



Lubomír Franc
hejtman Královéhradeckého kraje

V Hradci Králové dne 21. března 2016

Věc: **Rozhodnutí zadavatele o námitkách**

Veřejná zakázka: "Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje"

Zadavatel: **Královéhradecký kraj**, IČO: 708 89 546
se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové
zastoupen Bc. Lubomírem Francem, hejtmánem kraje
(dále jen „Zadavatel“)

Stěžovatel: **Dopravní a logistická společnost s.r.o.**, IČO: 283 60 311
se sídlem U Žebračky 3042/18a, 750 02 Přerov
zastoupen Ing. Miroslavem Mackem, jednatelem
(dále jen „Stěžovatel“)

Zadavateli byly dne 11. 3. 2016 doručeny námitky Stěžovatele směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**Námitky**“) veřejné zakázky s názvem "Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje" (dále jen „**Veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 9. 2015 pod evidenčním číslem 519152 (dále jen „**Zadávací řízení**“).

Zadavatel ve lhůtě stanovené v ustanovení § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“ nebo „**zákon**“) podané Námitky přezkoumal po věcné i formální stránce a **rozhodl o Námitkách** tak, že jim

nevyhovuje.

Své rozhodnutí odůvodňuje Zadavatel následujícím způsobem.

I. Náležitosti

Stěžovatel podává Námitky proti zadávacím podmínkám Veřejné zakázky. Dle § 110 odst. 3 ZVZ je stěžovatel povinen námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli do 5 dnů od konce lhůty pro podání nabídek. Námitky Stěžovatele byly Zadavateli doručeny dne 11. 3. 2016, a tedy byly podány v zákonné lhůtě pro podání námitek.

Dle Stěžovatele vymezil Zadavatel zadávací podmínky a zejména smluvní podmínky v rozporu se ZVZ, což brání Stěžovateli účastnit se Zadávacího řízení. Stěžovatel se podanými Námitkami domáhá toho, aby Zadavatel Zadávací řízení na zadání Veřejné zakázky zrušil a zveřejnil nové oznámení podle článku 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1370/2007, o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „**Nařízení**“).

Zadavatel konstatuje, že Námitky obsahují zákonné náležitosti, byly podány oprávněnou osobou v zákonné lhůtě a jde tedy o námitky řádně podané. Zadavatel tyto námitky v plném rozsahu přezkoumal a rozhodl se jim **nevyhovět**, neboť je považuje za neopodstatněné.

II. Namítané skutečnosti Stěžovatele a odůvodnění Zadavatele

Stěžovatel namítá nezákonné vymezení zadávacích podmínek Veřejné zakázky, přičemž porušení ZVZ spatřuje v tom, že:

- A) Zadavatel nevymezil předmět Veřejné zakázky dostatečně jasně tak, aby všichni uchazeči vycházeli z týchž předpokladů;
- B) oprávnění Zadavatele měnit jízdní řády představuje pro uchazeče nepředvídatelné riziko, které neumožní ocenit nabídky a brání v podání vzájemně porovnatelných nabídek;
- C) Návrh smlouvy neřeší možnost obrany dopravce proti nesprávně změřené délce spoje Zadavatelem;
- D) doba plnění Veřejné zakázky je nepředvídatelná;
- E) lhůta pro přípravu plnění smlouvy na Veřejnou zakázku je diskriminační;
- F) ustanovení o kumulaci smluvních pokut je nejasné;
- G) výše odměny závisí na vůli Zadavatele;
- H) Zadavatel nesplnil notifikační povinnost dle Nařízení.

K jednotlivým námitkám Stěžovatele uvádí Zadavatel následující:

Ad A) K vymezení předmětu Veřejné zakázky

Stěžovatel namítá, že na žádném místě zadávací dokumentace nejsou specifikovány konkrétní linky a spoje, na kterých bude vybraný uchazeč povinen provozovat dopravu, přičemž dle příloh č. 9 a 10 zadávací dokumentace, které obsahují rámcové návrhy jízdních řádů a rámcové návrhy oběhů vozidel, nelze dle Stěžovatele relevantní nabídku zpracovat, neboť tyto přílohy jsou informativní povahy a po uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících (dále jen „**Smlouva**“) mohou být údajně neomezeně měněny. Dle Stěžovatele je Zadavatelem zvolený výběr dopravců principiálně v rozporu se ZVZ, neboť není jasné, jaké dopravní výkony bude vybraný uchazeč po uzavření Smlouvy povinen poskytovat, přičemž dle Stěžovatele byl Zadavatel povinen v zadávací dokumentaci jednoznačným a závazným způsobem stanovit časové a místní určení jednotlivých linek a

spojů tak, aby všechny nabídky vycházely z týchž předpokladů a aby oceňovaly tytéž služby. Nejasnost vymezení předmětu Veřejné zakázky je dle Stěžovatele umocněna tím, že si Zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil pravomoc uložit vybranému uchazeči povinnost provozovat dopravu i v jiných oblastech Královéhradeckého kraje, resp. na území jiných států.

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Stěžovatele, že byl povinen v zadávací dokumentaci stanovit závazným způsobem časové a místní určení jednotlivých linek a spojů, neboť Zadavateli není známo, že by právní předpisy ve vztahu k veřejným zakázkám na zajištění dopravní obslužnosti takovou povinnost stanovovaly. Z pohledu ustanovení ZVZ je přitom Zadavatel povinen zadávací dokumentaci zpracovat *v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky*. Zadavatel je přesvědčen, že tuto povinnost splnil a předmět Veřejné zakázky vymežil dostatečně jasným a podrobným způsobem tak, aby na jeho základě mohli dodavatelé zpracovat vzájemně porovnatelné nabídky. Jak Zadavatel uvedl v čl. 4.1 zadávací dokumentace, *„předmětem Veřejné zakázky je služba v podobě dopravního výkonu určeného určitým počtem kilometrů a určitým územím specifikovaným v tomto článku, ve kterém je garantován začátek a konec oběhů vozidel dle přílohy zadávací dokumentace (viz Příloha 8). Předmětem Veřejné zakázky tedy nejsou skupiny konkrétně vymezených spojů a autobusových linek.“* Z tohoto článku dále jasně vyplývá, že předmět Veřejné zakázky je vymezen zadávacími podmínkami, tedy zadávací dokumentací **včetně veškerých jejích příloh**, přičemž zadávací dokumentace jednoznačně stanovuje, že *„předmět Veřejné zakázky a její rozsah je v členění dle jednotlivých částí dále určen v přílohách zadávací dokumentace, zejména v Příloze 9 - Rámcové návrhy jízdních řádů a v Příloze 10 - Rámcové návrhy oběhů vozidel, které jsou informativní povahy a slouží jako podklad pro zpracování nabídkové ceny.“* Právě z uvedených příloh jednoznačně vyplývá rovněž informace o tom, které části Veřejné zakázky budou zahrnovat linky vedené na území sousedních států. Zadávací dokumentace dále v čl. 4.1 výslovně stanovuje, že *ačkoliv tyto přílohy* (tj. příloha 9 a 10 zadávací dokumentace) *vymezují pouze rámcové návrhy jízdních řádů a oběhů vozidel, Zadavatel předpokládá, že tyto návrhy se podstatně nebudou odlišovat od časových poloh a tras spojů požadovaných Zadavatelem dle čl. 4.2 Závazného textu Rámcové smlouvy.* Zadavatel zároveň v čl. 7.3 zadávací dokumentace stanovil podrobné podmínky pro výpočet nabídkové ceny.

S ohledem na výše uvedené se tvrzení Stěžovatele, že zadávací podmínky neumožňují řádně ocenit a předložit porovnatelné nabídky, nezakládá na pravdě. Ze zadávacích podmínek jednoznačně vyplývá, na základě jakých podkladů a jakým způsobem mají uchazeči zpracovat své nabídky, přičemž tyto podmínky jsou stanoveny pro všechny uchazeče stejně. Je přitom zcela očekávatelné a logické, že v případě Smlouvy s dobou trvání 10 let je objektivně nemožné stanovit předem naprosto přesné vymezení časových poloh a tras jednotlivých spojů uvedených v jízdních řádech, které by byly platné po celou dobu realizace Veřejné zakázky, tj. po předpokládanou dobu 10 let. Zadavatel však vymežil dostatečně podrobná pravidla, na jejichž základě bude k případným úpravám docházet (viz zejména čl. 5.3 a 5.4 Návrhu smlouvy).

Ve vztahu k možnosti Zadavatele stanovit u některých částí Veřejné zakázky vedení vybraných linek z části na území sousedních krajů či sousedního státu za podmínek stanovených v Návrhu smlouvy Zadavatel nad rámec výše uvedeného doplňuje, že riziko případně poskytovaných služeb na území jiné části Veřejné zakázky v souladu s podmínkami stanovenými v Návrhu smlouvy je uchazeč povinen zohlednit ve své nabídkové ceně. Zadavatel nemůže být objektivně schopen předem odhadnout veškeré situace, které se v průběhu desetileté realizace Veřejné zakázky mohou vyskytnout, a

s naprostou přesností vymezit zadávací podmínky. Zároveň však Zadavatel musí v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky zohlednit svou povinnost zajistit dopravní obslužnost na svém území, a to v kterékoliv situaci, i při vzniku mimořádných událostí, a zajistit tak potřeby cestujících na svém území, neboť jakýkoliv výpadek dopravní obslužnosti kraje by mohl mít fatální důsledky. Z uvedeného důvodu si Zadavatel v čl. 5.11 Návrhu smlouvy výslovně vyhradil právo stanovit v objektivně odůvodněných případech povinnost dopravce poskytnout veřejné služby i na území jiné části Veřejné zakázky. Takový způsob úpravy zadávacích podmínek považuje Zadavatel za správný, odpovědný vůči cestujícím a zároveň přiměřený definované situaci, kdy tuto výhradu lze využít pouze v objektivně odůvodněných případech a pouze po omezenou dobu a v omezeném rozsahu.

Zadavatel je tedy přesvědčen, že vymezil předmět Veřejné zakázky dostatečně jasně a určitě tak, aby umožnil uchazečům řádně kalkulovat nabídkovou cenu a podat vzájemně porovnatelné nabídky.

Ad B) K oprávnění Zadavatele měnit jízdní řády

Stěžovatel dále namítá, že oprávnění Zadavatele měnit jízdní řády a oběhy vozidel bez adekvátní kompenzace vícenákladů dopravce představuje pro uchazeče nepředvídatelné a neocenitelné riziko, jež v konečném důsledku povede k podání spekulativních a navzájem neporovnatelných nabídek. Dle názoru Stěžovatele není možné, aby Zadavatel na jednu stranu požadoval, aby uchazeči při oceňování nabídek vycházeli z rámcových jízdních řádů a rámcových oběhů obsažených v zadávacích podmínkách, a na druhou stranu si zároveň vyhrazoval právo tyto jízdní řády a oběhy po uzavření Smlouvy kdykoliv a jakkoliv změnit, aniž by dopravci uhradil vícenáklady oproti stavu předpokládanému v zadávací dokumentaci.

Zadavatel k námitce Stěžovatele uvádí, že jak vyplývá z čl. 4.1 zadávací dokumentace, Zadavatel požaduje od uchazečů poskytnutí určité kapacity, s níž bude následně Zadavatel za podmínek stanovených ve Smlouvě nakládat. Zadavatel opakovaně zdůrazňuje, že s ohledem na dynamický vývoj veřejné dopravy a integrovaného dopravního systému je objektivně nemožné stanovit předem naprosto přesné vymezení časových poloh a tras jednotlivých spojů uvedených v jízdních řádech, které by byly platné po celou dobu realizace Veřejné zakázky, tj. po předpokládanou dobu 10 let. Zadavatel je povinen na svém území zajišťovat dopravní obslužnost, přičemž je zcela pochopitelné, že předpokládaný rozsah se v průběhu času může měnit, a to především v důsledku změny dojížděky, zániku či vzniku školských zařízení, vzniku nebo zániku pracovních příležitostí, z důvodu změny dopravních omezení, výluk, uzavírek a objížděk, změn dopravních tras, zániku některých dopravních spojení, změn v objednávkách dálkové a regionální osobní železniční dopravy apod. Zadavatel je přitom povinen za účelem zajištění řádné dopravní obslužnosti tyto změny přepravních potřeb obyvatelstva či jiné objektivní potřeby zohlednit a přizpůsobit tomu poskytování veřejných služeb. Zadavatel však vymezil dostatečně podrobná pravidla, na jejichž základě bude k případným úpravám docházet (viz zejména čl. 5.3 a 5.4 Návrhu smlouvy).

Z čl. 8.5 Návrhu smlouvy pak vyplývá, že Zadavatel bude vybranému uchazeči v rámci odměny hradit objednaný dopravní výkon všech vozidel, jejichž počet je uchazečům předem znám. Úhrada odměny tedy bude poskytována na základě Zadavatelem požadovaného objemu kilometrů. Samotný vývoj v čase je uchazeč povinen zahrnout do svého podnikatelského rizika a kalkulovat riziko změny uvedených jízdních řádů v nabídkové ceně, jelikož, jak je uvedeno výše, takovouto změnu není objektivně schopen předvídat ani Zadavatel. K tomu Zadavatel odkazuje na veřejně dostupnou informaci, že v důsledku

optimalizace jízdních řádů v Královéhradeckém kraji v minulých letech jsou změny jízdních řádů minimální, čímž se minimalizovalo také riziko změny rámcových jízdních řádů a rámcových návrhů oběhů ze strany Zadavatele.

Ad C) K obraně dopravce proti nesprávně změřené délce spoje

Stěžovatel namítá, že v Návrhu smlouvy chybí řešení situace, kdy Zadavatel změří kilometrickou délku spoje nesprávně, přičemž od změřené délky spoje se odvíjí výše odměny hrazené vybranému uchazeči. Dle Stěžovatele tuto situaci neřeší ani čl. 7.16 Návrhu smlouvy, když dle jeho názoru se dopravce nemá možnost bránit proti nesprávně určené délce příslušné trasy v případě, pokud se Zadavatel rozhodne příslušnou trasu nepřeměřit. Z těchto důvodů je dle Stěžovatele čl. 7.15 Návrhu smlouvy netransparentní a nezákonný, neboť v jeho důsledku může dopravci vzniknout právo na úhradu nižší odměny, než by odpovídalo skutečné délce trasy.

Zadavatel s tvrzením Stěžovatele nesouhlasí, neboť Návrh smlouvy upravuje způsob řešení sporů mezi Zadavatelem a vybraným uchazečem ohledně kilometrické délky spojů. Kromě možnosti dopravce v případě nesouhlasu s kilometrickými délkami spojů předložit Zadavateli oponentní měření, které je Zadavatel povinen posoudit a zaslat dopravci vyjádření (viz čl. 7.16 Návrhu smlouvy), stanovuje Smlouva ve svém čl. 4.15 rovněž oprávnění dopravce sdělovat Zadavateli podněty a vyjádření ke změnám v organizaci dopravy, změnám jízdních řádů a autobusových linek. Poslední věta tohoto ustanovení pak výslovně stanovuje, že po podání podnětu ze strany dopravce je Zadavatel povinen namítané vady projednat a bez zbytečného odkladu tyto vady odstranit. V případě nedosažení dohody a existence sporu ohledně změřené délky spoje má dopravce samozřejmě možnost obrátit se v této věci na příslušný soud dle čl. 17.11 Návrhu smlouvy, aby věc nestranně rozhodnul.

Ad D) K době plnění Veřejné zakázky

Stěžovatel namítá, že doba plnění Veřejné zakázky je nejasná a nepředvídatelná, neboť z čl. 4.3.1 zadávací dokumentace není jasné, kdy dojde k zahájení plnění Smlouvy ani po jak dlouhou dobu bude Smlouva plněna. Zároveň Stěžovatel namítá, že s ohledem na čl. 13.6 Návrhu smlouvy, dle kterého může Zadavatel smlouvu kdykoliv písemně vypovědět bez udání důvodu s výpovědní lhůtou 24 měsíců, si Zadavatel vyhrazuje pravomoc Smlouvu dle svého uvážení kdykoliv zrušit bez ohledu na to, že dopravce v nabídce kalkuloval s plněním Smlouvy po dobu 10 let, čímž přenáší na dopravce nepřijatelné riziko. Tato ustanovení dle Stěžovatele představují pro dopravce neakceptovatelné riziko, neboť údajně bude záviset výlučně na vůli Zadavatele, jestli bude Smlouva trvat celých 10 let nebo méně. Tato nejasnost dle Stěžovatele brání řádnému zpracování nabídek.

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Stěžovatele, že na základě vymezených zadávacích podmínek nelze ocenit nabídku. Jak Zadavatel vysvětlil již v rámci dodatečných informací, základním (a v zadávacích podmínkách od počátku vymezeným) předpokladem je, že plnění Veřejné zakázky bude probíhat od 1. 1. 2017 do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2026, nejpozději však do 31. 12. 2026, tedy přibližně 10 let. **Z tohoto údaje uchazeči vycházejí při zpracování nabídkové ceny.** K pozdějšímu zahájení realizace Veřejné zakázky může dojít pouze z objektivních důvodů a za předem stanovených podmínek (viz bod 4.3.1 zadávací dokumentace a čl. 13 Návrhu smlouvy), jež Zadavatel nemůže předvídat (např. vedení správního řízení před Úřadem). Skutečnost, že ze zadávacích podmínek je zřejmé, že uchazeči mají při zpracování nabídek vycházet

z předpokládané doby trvání Smlouvy v délce 10 let, přitom vyplývá i ze samotných Námitek, když sám Stěžovatel uvedl, že „dopravce v nabídce kalkuloval s plněním smlouvy po dobu 10 let.“

K námitce Stěžovatele týkající se možnosti Zadavatele písemně vypovědět Smlouvu Zadavatel uvádí, že čl. 13.6 Návrhu smlouvy umožňuje kterékoli smluvní straně, tedy nikoliv pouze Zadavateli, písemně vypovědět Smlouvu bez udání důvodu s výpovědní lhůtou v délce 24 měsíců. Výpověď je jedním ze zákonem předvídaných způsobů předčasného ukončení smluvního závazku (srovnej § 1998 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění). V případě ukončení Smlouvy výpovědi mají přitom obě smluvní strany právo uplatnit vůči druhé smluvní straně své nároky v souladu se zákonem č. 89/2012 Sb. Zadavatel uvádí, že není v jeho zájmu účelově mařit plnění Smlouvy a předčasně ji ukončovat. Zadavatel si však jako řádný hospodář nemůže upřít právo v případě skutečně odůvodněných událostí spravedlivě opodstatňujících předčasné ukončení trvání Smlouvy, tuto Smlouvu vypovědět. Zadavatel je proto přesvědčen, že toto ustanovení nemůže být diskriminační ani představovat pro dopravce nepřiměřené či nepředvídatelné riziko, neboť možnost výpovědi smlouvy je daná závazným právním předpisem.

K tvrzení Stěžovatele, že nelze vyloučit, že Zadavatel bude pod hrozbou vypovězení Smlouvy požadovat od vybraného uchazeče nějaké nadstandardní plnění, jako např. slevu z dohodnuté ceny nebo bezplatné nasazení dodatečného autobusu, Zadavatel uvádí, že toto tvrzení je nutné odmítnout jako spekulativní a objektivně nepodložené. Je zcela zřejmé, že Zadavatel je oprávněn požadovat plnění jenom v rozsahu a za podmínek stanovených ve Smlouvě.

Ad E) Ke lhůtě pro přípravu plnění Smlouvy

Dle Stěžovatele čl. 13 Návrhu smlouvy, z kterého plyne, že vybraný uchazeč může mít na přípravu plnění Smlouvy i jen 4 měsíce od podpisu Smlouvy, údajně diskriminuje dopravce, kteří v současné chvíli nemají zajištěny kapacity potřebné k plnění Veřejné zakázky, resp. kteří by chtěli s linkovou dopravou expandovat do Královéhradeckého kraje. Dle Stěžovatele by tito dopravci nemuseli před zahájením plnění Smlouvy stihnout pořídit potřebná vozidla, v důsledku čehož by jim hrozilo předčasné ukončení Smlouvy nebo uplatnění smluvních pokut ze strany Zadavatele.

Zadavatel je přesvědčen, že požadavky uvedené v čl. 13.2 až 13.4 Návrhu smlouvy jsou stanoveny v souladu se ZVZ. Dle Zadavatele je nutné zohlednit skutečnost, že Veřejná zakázka je v souladu s § 98 ZVZ rozdělena na části, přičemž na každou část Veřejné zakázky se podle § 98 odst. 4 ZVZ pohlíží jako na samostatnou zakázku. Zadavatel přitom zdůrazňuje, že ačkoliv § 98 odst. 3 ZVZ umožňuje zadavatelům v oznámení zadávacího řízení uvést, zda je dodavatel oprávněn podat nabídku na všechny či na některé části, Zadavatel této zákonné možnosti nevyužil, čímž umožnil všem uchazečům podat nabídku na kteroukoliv část, resp. i na všechny části. Každý uchazeč se tak může přihlásit do jedné či do několika (anebo všech) částí. V případě rozdělení Veřejné zakázky na části se předpokládá, že se každý uchazeč přihlásí v rámci svých technických, ekonomických i kapacitních možností a na svou odpovědnost a riziko do tolika částí Veřejné zakázky, aby byl schopen splnit všechny povinnosti vyplývající jak ze Zadávacího řízení (kvalifikace, jistota apod.), tak i z uzavřené Smlouvy na realizaci příslušné části Veřejné zakázky, bude-li v dané části Veřejné zakázky jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější. Zadavatel dále zdůrazňuje, že rozdělením Veřejné zakázky na části nemůže docházet k žádné diskriminaci i

z toho důvodu, že současný trend ochrany malých a středních podniků (podporovaný rovněž ze strany Evropské unie) klade důraz na zadávání menších částí veřejných zakázek tak, aby se jich mohl účastnit co nejširší okruh dodavatelů. Pokud jde o lhůtu 4 měsíců mezi uzavřením Smlouvy a zahájením plnění, je Zadavatel na základě svých zkušeností z předchozích obdobných smluv přesvědčen, že uvedená lhůta je dostatečná. Záleží přitom na dopravci, zda a jakým způsobem si zajistí výrobní kapacity, přičemž Zadavatel dodává, že s ohledem na skutečnost, že hodnocení nabídek bude provedeno výhradně na základě počítatelných hodnotících kritérií, jejichž hodnoty budou uchazečům zřejmé již v okamžiku otevírání obálek, jsou uchazeči již v této době schopni předvídat výsledek Zadávacího řízení v jednotlivých částech Veřejné zakázky a mohou tak již od tohoto okamžiku činit některé úkony k zajištění potřebných kapacit pro zahájení plnění Smlouvy (např. uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí). Zároveň Zadavatel nepožaduje, aby dopravce poskytoval veřejnou službu na základě Smlouvy výhradně svými vlastními autobusy; pokud tedy vybraný uchazeč nebude mít dostatečný počet vlastních autobusů, může si potřebné kapacity pro plnění Veřejné zakázky zajistit např. pronajmutím nezbytného počtu autobusů.

Ad F) K ustanovení o kumulaci smluvních pokut

Dle Stěžovatele z čl. 14.23 Návrhu smlouvy není jasné, zda se smluvní pokuty budou nebo nebudou kumulovat, což dle názoru Stěžovatele Zadavatel nevyjasnil ani v rámci dodatečných informací - sada č. 8, odpověď č. 75.

Zadavatel s tvrzením Stěžovatele nesouhlasí, neboť je přesvědčen, že kumulace smluvních pokut v případě porušení různých povinností zajištěných samostatnými smluvními pokutami zcela jasně vyplývá již z čl. 14.23 Návrhu smlouvy. Zároveň Zadavatel nesouhlasí ani s tím, že tvrzenou nejasnost nevysvětlil v rámci dodatečných informací, neboť Zadavatel v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám - sada č. 13 ze dne 4. 12. 2016, konkrétně v odpovědi na dotaz č. 49 jasně vysvětlil, že „pokud dojde k naplnění vícero smluvních titulů pro úhradu smluvních pokut ze strany dopravce, dopravce je povinen veškeré smluvní pokuty Zadavateli zaplatit až do jejich kumulované výše 100.000.000,- Kč, v souladu s citovaným ustanovením [tj. čl. 14.23].“

Ad G) K závislosti výše hrazené odměny na vůli Zadavatele

Stěžovatel namítá, že čl. 3.3 Návrhu smlouvy, dle kterého se předpokládaný rozsah veřejné služby pro příslušnou část Veřejné zakázky může od okamžiku podpisu Smlouvy měnit, je netransparentní a nezákonný, neboť si tím Zadavatel dle názoru Stěžovatele fakticky vyhradil právo libovolně určovat, jak vysokou odměnu dopravce obdrží, když dle čl. 8.16 Návrhu smlouvy je výše odměny odvislá mj. od předpokládaného rozsahu dopravního výkonu. Dle Stěžovatele v důsledku toho dopravci nemají jistotu, jaký dopravní výkon budou provádět za základní cenu dopravního výkonu a jaký za cenu nižší, odpovídající nákladům na 1 km nad rámec referenčního rozsahu dopravního výkonu, což údajně znemožňuje řádné nacenění nabídky.

Zadavatel k námitce Stěžovatele uvádí, že z podstaty věci představuje referenční rozsah výchozí hodnoty dopravního výkonu, sloužící pro nacenění nabídek uchazečů, k jejichž změnám v průběhu trvání Smlouvy nedochází. Zadavatel však v čl. 3.3 Návrhu smlouvy v rámci vymezení účelu a předmětu Smlouvy upozornil poskytovatele na skutečnost, že rozsah dopravního výkonu se může **oproti** předpokládanému (referenčnímu) rozsahu, s nímž uchazeč počítal při nacenění nabídky, změnit, a to dle konkrétních podmínek stanovených Smlouvou.

V této souvislosti je podstatný rovněž způsob výpočtu celkového vyúčtování nákladů za příslušný dopravní rok, kde dochází k vyčíslení rozdílu kilometrů a nákladů mezi objednaným realizovaným dopravním výkonem (vykazovaným průběžně ve vyúčtování měsíčních odměn) a referenčním rozsahem dopravního výkonu dle jednotlivých kategorií vozidel.

Zadavatel je s ohledem na výše uvedené přesvědčen, že zadávací podmínky umožňují řádné zpracování nabídek.

Ad H) K uveřejněnému předběžnému oznámení dle čl. 7 odst. 2 Nařízení

Dle názoru Stěžovatele Zadavatel nedodržel notificační povinnost vyplývající z čl. 7 odst. 2 Nařízení, podle kterého byl údajně povinen v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnit nejméně rok před zahájením Zadávacího řízení oznámení obsahující údaj o názvu a adrese Zadavatele, údaj o typu plánovaných smluv a údaj a službách a oblastech, na které se Smlouva vztahuje. Dle Stěžovatele Zadavatel pochybil, když v tomto oznámení neuvedl klasifikaci předmětu podle CPV kódů, v důsledku čehož dle Stěžovatele nelze vyloučit, že se někteří dopravci (zejména zahraniční) o úmyslu Zadavatele zahájit Zadávací řízení vůbec nedozvěděli, případně že se s ním seznámili příliš pozdě na to, aby se mohli připravit na podání nabídky. Dále byl dle Stěžovatele Zadavatel v oznámení výslovně označit všechny regiony NUTS, kde může docházet k plnění Smlouvy, aby se všichni dopravci (včetně zahraničních) mohli o Veřejné zakázce dozvědět a relevantně se na Zadávací řízení připravit. Dále Stěžovatel namítá, že Zadavatel v oznámení uvedl, že Smlouva bude uzavřena nejpozději do 1. 1. 2017, což dle Stěžovatele odporuje čl. 4.3.1 zadávací dokumentace, která připouští jako nejpozdější termín pro uzavření Smlouvy 31. 7. 2018. Dle Stěžovatele v důsledku toho nelze vyloučit, že někteří dopravci se na základě údaje uvedeného v oznámení rozhodli o Veřejnou zakázku neucházet, přestože od roku 2018 by již byli schopni plnit Smlouvu. Dle Stěžovatele je v důsledku výše uvedeného Zadávací řízení jako celek nezákonné a Zadavatel je povinen uveřejnit nové oznámení s novou roční notificační lhůtou.

Zadavatel k námitce Stěžovatele předně uvádí, že nesdílí jeho názor na povinnost uveřejnit předběžné oznámení o záměru uzavřít Smlouvu, neboť podle výslovné úpravy obsažené v čl. 7 odst. 2 Nařízení se povinnost oznámit předem vymezené informace v Úředním věstníku EU vztahuje pouze na postup zadavatelů v případě zahájení nabídkového řízení nebo při přímém uzavření smluv podle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších předpisů (dále jen „ZVS“), který stanovuje tuto uveřejňovací povinnost v § 19 ZVS. Zadavatel však zadává Veřejnou zakázku **v otevřeném řízení dle ZVZ, který povinnost uveřejnit předběžné oznámení v Úředním věstníku EU alespoň jeden rok před zahájením zadávacího řízení nestanoví.** Tento závěr potvrdil rovněž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ve svém rozhodnutí č. j. **ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa** ze dne 12. 6. 2015, v němž ve vztahu k povinnosti uveřejnit předběžné oznámení dle čl. 7 odst. 2 Nařízení v případě postupu zadavatele dle ZVZ konstatoval: *„Povinnost zveřejnit záměr uzavřít smlouvu o veřejných službách je dále upravena v čl. 7 odst. 2 Nařízení, které výslovně zmiňuje pouze nabídkové řízení a přímé zadání podle Nařízení. Tuto povinnost převzal zákon o veřejných službách, který upravuje nabídkové řízení a přímé zadání na národní úrovni, v zákoně o veřejných zakázkách však taková povinnost pro zadavatele stanovena není.“*

Zadavatel zdůrazňuje, že splnil veškeré notificační povinnosti stanovené ZVZ, když v souladu s § 86 zákona uveřejnil předběžné oznámení ve Věstníku veřejných zakázek (dne

29. 7. 2015 pod ev. č. 519152) a v Úředním věstníku EU (dne 31. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 146-269085). Všichni zájemci, včetně těch zahraničních, tak byli v souladu se ZVZ v dostatečném předstihu informováni o záměru Zadavatele zahájit Zadávací řízení.

Oznámení č. 2013/S 191-330330, jež bylo v Úředním věstníku EU zveřejněno dne 2. 10. 2013, uveřejnil Zadavatel z důvodu opatrnosti, jelikož koncem roku 2013 ještě neměl najisto vyřešenou otázku, zda bude Veřejnou zakázku zadávat v nabídkovém řízení dle § 10 a násl. ZVS anebo zda bude postupovat dle ZVZ. Zadavatel je nicméně přesvědčen, že dobrovolné oznámení uveřejněné v Úředním věstníku EU přesto splňuje veškeré náležitosti dle čl. 7 odst. 2 Nařízení, neboť obsahuje název a adresu Zadavatele, informace o typu plánovaných smluv a službách a oblastech, na něž se možné smlouvy vztahují. Ačkoli uveřejněné oznámení v Úředním věstníku EU není pro Zadávací řízení vůbec relevantní, Zadavatel k termínu uzavření Smlouvy již výše uvedl, že předpokládá uzavření Smlouvy a zahájení realizace Veřejné zakázky v uvedeném termínu 1. 1. 2017. Pozdější termíny uzavření Smlouvy jsou přípustné jen z objektivních důvodů, v souladu s čl. 13 Návrhu smlouvy (viz příloha č. 12 zadávací dokumentace) a bodem 4.3.1 zadávací dokumentace.

Zadavatel je tedy přesvědčen, že při uveřejnění předběžného oznámení o záměru uzavřít Smlouvu v Úředním věstníku EU nepostupoval v rozporu se ZVZ ani ZVS či Nařízením.

III. Závěr Zadavatele

Zadavatel je s ohledem na výše uvedené přesvědčen, že vymezil zadávací podmínky v souladu se ZVZ i základními zásadami zadávacího řízení. Vzhledem k tomu považuje Zadavatel Námitky Stěžovatele za nedůvodné a v souladu s § 111 ZVZ rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

IV. Poučení

Stěžovatel je oprávněn v souladu s § 114 odst. 1 ZVZ podat proti tomuto rozhodnutí návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů Zadavatele u Úřadu, a to do deseti kalendářních dnů ode dne, v němž Stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým Zadavatel Námitkám nevyhověl. Návrh musí být v téže lhůtě doručen ve stejnopisu Zadavateli. Pokud Zadavatel námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1 ZVZ, lze návrh podat a doručit Úřadu a Zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání Námitky Stěžovatelem.

Rozhodnutí zadavatele o námitkách bylo schváleno Radou Královéhradeckého kraje dne 21. 3. 2016.

.....
Bc. Lubomír Franc
hejtman Královéhradeckého kraje