

Bratislava

7. 7. 2022

Číslo:

7679-6000/2022-OD

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť alebo ponuky poskytnutých vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“, zadávanej postupom užšej súťaže so zriadením dynamického nákupného systému, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Ministerstvo financií Slovenskej republiky**, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava - mestská časť Staré Mesto, IČO: 00151742 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 4. 2022 pod značkou 2022/S 065-170634 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 84/2022 dňa 4. 4. 2022 pod značkou 18448 - MUS, 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**, verejnému obstarávateľovi **Ministerstvo financií Slovenskej republiky**, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava - mestská časť Staré Mesto, IČO: 00151742, **zrušiť verejné obstarávanie na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“, zadávanej postupom užšej súťaže so zriadením dynamického nákupného systému v zmysle § 58 a nasl. tohto zákona**, vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 1. 4. 2022 pod značkou 2022/S 065-170634 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 84/2022 dňa 4. 4. 2022 pod značkou 18448 – MUS, a to **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 16. 5. 2022 námietky v elektronickej podobe podľa osobitného predpisu,¹ smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť alebo ponuky, a to v nadväznosti na dokument kontrolovaného zo dňa 6. 5. 2022, označený ako „Oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu – „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ (ďalej len „**oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu**“), ktorý bol navrhovateľovi elektronicke doručený dňa 6. 5. 2022. Kontrolovanému boli námietky navrhovateľa doručené dňa 16. 5. 2022 v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému, prostredníctvom ktorého sa predmetné verejné obstarávanie realizuje, t. j. cez informačný systém JOSEPHINE (josephine.proebiz.com/sk , ďalej len „**systém JOSEPHINE**“).

¹ Podľa zákona č. 305/2013 Z. z. o elektronickej podobe výkonu pôsobnosti orgánov verejnej moci a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o e-Governmente) v znení neskorších predpisov.

2. Úrad konštatuje, že **dňa 31. 3. 2022 nadobudol účinnosť zákon č. 395/2021 Z. z.**, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.
3. Podľa § 187h ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 30. marca 2022, sa dokončia podľa predpisov účinných do 30. marca 2022.
4. Podľa § 187h ods. 7 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 31. 3. 2022, v konaní začatom po 30. marci 2022, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa postupuje podľa predpisov účinných do 30. marca 2022; to neplatí pre
 - a) uloženie povinnosti podľa § 166 ods. 2 a 3,
 - b) súčinnosť podľa § 167 ods. 7,
 - c) vykonanie dohľadu v priestoroch verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 podľa § 167 ods. 8,
 - d) zníženie pokuty podľa § 182 ods. 9 a 10,
 - e) uplynutie lehoty podľa § 173 ods. 14,
 - f) nazeranie do spisu podľa § 173 ods. 16,
 - g) zastavenie konania podľa § 174 ods. 1 písm. q),
 - h) prepadnutie kaucie podľa § 172 ods. 5,
 - i) uloženie povinnosti nahradiť trovy konania podľa § 176 ods. 2,
 - j) konanie o opravných prostriedkoch proti rozhodnutiu úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného a pre konanie podľa § 177.
5. Úrad v nadväznosti na vyššie uvedené prechodné ustanovenia právnej úpravy verejného obstarávania účinnnej od 31. 3. 2022 s poukazom na skutočnosť, že oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo kontrolovaným odoslané na uverejnenie v Úradnom vestníku Európskej únie a vo Vestníku verejného obstarávania dňa 29. 3. 2022 konštatuje, že **postup zadávania zákazky**, ktorý je predmetom podaných námietok, ako aj **postup úradu v predmetnom konaní, sa spravuje právnymi predpismi účinnými do 30. 3. 2022**, a teda **zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov účinným do 30. 3. 2022** (okrem výnimiek podľa ustanovenia § 187h ods. 7 písm. a) až j), ďalej len „**zákon o verejnom obstarávaní**“).
6. Námietky navrhovateľa boli doručené úradu a kontrolovanému **v lehote a podobe** podľa § 170 ods. 4 a ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky obligatórne náležitosti námietok podľa § 170 ods. 5 tohto zákona. Navrhovateľ doručil úradu námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní sa na jeho účely rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. Úrad preskúmaním dokumentácie evidovanej v systéme JOSEPHINE zistil, že navrhovateľ do predmetného postupu zadávania zákazky predložil žiadosť o účasť, a to dňa 19. 5. 2022 (23:05:07 hod.), na základe čoho má úrad za preukázané, že tým jednoznačne deklaroval svoj záujem zúčastniť sa predmetného verejného obstarávania. Na základe tejto skutočnosti má úrad za to, že navrhovateľ vystupuje vo vzťahu k predmetnému verejnému obstarávaniu v postavení záujemcu v zmysle § 170

ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a teda aktívne legitimovanej osoby na podanie námietok podľa § 170 ods. 3 písm. b) tohto zákona.

7. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní s podaním námietok je navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.
8. Podľa § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 eur a najviac
 - a) 10 000 eur, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b),
 - b) 50 000 eur, ak ide o iné námietky, ako uvedené v písmene a).
9. Z vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok zložiť na účet úradu kauciu v minimálnej výške 2 000 EUR, nakoľko 0,1 % z predpokladanej hodnoty zadávanej zákazky (v zmysle zverejneného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania stanovená vo výške 1 473 760,00 EUR bez DPH) nedosahuje minimálnu výšku kaucie v zmysle § 172 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
10. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 17. 5. 2022 kauciu vo výške 2 000 EUR, a teda pri určovaní a zložení kaucie na účet úradu postupoval v súlade s § 172 ods. 1, ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
11. Na základe všetkých vyššie uvádzaných skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené všetky procesné podmienky pre konanie vo veci a vydanie tohto meritórneho rozhodnutia.

Námietky navrhovateľa

12. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že má záujem o účasť v predmetnom verejnom obstarávaní a že v tejto súvislosti je s odkazom na § 2 ods. 5 písm. b) záujemcom, a teda aktívne legitimovaným subjektom na podanie námietok, nakoľko má za to, že je záujemcom, ktorého práva a právom chránené záujmy boli / mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného spočívajúcim podľa jeho názoru v:
 - A) nesprávnom zadaní postupu zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému (ďalej len „DNS“), ako aj vo
 - B) zverejnení nejasných a neúplných súťažných podkladov, obsahujúcich nejasné a protizákonné podmienky plnenia zákazky, a to najmä vo vzťahu k:
 - i) predmetu plneniu zákazky,
 - ii) určeniu pravidiel týkajúcich sa odovzdania a prevzatia plnenia,
 - iii) zodpovednosti za vady plnenia,
 - iv) vysporiadaniu autorských práv k už existujúcim autorským dielam, vo vzťahu ku ktorým majú byť poskytované služby v zmysle tejto zákazky.Navrhovateľ pritom svoju argumentáciu týkajúcu sa opisu rozhodujúcich skutočností, t. j. namietanej spornosti súťažných podkladov, ktorá podľa jeho názoru predstavuje rozhodný zásah do jeho práv a právom chránených záujmov, rozvádza v námietkach nasledovne:
13. Navrhovateľ ešte pred samotným opisom rozhodujúcich skutočností a označení dôkazov konštatuje, že podané námietky smerujú proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch predmetnej zákazky, a to konkrétne proti:

- i) postupu zadania zákazky prostredníctvom DNS, uvedenom v bode 2. a nasl. časti I. „Všeobecné informácie“ súťažných podkladov a súčasne proti
- ii) podmienkam uvedeným v prílohe č. 4 súťažných podkladov „Zmluva na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ (ďalej len „návrh zmluvy“).

Pre vylúčenie pochybností navrhovateľ ďalej uvádza, že obidve namietané skutočnosti sú podrobne rozpísané v súťažných podkladoch, tzn. obidve namietané skutočnosti smerujú proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch, čím je podľa jeho názoru splnený zákonný dôvod podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní na podanie námietok, ktoré sú odôvodnené nasledovne:

14. Navrhovateľ v námietkach uvádza, že dňa 3. 5. 2022 podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní doručil kontrolovanému písomnú žiadosť o nápravu (ďalej len „**žiadosť o nápravu**“), smerujúcu proti súťažným podkladom, pričom sa ňou domáhal nasledovného, cit.: „

- i) *aby Kontrolovaný (ako verejný obstarávateľ) predmetné Verejné obstarávanie zrušil bezodkladne po doručení a posúdení žiadosti o nápravu a vyhlásil nové verejné obstarávanie v súlade so ZVO, nakoľko v prípade Zákazky nemôže ísť a ani nejde o služby bežne dostupné na trhu v zmysle § 58 ods. 1 ZVO, a teda nie sú dané atribúty pre vytvorenie a zriadenie DNS (Navrhovateľ má za to, že Kontrolovaný zvolil nesprávny postup pre zadanie Zákazky);*

alternatívne, ak by sa Kontrolovaný nestotožnil s vyššie navrhovaným výrokom (i),

- ii) *aby Kontrolovaný upravil Súťažné podklady, a to najmä Návrh Zmluvy v znení podľa nasledovnej tabuľky (uvedenej v časti IV. žiadosti o nápravu):*

	USTANOVENIE NÁVRHU ZMLUVY	ZNENIE AKTUÁLNE PRED PODANÍM ŽIADOSTI O NÁPRAVU	POCHYBENIE A ŽIADOSŤ O NÁPRAVU
1.	Článok I odsek 1	<i>„Predmetom tejto Zmluvy je úprava práv a povinností Zmluvných strán v súvislosti s poskytovaním plnenia podľa článku II tejto Zmluvy, a to najmä, nie však výlučne, povinnosť Poskytovateľa zabezpečiť pre Objednávateľa riadne a včas všetky Objednávateľom požadované a riadne zadane plnenia podľa článku II tejto Zmluvy prostredníctvom IT</i>	Nesprávne uvedené: „...povinnosť Objednávateľa uhradiť Objednávateľovi odmenu za riadne poskytnuté plnenia podľa článku II tejto Zmluvy“. Žiadame nahradiť nasledovným znením: „...povinnosť Objednávateľa uhradiť Poskytovateľovi odmenu za riadne poskytnuté plnenia podľa článku II tejto Zmluvy“.

		špecialistov (ďalej ako „špecialista“), ako aj povinnosť Objednávateľa uhradiť Objednávateľovi odmenu za riadne poskytnuté plnenia podľa článku II tejto Zmluvy.“	
2.	Článok I odsek 2 a odsek 3	odsek 2: „Špecifikácia predmetu Zmluvy je uvedená v jej Prílohe č. 1 – Opis predmetu zákazky“. odsek 3: „Účelom tejto Zmluvy je poskytnutie programátorských prác s využitím agilného vývoja v oblasti informačných technológií pri komplexnej realizácii a implementácii projektu Manažment údajov Ministerstva financií – Komplexný projekt pre manažment údajov v gescii sekcie informačných technológií Ministerstva financií Slovenskej republiky na vysokej odbornej profesionálnej úrovni“.	Príloha č. 1 – Opis predmetu zákazky neobsahuje presnú špecifikáciu plnenia Návrhu Zmluvy: tzn. z Návrhu Zmluvy a ani z Prílohy č. 1 nie je zrejmé (i) čo je predmetom plnenia (či dielo a/alebo služba); (ii) nie je špecifikovaný projekt Manažment údajov Ministerstva financií podľa ods. 3 článku 1 Návrhu Zmluvy; (iii) nie je presne zadefinovaný harmonogram plnenia (t.j. aký časový rámec pripadá na realizáciu projektu/diela/Informačného systému, a aký časový rozsah predstavuje poskytovanie SLA služieb); (iv) nie je jasne zadefinované, ktorý konkrétny špecialista dodáva v rámci plnenia služieb súvisiace diela, pričom (v) nie je určená špecifikácia prípadných súvisiacich diel, ktoré majú byť vytvorené a nie sú určené ani podmienky pre akceptáciu, odovzdanie diela. Žiadame riadne upraviť Prílohu č. 1 – Opis predmetu zákazky/Návrh Zmluvy tak, aby namietané nezrovnalosti boli jasne vyšpecifikované a tak odstránené akékoľvek pochybnosti ohľadne plnenia predmetu Zákazky.
3.	Článok II odsek 1	„Poskytovateľ sa zaväzuje pre Objednávateľa poskytovať plnenie v súlade s opisom predmetu zákazky podľa Prílohy č. 1 tejto Zmluvy a v zmysle projektových dokumentov vytvorených Objednávateľom (ďalej len „Zadanie“), a to prostredníctvom špecialistov uvedených v Prílohe č. 3 tejto Zmluvy, ktorí spĺňajú minimálne požiadavky podľa prílohy č. 1 tejto Zmluvy (ďalej ako „Plnenie“).“	Nie je zrejmé, či konkrétne Plnenie bude uskutočňovať jeden Poskytovateľ/zhotoviteľ prostredníctvom svojich/ním dodaných viacerých špecialistov alebo sa na Plnení budú spolupodieľať viacerí nezávislí Poskytovatelia prostredníctvom svojich špecialistov. Požadujeme konkretizovať a v závislosti na odpovedi upraviť znenie daného článku, ako aj na túto skutočnosť nadväzujúce články, najmä (nie však výlučne) článok V s názvom Zodpovednosť za vady.
4.	Článok II odsek 6	„Zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia bude pravidelne protokolárne odovzdávaná Objednávateľovi ako súčasť realizovaného Plnenia po jeho ukončení, resp. kedykoľvek v priebehu realizovaného Plnenia na základe požiadavky Objednávateľa.“	V praxi je bežne zaužívané, že zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia sa odovzdávajú pri protokolárnom odovzdaní celého diela/jeho časti (t.j. po ukončení konkrétnej dohodnutej etapy diela). Zdrojové kódy nie je možné odovzdať kedykoľvek (na požiadanie Verejného obstarávateľa) počas plnenia Návrhu Zmluvy, nakoľko by mohla nastať situácia, že Objednávateľ bude požadovať zdrojové kódy/dokumentáciu k Plneniu vopred, t.j. pred odovzdaním príslušnej časti plnenia, čo je zjavne nevyvážené v neprospech zhotoviteľa diela a zároveň je v rozpore s právnou úpravou. Žiadame riadne upraviť v súlade so zaužívanou praxou, najmä žiadame odstrániť textáciu odseku 6 v časti: „...resp.“

			<i>kedykoľvek v priebehu realizovaného Plnenia na základe požiadavky Objednávateľa.</i>
5.	Článok II odsek 9	<i>„V prípade, ak Plnenie pri poskytnutí vykazuje vady, ktoré bránia riadnemu využívaniu predmetu Plnenia v zmysle Zadania, je Objednávateľ oprávnený prijať takéto Plnenie odmietnuť. Dôvod odmietnutia sa zapíše do protokolu. Poskytovateľ je povinný na svoje náklady odstrániť vady Plnenia v termíne dohodnutom v protokole a opätovne vyzvať Objednávateľa na prevzatie Plnenia.“</i>	Uvedené ustanovenie je neurčité a vágne. Žiadame zdefinovať: (i) riadny postup pre prebratie (akceptáciu) a odovzdanie služby, (ii) riadny postup prebratia (akceptácie) a odovzdania diela, (iii) prípadne vykonanie akceptačných testov, (iv) klasifikáciu zistených väd podľa stupňa ich závažnosti, (v) odstraňovanie týchto väd.
6.	Článok II odsek 12	<i>„Plnenie sa považuje za riadne odovzdané a prevzaté len v prípade, ak je v protokole podľa tohto článku Objednávateľom výslovne uvedené, že Plnenie nevykazuje vady.“</i>	Uvedené ustanovenie je v rozpore s článkom II. ods. 10 Návrhu Zmluvy, keďže v zmysle tohto ustanovenia je Objednávateľ oprávnený prevziať Plnenie s vadami, ktoré nebránia riadnemu využívaniu Plnenia. Súčasne v Návrhu Zmluvy absentuje špecifikácia väd plnenia na Bežné/Kritické – štandardne sa pri IT zákazkách využívajú uvedené špecifikácie väd plnenia (viď napr. vzorový návrh zmluvy o podpore prevádzky, údržbe a rozvoji informačného systému vydaný zo strany MIRRI na nasledovnom linku: https://www.mirri.gov.sk/sekcie/informatizacia/riadenie-kvality-qa/riadenie-kvality-qa/index.html). Domnievame sa, že navrhované znenie čl. II odsek 12 by predstavovalo obchádzanie § 537 ods. 2 Obchodného zákonníka („Verejný obstarávateľ ako objednávateľ je povinný vykonať dielo prevziať“ a zaplatiť cenu za jeho vykonanie) zo strany Verejného obstarávateľa, nakoľko poskytovateľ nemá jasne zadané podmienky odovzdania/prevzatia diela, v nadväznosti na podmienku „kedy dielo nevykazuje vady“. Uvedené je nevyhnutné zdefinovať aj v kontexte čl. IV bod 1 Návrhu Zmluvy (týkajúci sa vzniku nároku na odmenu). V súlade s bodom 5. tejto tabuľky, o.i. žiadame zdefinovať klasifikáciu zistených väd/incidentov podľa stupňa ich závažnosti na Bežné/Kritické, ako aj určiť podmienky ich odstraňovania. V nadväznosti na uvedené žiadame článok II ods. 12 Návrhu Zmluvy odstrániť v celom rozsahu alebo upraviť nasledovne: „Plnenie sa považuje za riadne odovzdané a prevzaté podpísom protokolu oboma zmluvnými stranami.“
7.	Článok IV odsek 1	<i>„Zmluvné strany sa dohodli, že Poskytovateľovi prináleží za riadne poskytovanie Plnenia podľa tejto Zmluvy odmena určená ako sadzba za človekohodinu v cene podľa Prílohy č. 2 tejto Zmluvy a v súlade s ponukou Poskytovateľa ako víťazného uchádzača.“</i>	Keďže nie je zrejmé, čo presne tvorí predmet Plnenia (t.j. či ide iba o služby alebo okrem služieb pôjde aj o dodanie diela/viacerých diel), nie je možné zo strany Poskytovateľa predložiť, resp. riadne „nacenit“ jednotlivé položky v Prílohe č. 2-„návrh na plnenie kritérií predloženého v ponuke Poskytovateľa“. V nadväznosti na uvedené požadujeme riadne zdefinovať Plnenie, aby bolo bez akýchkoľvek pochyb zrejmé kedy vzniká nárok na odmenu Poskytovateľovi.

8.	Článok IV odsek 5	„Objednávateľ je povinný uhradiť Poskytovateľovi príslušnú odmenu len na základe faktúry riadne vystavenej v zmysle ustanovení zákona č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve a zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty. Poskytovateľ doručí Objednávateľovi faktúru do 3 pracovných dní po podpísaní protokolu v zmysle článku II bod 6 tejto Zmluvy, ktorý bude prílohou faktúry.“	Nesprávne uvedený odkaz: „...Poskytovateľ doručí Objednávateľovi faktúru do 3 pracovných dní po podpísaní protokolu v zmysle článku II bod 6 tejto Zmluvy, ktorý bude prílohou faktúry.“ Žiadame nahradiť nasledovným znením: „...Poskytovateľ doručí Objednávateľovi faktúru do 3 pracovných dní po podpísaní protokolu v zmysle článku II bod 7 tejto Zmluvy, ktorý bude prílohou faktúry.“
9.	Článok V odsek 4	„Záruka za Plnenia, ktorých výsledkom je dielo v zmysle Autorského zákona podľa článku VIII. Zmluvy je v trvaní 24 mesiacov odo dňa podpísania protokolu“.	Nesprávne zadefinovaná záručná doba. Sohľadom na zaužívanú prax - ak ide o plnenie, ktorého výsledkom je autorské dielo, záručná doba je v dĺžke 12 mesiacov - viď napr. bod 7.2 vzorového návrhu zmluvy o podpore prevádzky, údržbe a rozvoji informačného systému vydaný zo strany MIRRI (viď odkaz v bode 6 tejto tabuľky). Žiadame upraviť nasledovne: „Záruka za Plnenia, ktorých výsledkom je dielo v zmysle Autorského zákona podľa článku VIII. Zmluvy je v trvaní 12 mesiacov odo dňa podpísania protokolu.“
10.	Článok V odsek 6	„Zmluvné strany sa dohodli, že pre odstránenie akýchkoľvek pochybností sa má za to, že každá vada, ktorá sa vyskytne v Záručnej dobe je spôsobená porušením povinností Poskytovateľa. Právo Poskytovateľa dokázať opak ostáva zachované. V prípade, ak Poskytovateľ riadne a náležite preukáže, že vada nebola spôsobená porušením jeho povinností, má za odstraňovanie vady nárok na dennú sadzbu podľa dohodnutej odmeny za jednotlivé odborné pozície špecialistov.“	Máme za to, že uvedené zmluvné ustanovenie je výrazne v neprospech Poskytovateľa a súčasne je v rozpore s dobrými mravmi, resp. poctivým obchodným stykom. Uvedené je taktiež v rozpore s princípom právnej istoty, keďže nie je zrejmé, akým spôsobom má Poskytovateľ preukázať či vada bola spôsobená porušením povinností Poskytovateľa alebo nie, prípadne kto znáša úhradu nákladov s tým spojených. V neposlednom rade chýba lehota a postup následného zaplatenia odmeny v prípade, ak sa preukáže, že vada nebola spôsobená porušením jeho povinností.
11.	Článok VIII odsek 4	„Poskytovateľ sa podpisom tejto Zmluvy zaväzuje, že najneskôr ku dňu odovzdania Plnenia podľa článku II a III tejto Zmluvy bude mať vysporiadané autorské práva v zmysle Autorského zákona ku všetkým zložkám, ktoré sú alebo budú súčasťou alebo príslušenstvom Plnenia podľa tejto Zmluvy a bude disponovať potrebnými oprávneniami a/alebo licenciami na ich užívanie a poskytovanie a následne	Uvedené ustanovenie je absolútne nesprávne. V zmysle zákona č. 185/2015 Z. z. autorský zákon má autorské práva k dielu ten poskytovateľ/zhotoviteľ, ktorý dielo zhotovil. K dielam iných zhotoviteľov (poskytovateľov) môže poskytovateľ disponovať autorskými právami len v prípade udelenia autorských práv (poskytnutím licencie) zo strany autora diela. Za neudelenie autorských práv však nemôže zodpovedať poskytovateľ, ktorý dielo nezhotovil a autor diela mu neudelil autorské práva. Ide o neplatné a nevynútiteľné dojednanie. Zároveň sa jedná o porušenie zásad verejného obstarávania uvedených v § 10 ods. 2 ZVO, keďže uvedené ustanovenie by bolo diskriminačné. Žiadame odstrániť/preformulovať predmetné ustanovenie a nahradiť ho písomným vyhlásením Verejného

		užívania Objednávateľom v zmysle požiadaviek a v rozsahu podľa tejto Zmluvy. V prípade, ak Poskytovateľ túto povinnosť nesplní, má Objednávateľ nárok na zmluvnú pokutu podľa tejto Zmluvy a zároveň je Objednávateľ oprávnený odstúpiť od tejto Zmluvy.“	obstarávateľa v nasledovnom kontexte: „Objednávateľ vyhlasuje, že má vysporiadané všetky autorské práva k dielam, ku ktorým sa budú poskytovať služby podľa Zákazky.“
12.	Článok IX odsek 4	„Poskytovateľ je povinný pri plnení svojich povinností vyplývajúcich zo Zmluvy postupovať s odbornou starostlivosťou a zabezpečiť dostatočný počet špecialistov tak, aby účel Zmluvy mohol byť plnený v zodpovedajúcej kvalite v stanovených termínoch. Dbá pri tom na zásady účelnosti a hospodárnosti. Poskytovateľ je zodpovedný za to, že práceneschopnosť, dovolenky a iná absencia špecialistov neovplyvnia plnenie povinností Poskytovateľa podľa tejto Zmluvy a nebudú sa považovať za zásah vyššej moci (vis maior).“	Ako sme už uviedli v rámci komentára k čl. II ods. 1 (bod 3. tejto tabuľky), nie je zrejmé, či konkrétne Plnenie bude uskutočňovať jeden Poskytovateľ/zhotoviteľ prostredníctvom svojich/ním dodaných viacerých špecialistov alebo sa na Plnení budú spolupodieľať viacerí nezávislí Poskytovatelia/zhotovitelia/špecialisti. Požadujeme konkretizovať a v závislosti na odpovedi upraviť znenie aj tohto odseku 4 článku IX Návrhu Zmluvy, ako aj na túto skutočnosť nadväzujúce články, najmä (nie však výlučne) článok V s názvom „Zodpovednosť za Vady“.
13.	Článok XI odsek 1	„V prípade, ak je Poskytovateľ v omeškaní s plnením svojich povinností podľa tejto Zmluvy, je Objednávateľ oprávnený účtovať Poskytovateľovi zmluvnú pokutu vo výške 250,- EUR (slovom: dvestopäťdesiat eur) za každý deň omeškania.“	Sme toho názoru, že v danom prípade by išlo o neplatne dohodnutú zmluvnú pokutu, a to z dôvodu absencie určenia konkrétnej povinnosti, porušenie ktorej má byť sankcionované (sme toho názoru, že nie je možné hromadne poukázať na porušenie všetkých povinností z Návrhu Zmluvy, tzn. bez špecifikácie konkrétnej povinnosti). Súčasne uvádzame, že Verejný obstarávateľ v tomto odseku 1 predpokladá pre každé jedno porušenie povinnosti podľa Návrhu Zmluvy rovnakú výšku zmluvnej pokuty – sme toho názoru, že takéto jednotné „zhrňujúce“ nastavenie zmluvných pokút predstavuje neprimerané určenie výšky zmluvnej pokuty. Výška pokuty má odzrkadľovať hodnotu a význam konkrétnej zabezpečovanej povinnosti; inak ju súd môže znížiť podľa § 301 Obchodného zákonníka. V prípade záujmu Verejného obstarávateľa sankcionovať konkrétne porušenie jednotlivých povinností z Návrhu Zmluvy, žiadame exaktne určiť, ktoré konkrétne porušenie povinnosti je sankcionované zmluvnou pokutou (súčasne žiadame určiť primeranú výšku takejto zmluvnej pokuty); v opačnom prípade žiadame odstrániť uvedené ustanovenie odseku 1. v celom rozsahu z dôvodu jeho nejasnosti a neprimeranosti (a teda aj neplatnosti).
14.	Článok XI odsek 5	„V prípade, ak Poskytovateľ poruší svoju povinnosť a nebude mať k Plneniu a ich súčastiam a príslušenstvu vysporiadané autorské práva	Uvedené ustanovenie je absolútne nesprávne, neplatné a nevynútiteľné – viď poznámku v bode 11. tejto tabuľky (k navrhovanému zneniu čl. VIII ods. 4 Návrhu Zmluvy).

		v zmysle Autorského zákona, je Objednávateľ oprávnený účtovať Poskytovateľovi zmluvnú pokutu vo výške 10 000,- EUR (slovom: desaťtisíc eur) za každé jednotlivé porušenie osobitne."	Nakoľko ide o rozpor s právnou úpravou žiadame predmetné ustanovenie odstrániť v celom rozsahu.
15.	Príloha č. 1 Návrhu Zmluvy: „Opis predmetu zákazky“ v časti bodu 2	„Výstupy poskytovaných služieb jednotlivých IT špecialistov pre kategórie č. 1 až č. 8: Výstupom poskytovaných služieb bude odborný obsah v rámci projektovej dokumentácie k jednotlivým IT projektom MF SR minimálne v nasledovnom rozsahu v závislosti od projektovej fázy konkrétneho projektu, resp. v závislosti od konkrétneho zadania/požiadavky MF SR..."	Uvedené znenie Prílohy č. 1 vo zvýraznenej časti bodu 2 je v rozpore s článkom I odsek 3 Návrhu Zmluvy, ktorý v rámci určenia účelu Návrhu Zmluvy poukazuje na realizáciu a implementáciu iba <u>jedného</u> projektu: „projekt Manažment údajov Ministerstva financií". Žiadame zjednotiť pojmy v Návrhu Zmluvy a jej Prílohe č. 1 a riadne zadefinovať čo je predmetom plnenia, aby nevznikli akékoľvek nezrovnalosti pri výklade.
16.	Príloha č. 1 Návrhu Zmluvy: „Opis predmetu zákazky“ v časti bodu 3 „Technické požiadavky“	„Poradenstvo a konzultácie v oblasti návrhu riešení v neobmedzenej miere počas platnosti zmluvy, pričom poradenstvo a konzultácie sa nebudú započítavať do vykázaných hodín (to znamená, že ich objednávatel požaduje zadarmo po dobu platnosti zmluvy)."	Sme toho názoru, že poradenské služby a konzultácie v oblasti návrhu riešení nie je možné zo strany Poskytovateľa plniť v neobmedzenom rozsahu a zadarmo; ide o neproporčnú požiadavku (ustanovenie) Verejného obstarávateľa, v dôsledku čoho môže nastať situácia, že Poskytovateľ bude nepretržite poskytovať uvedené poradenské služby/konzultácie bez akéhokoľvek nároku na odmenu. Z uvedeného dôvodu požadujeme odstrániť túto požiadavku alebo určiť primeraný počet hodín, ktoré v rámci dohodnutej výšky odmeny (t.j. pre Plnenie Zákazky) budú pripadať na čas Poskytovateľa strávený poskytovaním poradenstva/konzultácií. Súčasne je potrebné uviesť výšku odmeny (jednotková cena konzultácie/hod.), ktorú sa Verejný obstarávateľ zaviazá Poskytovateľovi uhradiť po prekročení dohodnutého maximálneho limitu (nad dohodnutý rámec Plnenia Zákazky).
17.	Príloha č. 1 Návrhu Zmluvy: „Opis predmetu zákazky“ v časti bodu 4 „Ostatné“	„Súvisiaca legislatíva : Od 1.5.2020 je platná legislatívna úprava, ktorá má vplyv na plnenie zákazky, výstupy špecialistov majú byť v súlade s Vyhláškami • Vyhláška č.85/2020 Z.z. o riadení projektov, • Vyhláška č. 362/2018 Z.z. ktorou sa ustanovuje obsah bezpečnostných opatrení, obsah a štruktúra bezpečnostnej dokumentácie a rozsah všeobecných bezpečnostných opatrení • Vyhláška č.78/2020 Z.z. o štandardoch pre	Uvedený bod 4 Prílohy č. 1 je nejasný v časti „a iné"; t.j. nie sú jasne zadefinované právne predpisy, v súlade s ktorými má byť Plnenie poskytnuté. Žiadame, aby Verejný obstarávateľ upravil tento bod 4 Prílohy č. 1 tak, že odrážku: „a iné" nahradí konkrétnym (s predmetom plnenia a povinnosťami Poskytovateľa súvisiacim) právnym predpisom/vyhláškou. V prípade, ak uvedený bod „a iné" nebude bližšie definovaný odkazom na konkrétny platný a všeobecne záväzný právny predpis SR, požadujeme úplne odstrániť zarážku pod názvom „a iné" z dôvodu jej nejasnosti.
		informačné technológie verejnej správy, • Vyhláška č.179/2020 Z.z. o obsahu bezpečnostných opatrení ITVS, • Vyhláška č. 547/2021 Z.z. o elektronizácii agendy verejnej správy, • a iné."	

..

15. Vzápätí navrhovateľ poukazuje na to, že mu bolo dňa 6. 5. 2022 prostredníctvom systému JOSEPHINE doručené písomné oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu, pričom z tohto dokumentu mu vyplýva, že cit.: „

(i) *Kontrolovaný zamietajú:*

- a) *návrh Navrhovateľa spočívajúci v žiadosti o nápravu proti postupu zadania Zákazky prostredníctvom DNS, a teda návrh, aby Kontrolovaný predmetné Verejné obstarávanie zrušil bezodkladne po doručení a posúdení žiadosti o nápravu a vyhlásil nové verejné obstarávanie v súlade so ZVO;*
- b) *návrhy Navrhovateľa na zmenu Návrhu Zmluvy uvedené v bodoch 2., 3., 5., 6., 7., 9., 12., 13. a 14. podľa vyššie uvedenej tabuľky (uvedenej rovnako aj v časti IV. žiadosti o nápravu). Dôvodom nevyhovievania/zamietnutia týchto bodov podľa Kontrolovaného má byť skutočnosť, že ide o zmluvné podmienky vo vzťahu k informatívnemu Návrhu Zmluvy, ktoré majú byť bližšie špecifikované v jednotlivých čiastkových návrhoch zmlúv vo vzťahu ku konkrétnym IT špecialistom, a to vrátane úpravy sankcií za porušenie povinnosti mať vysporiadané autorské práva.*

Pre doplnenie uvádzame, že nižšie v časti V. a VI. tohto podania sa vyjadríme aj vo vzťahu k nevyhovievaniu žiadosti o nápravu podľa bodov 4., 11., 15. a 16. tabuľky (uvedenej rovnako aj v časti IV. žiadosti o nápravu), nakoľko Navrhovateľ má za to, že Kontrolovaný týmto bodom nevyhovoval a iba účelovo v oznámení 2 uvádza, že vykonal nápravu v súlade so žiadosťou o nápravu aj vo vzťahu k týmto namietaným bodom; tzn. Kontrolovaný nevykonal úpravu ani v týchto bodoch tabuľky, a to v žiadnom rozsahu.

(ii) *Kontrolovaný vyhovuje:*

návrhom Navrhovateľa na zmenu Návrhu Zmluvy uvedených v bodoch 1., 8., 10. a 17. podľa vyššie uvedenej tabuľky (uvedenej rovnako aj v časti IV. žiadosti o nápravu).“.

16. Navrhovateľ pre vylúčenie pochybností uvádza, že aj napriek tomu, že kontrolovaný považuje aj body 4., 11., 15. a 16. tabuľky za vybavené v súlade so žiadosťou o nápravu, podľa jeho názoru tomu tak nie je. K tomu dodáva, že cit.: „*Ako príklad rozporného tvrdenia Kontrolovaného v oznámení 2 o vyhovievnutí v určitých bodoch podľa žiadosti o nápravu, poukazujeme na napr. na bod 11. tabuľky - ods. 4. (po novom ods. 5) článku VIII Návrhu Zmluvy, ktorý bol Kontrolovaným v celom rozsahu ponechaný aj v Upravenom návrhu zmluvy²; tzn. zo strany Kontrolovaného nedošlo k jeho náprave v žiadnom rozsahu, a preto tvrdenie Kontrolovaného (uvedené v oznámení 2 na str. 7), že vyhovievnutí aj návrhu na zmenu podľa bodu 11. tabuľky, nie je pravdivé.*

Kontrolovaný nad rámec žiadosti o nápravu doplnil nový ods. 2 v článku VIII podľa Upraveného návrhu Zmluvy, avšak nedoplnil Navrhovateľom požadované vyhlásenie Kontrolovaného (v súlade s bodom 11. tabuľky), v zmysle ktorého by Kontrolovaný mal čestne prehlásiť, že vo vzťahu k už existujúcim autorským dielam (vo vzťahu ku ktorým sa má poskytovať plnenie/služby podľa tejto Zákazky) má Kontrolovaný riadne vysporiadané všetky autorské práva. Súčasne upozorňujeme, že v prípade, ak Kontrolovaný nebude mať riadne vysporiadané autorské práva k už existujúcim autorským dielam (vo vzťahu ku ktorým/súvislosti s ktorými sa má poskytovať plnenie služieb podľa Zákazky) a v dôsledku plnenia Zákazky dôjde k porušeniu takýchto autorských práv, všetky a akékoľvek škody vrátane nároku Kontrolovaného na uplatnenie zmluvných pokút s tým súvisiacich (t.j. zmluvná pokuta vo výške 10 000 EUR za každé jednotlivé porušenie povinnosti podľa ods. 5 článku VIII Upraveného návrhu zmluvy), znáša poskytovateľ v celom rozsahu, a to bez ohľadu na platnú právnu úpravu týkajúcu sa autorskoprávnej ochrany – vid' bližšie vysvetlené v časti V., bod II., Ad c) tohto podania).“.

17. Z uvedeného navrhovateľovi vyplýva, že kontrolovaný vyhovel žiadosti o nápravu len v nepatrnej časti, t. j. čo sa týka namietaných bodov návrhu zmluvy, ktoré obsahovali chybu v písaní, t. j. bod 1. a bod 8. tabuľky a bod 10. tabuľky a že vo zvyšnej prevažnej časti žiadosť o nápravu zamietol. Navrhovateľ má napriek tomu za to, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a že porušenie mohlo mať / má vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Ad I. námietok – nesprávne zvolený postup zadávania zákazky

18. Navrhovateľ v prvej časti námietok poukazuje na nesprávne zvolený postup zadania zákazky prostredníctvom DNS v nadväznosti na argumentáciu kontrolovaného uvedenú v oznámení o vybavení žiadosti o nápravu. Navrhovateľ pritom v prvom rade poukazuje na ustanovenia § 58 ods. 1, § 2 ods. 5 písm. o), § 2 ods. 6 a § 2 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní (body 129 až 133 tohto rozhodnutia). K tomu navrhovateľ uvádza, že základným predpokladom podľa ustanovenia § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní pre zadávanie zákaziek prostredníctvom DNS je, že musí ísť o bežne dostupné tovary, stavebné práce alebo služby, pričom **navrhovateľ má za to, že v rámci predmetnej zákazky nejde v žiadnom prípade o bežne dostupné služby** tak, ako dojem o ich bežnej dostupnosti sa snaží navodiť kontrolovaný.

19. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na to, že každá jednotlivá pozícia, ktorá má byť obsadzovaná v rámci zákazky, je označená ako „ŠPECIALISTA“ a súčasne má v rámci opisu činnosti uvedené „participácia a súčinnosť pri zmenách a rozvoji informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR“, alebo „posudzovanie návrhov na zmenu alebo rozvoj informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR“, alebo „tvorba a udržiavania vývojovej dokumentácie, Vývoj a konfigurácia informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR“, alebo „príprava a vývoj testovacích skriptov pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR“, alebo „špecifikovanie požiadaviek na bezpečnosť vývojového, testovacieho a produkčného prostredia“. Súčasne z opisu predmetu zákazky navrhovateľovi vyplýva, že hlavným kódom požadovanej služby je CPV kód: 73220000-5 (t. j. „Služby informačných technológií: konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora“) a doplnujúcim kódom je CPV kód: 72230000-6 (t. j. „Vývoj zákazníckeho softvéru - softvéru na objednávku“).

20. Navrhovateľ má za to, že žiadna služba, predmetom ktorej je intelektuálne plnenie a je individualizovaná a vytváraná pre konkrétneho (verejného) objednávateľa na objednávku, a teda prispôbena jeho potrebám, nespĺňa atribúty bežne dostupnej služby na trhu, čo podľa názoru navrhovateľa vyplýva zo samotného pojmu, ale aj z metodické činnosti úradu a z odbornej literatúry na túto problematiku. Pre doplnenie tejto časti navrhovateľ uvádza, že ani z dokumentu „Metodika zadávania zákaziek - 4. verzia“, ktorý vydal úrad a na ktorý poukázal kontrolovaný, nevyplýva (i) čo sa rozumie službami intelektuálneho charakteru vo vzťahu k softvéru na objednávku, a takisto že z uvedenej metodiky nevyplýva (ii) ani zmienka o tom, že v prípade, ak má ísť o dodanie „softvéru na objednávku“, uvedené služby/diela je možné obstarat' aj postupom DNS.

21. Ďalej navrhovateľ v námietkach uvádza, že z povahy veci vyplýva, že ak je určitá pozícia v súťažných podkladoch definovaná ako „ŠPECIALISTA“, a súčasne je uvedené, že ide o „softvér na objednávku“, nemôže ísť v danom prípade o bežne dostupné plnenie ani o službu spotrebného alebo prevádzkového charakteru tak, ako to vyžadujú príslušné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní týkajúce sa DNS. K tomu navrhovateľ ďalej dodáva, že cit.:

„Vychádzajúc z dôvodovej správy k ZVO, ako príklad bežne dostupného diela na trhu by sa dal považovať softvér, ktorý je v rovnakej podobe a spôsobom dodávaný komukoľvek (napr. Mozilla Firefox), avšak softvér, ktorý si vyžaduje prispôsobenie vždy na konkrétne požiadavky objednávateľa/verejného obstarávateľa a s takýmto prispôobením nie je bežne dodávaný, nemožno za žiadnych okolností považovať za bežne dostupný na trhu, nakoľko ide o jedinečné a individualizované dielo/službu. Nemôže ísť preto o bežne dostupné plnenie – nakoľko si vyžaduje bližšiu špecifikáciu/individuálnu požiadavku. Analogicky je tomu napríklad aj v prípade dodania stavebných prác na základe zmluvy o dielo alebo v prípade dodania individualizovaného osobného automobilu a pod. Súčasne sme toho názoru, že v prípade, ak by sa v zmysle požadovaného predmetu Zákazky malo jednať iba o poskytnutie bežne dostupných IT služieb konzultanta, v rámci opisu predmetu zákazky by Kontrolovaný neuviedol doplňujúci CPV kód služby pod názvom: „Vývoj zákazníckeho softvéru – softvéru na objednávku“.

22. Navrhovateľ má teda za to, že kontrolovaný sa snaží len formálne navodiť dojem, že predmetom zákazky, ako aj predmetom konkrétnych čiastkových zákaziek, má byť „bežne dostupná služba IT špecialistov“.
23. Z povahy plnenia opísaného v rámci súťažných podkladov (v bode 4.1) podľa názoru navrhovateľa jednoznačne vyplýva, že cit.: „Predmetom zákazky sú programátorské práce agilného vývoja na základe nižšie uvedených požiadaviek verejného obstarávateľa, vrátane súvisiacich služieb a činností, bližšie uvedených v bode 4.1.2. a 4.1.3. Poskytnutie programátorských prác, súvisiacich činností a služieb je nevyhnutné pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky (ďalej len „MDM MF SR“) v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov. Po úspešnej implementácii a realizácii projektu budú prostredníctvom vytvoreného IS zabezpečovať elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti MF SR nasledovné úseky: • Financie, • Koordinácia štátnej pomoci, • Rozpočtovanie súhrnného schodku verejného rozpočtu, • Tvorba a realizácia štátneho rozpočtu, • Politika spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére, • Správa štátnych finančných aktív a štátnych finančných pasív Slovenskej republiky, • Jednotné účtovníctvo a účtovné výkazníctvo.“.
24. Z požadovanej povahy plnenia predmetu zákazky v spojení s bodom 4.1.2 a 4.1.3 súťažných podkladov navrhovateľovi jednoznačne vyplýva, že cit.: „(...) výsledkom majú byť PROGRAMÁTORSKÉ PRÁCE³, SÚVISIACE ČINNOSTI A SLUŽBY IT špecialistu v rámci oblasti informačnej technológie na VYSOKEJ PROFESIONÁLNEJ ÚROVNI, ktorý súčasne zabezpečí KOMPLEXNÚ realizáciu, implementáciu, a teda aj prepojenosť projektu MDM MF SR (t.j. projekt podľa bodu 4.1 Súťažných podkladov a ods. 2 preambuly Upraveného návrhu zmluvy) ako aj ďalších jednotlivito požadovaných projektov v gescii Kontrolovaného (požadovaných podľa bodu 4.1.2 Súťažných podkladov, ako aj podľa bodu 2. Prílohy č. 1 k výzve na predloženie ponuky s názvom „OPIS PREDMETU ZÁKAZKY PRE KATEGÓRIU Č. / NÁZOV KATEGÓRIE k Upravenému návrhu zmluvy (ďalej len „Opis predmetu Zákazky“)). Z uvedeného pojmu „komplexná implementácia a realizácia projektu/projektov“ v súlade s gramatickým výkladom vyplýva, že pôjde nielen o dodanie služieb, ale aj o dodanie projektov/diel, ako výsledku poskytovania takýchto „služieb“ (činností). Dodanie diel Kontrolovaný výslovne nevyklúčil v Súťažných podkladoch. Argumentum a contrario nie je možné tvrdiť, že predmetom plnenia Zákazky je bežne dostupná jednoduchá poradenská služba z oblasti informačných technológií, ktorú pre Kontrolovaného vie poskytnúť akýkoľvek, na trhu bežne dostupný IT konzultant⁴, ktorý riadne zabezpečí/poskytne vytvorenie, automatizáciu a prepojenie potrebné pre súvisiace projekty kritickej infraštruktúry v rámci vyššie

spomínaných agend/činností Kontrolovaného: napr. v oblasti Financii, Rozpočtovania súhrnného schodku verejného rozpočtu alebo v oblasti Politiky spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére.“.

25. Navrhovateľ v rámci toho uvádza, že si súčasne nevie predstaviť, akým spôsobom kontrolovaný zabezpečí prepojenosť – interoperabilitu predmetných informačných systémov (ako aj ich automatizáciu) v rámci jednotlivých požadovaných zákaziek v procese DNS. Uvedené zdôvodňuje tým, že cit.: „Upravený návrh zmluvy v žiadnom rozsahu nerieši stret záujmov a kooperáciu jednotlivých IT špecialistov, či viacerých poskytovateľov. Z dostupnej praxe v rámci poskytovania služieb je Navrhovateľovi zrejmé, že plnenie požadované na vysokej profesionálnej úrovni, ktorého výstupom má byť automatizovaný informačný systém, prepojený na iné informačné systémy, nie je možné dodať viacerými nezávislými subjektmi, bez jasne stanovených podmienok súčinnosti a kooperácie. Navrhovateľ je toho názoru, že Kontrolovaným požadovaný model (DNS) obstarania služieb IT špecialistov nie je možné realizovať prostredníctvom 8 čiastkových zákaziek/zmlúv. Ak napriek podaným Námietkam bude potvrdený postup Kontrolovaného na zadanie Zákazky postupom DNS, sme toho názoru, že Kontrolovaný nebude mať riadne vyriešenú (minimálne) otázku zodpovednosti za porušenie povinností v rámci čiastkových plnení (vo vzťahu k jednotlivým IT špecialistom / poskytovateľom) tak, aby bolo jasné a preukázateľné, ktorý z IT špecialistov/ktorý z poskytovateľov zodpovedá za porušenie povinností; aj keď ide „len“ o informatívny Upravený návrh zmluvy, tento v žiadnom rozsahu neobsahuje odpovede na uvedené podstatné otázky, ktoré by mali byť upravené riadne a vyčerpávajúco už v tomto štádiu Verejného obstarávania (t.j. čo je predmetom plnenia, kto zodpovedá za plnenie, aká je záruka dodaného plnenia).“.

26. V tomto kontexte navrhovateľ v námietkach upozorňuje, že jednotlivé služby (činnosti), ktoré majú byť dodávané v rámci zákazky prostredníctvom jednotlivých pozícií špecialistov, by „neprešli“ ani cez tzv. test bežnej dostupnosti, vytvorený úradom, v rámci ktorého sa uvádza, že pri „teste bežnej dostupnosti“ musí byť splnená každá z nižšie uvedených podmienok, t. j. tovary, stavebné práce alebo služby na trhu, cit.: „

1. *nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek;*

CPV kódy, ktorými Kontrolovaný označuje predmetnú Zákazku sa týkajú dodania „softvéru na objednávku“⁶, čo je v rozpore s jeho účelovým vyjadrením v oznámení 2, že predmetom plnenia majú byť nešpecifikované služby tzv. „bodyshoppingu“ teda dočasného prenájmu chýbajúcich pracovných síl. Podľa § 58 ods. 1 ZVO zároveň platí, že CPV kódy sa musia týkať/splňať charakteristiky zadávanej Zákazky.

Zároveň máme za to, že v neprospech tvrdenia Kontrolovaného svedčí rovnako aj skutočnosť, že v preambule Upraveného návrhu zmluvy Kontrolovaný zdefinoval pojem „programátorské práce“ ako „programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, ktoré budú vykonávať zamestnanci, resp. tretie osoby poskytovateľa na základe požiadaviek Objednávateľa v súvislosti s realizáciou a implementáciou Projektu Manažment údajov Ministerstva financií...“, t.j. je zrejmé, že Kontrolovaný požaduje poskytovanie IT služieb/dodanie diel na základe (individuálnych) požiadaviek Kontrolovaného.

2. *sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, uskutočnené alebo poskytnuté a zároveň - t.j. neboli špecifikované jedinečné požiadavky;*

S prihliadnutím na vyššie uvedené je zrejmé, že Kontrolovaný požaduje poskytovanie IT služieb/dodanie diel na základe (individuálnych) požiadaviek Kontrolovaného.

Navrhovateľ má za to, že Kontrolovaný nejasným a rozporným postupom DNS obchádza pravidlá pre transparentné zadanie Zákazky.

3. *sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, uskutočňované alebo poskytované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, uskutočňované alebo poskytované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.*

V prípade tejto Zákazky nejde o poskytnutie jednoduchých IT služieb týkajúcich sa napr. zavedenia internetového pripojenia alebo riešenia problémov pri výpadkoch internetovej siete. Vážnosť poskytnutia informačných technológií v rámci projektov/agend/činností v gescii Kontrolovaného, ako sú napr. Financie, Tvorba a realizácia štátneho rozpočtu, či oblasť účtovníctva má dopad nielen na úrovni interných procesov v rámci orgánu štátnej správy akým je Kontrolovaný, avšak uvedené (t.j. otázka, či sa postupom DNS docieli vysoká profesionálna úroveň, automatizácia a prepojenosť jednotlivých informačných systémov Kontrolovaného) môže mať dopad aj na širokú verejnosť a štát. Vzhľadom na uvedené, zvolený postup zadania Zákazky nie je preto možné ponechať len na ľubovôli Kontrolovaného, ale uvedené skutočnosti je potrebné dôsledne prehodnotiť aj zo strany Úradu, ktorý vykonáva dohľad nad verejnými obstarávaniami.“.

27. Pre doplnenie navrhovateľ uvádza, že všetky vyššie uvedené kritériá musia byť splnené kumulatívne, pričom to znamená, že ak by na ktorúkoľvek z uvedených otázok odpoveď znela „NIE“, nejde o tovar/službu bežne dostupnú na trhu. Podľa navrhovateľa je pritom evidentné, že v danom prípade nejde a ani nemôže ísť o bežne dostupnú službu, keďže ani na jednu otázku by nebolo možné odpovedať „ÁNO“, a už vôbec nie na všetky tri kumulatívne tak, ako to vyžaduje úrad prostredníctvom tzv. testu bežnej dostupnosti.

28. Uvedené podľa názoru navrhovateľa okrem iného vyplýva aj z gramatického výkladu slova „špecialista“, ktorého synonymum sú slová ako „odborník“, „znalec“, „poradca“, „profesionál“, pričom za odborníka (a teda aj za špecialistu) sa považuje osoba, ktorá „sa dobre vyzná v istom odbore, kto vyniká zručnosťou, invenciou v nejakej činnosti“ a pod. Navrhovateľ má teda za zrejmé, že v prípade, ak sa v rámci verejného obstarávania obstarávajú služby špecialistov, nemôže ísť o služby bežne dostupné. K tomu dodáva, že cit.: „(...) navyše, keď Kontrolovaný v rámci Návrhu Zmluvy (ods. 3 čl. I Návrhu Zmluvy) konštatuje, že poskytovanie programátorských, analytických, architektonických, grafických činností ako aj ďalších činností v oblasti informačných technológií/služieb IT špecialistov má byť na „vysokej odbornej profesionálnej úrovni“. Z gramatického výkladu pojmov „špecialista“ a „vysoká odborná profesionálna úroveň“ je zrejmé, že tieto pojmy na jednej strane a pojem „bežná dostupnosť na trhu“ na strane druhej sú vo vzájomnej kolízii, a teda nie je splnená najelementárnejšia podmienka pre zriadenie DNS v zmysle ustanovenia § 58 ods. 1 ZVO, ktorou je práve bežná dostupnosť obstarávaného tovaru/služby.“.

29. Sumarizujúc v námietkach vyššie uvedené skutočnosti navrhovateľ uvádza, že zo samotného názvu, ako aj z popisu činností v rámci jednotlivých kategórií IT špecialistov je zrejmé, že v prípade danej zákazky ide o plnenie / resp. jednotlivé plnenia, ktoré sú intelektuálneho charakteru a súvisia s dodaním softvéru na objednávku, že vyžadujú sa pri nich tak špecifické odborné vedomosti (vzdelanie, odborné certifikáty a pod.), ako aj viacročné praktické skúsenosti, a teda podľa názoru navrhovateľa nemôže ísť a ani nejde o služby bežne dostupné na trhu v zmysle § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa názoru navrhovateľa teda nie sú dané atribúty pre vyhlásenie a zriadenie DNS. Keďže podľa navrhovateľa kontrolovaný zvolil nesprávny postup zadávania zákazky a uvedené má / mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, navrhovateľ požaduje zrušiť postup zadania zákazky prostredníctvom

DNS a následne požaduje zákazku vyhlásiť v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní pre daný druh zákazky a požadované služby.

Ad II. námietok – nezákonnosť podmienok stanovených v návrhu zmluvy

30. Navrhovateľ v námietkach ďalej poukazuje na zamietnutie jeho návrhov úprav (jednotlivých ustanovení návrhu zmluvy) podľa tabuľky uvedenej v bode 14. tohto rozhodnutia. Navrhovateľ je toho názoru, že **ak kontrolovaný nevyhovел zrušeniu postupu zákazky prostredníctvom DNS, mal alternatívne riadne upraviť napádané ustanovenia návrhu zmluvy.** Navrhovateľ má za to, že napriek tomu kontrolovaný absolútne neodstránil jeho pochybnosti o predmete plnenia, ako ani nejasnosti a rozpornosť namietaných ustanovení návrhu zmluvy.

Ad a) – predmet plnenia

31. Navrhovateľ v rámci tohto bodu námietok poukazuje na článok I ods. 1 upraveného návrhu zmluvy (bod 111. tohto rozhodnutia) a je toho názoru, že z opisu predmetu zákazky nie je možné určiť, čo má byť predmetom upraveného návrhu zmluvy, ako aj celej zákazky ako takej, a teda podľa jeho názoru je predmet plnenia neurčitý, nejasný a neúplný, t. j. v rozpore s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
32. V rámci toho navrhovateľ poukazuje na povinnosť kontrolovaného uplatňovať pri zadávaní zákaziek princíp transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ďalej na to čo je účelom tohto princípu, pričom v rámci toho poukazuje na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. 2S 366/10-352 zo dňa 28. 9. 2011, rozsudok Súdneho dvora Európskej únie vo veci C-496/99 Komisia proti CAS Succhi di Frutta a na rozhodnutie Rady úradu zo 7. 11. 2016 č. 18365-9000/2016.
33. Navrhovateľ má za to, že v rozpore s princípom transparentnosti v rámci predmetnej zákazky nie je možné určiť, či predmetom upraveného návrhu zmluvy a súčasne aj zákazky má byť poskytovanie služieb a/alebo vytvorenie diela a prípadne jeho špecifikácia.
34. V rámci toho navrhovateľ poukazuje na ustanovenie § 269 ods. 2 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „obchodný zákonník“), podľa ktorého je prípustné uzavrieť aj tzv. inominátnu zmluvu, teda zmluvu, ktorá nie je upravená ako typ zmluvy, účastníci však musia dostatočne určiť predmet svojich záväzkov, inak sa zmluva považuje za neuzavretú. K tomu navrhovateľ dodáva, že obchodný zákonník jasne definuje, že v prípade neurčitosti predmetu zmluvy nejde o neplatnosť zmluvy, ale že zmluva vôbec nevznikne (považuje sa za neuzavretú) – a teda nie je možné ani docieliť jej následnú prípadnú konvalidáciu.
35. Navrhovateľ taktiež uvádza, že pre určenie predmetu upraveného návrhu zmluvy nemá podľa jeho názoru vplyv:
- i) názov zmluvy, ktorým je „Zmluva na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ a
 - ii) ani doplnenie ods. 2 do nezáväznej časti upraveného návrhu zmluvy „PREAMBULA“, ktorou kontrolovaný len bližšie definuje, ako si majú zmluvné strany vykladať pojem „programátorské práce“. Navrhovateľ považuje za potrebné uviesť, že cit.: „Kontrolovaný úpravami Návrhu zmluvy vykonal ešte väčšiu rozpornosť a nejasnosť pri definovaní zaužívaných pojmov, kedy pojem „Plnenie“ a „programátorské práce“ zadefinoval v rámci Upraveného návrhu zmluvy dvakrát⁸. Kontrolovaný tak dvojnásobným zavedením pojmov do výkladu (hoc informatívneho Upraveného návrhu

zmluvy) vniesol ešte väčšiu dávku nejasností a rozpornosti, pričom na strane druhej stále platí, že v rámci predmetu Upraveného návrhu zmluvy (v článku I. ods. 1) nevykonal žiadnu úpravu, ktorou by došlo k jasnému zadefinovaniu (predmetu) plnenia Zákazky.“.

K tomu navrhovateľ dodáva, že právne úkony sa posudzujú podľa obsahu a nie podľa názvu, resp. podľa „nezáväzných“ častí zmluvy a že právne relevantný je obsah zmluvy, jej predmet plnenia a nie názov zmluvy alebo preambula.

36. Nad rámec uvedeného navrhovateľ konštatuje, že názov zákazky by mohol navodzovať dojem, že ide o poskytovanie služieb IT špecialistov, avšak z obsahu upraveného návrhu zmluvy nie je podľa jeho názoru zrejmé, čo reálne je/bude predmetom zmluvy, aké sú práva a povinnosti zmluvných strán v súvislosti s predmetom plnenia a ani nie je jasné a určiteľné ani samotné plnenie, a to z pohľadu, či má ísť výlučne o poskytovanie služieb alebo o zhotovenie diela alebo o kombináciu týchto plnení. K tomu ďalej uvádza, že cit.: *„Aj keď samotný Upravený návrh zmluvy navádza skôr dojem, že ide o poskytovanie služieb, z opisu činností v rámci jednotlivých kategórií sa javí, že plnením má byť o.i. aj zhotovenie diela. Obsah Upraveného návrhu zmluvy na túto skutočnosť vôbec nereflektuje, poukazuje len na vysvetlenie pojmu „programátorské práce“, ktoré považuje súčasne aj za pojem „Plnenie“ (viď ods. 3 čl. I. Upraveného návrhu zmluvy), avšak v rámci výkladu pojmu „Plnenie“ podľa ods. 1 článku II Upraveného návrhu zmluvy (ktorý obsahuje bližší odkaz na Opis predmetu Zákazky), Kontrolovaný neustále počíta s plnením rôznych projektov/tzn. diel na základe tejto Zákazky.“.*

37. Skutočnosť, že súčasťou plnenia má byť aj zhotovovanie diela, potvrdzuje podľa názoru navrhovateľa aj opis čiastkových činností v rámci jednotlivých kategórií IT špecialistov podľa opisu predmetu zákazky, a to napríklad, cit.: „

- *hneď v rámci úvodnej konštatácie Opisu predmetu Zákazky sa uvádza: „Po úspešnej implementácii a realizácii projektu budú prostredníctvom vytvoreného IS zabezpečovať elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti MF SR“;*
- *v časti IT špecialista kategórie č. 2, v rámci ktorej sa o.i. zadáva aj „Návrh IT architektúry na základe biznis a technických požiadaviek, príprava a prezentácia modelov IT architektúry“ alebo „tvorba a hodnotenie rôznych alternatív IT riešení a systémov MF SR a príprava odporúčaní optimalizácie ich riešenia“;*
- *v časti IT špecialista kategórie č. 5, v rámci ktorej sa o.i. zadáva aj „Návrh infraštruktúry verejných kľúčov (PKI) využívajúcich certifikačné authority vrátane použitia digitálnych podpisov“;*
- *v časti IT špecialista kategórie č. 8, v rámci ktorej sa o.i. zadáva aj „Návrh informačnej architektúry, návrh mapy stránok, toku obrazoviek“ alebo „Tvorba, testovanie a iterácia prototypov“;*
- *viď bližšie aj bod 2. Opisu predmetu zákazky, podľa ktorého „Výstupom poskytovaných služieb bude odborný obsah v rámci projektovej dokumentácie k jednotlivým IT projektom MF SR minimálne v nasledovnom rozsahu v závislosti od projektovej fázy konkrétneho projektu, resp. v závislosti od konkrétneho zadania/požiadavky MF SR“;*
- *viď bližšie aj bod 3. Opisu predmetu Zákazky, v časti Technické požiadavky, podľa ktorého v rámci Plnenia má ísť aj o: „Tvorba dizajnu požadovaných portálových riešení“.*

38. V rámci toho navrhovateľ uvádza, že cit.: *„Dvojnásobné doplnenie pojmov (ktoré je viac chaotické ako výkladu prospešné) do Upraveného návrhu zmluvy (t.j. pojem „Plnenie“ a „programátorské práce“) však nevylučuje, že výsledkom požadovaných služieb - „programátorských prác“ bude dodanie diela. Okrem Opisu predmetu Zákazky, aj*

Kontrolovaným Upravený návrh zmluvy predpokladá dodanie diel, a to v odseku 1 čl. VIII s názvom „Licencia“⁹ ako aj v odseku 4 čl. V s názvom „Zodpovednosť za vady“¹⁰.“.

39. Podľa názoru navrhovateľa je nepochybné, že tvorba IT architektúry / riešení / systémov / prototypov / úspešná realizácia projektov atď. je svojou povahou realizáciou diela. Doplnením odseku 2 do preambuly upraveného návrhu zmluvy, či zdvojnásobením tých istých pojmov nedošlo podľa názoru navrhovateľa k bližšej špecifikácii / určeniu, či ide o plnenie služieb a/alebo aj o dodanie diela, a teda nedošlo k odstráneniu zmätočnej textácie, ktorá uvádza, že, cit.: *„Výstupom poskytovaných služieb bude odborný obsah v rámci projektovej dokumentácie k jednotlivým IT projektom MF SR.“*. Z uvedeného navrhovateľovi vyplýva v súlade s gramatickým a logickým výkladom, že služby sa majú poskytovať pri súčasnej realizácii diel pre kontrolovaného (MF SR).
40. Vzhľadom na vyššie uvedené je navrhovateľovi evidentné, že **predmetom upraveného návrhu zmluvy má byť okrem iného aj zhotovovanie intelektuálnych a individualizovaných diel na základe požiadaviek kontrolovaného ako objednávateľa** (čo súčasne preukazuje, že nejde o službu bežne dostupnú na trhu). K tomu navrhovateľ dodáva, že cit.: *„Upravený návrh zmluvy však neobsahuje ani všeobecné - informatívne ustanovenia týkajúce sa podmienok zhotovenia diela na základe požiadaviek objednávateľa, a teda aj takýto Upravený návrh zmluvy je neurčitý, neúplný a nejasný. Ak by došlo k uzatvoreniu Upraveného návrhu zmluvy, nemožno takúto zmluvu považovať za uzavretú v súlade s ustanovením § 269 ods. 2 (druhá veta) Obchodného zákonníka, t.j. hľadalo by sa na ňu ako na neuzavretú (nevzniknutú). V ods. 1 čl. I Upraveného návrhu zmluvy síce Kontrolovaný odkazuje na článok II Upraveného návrhu zmluvy, ale ani tento neposkytuje odpoveď na otázku, čo je vlastne predmetom plnenia, a teda aj danej Zákazky. Predmetný odsek 1 čl. II len vágne uvádza nasledovné: „Poskytovateľ sa zaväzuje pre Objávateľa poskytovať plnenie v súlade s opisom predmetu zákazky podľa Prílohy č. 1 tejto Zmluvy a v zmysle projektových dokumentov vytvorených Objávateľom (ďalej len „Zadanie“), a to prostredníctvom špecialistov uvedených v Prílohe č. 3 tejto Zmluvy, ktorí spĺňajú minimálne požiadavky podľa prílohy č. 1 tejto Zmluvy (ďalej ako „Plnenie“)“. Ani citované ustanovenia neposkytujú odpoveď na otázku, čo je predmetom Upraveného návrhu zmluvy, a teda Zákazky - či len poskytovanie služieb alebo zhotovenie diela alebo ich kombinácia.“*
41. Keďže navrhovateľovi nie je zrejmé, čo presne tvorí predmet plnenia (t.j. či ide iba o služby alebo okrem služieb pôjde aj o dodanie diela/viacerych diel), nie je podľa jeho názoru možné zo strany poskytovateľa predložiť, resp. riadne „naceniť“ jednotlivé položky v prílohe č. 2 - „Návrh na plnenie kritérií“ predloženej v ponuke poskytovateľa, a tak riadne zodpovedať otázku týkajúcu sa určenia výšky odmeny za plnenie / vzniku nároku na fakturáciu podľa článku IV ods. 1 upraveného návrhu zmluvy.
42. Nakoľko navrhovateľ má za evidentné, že kontrolovaný neodstránil rozpor týkajúci sa plnenia predmetu zákazky, s uvedeným podľa jeho názoru súvisí aj rozpor/neplatnosť nastavenia zmluvných pokút v článku XI ods. 1 upraveného návrhu zmluvy, ktorý bol namietaný v bode 13. tabuľky, cit.: *„V prípade, ak je Poskytovateľ v omeškaní s plnením svojich povinností podľa tejto Zmluvy, je Objávateľ oprávnený účtovať Poskytovateľovi zmluvnú pokutu vo výške 250,- EUR (slovom: dvestopäťdesiat eur) za každý deň omeškania.“*. Keďže podľa navrhovateľa plnenie a ani povinnosti poskytovateľa neboli jednoznačne špecifikované, nemôže byť podľa jeho názoru platne zadefinovaná/dohodnutá zmluvná pokuta s ohľadom na prípadné porušenie takto vágne nastaveného plnenia. K tomu dodáva, že výška prípadnej zmluvnej pokuty musí odzrkadľovať hodnotu a význam konkrétnej a jasne určenej zabezpečovanej povinnosti; inak ju súd môže znížiť podľa § 301 obchodného zákonníka.

Z uvedeného mu vyplýva, že kontrolovaný zamietol návrh úpravy aj v tejto časti bodu 13. tabuľky a neplatne nastavenú zmluvnú pokutu neodstránil.

43. Z vyššie uvedeného podľa názoru navrhovateľa súčasne vyplýva, že aj napriek zadefinovaniu pojmu „projekt“ v ods. 2 preambuly nebol odstránený rozpor, či v rámci plnenia zákazky pôjde o realizáciu a implementáciu jedného projektu alebo viacerých projektov tak, ako to namietal v bode 15. tabuľky. Z uvedeného mu vyplýva, že kontrolovaný zamietol návrh úpravy aj v tejto časti bodu 15. tabuľky – návrh úpravy v opise predmetu zákazky v časti bodu 2, a to v celom rozsahu bez riadneho objasnenia.
44. Navrhovateľ v neposlednom rade uvádza, že kontrolovaný neodstránil rozpor ani v rámci požiadavky týkajúcej sa neobmedzeného poskytovania poradenstva a konzultácií zo strany poskytovateľa v rámci plnenia zákazky (ktorú riadne namietal v bode 16. tabuľky). K tomu navrhovateľ uvádza, že cit.: *„Ani Kontrolovaným upravená verzia Opisu predmetu zákazky v časti Technické požiadavky, t.j. v znení: „Poradenstvo a konzultácie v oblasti návrhu riešení podľa potrieb verejného obstarávateľa počas platnosti zmluvy“, neodstránila dôvod Navrhovateľovho namietania. Nadalej ide o neproporčnú požiadavku (ustanovenie) Kontrolovaného, v dôsledku čoho môže nastať situácia, že Poskytovateľ bude nepretržite poskytovať uvedené poradenské služby/konzultácie bez akéhokoľvek nároku na odmenu. Z uvedeného vyplýva, že Kontrolovaný zamietol návrh úpravy aj v tejto časti bodu 16. tabuľky v celom rozsahu.“*
45. Navrhovateľ má teda za to, že upravený návrh zmluvy neobsahuje dostatočne určité plnenie, práva a povinnosti zmluvných strán a iné zmluvné ustanovenia potrebné pre riadne plnenie zákazky, čo je podľa jeho názoru v rozpore s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedeného teda navrhovateľovi vyplýva, že kontrolovaný zamietol návrhy úprav v bode 2., 3., 7., 13., 15. a 16. tabuľky, a to v celom rozsahu.

Ad b) – odovzdanie zdrojových kódov / súvisiacej dokumentácie, zodpovednosť za vady, záruka

46. Navrhovateľ v rámci toho bodu poukazuje na to, že kontrolovaný v celom rozsahu zamietol jeho návrhy na zmenu návrhu zmluvy uvedené v bodoch 4., 5., 6. a 9. tabuľky (bod 14. tohto rozhodnutia) a že dôvodom nevyhovenia/zamietnutia týchto bodov má byť podľa kontrolovaného skutočnosť, že ide o zmluvné podmienky vo vzťahu k informatívnemu návrhu zmluvy, ktoré majú byť bližšie špecifikované v jednotlivých čiastkových návrhoch zmlúv vo vzťahu ku konkrétnym IT špecialistom.

K odovzdaniu zdrojových kódov / súvisiacej dokumentácie

47. Navrhovateľ v tejto časti námietok poukazuje na to, že kontrolovaný v upravenom návrhu zmluvy článok II, ods. 6 upravil nasledovne, cit.: *„Zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia budú priebežne ukladané a aktualizované Poskytovateľom vo verejnom repozitári zriadenom Objednávateľom.“*. K tomu navrhovateľ uvádza, že cit.: *„Keďže v praxi je bežne zaužívané, že zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia sa odovzdávajú pri protokolárnom odovzdaní celého diela/jeho časti (t.j. po ukončení konkrétnej dohodnutej etapy diela), zdrojové kódy a ani súvisiacu dokumentáciu nie je možné odovzdať kedykoľvek (na požiadanie Verejného obstarávateľa) počas plnenia Návrhu Zmluvy, nakoľko by mohla nastať situácia, že Kontrolovaný bude požadovať zdrojové kódy/dokumentáciu k Plneniu vopred, t.j. pred odovzdaním príslušnej časti plnenia, čo je zjavne nevyvážené v neprospech zhotoviteľa diela a v rozpore s platnou právnou úpravou. Z uvedeného vyplýva, že Kontrolovaný zamietol návrh*

úpravy aj v tejto časti bodu 4. tabuľky, kedy neodstránil namietaný rozpor a pôvodnú textáciu tohto ustanovenia opísal len iným opätovne zákonom rozporujúcim spôsobom. “.

K zodpovednosti za vady a k záruke - k prevzatíu plnenia

48. Navrhovateľ uvádza, že podľa bodu 5. tabuľky (tzn. článok II, ods. 9 upraveného návrhu zmluvy) a bodu 6. tabuľky (tzn. článok II, ods. 12 upraveného návrhu zmluvy) mal kontrolovaný v zmysle žiadosti o nápravu riadne zadefinovať: (i) postup pre prebratie (akceptáciu) a odovzdanie služby (ii) riadny postup pre prebratie (akceptáciu) a odovzdanie súvisiaceho diela, (iii) prípadne vykonanie akceptačných testov, (iv) klasifikáciu zistených vád podľa stupňa ich závažnosti, (v) odstraňovanie týchto vád, a to v súlade s bežne zaužívanou praxou, t. j. napr. zadefinovať vady plnenia na „Bežné/Kritické“ a určiť podmienky pre riadne odovzdanie/prevzatie plnenia. K tomu navrhovateľ dodáva, že cit.: „(...) štandardne sa pri IT zákazkách využívajú uvedené špecifikácie vád plnenia - vid' napr. vzorový návrh zmluvy o podpore prevádzke, údržbe a rozvoji informačného systému vydaný zo strany MIRRI na nasledovnom linku: <https://www.mirri.gov.sk/sekcie/informatizacia/riadenie-kvality-qa/riadenie-kvality-qa/index.html>).

Pre vylúčenie pochybností uvádzame, že na uvedenom linku sa nachádzajú vzorové návrhy zmlúv o dielo ako aj SLA zmlúv. “.

49. Vzápätí navrhovateľ poukazuje na to, že v bode 9. tabuľky (tzn. článok V, ods. 4 upraveného návrhu zmluvy) s ohľadom na bežne zaužívanú prax podľa vyššie uvedeného odkazu vzorových SLA zmlúv žiadal upraviť aj dĺžku záručnej doby vo vzťahu k autorským dielam dodaným v súlade so zákazkou, tzn. v rámci poskytovania programátorských prác. Navrhovateľ má však za to, že z upraveného návrhu zmluvy vyplýva, že kontrolovaný zamietol návrhy úprav v bode 5., 6. a 9. tabuľky v celom rozsahu a príslušné ustanovenia upraveného návrhu zmluvy ponechal v pôvodnom (nedotknutom) znení.

Ad c) – vysporiadanie autorských práv k existujúcim dielam

50. Navrhovateľ úvodom tohto bodu uvádza, že namietané ustanovenia návrhu zmluvy v bodoch 11. a 14. tabuľky (bod 14. tohto rozhodnutia) ostali ponechané v plnom rozsahu. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na článok VIII odsek 4 návrhu zmluvy/odsek 5 upraveného návrhu zmluvy, na článok XI odsek 5 návrhu zmluvy/upraveného návrhu zmluvy a na doplnený ods. 2 do článku VIII upraveného návrhu zmluvy (body 123, 124 a 126 tohto rozhodnutia).
51. Navrhovateľ má za to, že predmetné ustanovenia sú absolútne v rozpore so zákonným vysporiadaním autorskoprávnej ochrany podľa zákona č. 185/2015 Z. z. autorský zákon v platnom znení (ďalej len „autorský zákon“). Z oznámenia o vybavení žiadosti o nápravu a ani úpravy súťažných podkladov (doplnením nového ods. 2 do článku VIII) podľa názoru navrhovateľa aj naďalej výslovne nevyplýva skutočnosť, že kontrolovaný má v súlade s autorským zákonom riadne vysporiadané autorské práva k už existujúcim autorským dielam, v rámci ktorým má dôjsť k poskytovaniu služieb v zmysle tejto zákazky. Pre vylúčenie pochybností k tomu navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný v rámci plnenia zákazky v súťažných podkladoch výslovne neuviedol, že plnením zákazky by nemalo dôjsť k zásahom do už existujúcich autorských diel.
52. Navrhovateľ vzápätí poukazuje na § 18 ods. 2 písm. c) autorského zákona, v zmysle ktorého má autorské práva k dielu ten poskytovateľ/zhotoviteľ, ktorý dielo zhotovil. Poskytovateľ môže disponovať autorskými právami k dielam iných zhotoviteľov (poskytovateľov) len v prípade udelenia autorských práv (poskytnutím licencie) zo strany autora diela. Za

neudelenie autorských práv však podľa názoru navrhovateľa nemôže zodpovedať poskytovateľ, ktorý dielo nezhotovil a autor diela mu neudelil autorské práva. Podľa navrhovateľa teda ide o neplatné a nevynútiteľné ustanovenie.

53. Navrhovateľ má o. i. za to, že ani z oznámenia o vybavení žiadosti o nápravu nie je zrejmé, či kontrolovaný disponuje výlučným právom zasahovať do akéhokoľvek už existujúceho software(u) a či je oprávnený udeliť navrhovateľovi súhlas (oprávnenie) s takýmto zásahom (do už existujúcich software(ov) - ide najmä o software(y) predstavujúce „cudzie“ informačné systémy, ktoré zhotovil subjekt odlišný od poskytovateľa, ktorý sa stane úspešným uchádzačom), ktorý je podľa jeho názoru potrebný pre riadne plnenie zákazky spočívajúcej v poskytovaní informačných služieb.
54. Navrhovateľ ďalej uvádza, že cit.: *„Keďže je zrejmé, že v praxi možno dôvodne očakávať zásah/úpravu/poskytovanie služieb v rámci už existujúcich autorských diel, Navrhovateľ trvá na doplnení predmetného vyhlásenia Kontrolovaného (podľa Navrhovateľom uvedenej námietky k bodu II. tabuľky), ktoré by vysporiadalo aj samotnú otázku nakladania s akýmikoľvek už existujúcimi autorskými dielami (vrátane externých diel - cudzích zdrojov dát/informačných systémov, ktoré pre Kontrolovaného dodali iní dodávatelia na základe predchádzajúcej obchodnej spolupráce. S takýmto vyhlásením nemôže mať Kontrolovaný žiaden problém, ak chce vo vzťahu k poskytovateľovi ako budúcemu spolupracujúcemu partnerovi v danej Zákazke vystupovať korektne a preukázať, že všetky autorské práva vo vzťahu k akýmkoľvek už existujúcim autorským dielam má vysporiadané, a to obzvlášť v prípade, keď Kontrolovaný v Súťažných podkladoch poukazuje na projekty/vytvorené IT systémy v rámci agendy ako je napr. finančný sektor, či úseky: (i) Tvorba a realizácia štátneho rozpočtu, (ii) Politika spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére.“*
55. Vzhľadom na uvedené má navrhovateľ za to, že úprava ochrany autorských práv v znení upraveného návrhu zmluvy je nedostatočná pre účely preukázania skutočnosti, že kontrolovaný má vo vzťahu k už existujúcim informačným systémom (v nadväznosti, na ktoré by sa malo alebo mohlo realizovať plnenie podľa upraveného návrhu zmluvy), riadne vysporiadané autorské práva pôvodného zhotoviteľa takýchto informačných systémov. Navrhovateľ v rámci toho poukazuje na to, že kontrolovaný nad rámec žiadosti o nápravu doplnil nový ďalší ods. 2 do článku VIII upraveného návrhu zmluvy, avšak nedoplnil navrhovateľom požadované vyhlásenie, v zmysle ktorého by kontrolovaný čestne prehlásil, že vo vzťahu k už existujúcim autorským dielam (vo vzťahu ku ktorým sa má alebo môže poskytovať plnenie/služby podľa tejto zákazky) má riadne vysporiadané všetky autorské práva.
56. Absencia deklarácie vysporiadania autorských práv k už existujúcim autorským dielam „en bloc“ zo strany kontrolovaného môže mať podľa názoru navrhovateľa pre úspešného uchádzača - poskytovateľa v čase plnenia „Zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ nepriaznivé následky vo forme dodatočných povinností v súvislosti so získaním oprávnenia na zásah do akýchkoľvek existujúcich autorských diel. K tomu dodáva, že cit.: *„Zo znenia Upraveného návrhu zmluvy analogicky vyplýva, že Navrhovateľ by mal sám na vlastné náklady obstaráť súhlas vykonávateľov autorských práv k software(u) tvoriacemu informačný systém, ktorý bude alebo v budúcnosti môže s predmetom plnenia tejto Zákazky súvisieť, a to najmä pre účely plnenia Zákazky. Táto podmienka je však nevykonateľná a v rozpore so ZVO.“*
57. Navrhovateľ v rámci toho v poslednom rade uvádza, že cit.: *„V prípade, ak Kontrolovaný nebude mať riadne vysporiadané autorské práva k plneniu predmetu Zákazky (a počas plnenia*

Zákazky dôjde k porušeniu autorských práv k už existujúcim autorským dielam), všetky a akékoľvek škody vrátane nároku Kontrolovaného na uplatnenie zmluvných pokút podľa bodu 14. tabuľky (t.j. zmluvná pokuta vo výške 10 000 EUR za každé jednotlivé porušenie povinnosti podľa ods. 5 článku VIII Upraveného návrhu zmluvy) týkajúce sa porušenia povinnosti vysporiadať autorské práva, znáša poskytovateľ v celom rozsahu, a to bez ohľadu na skutočnosť, že vysporiadanie autorských práv k už existujúcim autorským dielam má v zmysle Autorského zákona zabezpečiť Kontrolovaný a nie poskytovateľ.“.

58. Vzhľadom na rozpor so zákonom o verejnom obstarávaní a nejasnosť úprav kontrolovaného navrhovateľ o. i. žiada o (i) nápravu v tejto časti námietok tak, ako je uvedené v bode 11. a 14. tabuľky (bod 14. tohto rozhodnutia) a súčasne (ii) odstrániť v celom rozsahu doplnený odsek 2 v čl. VIII upraveného návrhu zmluvy, keďže z uvedeného nevyplýva vo vzťahu „k čomu“ má kontrolovaný disponovať majetkovými právami, pričom podľa navrhovateľa nie je zrejmé, či plnením zákazky má vôbec dôjsť aj k zhotoveniu diela(diel). Navrhovateľ má za to, že tento odsek v žiadnom smere nenahrádza ním požadované vyhlásenie kontrolovaného týkajúce sa riadneho vysporiadania autorských práv k už existujúcim autorským dielam, vo vzťahu ku ktorým môže dôjsť k poskytovaniu služieb/programátorských prác podľa tejto zákazky.

Ad d) – namietaný rozpor s princípmi verejného obstarávania

59. Vyššie uvádzané „zanedbanie“ autorskoprávnej ochrany vo vzťahu k už existujúcim autorským dielam „en bloc“ predstavuje podľa názoru navrhovateľa hrubé porušenie základných princípov verejného obstarávania, cit.: „

- *Podmienky sú v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania, nakoľko pôvodní dodávatelia už existujúcich autorských diel (cudzích informačných systémov /softvérov /zdrojov dát) disponujú jeho podrobnou technickou znalosťou, zdrojovými kódmi software(u) a ďalšími unikátnymi znalosťami, ktoré sa Kontrolovaný nezaviazal poskytovateľovi poskytnúť.*
- *Podmienky plnenia Zákazky porušujú princíp transparentnosti, nakoľko pod predmetom Zákazky je fakticky zahrnuté aj vysporiadanie chýbajúcich autorskoprávných oprávnení Kontrolovaného vykonávať zásahy aj do akéhokolvek iného už existujúceho software(u) (a umožniť vykonávanie týchto zásahov ďalším poskytovateľom/IT špecialistom), pričom toto vysporiadanie má byť analogicky vykonané na náklady Navrhovateľa a jeho cena tak musí byť netransparentne zahrnutá do cien iných položiek. Zároveň uvedené - zásah do už existujúcich autorských diel - Kontrolovaný výslovne v rámci súťažných podkladov nevyhlásil. Nezohľadnením špecifik Zákazky, Kontrolovaný môže zapríčiniť, že na získanie obstarávaného plnenia budú musieť byť vynaložené omnoho vyššie náklady (vo finančnej i časovej rovine, ako i administratívne náklady) než sú reálne nevyhnutné na obstaranie požadovaných služieb, čím Kontrolovaný porušuje princíp proporcionality.*
- *Takto nastavené podmienky verejnej súťaže rovnako evokujú dojem, že sú diskriminačné, nakoľko môžu zvýhodňovať zhotoviteľa/dodávateľa už existujúcich autorských diel (vo vzťahu ku ktorým sa budú poskytovať služby IT špecialistov podľa Zákazky), ktorý môže:*
 - a) *odmietnuť poskytnúť Navrhovateľovi svoj súhlas so zásahom do pôvodných autorských diel;*
 - b) *podmieniť poskytnutie súhlasu Kontrolovaného so zásahmi do pôvodných autorských diel, a to splnením dodatočných finančných podmienok, ktoré ponuku Navrhovateľa urobia nekonkurencieschopnou;*

- c) *vopred získať informácie o okruhu uchádzačov, ktorí ho oslovia so žiadosťou o udelenie požadovaných súhlasov so zásahmi do pôvodných autorských diel a podľa toho prispôbiť svoju vlastnú ponuku;*
- d) *absolútne brániť splneniu Zákazky každému potenciálnemu záujemcovi, ktorý nie je pôvodným dodávateľom/poskytovateľom alebo nezískal súhlas so zásahmi do pôvodných autorských diel od pôvodného dodávateľa.“.*

60. Navrhovateľ v rámci toho uvádza, že za predpokladu, že ide o nedostatočné zabezpečenie autorských práv k pôvodným autorským dielam, ktoré sa môžu použiť pri poskytovaní služieb podľa tejto zákazky, uvedené ho a iných záujemcov, ktorí nie sú schopní získať súhlas pôvodného dodávateľa software(u) alebo iného autorského diela (napríklad z dôvodu nedostatku jeho súčinnosti či neprimeraných podmienok, ktoré si stanoví) núti hľadať riešenia, ktoré sú neproporčné k cieľu, ku ktorému má celý proces verejného obstarávania smerovať.
61. Uvedené teda v navrhovateľovi evokuje dojem, že kontrolovaný nezabezpečil rovnaké šance pre všetkých záujemcov a nepriamo mohol zvýhodniť pôvodného dodávateľa už existujúceho autorského diela/informačného systému/software(u) oproti ostatným záujemcom právnymi a faktickými okolnosťami, keďže (i) sám kontrolovaný neudelil autorskoprávne oprávnenia na vykonávanie zásahov do všetkých už pôvodne existujúcich autorských diel, a (ii) ponechal vysporiadanie takýchto autorských práv s „*tretími osobami*“ na poskytovateľa plnenia zákazky, a teda túto otázku v súťažných podkladoch nevyriešil. V dôsledku uvedeného je podľa názoru navrhovateľa možné konštatovať, že záujemcovia tak nemôžu rovnocenne konkurovať cene, ktorú môžu ponúknuť pôvodní dodávateľia iných, už existujúcich autorských diel, ako (jediné) subjekty oprávnené na neobmedzenú dispozíciu s autorskými právami.
62. Súčasne navrhovateľ poukazuje aj na metodické usmernenie úradu č. 1-2017, reagujúce na situáciu, kedy záujemca musí splniť záväzok alebo sankciu verejného obstarávateľa z iného zmluvného vzťahu a pri príprave ponuky musí kalkulovať aj s „*cudzím prvkom*“, a to bez garancie návratnosti takto vynaložených prostriedkov. V danom prípade by podľa názoru navrhovateľa záväzok a sankciu mohlo predstavovať zaplatenie odplaty za získanie autorskoprávnych oprávnení poskytovateľom služieb a súčasné ručenie poskytovateľa za právnu bezchybnosť (plnenie bez právnych väd) poskytnutého plnenia v zmysle prílohy č. 1 zmluvy, cit.: „*(...) dochádza k porušovaniu princípov verejného obstarávania, najmä princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Okrem toho, takáto prax môže viesť k narušeniu hospodárskej súťaže, keďže ide o „umelé“ redukovanie počtu potenciálnych uchádzačov, ktoré môže viesť k tomu, že daný postup zadávania zákazky nevygeneruje pre verejného obstarávateľa, obstarávateľa výhodnú ponuku, čo v konečnom dôsledku môže byť v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania.*“. Navrhovateľ poukazuje aj na to, že z ustálenej súdnej praxe vyplýva, že k porušeniu zásady zákazu diskriminácie dochádza tiež nepriamou diskrimináciou, napríklad takým nastavením súťažných podmienok, ktorým by sa dosiahol v podstate rovnaký výsledok ako aplikáciou diskriminácie zjavnej.
63. V poslednej, tretej časti námietok navrhovateľ uvádza **zhrnutie** svojej argumentácie, a to nasledovne, cit.: „*S poukazom na vyššie uvedení argumentáciu má Navrhovateľ za to, že postupom Kontrolovaného bol porušený ZVO a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok Verejného obstarávania. V kontexte uvedeného Navrhovateľ namietá:*

- *postup zadania Zákazky prostredníctvom DNS uvedenom v bode 2. a nasl. časť I. - Všeobecné informácie v rámci Súťažných podkladov, nakoľko Kontrolovaným*

požadovaná služba (t.j. „programátorské práce“), predmetom ktorej má byť intelektuálne plnenie a je individualizovaná a vytváraná pre konkrétneho (verejného) objednávateľa na objednávku, a teda jeho potreby (t.j. softvér na objednávku), nespĺňa atribúty bežne dostupnej služby na trhu;

- podmienkam uvedeným v prílohe č. 4 Súťažných podkladov v časti týkajúcej sa Upraveného návrhu zmluvy tak ako je to uvedené v tabuľke v časti IV. Námietok, t.j. podmienky týkajúce sa najmä určenia predmetu plnenia, súvisiacej odmeny a zmluvných pokút za porušenie povinností súvisiacich s plnením Zákazky (čl. I. ods. 2 a 3, čl. II. ods. 1, čl. IV. ods. 1, čl. XI. ods. 1 Upraveného návrhu zmluvy ako aj jednotlivé body v rámci Opisu predmetu Zákazy); odovzdania zdrojových kódov/súvisiacej dokumentácie (čl. II. ods. 6 Upraveného návrhu zmluvy); zodpovednosti za vady, záruky a prevzatia plnenia (čl. II. ods. 9 a ods. 12, čl. V. ods. 4 a čl. IX ods. 4 Upraveného návrhu zmluvy); vysporiadania autorských práv (čl. VIII ods. 5, čl. XI ods. 5 Upraveného návrhu zmluvy) obsahujú nejasné až rozporné obchodné podmienky, ktoré spôsobujú nerovnováhu práv a povinností zmluvných strán, čím porušujú princíp hospodárnosti a efektívnosti, ako aj pravidlá poctivého obchodného styku, nakoľko nezabezpečujú Kontrolovanému nákup za čo najvýhodnejších ekonomických podmienok, bez plytvania kapacít Kontrolovaného, ako i bez privodenia neopodstatnených nákladov na strane Navrhovateľa;
- spornosť vysporiadania autorských práv k akýmkoľvek už existujúcim autorským dielam, vo vzťahu ku ktorým môže dôjsť k zásahom, úpravám, pri poskytovaní služieb podľa tejto Zákazky. Absencia vyhlásenia Kontrolovaného pre účely vysporiadania autorských práv vo vzťahu ku všetkým už existujúcim autorským dielam evokuje dojem, že ide o diskriminačné nastavenie podmienok Zákazky.“

64. S prihliadnutím na vyššie uvedené je navrhovateľovi zrejmé, že zo strany kontrolovaného došlo ku konaniu v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj so základnými princípmi verejného obstarávania, to tak v časti:

- a) použitia nesprávneho postupu pre zadanie tejto zákazky (t.j. DNS) uvedenom v súťažných podkladoch v bode 2, časti I. súťažných podkladov, ako aj
- b) v časti napádaných ustanovení upraveného návrhu zmluvy podľa prílohy č. 4 súťažných podkladov.

65. Keďže súťažné podklady, upravený návrh zmluvy a oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu vykazujú podľa navrhovateľa prvky svojvôle a verejné obstarávanie tým robia nekontrolovateľným, resp. nečitateľným, a tým aj nepreskúmateľným, táto skutočnosť podľa jeho názoru jednoznačne vedie k nevyhnutnosti (i) zrušiť postup zadávania zákazky prostredníctvom DNS, alternatívne (ii) odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne upraviť súťažné podklady v časti namietaných bodov návrhu zmluvy a upraveného návrhu zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR.

66. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti a predloženú vecnú a právnu argumentáciu navrhovateľ namieta, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní, pričom porušenie malo/má vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania. Uvedený postup, resp. konanie kontrolovaného je podľa názoru navrhovateľa právne neudržateľné nielen voči nemu, ale poškodzuje i samotného kontrolovaného, keďže v prípade nevyhovenia týmto námietskam nebude podľa navrhovateľa zabezpečené čo najhospodárnejšie vynaloženie verejných prostriedkov tak, ako to ukladá zákon o verejnom obstarávaní.

Petit námietok

67. Na základe vyššie uvedených skutočností **navrhovateľ žiada, aby úrad vydal nasledujúce rozhodnutie, cit.:** „*Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona (...) nariadiť uje Kontrolovanému (...) zrušiť použitý postup zadávania zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému a vyhlásiť nové verejné obstarávanie v súlade so ZVO.*“, **alternatívne, cit.:** „*Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona (...) nariadiť uje Kontrolovanému (...) odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne upraviť Súťažné podklady v časti namietaných bodov Návrhu zmluvy a Upraveného návrhu zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR, a to spôsobom navrhovaným v bodoch 2., 3., 4., 5., 6., 7., 9., 11., 12., 13., 14., 15. a 16. tabuľky podľa časti IV. Námietok, ako aj odstrániť ods. 2 čl. VIII. Upraveného návrhu zmluvy.*“.

Začiatok a priebeh konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného

68. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo dňa 16. 5. 2022.**
69. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po uplynutí tejto lehoty,
70. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní dorúčením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, sa rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
71. Úradu bol dňa 23. 5. 2022 doručený list kontrolovaného zo dňa 20. 5. 2022, označený ako „Vyjadrenie kontrolovaného k námietke a doručenie kompletnej dokumentácie k zákazke s názvom „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“, ktorým poskytol úradu svoje písomné vyjadrenie k námietkam v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (pozri body 74 až 101 tohto rozhodnutia) a ktorým doručil úradu aj listinnú časť dokumentácie z predmetného postupu zadávania zákazky. Súčasne toho istého dňa, kontrolovaný sprístupnil úradu elektronickú podobu dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu, t. j. do systému JOSEPHINE, a to v súlade s postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.
72. Vzhľadom na to, že úradu doručená dokumentácia nebola kompletná v zmysle § 24 ods. 1 a § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad dňa 2. 6. 2022 vydal rozhodnutie o prerušení konania č. 7679-6000/2022-OD-P, ktorým prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa podľa § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní a ktorým nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Účelom tohto rozhodnutia o prerušení konania podľa § 173 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní

bolo získať kompletnú dokumentáciu s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí kontrolovaného prijatých vo všetkých fázach predmetného verejného obstarávania s cieľom ustálenia skutkového stavu zo strany úradu pred vydaním tohto rozhodnutia vo veci samej. Predmetné rozhodnutie bolo kontrolovanému a navrhovateľovi doručené dňa 2. 6. 2022, pričom v tento deň nadobudlo právoplatnosť.

73. Dňa 9. 6. 2022 bol úradu doručený list kontrolovaného z toho istého dňa, označený ako „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ – zaslanie vyjadrenia a kompletnej dokumentácie v origináli v súvislosti s výkonom kontroly“, ktorým kontrolovaný doplnil úradu doručenú dokumentáciu z predmetného verejného obstarávania o chýbajúce doklady. V nadväznosti na to úrad konštatuje, že dňom 9. 6. 2022 disponoval kompletnou dokumentáciou, na podklade ktorej bolo možné preskúmať úkony uskutočnené kontrolovaným v priebehu zadávania predmetnej zákazky, a to na základe a v rozsahu námietok podaných navrhovateľom.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

Vyjadrenie kontrolovaného k časti I. námietok – k nesprávne zvolenému postupu zadávania zákazky

74. Kontrolovaný v úvode svojho vyjadrenia k prvej časti námietok poukazuje na časť I. „Všeobecné informácie“, bod 2. súťažných podkladov, v ktorom sú uvedené úvodné informácie o dynamickom nákupnom systéme (pozri bod 104. tohto rozhodnutia). Ďalej kontrolovaný poukazuje na bod 4. súťažných podkladov, v ktorom podrobne uviedol povahu nákupov v DNS, t. j. opis a rozsah predmetu zákazky. V nadväznosti na to kontrolovaný poukazuje na znenie bodu 4.1 súťažných podkladov, kde je uvedené, že predmetom zákazky sú programátorské práce agilného vývoja na základe požiadaviek verejného obstarávateľa, vrátane súvisiacich služieb a činností. Pojem „programátorské práce“ pre účely tejto zákazky znamená najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, ktoré sú bližšie špecifikované v tomto opise predmetu zákazky. Poskytnutie programátorských prác, súvisiacich činností a služieb je nevyhnutné pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu „Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky“ (ďalej len „MDM MF SR“) v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov. Po úspešnej implementácii a realizácii projektu budú prostredníctvom vytvoreného IS zabezpečovať elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti MF SR nasledovné úseky, a to sú
- Financie,
 - Koordinácia štátnej pomoci,
 - Rozpočtovanie súhrnného schodku verejného rozpočtu,
 - Tvorba a realizácia štátneho rozpočtu,
 - Politika spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére,
 - Správa štátnych finančných aktív a štátnych finančných pasív Slovenskej republiky a
 - Jednotné účtovníctvo a účtovné výkazníctvo.
- Kontrolovaný vzápätí poukazuje na to, že predmetné DNS rozdelil do 8 kategórií:
- Kategória č. 1: Špecialista - IT analytik
 - Kategória č. 2: Špecialista - IT architekt
 - Kategória č. 3: Špecialista -IT programátor/vývojár
 - Kategória č. 4: Špecialista-IT tester
 - Kategória č. 5: Špecialista pre bezpečnosť IT
 - Kategória č. 6: Špecialista - Odborník pre IT dohľad
 - Kategória č. 7: Špecialista - Školiteľ pre IT systémy
 - Kategória č. 8: Špecialista - Projektový manažér IT projektu

pričom v bode 4.1.1. súťažných podkladov uviedol, že konkrétne zákazky v DNS bude zadávať samostatne pre jednotlivé kategórie v nepravidelných intervaloch a rôznom rozsahu v závislosti od aktuálnych potrieb. Kontrolovaný tiež poukazuje na to, že v bode 4.3 súťažných podkladov uviedol, že rozsah predmetu konkrétnej zákazky, podrobná špecifikácia, požadovaný počet špecialistov určených na plnenie zmluvy, predpokladaný maximálny počet človekohodín, konkrétne miesta poskytnutia predmetu zákazky, ako aj ostatné doplňujúce informácie budú súčasťou jednotlivých výziev v rámci zriadeného DNS, ktoré budú zaslané všetkým kvalifikovaným záujemcom podľa jednotlivých kategórií prostredníctvom systému JOSEPHINE.

75. Kontrolovaný vzápätí poukazuje na to, že cieľom vyhláseného DNS je zabezpečenie nedostatkových špecialistov v oblasti informačných technológií v rezorte Ministerstva financií Slovenskej republiky (ďalej len „MF SR“) a že jeho zámerom je získať krátkodobé i dlhodobé kapacity IT odborníkov na doplnenie vlastných implementačných tímov i pre riešenie konkrétnych projektov, hlavne IT analytikov, IT architektov, programátorov/vývojárov, ako aj ďalších IT špecialistov.
76. V tomto kontexte kontrolovaný vysvetľuje, že cit.: *„IT Contracting (niekedy tiež nazývaný IT bodyshop či „prenájom“ IT špecialistov) je stále častejšie používaný spôsob uspokojovania dopytu po niektorých IT špecialistoch. Tento spôsob spolupráce prináša rýchle výsledky v oblasti, pre ktorú bol „kontraktor“ prijatý, a navyše pri ňom dochádza k prenosu informácií, znalostí a zručností na vlastných zamestnancov spoločnosti. Kontrolovaný chce využiť IT Contracting pri aktivitách vykonávaných projektovým spôsobom, a keďže nemá dostatok voľných kapacít vlastných kmeňových zamestnancov, rozhodol sa IT špecialistov obstarávať formou DNS, nakoľko sa jedná o bežne dostupné pracovné pozície na IT trhu.“*
77. K navrhovateľom namietanému nesprávne zvolenému postupu zadania zákazky prostredníctvom DNS kontrolovaný uvádza, že pri klasifikácii predmetu zákazky z hľadiska posúdenia bežnej dostupnosti skúmal dostupnosť služieb v závislosti od rozsahu rozdelenia DNS na jednotlivé kategórie podľa pozícií IT špecialistov vo vzťahu k aktuálnym trhovým podmienkam. K tomu dodáva, že cit.: *„Služby IT špecialistov pre rôzne platformy sú predmetom činnosti minimálne desiatok personálnych spoločností, ako aj spoločností pôsobiacich v oblasti IT, poskytuje ich aj množstvo živnostníkov z oblasti IT v rámci Slovenskej republiky, pričom verejný obstarávateľ určil podmienky účasti tak, aby sa predmetného verejného obstarávania mohlo zúčastniť čo najviac hospodárskych subjektov. Jednotlivé pozície IT špecialistov si bez akýchkoľvek úprav poskytovaných služieb môžu obstarávať iní obstarávatelia alebo spotrebitelia alebo iné osoby na trhu.“*
78. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že podmienky bežnej dostupnosti služieb uvedené v ustanovení § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní, kde je stanovené, kedy sa služba považuje za bežne dostupnú, sú podľa jeho názoru naplnené. K tomu kontrolovaný uvádza, že cit.: *„Bežne dostupné služby sú tie, ktoré:*
- 1. nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,*
 - Kontrolovaný k tejto podmienke uvádza, že predmetom zákazky sú služby „bodyshoppingu“, teda dočasného prenájmu (chýbajúcich) pracovných síl v oblasti IT. Verejný obstarávateľ pre jednotlivé pozície nežadáva špecifické požiadavky, naopak, požaduje služby bežne dostupných konzultantov (špecialistov), akých sa na trhu nachádzajú minimálne stovky len v rámci Slovenska.*

2. *sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, uskutočnené alebo poskytnuté a zároveň — t. j. neboli špecifikované jedinečné požiadavky,*
 - *Kontrolovaný nešpecifikuje jedinečné požiadavky na jednotlivých konzultantov (špecialistov), naopak, prehľadne a systematicky zatrieduje špecialistov podľa oblastí, ktorým sa venujú a v týchto poskytujú svoje služby, či už privátnym alebo verejným zákazníkom.*
3. *sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, uskutočňované alebo poskytované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, uskutočňované alebo poskytované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu — t. j. nebolo potrebné ich upraviť (vlastnosti, podobu).*
 - *Kontrolovaný požaduje služby výlučne v podobe, ktorej sú poskytované aj iným subjektom na trhu bez akýchkoľvek špecifických požiadaviek. Konzultant (špecialista) v určitej oblasti vie takého služby poskytovať bezo zmeny akémukoľvek inému obstarávateľovi, spotrebiteľovi alebo privátnemu zákazníkovi.“.*

79. V tejto súvislosti kontrolovaný poukazuje na dokument „Metodika zadávania zákaziek – 4. verzia“,² ktorý vydal úrad, v ktorom je o. i. uvedené, cit.: „(...) DNS je elektronický proces určený na obstarávanie tovaru, stavebných prác alebo služieb bežne dostupných na trhu definovaných minimálne v rozsahu skupiny podľa slovníka obstarávania, ktorých charakteristiky spĺňajú požiadavky verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Na rozdiel od podlimitného elektronického trhu, ktoré je určené na obstarávanie bežne dostupných tovarov alebo služieb, DNS nie je založený na anonymite verejného obstarávateľa a záujemcov/uchádzačov, ani na úplnej automatizácii vyhodnocovania ponúk. Na základe toho umožňuje proces vysvetľovania súťažných podmienok, hodnotenia ponúk pred uzavretím zmluvy, vyžaduje dlhšie minimálne lehoty na predkladanie ponúk a umožňuje uplatňovanie revízných nástrojov. V tomto prípade je relevantné aj určovanie podmienok účasti ako kvalifikačných predpokladov na zaradenie do DNS. V porovnaní s podlimitným elektronickým trhoviskom tak ide o univerzálnejší nástroj, ktorý je možné použiť aj na určité typy zákaziek na stavebné práce, ako aj služby intelektuálneho charakteru (...).“.

80. Kontrolovaný tiež uvádza, že úrad v metodickom usmernení č. 11809-5000/2018 zo dňa 1. 10. 2018 k problematike bežnej dostupnosti uviedol, cit.: „Vzhľadom na konštrukciu zákonnej definície „bežnej dostupnosti“, táto sa bude vždy posudzovať „ad hoc“, v závislosti od daného prípadu. Z uvedeného vyplýva, že verejný obstarávateľ v rozhodnom čase výberu postupu zadávania zákazky musí sám určiť, či ním požadovaný predmet zákazky (v danom prípade príslušné služby verejného obstarávania) napĺňa svojou charakteristikou a podmienkami použitia podmienky bežnej dostupnosti podľa zákona o verejnom obstarávaní.“.

81. Kontrolovaný ďalej uvádza, že podmienky podľa § 2 ods. 6 a 7 zákona o verejnom obstarávaní sú podporným pravidlom a hovoria, že bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami a službami podľa odseku 5 písm. o) sú najmä tovary, stavebné práce a služby určené na uspokojenie bežných prevádzkových potrieb verejného obstarávateľa, sú to najmä tovary a služby spotrebného charakteru. K tomu dodáva, že tieto podmienky sú len demonštratívne, čo podľa jeho názoru vyplýva z použitia pojmu „najmä“.

² Predmetný dokument je dostupný na stiahnutie na nasledovnom odkaze:

<https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/metodika-zadavania-zakaziek-5ae.html>.

82. Ďalej kontrolovaný poukazuje na to, že cit.: „Ako príklad bežnej dostupnosti pri tomto type služby kontrolovaný uvádza realizáciu verejného obstarávania v Českej republike, kde zadávateľ Nemocnica na Homolce obstaráva služby bodyshoppingu (dočasného prenájmu pracovnej sily v oblasti IT pre jednotlivé pracovné pozície) odkaz na uvedení zákazku je <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0001188/zakazka/336453>“.

83. Kontrolovaný poukazuje aj na skutočnosť, že v určenej lehote na predkladanie žiadostí o účasť (prvotná kvalifikácia), t. j. v termíne do 20. 5. 2022 do 10:00 hod. mu bolo prostredníctvom elektronického systému JOSEPHINE doručených 15 žiadostí o účasť, a to vrátane žiadosti o účasť doručenej navrhovateľom, ktorý podal námietky. Uvedené podľa kontrolovaného naznačuje veľký záujem hospodárskych subjektov o realizáciu takého typu súťaže.

84. Na základe uvedeného má kontrolovaný za to, že postup, ktorý zvolil pri zadávaní zákazky „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“, a to zriadenie DNS podľa § 58 až 61 zákona o verejnom obstarávaní je správny a je v súlade s týmto zákonom. K tomu dodáva, že cit.: „Jedná sa o agilný, otvorený spôsob obstarávania vhodný pre tento typ zákazky. Kontrolovaný má za to, že tvrdenie navrhovateľa, že zvoleným postupom bol porušený zákon a porušenie mohlo mať/má vplyv na výsledok verejného obstarávania je neopodstatnené.“.

Vyjadrenie kontrolovaného k časti II. námietok – k nezákonnosti podmienok stanovených v návrhu zmluvy

K bodu a) námietok – k predmetu plnenia

85. Kontrolovaný v rámci vyjadrenia k bodu a) námietok konštatuje, že navrhovateľ v tejto časti námietok napáda najmä predmet plnenia vo väzbe na opis predmetu zákazky, ktorý je podľa neho neurčitý, nejasný a neúplný a podľa názoru navrhovateľa nie je možné určiť, či predmetom zmluvy, a teda aj samotnej zákazky je poskytovanie služieb alebo zhotovenie diela alebo ich kombinácia, pričom napáda výšku zmluvných pokút a že namieta, že nevie naceniť jednotlivé položky z dôvodu nejasného predmetu plnenia.

86. Kontrolovaný v nadväznosti na uvedené poukazuje na to, že v oznámení o vybavení žiadosti o nápravu ako aj vo vysvetleniach informácií potrebných na vypracovanie žiadosti o účasť uviedol a vysvetlil nasledovné, cit.: „

- *Predmetom zmluvy, ktorá bude uzatvorená na základe konkrétnej výzvy na predkladanie ponúk bude poskytovanie služieb. Presná špecifikácia - podrobný Opis predmetu zákazky vrátane doby plnenia bude uvedená v každej konkrétnej výzve na predkladanie ponúk. Plnenie bude poskytované vždy jedným poskytovateľom. Zmluva, ktorá tvorí prílohu č. 4 súťažných podkladov má informatívny charakter, čo je uvedené aj v záhlaví Prílohy č. 4 červenou farbou cit:... INFORMATÍVNY DOKUMENT Všeobecné upozornenie!!! Tu uvedené zmluvné podmienky sú iba informatívneho charakteru. Verejný obstarávateľ môže zmluvné podmienky v rámci príslušných kategórií IT špecialistov meniť a prispôbovať podľa svojich skutočných potrieb v čase vyhlasovania jednotlivých výziev na predkladanie ponúk v rámci zriadeného DNS....*
- *Verejný obstarávateľ vo viacerých bodoch uvádza, že zmluva má informatívny charakter.“.*

87. Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že konkrétne zmluvné podmienky budú súčasťou každej jednotlivo uzavretej zmluvy v súlade s vyhlásenou výzvou na predkladanie ponúk pre dané kategórie IT špecialistov, vrátane úpravy sankcie za omeškanie s poskytnutím plnenia v prípade, ak bude takáto úprava relevantná. Poukazuje aj na to, že v prípade omeškania je poskytovateľ povinný uhradiť zmluvnú pokutu, ktorej výška sa bude odvíjať od hodnoty konkrétneho, ním poskytovaného plnenia a že k omeškaniu nedôjde, ak objednávateľ neposkytne poskytovateľovi potrebnú súčinnosť. Kontrolovaný ďalej uvádza, že to platí aj pre úpravu sankcie za porušenie povinnosti mať vysporiadané autorské práva, ak bude takéto porušenie prichádzať do úvahy. Kontrolovaný má za to, že je prirodzené, že sa snaží predísť možným porušeniam zákona zo strany poskytovateľa, na ktoré nemá dosah a že poskytovateľ nesmie použiť ako súčasť plnenia dokumenty iných autorov, ktoré sú chránené právom z priemyselného alebo iného duševného vlastníctva a na použitie ktorých nezískal predchádzajúci súhlas autora. K tomu dodáva, že v prípade porušenia tejto povinnosti je poskytovateľ povinný uhradiť zmluvnú pokutu, ktorej výška sa bude odvíjať od hodnoty konkrétneho plnenia.
88. Kontrolovaný ďalej k nemožnosti nacenenia jednotlivých položiek z dôvodu nejasného predmetu plnenia uvádza, že pri predložení žiadosti o účasť, záujemca nenaceňuje žiadne položky, ale že záujemca predkladá iba dokumenty v súlade s bodom 10. „Obsah žiadosti o účasť“ súťažných podkladov. Kontrolovaný ďalej vysvetľuje, že cit.: *„Uchádzač až pri predložení ponuky na základe konkrétnej výzvy na predkladanie ponuky, kde bude aj uvedený konkrétny opis predmetu zákazky, predkladá Návrh na plnenie kritéria (Príloha č. 2 výzvy), kde uvedie jednotkovú cenu za 1 ľudskohodinu poskytovaných služieb IT špecialistu. Za ľudskohodinu sa rozumie čistý čas jednej osoby (IT špecialistu) o dĺžke 60 minút strávený poskytovaním služby. Cena celkom bude určená ako súčin predpokladaného počtu ľudskohodín a ceny za 1 ľudskohodinu.“*
89. V tejto súvislosti kontrolovaný poukazuje na to, že za účelom ujasnenia predmetu zákazky / zmluvy doplnil do preambuly zmluvy bod 2: *„Na účel tejto zmluvy pojem „programátorské práce“ znamená najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, bližšie špecifikované v opise predmetu zákazky, ktoré budú vykonávať zamestnanci, resp. tretie osoby poskytovateľa na základe požiadaviek Objednávateľa v súvislosti s realizáciou a implementáciou Projektu Manažment údajov Ministerstva financií (ďalej v texte zmluvy ako „projekt“). Projekt bude realizovaný predovšetkým vlastnými kapacitami Objednávateľa. Pri aktivitách vykonávaných projektovým spôsobom, IT špecialisti budú poskytovať plnenie v prípadoch, kedy nebudú vlastné kapacity Objednávateľa dostatočné.“*
90. Kontrolovaný v tomto kontexte uvádza, že rovnako aj z doplneného odseku v článku VIII. (odsek 2) návrhu zmluvy v znení, cit.: *„Pre majetkové práva Objednávateľa sa bude uplatňovať obdobný režim, ako pri zamestnaneckom diele, okrem ustanovenia § 90 ods. 9 Autorského zákona.“*, malo byť uchádzačom zrejmé, že externí „zamestnanci“ sa budú spolupodieľať na realizácii a implementácii IT projektov, resp. informačných systémov, ktorými disponuje/bude disponovať verejný obstarávateľ, vrátane majetkových práv k týmto informačným systémom. K tomu dodáva, že cit.: *„Teda že poskytovateľ nebude samostatne výlučne svojimi vlastnými kapacitami pre objednávateľa vytvárať konkrétny informačný systém. Autorský zákon priamo zakotvuje, že majetkové práva zamestnanca k dielu vykonáva zamestnávateľ. Režim zamestnaneckého diela sa vzťahuje nielen na „kmeňových“ zamestnancov ale aj externých zamestnancov. V zmluve, ktorá bude výsledkom príslušnej výzvy na predloženie konkrétnej ponuky v príslušnej kategórii, bude podrobne opísaná:“*

- „pracovná pozícia“ a určené úlohy, ktoré má špecialista splniť,
- odmena za poskytovanie služieb,
- vady a zodpovednosť,
- mlčanlivosť,
- zmluvné pokuty, pričom suma zmluvnej pokuty bude primeraná a pri jej určení bude verejný obstarávateľ zohľadňovať druh práce, sumu odmeny a tiež dôsledky porušenia povinnosti a s tým súvisiacu škodu,
- ďalšie zmluvné podmienky.“.

91. Na základe vyššie uvedeného má kontrolovaný za to, že navrhovateľ nechápe základnú podstatu dynamického nákupného systému a trvá na tom, že už v tejto fáze DNS musí byť predmet zákazky ako aj zmluvné podmienky zadefinované jednoznačne a určito, ako je to obvyklé napr. pri čiastkových zmluvách uzatváraných na základe rámcovej dohody. Kontrolovaný má za to, že cit.: *„Základný rozdiel spočíva v tom, že pri dynamickom nákupnom systéme je v súťažných podkladoch uvádzaná len povaha predmetu zákazky a presná špecifikácia predmetu zákazky sa určuje až pri konkrétnej zákazke, naproti tomu pri rámcovej dohode sa čiastkové zmluvy zadávajú na základe opisu predmetu zákazky špecifikovaného už v súťažných podkladoch. Výhodou dynamického nákupného systému oproti rámcovej dohode je, že do dynamického nákupného systému sa môžu kvalifikovať „nové“ hospodárske subjekty v podstate kedykoľvek počas celej jeho platnosti. Dynamický nákupný systém je možné rozdeliť na kategórie, tak ako ho rozdelil kontrolovaný bez potreby konkrétneho špecifikovania predmetu zákazky.“.*

K bodu b) námietok – k odovzdaniu zdrojových kódov / súvisiacej dokumentácie, k zodpovednosti za vady, k záruke

92. K odovzdaniu zdrojových kódov/súvisiacej dokumentácie kontrolovaný uvádza, že cit.: *„Keďže informačný systém / softvérové dielo, na ktorého vývoji, implementácii, ďalšom rozvoji a/alebo údržbe sa bude spolupodieľať aj poskytovateľ, bude vždy vo vlastníctve objednávateľa, je nevyhnutné, aby zdrojové kódy boli v držbe objednávateľa a poskytovateľ ich musí priebežne odovzdávať objednávateľovi. Zdrojové kódy budú poskytovateľovi, teda jeho IT špecialistom dostupné v repozitári zriadenom objednávateľom a budú nimi menené/upravované podľa aktuálnych požiadaviek objednávateľa. Zodpovednosť za riadne vykonanie zadaného Plnenia bude na strane Poskytovateľa. Akceptačný proces zabezpečí, aby projektový manažér objednávateľa neprevzal Plnenie, ktoré pri jeho odovzdaní vykazuje zjavné vady. Poskytovateľ zodpovedá za skryté vady, ktoré sa neprejavili pri odovzdaní Plnenia a objednávateľ ani pri vynaložení odbornej starostlivosti nemohol posúdiť, že plnenie vykazuje vady, zjavné pri odovzdaní Plnenia.“.*

93. K zodpovednosti za vady a k záruke kontrolovaný uvádza nasledovné. Vzhľadom na skutočnosť, že príloha č. 4 súťažných podkladov „Návrh Zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ má informatívny charakter, kontrolovaný uvádza, že konkrétne zmluvné podmienky (ak budú relevantné) budú súčasťou každej jednotlivo uzavretej zmluvy v súlade s vyhlásenou výzvou na predkladanie ponúk pre dané kategórie špecialistov, vrátane úpravy zodpovednosti za vady a dĺžky záručnej doby (opäť len, ak bude takáto úprava v konkrétnom prípade relevantná), a to v závislosti od charakteru výstupov vypracovaných IT špecialistom. Ako už kontrolovaný uviedol, podľa bodu 4.3. súťažných podkladov rozsah predmetu konkrétnej zákazky, podrobná špecifikácia, požadovaný počet špecialistov určených na plnenie zmluvy, predpokladaný maximálny počet človekohodín, konkrétne miesta poskytnutia predmetu zákazky, ako aj ostatné doplňujúce informácie budú súčasťou

jednotlivých výziev v rámci zriadeného DNS, ktoré budú zaslané všetkým kvalifikovaným záujemcom podľa jednotlivých kategórií prostredníctvom systému JOSEPHINE.

94. V tejto súvislosti kontrolovaný poukazuje na rozhodovaciu prax Rady úradu k otázke zmluvných podmienok stanovených verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom v návrhu zmluvy, prezentovanú napr. v rozhodnutí č. 7929-9000/2019 zo dňa 17. 6. 2019.
95. Kontrolovaný má za to, že v súťažných podkladoch pre zriadenie DNS poskytol záujemcom, vrátane navrhovateľa, všetky objektívne informácie potrebné pre to, aby sa každý hospodársky subjekt rozhodol, či požiada o zaradenie do DNS. Kontrolovaný taktiež poukazuje na to, že v súťažných podkladoch pre zriadenie DNS určil pravidlá, ktoré bude pri DNS uplatňovať pri dodržaní základných princípov verejného obstarávania.

K bodu c) námietok – k vysporiadaniu autorských práv k existujúcim dielam

96. Kontrolovaný k tomuto bodu námietok uvádza, že predmetom zmluvy je poskytovanie služieb IT špecialistov pri realizácii projektu „Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky“ podľa potrieb verejného obstarávateľa a že projekt bude realizovaný predovšetkým jeho vlastnými kapacitami, pričom pri aktivitách vykonávaných projektovým spôsobom, IT špecialisti budú poskytovať plnenie v prípadoch, kedy nebudú jeho vlastné kapacity dostatočné.
97. Požiadavka navrhovateľa, aby deklaroval vysporiadanie autorských práv k už existujúcim autorským dielam, je podľa názoru kontrolovaného neopodstatnená, nakoľko zodpovednosť za „dielo ako celok“ (ak vôbec vznikne) je na jeho strane, t. j. na strane verejného obstarávateľa. K tomu kontrolovaný dodáva, že v zmluve, ktorá bude výsledkom príslušnej výzvy na predloženie konkrétnej ponuky v príslušnej kategórii, bude podrobne opísaná:
- „pracovná pozícia“ a určené úlohy, ktoré má špecialisti splniť,
 - zodpovednosť za vady,
 - zmluvné pokuty, pričom suma zmluvnej pokuty bude primeraná a pri jej určení bude zohľadňovať druh práce, sumu odmeny a tiež dôsledky porušenia povinnosti a s tým súvisiacu škodu.
98. Kontrolovaný vzápätí konštatuje, že navrhovateľ vychádza z toho, že súčasťou plnenia má byť aj zhotovovanie diela, čo podľa jeho názoru potvrdzuje aj opis čiastkových činností v rámci jednotlivých kategórií, napríklad v kategórii č. 2, v rámci ktorej sa o. i. zadáva aj „Návrh IT architektúry na základe biznis a technických požiadaviek, príprava a prezentácia modelov IT architektúry“ alebo „tvorba a hodnotenie rôznych alternatív IT riešení a systémov MF SR a príprava odporúčaní optimalizácie ich riešenia“, v kategórii č. 5, v rámci ktorej sa o.i. zadáva aj „Návrh infraštruktúry verejných kľúčov (PKI) využívajúcich certifikačné authority vrátane použitia digitálnych podpisov“, ďalej v kategórii č. 8, v rámci ktorej sa o. i. zadáva aj „Návrh informačnej architektúry, návrh mapy stránok, toku obrazoviek“ a lebo „Tvorba, testovanie a iterácia prototypov“. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľov výklad je však účelový, bez akceptovania súvisiacich informácií a že smeruje k tomu, že z článku VIII návrhu zmluvy vyplýva, že predmetom zmluvy by mohlo byť aj zhotovenie diela v zmysle softvérového diela vytvoreného na zákazku. Kontrolovanému pritom z kontextu vyhlásenej zákazky, ako aj zo všetkých súvisiacich dokumentov jednoznačne vyplýva, že predmetom činnosti IT špecialistov nie je vytvorenie informačného systému/softvérového diela na zákazku, ale poskytovanie služieb v rámci určenom zmluvou s odbornou starostlivosťou tak, aby sa dosiahol hmotne zachytený výsledok činnosti určený v zmluve, ktorého výsledok je poskytovateľ povinný

odovzdať objednávateľovi a za ktorého riadne a včasné vykonanie v plnom rozsahu zodpovedá poskytovateľ.

K bodu d) námietok – k namietanému rozporu s princípmi verejného obstarávania

99. K poslednému bodu námietok kontrolovaný uvádza, že trvá na tom, že podmienky vyhláseného verejného obstarávania nie sú v rozpore s princípmi verejného obstarávania, nakoľko sú podľa jeho názoru rovnaké pre všetkých uchádzačov a nezvýhodňujú žiadneho z uchádzačov. Kontrolovaný poukazuje na to, že v súčasnosti disponuje viacerými informačnými systémami, ku ktorým získal majetkové práva minimálne v rozsahu podľa § 19 ods. 4 písm. a) až d) autorského zákona, vrátane práv na spracovanie diela, avšak ich prevádzku, resp. rozvoj, nie je schopný zabezpečiť vlastnými kapacitami. K tomu dodáva, že základnou podmienkou všetkých novo-obstarávaných informačných systémov je požiadavka na udelenie výhradnej, neodvolateľnej, časovo, vecne a miestne neobmedzenej licencie na všetky spôsoby použitia diela minimálne v rozsahu podľa § 19 ods. 4 písm. a) až d) autorského zákona. Preto tvrdenie navrhovateľa, že „pod predmetom Zákazky je fakticky zahrnuté aj vysporiadanie chýbajúcich autorskoprávných oprávnení Kontrolovaného vykonávať zásahy aj do akéhokoľvek iného už existujúceho software (a umožniť vykonávanie týchto zásahov ďalším poskytovateľom/IT expertom), pričom toto vysporiadanie má byť analogicky vykonané na náklady Navrhovateľa“, resp. že podmienky verejnej súťaže „môžu zvýhodňovať zhotoviteľa/dodávateľa už existujúcich autorských diel“, je podľa názoru kontrolovaného nesprávne.
100. Kontrolovaný ďalej uvádza, že podanú námietku považuje za neopodstatnenú a účelovú, čomu podľa jeho názoru nasvedčuje aj fakt, že navrhovateľ predložil žiadosť o účasť spolu s vyhlásením, že s podmienkami DNS súhlasí. Taktiež kontrolovaný považuje konanie navrhovateľa v tomto procese verejného obstarávania za špekulatívne, nakoľko jeho návrh na rozhodnutie o námietkach obsahuje návrh na zrušenie postupu DNS a alternatívne navrhovateľ navrhuje odstrániť protiprávny stav, a to konkrétne ním navrhnutou úpravou súťažných podkladov v časti namietaných bodov návrhu zmluvy a upraveného návrhu zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR.
101. V závere vyjadrenia k námietkam kontrolovaný uvádza, že postup, ktorý zvolil pri zadávaní zákazky je v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, ako aj s uplatňovaním agilného, užívateľsky orientovaného a otvoreného prístupu, ktorý uplatnil pri obstarávaní predmetných služieb. Podmienky vyhláseného verejného obstarávania podľa jeho názoru rešpektujú princípy verejného obstarávania, že zabezpečil transparentnosť procesu, dodržal princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, čím podľa jeho názoru vytvoril podmienky účinnej konkurencie medzi poskytovateľmi služby.

Zistenia úradu

Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné, k meritu námietok relevantné skutočnosti:

102. Kontrolovaný vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky s názvom „Zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2022/S 065-170634 dňa 1. 4. 2022 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 84/2022 dňa 4. 4. 2022 pod značkou 18448 - MUS. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného – verejný obstarávateľ v zmysle § 7 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a celkovej predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 1 473 760,00 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú

zákazku na poskytnutie služieb, zadávanú postupom užšej súťaže v zmysle § 67 so zriadením dynamického nákupného systému v intenciách ustanovení § 58 až § 61 zákona o verejnom obstarávaní. V predĺženej lehote na predkladanie žiadostí o účasť, t. j. do 20. 5. 2022 10:00 hod., predložilo kontrolovanému žiadosť o účasť 15 hospodárskych subjektov v postavení záujemcov, a to vrátane navrhovateľa. **V čase vydania tohto rozhodnutia sa postup zadávania predmetnej zákazky nachádza vo fáze vyhodnocovania predložených žiadostí o účasť, resp. o zaradenie do dynamického nákupného systému (ďalej len „DNS“).**

103. V oddiele II. „Predmet“, v bode II.1) „Rozsah verejného obstarávania“, v podbode II.1.4) „Stručný opis“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania je predmet zákazky stručne definovaný nasledovne, cit.: „Predmetom zákazky sú programátorské práce agilného vývoja vrátane súvisiacich služieb a činností, ktoré sú nevyhnutné pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov. Bližšia špecifikácia je uvedená v súťažných podkladoch. Verejný obstarávateľ rozdelil DNS do 8 kategórií.“.

104. V časti I. „Všeobecné informácie“, v bode 2. súťažných podkladov „Úvodné informácie o dynamickom nákupnom systéme“ je uvedené, cit.: „

2.1. Dynamický nákupný systém (ďalej len „DNS“) je v súlade so zákonom elektronický proces určený na obstarávanie tovaru, stavebných prác alebo služieb bežne dostupných na trhu definovaných minimálne v rozsahu skupiny podľa slovníka obstarávania, ktorých charakteristiky spĺňajú požiadavky verejného obstarávateľa.

2.2. DNS je rozdelený **do 8 kategórií** na základe charakteristík podľa bodu 4 týchto súťažných podkladov.

2.3. Pri obstarávaní v rámci DNS použije verejný obstarávateľ postup užšej súťaže.

2.4. DNS je tvorený dvomi fázami:

2.4.1. Predkladanie žiadostí o zaradenie do DNS – zaradený záujemca musí byť každý, kto požiada o zaradenie do príslušnej kategórie a splní podmienky účasti. Po preukázaní splnenia podmienok účasti je záujemca zaradený do DNS.

2.4.2. Realizácia konkrétnych zákaziek v zriadenom DNS – záujemca, ktorý požiadal o zaradenie do príslušnej kategórie a splnil podmienky účasti (zaradený záujemca) je verejným obstarávateľom vyzývaný na predloženie konkrétnej ponuky v príslušnej kategórii.

2.5. Cieľom zriadenia DNS a zadávania zákaziek v DNS je umožniť verejnému obstarávateľovi flexibilné zadávanie zákaziek v súlade so zákonom na základe svojich aktuálnych potrieb.

2.6. Na účely tohto verejného obstarávania (realizácia zriadenia DNS a zadávanie jednotlivých zákaziek v jeho rámci) bude použitý softvér na elektronizáciu zadávania verejných zákaziek JOSEPHINE. JOSEPHINE je webová aplikácia na doméne <https://josephine.proebiz.com> .“.

105. V bode 4. „Povaha nákupov v DNS / Opis a rozsah predmetu zákazky“ súťažných podkladov je predmet a rozsah predmetu zákazky zadefinovaný nasledovne, cit.: „

4.1. Predmetom zákazky sú programátorské práce agilného vývoja na základe nižšie uvedených požiadaviek verejného obstarávateľa, vrátane súvisiacich služieb a činností, bližšie uvedených v bode 4.1.2. a 4.1.3. Pojem „programátorské práce“ pre účely tejto zákazky znamená najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické,

grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, ktoré sú bližšie špecifikované v tomto opise predmetu zákazky. Poskytnutie programátorských prác, súvisiacich činností a služieb je nevyhnutné pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky (ďalej len „MDM MF SR“) v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov. Po úspešnej implementácii a realizácii projektu budú prostredníctvom vytvoreného IS zabezpečovať elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti MF SR nasledovné úseky:

- Financie,
- Koordinácia štátnej pomoci,
- Rozpočtovanie súhrnného schodku verejného rozpočtu,
- Tvorba a realizácia štátneho rozpočtu,
- Politika spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére,
- Správa štátnych finančných aktív a štátnych finančných pasív Slovenskej republiky,
- Jednotné účtovníctvo a účtovné výkazníctvo.

4.1.1.DNS je rozdelený do 8 kategórií. Verejný obstarávateľ bude zadávať konkrétne zákazky v DNS samostatne pre jednotlivé kategórie uvedené nižšie v nepravidelných intervaloch a rôznom rozsahu v závislosti od aktuálnych potrieb.

Kategória č. 1: Špecialista – IT analytik

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Získavanie a konzultácia obchodných (business) požiadaviek, vypracovanie návrhov nových IT riešení systémov a konzultácie pri následnej implementácii riešení a systémov MF SR,
- Príprava funkčných a technických požiadaviek pre implementáciu nových funkcionalít a IT systémov MF SR,
- Zabezpečenie návrhu a modelovanie business procesov podľa zadania vlastníkov procesov a kľúčových používateľov MF SR a priamo riadených organizácií MF SR,
- Participácia a súčinnosť pri zmenách a rozvoji informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Posudzovanie náročnosti plánovaných a vykonávaných zmien a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Zabezpečovanie kvality nad dizajnom IT riešení a systémov MF SR,
- Podieľanie sa na tvorbe analýzy rizík a návrhov na vysporiadanie sa s danými rizikami pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR,
- Poskytovanie analytických reportov pre rozhodovanie sa kľúčových používateľov a vlastníkov procesov,
- Posúdenie návrhov na zmenu alebo rozvoj informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72230000-6 Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj

Predpokladaný počet človekohodín je 1 792 počas trvania DNS.

Kategória č. 2: Špecialista – IT architekt:

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Tvorba komplexného popisu IT architektúry MF SR v súlade s príslušnými štandardami,
- Modelovanie architektúry IT riešení a systémov MF SR,
- Posudzovanie vhodnosti navrhnutých IT riešení a systémov MF SR s ohľadom na požiadavky MF SR,
- Mapovanie požiadaviek do návrhu funkčných IT riešení a systémov MF SR,
- Analýza súčasného a návrh budúceho stavu cieľovej architektúry IT riešení a systémov MF SR a definovanie požiadaviek a nárokov na cieľovú a tranzitnú architektúru s prihliadnutím na zámer a cieľ daného IT projektu,
- Analyzovanie požiadaviek na IT riešenie a systém MF SR a ich pretransformovanie do technických požiadaviek a architektonických dizajnov,
- Podieľanie sa na IT architektonických rozhodnutiach s prihliadaním na štandardy, aktuálne platnú legislatívu a najlepšie skúsenosti,
- Návrh IT architektúry na základe biznis a technických požiadaviek, príprava a prezentácia modelov IT architektúry a poskytovanie súčinnosti IT analytikom pri tvorbe návrhu IT riešení a systémov MF SR,
- Tvorba a hodnotenie rôznych alternatív IT riešení a systémov MF SR a príprava odporúčaní optimalizácie ich riešenia,
- Dohľad nad návrhmi zmien alebo rozvoja IT riešení a systémov MF SR,
- Tvorba základnej inštalácie a nastavenie testovacieho a produkčného prostredia a najmä implementáciu navrhovaných funkcionalít nového informačného systému Manažment údajov Ministerstva financií SR a Register finančných výkazov, realizáciu integrácií na iné interné aj externé IS a zároveň aj vytvorenie Integračného technického návrhu
- Udržiavanie a aktualizovanie relevantnej technickej dokumentácie IT riešení a systémov MF SR,
- Práca v Enterprise architecture SW nástroji, tvorba výstupov vo forme modelov architektúry, diagramov, tvorba vzorov a šablón,
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72230000-6 Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj.

Predpokladaný počet človekohodín je 1 536 počas trvania DNS.

Kategória č. 3: Špecialista -IT programátor/vývojár

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Tvorba a udržiavanie zdrojového kódu,
- Tvorba a udržiavanie vývojovej dokumentácie,
- Zabezpečovanie tvorby metodík a postupov pre implementáciu a konfiguráciu informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Úprava, dopĺňanie a aktualizácia už existujúcich zdrojových kódov a konfigurácií,
- Implementácia informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Vývoj a konfigurácia informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Návrh a implementácia testovacích procedúr,
- Sledovanie návrhu, implementácia a konfigurácia zmien, úprav a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR podľa zadání vlastníkov procesov a kľúčových používateľov,
- Tvorba odhadu náročnosti plánovaných a vykonávaných zmien a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Súčinnosť pri tvorbe analýzy rizík a návrhov na vysporiadanie sa s danými rizikami pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR,
- Súčinnosť pri posúdení návrhov na zmenu alebo rozvoj informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Súčinnosť pri tvorbe potrebných dokumentov,
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72212000-4 Programovanie aplikačného softvéru
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 72230000-6 Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj.

Predpokladaný počet človekohodín je 9 920 počas trvania DNS.

Kategória č. 4: Špecialista-IT tester

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Hľadanie chýb v softwarovej aplikácii, pričom podľa typu a funkcionality bude používať rôzne typy testovania od funkčného, záťažového až po testovanie bezpečnosti.,
- Vyhodnotenie testovacej stratégie, tvorba testovacích scenárov, tvorba detailnej funkčnej špecifikácie riešenia a integračnej dokumentácie,
- Príprava testovacích scenárov a dokumentácie súvisiacej s testovaním informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,

- Príprava a vývoj testovacích skriptov pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR,
- Príprava, spúšťanie a dohľad nad automatizovaným testovaním informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Identifikácia chýb zistených pri testovaní a poskytovanie návrhov na ich odstránenie,
- Zabezpečovanie retestingu,
- Spolupráca pri tvorbe testovacích dát,
- Participovanie a súčinnosť pri zmenách a rozvoji informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Poskytovanie testovacích reportov pre rozhodovanie sa kľúčových používateľov a vlastníkov procesov,
- Účasť na všetkých úrovniach testovania informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,
- Spolupráca a podpora pri tvorbe potrebných dokumentov a strategických zámerov,
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72254100-1 Testovanie systémov
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj.

Predpokladaný počet človekohodín je 1 056 počas trvania DNS.

Kategória č. 5: Špecialista pre bezpečnosť IT

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Návrh architektúry bezpečnosti IT riešení a systémov MF SR v súlade s legislatívou, bezpečnostnými štandardmi, autentifikačnými protokolmi a s využitím poznatkov v dostupných hardvérových a softvérových IT riešeniach,
- Transformovanie cieľov, prísľubov a zámerov projektu do tvorby reálnych návrhov a riešení,
- Navrhovanie takých riešení, aby poskytovali čo najvyššiu funkčnosť a flexibilitu,
- Posudzovanie vhodností navrhnutých riešení s ohľadom na požiadavky projektu,
- Zodpovednosť za technické navrhnutie a realizáciu projektu,
- Návrh infraštruktúry verejných kľúčov (PKI) využívajúcich certifikačné authority (CA) vrátane použitia digitálnych podpisov,
- Návrh a podpora implementácie bezpečnostných prvkov sieťovej a aplikačnej infraštruktúry a technológií – VLANS, VPN's, Firewall, WAF, MPLS, 2FA, Active Directory s implementáciou zabezpečenia IT riešení a systémov MF SR,

- Odborná podpora s implementáciou nástrojov SIEM / IDS / IPS /IdAM, /SOAR a s open source threat intelligence s bezpečnostnými prvkami cloudových hostingových platforiem,
- Špecifikovanie štandardov, princípov a stratégií v oblasti ITB a KIB,
- Špecifikovanie požiadaviek na ITB a KIB, kontroluje ich implementáciu v realizovanom projekte,
- Špecifikovanie požiadaviek na bezpečnosť vývojového, testovacieho a produkčného prostredia,
- Špecifikovanie funkčných a nefunkčných požiadaviek pre oblasť ITB a KIB,
- Špecifikovanie požiadaviek na bezpečnosť v rámci bezpečnostnej vrstvy,
- Špecifikovanie požiadaviek na bezpečnostnú architektúru riešenia a technickú infraštruktúru pre oblasť ITB a KIB,
- Špecifikovanie požiadaviek na dostupnosť, zálohovanie, archiváciu a obnovu IS vzťahujúce sa na ITB a KIB,
- Realizáciu posúdenie požiadaviek agendy ITB a KIB na integrácie a procesov konverzie a migrácie, identifikácia nesúladu a návrh riešenia,
- Špecifikovanie požiadaviek na ITB a KIB, bezpečnostný projekt a riadenie prístupu,
- Špecifikovanie požiadaviek na obsah dokumentácie v zmysle legislatívnych požiadaviek pre oblasť ITB a KIB, ako aj v zmysle "best practies",
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72230000-6 Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj.

Predpokladaný počet človekohodín je 1 056 počas trvania DNS.

Kategória č. 6: Špecialista - Odborník pre IT dohľad

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Plánuje, koordinuje, riadi a kontroluje systém manažérstva kvality, monitoruje a meria procesy a identifikuje príležitosti na trvalé zlepšovanie systému manažérstva kvality v organizácii v súlade s platnými normami,
- Definovanie politiky kvality (stratégie kvality), meranie kvality, analýzu a spracovanie plánov kvality,
- Riadenie a monitorovanie dosahovania cieľov kvality,
- Definovanie akceptačných kritérií
- Špecifikáciu požiadaviek na kvalitu vyvíjaných funkcionálít systému
- Zabezpečenie súladu so štandardmi, normami, právnymi požiadavkami, požiadavkami užívateľov a prevádzkovateľov systémov,
- Monitoring a vyhodnocovanie kvality údajov a návrh nápravných opatrení za účelom zabezpečenia správnosti a konzistentnosti údajov,
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému

Predpokladaný počet človekohodín je 528 počas trvania DNS.

Kategória č. 7: Špecialista - Školiteľ pre IT systémy

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Vypracovanie osnov školení a podporných školiacich materiálov, prednášok, prezentácií,
- Tvorba technických dokumentov
- Príprava používateľských/administrátorských/inštalčných príručiek z projektovej dokumentácie
- Vytvorenie prezenčnej listiny
- Vytvorenie harmonogramu školenia
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému

Predpokladaný počet človekohodín je 640 počas trvania DNS.

Kategória č. 8: Špecialista - Projektový manažér IT projektu

Predmetom zákaziek zadávaných v rámci tejto kategórie DNS bude poskytovanie nasledovných služieb špecialistu:

- Riadenie projektu podľa pravidiel stanovených vo Vyhláške 85/2020 Z.z.
- Riadenie prípravy, inicializácie a realizácie projektu
- Zodpovedá za riadenie projektu počas celého životného cyklu projektu
- Zabezpečenie vytvorenia a pravidelnej aktualizácie BC/CBA a priebežné zdôvodňovanie projektu
- Vypracovanie, pravidelné predkladanie a zabezpečovanie prezentácie stavov projektu, reportov, návrhov riešení problémov a odsúhlasovania manažérskej a špecializovanej dokumentácie v rozsahu určenom Vyhláškou 85/2020 Z.z o riadení projektov
- Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.

V rámci tejto kategórie sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora

- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj.
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému

Predpokladaný počet človekohodín je 528 počas trvania DNS.

4.1.2. **Výstupom poskytovaných služieb jednotlivých IT špecialistov pre kategóriách č. 1 až 8** bude odborný obsah v rámci projektovej dokumentácie k jednotlivým IT projektom MF SR minimálne v nasledovnom rozsahu v závislosti od projektovej fázy konkrétneho projektu, resp. v závislosti od konkrétneho zadania/požiadavky MF SR:

Prípravná fáza projektu:

- Projektový zámer – rámcový
- BC/CBA dokument ako súčasť projektového zámeru
- Prístup ku projektu – rámcový
- Projektový plán – rámcový

Iniciačná fáza projektu:

- Projektový zámer – detailný
- BC/CBA dokument a katalóg požiadaviek - detailný
- Prístup ku projektu – detailný

Realizačná fáza projektu:

- Projektový iniciálny dokument
- Detailný návrh riešenia
- Plán testov
- Testovacia dokumentácia
- Príručky
- Prevádzkový opis
- Havarijný plán
- Vyhodnotenie a akceptácia nasadenia IT do produkcie
- Zdrojový kód v zmysle licenčných podmienok v návrhu zmluvy
- Manažérske produkty (v zmysle Vyhlášky 85/2020 Z.z. o riadení projektov)ako výstup činností projektového manažéra pre všetky fázy projektu.
- Iné výstupy projektovej dokumentácie podľa požiadaviek MF SR

4.1.3. **Poskytované služby jednotlivých IT špecialistov pre kategórie č. 1 až č. 8:**
Programátorské práce na portálových platformách

- Tvorba, rozšírenie, modifikácia a podpora jednotlivých portálových platforiem na základe požiadaviek obstarávateľa..
- Činnosti budú fakturované na základe zmluvne dohodnutých podmienok až po ich odpracovaní, na základe odsúhlasených a potvrdených preberacích protokolov.
- Objednávateľ nadobudne majetkové práva na vzniknuté riešenia v podobe výhradnej licencie a práva na úpravu diela vrátane požadovanej dokumentácie k vytvoreným dielam.
- Zdrojové kódy a požadovaná dokumentácia bude pravidelne, prípadne na vyžiadanie, odovzdávaná, Objednávateľovi

Činnosti v rámci agilného vývoja budú prebiehať hlavne na

- Platforma NETTE framework / CMS
- React 17 framework

- Golang
- Wordpress / CMS
- Joomla / CMS
- PHP, Java, CSS
- Google analytics
- Integrácie na Oracle DB, MySQL, Ms-SQL, Postgres
- Integrácie na Microsoft AD
- Integrácie na SharePoint
- Implementácia BI, Power BI k vzniknutým portálovým riešeniam
- Implementácia OPEN API k vzniknutým portálovým riešeniam
- Implementácia OPEN API pre komunikáciu tretích strán

Výsledkom agilného vývoja bude vytvorenie riešení Manažmentu údajov budú

- Externé prezentačné informačné portály
- Externé dátové informačné portály
- Procesné workflow portály
- Interné dátové portály pre zber, vyhodnocovanie a prezentáciu dát
- Interné dátové portály pre Change Management
- Interné dátové portály pre cielené riadenie a projektový management
- Prípadne iné na základe potreby objednávateľa

Technické požiadavky:

- Používané OS Linux, Redhat, Centos, Ubuntu
- Kompatibilita z prehliadačmi Internet Safari 10+, Explorer 11+, Firefox 44+, Chrome, Edge, Android
- Kompatibilné s HTML5, CSS3, Javascript
- ~~Poradenstvo a konzultácie v oblasti návrhu riešení v neobmedzenej miere počas platnosti zmluvy, pričom poradenstvo a konzultácie sa nebudú započítavať do vykázaných hodín (to znamená, že ich objednávateľ požaduje zadarmo po dobu platnosti zmluvy).~~ Poradenstvo a konzultácie v oblasti návrhu riešení podľa potrieb verejného obstarávateľa počas platnosti zmluvy.
- Tvorba dizajnu požadovaných portálových riešení
- Responzivnosť (kompatibilita s mobilnými zariadeniami)
- Multi jazyčnosť

SLA na odovzdané diela:

- ~~Nahlasovanie incidentov/chýb je v čase pondelok – piatok, 8:00 – 17:00 hod buď formou e-mailu alebo nástrojom na strane dodávateľa~~
- ~~Reakcia na nahlásené incidenty/chyby je požadovaná do 2 pracovných dní od nahlásenia~~
- ~~Oprava nahlásených chýb je požadovaná do 10 kalendárnych dní~~

• **SLA služby:**

Poskytovateľ bude Objednávateľovi v prípade potreby poskytovať aj SLA služby (podpora úrovne L3). Forma a spôsob nahlasovania incidentov, ako aj lehoty na ich odstránenie budú špecifikované v konkrétnej zmluve.

Riešenie softvérových problémov na pracovisku Objednávateľa

Dodávateľ začne riešiť problém so spôsobilým produktom na pracovisku objednávateľa na základe písomnej požiadavky na riešenie problému zo strany objednávateľa a popisu softvérového problému. Ak je to technicky možné, bude umožnené riešenie incidentu cez vzdialený prístup.

4.1.4. Ostatné

Súvisiaca legislatíva

Od 1.5.2020 je platná legislatívna úprava, ktorá má vplyv na plnenie zákazky, výstupy špecialistov majú byť v súlade s Vyhláškami

- Vyhláška č.85/2020 Z.z. o riadení projektov,
- Vyhláška č. 362/2018 Z.z. ktorou sa ustanovuje obsah bezpečnostných opatrení, obsah a štruktúra bezpečnostnej dokumentácie a rozsah všeobecných bezpečnostných opatrení
- Vyhláška č.78/2020 Z.z. o štandardoch pre informačné technológie verejnej správy,
- Vyhláška č.179/2020 Z.z. o obsahu bezpečnostných opatrení ITVS,
- Vyhláška č. 547/2021 Z.z. o elektronizácii agendy verejnej správy,
- ~~a iné.~~
- Vyhláška č. 69/2018 Z. z. o kybernetickej bezpečnosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Ostatné podmienky poskytovania služieb IT špecialistov sú uvedené v informatívnom návrhu Zmluvy na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR, ktorý tvorí Prílohu č. 4 týchto súťažných podkladov.

Poskytovateľ sa bude pri poskytovaní plnenia služby oboznamovať s informáciami verejného obstarávateľa, ktoré majú dôverný charakter. Na základe tejto skutočnosti uzavrie verejný obstarávateľ s poskytovateľom súčasne so Zmluvou na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR aj Zmluvu o mlčanlivosti a ochrane dôverných informácií (NDA) uvedenú v Prílohe č. 5 týchto súťažných podkladov.

4.2. Rozsah verejného obstarávania vymedzený spoločným slovníka obstarávania (CPV)

V rámci tohto DNS sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:

- 72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora
- 72212000-4 Programovanie aplikačného softvéru
- 72230000-6 Vývoj zákaznickeho softvéru (softvér na objednávku)
- 72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému
- 72254100-1 Testovanie systémov
- 73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj

Celkový predpokladaný počet človekohodín je 17 056 počas trvania DNS.

4.3. Rozsah predmetu konkrétnej zákazky, podrobná špecifikácia, požadovaný počet špecialistov určených na plnenie zmluvy, predpokladaný maximálny počet človekohodín, konkrétne miesta poskytnutia predmetu zákazky, ako aj ostatné doplňujúce informácie budú súčasťou jednotlivých výziev v rámci zriadeného DNS, ktoré budú zaslané všetkým kvalifikovaným záujemcom podľa jednotlivých kategórií prostredníctvom systému JOSEPHINE. Verejný obstarávateľ si

vyhradzuje právo stanoviť pri realizácii konkrétnych zákaziek v jednotlivých výzvach maximálnu možnú cenu za 1 človekohodinu pre pozíciu špecialistu daných kategórií.

Do podrobnejšej špecifikácie predmetu zákazky, resp. do konkrétnych zmluvných podmienok môže verejný obstarávateľ uviesť environmentálne požiadavky s cieľom zabezpečiť zelené verejné obstarávanie.“.

106. V bode 10. „Obsah žiadosti o účasť“ súťažných podkladov je uvedené, cit.: „

10.1. Žiadosť o účasť musí byť verejnému obstarávateľovi predložená prostredníctvom príslušného rozhrania systému JOSEPHINE. Žiadosť o účasť musí obsahovať nasledujúce dokumenty:

10.1.1 Vyplnenú a podpísanú žiadosť o zaradenie podľa Prílohy č. 1 súťažných podkladov.

10.1.2 Splnomocnenie konať za záujemcu alebo skupinu záujemcov, ak žiadosť o zaradenie podpisuje iná osoba ako štatutárny zástupca.

10.1.3 Doklady a dokumenty požadované verejným obstarávateľom na preukázanie splnenia podmienok účasti podľa bodu 16 súťažných podkladov.

10.1.4 Súhlas so spracovaním osobných údajov podľa Prílohy č. 2 súťažných podkladov.“.

107. Kontrolovaný si v bode 16.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť podľa § 34 zákona“ súťažných podkladov stanovil nasledovne podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, cit.: „ (...)

Záujemca vyššie uvedeným spôsobom preukáže splnenie nasledovných minimálnych požiadaviek na IT specialistov pre každú danú kategóriu č. 1 až 8 minimálne jedným IT špecialistom, spĺňajúcim nasledovné požiadavky:

Kategória č. 1: Špecialista - IT analytik

- Minimálne 2-ročná prax v oblasti IT a analýz informačných systémov.

Kategória č. 2: Špecialista -IT architekt

- Minimálne 2-ročná prax v oblasti návrhu architektúry informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb.
- Platný certifikát a to minimálne jeden z nasledovných TOGAF alebo ArchiMate alebo ekvivalent daného certifikátu vydaný medzinárodne uznávanou akreditačnou a certifikačnou autoritou.

Kategória č. 3: Špecialista -IT programátor/vývojár

- ~~Minimálne 2-ročné skúsenosti s programovacími jazykmi HTML, CSS, TypeScript, JavaScript a skúsenosťami na platformách NodeJs, Docker, Redux.~~
- Minimálne 2-ročné skúsenosti s programovacími jazykmi HTML, CSS, TypeScript, JavaScript a skúsenosťami na minimálne dvoch platformách NodeJs, Docker alebo Redux

Kategória č. 4: Špecialista-IT tester

- Minimálne 2-ročné skúsenosti s testovaním v oblasti IT.

Kategória č. 5: Špecialista pre bezpečnosť IT

- Minimálne 2-ročné skúsenosti v oblasti návrhu architektúry bezpečnosti IT riešení, SW aplikácií a IT služieb.
- Platný certifikát a to minimálne jeden z nasledovných: CISSP alebo CISM alebo CISA alebo ekvivalent daného certifikátu vydaný medzinárodne uznávanou akreditačnou a certifikačnou autoritou.

Kategória č. 6: Špecialista - Odborník pre IT dohľad

- Minimálne 2-ročné skúsenosti v oblasti IT dohľadu,

- Platný Certifikát s minimálnou úrovňou TOGAF alebo ekvivalent daného certifikátu zodpovedajúcej úrovne vydaný medzinárodne uznávanou akreditačnou a certifikačnou autoritou (za ekvivalent sa považuje napr. certifikát ITIL EXPERT alebo certifikát ITIL Intermediate...)

Kategória č. 7: Špecialista - Školiteľ pre IT systémy

- Minimálne 2-ročné skúsenosti v oblasti IT školení.

Kategória č. 8: Špecialista -Projektový manažér IT projektu

- Minimálne 2-ročné skúsenosti v riadení projektov.,
- Platný Certifikát: PRINCE2 alebo ekvivalent daného certifikátu zodpovedajúcej úrovne vydaný medzinárodne uznávanou akreditačnou a certifikačnou autoritou.“.

108.Kontrolovaný v oddiele VI. „Doplnkové informácie“, v bode VI.3) „Doplňujúce informácie“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania stanovil, že cit.: „3. Verejný obstarávateľ môže zmluvné podmienky v rámci príslušných kategórií IT špecialistov meniť a prispôbovať podľa svojich skutočných potrieb v čase vyhlasovania jednotlivých výziev na predkladanie ponúk v rámci zriadeného DNS. Konkrétne zmluvné podmienky tak budú súčasťou každej jednotlivo vyhlásenej výzvy na predkladanie ponúk v rámci príslušnej kategórie IT špecialistov.“.

109.Prílohou č. 4 súťažných podkladov je informatívny dokument s názvom „Zmluva na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ (ďalej len „návrh zmluvy“), v ktorého úvode je uvedené nasledujúce všeobecné upozornenie, cit.: „Tu uvedené zmluvné podmienky sú iba informatívneho charakteru. Verejný obstarávateľ môže zmluvné podmienky v rámci príslušných kategórií IT špecialistov meniť a prispôbovať podľa svojich skutočných potrieb v čase vyhlasovania jednotlivých výziev na predkladanie ponúk v rámci zriadeného DNS. Konkrétne zmluvné podmienky tak budú súčasťou každej jednotlivo vyhlásenej výzvy na predkladanie ponúk v rámci príslušnej kategórie IT špecialistov.“.

110.V časti „PREAMBULA“, v odseku 2. návrhu zmluvy je uvedené, cit.: „Na účel tejto zmluvy pojem „programátorské práce“ znamená najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, bližšie špecifikované v opise predmetu zákazky, ktoré budú vykonávať zamestnanci, resp. tretie osoby poskytovateľa na základe požiadaviek Objednávateľa v súvislosti s realizáciou a implementáciou Projektu Manažment údajov Ministerstva financií (ďalej v texte zmluvy ako „projekt“). Projekt bude realizovaný predovšetkým vlastnými kapacitami Objednávateľa. Pri aktivitách vykonávaných projektovým spôsobom, IT špecialisti budú poskytovať plnenie v prípadoch, kedy nebudú vlastné kapacity Objednávateľa dostatočné.“.

111.V článku I „Predmet a účel Zmluvy“ návrhu zmluvy je uvedené, cit.: „

1. Predmetom tejto Zmluvy je úprava práv a povinností Zmluvných strán v súvislosti s poskytovaním plnenia podľa článku II tejto Zmluvy, a to najmä, nie však výlučne, povinnosť Poskytovateľa zabezpečiť pre Objednávateľa riadne a včas všetky Objednávateľom požadované a riadne zadane plnenia podľa článku II tejto Zmluvy prostredníctvom IT špecialistov (ďalej ako „špecialista“), ako aj povinnosť Objednávateľa uhradiť Poskytovateľovi odmenu za riadne poskytnuté plnenia podľa článku II tejto Zmluvy.
2. Špecifikácia predmetu Zmluvy je uvedená v jej Prílohe č. 1 – Opis predmetu zákazky.
3. Účelom tejto Zmluvy je poskytnutie programátorských, analytických architektonických, grafických činností, ako aj ďalších činností v oblasti informačných technológií, bližšie

špecifikovaných v opise predmetu zmluvy s využitím agilného vývoja v oblasti informačných technológií (ďalej aj ako „programátorské práce“ alebo „Plnenie“) pri komplexnej realizácii a implementácii projektu Manažment údajov Ministerstva financií – Komplexný projekt pre manažment údajov v gescii sekcie informačných technológií Ministerstva financií Slovenskej republiky na vysokej odbornej profesionálnej úrovni.“.

112.Prílohou č. 3 súťažných podkladov je dokument označený ako „INFORMATÍVNY NÁVRH VÝZVY“, ktorého prílohou č. 1 (k výzve na predloženie ponuky) je opis predmetu zákazky, obdobne vymedzený ako v bode 4. „Povaha nákupov v DNS / Opis a rozsah predmetu zákazky“ súťažných podkladov, vrátane konkrétnych požiadaviek na jednotlivých špecialistov v zmysle podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní.

113.V článku II „Spôsob plnenia predmetu zmluvy, súčinnosť Objednávateľa“, v odseku 1. návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „Poskytovateľ sa zaväzuje pre Objednávateľa poskytovať plnenie v súlade s opisom predmetu zákazky podľa Prílohy č. 1 tejto Zmluvy a v zmysle projektových dokumentov vytvorených Objednávateľom (ďalej len „Zadanie“) a to prostredníctvom špecialistov uvedených v Prílohe č.3 tejto Zmluvy, ktorí spĺňajú minimálne požiadavky podľa prílohy č. 1 tejto Zmluvy (ďalej ako „Plnenie“).“. V odseku 2. tohto ustanovenia návrhu zmluvy sú určené náležitosti „Zadania“ nasledovne, cit.: „Zadanie vystavené Objednávateľom musí obsahovať najmä: predmet Plnenia, časový rozsah Plnenia (predpokladaný počet človekohodín), lehotu v ktorej má byť Plnenie poskytnuté, cenu Plnenia a Formulár protokolu. Objednávateľ si v Zadaní vyhradzuje taktiež právo stanoviť maximálny počet človekohodín pre požadovanú pozíciu špecialitu, pričom Poskytovateľ sa prijatím Zadania zaväzuje maximálny počet človekohodín neprekročiť.“.

114.Prílohou č. 2 k výzve na predloženie ponuky je dokument s názvom „Návrh na plnenie kritéria (...)“, v ktorom je uvedené o. i. nasledovné, cit.: „ (...)“

Kritériom na vyhodnotenie ponúk je cena za celý predmet zákazky v EUR s DPH.

Pozícia IT špecialistu v príslušnej kategórii (doplní verejný obstarávateľ)	Požadovaný počet IT špecialistov * (doplní verejný obstarávateľ)	Maximálna cena v EUR bez DPH za 1 človekohodinu * (doplní verejný obstarávateľ)	Predpokladaný Maximálny počet človekohodín * (doplní verejný obstarávateľ)	Cena za 1 človekohodinu u v EUR bez DPH** (doplní uchádzač)	Cena spolu v EUR bez DPH (doplní uchádzač)	Výška DPH v EUR (20%)* ** (doplní uchádzač)	Cena spolu v EUR s DPH (doplní uchádzač)
CENA CELKOM							

* Verejný obstarávateľ stanoví požadovaný počet IT špecialistov, predpokladaný maximálny počet človekohodín a vyhradzuje si právo stanoviť maximálnu možnú cenu za 1 človekohodinu pre pozíciu špecialistu daných kategórií.

** Cena za 1 človekohodinu navrhovaná uchádzačom pre príslušnú pozíciu IT špecialistu nesmie byť vyššia ako maximálna cena za 1 človekohodinu uvedená verejným obstarávateľom pre danú pozíciu IT špecialistu.

*** Ak uchádzač nie je zdaniteľnou osobou pre DPH, skutočnosť, že nie je zdaniteľnou osobou pre DPH, uchádzač uvedie nižšie v dokumente. Ak sa uchádzač, ktorý v čase podpisu zmluvy nebol platcom DPH a v priebehu plnenia zmluvy sa ním stane, nemá nárok na zvýšenie ceny o DPH.

Ak je uchádzač zahraničnou osobou, navrhovanú cenu v návrhu kritéria uvedie na dve desatinné miesta v EUR bez DPH platnej v krajine sídla uchádzača a celkovú cenu upraví navýšením o aktuálne platnú sadzbu DPH v SR. DPH odvádza v prípade úspešnosti jeho ponuky verejný obstarávateľ.

(...):“.

- 115.V článku IV „Odmena za poskytnuté Plnenie“, v odseku 1. návrhu zmluvy je uvedené, cit.: „Zmluvné strany sa dohodli, že Poskytovateľovi prináleží za riadne poskytovanie Plnenia podľa tejto Zmluvy odmena určená ako sadzba za človekohodinu v cene podľa Prílohy č. 2 tejto Zmluvy a v súlade s ponukou Poskytovateľa ako víťazného uchádzača.“.
- 116.V článku XI „Zmluvná pokuta“, v odseku 1. návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „V prípade, ak je Poskytovateľ v omeškaní s plnením svojich povinností podľa tejto Zmluvy, je Objednávateľ oprávnený účtovať Poskytovateľovi zmluvnú pokutu vo výške 250,- EUR (slovom: dvestopäťdesiat eur) za každý deň omeškania.“.
- 117.V článku II „Spôsob plnenia predmetu zmluvy, súčinnosť Objednávateľa“, v odseku 6 návrhu zmluvy je stanovené, že cit.: ~~„Zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia bude pravidelne protokolárne odovzdávaná Objednávateľovi ako súčasť realizovaného Plnenia po jeho ukončení, resp. kedykoľvek v priebehu realizovaného Plnenia na základe požiadavky Objednávateľa. Zdrojové kódy a súvisiaca dokumentácia budú priebežne ukladané a aktualizované Poskytovateľom vo verejnom repozitári zriadenom Objednávateľom.“.~~
- 118.V článku II „Spôsob plnenia predmetu zmluvy, súčinnosť Objednávateľa“, v odseku 9. a 10. návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „
9. V prípade, ak Plnenie pri poskytnutí vykazuje vady, ktoré bránia riadnemu využívaniu predmetu Plnenia v zmysle Zadania, je Objednávateľ oprávnený prijatie takéhoto Plnenia odmietnuť. Dôvod odmietnutia sa zapíše do protokolu. Poskytovateľ je povinný na svoje náklady odstrániť vady Plnenia v termíne dohodnutom v protokole a opätovne vyzvať Objednávateľa na prevzatie Plnenia.
10. V prípade, ak Plnenie pri poskytnutí vykazuje vady, ktoré nebránia riadnemu využívaniu poskytnutého Plnenia v zmysle Zadania, je Objednávateľ oprávnený prijať takéto Plnenie a zapísať vady do protokolu. Takto zapísané vady je Poskytovateľ povinný odstrániť do (2) dvoch pracovných dní od ich zapísania do protokolu, ak nie je v protokole po dohode Zmluvných strán uvedené inak.“.
- 119.V článku II „Spôsob plnenia predmetu zmluvy, súčinnosť Objednávateľa“, v odseku 12. návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „Plnenie sa považuje za riadne odovzdané a prevzaté len v prípade, ak je v protokole podľa tohto článku Objednávateľom výslovne uvedené, že Plnenie nevykazuje vady.“.
- 120.V článku V „Zodpovednosť za vady“, v odseku 4. návrhu zmluvy je stanovená nasledujúca zmluvná podmienka, cit.: „Záruka za Plnenia, ktorých výsledkom je dielo v zmysle Autorského zákona podľa článku VIII. Zmluvy je v trvaní 24 mesiacov odo dňa podpísania protokolu.“.
- 121.V článku IX „Ďalšie práva a povinnosti Zmluvných strán“, v odseku 4. návrhu zmluvy je určené, že cit.: „Poskytovateľ je povinný pri plnení svojich povinností vyplývajúcich zo Zmluvy postupovať s odbornou starostlivosťou a zabezpečiť dostatočný počet špecialistov tak, aby účel Zmluvy mohol byť plnený v zodpovedajúcej kvalite a v stanovených termínoch. Dbá pri tom na zásady účelnosti a hospodárnosti. Poskytovateľ je zodpovedný za to,

že práceneschopnosť, dovolenky a iná absencia špecialistov neovplyvnia plnenie povinností Poskytovateľa podľa tejto Zmluvy a nebudú sa považovať za zásah vyššej moci (vis maior).“.

- 122.V článku VIII „Licencia“, v odseku 1 návrhu zmluvy je stanovená nasledovná zmluvná podmienka, cit.: „V prípade, ak sa Plnenie a jeho súčasť alebo príslušenstvo považuje za autorské dielo podľa zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon (ďalej len ako „Autorský zákon“) udeľuje Poskytovateľ Objednávateľovi bezodplatne spolu s odovzdaním Plnenia alebo jeho časti, výhradnú, neodvolateľnú, časovo, vecne a miestne neobmedzenú licenciu k Plneniu a jeho súčasti alebo príslušenstva na všetky spôsoby použitia diela podľa § 19 ods. 4 písm. a) až d) Autorského zákona. Udelenie licencie sa týka najmä, nie však výlučne, práva na použitie a úpravu diela a súvisiacej dokumentácie k vytvorenému dielu (analytická, architektonická, testovacia, vývojová, používateľská dokumentácia, rôzne modely či už architektonické alebo analytické), aplikačných riešení a produktov (architektonické modely, databázy, prototypy, simulátory, validátory), ako aj komentovaného zdrojového kódu Plnenia a ich súčasti alebo príslušenstva a aj všetkých dát a/alebo databáz, ktoré vzniknú v súvislosti s Plnením.“.
- 123.V článku VIII „Licencia“, v odseku 2 návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „Pre majetkové práva Objednávateľa sa bude uplatňovať obdobný režim, ako pri zamestnaneckom diele, okrem ustanovenia § 90 ods. 9 Autorského zákona.“.
- 124.V článku VIII „Licencia“, v odseku 5 návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „Poskytovateľ sa podpisom tejto Zmluvy zaväzuje, že najneskôr ku dňu odovzdania Plnenia podľa článku II a III tejto Zmluvy bude mať vysporiadané autorské práva v zmysle Autorského zákona ku všetkým zložkám, ktoré sú alebo budú súčasťou alebo príslušenstvom Plnenia podľa tejto Zmluvy a bude disponovať potrebnými oprávneniami a/alebo licenciami na ich užívanie a poskytovanie a následne užívanie Objednávateľom v zmysle požiadaviek a v rozsahu podľa tejto Zmluvy. V prípade, ak Poskytovateľ túto povinnosť nesplní, má Objednávateľ nárok na zmluvnú pokutu podľa tejto Zmluvy a zároveň je Objednávateľ oprávnený odstúpiť od tejto Zmluvy.“.
- 125.V článku VIII „Licencia“, v odseku 6 návrhu zmluvy je uvedené, že cit.: „Poskytovateľ v celom rozsahu zodpovedá, ak Plnenie a jeho súčasť alebo príslušenstvo porušuje autorské práva iných osôb. V prípade porušenia autorských práv iných osôb je Poskytovateľ povinný uspokojiť nároky iných osôb za Objednávateľa, a to vrátane nákladov spojených s právnou ochranou a obranou. Rovnako Poskytovateľ zodpovedá za škodu, ktorá vznikne Objednávateľovi, ak používaním Plnenia a ich súčastí alebo príslušenstva dôjde k porušeniu autorských práv iných osôb.“.
- 126.Podľa článku XI „Zmluvná pokuta“, odseku 5. návrhu zmluvy, cit.: „V prípade, ak Poskytovateľ poruší svoju povinnosť a nebude mať k Plneniu a ich súčastiam a príslušenstvu vysporiadané autorské práva v zmysle Autorského zákona, je Objednávateľ oprávnený účtovať Poskytovateľovi zmluvnú pokutu vo výške 10 000,- EUR (slovom: desaťtisíc eur) za každé jednotlivé porušenie osobitne.“.

Právny rámec

- 127.Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.

- 128.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.
- 129.Podľa § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní sa na účely tohto zákona rozumie bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami alebo službami na trhu tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré
1. nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,
 2. sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, uskutočnené alebo poskytnuté a zároveň
 3. sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, uskutočňované alebo poskytované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, uskutočňované alebo poskytované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.
- 130.Podľa § 2 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami alebo službami podľa odseku 5 písm. o) sú najmä tovary, stavebné práce alebo služby určené na uspokojenie bežných prevádzkových potrieb verejného obstarávateľa a obstarávateľa.
- 131.Podľa § 2 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní bežne dostupnými tovarmi alebo službami podľa odseku 5 písm. o) sú najmä tovary a služby spotrebného charakteru.
- 132.Podľa § 42 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady sú písomné, grafické alebo iné podklady obsahujúce podrobné vymedzenie predmetu zákazky. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Opis predmetu zákazky môže odkazovať aj na osobitný postup alebo metódu výroby alebo poskytovania požadovaných tovarov, stavebných prác alebo služieb, ako aj na osobitný postup inej fázy ich životného cyklu, a to aj vtedy, ak tieto faktory netvoria súčasť ich hmotnej podstaty, musia však súvisieť s predmetom zákazky a byť primerané jej hodnote a cieľom. Predmet zákazky musí verejný obstarávateľ a obstarávateľ opísať jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek podľa prílohy č. 3. Technické požiadavky musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená hospodárska súťaž.
- 133.Podľa § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní dynamický nákupný systém na účely tohto zákona je elektronický proces určený na obstarávanie tovaru, stavebných prác alebo služieb bežne dostupných na trhu definovaných minimálne v rozsahu skupiny podľa slovníka obstarávania, ktorých charakteristiky spĺňajú požiadavky verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.
- 134.Podľa § 58 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní dynamický nákupný systém môže byť rozdelený do kategórií tovarov, stavebných prác alebo služieb objektívne určených na základe charakteristík zákaziek zadávaných v rámci určitej kategórie, ktoré môžu odkazovať na tovary, služby alebo stavebné práce v rámci triedy podľa slovníka obstarávania, na maximálnu možnú veľkosť následných jednotlivých zákaziek alebo na určitú geografickú oblasť, kde sa budú následné jednotlivé zmluvy plniť. Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ rozdelí dynamický nákupný systém do kategórií tovarov, stavebných prác alebo služieb, uvedie primerané podmienky účasti pre každú kategóriu.

- 135.Podľa § 58 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní pri obstarávaní v rámci dynamického nákupného systému sa použije postup užšej súťaže. Využitím dynamického nákupného systému nemožno uzavrieť rámcovú dohodu.
- 136.Podľa § 59 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v oznámení podľa odseku 1 tohto ustanovenia verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ uvedie najmä webové sídlo, na ktorom možno od uverejnenia oznámenia až do ukončenia používania dynamického nákupného systému získať neobmedzený, úplný a priamy prístup k súťažným podkladom obsahujúcim všetky potrebné informácie, ktoré sa týkajú najmä povahy a objemu predpokladaných nákupov, spôsobu fungovania dynamického nákupného systému, podmienok používania elektronického systému, špecifikácií technického pripojenia, informácie, či sa ponuky budú predkladať prostredníctvom katalógu, a informáciu o rozdelení systému do kategórií tovarov, stavebných prác alebo služieb vrátane určujúcich charakteristík, ak sa takéto rozdelenie uplatňuje.

Právne posúdenie úradu

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu a na základe podaných námietok a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného, navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:

- 137.Úvodom právneho posúdenia považuje úrad za nevyhnutné stručne zosumarizovať obsah podaných námietok navrhovateľa, ktorý značne rozsiahlou argumentáciou, rozčlenenou do dvoch okruhov namietaných skutočností, spochybňuje zákonnosť postupu kontrolovaného v predmetnom postupe zadávania zákazky, ktorý sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze vyhodnocovania predložených žiadostí o účasť, resp. v širšom kontexte vo fáze pred zriadením dynamického nákupného systému, na základe ktorého kontrolovaný plánuje zadávať čiastkové zákazky v ôsmich kategóriách, rozčlenených podľa jednotlivých pozícií IT špecialistov, a to v nepravidelných intervaloch, rôznom rozsahu a v závislosti od jeho aktuálnych potrieb. Navrhovateľ podané námietky, zhodne so žiadosťou o nápravu zo dňa 3. 5. 2022, rozčlenil do dvoch, spolu súvisiacich častí, v rámci ktorých namieta:

- I. **nesprávne zvolený postup zadávania zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému (body 18 až 29 tohto rozhodnutia) a**
- II. **zmluvné podmienky stanovené kontrolovaným v informatívnom dokumente, ktorý tvorí prílohu č. 4 súťažných podkladov (body 30 až 62 tohto rozhodnutia), nesúcu názov „Zmluva na zabezpečenie služieb IT špecialistov pre potreby MF SR“ (ďalej len „návrh zmluvy“).**

- 138.Vzhľadom na to, že uvedené časti námietok spolu navzájom súvisia, resp. že **právne posúdenie prvého okruhu namietaných skutočností podmieňuje relevanciu a účelnosť posudzovania druhého okruhu námietok úradom**, pričom uvedené možno vyabstrahovať z petitu podaných námietok,³ ako aj z navrhovateľom zvolenej argumentačnej štruktúry,⁴ úrad sa prioritne pri preskúmaní úkonov kontrolovaného zamerá na posúdenie otázky, **či kontrolovaný pri voľbe postupu zadávania zákazky prostredníctvom dynamického**

³ Navrhovateľ vo svojom návrhu na rozhodnutie o námietkach žiada v prvom rade zrušenie použitého postupu zadania zákazky, vzhľadom na argumentáciu viažucu sa k prvej časti námietok a až alternatívne na základe druhej časti námietok žiada odstrániť protiprávny stav úpravou návrhu zmluvy spôsobom podľa tabuľky, ktorá je obsiahnutá v bode 14. tohto rozhodnutia.

⁴ Napríklad navrhovateľ v úvode druhej časti námietok uvádza, cit.: „(...) ak Kontrolovaný nevyhovel zrušeniu postupu zákazky prostredníctvom DNS (...), mal alternatívne riadne upraviť napádané ustanovenia Návrhu zmluvy.“.

nákupného systému v zmysle § 58 a nasl. ustanovení zákona o verejnom obstarávaní postupoval správne a v súlade s týmto zákonom. Inak povedané, vychádzajúc zo vzájomne podmienených a súvisiacich skutočností namietaných navrhovateľom, je pre úrad ako dohľadový orgán *conditio sine qua non* sa v prvom rade vysporiadať so samotnou koncepciou obstarávania kontrolovaným požadovaných služieb IT špecialistov cez dynamický nákupný systém, t. j. s tým, či skutkové okolnosti daného prípadu a aktuálny právny stav prisvedčujú alebo neprisvedčujú zákonnosti zvoleného spôsobu obstarávania predmetu zákazky, o aký sa vo veci samej jedná. V nadväznosti na to si úrad dovoľuje poznamenať, že kontrolovaným vyhlásené verejné obstarávanie je s ohľadom na predmet zákazky natoľko špecifické, že predstavuje „novú“, doposiaľ neaprobovanú paradigmu obstarávania IT zákaziek s „precedentným“ charakterom, ktorý bude mať v konečnom dôsledku aj úradom vyslovený záver k otázke, či je z pohľadu existujúcej právnej úpravy verejného obstarávania možné obstarávať služby IT špecialistov prostredníctvom dynamického nákupného systému takým spôsobom, akým to učinil kontrolovaný, a zároveň takým spôsobom, s ktorým nemá prax obstarávania IT služieb v Slovenskej republike doposiaľ žiadnu empirickú skúsenosť.

139. Najzásadnejším menovateľom namietaných skutočností je teda z pohľadu úradu to, že kontrolovaný postupuje v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, konkrétne s ustanovením § 58 ods. 1 tohto zákona, nakoľko predmet zadávanej zákazky nie je podľa názoru navrhovateľa službou bežne dostupnou na trhu, na základe čoho navrhovateľ tvrdí, že v danom prípade neboli a nie sú dané atribúty pre vyhlásenie a zriadenie dynamického nákupného systému a že tak nie je naplnený ani základný predpoklad pre zadávanie predmetnej zákazky prostredníctvom tohto systému. Navrhovateľ v rámci svojej argumentácie vychádza z označenia každej jednotlivéj pozície ako „špecialista“, z popisu činností uvedených kontrolovaným v súťažných podkladoch pri jednotlivých špecialistoch, ako aj z použitých CPV kódov - 72000000-5 „Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora“, 72230000-6 „Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)“. Navrhovateľ má v nadväznosti na uvedené za to, že žiadna služba, predmetom ktorej je intelektuálne plnenie a je individualizovaná a vytváraná pre konkrétneho objednávateľa, resp. prispôbena jeho potrebám, nespĺňa atribúty bežne dostupnej služby na trhu. Navrhovateľ má súčasne za to, že z povahy veci vyplýva, že ak je určitá pozícia definovaná ako „špecialista“ a zároveň s uvedením toho, že ide o „softvér na objednávku“, nemôže ísť v danom prípade o bežne dostupné plnenie a ani o službu spotrebného alebo prevádzkového charakteru tak, ako to vyžadujú príslušné ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa týkajú dynamického nákupného systému. Podľa názoru navrhovateľa sa kontrolovaný snaží len formálne navodiť dojem, že predmetom zákazky, ako aj predmetom konkrétnych čiastkových zákaziek, má byť bežne dostupná služba IT špecialistov. Z povahy plnenia opísaného v súťažných podkladoch navrhovateľovi vyplýva, že nepôjde len o dodanie služieb, ale aj o dodanie projektov / diel ako výsledku poskytovania takýchto služieb alebo činností. V neposlednom rade navrhovateľ v námietkach upozorňuje na to, že jednotlivé služby alebo činnosti, ktoré majú byť poskytované v rámci zadanej zákazky prostredníctvom jednotlivých pozícií špecialistov, by neprešli testom bežnej dostupnosti, ktorý vytvoril úrad v rámci svojej metodologickej činnosti. Sumarizujúc argumentačnú líniu navrhovateľa úrad konštatuje, že podľa navrhovateľa ide o plnenie intelektuálneho charakteru, ktoré súvisí s dodaním softvéru na objednávku a s požiadavkou na špecifické odborné vedomosti a skúsenosti špecialistov, na základe čoho navrhovateľ zastáva názor, že nemôže ísť o služby bežne dostupné na trhu v zmysle § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

140. Na rozdiel od navrhovateľa má kontrolovaný k predstavenej problematike iný názor. V prvom rade poukazuje na cieľ vyhláseného dynamického nákupného systému, ktorým je zabezpečenie nedostatkových špecialistov v oblasti IT v jeho rezorte, pričom jeho zámerom je získať týmto

spôsobom krátkodobé a aj dlhodobé kapacity na doplnenie vlastných implementačných tímov i pre riešenie konkrétnych projektov. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam ďalej poukazuje na to, že tzv. IT Contracting alebo IT Bodyshop alebo „prenájom“ IT špecialistov je čoraz častejším spôsobom uspokojovania dopytu po niektorých IT špecialistoch. Kontrolovaný chce teda využiť tento spôsob zabezpečenia odborných kapacít pre aktivity vykonávané projektovým spôsobom, keďže nemá dostatok voľných kapacít vlastných kmeňových zamestnancov, a to formou dynamického nákupného systému, nakoľko podľa jeho názoru sa jedná o bežne dostupné pracovné pozície na IT trhu. Kontrolovaný okrem iného vo svojom zdôvodnení zvoleného postupu zadávania zákazky uvádza, že služby IT špecialistov pre rôzne platformy sú predmetom činnosti minimálne desiatok personálnych spoločností, ako aj spoločností pôsobiacich v oblasti IT a že jednotlivé pozície IT špecialistov si je možné obstaráť zo strany iných obstarávateľov alebo spotrebiteľov a iných osôb na trhu bez akýchkoľvek úprav poskytovaných služieb. Podľa kontrolovaného sú naplnené podmienky bežnej dostupnosti vymedzené v ustanovení § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní. V neposlednom rade kontrolovaný v rámci svojho vyjadrenia poukazuje aj na jeden konkrétny príklad obstarávania obdobných služieb bodyshopping-u v Českej republike, ako aj na to, že mu bolo predložených 15 žiadostí o účasť, čo podľa jeho názoru naznačuje veľký záujem hospodárskych subjektov o realizáciu takéhoto typu súťaže.

141. V nadväznosti na jednotlivé argumenty predstreté účastníkmi tohto konania o námietkach úrad konštatuje, že pre riadne posúdenie navrhovateľom namietanej skutočnosti o nezákonnom spôsobe zadávania predmetnej zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému bolo potrebné v prvom rade zodpovedať otázku, **či je z pohľadu zákona o verejnom obstarávaní vo všeobecnosti prípustné zadávať zo strany verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov predmet zákazky, aký je vo veci samej, prostredníctvom dynamického nákupného systému, a to s ohľadom na dodržanie obligatórnej podmienky bežnej dostupnosti obstarávaného plnenia** v zmysle legálneho vymedzenia tejto vlastnosti tovarov / služieb / stavebných prác, normovanej zákonodarcom v ustanovení § 2 ods. 5 písm. o) tohto zákona. Inak povedané, úlohou úradu v predmetnom konaní bolo posúdiť, či predmet zákazky, ktorý kontrolovaný vníma len ako bežnú službu poskytnutia IT špecialistu verejnému sektoru (tzv. IT Bodyshopping), možno vzhľadom na jej charakter subsumovať pod definíciu bežne dostupnej služby alebo nie, ako tvrdí navrhovateľ v podaných námietkach.
142. Na zodpovedanie nastolenej otázky je podľa názoru úradu nevyhnutné vziať do úvahy právnu stránku dynamického nákupného systému, ktorá determinuje vhodnosť jeho použitia v aplikačnej praxi, v konkrétnom prípade.
143. Dynamický nákupný systém, ktorý je čoraz častejšie využívaným spôsobom zadávania zákaziek na dodanie tovarov / poskytovanie služieb / uskutočnenie stavebných prác, predstavuje pomerne **flexibilný nástroj na obstaranie bežne dostupných komodít** v krátkych časových intervaloch počas dlhšieho obdobia. Táto technika verejných nákupov umožňuje relatívne jednoduchým spôsobom obstarávať **hmotné komodity (tovary, stavebné práce) ako aj komodity nehmotné (služby), ktoré sú štandardizovateľné, nelíšia sa vo svojej funkčnosti a použiteľnosti (technických a iných špecifikáciách)** a ktoré ponúka viacero hospodárskych subjektov na trhu.
144. Špecifiká tejto formy zadávania zákaziek, ktoré vyplývajú z právnej úpravy verejného obstarávania, prehľadne zhrnul úrad vo svojom metodickom a vzdelávacom materiáli s názvom „Metodika zadávania zákaziek 4. verzia“, a to nasledovne, cit.: *„Dynamický nákupný systém (ďalej len „DNS“) je elektronický proces určený na obstarávanie tovaru, stavebných prác alebo služieb bežne dostupných na trhu definovaných minimálne v rozsahu skupiny podľa*

slovníka obstarávania, ktorých charakteristiky spĺňajú požiadavky verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa. Na rozdiel od podlimitného elektronického trhu, ktoré je určené na obstarávanie bežne dostupných tovarov alebo služieb, DNS nie je založený na anonymite verejného obstarávateľa a záujemcov/uchádzačov, ani na úplnej automatizácii vyhodnocovania ponúk. Na základe toho umožňuje proces vysvetľovania súťažných podmienok, hodnotenia ponúk pred uzavretím zmluvy, vyžaduje dlhšie minimálne lehoty na predkladanie ponúk a umožňuje uplatňovanie revízných nástrojov. V tomto prípade je relevantné aj určovanie podmienok účasti ako kvalifikačných predpokladov na zaradenie do DNS. V porovnaní s podlimitným elektronickým trhoviskom tak ide o univerzálnejší nástroj, ktorý je možné použiť **aj na určité typy zákaziek na stavebné práce, ako aj služby intelektuálneho charakteru**. Podstata DNS spočíva v jeho neustálej otvorenosti voči prístupu nových dodávateľov, čím sa zásadne odlišuje od rámcovej dohody. Okruh dodávateľov sa tak môže rozširovať počas celej doby platnosti DNS, čím sa vytvárajú predpoklady pre získanie väčšieho rozsahu ponúk, a teda aj optimalizácie používania verejných finančných prostriedkov. Súčasne má DNS ambíciu byť flexibilným nástrojom umožňujúcim zadávanie zákaziek v krátkych časových intervaloch. Verejný obstarávateľ / obstarávateľ tak môže prostredníctvom DNS opakovane zadávať zákazky bez nutnosti opätovnej kvalifikácie hospodárskych subjektov, čo výrazne ovplyvňuje znižovanie administratívnej záťaže tak na strane verejného obstarávateľa/obstarávateľa ako aj uchádzača, resp. zájemcu. Výraznou výhodou DNS je aj absencia nutnosti čakania na uplynutie odkladnej lehoty na uzavretie zmluvy v zmysle § 56 zákona o verejnom obstarávaní. DNS môže byť zriadený ako jeden celok alebo môže byť rozdelený na kategórie (menšie celky rozdelené napr. podľa druhu tovarov, veľkosti alebo geografickej oblasti). V takomto prípade je však verejný obstarávateľ/obstarávateľ povinný určiť primerané podmienky účasti pre každú kategóriu samostatne. Obstarávanie v rámci DNS vychádza z pravidiel užšej súťaže. Je potrebné zdôrazniť, že zákon s účinnosťou novely od 1.1.2019 upustil od možnosti uzatvorenia rámcových zmlúv prostredníctvom DNS. Hlavným dôvodom bol rozdiel medzi základným mechanizmom, na ktorom sú tieto inštitúty postavené. DNS je postavené na princípe opakovaného zadávania zákaziek a neustálej otvorenosti možnosti pristúpenia nových uchádzačov. Naproti tomu rámcová dohoda predstavuje nástroj, prostredníctvom ktorého v priebehu určitého časového obdobia dochádza k „faktickému uzatvoreniu súťažného prostredia“, čo ide proti podstate samotného DNS. Celý proces obstarávania prostredníctvom DNS je možné rozdeliť na 3 fázy: • Oznámenie zámeru zriadiť DNS • Kvalifikácia záujemcov a zriadenie DNS • Zadávanie zákaziek prostredníctvom DNS“.⁵

145. Samotný účel dynamického nákupného systému zhrnul aj európsky zákonodarca v preambule smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica o verejnom obstarávaní“) tak, že cit.: „**Táto technika nakupovania umožňuje verejnému obstarávateľovi mať k dispozícii osobitne veľký rozsah ponúk, čím sa zaisťuje optimálne používanie verejných finančných prostriedkov prostredníctvom širokej súťaže v súvislosti s bežne používanými a bežne dostupnými výrobkami, stavebnými prácami alebo službami, ktoré sú všeobecne dostupné na trhu.**“. V nadväznosti na to je v článku 34 ods. 1 smernice o verejnom obstarávaní zakotvené, že **verejní obstarávatelia môžu použiť dynamický nákupný systém na bežné nákupy, ktorých parametre bežne dostupné na trhu spĺňajú požiadavky verejného obstarávateľa.**

⁵ Viac o dynamickom nákupnom systéme v predmetnom dokumente, ktorý je dostupný na stiahnutie na nasledujúcom odkaze: <https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohlad/metodika-zadavania-zakaziek-5ae.html>. K tomu pozri aj dokument s názvom „Infografika k dynamickému nákupnému systému“, ktorý je rovnako možné stiahnuť na webovom sídle úradu v časti „Legislativa/Metodika/Dohľad“.

146. Z právnej úpravy dynamického nákupného systému zakotvenej v ustanovení § 58 až 61 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj v európskej smernici o verejnom obstarávaní vyplýva, že **elementárnym pravidlom na využitie tohto spôsobu zadávania verejných zákaziek je naplnenie podmienky bežnej dostupnosti, bežnej používateľnosti obstarávaného plnenia a s tým aj jeho konkrétnych parametrov, všeobecne sa na trhu vyskytujúcich a štandardne ponúkaných hospodárskymi subjektmi v rámci kúpy alebo dodania tovaru, stavebných prác alebo v rámci poskytnutia služieb.**

147. V spojitosti s tým je potrebné uviesť, že na rozdiel od európskeho práva, „slovenská“ **vnútroštátna právna úprava prezentovaná zákonom o verejnom obstarávaní definuje, čo sa rozumie pod bežnou dostupnosťou tovarov, stavebných prác alebo služieb na trhu**, a to v ustanovení § 2 ods. 5 písm. o), podľa ktorého sa bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami alebo službami na trhu rozumejú tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré

1. nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,
2. sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, uskutočnené alebo poskytnuté a zároveň
3. sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, uskutočňované alebo poskytované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, uskutočňované alebo poskytované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.⁶

Z tohto pohľadu možno konštatovať, že **vnútroštátna úprava kladie na rozlišovanie bežne dostupných služieb, tovarov a stavebných prác od tých nie bežne na trhu dostupných striktnejšie podmienky ako európska právna úprava**. Pre úplnosť považuje úrad za potrebné uviesť aj to, že bežne dostupnými tovarmi / službami a stavebnými prácami sú len také tovary / služby / stavebné práce, ktoré kumulatívne spĺňajú všetky 3 vyššie uvedené podmienky. *A contrario*, v situácii, kedy nie je naplnená čo i len jedna podmienka v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní, nemôže ísť o bežne dostupný tovar, stavebné práce alebo službu.

148. Definícia bežnej dostupnosti na trhu sa prvýkrát zaviedla do „slovenskej“ právnej úpravy verejného obstarávania zákonom č. 95/2013 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov.⁷ Zákonodarca pritom potrebu zaviesť do právneho poriadku

⁶ Pozn. úradu: účinnosťou zákona č. 395/2021 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (dňa 31. marca 2022), došlo k vypusteniu prvého bodu z ustanovenia § 2 ods. 5 písm. o), t. j. podmienky, podľa ktorej bežne dostupné tovary, stavebné práce alebo služby nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek. Z pohľadu predmetného verejného obstarávania je táto legislatívna zmena zmierňujúca podmienky bežnej dostupnosti obstarávaného plnenia irelevantná, nakoľko v zmysle § 187h ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa na postup zadávania predmetnej zákazky aplikuje právna úprava účinná do 30. marca 2022. K tomu pozri bod 5. tohto rozhodnutia.

⁷ Pozri § 9b toho času už neúčinného zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení odo dňa 1. 7. 2013:

(1) Bežne dostupné tovary, stavebné práce alebo služby na trhu sú na účely tohto zákona také tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré

a) nie sú vyrábané, poskytované alebo uskutočňované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,

definíciu bežnej dostupnosti odôvodňoval v dôvodovej správe k vládnemu návrhu tohto zákona nasledovným, cit.: „Pojem *„bežná dostupnosť na trhu“* sa používa aj v platnom zákone, pričom jeho definícia absentovala. Vzhľadom na to, že návrh zákona pracuje s týmto pojmom na viacerých miestach, bolo vhodné ustanoviť jeho legálnu definíciu. Definícia obsahuje všeobecnú časť (ods. 1), ktorá vychádza z bežného všeobecného chápania toho, čo sa bežným statkom rozumie. Cieľom definície je vyjadriť bežnú dostupnosť ako **stav, kedy ide o také tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré sa dodávajú na trhu takpovediac v rovnakej podobe, resp. rovnakým spôsobom komukoľvek a nie sú špecificky upravené pre potreby verejného obstarávateľa v danom prípade. Ako príklad je možné uviesť software, ktorým je operačný systém Windows, ktorý je bežným tovarom, keďže je v rovnakej podobe a spôsobom dodávaný komukoľvek. Naproti tomu software, ktorý si vyžaduje prispôbenie vždy na konkrétne požiadavky obstarávateľa, je teda svojim spôsobom vždy jedinečný a s takýmto prispôbením nie je bežne dodávaný, nebude bežným tovarom.** Obdobne osobné motorové vozidlo je bežným tovarom aj vrátane modifikácií, ak ich bežne predávajúci či výrobca ponúka aj iným odberateľom na trhu, avšak v prípade, ak ide o dodanie napríklad automobilu prispôbeného na záchranné či iné obdobné činnosti, nepôjde o bežný tovar. Pri službách a prácach bude posudzovanie obdobné - ak pôjde o služby alebo práce, ktoré sú bežne ponúkané bez ohľadu na napríklad miesto plnenia len v závislosti od ich rozsahu, resp. iných, bežne ponúkaných podmienok, pôjde o bežne dostupné služby a práce. Naopak, **ak budú jedinečne dohodnuté pre daný konkrétny prípad so všetkými špecifikami z neho vyplývajúcimi, nepôjde o bežnú dostupnosť.** Orientáciu poskytne v prvom kroku už ponuka, ktorá bude formulovaná spôsobom *„as is“*. Odseky 2 a 3 obsahujú demonštratívny výpočet príkladov, kedy ide o bežne dostupné tovary, služby alebo práce.“⁸

149. Vychádzajúc z právnej stránky dynamického nákupného systému, z európskej legislatívy, z dôvodov, ktoré viedli zákonodarcu k exaktnejšiemu vymedzeniu toho, aké služby / tovary / stavebné práce možno považovať za bežne dostupné, ako aj z toho, že bežnú dostupnosť je v zmysle ustálenej metodologickej činnosti úradu potrebné skúmať *ad hoc*, a teda od prípadu k prípadu⁹ a iba na základe komplexných informácií o predmete zákazky,¹⁰ úrad pristúpil

b) sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, poskytnuté alebo uskutočnené a zároveň

c) sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, poskytované alebo uskutočňované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, poskytované alebo uskutočňované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.

(2) Bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami alebo službami podľa odseku 1 sú najmä tovary, stavebné práce alebo služby, určené na uspokojenie bežných prevádzkových potrieb verejného obstarávateľa a obstarávateľa.

(3) Bežne dostupnými tovarmi alebo službami podľa odseku 1 sú najmä tovary a služby spotrebného charakteru.

⁸ Dokument je dostupný na portáli Národnej rady Slovenskej republiky na nasledujúcom odkaze: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=379869>.

⁹ Napr. metodické usmernenie úradu č. 11809-5000/2018 zo dňa 1. 10. 2018, metodické usmernenie č. 4016-5000/2021 zo dňa 6. 4. 2021 alebo metodické usmernenie č. 5859-5000/2017 zo dňa 20. 3. 2017, cit.: „Vzhľadom na konštrukciu zákonnej definície *„bežnej dostupnosti“*, táto sa bude vždy posudzovať *„ad hoc“*, v závislosti od daného prípadu. Z uvedeného vyplýva, že verejný obstarávateľ v rozhodnom čase výberu postupu zadávania zákazky určí, či ním požadovaný predmet zákazky spĺňa podmienky bežnej dostupnosti podľa zákona o verejnom obstarávaní.“

¹⁰ K tomu pozri výkladové stanovisko úradu č. 2/2017 zo dňa 3. 2. 2017, cit.: „(...) **Kvalifikácia bežnej dostupnosti tovarov, služieb a stavebných prác na trhu nemôže byť generalizovaná, ale vyžaduje sa skúmanie vždy ad hoc na konkrétny prípad tak, aby sa zohľadnili všetky vlastnosti dostupnosti dodávky tovaru, služby alebo stavebných prác vo vzťahu k aktuálnym trhovým podmienkam.** K správnej klasifikácii je potrebné poznať opis predmetu zákazky so všetkými jeho vlastnosťami a parametrami vrátane spôsobu jeho vyhodnotenia, používania a dodacích podmienok. Definovanie predmetu zákazky je podstatné pre samotné uspokojenie potrieb verejného obstarávateľa pri súčasnom dodržiavaní princípov verejného obstarávania, umožňuje klasifikáciu predmetu z hľadiska posúdenia bežnej dostupnosti a v podstatnej miere má vplyv na rozhodnutie o výbere správneho postupu zadávania zákazky.“

k preskúmaniu opisu predmetu zákazky poskytnutého kontrolovaným jednak v časti I. „Všeobecné informácie“, v bode 4. „Povaha nákupov v DNS/Opis a rozsah predmetu zákazky“ súťažných podkladov, v prílohe č. 1 k (informatívnej) výzve na predloženie ponuky v spojitosti s prílohou č. 4 súťažných podkladov predstavujúcou návrh zmluvy, ktorá je však, vzhľadom na fázu predmetného verejného obstarávania, len informatívnym, právne nezáväzným dokumentom.¹¹ Úrad teda v rámci svojho posúdenia vzal do úvahy aj návrh zmluvy, nakoľko v ňom obsiahnuté podmienky plnenia predmetu zákazky dokresľujú predmet zadávanej zákazky a v neposlednom rade cieľ, ktorý sa kontrolovaný snaží dosiahnuť predmetným verejným obstarávaním, v ktorom postupuje vo forme zriadenia dynamického nákupného systému.

150. Kontrolovaný definoval charakter jednotlivých zákaziek, ktoré plánuje zadávať v rámci toho času zriaďovaného dynamického nákupného systému, ako **programátorské práce agilného vývoja, vrátane súvisiacich služieb a činností, pričom „programátorské práce“ sú v súťažných podkladoch demonštratívne vymedzené ako programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií v zmysle opisu predmetu zákazky.** Kontrolovaný v súťažných podkladoch uviedol účel predmetu zákazky, a síce, že poskytnutie programátorských prác, súvisiacich činností a služieb je nevyhnutné pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu s názvom „Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky“ (ďalej len „MDM MF SR“) **v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov** a že po úspešnej implementácii a realizácii tohto projektu bude budúci poskytovateľ zabezpečovať prostredníctvom vytvoreného informačného systému elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii jeho pôsobnosti, a to v konkrétnych úsekoch ako financie, koordinácia štátnej pomoci, rozpočtovanie súhrnného schodku verejného rozpočtu, tvorba a realizácia štátneho rozpočtu a iné (pozri viac v bode 105. tohto rozhodnutia).
151. V nadväznosti na vyššie uvedený rámcový opis predmetu zákazky kontrolovaný v podbode 4.1.1. súťažných podkladov už konkrétnejšie vymedzil predmety jednotlivých zákaziek zadávaných v príslušnej kategórii dynamického nákupného systému, a to prostredníctvom popisu požadovaných služieb toho-ktorého špecialistu. Napríklad, kontrolovaný v rámci kategórie č. 1 „Špecialista – IT analytik“ obstaráva poskytnutie týchto služieb, cit.: „
- *Získavanie a konzultácia obchodných (business) požiadaviek, vypracovanie návrhov nových IT riešení systémov a konzultácie pri následnej implementácii riešení a systémov MF SR,*
 - *Príprava funkčných a technických požiadaviek pre implementáciu nových funkcionáľov a IT systémov MF SR,*
 - *Zabezpečenie návrhu a modelovanie business procesov podľa zadania vlastníkov procesov a kľúčových používateľov MF SR a priamo riadených organizácií MF SR,*
 - *Participácia a súčinnosť pri zmenách a rozvoji informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
 - *Posudzovanie náročnosti plánovaných a vykonávaných zmien a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
(...)
 - *Podieľanie sa na tvorbe analýzy rizík a návrhov na vysporiadanie sa s danými rizikami pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR,*

¹¹ Pozri „disclaimer“ nachádzajúci sa v tomto dokumente, ktorý je citovaný v časti „Zistenia úradu“ tohto rozhodnutia, konkrétne v bode 109.

(...)

- **Posúdenie návrhov na zmenu alebo rozvoj informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR (...).**“.

Príkladom úrad poukazuje aj na kontrolovaným požadované služby uvedené pri pozícii „Špecialista – IT architekt“ v rámci kategórie č. 2, medzi ktoré o. i. patrí, cit.: „

- *Tvorba komplexného popisu IT architektúry MF SR v súlade s príslušnými štandardami,*
- *Modelovanie architektúry IT riešení a systémov MF SR,*
- *Posudzovanie vhodnosti navrhnutých IT riešení a systémov MF SR s ohľadom na požiadavky MF SR,*
- *Mapovanie požiadaviek do návrhu funkčných IT riešení a systémov MF SR,*
- *Analýza súčasného a návrh budúceho stavu cieľovej architektúry IT riešení a systémov MF SR a definovanie požiadaviek a nárokov na cieľovú a tranzitnú architektúru s prihliadnutím na zámer a cieľ daného IT projektu,*
- *Analyzovanie požiadaviek na IT riešenie a systém MF SR a ich pretransformovanie do technických požiadaviek a architektonických dizajnov,*
- *Podieľanie sa na IT architektonických rozhodnutiach s prihliadaním na štandardy, aktuálne platnú legislatívu a najlepšie skúsenosti,*
- *Návrh IT architektúry na základe biznis a technických požiadaviek, príprava a prezentácia modelov IT architektúry a poskytovanie súčinnosti IT analytikom pri tvorbe návrhu IT riešení a systémov MF SR,*
- *Tvorba a hodnotenie rôznych alternatív IT riešení a systémov MF SR a príprava odporúčaní optimalizácie ich riešenia,*

(...)

- *Tvorba základnej inštalácie a nastavenie testovacieho a produkčného prostredia a najmä implementáciu navrhovaných funkcionalít nového informačného systému Manažment údajov Ministerstva financií SR a Register finančných výkazov, realizáciu integrácií na iné interné aj externé IS a zároveň aj vytvorenie Integrovaného technického návrhu*
 - *Udržiavanie a aktualizovanie relevantnej technickej dokumentácie IT riešení a systémov MF SR,*
 - *Práca v Enterprise architecture SW nástroji, tvorba výstupov vo forme modelov architektúry, diagramov, tvorba vzorov a šablón,*
- (...).

Obdobne komplexne je uvedený aj popis požadovaných činností v rámci kategórie č. 3 s názvom „Špecialista – IT programátor/vývojár“, a to, cit.: „

- *Tvorba a udržiavanie zdrojového kódu,*
- *Tvorba a udržiavanie vývojovej dokumentácie,*
- *Zabezpečovanie tvorby metodík a postupov pre implementáciu a konfiguráciu informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
- *Úprava, dopĺňanie a aktualizácia už existujúcich zdrojových kódov a konfigurácií,*
- *Implementácia informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
- *Vývoj a konfigurácia informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
- *Návrh a implementácia testovacích procedúr,*
- *Sledovanie návrhu, implementácia a konfigurácia zmien, úprav a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR podľa zadani vlastníkov procesov a kľúčových používateľov,*

- *Tvorba odhadu náročnosti plánovaných a vykonávaných zmien a rozvoja informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,*
- *Súčinnosť pri tvorbe analýzy rizík a návrhov na vysporiadanie sa s danými rizikami pre informačné systémy, SW aplikácie a IT služby na úrovni MF SR,*
- ***Súčinnosť pri posúdení návrhov na zmenu alebo rozvoj informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR,***
- *Súčinnosť pri tvorbe potrebných dokumentov,*
- *Iné odborné činnosti podľa požiadaviek MF SR.*“¹²

152. Následne je opis predmetu zákazky v súťažných podkladoch kontrolovaným definovaný aj konkrétnymi výstupmi poskytovaných služieb jednotlivých IT špecialistov pre kategórie č. 1 až 8, ktoré budú pozostávať z odborného obsahu, cit.: „(...) v rámci *projektovej dokumentácie k jednotlivým IT projektom MF SR minimálne v nasledovnom rozsahu v závislosti od projektovej fázy konkrétneho projektu, resp. v závislosti od konkrétneho zadania/požiadavky MF SR:*

Prípravná fáza projektu:

- *Projektový zámer – rámcový*
- *BC/CBA dokument ako súčasť projektového zámeru*
- *Prístup ku projektu – rámcový*
- *Projektový plán – rámcový*

Iniciačná fáza projektu:

- *Projektový zámer – detailný*
- *BC/CBA dokument a katalóg požiadaviek – detailný*
- *Prístup ku projektu – detailný*

Realizačná fáza projektu:

- *Projektový iniciálny dokument*
- *Detailný návrh riešenia*
- *Plán testov*
- *Testovacia dokumentácia*
- *Príručky*
- *Prevádzkový opis*
- *Havarijný plán*
- *Vyhodnotenie a akceptácia nasadenia IT do produkcie*
- *Zdrojový kód v zmysle licenčných podmienok v návrhu zmluvy*
- *Manažérske produkty (v zmysle Vyhlášky 85/2020 Z.z. o riadení projektov)ako výstup činností projektového manažéra pre všetky fázy projektu.*
- *Iné výstupy projektovej dokumentácie podľa požiadaviek MF SR“.*

153. Ďalej kontrolovaný v rámci podbodu 4.1.3. súťažných podkladov stanovil aj požiadavky na poskytované služby jednotlivých IT špecialistov, najmä pokiaľ ide o programátorské práce na portálových platformách, a to, na akých technológiách budú prebiehať činnosti agilného vývoja, ako aj požiadavky na výsledok agilného vývoja, ktorým bude vytvorenie riešenia manažmentu údajov. V záverečnej časti podbodu 4.1.3. súťažných podkladov kontrolovaný vymedzil konkrétne technické požiadavky týkajúce sa činnosti špecialistov, podmienku, podľa ktorej cit.: „*Poskytovateľ bude Objednávateľovi v prípade potreby poskytovať aj SLA služby (podpora úrovne L3). Forma a spôsob nahlásovania incidentov, ako aj lehoty na ich odstránenie budú špecifikované v konkrétnej zmluve.*“, pričom následne v podbode 4.1.4.

¹² Viac o obstarávaných činnostiach jednotlivých expertov pozri v bode 105. tohto rozhodnutia.

odkázal na ostatné podmienky poskytovania služieb IT špecialistov, uvedené v informatívnom návrhu zmluvy (príloha č. 4 týchto súťažných podkladov).

154. Nakoľko povinnosťou kontrolovaného je v zmysle § 58 ods. 1 v spojitosti s § 59 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní vymedziť predmet zákazky v rozsahu skupiny podľa slovníka obstarávania a vymedziť objem predpokladaných nákupov, kontrolovaný v bode 4.2. súťažných podkladov uviedol, že cit.: „*V rámci tohto DNS sa budú obstarávať bežne dostupné služby, ktoré sú zaradené podľa spoločného slovníka obstarávania (CPV) v nasledovných skupinách:*

72000000-5 Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora

72212000-4 Programovanie aplikačného softvéru

72230000-6 Vývoj zákazníckeho softvéru (softvér na objednávku)

72250000-2 Služby týkajúce sa podpory systému

72254100-1 Testovanie systémov

73220000-0 – Poradenské služby pre vývoj

Celkový predpokladaný počet človekohodín je 17 056 počas trvania DNS.“

155. Ako už úrad uviedol vyššie, pre komplexnosť posúdenia posudzovanej problematiky o splnení definičných znakov bežnej dostupnosti predmetu zákazky obstarávaného kontrolovaným majú nezanedbateľný význam aj obchodné podmienky stanovené v návrhu zmluvy, nakoľko tie dokresľujú to, čo sa bude v predmetnom prípade vyžadovať od budúceho poskytovateľa, resp. od budúcich poskytovateľov služieb IT špecialistov, keďže dynamickým nákupným systémom sa budú zadávať viaceré čiastkové zákazky podľa aktuálnych potrieb kontrolovaného. Na tieto účely sú podľa názoru úradu relevantné najmä vybrané zmluvné ustanovenia týkajúce sa predmetu plnenia (zmluvy), spôsobu jeho plnenia, zodpovednosti za vady, ako aj ustanovenia týkajúce sa prevodu práv z duševného vlastníctva v zmysle zákona č. 185/2015 Z. z. autorský zákon v znení neskorších predpisov (ďalej len ako „autorský zákon“), ktoré úrad uvádza v nasledujúcom texte.

156. Pokiaľ ide o predmet zmluvy, kontrolovaný v preambule návrhu zmluvy (v druhom odseku) stanovil, čo sa rozumie na jej účely pod pojmom „programátorské práce“, cit.: „*(...) pojem „programátorské práce“ znamená najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, bližšie špecifikované v opise predmetu zákazky, ktoré budú vykonávať zamestnanci, resp. tretie osoby poskytovateľa na základe požiadaviek Objednávateľa v súvislosti s realizáciou a implementáciou Projektu Manažment údajov Ministerstva financií (ďalej v texte zmluvy ako „projekt“). Projekt bude realizovaný predovšetkým vlastnými kapacitami Objednávateľa. Pri aktivitách vykonávaných projektovým spôsobom, IT špecialisti budú poskytovať plnenie v prípadoch, kedy nebudú vlastné kapacity Objednávateľa dostatočné.“* Kontrolovaný ďalej v článku I návrhu zmluvy vymedzil jej predmet tak, že predmetom zmluvy je úprava práv a povinností zmluvných strán v súvislosti s poskytovaním plnenia podľa článku II, a to najmä nie však výlučne, povinnosť poskytovateľa zabezpečiť pre objednávateľa riadne a včas všetky požadované a riadne zadané plnenia podľa článku II prostredníctvom IT špecialistov, ako aj povinnosť objednávateľa uhradiť poskytovateľovi odmenu za riadne poskytnuté plnenia podľa článku II, pričom špecifikácia predmetu zmluvy by mala byť obsiahnutá v jej prílohe č. 1 „Opis predmetu zákazky“.¹³ Ďalej kontrolovaný v článku I návrhu zmluvy deklaroval jej účel,

¹³ Pozn. úradu: vzhľadom na to, že ide o postup zadávania zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému a s ohľadom na to, že v danom prípade podrobný opis predmetu čiastkovej zákazky v rámci tej-ktorej

ktorým je, cit.: „(...) poskytnutie programátorských, analytických architektonických, grafických činností, ako aj ďalších činností v oblasti informačných technológií, bližšie špecifikovaných v opise predmetu zmluvy s využitím agilného vývoja v oblasti informačných technológií (ďalej aj ako „programátorské práce“ alebo „Plnenie“) pri komplexnej realizácii a implementácii projektu Manažment údajov Ministerstva financií – Komplexný projekt pre manažment údajov v gescii sekcie informačných technológií Ministerstva financií Slovenskej republiky na vysokej odbornej profesionálnej úrovni.“.

157. Pokiaľ ide o spôsob plnenia predmetu zmluvy, od budúceho poskytovateľa sa v zmysle článku II ods. 1 návrhu zmluvy bude požadovať poskytovanie plnenia, cit.: „(...) v súlade s opisom predmetu zákazky podľa Prílohy č. 1 tejto Zmluvy a v zmysle projektových dokumentov vytvorených Objednávateľom (ďalej len „Zadanie“) a to prostredníctvom špecialistov uvedených v Prílohe č.3 tejto Zmluvy, ktorí splňajú minimálne požiadavky podľa prílohy č. 1 tejto Zmluvy (ďalej ako „Plnenie“).“, pričom z ostatných odsekov tohto ustanovenia návrhu zmluvy vyplýva, že poskytovanie služieb sa bude realizovať prostredníctvom jednotlivých zadaní vystavených objednávateľom, po dokončení ktorých bude prebiehať akceptačné konanie so zisťovaním a prípadnou nápravou väd poskytnutého plnenia.

158. Pokiaľ ide o zodpovednosť za vady, kontrolovaný v článku V ods. 1 a ods. 2 návrhu zmluvy stanovil, že budúci, cit.: „Poskytovateľ zodpovedá v plnom rozsahu za to, že Plnenia budú poskytované s odbornou starostlivosťou, na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov. Poskytovateľ sa zaväzuje, že Plnenia podľa tejto Zmluvy budú realizované v súlade s jej podmienkami a Zadaním a kvalitou a odbornosťou budú zodpovedať znalostiam danej problematiky.“. V nadväznosti na to je v ods. 4 tohto článku návrhu zmluvy uvedené, že cit.: „Záruka za Plnenia, ktorých výsledkom je dielo v zmysle Autorského zákona podľa článku VIII. Zmluvy je v trvaní 24 mesiacov odo dňa podpísania protokolu.“.

159. V neposlednom rade úrad poukazuje na zmluvnú úpravu práv z duševného vlastníctva vymedzenú v ustanoveniach článku VIII návrhu zmluvy označeného ako „Licencia“. Hneď v odseku 1 tohto článku je uvedené, že cit.: „V prípade, ak sa Plnenie a jeho súčasť alebo príslušenstvo považuje za autorské dielo podľa zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon (ďalej len ako „Autorský zákon“) udeľuje Poskytovateľ Objednávateľovi bezodplatne spolu s odovzdaním Plnenia alebo jeho časti, výhradnú, neodvolateľnú, časovo, vecne a miestne neobmedzenú licenciu k Plneniu a jeho súčasti alebo príslušenstva na všetky spôsoby použitia diela podľa § 19 ods. 4 písm. a) až d) Autorského zákona. Udelenie licencie sa týka najmä, nie však výlučne, práva na použitie a úpravu diela a súvisiacej dokumentácie k vytvorenému dielu (analytická, architektonická, testovacia, vývojová, používateľská dokumentácia, rôzne modely či už architektonické alebo analytické), aplikačných riešení a produktov (architektonické modely, databázy, prototypy, simulátory, validátory), ako aj komentovaného zdrojového kódu Plnenia a ich súčasti alebo príslušenstva a aj všetkých dát a/alebo databáz, ktoré vzniknú v súvislosti s Plnením.“, pričom podľa odseku 2 sa pre majetkové práva objednávateľa, cit.: „(...) bude uplatňovať obdobný režim, ako pri zamestnaneckom diele, okrem ustanovenia § 90 ods. 9 Autorského zákona.“.

160. Dôkladným preskúmaním opisu predmetu zákazky poskytnutého kontrolovaným v spojitosti s vybranými zmluvnými podmienkami plnenia predmetu zákazky analyzovanými v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia dospel úrad k záveru, že **v danom prípade**

kategórie IT špecialistov bude vymedzený bližšie v samotnej výzve na predkladanie ponúk, prílohu č. 1 návrhu zmluvy kontrolovaný doposiaľ nezverejnil.

nejde len o službu poskytnutia IT špecialistov tak, ako sa to snaží navodiť kontrolovaný, keď vo svojom vyjadrení k námietkam tvrdí, že cieľom dynamického nákupného systému je iba zabezpečenie nedostatkových špecialistov v jeho rezorte a keď tvrdí, že v danom prípade ide len o službu IT bodyshopping-u alebo dočasného „prenájmu“ IT špecialistov. Optika vnímania predmetu zákazky kontrolovaným je podľa názoru úradu zužujúca, nesprávna a zastierajúca tú skutočnosť, že **predmetom zákazky je v zmysle jeho opisu určitý, bližšie nekonkretizovaný súbor IT služieb, výsledkom poskytovania ktorých má za využitia kapacít IT špecialistov dôjsť de facto k realizácii a implementácii projektu MDM MF SR, pričom hlavnou pracovnou náplňou týchto špecialistov budú programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti IT, a to nevynímajúc vznik diela / diel ako výsledku / výsledkov ich intelektuálnej činnosti.** Úrad má za to, že ak by v skutočnosti išlo len o „prenájom“ IT špecialistov, a teda zabezpečenie si odborných personálnych kapacít pre realizáciu určitých projektov, kontrolovaný by na budúceho poskytovateľa nekládol zodpovednosť za riadne a včasne zadané plnenia, a teda za výsledky poskytovania programátorských, analytických, architektonických a grafických činností, ako aj ďalších činností v oblasti IT pri komplexnej realizácii a implementácii projektu MDM MF SR, ale na budúceho poskytovateľa by kladol iba zodpovednosť za poskytnutie potrebného počtu IT špecialistov na vopred stanovený účel vo vopred vymedzenom čase. Rovnako by kontrolovaný v zmysle stanovených zmluvných podmienok nevyžadoval, aby bol budúci poskytovateľ zodpovedný za vady tohto plnenia zistené v rámci akceptačného konania, ktoré boli zapísané do protokolu pri jeho vykazovaní a ani za vady plnenia, ktorých výsledkom je dielo, a to v záručnej dobe 24 mesiacov odo dňa podpísania protokolu. Ak by tvrdenie kontrolovaného o tom, že jeho zámerom je iba získať krátkodobé a dlhodobé kapacity IT odborníkov na doplnenie vlastných implementačných tímov, malo byť pravdivé, úradu nie je zrejmé, z akého dôvodu kontrolovaný od budúceho poskytovateľa žiada, aby mu bezodplatne spolu s odovzdaním plnenia alebo jeho časti poskytol výhradnú, neodvolateľnú, časovo, vecne a miestne neobmedzenú licenciu na všetky spôsoby použitia diela, v prípade, ak sa plnenie a jeho súčasť alebo príslušenstvo považuje za autorské dielo v zmysle autorského zákona (na majetkové práva ktorého sa má tiež v zmysle čl. VIII ods. 2 návrhu zmluvy uplatňovať obdobný režim ako pri zamestnaneckom diele). Analýzou zmluvných podmienok plnenia predmetu zákazky, ktorými sa na budúceho poskytovateľa kladú **mnohé povinnosti týkajúce sa výsledku poskytovania programátorských, analytických, architektonických, grafických činností, ako aj ďalších činností IT špecialistov,** dospel úrad k názoru, že **v tomto prípade nejde len o „obstaranie“ odborných, personálnych kapacít, ale o istý spôsob zabezpečenia realizácie a implementácie konkrétneho projektu, a to MDM MF SR.**

161. Vyššie uvedená skutočnosť má zásadný význam aj z hľadiska posúdenia bežnej dostupnosti obstarávaného plnenia, čo je jedna z elementárnych podmienok na to, aby mohol kontrolovaný postupovať pri zadávaní zákazky, aká je vo veci samej, formou zriadenia dynamického nákupného systému podľa § 58 a nasl. zákona o verejnom obstarávaní.
162. Ako už úrad uviedol vyššie, definičnými znakmi na trhu bežne dostupných tovarov / služieb / stavebných prác sú v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní nasledujúce vlastnosti:
1. nie sú vyrábané, dodávané, uskutočňované alebo poskytované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,
 2. sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, uskutočnené alebo poskytnuté a zároveň

3. sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, uskutočňované alebo poskytované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, uskutočňované alebo poskytované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.

Zákon o verejnom obstarávaní v ustanovení § 2 ods. 6 a 7 zakotvuje aj podporné znaky bežne dostupných tovarov / služieb / stavebných prác, ktorými sú najmä tovary, stavebné práce alebo služby určené na uspokojenie bežných prevádzkových potrieb verejného obstarávateľa a obstarávateľa alebo tovary a služby spotrebného charakteru, avšak tieto nie sú určujúce pri posúdení toho, či je naplnený atribút bežnej dostupnosti alebo nie.

163. Pokiaľ ide o prvý z definičných znakov bežnej dostupnosti predmetu verejnej zákazky, z ktorého vyplýva, že bežne dostupná služba je služba, ktorá sa na trhu poskytuje takpovediac v rovnakej podobe, rovnakým spôsobom komukoľvek a bez toho, aby musela byť individualizovaná na konkrétny prípad, úrad v prvom rade poukazuje na popis činností jednotlivých IT špecialistov poskytnutý kontrolovaným (bod 4.1.1. súťažných podkladov), v rámci ktorého sa napr. uvádza, že predmetom zákazky bude „Zabezpečenie návrhu a modelovanie business procesov podľa zadání vlastníkov procesov a kľúčových používateľov MF SR a priamo riadených organizácií MF SR“, „Participácia a súčinnosť pri zmenách a rozvoji informačných systémov, SW aplikácií a IT služieb na úrovni MF SR“, „Modelovanie architektúry IT riešení a systémov MF SR“ alebo „Návrh IT architektúry na základe biznis a technických požiadaviek, príprava a prezentácia modelov IT architektúry a poskytovanie súčinnosti IT analytikom pri tvorbe návrhu IT riešení a systémov MF SR“. S ohľadom na popis činností IT špecialistov vymedzených kontrolovaným má úrad za to, že **poskytovanie obstarávaných služieb sa nezaobíde bez prispôsobenia sa jedinečným požiadavkám kontrolovaného**, ktorý vo svojom rezorte disponuje existujúcou infraštruktúrou, existujúcimi SW aplikáciami a IT systémami podmienenými jeho osobitou pôsobnosťou v oblasti financií. Súčasne kontrolovaný v rámci jednotlivých kategórií zaradil činnosti IT špecialistov do skupín podľa slovníka obstarávania o. i. s CPV kódmi 72230000-6 „Vývoj zákaznického softvéru (softvér na objednávku)“ a 72000000-5 „Služby informačných technológií; konzultácie, vývoj softvéru, internet a podpora“. Na základe toho úrad zhodne s názorom navrhovateľa konštatuje, že **ak v predmetnom prípade ide o intelektuálne plnenie, individualizované a vytvárané pre kontrolovaného ako zákazníka na objednávku, a teda ide o vývoj zákaznického softvéru, ktorý bude musieť byť prispôbený jeho jedinečným potrebám (špecifickým požiadavkám), nie je naplnený prvý definičný znak bežnej dostupnosti obstarávanej služby v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) bod 1. zákona o verejnom obstarávaní**. V prospech uvedeného svedčí aj to, že kontrolovaný sám v preambule návrhu zmluvy uvádza, že pod predmet plnenia, t. j. programátorské práce spadajú, cit.: „(...) najmä, nie však výlučne, programátorské, analytické, architektonické, grafické činnosti, ako aj ďalšie činnosti v oblasti informačných technológií, bližšie špecifikované v opise predmetu zákazky, ktoré budú vykonávať zamestnanci, resp. tretie osoby poskytovateľa **na základe požiadaviek Objednávateľa** v súvislosti s realizáciou a implementáciou Projektu Manažment údajov Ministerstva financií (...).“. Vyššie uvedený záver podľa názoru úradu nevyvracia ani argument kontrolovaného, ktorý tvrdí, že pre jednotlivé pozície IT špecialistov nežadáva špecifické požiadavky a že požaduje služby bežne dostupných konzultantov (špecialistov), akých sa na trhu nachádzajú minimálne stovky. K tomuto tvrdeniu úrad uvádza, že na vyslovenie záveru o tom, či je služba na trhu bežne dostupná, nemá vplyv to, koľko sa na trhu nachádza špecialistov, ktorí by ju vedeli poskytnúť a ani to, koľko na trhu existuje personálnych spoločností alebo iných spoločností, živnostníkov podnikajúcich v oblasti IT. Příkladmo úrad uvádza, že ak by bolo na slovenskom trhu minimálne 100 jadrových inžinierov, *a priori* to neznamena, že poskytujú bežne dostupnú službu, napr. riadenie reaktora v atómovej elektrárni. Pokiaľ ide o argument, že kontrolovaný pre jednotlivé pozície nežadáva špecifické požiadavky, úrad v ňom nevidí žiadnu vecnú súvislosť vo vzťahu k problematike

bežnej dostupnosti obstarávaného plnenia, nakol'ko v predmetnom prípade nie sú a vo všeobecnosti ani nemôžu byť predmetom zákazky fyzické osoby – špecialisti IT, ale iba výsledok ich činnosti, ktorý kontrolovaný rámcovo definoval ako cit.: „Poskytnutie programátorských prác, súvisiacich činností a služieb (...) pre úspešnú implementáciu a realizáciu projektu Manažment údajov Ministerstva financií Slovenskej republiky (ďalej len „MDM MF SR“) v požadovanej kvalite a na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov.“.

164. Pokiaľ ide o druhý, obligatórny definičný znak bežnej dostupnosti, a to, že služba musí byť ponúkaná v podobe, v ktorej je bez väčších úprav jej vlastností alebo prvkov aj poskytovaná, *a contrario*, že musí ísť o službu, ktorá si vo svojej podstate nevyžaduje väčší rozsah úprav vzhľadom na jej charakter a charakter jej poskytovania, úrad poukazuje na to, že z opisu predmetu zákazky ako aj zo zmluvných podmienok stanovených kontrolovaným jednoznačne vyplýva, že **IT špecialisti budú musieť v rámci výkonu svojej činnosti neustále prispôbovať svoje aktivity tak, aby sa dosiahol cieľ úspešnej realizácie a implementácie projektu MDM MF SR na „vysokej profesionálnej úrovni“**. Uvedené vyplýva najmä z toho, že kontrolovaný požaduje poskytovanie služieb s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru a tiež zo skutočnosti, že v danom prípade pôjde nielen o poskytovanie služieb, ale aj o dodanie diel ako výsledku služieb IT špecialistov takpovediac „šitých na mieru“ priamo kontrolovanému. Vývoj diela ako výsledku intelektuálnej, individualizovanej činnosti IT špecialistu/ov kontrolovaný sám predpokladá, keď v rámcovom opise predmetu zákazky uvádza, že cit.: „Po úspešnej implementácii a realizácii projektu budú prostredníctvom vytvoreného IS zabezpečovať elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti MF SR (...)“. O tom, že poskytovaním služieb IT špecialistov vznikne aj dielo, svedčia aj zmluvné podmienky, ktorými kontrolovaný upravil situácie spojené s vadami diela (napr. bod 120. tohto rozhodnutia) alebo situácie, ak sa bude nevyhnutné vysporiadať s autorskými právami spôsobom poskytnutia licencie objednávateľovi podľa článku VIII návrhu zmluvy (bod 122. tohto rozhodnutia). Úrad sa preto stotožňuje s tým, čo uviedol vo svojich námietkach navrhovateľ, že **nie je možné tvrdiť, že predmetom zákazky je jednoduchá poradenská služba z oblasti IT, ktorú pre kontrolovaného vie poskytnúť akýkoľvek, na trhu dostupný konzultant, najmä nie za situácie, ak kontrolovaný požaduje poskytovanie IT služieb a súčasne dodanie komplexného diela / projektu na základe jeho osobitých požiadaviek**. V tomto smere neobstojí jediné tvrdenie kontrolovaného, ktorým obhajuje naplnenie tohto definičného znaku bežne dostupnej služby, a to, že nešpecifikuje jedinečné požiadavky na jednotlivých konzultantov a že ich systematicky zatrieduje do kategórií podľa oblastí, ktorým sa venujú. Na tomto mieste považuje úrad za potrebné opakovane uviesť, že predmet zákazky nemožno vnímať cez pozície jednotlivých IT špecialistov, nakol'ko pozície, resp. odborníci nemôžu byť prirodzene predmetom verejného nákupu, ale len cez konkrétne činnosti, ktoré sa od nich budú požadovať. Na základe vyššie uvedeného má úrad za to, že **ani druhá podmienka bežnej dostupnosti služby podľa § 2 ods. 5 písm. o) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní nie je v tomto prípade splnená**.

165. Pokiaľ ide o posledný, tretí definičný znak, ktorý musí byť kumulatívne spolu s ostatnými definičnými znakmi naplnený, aby sa konkrétna služba mohla označiť za bežne dostupnú na trhu, a síce, že určitá služba musí byť v podobe, v akej bude poskytovaná pre kontrolovaného, poskytovaná aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu, úrad má za to, že **ani tento definičný znak nie je vo veci predmetnej zákazky naplnený**. Vzhľadom na rámcový opis predmetu zákazky a popis jednotlivých činností IT špecialistov, z ktorých vyplýva, že obstarávané služby budú poskytované v špecifických oblastiach spadajúcich do gescie kontrolovaného ako sú napríklad financie, koordinácia štátnej pomoci, rozpočtovanie súhrnného schodku verejného

rozpočtu, tvorba a realizácia štátneho rozpočtu, politika spravovania majetku verejnej správy vo verejnoprospešnej sfére a nepodnikateľskej sfére alebo správa štátnych finančných aktív a štátnych finančných pasív Slovenskej republiky, nie je podľa názoru úradu možné tvrdiť, že rovnaké služby sa na trhu bežne poskytujú iným subjektom a už vôbec nie, že sa poskytujú spotrebiteľskej verejnosti. Úrad sa v tomto prípade prikláňa k názoru navrhovateľa, podľa ktorého **predmetom zákazky nie je poskytovanie jednoduchých IT služieb, jednoduchých, opakujúcich sa servisných úkonov, ktoré by mohli byť považované za bežne dostupné, ale ide o omnoho sofistikovanejšie činnosti v rámci osobitých agend na úrovni kontrolovaného s dopadom nielen na jeho interné procesy, ale aj štát.** Čo sa týka tvrdenia kontrolovaného, že požaduje služby výlučne v podobe, ktorej sú poskytované aj iným subjektom na trhu bez akýchkoľvek špecifických požiadaviek a že konzultant v určitej oblasti vie takéto služby poskytovať bezo zmeny akémukoľvek inému obstarávateľovi, spotrebiteľovi alebo privátnemu zákazníkovi, v kontexte vyššie uvedeného neobstojí. Kontrolovaný okrem toho nepredložil na podporu svojho tvrdenia žiaden dôkaz alebo príklad, ktorý by prisvedčil správnosti jeho tvrdenia, že ide o služby poskytované bez určenia špecifických požiadaviek aj iným subjektom na trhu. Obzvlášť by bolo zo strany kontrolovaného žiaduce, aby predložil dôkaz svojich tvrdení za situácie, ak v zmysle opisu predmetu zákazky a zmluvných podmienok požaduje poskytovanie služieb „na vysokej odbornej profesionálnej úrovni“ so zameraním na „kvalitu práce a kvalitu výsledkov“.¹⁴

166. Vzhľadom na to, že v prípade predmetu zákazky opísaného kontrolovaným v súťažných podkladoch a v obchodných podmienkach stanovených v návrhu zmluvy nedošlo k naplneniu definičných znakov bežnej dostupnosti v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní, a teda nie je možné potvrdiť existenciu ani jednej z obligatórnych vlastností bežne dostupného plnenia v zmysle predmetného ustanovenia, úrad zastáva názor, že **služba obstarávaná kontrolovaným nie je na trhu bežne dostupná.**

167. Berúc do úvahy skutočnosť, že v zmysle § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je dynamický nákupný systém elektronický proces určený na obstarávanie tovaru, stavebných prác alebo služieb bežne dostupných na trhu, **úrad konštatuje, že vo veci samej nie je splnená fundamentálna podmienka pre zriadenie a vytvorenie dynamického nákupného systému, a teda predmet zákazky nie je možné zo strany kontrolovaného obstarávať prostredníctvom tohto špecifického postupu zadávania verejných zákaziek.**

168. Na podporu vyššie konštatovaného právneho názoru úrad uvádza aj obdobný prípad, ktorý bol predmetom rozhodovania predsedu Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže v Českej republike o rozklade v jeho rozhodnutí zo dňa 22. 4. 2022, sp. zn. ÚOHS-R0037/2022/VZ, ktoré sa týkalo zadávacieho konania na zriadenie dynamického nákupného systému vyhláseného zadávateľom Ředitelství silnic a dálnic ČR na predmet „Podpora a rozvoj ASPE“. V predmetnom prípade išlo o obdobný predmet zákazky, aký je vo veci samej a z rovnakej oblasti, t. j. IT služby spočívajúce v podpore, v servise a rozvoji existujúceho programového (softvérového) vybavenia.¹⁵ Osobitne úrad poukazuje na názor predsedu Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže vyslovený v bodoch 31 až 36 predmetného rozhodnutia, cit.:

¹⁴ K tomu pozri aj článok V „Zodpovednosť za vady“ ods. 1 a 2 návrhu zmluvy, cit.: „Poskytovateľ zodpovedá v plnom rozsahu za to, že Plnenia budú poskytované s odbornou starostlivosťou, na vysokej profesionálnej úrovni, s použitím agilného prístupu a metodík pre vývoj softvéru v praxi, zameraného na kvalitu práce a kvalitu výsledkov.

Poskytovateľ sa zaväzuje, že Plnenia podľa tejto Zmluvy budú realizované v súlade s jej podmienkami a Zadaním a kvalitou a odbornosťou budú zodpovedať znalostiam danej problematiky.“

¹⁵ Pozri viac v zadávacej dokumentácii zverejnenej na nasledujúcom odkaze:

<https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003026/zakazka/452943>.

„31. Nemohu proto souhlasit s Úřadem, že by se v případě rozvoje programového vybavení jednalo o běžnou službu. Rozvojem programového vybavení **dodavatel bude na základě požadavků zadavatele měnit či rozšiřovat funkcionality stávající verze softwaru, což je vysoce individualizované plnění, které v žádném případě nelze označit za běžné.** Již jen samotná fáze, při které zadavatel specifikuje své požadavky na rozvoj systému, často obsahuje složitou komunikaci, ladění vzájemných představ, možných výsledků. **Dále pak jde ale především o fázi realizace, návrhu výsledku, testování, nasazování a dalších úkonů, které dané plnění dělají složitě a nemožné k označení spojením „běžná služba“.** Jak vyplývá z bodu 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí, rozvoj systému či jeho modernizace v tomto případě znamená přidávání významné nebo zcela nové vlastnosti a funkce programu nebo její zásadní změnu. Ve vztahu ke konkrétnímu informačnímu systému tak rozvoj vyžaduje kreativitu a může být i personálně náročný. K tomu přistupuje i rychlost, s jakou je možné požadavek na rozvoj systému vyřídit. Zcela jistě se také jedná o plnění komplexní, které není opakované ve smyslu zaměnitelnosti.

32. Sám zadavatel pak předmět plnění zařadil do klasifikace společného slovníku pro veřejné zakázky mimo jiné pod č. 72262000-9 „Vývoj programového vybavení“. Je zřejmé, že **vývoj programového vybavení (či obecně informačního systému) nemůže být běžnou záležitostí, neboť, jak již bylo uvedeno, jde o vysoce kvalifikovanou službu reagující na konkrétní požadavky zadavatele nikoliv běžného charakteru.**

(...)

34. Úřad ani neodůvodnil, jak dospěl k závěru, že lze v dynamickém nákupním systému poptávat software. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí především nelze poznat, **zda je myšlena koupě software, tedy dodávka ve smyslu zákona, či vývoj nového software podle požadavků zadavatele. Zatímco v prvním případě by se o předmět dynamického nákupního systému jednat mohlo, ve druhém již nikoliv, a to ze stejných důvodů, jako v tomto případě nelze v dynamickém nákupním systému poptávat ani rozvoj programového vybavení.**

35. Výše uvedený závěr a priori nevylučuje zavedení dynamického nákupního systému ve vztahu k IT službám. Podpora a údržba informačních systémů mohou být dle mého názoru typickým příkladem služby, kterou lze zadávat v dynamickém nákupním systému (byť konkrétní skutkové okolnosti mohou být příčinou nemožnosti i tyto služby zadávat v dynamickém nákupním systému). Jedná se totiž především o službu obecného rázu, službu spíše opakovanou. **Dynamický nákupní systém však nelze využívat k zajištění tak specifického plnění, jako je v tomto případě rozvoj či vývoj software, neboť to neodpovídá znění § 138 odst. 1 zákona.**

36. Závěrem uvádím, že je obtížné stanovit přesnou linii a obecně určit, které plnění běžným je a které už nikoliv, aby byla naplněna díkce zákona. K tomu lze pro ilustraci uvést citaci ze zahraniční odborné literatury: „Thus such a system may only be used for purchases that are ‘commonly used’ and which meet the procuring entity’s requirements ‘as generally available on the market’ – that is, apparently, without adaptation for the entity’s use. (...) This definition gives rise to a number of uncertainties, such as the extent of use by other entities that is required for a product to be considered in common use“ (Sue ARROWSMITH. The law of public and utilities procurement. Regulations in the EU and UK. Volume 2. Third Edition. Sweet & Maxwell, 2018, s. 669). (Volně přeloženo předsedou Úřadu: Takový systém může být použit pouze pro nákupy „běžně užívaného“ zboží, které splňuje požadavky zadavatele jako „obecně dostupné na trhu“ – tj. bez úprav pro potřeby konkrétního zadavatele. (...) Tato definice vyvolává řadu nejasností, jako je nutný rozsah použití jinými subjekty, aby mohl být výrobek považován za běžně používaný.). Je zřejmé, že se od zavedení dynamického nákupního

systemu posunulo vnímání tohoto institutu a s tím i zboží, které v něm zadavatelé poptávají. Tomu odpovídá i starší komentářová literatura typicky zmiňující kancelářské potřeby, pohonné hmoty či dodávky z oblasti informačních technologií. Aktuálně je tak dynamický nákupní systém využíván například i na opakující se běžné právní služby. Rozvoj informačního systému však dle mého názoru překračuje i tuto nejasnou hranici, proto není možné jej v dynamickém nákupním systému poptávat.“¹⁶

169. V súvislosti s vyššie citovanými bodmi rozhodnutia predsedu Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže Českej republiky má úrad za to, že právne názory v nich obsiahnuté je možné, ba až žiaduce *per analogiam* aplikovať vo vzťahu k zákazke zadávanej kontrolovaným, ktorá je svojim spôsobom ešte komplexnejšia, zložitejšia ako (len) podpora, servis a rozvoj existujúceho programového vybavenia zadávateľa Ředitelství silnic a dálnic ČR, nakoľko predmetom zákazky sú v danom prípade služby, poskytovaním ktorých sa má implementovať a realizovať konkrétny projekt MDM MF SR spolu s vývojom informačného systému zabezpečujúcim elektronickú podporu automatizácie činností a agend v gescii pôsobnosti kontrolovaného (pozri bod 105. tohto rozhodnutia). Úrad teda v zhode s názorom predsedu Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže Českej republiky vyslovenom vo vyššie spomenutom rozhodnutí, zastáva vo vzťahu k postupu zvolenému kontrolovaným názor, že **dynamický nákupný systém nie je možné využiť k zabezpečeniu plnenia, ktoré nie je bežnou záležitosťou, ale vysoko kvalifikovanou službou reagujúcou na špecifické požiadavky objednávateľa, ktoré nemajú bežný charakter.**
170. Čo sa týka argumentu kontrolovaného, ktorý poukazuje na dokument „Metodika zadávania zákaziek – 4. verzia“, ktorý vydal úrad a podľa ktorého je možné použiť dynamický nákupný systém aj na služby intelektuálneho charakteru, **úrad vyššie uvedeným nepopiera, že dynamický nákupný systém je možné využiť aj k zabezpečeniu si služieb intelektuálneho charakteru, avšak predmet zákazky musí pozostávať z takých činností, ktoré naplňajú definíciu bežnej dostupnosti.** Mohlo by ísť napríklad o vzdelávacie kurzy cudzieho jazyka, jednoduché konzultačné a poradenské služby v určitom odvetví alebo pokiaľ ide o oblasť IT, o jednoduché servisné úkony, o customizáciu softvéru, ale aj o podporu a údržbu informačného systému alebo aplikácií tak, ako to naznačuje aj predseda českého Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže vo vyššie zmienenom rozhodnutí.
171. Pokiaľ ide o posledný argument kontrolovaného, ktorým obhajuje svoj postup príkladom z Českej republiky, kde Nemocnica na Homolce obstaráva služby bodyshoppingu, úrad uvedené nepovažuje za relevantné, vzhľadom na to, že takáto prax nebola v Českej republike doposiaľ aprobovaná dohľadovými orgánmi. Nehovoriac o tom, že je otáznne ako by sa k tomuto verejnému obstarávaniu postavil český Úrad pre ochranu hospodárskej súťaže, vzhľadom na jeho právne závery vyslovené v rozhodnutí citovanom v predchádzajúcom bode 168. tohto rozhodnutia.
172. Sumarizujúc vyššie uvedené, úrad konštatuje, že **kontrolovaný zvolil nesprávny postup zadávania zákazky prostredníctvom dynamického nákupného systému, nakoľko obstarávané služby nespĺňajú legálnu definíciu bežnej dostupnosti v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní, a teda v danom prípade nebol naplnený**

¹⁶ Na základe toho predseda Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže Českej republiky nariadil prvostupňovému orgánu opätovne posúdiť, či je súladné so zákonom zadávať služby rozvoja programového vybavenia (ASPE) v dynamickom nákupnom systéme. Pozri viac v predmetnom rozhodnutí, ktoré je dostupné na stiahnutie v Zbierke rozhodnutí Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže, a to na nasledujúcom odkaze: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-18120.html>.

základný predpoklad zriadenia dynamického nákupného systému v zmysle § 58 ods. 1 tohto zákona. Preto považuje úrad prvý bod námietok navrhovateľa za plne opodstatnený.

173. Ako už úrad uviedol aj v úvode právneho posúdenia (pozri bod 138. tohto rozhodnutia), právne posúdenie prvého okruhu namietaných skutočností podmieňuje aj relevanciu a účelnosť posudzovania druhého okruhu námietok úradom a vzhľadom na to, že prvý okruh namietaných skutočností týkajúci sa nesprávne zvoleného postupu zadávania zákazky vyhodnotil úrad za opodstatnený, nie je z hľadiska efektívnosti tohto revízného konania účelné vyhodnocovať zákonnosť zmluvných podmienok namietaných navrhovateľom. Účelnosť dohľadovej právomoci úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok pri posudzovaní zmluvných podmienok by nebola naplnená aj z toho dôvodu, že návrh zmluvy poskytnutý kontrolovaným predstavuje len informatívny dokument, ktorý vzhľadom na postup zvolený kontrolovaným (dynamický nákupný systém) ani nemusel byť v aktuálnom čase zverejnený.¹⁷ Odhliadnuc od toho, úrad na tomto mieste poukazuje aj na svoje výkladové stanovisko č. 3/2016 k právomoci úradu preskúmať zmluvné podmienky návrhu zmluvy alebo rámcovej dohody, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania, podľa ktorého úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi, pričom jeho preskúmavacia právomoc sa v tomto prípade obmedzuje len na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to len z toho pohľadu, či verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania. V zmysle tohto výkladového stanoviska platí, že definovanie zmluvných podmienok je úlohou verejného obstarávateľa a že skúmanie súladu zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi spadá pod ochranu iných špecializovaných štátnych orgánov, a preto úrad do zmluvnej slobody a kontraktnej voľnosti verejného obstarávateľa zasahuje v obmedzenej miere len v rozsahu preskúmavania súladu stanovených zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä jeho princípmi.¹⁸

¹⁷ Vo fáze pred zaslaním výzvy na predloženie ponúk, a teda ešte pred samotným zriadením dynamického nákupného systému, má kontrolovaný v zmysle § 59 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní povinnosť zverejniť iba informácie o použití dynamického nákupného systému, o jeho trvaní a predpokladanej hodnote, ako aj informácie o webovom sídle, na ktorom možno od uverejnenia oznámenia až do ukončenia používania dynamického nákupného systému získať neobmedzený, úplný a priamy prístup k súťažným podkladom obsahujúcim všetky potrebné informácie, ktoré sa týkajú najmä povahy a objemu predpokladaných nákupov, spôsobu fungovania dynamického nákupného systému, podmienok používania elektronického systému, špecifikácií technického pripojenia, informácie, či sa ponuky budú predkladať prostredníctvom katalógu, a informácie o rozdelení systému do kategórií tovarov, stavebných prác alebo služieb vrátane určujúcich charakteristík, ak sa takéto rozdelenie uplatňuje. Vychádzajúc z povahy dynamického nákupného systému, v čase pred jeho zriadením nie je potrebné poznať zmluvné podmienky plnenia predmetu zákazky. Zmluvné podmienky sú potrebné až v ďalšej fáze tohto systému, kedy verejný obstarávateľ / obstarávateľ vyzýva kvalifikovaných záujemcov na predloženie ponuky v konkrétnej čiastkovej zákazke.

¹⁸ K tomu pozri aj dlhodobú rozhodovaciu prax Rady úradu k otázke zmluvných podmienok stanovených verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom v návrhu zmluvy, prezentovanú napr. v rozhodnutí č. 7929-9000/2019 zo dňa 17. 6. 2019, cit.: „(...) definovanie zmluvných podmienok je vecou verejného obstarávateľa a uchádzači majú možnosť sa rozhodnúť, či za verejným obstarávateľom stanovených zmluvných podmienok sú alebo nie sú ochotní zákazku realizovať, a teda predložiť ponuku vo verejnom obstarávaní. Verejní obstarávatelia sú pritom oprávnení stanoviť si aj také zmluvné podmienky, ktoré sú pre nich výhodnejšie ako pre ich dodávateľov, za predpokladu, že zmluvné podmienky rešpektujú princípy verejného obstarávania. Každá zmluvná podmienka totiž môže byť niektorými z potenciálnych uchádzačov vnímaná ako výhodnejšia pre verejného obstarávateľa než pre dodávateľa.“, alebo rozhodnutie Rady úradu č. 8543-9000/2021, 11316-9000/2021 zo dňa

174. Podľa § 175 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní **ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi** vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti:
- a) odstrániť protiprávny stav alebo
 - b) **zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo koncesie, postup zadávania časti zákazky alebo časti koncesie alebo súťaž návrhov.**
175. Úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok identifikoval **porušenie § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní**, nakoľko kontrolovaný oznámil zámer zriadiť dynamický nákupný systém bez toho, aby boli naplnené podmienky bežnej dostupnosti obstarávaných služieb v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) tohto zákona, a teda v predmetnom verejnom obstarávaní došlo k nesprávnej voľbe postupu zadávania zákazky. Úrad má za to, že **uvedené porušenie zákona o verejnom obstarávaní mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania**, nakoľko zo strany kontrolovaného nebola naplnená elementárna zákonná podmienka pre obstarávanie zákazky formou dynamického nákupného systému a uvedené porušenie zákona by sa mohlo prejaviť aj v ďalších fázach verejného obstarávania, pri zadávaní čiastkových zákaziek.
176. Keďže sa predmetné verejné obstarávanie nachádza už vo fáze po predložení žiadostí o účasť, t. j. vo fáze vyhodnocovania splnenia podmienok pre zaradenie záujemcov do dynamického nákupného systému, **v tejto fáze už nie je možné nariadiť kontrolovanému odstrániť protiprávny stav**, a tým konvalidovať postup kontrolovaného, ktorý už od samotného vyhlásenia verejného obstarávania nebol súladný so zákonom o verejnom obstarávaní.
177. Na základe uvedeného úrad pristúpil k rozhodnutiu podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní v zmysle výroku tohto rozhodnutia, pretože s poukázaním na úradom konštatované porušenie tohto zákona, nemožno jednoznačne vysloviť záver, že predmetný postup zadávania zákazky nevykazuje žiadne znaky porušenia tohto zákona, ktoré by mali alebo mohli mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
178. 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.
179. Úrad v zmysle ustanovenia § 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že kontrolovaný by mal *pro futuro* venovať zvýšenú pozornosť dodržaniu dikcie § 58 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, z ktorej vyplýva, že dynamický nákupný systém je možné zriadiť len pre také tovary, služby, stavebné práce, ktoré sú na trhu bežne dostupné v zmysle § 2 ods. 5 písm. o) tohto zákona. Úrad ďalej odporúča kontrolovanému, aby pred vyhlásením

20. 9. 2021, v ktorého bodoch 237 a 242 s poukazom na svoje predchádzajúce rozhodnutia (napr. rozhodnutie Rady úradu č. 6733-9000/2020 zo dňa 2. 6. 2020, rozhodnutie Rady úradu č. 18010-9000/2017 zo dňa 21. 2. 2018) Rada úradu konštatovala, že cit.: „(...) *preskúmavacia právomoc úradu, a teda aj rady, sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či kontrolovaný v predmetnom prípade nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania.*“
(...)

rada v minulosti zasahovala do zmluvných podmienok len výnimočne, a to pokiaľ mala za to, že tieto zmluvné podmienky predstavujú neprimeranú záťaž pre potenciálnych uchádzačov.“.

verejného obstarávania riadne vykonal test bežnej dostupnosti obstarávaného plnenia¹⁹ a aby náležite odôvodnil a zaznamenal v dokumentácii k verejnému obstarávaniu naplnenie všetkých troch definičných znakov, vymedzených zákonodarcom v § 2 ods. 5 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní. V neposlednom rade úrad odporúča kontrolovanému, aby pre zadávanie predmetnej zákazky zvolil iný postup, ktorý bude s ohľadom na jej charakter súladný s podmienkami kladenými príslušným/i ustanovením/iami zákona o verejnom obstarávaní.

180. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť o námietkach navrhovateľa tak, ako je uvedené vo výrokovvej časti tohto rozhodnutia.

181. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní sa rozhodnutie podľa odseku 1 zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.

Kaucia

182. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky v celom rozsahu zamietnuté, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. q). Kaucia sa vo výške 50 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.

183. V súlade s týmto ustanovením zákona o verejnom obstarávaní a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi zloženú kauciu v plnej výške, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok 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 podľa § 187i tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené Rade úradu pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 187i ods. 19 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie, proti ktorému možno podľa § 187i ods. 1 podať odvolanie, je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 187i ods. 13 alebo 16 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie, ak nie je v odseku 2 tohto ustanovenia ustanovené inak. Podľa § 187i ods. 20 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 187i ods. 1 vzdajú práva podať odvolanie alebo vezmú podané

¹⁹ Test bežnej dostupnosti je dostupný na webovom sídle úradu: <https://www.uvo.gov.sk/verejny-obstaravatel-obstaravatel/vseobecne-informacie/zoznam-kompletnej-dokumentacie/test-beznej-dostupnosti-424.html>.

odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XY** – navrhovateľ
2. **Ministerstvo financií Slovenskej republiky**, Štefanovičova 5, 817 82 Bratislava
- mestská časť Staré Mesto, IČO: 00151742 – kontrolovaný

Na vedomie:

3. **xxxxx** – splnomocnenec navrhovateľa na základe predloženého plnomocenstva zo dňa 22. 4. 2022
4. podľa rozdeľovníka