

Bratislava 25. 03. 2019
Číslo: 14094-6000/2018-OD

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) a § 187e ods. 5 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 „Prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania uverejnené osobou podľa § 8 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov **Dopravný podnik mesta Košice, akciová spoločnosť**, Bardejovská 6, 043 29 Košice, IČO: 31701914 (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 230/2018 zo dňa 22. 11. 2018 pod značkou 16713 - 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 **nariaďuje kontrolovanému zrušiť** priame rokovacie konanie na predmet zákazky s názvom „Prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému“, ku ktorému bolo oznámenie o použití priameho rokovacieho konania uverejnené osobou podľa § 8 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov **Dopravný podnik mesta Košice, akciová spoločnosť**, Bardejovská 6, 043 29 Košice, IČO : 31701914 vo Vestníku verejného obstarávania č. 230/2018 zo dňa 22. 11. 2018 pod značkou 16713 - 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 § 187e ods. 5 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov sa v konaní začatom do 31. decembra 2018 postupuje podľa predpisov účinných do 31. decembra 2018, to neplatí pre zníženie pokuty podľa § 173 ods. 14, § 175 ods. 4 tretej vety a pre vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 4 druhej vety.
2. Úrad v súvislosti s vyššie uvedeným ustanovením a začiatkom predmetného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy (viď. bod 8. tohto

rozhodnutia) konštatuje, že úrad v tomto konaní postupuje podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018, t. j. podľa zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 31. 12. 2018 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

3. Podľa § 167 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní ustanovených týmto zákonom.
4. 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.
5. Úradu bolo dňa 21. 11. 2018 kontrolovaným doručené oznámenie o použití priameho rokovacieho konania pri postupe zadávania predmetnej zákazky.
6. Vzhľadom na reštriktívnosť výkladu podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania bolo v danom prípade potrebné, aby úrad dôkladne preskúmal, či boli zo strany kontrolovaného splnené zákonné podmienky pre použitie postupu priameho rokovacieho konania ešte pred uzavretím zmluvy, nakoľko kontrolovaný ako podmienku použitia priameho rokovacieho konania uviedol dôvody uvedené v § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní.
7. Na účel preskúmania týchto skutočností úrad začal konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu v súlade s § 169 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
8. Úrad ďalej uvádza, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy 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 v tejto súvislosti uvádza, že list č. 14094-6000/2018-OD-Ozn. zo dňa 6. 12. 2018 označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli“ bol kontrolovanému doručený 12. 12. 2018, a teda predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy začalo 12. 12. 2018. Úrad zároveň tým istým listom vyzval kontrolovaného na doručenie kompletnej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
9. Úrad zároveň v zmysle § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutím o predbežnom opatrení č. 14094-6000/2018-OD-PO zo dňa 06. 12. 2018, ktoré nadobudlo právoplatnosť dňa 12. 12. 2018, pozastavil konanie kontrolovaného, okrem úkonov súvisiacich so zrušením predmetného priameho rokovacieho konania a rozhodol, že lehoty,

ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému v predmetnom priamom rokovacom konaní 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.

10. Na základe výzvy úradu kontrolovaný dňa 19. 12. 2018 doručil úradu list označený ako „Oznámenie o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a výzva na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli – zaslanie“ zo dňa 14. 12. 2018, v ktorom okrem iného uviedol, doslovne cit.: „(...) Kontrolovaný zverejnil Oznámenie o použití priameho rokovacieho konania vo Vestníku verejného obstarávania SR, predpripravil v komunikačnom systéme JOSEPHINE podklady na zverejnenie Výzvy na priame rokovacie konanie, ktoré doposiaľ nebolo aktivované, a to z dôvodu personálnych zmien členov Predstavenstva DPMK, a.s., predsedu predstavenstva a generálneho riaditeľa spoločnosti. Výzva na priame rokovacie konanie zatiaľ nebola spracovaná, nebol určený termín rokovania štatutárnych zástupcov oboch spoločností. Z vyššie uvedených dôvodov zasielame originály dokumentácie, ktorá súvisí s vyhlásením priameho rokovacieho konania prostredníctvom oznámení o použití priameho rokovacieho konania bez ďalších úkonov, ktoré doposiaľ neboli zrealizované, preto nie je potrebné sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie prostredníctvom nástrojov a zariadených použitých na elektronickú komunikáciu (JOSEPHINE).“ Toho istého dňa doručil kontrolovaný úradu dokumentáciu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v listinnej podobe.
11. Úrad následne zistil, že kontrolovaným doručená dokumentácia nebola kompletná, pretože neobsahovala žiadne doklady, resp. dokumenty, ktoré by odôvodňovali použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, a to najmä dokumenty, z ktorých by vyplývala skutočnosť, že požadovaný predmet zákazky môže z objektívneho hľadiska poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ani skutočnosť, že jestvujú také výhradné práva (napr. autorské), pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž a ani skutočnosť, či je naplnený predpoklad neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Úrad taktiež zistil, že kontrolovaný nezabezpečil úradu prístup do elektronickeho systému, resp. nesprístupnil elektronicke podoby dokumentácie prostredníctvom nástrojov a zariadení použitých na elektronickú komunikáciu v zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. 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 podľa § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutím č. 14094-6000/2018-OD-P zo dňa 07. 01. 2019, doručeným kontrolovanému dňa 14. 01. 2019, prerušil predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy a nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli, resp. sprístupniť ju úradu v elektronickej podobe v zmysle § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to do desiatich pracovných dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia.
12. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne dňa 25. 01. 2019, doručil kontrolovaný úradu list označený ako „Doplnenie dokumentácie na základe rozhodnutia o prerušení konania“ zo dňa 15. 01. 2019 (ďalej len „doplnenie dokumentácie“).
13. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že kontrolovaný sprístupnil elektronicke podoby dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu v informačnom systéme

JOSEPHINE dňa 01. 02. 2019. Úradu predložená dokumentácia k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu bola dňom 01. 02. 2019, kompletná.

Zistenia úradu

14. Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
15. Kontrolovaný odoslal dňa 21. 11. 2018 do Vestníka verejného obstarávania oznámenie o použití priameho rokovacieho konania na predmet zákazky s názvom „Prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému“, ktoré bolo následne zverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 230/2018 dňa 22. 11. 2018 pod značkou 16713- IBS. Predmetná zákazka je vzhľadom na finančné limity ustanovené v § 5 zákona o verejnom obstarávaní v nadväznosti na predmet a druh zákazky, predpokladanú hodnotu zákazky - 199 872,00 EUR bez DPH a typ kontrolovaného podlimitnou zákazkou na poskytnutie služieb a kontrolovaný ako osoba podľa § 8 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní (inak obstarávateľ) je pri jej zadávaní povinný postupovať ako verejný obstarávateľ podľa tohto zákona.
16. Kontrolovaný v oddiele II „Predmet“, bod II.1) „Rozsah obstarávania“, podbod II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol, cit.: „Predmetom obstarania je SW zariadenie slúžiace na kontrolu a riadenie verejnej hromadnej osobnej dopravy, kde ako kľúčové vlastnosti zariadenia sú online sledovanie polohy vozidiel za účelom skvalitnenia služieb cestujúcim. SW zariadenie ďalej musí zabezpečiť: linky MHD, spoje MHD, odchody podľa cestovných poriadkov; príchody podľa cestovných poriadkov; odchýlky od cestovných poriadkov; aktuálny stav komunikácie vozidla MHD a dispečingu; mapové podklady (na mape je možné prezrieť si on-line polohu vozidla a stav k cestovnému poriadku, trasu spoja, zastávky spoja); meškanie vozidla MHD; nadviehanie vozidla MHD (aktuálne meškanie alebo nadviehanie); animácia zobrazujúca prehľad o realizovanom vybranom spoji na mape (sú tu zobrazené všetky zastávky na spoji s možnosťou zobrazenia informácií, ako sú čas príchodu a odchodu od autobusovej zastávky, rýchlosť vozidla, zastavenie vozidla, doba státia vozidla na zastávke MHD a pod.) atď.“.
17. Kontrolovaný v oddiele IV „Postup“, v bode IV.1) „Opis“, podbod IV.1.1) „Druh postupu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol, cit.: „Podmienka použitia priameho rokovacieho konania: § 81 písm. b) tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak 1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu, 2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo 3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Odôvodnenie: Jedinečnosť celého systému sledovania polohy vozidla so štatistikou dát z čipových kariet emitovaných v SR (akceptácia čip. kariet tretích strán a i.) je založená na kombinácii aplikačného program. vybavenia, hardvér. vybavenia (palubný počítač, GPS lokalizátor, GPRS modem, BČK) a prísl. technológie, ktorá používa príslušnú ochranu duševn. vlastníctva a autorsk. práv podľa platného stavu v SR. Prístup k autoriz. zápisom do čipu ako i čítaniu údajov v čipe a softv. vybavenie palubn. počítača a ostatn. hardvér. komponentov komunikujúcich on-line s centrálnym serverom DPMK je zabezpečený systémom kódov, resp. kľúčov pre čítanie a zápis. Administrácia a správa kódov a kľúčov

spolu s programovaním čipu a aplikačného program. vybavenia pre súvisiace techn. zariadenia je duševným dielom so všetkými právnymi súvislosťami. Svojim charakterom sa teda jedná o jedinečný a nenapodobiteľný produkt, bezpečnosť ktorého je zaručená systémom kľúčov pre čítanie a zápis, ktoré môže vlastniť výhradne jediná osoba.“

18. Súčasťou dokumentácie, ktorú navrhovateľ sprístupnil úradu bol dokument s názvom „Odôvodnenie použitého postupu verejného obstarávania“ zo dňa 24. 9. 2018 (ďalej len „odôvodnenie použitého postupu“), v ktorom uviedol, cit.: „(...) Pre výber použitia uvedeného postupu verejného obstarávania bola splnená podmienka zákona v zmysle § 81 písm. b) bod 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.“
19. Kontrolovaný v oddiele V „Zadanie zákazky“, v bode V.2) „Zadanie zákazky“, v podbode V.2.3) „Názov a adresa hospodárskeho subjektu“ oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol hospodársky subjekt, spoločnosť XY (ďalej len „vybraný záujemca“).
20. V doplnení dokumentácie v súvislosti s preukázaním splnenia podmienok pre použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod. 3 zákona o verejnom obstarávaní a vo vzťahu k existencii výhradných práv kontrolovaný uviedol, doslovne cit.: „(...) Spoločnosť XY, je výhradným a jediným subjektom, ktorý poskytuje na trhu v Slovenskej republike dopravným podnikom Dispečersko-riadiaci systém TransFleet s integrovanými modulmi súčasne pre integrované monitorovanie a riadenie dopravy v reálnom čase ako aj v režime offline, zobrazovanie získaných informácií v informačnom systéme dopravcu, ale aj ostatných dopravcov na celom území SR a vyhodnocovanie prevádzkových a technických veličín získaných z hardvérového vybavenia vozidiel. Dispečersko-riadiaci systém je ako jediný na trhu v SR plne kompatibilný s palubnými počítačmi, validátormi, ktoré sú nasadené vo vozidlách DPMK a schopný prenášať získané informácie do ďalších systémov/služieb použitých v DPMK, pričom systém bol po stránke HW i SW priamo kreovaný a vyvíjaný pre samotný DPMK. Jedinečnosť systému je založená na kombinácii aplikačného programového vybavenia a príslušnej technológie, ktoré požívajú príslušnú ochranu duševného vlastníctva a autorských práv podľa platného stavu v SR. Dispečerský lokalizačno-informačný systém je dielom v zmysle § 17 zákona č. 185/2015 Z.z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov. O tejto skutočnosti bol dňa 24.08.2018 informovaný verejný obstarávateľ vyhlásením od spoločnosti XY (viď Vyhlásenie o jedinečnosti).“ Kontrolovaný tiež vo vzťahu k uvedenému uviedol, cit.: „ (...) výhradné práva sú dôkazom, preukazujúcim skutočnosť, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž.“
21. Čo sa týka existencie, resp. neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady k požadovanému plneniu, kontrolovaný v doplnení dokumentácie uviedol, doslovne cit.: „(...) V rámci prieskumu vykonal kontrolovaný subjekt všetky potrebné úkony a na základe uvedeného konštatuje, že všetky dopravné spoločnosti, ktoré používajú softvér na sledovanie vozidiel v Košickom a Prešovskom kraji majú tento softvér len od spoločnosti XY, konkrétne :
 - XY
 - XY
 - XY
 - XY
 - XY
 - XY
 - XY

- XY a ďalší.

Na základe uvedeného konštatujeme, že neexistuje žiadna iná alternatíva, žiaden dopravca v regióne inú alternatívu nevyužíva, a teda nemôžeme hovoriť o obmedzení hospodárskej súťaže zo strany DPMK.“

22. Vo vzťahu ku skutočnosti, či chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania kontrolovaný v doplnení dokumentácie uviedol, cit.: „(...) Všetky základné dáta, s ktorými pracuje dispečerský a lokalizačný systém sú zbierané zariadeniami dodanými spoločnosťou XY. Ďalšia manipulácia s dátami pre potreby dispečerského a lokalizačného systému nemôže byť vnímaná ako účelové zúženie hospodárskej súťaže, ale ako jediná možná eventualita, ako zabezpečiť funkčnosť a požadované vlastnosti, ktoré od dispečerského a lokalizačného systému požaduje verejný obstarávateľ.“
23. Čo sa týka skutočnosti, či na trhu pôsobia/nepôsobia iné hospodárske subjekty schopné poskytnúť požadované služby, kontrolovaný v doplnení dokumentácie uviedol, cit.: „(...) Z vykonaného prieskumu vyplynuli skutočnosti, a to jednak, že v Košickom a Prešovskom kraji všetky dopravné spoločnosti používajú softvér na sledovanie vozidiel len od spoločnosti XY, a zároveň, že na trhu nepôsobia iné hospodárske subjekty schopné poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky.“
24. Súčasťou dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu bol aj dokument s názvom „Vyhlásenie o jedinečnosti“ zo dňa 24. 08. 2018 (ďalej len „vyhlásenie o jedinečnosti“), podpísaný konateľom vybraného záujemcu, v ktorom vybraný záujemca čestne vyhlásil, že, doslovne cit.: „
- že XY je výhradným a jediným subjektom, ktorý poskytuje na trhu v Slovenskej republike dopravným podnikom Dispečersko-riadiaci systém „TransFleet“ s integrovanými modulmi súčasne pre integrované monitorovanie a riadenie dopravy v reálnom čase ako aj v režime offline, zobrazovanie získaných informácií v informačnom systéme dopravcu ale aj ostatných dopravcov na celom území SR a vyhodnocovanie prevádzkových a technických veličín získaných z hardvérového vybavenia vozidiel;
 - že dispečersko-riadiaci systém je ako jediný na trhu v SR plne kompatibilný s palubnými počítačmi, validátormi, ktoré sú nasadené vo vozidlách Dopravného podniku mesta Košice a schopný prenášať získané informácie do ďalších systémov/služieb použitých v Dopravnom podniku mesta Košice, pričom systém bol po stránke HW i SW priamo kreovaný a vyvíjaný pre samotný DPMK;
 - súčasne ako jediní dodávame komplexné riešenie bez nutnosti ďalšej integrácie a investícií, ktorého súčasťou je reálne prepojenie dispečersko-riadiaceho systému na existujúci Dopravno-informačný systém TransOffice, zastávkový informačný systém Dopravného podniku mesta Košice a mobilnú dopravnú aplikáciu pre cestujúcich;
 - že jedinečnosť systému je založená na kombinácii aplikačného programového vybavenia a príslušnej technológie, ktoré požívajú príslušnú ochranu duševného vlastníctva a autorských práv podľa platného stavu v SR.“
25. Súčasťou dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu bola aj Zmluva o prevádzke a údržbe dispečerského lokalizačno-informačného systému, uzavretá dňa 29. 09. 2014 medzi kontrolovaným a vybraným záujemcom, ktorá je dostupná na webovom sídle kontrolovaného

<https://www.dpmk.sk/dpmk/zmluvy/2014/09/29/prevadzka-udrzba-dispecerskeho-lokalizacno-informacneho-systemu> (ďalej len „zmluva“). Predmetom uvedenej zmluvy bola prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému.

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

26. Úrad listom č. 14094-6000/2018-OD-V zo dňa 20. 02. 2019, označeným ako „Výzva na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy“, doručeným kontrolovanému 25. 02. 2019, vyzval kontrolovaného v súlade s § 173 ods. 13 zákona o verejnom obstarávaní na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy v lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia tejto výzvy.
27. V úradom určenej lehote, konkrétne dňa 11. 03. 2019, bol úradu doručený list od kontrolovaného zo dňa 01. 03. 2019, označený ako „Výzva na vyjadrenie sa k skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy - odpoveď“ (ďalej len „vyjadrenie“ alebo „vyjadrenie kontrolovaného“).
28. Kontrolovaný vo vzťahu k úradom zisteným skutočnostiam vo svojom vyjadrení uviedol, doslovne cit.: „(...) Opätovne zdôrazňujeme že v tomto konaní ide o časť softvéru zabezpečujúcu on-line dispečerský systém a funkcionality, ktoré od softvéru požadujeme, sú zadefinované v Odôvodnení použitého postupu verejného obstarávania ako aj v Oznámení o použití priameho rokovacieho konania. Tento softvér a jeho non-stop prevádzka a tým pádom aj non-stop podpora je pre prevádzku verejnej osobnej dopravy nevyhnutný a zabezpečuje jej základné funkcie. Jedná sa o nadstavbu softvéru, ktorý bol dodaný firmou XY a ktorý bol vyvinutý špeciálne pre obstarávateľa podľa nami zadaných požiadaviek. Základné dáta pre fungovanie tejto nadstavby sú súčasťou dát z vozidiel, ktoré pomocou GPRS z existujúceho hardvéru odchádzajú v intervaloch 10 sekúnd na server spoločnosti XY. Aj pri našich kontrolách a pokusoch dopracovať sa k samotnému softvéru, ktorý je prevádzkovaný, sa nám uvedené nepodarilo, softvér je celý chránený heslami a ďalšími opatreniami dodávajúcej spoločnosti a z uvedeného dôvodu považujeme za logický predpoklad, že tieto služby dokáže vykonávať len táto spoločnosť, nakoľko v súčasnosti nemáme k týmto dátam priamy prístup. Z vyššie uvedených dôvodov musíme opätovne konštatovať, že nie je možné nájsť firmu, ktorú by bolo možné osloviť za podmienok definovaných vyššie (pokiaľ nemá k softvéru žiaden prístup, ako ani obstarávateľ, nemôže žiadna spoločnosť relevantne predložiť ponuku podpory tohto systému) a z týchto dôvodov bol zvolený postup priame rokovacie konanie.“.
29. Následne kontrolovaný vo svojom vyjadrení uvádza, doslovne cit.: „Opätovne chceme zdôrazniť, že verejný obstarávateľ nevykonáva priame rokovacie konanie na odbavovací a informačný systém, ale na nadstavbu už existujúceho softvéru. V prípade, že by sa verejný obstarávateľ rozhodol zakúpiť nový softvér, v rozsahu stoviek palubných počítačov a tisícov zariadení informačného a odbavovacieho systému, mohol by v takomto prípade zrealizovať verejnú súťaž. Na základe znalostí trhu vie verejný obstarávateľ, že zabezpečenie nového odbavovacieho a informačného systému je náklad v miliónoch eur a verejný obstarávateľ nemá dostatok finančných prostriedkov na takéto obstarávanie a z tohto dôvodu ho ani neplánuje v blízkej dobe vykonať. Verejný obstarávateľ teda nemal inú možnosť ako zvoliť priame rokovacie konanie. Prieskum trhu z vyššie uvedených dôvodov nebolo možné uskutočniť, nakoľko pokiaľ akákoľvek spoločnosť nemá prístup k samotnému

softvéru, logicky nemôže ani zabezpečiť jeho správnu funkčnosť. Alternatívou by bolo vyhlásenie súťaže na nový softvér aj s touto nadstavbou, na ktorú nemá verejný obstarávateľ potrebné finančné krytie. Záverom opakujeme už viackrát napísané a povedané, že predmetom priameho rokovacieho konania je v tomto prípade nadstavba softvéru, ktorá nedokáže fungovať bez samotného základného softvéru chráneného ako softvérovo, tak aj vlastníckymi právami spoločnosti XY.“.

30. Kontrolovaný ďalej vo vyjadrení uvádza, doslovne cit.: „Z vyššie uvedeného vyplýva, že neexistuje žiadna iná alternatíva, žiaden dopravca v regióne inú alternatívu nevyužíva, a teda nemôžeme hovoriť o obmedzení hospodárskej súťaže zo strany DPMK a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.“.
31. Kontrolovaný taktiež vo vyjadrení uvádza, doslovne cit.: „Vychádzajúc zo skutočností zistených v konaní, ktoré uvádzate vo výzve na vyjadrenie konštatujeme, že naša spoločnosť sa nachádza v situácii, že musí pokračovať v tomto konaní. Z postavenia našej spoločnosti, ktorá zabezpečuje dopravu na území mesta Košice, a teda jedná sa o zákonnú povinnosť vo verejnom záujme, vyplýva, že bezodkladne musíme pokračovať a zabezpečiť tieto služby. Korigendum v tomto prípade nevyrieši situáciu, v ktorej sa nachádzame. Zmluvou zo dňa 29.09.2014 o používaní dispečerského lokalizačno-informačného systému bola zabezpečená prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému. Systém zabezpečuje prostredníctvom mobilnej dátovej služby prenos dát z elektronických pokladni MIJOLA na server spoločnosti XY a následné sprístupnenie informácií na našich pracovných stanicích v určenom rozsahu.“.
32. Kontrolovaný ďalej vo vyjadrení uvádza, doslovne cit.: „Pokiaľ ide o konštatovanie „že obsahom vyššie uvedenej zmluvy nebolo ustanovenie, ktorým by bolo prevedené právo na zmenu dispečerského lokalizačno-informačného systému alebo iný zásah do tohto systému kontrolovaného, ktoré by kontrolovaný mohol následne postúpiť alebo previesť na iný subjekt, resp. právo zmeniť alebo vykonať iný zásah do dispečerského lokalizačno-informačného systému treťou osobou.“, uvádzame skutočnosť, že v minulosti sme rokovali a v súčasnosti tiež rokujeme s existujúcim dodávateľom aj o prístupe k údajom nevyhnutným pre fungovanie on-line dispečerského systému, no nateraz bez pozitívnej dohody v prospech obstarávateľa.“.
33. Na záver kontrolovaný vo vyjadrení konštatuje, že, doslovne cit.: „(...) Dopravný podnik mesta Košice, akciová spoločnosť nemal v tomto prípade inú možnosť formy verejného obstarávania. Systémový a funkčný popis softvérovej nadstavby, ktorý sú nutný pre správnu funkčnosť systému a jeho udržiavanie, sme nikdy nemali k dispozícii a nemáme ich ani v súčasnosti, nakoľko sú v správe spoločnosti XY. Uvedenú skutočnosť sme boli nútení zohľadniť aj pri voľbe formy verejného obstarávania a zároveň konštatujeme, že túto skutočnosť nedokážeme v súčasnosti ovplyvniť.“.

Právny rámec

34. 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.
35. 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.
36. 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 zväženie 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.
37. 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

38. 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:
39. Úrad uvádza, že priame rokovacie konanie predstavuje v zmysle § 29 zákona o verejnom obstarávaní jeden z postupov vo verejnom obstarávaní pri nadlimitných zákazkách, pričom možnosť použitia tohto postupu pri zadávaní nadlimitnej zákazky verejným obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok uvedených v § 81 zákona o verejnom obstarávaní (písm. a) až i)). 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 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. V zmysle konštantnej judikatúry Súdneho dvora EÚ (napr. rozsudky č. 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. To znamená, že verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.
40. Úrad ďalej uvádza, že ak verejný obstarávateľ ako dôvod zadávania nadlimitnej zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienok uvedených v § 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, 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.**
41. 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 (v tomto prípade kontrolovaným deklarovaná existencia výhradných práv) 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**. To znamená, že preukázanie splnenia podmienok na použitie postupu priameho rokovacieho konania **zaťažuje verejného obstarávateľa**. Inak povedané, len **verejný obstarávateľ nesie dôkazné bremeno** preukázania splnenia podmienok na uplatnenie tohto postupu zadávania zákazky. V tejto súvislosti úrad poukazuje aj na ustanovenie § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého je **verejný obstarávateľ/obstarávateľ povinný zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí** prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, a to bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie.

42. Úrad ďalej konštatuje, 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, že **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu, že ide o výhradné práva tohto subjektu, pričom zároveň neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada 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.
43. 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. **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 ustanovenia § 81 písm. b) bod 3. 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**.
44. Jednou z podmienok pre uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní je, že požadované služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt. V danom prípade kontrolovaný tvrdí, že ide o nadstavbu softvéru, ktorý bol dodaný firmou XY a ktorý bol vyvinutý špeciálne pre kontrolovaného podľa ním zadaných požiadaviek. Základné dáta pre fungovanie

tejto nadstavby sú súčasťou dát z vozidiel, ktoré pomocou GPRS z existujúceho hardvéru odchádzajú v intervaloch 10 sekúnd na server spoločnosti XY. Kontrolovaný zároveň uviedol že aj pri kontrolách a pokusoch dopracovať sa k samotnému softvéru, ktorý je prevádzkovaný, sa mu uvedené nepodarilo, softvér je celý chránený heslami a ďalšími opatreniami dodávajúcej spoločnosti a z uvedeného dôvodu považuje za logický predpoklad, že tieto služby dokáže vykonávať len táto spoločnosť, nakoľko v súčasnosti nemá kontrolovaný k týmto dátam priamy prístup.

45. Kontrolovaný v tejto súvislosti v oznámení o použití priameho rokovacieho konania a v odôvodnení použitého postupu uviedol, že vzhľadom na skutočnosť, že ide o databázu prvkov, ktorá vznikla usporiadaním obsahu ako výsledku tvorivej duševnej činnosti a ktorá je esenciálnou zložkou diela, vytvoreného podľa požiadaviek verejného obstarávateľa, ide o výhradné práva, ktoré môže poskytovať len určitý dodávateľ. Úrad má za to, že kontrolovaný v oznámení o použití priameho rokovacieho konania a v odôvodnení použitého postupu nedostatočne odôvodnil splnenie predmetnej podmienky a náležite nepreukázal tú skutočnosť, že požadovaný predmet zákazky je schopný poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, t. j. len vybraný záujemca.
46. Kontrolovaný až v doplnení dokumentácie uviedol určité odôvodnenie splnenia uvedenej podmienky, a to, že vykonal prieskum na základe ktorého zistil, že všetky dopravné spoločnosti v Košickom a Prešovskom kraji, ktoré používajú softvér na sledovanie vozidiel majú tento softvér len od vybraného záujemcu. K uvedenému tiež dodal, že na trhu nepôsobia iné hospodárske subjekty schopné poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky. **Úrad k uvedenej argumentácii kontrolovaného uvádza, že je v tomto prípade irelevantné, či spoločnosti poskytujúce verejnú osobnú dopravu v týchto krajoch alebo v Slovenskej republike majú alebo nemajú uzavreté zmluvy s vybraným záujemcom a čo je predmetom týchto zmlúv. Úrad má za to, že na náležité preukázanie skutočnosti, či existuje alebo neexistuje iný hospodársky subjekt schopný poskytnúť požadovanú službu, nestačí poukázať na spoločnosti poskytujúce verejnú osobnú dopravu, ktoré majú uzavreté zmluvy s vybraným záujemcom v oblasti softvéru na sledovanie vozidiel. Povinnosťou kontrolovaného pri preukazovaní splnenia uvedenej skutočnosti je zaoberať sa skúmaním relevantného trhu, a to najmä existenciou, resp. neexistenciou iných hospodárskych subjektov schopných poskytnúť požadovaný predmet zákazky, a to aj mimo členského štátu kontrolovaného.** Uvedené je navyše potrebné aj náležite zdokumentovať.
47. V súvislosti s preukázaním splnenia predmetnej podmienky kontrolovaný vo svojom vyjadrení uviedol, že základné dáta pre fungovanie tejto nadstavby sú súčasťou dát z vozidiel, ktoré pomocou GPRS z existujúceho hardvéru odchádzajú v intervaloch 10 sekúnd na server spoločnosti XY. Kontrolovaný následne vo svojom vyjadrení tvrdí, že pri kontrolách a pokusoch kontrolovaného dopracovať sa k samotnému softvéru, ktorý je prevádzkovaný, sa mu uvedené nepodarilo, softvér je celý chránený heslami a ďalšími opatreniami dodávajúcej spoločnosti a z uvedeného dôvodu považuje za logický predpoklad, že tieto služby dokáže vykonávať len táto spoločnosť, nakoľko v súčasnosti kontrolovaný nemá k týmto dátam priamy prístup. **Úrad uvádza, že kontrolovaný toto tvrdenie nepodložil žiadnym dôkazom, resp. dokumentom, ktorý by bol súčasťou úradu predloženej dokumentácie. Navyše k uvedenému tvrdeniu kontrolovaného úrad uvádza, že ak by sa aj zakladalo na pravde, v takom prípade by mohlo ísť práve o umelé zúženie parametrov verejného obstarávania na daný predmet zákazky v zmysle § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, keďže predmet zákazky by bol schopný poskytnúť výlučne vybraný záujemca**

iba pre ochranné prvky softvéru, ktoré sám umelo vytvoril. Takýto stav by mal za následok vylúčenie iných hospodárskych subjektov s realizácie predmetu zákazky v budúcnosti. Úrad má za to, že ak by sa kontrolovaný nachádzal v takejto situácii, bolo by jeho povinnosťou odstrániť toto umelé zúženie parametrov verejného obstarávania (k podmienke, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, vid'. body 55 až 64 tohto rozhodnutia).

48. **Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu a vyššie uvedeného odôvodnenia kontrolovaného nie je úradu zrejmé, že požadovaný predmet zákazky nie je schopný dodať iný hospodársky subjekt ako vybraný záujemca.** Navyše súčasťou predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu nie je žiadny relevantný dôkaz, resp. dokument, ktorý by dostatočne odôvodňoval splnenie uvedenej podmienky. Úrad má teda za to, že z predloženej dokumentácie je splnenie uvedenej podmienky nepreskúmateľné, resp. neoveriteľné. **Úrad na základe uvedeného konštatuje, že kontrolovaný náležite nepreukázal skutočnosť, že na relevantnom trhu nepôsobia iné hospodárske subjekty schopné dodať požadovaný predmet zákazky.**
49. Ako už úrad uviedol 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, ktorého verejný obstarávateľ vyzval na rokovanie a s ktorým plánuje uzavrieť zmluvu o poskytnutí služieb, ktoré sú predmetom zákazky, t. j. v tomto prípade musí ísť o výhradné práva vybraného záujemcu. K existencii výhradných práv kontrolovaný v oznámení o použití priameho rokovacieho konania a v odôvodnení použitého postupu uviedol že jedinečnosť celého systému sledovania polohy vozidla so štatistikou dát z čipových kariet emitovaných v SR (akceptácia čip. kariet tretích strán a i.) je založená na kombinácii aplikačného programového vybavenia, hardvérového vybavenia (palubný počítač, GPS lokalizátor, GPRS modem, bezkontaktná čipová karta) a príslušnej technológie, ktorá používa príslušnú ochranu duševného vlastníctva a autorských práv podľa platného stavu v SR. Prístup k autorizovaným zápisom do čipu ako i čítaniu údajov v čipe a softvérové vybavenie palubného počítača a ostatných hardvérových komponentov komunikujúcich on-line s centrálnym serverom DPMK je zabezpečený systémom kódov, resp. kľúčov pre čítanie a zápis. Administrácia a správa kódov a kľúčov spolu s programovaním čipu a aplikačného programového vybavenia pre súvisiace technické zariadenia je duševným dielom so všetkými právnymi súvislosťami. Svojim charakterom sa teda jedná o jedinečný a nenapodobiteľný produkt, bezpečnosť ktorého je zaručená systémom kľúčov pre čítanie a zápis, ktoré môže vlastniť výhradne jediná osoba.
50. V doplnení dokumentácie kontrolovaný uviedol, že vybraný záujemca je výhradným a jediným subjektom, ktorý poskytuje na trhu v Slovenskej republike dopravným podnikom Dispečersko-riadiaci systém TransFleet s integrovanými modulmi súčasne pre integrované monitorovanie a riadenie dopravy v reálnom čase ako aj v režime offline, zobrazovanie získaných informácií v informačnom systéme dopravcu, ale aj ostatných dopravcov na celom území SR a vyhodnocovanie prevádzkových a technických veličín získaných z hardvérového vybavenia vozidiel. Kontrolovaný tiež uviedol, že Dispečersko-riadiaci systém je ako jediný na trhu v SR plne kompatibilný s palubnými počítačmi, validátormi, ktoré sú nasadené vo vozidlách DPMK a schopný prenášať získané informácie do ďalších systémov / služieb použitých v DPMK, pričom bol po stránke HW i SW priamo kreovaný a vyvíjaný pre samotný DPMK. Jedinečnosť systému je podľa kontrolovaného založená na kombinácii aplikačného programového vybavenia a príslušnej technológie, ktoré požívajú príslušnú ochranu duševného vlastníctva a autorských práv podľa platného stavu v SR. Dispečerský

lokalizačno-informačný systém je dielom v zmysle § 17 zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov. Kontrolovaný v doplnení dokumentácie ďalej uviedol, že o týchto skutočnostiach bol informovaný dňa 24. 08. 2018 vyhlásením o jedinečnosti vybraného záujemcu (viď. vyššie). Na základe týchto skutočností, má kontrolovaný za to, že tieto výhradné práva sú dôkazom, preukazujúcim skutočnosť, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž. **Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že z dokumentov predložených úradu vyplýva, že v predmetnom prípade ide o výhradné práva vybraného záujemcu, nakoľko kontrolovaný preukázal existenciu autorských práv vybraného záujemcu k dispečerskému lokalizačno-systému.** Úrad však dodáva, že na náležité odôvodnenie splnenia podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní je potrebné preukázať aj ďalšie skutočnosti, nie len existenciu výhradných práv určitého hospodárskeho subjektu.

51. 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 bolo uvedené, dôkazné bremeno splnenia tejto ako aj všetkých zákonom o verejnom obstarávaní požadovaných podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania je na zadávateľovi tejto zákazky, ktorý ich musí aj náležite zdôvodniť. Úrad v tejto súvislosti opätovne konštatuje, že kontrolovaný neuviedol žiadne odôvodnenie splnenia uvedenej podmienky v oznámení o použití priameho rokovacieho konania a ani v odôvodnení použitého postupu.
52. Kontrolovaný v doplnení dokumentácie v tejto súvislosti uviedol, že v rámci prieskumu vykonal všetky potrebné úkony a na základe uvedeného konštatuje, že všetky dopravné spoločnosti, ktoré používajú softvér na sledovanie vozidiel v Košickom a Prešovskom kraji majú tento softvér len od spoločnosti XY. Kontrolovaný uviedol siedmich konkrétnych dopravcov, ktorý používajú softvér na sledovanie vozidiel od spoločnosti XY. Uvedená argumentácia kontrolovaného však nepreukazuje neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady k požadovanému plneniu. Kontrolovaný tiež dodal, že neexistuje žiadna iná alternatíva, žiaden dopravca v regióne inú alternatívu nevyužíva, a teda nemožno hovoriť o obmedzení hospodárskej súťaže zo strany DPMK. **Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že na objektívne preukázanie neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady nepostačuje vyššie uvedené tvrdenie kontrolovaného.** Úrad navyše nevidí žiadnu vecnú súvislosť medzi tým, že vybraný záujemca poskytuje softvér na sledovanie vozidiel všetkým dopravným spoločnostiam v Košickom a Prešovskom kraji a tým, či existuje primeraná alternatíva alebo náhrada k požadovanému plneniu.
53. Vo svojom vyjadrení kontrolovaný uviedol, že nevykonáva priame rokovacie konanie na odbavovací a informačný systém, ale na nadstavbu už existujúceho softvéru. V prípade, že by sa rozhodol zakúpiť nový softvér, v rozsahu stoviek palubných počítačov a tisícov zariadení informačného a odbavovacieho systému, mohol by v takomto prípade zrealizovať verejnú súťaž. Na základe znalostí trhu kontrolovaný vie, že zabezpečenie nového odbavovacieho a informačného systému je náklad v miliónoch eur a nemá dostatok finančných prostriedkov na takéto obstarávanie a z tohto dôvodu ho ani neplánuje v blízkej dobe vykonať. K uvedenému úrad dodáva, že **z kontrolovaným predloženou dokumentáciou nie je možné preskúmať, či by kontrolovaným uvedené zaobstaranie nového odbavovacieho a informačného systému predstavovalo z časového a finančného hľadiska natoľko náročný, neefektívny a neekonomický proces, aby bolo možné toto riešenie považovať za neprimeranú alternatívu alebo náhradu požadovaného plnenia.**

Kontrolovaný na účel preukázania týchto skutočností nepredložil žiaden dokument, ktorý by potvrdzoval časovú a finančnú náročnosť takéhoto riešenia.

54. Úrad na základe uvedeného poukazuje na povinnosť kontrolovaného dostatočne preukázať, že na relevantnom trhu neexistuje taká porovnateľná služba, ktorá by mohla byť primeranou alternatívou ku kontrolovaným požadovanému plneniu. Takto preukázanú skutočnosť je navyše potrebné aj riadne zdokumentovať (napr. dokumentami z vykonaného prieskumu trhu, vyjadrením iných dodávateľov). 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. **Keďže z predloženej dokumentácie nevyplýva, že by kontrolovaný oslovil aj iné subjekty na relevantnom trhu na účel zistenia, či sú alebo nie sú schopné poskytnúť mu primeranú alternatívu alebo náhradu, úrad konštatuje, že kontrolovaný náležite nepreukázal splnenie predmetnej podmienky, a to neexistenciu žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady. Vzhľadom na uvedené má úrad za to, že postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní.**
55. Poslednou obligatórnou podmienkou pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, ktorá musí byť splnená pri uplatnení tohto nesúťažného postupu zadávania zákazky, je preukázanie skutočnosti, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
56. Kontrolovaný v doplnení dokumentácie v tejto súvislosti uviedol, že všetky dáta, s ktorými pracuje dispečerský a lokalizačný systém sú zbierané zariadeniami dodanými spoločnosťou XY. Ďalšia manipulácia s dátami pre potreby dispečerského a lokalizačného systému nemôže byť podľa navrhovateľa vnímaná ako účelové zúženie hospodárskej súťaže, ale ako jediná možná eventualita, ako zabezpečiť funkčnosť a požadované vlastnosti, ktoré od dispečerského a lokalizačného systému požaduje verejný obstarávateľ. **Úrad nemá na základe uvedeného vyjadrenia kontrolovaného za náležite preukázané, že neexistencia hospodárskej súťaže nebola výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.** Úrad má za to, že zbieranie základných dát s ktorými pracuje dispečerský a lokalizačný systém zariadeniami spoločnosti XY nepredstavuje takú skutočnosť, ktorá by odôvodňovala splnenie podmienky, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
57. Kontrolovaný v doplnení dokumentácie uviedol, že používa dispečerský lokalizačno-informačný systém na základe zmluvy zo dňa 29. 09. 2014, uzavretej s vybraným záujemcom. Prostredníctvom tejto zmluvy bola zabezpečená prevádzka a údržba dispečerského lokalizačno-informačného systému. Systém zabezpečuje prostredníctvom mobilnej dátovej služby prenos dát z elektronických pokladní MIJOLA na server spoločnosti XY a následné sprístupnenie informácií na pracovných staniciach kontrolovaného cez web aplikáciu v rozsahu:
- a) lokalizácia polohy autobusov pomocou GPS a jej zobrazenie na mape,
 - b) odchýlka skutočného stavu oproti plánu,
 - c) sledovanie priradenosti spojov a autobusov,
 - d) sledovanie odchýlok od cestovného poriadku,

- e) pohyb vozidiel v minulosti – animácia,
- f) monitorovanie elektronických pokladní MIJOLA,
- g) administrácia prístupov používateľov k jednotlivým častiam portálu EFC,
- h) vzdialená kontrola komunikácie pripojenia (ping) na elektronickú pokladňu MIJOLA,
- i) textová komunikácia prostredníctvom služieb mobilného operátora.

58. Úrad preskúmal obsah predmetnej zmluvy s cieľom zistiť, či uzavretím tejto zmluvy nedošlo k umelému zúženiu parametrov verejného obstarávania zo strany kontrolovaného do budúca, t. j., či situáciu výlučnosti vybraného záujemcu nevytvoril uzavretím predmetnej zmluvy samotný kontrolovaný so zreteľom na budúci postup obstarávania. Úrad konštatuje, že obsahom vyššie uvedenej zmluvy nebolo ustanovenie, ktorým by bolo prevedené právo na zmenu dispečerského lokalizačno-informačného systému alebo iný zásah do tohto systému na kontrolovaného, ktoré by kontrolovaný mohol následne postúpiť alebo previesť na iný subjekt, resp. právo zmeniť alebo vykonať iný zásah do dispečerského lokalizačno-informačného systému treťou osobou.
59. V tejto súvislosti úrad poukazuje na všeobecné metodické usmernenie č. 5/2016 z 19. 05. 2016, v ktorom úrad okrem iného uviedol, že pri uzatváraní zmlúv na dodávky informačno-komunikačných technológií v prípadoch, kedy je objednávateľom verejný obstarávateľ/obstarávateľ, je najlepšie také riešenie, ktoré by verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi zabezpečilo právo neobmedzene používať, upravovať a rozširovať dielo bez ďalšieho súhlasu autora, t. j. na základe výhradnej licencie (licencie v neobmedzenom rozsahu). Predmetným metodickým usmernením navyše úrad upozornil verejných obstarávateľov/obstarávateľov, že v prípade zmlúv v oblasti informačno-komunikačných technológií, keď chýbajúca hospodárska súťaž je výsledkom umelého zúženía parametrov verejného obstarávania, tak použitie priameho rokovacieho konania je možné považovať za neopodstatnené. Ide najmä o prípad, keď licenčná zmluva z pôvodného verejného obstarávania neobsahuje právo na neobmedzenú úpravu diela vrátane úpravy diela treťou osobou a práva na jeho úpravu, šírenie a nakladanie s ním, keďže verejný obstarávateľ/obstarávateľ svojím konaním v minulosti (pri obstarávaní pôvodného predmetu zákazky) sám zúžil, resp. znemožnil do budúca akúkoľvek hospodársku súťaž v oblasti informačno-komunikačných technológií a je „uzamknutý“ v jednotlivých IKT riešeniach, keďže sám zlyhal už pri navrhovaní súťažných podkladov, definovaní predmetu zákazky (nepožadoval otvorené štandardy na IT architektúru) a najmä navrhovaní licenčnej zmluvy, ktorá by bola dostatočne flexibilná a následne by mu v budúcnosti umožnila vyhlásenie súťažného postupu verejného obstarávania. Predmetné metodické usmernenie vychádzalo z právnej úpravy autorského práva počas účinnosti zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon, ktorému predchádzal zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon), a ktorý rovnako umožňoval postup verejného obstarávateľa / obstarávateľa v zmysle odporúčaní predmetného metodického usmernenia úradu.
60. Vzhľadom na vyššie uvedené, má úrad za to, že výhradné práva na poskytnutie služieb, ktoré sú predmetom zákazky má vybraný záujemca, avšak **kontrolovaný tím, že nezahrnul do predmetnej zmluvy ustanovenia o prevode práv, napr. na zmenu informačného a odbavovacieho systému alebo iný zásah do neho, ktoré by mohol previesť na iný subjekt, resp. právo dať tento systém zmeniť alebo vykonať iný zásah treťou osobou, mohol kontrolovaný uzavretím takej zmluvy spôsobiť umelé zúženie parametrov verejného obstarávania, ktorého predmetom by boli úpravy, zmeny alebo ako v tomto prípade, podpora a zabezpečenie prevádzky tohto systému. Takýmto**

postupom kontrolovaného mohlo dôjsť k obmedzeniu hospodárskej súťaže na daný predmet zákazky do budúcnosti.

61. V tejto súvislosti úrad dodáva, že platnosť predmetnej zmluvy skončila 30. 09. 2018. Z predloženej dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu úrad zistil, že z vyššie uvedeného dôvodu sa daná služba od skončenia platnosti zmluvy až do súčasnosti zabezpečuje formou mesačných objednávok. To znamená, že kontrolovaný daný informačný a odbavovací systém používa aj v súčasnosti.
62. Úrad konštatuje, že súčasťou predloženej dokumentácie k priamemu rokovaciemu konaniu nie je žiaden dokument, ktorý by preukazoval, že sa kontrolovaný v čase vyhlásenia predmetného priameho rokovacieho konania zaoberal odstránením tohto umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. **Úrad má na základe uvedeného za to, že kontrolovaný mohol a mal vzhľadom na existenciu výhradných práv patriacich vybranému záujemcovi, ako aj na nemožnosť prevodu týchto práv, v súlade s odporúčaniami metodického usmernenia úradu č. 5/2016 rokovať počas platnosti zmluvy alebo aj po skončení jej platnosti s vybraným záujemcom o možnosti prevodu práv, napr. na vykonávanie prevádzky a podpory tohto informačného systému za tým účelom, aby aj iné hospodárske subjekty boli schopné vykonávať dané činnosti pre kontrolovaného v budúcnosti. Z dokumentácie predloženej kontrolovaným úradu však nevyplýva, že tak kontrolovaný učinil, a teda nepreukázal skutočnosť, či oslovil vybraného záujemcu počas platnosti alebo po skončení platnosti zmluvy, a to na účel úradom odporúčaného postupu podľa metodického usmernenia č. 5/2016, čím by sa mohol vyhnúť umelému zúženiu parametrov verejného obstarávania.**
63. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k vyššie uvedenému uviedol, že, doslovne cit.: „(...) Pokiaľ ide o konštatovanie „že obsahom vyššie uvedenej zmluvy nebolo ustanovenie, ktorým by bolo prevedené právo na zmenu dispečerského lokalizačno-informačného systému alebo iný zásah do tohto systému kontrolovaného, ktoré by kontrolovaný mohol následne postúpiť alebo previesť na iný subjekt, resp. právo zmeniť alebo vykonať iný zásah do dispečerského lokalizačno-informačného systému treťou osobou.“, uvádzame skutočnosť, že v minulosti sme rokovali a v súčasnosti tiež rokujeme s existujúcim dodávateľom aj o prístupe k údajom nevyhnutným pre fungovanie on-line dispečerského systému, no nateraz bez pozitívnej dohody v prospech obstarávateľa.“ **Úrad k citovanému vyjadreniu kontrolovaného uvádza, že je povinnosťou kontrolovaného preukázať splnenie všetkých podmienok podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní v čase, keď sa kontrolovaný rozhodne aplikovať postup priameho rokovacieho konania, resp. v čase pred vyhlásením priameho rokovacieho konania. Úrad preto považuje citované vyjadrenie kontrolovaného za irelevantné.**
64. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že **postupom kontrolovaného došlo k porušeniu § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, keďže kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno a nepreukázal splnenie podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania, konkrétne (medzi inými), že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, keďže ako bolo uvedené, neexistencia hospodárskej súťaže mohla byť spôsobená samotným kontrolovaným v minulosti.**
65. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení uvádza, že tento softvér a jeho non-stop prevádzka a tým pádom aj non-stop podpora je pre prevádzku verejnej osobnej dopravy nevyhnutný

a zabezpečuje jej základné funkcie. Kontrolovaný ďalej uvádza, že sa nachádza v situácii, že musí pokračovať v priamom rokovacom konaní, pričom podotýka na jeho zákonnú povinnosť vo verejnom záujme zabezpečovať dopravu na území mesta Košice. Kontrolovaný má na základe uvedeného za to, že bezodkladne musí pokračovať a zabezpečovať tieto služby, pričom podľa jeho názoru by korigendum nevyriešilo situáciu, v ktorej sa nachádza. Úrad v súvislosti s týmto vyjadrením kontrolovaného opätovne uvádza, že aplikácia priameho rokovacieho konania podľa ustanovenia § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní je možná iba v prípade, keď sú naplnené všetky v ňom uvedené podmienky, a teda, že **služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, z dôvodu, že ide o výhradné práva tohto subjektu, pričom zároveň neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada 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. **Kontrolovaným uvádzaná naliehavosť, resp. nevyhnutnosť zadať predmetnú zákazku postupom priameho rokovacieho konania neodôvodňuje aplikáciu tohto postupu a najmä nepreukazuje splnenie podmienok podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní.**

66. Úrad na základe uvedeného uvádza, že kontrolovaným nebola preukázaná skutočnosť neexistencie iného hospodárskeho subjektu schopného poskytnúť požadovaný predmet zákazky, ako ani skutočnosť neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady a zároveň, 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, nakoľko z dokumentácie k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu je zrejmé, že nebolo preukázané splnenie všetkých podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, pričom na použitie priameho rokovacieho konania podľa týchto ustanovení zákona o verejnom obstarávaní musia byť splnené všetky podmienky uvedené v § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní kumulatívne.
67. Úrad má za to, že v zmysle rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci C-394/02 je možné dospieť k záveru, že verejný obstarávateľ **musí preukázať presvedčivým spôsobom, že iba určitý subjekt mohol realizovať ním zadávanú zákazku a preto bolo úplne nevyhnuté uzavrieť s ním zmluvu.** V tomto prípade existujú pochybnosti, že vybraný záujemca je jediným možným poskytovateľom kontrolovaným obstarávaných služieb, keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie všetkých podmienok pre uplatnenie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní. Pre možnosť uplatnenia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť totiž okrem toho, že službu vie poskytnúť len jeden hospodársky subjekt z dôvodu výhradných práv tohto subjektu, preukázaná aj skutočnosť, že pre poskytnutie danej služby neexistuje iná primeraná alternatíva alebo náhrada a tiež skutočnosť, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Kontrolovaný však v predloženej dokumentácii tieto podmienky dostatočným spôsobom nepreukázal.
68. Úrad napokon 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 restriktívne. 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 § 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 dodať službu, ktorá je predmetom zákazky.**

69. 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.
70. Podľa § 175 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úrad je povinný v odôvodnení rozhodnutia, v ktorom konštatuje porušenie tohto zákona kontrolovaným, uviesť
- 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
 - stručný návod pre kontrolovaného, ako v druhovo rovnakej veci v budúcnosti predísť porušeniu tohto zákona.
71. Úrad v súvislosti s ustanoveniami § 175 ods. 1 písm. b) a ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní opätovne uvádza, že **kontrolovaný svojím postupom v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 81 písm. b) bod 3. v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.** Úrad má za to, že kontrolovaný postupoval v rozpore s ustanovením § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, keďže **náležite nepreukázal kumulatívne naplnenie všetkých podmienok odôvodňujúcich použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne dostatočne nepreukázal skutočnosť neexistencie iného hospodárskeho subjektu schopného poskytnúť požadovaný predmet zákazky, ako ani to, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám, ktoré sú predmetom zákazky a zároveň nepreukázal, že neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.** 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.

72. 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 náležite preukázať**. V prípade, ak sa ako výnimku zo súťažného postupu verejného obstarávania rozhodne kontrolovaný použiť priame rokovacie konanie podľa § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní, musí jednoznačne preukázať, že daný predmet zákazky vie realizovať iba výlučne ním uvedený hospodársky subjekt, ide o výhradné práva tohto subjektu, neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada k službám tohto subjektu a zároveň neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
73. Na základe uvedeného bolo v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím 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 Úradu pre verejné obstarávanie do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo spät'vzatia odvolania úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

Dopravný podnik mesta Košice, akciová spoločnosť, Bardejovská 6, 043 29 Košice - kontrolovaný
Podľa rozdeľovníka