# Zdôvodnenie možnosti použitia priameho rokovacieho konania (PRK) na prevádzkové zmluvy

## Úvod - Minulá prax pri zabezpečovaní prevádzky SW diel

Postup verejného obstarávania (ďalej ako „obstarávanie“) priamym rokovacím rokovaním podľa § 81 zákona o VO je výnimočný postup, ktorý možno použiť len vo výnimočných a v zákonom taxatívne vymenovaných prípadoch. Ide však o legitímny nástroj pre špecifické situácie, ktorý má svoje miesto v obstarávateľskej praxi. Z pohľadu obstarávania prevádzkových zmlúv pre unikátne SW diela bol verejnými obstarávateľmi využívaný § 81 písm. b) zákona o VO, kedy PRK možno použiť ak tovar, stavebné práce alebo služby môže poskytnúť len určitý hospodársky subjekt, ak:

*1. predmetom zákazky je vytvorenie alebo nadobudnutie jedinečného umeleckého diela alebo umeleckého výkonu,*

*2. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž a za predpokladu, že neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania („****technické dôvody****“) alebo*

*3. ide o výhradné práva a za predpokladu, že neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania („****výhradné práva****“).*

V minulosti boli nové prevádzkové zmluvy k SW dielam s ich pôvodnými tvorcami typicky uzatvárané bez toho, aby pokrývali celú predpokladanú dobu životnosti SW diela, a to cez postup verejného obstarávania – priame rokovacie konanie (rokovacie konanie bez zverejnenia – podľa predchádzajúcej právnej úpravy v rámci zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní) na základe odvolania sa na „výhradné (autorské) práva“. Počet ako aj povaha prípadov použitých priamych rokovacích konaní v praxi natoľko narástol, že Európska komisia upozornila na túto skutočnosť a označila stav za nežiaduci. K ukončeniu doterajšej praxe viedlo aj prehĺbenie/rozšírenie právnej úpravy podmienok priameho rokovacieho konania v novej Smernici 2014/24/EÚ (čl. 32 ods. 2 písm. b) Smernice 2014/24/EÚ) a následne aj v novom zákone o VO - § 81 písm. b), s účinnosťou od 18. apríla 2016 (najmä podmienka, že chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania značne zúžila okruh možnej aplikácie priameho rokovacieho konania). V dôsledku uvedeného, v rámci súčasnej rozhodovacej praxe ÚVO dochádza k zrušeniu väčšiny použitých postupov priamych rokovací konaní, pre nesplnenie zákonných podmienok, predovšetkým z dôvodu, že situácia existencie výhradných práv na strane dodávateľa, je považovaná za situáciu, ktorú spôsobil verejný obstarávateľ nesprávnym nastavením zmluvných podmienok, t. j. umelo zúžil parametre v rámci pôvodného postupu zadávania zákazky. Verejní obstarávatelia sa tak ocitli v patovom stave, nakoľko ich doterajší postup pri používaní PRK, ktorý bol dlhodobo považovaný za súladný so zákonom o VO, je od roka 2016 už považovaný za nesprávny a nezákonný v dôsledku novej právnej úpravy a rozhodovacej praxe dohľadových orgánov (ÚVO, ale aj audity Európskej komisie). Verejným obstarávateľom je primárne vyčítaný fakt, že forma – zvolený postup verejného obstarávania takýchto služieb (PRK na základe výhradných autorských práv), sa dlhodobo používal nesprávnym spôsobom, kedy verejní obstarávatelia obstarali SW dielo (súťažnými postupmi verejného obstarávania – napr. verejnou súťažou), avšak následnú prevádzku, údržbu a rozvoj diela zadávali postupom priameho rokovacieho konania úspešnému uchádzačovi pôvodnej zákazky, pričom ostatné konkurenčné hospodárske subjekty zúčastňujúce sa pôvodných súťažných postupov verejného obstarávania tak prišli o možnosť súperiť o ďalšie zákazky.

## Priame rokovacie konanie

Jednou z možností riešenia krátkodobej vízie je opätovné použitie PRK, ale už nie z dôvodu existencie „výhradných práv“, ale na základe „technických dôvodov, pre ktoré neexistuje hospodárska súťaž“.[[1]](#footnote-1) Tento postup je možný, avšak len za riadneho splnenia a odôvodnenia všetkých zákonných podmienok.

Preukazovanie splnenia tejto kľúčovej požiadavky zákona na použiteľnosť PRK len tým, že dielo je veľké či jedinečné, a preto „nikto nedokáže jeho pôvodného dodávateľa nahradiť“ je síce vecne korektné, ale formálne zrejme nepostačujúce pre preukázanie splnenia podmienok pre použitie PRK. Precízne vysporiadanie sa s požiadavkami zákona o VO si vyžaduje splnenie troch požiadaviek:

1. z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž,
2. neexistuje ani žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada,
3. chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania.

Preskúmajme postupne možnosť preukázania splnenia troch vyššie uvedených požiadaviek zákona o VO pre aplikovanie PRK.

### Neexistencia hospodárskej súťaže z technických dôvodov.

So skúmaním tejto podmienky úzko súvisí požiadavka na dodržanie základných povinností verejného obstarávateľa podľa ZVO. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti (§ 10 ods. 2 zákona o VO). Príprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov sa nesmú realizovať so zámerom nedovoleného uplatnenia výnimky z tohto zákona alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov (§ 10 ods. 3 zákona o VO).

Vzhľadom na podmienky krátkodobej vízie použiteľnosti priameho rokovacieho konania (3 roky), uvedené vyššie, sa predovšetkým z časového a vecného hľadiska stáva objektívne technicky nemožným (resp. vylúčeným) vytvorenie a dodanie nového informačného systému. Krátkodobá vízia je preto objektívne zameraná výhradne na prevádzku (údržbu a rozvoj) existujúceho diela.

Pri silnom postavení pôvodného dodávateľa SW diela totižto vzniká možnosť poukazovať, že jeho postavenie mu dáva neprimeranú konkurenčnú výhodu oproti ostatným uchádzačom v súťaži o prevádzku SW diela. Táto výhoda pritom nemá žiadny zmluvný základ, ale vzniká prirodzene na základe viacročného kumulovania znalostí súvisiacich s dielom samotným a prostredia, do ktorého je dielo nasadené. Táto objektívna výhoda potom verejnému obstarávateľovi znemožňuje pri prípadnom vyhlásení verejnej súťaže rešpektovať požiadavku na „princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov“ v zmysle § 10 ods. 2 zákona o VO a tiež požiadavku na to, aby nedochádzalo k „narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov“ v zmysle § 10 ods. 3 zákona o VO. Je vopred zrejmé, že ak budú voči všetkým uchádzačom definované rovnaké požiadavky, pôvodný dodávateľ bude zvýhodnený a ostatní uchádzači znevýhodnení.

Či ide o bezdôvodné zvýhodnenie existujúceho dodávateľa je potrebné posúdiť, či verejný obstarávateľ urobí všetky dostupné opatrenia, ktoré sú v jeho moci, aby sa vyhol tomuto zvýhodneniu. Potom by sme mohli konštatovať, že v prípade prevádzkových zmlúv unikátneho SW diela je tým rozlišovacím kritériom trvanie zmluvy. Čím bude trvanie zmluvy dlhšie, tým bude výhoda poskytnutá pôvodnému dodávateľovi nižšia. Mohli by sme konštatovať, že kým realizovanie obstarávania na 1 - 3 roky by mohlo napĺňať známky „bezdôvodného zvýhodňovania“, obstarávanie s rovnakým predmetom zákazky napr. na 10 rokov by už takto charakterizované byť nemalo (intenzita zvýhodnenia existujúceho dodávateľa by bola na nižšej úrovni).

Inak povedané, v prípade unikátnych SW diel má pôvodný dodávateľ v prípade obstarávania novej zmluvy na údržbu a rozvoj vždy výhodu oproti „novým uchádzačom“ v tom, že nemusí investovať čas a peniaze do absorbovania poznatkov nevyhnutných na spoľahlivé poskytovanie tejto služby. Jediný stupeň voľnosti, ktorý má obstarávateľ k dispozícii na to, aby túto výhodu eliminoval, je natiahnutie trvania nového kontraktu, o ktorý sa súťaží, na čo najdlhšiu dobu. Naopak, skracovanie tejto lehoty môže pôsobiť ako umelé diskriminačné opatrenie voči novým uchádzačom.

Ak teda zhrnieme vyššie uvedené, vzhľadom na akútnosť riešenia problému s prevádzkovaním existujúcich SW diel a zároveň s ambíciou do budúcna pripraviť súťaže pre obstaranie nového SW diela alebo prevádzky na dlhšiu dobu (dlhodobá vízia verejného obstarávania), je pravdepodobné, že verejní obstarávatelia budú mať záujem uzavrieť s existujúcimi dodávateľmi prevádzkové zmluvy s kratším trvaním. Na základe vyššie uvedených argumentov môžeme uzavrieť, že v prípade prevádzkových zmlúv na krátku dobu (1-3 roky) bude musieť byť naplnená podmienka, že „neexistuje hospodárska súťaž z technických dôvodov“.

**Charakteristiky SW diela**. Ďalšia otázka teraz znie, čo sú kľúčové znaky SW diela, kedy by vyššie uvedená argumentácia mohla byť korektne uplatnená. Je zrejmé, že nie každé SW dielo by malo byť kvalifikované ako také, ktorého údržbu a rozvoj v kratšom časovom horizonte by mohol zabezpečovať jeho pôvodný tvorca prostredníctvom PRK. Takže aké by malo SW dielo charakteristiky, aby PRK na jeho údržbu a rozvoj na kratšie obdobie mohlo byť považované za legitímne?

1. **Ide o unikátne SW dielo**.
   1. Protikladom unikátneho SW diela sú „konfigurovateľné odvetvové riešenia“. Typickým príkladom je účtovníctvo, kde existujú desiatky odvetvových riešení (SAP ERP, Microsoft Dynamics,....).
   2. Komplexnosť a vysoké špecifické požiadavky na interoperabilitu, ktoré sa musia splniť, aby sa zabezpečilo fungovanie služieb.
2. **Z hľadiska rozsahu ide o veľké dielo, objem poznatkov má veľký rozsah.** 
   1. Poskytovanie obstarávaných služieb si vyžaduje súhru odborníkov z viacerých oblastí. Vytvorenie „teamovej znalosti“ je veľmi komplikované. Nie je to len lineárny súčet individuálnych znalostí, ale veľmi dôležitá je aj úroveň komunikácie a koordinácie v teame.
   2. Vytvorenie funkčných teamov je problém sám o sebe, aj keď nie je potrebné absorbovať nové poznatky. Čím väčší je team, a čím je poznatkov viac, tým dlhšia a drahšia je tranzitívna fáza.
3. **Poznatky boli kumulované dlhšiu dobu (napríklad 5 rokov).**
   1. Ide nielen o skúsenosti z fázy zhotovenia diela, ale aj z fázy údržby a rozvoja diela.
4. **Ide o jedinečnú doménu** (aj z dôvodu spracovávaných business procesov naviazaných na kompetenčne jedinečnú legislatívu))**.**
   1. Pravdepodobnosť, že na trhu existujú odborníci s potrebnými analytickými schopnosťami v danej doméne sú veľmi nízke. Znamená to, že nový poskytovateľ nebude čeliť len výzve na spoznanie daného SW diela, ale jeho odborníci sa budú musieť zoznamovať so špecifikami domény samotnej. To výrazne zvyšuje náklady na absorpčnú fázu a predlžuje jej trvanie.
5. Neexistencia žiadnej primeranej náhrady alebo alternatívy (k  poskytnutiu údržby a rozvoja daného SW diela).

O ponechaní, výmene či inej alternatíve SW diela musia rozhodovať technické a ekonomické argumenty. Ich rozbor sa typicky robí pred tým, ako sa urobí rozhodnutie. Z časového a vecného hľadiska je objektívne technicky nemožným (resp. vylúčeným), vytvorenie a dodanie nového informačného systému v období kratšom ako 3 roky. Taktiež aj samotná služba je nenahraditeľná, jednoducho za daných podmienok nemá alternatívu (pozri vyššie, neexistencia hospodárskej súťaže, resp. kolízia s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov a bezdôvodného zvýhodnenia existujúceho dodávateľa). Jedinou do úvahy prichádzajúcou primeranou alternatívou pre zabezpečenie prevádzky existujúceho SW diela je zabezpečenie prevádzky kapacitami samotného verejného obstarávateľa.

1. **Neexistencia alebo nedostatočnosť vlastných možností a kapacity obstarávateľa**
2. Verejný obstarávateľ nemá vlastné možnosti a kapacity, resp. tieto sú nedostačujúce, a preto nedokáže prevádzku sám zabezpečiť.

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

Vo vyššie uvedenej argumentácii o neexistencii hospodárskej súťaže, ani pri zdôvodňovaní toho, že neexistuje žiadna primeraná náhrada alebo alternatíva, nebolo použité žiadne odvolanie na v minulosti uzatvorené zmluvné vzťahy. Znamená to, že celá argumentácia je postavená na objektívne vznikajúcom vzťahu medzi verejným obstarávateľom a zhotoviteľom unikátneho SW diela, t.j. existuje tu stav objektívnej výlučnosti dodávateľa, ktorý vznikol z nevyhnutej tesnej spolupráce s verejným obstarávateľom a je charakterizovaný hĺbkovými vedomosťami IS a jedinečnými znalosťami dodávateľa, bez ohľadu na minulý alebo súčasný postup či rozhodnutie verejného obstarávateľa.

1. **Ide o IS, na ktorý bol pôvodne použitý jeden z otvorených (súťažných) postupov verejného obstarávania**
2. Súčasný informačný systém je výsledkom verejného obstarávania, pri ktorom bol použitý jeden z otvorených (súťažných) postupov verejného obstarávania, napríklad verejná súťaž, a jej podmienky boli nediskriminačné. Ak áno, tak nemožno mať pochybnosti o tom, že popísaný objektívny stav nie je výsledkom umelého zúženia parametrov verejného obstarávania. **Nie je však vylúčené, aby informačný systém bol v minulosti obstaraný aj postupom priameho rokovacieho konania**, ak boli v danom čase naplnené všetky zákonné podmienky. Za účinnosti predchádzajúceho zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní napr. tiež existovala možnosť využitia postupu priameho rokovacieho konania z dôvodu mimoriadnej udalosti nespôsobenej verejným obstarávateľom, ktorú nemohol predvídať, a vzhľadom na vzniknutú časovú tieseň nemohol postupovať otvoreným súťažným postupom. V prípade, ak bol informačný systém pôvodne obstaraný otvoreným súťažným postupom, nemožno mať pochybnosti o tom, že hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia hospodárskej súťaže; neznamená to však, že v prípade priameho rokovacieho konania k umelému zúženiu hospodárskej súťaže došlo.

**Na základe odpovedí na všetky vyššie uvedené otázky by si verejný obstarávateľ mohol urobiť názor, či daný informačný systém spĺňa predpoklady na to, aby na predĺženie zmluvy o jeho údržbe a prevádzke mohlo byť použité priame rokovacie konanie na základe § 81 písm. b) zákona o VO.**

1. Podľa § 81 písm. b) bod 2 ZVO [↑](#footnote-ref-1)