

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začatom z vlastného podnetu úradu v priamom rokovacom konaní na predmet zákazky „Udržanie projektu POVAPSYS“, uverejnenom verejným obstarávateľom **Slovenský hydrometeorologický ústav**, Jeséniova 17, 833 15 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 68/2017 dňa 05. 04. 2017 pod značkou 4327 – DES, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **nariaďuje zrušiť** priame rokovacie konanie na predmet zákazky „Udržanie projektu POVAPSYS“, uverejnené verejným obstarávateľom Slovenský hydrometeorologický ústav, Jeséniova 17, 833 15 Bratislava vo Vestníku verejného obstarávania č. 68/2017 dňa 05. 04. 2017 pod značkou 4327 – DES, **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Podľa § 167 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len úrad“) vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní ustanovených zákonom o verejnom obstarávaní.
2. Podľa § 169 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody, pred ukončením súťaže návrhov, pred zadáním 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 30. 03. 2017 kontrolovaným doručené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante na predmet zákazky „Udržanie projektu POVAPSYS“.
4. Dňa 31. 03. 2017 postúpil odbor metodiky a elektronického verejného obstarávania úradu odboru dohľadu I úradu vyššie uvedené oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante 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. 8090-6000/2017-ODI-Ozn. zo dňa 05. 04. 2017, doručeným kontrolovanému dňa 10. 04. 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 10. 04. 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 21. 04. 2016.
8. Úrad zároveň uvádza, že v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 8090-6000/2017-ODI-PO zo dňa 05. 04. 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 30. 03. 2017 odoslal do Vestníka verejného obstarávania oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante na predmet zákazky „Udržanie projektu POVAPSYS“, ktoré bolo uverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 68/2017 dňa 05. 04. 2017 pod značkou 4327 – DES. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 2 072 233,12 Eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb.

10. V bode II.1.4 „Opis obstarávania“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante je uvedené, cit.: „Predmetom zákazky Povodňový varovný a predpovedný systém (ďalej len „POVAPSYS“) bolo vytvoriť jedinečný predpovedný a varovný systém so zabezpečenou životaschopnosťou na ďalšie obdobie, ktorý nepretržite poskytuje operatívne informácie o aktuálnej hydrometeorologickej situácii a jej očakávanom vývoji, hydrologické a meteorologické predpovede a výstrahy pred nebezpečnými javmi pre široké spektrum užívateľov. Pre ďalšie fungovanie tohto systému je bezpodmienečne potrebné zabezpečiť jeho nepretržitú a spoľahlivú prevádzku. POVAPSYS ako integrovaný automatizovaný povodňový predpovedný a varovný systém umožňuje vydávať hydrologické predpovede v cca 90 predpovedných profiloch, ako aj varovania a výstrahy upozorňujúce na nebezpečenstvo vzniku povodní pre ohrozené územia alebo vodný tok na celom úseku toku. Hlavnými komponentmi budovaného povodňového systému POVAPSYS je spracovanie vstupov a ich monitoring, analýza meteorologickej a hydrologickej situácie.“
11. V bode 3.1 čl. 3 „Predmet zmluvy“ návrhu zmluvy o poskytovaní servisných služieb, ktorá má byť výsledkom predmetného priameho rokovacieho konania, je uvedené, cit.: „Poskytovateľ sa zaväzuje na základe tejto zmluvy poskytovať servisné služby v nasledujúcom rozsahu:
- a) servisná pohotovosť, pozostávajúca zo služby:
 - servisného Hot-line, poskytovaného v rozsahu od 6:00 hod. do 18:00 hod. v pracovných dňoch, s výnimkou štátom uznaných sviatkov,
 - servisnej pohotovosti, poskytovaná 24 hodín denne, 7 dní v týždni, 365 dní v roku, s pokrytím celého IS systému objednávateľa,
 - b) realizácia pravidelných preventívnych činností, v rozsahu podľa Prílohy č. 2,
 - c) realizácia servisných činností (riešenie incidentov) v prípade nefunkčnosti IS Objednávateľa alebo jeho komponentov,
 - d) služby a výkony súvisiace s rozšírením a úpravou dodávaného IS Objednávateľa nasadením SW modulov, resp. komponentov alebo SW modulov, resp. komponentov s novou alebo rozšírenou funkcionalitou na základe požiadaviek Objednávateľa, najmä v oblasti:
 - úpravy existujúcej funkčnosti poskytovaných modulov a komponentov IS Objednávateľa,
 - rozšírenie funkčnosti poskytovanej modulmi a komponentami riešenia IS Objednávateľa,
 - vykonávanie úprav vyvolaných zmenami v integrovaných externých systémoch a integrácia nových dátových zdrojov v IS Objednávateľa.“
12. V bode D1.1 „Odôvodnenie výberu rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia výzvy na súťaž v súlade s článkom 32 smernice 2014/24/EÚ“ prílohy D1 „Všeobecné obstarávanie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante je uvedené, cit.: „Práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt z týchto dôvodov: Áno“.
- V odôvodnení použitia priameho rokovacieho konania, uvedenom v bode D1.3 „Vysvetlenie“ prílohy D1 „Všeobecné obstarávanie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante je uvedené, cit.: „Dňa 30. 09. 2014 uzatvoril Slovenský hydrometeorologický ústav, so sídlom Jeséniova 17, 833 17 Bratislava, IČO: 00156884 (ďalej len verejný obstarávateľ, resp. objednávateľ), s dodávateľom: XY (ďalej len dodávateľ, resp. zhotoviteľ) Zmluvu o dielo (ďalej len Zmluva). Predmetom Zmluvy bolo dodať technologicky unikátne dielo s názvom Budovanie povodňového a varovného predpovedného systému, ktorého predmetom bolo vývoj a implementácia predpovedného a varovného systému, (ďalej len POVAPSYS alebo dielo), ktorý zabezpečuje nepretržité

poskytovanie operatívnych informácií o aktuálnej hydrometeorologickej situácii a jej očakávanom vývoji, hydrologické a meteorologické predpovede a výstrahy pred nebezpečnými javmi pre široké spektrum užívateľov. Výsledkom Zmluvy o dielo na dodávku diela POVAPSYS je jedinečné dielo bez existencie žiadneho iného porovnateľného riešenia v podmienkach Slovenskej republiky, ktoré by slúžili na rovnaký účel, pričom vďaka svojmu špecifickému jedinečnému charakteru je dielo aj autorským dielom v zmysle Autorského zákona, pretože spĺňa základné charakteristiky autorského diela:

1. je vyjadrené v podobe vnímateľnej zmyslami (napr. vytlačené na papieri, zaznamenané na dátovom nosiči a pod.),
2. je výsledkom vlastnej duševnej činnosti autora (ktorý je individualizovateľný a konkretizovateľný),
3. je výsledkom činnosti, ktorá bola tvorivá (t. j. nie rutinná alebo stereotypná).“

13. Kontrolovaný v bode V.2.3 „Názov a adresa dodávateľa/držiteľa koncesie“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante uviedol spoločnosť XY.

14. Súčasťou kontrolovaným predloženej dokumentácie je aj dokument, označený ako „Odôvodnenie priameho rokovacieho konania“, v ktorom je okrem iného uvedené, cit.: „Predmetom zákazky je poskytovanie služieb podpory k zabezpečeniu udržateľnosti a rozvoja jedinečného diela „Budovanie povodňového a varovného predpovedného systému“ (ďalej len „POVAPSYS“), ktoré poskytuje informácie o aktuálnej hydrometeorologickej situácii a o jej vývoji spolu s generovaním výstražných hlásení, resp. upozornení v prípade prekročenia vopred definovaných prahových hodnôt. Prevádzka systému POVAPSYS si vyžaduje vysokú zabezpečenú prevádzkyschopnosť počas bežnej prevádzky, resp. počas kritických situáciách, s dôrazom na minimalizáciu pravdepodobnosti výpadku jeho častí (modulov), ktoré umožňujú následne prostredníctvom hydrologických predpovedí, varovaní a výstrah výraznejšie znížiť škody spôsobené povodňami – predovšetkým straty na životoch, ujmy na zdraví a majetku občanov.

Nositeľom a vykonávateľom výhradných práv, ktoré vyplývajú z autorských práv k softvérovým komponentom vytvoreným v rámci IS RPI pre účely Zmluvy, je výlučne Dodávateľ ako skupina dodávateľov. Dodávateľ tieto práva nepreviedol na žiadne tretie osoby, ani neautorizoval žiadneho zmluvného partnera na vykonávanie akýchkoľvek zmien, úprav, modifikácií či na rozvoj autorských diel dodaných verejnému obstarávateľovi na účely Zmluvy. V zmysle oprávnenia verejného obstarávateľa k softvérovým komponentom dodaným a vytvoreným v rámci POVAPSYS pre účely Zmluvy, ktoré majú povahu autorského diela vytvoreného na účely plnenia Zmluvy, vyplývajú z príslušných ustanovení obsiahnutých v článku 12 Zmluvy a ďalej z tzv. zákonných licencií upravených v § 24 až § 38 autorského zákona. Licencia, ktorá bola verejnému obstarávateľovi v zmysle Zmluvy udelená na základe článku 12 Zmluvy, neoprávňuje verejného obstarávateľa bez predchádzajúceho osobitného súhlasu nositeľa autorského majetkového práva na úpravy, modifikácie a rozvoj autorských diel dodaných verejnému obstarávateľovi a vytvorených na účely Zmluvy, ani na udelenie takého súhlasu tretím osobám. Dodávateľ je teda v súčasnosti výhradným nositeľom a vykonávateľom autorských majetkových práv k údajovému modelu a softvérovým komponentom vytvoreným v rámci POVAPSYS pre účely Zmluvy, ktoré zakladajú výhradné práva vo vzťahu k týmto autorským dielam podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že existujú technické dôvody, na základe ktorých predmetné služby môže poskytnúť len určitý uchádzač, resp. záujemca – Dodávateľ, a to z dôvodu jedinečného špecifického predmetu Diela, nakoľko ide o taký jedinečný špecifický predmet zákazky, ktorý môže z technických dôvodov poskytnúť len určitý

Dodávateľ, pričom Dodávateľ disponuje výhradnými majetkovými právami k Dielu a len Dodávateľ je oprávnený servisovať a upraviť toto Dielo alebo udeliť súhlas na použitie Diela tretím osobám, teda aj vo vzťahu k predmetu tejto zákazky.“

Z vyššie uvedeného je zrejmé, že je naplnená podmienka na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) odsek 2 a odsek 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. služby – prevádzkovania, úpravy (upgrade) a aplikačný rozvoj POVAPSYS z dôvodov vyplývajúcich z výhradných práv, môže poskytnúť len určitý výhradný dodávateľ, a to spoločnosť XY.“

Kontrolovaný zároveň v predmetnom dokumente v súvislosti s preukázaním autorských práv k dielu POVAPSYS odkazuje na body 12.2 až 12.11 Zmluvy o dielo č. 98-400-201 zo dňa 30. 09. 2014.

15. V Zmluve o dielo č. 98-400-201 zo dňa 30. 09. 2014, ktorá bola výsledkom verejného obstarávania na predmet zákazky „Budovanie povodňového a varovného predpovedného systému“ je okrem iného uvedené nasledovné, cit.:

„12.2. Zhotoviteľ vyhlasuje, že je vykonávateľom majetkových práv autora k dodávanému softvéru POVAPSYS alebo jeho jednotlivým komponentom a je oprávnený udeliť súhlas (licenciu) na jeho/ich použitie objednávateľovi v rozsahu a za podmienok podľa tejto zmluvy (vrátane jej príloh). (...)

12.3 Ak nie je uvedené inak, zhotoviteľ poskytuje objednávateľovi k dielu vzniknutému na základe tejto zmluvy (t. j. softvéru POVAPSYS, ktorý zahŕňa počítačový program, operačné programové vybavenie, aplikačné programové vybavenie, podkladový materiál potrebný na jeho prípravu a používanie), školiacim materiálom a všetkým ostatným súčasťami plnenia predmetu zmluvy, ktoré sú autorským dielom, (ďalej spoločne nazývané ako „autorské dielo“), súhlas na použitie autorského diela v zmysle § 40 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov, (ďalej len „autorský zákon“); pre účely použitia autorského diela podľa predchádzajúcej vety zhotoviteľ touto zmluvou udeľuje objednávateľovi výhradnú licenciu, časovo neobmedzenú pre územie Slovenskej republiky a členských štátov Európskej únie, výlučne len na spôsoby použitia autorského diela uvedené v bode 12.4 tejto zmluvy.

12.4 Zhotoviteľ poskytuje objednávateľovi k autorskému dielu vzniknutému na základe tejto zmluvy súhlas na jeho použitie výlučne len pre účely vykonávania vlastných činností objednávateľa v zmysle osobitného právneho predpisu, a ďalej nasledujúcimi spôsobmi:

- a) použitie autorského diela (vrátane softvéru systému POVAPSYS alebo jeho jednotlivých komponentov) v prípadoch jeho poškodenia na náhradnom systéme a vytvoriť potrebné kópie pre účely bezpečnosti a archivácie,
- b) vyhotovenie neobmedzeného množstva rozmnoženín autorského diela pre internú potrebu objednávateľa a pre výkon vlastných činností objednávateľom,
- c) verejné rozširovanie originálu alebo rozmnoženín autorského diela vypožičaním alebo inou formou prevodu vlastníckeho práva než predajom osobám, ktorým objednávateľ udelil súhlas (sublicenciu) na použitie autorského diela podľa bodu 12.6 tejto zmluvy, a/alebo osobám, na ktoré objednávateľ postúpil licenciu na použitie autorského diela podľa bodu 12.7 tejto zmluvy,
- d) spracovanie, úpravy alebo preklad autorského diela (tak strojového kódu, ako aj zdrojového kódu systému POVAPSYS) samotným objednávateľom alebo objednávateľom poverenými tretími osobami len v nasledujúcich prípadoch:
 - (i) ak zhotoviteľ neodstráni vady autorského diela riadne a včas za podmienok uvedených v tejto Zmluve, alebo

- (ii) v prípade vzniku udalosti vážne ohrozujúcej bezpečnosť alebo prevádzkyschopnosť autorského diela (softvéru) a zhotoviteľ na základe písomnej výzvy objednávateľa včas (najneskôr v lehote piatich (5) pracovných dní odo dňa jej doručenia zhotoviteľovi) neurobil opatrenia potrebné na odvrátenie vzniku škody a/alebo vady na autorskom diele, resp. je objektívne nemožné, aby zhotoviteľ tak včas urobil na základe písomnej výzvy objednávateľa, alebo
 - (iii) zhotoviteľ zanikne bez právneho nástupcu, alebo
 - (iv) po uplynutí doby tridsiatich (30) pracovných dní odo dňa obdržania požiadavky objednávateľa na spracovanie, úpravu alebo preklad autorského diela (softvéru), ak medzi objednávateľom a zhotoviteľom nedôjde k dohode o podmienkach spracovania, úpravy alebo prekladu autorského diela za cenu obvyklú v danom mieste a čase, alebo
 - (v) zhotoviteľ nie je schopný spracovať, upraviť alebo preložiť autorské dielo (softvér) podľa požiadaviek objednávateľa,
- e) použitie autorského diela spôsobmi a za podmienok uvedených v § 35 a § 36 autorského zákona. (...).“

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

16. Úrad listom č. 8090-6000/2017-ODI-V zo dňa 12. 05. 2017, doručeným kontrolovanému dňa 18. 05. 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 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.
17. Úrad uvádza, že kontrolovaný doručil vyjadrenie ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy dňa 14. 06. 2017.
18. Kontrolovaný vo vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného uvádza, že Povodňový varovný a predpovedný systém POVAPSYS (ďalej len „POVAPSYS“) bol obstaraný na základe špecifických požiadaviek verejného obstarávateľa formou užšej súťaže, do ktorej sa prihlásili traja záujemcovia predložením žiadostí o účasť a po vylúčení jedného z nich z dôvodu nesplnenia podmienok účasti následne po vyzvaní na predloženie ponúk predložili ponuku dvaja uchádzači. Podľa kontrolovaného z uvedeného vyplýva, že neprišlo k umelému zúženiu parametrov verejného obstarávania ani k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Verejné obstarávanie bolo ukončené elektronickou aukciou, v rámci ktorej sa stal úspešným uchádzač XY (ďalej len „XY“). Ako kontrolovaný ďalej uvádza, vzhľadom na to, že predmetný systém bol úspešne inštalovaný a úspešne funguje od roku 2015 s dvojročnou licenciou poskytnutou na použité softvéry v rámci pôvodného projektu, nemal potrebu sa zaoberať otázkou výmeny inštalovaného systému za nový alebo iný, ktorý by vyvolal minimálne rovnaké náklady ako pôvodne zakúpený v hodnote cca vo výške 12 miliónov Eur.
19. Kontrolovaný poukazuje na to, že spochybnenie funkčnosti a potreby údržby vrátane upgrade a update predmetného softvéru zo strany verejného obstarávateľa by znamenalo okrem

nákladov spojených s obstaraním nového systému vyrozumienia a varovania, vlastných nákladov spojených s výmenou systému aj zvýšené súvisiace náklady spojené so zmenou HW, zodpovedajúcimi stavebnými úpravami objektov, školením obsluhy pracovníkov, ktorí by obsluhovali zariadenia v teréne a vyhodnocovali úroveň potreby varovania v centrálnom dispečingu ako aj vyhodnotenie potrieb pri údržbe nového systému. Takáto úvaha sa, podľa kontrolovaného, javí ako absolútne nezmyselná, nehospodárna a neefektívna.

20. Kontrolovaný ďalej uvádza, že realizovať predmet zákazky je možné len na základe dôslednej znalosti architektúry, technologických vlastností jeho komponentov a stavov, do ktorých má proces v jeho jednotlivých fázach dospieť, ako aj príslušnej legislatívy, interných predpisov a pracovných postupov. Kontrolovaný dodáva, že ani v prípade, ak by sa poskytli všetky potrebné podklady a priama súčinnosť dodávateľa systému POVAPSYS, žiadna iná spoločnosť by v danom prípade nezvládla technicky zabezpečiť poskytovanie predmetnej dodávky, a to hlavne z dôvodu absencie znalostí komplexnej dátovej a aplikačnej architektúry takto vytvoreného jedinečného systému, ktorú vzhľadom na rozsah a povahu diela nie je možné získať na trhu.
21. Kontrolovaný tiež uvádza, že jadrom a integrátorom všetkých informácií vstupujúcich a vystupujúcich do/zo systému POVAPSYS je dodávateľom vyvinutý a plnohodnotne implementovaný špecializovaný subsystém pre hydrologický predpovedný povodňový systém – HYPOS. Generovanie predpovedí a výstražných hlásení o aktuálnej hydrometeorologickej situácii je zabezpečované prostredníctvom dodávateľom špeciálne vyvinutých, implementovaných, kalibrovaných a ladených jedinečných predpovedných hydrologických modelov HEC-RAS, HEC-HMS a HBV pre podmienky špecifik slovenských vodných tokov. Takto implementované jedinečné predpovedné hydrologické modely HEC-RAS, HEC-HMS a HBV, ktoré sú súčasťou systému POVAPSYS, podľa kontrolovaného, jednoznačne preukazujú, že z technických dôvodov nie je možné umožniť hospodársku súťaž na softvér vyvinutý konkrétnym dodávateľom, a vzhľadom na vyššie uvedené dôvody súvisiace s výberom dodávateľa na POVAPSYS už nie je možné hľadať primeranú alternatívu alebo náhradu.
22. Kontrolovaný dáva do pozornosti aj informáciu, že z monitoringu udržateľnosti projektu na základe Zmluvy o poskytnutí nenávratného finančného príspevku z Operačného programu Životné prostredie (Prioritná os 7 – Budovanie povodňového varovného a predpovedného systému, Kód výzvy OPŽP-P07-12-1) vyplýva, že je povinnosťou prijímateľa NFP zabezpečiť dodržanie podmienok hospodárnosti a efektívnosti tak, ako vyplýva zo systému riadenia európskych štrukturálnych a investičných fondov EŠIF a platných zmlúv o nenávratnom finančnom príspevku. Kontrolovaný má za to, že zmenou dodávateľa by prišlo k porušeniu zmluvy o poskytnutí NFP z titulu nepreukázania udržateľnosti projektu po zmluvou stanovenú dobu. Kontrolovaný ďalej konštatuje, že systém POVAPSYS je v produktívnej prevádzke, a preto za žiadnych okolností nejde o jeho dokončenie, ale iba o predĺženie licencií spojených s jeho užívaním na ďalšie obdobie.

Právny rámec

23. 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.

24. 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.
25. Podľa bodu 50 Preambuly Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES (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.
26. Podľa čl. 32 ods. 2 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia sa pri verejných zákazkách na uskutočnenie stavebných prác, verejných zákazkách na dodanie tovaru a verejných zákazkách na poskytnutie služieb môže použiť, ak práce, tovar alebo služby dokáže dodať iba jeden konkrétny hospodársky subjekt, a to z ktoréhokoľvek z týchto dôvodov:

- i) cieľom obstarávania je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu;
 - ii) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž;
 - iii) ochrana výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva.
- Výnimky stanovené v bodoch ii) a iii) sa uplatňujú len v prípadoch, keď neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženía 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:

- 27. Z odôvodnenia uvedeného v oznámení o dobrovoľnej transparentnosti ex ante, resp. v dokumente označenom ako „Odôvodnenie priameho rokovacieho konania“ vyplýva, že kontrolovaný má za to, že sú splnené podmienky na zadanie zákazky dodávateľovi priamym rokovacím konaním § 81 písm. b) bod 2 a bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne tvrdí, že ide o taký jedinečný špecifický predmet zákazky, ktorý môže z technických dôvodov poskytnúť len určitý dodávateľ, a to XY, pričom daný dodávateľ disponuje výhradnými majetkovými právami k dielu a len on je oprávnený servisovať a upraviť toto dielo alebo udeliť súhlas na použitie diela tretím osobám, teda aj vo vzťahu k predmetu tejto zákazky.
- 28. 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 podmienky alebo podmienok uvedených v § 81 písm. b) bod 2 a bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je alebo ktoré sú, podľa jeho názoru, podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní nadlimitnej zákazky.
- 29. 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 striktné 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.

30. V prípade, že verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania nadlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienky uvedenej v § 81 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, je povinný preukázať, že tovar, stavebné práce alebo **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
31. Obdobné platí aj v prípade, ak verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania nadlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienky uvedenej v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Vtedy je verejný obstarávateľ 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.**
32. Úrad v tejto súvislosti opakovane poukazuje na judikatúru Súdneho dvora EÚ, z ktorej vyplýva, že v prípade, ak sa verejný obstarávateľ rozhodne určitú zákazku zadať dodávateľovi nesúťažným postupom zadávania zákazky, riziko porušenia princípu nediskriminácie je pomerne vysoké, preto pri použití priameho rokovacieho konania dôvod, ktorý verejného obstarávateľa oprávňuje na tento postup, 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.
33. Úrad má na základe vyššie uvedeného za to, že z § 81 písm. b) bodu 2 a bodu 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 technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, resp. ide o výhradné práva tohto subjektu, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto**

subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Ako už bolo vyššie uvedené, existenciu všetkých týchto podmienok je verejný obstarávateľ povinný náležite preukázať objektívnymi skutočnosťami.

34. Úrad konštatuje, že z kontrolovaným predloženej dokumentácie vyplýva, 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 2, ako aj bod 3 zákona o verejnom obstarávaní je však aj skutočnosť, že **neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada**. Dôkazné bremeno splnenia všetkých zákonom o verejnom obstarávaní požadovaných podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania je pritom 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 v prvom rade existenciou výhradných práv spoločnosti XY k systému POVAPSYS a v druhom rade s tým súvisiacou skutočnosťou, že predmet zákazky môže z technických dôvodov poskytnúť len určitý dodávateľ. Možno sa preto domnievať, že neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy poskytnutia obstarávanej služby prepojil práve s existenciou výhradných práv spoločnosti XY. Úrad totiž zistil, že z obsahu dokumentácie predloženej kontrolovaným vo vzťahu k preukázaniu skutočnosti, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, nevyplýva, že by sa kontrolovaný danou skutočnosťou explicitne zaoberal.
35. Úrad konštatuje, že 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), vrátane súťažných servisných služieb, prostredníctvom otvorenej verejnej súťaže by boli v dlhodobom horizonte vyššie oproti budúcim poplatkom za poskytovanie servisných služieb k systému POVAPSYS, ktoré si stanoví spoločnosť XY bez akejkoľvek ďalšej súťaže.
36. Kontrolovaný následne vo vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného v tejto súvislosti doplnil, že nakoľko predmetný systém bol úspešne inštalovaný a úspešne funguje od roku 2015 s dvojročnou licenciou poskytnutou na použité softvéry v rámci pôvodného projektu, nemal potrebu sa zaoberať otázkou výmeny inštalovaného systému za nový alebo iný, ktorý by vyvolal minimálne rovnaké náklady ako pôvodne zakúpený v hodnote približne 12 miliónov Eur. Zároveň uviedol, že zmenou dodávateľa by prišlo k porušeniu zmluvy o poskytnutí NFP z titulu nepreukázania udržateľnosti projektu po zmluvou stanovenú dobu. Podľa kontrolovaného sa úvaha o obstaraní nového systému javí ako absolútne nezmyselná, nehospodárna a neefektívna.
37. Úrad má za to, že kontrolovaný nepredložil žiadne relevantné doklady/dokumenty, ktoré by preukazovali jeho vyššie uvedené tvrdenia. Je potrebné skonštatovať, že z dokumentácie, ako ani z vyjadrenia ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov

kontrolovaného nevyplýva napríklad predpokladaný časový horizont, v rámci ktorého je plánované, resp. pravdepodobné využívanie existujúceho systému POVAPSYS, 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 POVAPSYS 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. Úrad pripúšťa, že kontrolovaným uvedené skutočnosti týkajúce sa predpokladanej výšky nákladov na nový systém v spojení s dôsledkami porušenia zmluvy o poskytnutí NFP z titulu nepreukázania udržateľnosti projektu po zmluvou stanovenú dobu a s na to nadväzujúcim tvrdením kontrolovaného o nehospodárnosti a neefektívnosti nového systému sa môžu javiť ako logické a možné, avšak bez predloženia relevantných dôkazov, resp. aj zohľadnenia vyššie uvedeného preukázateľného porovnania ako z časového tak ekonomického hľadiska, **úrad nemôže dospieť k jednoznačnému záveru o preukázaní splnenia podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada.** Úrad to odôvodňuje tým, že bez predloženia akýchkoľvek dôkazov nie je vylúčená, a teda je možná aj situácia, že kontrolovaný by používal existujúci systém POVAPSYS napríklad nasledujúcich 15 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.

38. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na odborné stanovisko vyžiadané úradom v inom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného, 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 tret'ou osobou.** V širších súvislostiach však musí byť samozrejme zvážené, 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.**

39. 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.

40. 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 2 a 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.**
41. Úrad ďalej uvádza, že kontrolovaný sa v odôvodnení použitia priameho rokovacieho konania odvoláva aj na § 81 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne uvádza, že ide o taký jedinečný špecifický predmet zákazky, ktorý môže z technických dôvodov poskytnúť len určitý dodávateľ, pričom ten disponuje výhradnými majetkovými právami k systému POVAPSYS. Vychádzajúc z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu sa možno aj pri podmienke **neexistencie hospodárskej súťaže z technických dôvodov** domnievať, že ju kontrolovaný prepojil práve s existenciou výhradných práv spoločnosti XY. Táto skutočnosť však sama o sebe nie je dôkazom toho, že hospodárska súťaž je v predmetnom prípade nemožná z technických dôvodov. Následne kontrolovaný vo vyjadrení ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného okrem iného uviedol, že žiadna iná spoločnosť by nezvládla technicky zabezpečiť poskytovanie predmetnej dodávky, a to hlavne z dôvodu absencie znalostí komplexnej dátovej a aplikačnej architektúry takto vytvoreného jedinečného systému, ktorú vzhľadom na rozsah a povahu diela nie je možné získať na trhu.
42. Úrad nespochybňuje spôsobilosť spoločnosti XY poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky. Úrad nespochybňuje ani ťažkosti plynúce z teoretickej možnosti poskytnúť servisné a ďalšie služby, ktoré sú predmetom priameho rokovacieho konania, iným potenciálnym uchádzačom, resp. treťou osobou, a to z dôvodu neznalosti architektúry systému POVAPSYS, absencie dokumentácie či zdrojových kódov systému. Na druhej strane úrad poukazuje na odôvodnenie uvedené v dokumente, označenom ako „Odôvodnenie priameho rokovacieho konania“, ako aj na obsah Zmluvy o dielo č. 98-400-201 zo dňa 30. 09. 2014, ktorej bod 12.4 ustanovuje prípady, v ktorých **je možné spracovanie, úpravy alebo preklad autorského diela** (tak strojového kódu, ako aj zdrojového kódu systému POVAPSYS) **samotným objednávateľom alebo objednávateľom poverenými tretími osobami, na základe čoho je možné predpokladať, že v určitých situáciách je technicky možné zasahovať, resp. upravovať predmetný systém.**
43. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že **kontrolovaný dostatočne nepreukázal ani podmienku, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž**, nakoľko doposiaľ nie je možné konštatovať, že by na trhu neexistoval viac ako jeden subjekt, ktorý by bol schopný poskytnúť/dodať/vykonať požadovaný predmet zákazky. Z dokumentácie

k predmetnému verejnému obstarávaniu ani z vyjadrenia kontrolovaného totiž úrad nezistil žiadny taký dôkaz, ktorý by uvedené potvrdzoval.

44. Poslednou podmienkou pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 2 a 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 systému POVAPSYS, 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 udržanie systému POVAPSYS.
45. 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.
46. Úrad ďalej vo vzťahu k tvrdeniu kontrolovaného, že zmenou dodávateľa by prišlo k porušeniu zmluvy o poskytnutí NFP z titulu nepreukázania udržateľnosti projektu po zmluvou stanovenú dobu, uvádza, že kontrolovaný si v čase vyhlásenia verejného obstarávania na realizáciu systému POVAPSYS mal byť vedomý uvedenej podmienky vyplývajúcej zo zmluvy o poskytnutí NFP. Úradu preto nie je zrejmé, z akého dôvodu kontrolovaný nezahrnul servisné a ďalšie služby, ktoré sú predmetom posudzovaného priameho rokovacieho konania, minimálne na obdobie stanovené zmluvou o poskytnutí NFP, v rámci ktorého je potrebné preukazovať udržateľnosť projektu, do predmetu zákazky pôvodného verejného obstarávania. Takýmto postupom by kontrolovaný dosiahol, že uchádzači by v realizovanej užšej súťaži súťažili nielen o vývoj a implementáciu systému POVAPSYS, ale aj o poskytovanie servisných a ďalších potrebných služieb počas dlhšieho časového obdobia, čo by v konečnom dôsledku bolo predpokladom pre hospodárne a efektívne nakladanie s verejnými financiami, a teda aj v súlade s princípmi verejného obstarávania. Podľa úradu je aj takýto postup kontrolovaného, ktorý nezahrnul servisné a ďalšie služby systému POVAPSYS, minimálne na obdobie stanovené zmluvou o poskytnutí NFP, počas ktorého je potrebné preukazovať udržateľnosť projektu, do predmetu zákazky pôvodného

verejného obstarávania, možné považovať za umelé zúženie parametrov verejného obstarávania.

47. Úrad konštatuje, že vyššie uvedeným postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 2 a 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.
48. Na základe odôvodnenia uvedeného v bodoch 27 až 47 tohto rozhodnutia úrad dospel k záveru, že kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienok podľa § 81 písm. b) bod 2 a bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne, že **služby, ktoré sú predmetom zákazky, môžu byť poskytnuté len určitým hospodárskym subjektom, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, 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 2 a bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že službu vie poskytnúť len jeden hospodársky subjekt, preukázaná aj skutočnosť, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, resp. 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 v predloženej dokumentácii všetky podmienky dostatočným spôsobom nepreukázal.
49. 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.
50. Úrad uvádza, že zo skutočností uvedených v odôvodnení tohto rozhodnutia vyplýva, že **kontrolovaný svojím postupom v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 81 písm. b) bod 2 a 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 § 81 písm. b) bod 2 a 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, keďže zadával danú zákazku postupom priameho rokovacieho konania napriek skutočnosti, že nebolo preukázané splnenie všetkých podmienok na uplatnenie § 81 písm. b) bod 2 a 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.

51. 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.
52. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súvislosti s ustanovením § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní **odporúča kontrolovanému, aby použil postup priameho rokovacieho konania len v tom prípade, ak budú naplnené všetky podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní na jeho použitie, pričom zároveň splnenie týchto podmienok musí byť kontrolovaný schopný preukázať. V prípade, ak sa ako výnimku zo súťažného postupu verejného obstarávania rozhodne kontrolovaný použiť priame rokovacie konanie podľa § 81 písm. b) bod 2 a 3 zákona o verejnom obstarávaní, musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt, z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, resp. 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.**
53. 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 späťvzatia odvolania úradu.

riaditeľka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

Slovenský hydrometeorologický ústav, Jeséniova 17, 833 15 Bratislava – kontrolovaný

Na vedomie

Podľa rozdeľovníka