

V Rychnově nad Kněžnou dne 18. 3. 2016

## **Královehradecký kraj**

Pivovarské náměstí 1245/2

500 03 Hradec Králové

**Název VZ:** „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje“

**Ev. č. VZ:** 519152

**Zadavatel:** **Královéhradecký kraj**, IČ: 70889546, se sídlem Hradec Králové, Pivovarské náměstí 1245/2

**Stěžovatel:** **AUDIS BUS s.r.o.**, IČO: 15040500, se sídlem Soukenická 242, 516 01 Rychnov nad Kněžnou, společnost zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Hradci Králové pod sp. zn. C 391

## **Námítky proti zadávacím podmínkám**

*Jednou*

*Datovou zprávou do datové schránky*

## I.

### ÚVOD

Dne 22. 9. 2015 bylo ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 519152 uveřejněno oznámení o zakázce k otevřenému řízení na nadlimitní veřejnou zakázku 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**“) zadávanou veřejných zadavatelem Královéhradecký kraj (dále jen „**Zadavatel**“).

Stěžovatel tímto v souladu s ustanovením § 110 ZVZ podává v zákonem stanovené lhůtě proti zadávacím podmínkám Veřejné zakázky tyto své odůvodněné

### **n á m í t k y :**

---

## II.

### **AKTIVNÍ LEGITIMACE A ÚJMA**

Stěžovatel zakládá svou aktivní legitimaci pro podání námitek na skutečnosti, že má zájem na získání Veřejné zakázky, což projevila mj. již svými žádostmi o dodatečné informace, na základě kterých Zadavatel vypracoval a uveřejnil dodatečné informace č. 1 v sadě 3, č. 87 v sadě 8, č. 1 v sadě 11, č. 1 v sadě 14, č. 1 v sadě 19 a č. 1 v sadě 20 k zadávacím podmínkám Veřejné zakázky.

Stěžovatel tímto tvrdí a níže odůvodňuje, že zadávací podmínky Veřejné zakázky jsou nastaveny v rozporu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“), zejména jeho základními zásadami stanovenými v § 6 odst. 1 ZVZ.

Vzhledem k této skutečnosti je Stěžovatel poškozen na svých právech a vznikla mu újma (resp. hrozí její vznik), kterou lze spojit s ušlým ziskem vyplývajícím z nemožnosti Stěžovatele realizovat Veřejnou zakázku, neboť zejména z důvodů diskriminačního nastavení kvalifikačních předpokladů, nedostatečného vymezení předmětu plnění Veřejné zakázky, v jehož důsledku není možné stanovit nabídkovou cenu (resp. ji nelze stanovit tak, aby byla vzájemně porovnatelná s nabídkami dalších potenciálních uchazečů), a požadavku na uzavření smluvních vztahů s konkrétním dodavatelem bez zajištění jeho součinnosti Stěžovatel nemůže podat nabídku na plnění Veřejné zakázky.

## III.

### **PŘEHLED NAMÍTANÝCH PORUŠENÍ ZVZ**

Úkon Zadavatele, proti kterému směřují tyto námitky Stěžovatele, jsou zadávací podmínky Veřejné zakázky. Důvodem pro podání námitek je, že zadávací podmínky Veřejné zakázky jsou nastaveny v rozporu se ZVZ, konkrétně:

- a) **Zadavatel se dopustil porušení ZVZ v souvislosti s vymezením kvalifikačních předpokladů, když pravidla stanovená v rámci technických kvalifikačních předpokladů vedou k neodůvodněné diskriminaci těch dodavatelů, kteří podají nabídku na plnění více částí Veřejné zakázky;**

- b) **Zadavatel se dopustil porušení ZVZ v souvislosti s nedostatečným vymezením předmětu plnění Veřejné zakázky (a vymezení obchodních podmínek), v jehož důsledku není možné stanovit nabídkovou cenu a hrozí obdržení vzájemně neporovnatelných nabídek;**
- c) **Zadavatel se dopustil porušení ZVZ v souvislosti se stanovenou povinností snížit odměnu o jakékoli dopravci poskytnuté dotace, která je v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace;**
- d) **Zadavatel se dopustil porušení ZVZ, když požaduje uzavření smluvních vztahů s konkrétním dodavatelem, aniž by garantoval součinnost tohoto dodavatele za konkrétně vymezených podmínek nebo možnost jiného způsobu plnění v případě, kdy by smlouva uzavřena nebyla. Zadavatel při vědomí specifických podmínek ve struktuře provozovatelů autobusových nádraží, kteří jsou současně potenciálními uchazeči o Veřejnou zakázku (zejména oblast Rychnovsko) nereguluje zadávací podmínky a vytváří tím diskriminační prostředí;**
- e) **Zadavatelem nastavené dílčí hodnotící kritérium průměrného stáří vozidel je diskriminační;**
- f) **Zadavatel se dopustil porušení ZVZ, neboť v rámci dodatečných informací uvedl takové skutečnosti, které reálně znamenaly změny obchodních podmínek stanovených závazným návrhem smlouvy, aniž by byly do samotného návrhu smlouvy zapracovány.**

Výše uvedená tvrzení Stěžovatel blíže rozvádí a náležitě odůvodňuje níže v tomto podání.

#### **IV.**

#### **PORUŠENÍ ZÁKONA**

1. **Zadavatel vymezil kvalifikační předpoklady v rozporu se ZVZ, neboť pravidla stanovená v rámci technických kvalifikačních předpokladů vedou k neodůvodněné diskriminaci těch dodavatelů, kteří podají nabídku na plnění více částí Veřejné zakázky**

Dle § 50 odst. 3 ZVZ je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Dle § 98 odst. 4 ZVZ je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevyplyvá-li z tohoto zákona jinak.

V zadávací dokumentaci Veřejné zakázky (konkrétně v článku 5.5.1.) Zadavatel stanovil, že pro splnění technických kvalifikačních předpokladů požaduje, aby uchazeč prokázal, že v posledních 3 letech ke dni lhůty pro podání nabídek provozoval veřejnou linkovou osobní dopravu ve smyslu ustanovení § 2 odst. 7 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, v minimálním objemu stanoveném Zadavatelem. Zadavatel vymezuje minimální úroveň splnění technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke každé části Veřejné zakázky stanoveným minimálním objemem najetých km.

Zadavatel současně stanovil, že v případě, že uchazeč podává nabídku na více částí Veřejné zakázky, je povinen prokázat poskytování významných služeb minimálně v objemu, který

odpovídá součtu minimálních objemů najetých km v těch částech Veřejné zakázky, na které uchazeč podává nabídku<sup>1</sup>.

Stěžovatel je přesvědčen, že takové nastavení kvalifikačních kritérií je v rozporu se ZVZ, zejména s ustanovením § 50 odst. 3 ZVZ ve spojení s § 98 odst. 4 ZVZ.

**Na základě § 98 odst. 4 ZVZ je na jednotlivé části Veřejné zakázky nutné pohlížet jako na samostatné veřejné zakázky. Tyto části Veřejné zakázky totiž představují samostatné závazky, které budou vybranými uchazeči plněny na základě samostatných smluv.** Jediné, co tato samostatná plnění spojuje, je společné zadávací řízení. I v rámci něj je však postupováno v jednotlivých částech Veřejné zakázky odděleně - uchazeči podávají nabídku na jednotlivé části, v rámci každé části dochází k samostatnému posouzení a hodnocení nabídek podaných právě pro příslušnou část a výběru nejvhodnější nabídky právě pro konkrétní plnění odpovídající jednotlivé části. Taktéž je možné zrušit pouze jednotlivé části Veřejné zakázky bez jakéhokoli dopadu na postup Zadavatele v ostatních částech.

Důvody, které zadavatele vedly ke spojení zadávacích řízení na jednotlivé části do jednoho zadávacího řízení a které pravděpodobně spočívají v ekonomické úspoře za výdaje spojené s provedením zadávacího řízení nebo ve snaze o eliminaci rizika porušení zákazu dělení veřejné zakázky, nejsou relevantní. Zásadní je skutečnost, že se Zadavatel rozhodl Veřejnou zakázku na části rozdělit. Od tohoto momentu již nemůže bez dalšího aplikovat ustanovení ZVZ na Veřejnou zakázku jako celek, nýbrž musí důsledně zohledňovat její rozdělení na části a kvalifikační předpoklady na jednotlivá plnění tedy nepropojovat ani nesčítat. **Konkrétní kvalifikační předpoklady musí být stanoveny přiměřeně pouze ve vztahu k jednotlivé části Veřejné zakázky jako ke konkrétnímu požadovanému plnění. Pouze tímto způsobem dojde k naplnění § 50 odst. 3 ZVZ.**

Sčítání kvalifikačních požadavků při podání nabídek na více částí Veřejné zakázky je ve svém důsledku v rozporu také s ustanovením § 6 odst. 1 ZVZ. Takový požadavek totiž ve svém důsledku neodůvodněně diskriminuje ty uchazeče, kteří podávají nabídku na více částí Veřejné zakázky. Nijak přitom nezohledňuje skutečnost, že úspěch uchazeče v jedné z částí Veřejné zakázky nemá žádný vliv na jeho výsledek v ostatních částech Veřejné zakázky. Uchazečova nabídka může být nejvýhodnější např. pouze pro jednu z pěti částí, do nichž by podával nabídku, a v takovém případě ztrácí opodstatnění stanovená povinnost prokázat kvalifikaci ve sčítaném objemu pro všech pět částí.

Mnohem vyšší kvalifikační nároky jsou tedy stanoveny pouze z toho důvodu, že uchazeč může „zkoušet své šance“ u více částí Veřejné zakázky. Takový důvod však jakkoli nekoresponduje s účelem posouzení kvalifikace, kterým je prověření schopnosti plnit (zajistit plnění) konkrétní zakázku. Prokázání kvalifikace pro součet poptávaných plnění ve své podstatě nemůže dokázat lepší připravenost dopravce na konkrétní část Veřejné zakázky než prokázání kvalifikace stanovené právě pro tuto konkrétní část.

---

<sup>1</sup> "V případě, že uchazeč podává nabídku na více částí Veřejné zakázky, je povinen prokázat poskytování významných služeb minimálně v objemu, který odpovídá součtu minimálních objemů najetých km v rámci provozu veřejné linkové osobní dopravy v těch částech Veřejné zakázky, na které uchazeč podává nabídku tak, aby bylo zřejmé, že uchazeč je dostatečně kvalifikován pro současné poskytování dopravní obslužnosti ve všech částech Veřejné zakázky, na které podává nabídku. Příklad: Uchazeč, který prokáže, že v posledních třech letech najel při provozování veřejné linkové osobní dopravy celkem 6.000.000 km, je oprávněn podat nabídku nejvýše na ty části Veřejné zakázky, u nichž součet stanovených minimálních najetých km nepřesáhne 6.000.000 km."

Stěžovateli je zcela zřejmý záměr Zadavatele, který ho vedl ke stanovení požadavku na součet kvalifikačních předpokladů na jednotlivá plnění a který spočívá v prověření schopnosti dodavatele splnit plnění ve veškerém rozsahu podaných nabídek. Takové oprávnění však zadavateli nepřísluší, neboť vždy je oprávněn požadovat prokázání kvalifikace pouze na konkrétní požadované plnění, kterým je v daném případě jednotlivá část Veřejné zakázky. Zadavatel v rámci kvalifikačních předpokladů nemůže zohledňovat účast uchazečů v jiných částech Veřejné zakázky, stejně jako nemůže zohledňovat případnou účast stejného uchazeče v jiných svých veřejných zakázkách či ve veřejných zakázkách (resp. zadávacích řízeních na takové veřejné zakázky) odlišného zadavatele ani jiná plnění pro třetí osoby.

Nelogičnost požadavku na sčítání kvalifikace pro případ podání nabídek na více částí Veřejné zakázky spočívá také v nejasnosti postupu Zadavatele za situace, kdy nebude kvalifikace uchazeče (např. v určité, marginální části) dostatečně prokázána. Není vůbec zřejmé, jak by Zadavatel postupoval např. v případě, že bude konkrétním uchazečem prokázán takový objem, který by byl požadován v součtu pro pět částí Veřejné zakázky, avšak tento uchazeč podá nabídku na šest částí Veřejné zakázky. Není tedy jasné, zda by Zadavatel vyloučil uchazeče ze všech částí Veřejné zakázky (taková možnost je dle Stěžovatele striktně vyloučena), přestože by pro každou z nich jednotlivě a dokonce v součtu pro pět částí jednoznačně kvalifikační předpoklady splnil, nebo by uchazeče pouze z některé části a pokud ano, jakým způsobem ji zvolí. Takovou volbu navíc nelze připustit za situace, kdy již budou známy hodnoty dílčích hodnotících kritérií, a tedy i předběžné výsledky hodnocení v jednotlivých částech Veřejné zakázky. Je totiž zcela nepřijatelné, aby takováto předem nepředvídatelná a jakkoli neregulovaná volba Zadavatele mohla být ovlivněna informací o předpokládaném pořadí uchazečů, a ve své podstatě tak umožňovala Zadavateli promítnout do zadávacího řízení např. své ryze osobní preference vůči dodavatelům.

**2. Zadavatel nedostatečně vymezil předmět plnění Veřejné zakázky (resp. obchodní podmínky zakázky), v jehož důsledku není možné stanovit nabídkovou cenu, resp. není možné získat vzájemně porovnatelné nabídky.**

Dle § 44 odst. 1 ZVZ Zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií. V tomto ohledu je nejvýznamnější částí zadávací dokumentace přesné vymezení předmětu veřejné zakázky (jehož rámec je jednoznačně popsán též nastavením obchodních podmínek), které v podaných nabídkách ovlivní též další aspekty, zejména výši nabídkové ceny. Nejvyšší správní soud rozhodl v řízení vedeném pod sp. zn. 2A 6/2002, že zadavatel je povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky konkrétně a jednoznačně tak, aby uchazeči mohli zpracovat vzájemně srovnatelné nabídky. Zadavatel je proto povinen v zadání zakázky specifikovat předmět plnění např. na základě vlastních zkušeností s podobnými zakázkami, aby uchazeči mohli uvést kalkulaci a v nabídkách uvést celkovou výši nabídkové ceny za plnění celé veřejné zakázky. Dodavatelé musí mít k dispozici veškeré informace nutné ke zpracování nabídky, a není tedy přípustné, aby zadavatel uvedl nedostatečné informace.

Zcela zásadním dokumentem pro zpracování nabídky a zejména pro ocenění předmětu Veřejné zakázky je bezpochyby závazný návrh smlouvy na plnění Veřejné zakázky, neboť právě tento vymezuje rámec budoucího obchodního vztahu a tedy i Veřejnou zakázku samotnou.

Zadavatel však v závazném návrhu smlouvy na plnění Veřejné zakázky stanovil hned několik podmínek plnění Veřejné zakázky natolik nedostatečně, že ze strany uchazeče není možné ocenit požadované plnění pro účely zpracování nabídkové ceny. Problematika nemožnosti řádného zpracování nabídkové ceny pro příslušné části Veřejné zakázky (a pro Zadavatele tedy nemožnosti získání vzájemně porovnatelných nabídek) tkví v tom, že

- se Zadavatel na jedné straně pokouší o co možná nejflexibilnější zadání Veřejné zakázky (předmět plnění vymezený pouze velikostí dopravního výkonu v určité oblasti, který je v určitých mezích možno dále ponížít či naopak navýšit), při němž konkrétní dopravní zadání (vymezení jízdních řádů, oběhů, poptávkové dopravy, atd.) je plně v rukou Zadavatele a dopravce nemá téměř možnost toto dopravní zadání ovlivnit, a
- na straně druhé požaduje po dopravcích množství nepřesně a neurčitě vymezených povinností, které sice umožňují Zadavateli taktéž výraznou flexibilitu ve smluvním vztahu, avšak s ohledem na nejasné vymezení, nelimitaci a nemožnost ovlivnění plnění ze strany dopravce, na dopravce přenáší naprosto neodhadnutelné riziko nákladů, jež může být s ohledem na předpokládanou délku plnění Veřejné zakázky velmi významné. Přitom kompletní úhradu těchto potenciálních nákladů ponechává Zadavatel na dopravci.

Doprovce není schopen předvídat, v jakém rozsahu či zda vůbec bude muset některé povinnosti plnit, v jakém rozsahu, frekvenci a tedy i s jakými provozními či investičními náklady, neboť veškeré tyto parametry ovlivňuje podle závazného návrhu smlouvy Zadavatel. Přitom však dopravce musí v rámci nabídky nabídnout konečnou cenu, jež má veškeré tyto eventuality a rizika postihovat a dopředu s nimi kalkulovat. Jak uvádí Stěžovatel dále v tomto textu, v případě některých podmínek jsou rizika zcela neodhadnutelná, přitom mohou v maximálním případě znamenat náklady v řádech milionů (až desítek milionů) korun. Rozptyl může být tak vysoký, že každý dopravce může podat s ohledem na svůj vlastní odhad (nikoliv tedy s ohledem na přesné nacenění vlastního kvantifikovatelného rizika) zcela rozdílnou (s ostatními nabídkami vzájemně neporovnatelnou) nabídku. Problém je o to výraznější, že Zadavatel omezuje maximální možnou výši nabídkové ceny, kterou s ohledem na možný rozptyl neodhadnutelných nákladů prakticky nelze splnit.

Jednotlivé nedostatečně vymezené obchodní podmínky plnění a jejich konkrétní nedostatky uvádí Stěžovatel níže:

**2.1.** V článku 8.6 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že *„Objednatel nehradí vícenáklady spojené s Objížd'kou v celkové délce trvání kratší než 14 dnů. Kilometry spojené s Objížd'kami v celkové délce trvání Objížděk kratší než 14 dní nebudou zahrnuty v rámci zvýšení rozsahu plnění do rozsahu objednaného realizovaného dopravního výkonu.“*

**V zadávací dokumentaci ani závazném návrhu smlouvy však není žádným způsobem stanoven (limitován) rozsah objížděk, jejichž cena nebude vybranému dodavateli ze strany Zadavatele hrazena.**

Předmětné vymezení předmětu plnění není dostačující, neboť daná podmínka je vázána na dny, po které objížd'ka trvá, nikoli na počet kilometrů objížd'ky. Není současně stanoven jakýkoli limit takto nehrazených cen objížděk v kilometrech. Ze strany uchazečů přitom nelze absolutně předpokládat budoucí počet objížděk, jejich rozsah (délku) a délku jejich

trvání. Limitace počtem dnů tak nepředstavuje informaci, kterou je možné při zpracování nabídkové ceny zohlednit.

Stanovená obchodní podmínka představuje pro dopravce naprosto neocenitelné riziko, neboť ti nejsou objektivně schopni určit rozsah nákladů spojených s objíždkami, které Zadavatel nebude v rámci vícenákladů hradit a jejichž cena přitom musí být „rozpuštěna“ v konkrétních položkách ceny dopravního výkonu. Dle Stěžovatelovy praxe mohou objíždky reálně znamenat náklady v řádech statisíců až milionů korun za rok.

Takto stanovená podmínka navíc znamená v rukou Zadavatele, který současně vystupuje v rámci státní správy jako dopravní úřad, povolující objíždky, resp. stanovící i jejich délku, mocný a zneužitelný nástroj. Bude totiž do značné míry na Zadavateli, resp. jeho dopravním úřadu (a jejich „libovůli“), na jakou dobu bude objížďka nařizována a zda tedy budou dopravci náklady hrazeny (objížďka bude trvat déle než 14 dnů) nebo ne (objížďka nebude trvat déle než 14 dnů). Takto nastavený parametr smlouvy může dokonce nevědomě nastavit podmínky korupčního prostředí.

Nad rámec uvedeného Stěžovatel uvádí, že stanovená obchodní podmínka nemá ani žádné logické opodstatnění (a to ani v případě, kdy by došlo ke zpřesnění stanoveného limitu na počet kilometrů). Objíždky představují pro dopravce běžný dopravní výkon, který je povinen plnit ze zcela objektivních důvodů stojících mimo jeho rozhodování (je to Zadavatel, který určuje vedení spojů, frekvenci oběhů, jízdní řády). Nehrazení ceny za tento výkon (požadovaný Zadavatelem) tudíž nemá logické opodstatnění a dle Stěžovatele představuje naopak skutečnost, která je v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku.

**2.2.** V článku 8.6 závazného návrhu smlouvy Zadavatel dále stanovil, že *„V případě objednání nového Vozidla v rámci Objíždky (pokud nelze využít Vozidlo Operativní zálohy) bude Dopravci hrazena aktuální výše fixních nákladů na kategorii Vozidla a rok v závislosti na délce období, po které bude v daném Dopravním roce Vozidlo v rámci Objíždky poptáváno. Tyto náklady budou hrazeny v rámci Celkového vyúčtování nákladů. Požadavky na nasazení a vybavení nového Vozidla v rámci Objíždky jsou uvedeny v Technických a provozních standardech.“*

**Není dostatečně stanovena hranice dopravního výkonu, pro kterou je možné požadavek nového vozidla vznést, ani rozsah jeho využití. Dopravci (uchazeči) s ohledem na nedostatek informací o tom, jaký bude po dobu plnění Veřejné zakázky rozsah objížděk, nejsou schopni odhadnout, jaký počet náhradních vozidel (která musí samozřejmě splňovat parametry dané smlouvou) budou muset po dobu plnění Veřejné zakázky udržívat. Nejsou tak schopni pochopitelně ani určit výši nákladů s touto povinností související, nejsou schopni evaluovat riziko spočívající v popsané nejistotě a existuje zde tak i z tohoto důvodu vážné riziko toho, že Zadavatel neobdrží vzájemně porovnatelné nabídky.**

Uchazečům není známo, za jakých podmínek budou povinni nasadit nové vozidlo, ani v jakém rozsahu bude následně využito. Z jejich strany tedy nelze ani rámcově odhadnout, jaká část nákladů na jeho pořízení jim bude následně v rámci fixních nákladů (ty nejsou závislé ani na rozsahu objížděk a tedy ujetých kilometrů) kompenzována a jakou zbylou část nákladů budou muset při ocenění předmětu plnění Veřejné zakázky rozpustit v jiných položkách ceny dopravního výkonu. Vzhledem ke skutečnosti, že uchazečům budou hrazeny pouze fixní náklady při zcela nepředvídatelném rozsahu využití vozidla, je zřejmé, že

bez rozpuštění nehrazených nákladů na pořízení vozidel bude investice do nového vozidla vysoce ztrátová.

Stanovená obchodní podmínka nemá jakékoli omezení a ve svém důsledku může být (např. při využití nového vozidla pouze v rámci objížděk do 14ti dnů) uchazeči uhrazena absolutně nulová výše nákladů na pořízení nového vozidla odpovídající stanoveným technickým podmínkám. Spolu s tím je třeba zohlednit skutečnost, že dané vozidlo nebude moci být ze strany uchazeče využito jinak než pro linkovou autobusovou dopravu, neboť musí splňovat všechny podmínky linkového vozidla podle smlouvy, a tudíž je např. pro dálkovou dopravu reálně zcela nepoužitelné.

K tomuto Stěžovatel dále uvádí, že povinnost dispozice s dalším vozidlem je požadavkem, který reálně zvýhodňuje dopravce, kteří takovými vozidly disponují z důvodu provozu autobusové linkové dopravy v jiné oblasti nebo v jiném kraji s totožnou výbavou a vzhledem vozidel. Takovými dopravci jsou fakticky pouze dopravci, kteří jsou součástí dopravního uskupení (koncernu) ICOM transport a.s. Je proto na místě zkoumat, zda tento reálně zvýhodňující požadavek je z hlediska účelu plnění veřejné zakázky nezbytný, a tedy odůvodněný, anebo představuje pozitivní a nepřipustnou diskriminaci konkrétních uchazečů.

Stěžovatel má za to, že není možné tento požadavek, obzvlášť za současné míry nejasnosti ohledně podmínek jeho uplatnění vedoucích k nemožnosti ocenění plnění Veřejné zakázky, na uchazečích spravedlivě požadovat. Naproti tomu by měl Zadavatel danou potřebu např. pokrýt jednotnou specifikací veškerých podmínek spojených s použitím tzv. náhradních vozidel, jež by zahrnul do minimálního potřebného počtu vozidel. V zadávací dokumentaci aktuálně není stanoven jakýkoli počet náhradních vozidel, není jasný ani způsob jejich evidence a použití v systému (např. montáž pronajatého odbavovacího zařízení do těchto vozidel). V případě existence tzv. náhradních vozidel by bylo možné krátkodobě řešit nutnost nasazení dalšího vozidla čistě organizačně, např. změnou režimu pravidelných servisních kontrol a údržby.

**2.3.** V článku 8.10 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že *„Spoj v režimu Poptávkové dopravy je hrazen v trase nebo úseku, který je poptáván dle pravidel uvedených v Technických a provozních standardech. V případě, že Vozidlo v rámci Poptávkové dopravy nebude využito až do konečné Zastávky, bude do Vyúčtování měsíční Odměny započítán pouze uskutečněný (nejkratší) dopravní výkon do místa, začátku následujícího výkonu. V případě, že Vozidlo v rámci Poptávkové dopravy nebude začínat ve výchozí Zastávce, bude do Vyúčtování měsíční Odměny započítán pouze uskutečněný (nejkratší) dopravní výkon z místa ukončení předchozího výkonu.“*

#### **Není dostatečně stanoven rozsah výkonu tzv. poptávkové dopravy.**

Obdobně jako např. v případě objížděk, uchazečům není známo, v jakém rozsahu bude využito tzv. poptávkové dopravy. V rámci poptávkové dopravy nebudou dopravci hrazeny veškeré vzniklé náklady, přestože je musí vynaložit a přestože využití poptávkové dopravy nemůže žádným způsobem ovlivnit (jde o faktory zcela objektivně nezávislé na vůli dopravce).

Doprovci podle dotčeného ustanovení závazného návrhu smlouvy není hrazena cena výkonu, který v rámci poptávkové dopravy reálně nebude proveden (neboť nebude v konkrétním čase poptán). Nicméně, při přípravě na plnění Veřejné zakázky a tedy



poskytování kompletního dopravního výkonu není dopravci tato skutečnost známa. Je povinen připravit všechny podmínky pro provedení dopravního výkonu v celém jeho možném poptávaném rozsahu (např. je povinen zajistit vozidlo a řidiče příslušné linky pro celou možnou dobu dopravního výkonu).

Poptávková doprava šetří variabilní náklady dopravce v případě, že příslušný spoj není objedнан nebo je objedнан jen zčásti. K úspoře fixních nákladů (či např. nákladům na mzdy řidiče) nedochází. Ze zadávací dokumentace, resp. textu smlouvy však vyplývá, že část fixních nákladů nebude hrazena. Vzhledem k tomu, že není znám rozsah budoucí objednávky poptávkové dopravy, není možné určit budoucí ztrátu z jejího provozování a tedy řádně nacenit nabídku.

Ze strany uchazečů nelze ani rámcově odhadnout, jaká výše nákladů půjde v souvislosti s poptávkovou dopravou k jejich tíži, a tedy jakou částku musí při ocenění předmětu plnění Veřejné zakázky „rozpustit“ jako riziko v jiných položkách ceny dopravního výkonu. Mimoto i v tomto případě (obdobně jako u objížděk) zde Stěžovatel nevidí logické opodstatnění pro takto nastavený parametr smlouvy. I tuto obchodní podmínku považuje Stěžovatel za rozpornou se zásadou poctivého obchodního styku.

**2.4.V článku 7.18 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že „Přejezdové a Režijní kilometry nejsou započítávány do Referenčního rozsahu dopravního výkonu.“**

Stěžovatel zde předesílá, že tato námitka se netýká tzv. Režijních km", tj. výkonů nezbytných k zajištění přesunu vozidel k servisním prohlídkám, opravám, technickým prohlídkám, nájezdů z garáží na linku atd. Ty jsou plně organizovány dopravcem a představují předem odhadnutelný náklad podle individuálních podmínek a schopností dopravce.

**Námitka se však týká podmínky stanovené Zadavatelem, podle které Zadavatel nehradí dopravci tzv. Přejezdové kilometry, přestože není žádným způsobem předem vymezen jejich rozsah a dopravce není ani schopen tento rozsah ovlivnit (je to opět Zadavatel, který jako jediný ovlivňuje sestavování jízdních řádů a oběhů a tím i množství přejezdových kilometrů).**

V případě Veřejné zakázky není předem určena struktura dopravního výkonu, nejsou předem dané linky, jejichž vedení a časové polohy spojů určuje až v průběhu plnění Veřejné zakázky svým zadáním Zadavatel (přejezdové kilometry vznikají právě až při technologickém zadání zakázky). Ze strany uchazeče tudíž nelze určit rozsah nákladů spojených s přejezdovými kilometry, tj. dopravními výkony, které musí v oběhu vozidlo uskutečnit z důvodu takové objednávky, kdy vozidlo končí na jiné zastávce, než začíná,.

Vzhledem k této skutečnosti Zadavatel opět přenáší na uchazeče riziko, které bez informace o rozsahu Přejezdových kilometrů nemohou být schopni ocenit.

Nad rámec uvedeného Stěžovatel i zde uvádí, že stanovená obchodní podmínka nemá své opodstatnění ani v případě zpřesnění počtu Přejezdových kilometrů, které Zadavatel nehradí. Přejezdové kilometry představují neoddelitelnou součást běžného dopravního výkonu a dopravce je povinen je uskutečnit, aniž by jejich délku mohl jakkoli ovlivnit. Nehrazení ceny za toto plnění tudíž nemá logické opodstatnění a je v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku.

**2.5.** V článku 7.7 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že „Jednotková cena dopravního výkonu zahrnuje náklady za využití veškerých Zastávek, včetně těch, které se nacházejí v prostorách nebo na pozemních komunikacích vlastníků, kterými jsou soukromé právnické nebo fyzické osoby (zejména prostory některých autobusových nádraží).“

Stěžovatel zde namítá, že Zadavatel nezajistil součinnost vlastníků, resp. provozovatelů autobusových nádraží ani garanci cen (poplateků) za vjezdy na autobusová nádraží a využití jejich stání. Zároveň negarantuje alternativní možnost v případě, že nedojde k uzavření smlouvy s provozovatelem autobusového nádraží (ať již z důvodu neúspěšného jednání ohledně podmínek smlouvy nebo například absence vůle takové osoby smlouvu s uchazečem uzavřít). Uchazeč není schopen žádným způsobem předvídat ceny za využití autobusových nádraží do budoucna a dle nastavené obchodní podmínky tak bude závislý na libovůli provozovatelů autobusových nádraží a vůli Zadavatele.

I zde totiž platí fakt, že předmět Veřejné zakázky je určen pouze rozsahem dopravního výkonu, nikoliv jeho strukturou, kterou navíc dopravce nemůže ovlivnit. Dopravcům není známo, která nádraží a jak často (v jaké frekvenci) bude povinen využít, neboť vedení linek a časové polohy spojů určuje až v průběhu plnění Veřejné zakázky svým zadáním Zadavatel. I vzhledem k této skutečnosti se jedná o zcela neocenitelný náklad.

Nelze přitom učinit ani kvalifikovaný odhad o budoucím vývoji cen na jednotlivých nádražích v dalších 10 letech, když ceny za vjezd na autobusová nádraží rostou (tato skutečnost vyplývá i ze zprávy Ministerstva financí ze dne 9. 12. 2014, v rámci které upozorňuje na oprávnění krajů tyto ceny regulovat, kterou se Zadavatel z neznámých důvodů rozhodl nevyužít).

Přesně v tomto ohledu, zejména ve vztahu k části Veřejné zakázky, oblast Rychnovsko, je třeba upozornit na jev, který jen potvrzuje tvrzení Stěžovatele a který se velmi pravděpodobně může opakovat i v případě jiných nádraží vlastněných či provozovaných zejména soukromými subjekty (tím spíše pokud jde o subjekty, které jsou samy dopravci ve veřejné linkové dopravě). Již v průběhu roku 2015 dopravce ČSAD Ústí nad Orlicí a.s., který patří do skupiny ICOM Transport a.s., vypověděl dosavadním uživatelům jím vlastněných/provozovaných autobusových nádraží Smlouvu o užívání autobusových stání na autobusových nádražích a zároveň navrhl uzavření nové smlouvy, ve které požadoval téměř desetinásobné navýšení ceny (z původních 10,- Kč za spoj požadoval 99,- Kč + DPH). Jednalo se o autobusová nádraží v Rychnově nad Kněžnou, Žamberku, Ústí nad Orlicí a Chocni.

Jak je Zadavateli známo, vlastníků autobusového nádraží, společnost ČSAD Ústí nad Orlicí a.s., nakonec vyhověla požadavku Stěžovatele v případě autobusového nádraží v Rychnově nad Kněžnou, kde dosud platí původní cena. Doba, po kterou bude tato cena platit, však sjednána není. Je naopak velmi pravděpodobné, že již pro účely plnění Veřejné zakázky dojde k avizovanému navýšení cen. Na ostatních uvedených nádražích ale již platí nová cena 99,- Kč za spoj. Každý potenciální uchazeč o Veřejnou zakázku přitom musí v souladu se zadávacími podmínkami Veřejné zakázky při přípravě nabídky počítat s využitím všech shora uvedených autobusových nádraží.

**Vzhledem k tomu, že ceny za využití těchto autobusových nádraží Zadavatel nepředjednal a žádným způsobem je negarantuje, Zadavatel přenesl na dopravce zcela neocenitelné**

**riziko neodhadnutelného navyšování nákladů. Dopravce tak nemůže být schopen relevantní náklady kvalifikovaně odhadnout a ocenit předmět plnění Veřejné zakázky.**

Dle Stěžovatele nelze při nastavení této obchodní podmínky odhlédnout také od dalšího potenciálního budoucího problému, který Zadavatel takovým nastavením může způsobit. Případné zvyšování poplatků za vjezd na autobusová nádraží (a nemožnost dohodnout se na reálných cenách s provozovatelem nádraží) může vést k finančním problémům vybraného dopravce, který nebude vlastníkem či provozovatelem autobusových nádraží; případně k jeho odmítání využívat dotčená autobusová nádraží a v obou případech k velmi pravděpodobným komplikacím v přepravě cestujících (možné výpadky v přepravě, potenciální nutnost výběru nového dopravce, apod.). Vhodným nastavením obchodních podmínek a využitím možných nástrojů by přitom Zadavatel mohl oba uvedené problémy eliminovat.

Řešení, které Zadavatel navrhuje v dodatečných informacích č. 1 sady 3, a to: *„Závěrem Zadavatel upozorňuje, že v případě, kdy by provozovatel autobusového nádraží požadoval neúměrně vysoké poplatky, mohlo by se jednat o zneužití jeho dominantního postavení na místním trhu (§ 11 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže), a dopravce by se v takovém případě mohl obrátit na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.“*, dle Stěžovatele nepředstavuje vhodný a dostatečně efektivní nástroj. Vzhledem ke skutečnosti, že na ostatních autobusových nádražích již platí nová cena 99,- Kč za spoj, nelze ani předvídat rozhodnutí Úřadu v takové věci, když by tato částka v době rozhodnutí již mohla představovat cenu obvyklou.

V nových zadávacích podmínkách, zveřejněných v dodatečných informacích č. 17 dne 13.1.2016, ve kterých v bodě 7.3 Zadavatel uvedl: *„V případě autobusového nádraží, kde cena za vjezd stanovena jeho vlastníkem (resp. provozovatelem) bude s ohledem na vnější podmínky zakládat podezření z možného ohrožení trhu účinky hospodářské soutěže nebo vyžaduje-li to mimořádná tržní situace, je Zadavatel oprávněn a připraven tuto situaci řešit v souladu s právními předpisy buď vydáním nařízení stanovícího maximální cenu za vjezd na takové autobusové nádraží tak, aby odpovídala účelně vynaloženým nákladům za služby a přiměřenému zisku, nebo určením jiného příjezdového a odjezdového stanoviště.“*

Nejistotu dopravce zvyšuje sdělení Zadavatele v následné dodatečné informaci č. 2 sady 19, ze kterého je zřejmé, že předchozí tvrzení o připravenosti řešit výši poplatků neplatí vždy: *„Zadavatel přitom dodává, že tazatelem uvedená autobusová nádraží v Žamberku, Ústí nad Orlicí a Chocni se nacházejí mimo územní působnost Zadavatele, a to na území Pardubického kraje, a Zadavatel tedy ani není kompetentní ve vztahu k těmto autobusovým nádražím učinit příslušná opatření dle čl. 7.3 zadávací dokumentace.“*

Za dané situace tak ani doporučení zadavatele nijak nesnižuje riziko dopravce spočívající v naprosto neúměrném budoucím růstu poplatků za vjezd na autobusová nádraží. Řešením není ani vágní ustanovení zadávací dokumentace Veřejné zakázky (čl. 7.3), které Zadavatel doplnil v rámci změny zadávacích podmínek a které popisuje oprávnění a připravenost Zadavatele řešit situaci, kdy cena za vjezd na autobusové nádraží bude zakládat podezření z možného ohrožení hospodářské soutěže, jakož i situaci mimořádné tržní situace, nelze v žádném případě považovat za závaznou garanci Zadavatele, kterou by mohli uchazeči o Veřejnou zakázku při zpracování svých nabídek zohlednit. Taková garance by totiž musela být stanovena jako povinnost Zadavatele, a to v závazném návrhu smlouvy představující úplné ujednání práv a povinností smluvních stran.

Při pokusu o vyčíslení rizik spojených s poplatky za užití autobusových stání a jejich zahrnutí do nabídkové ceny dopravního výkonu překračuje výsledná cena hodnoty uvedené v bodě 7.4 Zadávací dokumentace, které určují maximální výši nabídkové ceny. Takto nastavené podmínky vylučují možnost vypracování reálné nabídky pro oblasti dle popsané situace.

- 2.6.V článku 8.7 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že „*Vícenákklady související s provozem Vozidel vybavených přípojným vozidlem pro přepravu jízdních kol (dle článku 6.12 ve spojení s článkem 7.12) budou Dopravci hrazeny v rámci ostatních nákladů ve Vyúčtování měsíční Odměny.*“ Dle článku 7.12 závazného návrhu smlouvy „*Jednotková cena dopravního výkonu bude v případě, že Vozidlo bude v souladu s článkem 6.12 Smlouvy vybaveno také přípojným vozidlem pro přepravu jízdních kol, navýšena tak, že Jednotková cena dopravního výkonu v aktuální výši za každý kilometr příslušné kategorie Vozidla vybaveného přípojným vozidlem pro přepravu jízdních kol bude zvýšena o 2 %.* V případě, že bude Vozidlo v souladu článkem 6.12 vybaveno v zadní části závěsem pro přepravu jízdních kol (ve stavu a výbavě určené Objednatelem v Technických provozních standardech), Jednotková cena dopravního výkonu se nemění.“

**Přestože Zadavatel v upravené zadávací dokumentaci doplnil čl. 6.12 závazného návrhu smlouvy o ustanovení, podle kterého „V případě požadavku Objednatele na Vozidla vybavená závěsem pro přepravu jízdních kol se Jednotková cena dopravního výkonu nemění. Objednatel je však oprávněn požadovat maximální počet tří Vozidel s přípojným vozidlem pro přepravu jízdních kol a tří Vozidel vybavených závěsem pro přepravu jízdních kol pro příslušnou Výběrovou oblast v průběhu trvání Smlouvy. V případě požadavku na vyšší počet těchto Vozidel se bude postupovat dle odstavce 7.14 této Smlouvy.“, je dle Stěžovatele tato obchodní podmínka stále nedostatečně vymezena a neumožňuje mu řádně nacenit předmět Veřejné zakázky.**

Z článku 7.14 Smlouvy není primárně zřejmé, co Zadavatel rozumí termínem „úhrada ve skutečně prokazatelné výši“. Není tak zejména zřejmé, jakým způsobem bude Zadavatel postupovat při kalkulaci náhrady „skutečných nákladů“, tzn., zda bude v rámci ceny dopravního výkonu proplácet dopravcům roční odpis přípojného vozidla rozpočítaný do skutečně ujetých km v příslušném roce nebo zda bude při pořízení hradit celou investici dopravce nebo jaký další model zvolí. Tato informace přitom může mít významné důsledky na straně příjmů dopravce (pokud by měly být investice vynaložené dopravcem propláceny v rámci odměny, bude se jednat na straně dopravce o výnos, který bude tvořit součást jeho daňového základu, atd.). Zadavatel však tyto nejasnosti nevyjasnil ani vydáním sady dodatečných informací č. 20, Stěžovateli na jeho dotazy fakticky neodpověděl.

Ze Zadávací dokumentace vyplývá, že požadavek na významné rozšíření požadavku na zajištění cyklodopravy proti referenčnímu dopravnímu výkonu podle ZD může v některých oblastech být velmi rozdílný. V textu smlouvy pro oblast Rychnovsko jsou stanoveny pro zajištění cyklodopravy maximálně 3 přípojná vozidla (dle technické dokumentace) s kapacitou min 20 jízdních kol a 3 se závěsem s kapacitou 5 kol, tzn. celková kapacita může být 75 jízdních kol. Takový počet je proti současnosti velmi malý, protože o víkendech je běžně zajišťována v této oblasti přeprava pro 200 kol. Kromě toho referenční oběhy dle zadávací dokumentace aktuální cyklodopravu neobsahují. Ze Zadávací dokumentace není zřejmé, zda Zadavatel hodlá významným způsobem omezit cyklodopravu v Orlických horách nebo zda bude naopak již od počátku platnosti Smlouvy požadovat posílení o další přípojná vozidla a v jakém počtu. Vzhledem k významnosti možné investice považuje Stěžovatel za nezbytné, aby Zadavatel doplnil způsob výpočtu ceny dopravního výkonu tak, aby bylo

zřejmé, jaké náklady považuje za prokazatelné, jakým způsobem je bude požadovat vykázat a jakým způsobem, zejména s ohledem na časové rozlišení, je bude do ceny dopravního výkonu započítávat.

Tyto skutečnosti namítá a revizi napadené obchodní podmínky Stěžovatel požaduje také z důvodu, že samotné navyšování ceny dopravního výkonu podle čl. 6.12 smlouvy o 2 procenta, nemůže nikdy splatit investice dopravců do cyklovleků či přípojných vozíků, neboť podle propočtů Stěžovatele navýšení ceny dopravního výkonu o 2% může pokrýt téměř výhradně zvýšené náklady na pohonné hmoty.

V případě, že nedojde ke změně a upřesnění popisovaných ustanovení, je zřejmé, že Zadavatel obdrží neporovnatelné nabídky, neboť každý z uchazečů zohlední jiný počet vleků a závěsných zařízení pro kola a tedy i jinou výši nákladů, které mu v souvislosti s daným ustanovením závazného návrhu smlouvy nebudou Zadavatelem uhrazeny.

**2.7.** V článku 4.8.2 zadávací dokumentace Zadavatel upozornil, že ukončení pronájmu komponent odbavovacího zařízení, které je v majetku společnosti OREDO a které bude uchazečům poskytnuto ze strany společnosti OREDO, bude v souladu s Přístupovou smlouvou možné nejdříve k datu ukončení udržitelnosti projektu „Modernizace odbavovacího systému integrované dopravy Královéhradeckého a Pardubického kraje“, tj. k 20. 6. 2020. Toto se netýká pronájmu SAM modulů, které jsou nutné pro funkčnost odbavovacího zařízení v systému IDS OREDO. Dle dodatečných informací (sada č. 8, dodatečná informace č. 11) v případě nevyužitelnosti dosavadních odbavovacích zařízení zadavatel nepředpokládá poskytnutí odbavovacích zařízení a toto riziko musí uchazeči zohlednit při kalkulaci své nabídkové ceny.

**Dané riziko je však prakticky nezohlednitelné.**

Zadavatel nestanovil, jaký typ odbavovacího zařízení bude po pěti letech plnění Veřejné zakázky požadovat ani žádné další požadavky na odbavovací zařízení (není známa bližší specifikace, požadavky na funkcionality, či naopak limity, apod.), na jeho jednotlivé součásti či náklady jeho provozu (přenos dat apod.). Ze strany uchazeče tudíž nelze určit rozsah nákladů, které Zadavatel nebude uchazeči samostatně hradit a jejichž cena tedy musí být kalkulována v nabídce.

**2.8.** V článku 13.1, 13.2, 13.3 a 13.4 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že *„Není-li v článcích 13.3 a 13.4 této Smlouvy stanoveno jinak, je Dopravce povinen poskytovat Veřejnou službu od 1. 1. 2017 do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2026, nejpozději však do 31. 12. 2026...“* „V případě, že (...) Smlouva bude uzavřena v období od 1. 8. 2016 do 31. 10. 2016, je Dopravce povinen poskytovat Veřejnou službu počínaje ode dne celostátní změny jízdních řádů v březnu 2017, který bude vyhlášen Ministerstvem dopravy podle § 17 zákona o silniční dopravě, do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2026“ a „V případě, že dojde k uzavření této Smlouvy v jiném pozdějším termínu, (...) je Dopravce povinen poskytovat Veřejnou službu počínaje ode dne nejbližšího termínu celostátní změny jízdních řádů vyhlášeného Ministerstvem dopravy podle § 17 zákona o silniční dopravě, (...). Dopravce bude poskytovat Veřejnou službu do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2026, nedohodnou-li se Objednatel a Dopravce jinak.“

**Není jednoznačně stanovena celková doba trvání smlouvy, resp. je stanovena tak, že umožňuje plnění Veřejné zakázky zkrátit až o dva roky.**

Zadavatel předpokládá možnost posunutí počátku plnění Veřejné zakázky, aniž by bylo v těchto případech upraveno i odpovídající posunutí konce plnění Veřejné zakázky. Vzhledem k této skutečnosti není najisto postaveno, kolik let bude plnění Veřejné zakázky trvat.

Jednoznačné vymezení předmětu plnění jeho dobou je přitom v případě Veřejné zakázky elementárním aspektem při rozhodování dopravců o cenové nabídce, a to z důvodu rozvržení pokrytí nákladů na nutně vynaložené investice ze strany uchazeče, a tedy i kalkulace při stanovení nabídkové ceny. Tyto investice jsou představovány zejména novými autobusovými vozidly, do nichž musí dodavatel investovat nejen na počátku plnění Veřejné zakázky, nýbrž z důvodu požadavku Zadavatele na průměrné stáří vozového parku (maximálně pět let) i v průběhu jejího plnění. Jde však i o kalkulaci veškerých dalších nákladů, nevyjímaje ty, které označil Stěžovatel výše v textu, a které musí při stanovení ceny dopravního výkonu pokrýt.

Je zcela zásadní, zda budou tyto náklady reálně kompenzovány v průběhu osmi nebo deseti let využití vozidel při plnění Veřejné zakázky (a tedy i osmi nebo deseti lety příjmů z jejich využití). Je zřejmé, že v případě, kdy bude dopravce sestavovat svůj business plán na dobu plnění v délce deset let, budou propočty ceny dopravního výkonu diametrálně odlišné od situace, kdy by tyto propočty činil s výhledem plnění v délce osmi let. Za situace, kdy by dopravce skutečně počítal s plněním v délce deseti let a Zadavatel zkrátí plnění Veřejné zakázky na dobu osmi let, není vyloučeno, že cena nabídnutá dopravcem nepokryje skutečné náklady dopravce, který se nikoliv vlastní vinou dostane do značné ztráty. Pevná doba plnění Veřejné zakázky je tak pro dopravce zcela esenciální informací pro možnost řádného ocenění Veřejné zakázky. Tuto informaci musí dopravce pochopitelně znát před podáním nabídky.

Velmi podobný efekt, jako možnost posunu počátku doby plnění bez adekvátního posunu konečného termínu plnění, má na řádné sestavení nabídkové ceny i ve smlouvě stanovená možnost výpovědi smlouvy ze strany Zadavatele bez udání důvodu. Tato možnost je popsána v článku 13.6 závazného návrhu smlouvy a je k ní vázána výpovědní doba 24 měsíců. Na základě tohoto ustanovení tedy může Zadavatel vypovědět smlouvu, aniž by se dopravce dopustil jakéhokoli jejího porušení. Takové ustanovení dává Zadavateli možnost naprosté libovůle a zcela dominantního postavení ve smluvním vztahu, které může být jednoduše zneužito. Současně pro dopravce představuje tato možnost obrovské riziko, jehož evaluace je naprosto nemožná. Nelze vyloučit prakticky jakoukoliv situaci včetně té, že k podání výpovědi Zadavatel přistoupí (z jakéhokoli důvodu) prakticky bezodkladně po zahájení plnění a investice dopravce tak budou zcela vniveč. Nemusí však jít pouze o případ okamžitého ukončení platnosti smlouvy, pro dopravce by bylo s ohledem na nastavení ostatních obchodních podmínek likvidační i to, kdyby Zadavatel přistoupil k ukončení smlouvy např. již po pěti letech plnění.

Je zřejmé, že takové riziko nemůže fakticky nikdo z uchazečů při ocenění plnění Veřejné zakázky zohlednit, aby mohl být reálným soutěžitelem ostatním. Je současně zjevné, že Zadavatel nemůže při aktuálním nastavení zadávací dokumentace, resp. obchodních podmínek získat reálně porovnatelné nabídky.

## **2.9. Závazný návrh smlouvy, který je součástí zadávacích podmínek obsahuje řadu dalších nejasných a vzájemně rozporných ustanovení, která způsobují netransparentnost**

**zadávacích podmínek a v důsledku mohou vést k podání vzájemně neporovnatelných nabídek.**

Závazný návrh smlouvy vyjma rozporů uvedených výše v této kapitole 2. obsahuje celou řadu dalších drobnějších nepřesností a nejasností, které uchazečům ztěžují, ne-li znemožňují orientaci ve smlouvě a její chápání. S tím souvisí i otázka obtížného nacenění předmětu plnění. Z těchto nepřesností vybírá Stěžovatel za všechny zejména tyto:

- v článku 8.7 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že „Ostatní náklady, jejichž výše podléhá odsouhlasení Objednatele za příslušné období v Kč...” Zadavatel v citovaném ustanovení předkládá pouze demonstrativní výčet ostatních nákladů podléhajících odsouhlasení Zadavatele a není tak jasné, zda a jaké konkrétně další náklady dopravce mají podléhat předchozímu odsouhlasení. Zcela pak absentují podmínky, při jejichž naplnění budou vynaložené náklady odsouhlaseny i podmínky, při jejichž naplnění vynaložené náklady odsouhlaseny nebudou. Nelze tak jakkoli předvídat budoucí vůli Zadavatele.
- Z článku 7.14 Smlouvy není zřejmé, co Zadavatel rozumí termínem „úhrada ve skutečně prokazatelné výši“, tj. jakým způsobem bude Zadavatel postupovat při kalkulaci náhrady „skutečných nákladů“. Dostatečné vysvětlení této nejasnosti neposkytuje ani sada dodatečných informací č. 20.
- Dle článku 8.2 závazného návrhu smlouvy má dopravce výslovně prohlašovat, že Odměna v plné míře kryje veškeré náklady Dopravce nutné pro poskytnutí Veřejné služby v souladu s touto Smlouvou, a to včetně přiměřeného výnosu na kapitál. Stěžovatel nemůže takové prohlášení akceptovat; je přesvědčen o tom, že zde Zadavatel zaměňuje pojmy. Odměna definovaná v čl. 8.1 a 8.5 Smlouvy obsahuje jen část příjmů dopravce. Poměr výnosů z odměny a tržeb přitom není předem znám a bude se v jednotlivých oblastech lišit. Prohlášení vztahující se k potvrzení pokrytí nákladů včetně přiměřeného výnosu na kapitál by tak dle Stěžovatele mělo být vztaheno k nabídkové ceně (ceně dopravního výkonu).
- Rozporná je i definice Odměny uvedená v čl. 8.1 a čl. 8.5 závazného návrhu Smlouvy. Tento rozpor nebyl Zadavatelem ani v dodatečných informacích, sada 20, dostatečně osvětlen.
- Dle čl. 8.1 závazného návrhu smlouvy náleží příjmy z prodeje jízdenek Objednateli. Dle dodatečných informací, sada 20, jimiž měl Zadavatel tuto skutečnost blíže vysvětlit, jsou *„příjmy z prodeje jízdenek, které jsou součástí výnosů, v rámci výpočtu odměny vykázány se záporným znaménkem, což znamená, že i když tyto tržby fyzicky zůstávají u Dopravce (Dopravce je zúčtovává a vykazuje), tak náleží Zadavateli“*.

Dle Stěžovatele je taková konstrukce zcela nelogická a rozporná (pokud příjmy náleží Zadavateli, nemůže o nich účtovat dopravce), navíc odporující účetním i daňovým předpisům.

- Dle čl. 8.1 závazného návrhu smlouvy je Odměna rozdíl mezi náklady, výnosy za příslušné období, případnými sankcemi a investičními dotacemi. Zadavatel na dotaz Stěžovatele v dodatečných informacích, sada 20, uvedl demonstrativní výčet možných

výnosů započítávaných do výpočtu odměny. Není tak zřejmé, zda mohou existovat další „výnosy“ na straně dopravce a které by to měly podle Zadavatele být.

**Okolnost nedostatečného vymezení předmětu plnění Veřejné zakázky (resp. nejasnost nastavení obchodních podmínek) má vedle nemožnosti řádného ocenění předmětu plnění a tedy řádné kalkulace nabídkové ceny další nežádoucí dopady, které jsou rozporné se ZVZ:**

- Dle § 77 odst. 1 ZVZ je hodnotící komise v rámci procesu posuzování nabídek povinna přezkoumat též nabídkové ceny všech uchazečů, a to ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, tj. k očekávaným výdajům zadavatele za realizaci veřejné zakázky.

Je zřejmé, že hodnotící komise v konkrétním případě nebude schopna této své povinnosti odpovědně dostát, neboť předmět plnění Veřejné zakázky není v rozsahu výše uvedených námitek dostatečně vymezen a nelze tak ve vztahu k němu výše nabídkových cen vůbec přezkoumávat.

- V důsledku nedostatečného vymezení předmětu plnění Veřejné zakázky Zadavatel dle Stěžovatele nemůže obdržet vzájemně porovnatelné nabídky. Výše popsané informace, které v zadávacích podmínkách chybí, ačkoli jsou pro stanovení nabídkové ceny zásadní a absolutně nezbytné, totiž musí uchazeči zcela logicky při stanovení nabídkové ceny nahradit vlastní úvahou, vlastním předpokladem, který se bude u jednotlivých uchazečů lišit. Každý dodavatel zohlední různá množství konkrétních položek či různé podmínky spojené s konkrétním plněním. Zadavatel tak obdrží nabídky, v rámci kterých nebude reálně oceněn shodný předmět plnění a v důsledku této skutečnosti je ani nelze porovnávat - resp. jejich porovnání nemůže vést ke zjištění, která z nabídek je pro Zadavatele reálně nejvýhodnější.
- V případě, že by uchazeči alespoň kvalifikovaným odhadem zohlednili veškerá potenciální rizika, která jsou na ně v důsledku Zadavatelem nastavených obchodních podmínek přenesena a která nejsou v mnoha případech nijak omezena, v jejich maximálním teoretickém rozsahu, není objektivně možné dodržet v zadávací dokumentaci (článek 7.4) stanovené maximální ceny za 1 vozokm v Kč bez DPH, (ani související omezení ceny za náklady na 1 km nad rámec referenčního rozsahu dopravního výkonu a výše úspory za 1 km pod rámec referenčního rozsahu dopravního výkonu).

Pokud by bral Stěžovatel v úvahu část Veřejné zakázky vymezené oblastí Rychnovsko, pak jen v případě očekávaného rizika nárůstu ceny za užívání autobusových nádraží lze hovořit o možném rozptylu až 60 mil. Kč. V případě dalších povinností a možných požadavků Zadavatele, vyplývajících ze Smlouvy, může jít podle střizlivého odhadu Stěžovatele o dalších cca 40 mil. Kč (s ohledem na popsanou nejistotu nelze učinit než pouhý odhad nákladů). Takto vyčíslené riziko činí v přepočtu téměř 5 Kč za jeden vozokm. Vzhledem k tomu, že maximální ceny Zadavatelem nastaveny blízko současným cenám dopravců v Královéhradeckém kraji, je nereálné, že by s takovým navýšením byl dopravce schopen nabídnout cenu nižší než je Zadavatelem nastavený „strop“.

3. Stěžovatel považuje Zadavatelem stanovenou možnost (povinnost) ponížít odměnu dopravce dopravci poskytnuté dotace (případně dotace poskytnuté jeho pronajímateli) za rozporné se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace.



V článku 8.20 závazného návrhu smlouvy na plnění Veřejné zakázky Zadavatel stanovil, že „*Pokud Dopravce v době trvání této Smlouvy obdrží investiční dotaci z veřejných finančních prostředků ve vztahu k jakýmkoliv používaným Vozidlům nebo jinému majetku, která má vliv na výpočet Odměny, a/nebo Dopravce obdrží tyto investiční dotace před uzavřením Smlouvy, ale Vozidla či jiný majetek používaný pro plnění Smlouvy bude pořizovat v době trvání Smlouvy, a/nebo pro plnění Smlouvy používá Vozidla nebo jiný majetek, který pořídil z této investiční dotace poskytnuté před uzavřením Smlouvy a který nebyl do dne uzavření Smlouvy úplně účetně odepsán, bude Odměna snížena o tuto poskytnutou dotaci. Obdobný postup platí i pro majetek a) pořízený s pomocí investiční dotace z veřejných finančních prostředků, který není v majetku Dopravce (např. je pronajatý od jiného subjektu, případně plnění Smlouvy vykonává jiný dopravce formou subdodávky); b) nabytý Dopravcem od předchozího vlastníka, který na pořízení takového majetku obdržel investiční dotaci z veřejných finančních prostředků, a to pokud nebyl takový majetek úplně účetně odepsán předchozím vlastníkem. Pokud je majetek pořízen z investičních dotací poskytnutých z veřejných finančních prostředků a je používán pro plnění více smluv na zajišťování dopravní obslužnosti dle zákona o veřejných službách v přepravě cestujících uzavřených s Královéhradeckým krajem, nebo je používán pro plnění Smlouvy ve více Výběrových oblastech, Dopravce musí provést snížení Odměny ve výši poskytnuté dotace buď v její plné výši u jedné smlouvy, nebo poměrně u více smluv tak, aby součet částek, o které byla Odměna snížena, představoval celou částku poskytnuté dotace.“ Na nesplnění této povinnosti je taktéž vázána povinnost uhrazení smluvní pokuty ve výši 2 % z částky poskytnuté dotace, a to v článku 14.16 závazného návrhu smlouvy.*

**3.1.** Stěžovatel je přesvědčen o tom, že dané ustanovení zcela neodůvodněně diskriminuje ty uchazeče, kteří dokázali obdržet v souvislosti se svojí činností dotaci oproti těm, kteří podmínky dotačních programů nesplnili nebo se o poskytnutí dotace z jakéhokoli důvodu jakkoli neusilovali.

Poskytnutí dotace státem nebo z veřejných zdrojů je veřejná podpora, která, má-li být legální, nesmí narušovat hospodářskou soutěž a splnit další podmínky dané zákonem. Za jejich splnění odpovídá Poskytovatel, který zároveň stanoví pravidla poskytnutí příslušné dotace. Poskytovatel by také měl případné porušení podmínek poskytnutí dotace ze strany příslušných příjemců odpovídajícím způsobem sankcionovat. Pravidla pro poskytování dotací stanovují jasné mantinely pro to, jakým způsobem mohou být dotace použity a jaký je postup v případě zjištěného rozporu použití dotace s pravidly.<sup>2</sup>

Stěžovatel trvá na skutečnosti, že zda a jak konkrétní dotační prostředky využije je čistě na jeho vůli; a splnění podmínek pro jejich využití je čistě na jeho odpovědnosti vyplývající ze smluvního vztahu s poskytovatelem dotace. Pouze poskytovatel dotace disponuje nástroji uplatnitelnými při nesplnění jím stanovených podmínek a pouze jemu se v takových případech dotační prostředky vrací. V případě, že by daná dotace byla pro plnění Veřejné zakázky na základě stanovených podmínek využitelná (tedy ve své podstatě nenaplněvala

---

<sup>2</sup> V tomto smyslu byly dotace poskytovány v minulých letech např. ze státního rozpočtu v rámci Programu obnovy vozidel veřejné autobusové dopravy („Program obnovy“). Z rozpočtu obcí či vyšších územněsprávních celků byly poskytovány další investiční dotace buď též na obnovu vozového parku jako spoluúčást dotací ze státního rozpočtu (zejména k pořízení vozidel MHD) nebo i na jiné investice, např. odbavovací zařízení, případně informační technologii. Podle pravidel pro poskytnutí těchto dotací, vydaných Ministerstvem dopravy ČR, nemohl dopravce takto pořízené autobusy využívat na výkony poskytované v režimu smlouvy o závazku veřejné služby v případě, že s ním ze strany příslušného objednatele veřejné dopravy byla uzavřena smlouva na základě nabídkového řízení, které se zúčastnili i jiní dopravci.

znaky veřejné podpory a její využití bylo v souladu se stanovenými podmínkami ze strany jejího poskytovatele), není důvod, proč odměnu o takovou dotaci krátit.

Za zcela absurdní pak považuje Stěžovatel povinnost dopravce ponižovat svou odměnu o dotaci, již případně obdržel vlastník majetku, který dopravci pro plnění Veřejné zakázky takový majetek pronajímá. Stěžovateli není v první řadě zřejmé, jakým způsobem může zajistit, aby byl vlastníkem o případně poskytnuté dotaci a dokonce její výši informován. Současně není zřejmé, proč by měl být fakticky postihován za standardní pronájem majetku jen proto, že na jeho pořízení byla jinou osobou než dopravcem získána dotace. Dopravce z takové dotace vůbec a nijak neprofituje a byl by zcela nelogicky trestán a jednoznačně diskriminován. Stěžovatel na tomto místě připomíná, že vybranému uchazeči bude v příslušné oblasti ze strany organizátora veřejné dopravy (OREDO) na základě smlouvy pronajímáno odbavovací zařízení, a to minimálně do roku 2020. Pokud je Stěžovateli známo, na pořízení těchto odbavovacích zařízení byla ze strany OREDO získána dotace. Jestliže tomu tak skutečně je, pak Zadavatel sám nastavil obchodní podmínky tak, že sám bude (a bude muset) trestat vybrané dopravce za to, že používají společností OREDO povinně pronajímaná odbavovací zařízení, neboť na ně získal v minulosti dotaci.

Zadavatel navíc danou podmínku neomezil pouze na dotace poskytnuté z vlastních zdrojů, nýbrž na dotace obecně. Ve svém důsledku tak na základě svého rozhodnutí snižuje uchazečům výnosy z poskytnuté dotace (tj. fakticky dotaci krátí, aniž by k tomu mohl být jakkoli oprávněn, když toto oprávnění přísluší pouze poskytovateli dotace), resp. na sebe dokonce převádí výhodu poskytnuté dotace, když si snižuje výdaje o její výši, a tím se obohacuje stejně, jako by byla dotace poskytnuta v jeho prospěch.

**3.2.** Úřad pro ochranu hospodářské soutěže se tématem zohledňování poskytnutých dotací dopravcům v zadávacím řízení zabýval v rozhodnutí ze dne 22. 1. 2013, č.j. ÚOHS-S496/2012/VZ-1505/2013/521/JHn, v rámci kterého byla naopak řešena námitka nezohlednění dotací při výpočtu nabídkové ceny. Toto rozhodnutí bylo potvrzeno předsedou Úřadu dne 14. 6. 2013 rozhodnutím vedeným pod č.j. ÚOHS-R29/2013/VZ-11128/2013/310/PMa.

V rámci tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že: „*souhlasí se zadavatelem v otázce odpovědnosti za poskytnutou dotaci, která je na straně poskytovatele dotace, resp. na straně uchazeče samotného, pokud dotaci obdržel. **Obecně lze konstatovat, že v případě dotačních programů je uzavírána dohoda sui generis (často též v podobě rozhodnutí o poskytnutí dotace) mezi poskytovatelem a příjemcem dotace. V takové dohodě je zaneseno, jakým způsobem lze prostředky z dotace využít a naopak, jak dotaci využít nelze, neboť se vždy jedná o účelově poskytnuté dotace. V dohodě bývají upraveny také mechanismy pro řešení situací, jak má příjemce dotace postupovat v případě, kdy je z nějakého důvodu nucen využít prostředky z poskytnuté dotace v rozporu s touto dohodou nebo jak je takové jednání subjektu sankcionováno za porušení rozpočtové kázně. Zákon však zadavateli nestanoví povinnost zohledňovat u uchazečů poskytnuté dotace. Naopak v souladu se zásadou rovného zacházení je třeba, aby zadavatel přistupoval ke všem uchazečům o veřejnou zakázku stejně. Nelze si představit situaci, kdy by zadavatel omezil soutěžní prostředí z důvodu, že uchazeč obdržel dotaci.** Nutno též konstatovat, že zadavatel předložil důkazní prostředky (Pravidla pro poskytování dotací ze státního rozpočtu v rámci Programu obnovy vozidel veřejné autobusové dopravy v roce 2010) svědčící o tom, že příjemce dotace nesmí prostředky z poskytnuté dotace využívat pro plnění veřejné*

*zakázky nebo musí poskytnuté prostředky řádným způsobem zúčtovat. Vzhledem k výše uvedenému jsou úvahy navrhovatele o možném řešení situací, kdy je uchazeči poskytnuta dotace, bezpředmětné.“*

Zadavateli jako příjemci služby veřejné autobusové linkové dopravy nepřísluší zasahovat do toho, jakým způsobem si zajistí dodavatel jednotlivé výhody, zda dotačně nebo dobrými obchodními styky s dodavateli či např. sponzorskými dary od soukromých osob. Pravidla využití poskytnutých dotací jsou stanovena ze strany jejich poskytovatelů a zadavatel nemá oprávnění jejich použití zakazovat, natož pak sankcionovat stanovenou povinností jejich započtení oproti odměně, v důsledku čehož se sám Zadavatel obohatí.

Takové jednání vede k porušení zásady rovného zacházení a bezdůvodné diskriminaci dodavatelů, kterým byla poskytnuta využitelná dotace.

- 4. Zadavatel se dopustil porušení ZVZ, když požaduje uzavření smluvních vztahů s konkrétním dodavatelem, aniž by garantoval součinnost tohoto dodavatele za konkrétně vymezených podmínek nebo možnost jiného způsobu plnění v případě, kdy by smlouva uzavřena nebyla. Zadavatel při vědomí specifických podmínek ve struktuře provozovatelů autobusových nádraží, kteří jsou současně potenciálními uchazeči o Veřejnou zakázku (zejména oblast Rychnovsko) nereguluje zadávací podmínky a vytváří tím diskriminační prostředí.**

*V článku 7.7 závazného návrhu smlouvy Zadavatel stanovil, že „Jednotková cena dopravního výkonu zahrnuje náklady za využití veškerých Zastávek, včetně těch, které se nacházejí v prostorách nebo na pozemních komunikacích vlastníků, kterými jsou soukromé právnické nebo fyzické osoby (zejména prostory některých autobusových nádraží).“*

#### **4.1. Nesprávnost postupu zadavatele spočívající v negarantování součinnosti provozovatelů autobusových nádraží**

Není možné, aby zadavatel v rámci plnění veřejné zakázky požadoval po uchazeči uzavření smluvních vztahů s konkrétními osobami, aniž by negarantoval uzavření smlouvy s takovým dodavatelem za stanovených (předjednaných) podmínek nebo negarantoval alternativní možnost v případě, že k uzavření smlouvy (ať již z důvodu neúspěšného jednání ohledně podmínek smlouvy nebo například absence vůle takové osoby smlouvu s uchazečem uzavřít) nedojde. Samotná povaha takového ustanovení, na jehož základě jsou uchazeči povinni uzavřít za účelem plnění veřejné zakázky smlouvu s konkrétními subjekty, aniž by byly rovné podmínky zadavatelem předem dohodnuty a garantovány, je v rozporu se ZVZ.

Přesně tato situace přitom nastala v případě Veřejné zakázky v souvislosti s autobusovými nádražími, která jsou ve vlastnictví konkrétních osob (některá dokonce ve vlastnictví potenciálních uchazečů o Veřejnou zakázku a tedy konkurentů Stěžovatele) nebo jsou těmito osobami provozována a která mají být v rámci plnění Veřejné zakázky využívána. Součinnost těchto vlastníků či provozovatelů v rozsahu nezbytném pro plnění Veřejné zakázky je paradoxně povinen zajistit si sám Stěžovatel, přestože nemá k dispozici jakékoli nástroje, kterými by mohl tyto vlastníky donutit k uzavření smluvního vztahu za konkrétních podmínek, ba dokonce k uzavření smluvního vztahu vůbec.

Takovýto postup nelze dle Stěžovatele považovat za souladný se ZVZ. Zadavatel přitom disponuje nástroji, kterými může tento rozpor odstranit a reálně hrozící problém dopravce (nemožnost plnění svých povinností) řešit. Existují zjednodušeně v zásadě dvě možnosti

úprav zadávacích podmínek. Primárně může Zadavatel závazně garantovat, že konkrétní autobusová nádraží nebude dopravce povinen využívat, neboť Zadavatel zajistí zřízení jiné autobusové zastávky. Případně může sám zajistit příslušné garance součinnosti vlastníka autobusového nádraží za konkrétních podmínek (popř. na sebe převzít závazek oprávnění vjezdu zajistit), pokud zřízení jiné autobusové zastávky v konkrétním případě není možné.

V opačném případě není možné (resp. je pro dopravce značně rizikové) zavázat se k plnění Veřejné zakázky (neboť nemůže být najisto postaveno, zda k uzavření smlouvy s vlastníky autobusových nádraží dojde) ani stanovit nabídkovou cenu za její plnění (neboť ani v případě, že lze v obecné rovině předpokládat vůli vlastníka autobusového nádraží smlouvu uzavřít, nejsou žádným způsobem garantovány ceny, které bude vlastník či provozovatel za využití požadovat, tím spíše v desetiletém horizontu).

#### **4.2. Diskriminace uchazečů odlišných od vlastníků (provozovatelů) autobusových nádraží**

Závažnost dopadu nastavených zadávacích podmínek nadto zejména v případě části Veřejné zakázky, oblast Rychnovsko, zvyšuje skutečnost, že některá z předmětných autobusových nádraží jsou ve vlastnictví společností (popř. společností v koncernu) nebo jsou provozovány společnostmi, jejichž předmětem činnosti je provozování autobusové dopravy a jedná se tak o konkurenty Stěžovatele a potenciální uchazeče o Veřejnou zakázku. Výše popsané důsledky vadně nastavených zadávacích podmínek tedy pro některé z potenciálních uchazečů o Veřejnou zakázku neplatí a tito jsou tak zcela evidentně jedním z důvodů, proč Stěžovatel a jeho přístupem k celé problematice pozitivně diskriminováni. Na rozdíl od těchto dopravců, kteří mají zcela přesné informace o cenách za vjezd na autobusová nádraží a jsou schopni je do budoucna ovlivnit či jednoznačně předvídat, jsou ostatní dopravci v době podání nabídek schopni výši poplatků pouze odhadovat, případně pouze orientačně u provozovatelů autobusových nádraží poptávat. Ve skutečnosti však mohou být poplatky zcela odlišné (mnohem vyšší), a to z různých důvodů (v důsledku snahy provozovatelů autobusových nádraží navýšit svůj zisk, poškodit konkurenci, apod.). Stejně tak se mohou tyto poplatky pro ostatní dopravce do budoucna zcela nepředvídatelným způsobem měnit.

Jestliže si je zadavatel vědom specifické struktury místních dopravců a struktury vlastníků a provozovatelů autobusových nádraží, zahrnutím nákladů na vjezd na autobusová nádraží do ceny dopravního výkonu jednoznačně umocňuje výhodu dopravce, který (nebo jehož koncernové podniky) současně provozuje autobusová nádraží. Zadavatel tak, přestože by mohl koncipovat strukturu ceny dopravního výkonu jinak (a mohl tak rozmělnit výhodu jednoho dopravce, byť přirozeně vzniklou), uměle akcentuje výhodu takového dopravce, a tím negativně omezuje soutěž dopravců. Takový postup je dle Stěžovatele jednoznačně nutné považovat za diskriminační.

Pouze pro úplnost na tomto místě Stěžovatel dodává, že nastavením „volné soutěže“ ohledně vjezdů na autobusová nádraží v žádném případě nemusí Zadavatel docílit nejnižší nabídkové ceny (ceny dopravního výkonu), spíše naopak. Pokud provozovatel několika významných nádraží nabídne vjezd ostatním dopravcům za velmi vysoké ceny, tyto zákonitě zvednou nabídkové ceny těchto ostatních uchazečů. Navíc přesto, že by byl dopravce, jenž sám nebo prostřednictvím koncernových podniků provozuje autobusová nádraží v kraji, schopen cenu dopravního výkonu nabídnout podstatně nižší, nebude proto mít žádný rozumný důvod – může si dovolit nabídnout cenu jen o něco nižší než ostatní dopravci a přitom dostatečně vysokou pro maximalizaci zisku. Zadavatel by pak v konečném důsledku nešetřil a nepostupoval by tak efektivně a hospodárně.

## **5. Zadavatelem nastavené dílčí hodnotící kritérium průměrného stáří vozidel je diskriminační**

V rámci tohoto kritéria (čl. 10.2.4. zadávací dokumentace) mají uchazeči možnost nabídnout svůj závazek, že průměrné stáří vozidel bude v každém kalendářním roce plnění Smlouvy nižší než maximální průměrné stáří vozidel stanovené Smlouvou.

Požadavek na pětileté průměrné stáří vozového parku a snaha Zadavatele toto stáří ještě prostřednictvím hodnotících kritérií snížit znamená, že vozidla budou muset být vyřazována ze systému ještě „v produktivním věku“.

Dle Stěžovatele nedává tento závazek dopravců Zadavateli ani cestujícím žádnou výhodu ani přidanou hodnotu a je tak podle něj pouze umělou snahou Zadavatele zvýhodnit ty dopravce, kteří disponují již nyní zcela novým vozovým parkem, případně mají zajištěn systém odkupu použitých vozidel v rámci specifických obchodních vztahů zaměřených na obchod s autobusy. Takovou možnost většina dopravců nemá, systematický odkup použitých vozidel a jejich přeprodej dále (např. do zemí východní Evropy) nezajišťuje prakticky žádný z tuzemských výrobců autobusů.

Zcela bez efektu na komfort cestujících tak Zadavatel zvýhodní ty dopravce, kteří takový systém již nastaven mají a disponují zcela novým vozovým parkem. Rozdíl v průměrném stáří 2,5 roku (proti povinnému průměrnému stáří max. 5 let) přitom může znamenat v přepočtu k nabídkové ceně rozdíl více než 1,70 Kč za km, ( 300 mil.Kč, pokud by tato situace nastala v celém kraji) který bude Zadavatel nucen uhradit.

## **6. Zadavatel se dopustil porušení ZVZ, neboť v rámci dodatečných informací uvedl takové skutečnosti, které reálně znamenaly změny obchodních podmínek stanovených závazným návrhem smlouvy, aniž by byly do samotného návrhu smlouvy zapracovány**

Zadavatel před uplynutím lhůty pro podání nabídek na Veřejnou zakázku (do doby podání těchto námitek) uveřejnil celkem 21 sad dodatečných informací k zadávacím podmínkám Veřejné zakázky s celkovým rozsahem přes 160 stran. Úvodem této námítky Stěžovatel konstatuje, že již samotné množství dotazů týkajících se zadávacích podmínek Veřejné zakázky jednoznačně hovoří o jejich nepřipravenosti, nejednoznačnosti a neurčitosti, což způsobuje fakticky netransparentnost celé zadávací dokumentace (je v tuto chvíli téměř nemožné se vyznat v množství změn a vyjasnění zadávací dokumentace, k nimž v důsledku vydávaných dodatečných informací dochází).

Právě v souvislosti s vydáváním dodatečných informací se Zadavatel také dopustil dle Stěžovatele dalšího porušení zásady transparentnosti. Zadavatel totiž v rámci dodatečných informací často uvádí informace, kterými reálně mění podmínky stanovené v závazném návrhu smlouvy, nebo uvádí informace, předpoklady a garance zcela nad rámec práv a povinností uvedených v závazném návrhu smlouvy. Dané dodatečné informace přitom zcela jednoznačně překračují hranici pouhého výkladu již existujících ustanovení návrhu smlouvy, která dle svého článku 17.1 představuje úplné ujednání o předmětu smlouvy a všech náležitostech, které smluvní strany měly a chtěly ve smlouvě ujednat, a které považují za důležité pro její závaznost. Zadavatel přesto nikdy spolu s vydáním takových dodatečných informací neupravil závazný návrh smlouvy tak, aby mohly být skutečnosti, předpoklady a garance uvedené v dodatečných informacích považovány za právně závazné a vynutitelné, a tedy ve své podstatě za pravdivé.

Při vydání předmětných dodatečných informací tak Zadavatel postupoval nesprávně a reálně, namísto vysvětlení (upřesnění) zadávacích podmínek Veřejné zakázky, způsobil jejich vnitřní rozpor, jakož i celkovou nejasnost v právech a povinnostech smluvních stran dle závazného návrhu smlouvy. Zadavatel proto postupoval v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 ZVZ a způsobil netransparentnost zadávacích podmínek Veřejné zakázky a současně též značnou nejistotu na straně uchazečů. Ti si nyní nemohou být jisti výkladem smlouvy a právní závazností upřesňujících a ujišťujících dodatečných informací. Přitom ty jsou často velmi podstatné též pro vytváření nabídkové ceny a oceňování možných rizik stojících z uvedených důvodů na Stěžovatelově straně (na straně dopravců obecně).

Výše uvedeného porušení ZVZ se Zadavatel dopustil zejména v následujících případech:

#### **6.1. Objektivní možnost dodržení lhůty pro implementaci změn**

Článek 12.3 závazného návrhu smlouvy výslovně uvádí, že dopravce je povinen zajistit soulad poskytované Veřejné služby s novým zněním Technických a provozních standardů bezodkladně od doručení aktuálního znění Technických a provozních standardů. V případě, že aktualizované znění Technických a provozních standardů vznáší takové požadavky na poskytování Veřejné služby, jež objektivně nelze zajistit ve lhůtě podle předchozí věty (např. nové požadavky na vybavení Vozidel), je Dopravce povinen zajistit soulad poskytované Veřejné služby s aktualizovaným zněním Technických a provozních standardů ve lhůtě 4 měsíců od doručení aktualizovaných Technických a provozních standardů.

V rámci sady dodatečných informací č. 8, ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 65, Zadavatel uvedl, že *„nepředpokládá, že by požadoval provedení takových změn, jež nebude objektivně možné implementovat v uvedené lhůtě 4 měsíců.“*

**V závazném návrhu smlouvy však toto ujištění Zadavatele (jeho předpoklad) nebylo promítnuto a není právně relevantním způsobem stanoven závazek Zadavatele požadovat pouze takové změny, jež bude objektivně možné implementovat ve stanovené maximální lhůtě 4 měsíců.** Jedná se tedy o informaci, která musí být do závazného návrhu smlouvy za účelem její závaznosti, vymahatelnosti, a ve svém důsledku pravdivosti, promítnuta. V opačném případě jsou uchazeči stále v nejistotě o možnosti plnění podmínek daných smlouvou.

#### **6.2. Uplatnitelnost dopravního výkonu v případě mimořádných událostí**

Článek 8.11 závazného návrhu smlouvy mimo jiné stanoví, že neuplatnitelným dopravním výkonem se pro účely výpočtu Odměny rozumí takový dopravní výkon, který Dopravce provedl v rozporu s platnou licencí a/nebo schváleným Jízdním řádem.

Článek 4.19 závazného návrhu smlouvy současně stanoví, že dopravce smí provádět operativní krátkodobé změny trasy jízdy oproti Jízdnímu řádu pouze v případě mimořádných událostí (např. operativní uzavírky komunikací v případě dopravních nehod, nesjízdnosti apod.) Při vzniku dodatečných nákladů vzniklých z důvodů uvedených ve větě první tohoto odstavce nemá Dopravce nárok na jejich náhradu.

V rámci sady dodatečných informací č. 8, ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 59, Zadavatel uvedl, že *„v situacích popsanych uchazečem (kdy dopravce určitý dopravní výkon neprovede nebo provede v rozporu s licencí či jízdním řádem z důvodu*

*nepředvídatelné mimořádné události) se bude jednat o uplatnitelný dopravní výkon, který bude v souladu s jízdním řádem a licencí.“*

**Ani tato informace však nebyla promítnuta do smlouvy a v závazném návrhu smlouvy tak absenteje ustanovení o tom, že operativní krátkodobé změny trasy jízd oproti Jízdnímu řádu provedené v případě mimořádných událostí jsou považovány za dopravní výkon souladný s platnou licencí a/nebo schváleným Jízdním řádem.** Tuto informaci nelze spolehlivě dovodit ani na základě ustanovení 4.19 smlouvy. Jedná se tedy o informaci, která musí být do závazného návrhu smlouvy za účelem její závaznosti, vymahatelnosti, a ve svém důsledku pravdivosti a jistoty uchazečů, promítnuta. Pokud taková skutečnost nebude Zadavatelem závazným způsobem garantována, má nepopiratelný vliv na odměnu dopravců a tím i na kalkulaci nabídkové ceny (je rozdíl, zda může dopravce počítat s úhradou takového dopravního výkonu či zda má naceňovat zcela neznámé riziko neuhrazených dopravních výkonů a navyšovat tak již od počátku svou nabídkovou cenu).

### **6.3. Vypověď z důvodu zahájení insolvenčního řízení**

Článek 13.8. písm. g) závazného návrhu smlouvy výslovně stanovuje, že Objednatel je oprávněn vypovědět tuto Smlouvu, pokud je s Dopravcem zahájeno insolvenční řízení podle zákona č. 182/2006 Sb., insolvenční zákon.

*V rámci sady dodatečných informací č. 11, ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 19, Zadavatel uvedl, že „Ustanovení čl. 13.8 písm. g) Návrhu smlouvy stanovuje pouze oprávnění Zadavatele vypovědět Smlouvu v případě zahájení insolvenčního řízení s dopravcem podle zákona č. 182/2006 Sb., insolvenční zákon. Zadavatel pro vyloučení pochybností dodává, že nemá zájem na předčasném ukončení Smlouvy v případě neopodstatněných či jinak neodůvodněných skutečností souvisejících s plněním Smlouvy ze strany dopravce.“*

**Možnost využití tohoto oprávnění však na základě této dodatečné informace není žádným způsobem omezena, prohlášení Zadavatele není žádným způsobem garantováno a zůstává pouze v rovině nezávazné deklarace.** Skutečnost, že Zadavatel nevyužije svého oprávnění v případech neopodstatněných či jinak neodůvodněných skutečností souvisejících s plněním Smlouvy ze strany dopravce (zejména šikanózních insolvenčních návrhů, ke kterým směřoval dotaz), ze závazného návrhu smlouvy nevyplývá. Ustanovení čl. 13. 8. písm. g) smlouvy je ta ze strany Zadavatele velmi jednoduše zneužitelné a dopravce stále nemá jistotu, že s ním nebude v průběhu plnění veřejné zakázky již jen na podkladě šikanózního insolvenčního návrhu ze strany třetí osoby ukončena smlouva na plnění Veřejné zakázky. Tato nejistota je podobně vysoká jako v případě smluvní možnosti Zadavatele kdykoliv smlouvu vypovědět i bez udání důvodu. Riziko této hrozby je pro účely stanovení nabídkové ceny prakticky neocenitelné.

### **6.4. Absence závazku kompenzovat skutečnou výši nákladů za služby spojené s provozem IDS IREDO**

V článku 10.2 smlouvy je uvedeno, že dopravce je povinen na základě specifikace dle Přístupové smlouvy hradit náklady za služby spojené s provozem IDS IREDO. Tyto náklady však budou Dopravci kompenzovány v souladu s článkem 7.6 Smlouvy v rámci Odměny – náklady jsou zahrnuty do Jednotkové ceny dopravního výkonu a vyčísleny Objednatelem v rámci položky č. 15 – Servis IDS.

V rámci sady dodatečných informací č. 12, ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 2, Zadavatel uvedl, že „V souladu s podmínkami stanovenými v bodě 4.8.3 zadávací dokumentace bude vybranému uchazeči kompenzovat náklady za služby spojené s provozem IDS IREDO v plné výši v rámci jednotkové ceny dopravního výkonu v položce Servis IDS, tj. s přihlédnutím k případným změnám fixně stanovené ceny v položce „Servis IDS“.

**Povinnost Zadavatele kompenzovat dopravci tyto náklady je výslovně navázána na objednatelům vyčíslenou částku v rámci položky č. 15 – Servis IDS. V závazném návrhu smlouvy však není stanovena povinnost plné kompenzace za situace, kdy dojde ke změně fixně stanovené ceny v položce „Servis IDS“.** Závazek Zadavatele kompenzovat vybranému uchazeči náklady za služby spojené s provozem IDS IREDO v plné výši, tj. s přihlédnutím k případným změnám fixně stanovené ceny v položce „Servis IDS“, tak nepřestavuje závaznou, vymahatelnou, a ve svém důsledku tedy ani pravdivou informaci.

#### **6.5. Změna jízdních řádů z důvodů zvýšení poplatků za vjezd na autobusová nádraží**

Článek 4.15 smlouvy stanoví, že dopravce je oprávněn sdělovat Objednateli podněty a vyjadřovat se k Objednatelům zamýšleným a připravovaným změnám v organizaci dopravy v rámci Výběrové oblasti a souvisejícím změnám Jízdních řádů a Autobusových linek i mimo termíny stanovené pro změny Jízdních řádů. Podněty a vyjádření Dopravce, kterými upozorňuje na právní nebo faktickou nemožnost plnění, např. z důvodu nereálných časů příjezdů Vozidel, nedodržování povinných přestávek řidičů, nemožnosti nasazení Vozidel určité kategorie apod., je Objednatel povinen projednat a bez zbytečného odkladu tyto vady odstranit (např. úpravou časových poloh a tras Spojů uvedených v Jízdních řádech apod.).

V rámci sady dodatečných informací č. 13, ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 53, Zadavatel uvedl, že „z článku 4.15 návrhu smlouvy je zřejmé, že zadavatel je povinen podnět dopravce projednat a v případě opodstatněného požadavku dopravce je zadavatel povinen tvrzené vady bez zbytečného odkladu odstranit. Případnou změnou jízdních řádů a objednávek nebudou řešena veškerá, zejména marginální zvýšení poplatků za vjezdy na autobusová nádraží, ale bude se vztahovat především na výrazné navýšení poplatků za vjezdy na autobusová stání, které dopravce objektivně nemohl kalkulovat v rámci své nabídkové ceny a kdy by nebylo s ohledem na poměr a kvality výhodné tyto výrazně zvýšené náklady za vjezdy od dopravce požadovat.“

Návazně, v čl. 7.3 upravené zadávací dokumentaci Zadavatel (avšak bez promítnutí do závazného návrhu smlouvy) doplnil, že "...V případě autobusového nádraží kde cena za vjezd stanovena jeho vlastníkem (resp. provozovatelem) bude s ohledem na vnější podmínky zakládat podezření možného ohrožení trhu účinky hospodářské soutěže nebo vyžaduje-li to mimořádná tržní situace, je Zadavatel oprávněn a připraven tuto situaci řešit v souladu s právními předpisy buď vydáním nařízení stanovícího maximální cenu za vjezd na takové autobusové nádraží tak, aby odpovídala účelně vynaloženým nákladům za služby a přiměřenému zisku, nebo určením jiného příjezdového a odjezdového stanoviště."

**Závazný návrh smlouvy nezakládá povinnost Zadavatele stanovit změnu jízdních řádů (a s tím související změnu z důvodů navýšení poplatků za vjezdy na autobusová stání. Jedná se tedy o informace zcela nad rámec práv a povinností uvedených v závazném návrhu**



smlouvy, které musí do závazného návrhu smlouvy za účelem jejich závaznosti, vymahatelnosti, a ve svém důsledku pravdivosti, promítnuty.

Tato nejistota dopravců a zřejmá nezávaznost deklarací Zadavatele v rámci dodatečných informací se v plném rozsahu ukazuje na postupu Zadavatele a jeho odpovědích v rámci sady dodatečných informací č. 19.

Stěžovatel upozorňoval Zadavatele na skutečnosti uvedené výše v kapitole 4., tj. na zcela nereálné ceny za vjezdy na autobusová nádraží, na něž má dopravce povinnost zajíždět při plnění části Veřejné zakázky pro oblast Rychnovsko je (autobusová nádraží v Žamberku, Ústí nad Orlicí, Chocni, Holicích a Pardubicích). Cena, která je již v současné době na těchto nádražích účtována, znamená v přepočtu na příslušných spojích náklady: V Žamberku 5,07 Kč/km, v Ústí nad Orlicí 2,70 Kč/km, Chocni 3,65 Kč/km, Pardubicích 1,09 Kč/km. Přitom na spojích, které využívají více autobusových nádraží, se tyto ceny sčítají. Pro současného dopravce, který uvedené spoje zajišťuje, tento náklad nepředstavuje neřešitelný ekonomický problém, jako pro ostatní uchazeče, protože je příjemcem rozhodujících poplatků on sám, případně jiná společnost téhož koncernu.

Vzhledem k výši účtovaných poplatků (a s jistotou hraničícího předpokladu, že stejná cena začne být účtována i na nádraží v Rychnově nad Kněžnou) a vzhledem k tomu, že tyto poplatky jsou příjmem jednoho z potencionálních uchazečů o zakázku, požadoval Stěžovatel, aby Zadavatel v souladu s textem ustanovení článku 7.3 ZD buď stanovil maximální cenu za užití shora uvedených nádraží, nebo určil jiná stanoviště již v podmínkách výběrového řízení. **Toto však Zadavatel zcela v rozporu se svou proklamací i se zněním čl. 7.3 zadávací dokumentace neučinil a Stěžovateli sdělil, že autobusová nádraží v Pardubickém kraji jsou mimo jeho gesci. Přestože má Zadavatel k dispozici různé nástroje (i ty proklamované), své prohlášení ani závazek stanovený v zadávací dokumentaci neplní. Opět tak minimálně pro oblast Rychnovska způsobuje svým postupem nenacitelnost nabídkové ceny a tím i vzájemnou neporovnatelnost nabídek. Není přitom vyloučeno, že obdobná situace vznikne i v některé z dalších oblastí.**

**V.**

**ZÁVĚREČNÝ NÁVRH**

**Na základě výše uvedených skutečností prokazujících, že Zadavatel zadávacími podmínkami Veřejné zakázky porušil ZVZ, Stěžovatel požaduje, aby Zadavatel:**

- i. změnil zadávací podmínky Veřejné zakázky tak, aby byly stanoveny v souladu se ZVZ; a**
- ii. přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek na Veřejnou zakázku;**

**nebo**

- i. zrušil zadávací řízení na Veřejnou zakázku; a**
- ii. zahájil nové zadávací řízení na plnění odpovídající předmětu Veřejné zakázky, jehož zadávací podmínky budou stanoveny v souladu se ZVZ.**

**Za AUDIS BUS s.r.o.**

**Milan Cedidla**

**Jednatel společnosti**