

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu v priamom rokovacom konaní na predmet podlimitnej zákazky „Poskytovanie servisných služieb“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania uverejnené verejným obstarávateľom **Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb**, Továrenská 7, 828 55 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 59/2017 z 23. 3. 2017 pod značkou 3524 – 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 **nariaduje zrušiť** priame rokovacie konanie na predmet podlimitnej zákazky „Poskytovanie servisných služieb“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania uverejnené verejným obstarávateľom **Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb**, Továrenská 7, 828 55 Bratislava vo Vestníku verejného obstarávania č. 59/2017 z 23. 3. 2017 pod značkou 3524 – IBS, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Podľa § 167 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa [§ 8](#) zákona o verejnom obstarávaní ustanovených zákonom o verejnom obstarávaní.
2. Podľa § 169 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadaním zákazky na základe rámcovej dohody alebo pred ukončením postupu inovatívneho partnerstva (ďalej len „konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“) sa začína
 - a) z vlastného podnetu úradu,
 - b) na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo koncesie,
 - c) na základe podnetu úradu vlády alebo
 - d) na základe námietok.
3. Úradu bolo 21. 3. 2017 kontrolovaným doručené oznámenie o použití priameho rokovacieho konania pri postupe zadávania predmetnej zákazky. Následne 22. 3. 2017 postúpil odbor metodiky a elektronického verejného obstarávania úradu odboru dohľadu I úradu uvedené oznámenie o použití priameho rokovacieho konania za účelom preskúmania úkonov

kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, nakoľko sa domnieval, že je potrebné overiť splnenie podmienky pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

4. Vzhľadom na túto skutočnosť úrad konštatuje, že toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy bolo začaté v súlade s § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, teda z vlastného podnetu úradu, pričom jeho predmetom bolo preskúmanie postupu kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní ešte pred uzavretím zmluvy.
5. Úrad ďalej uvádza, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného začaté z vlastného podnetu úradu sa v súlade s § 171 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní začína dňom doručenia oznámenia o začatí konania kontrolovanému. Úrad uvádza, že list č. 7506-6000/2017-ODI-Ozn. z 29. 3. 2017 označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“ bol kontrolovanému doručený 3. 4. 2017, a teda toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začalo 3. 4. 2017. Úrad zároveň tým istým listom vyzval kontrolovaného na doručenie kompletnej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli v zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
6. Na základe výzvy úradu kontrolovaný doručil 10. 4. 2017 úradu dokumentáciu v origináli k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu, ktorá však nebola kompletná. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 7506-6000/2017-ODI-P z 24. 4. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 16. 5. 2017, doručil kontrolovaný úradu doplnenie dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli.
7. Úrad uvádza, že zároveň v danom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 7506-6000/2017-ODI-PO z 29. 3. 2017 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného v danom verejnom obstarávaní a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní vydaného v tomto konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy.

Zistenia úradu

8. Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
9. Kontrolovaný odoslal 21. 3. 2017 do Vestníka verejného obstarávania oznámenie o použití priameho rokovacieho konania, ktoré bolo zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 59/2017 z 23. 3. 2017 pod značkou 3524 – IBS na predmet zákazky „Poskytovanie servisných služieb“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej

hodnoty zákazky vo výške 30 720,- eur bez DPH ide o podlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.

10. Kontrolovaný v oddiele II. „Predmet“, bod II.1) „Rozsah obstarávania“, podbod II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol, cit.: „Servisné služby spočívajúce v aktualizácii programov na základe legislatívnych zmien, programátorských prácach podľa požiadaviek verejného obstarávateľa na mimoriadne úpravy programov, konzultáciách (telefonicky, e-mailom, osobne v sídle úradu) a v zaistení konzistencie databáz programov.“.
11. Kontrolovaný v oddiele IV. „Postup“ bod IV.1) „Opis“, podbod IV.1.1) „Druh postupu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol, cit.: „Priame rokovacie konanie. Podmienka použitia priameho rokovacieho konania: § 81 písm. b) (...)
Odôvodnenie: Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb (ďalej len úrad) pri výkone svojej pôsobnosti základe zmluvy z 01.05.2008 používa a vlastní licencie na dobu neurčitú pre programy, ktorých autorom je spoločnosť XY Servisné služby boli zabezpečené servisnými zmluvami, ktoré boli uzatvorené na dobu určitú do 25.04.2017, resp. 30.04.2017. Z dôvodu spokojnosti s programami ako aj so servisnými službami spoločnosti XY, má úrad záujem na ďalšom používaní predmetných programov a teda aj ich aktualizáciách a podpore. Spoločnosť XY vlastní autorské práva k programom. Spoločnosť XY má právo na autorskú ochranu diela (programov) - nedotknuteľnosť svojho diela, najmä na ochranu pred akoukoľvek nedovolenou zmenou alebo iným nedovoleným zásahom do svojho diela (programov) podľa § 18 ods. 2 písm. c) v spojení s § 87 a nasl. zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov.“.
12. Kontrolovaný v oddiele V. „Zadanie zákazky“, bod V.2) „Zadanie zákazky“, podbod V.2.3) „Názov a adresa hospodárskeho subjektu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol spoločnosť XY(ďalej len „XY“).
13. Súčasťou kontrolovaným predloženej dokumentácie bol aj dokument z 21. 3. 2017 označený ako „Zdôvodnenie použitého postupu verejného obstarávania“, v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.: „(...) Pre výber použitia uvedeného postupu verejného obstarávania bola splnená podmienka zákona v zmysle § 81 písm. b) bod 3. zákona. Ide o výhradné práva dodávateľa a neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. (...) Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb (...) pri výkone svojej pôsobnosti podľa zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších predpisov na základe zmluvy z 01. 05. 2008 používa a vlastní licencie na dobu neurčitú pre programy „Čisté mzdy“, „Personalistika“, „Rádioamatéri“ a „Provideri“ vrátane ich modulov, rozšírení a úprav (ďalej len „programy“), ktorých autorom je spoločnosť XY Servisné služby k programom, ktoré obsahujú aktualizácie programov na základe legislatívnych zmien, programátorské práce podľa požiadaviek úradu na mimoriadne úpravy programov, konzultácie (telefonicky, e-mailom, osobne v sídle úradu), zaistenie konzistencie databáz programov, atď. zaistené servisnými zmluvami, ktoré boli uzatvorené na dobu určitú do 25. 04. 2017, resp. 30. 04. 2017. Z dôvodu spokojnosti s programami ako aj so servisnými službami poskytovanými spoločnosťou XY, má úrad záujem na ďalšom používaní programov. Je teda nevyhnutné, aby k nim boli dodávané aj vyššie uvedené servisné služby. Spoločnosť XY vlastní autorské práva k programom. Spoločnosť XY má právo na autorskú ochranu diela (programov) – nedotknuteľnosť svojho diela, najmä na ochranu akoukoľvek nedovolenou zmenou alebo iným nedovoleným zásahom do svojho diela (programov) podľa §

18 ods. 2 písm. c) v spojení s § 87 a nasl. zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov. Keďže servisné služby, ktoré sú predmetom zákazky, si vyžadujú úpravy a zásahy do programov, môže ich dodať len spoločnosť XY Na základe uvedeného je z dôvodov vyplývajúcich z výhradných práv oprávnený dodať servisné služby len určitý dodávateľ (XY).“.

14. Prílohou dokumentu kontrolovaného z 21. 3. 2017 označeného ako „Zdôvodnenie použitého postupu verejného obstarávania“ bol aj dokument spoločnosti XY z toho istého dňa označený ako „Vyhlásenie o autorstve“, v ktorom je okrem iného uvedené, cit.: „Aplikačné programy Čisté mzdy, Personalistika, Rádioamatéri a Provideri vrátane ich modulov, rozšírení a úprav (ďalej len „programy“ alebo „autorské dielo“) ich obsah (vrátane grafickej úpravy a usporiadania) sú chránené autorským právom podľa zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov. Nositeľom majetkových práv k autorskému dielu ako zamestnaneckému dielu je spoločnosť XY (...). Na každé použitie tohto autorského diela, najmä na vyhotovenie jeho rozmnoženiny a rozširovanie originálu alebo jeho rozmnoženiny predajom alebo inou formou prevodu vlastníckeho práva a spracovanie diela je potrebný predchádzajúci písomný súhlas spoločnosti XY (licencia). Akékoľvek použitie diela bez súhlasu spoločnosti XY môže mať za následok domáhanie sa majetkových a osobnostných práv v občianskom súdnom konaní, resp. vznik zodpovednosti za škodu spôsobenú nositeľovi majetkových práv, alebo trestnoprávny postih podľa právneho poriadku Slovenskej republiky a medzinárodných dohôd, ktorými je Slovenská republika viazaná. Zároveň vyhlasujem, že žiadna iná osoba, okrem spoločnosti XY, nemá právo, ani jej takéto právo nebolo udelené, na zmenu (úpravu, opravu, rozšírenie, a pod.) alebo iný zásah do programov. (...)“.
15. V liste kontrolovaného z 10. 5. 2017 označenom ako „Zaslanie dokumentácie“ je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Kontrolovaný je držiteľom licencií na programy: „Čisté mzdy“, „Personalistika“, „Rádioamatéri“ a „Provideri“ vrátane ich modulov, rozšírení a úprav (ďalej len „programy“), ktorých autorom je spoločnosť XY (zmluvy č. 16/2008/OEaS, č. 11/2015/OEaS, č. 40/2015/OEaS a č. 31/2016/OEaS). Zároveň bol (do 25.04.2017, resp. 30.04.2017) zabezpečený servis týchto programov, vrátane ich modulov, rozšírení a úprav (programátorské, konzultačné, inštalačné a servisné práce) na základe povinností spoločnosti XY (ďalej len „dodávateľ“) vyplývajúcich zo zmlúv č. 16/2013/KÚaOÚ a 11/2015/OEaS. Zmluva č. 16/2008/OEaS o poskytovaní služieb v oblasti informačných technológií bola uzavretá dňa 01.05.2008. Kontrolovaný zasiela úradu jej originál. Kontrolovaný nemá k predmetnej zmluve, okrem jej originálu, žiadny iný spisový materiál, ktorý by dokazoval výsledkom akého postupu bolo uzatvorenie tejto zmluvy. Podľa § 4 ods. 5 v spojení s § 102 ods. 3 a 4 zákona o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon“), platného v čase uzatvorenia tejto zmluvy, išlo o zákazku s nízkou hodnotou, pri zadávaní ktorej sa nevyžadovala písomná forma zmluvy okrem prípadov, v ktorých to vyžadoval zákon, výsledok verejného obstarávania sa neposielal úradu a verejný obstarávateľ bol povinný evidovať všetky doklady a uchovávať ich päť rokov po uzatvorení zmluvy. Zmluva č. 16/2013/KÚaOÚ o poskytovaní služieb v oblasti informačných technológií zo dňa 24.04.2013 bola uzatvorená postupom rokovacieho konania bez zverejnenia. Zmluva 11/2015/OEaS o rozšírení aplikácie „Provideri“ zo dňa 17.03.2015 bola uzatvorená postupom priameho rokovacieho konania. Zmluva 40/2015/OEaS o rozšírení aplikácie „Provideri“ zo dňa 08.12.2015 bola uzatvorená postupom priameho rokovacieho konania. Zmluva 31/2016/OEaS o rozšírení aplikácie „Provideri“ zo dňa 15.11.2015 bola uzatvorená postupom priameho rokovacieho konania. (...) Kontrolovaný považuje dokumentom „Vyhlásenie o autorstve“ zo dňa 21.03.2017, vydané dodávateľom kontrolovanému, v spojení s

ustanoveniami zmlúv č. 16/2013/KÚaOÚ (povinnosť kontrolovaného podľa časti III. bod d), e)), č. 11/2015/OEaS, č. 40/2015/OEaS, 31/2016/OEaS (článok VI. bod 6.1. a 6.3.), za dostatočne preukázané, že požadovaný predmet zákazky (služba servisu programov) môže z objektívneho hľadiska poskytnúť len dodávateľ, a že je naplnený predpoklad existencie výhradných práv dodávateľa (autorské právo). Služba servisu programov si totiž zo svojej podstaty vyžaduje úpravy a zásahy do programov a vzhľadom na ochranu programov ako autorského diela a skutočnosti, že tak ako dodávateľ vyhlásil, žiadna iná osoba, okrem dodávateľa, nemá právo na zmenu (úpravu, opravu, rozšírenie, a pod.) alebo iný zásah do programov. Kontrolovaný mal teda za preukázané, že sú splnené dve vyššie uvedené podmienky použitia postupu priameho rokovacieho konania (1. požadovaný predmet zákazky môže z objektívneho hľadiska poskytnúť len dodávateľ; 2. existencia výhradných práv dodávateľa) pri uzatvorení zmluvy o servise programov. Kontrolovaný má záujem na riadnom fungovaní programov, čo znamená vykonávať časté aktualizácie a prípadné zmeny, ktoré sú vyžiadané častými zmenami predpisov ako v oblasti pracovno-právnej a oblasti práva sociálneho zabezpečenia (aplikácie Čisté mzdy a Personalistika, ktoré sú vzájomne prepojené), tak aj v oblasti regulácie elektronických komunikácií a poštových služieb (aplikácia Provideri, vrátane rozšírení, a Rádioamatéri, ktoré sú vzájomne prepojené a prepojené sú aj s inými softvérovými systémami používanými kontrolovaným pri vydávaní rozhodnutí v správnom konaní). Jedinou možnou alternatívou, resp. náhradou, by bolo obstaranie úplne nových programov s rovnakou funkcionalitou a prepojením navzájom aj navonok s inými systémami kontrolovaného, vrátane servisu na dobu neurčitú, resp. takých softvérových produktov, ktoré nie sú chránené právami duševného vlastníctva (obstarať programy vrátane komentovaného zdrojového a strojového kódu s oprávnením servisovať/zasahovať do programu treťou osobou), tak ako to vyplýva z rozhodovacej praxe úradu (napr. 22506-6000/2016-ODI). V takom prípade by však bola cena nového softvéru (vytvoreného na zákazku) aj s ohľadom na ďalšie vyvolané náklady (prevod databáz, ladenie nového softvéru, školenia zamestnancov, atď.) neprimerane vysoká. Kontrolovaný nemá trvalo také rozpočtové podmienky, aby bol schopný obstarať takýto komplexný systém softvéru založený na štandardizácii, ktorý nevytvorí prekážku lock-in pre obstarávanie do budúcnosti. Na konanie kontrolovaného je potrebné teda pozerieť aj z hľadiska hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti nakladania s verejnými prostriedkami (rozsudok Nejvyššího správného soudu vo veci 5 Afs 43/2012-58). Podľa názoru kontrolovaného, z predloženej dokumentácie tiež preukázateľne vyplýva, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Žiadne ustanovenie zmluvy č. 16/2008/OEaS uzavretej dňa 01.05.2008, nepovažuje kontrolovaný za umelé zúženie parametrov verejného obstarávania vzhľadom na požadované služby servisu v súčasnej zákazke. Umelé vytvorenie prekážok považuje kontrolovaný za určitú formu zavineného konania, a teda pri posudzovaní konania kontrolovaného v roku 2008 úradom je potrebné veľmi dôkladne zvážiť, aj s ohľadom na vtedajšiu rozhodovaciu a kontrolnú prax úradu, či bol postup kontrolovaného pri uzavretí zmluvy v roku 2008 takým zavineným konaním, že umelo zúžil parametre verejného obstarávania. Názor kontrolovaného bol vyjadrený aj v rozhodovacej praxi súdov vo veciach verejného obstarávania, keď v odôvodnení rozsudku Nejvyššího správného soudu vo veci 5 Afs 43/2012-58 je okrem iného uvedené: „Pokiaľ v priebehu životnosti softvéru nastane z hľadiska obstarávateľa objektívna zmena (nová legislatíva, nové manažérske rozhodnutie nadriadených orgánov), tak môže nastať situácia, kedy by vylúčenie použitia priameho rokovacieho konania fakticky znamenalo zákonom stanovenú povinnosť obstarávateľa obstarať určitý softvér znova a znehodnotiť už vynaloženú investíciu na doterajší softvér.“. Na základe uvedeného má kontrolovaný za to, že pri predmetnej zákazke boli splnené podmienky na použitie postupu priameho rokovacieho konania, a že dokumentácia, po doplnení na základe rozhodnutia o prerušení, je dostatočná na

preukázanie skutočností potrebných pre posúdenie oprávnenosti použitia postupu priameho rokovacieho konania. (...).“.

16. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentáciou bola aj „Zmluva o poskytovaní služieb v oblasti informačných technológií“ č. 16/2008/OEaS uzatvorená 1. 5. 2008 medzi Telekomunikačným úradom SR a.s., Továrenská 7, 810 06 Bratislava (ďalej len „TÚ SR“) a spoločnosťou XY, v ktorej je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Časť I. Predmet zmluvy Predmetom zmluvy je poskytnutie licencie na používanie aplikačného programového vybavenia Čisté mzdy, Personalistika, Provideri, Rádioamatéri a Generovanie skúšobných testov a ich programátorský servis, (ďalej len „softvér“) dodávateľom odberateľovi, ich programátorský servis zo strany dodávateľa a zaplatenie faktúrovaných súm podľa bodu III. zmluvy odberateľom dodávateľovi. Časť II. Podmienky (...) Odberateľ sa zaväzuje: (...) d) používať softvér len pre vlastné potreby e) softvér bude kopírovať výhradne pre vlastnú potrebu v rámci svojej organizácie a kópie s dokumentáciou nebude odovzdávať tretím osobám. (...).“.
17. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentáciou bola aj „Zmluva o poskytovaní služieb v oblasti informačných technológií“ č. 16/2013/KÚaOÚ uzatvorená 24. 4. 2013 medzi TÚ SR a spoločnosťou XY, v ktorej je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Článok I. Predmet zmluvy Predmetom Zmluvy je záväzok Dodávateľa poskytovať Odberateľovi programátorské, konzultačné, aktualizácie, inštalácie a servisné práce k aplikačným programom Čisté mzdy, Personalistika, Provideri a Rádioamatéri (ďalej ako „servisné služby“) v rozsahu podľa čl. III Zmluvy a záväzok Odberateľa, platiť Dodávateľovi za servisné služby dohodnutú odmenu podľa čl. IV. Zmluvy. Článok III. Povinnosti zmluvných strán (...) Odberateľ sa zaväzuje: (...) d) používať softvér len pre vlastné potreby e) softvér bude kopírovať výhradne pre vlastnú potrebu v rámci svojej organizácie a kópie s dokumentáciou nebude odovzdávať tretím osobám. (...).“.
18. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentáciou bola aj „Zmluva o rozšírení aplikácie „Provideri““ č. 11/2015/OEaS uzatvorená 17. 3. 2015 medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY, v ktorej je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Článok I. Predmet zmluvy 1.1 Predmetom zmluvy je rozšírenie aplikácie „Provideri“. Úrad je držiteľom licencie na aplikáciu „Provideri“ a jeho nadstavby vyvinuté Dodávateľom, ktorý je jediným oprávneným na jeho rozšírenie, úpravy a aktualizácie. (...) Článok V. Podmienky 5.1 Objednávateľ sa zaväzuje: (...) používať modul, pre vlastné potreby (...) Článok VI. Vlastníctvo k dielu a ochrana informácií 6.1. Dodávateľ ručí za to, že je jediným majiteľom akýchkoľvek priemyslových práv, vyplývajúcich z príslušných vynálezov, patentov a zapísaných vzorov, ktoré sa vzťahujú k softwarovému systému, ktorý je predmetom tejto Zmluvy. Ďalej Dodávateľ prehlasuje, že k vynálezom a vzorom, na ktoré boli udelené patenty neboli zapísané vzory, neprislúcha žiadnej tretej osobe iné právo na patent alebo vzor. Dodávateľ ďalej zaručuje, že bude udržiavať v platnosti akékoľvek ochranné práva k predmetu tejto Zmluvy a bude v tejto súvislosti uhrádzať akékoľvek náklady a poplatky, ktoré sú alebo budú s udrzovaním platnosti týchto práv spojené. Vlastníctvo k programovému dielu, ktoré je predmetom tejto Zmluvy, sa riadi príslušnými ustanoveniami Autorského zákona a inými všeobecne záväznými predpismi Slovenskej republiky a medzinárodnými zmluvami, predmetom ktorých je autorskoprávna ochrana. 6.2. (...) **Objednávateľ nie je oprávnený prevádzať právo k používaniu diela ako celku ani jeho jednotlivých komponentov na tretie osoby.** 6.3. **Objednávateľ sa plnením Zmluvy nestáva vlastníkom zdrojových kódov softwarového diela, nie je oprávnený prevádzkovať softwarové dielo za účelom jeho spätnej analýzy a nie je**

oprávnený využívať jednotlivé komponenty diela v rámci iných systémov bez predchádzajúceho písomného súhlasu Dodávateľa. (...).“.

19. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentáciou bola aj „Zmluva o rozšírení aplikácie „Provideri““ č. 40/2015/OEaS uzatvorená 8. 12. 2015 medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY, v ktorej je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Článok I. Predmet Zmluvy 1.1 Predmetom zmluvy je rozšírenie aplikácie „Provideri“. Úrad je držiteľom licencie na aplikáciu „Provideri“ a jeho nadstavby vyvinuté Dodávateľom, ktorý je jediným oprávneným na jeho rozšírenie, úpravy a aktualizácie. (...) Článok V. Podmienky 5.1 Objednávateľ sa zaväzuje: (...) používať modul len pre vlastné potreby (...) Článok VI. Vlastníctvo k dielu a ochrana informácií 6.1. Dodávateľ ručí za to, že je jediným majiteľom akýchkoľvek priemyslových práv, vyplývajúcich z príslušných vynálezov, patentov a zapísaných vzorov, ktoré sa vzťahujú k softwarovému systému, ktorý je predmetom tejto Zmluvy. Ďalej Dodávateľ prehlasuje, že k vynálezom a vzorom, na ktoré boli udelené patenty neboli zapísané vzory, neprislúcha žiadnej tretej osobe iné právo na patent alebo vzor. Dodávateľ ďalej zaručuje, že bude udržiavať v platnosti akékoľvek ochranné práva k predmetu tejto Zmluvy a bude v tejto súvislosti uhrádzať akékoľvek náklady a poplatky, ktoré sú alebo budú s udržiavaním platnosti týchto práv spojené. Vlastníctvo k programovému dielu, ktoré je predmetom tejto Zmluvy, sa riadi príslušnými ustanoveniami Autorského zákona a inými všeobecne záväznými predpismi Slovenskej republiky a medzinárodnými zmluvami, predmetom ktorých je autorskoprávna ochrana. 6.2. (...) **Objednávateľ nie je oprávnený prevádzať právo k používaniu diela ako celku ani jeho jednotlivých komponentov na tretie osoby.** 6.3. Objednávateľ sa plnením Zmluvy nestáva vlastníkom zdrojových kódov softwarového diela, nie je oprávnený prevádzkovať softwarové dielo za účelom jeho spätnej analýzy a nie je oprávnený využívať jednotlivé komponenty diela v rámci iných systémov bez predchádzajúceho písomného súhlasu Dodávateľa. (...).“.
20. Súčasťou kontrolovaným predloženou dokumentáciou bola aj „Zmluva o rozšírení aplikácie „Provideri““ č. 31/2016/OEaS uzatvorená 15. 11. 2016 medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY, v ktorej je okrem iného uvedené, cit.: „(...) Článok I. Predmet Zmluvy 1.1 Predmetom zmluvy je rozšírenie aplikácie „Provideri“. Úrad je držiteľom licencie na aplikáciu „Provideri“ a jeho nadstavby vyvinuté Dodávateľom, ktorý je jediným oprávneným na jeho rozšírenie, úpravy a aktualizácie. (...) Článok V. Podmienky 5.1 Objednávateľ sa zaväzuje: (...) používať modul len pre vlastné potreby (...) Článok VI. Vlastníctvo k dielu a ochrana informácií 6.1. Dodávateľ ručí za to, že je jediným majiteľom akýchkoľvek priemyslových práv, vyplývajúcich z príslušných vynálezov, patentov a zapísaných vzorov, ktoré sa vzťahujú k softwarovému systému, ktorý je predmetom tejto Zmluvy. Ďalej Dodávateľ prehlasuje, že k vynálezom a vzorom, na ktoré boli udelené patenty neboli zapísané vzory, neprislúcha žiadnej tretej osobe iné právo na patent alebo vzor. Dodávateľ ďalej zaručuje, že bude udržiavať v platnosti akékoľvek ochranné práva k predmetu tejto Zmluvy a bude v tejto súvislosti uhrádzať akékoľvek náklady a poplatky, ktoré sú alebo budú s udržiavaním platnosti týchto práv spojené. Vlastníctvo k programovému dielu, ktoré je predmetom tejto Zmluvy, sa riadi príslušnými ustanoveniami Autorského zákona a inými všeobecne záväznými predpismi Slovenskej republiky a medzinárodnými zmluvami, predmetom ktorých je autorskoprávna ochrana. 6.2. (...) **Objednávateľ nie je oprávnený prevádzať právo k používaniu diela ako celku ani jeho jednotlivých komponentov na tretie osoby.** 6.3. **Objednávateľ sa plnením Zmluvy nestáva vlastníkom zdrojových kódov softwarového diela, nie je oprávnený prevádzkovať softwarové dielo za účelom jeho spätnej analýzy a nie je oprávnený využívať jednotlivé komponenty diela v rámci iných systémov bez predchádzajúceho písomného súhlasu Dodávateľa. (...).“.**

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

21. Úrad listom č. 7506-6000/2017-ODI-V z 2. 6. 2017, doručeným kontrolovanému 12. 6. 2017, vyzval kontrolovaného na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, a to v lehote 15 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. V úradom stanovenej lehote, konkrétne 29. 6. 2017, bol úradu doručený od kontrolovaného list z 26. 6. 2017 označený ako „Vyjadrenie“.
22. Kontrolovaný v úvode predmetného listu uvádza, že pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní museli byť v danom prípade kumulatívne splnené tri podmienky: a) z dôvodu výhradných autorských práv možnosť dodania služby servisu konkrétneho programového vybavenia len spoločnosťou XY; b) neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady za poskytnutie služby servisu konkrétneho programového vybavenia; c) skutočnosť, že službu servisu konkrétneho programového vybavenia môže dodať len spoločnosť XY, nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
23. Kontrolovaný uvádza, že úrad vo výzve na vyjadrenie z 2. 6. 2017 skonštatoval, že v danom prípade ide o výhradné práva spoločnosti XY, a teda bola splnená prvá podmienka pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní.
24. Kontrolovaný vo vzťahu k podmienke neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady k plneniu od spoločnosti XY uvádza, že primeranosť vo vzťahu k novej alternatíve alebo náhrade kontrolovaný vidí v službe alebo tovare, ktoré by boli schopné nahradiť požadovanú službu tak, aby mu nevznikli ďalšie neefektívne a nevhodné náklady, a ktoré spĺňajú potreby kontrolovaného bez iných materiálnych, personálnych a časových požiadaviek pri obstaraní takejto alternatívy alebo náhrady. Kontrolovaný uvádza, že pri obstaraní úplne nového softvéru (obstaranie úplne nových programov s rovnakou funkcionalitou a prepojením navzájom aj navonok s inými systémami kontrolovaného, vrátane servisu na dobu neurčitú, resp. takých softvérových produktov, ktoré nie sú chránené právami duševného vlastníctva) by uvedené náklady boli celkom zjavne neprimerané, a teda objektívne by nespĺňali podmienku primeranosti k službe servisu už nasadeného a vyladeného softvéru, prepojeného s inými systémami kontrolovaného. Kontrolovaný uvádza, že takúto pre neho očividnú skutočnosť nepovažoval za potrebné preukazovať, napr. prieskumom trhu. Alternatívou k službe servisu už nasadeného softvéru by tak podľa názoru kontrolovaného bolo obstaranie nového softvéru, na čo však kontrolovaný nemá dostatočný objem rozpočtových prostriedkov. V takomto prípade by sa podľa kontrolovaného neskúmala primeranosť nového softvéru k službe servisu už nasadeného softvéru z hľadiska verejného obstarávania, no z hľadiska hospodárnosti a efektívnosti využívania verejných finančných prostriedkov, nakoľko kontrolovaný je ako subjekt verejnej správy povinný dodržiavať hospodárnosť, efektívnosť a účinnosť použitia finančných prostriedkov. Kontrolovaný má za to, že požiadavka na preukázanie objektívnej neprimeranosti medzi požadovanou službou servisu a obstaraním nového softvéru, ako ju

uviedol úrad vo svojej výzve, je prejavom formálnej aplikácie práva, ktorá nezohľadňuje cieľ právnej úpravy ani konkrétne okolnosti daného prípadu.

25. Kontrolovaný vo vzťahu k podmienke, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, uvádza, že podľa ustanovení zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účinnom v čase uzatvárania zmlúv, ktoré predchádzali predmetnému priameho rokovacieho konania, bola pre použitie postupu priameho rokovacieho konania požadovaná len podmienka, že tovar, stavebné práce alebo služby z technických dôvodov, umeleckých dôvodov alebo z dôvodov vyplývajúcich z výhradných práv môže poskytnúť len určitý dodávateľ. Kontrolovaný má za to, že umelé vytvorenie prekážok považuje za určitú formu zavineného konania. Kontrolovaný má za to, že žiadny právny predpis, vrátane vtedy platného zákona o verejnom obstarávaní, neprikazoval verejnemu obstarávateľovi stanoviť práva a povinnosti zo zmlúv tak, aby v neskoršom verejnom obstarávaní musel preukazovať, že umelo nezúžil parametre verejného obstarávania. Podľa kontrolovaného ustanovenia zmlúv o ochrane autorského práva tak, ako ich stanovil kontrolovaný v predchádzajúcich zmluvách, boli bežnou a verejnými obstarávateľmi a hospodárskymi subjektmi akceptovanou úpravou práv a povinností. Skutočnosť, že nový regulačný rámec verejného obstarávania a rozhodovacia prax Súdneho dvora Európskej únie ako aj úradu, požadujú uzatvárať zmluvy tak, aby v prípade výhradných práv boli tieto prevedené na verejného obstarávateľa, by podľa kontrolovaného nemalo byť na jeho ujmu, keďže tieto skutočnosti nemohol predvídať. Kontrolovaný má za to, že preukázanie akéhokoľvek zavinenia je vecou úradu a teda to, či niekto konal tak, aby umelo zúžil parametre verejného obstarávania by mal preukazovať práve úrad. Kontrolovaný je toho názoru, že uzatvorenie zmlúv v roku 2008, 2013, 2015 a 2016 s ohľadom na vtedajšiu právnu úpravu, nie je konaním zavineným, a teda by mu nemalo byť na ujmu, že podľa súčasného právneho stavu a rozhodovacej praxe príslušných orgánov sa takéto konanie považuje za umelé zúženie parametrov verejného obstarávania.
26. Vzhľadom na uvedené kontrolovaný požaduje, aby úrad zastavil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní.

Právny rámec

27. 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.
28. Podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže verejný obstarávateľ použiť za predpokladu, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak
1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu,
 2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo
 3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.

29. 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.
30. Podľa bodu 14 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES by sa malo spresniť, že pojem „hospodárske subjekty“ by sa mal vykladať široko, aby zahŕňal všetky osoby a/alebo subjekty, ktoré ponúkajú uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb na trhu, a to bez ohľadu na právnu formu, ktorú si zvolili pre svoje fungovanie. Preto by sa pojem hospodársky subjekt mal vzťahovať na všetky firmy, pobočky, dcérske spoločnosti, verejné obchodné spoločnosti, družstevné spoločenstvá, spoločnosti s ručením obmedzeným, univerzity, či už verejné alebo súkromné, a iné formy subjektov, než sú fyzické osoby, a to za každých okolností bez ohľadu na to, či ide o „právnické osoby“.
31. Podľa bodu 50 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES vzhľadom na škodlivý vplyv na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré verejný obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré ani nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž alebo neprinieslo lepšie výsledky obstarávania, v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. To je prípad umeleckých diel, keď osoba umelca štandardne určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného umeleckého predmetu. Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez zverejnenia, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. Verejní obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali uviesť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu verejného obstarávateľa, alebo 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.
32. 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 ktoréhokolvek 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

33. Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom priamom rokovacom konaní a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným a vyjadrenia kontrolovaného ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy uvádza nasledovné odôvodnenie porušenia zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaným, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania:
34. Úrad uvádza, že postup zadávania podlimitnej zákazky podľa § 116 zákona o verejnom obstarávaní predstavuje jeden z postupov vo verejnom obstarávaní, pričom možnosť použitia tohto postupu pri zadávaní podlimitnej zákazky verejným obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok uvedených v tomto ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ by mal postup zadávania zákazky podľa § 116 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len „priame rokovacie konanie“) podľa názoru úradu využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ je zároveň v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienky alebo podmienok uvedených v § 116 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je alebo ktoré sú podľa jeho názoru podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní podlimitnej zákazky. Úrad takisto konštatuje, že 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**. Verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.
35. Úrad ďalej uvádza, že ak verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania podlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienky uvedenej v § 116 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojitosti s § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, tak ako to v tomto prípade urobil kontrolovaný, je povinný preukázať, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu, že **ide o výhradné práva tohto subjektu, pričom je povinný preukázať, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**.
36. Úrad konštatuje, že 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 verejného obstarávateľa oprávňuje na tento postup (v tomto prípade kontrolovaným deklarovaná existencia výhradných práv spoločnosti XY) nesmie zakladať rozpor so základnými zásadami Európskej únie, a teda ani so zásadou zákazu diskriminácie. Z judikatúry Súdneho dvora EÚ taktiež vyplýva, že splnenie podmienky/podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania musí byť predloženými dôkazmi náležite preukázané (rozsudok vo veci C-20/01 a C-28/01). Úrad dodáva, že postupom priameho rokovacieho konania dochádza v porovnaní s ostatnými postupmi zadávania zákaziek nielen k zvýšeniu rizika diskriminácie záujemcov, ale aj k obmedzeniu hospodárskej súťaže, keďže verejný obstarávateľ sám rozhoduje, ktorý subjekt/subjekty vyzve na rokovanie, ktoré bude viesť k uzavretiu zmluvy. Z uvedených dôvodov je preto potrebné, aby kontrolovaný náležite preukázal existenciu dôvodov na použitie postupu priameho rokovacieho konania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

37. Úrad má za to, že z § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že aplikácia priameho rokovacieho konania podľa tohto ustanovenia je možná iba v prípade, keď sú naplnené všetky v ňom uvedené podmienky kumulatívne, a teda **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu, že ide o výhradné práva tohto subjektu, pričom 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.**
38. 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.** Verejný obstarávateľ by mal v rámci odôvodnenia preukázať, že na trhu existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý je schopný dodať predmet zákazky. Úrad má za to, že možnosť poskytnutia predmetu zákazky jediným hospodárskym subjektom je teda *conditio sine qua non* pre uplatnenie výnimky podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, **pričom z tohto ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že použitie priameho rokovacieho konania z dôvodu existencie iba jedného hospodárskeho subjektu je možné iba v prípade, ak ide o výhradné práva tohto subjektu a zároveň neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.** V danom prípade kontrolovaný tvrdí, že jediným subjektom, ktorý môže danú zákazku plniť je spoločnosť XY. Skutočnosť, že tento subjekt je jediným možným zmluvným partnerom pre danú zákazku kontrolovaný odôvodnil existenciou výhradných autorských práv spoločnosti XY k softvérovým programom Čisté mzdy, Personalistika, Rádioamatéri a Provideri vrátane ich modulov, rozšírení a úprav (ďalej len „softvérové programy“), ku ktorým mala uvedená spoločnosť poskytovať servisné služby.
39. Ako už úrad uviedol vyššie, pre uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní musí byť preukázané, že ide o výhradné práva daného subjektu, ktorý verejný obstarávateľ vyzval na rokovanie a s ktorým plánuje uzavrieť zmluvu o poskytovaní servisných služieb ako výsledok predmetného priameho rokovacieho konania, t. j. v tomto prípade musí ísť o výhradné práva spoločnosti XY. Kontrolovaný s cieľom preukázania tejto podmienky uviedol, že spoločnosť XY udelila zmluvou č. 16/2008/OEaS z 1. 5. 2008 licenciu na používanie softvérových programov v prospech TÚ

SR. Z uvedenej zmluvy zároveň vyplýva, že TÚ SR je oprávnený používať softvérové programy výlučne pre svoje potreby, pričom kópie softvéru vrátane dokumentácie nesmie odovzdať tretím osobám. Následne bola 24. 4. 2013 medzi uvedenými subjektami uzatvorená zmluva č. 16/2013KÚaOÚ ako výsledok postupu rokovacieho konania bez zverejnenia, ktorej predmetom bolo poskytnutie programátorských, konzultačných, aktualizáčných, inštaláčných a servisných služieb k softvérovým programom v prospech TÚ SR. Z tejto zmluvy rovnako vyplýva, že TÚ SR je oprávnený používať softvérové programy výlučne pre svoje potreby, pričom kópie softvéru vrátane dokumentácie nesmie odovzdať tretím osobám. Kontrolovaný, ako právny nástupca TÚ SR v zmysle § 12 ods. 2 zákona č. 402/2013 Z. z. o Úrade pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb a Dopravnom úrade a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, uzatvoril 17. 3. 2015, 8. 12. 2015 a 15. 11. 2016 tri zmluvy, ktorých predmetom bolo rozšírenie softvérového programu „Provideri“. Podľa úradu z týchto zmlúv vyplýva, že kontrolovaný je oprávnený používať program „Provideri“ len pre vlastné potreby, pričom kontrolovaný nie je oprávnený prevádzkať právo k používaniu programu ako celku na tretie osoby, pričom plnením zmluvy sa kontrolovaný nestáva vlastníkom zdrojových kódov softwarového diela, nie je oprávnený prevádzkovať softwarové dielo za účelom jeho spätnej analýzy a nie je oprávnený využívať jednotlivé komponenty diela v rámci iných systémov bez predchádzajúceho písomného súhlasu XY. Z vyššie uvedených zmlúv zhodne vyplýva, že autorom, ako aj osobou disponujúcou výhradnými autorskými právami k softvérovým programom je spoločnosť XY, pričom do softvérových programov nesmie bez súhlasu uvedenej spoločnosti zasahovať žiadna iná osoba. Uvedené skutočnosti zároveň vyplývajú aj z vyhlásenia o autorstve spoločnosti XY z 21. 3. 2017, ktoré bolo predložené úradu v rámci tohto konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy.

40. **Úrad má na základe vyššie uvedeného za to, že z dokladov predložených kontrolovaným s cieľom preukázania výhradných práv vyplýva, že v danom prípade ide o výhradné práva spoločnosti XY, nakoľko kontrolovaný preukázal, že spoločnosť XY je autorom a vlastníkom výhradných (autorských) práv k softvérovým programom.**
41. Úrad uvádza, že ďalšou podmienkou, ktorá musí byť obligatórne splnená na to, aby kontrolovaný mohol uplatniť postup priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní je neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady. Tak ako už úrad uviedol, dôkazné bremeno splnenia všetkých zákonom o verejnom obstarávaní požadovaných podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania je na zadávateľovi tejto zákazky, ktorý ich musí aj náležite zdôvodniť. Kontrolovaný s cieľom preukázania tejto podmienky uviedol, že jedinou možnou alternatívou, resp. náhradou k plneniu poskytnutého spoločnosťou XY by bolo obstaranie úplne nových programov s rovnakou funkcionalitou a prepojením navzájom aj navonok s inými systémami kontrolovaného, vrátane servisu na dobu neurčitú, resp. takých softvérových produktov, ktoré nie sú chránené právami duševného vlastníctva, čiže obstaráť programy vrátane komentovaného zdrojového a strojového kódu s oprávnením zasahovať do programu treťou osobou. Kontrolovaný však uviedol, že takáto alternatíva alebo náhrada nie je primeraná, lebo cena nového softvéru (vytvoreného na zákazku) aj s ohľadom na ďalšie vyvolané náklady (prevod databáz, ladenie nového softvéru, školenia zamestnancov, atď.) by bola neprimerane vysoká. Kontrolovaný v tejto súvislosti uviedol, že úrad musí v takýchto prípadoch zohľadniť princíp hospodárnosti a efektívnosti, ako aj účelnosť nakladania s finančnými prostriedkami.
42. Úrad konštatuje, že rovnako ako existenciu výhradných práv, tak aj neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady vo vzťahu k plneniu, teda vo vzťahu k službám, ktoré má

v prospech kontrolovaného poskytnúť spoločnosť XY musí jednoznačne preukázať sám kontrolovaný. Úrad má za to, že podmienka neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady nebola kontrolovaným dostatočne preukázaná, keďže úradu neboli predložené žiadne dôkazy alebo dokumenty, z ktorých by vyplývalo, že žiadna alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia neexistuje, tak ako to tvrdí kontrolovaný. Ďalej úrad poznamenáva, že nedostatok alternatívnych riešení musí byť nestranný resp. objektívny. Na preukázanie neexistencie primeranej alternatívy nepostačuje iba tvrdenie kontrolovaného o neexistencii primeranej alternatívy alebo náhrady. Podľa úradu totižto nejde o situáciu, keď kontrolovaný nepozná alternatívne riešenie, ale vždy o situáciu, keď alternatívne riešenie objektívne neexistuje. **Kontrolovaný je povinný predložiť dôkazy, ktoré jednoznačne preukazujú, že na relevantnom trhu neexistuje taká služba, ktorá by zabezpečovala primeranú alternatívu ku kontrolovaným požadovanému plneniu (napr. prieskumom trhu, porovnaním produktov iných dodávateľov). Z vyjadrení kontrolovaného zároveň vyplýva, že dodanie alternatívneho plnenie iným dodávateľom ako spoločnosťou XY by spôsobovalo neprimerané finančné ťažkosti. Z dokumentácie predloženej kontrolovaným nie je možné zistiť, či kontrolovaný túto skutočnosť nejakým spôsobom zisťoval, napríklad oslovením iných dodávateľov, na základe vyjadrení ktorých by kontrolovaný zistil, že títo nie sú schopní dané služby v požadovanom rozsahu kontrolovanému poskytnúť, resp. že nimi ponúkaná cena za dané služby by bola neprimerane vysoká, prípadne poskytnutie týchto služieb by trvalo neporovnateľne dlhšie.** Naopak z jeho vyjadrenia ku skutočnostiam zisteným úradom v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vyplýva, že kontrolovaný uvedenú skutočnosť považoval za očividnú a preto ju nemal za potrebné preukazovať úradu.

43. Úrad vzhľadom na uvedené uvádza, že kontrolovaný nepreukázal, že alternatíva alebo náhrada požadovaného plnenia by pre neho bola z časového a finančného hľadiska mimoriadne ekonomicky neefektívna, nevhodná a priniesla by množstvo prevádzkových komplikácií v porovnaní so zadaním zákazky spoločnosti XY tak, ako to sám tvrdí. Keďže z predloženej dokumentácie nevyplýva, že by kontrolovaný oslovil aj iné subjekty na relevantnom trhu za účelom zistenia, či sú alebo nie sú schopné dodať mu primeranú alternatívu alebo náhradu k obstarávanému plneniu, úrad uvádza, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady. Vzhľadom na uvedené došlo postupom kontrolovaného k porušeniu § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný dostatočne nepreukázal neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady k požadovanému plneniu, práve naopak za určitých okolností túto možnosť pripustil, pričom nepreukázal ani to, že by takáto alternatíva alebo náhrada bola neprimerane finančne alebo časovo náročnejšia.
44. Úrad uvádza, že ďalšou 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. Ako už úrad uviedol, kontrolovaný preukázal, že v danom priamom rokovacom konaní ide o výhradné práva spoločnosti XY V dokumente s názvom „Vyhlásenie o autorstve“ z 21. 3. 2017 spoločnosť XY uvádza, že je autorom a nositeľom autorských práv k softvérovým programom, pričom na každé použitie autorského diela (vyhotovenie rozmnoženiny, rozširovanie originálu alebo rozmnoženiny a spracovanie diela) je potrebný súhlas spoločnosti XY a zároveň, že **žiadna iná osoba okrem spoločnosti XY nemá právo na zmenu alebo iný zásah do softvérových programov ani jej také právo nebolo udelené.** Následne

v zmluvách uzatvorených medzi kontrolovaným, resp. TÚ SR a spoločnosťou XY v rokoch 2008, 2013, 2015 a 2016 bolo uvedené, že kontrolovaný nie je oprávnený softvérové programy v akejkoľvek forme odovzdať tretím osobám a je oprávnený ich využívať len pre vlastnú potrebu. Úrad konštatuje, že zo zmlúv uzatvorených medzi kontrolovaným a spoločnosťou XY vyplýva, že kontrolovaný nie je oprávnený prevádzať právo k používaniu aplikácie „Provdieri“ a jej rozšírení na tretie osoby, pričom plnením zmluvy sa kontrolovaný nestáva vlastníkom zdrojových kódov softwarového diela, nie je oprávnený prevádzkovať softwarové dielo za účelom jeho spätnej analýzy a nie je oprávnený využívať jednotlivé komponenty diela v rámci iných systémov bez predchádzajúceho písomného súhlasu XY. Z kontrolovaným predloženej dokumentácie teda podľa úradu vyplýva, že **kontrolovanému bol poskytnutý súhlas na použitie softvérových programov a ich rozšírení avšak spôsobom, ktorý nezahrňal zmenu alebo zásah do diela bez predchádzajúceho písomného súhlasu spoločnosti XY.**

45. Úrad uvádza, že **obsahom vyššie uvedených zmlúv nebolo ustanovenie, ktorým by bolo prevedené právo na zmenu diela alebo iný zásah do diela na kontrolovaného, ktoré by mohol postúpiť alebo previesť na iný subjekt, resp. právo zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, práve naopak táto skutočnosť bola v predmetných zmluvách vyslovene kontrolovanému zakázaná.**
46. Úrad má za to, že zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože zadávateľ zákazky je stranou určujúcou obchodné podmienky plnenia zmluvy, ktoré uchádzač nemôže upravovať ani ďalej meniť v procese verejného obstarávania, a teda možnosti participácie dodávateľa na formulovaní zmluvných podmienok sú značne obmedzené. Uchádzač svojou predloženou ponukou súhlasí so znením zmluvných podmienok, ktoré určil verejný obstarávateľ. Vzhľadom už na vyššie uvedené, úrad konštatuje, že kontrolovaný preukázal, že výhradné práva na poskytnutie služieb, ktoré sú predmetom zákazky má spoločnosť XY, avšak **kontrolovaný tým, že nezahrnul do uvedených zmlúv ustanovenia o prevode práv na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, ktoré by mohol previesť na iný subjekt, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, kontrolovaný spôsobil umelé zúženie parametrov verejného obstarávania, ktorého predmetom by bolo poskytnutie servisných služieb k softvérovým programom. Týmto postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky na poskytnutie servisných služieb k softvérovým programom spôsobil obmedzenie hospodárskej súťaže na daný predmet zákazky.** Úrad zároveň uvádza, že kontrolovaný mohol a mal vzhľadom na existenciu výhradných práv k softvérovým programom patriacich spoločnosti XY, ako aj na nemožnosť prevodu práv na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, rokovať s uvedeným subjektom o možnosti prevodu práv na zásah do softvérových programov za tým účelom, aby aj iným subjektom bolo takýmto spôsobom umožnené dodať služby, ktoré sú predmetom zákazky. Z dokumentácie predloženej kontrolovaným úradu však nevyplýva, že tak kontrolovaný učinil, a teda nepreukázal skutočnosť, či oslovil spoločnosť XY za účelom prevodu uvedených práv k softvérovým programom, čím by sa mohol vyhnúť umelému zúženiu parametrov verejného obstarávania.
47. Úrad ďalej uvádza, že v zákone o verejnom obstarávaní sa nenachádza ustanovenie o povinnosti verejného obstarávateľa uzavrieť zmluvu ako výsledok verejného obstarávania, v ktorej si vyhradí právo program neobmedzene používať, upravovať, rozširovať, a to bez súhlasu autora, avšak v prípade, že si verejný obstarávateľ v zmluve predmetné práva nevyhradí, tak pri uzatváraní ďalších zmlúv nie je oprávnený postupovať podľa § 116 ods. 1

v spojení s § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, pretože ide o situáciu, kedy neexistencia hospodárskej súťaže z dôvodu výhradných práv bola spôsobená samotným kontrolovaným umelým zúžením parametrov verejného obstarávania. Uvedené navyše vyplýva aj z ustanovení smernice č. 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní. Úrad zároveň vo vzťahu k vyjadrenia ku skutočnostiam zisteným úradom v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy uvádza, že **v rámci tohto konania nespochybňuje, či bol postup kontrolovaného pri uzatváraní zmlúv v roku 2008, 2013, 2015 a 2016 v súlade s v tom čase platným zákonom o verejnom obstarávaní, ale úrad posudzuje súlad postupu kontrolovaného s § 116 ods. 1 v spojení s § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní** a keďže jednou z podmienok na použitie predmetného postupu je skutočnosť, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, tak bolo potrebné preskúmať, či predchádzajúci postup kontrolovaného nemohol spôsobiť neexistenciu hospodárskej súťaže v dôsledku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. **Nakoľko si teda kontrolovaný v uvedených zmluvách nevyhradil právo na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, ktoré by mohol previesť na iný subjekt, resp. právo dať dielo dokončiť, zmeniť alebo vykonať iný zásah do diela treťou osobou, tak úrad konštatuje, že neexistencia hospodárskej súťaže bola spôsobená samotným kontrolovaným v dôsledku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**

48. Vzhľadom na to, že výhradné práva na poskytnutie služieb, ktoré sú predmetom zákazky, má spoločnosť XY uvádza, že **postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno a nepreukázal splnenie podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania, konkrétne, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, keďže ako bolo uvedené, neexistencia hospodárskej súťaže bola spôsobená samotným kontrolovaným ako výsledok umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.** Kontrolovaný totiž ani nerokoval so spoločnosťou XY o udelení súhlasu na zásah do softvérových programov a ponechal všetky výhradné práva aj na ďalšie aktualizácie a servis práve spoločnosti XY Na základe uvedeného úrad konštatuje, že neexistencia hospodárskej súťaže bola spôsobená samotným kontrolovaným ako výsledok umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
49. Úrad uvádza, že v zmysle judikatúry Súdneho dvora EÚ je kontrolovaný povinný preukázať, že skutočne existujú osobitné okolnosti, ktoré ním stanovenú výnimku pre použitie priameho rokovacieho konania odôvodňujú (napr. rozsudky Súdneho dvora EÚ vo veci C-328/92, C-157/06). **Z uvedených skutočností vyplýva, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienky na použitie priameho rokovacieho konania v zmysle § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko kontrolovaným nebola preukázaná neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady a zároveň nebolo preukázané, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.** Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní.
50. V zmysle rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci C-394/02 je podľa úradu 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 existujú pochybnosti, že spoločnosť XY je jediným možným poskytovateľom kontrolovaným obstarávaných služieb, keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie všetkých podmienok podľa § 81 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 § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že existujú výhradné práva tohto subjektu, preukázaná aj skutočnosť, že pre poskytnutie daných služieb neexistuje iná primeraná alternatíva alebo náhrada a tiež skutočnosť, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, a preto služby, ktoré sú predmetom zákazky môže poskytnúť práve jeden dodávateľ na relevantnom trhu, ktorý nemožno obmedziť len na územie Slovenskej republiky. Kontrolovaný však v predloženej dokumentácii splnenie všetkých týchto podmienok nepreukázal.

51. Úrad zároveň konštatuje, že z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C-57/94 vyplýva, že ustanovenia umožňujúce zadať zákazku postupom priameho rokovacieho konania je potrebné vykladať reštriktívne. Recitál č. 50 smernice 2014/24/EÚ potvrdil skutočnosť, že priame rokovacie konanie má škodlivý vplyv na hospodársku súťaž, a že vzhľadom na to by sa malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Znamená to, že **zodpovednosť za použitie priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi, ktorý má zároveň aj povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienky pre aplikáciu tohto postupu verejného obstarávania.** Úrad uvádza, že v zmysle rozsudkov Súdneho dvora EÚ dôkazné bremeno toho, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, prináleží subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade kontrolovanému (napr. rozsudky vo veci C-250/07, C-57/94, C-20/01 a C-28/01). Úrad uvádza, že kontrolovaný mal povinnosť preukázať, že boli splnené všetky podmienky pre uplatnenie priameho rokovacieho konania kumulatívne. **Postupom kontrolovaného teda došlo k porušeniu § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 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 poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky.
52. 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.
53. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- a) všetky zistené porušenia tohto zákona, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania spolu s údajom, či zistené porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania a
 - b) stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
54. Úrad v súvislosti s ustanoveniami § 175 ods. 1 písm. b) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, 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, že boli naplnené všetky skutočnosti odôvodňujúce použitie postupu priameho rokovacieho konania. Kontrolovaný žiadnym dôkazom nepreukázal podmienku neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady k ním obstarávanému plneniu. Úrad má zároveň za to, že neexistencia hospodárskej súťaže bola spôsobená samotným kontrolovaným v dôsledku umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, keďže si nezabezpečil prevod práv na dokončenie diela, zmenu diela alebo iný zásah do diela, ako ani o tejto skutočnosti so spoločnosťou XY nerokoval. Vzhľadom na uvedené úrad konštatuje, že kontrolovaný náležitým spôsobom nepreukázal, že existuje iba jeden hospodársky subjekt schopný poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky z príčin uvedených v § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný týmto konaním taktiež porušil princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov uvedený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keďže zadával danú zákazku postupom priameho rokovacieho konania napriek skutočnosti, že nepreukázal naplnenie všetkých podmienok na uplatnenie § 81 písm. b) bod 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, pričom tieto mohli predložiť pre kontrolovaného výhodnejšie ponuky ako spoločnosť XY, s ktorou mienil kontrolovaný uzavrieť zmluvu.

55. 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 § 116 ods. 1 písm. a) v spojitosti s § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt, pretože ide o výhradné práva tohto hospodárskeho subjektu, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. V prípade, že tieto skutočnosti nebude schopný kontrolovaný preukázať, úrad odporúča kontrolovanému použiť na obstaranie takého predmetu zákazky otvorený súťažný postup vo verejnom obstarávaní.
56. Na základe uvedeného bolo v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred podpisom zmluvy potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

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

predpisov podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb, Továrnská 7, 828 55
Bratislava – kontrolovaný
Podľa rozdeľovníka