

Krajský úřad Královéhradeckého kraje
Pivovarské náměstí 1245
Hradec Králové
PSČ 500 03

V Přerově dne 9.3.2016

Věc: Námitky proti zadávacím podmínkám – veřejná zakázka ev. č. 519152 /výběr dopravců v Královéhradeckém kraji/

Vážení,

naše společnost, Dopravní a logistická společnost s.r.o., IČ: 28360311, DIČ: CZ28360311, se sídlem Přerov, U Žebračky 3042/18a, PSČ: 75002, se hodlá ucházet o shora uvedenou veřejnou zakázku ev. č. 519152 zadávanou Královéhradeckým krajem pod názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje“.

Dle našeho názoru však nebyly zadávací a zejména smluvní podmínky zakázky stanoveny zadavatelem v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Naše společnost proto v souladu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách podává proti zadávacím podmínkám předmětné zakázky tyto odůvodněné **námitky**:

I. NEZÁKONNÉ ZADÁVACÍ PODMÍNKY

I.a Nejasné vymezení předmětu zakázky

Podle § 44 odstavec 1 zákona o veřejných zakázkách je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech potřebných pro zpracování nabídky, přičemž za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel. Máme za to, že zadavatel v rozporu s uvedeným ustanovením zákona nevymezil předmět zakázky dostatečně jasným a určitým způsobem umožňujícím zodpovědně zpracovat nabídku a zejména provést řádnou kalkulaci nabídkové ceny.

Jak jsme zjistili, na žádném místě zadávací dokumentace nejsou specifikovány konkrétní linky a spoje, na kterých bude vybraný uchazeč povinen provozovat dopravu. Přílohy 9 a 10 zadávací dokumentace sice obsahují rámcové návrhy jízdních řádů a rámcové návrhy oběhů vozidel, avšak tyto přílohy jsou zadavatelem výslovně označeny pouze jako informativní s tím, že po uzavření smlouvy mohou být zadavatelem neomezeně měněny /viz článek 4 smlouvy/. Na jejich základě tedy zjevně nelze relevantní nabídku zpracovat.

V článku 4.1 zadávací dokumentace navíc zadavatel výslovně uvádí, že předmětem zakázky nejsou skupiny konkrétně vymezených spojů a autobusových linek a že zadavatel vymezil předmět zakázky jako službu v podobě dopravního výkonu určeného určitým počtem kilometrů a určitým územím. Zadavatel dle svých vlastních slov požaduje od uchazečů poskytnutí určité „kapacity“, s níž bude následně za podmínek stanovených smlouvou nakládat.

Dle našeho názoru je zadavatelem zvolený způsob výběru dopravců principiálně v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť absolutně není jasné, jaké dopravní výkony bude vybraný uchazeč po uzavření smlouvy vlastně povinen poskytovat. Domníváme se, že zadavatel byl 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. Stávající naprosto vágní vymezení předmětu zakázky znemožňuje spravedlivou soutěž o zakázku, neboť jednotliví uchazeči jsou nuceni své nabídky zpracovávat pouze na základě svých subjektivních očekávání ohledně toho, jakým způsobem a v jakém rozsahu se zadavatel bude po dobu trvání smlouvy odchylovat od rámcových jízdních řádů a rámcových oběhů obsažených v zadávací dokumentaci.

Nejasnost vymezení předmětu zakázky je dále umocněna tím, že zadavatel si v zadávací dokumentaci /článek 4.3.2/ i ve smlouvě /články 5.4 a 5.11/ vyhradil pravomoc uložit vybranému uchazeči povinnost provozovat dopravu nejen v jiných oblastech Královéhradeckého kraje, ale také na území jiných krajů či cizích států. Uchazeči o veřejnou zakázku tedy nejenže nevědí, na jakých konkrétních linkách a spojích budou dopravu provozovat, ale ani netuší, na jakém území budou povinni tyto služby poskytovat. Mezi jednotlivými oblastmi Královéhradeckého kraje /a tím spíše i mezi Královéhradeckým krajem a sousedními kraji či cizími státy/ jsou přitom významné rozdíly, které mají vliv na výnosy a náklady veřejné linkové dopravy a tím i na kalkulaci ceny dopravního výkonu.

I.b Nepředvídatelné riziko vyplývající z oprávnění zadavatele měnit jízdní řády

Jak uvedeno v předcházející námitce, zadavatel je po dobu trvání smlouvy podle jejího článku 4 oprávněn dle svého uvážení a bez omezení měnit jízdní řády /resp. časové polohy a trasy jednotlivých spojů/ oproti rámcovým jízdním řádům a rámcovým oběhům, které tvoří přílohy 9 a 10 zadávací dokumentace. Ačkoliv je dopravce v souladu se smlouvou povinen tyto změny za všech okolností akceptovat, zadavatel se v žádném ustanovení smlouvy nezavazuje uhradit dopravci vícenáklady, které mu v souvislosti s příslušnými změnami vzniknou.

Zadavatelem prováděné změny jízdních řádů však z povahy věci budou mít bezprostřední dopad na náklady dopravce, neboť od konkrétní podoby jízdních řádů se odvíjí např. oběhy vozidel, počty přejezdových a režijních kilometrů /které zadavatel dopravci nehradí/, prostoje řidičů a dalšího personálu apod.

Dle našeho názoru není možné, aby zadavatel na jednu stranu požadoval, aby uchazeči při oceňování nabídek vycházeli z rámcových jízdních řádů a rámcových oběhů obsažených v zadávací dokumentaci, a na druhou stranu si zároveň vyhrazoval právo tyto jízdní řády a oběhy po uzavření smlouvy kdykoliv a jakkoliv změnit, aniž by však dopravci uhradil vícenáklady oproti stavu předpokládanému v zadávací dokumentaci. Domníváme se, že takto nastavené oprávnění zadavatele neomezeně 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.

I.c. Neexistence obrany dopravce proti nesprávně změřené délce spoje

V souladu se smlouvou /článek 7.15/ zadavatel stanoví kilometrické délky jednotlivých spojů v objednávce v souvislosti se stanovením příslušných jízdních řádů. Dle našeho názoru ve smlouvě chybí řešení situace, kdy zadavatel změří kilometrickou délku spoje nesprávně. Správně změřená délka spoje má přitom zásadní význam, neboť se od ní odvíjí výše odměny hrazené dopravci.

Ve smlouvě /článek 7.16/ sice je zakotveno oprávnění dopravce předložit zadavateli oponentní měření kilometrické délky trasy, avšak výkon tohoto práva dopravce je podmíněn tím, že se sám zadavatel rozhodne kilometrickou délku příslušné trasy přeměřit. **Pokud se tedy zadavatel rozhodne příslušnou trasu nepřeměřit, nemá dopravce žádnou možnost se bránit proti nesprávně určené délce příslušné trasy. Z uvedených důvodů máme za to, že ustanovení článku 7.15 smlouvy je netransparentní a nezákonné, neboť v jeho důsledku může dopravci vznikat právo na úhradu nižší odměny, než by odpovídalo skutečné délce trasy.**

I.d. Nepředvídatelná doba plnění zakázky

Jedním ze základních parametrů ovlivňujících kalkulaci nákladů na plnění předmětu zakázky /např. odpisů/ je doba plnění. Jak jsme ovšem po prostudování zadávací dokumentace zjistili, doba plnění zakázky je v daném případě naprosto nepředvídatelná, v důsledku čehož nelze provést řádnou kalkulaci nabídkové ceny.

V prvé řadě není jasné, k jakému datu má vlastně být zahájeno plnění smlouvy. Podle článku 4.3.1 zadávací dokumentace se na jednu stranu stanoví, že předpokládaný termín realizace plnění zakázky je od 1. 1. 2017, avšak na druhou stranu se v témže článku stanoví, že nejpozdějším přípustným termínem pro uzavření smlouvy v dílčí části zakázky je den 31. 7. 2018. Není jasné, proč zadavatel nestanovil jedno konkrétní datum zahájení plnění smlouvy tak, aby uchazeči věděli, k jakému datu mají své nabídky zpracovávat a oceňovat.

V článku 4.3.1 zadávací dokumentace dále zadavatel uvádí, že k ukončení plnění zakázky dojde za všech okolností v den celostátní změny jízdních řádů vyhlášené Ministerstvem dopravy v

prosinci 2026, nejpozději však 31. 12. 2026. Konec plnění zakázky je tedy na rozdíl od termínu zahájení plnění zakázky stanoven napevno. Dle našeho názoru takový postup nedává smysl a vnáší do zadávacího řízení zásadní nejistotu. Vzhledem k tomu, že termín zahájení smlouvy se může lišit až o cca 2 roky, nemohou uchazeči vědět, jak dlouho vlastně bude trvat doba plnění smlouvy – tedy zda bude trvat celých 10 let nebo např. jen 8 let.

Kromě shora uvedeného nadto zadavatel podle článku 13.6 smlouvy může smlouvu kdykoliv písemně vypovědět bez udání důvodu s výpovědní lhůtou, která činí 24 měsíců. Zadavatel si tedy fakticky vyhrazuje pravomoc smlouvu dle svého uvážení kdykoliv zrušit bez ohledu na to, že dopravce v nabídce kalkuloval s plněním smlouvy po dobu 10 let. Tímto způsobem dle našeho názoru přenáší zadavatel na dopravce nepřijatelné /nepředvídatelné/ riziko, neboť uchazeči nevědí, zda se zadavatel rozhodne smlouvu předčasně vypovědět. Navíc 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.

Shora uvedená ustanovení zadávacích podmínek jednotlivě i ve svém souhrnu vedou k jedinému závěru, a to že doba plnění je naprosto nejasná a nepředvídatelná. Není jasné, kdy vlastně dojde k zahájení smlouvy ani po jak dlouhou dobu bude smlouva plněna. Tato nejistota znamená pro dopravce neakceptovatelné riziko, neboť bude záviset výlučně na vůli zadavatele, jestli bude smlouva trvat celých 10 let nebo méně. Teoreticky by smlouva mohla trvat i jen 2 roky, kdyby se ji zadavatel hned po zahájení plnění rozhodnul vypovědět. Jelikož termín zahájení smlouvy a celková doba jejího plnění představují pro dopravce základní parametry ovlivňující výši nabídkové ceny, brání shora popsané nejasnosti a nejistoty zpracování řádných nabídek.

1.e Diskriminační lhůta pro přípravu plnění smlouvy

Ze smlouvy /článek 13/ plyne, že vybraný uchazeč může mít na přípravu k plnění smlouvy i jen pouhé 4 měsíce od popisu smlouvy. Dle našich informací však za stávajících podmínek na trhu v takto krátké době nelze stihnout obstarat autobusy se zadavatelem požadovanými technickými parametry v množství nezbytném k plnění zakázky.

Domníváme se, že zadavatel takto krátkou lhůtou pro přípravu na plnění zakázky nepřímo diskriminuje dopravce, kteří v současné chvíli nemají zajištěny kapacity potřebné k plnění zakázky, resp. kteří by chtěli s linkovou dopravou expandovat do Královéhradeckého kraje. Tito dopravci by totiž před zahájením plnění smlouvy reálně nemuseli stihnout pořídit potřebná vozidla, v důsledku čehož by jim hrozilo předčasné ukončení smlouvy nebo uplatnění smluvních pokut ze strany zadavatele.

I.f Nejasná kumulace smluvních pokut

V článku 14.23 smlouvy se stanoví, že kumulace smluvních pokut není vyloučena. Dle našeho názoru není jasné, zda se tedy smluvní pokuty budou, nebo nebudou kumulovat. V dodatečných informacích k zadávacím podmínkám – sada č. 8 ze dne 26. 11. 2015 /odpověď č. 75/ zadavatel uvedl: „Z jazykového výkladu čl. 14.23 Návrhu smlouvy je zřejmé, že se smluvní pokuty mohou kumulovat. Dojde-li tedy k porušení dvou různých povinností zajištěných samostatnými smluvními pokutami, mohou se tyto smluvní pokuty kumulovat.“

Dle našeho názoru zadavatel předmětnou dodatečnou informací nijak smlouvu nevyjasnil, když ani z jeho dodatečné odpovědi neplyne, kdy se smluvní pokuty budou a kdy nebudou počítat.

I.g Výše odměny závisí vůli zadavatele

Zadavatel ve smlouvě /článek 3.3/ stanoví, že předpokládaný rozsah veřejné služby pro příslušnou část zakázky se může od okamžiku podpisu smlouvy měnit. Dle našeho názoru je oprávnění zadavatele měnit předpokládaný rozsah dopravního výkonu netransparentní a nezákonné, neboť si tím zadavatel fakticky vyhrazuje právo libovolně určovat, jak vysokou odměnu dopravce obdrží.

Zadavatel totiž v zadávací dokumentaci požaduje, aby uchazeči nabídli „jednotkovou cenu dopravního výkonu“, „náklady na 1 km nad rámec referenčního rozsahu dopravního výkonu“ a „úsporu za 1 km pod rámec referenčního rozsahu dopravního výkonu“. O tom, v jakém rozsahu se do odměny dopravce uvedené hodnoty promítnou, rozhoduje právě předpokládaný rozsah dopravního výkonu /viz např. článek 8.16 smlouvy/. Z logiky věci by tedy předpokládaný rozsah dopravního výkonu měl být po celou dobu plnění smlouvy stejný, aby bylo dopředu zřejmé, jak vysokou odměnu dopravce obdrží, pokud bude provedený dopravní výkon nižší, vyšší nebo roven předpokládanému dopravnímu výkonu.

Právo zadavatele měnit předpokládaný /referenční/ rozsah dopravního výkonu odporuje zákonu o veřejných zakázkách, neboť zadavateli umožňuje manipulovat s výší odměny, kterou dopravci přiznává smlouva. Dopravci v okamžiku přípravy nabídek 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. Tato nejistota je natolik zásadní, že znemožňuje relevantní nacenění nabídky.

I.h Zadavatel nesplnil notificační povinnost dle evropského nařízení

Dle našeho názoru konečně zadavatel nedodržel notificační povinnost vyplývající z Nařízení 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici. Podle článku 7 odstavec 2 tohoto nařízení byl zadavatel 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 o službách a oblastech, na které se smlouva vztahuje.

V první řadě se domníváme, že zadavatel pochybil, když v tomto oznámení neuvedl klasifikaci předmětu zakázky podle CPV kódů. Vzhledem k tomu, že právě podle CPV kódů v praxi dopravci vyhledávají nově oznamované zakázky, bylo nalezení oznámení uveřejněného zadavatelem značně obtížné. Dle našeho názoru nelze vyloučit, že se někteří /zejména zahraniční/ dopravci o úmyslu zadavatele zahájit zadávací řízení vůbec nedozvěděli, popřípadě že se s ním seznámili příliš pozdě na to, aby se mohli připravit na podání nabídky.

Zadavatel dále ve svém oznámení neuvedl oblasti plnění smlouvy podle klasifikace regionů NUTS. Rovněž absence tohoto údaje dle našeho názoru ztěžuje vyhledání informací o zakázce, což platím tím více, že zadavatel si ve smlouvě vyhrazuje pravomoc požadovat po dopravci provozování dopravy i v jiných krajích ČR nebo na území cizích států. Domníváme se, že zadavatel byl povinen v oznámení výslovně označit všechny regiony NUTS, kde může docházet k plnění smlouvy, aby se všichni dopravci /včetně zahraničních/ mohli o zakázce dozvědět a relevantně se na zadávací řízení připravit.

Zadavatel konečně ve svém oznámení uvedl, že smlouva bude uzavřena nejpozději do 1. 1. 2017. V zadávací dokumentaci /článek 4.3.1/ je však nejpozdější přípustný termín pro uzavření smlouvy stanoven na 31. 7. 2018. Zadávací dokumentace tedy odporuje zveřejněnému oznámení, neboť připouští uzavření smlouvy o více než 1,5 roku později. Takovýto posun je nezákonný, neboť nelze vyloučit, že někteří dopravci se na základě údaje uvedeného v oznámení rozhodli o zakázku neucházet, přestože od roku 2018 by již byli schopni plnit smlouvu.

Dle našeho názoru zadavatel nesplnil svou notifikační povinnost stanovenou v Nařízení 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici, neboť nejméně s ročním předstihem nezveřejnil veškeré potřebné informace o zakázce a navíc v zadávací dokumentaci uvedl údaj o termínu uzavření smlouvy odporující údají zveřejněnému v oznámení. Máme za to, že zadávací řízení je z tohoto důvodu jako celek nezákonné a že zadavatel je povinen uveřejnit nové oznámení s novou roční notifikační lhůtou. Teprve poté dle našeho názoru bude možné v souladu se zákonem zadat zakázku.

II. HROZÍCÍ ÚJMA

Naši společnost jako dopravci majícímu zájem o zakázku hrozí z důvodu nezákonných zadávacích podmínek zakázky újma spočívající ve faktické nemožnosti se o zakázku ucházet s relevantní nabídkou a zakázku plnit. Újmu vznikající naší společnosti lze ekonomicky vyjádřit jako **ztrátu ušlého zisku**, který by odpovídal nejméně průměrnému zisku vypočítanému dle obecně závazných předpisů a který by naše společnost získala, kdyby mohla zakázku plnit.

III. NAVRHOVANÝ ZPŮSOB NÁPRAVY

Ve světle shora popsanych nezákonných zadávacích podmínek naše společnost navrhuje, aby zadavatel napravil svůj nezákonný postup tím, že **zadávací řízení zruší a zveřejní nové oznámení** podle článku 7 odstavec 2 Nařízení 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici.

Pevně věříme, že Královéhradecký kraj má zájem na výběru dopravců ve spravedlivé a otevřené soutěži, a že tedy našim námitkám vyhoví. Rovně a transparentní výběrové řízení je totiž dle našeho názoru základním předpokladem stabilního a ekonomického provozu veřejné linkové dopravy v nadcházejících letech.

Za Dopravní a logistická společnost s.r.o.

Dopravní a logistická společnost s.r.o.

U Zebračky 3042/18a

750 02 PREROV

IČ 283 60 214 DIČ CZ28360214

Ing. Miroslav Macek

jednatel

DOPORUČENÉ

Dopravní a logistická společnost s.r.o.
U Žebračky 3042/18a ②
750 02 PŘEROV
IČ: 283 60 311 DIČ: CZ28360311



Krajský úřad Královhradeckého kraje
Pivovarské náměstí 1245
Hradec Králové 500 03



41 0035 0003