

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 147 písm. c) a § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu **XY** (ďalej len „navrhovateľ“), podľa označenia smerujúcich v zmysle § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky s názvom „Obstaranie služieb prímestskej dopravy vo verejnom záujme pre ŽSK pre región Liptov a Orava“, a to v oboch častiach predmetnej zákazky vyhlásenej verejným obstarávateľom **Žilinský samosprávny kraj**, Komenského 48, 011 09 Žilina, IČO: 37808427 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 12. 2020 pod značkou 2020/S 242-598170 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 262/2020 dňa 14. 12. 2020 pod značkou 44859 – MSS (ďalej len „verejná súťaž“), vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie námietky navrhovateľa **týkajúce sa prvej a druhej vety bodu 6.4.3 „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Orava“ a „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Liptov“ podľa § 175 ods. 3 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov zamieta.**

Úrad pre verejné obstarávanie podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa **týkajúcich sa podbodov (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3 „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Orava“ a „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Liptov“ a jeho doplnenia zo dňa 27. 1. 2022 zastavuje.**

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ doručil Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) dňa 3. 2. 2022 námietky v listinnej podobe, podľa označenia smerujúce v zmysle § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky poskytnutých kontrolovaným v predmetnej verejnej súťaži (ďalej len „námietky“). Z obsahu námietok implicitne vyplýva, že námietky sa vzťahujú k oboch častiam zadávanej zákazky, a to *in concreto* k časti č. 1 s názvom „Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre región Liptov“ a k časti č. 2 s názvom „Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre región Orava“. Námietky navrhovateľa boli doručené kontrolovanému toho istého dňa ako úradu, a to v elektronickej podobe funkcionalitou informačného systému JOSEPHINE (josephine.proebiz.com), prostredníctvom ktorého sa toto verejné obstarávanie

realizuje a prostredníctvom ktorého sa uskutočňuje elektronická komunikácia vrátane doručovania (ďalej len „IS JOSEPHINE“). Podaniu námietok zo strany navrhovateľa predchádzalo doručenie žiadosti o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní dňa 17. 1. 2022. Kontrolovaný žiadosť o nápravu vybavil dňa 24. 1. 2022 dorúčením dokumentu navrhovateľovi, označeného ako „Oznámenie o výsledku vybavenia časti doručenej žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní spolu s oznámením o zamietnutí časti doručenej žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní“. Na základe uvedeného možno konštatovať, že **námietky boli doručené úradu a kontrolovanému v lehote** podľa § 170 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní **a v podobe** podľa § 170 ods. 8 písm. a) a b) tohto zákona. V nadväznosti na to úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa obsahujú všetky obligatórne náležitosti námietok podľa príslušného ustanovenia § 170 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní.

2. Navrhovateľ doručil úradu námietky v zmysle § 170 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní ako **záujemca**. Podľa § 2 ods. 5 písm. b) tohto zákona sa na jeho účely rozumie záujemcom hospodársky subjekt, ktorý má záujem o účasť vo verejnom obstarávaní. V danom prípade úrad *ex officio* preskúmal aktívnu vecnú legitimáciu navrhovateľa na podanie námietok, pričom zistil nasledovné: navrhovateľ je hospodárskym subjektom poskytujúcim na trhu služby, ktoré sú predmetom zadávaných častí zákazky a ktorý náležite prejavil svoj záujem o účasť vo verejnej súťaži. Z obsahu podaných námietok má úrad za preukázané, že navrhovateľ sa so znením podmienok uvedených v dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky, ktoré v námietkach napáda, náležite oboznámil. Na základe toho možno podľa názoru úradu jednoznačne konštatovať, že navrhovateľ vystupuje vo vzťahu k predmetnej verejnej súťaži, k oboch častiam zadávanej zákazky, v postavení záujemcu, a preto bol podľa úradu aktívne legitimovaným subjektom na podanie námietok, a to v intenciách ustanovenia § 170 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
3. Podľa § 172 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní je s podaním námietok navrhovateľ povinný zložiť na účet úradu kauciu; táto povinnosť sa nevzťahuje na orgán štátnej správy podľa § 170 ods. 1 písm. e). Kaucia musí byť pripísaná na účet úradu najneskôr pracovný deň nasledujúci po uplynutí lehoty na doručenie námietok podľa § 170 ods. 4.
4. Podľa § 172 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní výška kaucie pri podaní námietok je 0,1 % z predpokladanej hodnoty zákazky alebo koncesie, najmenej však 2 000 eur a najviac 10 000 eur, ak ide o námietky podľa § 170 ods. 3 písm. a) a b) tohto zákona.
5. Podľa § 172 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak je zákazka alebo koncesia rozdelená na časti a námietky sa týkajú len jednej časti alebo len niektorých častí, kaucia podľa odseku 2 sa určuje z predpokladanej hodnoty tejto časti alebo týchto častí. Celková výška kaucie za všetky časti nesmie presiahnuť maximálnu výšku kaucie podľa odseku 2. Na tento účel sa maximálna výška kaucie za jednu časť určuje z maximálnej sumy podľa odseku 2 percentuálnym podielom predpokladanej hodnoty príslušnej časti z predpokladanej hodnoty celej zákazky.
6. Z vyššie uvedených ustanovení zákona o verejnom obstarávaní vyplýva, že navrhovateľ bol v danom prípade povinný s podaním námietok, ktoré majú smerovať podľa § 170 ods. 3 písm. b) tohto zákona voči oboch častiam kontrolovaným zadávanej zákazky, zložiť na účet úradu kauciu vo výške 10 000,- EUR, nakoľko celková výška kaucie za všetky časti nesmie presiahnuť maximálnu výšku kaucie 10 000,- EUR, nakoľko 0,1 % z predpokladanej hodnoty

oboch častí zákazky v zmysle zverejneného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania (203 523 985,00 EUR bez DPH) prekračuje sumu najvyššej možnej kaucie v zmysle § 172 ods. 2 písm. a) tohto zákona.

7. Úrad lustráciou účtu úradu zistil, že navrhovateľ s podaním námietok zložil na účet úradu dňa 3. 2. 2022 kauciu vo výške 10 000,- EUR, a teda pri určovaní výšky kaucie a pri jej zložení na účet úradu postupoval v súlade s § 172 ods. 1, ods. 2 v spojitosti s ods. 3 predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní.
8. V kontexte vyššie uvádzaných skutočností má úrad za to, že s podaním námietok navrhovateľa boli splnené procesné podmienky pre vydanie meritórneho rozhodnutia v tejto veci. Čo sa týka splnenia procesných podmienok vo vzťahu k časti námietok týkajúcich sa podbodov (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3 „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Orava“ a „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Liptov“ (ďalej len „Zmluvy o službách“) a jeho doplnenia zo dňa 27. 1. 2022, úrad v plnom rozsahu odkazuje na právne posúdenie uvedené v bodoch 73. až 77. tohto rozhodnutia.

Námietky navrhovateľa

9. Navrhovateľ v úvode podaných námietok uvádza, že dňa 17. 1. 2022 prostredníctvom IS JOSEPHINE doručil kontrolovanému žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len „žiadosť o nápravu“), ktorú kontrolovaný vybavil dňa 24. 1. 2022, a to tak, že niektoré požiadavky navrhovateľa zamietol, niektorým čiastočne vyhovel a niektorým úplne vyhovel.
10. Navrhovateľ má za to, že vybavením žiadosti o nápravu nedošlo k odstráneniu protiprávneho stavu v plnom rozsahu a preto považuje súťažné podklady za rozporné s princípmi verejného obstarávania.
11. Navrhovateľ poukazuje na bod 6.4.3 Zmlúv o službách, v ktorom bolo v čase podania žiadosti o nápravu uvedené, cit.: *„Objednávateľ bude vykonávať štvrťročnú kontrolu skutočných nákladov, ktoré Dopravca uviedol v aktualizovanej Prílohe č. 12 Zmluvy podľa bodu 6.4.1 (i) a to v rozsahu či deklarované skutočné náklady zodpovedajú tomu, čo má Dopravca evidované v účtovníctve a tiež, či skutočné náklady boli dôvodne a opodstatnene vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase. Takéto náklady je Objednávateľ oprávnený neuznať. Okrem toho, je Objednávateľ oprávnený neuznať Dopravcovi:*
 - (i) *pri ročnom zúčtovaní skutočné náklady v časti nákladov na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady (platí pre každú kategóriu jednotlivo), ktoré prekročili príslušnú časť ceny na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady, ktoré Dopravca uviedol vo svojej Ponuke po valorizácii v príslušnom kalendárnom roku podľa bodov 6.3.4 až 6.3.8 (CSPOLUX) a po zohľadnení zmeny počtu skutočne ubehnutých kilometrov oproti východiskovému počtu kilometrov (KM_{CPX}/KM_{VPOX});*
 - (ii) *pri štvrťročných kontrolách skutočné Iné náklady (položka 2.4.8. v Prílohe č. 12), ktoré prekročili 10% zo skutočných Prevádzkových nákladov (položka 2.0.0. v Prílohe č. 12) bez Operatívneho lízingu (položka 2.4.1. v Prílohe č. 12), Nákladov na zmluvných vodičov (položka 2.4.6. v Prílohe č. 12) a Nákladov na zmluvných pracovníkov (2.4.7. v Prílohe č. 12);*

(iii) *pri štvrtročných kontrolách skutočné Osobné náklady na ostatných zamestnancov (položka 3.2.0. v Prílohe č. 12), ktoré prekročili 15% zo skutočných Osobných nákladov (položka 3.0.0. v Prílohe č. 12). “.*

12. Navrhovateľ uvádza, že aj napriek skutočnosti, že v rámci žiadosti o nápravu žiadal vypustiť bod 6.4.3 Zmlúv o službách, pričom kontrolovaný predmetnú požiadavku navrhovateľa zamietol, t. j. predmetný bod Zmlúv o službách ponechal, dňa 27. 1. 2022 kontrolovaný doplnil predmetný bod Zmlúv o službách o ďalší odsek v znení, cit.: *„V prípade, ak dôjde k prekročeniu niektorého z vyššie uvedených limitov, Objednávateľ skutočné a preukázané náklady evidované v účtovníctve prekračujúce limit uzná, pokiaľ Dopravca prekročenie limitu odôvodní objektívnymi skutočnosťami, ktoré nezáviseli na vôli Dopravcu a zároveň neakceptovanie takého zdôvodnenia by bolo zjavne v rozpore s poctivým obchodným stykom. Pokiaľ by k prekročeniu limitu došlo z dôvodov, ktoré sú trvalého charakteru, zmluvné strany sa dohodnú na zvýšení limitu formou dodatku k Zmluve. “.*
13. Navrhovateľ pravidlá uznávania skutočných nákladov dopravcu podľa bodu 6.4.3 Zmlúv o službách považuje za neprimeraný zásah do autonómneho postavenia uchádzačov pri vypracovaní cenovej ponuky.
14. Navrhovateľ s poukazom na bod 24. súťažných podkladov, podľa ktorého je jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk najnižšia ročná cena za poskytnutie služby konštatuje, že pre kontrolovaného pri výbere obchodného partnera je podstatná len celková ročná cena za poskytnutie dopravných služieb, preto navrhovateľovi nie je zrejmé, prečo vstupuje do cenotvorby uchádzačov.
15. Navrhovateľ uvádza, že ustanovenie bodu 6.4.3 Zmlúv o službách neslúži len pre následnú kontrolu skutočne vynaložených nákladov dopravcu, ale vstupuje do cenotvorby ponúk, nakoľko kontrolovaný si vyhradzuje právo neuznat' skutočne vynaložené náklady, ktoré prekračujú limity definované v bode 6.4.3 Zmlúv o službách.
16. Navrhovateľ v kontexte uvedeného uvádza, že uchádzači musia pri príprave ponúk zohľadniť, či náklady, s ktorými rátajú spĺňajú všeobecný limit podľa prvého odseku bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, t. j. dôvodnosť o opodstatnenosť nákladov s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase a konkrétne limity podľa podbodov (i), (ii) a (iii) predmetného bodu Zmlúv o službách.
17. Navrhovateľ k úprave bodu 6.4.3 Zmlúv o službách zo dňa 27. 1. 2022 (bod 48. tohto rozhodnutia) uvádza, že aj keď kontrolovaný cit.: *„zúžil dôvody neuznania nákladov (vylúčil z neuznávania nákladov tie, ktoré sú založené na objektívnych skutočnostiach), z hľadiska tvorby cenovej ponuky, ktorá nie je závislá od objektívnych faktorov, ale prevažne subjektívnych hľadísk uchádzačov, ustanovením bodu 6.4.3 návrhu zmlúv o službách vo verejnom záujme naďalej kontrolovaný neprimerane vstupuje do autonómneho postavenia uchádzačov. “.*
18. Navrhovateľ uvádza, že náklady vstupujúce do ceny za dopravný výkon sú rozčlenené do rôznych zložiek, napr. osobné náklady, náklady na obstaranie vozidlového parku, náklady na poradenské služby, náklady na informačné systémy a pod., pričom každý uchádzač má svoju vlastnú cenovú politiku, ktorá sa odvíja od ďalších oblastí, napr. od mzdovej politiky.
19. Navrhovateľ k mzdovej politike uchádzačov uvádza, že nevzniká *ad hoc*, ale každý uchádzač musí dodržiavať pracovnú legislatívu, ktorá sa riadi princípom zákazu diskriminácie,

to znamená, že ak cit.: „dopravca poskytuje aj iné dopravné služby, ako tie, ktoré majú byť predmetom zákazky zadávanej touto verejnou súčasťou (čo je viac ako pravdepodobné), musí garantovať zamestnancom, ktorí sa budú podieľať na plnení zmlúv o službách vo verejnom záujme, rovnaké platové podmienky ako zamestnancom, ktorí sa podieľajú na výkone iných avšak porovnateľných dopravných služieb“.

20. Navrhovateľ ďalej uvádza, že významnými nákladmi ceny za dopravný výkon sú aj náklady na obstaranie vozidlového parku, pričom podľa navrhovateľa každý uchádzač počíta s inými nákladmi na jeho obstaranie, nakoľko tieto náklady sú závislé od značky a typu autobusu, ako aj obdobia ich nákupu, preto nie je vylúčené, že jeden dopravca je schopný obstarat' rovnaký vozidlový park ako iný dopravca v rovnakom čase za inú cenu.
21. Navrhovateľ na základe uvedeného má za to, že cit.: „Ak sa dopravca autonómne rozhodne počítať pri vypracovaní cenovej ponuky s nákladmi, ktoré môžu byť vyššie ako náklady obvyklé v danom mieste a čase, vyššie ako 10 % Iných nákladov alebo vyššie ako 15 % Osobných nákladov na ostatných zamestnancov, je to subjektívnym rozhodnutím dopravcu (nie objektívnym dôvodom), ktoré v kontexte kontrolovaným stanoveného kritéria na vyhodnotenie ponúk bude mať za následok menšie šance na úspech vo verejnej súťaži.“.
22. Navrhovateľ konštatuje, že vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný nestanovil žiadne subkritéria na vyhodnotenie ponúk previazané s posudzovaním dôvodnosti nákladov v kontexte bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, je predmetný bod zmlúv o službách neproporcionálny kritériu na vyhodnotenie ponúk. Navrhovateľ má za to, že cenová politika by mala zostať v dispozičnej sfére uchádzačov.
23. Navrhovateľ k pravidlu neuznať náklady, ktoré nie sú dôvodné a opodstatnené s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase uvádza, že ide o pravidlo, ktorému by bolo možné porozumieť, ak by zákazka bola zadávaná priamym zadaním, pričom by sa aplikoval mechanizmus posudzovania čistého ekonomického vplyvu v súlade s článkom 6 ods. 1 posledná veta nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 z 23. októbra 2007 o službách vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave, ktorým sa zrušujú nariadenia Rady (EHS) č. 1191/69 a (EHS) č. 1107/70 (ďalej len „nariadenie“). Navrhovateľ však poukazuje, že verejná súťaž sa zadáva prostredníctvom pravidiel verejného obstarávania, a teda v medziach článku 5 ods. 1 nariadenia. Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že cit.: „Kontrolovaný neprimerane kombinuje koncept mechanizmu úhrad v prípade priamo zadáných zmlúv s konceptom mechanizmu úhrad v prípade súťažených zmlúv, a pravdepodobne v dôsledku takejto kombinácie sa dostáva do porušenia pravidiel verejného obstarávania, ktoré si ani sám neuvedomuje. Pri súťaženej zmluve dopravca odhaduje s primeranou mierou predikcie náklady počas celého trvania zmluvy, a preberá na seba do určitej miery podnikateľské riziko udržiavateľnosti týchto nákladov. Pri priamo zadanej zmluve však dopravca neodhaduje náklady, a je teda logické, že pri takomto type zmluvy je opodstatnené posudzovanie obvyklosti nákladov v danom mieste a čase.“.
24. Navrhovateľ ďalej uvádza, že bod 6.4.3 Zmlúv o službách je v rozpore aj s princípom nediskriminácie, nakoľko odrádza, prípadne vylučuje z účasti vo verejnej súťaži tých dopravcov, ktorí nie sú schopní s ohľadom na vlastnú cenovú politiku kalkulovať cenovú ponuku v intenciách predstáv kontrolovaného, a to napriek tomu, že by mohli byť úspešní, pretože majú nižšie náklady v iných zložkách ceny.

25. Navrhovateľ uvádza, že ani on, ktorý dlhodobo zabezpečuje dopravnú obsluhu v dotknutých regiónoch, nie je schopný predložiť cenovú ponuku, ktorá by reflektovala limit súvisiaci s osobnými nákladmi ostatných zamestnancov podľa bodu 6.4.3 podbod (iii) zmlúv o službách, nakoľko osobné náklady na technicko-prevádzkových zamestnancov prevyšujú limit 15 % z celkového balíka osobných nákladov, pričom uvedený stav je v dôsledku jeho mzdovej politiky, ktorej cieľom je poskytnúť technicko-prevádzkovým zamestnancom adekvátne mzdové ohodnotenie.
26. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný pravidlá uznávania skutočne vynaložených nákladov stanovil na princípe práva a nie povinnosti. Podľa navrhovateľa, kontrolovaný môže predmetné právo využívať svojvoľne, t. j. jednému hospodárskemu subjektu, by v prípade úspechu mohol kontrolovaný uznať aj náklady prekračujúce stanovené limity, inému hospodárskemu subjektu by ich uznať nemusel. Nakoľko zmluvné ustanovenia nestanovujú transparentný spôsob uplatňovania práva uznať náklady prekračujúce limity, môže to viesť k rozdielnemu zaobchádzaniu s hospodárskymi subjektmi.
27. Navrhovateľ poukazuje na čl. 4 ods. 1 nariadenia, z ktorého cituje: „Zmluvy o službách vo verejnom záujme a všeobecné pravidlá:
- a) jasne vymedzia záväzky vyplývajúce zo služieb vo verejnom záujme, ktoré má poskytovateľ splniť, a dotknuté geografické územia;
 - b) vopred objektívnym a transparentným spôsobom stanovia:
 - i) parametre, na základe ktorých sa majú počítať prípadné platby úhrady, a
 - ii) povahu a rozsah prípadných výlučných poskytnutých práv spôsobom, ktorý zabráni nadmernej úhrade. (...)“.
- Na základe uvedeného má navrhovateľ za to, že chýbajúca transparentnosť uznávania skutočných nákladov dopravcu zasahuje aj do princípu objektívnosti a transparentnosti úhrad za výkon služieb vo verejnom záujme.
28. Navrhovateľ v kontexte uvedeného uvádza, že Zmluvy o službách nestanovujú transparentné a objektívne parametre výpočtu platby úhrady za výkon služby, nakoľko dopravca vopred nevie, kedy kontrolovaný skutočné náklady dopravcu uzná a kedy ich neuzná, ak prekročenie limitov definovaných v bode 6.4.3 Zmlúv o službách bude dôsledkom subjektívnych príčin dopravcu.
29. Navrhovateľ považuje bod 6.4.3 Zmlúv o službách, a to aj po úprave zo dňa 27. 1. 2022, za rozporný s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, *in concreto* princípom rovnakého zaobchádzania, princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípom transparentnosti a princípom proporcionality a tiež v rozpore s článkom 4 ods. 1 písm. b) bod i) nariadenia.
30. Navrhovateľ v petite námietok požaduje, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, konkrétne vypustiť ustanovenia bodu 6.4.3 zo Zmlúv o službách, alternatívne, zrušiť použitý postup zadávania zákazky podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Začiatok a priebeh konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

31. Podľa § 171 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní sa konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začína dňom doručenia námietok úradu. V zmysle

predmetného ustanovenia úrad konštatuje, že **konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa začalo dňa 3. 2. 2022.**

32. Podľa § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní je kontrolovaný povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu podľa § 24 tohto zákona v origináli do siedmich dní odo dňa doručenia námietok, ak ide o konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok; úrad neprihliada na písomné vyjadrenie k podaným námietkam a dôkazy doručené kontrolovaným po doručení kompletnej dokumentácie.
33. Podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa dorúčením kompletnej dokumentácie v origináli úradu, ak ide o elektronickú komunikáciu, rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie zriadením prístupu do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu v lehote podľa odseku 1. Súčasťou elektronickej podoby dokumentácie sú aj auditné záznamy o všetkých úkonoch vykonaných v použitom elektronickom prostriedku. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu.
34. Dňa 10. 2. 2022 bol úradu doručený list kontrolovaného zo dňa 9. 2. 2022 označený ako „Vyjadrenie k námietkam navrhovateľa XY“, ktorým kontrolovaný predložil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam v zmysle § 173 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Toho istého dňa kontrolovaný doručil úradu dokumentáciu k verejnej súťaži vyhotovenú v listinnej podobe. Prístup do elektronického prostriedku použitého na elektronickú komunikáciu vo verejnom obstarávaní, t. j. prístup do IS JOSEPHINE, bol úradu poskytnutý kontrolovaným už dňa 28. 12. 2021 v rámci konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 14687-6000/2021-OD¹ týkajúceho sa predmetnej verejnej súťaže, čo znamená, že úrad v predmetnom konaní disponuje prístupom k elektronickej podobe dokumentácie v súlade s postupom podľa § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa

35. Dňa 10. 2. 2022 bolo úradu doručené vyjadrenie kontrolovaného k podaným námietkam, v ktorom kontrolovaný na úvod uvádza, že námietky navrhovateľa idú nad rámec žiadosti o nápravu.
36. Podľa kontrolovaného z bodu 6.4.3 Zmlúv o službách vyplýva, že má právo, cit.: „*neuznať Dopravcovi vykázané skutočné náklady pokiaľ tieto:*
- (i) *nezodpovedajú tomu, čo má Dopravca evidované v účtovníctve,*
 - (ii) *neboli dôvodne a opodstatnene vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase,*
 - (iii) *pri ročnom zúčtovaní sa zistí, že náklady v časti nákladov na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady prekročili príslušnú časť ceny na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady, ktoré Dopravca uviedol vo svojej ponuke po valorizácii a zohľadnení zmeny v rozsahu služby oproti východiskovému rozsahu,*
 - (iv) *pri štvrťročných kontrolách sa zistí, že Iné náklady prekročili 10% zo skutočných Prevádzkových nákladov bez Operatívneho lízingu, Nákladov na zmluvných vodičov,*

¹ Pozn.: Výsledkom konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 14687-6000/2021-OD bolo vydanie rozhodnutia úradu zo dňa 27. 1. 2022, proti ktorému bolo podané odvolanie, o ktorom je na Rade úradu v čase vydania tohto rozhodnutia vedené konanie pod č. 4348-9000/2022.

Nákladov na zmluvných pracovníkov (rozumej Objednávateľ uzná náklady na réžiu len do výšky 10% z celkových Prevádzkových nákladov po odpočítaní nákladov na Operatívny lízing, Nákladov na zmluvných vodičov, Nákladov na zmluvných pracovníkov),

- (v) *pri štvrtročných kontrolách sa zistí, že Osobné náklady na ostatných zamestnancov prekročili 15% zo všetkých Osobných nákladov (rozumej Objednávateľ uzná osobné náklady na THP pracovníkov len do výšky 15% z celkových osobných nákladov). “.*

37. Kontrolovaný má za to, že navrhovateľ v žiadosti o nápravu namietať len právo objednávateľa neuznáť dopravcovi skutočné Iné náklady, ktoré prevýšia 10% z celkových Prevádzkových nákladov a skutočné Osobné náklady na ostatných zamestnancov, ktoré prevýšia 15% z celkových Osobných nákladov, avšak nenamietal právo objednávateľa neuznáť dopravcovi vykázané skutočné náklady, ktoré dopravca nemá evidované v účtovníctve, ani právo objednávateľa neuznáť dopravcovi náklady, ktoré neboli vynaložené dôvodne a opodstatnene aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase ani náklady, ktoré v časti nákladov na pohonné hmoty, mzdové náklady a ostatné náklady prekročili náklady, ktoré uviedol dopravca vo svojej ponuke.
38. Kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ síce v žiadosti o nápravu žiadal, aby kontrolovaný vypustil celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách, aj keď argumentácia sa týkala len časti predmetného bodu Zmlúv o službách, t. j. podbodov (ii) a (iii), v námietkach navrhovateľ rozšíril svoju argumentáciu aj na zvyšnú časť bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, t. j. na podbod (i) a na prvú a druhú vetu predmetného zmluvného ustanovenia. Na základe uvedeného má kontrolovaný za to, že úrad by mal konať a rozhodnúť o tej časti námietok, ktorá zodpovedá rozsahu žiadosti o nápravu.
39. Kontrolovaný ďalej uvádza, že zmluvné ustanovenie bodu 6.4.3 Zmlúv o službách nezasahuje do autonómneho postavenia navrhovateľa a nijakým spôsobom nebráni navrhovateľovi zahrnúť do ponuky náklady na ostatných zamestnancov alebo náklady na réžiu v takej výške, akú považuje za potrebnú, prípadne aj vyššie, ako sú na trhu obvyklé.
40. Kontrolovaný konštatuje, že cit.: „Zmluvná podmienka podľa bodu 6.4.3 znamená len to, že pokiaľ bude Dopravca vynakladať svoje náklady nedôvodne, v neprimeranej výške, alebo nad percentuálne limity pokiaľ ide o náklady na THP pracovníkov a režijné náklady, potom má Objednávateľ právo takéto náklady neuznáť.“. Kontrolovaný má za to, že predmetný bod Zmlúv o službách je rovnaký pre všetkých uchádzačov a je na každom uchádzačovi, či je to pre neho akceptovateľné alebo nie.
41. Kontrolovaný uvádza, že zmyslom bodu 6.4.3 Zmlúv o službách je, aby sa verejné zdroje nevynakladali, cit.: „
(i) na náklady Dopravcu, ktoré Dopravca len vykázal, ale nemá ich evidované v účtovníctve,
(ii) na náklady Dopravcu, ktoré s poskytnutou službou nesúvisia,
(iii) na náklady Dopravcu, ktoré boli vynaložené nehospodárne mimo obvyklých cien v mieste a čase,
(iv) tiež sa nebudú preplácať neúmerne režijné náklady Dopravcu ako aj neúmerne náklady na THP pracovníkov, či neúmerne odmeny manažmentu Dopravcu.“.
42. Kontrolovaný ďalej uvádza, že ak by bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách úplne odstránil, znamenalo by to, že nebude mať žiadnu kontrolu nad nákladmi dopravcu. Keďže dopravca nebude mať motiváciu limitovať náklady, tak kontrolovaný potrebuje prostredníctvom obmedzení a kontrol

ustanovených v Zmluvách o službách limitovať dopravcu, aby nevynakladali zbytočné náklady, nenakupovali v príliš vysokých cenách alebo nevynakladali náklady na niečo, čo nesúvisí s poskytovaním služby.

43. Kontrolovaný následne uvádza, že hoci nesúhlasí s námietkami navrhovateľa, rozhodol sa z bodu 6.4.3 Zmlúv o službách vynechať podbody (ii) a (iii), ako aj doplnenie predmetného bodu zo dňa 27. 1. 2022, pričom mu zostáva právo neuznáť náklady nezaúčtované, nedôvodné a neprimerane vysoké, ktoré pokryje aj tie prípady podbodov (ii) a (iii), ktoré vynechá, avšak nemôže vynechať celé zmluvné ustanovenie bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, nakoľko by to malo, cit.: „*fatálne následky na cenu služby a hospodárne vynakladanie verejných zdrojov*“.
44. Na základe uvedeného kontrolovaný požaduje, aby úrad konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa zastavil. V prípade, ak sa bude úrad námietkami zaoberať z meritórneho hľadiska, tak kontrolovaný požaduje, aby úrad námietky navrhovateľa zamietol.

Zistenia úradu

Z dokumentácie k verejnej súťaži, predloženej úradu na účely predmetného konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa, úrad zistil nasledovné, k meritu veci relevantné skutočnosti:

45. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 11. 12. 2020 pod značkou 2020/S 242-598170 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 262/2020 dňa 14. 12. 2020 pod značkou 44859 - MSS verejné obstarávanie na predmet zákazky s názvom „Obstaranie služieb prímestskej dopravy vo verejnom záujme pre ŽSK pre región Liptov a Orava“, zadávanej postupom verejnej súťaže v zmysle § 66 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetná zákazka sa v zmysle zverejneného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania delí na 2 časti: časť č. 1 s názvom „Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre región Liptov“ a časť č. 2, označenú názvom „Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre región Orava“. V závislosti od predmetu týchto častí zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty oboch častí zákazky v celkovej výške 203 523 985,00 EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. Kontrolovaný korigendom zverejneným vo Vestníku verejného obstarávania č. 50/2022 dňa 16. 2. 2022 pod značkou 14025 – IOX a v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 15. 2. 2022 pod značkou 2022/S 032-082908 upravil lehotu na predkladanie ponúk na deň 14. 3. 2022 10:00 hod. Predmetná **verejná súťaž sa v čase vydania tohto rozhodnutia nachádza vo fáze pred samotným predkladaním ponúk.** Zo zoznamu záujemcov evidovaného v systéme JOSEPHINE vyplýva, že o účasť vo verejnej súťaži má záujem 22 hospodárskych subjektov v postavení záujemcov, a to aj vrátane navrhovateľa.
46. Podľa bodu 24. „Kritéria na vyhodnotenie ponúk“, podbodu 24.1. súťažných podkladov, cit.: „*Kritériom na vyhodnotenie ponúk v každej časti predmetu zákazky je najnižšia celková ročná cena za poskytnutie služby uvedená v EUR a aritmeticky zaokrúhlená na 4 desatinné miesta.*“.
47. V článku 6 „CENA SLUŽBY A ZÚČTOVANIE“, v bode 6.4.3 Zmlúv o službách bolo v čase podania žiadosti o nápravu uvedené, cit.: „*Objednávateľ bude vykonávať štvrťročnú kontrolu skutočných nákladov, ktoré Dopravca uviedol v aktualizovanej Prílohe č. 12 Zmluvy podľa bodu 6.4.1 (i) a to v rozsahu či deklarované skutočné náklady zodpovedajú tomu, čo má Dopravca evidované v účtovníctve a tiež, či skutočné náklady boli dôvodne a opodstatnené*

vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase. Takéto náklady je Objednávateľ oprávnený neuznáť. Okrem toho, je Objednávateľ oprávnený neuznáť Dopravcovi:

- (i) pri ročnom zúčtovaní skutočné náklady v časti nákladov na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady (platí pre každú kategóriu jednotlivo), ktoré prekročili príslušnú časť ceny na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady, ktoré Dopravca uviedol vo svojej Ponuke po valorizácii v príslušnom kalendárnom roku podľa bodov 6.3.4 až 6.3.8 (CSPOLUX) a po zohľadnení zmeny počtu skutočne ubehnutých kilometrov oproti východiskovému počtu kilometrov (KMCPX/KMVP0X).;
- (ii) pri štvrtročných kontrolách skutočné Iné náklady (položka 2.4.8. v Prílohe č. 12), ktoré prekročili 10% zo skutočných Prevádzkových nákladov (položka 2.0.0. v Prílohe č. 12) bez Operatívneho lízingu (položka 2.4.1. v Prílohe č. 12), Nákladov na zmluvných vodičov (položka 2.4.6. v Prílohe č. 12) a Nákladov na zmluvných pracovníkov (2.4.7. v Prílohe č. 12);
- (iii) pri štvrtročných kontrolách skutočné Osobné náklady na ostatných zamestnancov (položka 3.2.0. v Prílohe č. 12), ktoré prekročili 15% zo skutočných Osobných nákladov (položka 3.0.0. v Prílohe č. 12).“.

48. Kontrolovaný dňa 27. 1. 2022 zverejnil prostredníctvom IS JOSEPHINE upravené Zmluvy o službách, v ktorých v bode 6.4.3 doplnil ustanovenie, cit.: „V prípade, ak dôjde k prekročeniu niektorého z vyššie uvedených limitov, Objednávateľ skutočné a preukázané náklady evidované v účtovníctve prekračujúce limit uzná, pokiaľ Dopravca prekročenie limitu odôvodní objektívnymi skutočnosťami, ktoré nezáviseli na vôli Dopravcu a zároveň neakceptovanie takého zdôvodnenia by bolo zjavne v rozpore s poctivým obchodným stykom. Pokiaľ by k prekročeniu limitu došlo z dôvodov, ktoré sú trvalého charakteru, zmluvné strany sa dohodnú na zvýšení limitu formou dodatku k Zmluve.“.

49. Navrhovateľ dňa 17. 1. 2022 doručil kontrolovanému prostredníctvom IS JOSEPHINE dokument z toho istého dňa označený ako „Žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v iných dokumentoch potrebných na vypracovanie ponuky“ (ďalej len „žiadosť o nápravu“). Navrhovateľ v žiadosti o nápravu namietal päť skutočností, a to „Ad 1) Termín začatia poskytovania služieb“, „Ad 2) Lehotu viazanosti ponúk“, „Ad 3) Zásah do autonómneho postavenia uchádzačov pri manažovaní nákladov“, „Ad 4) Zmenu všeobecne záväzných predpisov“ a „Ad 5) Vykazovanie výnosov z predaja iného majetku ako vozidiel“. Navrhovateľ v rámci Ad 1) od kontrolovaného požadoval, cit: „Žiadame o odstránenie rozporu medzi informáciami uvedenými v korigende 49968-IOX a aktuálnym znením zmluvy o službách vo verejnom záujme (zverejnených dňa 21.12.2021) a transparentné určenie, od akého termínu požadujete plnenie služieb, ktoré sú predmetom zmlúv o službách vo verejnom zdujme.“. Navrhovateľ v rámci Ad 2) od kontrolovaného požadoval, cit: „Žiadame o odstránenie rozporu medzi informáciami uvedením v korigende 56721-IOX a informáciami uvedenými v prehľade zákazky systému JOSEPHINE a transparentné určenie, do akého termínu požadujete viazať ponuky.“. Navrhovateľ v rámci Ad 3) od kontrolovaného požadoval, cit: „Žiadame o vypustenie článku 6 bod 6.4.3 zo zmlúv o službách vo verejnom zdujme.“. Navrhovateľ v rámci Ad 4) od kontrolovaného požadoval, cit: „Žiadame o nasledovnú úpravu článku 6 bod 6.3.8 zmlúv o službách vo verejnom záujme: (...)“. Navrhovateľ v rámci Ad 5) od kontrolovaného požadoval, cit: „Žiadame o transparentné vymedzenie pojmu „výnosy z predaja ostatného majetku používaného na poskytovanie služby“ tak, aby sa (i) dalo bez pochybnosti určiť akým spôsobom sa majú vykazovať výnosy z predaja ostatného majetku, ktoré nie je možné vykazovať v kontexte výlučne časového hľadiska, a zároveň (ii) určiť rozsah pojmu

„výnosy z predaja ostatného majetku používaného na poskytovanie služby“ tak, aby sa doň nedal subsumovať nehnuteľný majetok.“.

50. Kontrolovaný žiadosť o nápravu vybavil dňa 24. 1. 2022 doručením dokumentu navrhovateľovi z toho istého dňa s názvom „Oznámenie o výsledku vybavenia časti doručenej žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní spolu s oznámením o zamietnutí časti doručenej žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní“ (ďalej len „vybavenie žiadosti o nápravu“), v ktorom kontrolovaný okrem iného uviedol, cit.: „(...) Po preskúmaní žiadosti o nápravu žiadateľa rozhodol verejný obstarávateľ tak, že žiadosti o nápravu v častiach Ad1), Ad2), Ad4) a Ad5) vyhovuje a v časti Ad3) zamietla. (...)“.
51. Kontrolovaný dňa 13. 2. 2022 zverejnil prostredníctvom IS JOSEPHINE ďalšiu úpravu Zmluvy o službách, po ktorej v bode 6.4.3 bolo uvedené, cit.: „Objednávateľ bude vykonávať štvrtročnú kontrolu skutočných nákladov, ktoré Dopravca uviedol v aktualizovanej Prílohe č. 12 Zmluvy podľa bodu 6.4.1 (i) a to v rozsahu či deklarované skutočné náklady zodpovedajú tomu, čo má Dopravca evidované v účtovníctve a tiež, či skutočné náklady boli dôvodne a opodstatnene vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase. Takéto náklady je Objednávateľ oprávnený neuznať. Okrem toho, je Objednávateľ oprávnený neuznať Dopravcovi pri ročnom zúčtovaní skutočné náklady v časti nákladov na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady (platí pre každú kategóriu jednotlivo), ktoré prekročili príslušnú časť ceny na PHM, Mzdové náklady a Ostatné náklady, ktoré Dopravca uviedol vo svojej Ponuke po valorizácii v príslušnom kalendárnom roku podľa bodov 6.3.4 až 6.3.8 (CSPOLUX) a po zohľadnení zmeny počtu skutočne ubehnutých kilometrov oproti východiskovému počtu kilometrov (KM_{CPX}/KM_{VP0X}).“.
52. Kontrolovaný dňa 22. 2. 2022 zverejnil prostredníctvom IS JOSEPHINE ďalšiu úpravu Zmluvy o službách, po ktorej v bode 6.4.3 je aktuálne uvedené, cit.: „Objednávateľ bude vykonávať štvrtročnú kontrolu skutočných nákladov, ktoré Dopravca uviedol v aktualizovanej Prílohe č. 12 Zmluvy podľa bodu 6.4.1 (i) a to v rozsahu či deklarované skutočné náklady zodpovedajú tomu, čo má Dopravca evidované v účtovníctve a tiež, či skutočné náklady boli dôvodne a opodstatnene vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase. Takéto náklady je Objednávateľ oprávnený neuznať.“.

Právny rámec

53. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
54. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
55. Podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcí a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

56. Podľa § 42 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady sú písomné, grafické alebo iné podklady obsahujúce podrobné vymedzenie predmetu zákazky. V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ a obstarávateľ uvedú všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Opis predmetu zákazky môže odkazovať aj na osobitný postup alebo metódu výroby alebo poskytovania požadovaných tovarov, stavebných prác alebo služieb, ako aj na osobitný postup inej fázy ich životného cyklu, a to aj vtedy, ak tieto faktory netvoria súčasť ich hmotnej podstaty, musia však súvisieť s predmetom zákazky a byť primerané jej hodnote a cieľom. Predmet zákazky musí verejný obstarávateľ a obstarávateľ opísať jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek podľa prílohy č. 3. Technické požiadavky musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená hospodárska súťaž.
57. Podľa § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vyhodnocujú ponuky na základe objektívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré súvisia s predmetom zákazky, s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Verejným obstarávateľom a obstarávateľom určené kritériá musia byť nediskriminačné a musia podporovať hospodársku súťaž.
58. Podľa § 170 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému. Táto povinnosť sa nevzťahuje na podanie námietok podľa odseku 3 písm. c) až g) a na podanie námietok orgánom štátnej správy podľa odseku 1 písm. e).
59. Podľa § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní námietky doručené úradu a kontrolovanému musia obsahovať označenie skutočností, proti ktorým námietky podľa odseku 3 smerujú, pričom ak podaniu námietok musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu, námietky nemôžu ísť nad rámec obsahu žiadosti o nápravu.

Právne posúdenie úradu

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu navrhovateľom namietaných skutočností a po zhodnutí všetkých relevantných podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného a v neposlednom rade samotných námietok navrhovateľa, konštatuje nasledovné:

60. Úrad na úvod právneho posúdenia považuje za potrebné uviesť, že predmetom námietok doručených úradu sú zmluvné ustanovenia bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, ktoré upravujú právo kontrolovaného (objednávateľa dopravných služieb) neuznať v rámci výkonu štvrtročnej kontroly skutočných nákladov náklady dopravcu, ktoré neboli dôvodne a opodstatnene vynaložené aj s prihliadnutím na obvyklosť cien v danom mieste a čase a zároveň neuznať náklady, ktoré presahujú stanovené limity (bod 47. tohto rozhodnutia). Navrhovateľ predmetné ustanovenia považuje za neprimeraný zásah do autonómneho postavenia uchádzačov pri vypracovaní cenovej ponuky, na základe čoho požaduje odstrániť celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách. Kontrolovaný považuje predmetné zmluvné ustanovenie za spôsob ochrany pred tým, aby sa verejné zdroje nevynakladali na náklady, ktoré dopravca nemá evidované, nesúvisia s poskytovaním dopravných služieb a boli vynaložené nehospodárne a na neúmerne režijné náklady, náklady na ostatných pracovníkov, či neúmerne odmeny manažmentu dopravcu.

61. Úrad na základe svojej konštantnej rozhodovacej praxe² uvádza, že **definovanie predmetu zákazky je plne v kompetencii verejného obstarávateľa, a to v závislosti od jeho individuálnych potrieb, ale zároveň pri dodržaní princípov verejného obstarávania zakotvených v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.** Verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ je tým subjektom, ktorý najlepšie pozná svoje potreby a na základe toho určuje predmet zákazky (to, čo ide obstaráť), a to na základe svojich požiadaviek a potrieb tak, aby výsledok verejného obstarávania čo najlepšie zodpovedal jeho potrebám, pričom je povinný postupovať v zmysle ustanovenia § 42 zákona o verejnom obstarávaní. Kvalitne vypracované súťažné podklady sú základnou podmienkou na vypracovanie kvalitnej ponuky a následne pre uzavretie obojstranne vyváženej zmluvy. Úrad ďalej uvádza, že požiadavky stanovené v rámci súťažných podkladov by mali byť vypracované tak, aby bolo umožnené predložiť rôznorodé ponuky (so zachovaním stanovených základných technických a funkčných požiadaviek) čo možno najširšiemu okruhu uchádzačov z dôvodu zabezpečenia riadnej a čestnej hospodárskej súťaže a s cieľom získania ekonomicky najvýhodnejšej ponuky v prospech kontrolovaného.
62. Úrad v súvislosti s uvedenými namietanými ustanoveniami Zmluvy o službách dáva do pozornosti **výkladové stanovisko úradu č. 3/2016**, podľa ktorého úrad pri výkone svojej činnosti neskúma súlad zmluvných podmienok s obchodnoprávnymi, občianskoprávnymi alebo inými verejnoprávnymi predpismi. Preskúmvacia právomoc úradu sa v tomto prípade obmedzuje na skúmanie súladu zmluvných podmienok so zákonom o verejnom obstarávaní, najmä s jeho princípmi, a to z pohľadu, či **verejný obstarávateľ nastavil zmluvné podmienky pre všetkých záujemcov v súlade s princípom transparentnosti, nediskriminácie a princípom rovnakého zaobchádzania.**
63. Úrad ďalej v tejto súvislosti tiež poukazuje na to, že navrhovateľ je v postavení podnikateľa podľa Obchodného zákonníka, s čím súvisí aj jeho povinnosť znášať podnikateľské riziko. Jedným zo základných cieľov verejného obstarávania je vytvárať rovnaké príležitosti pre podnikateľov a podporovať súťaž, ktorá je spravodlivá, čím sa následne vytvára predpoklad pre zdravé konkurenčné prostredie a dosiahnutie najlepšej hodnoty za vynaložené prostriedky. Snahou verejného obstarávateľa by tak malo byť, aby mu v súťaži bolo doručených čo najviac relevantných ponúk. Preto **cieľom verejného obstarávania nie je vybrať dodávateľa, ktorý bude mať garantovaný zisk, ale účelom a cieľom verejného obstarávania je vybrať dodávateľa, ktorý je ochotný podstúpiť primerané riziko za účelom dosiahnutia zisku v zdravom konkurenčnom prostredí.**

K prvej a druhej vete bodu 6.4.3 Zmlúv o službách

64. Úrad k tejto časti námietok poukazuje na tvrdenie kontrolovaného (body 37. až 38. tohto rozhodnutia), podľa ktorého námietky navrhovateľa v tejto časti idú nad rámec žiadosti o nápravu, nakoľko navrhovateľ v rámci žiadosti o nápravu síce žiada vypustiť celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách, avšak argumentácia navrhovateľa smeruje len voči podbodom (ii) a (iii) predmetného bodu.
65. Úrad k vyššie uvedenému tvrdeniu kontrolovaného uvádza, že námietky navrhovateľa v tejto časti nemôže považovať za také, ktoré by s ohľadom na petit námietok boli nad rámec žiadosti o nápravu, nakoľko sa navrhovateľ žiadosťou o nápravu snažil docieľiť, aby kontrolovaný vypustil celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách, teda vrátane prvej a druhej vety, a ten istý cieľ, t.

² Pozri napr. rozhodnutie úradu č. 14243-6000/2020-OD zo dňa 2. 12. 2020, rozhodnutie č. 8155-6000/2019 zo dňa 19. 7. 2019 alebo rozhodnutie č. 10887-6000/2021-OD zo dňa 27. 10. 2021.

j. vypustenie celého bodu 6.4.3 zo Zmlúv o službách vrátane prvej a druhej vety, je aj predmetom podaných námietok. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že čo sa týka petitu námietok, nejde nad rámec žiadosti o nápravu.

66. Aj napriek uvedenému úrad po preskúmaní žiadosti o nápravu, a najmä časti jej odôvodnenia, uznáva tvrdenie kontrolovaného, že navrhovateľ v žiadosti o nápravu neuviedol žiadnu argumentáciu, prečo považuje zmluvné ustanovenia stanovené v prvej a druhej vete bodu 6.4.3 Zmlúv o službách za rozporné so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. v rozpore s princípmi verejného obstarávania. Úrad uvádza, že navrhovateľ sa v rámci žiadosti o nápravu týkajúcej sa bodu 6.4.3 Zmlúv o službách zameral výlučne na podbod (ii) a (iii) tohto bodu Zmlúv o službách, t. j. na právo kontrolovaného neuznať náklady v rámci položky „Iné náklady“, ktoré prekročili 10 % zo skutočných „Prevádzkových nákladov“ a neuznať náklady v rámci položky „Osobné náklady na ostatných zamestnancov“, ktoré prekročili 15 % zo skutočných „Osobných nákladov“. **Navrhovateľ sa aj napriek tomu, že v rámci žiadosti o nápravu požadoval vypustiť celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách, žiadnym spôsobom nevyjadril, resp. nerozporeval prvú a druhú vetu bodu 6.4.3 Zmlúv o službách.**
67. Úrad s poukazom na § 170 ods. 2 a § 170 ods. 5 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že v prípade ak ide o námietky, ktorým musí predchádzať doručenie žiadosti o nápravu kontrolovanému, námietky nemôžu ísť nad rámec obsahu žiadosti o nápravu. Úrad na základe uvedeného uvádza, že s ohľadom na skutočnosť, že žiadosť o nápravu neobsahovala žiadnu argumentáciu týkajúcu sa prvej a druhej vety bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, úrad nebude prihliadať na akúkoľvek argumentáciu uvedenú v námietkach týkajúcu sa zmluvných ustanovení uvedených v prvej a druhej vete bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, ale bude posudzovať predmetné zmluvné ustanovenia v rozsahu, ako ich navrhovateľ namietal v žiadosti o nápravu. **Úrad preto považuje argumentáciu, resp. tvrdenia navrhovateľa v tej časti námietok, ktorá sa týka zmluvných ustanovení uvedených v prvej a druhej vete bodu 6.4.3 Zmlúv o službách za takú, ktorá ide nad rámec žiadosti o nápravu.** Toto je materializáciou koncentračnej zásady v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, keďže na skutočnosti, ktoré neboli namietané v rámci žiadosti o nápravu (ak bolo podanie žiadosti o nápravu povinné) nemôže úrad prihliadať a zároveň zásady *sui generis* dvojinstančnosti konania o vybavenie žiadosti o nápravu a konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vo vzťahu k úkonom, ktoré musia byť podľa § 164 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní najprv preskúmané kontrolovaným v rámci konania o vybavenie žiadosti o nápravu.
68. Úrad ďalej k tejto časti námietok navrhovateľa uvádza, že **navrhovateľ v žiadosti o nápravu neuviedol prečo kontrolovaným stanovené zmluvné ustanovenia uvedené v bode 6.4.3 v prvej a druhej vete sú v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, resp. princípmi verejného obstarávania a ako bránia navrhovateľovi vo vypracovaní a predložení relevantnej ponuky.** Úrad má tiež za to, že navrhovateľ ani v námietkach (nad rámec žiadosti o nápravu) neuviedol žiadne konkrétnejšie argumenty ani dôkazy, ktorými by podporil svoje strohé tvrdenia o tom, prečo považuje, cit.: „(...) *pravidlá (ne)uznávania skutočných nákladov dopravcu, ktoré boli vynaložené na plnenie dopravných služieb podľa zmlúv o službách vo verejnom záujme (...) za neprimeraný zásah kontrolovaného do autonómneho postavenia uchádzačov pri vypracovaní cenovej ponuky (...) rozporný s princípmi verejného obstarávania. (...)*“. **Úrad v tejto súvislosti pripomína, že navrhovateľ je subjektom, ktorý má povinnosť náležite preukázať, t. j. niest' dôkazné bremeno svojich tvrdení a túto povinnosť nemôže v žiadnom prípade prenášať na úrad.**

Úrad v súlade s § 185 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní³ nemá povinnosť (a ani oprávnenie) domýšľať si či dopĺňať argumentáciu ani dôkazy v konaní, práve naopak, aplikuje princíp formálnej pravdy, ktorý toto bremeno kladie na účastníkov konania. V konaní sa teda vyhodnocujú len účastníkmi tvrdené skutočnosti a nimi predložené dôkazy a ich súlad s právnymi predpismi. Na dôvažok úrad zdôrazňuje, že **nie je v jeho kompetencii domýšľať si, čo navrhovateľ, resp. kontrolovaný svojimi vyjadreniami sleduje v prípade, že tieto sú zmätočné, nejasné alebo nejednoznačné.**

69. Úrad v rámci tejto časti námietok vo všeobecnosti uvádza, že kontrolovaný má právo a zároveň povinnosť zabezpečiť, aby finančné prostriedky z verejných zdrojov boli vynakladané hospodárne a efektívne, preto úrad považuje zmluvné ustanovenia, ktorými si kontrolovaný vyhradzuje právo neuznáť náklady, ktoré dopravca nemá evidované v účtovníctve, náklady, ktoré idú nad rámec toho, čo je potrebné pre poskytovanie dopravných služieb, či náklady, ktoré prevyšujú bežné ceny na danom mieste a čase, za plne legitímny nástroj na kontrolu hospodárneho a efektívneho vynakladania verejných zdrojov, ktorý nie je v rozpore s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ako ani inými ustanoveniami tohto zákona.
70. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že v kontexte námietok navrhovateľa **neidentifikoval** v konaní kontrolovaného, konkrétne v súvislosti so stanovením zmluvnej podmienky uvedenej v prvej a druhej vete bodu 6.4.3 Zmlúv o službách **rozpor s § 42 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad má tiež za to, že nedošlo zo strany kontrolovaného k obmedzeniu hospodárskej súťaže v oblasti predmetu zákazky, a teda k porušeniu § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.**
71. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa týkajúce sa **prvej a druhej vety bodu 6.4.3 „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Orava“ a „Zmluvy o službách prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme v dopravnom regióne Liptov“** považuje za **neopodstatnené.**
72. Podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa odseku 2, námietky zamietne.

K podbodom (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3 Zmlúv o službách a jeho doplneniu zo dňa 27. 1. 2022

73. Úrad uvádza, že navrhovateľ v tejto časti námietok namieta, zhodne s podanou žiadosťou o nápravu, zmluvné ustanovenia stanovené v podbodoch (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3 Zmluvy o službách a tiež úpravu predmetného bodu Zmlúv o službách, ktorú kontrolovaný vykonal dňa 27. 1. 2022 na základe žiadosti o nápravu. Ako už úrad uviedol, navrhovateľ požaduje vypustiť celý bod 6.4.3 zo Zmlúv o službách, tzn. že žiada vypustiť zo Zmlúv o službách aj podbody (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3.

³ Ustanovenie vylučuje aplikáciu § 32 ods. 1 Správneho poriadku, v zmysle ktorého je správny orgán povinný zistiť presne a úplne skutočný stav veci a za tým účelom si obstarat' potrebné podklady pre rozhodnutie, pritom nie je viazaný len návrhmi účastníkov konania.

74. Úrad k tejto skutočnosti poukazuje na vyjadrenie kontrolovaného, ktorý uviedol, cit.: „*Napriek tomu, že kontrolovaný považuje námietky navrhovateľa za nedôvodné, rozhodol sa pristúpiť k tomu, že vynechá z ustanovenia bodu 6.4.3 podbody (ii) a (iii) upravujúce limitáciu režijných nákladov a nákladov na mzdy ostatných zamestnancov.*“. V nadväznosti na citované vyjadrenie kontrolovaného, úrad poukazuje na znenie Zmlúv o službách zverejnených kontrolovaným dňa 13. 2. 2022 prostredníctvom IS JOSEPHINE, v ktorých už absentujú podbody (ii) a (iii) bodu 6.4.3 ako aj doplnenie bodu 6.4.3 zo dňa 27. 1. 2022 (pozri bod 51. tohto rozhodnutia).
75. Úrad zároveň poukazuje na úpravu bodu 6.4.3 Zmlúv o službách, ktorú kontrolovaný zverejnil dňa 22. 2. 2022, ktorou kontrolovaný zo znenia predmetného zmluvného bodu vypustil aj zmluvné ustanovenie, ktoré bolo pôvodne obsahom podbodu (i) (pozri bod 52. tohto rozhodnutia).
76. Podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní úrad **zastaví** rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, **ak odpadol dôvod konania**.
77. **Vzhľadom na skutočnosť, že kontrolovaný vykonal nápravu vo veci, ktorá je obsahom predmetnej časti námietok, pričom z dokumentácie k predmetnej verejnej súťaži je zrejmé, že kontrolovaný upravil Zmluvy o službách tak, že z nich odstránil podbody (i), (ii) a (iii) bodu 6.4.3 a aj jeho doplnenie zo dňa 27. 1. 2022, úrad má za to, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa nie je dôvodné konať.**
78. **Úrad vzhľadom na vyššie uvedené zastavuje konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní.**
79. Keďže úrad v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa týkajúcich sa prvej a druhej vety bodu 6.4.3 Zmlúv o službách nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by mohlo ovplyvniť výsledok predmetnej verejnej súťaže, bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia (výrok o zamietnutí námietok navrhovateľa týkajúcich sa prvej a druhej vety bodu 6.4.3 Zmlúv o službách).

Kaucia

80. Podľa § 172 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní je kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 4 príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35 % z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 4 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. d) tohto zákona. Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia.
81. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia, v rámci ktorého úrad vo vzťahu k podstatnej časti námietok navrhovateľa rozhodol o zastavení konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní, teda o zastavení konania z dôvodu, ktorý nezavinil navrhovateľ, úrad vráti navrhovateľovi zloženú kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie vo vzťahu k výroku rozhodnutia podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní:

Podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať odvolanie. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 174 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia.

Poučenie vo vzťahu k výroku rozhodnutia podľa § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní:

Proti tomuto rozhodnutiu môže podľa § 177 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok podať odvolanie. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie úradu právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia Rady úradu podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 tohto zákona vzdajú odvolania alebo vezmú svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

(elektronický podpis)

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručí:

1. **XY** – navrhovateľ
2. **Žilinský samosprávny kraj**, Komenského 48, 011 09 Žilina, IČO: 37808427 – kontrolovaný
3. **Ing. Mgr. Martina Palušková**, Tomášikova 12570/50A, 831 03 Bratislava – splnomocnenec kontrolovaného
4. **Mgr. Marcela Turčanová**, Československej armády 16, 040 01 Košice – splnomocnenec kontrolovaného