**Príloha č. 1**

**Zdôvodnenie možnosti použitia PRK na prevádzkové zmluvy pre unikátne SW diela.**

Postup verejného obstarávania (ďalej ako „obstarávanie“) priamym rokovacím rokovaním podľa § 81 ZVO 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) ZVO, 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**“).

**Minulá prax**

V minulosti boli nové prevádzkové zmluvy SW diel s ich pôvodnými tvorcami typicky uzatvárané cez PRK 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 tento stav za nežiadúci. V dôsledku uvedeného v rámci rozhodovacej praxe Úradu pre verejné obstarávanie dochádza k rušeniu väčšiny priamych rokovací konaní pre nesplnenie zákonných podmienok, predovšetkým z dôvodu, že situácia existencie výhradných práv na strane dodávateľa je považovaná za situáciu, ktorú si spôsobil verejný obstarávateľ sám nastavením licenčných zmluvných podmienok, v dôsledku ktorých nezískal potrebné majetkové práva k spracovaniu SW diela v budúcnosti (po ukončení platnosti pôvodnej zmluvy), čím neumožnil hospodársku súťaž na relevantnom IT trhu.

Treba však zdôrazniť, že ide dominantne o formálny, nie vecný problém v tom zmysle, že z pohľadu EK ani ÚVO nejde o zákaz či obmedzenie zabezpečovania služieb od existujúceho dodávateľa. Ide o výber správneho zákonného postupu verejného obstarávania v súlade so ZVO.

**Krátkodobá a dlhodobá vízia verejného obstarávania zmlúv na údržbu a rozvoj SW diel**

Ako akceptovateľný spôsob Európska komisia odporučila spolu s obstarávaním nového SW diela obstarávať aj opcie na jeho údržbu a rozvoj na celú predpokladanú dobu jeho životnosti. Slovensko však nedostalo odporúčania, ako postupovať v prípade SW diel, ktoré sú v dobrom technickom stave (nie je dôvod ich nahrádzať novým dielom), ale platnosť v minulosti uzavretých zmlúv na ich údržbu a rozvoj už vypršala, alebo vyprší v blízkej budúcnosti. Tu zjavne postup odporúčaný zo strany EK nie je riešením, ten je vhodný len pre novo obstarávané SW diela. V súčasnosti sa javí, že jedinou možnosťou, ako zabezpečiť súlad so zákonným spôsobom obstarávania prevádzkových zmlúv pre už používané SW diela je príprava nových obstarávaní na údržbu a rozvoj IS. A tieto zložiť vždy z prvotnej periódy (napr. dva roky) a niekoľkých následných opcií (napr. po dvoch rokoch). Problémom však je, že na Slovensku zatiaľ nie sú skúsenosti s prípravou takýchto obstarávaní, ale najmä, že príprava, následné obstarávanie a nadväzujúca tranzitívna perióda ( nevyhnutná v prípade že úspešný bude iný uchádzač, ako bol pôvodný zhotoviteľ SW diela) si vyžiadajú pri väčších SW dielach minimálne tri roky. Znamená to, že aj keby jednotliví obstarávatelia okamžite začali tento proces, potrvá najmenej tri roky, kým dôjde k uzatvoreniu zmluvy na údržbu a rozvoj SW diela. Zo stanoviska EK vyplýva možné dočasné riešenie, a to zmena existujúcich zmlúv podľa § 18 ZVO formou dodatkov k týmto zmluvám, v prípade § 18 ods. 1 písm. b) a c) až do výšky 50% z hodnoty pôvodnej zmluvy a § 18 ods. 3 o 10, resp. 15%. Pre niektorých obstarávateľov by to mohlo byť východisko (ak napríklad majú platnú päťročnú zmluvu, ktorá vyprší na konci roku 2018, mohli by ju následne predĺžiť do polovice roku 2021). Obávame sa však, že takéto prípady budú skôr výnimočné. Je teda nevyhnutné nájsť spôsob, ktorý nebude v rozpore s platným ZVO aj pre ostatných obstarávateľov, a ktorý im umožní predĺžiť spoluprácu s pôvodnými zhotoviteľmi SW diel na dobu, ktorú potrebujú na prípravu nových obstarávaní a následne kontrahovanie nových zmlúv – s pôvodnými alebo novými dodávateľmi.

**Priame rokovacie konanie v krátkodobej vízii (2017 - 2021)**

Jednou z takýchto možností 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 ZVO 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 ZVO pre aplikovanie PRK.

1. **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 ZVO). 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 ZVO).

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 žiaden 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 obstarávateľovi znemožňuje pri prípadnom vyhlásení verejnej súťaže rešpektovať požiadavku na „princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov“ v zmysle § 10 ods. 2 ZVO a tiež požiadavku na to, aby nedochádzalo k „narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov“ v zmysle § 10 ods. 3 ZVO. 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 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 čim 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.**
   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 3 rokov. 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.
6. **Neexistencia alebo nedostatočnosť vlastných možností a kapacity obstarávateľa**
7. Verejný obstarávateľ nemá vlastné možnosti a kapacity, resp. tieto sú nedostačujúce, a preto nedokáže prevádzku sám zabezpečiť.
8. **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 obstarávateľom a zhotoviteľom unikátneho SW diela, t.j. existuje tu stav objektívnej výlučnosti dodávateľa, ktorý vznikol z nevyhnutej tesnej spolupráce s obstarávateľom a je charakterizovaný hĺbkovými vedomosťami IS a jedinečnými znalosťami dodávateľa, bez ohľadu na minulý alebo súčasný postup či rozhodnutie verejného obstarávateľa.
9. **Ide o IS, na ktorý bol pôvodne použitý jeden z otvorených (súťažných) postupov verejného obstarávania**
10. 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.

**Na základe odpovedí na všetky vyššie uvedené otázky by si každý 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) ZVO.**

**Zabezpečenie realizácie cieľového modelu verejného obstarávania**

Po pozitívnom predbežnom vyhodnotení splnenia podmienok priameho rokovacieho konania, si musí verejný obstarávateľ vyriešiť interne akým spôsobom plánuje naplniť po ukončení aktuálne obstarávanej prevádzkovej zmluvy cieľový model verejného obstarávania, či plánuje vyhlásiť verejnú súťaž na nové SW dielo, alebo napríklad prevádzkovú zmluvu na dlhšie obdobie pri zachovaní pôvodného SW diela, a pod. svoje rozhodnutie by mal prerokovať s existujúcim dodávateľom.

V závislosti na individuálnych nastaveniach zmluvného vzťahu medzi dodávateľom a obstarávateľom, môžu nastať v zásade dve situácie. Prvá, dodávateľ sa zaviaže odovzdať obstarávateľovi v určitom momente zdrojový kód a dokumentáciu, ku ktorým mal výhradné práva, ako aj iné kritické informácie o fungovaní SW diela (týmto dôjde k prelomeniu stavu lock-in verejného obstarávateľa). Druhá situácia, dodávateľa odmietne odovzdať zdrojový kód, materiál a iné kritické informácie. Praktický rozdiel pre verejného obstarávateľa je v tom, že pokým pri prvej situácie mu ostávajú otvorené obe scenáre, t.j. verejné obstarávanie na ďalšiu prevádzku (rozširovanie) SW diela, ako aj nové SW diela, v prípade druhom, prichádza do úvahy len možnosť obstarať nové SW dielo. Predpokladáme, že každý rozumný dodávateľ neodmietne poskytnúť obstarávateľovi v určitom momente zdrojový kód a dokumentáciu, ku ktorým mal výhradné práva, ako aj iné kritické informácie o fungovaní SW diela, nakoľko by tým inak čelil istému ukončeniu používania jeho SW diela obstarávateľom. Takto existujúci dodávateľ získava možnosť zúčastniť sa verejného obstarávania na dlhodobú prevádzku pôvodného SW diela.

Následne by mal verejný obstarávateľ s existujúcim dodávateľom uzavrieť memorandum o primeranej súčinnosti, ktorú mu dodávateľ poskytne v oboch možných alternatívach (ďalšia prevádzka existujúceho SW diela, alebo obstaranie nového IS). Pri eventualite, že dodávateľ odmietne odovzdať predmetné podklady, memorandum by malo obsahovať záväzok na poskytnutie primeranej súčinnosti pri tranzícii na nový IS (najmä migrácia dát, atď.).

V dokumentácii k priamemu rokovaciemu konaniu, verejný obstarávateľ potom musí uviesť a zdôvodniť, akým spôsobom plánuje naplniť po ukončení aktuálne obstarávanej prevádzkovej zmluvy dlhodobú víziu verejného obstarávania, ako je popísané vyššie, a priložiť alebo odkázať na uzatvorené memorandum s existujúcim dodávateľom. Zmluva, ktorá bude výsledkom priameho rokovacieho konania, by mala rovnako obsahovať záväzok existujúceho dodávateľa prinajmenšom v rozsahu, k akému sa zaviazal v uvedenom v memorande.

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