



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
odbor legislatívno-právny
Ružová dolina č. 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 26. 11. 2018
Číslo spisu: 12254-3000/2018

Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej aj ako „správny orgán“ alebo „úrad“), Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, ako ústredný orgán štátnej správy pre oblasť verejného obstarávania a ako orgán príslušný podľa § 140, § 147 písm. b), c) a j), § 167 ods. 2 písm. c) a § 182 v spojení s § 185 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a v súlade s § 5, § 46 a § 47 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej ako „správny poriadok“) v správnom konaní vedenom voči účastníkovi konania **mesto Tornaľa, Mierová 14, 982 01 Tornaľa** (ďalej ako „účastník konania“ alebo „kontrolovaný“), vydáva toto

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

Účastníkovi konania sa **ukladá pokuta** podľa § 182 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 31. 1. 2017 (ďalej ako „zákon o verejnom obstarávaní“) vo výške **3 545,41 eur** (slovom: tritisíc päťsto štyridsaťpäť eur a štyridsaťjeden centov) za to, že dňa 12. 8. 2016 uzavrel s obchodnou spoločnosťou CORA GEO, s. r. o., A. Kmeťa 5397/23, Martin 036 01, IČO: 31 612 989 (ďalej ako „CORA GEO, s. r. o.“) Servisnú zmluvu č. 1/2016 - Zmluvu o podpore a službách spojených s údržbou informačného systému samosprávy (ďalej ako „Servisná zmluva č. 1/2016“), a to postupom priameho rokovacieho konania podľa § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, pri ktorom Oznámenie o použití priameho rokovacieho konania bolo dňa 30. 6. 2016 uverejnené vo Vestníku verejného obstarávania č. 125/2016 pod značkou 10308 – IBS, avšak predmetný postup priameho rokovacieho konania účastník konania použil bez splnenia zákonných podmienok na jeho oprávnené použitie, a teda účastník konania sa vyhol povinnosti uzavrieť Servisnú zmluvu č. 1/2016 podľa zákona o verejnom obstarávaní, spôsobom alebo postupom ustanoveným týmto zákonom.

Účastník konania je povinný uloženú pokutu zaplatiť v lehote **do 15 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet správneho orgánu číslo **IBAN: SK10 8180 0000 0070 0006 2713**, vedeného v Štátnej pokladnici s uvedením identifikačného variabilného symbolu **1225430018** a konštantného symbolu **0558**.

O d ô v o d n e n i e:

1. Správne konanie začal správny orgán na základe rozhodnutia úradu v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy č. 17164-7000/2016-ODII/7 zo dňa 16. 8. 2017, ktoré bolo potvrdené rozhodnutím rady úradu č. 14435-9000/2017 zo dňa 9. 10. 2017.

2. Správny orgán v súlade s § 18 správneho poriadku oznámil účastníkovi konania začatie správneho konania listom č. 12254-3000/2018 zo dňa 8. 10. 2018, ktorý bol prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy (ďalej ako „ÚPVS“) účastníkovi konania elektronicky doručený dňa 9. 10. 2018.
3. Účastníkovi konania bolo podľa § 33 ods. 2 správneho poriadku umožnené oboznámiť sa s podkladom pre rozhodnutie, vyjadriť sa k podkladu, i k spôsobu jeho zistenia a navrhnúť jeho prípadné doplnenie. Účastník konania sa na oboznámenie s podkladom pre rozhodnutie uskutočnené dňa 6. 11. 2018 dostavil a predložil správnemu orgánu dokument „Stanovisko k prejednávanej veci pod Vaším č.p. 12254-3000/2018“ zo dňa 22. 10. 2018.
4. V súvislosti s predchádzajúcimi bodmi tak podklad pre vydanie tohto rozhodnutia tvorí najmä:
 - dokument účastníka konania „Stanovisko k prejednávanej veci pod Vaším č.p. 12254-3000/2018“ zo dňa 22. 10. 2018,
 - rozhodnutie rady úradu č. 14435-9000/2017 zo dňa 9. 10. 2017,
 - rozhodnutie úradu č. 17164-7000/2016-ODII/7 zo dňa 16. 8. 2017,
 - dokumentácia z verejného obstarávania účastníka konania,
 - súvisiaci spisový materiál.

Skutkové okolnosti vyplývajúce z podkladu pre rozhodnutie:

5. Účastník konania bol v čase zadávania predmetnej zákazky verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní a preto v zmysle § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní bol pri zadávaní zákazky povinný postupovať v súlade so zákonom.
6. Dňa 30. 6. 2016 bolo vo Vestníku verejného obstarávania č. 125/2016 pod značkou 10308-IBS uverejnené Oznámenie o použití priameho rokovacieho konania pri zadávaní danej zákazky s predmetom „Prevádzka a údržba informačného systému Mesta Tornaľa“, a to v nadväznosti na uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní.
7. Účastník konania v bode II.1.4) „Stručný opis“ Oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol, že predmetom zákazky je cit.: „... poskytovanie služieb pre prevádzku a údržbu informačných systémov od spoločnosti CORA GEO, s.r.o. pre potreby Mesta Tornaľa, a to informačného systému samosprávy /ďalej CG ISS/, riešenia pre podporu eGovernmentu /ďalej len CG eGOV/ a súvisiacich aktivít s cieľom zabezpečiť plnohodnotné využívanie prevádzkovaných informačných systémov v nasledovnom členení:
 - Update - údržba licencií dodaného licenčného a aplikačného softvéru
 - Upgrade - technické zhodnotenie prevádzkovaného aplikačného softvéru vrátane zapracovania požiadaviek mesta
 - Hot line podpora
 - Riadenie projektu
 - Technická podpora
 - Metodická podpora
 - Školenia / metodické dni.“
8. Účastník konania v bode II.1.7) „Celková hodnota obstarávania (bez DPH)“ Oznámenia o použití priameho rokovacieho konania uviedol predpokladanú hodnotu zákazky vo výške 62 487,84 eur bez DPH. V závislosti od typu účastníka konania a výšky predpokladanej

hodnoty zákazky tak ide o podlimitnú zákazku na poskytnutie služby v zmysle § 5 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

9. V bode IV.1.1) „Druh postupu“ Oznámenia o použití priameho rokovacieho konania v časti „Odôvodnenie“ účastník konania uviedol nasledovné odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania, cit.: „Podmienka použitia priameho rokovacieho konania: § 81 písm. b) tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak 1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu, 2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo 3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. Odôvodnenie: Odôvodnenie výberu postupu zadávania zákazky, Mesto Tornaľa používa: 1. CG ISS, CG eGOV, CG Portál ISS od spoločnosti CORA GEO, s.r.o. (toto je ASW), 2. ORACLE Databázu, ktorá sa vzťahuje výhradne na CG ISS, CG eGOV, CG Portál ISS (toto je LSW), Doteraz Mesto Tornaľa za obstaranie a údržbu zaplatilo cca 100.000 €. V programe pracuje 35 používateľov v 28 moduloch, program pokrýva celú organizačnú štruktúru úradu. Program už v súčasnosti zastrešuje poskytovanie informačných služieb prostredníctvom CG eGOV. Program podlieha autorským právam na základe § 17 a iných zákona č. 185/2015 Z. z., mesto program používa na základe Licenčnej zmluvy č. 1/2010. Mesto nemá v úmysle začať používať iný softvér (ASW), vzhľadom na to, že by to znamenalo značné náklady na strane obstarania majetku, služieb, ako aj práce nadčas zamestnancov mesta pri jeho implementácii, taktiež nákladov na projektový manažment a časovej náročnosti“.
10. Dňa 12. 8. 2016 uzavrel účastník konania postupom priameho rokovacieho konania podľa § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní s úspešným uchádzačom CORA GEO, s. r. o. Servisnú zmluvu č. 1/2016, predmetom ktorej je v zmysle čl. II „Predmet plnenia“, konkrétne bodu II.1. tejto zmluvy Údržba licencií dodaného licenčného softvéru (LSW), bodu II.2. Update - Údržba licencií dodaného aplikačného softvéru (ASW), bodu II.3. Bezpečnostná politika, bodu II.4. Upgrade - Technické zhodnotenie dodaného ASW, bodu II.5. CG Hot-line podpora, II.6. Riadenie projektu, II.7. Technická podpora, bodu II.8. Metodická podpora, bodu II.9. Školenia/metodické dni, bodu II.10. SMS brána, bodu II.11. Ďalšie služby nad rámec paušálu vyplývajúce zo zmluvy.
11. V zmysle čl. IV. „Zmluvná cena“ Servisnej zmluvy č. 1/2016 je cena za realizáciu predmetu zákazky stanovená vo výške 59 090,18 eur bez DPH, t. j. 70 908,21 eur s DPH.

Právny rámec:

12. Podľa § 5 ods. 3 ZVO je podlimitná civilná zákazka zadávaná verejným obstarávateľom zákazka, ktorej predpokladaná hodnota je nižšia ako finančný limit podľa odseku 2 a súčasne rovnaká alebo vyššia ako
- a) 15 000 eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru bežne dostupného na trhu, okrem potravín, zákazku na uskutočnenie stavebných prác bežne dostupných na trhu a zákazku na poskytnutie služby bežne dostupnej na trhu, okrem služby uvedenej v prílohe č. 1,
- b) 50 000 eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru, okrem potravín podľa písmena c) a zákazku na poskytnutie služby, okrem služby uvedenej v prílohe č. 1, ktoré nie sú zákazkami podľa písmena a),
- c) 200 000 eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru, ktorým sú potraviny určené pre zariadenia školského stravovania, zariadenia pre seniorov, domovy sociálnych služieb alebo zariadenia

podľa osobitného predpisu, ak tieto poskytujú stravovanie, a ak ide o zákazku na poskytnutie služby uvedenej v prílohe č. 1,

d) 150 000 eur, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác, ktorá nie je zákazkou podľa písmena a).

13. 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.
14. Podľa § 81 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže verejný obstarávateľ použiť za predpokladu, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak
 1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu,
 2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania alebo
 3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
15. Podľa § 116 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ vyzve na rokovanie jedného vybraného záujemcu alebo viacerých vybraných záujemcov, s ktorými rokuje o podmienkach zmluvy, ak spĺňa aspoň jednu z podmienok uvedených v § 81 písm. b), d) až h).
16. Podľa § 182 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu vo výške 5% zmluvnej ceny, ak sa vyhol povinnosti uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú zmluvu podľa tohto zákona, spôsobom alebo postupom ustanoveným týmto zákonom.
17. Podľa bodu 50 Preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice č. 2004/18/ES (ďalej len „smernica č. 2014/24/EÚ“) vzhľadom na škodlivý vplyv na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré verejný obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré ani nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž alebo neprineslo lepšie výsledky obstarávania, v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. To je prípad umeleckých diel, keď osoba umelca štandardne určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného umeleckého predmetu. Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez zverejnenia, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. Verejní obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali uviesť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu verejného obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb. Ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto by sa mali v jednotlivých prípadoch prísne vymedziť a odôvodniť. Tieto dôvody by mohli zahŕňať napríklad prípad, keď pre iný hospodársky subjekt je takmer technicky nemožné dosiahnuť

požadované ciele alebo keď existuje potreba používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky, ktoré má k dispozícii len jeden hospodársky subjekt. Technické dôvody môžu takisto vyplývať z osobitných požiadaviek na interoperabilitu, ktoré sa musia splniť, aby sa zabezpečilo fungovanie stavebných prác, tovaru alebo služieb, ktoré sa majú obstarat'. Napokon, postup obstarávania nie je užitočný, ak sa tovar kupuje priamo na komoditnom trhu vrátane obchodných platforiem pre komodity, ako sú burzy poľnohospodárskych výrobkov, surovín a energie, v prípade ktorých je prirodzenou zárukou trhových cien regulovaná mnohostranná obchodná štruktúra, nad ktorou sa vykonáva dohľad.

18. Podľa čl. 32 ods. 2 písm. b) smernice č. 2014/24/EÚ rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia sa pri verejných zákazkách na uskutočnenie stavebných prác, verejných zákazkách na dodanie tovaru a verejných zákazkách na poskytnutie služieb môže použiť, ak práce, tovar alebo služby dokáže dodať iba jeden konkrétny hospodársky subjekt, a to z ktoréhokoľvek z týchto dôvodov:

i) cieľom obstarávania je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu;

ii) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž;

iii) ochrana výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva.

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

19. Podľa § 47 ods. 1 správneho poriadku rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie o odvolaní (rozklade). Odôvodnenie nie je potrebné, ak sa všetkým účastníkom konania vyhovie v plnom rozsahu.

20. Podľa § 47 ods. 2 správneho poriadku výrok obsahuje rozhodnutie vo veci s uvedením ustanovenia právneho predpisu, podľa ktorého sa rozhodlo, prípadne aj rozhodnutie o povinnosti nahradiť trovy konania. Pokiaľ sa v rozhodnutí ukladá účastníkovi konania povinnosť na plnenie, správny orgán určí pre ňu lehotu; lehota nesmie byť kratšia, než ustanovuje osobitný zákon.

21. Podľa § 47 ods. 3 správneho poriadku v odôvodnení rozhodnutia správny orgán uvedie, ktoré skutočnosti boli podkladom na rozhodnutie, akými úvahami bol vedený pri hodnotení dôkazov, ako použil správnu úvahu pri použití právnych predpisov, na základe ktorých rozhodoval, a ako sa vyrovnal s návrhmi a námietkami účastníkov konania a s ich vyjadreniami k podkladom rozhodnutia.

Zistenia správneho orgánu:

22. Vychádzajúc z predloženej dokumentácie z verejného obstarávania, zo zistení z konania úradu o preskúmanie úkonov kontrolovaného (účastníka konania) po uzavretí zmluvy a opierajúc sa o skutkové okolnosti vyplývajúce z podkladu pre rozhodnutie správny orgán uvádza nasledovné:

23. Účastník konania vo vzťahu k tomuto správne konaniu v dokumente „Stanovisko k prejednávanej veci pod Vaším č.p. 12254-3000/2018“ zo dňa 22. 10. 2018 sumarizuje svoje závery, a teda uvádza, že v predmetnom verejnom obstarávaní v roku 2016 musel zohľadniť už existujúci zmluvný stav a nemal možnosť ho ovplyvniť, správny orgán by teda nemal do rozhodnutia zahrnúť eventuálne porušenia vo veciach, ktoré nastali niekoľko rokov pred konaním v predmetnej veci. Účastník konania má za to, že preskúmanie prípadných alternatív a náhrad vykonal a že dané preskúmanie bolo dostatočné vo vzťahu k rozsahu zákazky a možnostiam mesta Tornaľa. Účastník konania má tiež za to, že ak by vykonal posudzovanie iným spôsobom (napr. objednaním si externej štúdie alternatív), tak nie je jednoznačné, či by

toto bolo z pohľadu úradu (správneho orgánu) dostatočné, keďže na posúdenie „dostatočnosti“ neexistuje jednoznačná metodika, inštitúcia alebo legislatívne pravidlo. Účastník konania zároveň uvádza, že čiastkovú podmienku neexistencie žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady je potrebné posudzovať v širšom kontexte. To znamená, že nie je možné sa sústrediť výhradne na existenciu akéhokoľvek informačného systému, ktorý je čo i len potenciálne spôsobilý splniť technické požiadavky mesta, ale je nevyhnutné posúdiť aj primeranosť daného riešenia. Podľa účastníka konania zákon nijako exaktne nedefinuje akým spôsobom a na základe akých dôkazov (listinných alebo iných) sa má vykonať posúdenie primeranosti a neexistencie alternatívy. Pri zohľadnení uvedených skutočností by podľa účastníka konania mal úrad správne konanie zastaviť a neudelit' verejnemu obstarávateľovi pokutu, nakoľko porušenia neboli z dôvodu úmyslu, nespôsobili mestu ani nikomu preukázateľnú škodu a konštatovania o nedostatočnosti preukázania neexistencie primeranej náhrady sa neopierajú o jednoznačnú metodiku alebo legislatívu.

24. Správny orgán uvádza, že z oznámenia o použití priameho rokovacieho konania vyplýva, že účastník konania vyhlásil predmetné verejné obstarávanie postupom priameho rokovacieho konania v zmysle § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. V predmetnom prípade účastník konania tvrdí, že jediným subjektom, ktorý môže danú zákazku plniť je spoločnosť CORA GEO, s. r. o., ktorú vyzval na rokovanie podľa § 116 zákona o verejnom obstarávaní. Použitie priameho rokovacieho konania účastník konania odôvodnil tým, že tento subjekt je jediným možným zmluvným partnerom pre danú zákazku, a to predovšetkým z dôvodu existencie výhradných práv autora k softvéru (ASW), ktorý využíva účastník konania.
25. Podľa správneho orgánu, možnosť použitia postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní podlimitnej zákazky verejným obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok uvedených v § 116 zákona o verejnom obstarávaní. Podľa správneho orgánu, verejný obstarávateľ by mal postup priameho rokovacieho konania využívať len vo výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Verejný obstarávateľ je zároveň v súlade s princípom transparentnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienky alebo podmienok uvedených v § 116 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je alebo ktoré sú podľa jeho názoru podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní podlimitnej zákazky.
26. Správny orgán ďalej uvádza, že z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci C-57/94 vyplýva, že ustanovenia umožňujúce zadať zákazku postupom priameho rokovacieho konania je potrebné vykladať reštriktívne. Z vyššie uvedeného bodu 50 Preambuly smernice č. 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní vyplýva skutočnosť, že priame rokovacie konanie má škodlivý vplyv na hospodársku súťaž a že vzhľadom na to, by sa malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Znamená to, že **zodpovednosť za použitie priameho rokovacieho konania je na verejnom obstarávateľovi, ktorý má zároveň aj povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienky pre aplikáciu tohto postupu verejného obstarávania.**
27. Správny orgán uvádza, že v zmysle rozsudkov Súdneho dvora EÚ dôkazné bremeno preukázania skutočnosti, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, prináleží subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade účastníkovi konania (napr. rozsudky vo veci C-250/07, C-57/94, C-20/01 a C-28/01). Súdny dvor Európskej únie v bode 34 rozsudku zo 4. 6. 2009 vo veci C-250/07 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Helénskej republike) uviedol, cit.: „Najprv treba pripomenúť, že ustanovenia článku 20 ods. 2 písm. c) a d) smernice 93/38 ako výnimky z pravidiel týkajúcich sa postupov verejného obstarávania musia byť vykladané doslovne a dôkazné bremeno je na subjekte, ktorý ich chce použiť. (...)“. Podobne je táto skutočnosť uvedená aj v bode 19 rozsudku zo 14. 9. 2004 vo veci

C-385-02 (Komisia Európskych spoločenstiev proti Talianskej republike), cit.: „Ustanovenia článku 7 ods. 3 smernice, ktoré povoľujú výnimky z pravidiel na zabezpečenie účinnosti práv uznaných Zmluvou ES v oblasti verejných zmlúv na zhotovenie prác, musia byť vykladané striktne a je na tom, kto sa ich dovoľáva, aby preukázal, že výnimočné okolnosti odôvodňujúce výnimku aj skutočne existujú (...).“ Podľa správneho orgánu, verejný obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.

28. Správny orgán podporne cituje aj z rozsudku Najvyššieho súdu SR sp. zn. 2Sžf/37/2012 zo dňa 19. 06. 2013, cit.: „Inštitút priameho rokovacieho konania v oblasti verejného obstarávania svojím procesným postupom zvyšuje predovšetkým transparentnosť zadávacieho procesu ako celku zo strany verejného obstarávateľa, a preto je potrebné ho chápať ako výnimočný inštitút vo vzťahu k iným postupom aplikujúcim sa vo verejnom obstarávaní v zmysle zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Preukázanie existencie zákonných dôvodov na aplikáciu tohto výnimočného inštitútu spočíva na verejnom obstarávateľovi, ktorý sa rozhodne aplikovať inštitút priameho rokovacieho konania. Navyše, verejný obstarávateľ musí preukázať, že existujú zákonné podmienky na použitie tohto inštitútu už vo vzťahu k Úradu pre verejné obstarávanie, a to v príslušnom oznámení verejného obstarávateľa, ktorým informuje Úrad o príslušnom zámere. Záonné dôvody na použitie inštitútu priameho rokovacieho konania musia existovať už v čase, keď sa verejný obstarávateľ rozhodne pre realizáciu tohto výnimočného inštitútu. Ak by sa totiž preukázalo, že verejný obstarávateľ postupoval pri použití tohto inštitútu v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, dopustil by sa svojim konaním správneho deliktu a za také konanie by mu úrad mohol uložiť finančnú pokutu vo výške 5% zmluvnej ceny“.
29. Nutnosť reštriktívneho výkladu podmienok na použitie priameho rokovacieho konania (resp. predchádzajúci názov - rokovacieho konania bez zverejnenia) potvrdzuje judikatúra Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, napr. rozsudok NS SR sp. zn. 2Sžf/37/2012 z 19. 6. 2013, ktorým NS SR potvrdil rozsudok KS v BAsp. zn. 4S/174/2009 z 20. 4. 2012, cit.: „rokovacie konanie bez zverejnenia je pri verejnom obstarávateľovi, ako aj pri obstarávateľovi postupom pri ktorom je nevyhnutné splniť niektorú z podmienok na jeho použitie uvedenú v zákone o verejnom obstarávaní. Je to postup verejného obstarávania, ktorý sa všeobecne považuje za najmenej transparentný a mal by sa používať len vo výnimočných prípadoch. Preto je potrebné aj podmienky na použitie rokovacieho konania bez zverejnenia vykladať reštriktívne.“.
30. Obdobný názor zaujal Najvyšší súd Slovenskej republiky aj v rozsudku sp. zn. 4 Sžf/60/2014 z 2. 6. 2015, v ktorom konštatoval, že možnosť použitia rokovacieho konania bez zverejnenia, cit.: „je potrebné vykladať reštriktívne v dôsledku absencie prvkú hospodárskej súťaže.“
31. Zo znenia ustanovenia § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že zadávanie zákazky postupom priameho rokovacieho konania je možné iba v prípade, keď sú naplnené všetky tri dielčie podmienky v ňom uvedené, a to kumulatívne, pričom **existenciu všetkých týchto podmienok je verejný obstarávateľ, resp. účastník konania povinný náležite preukázať objektívnymi skutočnosťami.** Účastník konania je teda povinný preukázať, že tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak ide o výhradné práva a že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
32. **Vo vzťahu k prvej čiastkovej podmienke pre oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní - preukázanie existencie**

výhradných práv - správny orgán uvádza, že už v priebehu konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného a z jeho dokumentácie [z čestného vyhlásenia zo dňa 23. 6. 2016, zo zmlúv uzavretých so spoločnosťou CORA GEO, s.r.o. (čl. VIII zmluvy o dielo č. 2/2005, zmluvy o dielo č. 1/2006, zmluvy o dielo č. 1/2008, zmluvy o dielo č. 1/2009, zmluvy o dielo č. 1/2011 a čl. II licenčnej zmluvy č. 1/2010] vyplýva, že spoločnosť CORA GEO, s.r.o. má výhradné práva k softvérom, ktorých prevádzka a údržba je predmetom tejto zákazky, pričom súčasne toto právo nebolo prenesené na žiadnu tretiu osobu.

33. Na základe uvedeného teda správny orgán konštatuje, že účastník konania preukázal splnenie prvej čiastkovej podmienky pre oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, a to že obstarávané služby prevádzky a údržby informačného systému účastníka konania môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt (t. j. spol. CORA GEO, s.r.o.) z dôvodu, že má výhradné práva k nemu.
34. **Vo vzťahu k druhej čiastkovej podmienke na oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**, správy orgán poukazuje, že v zmluve o dielo č. 1/2003, na základe ktorej účastník konania začal realizovať projekt budovania informačného systému samosprávy, je v čl. VIII.3.6 stanovené, že **objednávateľ (účastník konania) nesmie predávať, prenajímať, kopírovať, požičiavať, odstúpiť alebo iným spôsobom prevádzať právo používania ASW a taktiež samotný ASW a príslušnú dokumentáciu na tretiu stranu bez predchádzajúceho písomného súhlasu zhotoviteľa**. Obdobné je uvedené aj v čl. VIII.3.3 zmluvy o dielo č. 1/2005.
35. Ďalej správny orgán uvádza, že v zmluve o dielo č. 2/2005 je v čl. VIII „Licenčné podmienky a licenčná zmluva“ uvedené: „VIII.1: Účastníci tejto zmluvy o dielo uzatvárajú zároveň licenčnú zmluvu v súlade s ust. § 40 a nasl. zák. č. 618/2003 Z. z. (Autorský zákon) a ustanoveniami Obch. zák. (...).

VIII.2 Predmetom licenčnej zmluvy je udelenie súhlasu poskytovateľa na použitie autorského diela (počítačových programov a databáz) nadobúdateľovi, a to za podmienok uvedených v tejto zmluve. Predmetom licencie je prevod práva používať počítačové programy a databázy uvedené v čl. II, ktoré majú byť pre potreby nadobúdateľa vytvorené a dodané podľa zmluvy o dielo.

VIII.3. Rozsah licencie a odmena Poskytovateľa:

Poskytovateľ udeľuje nadobúdateľovi súhlas na použitie počítačových programov a databáz, ktoré sú definované v čl. II a nadobúdateľ toto právo prijíma, za podmienok uvedených v tejto zmluve. Licencia sa poskytuje ako **licencia nevýhradná**, v rozsahu používania pre prevádzkové potreby nadobúdateľa, v súlade s účelom uvedeným v zmluve o dielo. (...)

VIII.4 Nakladanie s duševným vlastníctvom Poskytovateľa:

Poskytovateľ nesúhlasí so zmenou počítačového programu a databázy definovaných v čl. II tejto zmluvy do inej podoby, s ich prepracovaním, doplnením, resp. s ich čiastočným či úplným použitím v inom programe alebo databáze. Objednávateľ môže vytvoriť kópie ASW na archívne účely. (...) **Nadobúdateľ nesmie**: odstrániť z programu žiadne informácie týkajúce sa identifikácie výrobku, obmedzenia vlastníckych práv alebo inej informácie, používať LSW a ASW v obchodnej prevádzke alebo na počítačoch zdieľaných s tretími subjektami, **požičiavať programy, predávať, prenajímať, odstúpiť alebo iným spôsobom prevádzať programy na tretiu stranu bez predchádzajúceho písomného súhlasu zhotoviteľa, zapríčiniť alebo dovoliť vykonanie technických zmien na LSW a ASW, ich demontáž alebo dekompiláciu**.“ Obdobné je upravené aj v čl. VIII zmluvy o dielo č. 1/2006, zmluvy o dielo č. 1/2008, zmluvy o dielo č. 1/2009, čl. II licenčnej zmluvy č. 1/2010, čl. VIII zmluvy o dielo č. 1/2011.

36. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad (správny orgán) v rámci predchádzajúceho konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy listom č. 17164-7000/2016-ODII/5 „Vyžiadanie – výzva na doplnenie kompletnej dokumentácie vo veci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy“ zo dňa 21. 6. 2017 požiadal účastníka konania o vyjadrenie obsahujúce informácie, z akého dôvodu uzatvoril so spoločnosťou CORA GEO, s. r. o. zmluvy o dielo, v rámci ktorých boli účastníkovi konania udelené len nevýhradné licencie na použitie diela, v dôsledku udelenia ktorých je zabezpečená výhradnosť práv k dielam tvoriacim predmet predložených zmlúv spoločnosti CORA GEO, s. r. o. V rámci svojej odpovede účastník konania uviedol, cit.: „Mesto nevie dať k tejto otázke relevantnú odpoveď, nakoľko uzatvorenie spomínaných zmlúv aj ich obstaranie prebehlo pred viac ako šiestimi rokmi. Mesto nearchivuje podklady pre predmetné rozhodnutia tak dlhý čas. Zároveň mesto Tornaľa vždy postupovalo v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, zákonom o obecnom zriadení a ďalšími relevantnými zákonmi, predovšetkým týkajúcimi sa hospodárenia mesta a rozpočtových pravidiel. Je teda na mieste sa domnievať, že mesto v minulosti uzavrelo tieto zmluvy (dôsledkom ktorých bolo dodanie nevýhradných licencií) pravdepodobne z dôvodu, že nenašlo na trhu ponuku na dodanie výhradných licencií alebo v prípade, ak taká ponuka existovala, jej cena bola prevyšujúca rozpočtové možnosti mesta.“
37. Správny orgán uvádza, že z vyššie citovaného bodu 50 preambuly smernice 2014/24/EÚ vyplýva, že smernica na účely priameho rokovacieho konania uznáva len „situáciu objektívnej výlučnosti“, pričom tejto situácie sa možno dovolávať iba za predpokladu, že ju nevytvoril verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania. Z predmetného ustanovenia preambuly smernice je ďalej zrejmé, že **aj následne, teda po tom, čo verejný obstarávateľ preukáže, že nastala situácia takejto objektívnej výlučnosti, ktorú nevytvoril so zreteľom na budúci postup obstarávania, má verejný obstarávateľ povinnosť zdôvodniť, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia.**
38. Vychádzajúc z uvedeného má správny orgán za to, že v prvom rade je v tomto prípade potrebné preskúmať, čo spôsobilo exkluzivitu - existenciu jediného hospodárskeho subjektu – spol. CORA GEO, s.r.o. disponujúceho výhradnými právami, vylučujúcu možnosť ostatných hospodárskych subjektov plniť danú zákazku. V prípade zistenia, že táto exkluzivita bola vytvorená samotným účastníkom konania, a teda je dôsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, nejde o situáciu objektívnej výlučnosti a použitie priameho rokovacieho konania nie je prípustné. Správny orgán má pritom za to, že ak účastník konania nepreukáže, že v danom prípade ide o situáciu objektívnej výlučnosti, skúmanie poslednej podmienky - neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady - nemá opodstatnenie.
39. Po posúdení obsahu zmlúv, ktoré účastník konania uzavrel so spol. CORA GEO, s.r.o. správny orgán (v súlade so závermi rady úradu uvedenými v jej rozhodnutí č. 14435-9000/2017 zo dňa 9. 10. 2017) konštatuje, že účastník konania uzavrel s danou spoločnosťou zmluvy, na základe ktorých získal nevýhradné licencie, na základe ktorých nie je oprávnený dielo, ktoré je predmetom daných zmlúv, žiadnym spôsobom upravovať, meniť, rozširovať, dopĺňať a pod.
40. Na základe uvedeného správny orgán ďalej konštatuje, že účastník konania **nezahrnul do uvedených zmlúv ustanovenia týkajúce sa prípadného prevodu práv pre potrebu poskytnutia služieb pre prevádzku a údržbu informačného systému, zmenu diela, rozšírenie diela alebo iný zásah do diela, resp. že zahrnul do uvedených zmlúv ustanovenia týkajúce sa vykonania zásahu spočívajúceho v poskytnutí služieb pre prevádzku a údržbu diela treťou osobou (t. j. iným hospodárskym subjektom ako CORA GEO, s.r.o.), a teda účastník konania spôsobil umelé zúženie parametrov verejného obstarávania, pretože sa tým znemožnila účasť ďalších subjektov na realizácii tohto predmetu zákazky.**

41. K tvrdeniam účastníka konania, že pri tomto obstarávaní musel zohľadniť už existujúci stav, ktorý vychádzal z právnej úpravy platnej a účinnej v čase realizácie verejných obstarávaní, ako aj v danom čase aktuálnej aplikačnej praxe a k jeho tvrdeniam o porušení zákazu retroaktivity, správny orgán uvádza, že v tomto prípade správny orgán neposudzoval zákonnosť uzavretia predchádzajúcich zmlúv. Úlohou správneho orgánu je posúdiť, či v danom verejnom obstarávaní (vyhlásenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 125/2016 zo dňa 30. 6. 2016) účastník konania splnil všetky podmienky výslovne stanovené v § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní na to, aby mohol uzavrieť zmluvu na tento predmet zákazky v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní platným a účinným v čase jej uzatvárania (t. j. dňa 12. 8. 2016). V žiadnom prípade tým teda nedochádza k retroaktívnemu (spätnému) uplatňovaniu súčasných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania na predchádzajúce zmluvy, ktoré účastník konania v minulosti uzavrel.
42. Správny orgán v tejto súvislosti uvádza, že ak účastník konania v minulosti obstaral informačný systém, pričom v zmluve nenadobudol výhradné licenčné práva k nemu resp. práva zabezpečujúce možnosť toto dielo zmeniť, upraviť alebo rozšíriť treťou osobou, ide o umelé zúženie parametrov vo vzťahu k budúcim verejným obstarávaniam týkajúcim sa údržby a vývoja tohto systému, ktoré spôsobil samotný účastník konania.
43. Účastník konania sa v dôsledku tohto svojho konania neskôr nemôže dovoliavať použitia priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní. Správny orgán v tejto súvislosti opätovne poukazuje na vyššie uvedený **bod 50 preambuly smernice č. 2014/24/EÚ**, z ktorého jednoznačne vyplýva, že priame rokovacie konanie je oprávnené len v tom prípade, keď situáciu výlučnosti (exkluzivity jedného hospodárskeho subjektu z dôvodu výhradných práv) nespôsobil sám verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania.
44. V predmetom prípade práve **uzavretím predchádzajúcich zmlúv v minulosti v takom znení, na základe ktorého nenadobudol výhradné licenčné práva k danému informačnému systému, resp. práva zabezpečujúce možnosť toto dielo zmeniť, upraviť alebo rozšíriť treťou osobou, spôsobil účastník konania sám do budúcnosti** (resp. so zreteľom na budúci postup obstarávania) tento **stav výlučnosti (exkluzivity) jedného hospodárskeho subjektu** – a teda že len obchodná spoločnosť CORA GEO, s.r.o. má výhradné práva k danému informačnému systému účastníka konania.
45. Zároveň správny orgán podporne poukazuje aj na rozsudok českého Najvyššieho správneho súdu vedený pod spisovou značkou 5Afs/42/2012 zo dňa 11. 01. 2013, cit.: „Zadavateľ sa tak nemôže dovoliavať existencie pouhého jediného dodávateľa (právne alebo fakticky) schopného realizovať predmet verejnej zákazky, pokiaľ sám tento „stav exkluzivity“ vytvoril, a to navyše teprve v chvíli, kedy už nie je možné nastalo situáciu dostupnými právnymi prostriedkami zmeniť.“
46. V rozsudku sp. zn. 1As/256/2015-95 zo dňa 12. 05. 2016 český Najvyšší správny súd zasa uviedol, cit.: „stav „exkluzivity“ (t. j. nezbytnosť splnenia zákazky pouze určitým dodávateľom) nemôže zadavateľ sám vytvoriť. Opačný záver by bol zcelo v rozpore se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (t. j. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace)“.
47. Na základe uvedeného má správny orgán za to, že **účastník konania nesplnil čiastkovú podmienku na použitie priameho rokovacieho konania, podľa ktorej chýbajúca hospodárska súťaž** (vyplývajúca z výlučnosti jedného hospodárskeho subjektu z dôvodu jeho výlučných práv) **nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania** (spôsobeného konaním samotného verejného obstarávateľa).

48. Ako už bolo vyššie uvedené, ak účastník konania nepreukáže, že v danom prípade ide o situáciu objektívnej výlučnosti (exkluzivity jedného hospodárskeho subjektu), ktorú nespôsobil on sám umelým zúžením parametrov predchádzajúceho verejného obstarávania, skúmanie poslednej čiastkovej podmienky (neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady) už nemá opodstatnenie. Napriek uvedenému pre úplnosť, správny orgán v nasledujúcej časti posúdi aj túto podmienku.
49. Správny orgán teda v súvislosti s **treťou kumulatívne vyžadovanou podmienkou pre oprávnené použitie predmetného priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní - neexistencia žiadnej primeranej alternatívy alebo náhrady** - posúdil nižšie uvedené dokumenty predložené účastníkom konania, pričom z tejto dokumentácie vyplýva, že účastník konania porovnával možnosť využitia súčasného informačného systému s možnosťou zapojenia sa do národného projektu DCOM a s možnosťou využiť iné informačné systémy využívané inými mestami na Slovensku.
50. K prvému porovnaniu správny orgán uvádza, že z účastníkom konania predloženej dokumentácie vyplýva, že **porovnanie so zapojením sa do národného projektu DCOM** účastník konania vykonal v roku 2015, pričom v dokumente „Porovnanie vecnej a finančnej stránky zabezpečenia splnenia zákona o eGovernmente 305/2013“ je uvedené, že do úvahy prichádzajú dve možnosti riešenia, a to riešenie od súčasného dodávateľa informačného systému a zapojenie sa do projektu Dátového centra obcí a miest DCOM. Z predmetného dokumentu zároveň vyplýva porovnanie týchto možností, ktoré účastník konania uskutočnil, jednak finančné porovnanie (systém DCOM financie spolu 93 750 eur, systém CORA GEO 91 750 eur), ako aj porovnanie výhod a nevýhod týchto systémov (napr. systém DCOM poskytuje počítače zdarma, ale do 2 rokov je potrebné migrovať celé riešenie do cloudu – potreba pripájať sa cez internet, systém CORA GEO obsahuje modely, ktoré fungujú, sú zabehnuté, nie je potrebné školiť, migrovať, ale obsahuje menej formulárových služieb a pod.). Z cenovej ponuky z októbra 2015 ďalej vyplýva, že riešenie potreby formou úpravy systému používaného v súčasnosti by na ďalších päť rokov (2016 – 2020) stálo 30 414,85 eur a riešenie potreby formou zapojenia sa do projektu DCOM na dané obdobie by stálo 30 416,67 eur (avšak podľa účastníka konania garancia ceny za zapojenie do tohto projektu trvá do roku 2019, po tomto roku je možné očakávať jej zvýšenie).
51. V liste zo dňa 7. 6. 2017 účastník konania uviedol na výzvu úradu, že v čase vyhlásenia tohto verejného obstarávania (júl 2016) neposudzoval možnosť zapojenia do národného projektu DCOM ako alternatívu, nakoľko tento projekt bol ukončený k 31. 12. 2015, z čoho vyplýva, že sa doňho už nemohol zapojiť. Na základe uvedeného správny orgán uvádza, že sám účastník konania uviedol, že túto možnosť zapojenia sa do národného projektu DCOM neposudzoval v čase vyhlásenia tohto verejného obstarávania ako primeranú alternatívu v čase prípravy tohto verejného obstarávania, ale poukázal na ňu len z hľadiska porovnania najmä finančných nákladov.
52. K **porovnaniu súčasne využívaného systému s informačnými systémami iných miest** (účastník konania uvádza mesto Dubnica a Nové Mesto nad Váhom) správny orgán uvádza, že z listu účastníka konania zo dňa 28. 6. 2017 vyplýva, že účastník konania sa odvoláva na povinne zverejňované zmluvy v zmysle infozákona. Správny orgán posúdil tieto zmluvy (konkrétne išlo o dodatok č. 3 k zmluve o dielo na dodávku služieb zo dňa 15. 02. 2016 a dodatok č. 3 k zmluve o dielo zo dňa 14. 12. 2015), pričom uvádza, že z nich vyplýva, že boli uzavreté so spol. A.V.I.S. - International Software Distribution & Servis, s.r.o., Bratislava, pričom ich predmetom bolo rozšírenie funkcionality integrovaného informačného systému IIS MIS mestského úradu Dubnica nad Váhom/Nové Mesto nad Váhom z dôvodu povinnosti objednávateľa ako orgánu verejnej moci uplatňovať výkon verejnej moci elektronicky, pričom

dohodnutá cena za tento predmet plnenia bola vo výške 139 240,83 eur bez DPH (mesto Dubnica) a 19 880 eur (Nové Mesto nad Váhom).

53. Účastník konania k uvedenému porovnaniu vo svojom liste zo dňa 28. 6. 2017 uviedol, že posúdil tieto informácie a náklady investované do budovania existujúceho systému (z dokumentu „Sumár investovaných nákladov na vybudovanie existujúceho systému od roku 2003“ predloženého účastníkom konania vyplýva, že to bolo 129 743 eur) a interné náklady spojené s prípadnou zmenou systému (tieto náklady účastník konania nevyčíslil). Na základe tohto porovnania uviedol, že i v prípade, ak by existovala primeraná náhrada pokrývajúca plne potreby mesta a existujúcu funkčnosť, tak by s ohľadom na čas zostávajúci do účinnosti zákona o e-Governmente a ďalšie časovo pevne stanovené činnosti mesta vyžadujúce IT podporu, bolo pre mesto finančne nevýhodné túto alternatívu použiť.
54. K uvedenému správny orgán uvádza, že z predmetného vyjadrenia účastníka konania vyplýva, že účastník konania nespochybňuje, že by mohla existovať primeraná alternatíva pokrývajúca plne potreby mesta a existujúcu funkčnosť, avšak rozhodol sa túto alternatívu nevyužiť z časového dôvodu, a to s ohľadom na čas zostávajúci do účinnosti zákona o e-Governmente a ďalšie časovo pevne stanovené činnosti mesta vyžadujúce IT podporu (ktoré však nešpecifikoval). Správny orgán v tejto súvislosti uvádza, že zákon o e-Governmente nadobudol účinnosť už dňa 1. 11. 2013, na základe čoho mal účastník konania v súvislosti s daným verejným obstarávaním dostatok času osloviť alternatívnych dodávateľov za účelom dodania a prípadnej úpravy softvéru podľa požiadaviek účastníka konania a zákona o e-Governmente.
55. K tvrdeniu účastníka konania, že za **primeranú alternatívu** nie je možné považovať na trhu existujúci systém, ktorý by však bolo potrebné prispôsobiť, v dôsledku čoho by mohol byť implementovaný až o niekoľko rokov neskôr ako pôvodné riešenie, prípadne by bolo napr. dvojnásobne drahšie, správny orgán uvádza, že s týmto tvrdením účastníka konania nesúhlasí. Správny orgán síce súhlasí s tým, že primeranosť alternatívy **je potrebné posudzovať z viacerých stránok, minimálne zo stránky finančnej a časovej**. K porovnaniu finančnej stránky však správny orgán uvádza, že pri posudzovaní primeraných alternatív mal účastník konania posudzovať nielen náklady na súčasnú úpravu a rozvoj informačného systému mesta a náklady na zmenu systému, ale mal vziať do úvahy náklady vynaložené na vybudovanie informačného systému a jeho následný rozvoj a servis z dlhodobého hľadiska. Správny orgán má za to, že pri otvorenej súťaži, v ktorej by existovala hospodárska súťaž a nie výhradnosť len jedného dodávateľa, je z dlhodobého hľadiska predpoklad získania celkovo nižších ponukových cien.
56. Podľa správneho orgánu tlak na ceny totiž existuje len v prostredí efektívnej hospodárskej súťaže. Z časového hľadiska čas vývoja a dodania úplne nového systému samozrejme nemôže konkurovať postupu priameho rokovacieho konania s doterajším dodávateľom; nie je však vylúčené, aby účastník konania doterajší systém používal dovtedy, kým neobstará nový. Účastník konania mohol podľa správneho orgánu napr. uzatvoriť zmluvu na daný predmet zákazky na kratšie obdobie, napr. na 1 rok, na plnenie nepresahujúce vo finančnom vyjadrení finančný limit pre zákazku s nízkou hodnotou – z dokumentu „Stanovenie predpokladanej hodnoty zákazky“ pritom vyplýva, že na rok účastník konania predpokladá náklady vo výške 15 621,96 eur a počas tohto obdobia pripraviť a realizovať súťažný postup zadávania zákazky. K uvedenému správny orgán tiež uvádza, že na trhu existujú informačné systémy zamerané na samosprávu a plnenie jej úloh, na základe čoho by ich prispôsobenie nemuselo byť neprimerane časovo náročné.
57. Na základe uvedeného správny orgán konštatuje, že účastník konania **nepreukázal dostatočnými dôkazmi, že vykonal porovnanie primeraných alternatív po finančnej a časovej stránke**. Správny orgán v tejto súvislosti uvádza, že nie je v kompetencii správneho orgánu nahrádzať vlastnou činnosťou povinnosť účastníka konania preukázať splnenia

podmienok oprávnenosti použitia priameho rokovacieho konania. Podľa správneho orgánu preukázať skutočnosť, že v danom prípade neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada nie je možné tým, že verejný obstarávateľ – účastník konania nepozná alternatívne riešenie. Takéto preukázanie je možné len predložením dôkazov, že alternatívne riešenie skutočne neexistuje. Tieto dôvody by mohli zahrnúť prípad, keď pre iný hospodársky subjekt je technicky nemožné dosiahnuť požadované ciele. Účastník konania nepreukázal, resp. nepredložil žiadne dôkazy na preukázanie skutočnosti, že iné informačné systémy nachádzajúce sa na relevantnom trhu ním požadované funkcionality nemajú, resp., že by účastníkom konania vyžadované funkcionality iné hospodárske subjekty nevedeli dopracovať do svojho už existujúceho systému v prípade vyhlásenia otvorenej verejnej súťaže.

58. K otázke **dôkazného bremena preukazovania splnenia podmienok na použitie priameho rokovanie konania** správny orgán opätovne uvádza, že povinnosť odôvodniť a preukázať splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania vyplýva z ustálenej judikatúry Súdneho dvora (napr. rozsudky C-57/94, C-250/07, C-57/94, C-20/01 a C-28/01, C-385/02). Súdny dvor v uvedených rozsudkoch uviedol, cit.: „Najprv treba pripomenúť, že ustanovenia článku 20 ods. 2 písm. c) a d) smernice 93/38 ako výnimky z pravidiel týkajúcich sa postupov verejného obstarávania musia byť vykladané doslovne a **dôkazné bremeno je na subjekte, ktorý ich chce použiť**. (...).“ „Ustanovenia článku 7 ods. 3 smernice, ktoré povoľujú výnimky z pravidiel na zabezpečenie účinnosti práv uznaných Zmluvou ES v oblasti verejných zmlúv na zhotovenie prác, musia byť vykladané striktne a **je na tom, kto sa ich dovoľáva, aby preukázal, že výnimočné okolnosti odôvodňujúce výnimku aj skutočne existujú** (...).“
59. Správny orgán teda na základe vyššie uvedeného konštatuje, že uzavretím Servisnej zmluvy č. 1/2016 dňa 12. 8. 2016 so spoločnosťou CORA GEO, s. r. o. účastník konania porušil § 116 ods. 1 písm. a) v spojení s § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, keďže predmetný postup priameho rokovacieho konania, ktorý viedol k uzavretiu danej zmluvy účastník konania použil bez splnenia zákonných podmienok na jeho oprávnené použitie, čím sa účastník konania vyhol povinnosti uzavrieť predmetnú zmluvu podľa zákona o verejnom obstarávaní, spôsobom alebo postupom ustanoveným týmto zákonom, a teda účastník konania **naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu** podľa § 182 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, za ktorý správny orgán uloží pokutu vo výške 5% zmluvnej ceny.

Sankcia

60. Správny orgán uvádza, že zákon o verejnom obstarávaní je v časti správneho trestania koncipovaný na princípe objektívnej zodpovednosti, ktorej podstata spočíva v tom, že pri naplnení zákonom stanovenej skutkovej podstaty správneho deliktu správny orgán neskúma subjektívnu stránku porušenia zákona (úmysel - nedbanlivosť), ale len rozpor právneho stavu so stavom skutočným, ktorý má správny orgán na základe vykonaného dokazovania a z podkladu pre rozhodnutie, za dostatočne a jednoznačne preukázaný. Zákon o verejnom obstarávaní rovnako neupravuje dôvody zániku zodpovednosti za správny delikt, v dôsledku čoho sa účastník konania nemôže exkulovať z deliktuálnej zodpovednosti.
61. Správny orgán posúdil všetky relevantné dôkazy jednotlivo a vo vzájomných súvislostiach a dospel k záveru, že účastník konania sa dopustil správneho deliktu tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.
62. Pri určovaní výšky sankcie správny orgán postupoval na základe § 182 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Základ pre výpočet výšky sankcie predstavuje čiastka 70 908,21 eur s DPH, ktorá je zmluvnou cenou podľa Servisnej zmluvy č. 1/2016, pričom 5% z tejto sumy predstavuje uloženú pokutu vo výške 3 545,41 eur.

P o u č e n i e:

Proti tomuto rozhodnutiu je možné podľa § 61 správneho poriadku podať rozklad na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, do 15 dní odo dňa jeho doručenia. Rozhodnutie nie je možné preskúmať súdom.

(elektronický podpis)
Mgr. Zuzana Kršjaková
riaditeľka odboru

Doručuje sa elektronicky:

Mesto Tornaľa, Mierová 14, 982 01 Tornaľa