zásah je jeho zhotoviteľ – XY.**“

29. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené konštatuje, že spoločnosť XY má výhradné práva na poskytnutie služby, ktorá je predmetom posudzovanej zákazky zadávanej prostredníctvom priameho rokovacieho konania. Jednou z podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní je však aj skutočnosť, že **neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada**. Ako už bolo uvedené, dôkazné bremeno splnenia všetkých zákonom o verejnom obstarávaní požadovaných podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania je na obstarávateľovi tejto zákazky, ktorý ich musí aj náležite zdôvodniť. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu, vyplýva, že kontrolovaný použitie postupu priameho rokovacieho konania odôvodnil existenciou výhradných práv spoločnosti XY k Veterinárnemu informačnému systému, a teda možno sa domnievať, že neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy poskytnutia obstarávanej služby prepojil práve s existenciou výhradných práv spoločnosti XY. Úrad totiž zistil, že z obsahu dokumentov predložených kontrolovaným vo vzťahu k preukázaniu skutočnosti, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, nevyplýva, že by sa kontrolovaný danou skutočnosťou explicitne zaoberal.
30. Z dokumentácie nie je možné zistiť, či sa kontrolovaný zaoberal možnosťou zabezpečiť predmet zákazky aj iným spôsobom, napríklad obstaraním nového informačného systému (avšak už so zahrnutím požiadavky na oprávnenie vykonávať následné zmeny alebo ďalšie úpravy daného informačného systému samotným kontrolovaným či treťou osobou) z pohľadu hospodárnosti/nehospodárnosti takého riešenia v dlhodobom časovom horizonte. Z dokumentácie nie je možné zistiť, či kontrolovaný v tejto súvislosti oslovil v rámci vlastného prieskumu iné relevantné subjekty, resp. spoločnosti, ktoré by mu mohli predložiť určitú cenovú ponuku, na základe ktorej by zistil, či finančné prostriedky vynaložené na obstaranie nového informačného systému (so zabezpečením si oprávnenia na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela) prostredníctvom otvorenej verejnej súťaže by boli v dlhodobom horizonte vyššie oproti budúcim poplatkom za poskytovanie technickej podpory k Veterinárnemu informačnému systému ŠVPS SR, ktoré si stanoví spoločnosť XY bez akejkoľvek ďalšej súťaže. Je potrebné skonštatovať, že z dokumentácie nevyplýva napríklad predpokladaný časový horizont, v rámci ktorého je plánované, resp. pravdepodobné využívanie existujúceho Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR, na základe čoho by bolo možné určiť predpokladané obdobie potreby kontrolovaného priamo zadávať zákazky na servisné a ďalšie služby súvisiace s týmto systémom uchádzačovi XY, a tým aj predpokladané náklady na fungovanie systému v budúcnosti a porovnať ich s nákladmi na prípadný nový informačný systém (s oprávnením vykonávať následné zmeny alebo ďalšie úpravy systému) z časového a ekonomického hľadiska. Podľa úradu nie je vylúčená, a teda je možná aj situácia, že kontrolovaný

by používal existujúci systém Veterinárny informačný systém ŠVPS SR ešte napríklad nasledujúcich 10 rokov, pričom celkové náklady na opakované priame zadávanie zákazky na servisné služby uchádzačovi XY, bez otvorenej súťaže, by boli vyššie, ako celkové náklady na obstaranie nového systému spôsobom, ktorý by následne umožňoval zadávať zákazku na poskytnutie servisných alebo ďalších služieb prostredníctvom otvorenej súťaže počas porovnateľného obdobia.

31. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na vyžiadané odborné stanovisko, v ktorom odborník v oblasti autorského práva okrem iného uviedol, cit.: „Všeobecne, **z hľadiska autorského práva nič nebráni tomu, aby verejný obstarávateľ požadoval už pri verejnom obstarávaní informačného systému, špecificky vytvoreného pre jeho potreby, oprávnenie na vykonávanie následných zmien (tzv. spracovanie diela) alebo ďalších úprav daného informačného systému (počítačového programu) samotným verejným obstarávateľom či treťou osobou.** V širších súvislostiach však musí byť samozrejme zvažované, či bude v danom prípade zachovaná zásada hospodárnosti. Je zrejmé, že cena za vytvorenie počítačového programu pre používateľa, ktorá zahŕňa „bežné“ využitie počítačového programu (napr. základná inštalácia na počítačoch objednávateľa, t. j. vyhotovenie rozmnoženiny počítačového programu) bude značne nižšia oproti cene za „balík“ zahŕňajúci vytvorenie počítačového programu, udelenie súhlasu na spracovanie počítačového programu či iné spôsoby použitia a najmä na zverejnenie zdrojových kódov.“ Úrad dodáva, že na druhej strane otvorenie súťaže v dôsledku získania oprávnenia na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav daného informačného systému pre kontrolovaného/tretiu osobu by následne umožnilo účasť viacerých subjektov vo verejnom obstarávaní schopných dodať napr. servisné služby, ktorá je základným predpokladom pre získanie čo najnižšej, resp. najvýhodnejšej ponuky, **čo by práve z dlhodobého hľadiska mohlo predstavovať hospodárnejšie a efektívnejšie riešenie.**
32. Úrad pre úplnosť považuje za potrebné poukázať na existujúcu rozhodovaciu prax úradu vo vzťahu k posúdeniu splnenia podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a dáva do pozornosti napríklad právoplatné rozhodnutia úradu č. 23199-6000/2016-ODI zo dňa 09. 05. 2017 a č. 19408-6000/2016-ODI zo dňa 05. 04. 2017.
33. Úrad má za to, že ak platí, že kontrolovaný sa dostatočným, resp. preukázateľným 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). **Nakoľko sa však kontrolovaný možnosťou dodania služby určitým hospodárskym subjektom dostatočným spôsobom nezaoberal, úrad uvádza, že existenciu tejto zákonnej požiadavky objektívne doposiaľ nepreukázal.** Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko z kontrolovaným predloženej dokumentácie je zrejmé, že nebola splnená podmienka pre použitie priameho rokovacieho konania, konkrétne, že služby, ktoré sú predmetom zákazky, môžu byť poskytnuté len určitým hospodárskym subjektom, ako ani podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady.

34. Poslednou podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní je skutočnosť, že **neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**. Úrad v tejto súvislosti uvádza, že zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože vyhlasovateľ zákazky je stranou určujúcou obchodné podmienky plnenia zmluvy, ktoré uchádzač nemôže upravovať ani ďalej meniť v procese verejného obstarávania, a teda možnosti participácie dodávateľa na formulovaní zmluvných podmienok sú značne obmedzené. Uchádzač svojou predloženou ponukou súhlasí so znením zmluvných podmienok, ktoré určil verejný obstarávateľ. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že kontrolovaný tým, že nezahrnul do súvisiacich zmlúv požiadavku na oprávnenie vykonávať následné zmeny alebo ďalšie úpravy daného informačného systému samotným kontrolovaným či treťou osobou, ktoré by kontrolovanému umožňovalo vykonať servisné a ďalšie služby Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR, 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 dôsledku zúženia parametrov verejného obstarávania, t. j. tým že kontrolovaný v súvisiacich zmluvách neuviedol ustanovenie upravujúce právo vykonávať následné zmeny alebo ďalšie úpravy informačného systému kontrolovaným alebo treťou osobou, došlo k znemožneniu hospodárskej súťaže v prípade zákazky, ktorej predmetom je technická podpora Veterinárneho informačného systému ŠVPS SR.
35. Úrad má za to, že v prípade, ak si verejný obstarávateľ nezabezpečí oprávnenie na vykonávanie následných zmien alebo ďalších úprav, resp. zásahov do diela, konkrétne svojho informačného systému, nemôže sa v dôsledku tohto svojho konania neskôr, keď obstaráva napríklad technickú a technologickú podporu daného informačného systému, dovoľávať existencie výhradných práv ako dôvodu pre využitie priameho rokovacieho konania. Dôvody, pre ktoré je možné postupovať priamym rokovacím konaním musia byť totiž **objektívne**, t. j. nespôsobené konaním kontrolovaného.
36. Úrad konštatuje, že vyššie uvedeným postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 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**. Ako totiž vyplýva z vyššie uvedeného, neexistencia hospodárskej súťaže mohla byť spôsobená samotným kontrolovaným ako výsledok umelého zúženia parametrov verejného obstarávania na vytvorenie pôvodného informačného systému pre kontrolovaného, resp. ďalších súvisiacich obstarávaní.
37. Na základe odôvodnenia uvedeného v bodoch 23 až 36 tohto rozhodnutia úrad dospel k záveru, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienok podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne, že **služby, ktoré sú predmetom zákazky, môžu byť poskytnuté len určitým hospodárskym subjektom, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, ako ani že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**. Pre možnosť uplatnenia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že službu vie poskytnúť len jeden hospodársky subjekt, preukázaná aj skutočnosť, že ide o výhradné práva, ďalej 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 neunesol dôkazné bremeno a v rámci predloženej dokumentácie všetky podmienky dostatočným spôsobom nepreukázal. Úrad dodáva, že v konečnom dôsledku, ako vyplýva z bodu 17 tohto rozhodnutia, kontrolovaný akceptoval a nijakým spôsobom nerozporoval zistenia úradu uvedené vo „Výzve na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“.

38. Podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo koncesie, postup zadávania časti zákazky alebo časti koncesie alebo súťaž návrhov.
39. Úrad uvádza, že zo skutočností uvedených v odôvodnení tohto rozhodnutia vyplýva, že **kontrolovaný svojím postupom v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 písm. b) bod 3 a § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.** Úrad má za to, že kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie postupom priameho rokovacieho konania **v rozpore s ustanovením § 116 ods. 1 písm. a) v nadväznosti na § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže náležite nepreukázal kumulatívne naplnenie všetkých podmienok odôvodňujúcich použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia.** Kontrolovaný týmto konaním taktiež porušil princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov uvedený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko zadával danú zákazku postupom priameho rokovacieho konania napriek skutočnosti, že nebolo preukázané splnenie všetkých podmienok na uplatnenie § 116 ods. 1 písm. a) v spojitosti s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad má za to, že predmetné porušenia mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, keďže otvoreného súťažného postupu verejného obstarávania by sa mohlo zúčastniť viacero subjektov schopných zrealizovať daný predmet zákazky. Úrad preto pristúpil k zrušeniu priameho rokovacieho konania v zmysle § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
40. Podľa § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
41. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **odporúča kontrolovanému, aby použil postup priameho rokovacieho konania len v tom prípade, ak budú naplnené všetky podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní na jeho použitie, pričom zároveň splnenie týchto podmienok musí byť kontrolovaný schopný preukázať.** V prípade, ak sa ako výnimku zo súťažného postupu verejného obstarávania rozhodne kontrolovaný použiť priame rokovacie konanie podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt, 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.**

42. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.
43. Na základe uvedeného bolo v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred podpisom zmluvy potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

**Poučenie:**

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona 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:

Štátna veterinárna a potravinová správa Slovenskej republiky, Botanická 15, 842 13 Bratislava – kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka