



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
Rada Úradu pre verejné obstarávanie
Ružová dolina 10, P. O. BOX 98, 820 05 Bratislava

Bratislava 26. 10. 2023
Číslo spisu: 7282-9000/2023

Rada Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) ako príslušný orgán Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podľa § 187i ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) vo veci odvolania obstarávateľa **Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s.**, Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava, zastúpeného **XX** (ďalej len „kontrolovaný“), proti rozhodnutiu úradu č. 13516-6000/2022-OD/7 zo dňa 10. 03. 2023, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy na predmet zákazky „**Aktualizácia a upgrade jadra pre potreby transformácie systému na 15 min a pripojením na MARI/PICASSO**“, zadávanej postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, ku ktorému oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante bolo uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 142/2022 zo dňa 26. 07. 2022 pod č. 407748 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 167/2022 zo dňa 27. 07. 2022 pod značkou 34372 – DES, vydáva toto

r o z h o d n u t i e

Rada Úradu pre verejné obstarávanie **mení** rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 13516-6000/2022-OD/7 zo dňa 10. 03. 2023 podľa § 187i ods. 16 zákona o verejnom obstarávaní nasledovne:

Úrad pre verejné obstarávanie **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní.

O d ô v o d n e n i e

1. Kontrolovaný dňa 24. 03. 2023 doručil úradu odvolanie proti rozhodnutiu úradu č. 13516-6000/2022-OD/7 zo dňa 10. 03. 2023 (ďalej len „rozhodnutie úradu“) vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, v ktorom úrad podľa § 175 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní uviedol, že kontrolovaný pri zadávaní vyššie uvedenej zákazky (ďalej len ako „predmet zákazky“ alebo „predmet priameho rokovacieho konania“) **porušil § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní**, keďže kontrolovaný nepreukázal splnenie podmienok na oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania, pričom toto porušenie **malo vplyv** na výsledok verejného obstarávania.
2. Podľa § 187i ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní ak ide o odvolanie podané proti rozhodnutiu, ktoré vydal úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného **po uzavretí zmluvy**, môže úrad o odvolaní rozhodnúť, ak nie sú dané dôvody na zastavenie konania o odvolaní a odvolaniu v plnom rozsahu vyhoví. Rozhodnutie podľa prvej vety úrad vydá do 30 dní odo dňa doručenia odvolania. Ak úrad o odvolaní nerozhodne, predloží odvolanie rade najneskôr do 10 dní odo dňa jeho doručenia a upovedomí o tom účastníka konania.

Tento dokument má iba informatívny charakter. Nie je použiteľný pre právne účely. Dokument je vytlačený z portálu Úradu pre verejné obstarávanie.

3. Podľa § 187i ods. 17 zákona o verejnom obstarávaní rada rozhodne o odvolaní do 45 dní odo dňa doručenia odvolania. Ak ide o odvolanie proti rozhodnutiu, ktoré vydal úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, rada rozhodne o odvolaní do 45 dní odo dňa predloženia odvolania úradom.
4. Nakoľko úrad o odvolaní kontrolovaného nerozhodol podľa § 187i ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, úrad dňa 28. 03. 2023 predložil rade predmetné odvolanie, spolu s príslušným administratívnym spisom úradu č. 13516-6000/2022-OD a dokumentáciou kontrolovaného.

Rozhodnutie úradu

5. Z rozhodnutia úradu vyplýva, že výsledkom predmetného verejného obstarávania postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní bolo uzavretie Zmluvy o dielo č. 2022-0182-1176520 zo dňa 27. 09. 2022 (ďalej len „Zmluva o dielo“) medzi kontrolovaným ako objednávatelom a spoločnosťou Unicorn Systems SK s. r. o. ako zhotoviteľom (ďalej aj len „UNICORN“) so zmluvnou cenou vo výške 2 422 168,50 eur bez DPH.
6. Úrad konštatoval, že vychádzajúc z oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante kontrolovaný realizoval predmetné verejné obstarávanie postupom priameho rokovacieho konania s odkazom na § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom kontrolovaný uviedol, že služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, a to UNICORN, nakoľko z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a neexistuje ani žiadna primeraná alternatívna alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.
7. Úrad ďalej poukázal na to, že v dokumente „Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu použitím priameho rokovacieho konania“ (ďalej len „Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu PRK“), ktorý je súčasťou dokumentácie predloženej kontrolovaným a je zverejnený na profile kontrolovaného vedenom na webovom sídle úradu, a taktiež v dokumente „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“ zo dňa 17. 06. 2022 (ďalej len „Odôvodnenie použitia PRK“), ktorý je jeho prílohou, sa kontrolovaný odvoláva na postup priameho rokovacieho konania s odkazom na § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
8. V súvislosti s vyššie uvedeným úrad konštatoval, že postup priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 zákona o verejnom obstarávaní predstavuje jeden z postupov vo verejnom obstarávaní, pričom možnosť použitia tohto postupu pri zadávaní nadlimitnej zákazky obstarávateľom je viazaná na splnenie aspoň jednej z podmienok pre zadávanie priameho rokovacieho konania uvedených v danom ustanovení zákona o verejnom obstarávaní. Úrad poukázal na to, že obstarávateľ by mal priame rokovacie konanie využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže, a zároveň je obstarávateľ povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienok uvedených v § 98 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú podľa jeho názoru podmienkami odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky. Ďalej úrad poukázal na to, že v súlade s § 98 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je obstarávateľ povinný vyzvať na rokovanie jedného alebo viacerých vybraných záujemcov v závislosti od podmienky uvedenej v odseku 1, s ktorými rokuje o podmienkach zákazky, najmä o technických, administratívnych a finančných podmienkach.
9. V súvislosti s kontrolovaným uplatneným postupom zadávania vyššie uvedenej zákazky úrad uviedol, že na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania v zmysle **§ 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní** je nevyhnutné kumulatívne naplnenie všetkých znakov, a to:
 1. **z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž**, t. j. z dôvodu jedinečnej technológie, technologického prístupu alebo technického vybavenia je vylúčené s iným

ako vybratým hospodárskym subjektom, výlučne pre existenciu jeho technickej špecifickosti, uzavrieť zmluvu, a za predpokladu, že

2. **neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada**, t. j. neexistuje iný spôsob, ktorý by zabezpečil rovnaký alebo obdobný výsledok inou dodávkou bez toho, aby spôsobil neprimerané ťažkosti, náklady a pod., a zároveň
 3. **chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**, t. j. nejde o príliš špecifické podmienky plnenia, ktoré nie sú objektívne potrebné alebo nevyhnutné na dosiahnutie požadovaného účelu.
10. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatoval, že nenaplnenie čo i len jedného znaku z vyššie uvedených, má za následok nemožnosť aplikácie priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
11. Úrad poukázal na fakt, že nielen, že všetky tri vyššie uvedené podmienky v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní musia byť splnené súčasne, ale tieto tri podmienky na seba aj vzájomne nadväzujú. To znamená, že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej, tzn. inými slovami, ak nie je splnená prvá podmienka, nemá žiadny význam skúmať splnenie druhej alebo tretej podmienky, nakoľko tieto z nej príčinne vyplývajú. Úrad uviedol, že otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady teda podľa úradu prichádza do úvahy až po preukázaní, že v danom prípade neexistuje hospodárska súťaž **z technických dôvodov**, čo zároveň nebolo spôsobené predchádzajúcim konaním obstarávateľa, ani umelým zúžením súčasných parametrov verejného obstarávania.
12. V súvislosti s kontrolovaným uplatneným postupom zadávania vyššie uvedenej zákazky úrad uviedol, že postup zadávania zákazky priameho rokovacieho podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní predstavuje výnimku z uplatňovania súťažných postupov zadávania zákaziek. V tejto súvislosti poukázal úrad na to, že v prípade, ak obstarávateľ má v úmysle uzatvoriť zmluvu uplatnením postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, je povinnosťou obstarávateľa nespochybniteľným spôsobom preukázať a náležite zdokumentovať opodstatnenosť použitia tohto postupu pri zadávaní zákazky, pričom dôkazné bremeno odôvodnenia obstarávania postupom priameho rokovacieho konania je na obstarávateľovi (kontrolovanom). Obstarávateľ by mal postup zadávania zákazky priamym rokovacím konaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch, keďže použitím tohto postupu dochádza k obmedzeniu hospodárskej súťaže. Obstarávateľ je zároveň povinný riadne a dôkladne odôvodniť zadávanie zákazky takýmto postupom, a teda je povinný preukázať splnenie podmienky alebo podmienok uvedených v § 98 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorá je podľa jeho názoru podmienkou odôvodňujúcou alebo odôvodňujúcimi použitie postupu priameho rokovacieho konania pri zadávaní zákazky. Ďalej úrad poukázal na to, že v zmysle konštantnej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (napr. rozsudky vo veci C-57/94, C-385/02, C-20/01, C-394/02) je potrebné interpretovať ustanovenia upravujúce podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania reštriktívne, tzn. zužujúco, pričom obstarávateľ nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.
13. Ďalej úrad uviedol, že z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie vyplýva, že v prípade, ak sa verejný obstarávateľ/obstarávateľ rozhodne určitú zákazku zadať dodávateľovi nesúťažným postupom zadávania zákazky, riziko porušenia princípu nediskriminácie je pomerne vysoké, preto pri použití priameho rokovacieho konania dôvod, ktorý obstarávateľ oprávňuje na tento postup (v tomto prípade kontrolovaným deklarované technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž) nesmie zakladať rozpor so základnými zásadami Európskej únie, a teda ani so zásadou zákazu diskriminácie. Zároveň úrad poukázal na to, že z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie taktiež vyplýva, že splnenie podmienky/

podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania musí byť predloženými dôkazmi náležite preukázané (rozsudok vo veci C-20/01 a C-28/01). V súvislosti s uvedeným úrad dodal, že postupom priameho rokovacieho konania dochádza v porovnaní s ostatnými postupmi zadávania zákaziek nielen k zvýšeniu rizika diskriminácie záujemcov, ale aj k obmedzeniu hospodárskej súťaže, keďže obstarávateľ sám rozhoduje, ktorý subjekt/subjekty vyzve na rokovanie, ktoré bude viesť k uzavretiu zmluvy. Podľa úradu je teda z uvedených dôvodov potrebné, aby kontrolovaný náležite preukázal existenciu dôvodov na použitie postupu priameho rokovacieho konania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

14. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad poukázal na to, že z bodu 61 preambuly Smernice Európskeho parlamentu a rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (ďalej len „Smernica 2014/25/EÚ“) vyplýva, cit.: **„Vzhľadom na škodlivé účinky na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie buď nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž ani neprinieslo lepšie výsledky obstarávania v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. To je prípad umeleckých diel, keď osoba umelca štandardne určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného umeleckého predmetu. Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. Obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali poskytnúť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb. Ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto dôvody by sa mali v jednotlivých prípadoch prísne vymedziť a odôvodniť. Tieto dôvody by mohli zahŕňať napríklad prípad, keď pre iný hospodársky subjekt je takmer technicky nemožné dosiahnuť požadované ciele alebo keď existuje potreba používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky, ktoré má k dispozícii len jeden hospodársky subjekt. Technické dôvody môžu takisto vyplývať z osobitných požiadaviek na interoperabilitu, ktoré sa musia splniť, aby sa zabezpečilo fungovanie stavebných prác, tovaru alebo služieb, ktoré sa majú obstaráť. Napokon postup obstarávania nie je užitočný, ak sa tovar kupuje priamo na komoditnom trhu vrátane obchodných platforiem pre komodity, ako sú burzy poľnohospodárskych výrobkov, surovín a energie, v prípade ktorých je prirodzenou zárukou trhových cien regulovaná mnohostranná obchodná štruktúra, nad ktorou sa vykonáva dohľad.“**
15. Zároveň úrad poukázal na to, že podľa Článku 50 písm. c) Smernice 2014/25/EÚ obstarávatelia môžu rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž používať v týchto prípadoch: ak práce, tovar alebo služby môže 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.

16. K predmetnému úrad dodal, že podľa judikatúry Súdneho dvora Európskej únie **výnimky** z pravidiel, ktorých cieľom je zabezpečiť účinnosť práv uznaných Zmluvou v oblasti verejného obstarávania, **musia byť vykladané doslovne** (rozsudky C-57/94, C-318/94, C-394/02, C-337/05), a teda členské štáty nemôžu stanoviť iné prípady použitia rokovacieho konania, než aké sú ustanovené v smernici, alebo k prípadom výslovne uvedeným v smernici pridať nové podmienky, ktoré spôsobia, že používanie tohto konania bude jednoduchšie, hrozilo by totiž, že smernica stratí svoj *effet utile*.
17. Úrad v tejto súvislosti dodal, že Slovenská republika ako členský štát Európskej únie je povinná rešpektovať svoje záväzky vyplývajúce jej z členstva, napr. aj povinnosť eurokonformného výkladu (nepriamy účinok smernice). Členské štáty a ich orgány, a teda aj úrad, sú povinné interpretovať vnútroštátne právo tak, aby sa dosiahol účel normy únieového práva, t. j. „vo svetle textu a cieľa“ smernice. Podľa úradu je preto nevyhnutné trvať na doslovnom výklade dôvodov na použitie priameho rokovacieho konania, pričom tento nesúťažný postup by mal byť využívaný len **vo veľmi výnimočných prípadoch**.
18. Úrad poukázal na to, že z ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie zároveň vyplýva, že **dôkazné bremeno** preukázania, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, **prináleží** subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade **kontrolovanému** (rozsudky C-250/07, C-57/94, C-20/01, C-28/01).
19. Na základe vyššie uvedeného sa úrad zaoberal posúdením splnenia zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a teda, či kontrolovaný v tomto prípade preukázal existenciu **technických dôvodov**, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž.
20. Úrad uviedol, že **technické dôvody** na použitie priameho rokovacieho konania, ktorými kontrolovaný v tomto prípade odôvodňuje oprávnenosť použitia priameho rokovacieho konania, vychádzajúc z dokumentu „Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu použitím priameho rokovacieho konania“, pre ktoré podľa kontrolovaného, v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž, sú najmä tieto skutočnosti: Predmetným postupom priameho rokovacieho konania sa zabezpečuje upgrade jadra softvéru DAMAS Energy (ďalej aj „IS DAMAS“) pre potreby zabezpečenia časti plnenia MARI, PICASSO a časti plnenia Prechod na 15 minút. Predmetný upgrade počítačového programu DAMAS Energy predstavuje zásah do jadra počítačového programu. Nositeľom majetkových práv autora k jadrú počítačovému programu DAMAS Energy je i naďalej hospodársky subjekt Unicorn Systems SK s. r. o.
21. Ďalej úrad uviedol argumentáciu kontrolovaného, že vychádzajúc z doručeného Odôvodnenia použitia PRK a Znaleckého posudku č. 6/2022 zo dňa 13. 06. 2022 vyhotoveného znalcom XY (ďalej len „znalecký posudok č. 1“), kontrolovaný uviedol, že UNICORN v rámci doterajšej analýzy, vývoja, implementácie a prevádzky vytvoril a nadobudol jedinečné **špecifické procesné a technologické know-how**, ktoré sa pretavilo do **špecifických častí a procesov IS**. Úrad uviedol, že v Znaleckom posudku č. 6/2022 je uvedené, cit.: **„Aktuálna architektúra systému, prakticky na mieru, podľa požiadaviek zadávateľa, odzrkadľuje 19 ročný vývoj riešenia. IS Damas je modelovaný prostredníctvom objektov ako časový rad, entita, proces algoritmus a ďalšie. Momentálne len súčasný dodávateľ disponuje špecifickou bázou znalostí vývoja, implementácia a prevádzka aktuálneho architektonického modelu IS DAMAS. Pre účely pokrytia obchodných procesov SEPS je priamo v IS Damas online, na jednotlivých objektoch, popísané konkrétne použitie a konfigurácia objektov. Bez prístupu k zdrojovým kódom, dokumentácii a ostatným nevyhnutným informáciám je dosiahnutie požadovanej úrovne know-how prakticky nemožné. (...) Používanie tohto osobitného know how je nevyhnutné pre technickú podporu a rozvoj IS DAMAS, je ho možné získať iba analýzou, vývojom, implementáciou, alebo prevádzkou informačného systému. V prípade tohto špecifického know-how rozoznávame technologické a procesné know-how a ide o know-how vo**

vzťahu k jedinečnosti informačného systému z procesného hľadiska, k použitému vývojovému modelu, k interoperabilite a vnútornej architektúre riešenia.“

22. Ďalej úrad uviedol, že kontrolovaný prostredníctvom doručeného znaleckého posudku č. 1 poukázal na **zložitosť IS z pohľadu rozsahu, požiadavky na kompatibilitu a interoperabilitu IS DAMAS**, a zároveň kontrolovaný poukázal na to, že vo vzťahu k existencii alternatívneho postupu je nutné vyhodnotiť tri základné aspekty, a to časové aspekty možnosti alebo nemožnosti výmeny IS DAMAS za alternatívny IS, časové aspekty obstarania dodania plnenia od iného subjektu na trhu a ekonomické aspekty výmeny alebo ponechania dodávateľa plnenia, pričom kontrolovaný uviedol, že podľa znaleckého posudku č. 1, ak by malo byť pripustené alternatívne riešenie vývoja kompletne nového informačného systému v tzv. cieľovom stave, toto by zabralo alternatívne dodávateľovi 12,65 roka a stálo by to 24 410 730,00 eur bez DPH.
23. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad konštatoval, že v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy bolo teda potrebné posúdiť, či sú kontrolovaným uvedené technické dôvody dostatočné na to, aby vyňali danú zákazku zo všeobecnej povinnosti obstaráť ju prostredníctvom súťažného postupu a odôvodňovali jej obstaranie nesúťažným priamym rokovacím konaním. V tejto súvislosti úrad uviedol, že súťaž pritom v danom posúdení zohráva kľúčovú úlohu, keďže práve tá je absolútne základným pilierom verejného obstarávania v Európskej únii, a preto požíva veľmi silnú ochranu zo strany legislatívy aj súdov čo potvrdzuje aj samotná Smernica 2014/25/EÚ, ktorá v bode 61 preambuly uvádza, že **vzhľadom na škodlivé účinky na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch**. Úrad ďalej dodal, že tento prísny prístup k priamemu rokovaciemu konaniu potvrdzuje aj Súdny dvor Európskej únie, podľa ktorého výnimky z pravidiel, ktorých cieľom je zabezpečiť účinnosť práv uznaných Zmluvou o Európskej únii v oblasti verejného obstarávania, **musia byť vykladané doslovne** (rozsudky C-57/94, C-318/94, C-394/02, C-337/05), a teda členské štáty nemôžu stanoviť iné prípady použitia rokovacieho konania, než aké sú ustanovené v smernici, či k prípadom výslovne uvedeným v smernici pridať nové podmienky, ktoré spôsobia, že používanie tohto konania bude jednoduchšie, hrozilo by totiž, že smernica stratí svoj účinný efekt.
24. Úrad v tejto súvislosti poukázal na obsah aktualizovaného „Vyhlásenia“ zo dňa 06. 12. 2022, ktoré bolo úradu doručené dňa 12. 12. 2022 listom „Vyjadrenie kontrolovaného v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzatvorení zmluvy, predloženie kompletnej dokumentácie v origináli“ zo dňa 12. 12. 2022, v ktorom sa uvádza, cit.:

„Unicorn Systems a. s., spoločnosť založená podľa práva Českej republiky, so sídlom V Kapslovně 2767/2, 130 00 Praha 3, Česká republika, identifikačné číslo: 251 10 853, zapísaná v obchodnom registri vedenom Mestským súdom v Prahe, spisová značka: B 4579 (ďalej len „USY“), a Unicorn Systems SK s. r. o., spoločnosť založená podľa práva Slovenskej republiky, so sídlom Central 5, Ševčenkova 34, 851 01 Bratislava, Slovenska republika, IČO: 35 771 917, zapísaná v obchodnom registri Okresného sudu Bratislava I, oddiel: Sro, vložka č. 19750/B (ďalej len „USY SK“), dcérska spoločnosť USY, v ktorej USY patrí 100%-ný obchodný podiel, t. j. úplne ovládaná spoločnosť USY v zmysle § 66a zákona č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník, v platnom znení, v súvislosti s obchodnou činnosťou skupiny Unicorn Systems (t. j. spoločnosť USY a všetky subjekty a osoby ňou ovládané v zmysle § 66a zákona č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník, v platnom znení) na území Slovenskej republiky týkajúcou sa distribúcie štandardného softwarového produktu skupiny - systém Damas Energy, týmto spoločne vyhlasujú a potvrdzujú nasledovné skutočnosti:

- a) systém Damas Energy (vrátane všetkých jeho príslušných softwarových častí) je autorským dielom a podlieha autorskoprávnej ochrane bez územného obmedzenia,*

vrátane však na území Českej republiky a na území Slovenskej republiky v zmysle zákona č. 185/2015 Z. z. autorský zákon, v platnom znení, prípadne ostatným právam duševného vlastníctva, priemyselného vlastníctva, právam k obchodnému tajomstvu a hospodárskej súťaže, pričom všetky uvedené výhradné práva v celom ich rozsahu v zmysle príslušných právnych predpisov patria príslušným členom skupiny Unicorn Systems,

- b) **spoločnosť USY SK je na území Slovenskej republiky výlučným zástupcom skupiny Unicorn Systems vo všetkých záležitostiach týkajúcich sa systému Damas Energy, t. j. je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy.** Spoločnosť USY SK tieto oprávnenia neudelila žiadnej tretej strane, t. j. žiadna iná osoba, okrem spoločnosti USY SK a jej spolupracujúcich osôb v rámci skupiny Unicorn Systems, nie je na území Slovenskej republiky oprávnená na základe akéhokoľvek úkonu USY SK alebo iného člena skupiny Unicorn Systems:
- i) zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy akoukoľvek formou a v akomkoľvek rozsahu, alebo
 - ii) na území Slovenskej republiky oprávnená udeliť akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy, a to v oboch prípadoch vrátane všetkých jeho príslušných softwarových častí.
- c) **s ohľadom na náklady skupiny Unicorn Systems na vývoj a priebežné aktualizácie systému Damas Energy a súvisiacu obchodnú politiku skupiny, spoločnosť USY SK nemá v úmysle udeliť žiadnej tretej osobe akúkoľvek výhradnú licenciu k systému Damas Energy (vrátane všetkých jeho príslušných softwarových častí), ani predat' alebo inak scudzit' zdrojové kódy systému Damas Energy alebo poskytnúť práva zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy akoukoľvek formou a v akomkoľvek rozsahu.** Spoločnosť USY SK je pripravená zákazníkom v odvetví energetiky udeľovať nevýhradné užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy, v súlade s obvyklou obchodnou politikou skupiny Unicorn Systems pre dodávku a distribúciu štandardných softwarových riešení; dojednania v Zmluve o vysporiadaní autorských práv k informačnému systému Damas Energy a o poskytovaní ďalších služieb č. 2020-0366-1176520 zo dňa 18. 12. 2020 (ďalej len „Zmluva o vysporiadaní autorských práv“) uzatvorenej medzi USY SK a spoločnosťou Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., so sídlom Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava, Slovenská republika, IČO: 358 291 41 (ďalej len „SEPS“), tým nie sú dotknuté.
- d) **skupina Unicorn Systems nemá v úmysle udeliť SEPS akékoľvek ďalšie autorskoprávne oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy nad rámec Zmluvy o vysporiadaní autorských práv, a to z dôvodov uvedených v písm. c) tohto vyhlásenia.**“

25. Úrad v rozhodnutí zhrnul, že v uvedenom vyhlásení spoločnosť UNICORN deklaruje, že je na území Slovenskej republiky výlučným zástupcom skupiny Unicorn Systems vo všetkých záležitostiach týkajúcich sa systému Damas Energy, t. j. je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy. V tejto súvislosti úrad poukázal na to, že kontrolovaný v rámci Odôvodnenia použitia PRK konštatuje, že v prípade IS DAMAS existuje stav tzv. „vendor lock-in“, pričom v kapitole III. „Právne a technické odôvodnenie použitia postupu obstarania predmetu zákazky priamym rokovacím konaním“ Odôvodnenia použitia PRK v bode 24 kontrolovaný poukázal v teoreticko-právnej rovine na **zákonné spôsoby riešenia stavu vendor lock-in na jeho strane, a to získanie dostatočných práv na realizáciu zásahu do jadra IS DAMAS alebo výmenu IS DAMAS za iný informačný systém, ktorý by spĺňal všetky jeho potreby, ktoré zabezpečuje IS DAMAS, a ku ktorému by disponoval všetkými potrebnými právami k realizácii akýchkoľvek zásahov, pričom**

ako poslednú možnosť kontrolovaný uviedol uzatvorenie zmluvy o dielo, ktorej predmetom je predmet tohto priameho rokovacieho konania s UNICORN v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom ako súladné s týmto zákonom v danom prípade považuje postup priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.

26. Ďalej úrad uviedol, že **kontrolovaný označuje** získanie dostatočných práv na realizáciu zásahu do jadra IS DAMAS alebo výmenu IS DAMAS za iný informačný systém, ktorý by spĺňal všetky potreby kontrolovaného, ktoré zabezpečuje IS DAMAS, za alternatívne (náhradné) riešenia v intenciách § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorých sa technická, ekonomická a faktická nemožnosť realizácie v danom prípade zdôvodňuje v kapitole III. „Právne a technické odôvodnenie použitia postupu obstarania predmetu zákazky priamym rokovacím konaním“ Odôvodnenia použitia PRK v bode 26 s poukazom na predložený **znalecký posudok č. 1, z ktorého podľa kontrolovaného vyplýva, že predmetné alternatívne riešenie stavu vendor lock-in je ne hospodárne a za súčasných podmienok prakticky technicky ťažko realizovateľné z hospodárskeho (ekonomického) aspektu, časového hľadiska** (predpokladaný časový harmonogram uvedenia nového informačného systému do prevádzky je cca 12,65 roka; plnenie povinností, ktoré sú predmetom priameho rokovacieho konania, je kontrolovaný povinný splniť v implementačnej lehote vyplývajúcej z príslušných všeobecne záväzných právnych predpisov EÚ a následnej derogácie Úradu pre reguláciu sieťových odvetví, pričom z časového hľadiska nie je technicky možné vymeniť IS DAMAS za nový informačný systém do 24. 07. 2024, a to s poukazom aj na povinnosti kontrolovaného zabezpečiť nepretržitú prevádzku informačného systému, ktorého úlohy momentálne zabezpečuje IS DAMAS) a takisto z dôvodu, že **IS DAMAS je založený na špecifickom jadre**, a teda akýkoľvek iný externý systém v rozsahu funkcionality IS DAMAS by bol s IS DAMAS kvôli rozdielnosti jadra nekompatibilný, resp. nepoužiteľný, a teda by nebolo možné ani inak (ekonomicky a časovo menej náročne) zabezpečiť cieľový stav v podobe výmeny IS DAMAS ako vytvorením nového informačného systému.
27. Podľa úradu pokiaľ je však pravým dôvodom, pre ktorý v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž, a teda je daná výlučnosť jedného dodávateľa, **skutočnosť, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponoval potrebnými výhradnými právami k IS DAMAS**, uvedené **nie je možné považovať za technické dôvody** v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad poukazuje na to, že **pod pojmom technické dôvody, pre ktoré môže poskytnúť služby len určitý hospodársky subjekt, sa má totiž v zmysle zákona o verejnom obstarávaní na myslí technická nemožnosť, nie nemožnosť z dôvodu nedisponovania dostatočnými podkladmi, resp. právami**. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že nedisponovanie prevádzkovou dokumentáciou, či zdrojovými kódmi, síce predstavuje nemožnosť zadať predmetné služby inému subjektu, avšak **v danom prípade nejde o technické dôvody, resp. technickú nemožnosť, ale o nemožnosť spôsobenú nedostatočnou dispozíciou právami k existujúcemu systému, ktorú je možné odstrániť výlučne úpravou autorských práv** (a ktorú teda nie je možné odstrániť technickými zásahmi).
28. Úrad v tejto súvislosti poukázal na rozhodnutie rady č. [10135-6000/2021](#) zo dňa 30. 09. 2021, v ktorom rada v obdobnom prípade konštatovala nasledovné, cit.:

„84. Podľa rady preto úrad v odvolaní napadnutom rozhodnutí správne konštatoval, že autorské práva, resp. poskytnutie licencie, prevádzkovej dokumentácie k predmetnému informačnému systému a zdrojových kódov, nemožno považovať za technické dôvody podľa § 81 písm. b) bod 2. zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko autorské práva bezprostredne súvisia s § 81 písm. b) bod 3. zákona o verejnom obstarávaní (výhradné práva). Pod pojmom technické dôvody, pre ktoré môže poskytnúť služby len určitý hospodársky subjekt, sa má totiž v zmysle zákona o verejnom obstarávaní na myslí technická nemožnosť, nie nemožnosť

z dôvodu nedisponovania dostatočnými podkladmi, resp. právami. Úrad v tejto súvislosti podľa rady správne podotkol, že nedisponovanie prevádzkovou dokumentáciou, či zdrojovými kódmi, síce predstavuje nemožnosť zadať predmetné služby inému subjektu, avšak v danom prípade nejde o technické dôvody, resp. technickú nemožnosť, ale o nemožnosť spôsobenú nedostatočnou dispozíciou právami k existujúcemu systému, ktorú je možné odstrániť výlučne úpravou autorských práv (a ktorú teda nie je možné odstrániť technickými zásahmi).“

29. Úrad uviedol, že kontrolovaný v liste označenom ako „Vyjadrenie kontrolovaného k výzve na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy zo dňa 12. 1. 2023, číslo: 13516-6000/2022-OD/5“ zo dňa 10. 02. 2023 (ďalej len „vyjadrenie k výzve“) na str. 8 uviedol, že otázka autorských práv, resp. výhradných práv UNICORN k jadru IS DAMAS, je nevyhnutne spojená s technickou výlučnosťou UNICORN vo vzťahu k plneniu predmetu priameho rokovacieho konania, avšak nepredstavuje skutočný dôvod pre použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade.
30. Ďalej úrad uviedol, že kontrolovaný v rámci doručeného Odôvodnenie použitia PRK a znaleckého posudku č. 1 uviedol argumenty súvisiace s technickými dôvodmi ako potreba nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know-how, zložitosť IS vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu a interoperabilitu informačného systému, správnosť, spoľahlivosť a požiadavky na kódovú pružnosť a zložitosť informačného systému, a požiadavky na stabilitu a nízku chybovosť informačného systému, účelnosť a efektívnosť, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zahltenia IS, dodržania metodík životného cyklu IS a bezpečnosť IS.
31. V súvislosti s uvedenými technickými dôvodmi úrad konštatoval, že **samotné know-how o informačnom systéme, ktorého sa predmet zákazky týka, nie je možné považovať za niektorý z technických dôvodov, ktoré bránia poskytnutiu služieb iným, ako vybraným hospodárskym subjektom.** Podľa úradu dostatočné vedomosti a už získané skúsenosti o existujúcom informačnom systéme určitým subjektom, ktorý bol aj jeho tvorcom, totiž nemôžu automaticky zakladať výhradnosť dodávky práve týmto subjektom s odvolávaním sa výlučne na technické dôvody, nakoľko v takom prípade by sa tento subjekt stal automaticky jediným spôsobilým výhradným poskytovateľom požadovaných služieb na neobmedzene dlhú dobu z dôvodu, že by po celý čas od vytvorenia takého softvéru cez následné poskytovanie s tým súvisiacich služieb nadobúdala stále väčšie a väčšie know-how, výlučne sa vzťahujúce k predmetu poskytovaných služieb, napriek skutočnosti, že na trhu by existovalo viacero hospodárskych subjektov dostatočne spôsobilých na poskytovanie požadovaných služieb v rovnakej kvalite. Úrad mal za to, že pripustenie takejto možnosti by mohlo spôsobiť, že **prvým zadaním akejkoľvek požiadavky na vytvorenie jedinečného informačného systému pre konkrétneho verejného obstarávateľa/obstarávateľa by sa automaticky zakladalo výhradné právo takýmto osobám poskytovať v budúcnosti tomuto verejnému obstarávateľovi/obstarávateľovi služby poskytované, resp. zabezpečované prostredníctvom tohto jedinečného informačného systému, a to výlučne z dôvodu nadobudnutého know-how k informačnému systému.**
32. Ďalej úrad konštatoval, že samotné know-how v oblasti konkrétneho softvérového produktu predstavuje vedomosti nielen v oblasti programovania, ale aj vedomosti o obsahu daného produktu, avšak vedomosti týkajúce sa výlučne obsahu konkrétnych softvérov nie sú v zmysle zákona o verejnom obstarávaní považované za skutočnosť, ktorá spôsobuje jedinečnosť poskytovania služieb výlučne týmto subjektom, pričom podľa úradu je v danej súvislosti potrebné zdôrazniť, že druh oblasti, t. j. vedomosti získané z konkrétnej oblasti, v ktorej sa služby poskytujú, nie je určujúca na vymedzenie postavenia subjektu, ktorý disponuje práve vedomosťami z tejto oblasti a na jeho postavenie ako jedinečného subjektu schopného poskytovať predmetné služby. Podľa úradu pri poskytovaní služieb naviazaných na existenciu určitého informačného systému je potrebné hľadiť na poskytovanie takýchto služieb

vo všeobecnosti, najmä z hľadiska druhu obstarávaných služieb, ich rozsahu a charakteru, nie na oblasť, v ktorej sa poskytujú, ani na skutočnosť, či v tejto oblasti daný subjekt už nejaké vedomosti a zručnosti má, nakoľko poskytovanie služieb spojených s vývojom softvéru zahŕňajú najmä prácu s programovacími jazykmi, testovaním softvéru a pod., pričom tieto zručnosti je možné nadobudnúť pri vývoji akéhokoľvek jedinečného softvéru, jeho následnej aplikácii, testovaním, uprade a pod.

33. Úrad navyše poukázal aj na ďalšiu dôležitú skutočnosť, a to, že práve fyzické osoby vytvárajú, udržiavajú, obnovujú a rozvíjajú informačné systémy, a nie právnické osoby (firmy). V tejto súvislosti úrad uviedol, že IT špecialisti však na trhu práce fluktuujú, menia spoločnosti a menia aj informačné systémy (počas doby životnosti, resp. prevádzky informačných systémov dochádza k zmene osôb, ktoré poskytujú napr. podporné služby pre tieto informačné systémy). Úrad preto uviedol, že neuznáva automatickú správnosť argumentácie, na základe ktorej by jedna a tá istá firma mala z technických dôvodov (nie však z dôvodov založených na práve duševného vlastníctva) teoreticky aj nekonečné právo na údržbu a rozvoj softvéru, a to aj v prípade, keď sa jej zamestnanci mohli aj niekoľkokrát obmeniť. Podľa úradu táto argumentácia absolútne vylučuje možnosť, že v rovnakom čase pôsobí na trhu iná firma, do ktorej sa presunuli kľúčoví vývojári systému, a pre túto firmu je z technických dôvodov vylúčené uspokojivo dodať predmet zákazky.
34. Pokiaľ ide o argumenty kontrolovaného založené na jedinečnosti informačného systému (z dôvodu jeho rozsiahlosti, špecifickosti a z hľadiska jeho kompatibility a interoperability), úrad poukázal na body 49 až 51 rozhodnutia rady č. [13389-9000/2017](#) zo dňa 07. 09. 2017, kde rada o. i. uviedla, cit.:

„Kontrolovaný tvrdí, a rada žiadnym spôsobom nespochybňuje, že jedným z technických dôvodov je potreba zabezpečiť kompatibilitu a interoperabilitu systému CRIS. Podľa rady však systém CRIS dozaista nie je jediným informačným systémom, pri úprave ktorého treba dbať na jeho kompatibilitu a interoperabilitu. V skutočnosti azda všetky na mieru vyrobené informačné systémy čelia rovnakému problému, a teda nejde o ojedinelú alebo výnimočnú prekážku. Taktiež náročnosť technického riešenia systému CRIS rada nerozporuje, avšak náročnosť tohto systému sa nebude významne líšiť od náročnosti podobne robustných informačných systémov. Niektoré môžu byť menej zložité, iné zas omnoho komplikovanejšie, ale tak či onak, ich náročnosť nie je výnimočná.

Do tretice, rada nespochybňuje ani kontrolovaným proklamovanú unikátnosť použitého technického riešenia. Aj tu je však potrebné skonštatovať, že každý na mieru vyrobený softvér je unikátny čo do svojho technického riešenia. Pokiaľ však má byť unikátnosť vlastnosťou všetkých na mieru vyrobených informačných systémov, tak už nepôjde o vlastnosť „unikátnu“, ale úplne bežnú a prirodzenú.

Účelom argumentácie uvedenej v predošlom odseku pritom nie je znižovať hodnotu technického riešenia systému CRIS, ale poukázať na fakt, že každý na mieru vyrobený informačný systém je náročný a unikátny svojím vlastným spôsobom. Inými slovami, rada nespochybňuje technickú náročnosť a unikátnosť systému CRIS a nespochybňuje ani dôležitosť potreby zabezpečiť jeho kompatibilitu a interoperabilitu. Rada poukazuje len na to, že tieto vlastnosti a potreby sú spoločné ak nie každému, tak veľmi vysokému počtu na mieru vyrobených informačných systémov. Ak by teda technická komplikovanosť a unikátnosť systému CRIS odôvodňovali použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade, odôvodňovalo by to zároveň použitie priameho rokovacieho konania pri veľkom počte iných informačných systémov. A tie by z časového hľadiska mohli byť priamym rokovacím konaním udržiavané a inovované prakticky donekonečna, keďže ich zložitosť a unikátnosť sa len tak nevytratia.“

Úrad v tejto súvislosti uviedol, že citované závery je možné aplikovať aj na tento prípad.

35. Úrad následne poukázal na argumentáciu kontrolovaného vo vyjadrení k výzve, že podľa kontrolovaného vyššie citované rozhodnutie rady nie je pre tento prípad a technologickú unikátnosť IS DAMAS aplikovateľné, a teda podľa kontrolovaného sa úrad v tomto prípade dopustil chyby v deduktívnom usudzovaní a generalizovaní, nakoľko nie je možné jednoducho považovať za technologicky zhodný customizovaný informačný systém postavený na bežnej technológii s customizovaným informačným systémom postaveným na jedinečnej špecifickej technológii a doménovej znalosti, tak ako je detailne popísané v znaleckom posudku č. 1.
36. Ďalej úrad v rozhodnutí poukázal na argumentáciu kontrolovaného vo vyjadrení k výzve, že kontrolovanému je dobre známa rozsiahlu rozhodovacia prax úradu, resp. rady vo vzťahu k použitiu priameho rokovacieho konania, pričom ju nespochybňuje, no na druhej strane kontrolovaný konštatuje, že predmetné rozhodnutia úradu, resp. rady v prípade použitia priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. a) bod 2 alebo 3 zákona o verejnom obstarávaní nie sú aplikovateľné, keďže podľa kontrolovaného úrad nedostatočne zobral do úvahy špecifiká predmetného priameho rokovacieho konania.
37. Úrad k predmetnému uviedol, že nespochybňuje technologickú náročnosť a unikátnosť systému IS DAMAS, ak by však technická komplikovanosť a unikátnosť systému odôvodňovali použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade, odôvodňovalo by to zároveň použitie priameho rokovacieho konania pri veľkom počte iných informačných systémov, ktoré sú špecializované na určitú odbornú oblasť pôsobenia verejného obstarávateľa/obstarávateľa a ktoré sú customizované niekoľko desaťročí na základe potrieb obstarávateľa, pričom z aplikačnej praxe úradu, ako aj rady vyplýva, že argumenty, akými sú zložitnosť informačného systému vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu a interoperabilitu informačného systému, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zahŕtenia informačného systému a bezpečnosť informačného systému, nezakladajú v obdobných prípadoch oprávnené dôvody použitia postupu priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
38. Ďalej úrad poukázal na argumentáciu kontrolovaného, že zo znaleckého posudku č. 1 vyplýva, že akýkoľvek iný dodávateľ okrem UNICORN aj v prípade, ak by hneď po tom, ako by mal zadanú zákazku, na základe ktorej by v podkladoch od kontrolovaného dostal všetky dokumenty tvoriace technickú špecifikáciu predmetu priameho rokovacieho konania a súčasne všetky podklady k jadru IS DAMAS, t. j. vo februári 2021 (nakoľko až v januári 2021 kontrolovaný dostal k dispozícii finálnu verziu posledného dokumentu tvoriaceho technickú špecifikáciu platformy Picasso nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu v rámci jadra IS DAMAS, ktorá je predmetom priameho rokovacieho konania), by nebol z časového hľadiska schopný, aj keď by začal zákazku ihneď plniť, z poskytnutej dokumentácie dosiahnuť takú úroveň technologického know-how, aby dodal plnenie do 24. 07. 2024.
39. V tejto súvislosti úrad poukázal na to, že sám kontrolovaný tvrdí, že v roku 2025 plánuje zahájiť otvorený postup verejného obstarávania a tak zabezpečiť komplexnú výmenu IS DAMAS za iný informačný systém. V súvislosti s vyššie uvedeným úrad uviedol, že ak by kontrolovaný zvolil uvedený zamýšľaný postup historicky skôr, resp. zabezpečil vytvorenie a fungovanie informačného systému (ktorého fungovanie v rámci plnenia úloh obstarávateľa počas niekoľkých desaťročí je ovplyvňované národnou, ako aj medzinárodnou legislatívou) takým spôsobom, aby sa vyhol vytvoreniu, resp. udržiavaniu vendor lock-in, kontrolovaný sa mohol vyhnúť nesúťažným postupom priamych rokovacích konaní, prostredníctvom ktorých zabezpečoval a naďalej zabezpečuje upgrade systému IS DAMAS.
40. Úrad poukázal na to, že z viacerých argumentov kontrolovaného uvedených vo vyjadrení k výzve vyplýva, že **kontrolovaný poukazuje na nevyhnutnosť posudzovania existencie technických dôvodov vzhľadom na konkrétne podmienky plnenia predmetu priameho**

rokovacieho konania v danom postupe, **pričom technické dôvody nevyhnutne spája s časovými okolnosťami plnenia predmetu priameho rokovacieho konania.**

41. Kontrolovaný podľa úradu vykladá podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní tak, že **dáva do popredia časové okolnosti plnenia predmetu priameho rokovacieho konania a existenciu technických dôvodov nevyhnutne spája s týmito časovými okolnosťami.** Podľa úradu o tom svedčí aj argument kontrolovaného uvedený vo vyjadrení k výzve na str. 6, 11 a 12, kde sa kontrolovaný odvoláva nad rámec dôvodu pre použitie rokovacieho konania uvedeného v oznámení o dobrovoľnej transparentnosti ex ante a Odôvodnení použitia PRK (§ 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní) na **súčasnú naplnenie dôvodu pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní,** tzn. z dôvodu mimoriadnej udalosti nespôsobenej obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať, a vzhľadom na vzniknutú časovú tieseň nemožno uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacie konanie so zverejnením.
42. Podľa úradu podmienka existencie technických dôvodov, na základe ktorých neexistuje hospodárska súťaž je prvou podmienkou, ktorej naplnenie vyžaduje oprávnené použitie priameho rokovacieho konania. Zároveň platí, že pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní musia byť všetky tri podmienky splnené kumulatívne. Úrad opätovne uviedol, že tieto tri podmienky na seba aj vzájomne nadväzujú, čo znamená, že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej.
43. Podľa úradu uvedené časové okolnosti v danom prípade možno zhodnotiť a prihliadať na nich pri skúmaní naplnenia tretej čiastkovej materiálnej podmienky (či chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania) použitia priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorá ako taká nie je objektívne spôsobilá preukázať existenciu technických dôvodov, ale v prípade preukázania technických dôvodov (ako jednej z čiastkovej podmienky priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní) sa skúma jej naplnenie ako ďalšej čiastkovej podmienky. Úrad dodal, že nenaplnenie čo i len jednej podmienky uvedenej v bode 9 tohto rozhodnutia, má za následok nemožnosť aplikácie priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
44. Vychádzajúc z uvedeného je podľa úradu zrejmé, že **priame rokovacie konanie je možné použiť len za predpokladu, že situáciu výlučnosti (existenciu jediného hospodárskeho subjektu schopného plniť predmet zákazky) nevytvoril samotný obstarávateľ (kontrolovaný).** Úrad uviedol, že v danom prípade nemožnosť plnenia predmetu priameho rokovacieho konania iným subjektom vzhľadom na časové okolnosti dôvodené povinnosťou zabezpečenia splnenia povinností transformácie systému na obchodovanie s 15 minútovým rozlíšením a pripojením na európske platformy (tzv. MARI a PICASSO) stanovených príslušnou nadnárodnou legislatívou na úrovni Európskej únie zo strany kontrolovaného a nevyhnutnosťou upraviť a rozšíriť viaceré funkcionality a oblasti IS DAMAS, ktoré sú spojené so zásahom do zdrojového kódu (jadra) IS DAMAS do stanoveného dátumu, úrad nespochybňuje a nerozporuje, avšak uvedené podľa úradu neznamená, že kontrolovaný preukázal oprávnenosť použitia priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
45. Úrad konštatoval, že **v prípade softvérov vyrobených na mieru podľa požiadaviek objednávateľa je bežné, že skôr či neskôr vyplynie potreba, resp. nevyhnutnosť zásahu do daného softvéru v podobe určitej úpravy alebo rozšírenia tohto informačného systému, či už na základe interných požiadaviek kontrolovaného alebo na základe legislatívy**

v oblasti plnenia úloh kontrolovaného, ktorému daný informačný systém slúži. V tejto súvislosti úrad konštatoval, že sám kontrolovaný v Odôvodnení použitia PRK konania uviedol aj realizované priame rokovacie konanie podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní v decembri 2020, ktorým bol podľa kontrolovaného **realizovaný predchádzajúci veľký legislatívny upgrade IS DAMAS.** Úrad poukázal na to, že z predloženej Zmluvy o dielo č. 2020-0375-1176520, ktorá bola súčasťou dokumentov predložených kontrolovaným vyplýva, že jej predmetom bol „Legislatívny upgrade obchodného systému Damas Energy“, pričom z bodu 3.2 čl. III. „Predmet zmluvy“ predmetom diela bolo zabezpečenie úprav IT systému Damas Energy, ktoré vyplývali z národnej legislatívy a z legislatívy Európskej únie.

46. Na základe uvedeného úrad konštatoval, že **kontrolovaný si mal byť, resp. musel byť vedomý, že v priebehu životnosti informačného systému IS DAMAS budú nevyhnutné zásahy do daného softvéru v podobe určitej úpravy alebo rozšírenia tohto informačného systému aj na základe národnej, či medzinárodnej legislatívy v oblasti plnenia úloh kontrolovaného, ktorému daný informačný systém slúži.**
47. Úrad mal ďalej za to, že **pravým dôvodom, pre ktorý v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž, nie sú technické dôvody, ale výlučnosť jedného dodávateľa je v uvedenom prípade založená na základe skutočnosti, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponoval potrebnými výhradnými právami k IS DAMAS.**
48. V tejto súvislosti úrad poukázal na rozsudok Krajského súdu v Brne zn. 30 Af 19/2019 – 115 zo dňa 18. 02. 2021, kde je uvedené o. i. nasledovné, cit.:

*„65. Obdobne i judikatura tuzemských správních soudů vychází z toho, že **materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění není naplněna, je-li stav výlučnosti přičitatelný zadavateli.***

*66. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 bylo vysloveno, že „pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacího řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“ Obdobně z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 vyplývá, že **pokud si zadavatel byl již v době zadávání původní veřejné zakázky vědom charakteru projektu, jeho technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje, nemůže se s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“.** (...)*

*75. Soud proto souhlasí se žalovaným, že **zadavatel při zadání původní veřejné zakázky možnost následného rozšíření předmětu plnění předpokládat mohl a měl.** V roce 2012 bylo podle soudu očekávatelné, že v průběhu doby plnění veřejné zakázky může dojít k vývoji ICT, rozvoji elektronizace státní správy a může vyvstat potřeba rozšiřování předmětu plnění. **Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nelze ospravedlňovat změnou potřeb zadavatele v průběhu plnění původní veřejné zakázky, pokud tato potřeba změn mohla být v době původní veřejné zakázky aspoň v obecné rovině očekávatelná.** Žalovaný své závěry o nenaplnění materiální podmínky založil na tom, že potřeba rozšíření předmětu plnění byla dána aktivním jednáním samotného zadavatele (přijetím Strategie 2014) a rovněž jeho **nedostatečnou obezřetností při zadání původní veřejné zakázky.** S těmito úvahami se soud ztotožnil. **Nemohlo se proto jednat o stav objektivní výlučnosti,** (...). Správní orgány tak oprávněně konstatovaly, že žalobce naplnění materiální podmínky v daném případě neprokázal.“*

49. V nadväznosti na uvedené skutočnosti úrad konštatoval, že **kontrolovaný nepreukázal technickú nemožnosť poskytnutia požadovaných služieb (zabezpečenia predmetu zákazky) iným dodávateľom**, napr. za situácie, kedy by iný hospodársky subjekt mal k dispozícii potrebnú prevádzkovú dokumentáciu a zdrojové kódy k IS DAMAS, ktorými v súčasnosti disponuje spoločnosť UNICORN. Úrad v tejto súvislosti poukázal na to, že **sám kontrolovaný vychádzajúc z doručeného znaleckého posudku č. 1 uviedol, že bez prístupu k zdrojovým kódom, dokumentácii a ostatným nevyhnutným informáciám je dosiahnutie požadovanej úrovne know-how prakticky nemožné**.
50. Na základe vyššie uvedeného mal úrad za to, že **kontrolovaný žiadnym spôsobom nepreukázal, že by predmet danej zákazky nevedel výlučne z technických dôvodov, t. j. z dôvodu technickej nemožnosti plniť žiadny iný hospodársky subjekt, pokiaľ by mal k dispozícii potrebnú prevádzkovú dokumentáciu a zdrojové kódy k IS DAMAS**, ktorými v súčasnosti disponuje jedine spoločnosť UNICORN, a zároveň kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal, že by ním vyžadované služby rozvoja IS DAMAS nevedeli poskytnúť aj iné hospodárske subjekty pôsobiace na relevantnom trhu a zaoberajúce sa vývojom a rozvojom obdobných informačných systémov (za podmienky, že by kontrolovaný disponoval potrebnými právami duševného vlastníctva k IS DAMAS, a to v čase tak, aby zabezpečil plnenie predmetu zákazky riadne a včas).
51. Úrad v súvislosti s technickými dôvodmi ďalej poukázal na skutočnosť, že Európska komisia v liste zn. Ares (2017)3469040 zo dňa 10. 07. 2017 adresovanom Úradu podpredsedu vlády Slovenskej republiky pre investície a informatizáciu vysvetľuje podmienky na použitie priameho rokovacieho konania na údržbu a rozvoj na mieru vyrobených informačných systémov z technických dôvodov nasledovne, cit.:
- „Po prvé, musí byť preukázané, že na trhu nepôsobí žiadny iný hospodársky subjekt schopný dodať predmet zákazky. V prípade na mieru vyrobeného softvéru sa zdá byť takýto dôkaz problematický, pokiaľ nie je založený na práve duševného vlastníctva. Navyše, smernica precizuje absenciu súťaže z technických dôvodov tromi ďalšími atribútmi:*
- *Absencia súťaže, t. j. výlučnosť, nesmie byť vytvorená obstarávateľom (napr. nevyváženým rozdelením autorských práv vo vzťahu k predchádzajúcej zmluve/IT systému) (Recitál 50);*
 - *Neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada [Článok 32 (2)(b) posledný odsek];*
 - *Absencia súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania [Článok 32(2)(b) posledný paragraf].“*
52. Ďalej úrad poukázal na to, že Európska komisia ďalej uvádza, cit.:
- „(...) otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady prichádza do úvahy až po preukázaní, že absentuje hospodárska súťaž z technických dôvodov, čo nie je spôsobené predchádzajúcim konaním obstarávateľa ani umelým zúžením súčasných parametrov obstarávania. Iba v prípade, že sú tieto čiastkové otázky bezpečne zodpovedané – absencia súťaže z technických dôvodov nebola vytvorená obstarávateľom a nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania – by mal obstarávateľ pristúpiť k posudzovaniu existencie primeranej alternatívy alebo náhrady.“*
53. V nadväznosti na vyššie uvedené mal teda úrad za to, že z uvedeného vyplýva, že aj podľa názoru Európskej komisie je **vo vzťahu k informačným systémom problematické preukázať existenciu technických dôvodov, pre ktoré neexistuje na trhu žiadny iný možný dodávateľ**.
54. **K technickým dôvodom, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž** úrad uviedol, že ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, **tieto dôvody by sa mali**

v jednotlivých prípadoch prísne vymedziť a odôvodniť. V predmetnom prípade však kontrolovaný podľa úradu **nepreukázal dostatočne, že predmet zákazky nevie poskytnúť z technických dôvodov žiadny iný hospodársky subjekt**. V tejto súvislosti úrad konštatoval, že skutočnosť, že predmetný systém je vyvíjaný od roku 2003 a je vytvorený pre jediného konkrétneho zákazníka ešte automaticky neznamená, že žiadny iný subjekt nedisponuje, resp. nemôže disponovať technickými prostriedkami, know-how, tímom odborníkov so špecifickými znalosťami, skúsenosťami, odborníkmi s technickými prostriedkami potrebnými na poskytnutie služieb tvoriacich predmet zákazky.

55. Úrad ďalej preskúmaním Úradného vestníka Európskej únie poukázal v tejto súvislosti na oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zverejnené dňa 11. 05. 2021 v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 091/2021 pod č. 236933, ktorým **povinný subjekt MAVIR Magyar Villamosenergia-ipari Átviteli Rendszerező Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Anikó utca 4, 1031 Budapešť, Maďarsko, IČO: EKRSZ_67902044 obstarával verejnou súťažou, ktorej výsledkom malo byť uzavretie rámcovej dohody s viacerými uchádzačmi**, služby vývoja softvéru, pričom jedným z výsledkov predmetnej verejnej súťaže bolo uzavretie zmluvy na **predmet zákazky „ENTSO-E MARI (mFRR) és ENTSO-E PICASSO (aFRR) platform bevezetéséhez szükséges fejlesztések műszaki szakértői támogatása“**, ktorej oznámenie o výsledku verejného obstarávania – vybrané odvetvia, týkajúce sa zadania zákazky v **súvislosti s pripojením na platformy Mari a Picasso úspešnému uchádzačovi** TrendEn Energetika Stratégiai, Üzleti és Informatikai Korlátolt Felelősségű Társaság, Záhony Utca 7, 1031 Budapešť, Maďarsko, bolo zverejnené dňa 29. 04. 2022 v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 084/2022 pod č. 228316, pričom z predmetného oznámenia vyplýva, že v danom verejnom obstarávaní **boli predložené tri ponuky**.
56. Ďalej úrad v rozhodnutí uviedol, že k predmetnému kontrolovaný vo vyjadrení k výzve uviedol, že odkaz na verejné obstarávanie MAVIR je v kontexte posudzovania splnenia podmienok priameho rokovacieho konania zo strany úradu právne irelevantné, nakoľko po bližšom preskúmaní verejného obstarávania MAVIR kontrolovaný konštatuje, že predmet zákazky vo verejnom obstarávaní MAVIR je z hľadiska povahy a podstaty predmetu priameho rokovacieho konania rozdielny, a teda pre účely posúdenia priameho rokovacieho konania irelevantný, pričom kontrolovaný ďalej pre ilustráciu nesprávnosti argumentácie úradu uviedol, že aj kontrolovaný mohol vyhlásiť verejnú súťaž, ktorej predmetom by boli customizácie IS DAMAS v súvislosti s implementáciou legislatívy MARI a PICASSO, t. j. úpravy IS DAMAS v aplikačnej vrstve, ktoré si bude realizovať kontrolovaný vlastnými kapacitami, pričom predmetné verejné obstarávanie by bolo pre úrad právne irelevantné vo vzťahu k posúdeniu zákonnosti priameho rokovacieho konania, aj keď sa na prvý pohľad týka rovnakých, či obdobných plnení.
57. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že v prípade, ak by kontrolovaný včas disponoval dostatočnými právami aj k jadru systému IS DAMAS, mohol by realizovať otvorený postup, ktorého výsledkom by mohla byť aj tzv. otvorená rámcová dohoda s viacerými spoločnosťami ako uchádzačmi, ktoré sú spôsobilé poskytovať softvérové služby aj v súvislosti s informačnými systémami v špecifickej oblasti energetiky. Úrad mal za to, že takýmto spôsobom by mohol pružne a aktívne reagovať aj na novú legislatívu a ňou podmienené nutné zmeny v informačnom systéme, ktorým disponuje. Ďalej vo vzťahu k argumentácii kontrolovaného uvedenej v predchádzajúcom bode tohto rozhodnutia a v súvislosti so skutočnosťou, že úpravy IS DAMAS v aplikačnej vrstve si bude kontrolovaný realizovať sám, úrad uviedol, že **v danom prípade pri customizáciách, ktoré nevyžadujú zásah do jadra IS DAMAS, je sám kontrolovaný schopný tieto služby poskytnúť vlastnými kapacitami, a to aj napriek tvrdeniu a argumentom o technickej zložitosti a potrebnom know-how pri IS DAMAS**. Uvedené podľa úradu svedčí o skutočnosti, že **technické dôvody, na ktoré sa kontrolovaný**

odvoláva, spočívajú v skutočnosti, že UNICORN je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy a skutočnosť, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponuje potrebnými výhradnými právami k jadru IS DAMAS.

58. V nadväznosti na všetky uvedené skutočnosti úrad konštatoval, že kontrolovaným doručené odôvodnenie priameho rokovacieho konania **nepreukazuje objektívnu technickú nemožnosť poskytnutia požadovaných služieb (zabezpečenia predmetu zákazky) iným dodávateľom.**
59. Na základe všetkých uvedených skutočností úrad dospel k záveru, že **kontrolovaný** v danom prípade neunesol dôkazné bremeno, teda **nepreukázal splnenie prvej čiastkovej podmienky** pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to, **že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž.** Vzhľadom na uvedené teda podľa úradu nemalo opodstatnenie v tomto prípade ďalej skúmať splnenie ďalších podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
60. Avšak pre úplnosť úrad uviedol, že možné preukázanie ďalšej zákonnej požiadavky týkajúcej sa skutočnosti, že **neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**, úrad rozobral v bode 147 a nasl. rozhodnutia úradu, a to vzhľadom na skúmanie jej naplnenia pri posúdení oprávneného použitia postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, pričom uvedené by platilo aj pre skúmanie tejto zákonnej požiadavky pri postupe priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko ide o totožné znenie tejto zákonnej požiadavky v oboch bodov ustanovenia § 98 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad zároveň uviedol, že jej skúmanie v tejto časti by prichádzalo do úvahy a malo opodstatnenie až v prípade preukázania existencie technických dôvodov, k čomu však nedošlo.
61. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný vo svojom vyjadrení k výzve na podporu svojich tvrdení uviedol viaceré obdobné skutočnosti ako tie, ktoré boli uvedené v dokumente Odôvodnenie použitia PRK, ktorý tvoril súčasť predloženej dokumentácie, ako i v znaleckom posudku č. 1, pričom kontrolovaný spochybňuje skutočnosti uvádzané úradom a uviedol, že naplnil podmienky potrebné na použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že všetkými skutočnosťami uvedenými v dokumente Odôvodnenie použitia PRK, ako i v znaleckom posudku č. 1 sa úrad podrobne zaoberal.
62. K argumentu kontrolovaného vo vyjadrení k výzve, že pokiaľ má úrad za to, že skutočnosti uvedené v podkladoch verejného obstarávania a znaleckom posudku nie sú správne, pre prijatie tohto záveru je nevyhnutné odborne a znalecky spochybniť závery v znaleckom posudku zo strany úradu, inak táto zistená skutočnosť zo strany úradu nemôže v tomto kontexte obstať úrad uviedol, že znalecké dokazovanie je bezpochyby významným dôkazným prostriedkom, ktorý prichádza do úvahy vtedy, ak rozhodnutie úradu závisí od posúdenia skutočností, na ktoré treba odborné znalosti. V tejto súvislosti úrad uviedol, že v takých prípadoch spravidla úrad ustanovuje znalca a znalecké dokazovanie je z podstaty veci možné nariadiť len na posúdenie odbornej otázky. Zároveň v tejto súvislosti úrad konštatoval, že vzhľadom na charakter a obsah porušenia zákona o verejnom obstarávaní konštatovaný v tejto zistenej skutočnosti úrad toto porušenie zákona o verejnom obstarávaní nevyhodnotil ako také, na ktorého posúdenie by bolo treba odborné znalosti, akými úrad nedisponuje. Úrad taktiež poukázal na § 147 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý úradu ako jednu z pôsobností priznáva vykonávanie dohľadu nad verejným obstarávaním, pričom v zmysle uvedeného je to práve úrad a nie znalec alebo znalecký ústav, ktorý je v zmysle zákona o verejnom obstarávaní oprávnený rozhodnúť

o zákonnosti postupu kontrolovaného, pričom z pohľadu úradu ide najmä o posúdenie zákonnosti postupu z hľadiska právneho aspektu vyplývajúceho zo zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti úrad uviedol, že doručený znalecký posudok č. 1 úrad, tak ako vyplýva zo všetkého vyššie uvedeného, nepresvedčil o zákonnosti postupu kontrolovaného pri zadávaní predmetného priameho rokovacieho konania.

63. K argumentu kontrolovaného vo vyjadrení k výzve, že zákon pre aplikáciu priameho rokovacieho konania z technických dôvodov podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní nevyžaduje, aby kontrolovaný preukázal, že technické dôvody sú dané absolútne resp. „navždy“, ale že dané technické dôvody existujú vo vzťahu ku konkrétnemu plneniu, konkrétnej zákazke a konkrétnym okolnostiam, pričom ďalej poukazuje na časové okolnosti, a to dokedy je potrebné predmet priameho rokovacieho konania dodať, ako aj momentu, v ktorom sa kontrolovaný v tomto prípade dozvedel, že dokedy a z akých podkladov má dodávateľ upgrade IS DAMAS vychádzať, úrad uviedol, že **ak by aj pripustil v danom prípade existenciu technických dôvodov, ktoré však danom prípade podľa úradu kontrolovaný nepreukázal**, tak ako vyplýva z časti „Ad b) – Chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania“ rozhodnutia úradu, pri ktorej sa úrad síce vyjadril k otázke naplnenia podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, uvedená argumentácia by bola svojimi dôsledkami totožná aj pre skúmanie naplnenia tejto materiálnej podmienky pri postupe priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v danej časti konštatoval, že **v tomto prípade nejde o „situáciu objektívnej výlučnosti“ tak, ako ju vyžaduje smernica 2014/25/EÚ, ale v tomto prípade bola situácia výlučnosti jedného dodávateľa spôsobená samotným kontrolovaným (obstarávateľom).**
64. Úrad v rozhodnutí ďalej poukázal na argumentáciu kontrolovaného, v zmysle ktorej má za to, že v tomto prípade je vzhľadom na významné časové aspekty dodania predmetu priameho rokovacieho konania a vonkajší faktor ich určenia (legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ), súčasne naplnený aj **dôvod pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**. Úrad k predmetnému dodal, že kontrolovaný v tejto súvislosti odkazuje na rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže (ďalej len „ÚOHS“) č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 03. 2022.
65. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad poukázal na to, že v prípade, ak obstarávateľ ako dôvod zadávania zákazky postupom priameho rokovacieho konania uvedie splnenie podmienok uvedených v § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, tak ako to v tomto prípade urobil kontrolovaný, je povinný preukázať, že zákazka sa zadáva z dôvodu mimoriadnej udalosti nespôsobenej obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať a vzhľadom na vzniknutú časovú tieseň nemožno uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacie konanie so zverejnením.
66. Z rozhodnutí Súdneho dvora Európskej únie (napr. rozsudky vo veci C-318/94, C-107/92) podľa úradu ďalej vyplýva, že v prípade uzavretia zmlúv, kde prichádza do úvahy uplatnenie priameho rokovacieho konania, musia byť kumulatívne splnené nasledovné 3 podmienky:
1. existencia mimoriadnej udalosti nespôsobenej verejným obstarávateľom/obstarávateľom,
 2. časová tieseň, kedy nie je možné dodržať časové limity stanovené pri iných súťažných postupoch verejného obstarávania,
 3. kauzálna väzba medzi nepredvídateľnou udalosťou a časovou tiesňou, ktorá z nej vyplýva.

Tieto tri podmienky na seba aj vzájomne nadväzujú, čo znamená, že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej.

67. Úrad preskúmal doručení dokumentáciu a vyjadrenia kontrolovaného, pričom konštatoval, že pojem mimoriadnej udalosti v zmysle ustanovenia § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je potrebné vykladať s náležitou obozretnosťou s prihliadnutím na okolnosti toho ktorého prípadu a je potrebné sa prikloniť k reštriktívnemu výkladu toho, čo sa považuje za mimoriadnu udalosť za účelom odôvodnenia použitia postupu priameho rokovacieho konania.
68. Úrad ďalej uviedol, že za mimoriadnu udalosť podľa zákona o verejnom obstarávaní sa považuje najmä **udalosť, ktorej vznik alebo existencia sa nedala predpokladať, resp. predvídať a v tejto súvislosti nebolo umožnené obstarávateľovi konať vopred** (obstarávateľ nemal vytvorený dostatočný časový priestor pre uplatnenie príslušných súťažných postupov v rámci zadávania zákazky, resp. pri výbere zmluvného partnera na uskutočnenie požadovaného predmetu zákazky), pričom **vznik alebo existenciu mimoriadnej udalosti nespôsobil verejný obstarávateľ svojím konaním alebo nekonaním**. Zároveň podľa úradu musí existovať príčinná súvislosť medzi nepredvídateľnou udalosťou a časovou tiesňou, ktorá z nej vyplýva.
69. V súvislosti s vyššie uvedeným úrad konštatoval, že v zmysle rozhodovacej praxe úradu **mimoriadnou udalosťou je situácia, ktorá nastala náhle, neočakávane**, vplyvom takej udalosti, ktorou je najmä havária, živelná pohroma, resp. iná obdobná situácia. Pri takto vzniknutej mimoriadnej udalosti sa podľa úradu bezpodmienečne vyžaduje okamžité prijať mimoriadne opatrenia a následne uplatniť nevyhnutné opatrenia z dôvodu zachovania ochrany zdravia, života a bezpečnosti ľudí, prípadne z dôvodu zamedzenia vzniku ďalších škôd zapríčinených vznikom, resp. existenciou mimoriadnej udalosti. Úrad poukázal na to, že uvedené je však **možné aplikovať len za predpokladu, že danú situáciu nespôsobil obstarávateľ svojím konaním, resp. nekonaním, a taktiež, že predmetnú situáciu nebolo možné ani len predpokladať**.
70. Úrad uviedol, že pri posudzovaní, či ide o mimoriadnu udalosť, úrad vychádzal podporne (nie výlučne) aj z ustanovení zákona č. 387/2002 Z. z. o riadení štátu v krízových situáciách mimo času vojny v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o riadení štátu v krízových situáciách mimo času vojny“) a zákona č. 42/1994 Z. z. Národnej rady Slovenskej republiky o civilnej ochrane obyvateľstva v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o civilnej ochrane obyvateľstva“), pričom druhý menovaný predpis (viď. § 3 ods. 2 tohto zákona) definuje mimoriadnu udalosť ako živelnú pohromu, havariu, katastrofu, ohrozenie verejného zdravia II. stupňa alebo teroristický útok. Úrad ďalej uviedol, že pri výklade pojmu mimoriadna udalosť postupoval eurokonformne, pričom tento pojem neaplikoval, resp. nezáužil iba výlučne na mimoriadnu udalosť podľa zákona o civilnej ochrane alebo iného osobitného zákona.
71. Úrad ďalej poukázal na to, že **kontrolovaný** za skutočnosti odôvodňujúce použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní **označil časové aspekty dodania predmetu priameho rokovacieho konania a vonkajší faktor ich určenia (legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ)**, dôsledkom ktorých bol podľa kontrolovaného založený dôvod mimoriadnej udalosti, ktorú nemohol predvídať, a v stave vzniknutej časovej tiesne nemožno uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacieho konanie so zverejnením. Úrad uviedol, že kontrolovaný zdôrazňuje, že predmet plnenia je potrebné dodať do stanoveného termínu, pričom kontrolovaný dostal k dispozícii finálnu verziu posledného dokumentu tvoriaceho technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu v rámci jadra IS DAMAS, ktorá je predmetom priameho rokovacieho konania, až v januári 2021, kedy bol tento dokument schválený.
72. Úrad v tejto súvislosti poukázal na judikatúru Súdneho dvora Európskej únie, v zmysle ktorej nemôže ísť o časovú tieseň, ak (verejný) obstarávateľ dopredu vedel, že určité zariadenie treba v určitom momente vymeniť (C-194/88). Úrad ďalej poukázal na rozsudok vo veci C-394/02,

v ktorom Súdny dvor Európskej únie konštatoval nasledovné, cit.: „Potreba vykonať predmetné práce v lehotách stanovených príslušným orgánom na posúdenie vplyvov projektu na životné prostredie nemôže byť považovaná za časovú tieseň vyplývajúcu z nepredvídateľnej udalosti. Skutočnosť, že orgán, ktorý má schváliť príslušný projekt, môže stanoviť lehoty, predstavuje predvídateľný prvok schvaľovacieho postupu uvedeného projektu.“ V tejto súvislosti úrad poukazuje aj na návrh Generálneho advokáta F.G. Jacobs z 24. 02. 2005 vo vyššie uvedenej veci C-394/02, bod 48, cit.: „Podľa môjho názoru každý obstarávateľ konajúci v rámci normálneho štandardu obozretnosti si musí byť vedomý povinných povolovacích konaní týkajúcich sa životného prostredia či iných, ktoré musí rešpektovať podľa uplatniteľných pravidiel na vnútroštátnej úrovni, keď plánuje uzatvorenie zmlúv spadajúcich pod rozsah pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní. Obstarávatelia preto musia mať na zreteli takéto procesné kroky a ich možný výsledok pri ich plánovaní tak, aby nedošlo k žiadnym porušeniam práva Spoločenstva. Vo veci Komisia/Nemecko, kde vzhľadom na meškanie so schválením plánov verejných prác príslušným vnútroštátnym orgánom na ochranu životného prostredia sa obstarávateľ rozhodol upustiť od otvorenej súťaže a uzatvoril zmluvu na základe rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia, Súdny dvor vyslovil, že „možnosť, že orgán, ktorý musí schváliť projekt, by mohol pred uplynutím obdobia stanoveného na tento účel vzniesť námietky z dôvodov, ktoré je oprávnený použiť, je niečo, čo je predvídateľné v konaní o povolenie plánu“ (C-318/94). Súhlasím s Komisiou, že rovnaké odôvodnenie by sa malo uplatniť v tomto prípade.“

73. **Kontrolovaný** podľa úradu vykladá podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní tak, že **dáva do popredia vznik časovej tiesne a do úzadia prvú podmienku, ktorou je existencia mimoriadnej udalosti, teda nielen akákoľvek udalosť, ktorú nemohol kontrolovaný predvídať**. Táto podmienka, ako úrad už vyššie uviedol, vyplýva z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie, ako aj z textácie § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Zároveň úrad dodal, že pre použitie priameho rokovacieho konania platí, že **musia byť podmienky splnené kumulatívne, a teda je potrebné, aby bola naplnená aj prvá podmienka**.
74. Úrad ďalej uviedol, že pokiaľ ide o **časové okolnosti, resp. časové aspekty dodania predmetu priameho rokovacieho konania a vonkajší faktor ich určenia (legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ)**, tu je potrebné konštatovať, že ako argumentuje kontrolovaný, v **decembri 2017** vstúpilo do platnosti Nariadenie Komisie Nariadenie Komisie (EÚ) 2017/2195, ktorým sa stanovuje usmernenie o zabezpečovaní rovnováhy v elektrizačnej sústave (ďalej len „EB GL“) a vytvára základný legislatívny rámec na úpravu zabezpečenia rovnováhy v elektrizačnej sústave a procesov v oblasti obstarávania a zúčtovania rezerv na zachovanie a obnovenie frekvencie a nahradzujúcich rezerv. V tejto súvislosti úrad poukázal na vyjadrenie kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK, že jednou z hlavných úloh vyplývajúcich z EB GL pre prevádzkovateľov prenosových sústav je vytvorenie spoločných európskych platforiem na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s manuálnou a automatickou aktiváciou (ďalej len spoločne „európske platformy“ alebo samostatne ako „európska platforma“), podľa článku 20 a článku 21 EB GL, a to za účelom harmonizácie vyrovnávacích trhov, pričom pre naplnenie požiadaviek EB GL boli v roku 2018 zriadené rozhodnutím „All TSOs“, ako zastupiteľským orgánom prevádzkovateľov prenosových sústav v ENTSO-E, dva implementačné projekty MARI pre mFRR platformu a PICASSO pre aFRR platformu a úlohou implementačných projektov bolo vytvoriť technické dokumenty/specifikácie, business požiadavky a High Level Design pre prevádzku európskych platforiem. Zároveň úrad poukázal na vyjadrenie kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK, že **schválené technické dokumenty oboch európskych platforiem predstavujú nevyhnutný vstup a predpoklad pre definovanie a finalizáciu procesov lokálnej implementácie MARI a PICASSO, pričom posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy MARI nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu bol schválený v septembri 2020 a posledný**

dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutný pre lokálnu implementáciu bol schválený v januári 2021. Ďalej úrad poukázal na vyjadrenie kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK, že podľa článku 20 ods. 3 a článku 21 ods. 3 EB GL mali prevádzkovatelia prenosových sústav povinnosť inkorporovať do implementačných rámcov európskych platforiem aj plán prístúpenia (tzv. Accession Roadmap), pričom plán prístúpenia je zverejňovaný v jeho aktuálnom znení pre každú platformu na webovej adrese ENTSO-E a aktuálna verzia plánu prístúpenia pre obe platformy je v platnosti od októbra 2021.

75. Úrad uviedol, že kontrolovaný sa teda dostal do situácie, kedy musel zabezpečiť splnenie povinností transformácie systému na obchodovanie s 15 minútovým rozlíšením a pripojením na európske platformy (tzv. MARI a PICASSO) stanovených príslušnou nadnárodnou legislatívou na úrovni Európskej únie, pričom **implementovať predmet zákazky je nutné v termíne do 24. 07. 2024.** V tejto súvislosti úrad konštatoval, že na základe uvedeného by sa mohlo javiť, že kontrolovaný sa ocitol v časovej tiesni.
76. Avšak na základe všetkých vyššie uvedených okolností daného prípadu mal úrad za to, že hoci kontrolovanému vznikla povinnosť, ktorej základný legislatívny rámec bol daný podľa argumentov kontrolovaného nariadením komisie EB GL platného v decembri 2017, pričom ako uviedol kontrolovaný posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutný pre lokálnu implementáciu bol schválený v januári 2021, **uvedené podľa úradu nemožno považovať za mimoriadnu udalosť, ktorú nespôsobil kontrolovaný a ktorú nemohol predvídať.** Úrad mal teda za to, že kontrolovaný vedel, že bude musieť reagovať na legislatívne zmeny v uvedenom prípade už od roku 2017, pričom úrad zdôraznil, že kontrolovaný si je vedomý, že pri prevádzke systému IS DAMAS, ktorý bol upravovaný aj v minulosti na základe legislatívnych zmien, musí z povahy oblasti svojho pôsobenia a plnenia úloh IS DAMAS v oblasti, ktorá podlieha národnej a medzinárodnej legislatíve, predvídať, že zásahy do existujúceho informačného systému budú počas jeho životnosti potrebné.
77. Úrad ďalej konštatoval, že kontrolovaný uzavrel s Unicorn Systems SK s. r. o. (obchodné meno od 06. 06. 1999 do 01. 02. 2010: UNICORN GROUP s.r.o.) **15. 10. 2003 pôvodnú Zmluvu o dielo**, ktorej predmetom bolo vytvorenie IS DAMAS – Prenosové služby, teda pred viac ako 19 rokmi, pričom z predloženej dokumentácie je zrejmé, že počas tohto obdobia bolo nevyhnutné opakovane uzavrieť zmluvy, ktorých predmetom bola údržba a rozvoj kontrolovaným využívaného IS DAMAS, a to aj z hľadiska potreby jeho úpravy v nadväznosti na legislatívne zmeny, pričom rozvoj IS DAMAS nebol obstarávaný postupmi verejného obstarávania zabezpečujúcimi otvorenú hospodársku súťaž. Úrad mal teda za to, že kontrolovaný si preto musel byť vedomý, že informačný systém bude potrebné upravovať vzhľadom na legislatívne zmeny aj v budúcnosti a taktiež si musel byť vedomý existencie jediného hospodárskeho subjektu schopného plniť predmet zákazky (na základe existencie majetkových práv k IS DAMAS).
78. Ďalej v nadväznosti na argumenty kontrolovaného vo vzťahu k postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní s poukazom kontrolovaného na bod 153 rozhodnutia ÚOHS [č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 03. 2022](#), úrad poukázal na jeho bod 132, ktorý znie nasledovne, cit: „*V nadväznosti na shora uvedené Úrad v obecné rovine poznamenáva, že toho, aby príslušný smluvní vzťah trval len po dobu nezbytné nutnou, lze docílit při zohlednění zásad stanovených v § 6 odst. 1 zákona především uzavřením smlouvy na dobu určitou, během které je možno předpokládat, že požadované plnění zadavatel zajistí jiným způsobem v souladu se zákonem (typicky v otevřeném řízení, užším řízení nebo jednacím řízením s uveřejněním). Případně lze trvání smluvního vztahu jen po nezbytné nutnou dobu možno dosáhnout i uzavřením smlouvy na dobu neurčitou s rozvazovací podmínkou navázanou na úspěšné dokončení zadávacího řízení, resp. zajištění dodavatele v souladu se zákonem, a se stanovenou krátkou výpovědní lhůtou. V uvedeném případě je přitom nezbytné,*

aby existovala transparentne stanovená podmínka, ktorá omezuje dobu trvania smlouvy (uzavrené na základe jednacích řízení bez uveřejnění) ve vztahu k objektivní skutečnosti, které se dovolává před a při uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění, tak, aby trvání této smlouvy nezáviselo pouze na uvážení zadavatele, zda využije institutu výpovědi smlouvy či nikoliv, pakliže pominou skutečnosti, které odůvodňovaly užití jednacích řízení bez uveřejnění (pominula naléhavá okolnost) a zadavateli již nesvědčí důvody využití této výjimky. **Skutečnost, že se jedná o „překlenovací“ smlouvu tedy musí být zřejmá již ze samotné smlouvy na plnění veřejné zakázky** (srov. rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 68/2017-209 ze dne 11. 4. 2019).“

79. Úřad dále poukázal na bod 133 rozhodnutia ÚOHS [č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 03. 2022](#), cit.: „*Dalším předpokladem pro užití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona je, že zadavatel tuto krajně naléhavou okolnost svým jednáním nezpůsobil. Stanovená podmínka předpokládá, že jednání či opomenutí zadavatele není v příčinné souvislosti s existencí krajně naléhavé okolnosti. V tomto smyslu se tedy musí jednat o objektivně nepředvídatelné okolnosti, vzniklé nezávisle na vůli zadavatele, jejichž vznik zadavatel nemohl předpokládat a ani je svým jednáním (případně opomenutím) nezpůsobil. **Za nepředvídatelné okolnosti tak nelze považovat situace, které vznikly v důsledku jednání zadavatele, nebo pro jejichž vznik zadavatel připravil podmínky. Nesmí tedy ze strany zadavatele dojít ke konání či opomenutí, které by zapříčinilo vznik tohoto stavu. Zadavatel tedy nemůže tohoto druhu jednacích řízení bez uveřejnění užít například tehdy, pokud nedojde k zadání veřejné zakázky a zadavatel pouze svým opomenutím zapříčinil, že toto plnění vzhledem k časové limitaci nemůže být zadáno prostřednictvím jiného zadávacího řízení.***“
80. Úřad dále uviedol, že hypoteticky, ak by aj k vzniku mimoriadnej udalosti došlo a všetky podmienky pre možnosť použitia priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní by boli splnené a dôsledne odôvodnené (čo však v danom prípade úrad nemal za preukázané) v kontexte reštriktívneho výkladu podmienok použitia priameho rokovacieho konania, by mal kontrolovaný podľa úradu v rámci priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods.1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní uzatvoriť zmluvu iba na nevyhnutné obdobie.
81. V súvislosti s vyššie uvedeným úrad konštatoval, že realizované úpravy, rozšírenie a optimalizácie jadra IS DAMAS zo strany UNICORN na základe uzatvorenej Zmluvy o dielo, ktorá je výsledkom predmetného priameho rokovacieho konania nepredstavujú také plnenie, ktoré je zo strany UNICORN konečné a splnením predmetu zákazky sa zapojenie UNICORN ukončí, ale naopak, existujúci vendor lock-in pri zásahoch do jadra IS DAMAS sa ním naďalej prehĺbuje, a teda nejde o „překlenovací“ zmluvu, tak ako v prípade popisovanom v rozhodnutí ÚOHS č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 03. 2022, na ktoré kontrolovaný poukazoval.
82. Podľa úradu kontrolovaný nevyužil postup priameho rokovacieho konania len na nevyhnutnú dobu potrebnú pre obstaranie predmetných softvérových služieb prostredníctvom otvoreného súťažného postupu (tak ako tomu bolo v skutkovom stave v rozhodnutí ÚOHS č. ÚOHS-S0584/2021/VZ z 18. 3. 2022, na ktoré kontrolovaný poukazoval). Bližšie k poukazu kontrolovaného na rozhodnutie č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 3. 2022, úrad uviedol, že v danom prípade predmetného rozhodnutia ÚOHS ide o situáciu odlišnú od úradom prejednávanej veci, pri ktorej skutkový stav nie je identický s predmetným postupom kontrolovaného. Úrad mal za to, že v danom prípade kontrolovaný nemá vyhlásené nové verejné obstarávanie prostredníctvom otvorenej súťaže, ktorú nie je možné ukončiť do času kedy plnenie na základe pôvodnej zmluvy už nie je možné predĺžiť, a teda nejde o prípad, keď kontrolovaný nemá zabezpečené poskytovanie plnenia do výberu úspešného uchádzača na základe prebiehajúcej otvorenej súťaže, a teda v danom prípade postupu kontrolovaného nejde o pokrytie akéhosi prechodného obdobia do ukončenia v tom čase už prebiehajúceho

verejného obstarávania, ktoré by sa preto riešilo postupom priameho rokovacieho konania, tak ako vyplýva z rozhodnutia ÚOHS, za splnenia ďalších podmienok.

83. Úrad v tejto súvislosti podporne poukázal na rozhodovaciu prax v Českej republike, konkrétne na rozsudok Krajského súdu v Brne [č. 62 Af 68/2017-209 zo dňa 11. 04. 2019](#), ktorý bol potvrdený rozsudkom Najvyššieho správneho súdu [č. 2 As 126/2019-78 zo dňa 31. 08. 2020](#), bod 20 až 22, kde sa uvádza, cit.: „Pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění tak musí být kumulativně splněny čtyři podmínky: 1) existuje krajně naléhavá okolnost, 2) tuto okolnost zadavatel nemohl předvídat, 3) tuto okolnost zadavatel nezpůsobil, 4) nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním (obdobně i čl. 32 odst. 2 písm. c/ směrnice 2014/24/EU). Smyslem této konstrukce je poskytnout zadavateli mimořádnou možnost, jak reagovat na naléhavé, nepředvídatelné a zadavatelem nezaviněné situace, ve kterých je třeba poptávat plnění v časové tísní prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění jako sice rychlého, avšak současně nejméně transparentního druhu zadávacího řízení. Právě z existující krajní naléhavosti při nemožnosti dodržet lhůty pro realizaci „otevřenějších“ zadávacích řízení (kombinace podmínek 1/ a 4/) plyne požadavek na věcnou i časovou limitaci plnění podle smlouvy, jež vzešla z jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel je v rámci jednacího řízení bez uveřejnění oprávněn poptávat pouze plnění v nezbytném rozsahu a po nezbytně nutnou dobu potřebnou pro poptání (dalšího) obdobného plnění prostřednictvím některého z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení; to je třeba vždy dovozovat u dlouhodobého plnění opakující se povahy, např. u zajištění hromadné dopravy či právě, jako v tomto případě, u poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení (...). Pokud by zadavatel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění poptával plnění, které by bezprostředně nesouviselo s odvrácením či nápravou krajně naléhavé okolnosti nebo by jeho poskytování trvalo delší dobu, než která je nezbytně nutná pro zadání veřejné zakázky v některém z „otevřenějších“ zadávacích řízení, pak by podmínky podle § 63 odst. 5 ZZVZ nemohly být naplněny. Zadavateli nemůže svědčit jakékoli beneficium z kritické situace, v níž se ocitli, v tom smyslu, že by prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění získali možnost dlouhodobějšího plnění nad rámec nezbytný pro překlenutí kritické situace; takový postup by nebyl nejen v souladu s účelem tohoto ustanovení, nýbrž ani se zásadami zadávání veřejných zakázek podle § 6 ZZVZ a samotným cílem ZZVZ spočívajícím, mimo jiné, v zajištění a podpoře účinné hospodářské soutěže.“
84. Úrad v tejto súvislosti poukázal na rozhodnutie rady č. [9928-9000/2021](#) zo dňa 29. 10. 2021, v ktorom rada v tejto súvislosti uviedla, cit.: „Podmienka uzavretia zmluvy len na nevyhnutné obdobie je spojená s celkovým nazeraním na účel daného inštitútu priameho rokovacieho konania, ktorým je urýchlenná potreba zhojenia nepriaznivej situácie, ktorú verejný obstarávateľ nemohol predpokladať a sám ju nezavinil, pričom zmluva, ktorá má byť výsledkom výnimočného priameho zadania zákazky vybranému hospodárskemu subjektu bez riadnej hospodárskej súťaže, má toto zhojenie zabezpečiť iba do doby, kým verejný obstarávateľ nebude schopný obstaráť potrebné tovary alebo služby súťažnými postupmi (teda ako výsledok hospodárskej súťaže) (...)“
85. Úrad v súlade s rozhodovacou praxou úradu a rady uviedol, že uzavrieť zmluvu postupom priameho rokovacieho konania možno len na obdobie trvania mimoriadnej udalosti, resp. na obdobie nevyhnutne potrebné na odstránenie jej následkov, ktoré neznesie odklad.
86. V nadväznosti na uvedené úrad konštatoval, že **aktuálne posudzovaná situácia nepredstavuje mimoriadnu udalosť nespôsobenú obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.**
87. Na základe vyššie uvedených dôvodov úrad konštatoval, že kontrolovaný **nepreukázal existenciu mimoriadnej udalosti podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**, resp. že skutočnosti, ktoré kontrolovaný uviedol v rámci svojho vyjadrenia

k výzve v spojení s Odôvodnením použitia PRK, možno považovať za mimoriadnu udalosť spĺňajúcu podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní.

88. Úrad mal teda za to, že vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný nepreukázal splnenie prvej podmienky použitia priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, už nie je relevantné posudzovať splnenie druhej a tretej podmienky, ktoré spočívajú v časovej tiesni, kedy nie je možné dodržať časové limity stanovené pri iných súťažných postupoch verejného obstarávania a v existencii kauzálnej väzby medzi nepredvídateľnou udalosťou a časovou tiesňou, ktorá z nej vyplýva.
89. Na základe vyššie uvedených dôvodov mal úrad za to, že ani po posúdení všetkých okolností, ktorými kontrolovaný odôvodňuje existenciu mimoriadnej udalosti a po vyhodnotení týchto okolností vo vzájomnej kauzálnej súvislosti, nemožno dospieť k záveru, že kontrolovaný preukázal existenciu mimoriadnej udalosti podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní. Na základe uvedeného úrad konštatoval, že kontrolovaný **nepreukázal, že skutočnosti, ktoré kontrolovaný uviedol v rámci svojho vyjadrenia k výzve, v nadväznosti na okolnosti uvedené v Odôvodnení použitia postupu priameho rokovacieho konania, možno považovať za mimoriadnu udalosť** spĺňajúcu podmienky ustanovené zákonom o verejnom obstarávaní.
90. Úrad mal teda za to, že **kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno a dostatočne nepreukázal splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**, pričom v prípade nepreukázania splnenia podmienok na použitie priameho rokovacieho konania by sa mal použiť otvorený súťažný postup verejného obstarávania, ktorého by sa mohlo potenciálne zúčastniť viacero subjektov schopných poskytnúť služby, ktoré sú predmetom zákazky.
91. Úrad v rozhodnutí uviedol, že keďže sa ďalej v Odôvodnení použitia PRK a vo Vyhlásení zo dňa 06. 12. 2022 kontrolovaný odvoláva aj na skutočnosť, že UNICORN je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy a skutočnosť, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponuje potrebnými výhradnými právami k jadru IS DAMAS, **úrad sa ďalej zaoberal posúdením splnenia podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní – výhradné práva.**
92. V tejto súvislosti úrad poukázal na ustanovenie § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vychádza z Článku 50 písm. c) Smernice 2014/25/EÚ, z ktorého vyplýva, že priame rokovacie konanie je možné použiť len vtedy, ak tovar, práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak
- a) **ide o výhradné práva**, a za predpokladu, že
 - b) neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a zároveň
 - c) **chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
93. Úrad konštatoval, že z dikcie tohto ustanovenia zároveň vyplýva, že podmienky vyjadrené v tomto ustanovení musia byť splnené všetky súčasne (kumulatívne), a teda nepostačuje splnenie len niektorej, resp. niektorých z nich, pričom nenaplnenie čo i len jednej z uvedených podmienok, má za následok nemožnosť aplikácie priameho rokovacieho konania v zmysle tohto ustanovenia.
94. Úrad zároveň opätovne poukázal na znenie bodu 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ, v ktorom sa o. i. uvádza, že **výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie**

objektívnej výlučnosti. Obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali poskytnúť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb.

95. Z uvedeného teda podľa úradu 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 obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania.** Z predmetného ustanovenia preambuly smernice je ďalej podľa úradu zrejmé, že po tom, čo obstarávateľ preukáže, že nastala situácia takejto objektívnej výlučnosti, má povinnosť zdôvodniť, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia (napr. z akého dôvodu neprichádza do úvahy využitie funkčne porovnateľných služieb, ktoré sú schopné poskytnúť iné hospodárske subjekty).
96. Vychádzajúc z uvedeného mal teda úrad za to, že v prvom rade je **potrebné preskúmať, čo spôsobilo exkluzivitu** (výhradnosť jedného dodávateľa, pre ktorú neexistuje hospodárska súťaž, vylučujúcu možnosť ostatných hospodárskych subjektov plniť predmetnú zákazku), **a následne je nutné skúmať, či táto exkluzivita nebola vytvorená obstarávateľom,** dôsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. V prípade, **ak je preukázaná aj táto podmienka použitia priameho rokovacieho konania, následne je nutné preskúmať neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady.**
97. Podľa úradu je totiž evidentné, že smernica požaduje preukázať, že exkluzivita nebola spôsobená zúžením parametrov verejného obstarávania vo vzťahu k subjektu, ktorý ako jediný môže z dôvodu výhradných práv realizovať predmet zákazky, (logicky) nie vo vzťahu k viacerým subjektom na trhu. Obdobne neexistenciu primeranej alternatívy alebo náhrady je nutné preukázať vo vzťahu k výlučnosti hospodárskeho subjektu, ktorá nebola spôsobená umelým zúžením parametrov verejného obstarávania (nebola vytvorená obstarávateľom), a nie vo vzťahu k výlučnosti spôsobenej obstarávateľom.

Ad a) – Ide o výhradné práva

98. V súvislosti s výhradnými právami spoločnosti UNICORN úrad v rozhodnutí uviedol, že kontrolovaný v predloženej Odôvodnení použitia PRK uviedol, že IS DAMAS bol pre kontrolovaného zhotovený na základe Zmluvy o dielo zo dňa 15. 10. 2003 obchodnou spoločnosťou patriacou do skupiny obchodných spoločností UNICORN a predmetom tejto zmluvy bola dodávka technologickej platformy, implementácia a uvedenie do prevádzky „Aukčného elektronického portálu SEPS“ prostredníctvom dodávky IS DAMAS - modulu Prenosové služby, dodanie súvisiacich licencií, ako i dodanie požadovaných úprav systému IS DAMAS.
99. Úrad uviedol, že vo vyššie uvedenej zmluve sa uvádza, že zhotoviteľ Unicorn Systems SK s. r. o. (obchodné meno od 06. 06. 1999 do 01. 02. 2010: UNICORN GROUP s. r. o.) poskytuje kontrolovanému ako objednávateľovi v rámci predmetu tejto zmluvy neprenosnú a nevýhradnú a časovo neobmedzenú licenciu k užívaniu IS DAMAS – prenosové služby, pričom kontrolovaný nie je oprávnený túto licenciu previesť, či poskytnúť tretej osobe, a zároveň, že nositeľom autorských práv v zmysle autorského zákona k predmetu tejto zmluvy je v plnom rozsahu UNICORN.
100. Ďalej úrad dodal, že následne bola zo strany UNICORN zabezpečovaná pre potreby kontrolovaného servisná podpora a údržba IS DAMAS, pričom systém IS DAMAS bol na základe ďalších samostatných zmlúv o dielo a ich dodatkov upravovaný a modifikovaný takým spôsobom, aby zodpovedal aktuálnym potrebám kontrolovaného a vyhovoval všetkým legislatívnym požiadavkám.

101. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný za účelom preukázania existencie výhradných práv spoločnosti UNICORN predložil **Vyhlásenie zo dňa 06. 12. 2022**, v ktorom spoločnosť Unicorn Systems a. s., V Kapslovne 2767/2, 130 00 Praha 3, Česká republika a spoločnosť Unicorn Systems SK s. r. o. prehlasujú, že **systém Damas Energy (vrátane všetkých jeho príslušných softwarových častí) je autorským dielom** a podlieha autorskoprávnej ochrane bez územného obmedzenia, vrátane však na území Českej republiky a na území Slovenskej republiky v zmysle zákona č. 185/2015 Z. z. autorský zákon v platnom znení, prípadne ostatným právam duševného vlastníctva, priemyselného vlastníctva, právam k obchodnému tajomstvu a hospodárskej súťaži, pričom všetky uvedené výhradné práva v celom ich rozsahu v zmysle príslušných právnych predpisov patria príslušným členom skupiny Unicorn Systems. Ďalej vyhlasujú, že spoločnosť **Unicorn Systems SK s. r. o.** je na území Slovenskej republiky výlučným zástupcom skupiny Unicorn Systems vo všetkých záležitostiach týkajúcich sa systému Damas Energy, t. j. je **jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému Damas Energy a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému Damas Energy**.
102. V tejto súvislosti úrad poukázal na Prílohu č. 1 Odôvodnenia použitia PRK „Zoznam podkladov“, v ktorej o. i. kontrolovaný uviedol prehľad zmluvných vzťahov medzi kontrolovaným a UNICORN, týkajúcich sa IS DAMAS:
- Zmluva o dielo zo dňa 15. 10. 2003,
 - Zmluva o dielo zo dňa 04. 09. 2007 vrátane Dodatku č. 1 zo dňa 11. 02. 2008, Dodatku č. 2 zo dňa 12. 11. 2008 a Dodatku č. 3 zo dňa 18. 09. 2009,
 - Zmluva na servisnú podporu pre systém Damas zo dňa 12. 06. 2009 vrátane Dodatku č. 1 zo dňa 16. 09. 2009 a Dodatku č. 2 zo dňa 10. 04. 2013,
 - Zmluva o dielo zo dňa 25. 03. 2012,
 - Zmluva o dielo zo dňa 14. 11. 2013,
 - Zmluva o dielo zo dňa 10. 10. 2014,
 - Zmluva o dielo zo dňa 14. 09. 2018,
 - Zmluva o vysporiadaní autorských práv k informačnému systému Damas Energy a o poskytovaní ďalších služieb zo dňa 18. 12. 2020,
 - Zmluva o dielo zo dňa 13. 01. 2021 (výsledok priameho rokovacieho konania z roku 2020).
103. Preskúmaním verejne dostupných informácií na webovej stránke <https://crz.gov.sk/>, ako aj kontrolovaným predloženou dokumentáciou, úrad uviedol, že kontrolovaný uzavrel v minulosti so spoločnosťou UNICORN viacero zmlúv, ktorých predmetom bola údržba, prípadne rozvoj, rozšírenie a servisná podpora IS DAMAS, pričom zo žiadnej z predmetných zmlúv nevyplýva, že jej predmetom by bolo poskytnutie výhradnej licencie kontrolovanému zo strany spoločnosti UNICORN umožňujúcej údržbu a rozvoj IS DAMAS (jadra IS DAMAS).
104. Z uvedeného podľa úradu vyplýva, že spoločnosť **UNICORN má výhradné práva k informačnému systému IS DAMAS** (k jadru IS DAMAS). V kontexte uvedeného, a síce, že ide o zákazku na poskytnutie služieb, ktorej predmetom je aktualizácia a upgrade jadra IS DAMAS pre potreby transformácie systému na 15 min a pripojením na MARI/PICASSO, pričom k danému systému v zmysle Vyhlásenia zo dňa 06. 12. 2022 disponuje výhradnými právami spoločnosť UNICORN, mal úrad za to, že kontrolovaný splnil, resp. preukázal podmienku existencie výhradných práv spoločnosti UNICORN k jadru IS DAMAS.
105. Splnenie tejto čiastkovej podmienky na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní (existenciu výhradných práv) spoločnosti UNICORN bolo teda podľa úradu možné v tomto prípade obstarávaného predmetu zákazky považovať za **preukázané**.
106. Úrad v predmetnom konaní ďalej posudzoval, či kontrolovaný v tomto prípade preukázal splnenie ďalšej zákonnej podmienky na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania

vyžadujúcej, aby chýbajúca hospodárska súťaž nebola výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.

Ad b) – Chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania

107. Následne bolo teda podľa úradu potrebné skúmať, aké skutočnosti v tomto prípade zapríčinili túto exkluzivitu (výhradnosť) spoločnosti UNICORN.
108. Úrad poukázal na to, že druhou čiastkovou zákonnou podmienkou na použitie priameho rokovacieho konania je, že **chýbajúca hospodárska súťaž (výhradnosť určitého hospodárskeho subjektu) nesmie byť výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**, a teda nesmie byť zapríčinená obstarávateľom. Úrad uviedol, že podstatou tejto podmienky je pritom vo všeobecnosti vylúčiť zneužívanie, resp. umelé vytváranie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania.
109. Úrad ďalej poukázal na to, že zo znenia tejto zákonnej podmienky pritom vyplýva, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť jediného dodávateľa) spôsobená napr. stanovením technickej špecifikácie predmetu zákazky bezdôvodne diskriminujúcej niektoré hospodárske subjekty, podmienka na použitie priameho rokovacieho konania nie je splnená. V tejto súvislosti však podľa úradu nemožno opomenúť ani výklad predmetnej podmienky, ktorý prináša už spomínaný bod 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ, podľa ktorého *„využitie rokovacieho konania bez predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti“*. Vychádzajúc z uvedeného bolo podľa úradu zrejmé, že **priame rokovacie konanie je možné použiť len za predpokladu, že situáciu výlučnosti (existencie jediného hospodárskeho subjektu schopného plniť predmet zákazky) nevytvoril samotný obstarávateľ (kontrolovaný)**.
110. Súčasne je z predmetného bodu preambuly smernice podľa úradu zrejmé aj to, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená konaním obstarávateľa (kontrolovaného) v minulosti, t. j. minulým konaním, ktorého dôsledkom je skutočnosť, že zadávania aktuálnej zákazky sa môže zúčastniť len jediný hospodársky subjekt, priame rokovacie konanie nie je oprávnené.
111. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad konštatoval, že skutočnosť, či absenciu hospodárskej súťaže nevytvoril obstarávateľ, je preto potrebné skúmať nielen vo vzťahu k aktuálne použitému postupu zadávania zákazky (priame rokovacie konanie), napr. môže ísť o situáciu, keď obstarávateľ v aktuálnom verejnom obstarávaní stanoví diskriminačný opis predmetu zákazky, ale súčasne je ju potrebné skúmať aj vo vzťahu k predchádzajúcim postupom, resp. prechádzajúcemu konaniu a úkonom obstarávateľa, ktorým mohlo zo strany obstarávateľa dôjsť k vytvoreniu situácie výlučnosti do budúcnosti, t. j. vo vzťahu k budúcim zákazkám.
112. Úrad v tejto súvislosti poukázal na body 63 a 64 rozhodnutia rady č. [13389-9000/2017](#) zo dňa 07. 09. 2017, v ktorom rada o. i. uviedla, že rada na začiatku považuje za **dôležité ozrejmiť, čo sa skrýva za slovným spojením „neexistencia hospodárskej súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania“**. Toto ustanovenie totiž možno vykladať tak, že **súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov teraz, v aktuálnom verejnom obstarávaní, ale aj tak, že súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov už niekedy v minulosti**. Rada ďalej v predmetnom rozhodnutí uviedla, že odpoveď, ako správne vyložiť predmetné slovné spojenie, nám poskytuje smernica 2014/25/EÚ, z ktorej vyplýva, že oba výklady sú správne, pričom v bode 61 preambuly tejto smernice je ustanovené, že situácia objektívnej výlučnosti môže odôvodniť použitie priameho rokovacieho konania len *„keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania.“* **To znamená, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť)**

spôsobená konaním obstarávateľa v minulosti, priame rokovacie konanie nie je oprávnené.

113. Úrad ďalej poukázal na to, že rada zároveň v bode 65 a 66 rozhodnutia rady č. [13389-9000/2017](#) zo dňa 07. 09. 2017 uviedla, cit.: „*Druhý výklad vyplýva z článku 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, podľa ktorého priame rokovacie konanie možno uskutočniť len ak „chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania“. To znamená, že pokiaľ je chýbajúca hospodárska súťaž (teda výlučnosť) spôsobená napr. diskriminačným opisom predmetu zákazky v súčasnom, práve prebiehajúcim priamom rokovacom konaní, takýto postup bude nelegálny. Správnosť uvedeného dvojitého výkladu smernice potvrdzuje aj samotná Európska komisia. Vo vyššie spomínanom liste (...) vyslovene uvádza, že otázka, či existuje alebo neexistuje primeraná alternatíva, prichádza do úvahy iba keď chýbajúca hospodárska súťaž nie je „výsledkom predchádzajúceho konania (...) obstarávateľa a umelého zúženia súčasných parametrov verejného obstarávania“.*“
114. V nadväznosti na vyššie uvedené úrad konštatoval, že z citovaného rozhodnutia rady teda vyplýva, že predmetnú podmienku na použitie priameho rokovacieho konania je potrebné vykladať tak, že súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov teraz, v aktuálnom verejnom obstarávaní, ale aj tak, že **súťaž neexistuje, lebo došlo k zúženiu parametrov verejného obstarávania už niekedy v minulosti.**
115. V tejto súvislosti úrad poukázal aj na bod 134 rozhodnutia rady č. [3327-9000/2021](#) zo dňa 28. 12. 2022, v ktorom rada uviedla, cit.: „*Rada v nadväznosti na uvedené skutočnosti dňa 20. 05. 2021 požiadala Európsku komisiu o poskytnutie stanoviska k výkladu čl. 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, konkrétne k výkladu situácie objektívnej výlučnosti, ktorú nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania (bod 61 tohto rozhodnutia). Dňa 18. 11. 2021 bolo rade doručené stanovisko Európskej komisie (bod 62 tohto rozhodnutia), z ktorého vyplýva nasledovné, cit.: (...) Je potrebné poznamenať, že Rada vykonávajúca svoju analýzu by sa mala zaoberať aj dvomi ďalšími špecifickými otázkami. Prvá otázka je, či je systém SAP skutočne dostatočne špecializovaný, upravený a robustný na to, aby bol vyhodnotený ako nemajúci žiadnu alternatívu z krátkodobého a dlhodobého hľadiska – pozri Smernicu 2014/24/EÚ, recitál 50, druhý odsek, druhá alternatíva (verejní obstarávatelia by mali zvážiť nákup alternatívnych „funkčne porovnateľných prác, dodávok a služieb“). Druhou otázkou je, vezmúc do úvahy, že jestvuje viac ako jeden distribútor SAP vo svete (a to dokonca aj v Európe), či by sa malo považovať geografické obmedzenie zavedené systémom SAP za zákonné (samostatne pre licencie SAP, podporu SAP a všetky ostatné subjekty) – pozri Smernicu 2014/24/EÚ, odôvodnenie 50, druhý odsek, prvá alternatíva (verejní obstarávatelia by mali zvážiť „použitie alternatívnych distribučných kanálov aj mimo členského štátu verejného obstarávateľa“). Otázku, či exkluzivitu (situáciu lock-in) vytvoril verejný obstarávateľ, je potrebné posudzovať vo svetle všetkých okolností, ktoré nemáme k dispozícii, ani ich nevieme analyzovať. Vo všeobecnosti treba najskôr analyzovať, či sa v momente zadania prvej a ďalších zákaziek a inštalácie predmetného softvéru dalo odôvodnene predpokladať (bez ohľadu na použitý postup verejného obstarávania a v zásade aj na reorganizáciu verejného obstarávateľa alebo iných nákupcov), že by predmetné verejné obstarávanie viedlo k závislosti od jedného poskytovateľa alebo či išlo o (objektívne) neočakávaný efekt. Pokiaľ ide o zohľadnenie toho, že situácia objektívnej exkluzivity bola vytvorená pred vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie, pripomíname, že podľa ustálenej judikatúry spravidla platí, že pre verejnú zákazku je uplatňovaná tá Smernica, ktorá bola v platnosti ku dňu, kedy si verejný obstarávateľ zvolil typ konania. Príslušné verejné zákazky by sa preto mali posudzovať z hľadiska Smerníc 2014/24/EÚ a 2014/25/EÚ. Je teda irelevantné, kedy bola pôvodná zákazka zadaná.*“
116. Na základe vyššie uvedeného úrad uviedol, že pristúpil k posúdeniu, aké skutočnosti v tomto prípade spôsobili exkluzivitu (výhradnosť) spoločnosti UNICORN. V tejto súvislosti úrad

opakovane uviedol, že výhradnými právami k jadrú IS DAMAS disponuje spoločnosť UNICORN. V tomto prípade bolo teda podľa úradu **potrebné posúdiť to, či tento stav, a teda výlučnosť jedného hospodárskeho subjektu – spoločnosti UNICORN nie je spôsobená konaním obstarávateľa v minulosti** (nie je „výsledkom predchádzajúceho konania“ kontrolovaného).

117. Úrad v rozhodnutí konštatoval, že v predložennom znaleckom posudku č. 1 je uvedené, že postupným pridávaním funkcionalít a aplikovaním potrebných úprav je aktuálne používaný IS DAMAS v prevádzke od roku 2003 na základe Zmluvy o dielo zo dňa 15. 10. 2003, pričom tento informačný systém bol následne počas viac ako 19 rokov udržiavaný a postupne rozvíjaný podľa potrieb kontrolovaného, pričom výhradnými právami na poskytnutie služby údržby a rozvoja IS DAMAS v čase uskutočnenia daného priameho rokovacieho konania disponovala stále spoločnosť UNICORN. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že kontrolovaný v minulosti uzavrel na obdobný predmet zákazky týkajúci sa informačného systému IS DAMAS so spoločnosťou UNICORN viacero zmlúv.
118. Úrad ďalej uviedol, že kontrolovaný si v predchádzajúcich zmluvných vzťahoch nezabezpečil príslušné práva k jadrú IS DAMAS potrebné pre jeho činnosť, resp. rozvoj systému. Úrad tiež uviedol, že kontrolovaný v minulosti vstúpil, a následne opakovane vstupoval, do zmluvného vzťahu so spoločnosťou UNICORN, uzavretím ktorých si musel byť opakovane vedomý, že na neho neprechádzajú príslušné práva spoločnosti UNICORN k informačnému systému IS DAMAS, a že nebude môcť v budúcnosti zadať zákazku na akékoľvek služby týkajúce sa tohto informačného systému inému hospodárskemu subjektu, ako výlučne spoločnosti UNICORN.
119. Úrad dodal, že hoci kontrolovaný následne dňa 18. 12. 2020 podpísal s UNICORN Zmluvu o vysporiadaní autorských práv, avšak na základe tejto zmluvy došlo len k odstráneniu stavu vendor lock-in k aplikačnej vrstve IS DAMAS (tzv. customizáciám), a teda nedošlo k odstráneniu stavu vendor lock-in k jadrú IS DAMAS (t. j. štandardnému softvéru platformy Damas), pričom zásah do jadra IS DAMAS je podľa argumentov kontrolovaného nutný na plnenie predmetu uvedenej zákazky.
120. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatoval, že v tomto prípade absenciu hospodárskej súťaže vytvoril sám kontrolovaný najmä tým, že si žiadnym spôsobom nezabezpečil príslušné práva k informačnému systému IS DAMAS (jadrú IS DAMAS) potrebné pre jeho rozvoj, a teda stav exkluzivity (existencia jediného hospodárskeho subjektu disponujúceho výhradnými právami, vylučujúcimi možnosť ostatných hospodárskych subjektov plniť danú zákazku) z dôvodu výhradných práv bol v tomto prípade spôsobený výlučne konaním kontrolovaného, v dôsledku čoho nemôže byť tento stav oprávneným dôvodom pre použitie priameho rokovacieho konania.
121. Úrad poukázal na to, že kontrolovaný sa nemôže dovolávať existencie jediného hospodárskeho subjektu schopného realizovať predmet zákazky, ak tento „stav exkluzivity“ sám vytvoril pri uzatváraní zmlúv v minulosti. Úrad mal teda za to, že v tomto prípade nejde o „situáciu objektívnej výlučnosti“ tak, ako ju vyžaduje smernica 2014/25/EÚ, ale v tomto prípade bola situácia výlučnosti jedného dodávateľa spôsobená samotným kontrolovaným (obstarávateľom).
122. Úrad k problematike zákaziek IKT poukázal aj na metodické usmernenie úradu č. 5/2016 zo dňa 19. 05. 2016, v ktorom sa k danej problematike uvádza, cit.: „V prípade zmlúv v oblasti informačno-komunikačných technológií, keď chýbajúca hospodárska súťaž je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, tak použitie priameho rokovacieho konania je možné považovať za neopodstatnené. Ide o prípad, keď licenčná zmluva z pôvodného verejného obstarávania neobsahuje právo na neobmedzenú úpravu diela/počítačového programu vrátane úpravy diela/počítačového programu tretou osobou

a práva na jeho úpravu, šírenie a nakladanie s ním, keďže verejný obstarávateľ/obstarávateľ svojim konaním v minulosti (pri obstarávaní pôvodného predmetu zákazky) sám zúžil, resp. znemožnil do budúca akúkoľvek hospodársku súťaž v oblasti informačno-komunikačných technológií a je „uzamknutý“ v jednotlivých IKT riešeniach, keďže sám zlyhal už pri navrhovaní súťažných podkladov, definovaní predmetu zákazky (nepožadoval otvorené štandardy na IT architektúru) a najmä navrhovaní licenčnej zmluvy, ktorá by bola dostatočne flexibilná a následne by mu v budúcnosti umožnila vyhlásenie súťažného postupu verejného obstarávania.“

123. Úrad v tejto súvislosti poukázal aj na rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S/173/2017 zo dňa 30. 10. 2019, v ktorom sa o. i. uvádza, cit.:

„Žalobca namietal, že čl. 50 preambuly smernice č. 2014/24/EÚ mu dáva za pravdu so zadaním priameho rokovacieho konania, keďže situáciu so „zatvorenou“ licenciou k informačnému systému nespôsobil ani nezavinil. Podľa názoru správneho súdu je tento argument žalobcu nesprávny a slová „situáciu objektívnej výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania“ je potrebné vykladať v kontexte začlenenia žalobcu do procesu verejného obstarávania APV IS ZVJS, tak aby bolo možné posúdiť okolnosti, za ktorých bol informačný systém obstaraný, aké podmienky boli naň kladené a ako do procesu verejného obstarávania zasiahol, resp. mohol zasiahnuť žalobca.

V tomto ohľade platia závery uvedené v predchádzajúcom odseku, teda že žalobca mohol participovať na vytvorení výlučnosti autorských práv k obstarávanému informačnému systému ZVJS, keď netrval na informačnom systéme s otvorenou licenciou, preto nemožno hovoriť o objektívnej výlučnosti, tak ako to predpokladá čl. 50 preambuly, čl. 26 ods. 1 a čl. 32 smernice č. 2014/24/EÚ.

Z uvedených dôvodov nemožno akceptovať argument žalobcu o tom, že nespôsobil objektívnu výlučnosť obstarávaného predmetu. Jedine objektívna výlučnosť nespôsobená verejným obstarávateľom (spolu so splnenými podmienkami vyplývajúcimi z § 81 zákona č. 343/2015 Z. z. a čl. 32 smernice č. 2014/24/EÚ) môže odôvodniť použitie priameho rokovacieho konania, čo sa v tejto veci nestalo.

Správny súd nespochybňuje špecifiká podmienok žalobcu a jeho informačného systému a ani prípadné následky zlyhania tohto systému. O to viac však treba s odbornou starostlivosťou pristupovať k zadávaniu a definovaniu podmienok verejného obstarávania informačného systému aj z hľadiska budúcich možných potrieb spravovania a starostlivosti o informačný systém. Podľa názoru správneho súdu v predmetnom verejnom obstarávaní k takejto odbornej starostlivosti nedošlo, a teda nemožno hovoriť o splnení podmienky neexistencie žiadnej primeranej náhrady alebo alternatívy a ani podmienky, že hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.“

124. Ďalej úrad poukázal na rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S/198/2017 zo dňa 27. 11. 2019, cit.:

„Zmluvná voľnosť strán je vo verejnom obstarávaní značne obmedzená, pretože verejný obstarávateľ je stranou určujúcou obchodné podmienky plnenia zmluvy, ktoré uchádzač nemôže upravovať ani ďalej meniť v procese verejného obstarávania, a teda možnosti participácie dodávateľa na formulovaní zmluvných podmienok sú značne obmedzené. Podľa správneho súdu žalobca ako verejný obstarávateľ túto pozíciu svojím postupom kompromitoval, keď ako nákupca urobil ústupky súkromnej spoločnosti, ktorá odmietla sprístupniť svoj program na úpravu pre tretie osoby. Proprietárne uzamknutie (resp. uzamknutie zákazníka) robí zákazníka závislým na produktoch a službách konkrétneho subjektu tým, že vytvára značné náklady na prechod na produkty a služby iných spoločností. Je to možné dosiahnuť aj použitím neštandardizovaných súčastí produktu, ktoré sú chránené napr. patentom alebo autorským zákonom. Proprietárny softvér tak núti užívateľ a

do nežiaduceho „vendor lock-in“, teda proprietárneho uzamknutia jedného výrobcu. Uzamknutia, ktoré vytvárajú bariéry pre verejného obstarávateľa, negatívne ovplyvňujú možnosť ostatných hospodárskych subjektov plniť danú zákazku. Žalovaný riadne zistil skutkový stav a tento aj správne právne vyhodnotil, kedy žalobca nepreukázal naplnenie ďalších podmienok vyžadovaných v zmysle § 81 písm. b) bod 3 ZVO.“

125. Úrad taktiež poukázal na rozhodnutie rady č. [11953-9000/2017](#) zo dňa 27. 07. 2017, v ktorom rada konštatovala, cit.: *„Samotná skutočnosť, že spoločnosť (...) má výhradné práva k svojmu produktu (...), teda nepostačuje na konštatovanie záveru, že kontrolovaný preukázal splnenie podmienky na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 81 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní“*. V tejto súvislosti úrad poukázal aj na ďalšie rozhodnutia úradu v rámci jeho rozhodovacej praxe, a to rozhodnutie úradu č. 17221-6000/2020-OD/5 zo dňa 04. 08. 2021 potvrdené rozhodnutím rady č. [10135-9000/2021-OD](#) a rozhodnutie úradu č. 9982-6000/2019-OD/7 zo dňa 24. 09. 2020 potvrdené rozhodnutím rady č. [14365-9000/2020](#).

126. Úrad ďalej podporne poukázal aj na rozsudok z Českej republiky, a to rozsudok Krajského súdu v Brne č. 29 Af 12/2018 zo dňa 21. 12. 2021, kde súd v bode 46 konštatuje nasledovné, cit.:

„V nyní projednávané věci je tak např. tvrzená případná počáteční nevědomost původního zadavatele o době provozování daného informačního systému (či případný záměr jej provozovat toliko po určitou dobu; ten však v dané věci nebyl explicitně vyjádřen a prokázán) fakticky vyvrácena již následným postupem žalobce a jeho právního předchůdce po uzavření prvotní smlouvy, jak podrobně rozvedeno výše.

Při objektivním hodnocení splnění podmínek pro zadávání předmětné veřejné zakázky v JŘBU provedeném se zohledněním aktuální znalosti všech skutkových okolností tak měl žalobce dospět k jednoznačnému závěru, že onou případnou nevědomostí již ani nelze argumentovat, neboť se během času změnila ve vědomost, že daný informační systém je již poměrně dlouho provozován a provozován má být i nadále.

Jinak obecně řečeno, při zadávání navazující veřejné zakázky není hlavním předmětem činnosti zadavatele zjišťování a hodnocení izolovaného skutkového a právního stavu ke dni zadávání původní zakázky, resp. uzavírání původní smlouvy, ale primárně vyhodnocení celkové situace v okamžiku zadání navazující veřejné zakázky v JŘBU, přičemž podmínky pro její zadání je třeba posuzovat s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání a se zohledněním rozhodovací praxe žalovaného a soudů známé v tu dobu. (...).

127. Úrad ďalej podporne poukázal na bod 90 a 91 rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 1 As 256/2015 - 95 zo dňa 12. 05. 2016, v ktorom sa uvádza, cit.:

„90. Z podmínek upravených v čl. 31 směrnice 2004/18/ES, jakož i v § 23 odst. 4 zákona, lze jednoznačně dovodit závěr, že „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) nemůže zadavatel sám vytvořit. Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). K tomu srov. zejména rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, citovaný krajským soudem i účastníky v projednávané věci, kde Nejvyšší správní soud uzavřel, že „jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“ (Obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS; k rozboru

judikatury Soudního dvora pak rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2013, č. j. 31 Af 54/2012 - 443).“

128. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatoval, že je potrebné uzavrieť, že **obstarávateľ nemôže použiť postup priameho rokovacieho konania založený na existencii výhradných práv, ako ani na existencii technických dôvodov, pokiaľ tento stav exkluzivity spôsobil on sám.**
129. Na základe všetkých uvedených skutočností mal úrad za to, že v tomto prípade **kontrolovaný neunesol dôkazné bremeno, teda nepreukázal, že chýbajúca hospodárska súťaž, vyplývajúca z výhradných práv spoločnosti k jadru informačného systému UNICORN, nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania**, a preto sa kontrolovaný **nemôže dovolávať použitia priameho rokovacieho konania** na základe existencie výhradných práv spoločnosti UNICORN.
130. Splnenie tejto čiastkovej podmienky na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní (chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania) teda kontrolovaný v tomto prípade podľa úradu dostatočne **nepreukázal.**

Ad c) – Neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada

131. Úrad opätovne poukázal na to, že nenaplnenie čo i len jednej čiastkovej podmienky, má za následok nemožnosť aplikácie priameho rokovacieho konania, a teda skúmanie **splnenia ďalšej (tretej) podmienky je v tomto prípade podľa úradu irelevantné** pre posúdenie oprávnenosti použitia priameho rokovacieho konania (v tejto súvislosti úrad poukázal napr. na body 80 a 81 rozhodnutia rady č. [13750-9000/2017](#) zo dňa 30. 10. 2017, body 53 až 57 rozhodnutia rady č. [11953-9000/2017](#) zo dňa 27. 07. 2017, ako aj na rozhodnutie rady č. [5489-9000/2021](#) zo dňa 03. 06. 2021).
132. V súvislosti s vyššie uvedeným úrad poukázal na to, že **kontrolovaný** vo vyjadrení k výzve pre prehľadnosť úvodom uviedol, že **čo do právneho záveru súhlasí s úradom, že dôvody podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní (t. j. tzv. výhradné práva), na ktoré sa pri použití priameho rokovacieho konania explicitne neodvolával, v prípade predmetného priameho rokovacieho konania nie sú dané**, aj keď sa čo do dôsledkov nestotožňuje s argumentáciou úradu uvedenou na stranách 37 – 42 „Výzvy na vyjadrenie sa ku skutočnostiam zisteným v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy“ zo dňa 12. 01. 2023 (ďalej len „výzva“), v ktorých úrad poukázal na to, že chýbajúcu hospodársku súťaž z pohľadu existencie výhradných práv UNICORN k IS DAMAS zavinene spôsobil kontrolovaný, a teda že je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania v minulosti.
133. Na základe uvedeného mal úrad za to, že splnenie všetkých zákonom ustanovených požiadaviek pre uplatnenie priameho rokovacieho konania, a tak naplnenie skutkovej podstaty ustanovenia § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní nebolo preukázané, a to najmä z dôvodu, že pre možnosť uplatnenia priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní musí byť preukázaný rozhodujúci predpoklad spočívajúci v tom, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, ktorý kontrolovaný **nepreukázal.**
134. Úrad pre úplnosť vo vzťahu k argumentom kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK o neehospodárnosti vo vzťahu **k ekonomickému aspektu** kontrolovaným uvádzaných alternatívnych riešení stavu vendor lock-in, a to získania potrebných práv na realizáciu predmetu priameho rokovacieho konania od UNICORN a získanie ďalších predpokladov pre otvorenú verejnú súťaž, alebo výmeny systému IS DAMAS, uviedol, že **pokiaľ by aj bolo konanie kontrolovaného v súlade s princípom hospodárnosti** (čo však nebolo predmetom

preskúmania úradu v tomto konaní), **táto skutočnosť by nebola zákonným dôvodom pre uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bodu 2 alebo bodu 3 zákona o verejnom obstarávaní**, na ktoré sa v prípade daného priameho rokovacieho konania odvoláva kontrolovaný. Úrad v tejto súvislosti uviedol, že zákon o verejnom obstarávaní explicitne definuje podmienky pre uplatnenie postupu priameho rokovacieho konania, pričom hospodárnosť medzi nimi nie je. Zákonné podmienky na použitie priameho rokovacieho konania sú pritom vymedzené v § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vychádza z čl. 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ. V tejto súvislosti úrad dodal, že princíp hospodárnosti je spolu s ďalšími princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní jedným z aspektov, na ktorý síce obstarávatelia musia v postupe zadávania zákazky dbať, avšak **samotnou hospodárnosťou nie je možné odôvodňovať použitie postupu priameho rokovacieho konania**, pre použitie ktorého zákon o verejnom obstarávaní, ako aj smernica 2014/25/EÚ, vyžadujú kumulatívne naplnenie osobitných zákonných podmienok.

135. Úrad v tejto súvislosti podporne poukázal na rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodářské soutěže České republiky, sp. zn. ÚOHS-S0909/2014/VZ-49432/2016/521/ZKu, zo dňa 15. 12. 2016, podľa ktorého, cit.:

„(...) zadavatel se nemůže úspěšně dovolávat dodržování zásady hospodárnosti v situaci, kdy nepostupoval podle zákona, jehož základním smyslem je právě zajištění hospodárného vynakládání veřejných prostředků. Úvaha, že zadavatel zajistil dodržení zásady hospodárnosti tím, že postupoval v rozporu se zákonem, je tak vnitřně rozporná a jakýkoli výklad v tomto směru popírá smysl regulace veřejného zadávání.“

Predmetné rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodářské soutěže bolo následne potvrdené rozsudkom Krajského soudu v Brne, sp. zn. 62 Af 48/2017, ako aj rozsudkom Nejvyššího správního soudu ČR, sp. zn. 10 As 53/2019-72, ktorý zamietol kasačnú sťažnosť proti rozsudku Krajského soudu v Brne.

136. Úrad ďalej poukázal na rozsudok Krajského soudu v Brne sp. zn. 62 Af 112/2013 zo dňa 15. 10. 2015, v ktorom sa uvádza, cit.:

„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacímho řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“

Z uvedeného podľa úradu vyplýva, že nie je možné akceptovať taký postup obstarávateľa, pri ktorom by v mene hospodárnosti dochádzalo k diskriminácií určitého okruhu uchádzačov a obmedzovaniu hospodárskej súťaže.

137. Podľa úradu možno taktiež poukázať na rozhodnutie predsedu ÚOHS č. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř z 29. 09. 2016, cit.:

„(...) snaha zadavatele být „dobrým hospodářem“ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění“

a zároveň na rozsudok Krajského soudu v Brne zn. 30 Af 19/2019 – 115 z 18. 2. 2021, kde je uvedené, cit.:

„Správní orgán I. stupně k zásadě hospodárnosti uvedl, že tato zásada nemá automaticky aplikační přednost před povinností postupovat v zadávacím řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek, jehož primárním účelem je zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky. Současně je nutné připustit, že účelem zákona je kromě zajištění podmínek pro vytvoření hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí, rovněž

efektívni vynakladaní verejných prostriedkov. Hospodárnost zvoleného řešení je však nutné podle správního orgánu I. stupně vykládat z dlouhodobého hlediska. (...)

Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nikoliv pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na nešikovný postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. “

138. Úřad podporne poukázal na vyššie uvedený rozsudok Krajského súdu v Brne sp. zn. 62 Af 112/2013 zo dňa 15. 10. 2015 a uviedol, že kontrolovaný by sa musel zaoberať nielen ekonomickou výhodnosťou dielčieho zadávacieho konania nadväzujúceho na predošlý postup kontrolovaného, ale **musel by preukázať ekonomickú výhodnosť postupu ako celku, a to od uzavretia pôvodnej Zmluvy o dielo zo dňa 15. 10. 2003, ktorým založil existenciu výlučnosti jediného subjektu, na ktorého výlučnosť sa odvoláva, a to až do postupu priameho rokovacieho konania bez zverejnenia**, ktoré nadväzuje na konanie kontrolovaného v minulosti. K argumentácii kontrolovaného, a to, že kontrolovaný v nadväznosti na znalecký posudok č. 1 poukázal na vyčíslenie predpokladanej hodnoty obstarania nového informačného systému, pričom uviedol, že v cieľovom stave po implementácii predmetu priameho rokovacieho konania sa odhaduje na úrovni 24 410 730 eur bez DPH, pričom predpokladaný časový harmonogram uvedenia nového informačného systému do prevádzky je cca. 12,65 roka a v nadväznosti na to, že kontrolovaný predkladá nasledovné vyčíslenie hodnoty nového informačného systému ako alternatívnej možnosti k uvedenému postupu priameho rokovacieho konania, úrad uviedol, že je samozrejmé, že pri porovnaní nákladov na vytvorenie nového informačného systému len s dielčím plnením, sú matematicky nižšie náklady na dielčie plnenie, avšak z argumentov kontrolovaného nevyplýva, resp. nie je preukázané, že by sa kontrolovaný vo vzťahu k argumentom tvrdenej hospodárnosti, či ekonomickej výhodnosti, zaoberal výhodnosťou jeho konania z dlhodobého hľadiska, s vyčíslením a porovnaním doterajších nákladov vzniknutých pri prevádzkovaní IS DAMAS. Podľa úradu je z uvedeného dôvodu vyčíslenie alternatívneho riešenia v podobe nového informačného systému a jeho prípadné porovnanie s dielčím zadávaním zákazky prostredníctvom priameho rokovacieho konania bez zverejnenia v uvedenom prípade nedôvodné vo vzťahu k preukázaniu hospodárnosti konania kontrolovaného. Úrad uviedol, že práve zadanie zákazky na zhotovenie informačného systému niektorým z postupov umožňujúcich otvorenú hospodársku súťaž, za predpokladu zmluvného zabezpečenia výkonu majetkových práv k tomuto informačného systému, a teda aj disponovaním zdrojovými kódmi, je predpokladom pre získanie technicky najvhodnejšieho a v dlhodobom horizonte aj ekonomicky najvýhodnejšieho riešenia.
139. Úrad pre úplnosť vo vzťahu k argumentom kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK vo vzťahu k časovému aspektu obstarania predmetu zákazky vzhľadom na potrebné úpravy jadra IS DAMAS v súvislosti s legislatívnymi zmenami, či požiadavkami, na ktoré poukazuje a ďalej o nevhodnosti vo vzťahu k časovému aspektu kontrolovaným uvádzaných alternatívnych riešení stavu vendor lock-in, a to získania potrebných práv na realizáciu predmetu priameho rokovacieho konania od UNICORN a získanie ďalších predpokladov pre otvorenú verejnú súťaž alebo výmeny systému IS DAMAS uviedol, že úrad uvedenú skutočnosť nespochybňuje, avšak kontrolovaný už viac ako 19 rokov vie o existencii výhradných práv dodávateľa systému IS DAMAS a zároveň je mu známa právna úprava zákona o verejnom obstarávaní, ako aj rozhodovacia prax úradu a súdov v obdobných prípadoch.
140. Na základe vyššie uvedeného mal teda úrad za to, že kontrolovaný svojim konaním, resp. nekonaním, vytvoril absenciu hospodárskej súťaže a následne ju dlhodobo akceptoval z dôvodu výhradných práv pôvodného dodávateľa informačného systému.

141. V nadväznosti na všetky uvedené skutočnosti úrad konštatoval, že kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal kumulatívne splnenie všetkých zákonných podmienok na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal existenciu technických dôvodov, pre ktoré v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž. Ďalej úrad konštatoval, že kontrolovaný neoprávnene postupoval priamym rokovacím konaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) tohto zákona a uzatvoril Zmluvu o dielo, a teda sa vyhol povinnosti uzavrieť predmetnú zmluvu spôsobom, resp. postupom podľa ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.
142. Na základe všetkých uvedených skutočností úrad konštatoval, že **kontrolovaný** svojím konaním pri zadávaní predmetnej zákazky **porušil § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní**, keďže nepreukázal splnenie podmienok na oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania.
143. Úrad mal za to, že vyššie **identifikované** porušenie zákona o verejnom obstarávaní **malo vplyv** na výsledok verejného obstarávania, keďže v prípade nepreukázania splnenia podmienok na použitie priameho rokovacieho konania, by mal byť v zmysle zákona o verejnom obstarávaní použitý otvorený súťažný postup zadávania zákazky a kontrolovaný v danom prípade svojím konaním znemožnil uskutočnenie riadnej hospodárskej súťaže, pričom nie je možné vylúčiť, že by sa v otvorenom súťažnom postupe úspešným uchádzačom stala iná spoločnosť s výhodnejšou ponukou.

Odvolanie kontrolovaného

144. Proti rozhodnutiu úradu podal kontrolovaný odvolanie, v ktorom uvádza, že nemá za to, že úrad rozhodnutie vydal na podklade dostatočne zisteného a správne zhodnoteného skutkového stavu, čo viedlo k nesprávnej a formalistickej aplikácii príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní vo vzťahu k naplneniu podmienok na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania, čím úrad podľa kontrolovaného spôsobil, že rozhodnutie je nezákonné, a teda kontrolovanému nezostáva iná možnosť, ako domáhať sa prostredníctvom rady zmeny rozhodnutia podaním odvolania, ktoré ďalej kontrolovaný odôvodňuje nasledovne:
145. Kontrolovaný v odvolaní rekapituluje najzásadnejšie tvrdenia úradu k identifikovanému porušeniu zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s verejným obstarávaním v kapitole II. „**Rekapitulácia najzásadnejších tvrdení Úradu v Rozhodnutí v nadväznosti na Výzvu a Vyjadrenie k Výzve zo strany Kontrolovaného**“ nasledovne, cit.:

„4. Z Rozhodnutia Úradu v nadväznosti na skutočnosti uvedené vo Výzve vyplýva, že Úrad posudzoval, či v prípade PRK boli naplnené podmienky na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2. ZVO (t. j. tzv. technické dôvody, bod 42. – 102. Rozhodnutia), na ktoré sa Kontrolovaný odvolával predovšetkým vo svojom komplexnom Odôvodnení použitia PRK, ktoré je súčasťou dokumentácie o Verejnom obstarávaní, ako aj dôvody podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3. ZVO (t. j. tzv. výhradné práva), na ktoré sa Kontrolovaný pri použití PRK explicitne neodvolával (bod 131. – 175. Rozhodnutia). Súčasne Úrad v nadväznosti na skutočnosti doplnené Kontrolovaným vo Vyjadrení k Výzve o súčasnom naplnení dôvodu pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) ZVO, t. j. z dôvodu mimoriadnej udalosti nespôsobenej obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať, a vzhľadom na vzniknutú časovú tieseň nemožno uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacie konanie so zverejnením (t. j. tzv. mimoriadna udalosť), a to vzhľadom na významné časové aspekty dodania Predmetu PRK a vonkajší faktor ich určenia (legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ), posudzoval, či boli v prípade PRK naplnené podmienky na použitie priameho rokovacieho konania z tohto dôvodu (bod 103. – 130. Rozhodnutia).“

5. Úrad v rámci Rozhodnutia konštatuje, že neboli naplnené žiadne dôvody predpokladané ZVO na zákonné použitie priameho rokovacieho konania, a to konkrétne s nasledujúcim odôvodnením:

A. Vo vzťahu k dôvodom pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2. ZVO Úrad v Rozhodnutí konštantne s argumentáciou vo Výzve uvádza, že technické dôvody neboli v PRK naplnené, nakoľko predovšetkým:

- a) podľa názoru Úradu „pravé“ technické dôvody použitia PRK na strane Kontrolovaného majú spočívať v nedisponovaní potrebnými výhradnými právami k IS DAMAS, pričom vo vzťahu k argumentácii Kontrolovaného, že skutočným technickým dôvodom je potreba nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know how, zložitosť IS vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu a interoperabilitu informačného systému, správnosť, spoľahlivosť a požiadavky na kódovú pružnosť a zložitosť informačného systému, a požiadavky na stabilitu a nízku chybovosť informačného systému, účelnosť a efektívnosť, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zahltenia IS, dodržania metodík životného cyklu IS, a bezpečnosť IS, Úrad uviedol, že:
 - samotné know-how o informačnom systéme, ktorého sa predmet zákazky týka, nie je možné považovať za niektorý z technických dôvodov, ktoré bránia poskytnutiu služieb iným, ako vybraným hospodárskym subjektom a súčasne, že samotné know-how v oblasti konkrétneho softvérového produktu predstavuje vedomosti nielen v oblasti programovania, ale aj vedomosti o obsahu daného produktu, pričom vedomosti týkajúce sa výlučne obsahu konkrétnych softvérov nie sú v zmysle ZVO považované za skutočnosť, ktorá spôsobuje jedinečnosť poskytovania služieb výlučne týmto subjektom (bod 70. a 71. Rozhodnutia);
 - nie právnické osoby – firmy, ale fyzické osoby vytvárajú, udržiavajú, obnovujú a rozvíjajú informačné systémy, ktorí sa môžu presunúť do inej spoločnosti, a tým by táto spoločnosť mohla uspokojivo dodať predmet zákazky (bod 72. Rozhodnutia);
- b) výklad Kontrolovaného, ktorý spája existenciu technických dôvodov s časovými okolnosťami plnenia PRK, nie je správny, pričom uvedené časové okolnosti plnenia PRK je v danom prípade možné zhodnotiť a prihliadať na nich pri skúmaní naplnenia tretej čiastkovej materiálnej podmienky (či chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania) použitia priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO, ktorá ako taká nie je objektívne spôsobilá preukázať existenciu technických dôvodov (bod 80. – 83. Rozhodnutia);
- c) Kontrolovaný nepreukázal technickú nemožnosť poskytnutia požadovaných služieb (zabezpečenia predmetu Zákazky) iným dodávateľom, napr. za situácie, kedy by iný hospodársky subjekt mal k dispozícii potrebnú prevádzkovú dokumentáciu a zdrojové kódy k IS DAMAS, ktorými v súčasnosti disponuje UNICORN, pričom podľa názoru Úradu by technickú nemožnosť plnenia v prípade priameho rokovacieho konania z technických dôvodov mal Kontrolovaný preukázať ako absolútnu nemožnosť plnenia, a to bez ohľadu na časové aspekty plnenia konkrétneho PRK, pričom v prípade PRK túto situáciu spôsobil vlastným konaním Kontrolovaný (bod 89. a 102. Rozhodnutia);
- d) Úrad vo vzťahu k argumentácii Kontrolovaného o objektívnej technickej nemožnosti poskytnutia požadovaných služieb (zabezpečenia Predmetu PRK) iným dodávateľom, poukazuje na zákazku obstarávanú verejnou súťažou obstarávateľom MAVIR Magyar Villamosenergia-ipari Átviteli Rendszerező Zártkörűen Működő Részvénytársaság, Anikó utca 4, 1031 Budapešť, Maďarsko, IČO: EKR SZ_67902044, ktorej výsledkom malo byť uzavretie rámcovej dohody s viacerými uchádzačmi, v oblasti služieb vývoja softvéru, pričom jedným z výsledkov predmetnej verejnej súťaže bolo uzavretie zmluvy na predmet zákazky „ENTSO-E MARI (mFRR) és ENTSO-E PICASSO (aFRR) platform bevezetéséhez szükséges fejlesztések műszaki szakértői támogatása“, ktorej Oznámenie o výsledku verejného obstarávania – vybrané odvetvia, týkajúce sa zadania zákazky v súvislosti

s pripojením na platformy Mari a Picasso úspešnému uchádzačovi TrendEn Energetika Stratégiai, Üzleti és Informatikai Korlátolt Felelősségű Társaság, Záhony Utca 7, 1031 Budapešť, Maďarsko, IČO: 23543012241, bolo zverejnené dňa 29. 4. 2022 v Úradnom vestníku EÚ č. S 084/2022 pod č. 228316, pričom z predmetného Oznámenia o výsledku verejného obstarávania – vybrané odvetvia vyplýva, že v danom verejnom obstarávaní boli predložené tri ponuky (ďalej len „**Verejné obstarávanie MAVIR**“), pričom k argumentácii Kontrolovaného vo Vyjadrení k Výzve o právnej irelevantnosti odkazu na Verejné obstarávanie MAVIR Úrad uviedol, že uvedené preukazuje, že UNICORN je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému IS DAMAS a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému IS DAMAS a skutočnosť, že Kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponuje potrebnými výhradnými právami k jadrú IS DAMAS (bod 94. – 96. Rozhodnutia);

- e) Znalecký posudok Úrad nepresvedčil o zákonnosti postupu Kontrolovaného pri zadávaní PRK, t. j. ani o existencii technických dôvodov, pričom Úrad posudzoval zákonnosť postupu predovšetkým z pohľadu právnych aspektov, a teda ani nemal povinnosť či nutnosť spochybňovať odborne a znalecky závery Znaleckého posudku (bod 101. Rozhodnutia).

Nakoľko Úrad konštatoval nesplnenie prvej podmienky pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 písm. b) bod 2. ZVO, a to, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, Úrad ďalej neskúmal splnenie ďalších podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 písm. b) bod 2. ZVO, pričom aj vo vzťahu k týmto hypoteticky konštatuje, že neboli naplnené (vid'. bod 99., bod 102. a ďalej bod 147. a nasl. Rozhodnutia).

B. Vo vzťahu k dôvodom pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) ZVO Úrad v Rozhodnutí konštatuje, že použitie postupu priameho rokovacieho konania z dôvodu mimoriadnej udalosti nebolo možné, nakoľko predovšetkým:

- a) Kontrolovaný nepreukázal, že legislatívne zmeny v tomto prípade sú mimoriadnou udalosťou, a súčasne že Kontrolovaný nemohol časovú tieseň dodania predmetu PRK predvídať, keďže Kontrolovaný vedel, že bude musieť reagovať na legislatívne zmeny v lokálnej implementácii MARI a PICASSO už od roku 2017, pričom Úrad zdôraznil, že Kontrolovaný si je vedomý, že pri prevádzke systému IS DAMAS, ktorý bol upravovaný aj v minulosti na základe legislatívnych zmien, musí z povahy oblasti svojho pôsobenia a plnenia úloh IS DAMAS v oblasti, ktorá podlieha národnej a medzinárodnej legislatíve, predvídať, že zásahy do existujúceho informačného systému budú počas jeho životnosti potrebné (bod 116. – 117. Rozhodnutia);
- b) rozhodnutie českého Úradu pro ochranu hospodářské soutěže (ďalej len „**ÚOHS**“) č. ÚOHS-S0584/2021/VZ zo dňa 18. 3. 2022 (ďalej len „**Rozhodnutie ÚOHS**“), na ktoré vo Vyjadrení k Výzve Kontrolovaný odkazoval, nie je príliehavé, nakoľko v danom prípade išlo o uzatvorenie zmluvy na „preklenovacie obdobie“, t. j. len na nevyhnutné obdobie, ktoré v prípade PRK nebolo splnené, keďže jednak popri PRK nerealizoval otvorený postup predmetu Zákazky, a súčasne plnenie Predmetu PRK nie je len na nevyhnutné obdobie (bod 118. – 121. Rozhodnutia).

Nakoľko Úrad konštatoval nesplnenie prvej podmienky pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 písm. c) ZVO, t. j. existenciu mimoriadnej udalosti nespôsobenej Kontrolovaným, ktorú nemohol predvídať, Úrad dospel k záveru, že podmienky na použitie priameho rokovacieho konania z dôvodu mimoriadnej udalosti nie sú naplnené (vid'. bod 125. Rozhodnutia).

C. Vo vzťahu k dôvodom pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) ZVO Úrad v Rozhodnutí konštatuje, že použitie postupu priameho rokovacieho

konania z dôvodu existencie výhradných práv, napriek tomu, že ich existenciu Úrad v Rozhodnutí konštatuje, nebolo možné, nakoľko predovšetkým:

a) s poukazom na konštantnú rozhodovaciu prax Úradu resp. Rady Úradu, resp. ďalšie Úradom uvedené právne pramene, vo vzťahu k skutočnostiam spôsobujúcim exkluzivitu UNICORN z pohľadu výhradnosti práv k úpravám jadra IS DAMAS podľa názoru Úradu tento stav tzv. vendor lock-in zaviniel Kontrolovaný, a to v dôsledku zúženia parametrov súťaže v minulosti, pričom do dnešného dňa nedošlo k efektívnemu odstráneniu stavu vendor lock-in k jadru IS DAMAS (bod 131. – 175. Rozhodnutia).

Nakoľko Úrad konštatoval nesplnenie druhej podmienky pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 písm. b) bod 3. ZVO, Úrad ďalej neskúmal splnenie podmienky neexistencie žiadnej primeranej alternatívy či náhrady, ktorá je nevyhnutná na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 písm. b) bod 3. ZVO.

6. Nad rámec uvedeného Úrad ďalej v Rozhodnutí vo vzťahu k argumentom Kontrolovaného v Odôvodnení použitia PRK a Vyjadrení k Výzve týkajúcim sa ekonomických aspektov alternatívnych riešení stavu vendor lock-in predovšetkým s poukazom na rozhodovaciu prax ÚOHS a českých súdov, uviedol, že princíp hospodárnosti nemožno použiť ako zákonný dôvod použitia priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2. alebo bod 3. ZVO, a teda tak ospravedlniť akékoľvek porušenie ZVO zo strany verejného obstarávateľa (bod 176. – 181. Rozhodnutia).

7. Vo vzťahu k časovému aspektu obstarania Predmetu PRK vzhľadom na potrebné úpravy jadra IS DAMAS v súvislosti s legislatívnymi zmenami či požiadavkami, ako aj časovému aspektu realizácie alternatívnych riešení stavu vendor lock-in Úrad uvádza, že tieto časové aspekty nespochybňuje, avšak Kontrolovaný už viac ako 19 rokov vie o stave výhradnosti UNICORN vo vzťahu k IS DAMAS, pričom túto výhradnosť vo vzťahu k jadru IS DAMAS a jeho úpravám do realizácie PRK efektívne neodstránil (bod 182. – 183. Rozhodnutia).“

146. V kapitole III. „Všeobecné východiská a závery Kontrolovaného vo vzťahu k Rozhodnutiu a konaniu Úradu, ktoré vydaniu Rozhodnutia predchádzalo“, rovnako ako vo Vyjadrení k výzve, kontrolovaný zdôrazňuje a uvádza, že mu je dobre známa, a zároveň **nespochybňuje úradom v rozhodnutí uvádzanú rozsiahlu rozhodovaciu prax úradu, resp. rady**, vo vzťahu k použitiu priameho rokovacieho konania ako nesúťažného postupu zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní, ktorý musí byť použitý výnimočne a podmienky na jeho splnenie musia byť vykladané reštriktívne. Predmetné konštatovanie platí aj vo vzťahu k úradom v rozhodnutí uvádzanej rozhodovacej prax úradu, resp. rady a ďalším právnym prameňom vo vzťahu k použitiu priameho rokovacieho konania z technických dôvodov podľa § 81 písm. a) bod 2 alebo bod 3 zákona o verejnom obstarávaní, resp. podľa § 98 ods. 1 písm. a) bod 2 alebo 3 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj mimoriadnej udalosti podľa § 81 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, resp. podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, no na druhej strane má kontrolovaný za to, aj po doplnení argumentácie úradu po doručení vyjadrenia k výzve zo strany kontrolovaného v rozhodnutí, že **vo vzťahu k predmetnému priamemu rokovaciemu konaniu nie sú predmetné rozhodnutia úradu, resp. rady, úplne relevantné, resp. aplikovateľné, keďže úrad nedostatočne zobral do úvahy špecifiká tohto priameho rokovacieho konania** (t. j. úrad podľa presvedčenia kontrolovaného nedostatočne individuálne posúdil všetky aspekty postupu kontrolovaného vo verejnom obstarávaní, ktoré viedli k nesprávnemu právnemu záveru úradu o nesplnení prvej podmienky pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania **podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní**, a to, že z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž). Uvedené konštatovanie platí aj vo vzťahu k právnemu záveru úradu o nenaplnení dôvodov použitia priameho rokovacieho konania **podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní (t. j. tzv. mimoriadnej udalosti), ktoré podľa presvedčenia**

kontrolovaného sú v danom prípade súčasne naplnené, pričom ich nenaplnenie úrad konštatoval predovšetkým v dôsledku formalistického výkladu splnenia podmienok na zákonné použitie tohto postupu. Podrobne sa uvedenému v kontexte zistených skutočností vo výzve a rozhodnutí úradu ďalej kontrolovaný venuje v kapitole IV. a V. odvolania.

147. Kontrolovaný súčasne pre prehľadnosť opätovne uvádza, že **čo do právneho záveru súhlasí s úradom, že dôvody podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní (t. j. tzv. výhradné práva), na ktoré sa kontrolovaný pri použití priameho rokovacieho konania explicitne neodvolával, nie sú v prípade predmetného priameho rokovacieho konania dané** (aj keď sa kontrolovaný čo do dôsledkov nestotožňuje s argumentáciou úradu, v ktorých úrad poukázal na to, že chýbajúcu hospodársku súťaž z pohľadu existencie výhradných práv UNICORN k IS DAMAS zavinene spôsobil kontrolovaný, a teda, že je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania v minulosti), a teda z uvedeného dôvodu kontrolovaný ďalej neargumentuje v tomto odvolaní, že podmienky na použitie priameho rokovacieho konania z dôvodu výhradných práv podľa § 98 ods. 1 písm. a) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní sú v tomto priamom rokovacom konaní splnené. Pre úplnosť kontrolovaný dodáva, že z uvedeného dôvodu ani v rámci Odôvodnenia použitia PRK predmetný dôvod použitia priameho rokovacieho konania v zmysle § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní neuvádzal. Súčasne kontrolovaný dodáva, že má za to, že posúdenie podmienky chýbajúcej hospodárskej súťaže v prípade priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní (t. j. tzv. technické dôvody) a podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 3 zákona o verejnom obstarávaní (t. j. tzv. výhradné práva), nie je možné stotožňovať tak, ako to v rozhodnutí právne nesprávne robí úrad. Chýbajúca hospodárska súťaž v prípade priameho rokovacieho konania z dôvodu tzv. technických dôvodov nie je založená na tzv. výhradných právach, ako sa snaží úrad nesprávne argumentovať v celom rozhodnutí, a teda za účelom preukázania jej splnenia je nutné preukázať, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, t. j. že nejde o príliš špecifické podmienky plnenia, ktoré nie sú objektívne potrebné alebo nevyhnutné na dosiahnutie účelu sledovaného zmluvou obstarávanou použitím priameho rokovacieho konania z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní (k podrobnej argumentácii v tomto zmysle kontrolovaný odkazuje na bod 27. – 31. Odôvodnenia použitia PRK). Podľa kontrolovaného **chýbajúca hospodárska súťaž v prípade IS DAMAS vo vzťahu k tzv. technickým dôvodom použitia priameho rokovacieho konania vznikla prirodzene ako dôsledok komplexnosti a rozsahu tohto informačného systému a nie ako dôvod existencie tzv. výhradných práv UNICORN** (t. j. vznikla by aj bez ohľadu na existenciu tzv. výhradných práv UNICORN k IS DAMAS).
148. V kapitole IV. „**Preukázanie splnenia podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO, t. j. z technických dôvodov**“ kontrolovaný zdôrazňuje, že trvá na skutočnostiach uvedených v Odôvodnení použitia PRK, v znaleckom posudku č. 1, ako aj vo vyjadrení vo výzve, a teda, že pre účely tejto zákazky neexistuje z technických dôvodov hospodárska súťaž. Zároveň kontrolovaný zdôrazňuje, že posúdenie splnenia tejto podmienky, t. j. existencie technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, sa musí posudzovať individuálne vo vzťahu ku konkrétnemu informačnému systému, ako aj vo vzťahu ku konkrétnemu predmetu zákazky, ktorá je predmetom priameho rokovacieho konania. Kontrolovaný má za to, že v rámci tohto aspektu úrad nedostatočne právne posúdil konkrétne právne a skutkové okolnosti predmetného priameho rokovacieho konania, z ktorých vyplýva, že pre účely tejto zákazky neexistuje z technických dôvodov hospodárska súťaž. Súčasne má kontrolovaný za to, že jeho povinnosť nie je preukázať, že predmet plnenia je „objektívne nerealizovateľný“ akýmkoľvek dodávateľom na trhu (hypotetickým, ktorý v podstate ani nemusí existovať), nakoľko takýto dôkaz nie je možné predložiť v prípade akéhokoľvek priameho rokovacieho konania z tzv. technických dôvodov, a to bez ohľadu na predmet verejnej zákazky. Podľa kontrolovaného argumentácia úradu

v tomto zmysle popiera literu § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, čím sa úrad stavia do absurdnej právnej pozície, v ktorej tvrdí, že priame rokovacieho konanie z technických dôvodov podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní nie je reálne možné zákonne aplikovať. Ďalej podľa kontrolovaného súčasne úrad svoju argumentáciu stavia na ničím nepodložených a hypotetických tvrdeniach, ktoré nemajú žiadny skutkový podklad, a to bez toho, aby materiálne úrad dokázal spochybniť skutkové okolnosti a závery znaleckého posudku č. 1 (kontrolovaný uvádza, že úrad sa v podstate v rozhodnutí na viacerých miestach vyjadruje, že predmetné skutočnosti a závery nespochybňuje, no aj napriek uvedenému formálne argumentáciu odmieta s odôvodnením, ktoré neobstoja).

149. Kontrolovaný má za to, že pokiaľ by úrad pristúpil k posúdeniu priameho rokovacieho konania individuálne vo vzťahu IS DAMAS, ako aj vo vzťahu ku konkrétnemu predmetu zákazky – predmetu priameho rokovacieho konania, a to v kontexte objektívnej realizovateľnosti tejto konkrétnej zákazky akýmkoľvek iným dodávateľom riadne a včas, musel by nutne dospieť k právnomu záveru, že z dôvodu existencie týchto technických dôvodov kontrolovaný nemal inú možnosť, ako pristúpiť k realizácii priameho rokovacieho konania a zadať zákazku UNICORN tak, aby dosiahol riadne a včasné plnenie zákazky, ktoré by neohrozilo jeho prevádzkové potreby, ako aj záujmy Slovenskej republiky v podobe plynulej prevádzky kritickej infraštruktúry Slovenskej republiky.
150. Kontrolovaný súčasne opakovane zdôrazňuje, že zákon o verejnom obstarávaní pre aplikáciu priameho rokovacieho konania z technických dôvodov podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní nevyžaduje, aby kontrolovaný preukázal, že technické dôvody sú dané absolútne resp. „navždy“, ale že dané technické dôvody existujú vo vzťahu ku konkrétnemu plneniu, konkrétnej zákazke a konkrétnym okolnostiam. Podľa kontrolovaného úrad musí výlučne posudzovať, či technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, sú splnené v kontexte upgrade IS DAMAS (t. j. v kontexte predmetu priameho rokovacieho konania), a to taktiež v kontexte ďalších podmienok dodania upgrade IS DAMAS, t. j. času, dokedy je potrebné predmet priameho rokovacieho konania dodať, ako aj momentu, v ktorom sa kontrolovaný v tomto prípade dozvedel, že dokedy a z akých podkladov má dodávateľ upgrade IS DAMAS vychádzať (t. j. v tomto prípade sa nejedná o akýkoľvek rozvoj informačného systému, vo vzťahu ku ktorého jadru existuje na strane kontrolovaného stav vendor lock-in, no jedná sa o rozvoj informačného systému, ktorý vyplýva z legislatívnych požiadaviek na úrovni EÚ, ktoré kontrolovaný nedokáže ovplyvniť, a ktoré musia byť riadne dodané v určitom čase). Kontrolovaný konštatuje, že úrad však uvedené v konaní nerealizoval, čím dospel k neprávnomu právnomu záveru, na ktorom je založené jeho rozhodnutie.
151. Kontrolovaný v podanom odvolaní uvádza vo vzťahu k jednotlivým argumentom úradu uvedeným v rozhodnutí nasledovné:
152. Vo vzťahu k dôvodu podľa bodu 5. časť A. písm. a) podaného odvolania kontrolovaný osobitne zdôrazňuje, že **otázka autorských práv, resp. výhradných práv UNICORN k jadru IS DAMAS je nevyhnutné spojená s technickou výlučnosťou UNICORN vo vzťahu k plneniu predmetu priameho rokovacieho konania** (viď. kapitola II. Popis súčasného stavu vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN v súvislosti s IS DAMAS dokumentu Odôvodnenie použitia PRK), **avšak nepredstavuje skutočný dôvod pre použitie postupu priameho rokovacieho konania v tomto prípade**. Kontrolovaný ďalej v odvolaní uvádza, cit.:
- „S poukazom na skutočnosti uvedené v Znaleckom posudku a Odôvodnení použitia PRK (ako aj s odkazom na skutočnosti ďalej uvedené v tomto odvolaní) predstavujú technické dôvody, na základe ktorých pre zabezpečenie služieb údržby a rozvoja jadra IS DAMAS, ktoré sú Predmetom PRK, neexistuje hospodárska súťaž, ktoré spočívajú v potrebe nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know-how na strane dodávateľa Predmetu PRK, pričom ide aj o dôvod zložitosti IS vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu*

a interoperabilitu informačného systému, správnosť, spoľahlivosť a požiadavky na kódovú pružnosť a zložitosť informačného systému, a požiadavky na stabilitu a nízku chybovosť informačného systému, účelnosť a efektívnosť, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zahltenia IS, dodržania metodík životného cyklu IS, a bezpečnosť IS.“

153. V súvislosti s vyššie uvedeným kontrolovaný v podanom odvolaní konštatuje, že **v kontexte dodania predmetu priameho rokovacieho konania sa predmetné technické dôvody prejavujú v tom, že predmet priameho rokovacieho konania musí byť dodaný nielen riadne, ale aj včas**, t. j. nepostačuje akékoľvek dodanie upgrade IS DAMAS, ale také, ktoré bude zrealizované riadne, t. j. bez vád a v termíne v zmysle derogácie ÚRSO do 24. 07. 2024. Podľa kontrolovaného je súčasne nevyhnutné uvedené vnímať a interpretovať v kontexte technologickej jedinečnosti IS DAMAS, ktorá v kontexte špecifických podmienok predmetu priameho rokovacieho konania znemožňuje hospodársku súťaž fakticky, a teda rezultuje do toho, že technické dôvody pre použitie priameho rokovacieho konania z dôvodov podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní v prípade tohto priameho rokovacieho konania sú splnené. **Súčasne kontrolovaný uvádza, že zo znaleckého posudku č. 1 jednoznačne vyplýva, že technickým dôvodom použitia priameho rokovacieho konania nie je len disponovanie špecifickým know-how o IS DAMAS, t. j. o obsahu tohto systému, ako úrad argumentuje, ale práve možnosť jeho využitia tak, aby bol IS DAMAS prevádzkyschopný**, pričom v tomto kontexte hypotetický argument úradu o presunutí kľúčových vývojárov IS DAMAS do inej spoločnosti, čím by sa táto spoločnosť stala potenciálnym dodávateľom predmetu priameho rokovacieho konania, je absolútne nepriliehavý, hypotetický a nerealizovateľný. V súvislosti s uvedeným kontrolovaný uvádza, že v kontexte IS DAMAS by muselo dôjsť k presunu nielen celého tímu kľúčových vývojárov, ako aj špecifického programového a technického vybavenia, ktoré by umožnilo realizovať predmet priameho rokovacieho konania v kontexte konkrétnych časových aspektov dodania, čo opätovne nie je možné, nakoľko aj UNICORN pri jeho realizácii vzhľadom na objektivitu a znaleckým posudkom č. 1 doloženú prácnosť, musí postupovať tak, že časovo bude predmet priameho rokovacieho konania dodaný včas len s minimálnou rezervou.
154. Vo vzťahu k dôvodu podľa bodu 5. časť A. písm. b) podaného odvolania kontrolovaný uvádza, že predmetný právny argument úradu nie je správny, resp. súčasne nevylučuje, aby časové okolnosti plnenia priameho rokovacieho konania boli zohľadnené v rámci existencie tzv. technických dôvodov. Vo vzťahu k tomuto dôvodu súčasne kontrolovaný odkazuje na argumentáciu vyššie. Kontrolovaný úradu dáva do pozornosti, že tvrdenie úradu, že v podstate každý na mieru vyrobený softvér je unikátny, čo do svojho technického riešenia, preto unikátnosť na mieru vyrobených informačných systémov nepredstavuje vlastnosť „unikátnu“, ale úplne bežnú a prirodzenú, nie je korektné pre každý prípad, nakoľko miera technologickej unikátnosti každého informačného systému nie je totožná, pričom uvedené úrad rovnako technicky „bagatelizuje“ v prípade tohto priameho rokovacieho konania a systému IS DAMAS, a teda ani úradom citované rozhodnutie rady vo vzťahu k systému CRIS nie je pre tento prípad a technologickú unikátnosť IS DAMAS podľa kontrolovaného aplikovateľné. Kontrolovaný má za to, že **úrad sa v tomto prípade dopustil chyby v deduktívnom usudzovaní a generalizovaní, nakoľko nie je možné jednoducho považovať za technologicky zhodný za customizovaný informačný systém postavený na bežnej technológii s customizovaným informačným systémom postaveným na jedinečnej špecifickej technológii a doménovej znalosti, tak ako je detailne popísané v znaleckom posudku č. 1**. Na základe uvedeného kontrolovaný konštatuje, že pokiaľ má úrad za to, že IS DAMAS skutočne predstavuje takýto customizovaný informačný systém postavený na bežnej technológii, pre prijatie tohto záveru je nevyhnutné odborne a znalecky spochybniť závery v znaleckom posudku č. 1, t. j. nielen jednoduchým odkazom na predchádzajúce rozhodnutie rady v inej veci, ktoré nie je podľa kontrolovaného čo do podstaty na tento prípad aplikovateľné.

155. Kontrolovaný v odvolaní uvádza, že vo vzťahu k dôvodu podľa bodu 5. časť A. písm. c) podaného odvolania, ktorý súčasne považuje za najzásadnejší z pohľadu argumentácie úradu, ktorá má svedčiť tomu, že na strane kontrolovaného vo vzťahu k predmetu priameho rokovacieho konania neexistujú technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, úrad tvrdí, že kontrolovaný predloženou dokumentáciou o verejnom obstarávaní nepreukázal technickú nemožnosť poskytnutia požadovaných služieb (zabezpečenia predmetu zákazky – predmetu priameho rokovacieho konania) iným dodávateľom, napr. za situácie, kedy by iný hospodársky subjekt mal k dispozícii potrebnú prevádzkovú dokumentáciu a zdrojové kódy k IS DAMAS, ktorými v súčasnosti disponuje UNICORN, a teda nepreukázal objektívnu nerealizovateľnosť predmetu priameho rokovacieho konania akýmkoľvek iným dodávateľom, a to bez ohľadu na časové aspekty jeho dodania. Kontrolovaný s poukazom na znalecký posudok č. 1 dáva do pozornosti, že uvedené tvrdenie úradu nie je podľa neho pravdivé, nakoľko **zo znaleckého posudku č. 1 vyplýva, že akýkoľvek iný dodávateľ okrem UNICORN by aj v prípade, ak by hneď po tom, ako by mal zadanú zákazku (bez ohľadu na to, že uvedené by ani teoreticky nebolo možné tak rýchlo stihnúť vzhľadom na lehoty postupov zadávania zákaziek podľa zákona o verejnom obstarávaní, ak by aj kontrolovaný disponoval všetkými podkladmi k jadru IS DAMAS a tieto by poskytol vybranému dodávateľovi), na základe ktorej by v podkladoch od kontrolovaného dostal všetky dokumenty tvoriace technickú špecifikáciu predmetu priameho rokovacieho konania a súčasne všetky podklady k jadru IS DAMAS, t. j. v 02/2021 (uvedený termín vyplýva zo skutočnosti, ktorú úrad nespochybňuje, že kontrolovaný dostal k dispozícii finálnu verziu posledného dokumentu tvoriaceho technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu v rámci jadra IS DAMAS, ktorá je predmetom priameho rokovacieho konania, až v januári 2021, kedy bol tento dokument schválený), nebol by z časového hľadiska schopný, aj keď by začal zákazku hneď plniť, z poskytnutej dokumentácie dosiahnuť takú úroveň technologického know-how, aby dodal plnenie do 24. 07. 2024 tak, aby bola lokálna implementácia úspešná a prevádzka IS DAMAS neohrozená (t. j. predmet priameho rokovacieho konania dodaný a implementovaný do 24. 07. 2024).** Kontrolovaný poukazuje na to, že zo znaleckého posudku č. 1 vyplýva, konkrétne z bodu 2.20.1 „Výpočet doby pre získanie minimálnej úrovne technologického know-how“, že **akýkoľvek iný dodávateľ na to, aby nadobudol základné technologické know-how pre schopnosť dovývíjať jadro IS DAMAS, resp. systém IS DAMAS, potrebuje čas minimálne 3,61 roka, t. j. 3 roky a 7 mesiacov** (znalec pritom vychádzal z predpokladu, že by na strane potenciálneho dodávateľa bol realizovaný výkon čo do študovania IS DAMAS v priemere 15 osobami súbežne, pričom využitím väčšieho počtu osôb by uvedená doba neklesala lineárne a pri menšom počte osôb by ale uvedená doba narastala exponenciálnym radom).
156. Zároveň kontrolovaný v odvolaní poukazuje na to, že zo znaleckého posudku č. 1 ďalej vyplýva, konkrétne z bodu 2.21 „Ekonomické aspekty výmeny alebo ponechania IS DAMAS a/alebo výmeny dodávateľa plnenia“, že realizačná (implementačná) časť predmetu priameho rokovacieho konania sa predpokladá v dĺžke trvania 12 mesiacov a testovania v dĺžke 6 mesiacov, a to bez odporúčanej rezervy na plnenie v dĺžke 3 mesiacov. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že z uvedených faktov v znaleckom posudku č. 1 vyplýva, že **riešenie tvoriace predmet priameho rokovacieho konania musí byť nasadené do skúšobnej prevádzky najneskôr do 09/2023, čo nie je možné za žiadnych okolností stihnúť s alternatívnym dodávateľom.** Kontrolovaný ďalej uvádza, že znalec v znaleckom posudku č. 1 konštatuje, že ak plnenie predmetu priameho rokovacieho konania len v rozsahu dovývoja IS DAMAS, ktorý je predmetom priameho rokovacieho konania, bude realizovať existujúci dodávateľ UNICORN, plnenie by mu malo trvať cca. 1,03 roka, t. j. 12 mesiacov. Kontrolovaný teda konštatuje, že **akýkoľvek alternatívny dodávateľ by bol schopný predmet priameho rokovacieho konania dodať riadne (s prihliadnutím na nevyhnutnú dobu**

na nadobudnutie príslušného technologického know-how o IS DAMAS) najskôr za 4 roky a 7 mesiacov od účinnosti zmluvy, ktorej predmetom by bol upgrade IS DAMAS, t. j. najskôr v 08/2025.

157. Kontrolovaný má za to, že týmito zásadnými skutočnosťami sa úrad dôsledne nezaoberal a v rámci rozhodnutia ich nezohľadnil, čo predovšetkým vyplýva z tézy úradu o povinnosti preukazovania tzv. objektívnych technických dôvodov v rámci priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
158. Z vyššie uvedeného podľa kontrolovaného teda vyplýva, že **kontrolovaný znalecky formou znaleckého posudku č. 1 doložil aj skutočnosť, že aj keď by akýkoľvek iný subjekt na trhu mal k dispozícii prevádzkovú dokumentáciu a zdrojové kódy IS DAMAS a zákazku, ktorá je predmetom priameho rokovacieho konania, mal zadanú ihneď po tom, ako to technicky a objektívne bolo možné** (t. j. v momente, keď vznikol posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu predmetu priameho rokovacieho konania), **takýto hospodársky subjekt by nebol schopný túto zákazku zrealizovať včas, t. j. v stanovenom termíne 24. 07. 2024, ale až viac ako 12 mesiacov po tomto termíne.** V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že nakoľko o takéto plnenie z povahy veci nemá záujem, z tohto dôvodu ani neuvažoval o realizácii akéhokoľvek iného postupu k obstaraniu predmetu priameho rokovacieho konania inak, ako priamym rokovacím konaním, nakoľko plnenie z technických dôvodov v kombinácii s časovými aspektmi nutnosti dodania predmetu priameho rokovacieho konania do 24. 07. 2024 nemohol dodať iný subjekt na trhu ako **UNICORN, ktorý má podľa znaleckého posudku č. 1 bazálnu znalostnú výhodu v rozsahu 3,61 roka**, a teda kontrolovaný má týmto za to, že osvedčil, že existujú technické dôvody, pre ktoré neexistuje vo vzťahu k predmetu priameho rokovacieho konania a jeho dodaniu hospodárska súťaž, t. j. žiaden iný subjekt nie je riadne a včas schopný z technických dôvodov dodať predmet priameho rokovacieho konania. Kontrolovaný ďalej v odvolaní konštatuje, že pokiaľ má úrad za to, že predmetný výpočet, či skutočnosti uvedené v podkladoch verejného obstarávania a znaleckom posudku č. 1, nie sú správne, pre prijatie tohto záveru je nevyhnutné odborne a znalecky spochybniť závery v znaleckom posudku č. 1 zo strany úradu, inak táto zistená skutočnosť zo strany úradu nemôže v tomto kontexte obstať.
159. Vo vzťahu k verejnému obstarávaniu MAVIR ako argumentu úradu, že uvedené preukazuje, že **UNICORN je jediným subjektom oprávneným zasahovať do zdrojových kódov systému IS DAMAS a udeľovať akékoľvek užívateľské oprávnenia (licencie) k systému IS DAMAS** a skutočnosť, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponuje potrebnými výhradnými právami k jadru IS DAMAS, **kontrolovaný uvádza, že predmetná skutočnosť nie je sporná.**
160. Nad rámec uvedeného kontrolovaný v odvolaní opätovne zdôrazňuje, že **v kontexte priameho rokovacieho konania je odkaz na verejné obstarávanie MAVIR nepriliehavý, a súčasne, že úpravy v rámci aplikačnej vrstvy IS DAMAS (customizácie) nie je z pohľadu technickej zložitosti možné stotožňovať s úpravami v rámci jadra IS DAMAS, ako sa nesprávne snaží naznačiť úrad.**
161. Vo vzťahu k dôvodu podľa bodu 5. časť A. písm. e) podaného odvolania kontrolovaný uvádza, že **predmetný postup úradu v podobe relevantného nespochybnenia záverov znaleckého posudku č. 1 vo vzťahu k technickému posúdeniu predmetu priameho rokovacieho konania, na ktorou sú založené technické dôvody postupu kontrolovaného priamym rokovacím konaním vo verejnom obstarávaní, považuje kontrolovaný za vadu rozhodnutia, ktorá činí rozhodnutie úradu nepreskúmateľné.** Súčasne kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že pokiaľ by si úrad dal v prípade pochybností závery znaleckého posudku č. 1 odborne preveriť, má kontrolovaný za to, že by dospel k rovnakým skutkovým

záverom, ktoré nevyhnutne smerujú k zákonnosti použitia priameho rokovacieho konania zo strany kontrolovaného.

162. Na základe vyššie uvedeného má kontrolovaný za to, že **záver úradu o tom, že kontrolovaný pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní nepreukázal existenciu technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž vo vzťahu k dodaniu predmetu priameho rokovacieho konania, je nesprávny**, a teda zistené skutočnosti v rozhodnutí vo vzťahu k tomuto bodu nie sú dané.
163. Kontrolovaný v odvolaní uvádza, že nad rámec uvedeného ďalej vo vzťahu k splneniu ďalších podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní odkazuje na bod 25. – 31 Odôvodnenia použitia PRK a príslušné state znaleckého posudku č. 1, ktoré úrad v rozhodnutí neposudzoval v kontexte konkrétnych okolností tohto priameho rokovacieho konania.
164. V kapitole V. „**Preukázanie splnenia podmienok pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) ZVO, t. j. z dôvodu mimoriadnej udalosti nespôsobenej obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať, a vzhľadom na vzniknutú časovú tieseň nemožno uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacie konanie so zverejnením**“ kontrolovaný uvádza, že napriek tomu, že to nepovažuje za nevyhnutné z pohľadu preukázania nezákonnosti rozhodnutia a zákonnosti jeho postupu v rámci priameho rokovacieho konania, vzhľadom na to, že tento dôvod pre použitie priameho rokovacieho konania vo verejnom obstarávaní predstrel v rámci vyjadrenia k výzve a splnenie podmienok jeho aplikácie úrad rovnako v rozhodnutí rozporuje, pričom **kontrolovaný napriek skutočnostiam uvedeným v rozhodnutí má za to, že vzhľadom na významné časové aspekty dodania predmetu priameho rokovacieho konania a vonkajší faktor ich určenia (legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ), je v prípade verejného obstarávania súčasne naplnený aj dôvod pre použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**, sa v tejto časti odvolania v stručnosti vyjadruje k argumentácii úradu o nesplnení podmienok použitia priameho rokovacieho konania z dôvodu tzv. mimoriadnej udalosti zo strany kontrolovaného. Uvedený záver kontrolovaný opiera o skutočnosť, že aj keby verejné obstarávanie na predmet priameho rokovacieho konania v niektorom zo súťažných postupov absolvoval, doba potrebná na prípravu verejného obstarávania, administráciu verejného obstarávania a samotnú realizáciu diela, s prihliadnutím na časové aspekty implementácie alternatívneho informačného systému, a zároveň časové aspekty realizácie modifikácií v predmete priameho rokovacieho konania, uvedené v znaleckom posudku č. 1 (minimálne 8 vývojových rokov – str. 83 znaleckého posudku č. 1), by bola tak dlhá, že by nebolo reálne možné stihnúť transponovať legislatívne požiadavky stanovené na úrovni orgánov EÚ. Kontrolovaný v odvolaní uvádza, že **legislatívne zmeny na úrovni EÚ boli z jeho strany neovplyvniteľné a ani ich nemohol predvídať, a to čo do obsahu daných legislatívnych zmien a eventuálne vyvolanej potreby úprav IS DAMAS (charakteru úprav v rovine aplikačná vrstva/jadro a rozsahu úprav)**.
165. Kontrolovaný v odvolaní uvádza, že úrad predovšetkým v rozhodnutí namieta, že v tomto prípade kontrolovaný nepreukázal, že legislatívne zmeny vyvolávajúce potrebu realizácie verejného obstarávania sú mimoriadnou udalosťou pre účely aplikácie dôvodu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, a súčasne, že neexistovala nepredvídateľná časová tieseň na strane kontrolovaného v súvislosti s potrebou realizácie priameho rokovacieho konania, nakoľko kontrolovaný vedel, že bude musieť reagovať na legislatívne zmeny v lokálnej implementácii MARI a PICASSO už od roku 2017. Kontrolovaný v odvolaní ďalej uvádza, že v tejto súvislosti úrad poukazuje na judikatúru Súdneho dvora Európskej únie (bod 111 rozhodnutia úradu), ktorá má byť priliehavá aj na tento prípad, z ktorej vyplýva, že stanovenie lehoty príslušným orgánom na realizáciu

nejakého úkonu v konaní má byť predvídateľné a nepredstavuje mimoriadnu okolnosť vyvolávajúcu časovú tieseň. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že **judikatúra Súdneho dvora Európskej únie nie je na predmetný prípad priliehavá, nakoľko v danom prípade nejde o povoloňacie konanie, ktorého obsah a trvanie je predvídateľné, ale o *sui generis* legislatívne zmeny a požiadavky, ktorých konkrétny rozsah a obsah ani termín nebol známy, resp. nedal sa predvídať, pričom predovšetkým sa nedalo predpokladať (vzhľadom na možné zmeny dokumentácie implementácie MARI a PICASSO), a súčasne nebolo možné poznať obsah vyvolanej potreby úprav IS DAMAS v súvislosti s legislatívnymi zmenami (charakteru úprav v rovine aplikačná vrstva/jadro a rozsahu úprav).** Podľa kontrolovaného je v tomto prípade situácia špecifická, nakoľko legislatívne požiadavky ešte samé o sebe nepredstavujú konkrétny technický postup ich implementácie, a teda ani kontrolovaný nedokázal predvídať, aké zmeny bude potrebné v tejto súvislosti realizovať, nakoľko pokiaľ by sa realizovali výlučne v aplikačnej vrstve IS DAMAS, dané zmeny by si mohol v nadväznosti na priame rokovacie konanie realizované v roku 2020 realizovať kontrolovaný sám, resp. v rámci súťažného postupu.

166. Kontrolovaný v nadväznosti na vyššie uvedené ďalej v odvolaní rekapituluje preukázanie kumulatívneho splnenia podmienok stanovených v § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní v prípade realizácie priameho rokovacieho konania nasledovne, cit.:

„A. Mimoriadnou udalosťou nespôsobenou Kontrolovaným, ktorú nemohol predvídať, je v tomto prípade povinnosť Kontrolovaného zabezpečiť implementáciu Predmetu PRK v lokálnych podmienkach SR do 24. 7. 2024 (t. j. legislatívna požiadavka na lokálnu implementáciu MARI a PICASSO), pričom Kontrolovaný dostal k dispozícii finálnu verziu posledného dokumentu tvoriaceho technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu v rámci jadra IS DAMAS, ktorá je Predmetom PRK, až v januári 2021, kedy bol tento dokument schválený tretím subjektom (t. j. Kontrolovaný nemohol ovplyvniť ani termín, dokedy musí byť plnenie Predmetu PRK dodané (pokiaľ sa neberie do úvahy skutočná snaha Kontrolovaného termín plnenia Predmetu PRK skrz derogáciu ÚRSO oddialiť), ani termín, kedy dostal k dispozícii všetky podklady pre možnosť realizácie zákazky, ktorej predmetom je Predmet PRK), pričom nebolo do januára 2021 jasné, aká rozsiahla bude vyvolaná potreby úprav IS DAMAS v tejto súvislosti (jednak z pohľadu charakteru úprav v rovine aplikačná vrstva/jadro a rozsahu úprav).

B. Časová tieseň, ktorá bola vyvolaná mimoriadnou udalosťou a nutnosťou zabezpečenia sústavnej prevádzky IS DAMAS ako súčasti kritickej infraštruktúry SR, bola vyvolaná práve vyššie popísaným stavom možnosti efektívneho (riadneho) a včasného dodania Predmetu PRK výlučne zo strany aktuálneho dodávateľa UNICORN (vid'. argumentácia uvedená v tomto odvolaní a príslušné state Odôvodnenia použitia PRK a Znaleckého posudku, ktoré sú na zdôvodnenie časovej tiesne plne aplikovateľné), nebolo možné uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž ani rokovacie konanie so zverejnením.“

167. Na podklade vyššie uvedeného má kontrolovaný za to, že **priame rokovacie konanie je súčasne zákonne odôvodniteľné aj podľa v § 98 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, keďže v dôsledku mimoriadnej situácie nespôsobenej obstarávateľom (legislatívna zmena a stanovený termín implementácie legislatívnych zmien, ktoré objektívne nie je možné posunúť, a teda ani predvídať tak, aby kontrolovaný mohol efektívne reagovať a uskutočniť verejnú súťaž, užšiu súťaž alebo rokovacie konanie so zverejnením), vznikla časová tieseň, v dôsledku ktorej k riadnemu a včasnému dodaniu predmetu priameho rokovacieho konania bol schopný výlučne súčasný dodávateľ UNICORN, pričom podľa názoru kontrolovaného sa úrad v rozhodnutí s touto argumentáciou nedostatočne vysporiadal, a to v kontexte individuálnosti tohto prípadu a jeho všetkých vzájomných súvislostí.**

168. Kontrolovaný v závere odvolania **dáva pre úplnosť do pozornosti ekonomický aspekt** jeho postupu, pričom kontrolovaný uvádza, že si **súčasne uvedomuje, že ekonomický aspekt postupu zadávania priameho rokovacieho konania nie je rozhodujúci pri hodnotení zákonnosti priameho rokovacieho konania**, no napriek uvedenému pre vykreslenie obchodných súvislostí aj v kontexte záverov znaleckého posudku č. 1 k ekonomickej stránke realizácie alternatívnych riešení vo vzťahu k priamemu rokovaciemu konaniu, zdôrazňuje, že v kontexte priameho rokovacieho konania realizovaného v roku 2020 boli podľa kontrolovaného legislatívne požiadavky na upgrade IS DAMAS (predovšetkým ich obsah a časové súvislosti implementácie) nepredvídateľné, pričom **súčasne nastavený stav s aktuálnym dodávateľom IS DAMAS a nositeľom výhradných práv k úpravám jadra IS DAMAS, UNICORN, bude riešený komplexnou výmenou IS DAMAS za iný systém otvoreným postupom verejného obstarávania, ktorý sa plánuje zahájiť v roku 2025.**
169. Ďalej v závere odvolania kontrolovaný uvádza, že **neopomenuteľným faktorom v rámci priameho rokovacieho konania z pohľadu kontrolovaného je tiež princíp hospodárnosti** a s tým súvisiaca zodpovednosť štatutárnych zástupcov kontrolovaného, pričom kontrolovaný v tejto časti odvolania opätovne zdôrazňuje, že plne rešpektuje úradom uvádzanú súvislosť, že porušenie zákona o verejnom obstarávaní (akéhokoľvek zákona) nemôže byť nahradené, resp. „ospravedlnené“ vyčíslením akejkoľvek úspory reprezentujúcej hospodárnosť priameho rokovacieho konania oproti hypotetického otvorenému postupu verejného obstarávania. V tomto prípade má však kontrolovaný za to, že na základe skutočností uvádzaných v dokumentoch predložených k priamemu rokovaciemu konaniu, ako aj na základe vyššie uvádzaných skutočností, k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní podľa názoru kontrolovaného nedošlo, preto argumentáciu úradu v tejto súvislosti považuje kontrolovaný za irelevantnú. Zároveň kontrolovaný uvádza, že znalec sa v znaleckom posudku č. 1 jednoznačne odborne v súlade s rešpektovanou metodikou vyjadril aj k finančnému vyčísleniu ostatných variantov zabezpečenia predmetu priameho rokovacieho konania, kde bola hospodárnosť preukázaná, pričom úrad tieto závery znalca žiadnym znaleckým posudkom, ani iným odborným posudkom, nevyvrátil, či nespochybnil. Ďalej kontrolovaný v odvolaní konštatuje, že **úrad sa otázkou hospodárnosti realizácie priameho rokovacieho konania hlbšie nezaoberal, resp. vo svojom rozhodnutí skôr podľa kontrolovaného preukázal nepochopenie predmetnej argumentácie v kontexte aktuálnej reality v podobe realizácie predmetu priameho rokovacieho konania v kontexte rozhodujúcich časových súvislostí plnenia, len ju jednoducho zamietol argumentom, že porušenie zákona o verejnom obstarávaní nemôže byť ospravedlnené akoukoľvek úsporou.**
170. V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že má za to, že podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní **musí dodržať aj princíp hospodárnosti a efektívnosti nakladania s finančnými prostriedkami**, ktoré kontrolovaný ako regulovaný subjekt má z taríf za prenos a systémové služby, a ktoré v konečnom dôsledku uhradia všetci odberatelia elektrickej energie vo svojich faktúrach. Kontrolovaný má teda za to, že **úrad sa nedostatočne zaoberal dodržaním princípov verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a ich vzájomnej kolízii a váhe pri zohľadnení špecifik a okolností konkrétneho prípadu tohto priameho rokovacieho konania**, čo ho viedlo k formulovaniu zistených skutočností vo výzve vo vzťahu k priamemu rokovaciemu konaniu, ktoré nie sú podľa presvedčenia kontrolovaného dané.
171. V závere odvolania kontrolovaný poukazuje na skutočnosť, že úrad vo veci dohľadu nad verejným obstarávaním začal konať až deň nasledujúci po dni zverejnenia uzatvorenej zmluvy ako výsledku priameho rokovacieho konania v profile kontrolovaného, a to dorúčením oznámenia o začatí konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy dňa 28. 09. 2022, hoci už disponoval z profilu kontrolovaného informáciou, že zmluva vo verejnom obstarávaní už bola uzatvorená, a následne, po vyjadrení kontrolovaného o procesnej

neprípustnosti tohto postupu, toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy úrad zastavil, pričom vzápätí úrad začal vo veci dohľadu nad verejným obstarávaním toto konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzatvorení zmluvy, v ktorom úrad konštatoval údajné porušenie zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s priamym rokovacím konaním, a to vo vzťahu k nesplneniu samotných podmienok k realizácii priameho rokovacieho konania v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.

172. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že keďže si úrad v rámci zákonnej lehoty zákazu uzatvorenia zmluvy vo verejnom obstarávaní vyžiadal ďalšie dokumenty k priamemu rokovaciemu konaniu, ktoré kontrolovaný obratom predložil a napriek tomu úrad ani do dvoch mesiacov nezačal konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy vo verejnom obstarávaní, kontrolovaný mal legitímne za to, že úrad neidentifikoval v postupe priameho rokovacieho konania akékoľvek porušenia zákona o verejnom obstarávaní ktoré by kontrolovanému bránili použitiu priameho rokovacieho konania a uzatvoreniu zmluvy s vybraným dodávateľom, a to aj vzhľadom na skúsenosti kontrolovaného s postupom úradu v obdobných veciach.
173. Na základe vyššie uvedených skutočností kontrolovaný **navrhuje, aby rada po dôslednom zvážení všetkých skutočností zmenila rozhodnutie úradu tak, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzatvorení zmluvy, z dôvodu, že nebolo zistené porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, zastavila.**

Zistenia rady

174. Po preskúmaní dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu a administratívneho spisu z konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy rada zistila nasledovné skutočnosti:
175. Kontrolovaný je obstarávateľom podľa § 9 ods. 3 písm. a) bod 1 zákona o verejnom obstarávaní. Na obstaranie predmetu zákazky „Aktualizácia a upgrade jadra pre potreby transformácie systému na 15 min a pripojením na MARI/PICASSO“ kontrolovaný použil postup priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 2 849 610,00 eur bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. Daná zákazka nemá byť financovaná z fondov Európskej únie. Kontrolovaný listom „Výzva na predloženie ponuky a následné rokovanie“ zo dňa 21. 07. 2022 vyzval spoločnosť UNICORN na predloženie ponuky na vyššie uvedený predmet zákazky postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. Výsledkom priameho rokovacieho konania bolo uzavretie Zmluvy o dielo č. 2022-0182-1176520 zo dňa 27.09.2022 (ďalej len „Zmluva o dielo“) medzi kontrolovaným ako objednávateľom a spoločnosťou UNICORN ako zhotoviteľom so zmluvnou cenou vo výške 2 422 168,50 eur bez DPH.
176. V oznámení o dobrovoľnej transparentnosti ex ante v časti II. bod 1.4) „**Stručný opis**“ (ďalej len „oznámenie“) je uvedené, cit.: „*Predmetom zákazky je realizovanie zmien systému Damas Energy (ďalej len „DaE“) v súvislosti s integráciou na platformy MARI a PICASSO a prechodu obchodovania na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch, čo si vyžiada úpravy jadra DaE vo viacerých častiach. Predmetom zákazky sú iba úpravy spočívajúce v rozlíšení a optimalizácii jadra.*
- 1 Identifikované oblasti úprav jadra sú:*
- 1.1 Podpora intervalových časových radov*
- 1.2 Podpora 15 minút pre dátové toky typu 1*
- 1.3 Možnosť zmeny hodnoty parametra obchodného typu v čase*
- 1.4 Podpora pre vývoj špecifických (komplexných) obrazoviek*

1.5 Zobrazenie detailu pre agregované hodnoty
 1.6 Podpora pluginov pre špecifické riešenie spracovania dát
 1.7 Časový rad s hybridným ukladaním
 1.8 Nepriame vyvolanie validácii v časových radoch
 1.9 Optimalizácie synchronizačných dátových tokov
 1.10 Podpora výberu hodnoty položky číselníkov na základe poradia
 1.11 Rozšírenie agregáčnych funkcií v operandoch
 1.12 Rozšírenie funkcie na získanie hodnoty v čase pri práci s dynamickou časovou jednotkou
 1.13 Optimalizácie vynútenia prepočtu
 1.14 Stabilita, výkon, bezpečnosť
 1.15 Typové šablóny
 1.16 Typové šablóny dátových tokov
 Typové šablóny dátových tokov budú pripravené pre nasledujúce oblasti:
 Príprava prevádzky PpS (Podporných služieb);
 Príprava prevádzky RE (Regulačnej elektriny);
 Denný nákup;
 Vyhodnotenie PpS;
 Vyhodnotenie RE;
 Medzinárodný scheduling;
 Aukcia kapacít implicitné aukcie;
 Aukcia kapacít denný explicitná aukcia;
 Reporting do Transparency Platform.
 Bližšie informácie sú uvedené v bode II.2.4) tohto Oznámenia. “

177. V prílohe „D2 - VYBRANÉ ODVETVIA“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante kontrolovaný uviedol nasledovné, cit.:

„D2.1 Odôvodnenie výberu rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia výzvy na súťaž v súlade s článkom 50 smernice 2014/25/EÚ

Práce, tovary alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt z týchto dôvodov: chýbajúca hospodárska súťaž z technických dôvodov

178. V bode D2.3 „Vysvetlenie“ oznámenia sa uvádza nasledovné, cit.: „(...) Predmetným obstarávaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní sa zabezpečuje upgrade jadra softvéru DAMAS Energy. Nositeľom majetkových práv autora k počítačovému programu DAMAS Energy je i naďalej hospodársky subjekt Unicorn Systems SK s. r. o. (predtým s názvom Unicorn Group spol. s r.o.) so sídlom Central 5, Ševčenkova 34, Bratislava 851 01, IČO: 35 771 917. Pre uzatvorenie zmluvy o dielo na predmet tohto PRK sa ako jediné riešenie javí postup priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO s Unicorn Systems SK s. r. o., nakoľko **podľa Znaleckého posudku existuje z dôvodov stojacich mimo SEPS výlučne určitý hospodársky subjekt Unicorn Systems SK s. r. o., ktorý môže SEPS predmetné plnenie poskytnúť** čím sú zároveň kumulatívne splnené všetky právne, technické a technologické podmienky na uzatvorenie zmluvy o dielo priamym rokovacím konaním z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, nakoľko z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. (...).“
179. V dokumente „**Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu použitím priameho rokovacieho konania**“, ktorý bol zverejnený na profile kontrolovaného dňa 21. 07. 2022 (ďalej len „Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu PRK“) je uvedené, cit.:

„Predmetným obstarávaním sa zabezpečuje upgrade jadra softvéru DAMAS Energy. Podľa § 87 ods. 1 zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v platnom znení počítačový program, ktorým je súbor príkazov a inštrukcií vyjadrených v akejkoľvek forme použitých priamo alebo nepriamo v počítači alebo v podobnom technickom zariadení, je chránený podľa tohto zákona, ak je výsledkom tvorivej duševnej činnosti autora. (...)

Predmetný upgrade počítačového programu DAMAS Energy (ďalej aj „informačný systém“) predstavuje zásah do jadra počítačového programu.

Obstarávateľ oznámením o dobrovoľnej transparentnosti ex ante zn. 45621-DES vyhláseným vo Vestníku verejného obstarávania č. 270/2020 zo dňa 28.12.2020 zahájil proces priameho rokovacieho konania na úpravy systému Damas Energy, ktorý bol ukončený uzatvorením zmluvy s hospodárskym subjektom Unicorn Systems SK s. r. o. dňa 13.01.2021.

SEPS v rámci uvedeného PRK po preskúmaní Prípadovej štúdie ÚVO a Slovensko.Digital (pozn. úradu: Prípadová štúdia ÚVO a Slovensko.Digital je aktuálne dostupná na nasledovnom linku <https://www.uvo.gov.sk/aktualne-temy-2a8.html?id=640>) pristúpil k rokovaniam s Unicorn, ktorých výsledkom bolo odstránenie vendor lock-in v rozsahu, ktoré bol Unicorn ochotný akceptovať, t. j. odstránenie stavu vendor lock-in ku „Customizáciám Informačného systému“. Práva k tzv. „Jadru Informačného systému“ si Unicorn ponechal. Predmet dohody oboch zmluvných strán bol zachytený v Zmluve o vysporiadaní autorských práv k informačnému systému Damas Energy a o poskytnutí ďalších služieb, ktorá bola priamo naviazaná na výsledok priameho rokovacieho konania. SEPS sa dostala zo stavu vendor lock-in iba na úrovni Customizácií informačného systému. SEPS nie je objektívne schopná odstrániť stav vendor lock-in na úrovni jadra systému. Ide o obchodné rozhodnutie Unicorn, že práva k jadru informačného systému si ponecháva.

Nositel'om majetkových práv autora k jadru počítačovému programu DAMAS Energy je i nad'alej hospodársky subjekt Unicorn Systems SK s. r. o. (predtým s názvom Unicorn Group spol. s r.o.) so sídlom Central 5, Ševčenkova 34 Bratislava 851 01, IČO: 35 771 917 (ďalej len „Unicorn“).

Analýzou všetkých postupov verejného obstarávania (§ 29, § 84 vo väzbe na § 91 - 98 zákona o verejnom obstarávaní) SEPS dospela k názoru, že jediným legálnym postupom pre obstaranie predmetu zákazky je priame rokovacie konanie podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Ak by kontrolné orgány trvali na tom, že podmienkou na použitie priameho rokovacieho konania je nadobudnutie práv k informačnému systému aj na úrovni jadra informačného systému, a to i napriek nesúhlasu zmluvného partnera, SEPS poukazuje na čl. 18 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky, podľa ktorého vyvlastnenie alebo nútené obmedzenie vlastníckeho práva je možné iba v nevyhnutnej miere a vo verejnom záujme, a to na základe zákona a za primeranú náhradu.

SEPS sa vo vzťahu k jadru systému i nad'alej nachádza v stave vendor lock-in a z uvedeného dôvodu nie je možné realizovať iný postup verejného obstarávania ako je priame rokovacie konanie.

Podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní priame rokovacie konanie môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak je splnená aspoň jedna z týchto podmienok: tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak 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.

Predmetná podmienka je dôkazne podložená nasledovnými dokumentami, ktoré tvoria originál dokumentáciu k priamemu rokovaciemu konaniu:

1. Znalecký posudok č. 6/2022 zo dňa 13.06.2022 súdneho znalca XY evidenčné číslo znalca XYY,

2. Právnu analýzu Advokátskej kancelárie XX zo dňa 17.06.2022. „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania.

Obstarávateľ zverejňuje:

1. Závery znaleckého posudku - záverečné odpovede znalca na položené otázky, ktoré tvoria prílohu č. 2 k tomuto odôvodneniu,

2. Právnu analýzu Advokátskej kancelárie XX zo dňa 17. 06. 2022. „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“ (okrem prílohy č. 3 právnej analýzy), ktorá tvorí prílohu č. 3 k tomuto odôvodneniu.

SEPS uvádza, že splnenie podmienok na použitie priameho rokovacieho konania je preukázané predmetnými dokumentmi.

Informácie v súlade s § 26 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní sú uvedené v Oznámení o zámere uzavrieť zmluvu.

Na základe vyššie uvedených skutočností má obstarávateľ zato, že ako obstarávateľ zvolil pri obstarávaní uvedených služieb priame rokovacie konanie z objektívnych dôvodov, nakoľko sa jedná o výnimočný a špecifický prípad, pričom na použitie PRK boli kumulatívne splnené všetky zákonné podmienky vyplývajúce z § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní a ich splnenie obstarávateľ riadne, dôkladne a náležite odôvodnil a svoje tvrdenia preukázal predloženými písomnými dôkazmi v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. “

180. Prílohy vyššie citovaného „Odôvodnenia zámeru uzavrieť zmluvu PRK“ tvoria nasledovné dokumenty:

1. Vyhlásenie o výhradnosti práv UNICORN k IS DAMAS zo dňa 26. 06. 2019,
2. Závery znaleckého posudku č. 1, t. j. Znaleckého posudku č. 6/2022 zo dňa 13. 06. 2022 vyhotoveného znalcom XY – záverečné odpovede znalca na položené otázky,
3. Právna analýza advokátskej kancelárie XX označená ako „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“ zo dňa 17. 06. 2022 (ďalej len „Odôvodnenie použitia PRK“).

181. V Odôvodnení použitia PRK, ktoré predložil kontrolovaný v rámci predloženej dokumentácie v kapitole I. „**Opis rozhodných skutkových okolností** a základný účel vypracovania tohto dokumentu“ sa uvádza o. i. nasledovné, cit.:

„(...) 6. **IS DAMAS bol pre SEPS zhotovený na základe Zmluvy o dielo zo dňa 15. 10. 2003** (ďalej len „Zmluva“) obchodnou spoločnosťou patriacou do skupiny obchodných spoločností UNICORN (ďalej len spoločne „UNICORN“). Predmetom Zmluvy bola dodávka technologickej platformy, implementácia a uvedenie do prevádzky „Aukčného elektronického portálu SEPS“ prostredníctvom dodávky IS DAMAS - modulu Prenosové služby, dodanie súvisiacich licencií, ako i dodanie požadovaných úprav systému IS DAMAS. **Následne bola zo strany UNICORN zabezpečovaná pre potreby SEPS servisná podpora a údržba IS DAMAS, pričom systém IS DAMAS bol na základe ďalších samostatných zmlúv o dielo a ich dodatkov upravovaný a modifikovaný takým spôsobom, aby zodpovedal aktuálnym potrebám spoločnosti SEPS a vyhovoval všetkým legislatívnym požiadavkám** (zoznam predmetných zmlúv o dielo je uvedený v rámci Prílohy č. 1 tohto dokumentu medzi podkladmi k spracovaniu tohto dokumentu).

7. **IS DAMAS predstavuje komplexný systém, ktorý je z pohľadu architektúry informačného systému (a aj následného zdôvodnenia riešenia autorskoprávných oprávnení SEPS k IS DAMAS) možné rozdeliť na 2 časti resp. vrstvy:**

- a. Jadro IS DAMAS**, ktoré predstavuje samotnú platformu Damas (zdrojový kód platformy Damas, produkt, štandardný software UNICORN); a
- b. Aplikačná vrstva IS DAMAS (customizácie)**, ktorá predstavuje nadstavbu k jadru IS DAMAS (t. j. založenú na princípoch fungovania platformy Damas) vytvorenú výlučne pre používateľské potreby SEPS.

8. V **decembri 2017** vstúpilo do platnosti **Nariadenie Komisie (EÚ) 2017/2195**, ktorým sa stanovuje usmernenie o zabezpečovaní rovnováhy v elektrizačnej sústave (ďalej len „EB GL“). EB GL vytvára základný legislatívny rámec na úpravu zabezpečenia rovnováhy v elektrizačnej sústave a procesov v oblasti obstarávania a zúčtovania rezerv na zachovanie a obnovenie frekvencie a nahradzujúcich rezerv. Jednou z hlavných úloh vyplývajúcich z EB GL pre prevádzkovateľov prenosových sústav (vrátane SEPS) je vytvorenie spoločných európskych platforiem na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s manuálnou a automatickou aktiváciou (ďalej len spoločne „európske platformy“ alebo samostatne ako „európska platforma“), podľa článku 20 a článku 21 EB GL, a to za účelom harmonizácie vyrovnávacích trhov.

9. V súvislosti s **povinnosťou zabezpečenia splnenia povinností transformácie systému** na obchodovanie s 15 minútovým rozlíšením a pripojením na európske platformy (tzv. MARI a PICASSO) stanovených ďalej uvedenou príslušnou nadnárodnou legislatívou na úrovni EÚ zo strany SEPS, je **nevyhnutné upraviť a rozšíriť viaceré funkcionality a oblasti IS DAMAS, ktoré sú spojené so zásahom do zdrojového kódu (jadra) IS DAMAS, t. j. samotnej platformy Damas:**

a. Mari (mFRR)

SEPS má v zmysle článku 20 ods. 6 EB GL spoločne s ostatnými európskymi prevádzkovateľmi prenosových sústav povinnosť zaviesť a spravovať európsku platformu na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s manuálnou aktiváciou. Platforma MARI (z ang. European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with manual activation) je projekt, ktorého cieľom je vytvorenie platformy na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s manuálnou aktiváciou. Účelom platformy je cezhraničný proces aktivácie rezerv (manuálne alebo automaticky) v rámci ponukových zón alebo LFC oblastí účastníckych prevádzkovateľov prenosových sústav. (ďalej len „MARI“ alebo „Mari“)

b. Picasso (aFRR)

V zmysle článku 21 ods. 6 EB GL má SEPS tiež povinnosť spolu s ostatnými európskymi prevádzkovateľmi prenosových sústav, ktorí vykonávajú automatický postup obnovenia frekvencie, zaviesť a spravovať európsku platformu na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s automatickou aktiváciou. Platforma PICASSO (z ang. European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with automatic activation) je projektom, ktorý má za cieľ vytvoriť platformu na výmenu regulačnej energie z rezerv na obnovenie frekvencie s automatickou aktiváciou v súlade s legislatívnymi požiadavkami (najmä EB GL, SO GL a nariadenia (EÚ) 1222/2015 ďalej len „CACM“). Platforma PICASSO tak vytvorí procesy cezhraničnej aktivácie aFRR pre všetkých prevádzkovateľov prenosových sústav a ich ponukové oblasti. (ďalej len „PICASSO“ alebo „Picasso“)

Spoločne k MARI a PICASSO - implementačné rámce, technické dokumenty, plán pristúpenia a lokálna implementácia v podmienkach SEPS

Prevádzkovatelia prenosových sústav boli povinní zhotoviť návrh implementačných rámcov MARI a PICASSO podľa článku 19 – 22 EB GL. Implementačný rámec je základným dokumentom, z ktorého vychádzajú aktivity v procese budovania a implementácie európskych platforiem, pričom obsahuje celkové usporiadanie európskych platforiem, definovanie

a vymedzenie funkcií potrebných na prevádzkovanie európskych platforiem, návrh pravidiel riadenia a prevádzkovania európskych platforiem, ako aj návrh na vymenovanie subjektov prevádzkujúcich tieto európske platformy, popis funkcií európskej platformy, samotný harmonogram zavedenia platforiem a ďalšie. Agentúra pre spoluprácu energetických regulačných orgánov (ďalej len „ACER“) napriek výhradám prevádzkovateľov prenosových sústav rozhodla o konečnom znení implementačných rámcov MARI a PICASSO v januári 2020.

Pre naplnenie požiadaviek EB GL boli v roku 2018 zriadené rozhodnutím „All TSOs“, ako zastupiteľským orgánom prevádzkovateľov prenosových sústav v ENTSO-E, dva implementačné projekty MARI pre mFRR platformu a PICASSO pre aFRR platformu. Úlohou implementačných projektov bolo vytvoriť technické dokumenty/špecifikácie, business požiadavky a High Level Design pre prevádzku európskych platforiem. Schválené technické dokumenty oboch európskych platforiem predstavujú nevyhnutný vstup a predpoklad pre definovanie a finalizáciu procesov lokálnej implementácie MARI a PICASSO. Posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy MARI nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu bol schválený v septembri 2020. Posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutný pre lokálnu implementáciu bol schválený v januári 2021.

Podľa článku 20 ods. 3 a článku 21 ods. 3 EB GL mali prevádzkovatelia prenosových sústav povinnosť inkorporovať do implementačných rámcov európskych platforiem aj plán prístúpenia (tzv. Accession Roadmap). Plán prístúpenia je zverejňovaný v jeho aktuálnom znení pre každú platformu na webovej adrese ENTSO-E. Aktuálna verzia plánu prístúpenia pre obe platformy je v platnosti od októbra 2021. **Plán prístúpenia definuje len predpokladaný harmonogram prístúpenia príslušného prevádzkovateľa prenosovej sústavy do európskej platformy, z čoho vyplýva, že jeho obsah nie je žiadnym spôsobom záväzný, a môže sa meniť v závislosti od implementačných procesov na platformách a stavu lokálnej pripravenosti príslušného prevádzkovateľa prenosovej sústavy.**

V nadväznosti na požiadavky podľa implementačných rámcov mFRR a aFRR bol príkazom predstavenstva SEPS č. PP 01/2020 v júni 2020 iniciovaný projekt „Implementácia aFRR a mFRR platforiem“, ktorého cieľom je zabezpečiť efektívne riadenie a plnenie úloh vyplývajúcich z implementačných rámcov pre platformy aFRR a mFRR (PICASSO a MARI). Do 30 mesiacov od schválenia implementačných rámcov musia všetci prevádzkovatelia prenosových sústav zaviesť a sprevádzkovať európske platformy pre výmenu regulačnej elektriny aFRR a mFRR. V súlade s článkom 62 ods. 1 EB GL môžu prevádzkovatelia prenosových sústav požiadať regulačné úrady o udelenie výnimky z lehoty na pripojenie a využívanie európskych platforiem.

Na základe rozhodnutia predstavenstva SEPS projektový tím vypracoval žiadosť o výnimku z lehoty na pripojenie k európskym platformám v súlade s podmienkami stanovenými v článku 62 ods. 2 – 5 EB GL. Písomná žiadosť SEPS bola podaná Úradu pre reguláciu sieťových odvetví SR (ďalej len „ÚRSO“) dňa 21. 01. 2021. ÚRSO schválilo žiadosť SEPS rozhodnutím č. 0003/2021/E-EU dňa 29. 03. 2021, čím predĺžilo lehotu pripojenia sa SEPS k európskym platformám o 24 mesiacov (tzn. do 24. 07. 2024).

c. Prechod obchodovania na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch
Na základe požiadaviek stanovených v implementačných rámcoch musí mať SEPS zavedený proces zadávania ponúk regulačnej elektriny v 15 min. granularite pred pripojením k platformám MARI a PICASSO. **SEPS od ÚRSO získala výnimku na pripojenie k platformám MARI a PICASSO do 24. 07. 2024 (viď. vyššie), a teda aj na prechod obchodovania na 15 minútové rozlíšenie v rámci denného trhu a vyrovnávacieho trhu, ktoré sú stanovené v implementačných rámcoch MARI a PICASSO. (ďalej len „Prechod na 15 minút“)**

Časti plnenia MARI, PICASSO a Prechod na 15 minút sú medzi sebou priamo determinované, nakoľko bez prechodu na obchodovanie na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch (v rámci denného trhu a vyrovnávacieho trhu) nie je možná integrácia na MARI a PICASSO (s použitím predchádzajúcej verzie resp. súčasne nasadenej verzii jadra IS DAMAS napriek tomu, že systém umožňuje pracovať s 15 minútovými intervalmi, však nie je možné realizovať proces transformácie systému na 15 minútový interval (časové rady neumožňujú zmenu časovej jednotky v časovej dimenzii v rámci časového radu)), a teda je nevyhnutné za účelom pripojenia k platformám MARI a PICASSO tieto príslušné nevyhnutné úpravy jadra IS DAMAS realizovať, bez ktorých nie je možné ani splnenie vyššie uvedených povinností transformácie systému IS DAMAS na strane SEPS vyplývajúcich z nadnárodnej legislatívy na úrovni EÚ.

Rozsah konkrétnych plnení (rozsah dodávky) a SEPS predpokladaných úprav jadra IS DAMAS (t. j. samotnej platformy Damas) je podrobne špecifikovaný v rámci Technickej špecifikácie diela (príloha č. 1 návrhu zmluvy o dielo), ktorá bola podrobená znaleckému posudzovaniu (viď. ďalej). (ďalej aj len spoločne „Upgrade IS DAMAS“ alebo „Predmet PRK“)

10. Zo strany UNICORN boli SEPS predložené cenové ponuky na realizáciu Predmetu PRK, z ktorých vyplýva, že poskytnutá cena plnenia za realizáciu Predmetu PRK prekračuje finančný limit stanovený pre nadlimitné verejné zákazky zadávané obstarávateľom podľa ZVO, a teda na obstaranie dodávateľa Predmetu PRK je nutné použiť postup zadávania nadlimitnej zákazky na služby obstarávateľom v súlade so ZVO.

11. S poukazom na vyššie uvedené rozhodné skutočnosti sa SEPS rozhodla realizovať Predmet PRK na základe uzatvorenia zmluvy o dielo s UNICORN (konkrétne spoločnosťou Unicorn Systems SK, s. r. o., IČO: 35771917, so sídlom Central 5, Ševčenkova 34, 851 01 Bratislava, patriacou do skupiny UNICORN) priamym rokovacím konaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO z dôvodu „technickej výlučnosti“, naplnenie podmienok zákonnej aplikácie ktorého je ďalej v tomto dokumente právne a technicky podrobne zdôvodnené v súlade s aktuálnou rozhodovacou a metodickou praxou Úradu pre verejné obstarávanie, a to v kontexte a v nadväznosti na aktuálny stav riešenia autorských práv SEPS k IS DAMAS, ako aj realizované priame rokovacie konanie podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO v decembri 2020, ktorým bol realizovaný predchádzajúci veľký legislatívny upgrade IS DAMAS (ďalej len „PRK z roku 2020“).

12. Za účelom preukázania kumulatívneho splnenia právnych, ako aj technických a technologických podmienok zákonnej aplikácie postupu uzatvorenia zmluvy o dielo na realizáciu Predmetu PRK s UNICORN priamym rokovacím konaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO, Spracovateľ pre SEPS spracoval tento dokument a zároveň znalec v odbore Elektrotechnika, odvetvie Riadiaca technika, výpočtová technika (hardvér), Počítačové programy (softvér), Bezpečnosť a ochrana informačných systémov, Odhad hodnoty elektrotechnických zariadení a elektroniky a Elektronické komunikácie vypracoval znalecký úkon – Znalecký posudok č. 6/2022 (ďalej len „Znalecký posudok“), vybrané časti a relevantné závery ktorého sú súčasťou tohto dokumentu.

Popis súčasného stavu vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN v súvislosti s IS DAMAS

13. Nakoľko s problematikou postupu obstarania predmetu zákazky priamym rokovacím konaním podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO z dôvodu „technickej výlučnosti“ je nevyhnutne spojená aj otázka autorských práv obstarávateľa k systému (v tomto prípade IS DAMAS), ktorého sa plnenie obstarávané postupom priameho rokovacieho konania týka, Spracovateľ považuje za vhodné pre účely tohto dokumentu pred zdôvodňovaním kumulatívneho splnenia všetkých podmienok predpokladaných v § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO na možnosť aplikácie tohto postupu k obstaraniu zhotoviteľa Upgrade IS DAMAS, popísať

komplexne historický, ako aj súčasný stav vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN a samotnému IS DAMAS, a to aj kontexte PRK z roku 2020.

14. **Zo všetkých existujúcich zmluvných dokumentov, na základe ktorých dochádzalo k dodaniu či rozvoju/modifikácii IS DAMAS zo strany UNICORN pre SEPS (s výhradou PRK z roku 2020) vyplýva, že tieto neobsahujú ani v jednom prípade zmluvné ustanovenie, ktoré by akokoľvek zakladalo dispozičné práva alebo chránilo oprávnené ekonomické záujmy SEPS ako objednávateľa, ale najmä ako osobu financujúcu vytvorenie customizácií IS DAMAS (vrátane úprav jadra IS DAMAS pre potreby SEPS).** Súčasne podľa platného a účinného právneho stavu v oblasti autorského práva v právnom poriadku SR ku dňu dodania IS DAMAS (t. j. v roku 2003, kedy bol platný a účinný Autorský zákon z roku 1997), Autorský zákon z roku 1997 vôbec nechránil objednávateľa počítačového programu vytvoreného na základe zmluvy. Objednávateľ (investor) mohol mať maximálne právo počítačový program používať a akékoľvek iné zmluvné obmedzenia autora (zhotoviteľa) by mohli byť postihnuté absolútnou neplatnosťou. SEPS teda podľa znenia Autorského zákona z roku 1997 ku dňu dodania IS DAMAS na základe Zmluvy nesvedčí ani žiadna zákonná licencia alebo obdobné zákonné oprávnenie existujúce pri zmluve o vytvorení diela. Autorskoprávne nastavenie Zmluvy potvrdzuje vyššie uvedený právny stav, nakoľko zo znenia Zmluvy explicitne vyplýva, že **nositeľom autorských práv v zmysle Autorského zákona z roku 1997 k predmetu Zmluvy (IS DAMAS) je v plnom rozsahu UNICORN ako zhotoviteľ IS DAMAS.**

15. **Uvedené potvrdil aj UNICORN na základe Licenčného osvedčenia zo dňa 31. 05. 2012 a opakovane ďalšími písomnými vyhláseniami, z ktorých vyplýva, že UNICORN je majiteľom všetkých výhradných oprávnení potrebných na realizáciu zásahov do IS DAMAS, pričom tieto práva neudelil žiadnej tretej osobe (ani SEPS) - aktuálne (posledné) znenie predmetného vyhlásenia UNICORN tvorí Prílohu č. 2 tohto dokumentu.** Z predmetného vyhlásenia UNICORN vyplýva, že jadro IS DAMAS (t. j. samotná platforma Damas) predstavuje štandardný softwarový produkt skupiny UNICORN.

16. Z vyššie uvedeného vyplýva, že **v stave pred realizáciou PRK z roku 2020 sa SEPS vo vzťahu k IS DAMAS a UNICORN nachádzal v stave veľmi silného vendor lock-in, a to jednak vo vzťahu k jadru IS DAMAS, ako aj customizáciám IS DAMAS (aplikačnej vrstve IS DAMAS vytvorenej výlučne pre potreby SEPS na štandardnej platforme Damas), kedy SEPS nedisponoval dostatočnými podkladmi (faktický vendor lock-in) ani licenčnými oprávneniami (právny vendor lock-in), ktorý mu prakticky aj právne znemožňoval prevádzku a rozvoj IS DAMAS iným hospodárskym subjektom než UNICORN, a ktorý vznikol historicky v dôsledku aplikácie zákonného režimu nastavenia autorskoprávných oprávnení objednávateľa (SEPS) podľa Autorského zákona z roku 1997 k dielu (IS DAMAS) zhotovenému na základe Zmluvy.**

17. **V rámci PRK z roku 2020 sa SEPS pokúsil o vyriešenie stavu vendor lock-in vo vzťahu IS DAMAS a UNICORN (Stanovisko UNICORN k riešeniu vendor lock-in IS DAMAS zo dňa 10.8.2020 tvorí Prílohu č. 3 tohto dokumentu), pričom výsledkom PRK z roku 2020 bolo aj uzatvorenie Zmluvy o vysporiadaní autorských práv k informačnému systému Damas Energy a o poskytovaní ďalších služieb zo dňa 18. 12. 2020 (ďalej len „Zmluva o vysporiadaní autorských práv“), na základe ktorej došlo k:**

- a. **efektívnemu odstráneniu stavu vendor lock-in** (faktického vendor lock-in aj právneho vendor lock-in) **SEPS k aplikačnej vrstve IS DAMAS (customizáciám);**
- b. **efektívnemu neodstráneniu stavu vendor lock-in** (ani faktického vendor lock-in ani právneho vendor lock-in) **SEPS k jadru IS DAMAS** (t. j. štandardnému softvéru platformy Damas), a to z dôvodu obchodného rozhodnutia UNICORN stav vendor lock-in vo vzťahu k jadru IS DAMAS na strane SEPS neodstrániť a neposkytnúť SEPS príslušné licenčné

oprávnenia a súvisiacu dokumentáciu (vid'. predovšetkým aj Prílohu č. 2 a Prílohu č. 3 tohto dokumentu).

18. V súčasnom stave je IS DAMAS autorskoprávne otvorený v rámci aplikačnej vrstvy IS DAMAS (customizácií), t. j. SEPS ako obstarávateľ je oprávnený customizácie IS DAMAS obstarávať otvorenými postupmi podľa ZVO prípadne zhotovovať vlastnými (internými) kapacitami, no v rámci jadra IS DAMAS je výlučne UNICORN oprávnený vykonávať zásahy, úpravy a spracovania tejto časti IS DAMAS. (...).

Právne a technické odôvodnenie použitia postupu obstarania predmetu zákazky priamym rokovacím konaním

20. V nadväznosti na skutočnosti popísané v kapitole I. a II. tohto dokumentu, v súvislosti so závermi Znaleckého posudku, Spracovateľ nižšie komplexne právne odôvodňuje možnosť (a súčasne aj z objektívnych dôvodov vyvolanú povinnosť) SEPS obstaráť zhotoviteľa Upgrade IS DAMAS postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO, výsledkom ktorého bude uzatvorenie zmluvy o dielo na Predmet PRK s UNICORN.

21. Úvodom si Spracovateľ dovoľuje identifikovať základné zásadné skutočnosti týkajúce sa Upgrade IS DAMAS (podporené aj Znaleckým posudkom a jeho závermi), ktoré determinujú zákonnosť postupu SEPS v rámci obstarania Predmetu PRK zvoleným postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO:

- a. **predmet PRK (MARI, PICASSO a Prechod na 15 minút) spolu vecne a technicky súvisia, t. j. vytvárajú jeden celok;**
- b. **potreba obstarania Predmetu PRK vyplýva z nadnárodnej legislatívy, pričom v zmysle derogácie zo strany ÚRSO musí byť Predmet PRK dodaný a implementovaný do 24. 7. 2024;**
- c. **technická špecifikácia Predmetu PRK (t. j. technická dokumentácia k MARI a PICASSO) v stave možnosti realizovať postup k lokálnej implementácii MARI a PICASSO na strane SEPS bola schválená v januári 2021, t. j. až po realizácii PRK z roku 2020 (t. j. Predmet PRK sa z objektívnych dôvodov nedal realizovať v rámci PRK z roku 2020);**
- d. **predmet PRK ako celok je nevyhnutné realizovať výlučne zásahom do jadra IS DAMAS (t. j. samotnej platformy Damas), a nie je ho možné realizovať inak;**
- e. **v súčasnom stave vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN a IS DAMAS neexistuje iný subjekt ako UNICORN, ktorý by mohol nevyhnutné zásahy do jadra IS DAMAS realizovať, a to nielen z dôvodu autorskoprávných obmedzení, ale aj technických dôvodov spôsobených predovšetkým komplexitou IS DAMAS;**
- f. **akékoľvek ďalšie plnenia týkajúce sa Predmetu PRK, ktoré sú z pohľadu IS DAMAS súčasťou aplikačnej vrstvy IS DAMAS (t. j. customizácie), nerealizuje UNICORN, ale SEPS vlastnými kapacitami;**
- g. **primerané alternatívne riešenie alebo náhrada k jadru IS DAMAS neexistuje, pričom výmena IS DAMAS ako celku je aj v kontexte PRK 2020 vzhľadom na termín povinnej implementácie Upgrade IS DAMAS nie je možná;**
- h. **realizácia postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO k obstaraniu Upgrade IS DAMAS zo strany UNICORN nepovedie k zhoršeniu stavu vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN a IS DAMAS (k Predmetu PRK nadobudne SEPS licenčné oprávnenia v rovnakom rozsahu a obsahu, ako má na základe Zmluvy o vysporiadaní autorských práv).**

22. K jednotlivým podmienkam, ktoré musia byť kumulatívne splnené k odôvodneniu súladnosti postupu priameho rokovacieho konania k obstaraniu Predmetu PRK od UNICORN v kontexte základných zásadných skutočností popísaných v bode 21. vyššie, Spracovateľ ďalej uvádza nasledovné:

1. Existencia stavu právneho a faktického vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k jadru IS DAMAS

23. S odkazom na skutočnosti uvedené v kapitole II. tohto dokumentu Spracovateľ konštatuje, že v súčasnom stave je IS DAMAS pre SEPS autorskoprávne otvorený v rámci aplikačnej vrstvy IS DAMAS (customizácií), t. j. SEPS ako obstarávateľ je oprávnený customizácie IS DAMAS obstarávať otvorenými postupmi podľa ZVO prípadne vlastnými (internými) kapacitami, no v rámci jadra IS DAMAS je výlučne UNICORN oprávnený vykonávať zásahy, úpravy a spracovania tejto časti IS DAMAS. Zo Znaleckého posudku zároveň vyplýva, že Predmet PRK je možné uskutočniť výlučne zásahmi do jadra IS DAMAS a nie je možné ho technicky uskutočniť inak, a to bez ohľadu na časové hľadisko (t. j. povinnosti SEPS Predmet PRK implementovať v lokálnych podmienkach do 24. 7. 2024).

24. V teoreticko-právnej rovine existujú len tieto rešpektované zákonné spôsoby riešenia stavu vendor lock-in na strane SEPS:

- a. získanie potrebných práv na realizáciu Predmetu PRK od UNICORN, t. j. získanie dostatočných práv od UNICORN umožňujúcich SEPS do budúcnosti realizovať všetky potrebné zásahy do jadra IS DAMAS (vrátane poskytnutia týchto práv akejkoľvek tretej osobe - dodávateľovi);
- b. výmena IS DAMAS za iný informačný systém, ktorý by spĺňal všetky potreby SEPS, ktoré zabezpečuje IS DAMAS, a ku ktorému by SEPS disponovala všetkými potrebnými právami k realizácii akýchkoľvek zásahov (t. j. bez ohľadu na to, či sa to bude týkať jadra alebo aplikačnej vrstvy daného informačného systému) do budúcnosti (vrátane poskytnutia týchto práv akejkoľvek tretej osobe - dodávateľovi);
- c. uzatvorenie zmluvy o dielo, ktorej predmetom je Predmet PRK s UNICORN v súlade so ZVO, pričom z nedávnej rozhodovacej praxe Úradu pre verejné obstarávanie plynie, že na situáciu vendor lock-in, v ktorej sa SEPS nachádza, a ktorá nie je v slovenských pomeroch ničím neobvyklým, je nutné aplikovať **priame rokovacie konanie z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO** [pozn.: kontrolovaný v poznámke pod čiarou odkazuje na [Všeobecné metodické usmernenie úradu č. 5/2016 z 19. 05. 2016](#)]

2. Zdôvodnenie nemožnosti realizácie alternatívnych (náhradných) riešení stavu vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k jadrú IS DAMAS

25. Z rozhodovacej praxe Úradu pre verejné obstarávanie [pozn.: kontrolovaný v poznámke pod čiarou odkazuje na rozhodnutie úradu č. 4316-6000/2019-OD/3 a rozhodnutie úradu č. 14104-7000/2016-OD/10] vyplýva, že podmienky na použitie riešenia stavu vendor lock-in podľa písm. c) vyššie - t. j. **priame rokovacie konanie z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO** (technická výhradnosť) - je prostriedkom riešenia stavu vendor lock-in **ultima ratio** a podmienky na jeho použitie sa vykladajú reštriktívne, pričom ich existenciu musí v každom prípade preukázať verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ.

26. Riešenia stavu vendor lock-in podľa písm. a) a písm. b) bodu 24 tohto dokumentu vyššie možno teda označiť za alternatívne (náhradné) riešenia v intenciách § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO, ktorých sa technická, ekonomická a faktická nemožnosť realizácie v prípade SEPS zdôvodňuje nasledovne:

- a. získanie potrebných práv na realizáciu Predmetu PRK od UNICORN, t. j. získanie dostatočných práv od UNICORN umožňujúcich SEPS do budúcnosti realizovať všetky potrebné zásahy do jadra IS DAMAS vlastnými kapacitami alebo treťou osobou (vrátane poskytnutia týchto práv akejkoľvek tretej osobe - dodávateľovi) a ďalej získanie ďalších predpokladov pre otvorenú verejnú súťaž (zdrojové kódy, dokumentáciu systému atď.). Zo Znaleckého posudku vyplýva, že predmetné alternatívne riešenie stavu vendor lock-in je nehospodárne a za súčasných podmienok prakticky technicky ťažko realizovateľné z nasledovných dôvodov:

- **SEPS aj v nadväznosti na PRK z roku 2020 realizuje kroky smerujúce k výmene IS DAMAS za iný informačný systém, ktorý by spĺňal všetky potreby SEPS, ktoré zabezpečuje IS DAMAS, a ku ktorému by SEPS disponoval všetkými potrebnými právami k realizácii akýchkoľvek zásahov (bez ohľadu na to, či sa budú týkať jadra systému alebo aplikačnej vrstvy) do budúcnosti (mapovanie architektúry, komplexný popis procesov, analýza funkčných požiadaviek a procesnej náročnosti atď.), a teda IS DAMAS už bude využívaný SEPS iba dočasne, pričom vynaloženie finančných prostriedkov na získanie potrebných práv na realizáciu Predmetu PRK od UNICORN (aj keď z kapitoly II. tohto dokumentu a skutočnosti, v akom stave je stav vendor lock-in vo vzťahu k jadrú IS DAMAS riešený v súčasnosti je jednoznačné, že táto možnosť je skôr iba hypotetická) by nebolo ekonomicky hospodárne (ekonomický aspekt);**
 - **aj v prípade získania dostatočných práv od UNICORN umožňujúcich SEPS do budúcnosti realizovať všetky potrebné zásahy do jadra IS DAMAS by nebolo možné Predmet PRK realizovať akýmkoľvek iným dodávateľom okamžite (a určite nie v nevyhnutnom čase na implementáciu Predmetu PRK v zmysle derogácie zo strany ÚRSO pre SEPS), nakoľko k úprave IS DAMAS by bola nevyhnutná dostatočná analýza a získanie potrebného know-how fungovania IS DAMAS (časový aspekt).**
- b. výmena IS DAMAS za iný informačný systém, ktorý by spĺňal všetky potreby SEPS, ktoré zabezpečuje IS DAMAS, a ku ktorému by SEPS disponoval všetkými potrebnými právami k realizácii akýchkoľvek zásahov (t. j. bez ohľadu či sa to bude týkať jadra alebo aplikačnej vrstvy daného informačného systému) do budúcnosti (vrátane poskytnutia týchto práv akejkoľvek tretej osobe - dodávateľovi).**
- Zo Znaleckého posudku vyplýva, že predmetné alternatívne riešenie stavu vendor lock-in je nevhodné a za súčasných podmienok prakticky technicky ťažko realizovateľné z nasledovných dôvodov:**
- **významné sú predovšetkým hospodárske (ekonomické) aspekty a časové hľadisko, keďže SEPS v rámci investičného plánu plánuje obstarat' alternatívny informačný systém, ktorý funkčne nahradí IS DAMAS, pričom momentálne pripravuje technickú špecifikáciu nového informačného systému k možnosti spustenia postupu podľa ZVO najskôr v štádiu prípravných trhových konzultácií a následného postupu smerujúceho k výberu dodávateľa nového informačného systému, prípadne k postupu zhotovenia nového informačného systému zo strany SEPS internými kapacitami (predpokladaná hodnota obstarania nového informačného systému sa aj v nadväznosti na závery Znaleckého posudku v cieľovom stave po implementácii Predmetu PRK odhaduje na úrovni 24.410.730 Eur bez DPH, pričom predpokladaný časový harmonogram uvedenia nového informačného systému do prevádzky je cca. 12,65 roka);**
 - **plnenie povinností, ktoré sú Predmetom PRK, je SEPS povinná splniť v implementačnej lehote vyplývajúcej z príslušných všeobecne záväzných právnych predpisov EÚ a následnej derogácie ÚRSO, pričom z časového hľadiska nie je technicky možné vymeniť IS DAMAS za nový informačný systém do 24. 7. 2024 (s poukazom aj na povinnosti SEPS zabezpečiť nepretržitú prevádzku informačného systému, ktorého úlohy momentálne zabezpečuje IS DAMAS);**
 - **zo Znaleckého posudku súčasne vyplýva, že IS DAMAS je založený na špecifickom jadre, a teda akýkoľvek iný externý systém v rozsahu funkcionality IS DAMAS by bol s IS DAMAS kvôli rozdielnosti jadra nekompatibilný resp. nepoužiteľný, a teda by nebolo možné ani inak (ekonomicky a časovo menej náročne) zabezpečiť cieľový stav v podobe výmeny IS DAMAS ako vytvorením nového informačného systému.**

3. Chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania

27. V rámci poslednej zákonnej podmienky použitia priameho rokovacieho konania z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod ZVO, ktorá musí byť spoločne s ostatnými podmienkami súčasne (kumulatívne) naplnená, je nutné preukázať, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, t. j. že nejde o príliš špecifické podmienky plnenia, ktoré nie sú objektívne potrebné alebo nevyhnutné na dosiahnutie účelu sledovaného zmluvou obstarávanou použitím priameho rokovacieho konania z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO.

28. V prípade obstarávania predmetného predmetu zákazky - Predmet PRK - má SEPS s poukazom na Opis rozhodných skutočností (kapitola I. tohto dokumentu) a Popis súčasného stavu vendor lock-in na strane SEPS vo vzťahu k UNICORN v súvislosti s IS DAMAS (kapitola II. tohto dokumentu), s odkazom na základné zásadné skutočnosti týkajúce sa Upgrade IS DAMAS uvedené v bode 21. tohto dokumentu a závery Znaleckého posudku, vo vzťahu k zhotoviteľovi IS DAMAS, UNICORN, za to, že **nekonkurenčná pozícia UNICORN vznikla prirodzene ako dôsledok komplexnosti a rozsahu tohto informačného systému**. Súčasne je podstatné, že táto rozsiahlosť a komplexnosť IS DAMAS nie je formovaná subjektívnym konaním alebo opomenutím verejného obstarávateľa, ale pramení z objektívnych potrieb vyplývajúcich z charakteru zastrešovaných obchodných činností, z previazanosti na simultánne informačné systémy, a v neposlednom rade z európskej legislatívy. Špecifickosť tejto oblasti a existenciu určitého nevyhnutného oligopolu preukazuje aj tá skutočnosť, že UNICORN prevádzkuje IS DAMAS v obdobných, ale individualizovaných verziách u ďalších až 16-tich správcoch energetickej siete naprieč Európou, a teda uvedené podporuje obchodnú pozíciu UNICORN, ktorý nemá záujem jadro IS DAMAS autorskoprávne otvoriť.

29. **Obchodná spoločnosť UNICORN vytvorila IS DAMAS (t. j. platformu Damas ako svoj štandardný produkt) a customizovala tento systém pre potreby SEPS po dobu takmer 20 rokov, čoho nezavineným a implikovateľným dôsledkom je, že historicky nevznikol a na trhu nie je žiaden iný konkurenčný subjekt, ktorý má porovnateľné technologické know-how o tomto konkrétnom informačnom systéme, procesoch, väzbách na iné informačné systémy a o funkciách daných národnou a európskou legislatívou, ktoré tento informačný systém plní v oblasti energetiky. Ide o špecifické know-how, ktoré je možné získať iba analýzou, vývojom, implementáciou, alebo prevádzkou IS DAMAS, prípadne iného totožného systému pre správu elektrickej energetickej sústavy.**

30. Prakticky teda z pohľadu potenciálneho konkurenta prichádza do úvahy len riešenie v podobe výmeny celého IS DAMAS za iný obdobný informačný systém (u ktorého hypotetický konkurent už má dostatočné technologické know-how), jeho customizácia do dnešnej podoby IS DAMAS a až následná realizácia technickej špecifikácie Predmetu PRK. **Hlavnou vlastnosťou systému brániacou výmene, okrem neprimeraných časových požiadaviek a ekonomických nákladov, je komplexnosť systému a dlhodobá customizácia (individualizácia).** Potenciálne alternatívne riešenie by muselo byť realizované v rozsahu vytvorenia všetkých modulov a funkcionalít a následnej implementácie testovania a integrácie na systémy tretích strán. Nie je však možné vyvinúť alternatívne riešenie v ekonomicky a časovo efektívnom a prijateľnom modeli. **Alternatívne riešenie je preto prakticky nerealizovateľné, keďže tento variant by podľa Znaleckého posudku pre hypotetického konkurenta predstavoval už zmienenú investíciu cca 24.410.730 Eur bez DPH a čas rádovo v jednotkách rokov (cca. 12,65 roka) na to, aby sa hypotetický konkurent vôbec dostal so svojím alternatívnym produktom do stavu, v ktorom je v súčasnosti IS DAMAS.**

31. Ďalším dôkazom nezavinennej exkluzivity z pohľadu hospodárskej súťaže sú možné negatívne následky, ktoré by pre SEPS nastali v prípade, že by pri výmene informačného systému za iný

alternatívny systém alebo pri nekvalifikovanom zásahu do IS DAMAS došlo k výpadku. Keďže IS DAMAS automatizovane spracúva údaje a vymieňa dáta s informačnými systémami správcov prenosových sústav okolitých krajín, znamenal by aj krátky výpadok nemožnosť zaznamenávať cezhraničné obchodné operácie s elektrickou energiou. To by viedlo k podstatným ekonomickým stratám a náhradám škody voči obchodným partnerom SEPS a iným prevádzkovateľom siete zo susediacich krajín.

4. Primeranosť a nevyhnutnosť Predmetu PRK

32. Priame rokovacie konanie musí byť **aplikované len v nevyhnutnom rozsahu**, a to nielen čo do podmienok pre jeho použitie, ale aj z pohľadu špecifikovania obstarávaného predmetu plnenia. V prípade Predmetu PRK ide výhradne o plnenia nevyhnutné pre splnenie existujúcich povinností SEPS, ktoré nie je objektívne možné zabezpečiť inak ako zásahom do jadra IS DAMAS, ktorý môže realizovať výlučne UNICORN, a teda **nejde o plnenia, ktoré by excesívnym spôsobom prekračovali to, čo je pre SEPS nevyhnutné (napr. zásahy do aplikačnej vrstvy IS DAMAS, prípadne akékoľvek iné plnenia, ktoré nesúvisia a nie sú potrebné k zabezpečeniu implementácie MARI a PICASSO a nevyhnutný Prechod na 15 minút)**. Táto skutočnosť vyplýva z kapitoly I tohto dokumentu, v ktorej sú uvedené východiská Predmetu PRK, pričom uvedené technicky verifikoval a potvrdil znalec vo svojom Znaleckom posudku.

33. Ani z pohľadu technickej špecifikácie, primeranosti a z obchodnej povahy samotného Predmetu PRK nedochádza zo strany SEPS k zámernému (zavinenému) zúženiu parametrov verejného obstarávania, ktorého výsledkom by bola chýbajúca hospodárska súťaž, keďže **obstarávaný predmet plnenia a určené podmienky plnenia predmetu zákazky sú definované:**

- **realizáciou výlučne v rozsahu a za podmienok objektívne nevyhnutných k povinnej implementácii zabezpečenia splnenia povinností stanovených nadnárodnou legislatívou na úrovni EÚ a medzinárodnými dohodami medzi SEPS a inými správcami siete (TSO) vo vzťahu k projektu MARI a PICASSO a implikovaného Prechodu na 15 minút, a**
- **výlučne tak, aby bol naplnený účel sledovaný uzatváranou zmluvou o dielo s UNICORN, bez akéhokoľvek zámerného zužovania alebo naopak neprimeraného rozširovania parametrov verejného obstarávania zo strany SEPS.**

34. Podporne Spracovateľ odkazuje na to, že akékoľvek ďalšie plnenia, ktoré sa týkajú Upgrade IS DAMAS a je ich možné realizovať inak ako zásahom do jadra IS DAMAS, prípadne sa týkajú aplikačnej vrstvy IS DAMAS (t. j. ide o customizácie), bude SEPS zabezpečovať interne vlastnými kapacitami.

5. Neoddeliteľnosť plnenia Predmetu PRK (komplexnosť Predmetu PRK)

35. Časti plnenia MARI, PICASSO a Prechod na 15 minút sú medzi sebou priamo determinované, nakoľko bez prechodu na obchodovanie na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch (v rámci denného trhu a vyrovnávacieho trhu) **nie je možná integrácia na MARI a PICASSO** (s použitím predchádzajúcej verzie resp. súčasne nasadenej verzie jadra IS DAMAS napriek tomu, že systém umožňuje pracovať s 15 minútovými intervalmi, však nie je možné realizovať proces transformácie systému na 15 minútový interval (časové rady neumožňujú zmenu časovej jednotky v časovej dimenzii v rámci časového radu)), **a teda je nevyhnutné za účelom pripojenia k platformám MARI a PICASSO tieto príslušné nevyhnutné úpravy jadra IS DAMAS realizovať, bez ktorých nie je možné ani splnenie vyššie uvedených povinností transformácie systému IS DAMAS na strane SEPS vyplývajúcich z nadnárodnej legislatívy na úrovni EÚ.**

36. Vyššie uvedený záver vyplýva aj zo záverov Znaleckého posudku. Predmet PRK je komplexný, a teda bez obstarania všetkých vymedzených úprav jadra IS DAMAS nie je možné úspešne realizovať Upgrade IS DAMAS, a teda ani splniť stanovené legislatívne a časové

požiadavky na implementáciu MARI a PICASSO na strane SEPS, ktoré vzhľadom na finalizáciu technickej dokumentácie nebolo možné realizovať už v rámci PRK z roku 2020.

Záver k použitému postupu obstarania predmetu zákazky

37. Na podklade vyššie uvedeného Spracovateľ konštatuje, že **pre uzatvorenie zmluvy o dielo s UNICORN na Predmet PRK sa ako jediné adekvátne riešenie javí postup priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 ZVO s UNICORN**, nakoľko podľa Znaleckého posudku existuje z dôvodov stojacich mimo SEPS výlučne určitý hospodársky subjekt - UNICORN - ktorý môže SEPS predmetné plnenie poskytnúť, čím sú zároveň kumulatívne splnené všetky právne, technické a technologické podmienky na uzatvorenie zmluvy o dielo priamym rokovacím konaním z dôvodu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod č. 2 ZVO. “

182. Rada v tomto odvolacom konaní dospela k záveru, že pre kvalifikované rozhodnutie o odvolaní kontrolovaného je potrebné získanie odborného stanoviska alebo znaleckého posudku, na základe čoho rada rozhodnutím č. 7282-9000/2023-P zo dňa 28. 06. 2023 prerušila konanie o odvolaní podľa § 173 ods. 8 v spojení s § 187i ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní s cieľom získať odborné stanovisko alebo znalecký posudok.
183. Listom „Žiadosť o vypracovanie znaleckého posudku“ č. 7282-9000/2023 zo dňa 19. 07. 2023 **rada požiadala o poskytnutie znaleckého posudku** znalca XZ (ďalej len „znalec“), zapísaného v Zozname znalcov, tlmočníkov a prekladateľov, ktorý vedie Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, v obore Elektrotechnika, odvetvie Počítačové programy (software), konkrétne rada požiadala znalca o zodpovedanie otázok odborného charakteru, ktorých cieľom bolo zistenie objektívnej (ne)možnosti plnenia predmetu zákazky z technických dôvodov iným hospodárskym subjektom v situácii, kedy by tento iný hospodársky subjekt disponoval zdrojovými kódmi k IS DAMAS a všetkými dátami potrebnými pre realizáciu predmetu zákazky, a zároveň v situácii, kedy by neexistovali výhradné práva UNICORN k IS DAMAS.
184. Znalec dňa 06. 09. 2023 doručil rade „Znalecký posudok č. 22/2023“ zo dňa 17. 08. 2023 (ďalej len „**znalecký posudok č. 2**“), ktorého závery sú bližšie uvedené v bode 205 tohto rozhodnutia.

Právny rámec

185. 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.
186. Podľa § 10 ods. 2 zákona a verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
187. Podľa § 98 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, priame rokovacie konanie môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak 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.

Právne posúdenie odvolania radou

188. Pokiaľ ide o procesné náležitosti podaného odvolania, rada konštatuje, že odvolanie bolo podané oprávnenou osobou a v lehote podľa § 187i ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom s podaním odvolania bola zložená kaucia, ktorá bola pripísaná na účet úradu v lehote podľa § 187i ods. 10 tohto zákona a vo výške podľa § 187i ods. 11 tohto zákona, a zároveň podané odvolanie obsahuje náležitosti podľa § 187i ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.
189. Rada na základe § 187i ods. 14 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého je rada viazaná obsahom podaného odvolania, čo neplatí, ak bolo napadnuté rozhodnutie vydané na základe

nedostatočne zisteného skutkového stavu alebo spočíva na nesprávnom právnom posúdení veci a tieto vady odôvodňujú zmenu prvostupňového rozhodnutia, preskúmala odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu v rozsahu podaného odvolania, pričom uvádza nasledovné:

190. Z predloženej dokumentácie vyplýva, že kontrolovaný použil pri zadávaní predmetnej zákazky postup priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad v odvolaní napadnutom rozhodnutí konštatoval, že kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal kumulatívne splnenie všetkých zákonných podmienok na oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania, a teda, že kontrolovaný sa vyhol povinnosti uzavrieť Zmluvu o dielo spôsobom, resp. postupom podľa ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.
191. Úlohou rady v tomto odvolacom konaní bolo teda posúdiť, či kontrolovaný preukázal kumulatívne splnenie všetkých zákonných podmienok na použitie postupu priameho rokovacieho podľa § 98 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní predmetnej zákazky.
192. Podľa bodu 61 preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice č. 2004/17/ES (ďalej len „smernica 2014/25/EÚ“) **vzhľadom na škodlivé účinky na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie buď nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž ani neprinieslo lepšie výsledky obstarávania, v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať**. To je prípad umeleckých diel, keď osoba umelca štandardne určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného umeleckého predmetu. **Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti.** Obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali poskytnúť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb. **Ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto dôvody 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 obstarávať. 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.
193. Z bodu 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ teda vyplýva, že priame rokovacie konanie sa má, vzhľadom na škodlivé účinky na hospodársku súťaž, využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. K predmetnému rada dodáva, že podľa judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len „Súdny dvor EÚ“) výnimky z pravidiel, ktorých cieľom je zabezpečiť účinnosť práv uznaných Zmluvou v oblasti verejného obstarávania, musia byť vykladané doslovne (rozsudky Súdneho dvora EÚ vo veciach C-57/94, C-318/94, C-394/02, C-337/05).

Členské štáty pritom nemôžu stanoviť iné prípady použitia rokovacieho konania, než aké sú ustanovené v smernici, alebo k prípadom výslovne uvedeným v smernici pridať nové podmienky, ktoré spôsobia, že používanie tohto konania bude jednoduchšie; hrozilo by totiž, že smernica stratí svoj *effet utile*. Obstarávateľ teda nie je oprávnený zákonom uzavretý výpočet podmienok na použitie priameho rokovacieho konania žiadnym spôsobom rozširovať.

194. Rada dodáva, že Slovenská republika ako členský štát Európskej únie je povinná rešpektovať svoje záväzky vyplývajúce jej z členstva, napr. aj povinnosť eurokonformného výkladu (nepriamy účinok smernice). Členské štáty a ich orgány, a teda aj úrad a rada ako orgán úradu, sú povinné interpretovať vnútroštátne právo tak, aby sa dosiahol účel normy únieového práva, t. j. „vo svetle textu a cieľa“ smernice. Podľa rady je preto nevyhnutné trvať na doslovnom výklade dôvodov na použitie priameho rokovacieho konania, pričom **tento nesúťažný postup by mal byť využívaný len vo veľmi výnimočných prípadoch.**
195. Rada ďalej poukazuje na článok 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, v zmysle ktorého **obstarávateľa môžu rokovacie konanie bez predchádzajúcej výzvy na súťaž používať v týchto prípadoch: ak práce, tovar alebo služby môže 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.

196. Situácie opodstatňujúce použitie priameho rokovacieho konania obstarávateľom sú pritom taxatívne upravené v § 98 zákona o verejnom obstarávaní, pričom **podľa § 98 ods. 1 písm. b) bodu 2 tohto zákona priame rokovacie konanie môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak**
- a) **z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž, a za predpokladu, že**
 - b) **neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada, a zároveň**
 - c) **chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.**
197. Z dikcie ustanovenia § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré vychádza z čl. 50 písm. c) smernice 2014/25/EÚ, pritom vyplýva, že podmienky vyjadrené v tomto ustanovení musia byť splnené všetky súčasne (kumulatívne), a teda nepostačuje splnenie len niektorej, resp. niektorých z nich. Nenaplnenie čo i len jednej z uvedených podmienok, má teda za následok nemožnosť aplikácie priameho rokovacieho konania v zmysle tohto ustanovenia.
198. Rada sa pritom stotožňuje so záverom úradu, podľa ktorého nielen, že všetky tri uvedené podmienky musia byť splnené súčasne, ale tieto tri podmienky na seba aj vzájomne nadväzujú, tzn., že pozitívne posúdenie prvej podmienky podmieňuje posudzovanie druhej a pozitívne posúdenie druhej podmienky zasa podmieňuje posudzovanie tretej. Inými slovami, ak nie je splnená prvá podmienka, nemá žiadny význam skúmať splnenie druhej alebo tretej podmienky. Otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady teda podľa rady prichádza do úvahy až po preukázaní, že v danom prípade neexistuje hospodárska súťaž z technických dôvodov, čo zároveň nebolo spôsobené predchádzajúcim konaním obstarávateľa, ani umelým zúžením súčasných parametrov verejného obstarávania.
199. Rada v tejto súvislosti opätovne poukazuje na znenie bodu 61 preambuly smernice 2014/25/EÚ, v ktorom sa o. i. uvádza, že výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale **využitie rokovacieho konania bez predchádzajúcej výzvy na súťaž, keď situáciu výlučnosti**

nevytvoril samotný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti. **Obstarávatelia, ktorí vychádzajú z tejto výlučnosti, by mali poskytnúť dôvody, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia**, ako napríklad využitie alternatívnych distribučných kanálov, a to aj mimo členského štátu obstarávateľa, alebo zváženie funkčne porovnateľných stavebných prác, tovaru alebo služieb.

200. Z uvedeného teda podľa rady 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 obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania**. Z predmetného ustanovenia preambuly smernice je ďalej podľa rady zrejmé, že až po tom, čo obstarávateľ preukáže, že nastala situácia takejto objektívnej výlučnosti, má povinnosť zdôvodniť, prečo neexistujú žiadne primerané alternatívy alebo náhradné riešenia (napr. z akého dôvodu neprichádza do úvahy využitie funkčne porovnateľných služieb, ktoré sú schopné poskytnúť iné hospodárske subjekty).
201. Z ustálenej judikatúry Súdneho dvora EÚ zároveň vyplýva, že **dôkazné bremeno preukázania, že podmienky uplatnenia priameho rokovacieho konania sú splnené, prináleží subjektu, ktorý ho chce použiť, a teda v tomto prípade kontrolovanému** (rozsudky Súdneho dvora EÚ vo veciach C-250/07, C-57/94, C-20/01, C-28/01).
202. Majúc na zreteľ uvedené, rada v tomto odvolacom konaní pristúpila k posúdeniu splnenia zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní predmetnej zákazky.
203. Pri posudzovaní splnenia podmienok na oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní **rada prihliadala na závery znaleckého posudku č. 1**, ktorý predložil kontrolovaný. Konkrétne **v kapitole 5. „Záver“ znaleckého posudku č. 1** sa uvádzajú nasledovné odpovede na kontrolovaným položené otázky, cit.:

„Otázka/Úloha:

1. Zistiť, či existujú technické dôvody, na základe ktorých pre zabezpečenie služieb údržby a rozvoja jadra IS Damas Energy SEPS neexistuje hospodárska súťaž. Pokiaľ takéto technické dôvody existujú, vymedziť a odôvodniť ich.

Odpoveď: V tomto prípade existujú technické dôvody, na základe ktorých pre zabezpečenie služieb údržby a rozvoja jadra IS Damas Energy SEPS neexistuje hospodárska súťaž. Ide o potrebu nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know how, tiež ide o dôvod zložitosti IS vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu a interoperabilitu informačného systému, správnosť, spoľahlivosť a požiadavky na kódovú pružnosť a zložitnosť informačného systému, a požiadavky na stabilitu a nízku chybovosť informačného systému, účelnosť a efektívnosť, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zahltenia IS, dodržania metodík životného cyklu IS, a bezpečnosť IS.

Otázka/Úloha:

2. Zistiť, či je pre údržbu a rozvoj jadra IS Damas Energy SEPS nevyhnutné používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky a či existujú požiadavky na interoperabilitu, ktoré musia byť pre zabezpečenie fungovania IS Damas Energy SEPS splnené. Pokiaľ existujú, vymedziť a odôvodniť ich.

Odpoveď: Pre údržbu a rozvoj jadra IS Damas Energy SEPS nevyhnutné používať osobitné know-how. Ide o know how procesné, implementačné, vývojové a prevádzkové. V tomto prípade existujú špecifické požiadavky na interoperabilitu, ktoré musia byť pre zabezpečenie fungovania IS Damas splnené. Informačný systém IS DAMAS je založený na špecifickom jadre.

Akýkoľvek iný externý systém v rozsahu funkcionality IS DAMAS by bol s IS DAMAS kvôli rozdielnosti jadra nekompatibilný a teda by bol nepoužiteľný. Zároveň by takýto systém bol vo vzťahu k IS DAMAS **neinteroperabilný**, resp. interoperabilita by musela byť zabezpečovaná technologicky, funkčne a ekonomicky nevhodnými rozhraniami. Funkcionalitu IS DAMAS by nebolo možné využívať, ak by akékoľvek iné potenciálne riešenie bolo postavené ako osobitný systém iným dodávateľom nad iným nekompatibilným jadrom založenom na inom aplikačnom jadre. **Zásahy do integračných rozhraní subjektom, ktorý ich nevytvoril a nedisponuje potrebným technologickým know how by navodili podstatné zníženie úrovne kompatibility a interoperability informačného systému.**

Otázka/Úloha:

3. Pokiaľ je odpoveď na oblasť č. 2 áno, stanoviť, ktoré subjekty (berúc do úvahy aj európsky hospodársky priestor) týmto osobitnými know-how, nástrojmi alebo prostriedkami a požiadavkami na interoperabilitu disponujú a za akých okolností by bolo možné zabezpečiť služby technickej údržby a rozvoja jadra IS Damas Energy SEPS inými subjektmi, ako je subjekt, ktorý IS Damas Energy SEPS doposiaľ implementoval a dovvyíjal.

Odpoveď: **Jediným spôsobilým subjektom je doterajší dodávateľ IS Damas.**

Otázka/Úloha:

4. Stanoviť či k jadru IS Damas Energy SEPS existuje primerané alternatívne riešenie alebo náhrada. Pokiaľ áno, stanoviť a uviesť všetky z technického a ekonomického hľadiska možné alternatívne riešenia alebo náhrady.

Odpoveď: **Primerané alternatívne riešenie alebo náhrada k jadru IS Damas neexistuje.**

Otázka/Úloha:

5. Pokiaľ je odpoveď na oblasť č. 4 áno, vo vzťahu ku každému uvedenému alternatívne riešeniu alebo náhrade jadra IS Damas Energy SEPS a uviesť prehľad predpokladaných výdavkov a časovej náročnosti na jeho zabezpečenie v kontexte tak zabezpečenia aktuálnych funkcionalít jadra IS Damas Energy SEPS, ako aj koncepcie ďalšieho rozvoja jadra IS Damas Energy SEPS a o zhodnotenie každého uvedeného alternatívneho riešenia alebo náhrady z hľadiska hospodárnosti.

Odpoveď: **Primerané alternatívne riešenie alebo náhrada k jadru IS Damas neexistuje. Ak by malo byť pripustené alternatívne riešenie vývoja kompletne nového informačného systému v tzv. cieľovom stave, toto by zabralo alternatívne dodávateľovi 12,65 roka a stálo by to 24.410.730 Eur bez DPH.**

Otázka/Úloha:

6. Posúdiť, či za účelom implementácie technických a funkčných požiadaviek vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS Energy SEPS je nevyhnutné zasahovať do jadra IS Damas Energy SEPS a nie je možné uvedené požiadavky splniť inak (t. j. bez zásahu do jadra IS DAMAS Energy SEPS).

Odpoveď: **Za účelom implementácie technických a funkčných požiadaviek vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS je nevyhnutné zasahovať do jadra IS DAMAS. Zároveň nie je možné uvedené požiadavky splniť inak.**

Otázka/Úloha:

7. V súvislosti s každou z identifikovaných požiadaviek na rozvoj pre jadro IS Damas Energy SEPS (odpoveď na oblasť č. 6), osobitne (adresne a prípadne nad rámec odpovedí na oblasti č. 1, č. 2 a č. 4) uviesť, či:

- a. *existujú technické dôvody, na základe ktorých na účely implementácie daných požiadaviek na rozvoj neexistuje hospodárska súťaž? Pokiaľ takéto technické dôvody existujú, vymedziť a odôvodniť ich.*
- b. *je na účely implementácie daných požiadaviek na rozvoj nevyhnutné používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky a existujú požiadavky na interoperabilitu, ktoré musia byť pre zabezpečenie fungovania danej požiadavky na rozvoj splnené? Pokiaľ áno, vymedziť a odôvodniť ich a uviesť, ktoré subjekty (berúc do úvahy aj európsky hospodársky priestor) nimi disponujú.*
- c. *existuje pre dané požiadavky na rozvoj alternatívne riešenie alebo náhrada? Pokiaľ áno, uviesť všetky z technického hľadiska možné alternatívne riešenia alebo náhrady a uvedenie predpokladaných výdavkov a časovej náročnosti na ich zabezpečenie a o ich zhodnotenie z hľadiska hospodárnosti.*

*Odpoveď: Hospodárska súťaž v tomto prípade neexistuje. Dôvody sú totožné ako v odpovedi na otázku č. 1. Na účely implementácie daných požiadaviek na rozvoj **nevyhnutné používať osobitné know-how**, a existujú požiadavky na interoperabilitu, ktoré musia byť pre zabezpečenie fungovania danej požiadavky na rozvoj splnené. Tieto sú z hľadiska vymedzenia totožné ako v odpovedi na otázku č. 2. Týmto **know how disponuje výhradne doterajší dodávateľ IS DAMAS. Pre dané požiadavky na rozvoj alternatívne riešenie alebo náhrada neexistuje.** (...).*

204. Po posúdení uvedených kontrolovaným predložených dôkazov v ich vzájomných súvislostiach a v nadväznosti na skutočnosti uvedené kontrolovaným v podanom odvolaní, rada v odvolacom konaní dospela k záveru, že je **potrebné zodpovedanie odborných otázok** za účelom overenia dôvodnosti postupu kontrolovaného pri zadávaní nadlimitnej zákazky na poskytnutie služby na predmet zákazky postupom priameho rokovacieho konania z technických dôvodov, a teda, či v danom prípade existovali také technické dôvody, ktoré by samé osebe (tzn. odhliadnuc od vendor lock-inu, ktorý nerozporuje ani samotný kontrolovaný) mali za následok vylúčenie hospodárskej súťaže (objektívnu nemožnosť plnenia iným hospodárskym subjektom ako doterajším poskytovateľom služieb).
205. Radou oslovený znalec v závere **znaleckého posudku č. 2** zodpovedal otázky rady nasledovne, cit.:

„1. Je za účelom implementácie technických a funkčných požiadaviek vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS v 1. časti „Dodávka úprav nevyhnutných pre pripojenie k MARI/PICASSO, vrátane preklopenia relevantných častí na 15 min.“, nevyhnutné zasahovať do jadra IS DAMAS? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 1.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.5. tohto znaleckého posudku. Z dodaných podkladov vyplýva skutočnosť, že Jadro systému DAMAS okrem zúčtovacích údajov vysiela dôležité dáta do Riadiaceho informačného systému Slovenského energetického dispečingu (RIS SED), čím de facto ovplyvňuje riadenie samotnej prevádzky Slovenskej elektrizačnej prenosovej sústavy (kvalitatívne aj kvantitatívne parametre). Detailný popis dátových tokov je uvedený v súbore Technický projekt RIS_v2.0 Final.docx. Pre integráciu na MARI/PICASSO (15 minútový interval) je nutné implementovať do Jadra systému DAMAS algoritmus dynamickej časovej jednotky (dokument Upgrade DaE_Technický projekt_2.0.docx). Integrácia na MARI/PICASSO vyžaduje zapracovanie algoritmov pre nové výpočtové funkcie do Jadra systému DAMAS ako je výpočtová funkcia pre prácu s časovými radmi v nerovnakej granularite obsahujúcimi prázdne hodnoty. Pripojenie na MARI/PICASSO vyžaduje z hľadiska interoperability implementáciu prvkov zvýšenej úrovne kybernetickej

bezpečnosti do Jadra systému DAMAS. Zmeny v oblasti zabezpečenia systému sa dotknú používateľov a správy citlivých údajov v systéme v nasledovných oblastiach:

- Vynútená zmena hesla - používateľské heslo bude potrebné v pravidelných intervaloch meniť, pričom táto zmena podlieha kontrole na komplexitu hesla a proti často používaným reťazcom, ktorých použitie je rizikové.
- Obmedzenie neúspešných prihlásení - systém umožní iba špecifický počet neúspešných prihlásení používateľa. V prípade, že sa tento počet presiahne, používateľské konto je systémom zablokované a je nutný zásah správcu.
- Automatické odhlásenie - po určitom čase nečinnosti systém používateľa automaticky odhlási a umožní presmerovanie na prihlasovaciu obrazovku.
- Kryptovanie citlivých údajov - používateľské heslá budú zakryptované novým postupom a zakryptované budú aj heslá účtov partnerských systémov, t. j. bude aktualizovaný postup na zakryptovanie a hashovanie hesla pre komunikáciu prostredníctvom webovej služby. Pribudnú dátové typy s kryptovaním a v prípade ich použitia budú dáta v nich uložené automaticky zakryptované, aby nebolo možné pristupovať k nim inak ako cez rozhrania systému.

Z uvedených informácií je zrejmé, že je nevyhnutné pri implementácii požadovaných funkcionalít vykonať úpravy Jadra IS DAMAS.

2. Je za účelom implementácie technických a funkčných požiadaviek vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS v 2. časti „Dodávka zvyšných požadovaných úprav“ nevyhnutné zasahovať do jadra IS DAMAS? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 2.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.6. tohto znaleckého posudku. Problematika zvyšných požadovaných úprav v zmysle 2. časti technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS sa týka implementácie nových typových šablón, ktoré sú predpokladom pre nastavenie novej funkcionality biznis procesov. Samotná implementácia typových šablón bude prebiehať formou pridania nových databáz alebo modifikáciou (predefinovaním resp. doplnením nových polí) existujúcich databáz, integrovaných v Jadre systému DAMAS. Databázy sú formátu SQL a sú integrované v Jadre systému DAMAS. Definovanie a samotná implementácia (konfigurácia) predmetných dátových tokov sa realizuje priamo v Jadre systému DAMAS (neoddeliteľná súčasť). **Z uvedených informácií je zrejmé, že je nevyhnutné pri implementácii požadovaných funkcionalít zvyšných požadovaných úprav vykonať úpravy Jadra IS DAMAS.**

3. Je implementácia technických a funkčných požiadaviek podľa 2. časti „Dodávka zvyšných požadovaných úprav“ nevyhnutná pre zabezpečenie zmien IS DAMAS v súvislosti s integráciou na platformy MARI a PICASSO a prechodu obchodovania na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 3.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.7. tohto znaleckého posudku. Spoločnosť Unicom explicitne uvádza, že súčasťou dodaných úprav sú len typové šablóny, tieto nemodelujú a neimplementujú celovú business logiku (poskytujú len prostriedky na jej efektívnejšie modelovanie a implementáciu), čiže typové šablóny predstavujú len nástroj ktorým si zákazník (SEPS) podľa vlastných požiadaviek namodeluje a naimplementuje ním zadefinované business procesy. Prechod na 15 min. sa priamo dotýka a je nevyhnutný u biznis procesov Zadávanie ponúk RE a Zadávanie PDG.

4. Tvorí celý predmet zákazky jeden funkčný celok, ktorý bolo (pre zabezpečenie zmien IS DAMAS v súvislosti s integráciou na platformy MARI a PICASSO a prechodu obchodovania na 15 minútové rozlíšenie vo vybraných obchodných moduloch) nevyhnutné obstarávať spoločne? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 4.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.8. tohto znaleckého posudku. Všetky zmeny a úpravy, ktoré sú predmetom zákazky, sú realizované na úrovni implementácie modifikovaných výpočtových algoritmov a na úprave resp. vytvorení relevantných databázových štruktúr (modifikácia alebo doplnenie tabuľkových štruktúr a dátových polí). Tieto algoritmy a databázové štruktúry sú plne integrované do Jadra IS DAMAS. Úprava jedného komponentu (napr. databázy) môže mať zásadný vplyv na funkcionality inej dátovej štruktúry (napr. rozšírenie ukladania číselných údajov na 3 desatinné miesta vyžaduje predefinovanie jednotlivých parametrov dátových polí v databáze). **Predpokladom spoľahlivej funkcionality akéhokoľvek kvalitnejšieho informačného systému je konzistentnosť, integrita a prevádzková spoľahlivosť prevádzkovaného IS. Z týchto dôvodov nie je možné oddeliť implementáciu číselníkov, nových časových funkcionalít, dátových tokov od typových šablón, nakoľko previazanosť oboch integrálnych častí IS DAMAS je významná a preto je nutné považovať úpravy IS DAMAS oboch častí za integrálne a rozdelenie zákazky na dve separátne časti by s vysokou pravdepodobnosťou narušilo požadovanú funkcionality IS DAMAS.** Obe časti predmetu zákazky je preto nutné považovať za jeden integrálnysystém (prechod na MARI/PICASSO s 15 min. obchodným intervalom si vyžaduje ako úpravu časových funkcií generovanie príslušných dátových tokov pre odosielanie riadiacich informácií do RIS SED, tak aj typové šablóny biznis procesov Zadávanie ponúk RE a Zadávanie PDG, ktoré sú do značnej miery previazané). Je preto zmysluplné obstaráť obe časti predmetu zákazky spoločne.

5. Je možné implementovať niektoré z technických a funkčných požiadaviek, vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS, v rámci aplikačnej vrstvy IS DAMAS, tzn. v rámci customizácií bez zásahu do jadra IS DAMAS? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 5.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.9. tohto znaleckého posudku. V prípade definovaných technických a funkčných požiadaviek samotná aplikačná vrstva predstavuje rozhranie, cez ktoré používatelia IS pristupujú k jeho funkciám. Pri predmetnej zákazke aplikačná vrstva je reprezentovaná typovými šablónami. Tak, ako bolo uvedené v predchádzajúcich kapitolách tohto znaleckého posudku, spoločnosť Unicorn explicitne uvádza, že súčasťou dodaných úprav sú len typové šablóny, tieto nemodelujú a neimplementujú cieľovú business logiku (poskytujú len prostriedky na jej efektívnejšie modelovanie a implementáciu), čiže typové šablóny predstavujú len nástroj ktorým si zákazník (SEPS) podľa vlastných požiadaviek namodeluje a naimplementuje ním zadefinované business procesy. Typové šablóny sú realizované na úrovni implementácie relevantných algoritmov a na vytvorení relevantných databázových štruktúr (modifikácia alebo doplnenie tabuľkových štruktúr a dátových polí), ktoré sú plne integrované do Jadra IS DAMAS. **Nie je preto možné implementovať technické a funkčné požiadavky, definované v súťažných podkladoch iba customizáciou (nastavením parametrov) na používateľskej úrovni. Implementácia je možná iba na úrovni Jadra IS DAMAS.**

6. Je podľa Vášho názoru z technických a funkčných dôvodov v tomto prípade nevyhnutné, aby implementáciu technických a funkčných požiadaviek vyplývajúcich z poskytnutej technickej špecifikácie údržby a rozvoja IS DAMAS (tak, aby bol systém ako celok plne funkčný) realizoval jeden dodávateľ v rámci jednej zákazky? Ak áno, odôvodnite túto

nevyhnutnosť'. Ak nie, popíšte obvyklý, resp. odporúčaný postup, ako zabezpečiť dodanie diela tak, aby bol IS DAMAS ako celok plne funkčný.

Odpoveď na otázku 6.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.10. tohto znaleckého posudku. Analýza v predmetnej kapitole znaleckého posudku preukázala, že realizácia predmetnej zákazky treťou stranou by bola výrazne drahšia (o 60,10%), než keby bola realizovaná autorom IS DAMAS, spoločnosťou Unicorn. **Z finančného, časového (doba realizácie) i odborného hľadiska je jednoznačne najvýhodnejšie, aby predmetnú zákazku realizoval jeden subjekt.**

7. Odhliadnuc od kontrolovaným popísaného stavu vendor lock-in, existujú v danom prípade také technické dôvody, pre ktoré je objektívne schopný dodať obstarávaný predmet zákazky, berúc do úvahy celý európsky hospodársky priestor, výlučne dodávateľ UNICORN? Svoju odpoveď, prosím, zdôvodnite.

Odpoveď na otázku 7.

Podrobná analýza predmetnej problematiky je obsahom kapitoly 2.11. tohto znaleckého posudku. Možnosť realizácie predmetu zákazky treťou stranou bola analyzovaná a posúdená v kapitole 2.10 tohto znaleckého posudku. Alternatívou by bolo nahradenie IS DAMAS alternatívnym produktom tretej strany s identickými parametrami a vlastnosťami. Dôležitou vlastnosťou je aj interoperabilita s analogickými IS, s ktorými prebieha komunikácia a výmena dát v rámci systému ENTSO-E. Relevantnými analogickými systémami by mohli byť najmä IS susedných krajín (TSO), s ktorými sú zrealizované prepojenia prenosových sústav. IS TSO Rakúska, Maďarska a Poľska nie sú svojimi vlastnosťami 100% kompatibilné s IS DAMAS, nejedná sa o štandardizované IS, ale sú to proprietárne systémy, dlhoročne vyvíjané a prevádzkované s ohľadom najmä na špecifické požiadavky lokálnych trhov. V Rakúsku je prenosová sústava špecificky orientovaná na vodné elektrárne a obnoviteľné zdroje (OZE, primárne veterné turbíny, čo sú však neprediktívne zdroje s problematickým použitím ako zdroj silovej - regulačnej elektriny). Poľská prenosová sústava je koncentrovaná na väčší počet tepelných (hnedouholných) elektrární, Maďarská prenosová sústava je orientovaná na jeden veľký zdroj - jadrovú elektráreň Paks. S Ukrajinskou prenosovou sústavou sú technologické problémy najmä čo sa týka stability sieťovej frekvencie 50 Hz. Najvýznamnejší partner - Česká republika má nasadený identický IS DAMAS, kde je zaručená 100% kompatibilita, nakoľko jeho dodávateľom je takisto spoločnosť Unicorn.

Je otázne, či by malo význam a zmysel nahradiť IS DAMAS iným IS s analogickou funkcionalitou. IS DAMAS je kontinuálne vyvíjaný a prevádzkovaný takmer 20 rokov, spĺňa všetky technické, funkčné, administratívne a legislatívne požiadavky, je odladený a prevádzkovo stabilný. V prípade strategického rozhodnutia o jeho výmene by bolo potrebné zohľadniť nielen technické a technologické parametre, ale aj časové hľadisko a faktor obstarávacej ceny. Keďže v zmysle platnej legislatívy nový IS s analogickými vlastnosťami by bolo potrebné obstaráť (VO trvá obvykle 18 až 24 mesiacov). Nasledovať bude samotný vývoj a implementácia spolu s testami a až následne by bol nový systém uvedený do prevádzky. Vzhľadom na komplexnosť, zložitosť a robustnosť takéhoto IS sa dá očakávať dĺžka trvania od podpisu zmluvy po nasadenie do produkčnej prevádzky v rozmedzí 4 až 6 rokov. Počas tohto obdobia by však SEPS musel prevádzkovať pôvodný IS DAMAS kvôli funkcionalite a interoperabilite v rámci systému ENTSO-E. S takouto prevádzkou súvisia aj nemalé prevádzkové náklady, systém IS DAMAS by bolo potrebné až do ukončenia jeho životného cyklu nielen prevádzkovať, ale aj zabezpečovať jeho systémovú a prevádzkovú podporu (služby SLA), čím by výrazne stúpili spoločnosti SEPS náklady (platby za vyvíjaný nový systém a prevádzka starého systému). **Na základe uvedených skutočností je teda možné skonštatovať, že v primerane krátkodobom časovom horizonte**

(limitovanom termínom integrácie na MARI/PICASSO) je objektívne schopná dodať predmet zákazky iba spoločnosť Unicorn.“

206. Vychádzajúc zo znaleckého posudku č. 1 a znaleckého posudku č. 2, rada konštatuje, že v danom prípade existujú také technické dôvody, na ktoré sa v tomto priamom rokovacom konaní odvoláva kontrolovaný, pre ktoré existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže danú zákazku realizovať, a teda pre ktoré v tomto prípade objektívne neexistuje hospodárska súťaž.
207. Čo sa týka neexistencie hospodárskej súťaže vo vzťahu k predmetu tohto priameho rokovacieho konania, rada v tejto súvislosti poukazuje na časové okolnosti aktuálne posudzovaného prípadu. Kontrolovaný bol povinný v zmysle príslušnej nadnárodnej legislatívy na úrovni Európskej únie zabezpečiť splnenie povinností transformácie systému na obchodovanie s 15 minútovým rozlíšením a pripojenia na európske platformy MARI a PICASSO, a to v termíne do 24. 07. 2024.
208. V tejto súvislosti je podľa rady potrebné vziať do úvahy skutočnosť, že posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy MARI nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu predmetu priameho rokovacieho konania bol schválený v septembri 2020 a posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutný pre lokálnu implementáciu predmetu priameho rokovacieho konania bol schválený až v januári 2021.
209. Z uvedeného vyplýva, že kontrolovaný sa až januári 2021 mohol objektívne oboznámiť s finálnym znením vyššie uvedených technických dokumentov oboch európskych platforiem, a teda až v tomto okamihu mohol kontrolovaný vyhodnotiť rozsah potrebných zmien v IS DAMAS, a teda vyhodnotiť, či si zmeny budú vyžadovať aj zásah do jadra IS DAMAS (ktorý je, napriek snahám kontrolovaného, v stave vendor lock-in) alebo naopak, či bude možné požadované zmeny implementovať na úrovni tzv. customizácií IS DAMAS vlastnými kapacitami.
210. Podľa rady zároveň kontrolovaný až v tomto okamihu mohol objektívne zvážiť možnosť obstarania úplne nového informačného systému (nezaťaženie vendor lock-inom), ktorý by v sebe zahŕňal aj nové európskou legislatívou kladené požiadavky a pripojenie na platformy MARI a PICASSO, a to v termíne do 24. 07. 2024, alebo naopak, či je z objektívnych príčin v tomto prípade nevyhnutné, a zároveň, v zmysle príslušných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, možné, zabezpečiť požadovaný predmet zákazky prostredníctvom postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.
211. Podľa rady vyššie uvedené okolnosti prípadu nemožno pričítať kontrolovanému, t. j. rada má v danom prípade za to, že existujúci „stav exkluzivity“, spočívajúci v nevyhnutnosti obstarat' požadovaný predmet zákazky z technických dôvodov v stanovenom termíne od doterajšieho poskytovateľa služieb, nebol v danom prípade zapríčinený kontrolovaným. Rada v tejto súvislosti poukazuje na záver uvedený v znaleckom posudku č. 1 v časti „Skúmanie jedinečnosti nevyhnutného implementačného, vývojového a prevádzkového know-how a Zložitosť IS z pohľadu rozsahu“, kde sa uvádza, cit.: „V prípade poskytnutia kompletného prístupu k dokumentácii, k zdrojovým kódom aplikácie vrátane podpory zo strany aktuálneho dodávateľa by sa nadobudnutie tohto know-how pohybovalo na úrovni prevyšujúcej obdobie 3,5 roka (...).“, čo znalec odôvodňuje bazálnou znalostnou výhodou doterajšieho poskytovateľa služieb, a teda má za to, že bez ohľadu na situáciu vendor lock-in, sú dané iné technické dôvody, pre ktoré objektívne neexistuje iný hospodársky subjekt, ktorý by bol schopný dodať predmet zákazky v požadovanom termíne.
212. Čo sa týka poslednej čiastkovej podmienky potrebnej pre oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bodu 2 zákona o verejnom obstarávaní, rada konštatuje, že z oboch doručených znaleckých posudkov vyplýva, že v danom prípade

neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada (k uvedenému pozri odpoveď na otázky č. 4, 5 a 7 znaleckého posudku č. 1, odpoveď na otázky č. 6 a 7 znaleckého posudku č. 2).

213. Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností **má rada v tomto odvolacom konaní za preukázané, že došlo ku kumulatívnejmu splneniu všetkých čiastkových podmienok na oprávnené použitie postupu priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní**, a preto bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.
214. Podľa § 187i ods. 16 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní rada v konaní o odvolaní rozhodne vždy vo veci samej, pričom ak sú pre to dôvody, rozhodnutie zmení a v opačnom prípade odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí.
215. Podľa § 187i ods. 12 prvá veta zákona o verejnom obstarávaní ak nie je v § 187i ustanovené inak, na konanie o odvolaní sa primerane použijú ustanovenia § 170 až 176.
216. Podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ak v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 169 ods. 1 písm. a) a b) alebo ods. 2 a 3 nezistí porušenie tohto zákona, ktoré malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.
217. Keďže rada v tomto odvolacom konaní **identifikovala dôvod na zmenu rozhodnutia úradu**, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

Kaucia

218. Podľa § 187i ods. 10 tretia veta zákona o verejnom obstarávaní kaucia je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o odvolaní, ktorým rada odvolanie zamietne a rozhodnutie potvrdí, alebo dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia rady o zastavení konania o odvolaní podľa odseku 13 písm. e). Podľa § 187i ods. 10 štvrtá veta zákona o verejnom obstarávaní úrad vráti osobe, ktorá odvolanie podala, kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
219. Vychádzajúc z predmetných ustanovení zákona o verejnom obstarávaní úrad kontrolovanému vráti kauciu zloženú v konaní o odvolaní do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia rady o odvolaní, ktorá nastane dňom doručenia tohto rozhodnutia účastníkom konania.

P o u č e n i e

Podľa § 187i ods. 21 zákona o verejnom obstarávaní proti rozhodnutiu rady o odvolaní nemožno podať opravný prostriedok. Podľa § 187i ods. 22 zákona o verejnom obstarávaní toto rozhodnutie rady o odvolaní proti rozhodnutiu úradu vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy, ktorým sa kontrolovanému neukladá povinnosť, nie je preskúmateľné súdom.

(elektronický podpis)

Mgr. Jaroslav Lexa
podpredseda Rady
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí

XX – splnomocnený zástupca kontrolovaného

Odlišné stanovisko

podpredsedu Rady Úradu pre verejné obstarávanie a člena Rady Úradu pre verejné obstarávanie k rozhodnutiu Rady č. 7282-9000/2023 zo dňa 26. 10. 2023

vo veci

rozhodnutia Rady Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „rada“) o odvolaní obstarávateľa **Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a. s.**, Mlynské nivy 59/A, 824 84 Bratislava, zastúpeného **XX** (ďalej len „kontrolovaný“), proti rozhodnutiu úradu č. 13516-6000/2022-OD/7 zo dňa 10. 03. 2023, vydanému v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy pri zadávaní zákazky „**Aktualizácia a upgrade jadra pre potreby transformácie systému na 15 min a pripojením na MARI/PICASSO**“ zadávanej postupom priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“), ktorej oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante bolo uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. S 142/2022 zo dňa 26. 07. 2022 pod č. 407748 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 167/2022 zo dňa 27. 07. 2022 pod značkou 34372 – DES (ďalej len „oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti ex ante“), ktorým **rada mení** rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) č. 13516-6000/2022-OD/7 zo dňa 10. 03. 2023 podľa § 187i ods. 16 zákona o verejnom obstarávaní tak, že úrad **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného po uzavretí zmluvy podľa § 174 ods. 1 písm. o) zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len „rozhodnutie rady“).

Podpredseda rady Mgr. Jaroslav Lexa a člen rady Mgr. Ivan Pudiš v súlade s § 146 ods. 7 v spojení s § 187i ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní a v súlade s čl. 7 ods. 3 Štatútu rady **pripája k rozhodnutiu rady nasledovné odlišné stanovisko:**

Rada v predmetnom rozhodnutí prijala záver, že kontrolovaný v tomto prípade preukázal kumulatívne splnenie zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Uvedomujúc si súčasnú rozhodovaciu prax, tzn. rozhodovaciu prax súdov na prvom stupni a druhom stupni v Slovenskej republike (Rozsudok Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2S/173/2017-344 zo dňa 30. 10. 2019, Rozsudok Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2S/198/2017-29 zo dňa 27. 11. 2019, Rozsudok Najvyššieho správneho súdu Slovenskej republiky č. 4Sžfk/27/2020 zo dňa 26. 05. 2022), **a rovnako tak v Českej republike** (Rozsudok Krajského súdu v Brne čj. 62 Af 30/2018-101 zo dňa 17. 10. 2019, Rozsudok Krajského súdu v Brne čj. 31 Af 17/2018-99 zo dňa 22. 01. 2020, Rozsudok Krajského súdu v Brne čj. 30 Af 19/2019-115 zo dňa 18. 02. 2021, Rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR, sp. zn. 1 As 256/2015-95 zo dňa 12. 05. 2016, Rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR, sp. zn. 1 As 242/2017-48 zo dňa 01. 11. 2017, Rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR, sp. zn. 10 As 372/2019-56 zo dňa 12. 03. 2020), **ktorá vychádza zo spoločného európskeho rámca, rozhodovaciu prax správnych orgánov na prvom stupni a druhom stupni v Slovenskej republike** (Rozhodnutie rady č. 4035-9000/2017 zo dňa 12. 04. 2017, Rozhodnutie rady č. 10237-9000/2017 zo dňa 19. 06. 2017, Rozhodnutie rady č. 11144-9000/2017 zo dňa 03. 07. 2017, Rozhodnutie rady č. 11953-9000/2017 zo dňa 27. 07. 2017, Rozhodnutie rady č. 12895-9000/2017 zo dňa 11. 08. 2017, Rozhodnutie rady

č. 13389-9000/2017 zo dňa 07. 09. 2017, Rozhodnutie rady č. 14435 9000/2017 zo dňa 09. 10. 2017, Rozhodnutie rady č. 13750-9000/2017 zo dňa 30. 10. 2017, Rozhodnutie rady č. 14365-9000/2019 zo dňa 16. 11. 2020, Rozhodnutie rady č. 15150-9000/2020 zo dňa 10. 12. 2020, Rozhodnutie rady č. 2008-9000/2021 zo dňa 08. 03. 2021, Rozhodnutie rady č. 5489-9000/2021 zo dňa 03. 06. 2021, Rozhodnutie rady č. 10135-9000/2021 zo dňa 30. 09. 2021, Rozhodnutie rady č. 14676-9000/2019 zo dňa 16. 05. 2022, Rozhodnutie rady č. 3327-9000/2021 zo dňa 28. 12. 2022, Rozhodnutie rady č. 14801-9000/2022 zo dňa 25. 01. 2023, Rozhodnutie rady č. 15581-9000/2022 zo dňa 17. 02. 2023), **a rovnako tak Českej republike** (napr. Rozhodnutie predsedu Úradu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-R0172/2018/VZ-00026/2018/322/PJe zo dňa 03. 01. 2019), **týkajúcu sa oprávnenej aplikácie postupu priameho rokovacieho konania, sa so záverom prijatým radou, ako ani s jeho odôvodnením, nestotožňujeme.**

Kontrolovaný ako dôvod použitia priameho rokovacieho konania uviedol v prílohe „D2 – VYBRANÉ ODVETVIA“ oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante, cit.: **„chýbajúca hospodárska súťaž z technických dôvodov“**, pričom na preukázanie kumulatívneho splnenia zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní predložil Znalecký posudok č. 6/2022 zo dňa 13. 06. 2022 (ďalej len „znalecký posudok č. 1“) a Právnu analýzu Advokátskej kancelárie XX zo dňa 17. 06. 2022 „Odôvodnenie použitia priameho rokovacieho konania“ (ďalej len „Odôvodnenie použitia PRK“). Vychádzajúc z doručeného Odôvodnenia použitia PRK a znaleckého posudku č. 1 kontrolovaný k existencii technických dôvodov pre zabezpečenie služieb údržby a rozvoja jadra IS DAMAS uviedol, že ide o potrebu nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know-how, tiež ide o dôvod zložitosti IS vo vzťahu k požiadavkám na kompatibilitu a interoperabilitu informačného systému, správnosť, spoľahlivosť a požiadavky na kódovú pružnosť a zložitosť informačného systému, a požiadavky na stabilitu a nízku chybovosť informačného systému, účelnosť a efektívnosť, požiadavky na integrovateľnosť, stabilitu systému, predchádzanie zhltenia IS, dodržania metodík životného cyklu IS a bezpečnosť IS.

Z Odôvodnenia použitia PRK, ktoré kontrolovaný predložil v rámci predloženej dokumentácie vyplýva, že **IS DAMAS** bol pre kontrolovaného zhotovený na základe Zmluvy o dielo zo dňa 15. 10. 2003, a teda bol pre kontrolovaného **nepretržite budovaný takmer 19 rokov¹**, pričom kontrolovaný sa do roku 2020 nachádzal v stave silného vendor lock-in vo vzťahu k IS DAMAS a spoločnosti Unicorn Systems SK s. r. o. ako zhotoviteľom (ďalej len „UNICORN“). Následne na základe „Zmluvy o vysporiadaní autorských práv k informačnému systému Damas Energy a o poskytovaní ďalších služieb“ zo dňa 18. 12. 2020 došlo k efektívnemu odstráneniu stavu vendor lock-in k aplikačnej vrstve IS DAMAS, avšak **nedošlo k odstráneniu stavu vendor lock-in k jadru IS DAMAS, a to z dôvodu obchodného rozhodnutia spoločnosti UNICORN zachovať stav vendor lock-in vo vzťahu k jadru IS DAMAS.**

V záujme zostručnenia nášho odlišného stanoviska **odkazujeme na právne posúdenie úradu uvedené v odvolaní napadnutom rozhodnutí, s ktorým sa plne stotožňujeme.**

V súvislosti s posudzovaním prvej čiastkovej podmienky na oprávnenú aplikáciu § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a teda v súvislosti s tým, či existujú technické dôvody, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž, poukazujeme na vyjadrenie kontrolovaného uvedené v dokumente „Odôvodnenie zámeru uzavrieť zmluvu použitím priameho rokovacieho konania“, zverejnenom na profile kontrolovaného dňa 21. 07. 2022, v ktorom uvádza, cit.:

¹ Údaj k okamihu zverejnenia oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante.

„SEPS sa vo vzťahu k jadrú systému i naďalej nachádza v stave vendor lock-in a z uvedeného dôvodu nie je možné realizovať iný postup verejného obstarávania ako je priame rokovacie konanie.“

V súvislosti s technickými dôvodmi uvedenými kontrolovaným, medzi ktoré patrí predovšetkým potreba nevyhnutného procesného, implementačného, vývojového a prevádzkového know-how, uvádzame, že nemožno spochybniť, že predmetné know-how k IS DAMAS nadobudol výlučne jeden hospodársky subjekt, avšak uvedené je nepochybne dôsledkom takmer 19 ročného stavu vendor lock-in, v ktorom sa kontrolovaný k dnešnému dňu nachádza.

Podľa nášho názoru skutočnosti, ktoré sú prezentované ako technické dôvody, pre ktoré údajne neexistuje hospodárska súťaž, si kontrolovaný v danom prípade spôsobil sám, a to tým, že takmer 19 rokov² zotráva v zmluvnom vzťahu s dodávateľom UNICORN, pričom počas tejto doby nevytvoril podmienky umožňujúce hospodársku súťaž tým, že si doteraz nevymienil odstránenie stavu vendor lock-in k jadrú IS DAMAS, prípadne neobstaral nový informačný systém nezaťažný vendor lock-inom³.

V tejto súvislosti možno poukázať na vyjadrenie samotného kontrolovaného, v zmysle ktorého súčasný stav s aktuálnym dodávateľom IS DAMAS a nositeľom výhradných práv k úpravám jadra IS DAMAS, spoločnosťou UNICORN, bude riešený komplexnou výmenou IS DAMAS za iný informačný systém otvoreným postupom verejného obstarávania, ktorý plánuje kontrolovaný zahájiť v roku 2025. Máme za to, že z uvedeného vyplýva vedomosť kontrolovaného o potrebe vymanenia sa spod stavu vendor lock-in, a zároveň z uvedeného vyplýva, že kontrolovaný plánuje obstaranie alternatívneho informačného systému otvoreným, teda súťažným postupom verejného obstarávania, čo nesvedčí o technickej unikátnosti, či objektívnej nemožnosti naplnenia technických požiadaviek kontrolovaného na vybudovanie obdobného informačného systému iným potenciálnym dodávateľom.

Záveru znalca uvedené v znaleckom posudku č. 1 smerujú k tomu, že v tomto prípade existujú technické dôvody na použitie priameho rokovacieho konania, a to z dôvodu, že doterajší poskytovateľ nadobudol jedinečné špecifické procesné a technologické know-how, pričom používanie tohto osobitného know-how je nevyhnutné pre technickú podporu a rozvoj IS DAMAS. Zároveň však znalec v predmetnom znaleckom posudku, konkrétne v časti „2.13 Skúmanie jedinečnosti nevyhnutného implementačného, vývojového a prevádzkového know-how a Zložitosť IS z pohľadu rozsahu“ uviedol o. i. nasledovné, cit.: *„Bez prístupu k zdrojovým kódom, dokumentácii a ostatným nevyhnutným informáciám je dosiahnutie požadovanej úrovne know-how prakticky nemožné. V prípade poskytnutia kompletného prístupu k dokumentácii, k zdrojovým kódom aplikácie vrátane podpory zo strany aktuálneho dodávateľa by sa nadobudnutie tohto know-how pohybovalo na úrovni prevyšujúcej obdobie*

² Údaj k okamihu zverejnenia oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti ex ante.

³ Z dokumentácie k priamemu rokovaciemu konaniu vyplýva, že kontrolovaný odôvodňuje potrebu upraviť a rozšíriť viaceré funkcionality a oblasti IS DAMAS, ktoré sú spojené so zásahom do zdrojového kódu (jadra) IS DAMAS, Nariadením Komisie (EÚ) 2017/2195, ktoré vytvorilo legislatívny rámec a ktorým sa stanovuje usmernenie o zabezpečovaní rovnováhy v elektrizačnej sústave. Z dokumentácie ďalej vyplýva, že základ na vypracovanie predmetného Nariadenia bol stanovený už v Nariadení EP č. 714/2009, v ktorom je zadefinovaná potreba vytvorenia nových sieťových predpisov a prvotný rámec pre usmernenie o zabezpečovaní rovnováhy v elektrizačnej sústave bol zverejnený už v septembri 2012. Podľa kontrolovaného však posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy MARI nevyhnutnú pre lokálnu implementáciu bol schválený v septembri 2020 a posledný dokument tvoriaci technickú špecifikáciu platformy PICASSO nevyhnutný pre lokálnu implementáciu bol schválený v januári 2021.

Z uvedených skutočností podľa nás vyplýva, že hoci finálnu technickú špecifikáciu pre platformy determinovali až dokumenty schválené v septembri 2020 a januári 2021, najneskôr koncom roka 2017 musel mať kontrolovaný vedomosť o tom, že bude musieť reagovať na legislatívne zmeny, a to v nadväznosti na Nariadenie Komisie (EÚ) 2017/2195 z decembra 2017, pričom z obsahu nariadenia už mohlo byť zrejmé, že tieto legislatívne zmeny sa premietnu aj do funkcionality a fungovania IS ako takého.

3,5 roka (presnejší výpočet znalec uvádza ďalej). „, na základe čoho sa stotožňujeme s právnym názorom úradu uvedeným v odvolaní napadnutom rozhodnutí, že pravým dôvodom, pre ktorý v tomto prípade neexistuje hospodárska súťaž, a teda je daná výlučnosť jedného dodávateľa, je skutočnosť, že kontrolovaný v čase obstarávania predmetnej zákazky nedisponoval potrebnými výhradnými právami k IS DAMAS.

V Znaleckom posudku č. 22/2023 zo dňa 17. 08. 2023 (ďalej len „znalecký posudok č. 2“), vyhotovenom v tomto odvolacom konaní na základe žiadosti rady, aj tento znalec analyzuje časový a ekonomický dopad realizácie predmetu tohto priameho rokovacieho konania v situácii, kedy by kontrolovaný vlastnil majetkové práva k IS DAMAS a daný predmet zákazky by vykonával hospodársky subjekt odlišný od spoločnosti UNICORN. Na základe uvedeného máme za to, že aj tento znalec pripúšťa, že ak by IS DAMAS nebol v stave vendor lock-in, jeho úpravy a doplnenia by objektívne mohol realizovať aj iný hospodársky subjekt.

V súvislosti s odvolávaním sa na špecifické procesné a technologické know-how poukazujeme na **rozhodnutie rady č. 2008-9000/2021 zo dňa 08. 03. 2021**, v ktorom rada konštatovala nasledovné, cit.: „***K špecifickému know-how, ako technickému dôvodu na použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade, rada uvádza, že samotné know-how získané poskytovateľom v rámci predchádzajúceho plnenia služieb servisnej podpory, údržby prevádzky a rozširovania informačného systému SAP kontrolovaného, nie je možné považovať za technický dôvod, ktorý by bránil poskytnutiu služieb iným hospodárskym subjektom. (...) Rada samozrejme nechce znížiť hodnotu technického riešenia informačného systému kontrolovaného, len poukázať na skutočnosť, že každý na mieru vyrobený informačný systém je náročný a unikátny svojím vlastným spôsobom. Inými slovami, rada nespochybňuje technickú náročnosť a unikátnosť informačného systému kontrolovaného a nespochybňuje ani dôležitosť potreby zabezpečiť jeho interoperabilitu a kompatibilitu. Rada poukazuje len na to, že tieto vlastnosti a potreby sú spoločné ak nie každému, tak veľmi vysokému počtu na mieru vyrobených informačných systémov. Ak by teda technická komplikovanosť a unikátnosť informačného systému kontrolovaného odôvodňovali použitie priameho rokovacieho konania v tomto prípade, odôvodňovalo by to zároveň použitie priameho rokovacieho konania pri veľkom počte iných informačných systémov, ktoré by z časového hľadiska mohli byť prostredníctvom priameho rokovacieho konania udržiavané a inovované prakticky donekonečna, keďže ich zložitosť a unikátnosť sa len tak nevytratia.***“.

Vychádzajúc z vyššie uvedeného máme za to, že **znalecký posudok č. 1, ako ani znalecký posudok č. 2, z hľadiska samotných technických dôvodov nevyklúčujú možnosť realizácie predmetu zákazky aj iným hospodárskym subjektom, než je spoločnosť UNICORN.** Na základe uvedeného sa preto **nemožno stotožniť so záverom rady, že boli preukázané také technické dôvody odôvodňujúce priame zadanie zákazky, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž.**

V súvislosti s posudzovaním druhej čiastkovej podmienky na oprávnenú aplikáciu § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a teda v súvislosti s posúdením otázky, či chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania, poukazujeme na Stanovisko Európskej komisie, ktoré potvrdzuje doterajšiu rozhodovaciu prax, na ktorú odkazujeme v úvode tohto odlišného stanoviska, konkrétne na list zn. Ares(2017)3469040 zo dňa 10. 07. 2017, z ktorého vyplýva, že:

Po prvé, musí byť preukázané, že na trhu nepôsobí žiadny iný hospodársky subjekt schopný dodať predmet zákazky. V prípade na mieru vyrobeného softvéru sa zdá byť takýto dôkaz problematický, pokiaľ nie je založený na práve duševného vlastníctva. Navyše, smernica precizuje absenciu súťaže z technických dôvodov tromi ďalšími atribútmi:

- Absencia súťaže, t. j. výlučnosť, nesmie byť vytvorená verejným obstarávateľom (napr. nevyváženým rozdelením autorských práv vo vzťahu k predchádzajúcej zmluve/IT systému) (Recitál 50);
- Neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada [Článok 32 (2)(b) posledný odsek];
- Absencia súťaže nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania [Článok 32(2)(b) posledný paragraf].

V tejto súvislosti možno ďalej poukázať na Stanovisko Európskej komisie, list zn. Ares(2021)6236681 zo dňa 13. 10. 2021, z ktorého vyplýva, že je potrebné posúdiť, či sa v momente zadania prvej a ďalších zákaziek a inštalácie predmetného softvéru dalo odôvodnene predpokladať (bez ohľadu na použitý postup verejného obstarávania), že by predmetné verejné obstarávanie viedlo k závislosti od jedného poskytovateľa alebo či išlo o (objektívne) neočakávaný efekt.

Z predmetného stanoviska ďalej vyplýva, že pokiaľ ide o zohľadnenie toho, že situácia objektívnej výlučnosti bola vytvorená pred vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie, Európska komisia pripomína, že podľa ustálenej judikatúry spravidla platí, že pre verejnú zákazku je uplatňovaná tá Smernica, ktorá bola v platnosti ku dňu, kedy si obstarávateľ zvolil typ konania. Podľa Európskej komisie by sa príslušné verejné zákazky preto mali posudzovať z hľadiska Smerníc 2014/24/EÚ a 2014/25/EÚ, a teda, je irelevantné, kedy bola pôvodná zákazka daná.

Ako bolo uvedené už vyššie, v danom prípade **nie je sporné, že kontrolovaný sa vo vzťahu k jadru systému IS DAMAS nachádza v stave vendor lock-in, a to v dôsledku konania kontrolovaného v minulosti, preto máme za to, že ani druhá čiastková podmienka na oprávnené použitie postupu podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, nebolo naplnená.**

V tejto súvislosti poukazujeme na **rozsudok Najvyššieho správneho súdu Slovenskej republiky č. 4Sžfk/27/2020 zo dňa 26. 05. 2022**, ktorý **potvrdil doterajší výklad podmienok na použitie postupu priameho rokovacieho konania**, a teda aj doterajšiu rozhodovaciu prax rady (s výnimkou tohto rozhodnutia rady, ku ktorému pripájame toto odlišné stanovisko), a v ktorom sa okrem iného uvádza, cit.:

„Kasačný súd považuje za jednoznačné, že obstaranie informačného systému bez licenčných práv objektívne vytvára situáciu umelého zúženia parametrov budúcich verejných obstarávaní na jeho údržbu a vývoj, čo napokon nespochybňuje ani sťažovateľ. (...)

Pri posúdení splnenia predmetnej podmienky je totiž podstatné, že informačný systém, ktorého inovácia bola v prejednávacom prípade predmetom zákazky, pôvodne obstaral štátny orgán, bez toho, aby si zabezpečil licenčné práva potrebné k zadaniu zákazky na servis alebo údržbu tohto systému inému subjektu ako zhotoviteľovi. Žalovaný správne upozornil, že v rokoch 2005, 2008 a 2012 sťažovateľ tento stav predlžoval, keď uzavíрал zmluvy so zhotoviteľom o poskytovaní podpory a servisu informačného systému, so zachovaním výlučnosti postavenia zhotoviteľa a bez súťažného postupu verejného obstarávania, so všetkými negatívnymi dopadmi spojenými s priamym rokovacím konaním.“

Čo sa týka deklarovanej snahy kontrolovaného vymaniť sa spod vendor lock-inu, dávame do pozornosti záver Najvyššieho správneho súdu Českej republiky, sp. zn. 1 As 256/2015-95, zo dňa 12. 05. 2016, s ktorými sa stotožňujeme, cit.:

„Žalobce b) tvrdí, že sice uzavrel nevýhodné licenční podmínky, avšak následně se snažil činit vše proto, aby je zmínil. Takový postup však není postupem, s nímž zmiňované ustanovení spojuje možnost liberace.“

V súvislosti s posudzovaním poslednej čiastkovej podmienky na oprávnenú aplikáciu § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, a teda v súvislosti s posúdením skutočnosti, či bola preukázaná neexistencia primeranej alternatívy alebo náhrady, poukazujeme na Stanovisko Európskej komisie, konkrétne list zn. Ares(2017)3469040 zo dňa 10. 07. 2017, z ktorého vyplýva, že otázka existencie alebo neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady prichádza do úvahy až po preukázaní, že absentuje hospodárska súťaž z technických dôvodov, čo nie je spôsobené predchádzajúcim konaním verejného obstarávateľa ani umelým zúžením súčasných parametrov obstarávania.

V neposlednom rade je potrebné uviesť, že Európska komisia tiež uviedla, že v súlade s reštriktívnym výkladom výnimiek sa domnieva, že za účelom dokázania neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady, nebude postačujúce preukázať, že alternatíva alebo náhrada by mohla byť neúmerne ekonomicky, časovo, či technicky náročná.

Vychádzajúc z uvedeného máme za to, že za účelom preskúmania naplnenia dôvodov pre oprávnené použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, by závery znalcov uvedené v znaleckom posudku č. 1 a znaleckom posudku č. 2, týkajúce sa posudzovania existencie primeranej alternatívy alebo náhrady (či už z hľadiska časovej alebo finančnej náročnosti), mali byť vzaté do úvahy až po tom, čo by boli preukázané prvé dve čiastkové podmienky uvedené vyššie, čo sa však podľa nášho názoru v danom odvolacom konaní nestalo.

Podľa nášho názoru preto zohľadnenie časových aspektov, tak ako to urobila rada v bodoch 207 až 211 rozhodnutia č. 7282-9000/2023 zo dňa 26. 10. 2023, nebolo za daných okolností potrebné (vzhľadom na nenaplnenie prvých dvoch čiastkových podmienok) a ani správne.

V tejto súvislosti dávame do pozornosti Rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR, sp. zn. 1 As 242/2017-48, zo dňa 01. 11. 2017, v zmysle ktorého, cit.:

„Jakkoliv přitom stěžovatel nemusel (či v některých aspektech snad ani nemohl) předvídat zcela konkrétní okolnosti budoucího vývoje projektu (nutnost převzetí provozu PCKS samotným stěžovatelem apod.), nemění to nic na skutečnosti, že s ohledem na původní záměr musel nutně nezbytnost zadávání dalších zakázek předjímat.“

ako aj Rozsudok Krajského soudu v Brně zo dňa 18. 02. 2021, čj. 30 Af 19/2019-115, v zmysle ktorého, cit.:

„Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nikoliv pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na nešikovný postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. Jen komplexní ekonomické zhodnocení prokazující zřejmou efektivnost zadavatelova postupu mohlo vést v dané věci k závěru, že žalobce byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Takové důkazy však v nyní projednávaném případě nebyly předloženy. (...) Ekonomická analýza hodnotila izolovaně situaci zadavatele existující před zadáním nyní posuzované veřejné zakázky. Nijak se však nevyjadřovala k tomu, jak by se cena původní veřejné zakázky a zakázek na ni navazujících lišila, pokud by zadavatel v původní veřejné zakázce postupoval obezřetně a požadoval by po vítězném dodavateli poskytnutí zdrojových kódů a dokumentace. Tato analýza tak podle soudu nebyla způsobilá prokázat ekonomickou výhodnost zadavatelem zvoleného řešení jako celku. Dílčí výhodnost jednoho zadávacího postupu nad požadavkem otevřenosti hospodářské soutěže převážit nemohla, jak ve výsledku správně konstatoval žalovaný. K závěrům znaleckého posudku soud uvádí, že ani předmětný posudek nelze chápat jako potvrzení ekonomické výhodnosti přijatého řešení. Znalec se v něm zabýval řešením situace k okamžiku zadání nyní posuzované veřejné zakázky.“

Konstatoval, že rozšíření stávajícího systému IDM je cenově výhodnější a je rovněž v souladu s dotačními podmínkami původní veřejné zakázky. Nijak však nehodnotil, zda by zadavatelem zvolené řešení sestávající ze zadání původní veřejné zakázky bez vyhrazení si práv k zásahům do systému a následné zadávání doplňujících veřejných zakázek formou jednacímho řízení bez uveřejnění bylo skutečně finančně výhodnější než obezřetné zadání původní veřejné zakázky (vyhrazení si práv k zásahům do systému) a následné zadávání navazujících veřejných zakázek formou otevřenějších druhů zadávacích řízení. Ani znalecký posudek tak ekonomickou výhodnost zadavatelova postupu neprokázal.“

ktorý potvrdil rozhodnutie predsedu Úradu pro ochranu hospodářské soutěže zo dne 03. 01. 2019, č.j. ÚOHS-R0172/2018/VZ-00026/2018/322/PJe, s ktorého závermi sa stotožňujeme, a ktoré možno aplikovať aj v aktuálnom odvolacom konaní, cit.:

„S ohledem dynamický rozvoj odvětví ICT služeb, jakož i na proměnlivost svých veřejnoprávních úkolů musí zadavatelé vždy předpokládat budoucí potřebu rozvoje zadávaných informačních systémů, a tedy i potřebu navazujících veřejných zakázek. Tuto potřebu obviněný do svých úvah nijak nepromítl, a neunesl tak důkazní břemeno o tom, že je podmínka ekonomické výhodnosti jím zvoleného postupu naplněna. Není ani správný závěr, že by sama ekonomická výhodnost užití jednacímho řízení bez uveřejnění byla způsobila zhojit nedostatek materiální podmínky spočívající v tom, že zadavatel vytvořil formální důvod užití tohoto druhu řízení ve smyslu § 63 zákona. Podmínka ekonomické výhodnosti je další podmínkou užití tohoto druhu řízení, nikoliv však pravidlem, které by požadavek na naplnění podmínek předchozích (materiální a formální) derogovalo. V tom ohledu je nutné se maximálně ztotožnit s Úřadem v tom smyslu, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacímho řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v řízení o zadání veřejné zakázky podle zákona (viz bod 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Je-li tedy naplněna formální a materiální podmínka, je na místě, aby zadavatel ekonomickou výhodnost zvažoval. Není-li tomu tak, je to zbytečné, neboť jednací řízení bez uveřejnění stejně nelze použít. Z toho důvodu nemohou být ve zdejším případě v zásadě relevantní ani závěry ohledně ekonomické výhodnosti možných řešení, byť plynou ze znaleckého posudku, neboť materiální podmínka naplněna nebyla.

(...)

Při zvážení okolností zdejšího případu není ze správního spisu nijak zjevné, že by při uzavírání smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 usiloval o sjednání takového licenčního režimu, který by mu umožňoval do počítačového programu, který byl poskytnut jako plnění veřejné zakázky, zasahovat. Předseda při posouzení této skutkové otázky vychází z faktu, že obviněný toto netvrdil a že to není zjevné ani ze zadávací dokumentace původní veřejné zakázky, která je založena v kontrolním spise zn. ÚOHS-K0003/2018 (položka 15, příloha). Nelze tedy z ničeho vyvozovat, že by obviněný poskytnutí oprávnění zasahovat do počítačového programu jakkoliv požadoval. Musel však již tehdy vědět, že hrozí riziko zastarání informačního systému či změn legislativy, které si ve svém důsledku vyžádají změny takového systému, které však s ohledem na absenci oprávnění program měnit bude muset zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, které ze svojí podstaty neposkytuje ani minimální garanci či zajištění hospodářské soutěže, a tedy ani ekonomické výhodnosti podaných nabídek. Legislativní změny, konkrétně pak tzv. nařízení eIDAS či zákon o kybernetické bezpečnosti, byly přitom jednou z příčin změny potřeb zadavatele (srovnej bod 53. napadeného rozhodnutí). Již tehdy tedy jednal neobezřetně s ohledem na zásadu zajištění hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže.“

Na základe všetkých vyššie uvedených skutočností však máme za to, že **v predmetnom prípade kontrolovaný nepreukázal už prvú zákonnú podmienku na oprávnené použitie**

priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, t. j. konkrétne technické dôvody, ktoré by viedli k faktickej nemožnosti realizácie zákazky iným dodávateľom než vybraným dodávateľom v rámci priameho rokovacieho konania.

Trváme na tom, že použitie postupu priameho rokovacieho konania z technických dôvodov podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní je prípustné v situácii objektívnej výlučnosti, kedy na trhu existuje jeden hospodársky subjekt schopný dodať požadované plnenie, a to z dôvodu vysokošpecifického predmetu zákazky, tzn. nie z dôvodu výlučnosti zapríčinennej kontrolovaným v minulosti.

Máme teda za to, že kontrolovaný v tomto prípade nepreukázal kumulatívne splnenie zákonných podmienok na použitie priameho rokovacieho konania podľa § 98 ods. 1 písm. b) bod 2 zákona o verejnom obstarávaní, čím sa vyhol povinnosti uzavrieť zmluvu na dodanie požadovaného plnenia spôsobom, resp. postupom podľa ustanovení zákona o verejnom obstarávaní.

Na základe všetkých uvedených skutočností **sa nestotožňujeme s rozhodnutím rady, v zmysle ktorého v danom postupe priameho rokovacieho konania nedošlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania.**

Mgr. Jaroslav Lexa

Mgr. Ivan Pudiš