

Všetkým záujemcom

Bratislava, 21.01.2021

Vec:

Oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu a oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu

Bratislavský samosprávny kraj, so sídlom Sabinovská 16, 820 05 Bratislava (ďalej len „Verejný obstarávateľ“) uverejnil v Úradnom vestníku EÚ č. 2020/S 080-188794 zo dňa 23. 04. 2020 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 87/2020 zo dňa 24.04.2020 ozn. 15403 - MSS Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania (ďalej len „Oznámenie“) na predmet zákazky „**Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre Bratislavský kraj**“.

Dňa 13.01.2021 doručil Žiadateľ Verejnému obstarávateľovi žiadosť o nápravu podľa ustanovenia § 164 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako „ZVO“ alebo „Zákon“), ktorá neobsahovala náležitosti v zmysle § 164 ods. 2 Zákona, konkrétne neobsahovala podpis Žiadateľa alebo osoby oprávnenej konať za Žiadateľa v zmysle písm. f) tohto ustanovenia.

Dňa 14.01.2021 doručil Žiadateľ Verejnému obstarávateľovi úplnú žiadosť o nápravu obsahujúcu náležitosti v zmysle § 164 ods. 2 Zákona.

Verejný obstarávateľ v zmysle § 165 ods. 3 písm. a) Zákona zasiela Žiadateľovi a všetkým známym záujemcom písomné oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu s odôvodnením a uvedením spôsobu a lehoty na vykonanie nápravy a zároveň v zmysle § 165 ods. 3 písm. b) Zákona zasiela Žiadateľovi písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu s odôvodnením.

Odôvodnenie:

Dňa 14.01.2021 doručil Žiadateľ Verejnému obstarávateľovi úplnú žiadosť o nápravu podľa ustanovenia § 164 ods. 1 písm. b) ZVO. V časti Opis rozhodujúcich skutočností a označenie dôkazov Žiadateľ uviedol, že po podrobnom oboznámení sa so súťažnými podkladmi identifikoval, že podmienky a požiadavky obsiahnuté v súťažných podkladoch, sú podľa jeho názoru v rozpore s § 10 ods. 2 Zákona a vzhľadom na to podáva žiadosť o nápravu, ktorú rozdelil do 6 bodov, pričom v každom z týchto bodov uviedol návrh na vybavenie žiadosti o nápravu a v závere žiadosti o nápravu Žiadateľ uviedol, cit.: „**Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:** V nadväznosti na skutočnosti uvedené v časti Opis rozhodujúcich skutočností a označenie dôkazov tejto žiadosti o nápravu, dovoľujeme si Vás požiadať o vykonanie nápravy odstránením protiprávneho stavu, a to tak, že všetky vyššie uvedené požiadavky a podmienky zadávania zákazky upravíte, a to v nadväznosti na vyššie uvedené návrhy.“.

K bodu Ad 1) Dokumenty preukazujúce normovanú spotrebu vozidla

V žiadosti o nápravu v bode Ad 1) Žiadateľ uviedol, cit.: „Podľa časti Kritériá na hodnotenie ponúk a spôsob ich uplatnenia (Popis výpočtu Ceny Uchádzača za plnenie predmetu zákazky), vyžadujete v rámci ponuky predloženie relevantných dokumentov od výrobcu vozidla preukazujúcich normovanú spotrebu konkrétneho druhu vozidla.

Predmetná požiadavka súvisí s vyhodnotením položky PpPHMp (predpokladanej výšky priamych

nákladov na spotrebovanú naftu vo vzťahu k vozidlám, ktoré používa uchádzač v súvislosti s plním predmetu zákazky).

Predmetná požiadavka nereflektuje Vašu povinnosť ako verejného obstarávateľa administratívne nezaťažovať uchádzačov nad primeraný rámec.

S ohľadom na Vami zvolený postup v tomto verejnom obstarávaní, kde vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti a vyhodnocovanie požiadaviek na predmet zákazky bude uskutočnené až po prvotnom vyhodnotení ponúk na základe kritérií, považujeme predkladanie takéhoto rozsahu dokumentov zo strany všetkých uchádzačov za neprimerané.

Proces vyhodnotenia ponúk, vrátane vyhodnotenia požiadaviek na predmet zákazky musí byť zverený odborne spôsobilej komisii na vyhodnotenie ponúk, ktorú ste ako verejný obstarávateľ povinný zriadiť v medziach § 51 ZVO. Členovia komisie s právom vyhodnocovať ponuky s adekvátnou empiriou zodpovedajúcou vzdelaniu alebo praxi v oblasti predmetu zákazky musia vedieť vyhodnotiť s ohľadom na uchádzačom prezentovaný vozidlový park, aká je, resp. aká môže byť bežná spotreba pohonných látok. Zodpovednosť za vyhodnotenie tejto časti ponúk nemôže byť prenášaná z komisie na uchádzačov. Až v situácii, keď komisia s ohľadom na uchádzačom prezentovaný vozidlový park nie je spôsobilá vyhodnotiť jeho ponuku, a teda keď dochádza k situácii, kedy komisia identifikuje v ponuke uchádzača nezrovnalosti alebo nejasnosti, je povinná využiť inštitút vysvetlenia ponuky. Tento zákonný mechanizmus by sa mal aplikovať aj na situáciu, keď uchádzač uvedie v položke PpPHMp neprimerane nízku cenu. ZVO Vám ako verejnému obstarávateľovi, resp. Vami zriadenej komisii na vyhodnotenie ponúk umožňuje skúmať jednotlivé položky ceny.

Druhú rovinu neprimeranosti tejto podmienky formuje situácia na trhu. Podľa našej komunikácie s výrobcami bežne používaných vozidiel na účely prímestskej dopravy, výrobcovia v sprievodnej dokumentácii k nami uvažovanému typu vozidiel neuvádzajú normovanú spotrebu pohonných hmôt. Spotreba vozidiel je totiž závislá od podmienok, v ktorých sa vozidlo používa a pri prímestskej doprave môže výrazne kolísať. V tejto súvislosti je nutné prihliadať aj na to, že v technických preukazoch autobusov sa údaje o spotrebe paliva na rozdiel od osobných motorových vozidiel neuvádzajú.

S prihliadnutím na vyššie uvedené sme toho názoru, že Vaša požiadavka na predkladanie dokumentov od výrobcov vozidiel zamýšľaných na použitie v rámci plnenia predmetu zákazky nereflektuje Vami zvolený postup v tomto verejnom obstarávaní a podmienky na trhu výroby vozidiel.

Navrhujeme povinnosť predkladania relevantných dokumentov od výrobcu vozidla preukazujúcich normovanú spotrebu konkrétneho druhu vozidla vypustiť z požiadaviek v tomto verejnom obstarávaní.

Dovoľujeme si upozorniť, že vypustenie tejto povinnosti z požiadaviek vo verejnom obstarávaní pre Vás nepredstavuje žiadne riziko z hľadiska plnenia predmetu zákazky. Ak skutočná spotreba pohonných hmôt detegovaná GPS systémom bude vyššia oproti uchádzačom deklarovanej maximálnej spotrebe zodpovedajúcej jeho návrhu položky PpPHMp, uchádzač nebude mať podľa zmluvy nárok na uspokojenie v prevyšujúcom rozsahu.“.

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosť o nápravu v bode Ad 1) zamietá, a to z nasledovných dôvodov:

Verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch – v časti „Kritéria na hodnotenie ponúk a spôsob ich uplatnenia“ uviedol v bode 3 písm. a) nasledovné:

„3) Uchádzač ďalej za účelom výpočtu cenovej položky PpPHMp (predpokladaná výška priamych nákladov na spotrebovanú naftu, vo vzťahu k Vozidlám, ktoré používa Dopravca v súvislosti s plnením predmetu zákazky) **uvedie nasledovné údaje zaokrúhlené na 4 desatinné miesta:**

a) **normovanú spotrebu každého druhu Vozidla** vo formáte (množstvo litrov/100 km) – za účelom overenia správnosti zadanej hodnoty musí Uchádzač vo svojej Ponuke doložiť **relevantné dokumenty od výrobcu Vozidla preukazujúce normovanú spotrebu konkrétneho druhu Vozidla.** Ak uchádzač v rámci daného druhu Vozidla plánuje používať viac modelov/značiek Vozidiel s rozdielnymi normovaným spotrebami jednotlivých modelov/značiek Vozidiel, je povinný doložiť pre overenie správnosti výpočtu normovanej spotreby druhu Vozidla uviesť okrem relevantných dokumentov od výrobcu Vozidla preukazujúcich normovanú spotrebu konkrétneho Vozidla aj predpokladané počty jednotlivých modelov/značiek Vozidiel v rámci daného druhu Vozidla,“

Z vyššie citovaného je zrejmé, že Verejný obstarávateľ požaduje predloženie relevantných dokumentov, z ktorých bude zrejmá spotreba každého druhu vozidla. Takýmto dokumentom nemusí byť technický preukaz, nakoľko v danom prípade sa spotreba vozidiel na účely prímestskej dopravy v technických preukazoch neuvádza. Práve relevantným dokumentom môže byť certifikát SORT (Standardised On-Road Test), ktorý sa vydáva po skúške na základe stanovenej metodiky, pričom skúška spotreby sa nevykonáva v laboratórnych skúškach, ale reálne použitie vozidla na cestných komunikáciách. Vzhľadom na druh prímestskej dopravy je tak Verejným obstarávateľom akceptovateľná trieda SORT-3, ktorú výrobcovia vozidiel majú k dispozícii.

Predpokladané náklady na pohonné hmoty predstavujú významnú časť na predpokladanej hodnote zákazky (takmer 15 %). Je vylúčené, aby Verejný obstarávateľ toto kritérium v rámci vyhodnocovania ponúk vylúčil, resp. aby vylúčil povinnosť dokladovať uvádzané spotreby relevantným dokladom od výrobcu. Tak ako uvádza Žiadateľ, Verejný obstarávateľ je povinný zriadiť odbornú komisiu na vyhodnocovanie ponúk. Táto komisia však musí vyhodnocovať ponuky uchádzačov na základe objektívnych skutočností a relevantných podkladov. V rámci kritéria pohonných hmôt je preto kľúčové, aby boli ponuky uchádzačov hodnotené na základe oficiálnych údajov od výrobcov jednotlivých vozidiel, ktoré budú používané na plnenie predmetu zákazky.

Verejný obstarávateľ súčasne dodáva, že nie je pravdou, čo Žiadateľ uviedol vo vzťahu k nepreplácaniu spotreby PHM nad spotrebu uvedenú vo verejnom obstarávaní. Uvedenie spotreby PHM v rámci kritérií má dopad na vyhodnotenie verejného obstarávania. Zmluva, ktorá je súčasťou súťažných podkladov predpokladá len právo objednávateľa odstúpiť od Zmluvy v prípade uvedenom v článku III. ods. 3.3 písm. e) Zmluvy. Verejný obstarávateľ práve kvôli vyrovnaní zmluvného vzťahu na základe skutočných údajov z GPS modulov a modulov sledovania spotreby prepláca dopravcovi všetky náklady na spotrebované PHM, ktorých výpočet je bližšie uvedený v článku III. ods. 3.3 Zmluvy.

Na základe všetkých uvedených skutočností je potrebné žiadosť o nápravu Žiadateľa v tomto bode zamietnuť.

K bodu Ad 2) Plánovaná zmena organizácie prímestskej dopravy

V žiadosti o nápravu v bode Ad 2) Žiadateľ uviedol, cit.: „Z informácií z prostredia prevádzkovateľa Integrovaného dopravného systému v Bratislavskom kraji vyplýva, že existuje predpoklad, že počas trvania zmluvného vzťahu, ako výsledku tohto verejného obstarávania, dôjde k zmene organizácie prímestskej dopravy, a to tak, že niektoré spoje, ktoré aktuálne končia na autobusovej stanici v Bratislave v oblasti Mlynských nív, budú ukončené na okraji Bratislavy.

Takáto zmena organizácie prímestskej dopravy na území Bratislavy však má podstatný vplyv na cenu

dopravného výkonu, a to predovšetkým v súvislosti s nárastom prístavných/odstavných kilometrov, resp. v súvislosti s nárokmi na parkovanie, servis a údržbu vozidlového parku. Zmluvný vzťah takúto plánovanú zmenu organizácie prímestskej dopravy na území Bratislavy nereflektuje.

S prihladením na vyššie uvedené máme za to, že s ohľadom na princíp transparentnosti by náklady, ktoré vzniknú v súvislosti s plánovanou zmenou organizácie prímestskej dopravy na území Bratislavy mali byť uplatniteľné ako oprávnené naviac-náklady, a to podobne ako položka PpNN.

Navrhujeme do obchodných podmienok tohto verejného obstarávania doplniť osobitnú položku na princípe položky PpNN, ktorá bude reflektovať prípadnú zmenu organizácie prímestskej dopravy na území Bratislavy, resp. iný transparentný mechanizmus zaručujúci zodpovedajúce adekvátne zvýšenie ceny dopravného výkonu.“

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosť o nápravu v bode Ad 2) zamietla, a to z nasledovných dôvodov:

Verejný obstarávateľ v tejto súvislosti poukazuje na existujúce ustanovenie článku VII. ods. 7.4 Zmluvy, ktorá je súčasťou súťažných podkladov, v zmysle ktorého:

„7.4 Zmluvné strany sa dohodli, že Objednávateľ je oprávnený počas trvania tejto Zmluvy v súlade s touto Zmluvou jednostranne rozhodovať o Zmene rozsahu, a to:

a) ročné zvýšenie Rozsahu, najviac však o 10 % z celkového Rozsahu,

b) ročné zníženie Rozsahu, najviac však o 10 % z celkového Rozsahu.

Pre vylúčenie pochybností sa Strany dohodli, že aktuálny rozsah Záväzku verejnej služby v dôsledku jeho zmeny (zvýšenie alebo zníženie) v súlade s týmto odsekom bude v každom momente trvania Zmluvy predstavovať hodnotu spadajúcu do pásma od 90% do 110% Rozsahu uvedeného v ods. 7.1 tohto článku. Zmluvné strany prehlasujú, že pri Zmene rozsahu sa pre jednotlivé druhy Vozidiel využívané v zmysle Obehov, použijú Ponukové ceny pre dané druhy Vozidiel v zmysle prílohy č. 2 v ich aktuálnej výške v čase výpočtu Preukázanej straty za príslušné obdobia.“

Z vyššie citovaného ustanovenia Zmluvy vyplýva, že Verejný obstarávateľ je oprávnený sám zmeniť rozsah kilometrickej dĺžky, avšak vždy iba za podmienky, aby tento rozsah nebol menší ako 90 % z celkového rozsahu Záväzku verejnej služby uvedenej v ods. 7.1 Zmluvy. Verejný obstarávateľ sa pri vytváraní možností zníženia, prípadne zvýšenia počtu kilometrickej dĺžky zaoberal otázkou tohto rozsahu (+10 % a -10 % z rozsahu), pričom zohľadňoval prípadné budúce zmeny v prímestskej autobusovej doprave. S uvedenými hodnotami musí každý uchádzač počítať pri predkladaní svojej ponuky, na základe čoho nie je ďalej prípustná zmena, prípadne zmena dofinancovania poníženia kilometrickej dĺžky. Zároveň však Verejný obstarávateľ dodáva, že ak by malo dôjsť k vzniku situácie, kedy by sa mal prekročiť Zmluvou predpokladaný rozsah poskytovania služieb o viac ako $\pm 10\%$, muselo by dôjsť v súlade so Zákonom k zmene zmluvy, pričom na zmenu Zmluvy by bolo potrebné uzatvorenie dodatku k Zmluve, na čo sa vyžaduje súhlas obidvoch zmluvných strán. Je samozrejmé, že väčšia miera poníženia, s ktorou uchádzač pri predkladaní nepočítal a mohla by mať dopad na cenu dopravných služieb, by musela byť zohľadnená v prípadnom dodatku, ktorý by mohol byť uzatvorený iba v prípade, že by bol uzatvorený v súlade so Zákonom, pričom bez uzatvorenia dodatku v súlade so Zákonom by k vyššiemu poníženiu ako v súčasnosti zmluva predpokladá, nemohlo dôjsť.

Na základe všetkých uvedených skutočností je potrebné žiadosť o nápravu Žiadateľa v tomto bode zamietnuť.

K bodu Ad 3) Okolnosti vylučujúce zodpovednosť dopravcu

V žiadosti o nápravu v bode Ad 3) Žiadateľ uviedol, cit.: „V bode 6.8 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme ste v súvislosti so zmluvnou pokutou doplnili text, ktorý okliešťa Vaše právo na zmluvnú pokutu v prípade vzniku okolností vylučujúcich zodpovednosť dopravcu v súlade s § 374 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.

Obchodné právo vo všeobecnosti vylučuje zodpovednosť zmluvnej strany za porušenie povinností vyplývajúcich jej zo zmluvného vzťahu, a to za predpokladu, že existuje okolnosť vylučujúca zodpovednosť tejto zmluvnej strany (tzv. vyššia moc).

Obchodno-právny mechanizmus o vylúčení zodpovednosti dopravcu sa však vzťahuje na všetky povinnosti dopravcu, ktorých porušenie je podľa návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme dôvodom na vznik Vášho nároku na zmluvnú pokutu.

Vzhľadom k tomu, že doplnený text do bodu 6.8 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme explicitne vylučuje zodpovednosť dopravcu v prípade tzv. vyššej moci, avšak pri iných zmluvných pokutách naprieč celým návrhom zmluvy o službách vo verejnom záujme sa takýto text nenachádza, a to ani vo forme generálnej klauzuly, s ohľadom na princíp transparentnosti vnáša Vami doplnený text do bodu 6.8 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme problém pri interpretácii jednotlivých ustanovení návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme.

S prihliadnutím na vyššie uvedené máme za to, že s ohľadom na princíp transparentnosti by obchodné podmienky mali obsahovať generálnu klauzulu o tom, že prípady spadajúce do vyššej moci vylučujú zodpovednosť dopravcu za porušenie jeho povinností, a teda aj akýkoľvek Váš nárok na zmluvnú pokutu.

Navrhujeme do obchodných podmienok tohto verejného obstarávania doplniť generálnu klauzulu o vylúčení zodpovednosti dopravcu za porušenie jeho povinností v prípade vyššej moci, a teda aj vylúčení s tým súvisiaceho akéhokoľvek Vášho nároku na zmluvnú pokutu.“

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosti o nápravu v bode Ad 3) vyhovuje a mení ustanovenie článku VI. ods. 6.8 a doplnení generálnu klauzulu o vylúčení zodpovednosti, čím sa odstráni rozpor s výkladom jednotlivých ustanovení Zmluvy, ktorá je súčasťou súťažných podkladov.

Verejný obstarávateľ vzhľadom na uvedené **pôvodné znenie ustanovenia článku VI ods. 6.8:**

„6.8 V prípade, že Dopravca v deň Začatia prevádzky nezačne plniť Závazok verejnej služby podľa tejto Zmluvy v rozsahu aspoň 95% z počtu Spojov je povinný uhradiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každý aj začatý deň. V prípade ak v priebehu platnosti tejto zmluvy v podstatnej miere pozastaví Dopravca plnenie Závazku verejnej služby podľa tejto Zmluvy po dobu dlhšiu ako 48 hodín, je povinný uhradiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každý aj začatý deň. Podstatnou mierou sa rozumie pozastavenie plnenia Závazku verejnej služby podľa tejto Zmluvy v rozsahu viac ako 25 % z počtu Spojov, ktoré mali byť v danom období vypravené. Uplatnením takto stanovenej pokuty nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu škody, a to aj v rozsahu presahujúcej zmluvnú pokutu ako aj uplatnenia práva Objednávateľa na okamžité odstúpenie od zmluvy. Dopravca nie je povinný uhradiť zmluvnú pokutu podľa tohto odseku v prípade, keď v lehote dvoch dní odo dňa, v ktorom porušenie povinností predvídané týmto odsekom nastalo, Objednávateľovi preukáže, že takéto porušenie povinností bolo spôsobené okolnosťami vylučujúcimi zodpovednosť v zmysle ustanovenia § 374 Obchodného zákonníka. Za porušenie zmluvných povinností Dopravcu sa nepovažuje také porušenie Zmluvy, ktoré nastalo v dôsledku štrajku, akýchkoľvek živelných katastrof (najmä povodní, požiaru, víchrice), pandémie, epidémie, v dôsledku

dopravných obmedzení v prípade ak tie zamedzujú alebo vylučujú plnenie povinností Dopravcu; ďalej v dôsledku prijatia všeobecne záväzných predpisov zo strany príslušných štátnych orgánov SR alebo štátnych orgánov iného štátu, ktorými bude Dopravcovi zakázané alebo obmedzené plnenie jeho zmluvných a zákonných povinností (ide najmä o vyhlásenie mimoriadnej situácie, vyhlásenie núdzového stavu, zatvorenie štátnych hraníc, prijatie karanténnych opatrení) alebo tiež v dôsledku iných skutočností, resp. okolností, vylučujúcich zodpovednosť Dopravcu v zmysle ustanovení § 374 Obchodného zákonníka. Za okolností vylučujúce zodpovednosť sa však v žiadnom prípade nepovažuje nezákonný štrajk zamestnancov Dopravcu ani štrajk, ktorý je v súlade so zákonom, ale ktorého začatie Dopravca neoznámil Objednávateľovi najneskôr 48 hodín vopred, a to vrátane určenia Spojov, ktoré nebudú Dopravcom počas konania štrajku zabezpečené.“.

mení na nové znenie:

„6.8 V prípade, že Dopravca v deň Začatia prevádzky nezačne plniť Závazok verejnej služby podľa tejto Zmluvy v rozsahu aspoň 95 % z počtu Spojov je povinný uhradiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každý aj začatý deň. V prípade ak v priebehu platnosti tejto zmluvy v podstatnej miere pozastaví Dopravca plnenie Závazku verejnej služby podľa tejto Zmluvy po dobu dlhšiu ako 48 hodín, je povinný uhradiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č. 4 za každý aj začatý deň. Podstatnou mierou sa rozumie pozastavenie plnenia Závazku verejnej služby podľa tejto Zmluvy v rozsahu viac ako 25 % z počtu Spojov, ktoré mali byť v danom období vypravené. Uplatnením takto stanovenej pokuty nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu škody, a to v rozsahu presahujúcej zmluvnú pokutu ako aj uplatnenia práva Objednávateľa na okamžité odstúpenie od zmluvy.“.

a súčasne dopĺňa nové ustanovenia článku XII ods. 12.8 v znení:

„12.8 Dopravca nie je povinný uhradiť zmluvnú pokutu podľa ustanovení tejto zmluvy v prípade, keď v lehote dvoch dní odo dňa, v ktorom porušenie povinností predvídané touto zmluvou nastalo, Objednávateľovi preukáže, že takéto porušenie povinností bolo spôsobené okolnosťami vylučujúcimi zodpovednosť v zmysle ustanovenia § 374 Obchodného zákonníka. Za porušenie zmluvných povinností Dopravcu sa nepovažuje také porušenie Zmluvy, ktoré nastalo v dôsledku štrajku, akýchkoľvek živelných katastrof (najmä povodní, požiaru, víchrice), pandémie, epidémie, v dôsledku dopravných obmedzení v prípade, ak tie zamedzujú alebo vylučujú plnenie povinností Dopravcu; ďalej v dôsledku prijatia všeobecne záväzných predpisov zo strany príslušných štátnych orgánov SR alebo štátnych orgánov iného štátu, ktorými bude Dopravcovi zakázané alebo obmedzené plnenie jeho zmluvných a zákonných povinností (ide najmä o vyhlásenie mimoriadnej situácie, vyhlásenie núdzového stavu, zatvorenie štátnych hraníc, prijatie karanténnych opatrení) alebo tiež v dôsledku iných skutočností, resp. okolností, vylučujúcich zodpovednosť Dopravcu v zmysle ustanovení § 374 Obchodného zákonníka. Za okolností vylučujúce zodpovednosť sa však v žiadnom prípade nepovažuje nezákonný štrajk zamestnancov Dopravcu ani štrajk, ktorý je v súlade so zákonom, ale ktorého začatie Dopravca neoznámil Objednávateľovi najneskôr 48 hodín vopred, a to vrátane určenia Spojov, ktoré nebudú Dopravcom počas konania štrajku zabezpečené.“.

K bodu Ad 4) Ukončenie trvania zmluvy nezavinené dopravcom

V žiadosti o nápravu v bode Ad 4) Žiadateľ uviedol, cit.: „Článok XIII návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme definuje okrem iného aj pravidlá ukončenia zmluvy. V bode 13.5 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme ste zaradili medzi dôvody ukončenia zmluvy aj (i) prípad, keď nie ste schopní splniť zmluvný záväzok nahradiť dopravcovi preukázanú stratu a súčasne zanikol verejný záujem na pokračovaní služieb vo verejnom záujme určený v pláne dopravnej obslužnosti a (ii) prípad,

keď nebudete mať zákonnú povinnosť zabezpečovať záväzok verejnej služby.

Ukončenie zmluvy z vyššie uvedených dôvodov však dopravca nemôže ovplyvniť svojim konaním a preto by nemal niesť kompletne negatívne dôsledky súvisiace s ukončením zmluvy z týchto dôvodov, a to obzvlášť v situácii, keď sa zmluvný vzťah uzatvára na dlhé obdobie.

Uvedené ustanovenie návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme má bez zakotvenia nároku dopravcu na náhradu vynaložených investícií podstatný dopad na cenotvorbu. Každý uchádzač totiž musí v rámci ponuky zohľadniť riziko súvisiace s predčasným ukončením zmluvy z vyššie uvedených dôvodov. Toto riziko je prirodzene možné ekonomicky vyjadriť. Cena dopravného výkonu v dôsledku prenášania ťarchy rizika zániku zmluvy z vyššie uvedených dôvodov na dopravcu podstatne narastá (rádovo ide o milióny eur). Uvedené je nutné vnímať v kontexte princípu hospodárnosti.

Obdobné zmluvné vzťahy uzatvorené v nedávnej dobe na miestnom trhu podobné riziko dopravcu s cieľom hospodárneho vynakladania verejných financií eliminovali prostredníctvom ochrany investícií. Príkladom takýchto vzťahov je napr. zmluvný vzťah medzi Žilinským samosprávnym krajom a spoločnosťou Slovenská autobusová doprava Žilina, akciová spoločnosť,¹ [redacted] a zmluvný vzťah medzi mestom Banská Bystrica a spoločnosťou Slovenská autobusová doprava Zvolen, akciová spoločnosť.³

S prihliadnutím na vyššie uvedené máme za to, že s ohľadom na princíp hospodárnosti by obchodné podmienky mali obsahovať nárok dopravcu na náhradu investícií, ktoré neboli pokryté do ukončenia zmluvy, a to v prípade ukončenia trvania zmluvy z dôvodov podľa bodu 13.5 písm. c) a d) návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme.

Navrhujeme do obchodných podmienok tohto verejného obstarávania doplniť v článku XIII nový bod s nižšie uvedeným znením, prípadne iným spôsobom zabezpečiť ochranu investícií dopravcu:

„V prípade, že dôjde k predčasnému ukončeniu tejto Zmluvy z dôvodu podľa bodu 13.5 písm. c) alebo d) tejto Zmluvy, má Dopravca voči Objednávateľovi nárok na náhradu vynaložených investícií do vozidlového parku a primeranej časti vynaložených investícií do technickej infraštruktúry, používaných Dopravcom na plnenie Záväzku verejnej služby, ktoré do ukončenia tejto Zmluvy neboli pokryté celkovými výnosmi získanými Dopravcom počas trvania Zmluvy. Celkovými výnosmi sa rozumie tržby, iné výnosy, príspevok a/alebo iná úhrada poskytnutá Objednávateľom Dopravcovi v súvislosti s plnením Záväzku verejnej služby. Objednávateľ sa zaväzuje uhradiť Dopravcovi nárok na náhradu vynaložených investícií do vozidlového parku a primeranej časti vynaložených investícií do technickej infraštruktúry v lehote do troch (3) mesiacov odo dňa doručenia písomného vyčíslenia a riadneho preukázania tohto nároku zo strany Dopravcu.“.

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosť o nápravu v bode Ad 4) zamietá, a to z nasledovných dôvodov:

Verejný obstarávateľ k tvrdeniam Žiadateľa uvádza, že prípady uvedené v článku XIII ods. 13.5 písm. c) a d) Zmluvy, ktorá je súčasťou súťažných podkladov, vytvárajú len adekvátne možnosti na ukončenie Zmluvy za splnenia určitých podmienok. V každom prípade nejde o samovoľné ukončenie

¹ https://www.zilinskazupa.sk/files/odbory/zverejnovanie_546_2010/zmluvy/2019/11/29_11/1051-2019-od-sad-zilina-zverejnenie.pdf

³ <https://egov.banskabystrica.sk/default.aspx?NavigationState=778:0:>

Zmluvy zo strany Verejného obstarávateľa kedykoľvek, avšak iba v prípadoch stanovených a predpokladaných ustanovením článku XIII. ods. 13.5 písm. c) a d). Verejný obstarávateľ k tvrdeniu Žiadateľa o navyšovaní nákladov uvádza, že je podnikateľským rizikom v každej sfére obchodu a služieb, či zmluvné vzťahy budú trvať a akú dlhú dobu. Akceptovaním návrhu doplnenia, uvedeným zo strany Žiadateľa by mohol vzniknúť stav, kedy by Verejný obstarávateľ musel vynahradiť všetky náklady dopravcovi pri ukončení Zmluvy z uvedených dôvodov, pričom dopravca by tak neniesol žiadne náklady na ukončení Zmluvy a súčasne by získal majetok za financie z verejných zdrojov. Práve Verejný obstarávateľ nemôže takéto konanie dopustiť a skutočnosť, že ostatní verejní obstarávatelia do takéhoto rizika išli, nevie Verejný obstarávateľ ovplyvniť. Súčasne Verejný obstarávateľ uvádza, že akýkoľvek nákup autobusov pri ukončení Zmluvy, alebo akékoľvek vyplatenie prostriedkov v prospech dopravcu by bolo ne hospodárne bez poskytnutia protiplnenia. Súčasne Verejný obstarávateľ dodáva, že v prípade doplnenia „ochrany investícií“ v podobe niektorých zverejnených zmlúv, t. j. v podobe nákupu autobusov novým dopravcom, by mohlo dôjsť k vzniku situácie, kedy v novom verejnom obstarávaní by ďalší záujemcovia, ktorí by disponovali materiálnymi zásobami a nesúhlasili by s povinnosťou kúpy autobusov od predchádzajúceho dopravcu, napádali súťaž. Dôvodov a faktorov napádania súťaže by mohlo byť viacero, medzi ktoré patrí možnosť lepšej kvality ich vozidiel, prípadne spotreby, ale aj poskytnutie nižšej ceny za poskytnutie služieb, nakoľko budú vedieť technický stav svojich vozidiel a predpoklady investícií do ich vozidlového parku. Práve kúpou neznámych autobusov by sa nový dopravca vystavil riziku posúdenia technického stavu vozidiel a možnosti predpokladu poruchovosti a s nimi spojenými nákladmi. Verejný obstarávateľ ako príklad poukazuje aj na skutočnosť, že väčšina verejných obstarávateľov pristúpila k „ochrane investícií“ počas verejného obstarávania uskutočneného postupom priameho rokovacieho konania, kedy verejní obstarávatelia boli nútení uzatvoriť zmluvy v rôznom znení avšak s garanciou pokračovania zákonnej povinnosti dopravnej obslužnosti ich regiónov [REDACTED]

Na základe všetkých uvedených skutočností je potrebné žiadosť o nápravu Žiadateľa v tomto bode zamietnuť.

K bodu Ad 5) Výška nároku na náhradu škody a nároku na zmluvné pokuty

V žiadosti o nápravu v bode Ad 5) Žiadateľ uviedol, cit.: „Obchodné podmienky vo viacerých ustanoveniach vymedzujú Vaše právo na rôzne zmluvné pokuty v prípade porušenia povinností na strane dopravcu.

Uvedomujeme si, že je Vaším právom stanoviť obchodné podmienky a určiť aj výšku a dôvody vzniku jednotlivých zmluvných pokút. Na druhej strane však neakceptovateľná obchodná politika môže byť príčinou nezapojenia sa hospodárskych subjektov do procesu verejného obstarávania.

Pri zmluvných pokutách je podľa nášho názoru nutné vykonať úpravy, ktoré na jednej strane limitujú výšku celkového objemu zmluvných pokút počas trvania zmluvy a na druhej strane odstránia pochybnosti ohľadne paralelného uplatňovania nároku na náhradu škody. Obe roviny je nutné vnímať v intenciách princípu transparentnosti a vytvorenia adekvátneho prostredia pre zdravú hospodársku súťaž.

V prvom rade si Vám dovoľujeme dať do pozornosti, že inštitút zmluvnej pokuty predstavuje zabezpečovací prostriedok, ktorý slúži ako paušalizovaná náhrada škody. To znamená, že štandardne v prípade, ak je reálna škoda nižšia alebo vyššia platí porušujúca zmluvná strana len dojednanú zmluvnú pokutu.

Nárok na zmluvnú pokutu je však nutné posudzovať v kontexte nároku na náhradu škody. Na viacerých miestach zmluvy sa pritom nachádzajú rôzne a netransparentné mechanizmy uplatňovania nároku na náhradu škody popri nároku na zmluvnú pokutu. Príkladom rozdielneho mechanizmu je napr. bod 3.13 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme, ktorý v poslednej vete vymedzuje, že právo na náhradu škody presahujúcej zmluvnú pokutu nie je dotknuté; a bod 8.5 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme, ktorý v poslednej vete vymedzuje, že zaplatením zmluvnej pokuty nie je dotknutý nárok objednávateľa na náhradu celej škody. Zároveň však v bode 16.4 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme uvádzate, že zaplatením zmluvnej pokuty nie je dotknutý nárok objednávateľa na náhradu celej škody. Bod 16.4 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme, ktorý generalizuje pravidlá ohľadne vzťahu medzi zmluvnou pokutou a náhradou škody, podľa našej interpretácie neguje napr. bod 3.13 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme.

Vyvstáva teda otázka, či nárok na náhradu škody nie je zmluvnou pokutou dotknutý, a teda v prípade vzniku škody napr. vo výške 10 000,- EUR na Vašej strane v príčinnej súvislosti s porušením povinnosti dopravcu, máte nárok na náhradu škody vo výške 10 000,- EUR a paralelne aj na zmluvnú pokutu. Uvedené paralelné uplatňovanie nároku na náhradu škody popri zmluvnej pokute, ktoré naznačuje bod 16.4 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme, považuje za odporujúce zásade poctivého obchodného styku.

Ak nárok na náhradu škody nemá byť dotknutý zmluvnou pokutou, avšak len v rozsahu, v ktorom ho nekryje zmluvná pokuta, býva štandardom na trhu, že nárok na zmluvnú pokutu má dojednaný strop (napr. 20 % z hodnoty zmluvy). V tomto ohľade je teda primerané podmienkam na trhu stanoviť z Vašej strany limitáciu nároku na zmluvné pokuty zaplatené počas trvania zmluvy.

S prihliadnutím na vyššie uvedené máme za to, že s ohľadom na princíp transparentnosti a vytvorenie prostredia pre zdravú hospodársku súťaž by obchodné podmienky mali limitovať výšku celkového objemu zmluvných pokút počas trvania zmluvy a odstrániť pochybnosti ohľadne paralelného uplatňovania nároku na náhradu škody tak, aby prípadný nárok na náhradu škody nebol zmluvnou pokutou dotknutý len v rozsahu, ktorý nie je krytý zmluvnou pokutou.

Navrhujeme do obchodných podmienok tohto verejného obstarávania doplniť limitáciu celkovej výšky zmluvných pokút uplatnených počas trvania zmluvy, ako aj vypustenie bodu 16.4 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme a ostatné ustanovenia zakladajúce zmluvnú pokutu upraviť podľa textácie v bode 3.13 návrhu zmluvy o službách vo verejnom záujme.“.

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

1. Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosť o nápravu v bode Ad 5) v časti týkajúcej sa zavedenia inštitútu maximálneho limitu zmluvných pokút, ktoré môžu byť počas trvania Zmluvy uložené, zamietla, a to z nasledovných dôvodov:

Verejný obstarávateľ nevyhovuje požiadavke Žiadateľa na zavedenie inštitútu maximálneho limitu zmluvných pokút, ktoré môžu byť počas trvania zmluvy uložené. V takomto prípade by mohlo dôjsť k vzniku situácie, kedy by uchádzač tento limit zahrnul do cenotvorby a ihneď po uzatvorení začal porušovať ustanovenia Zmluvy, pričom by skorým vyčerpaním tohto limitu Verejný obstarávateľ stratil sankčný mechanizmus, ktorý by donútil dopravcu plniť si povinnosti zo Zmluvy.

Na základe všetkých uvedených skutočností je potrebné žiadosť o nápravu Žiadateľa v tejto časti bodu Ad 5) zamietnuť.

2. Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosti o nápravu v bode Ad 5) v časti týkajúcej sa zmeny

ustanovení Zmluvy k nároku náhrady škody vyhovuje a upraví ustanovenia Zmluvy, pričom Verejný obstarávateľ rozsah nároku na náhradu škody limitoval len škodou prevyšujúcou zmluvnú pokutu.

Zmena Zmluvy z dôvodu limitovania nároku na náhradu škody je nasledovná:

pôvodné znenie čl. VI. ods. 6.5:

„6.5 Dopravca nie je oprávnený sám, bez predchádzajúceho výslovného pokynu Objednávateľa, meniť obsah Cestovného poriadku. V prípade porušenia zákazu podľa tohto odseku je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č. 4. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa tohto odseku nie je dotknuté právo Objednávateľa žiadať po Dopravcovi v plnej výške náhradu škody.“

sa mení na nové znenie:

„6.5 Dopravca nie je oprávnený sám, bez predchádzajúceho výslovného pokynu Objednávateľa, meniť obsah Cestovného poriadku. V prípade porušenia zákazu podľa tohto odseku je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č. 4. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa tohto odseku nie je dotknuté právo Objednávateľa žiadať po Dopravcovi náhradu škody vo výške presahujúcej zmluvnú pokutu.“

pôvodné znenie čl. VI. ods. 6.8 sa mení na nové znenie, ktorého nové znenie je uvedené v bode Ad 3) tohto oznámenia

pôvodné znenie čl. VIII. ods. 8.5:

„8.5 V prípade porušenia akejkoľvek povinnosti podľa tohto Článku VIII, okrem povinnosti podľa bodu 8.1 písm. f) a g) a bodu 8.3 písm. d) Zmluvy je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každé porušenie povinnosti, a to aj opakovane za každý aj začatý deň až do odstránenia porušovania povinnosti. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa predchádzajúcej vety nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu celej škody spôsobenej porušením povinností Dopravcu podľa tohto Článku VIII Zmluvy.“

sa mení na nové znenie:

*„8.5 V prípade porušenia akejkoľvek povinnosti podľa tohto Článku VIII, okrem povinnosti podľa bodu 8.1 písm. f) a g) a bodu 8.3 písm. d) Zmluvy je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každé porušenie povinnosti, a to aj opakovane za každý aj začatý deň až do odstránenia porušovania povinnosti. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa predchádzajúcej vety nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu škody spôsobenej porušením povinností Dopravcu podľa tohto Článku VIII Zmluvy **presahujúcej zmluvnú pokutu.**“*

pôvodné znenie čl. X. ods. 10.3:

„10.3 V prípade porušenia akejkoľvek z povinností Dopravcu uvedených v ods. 10.2 vyššie, ktoré bude brániť v naplnení účelu Zmluvy o zabezpečení interoperability, alebo v dôsledku ktorého bude naplnenie účelu Zmluvy o zabezpečení interoperability úplne znemožnené, je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každé takéto porušenie povinností. Týmto nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu celej škody spôsobenej porušením týchto povinností Dopravcu.“

sa mení na nové znenie:

„10.3 V prípade porušenia akejkoľvek z povinností Dopravcu uvedených v ods. 10.2 vyššie, ktoré bude brániť v naplnení účelu Zmluvy o zabezpečení interoperability, alebo v dôsledku ktorého bude naplnenie účelu Zmluvy o zabezpečení interoperability úplne znemožnené, je Dopravca povinný zaplatiť Objednávateľovi zmluvnú pokutu uvedenú v Prílohe č.4 za každé takéto porušenie povinností. Týmto nie je dotknutý nárok Objednávateľa na náhradu škody spôsobenej porušením týchto povinností Dopravcu **vo výške presahujúcej zmluvnú pokutu.**“

pôvodné znenie čl. XIII ods. 13.11:

„13.11 V prípade, že nastane niektorá zo skutočností predpokladaných v odseku 13.5 písm. a) alebo písm. b) tohto článku a v dôsledku takej skutočnosti a/alebo porušenia povinností Dopravcu Objednávateľ vypovie túto zmluvu, je Dopravca povinný uhradiť Objednávateľovi za porušenie svojej povinnosti zmluvnú pokutu vo výške $\frac{1}{2}$ 1/10 (jednej desatiny) Výšky bankovej záruky tak, ako je stanovená v Čl. XIV, odsek 14.4 tejto Zmluvy, a to najneskôr do konca výpovednej lehoty určenej podľa odseku 13.4 tohto článku. V prípade uplatnenia zmluvnej pokuty podľa predchádzajúcej vety Objednávateľ nemôže uplatniť zmluvnú pokutu podľa prílohy č. 4 za porušenie povinností ktorá založila možnosť výpovede podľa bodu 13.5 písm. a) alebo písm. b) tejto Zmluvy. Zmluvná pokuta podľa predchádzajúcej vety je určená predovšetkým na krytie zvýšených nákladov Objednávateľa na výber nového Dopravcu či na zabezpečenie dopravy a ďalších služieb v rozsahu podľa tejto zmluvy po dobu od ukončenia tejto Zmluvy do uskutočnenia výberu nového dopravcu. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa tohto ustanovenia nie je dotknuté právo Objednávateľa na náhradu škody v celom rozsahu ani povinnosť Dopravcu uhradiť všetky zmluvné pokuty za porušenia povinností z tejto zmluvy.“

sa mení na nové znenie:

„13.11 V prípade, že nastane niektorá zo skutočností predpokladaných v odseku 13.5 písm. a) alebo písm. b) tohto článku a v dôsledku takej skutočnosti a/alebo porušenia povinností Dopravcu Objednávateľ vypovie túto zmluvu, je Dopravca povinný uhradiť Objednávateľovi za porušenie svojej povinnosti zmluvnú pokutu vo výške $\frac{1}{2}$ 1/10 (jednej desatiny) Výšky bankovej záruky tak, ako je stanovená v Čl. XIV, odsek 14.4 tejto Zmluvy, a to najneskôr do konca výpovednej lehoty určenej podľa odseku 13.4 tohto článku. V prípade uplatnenia zmluvnej pokuty podľa predchádzajúcej vety Objednávateľ nemôže uplatniť zmluvnú pokutu podľa prílohy č. 4 za porušenie povinností ktorá založila možnosť výpovede podľa bodu 13.5 písm. a) alebo písm. b) tejto Zmluvy. Zmluvná pokuta podľa predchádzajúcej vety je určená predovšetkým na krytie zvýšených nákladov Objednávateľa na výber nového Dopravcu či na zabezpečenie dopravy a ďalších služieb v rozsahu podľa tejto zmluvy po dobu od ukončenia tejto Zmluvy do uskutočnenia výberu nového dopravcu. Zaplatením zmluvnej pokuty podľa tohto ustanovenia nie je dotknuté právo Objednávateľa na náhradu škody **v rozsahu prevyšujúcom zmluvnú pokutu** ani povinnosť Dopravcu uhradiť všetky zmluvné pokuty za porušenia povinností z tejto zmluvy.“

pôvodné znenie čl. XVI. ods. 16.4:

„16.4 Zaplatením akejkoľvek zmluvnej pokuty podľa tejto zmluvy nie je dotknuté právo Objednávateľa žiadať od Dopravcu v plnej výške náhradu škody spôsobenej porušením príslušnej zmluvnej povinnosti.“

sa mení na nové znenie:

„16.4 Zaplacením akejkoľvek zmluvnej pokuty podľa tejto zmluvy nie je dotknuté právo Objednávateľa žiadať od Dopravcu náhradu škody spôsobenej porušením príslušnej zmluvnej povinnosti **v rozsahu prevyšujúcom zmluvnú pokutu.**“

K bodu Ad 6) Maximálna miera subdodávok

V žiadosti o nápravu v bode Ad 6) Žiadateľ uviedol, cit.: „Pravidlá verejného obstarávania vo všeobecnosti nestanovujú maximálnu možnú mieru subdodávok. Na druhej strane je však nutné pri tomto verejnom obstarávaní prihliadať aj na nariadenie 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“).

Vzťah ZVO a Nariadenia je pritom možné vymedziť ako vzťah generálneho predpisu (ZVO) a špeciálneho predpisu (Nariadenia). Z tohto pohľadu je vzťah týchto právnych predpisov možné vyjadriť pravidlom *lex specialis derogat legi generali*. Z uvedeného vyplýva, že je nutné analyzovať, či Nariadenie v súvislosti so subdodávkami nestanovuje odlišné pravidlá ako ZVO.

Podľa článku 4 ods. 7 Nariadenia:

„Súťažné podklady a zmluvy o službách vo verejnom záujme musia transparentným spôsobom ukazovať možnosť a prípadne rozsah subdodávania. V prípade subdodávania je poskytovateľ poverený spravovaním a poskytovaním služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave v súlade s týmto nariadením povinný sám poskytovať podstatnú časť služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave... Zmluva o službách vo verejnom záujme v súlade s vnútroštátnym právom a právom Spoločenstva určí podmienky, ktoré sa uplatňujú na subdodávanie.“

Citované ustanovenie ukladá objednávateľovi služieb vo verejnom záujme zabezpečiť v súlade s princípom transparentnosti také opatrenia, ktoré jasne identifikujú možnosti a rozsah subdodávania. Okrem toho predmetné ustanovenie ukladá objednávateľovi služieb vo verejnom záujme, že má zabezpečiť také znenie obchodných podmienok (zmluvy o službách vo verejnom záujme), ktoré sú súčasťou súťažných podkladov, z ktorého nepochybne vyplýva záväzok poskytovateľa poskytovať služby vo verejnom záujme prostredníctvom vlastných kapacít v podstatnej časti. Z logických súvislostí je zrejmé, že vo zvyšnej časti môže byť s ohľadom na právo Európskej únie a na vnútroštátne právo umožnené úspešnému uchádzačovi využiť subdodávateľov na poskytovanie služieb vo verejnom záujme. Výhradu k absencii maximálnej miery subdodávok vzniesol aj Zväz autobusovej dopravy v súvislosti s verejným obstarávaním vyhláseným mestom Nitra.⁴

Z právnej analýzy, ktorú si nechal vypracovať Zväz autobusovej dopravy vyplýva, že poskytovateľ pri poskytovaní služieb vo verejnom záujme v autobusovej osobnej doprave je povinný sám (bez využitia subdodávok) poskytovať podstatnú časť služieb, ktorou sa rozumie aspoň nadpolovičná časť poskytovaných služieb. Rovnako z tejto právnej analýzy vyplýva, že verejný obstarávateľ je povinný uviesť v súťažných podkladoch a v zmluve o službách vo verejnom záujme jednak (ne)možnosť využitia subdodávok pri poskytovaní služieb vo verejnom záujme v autobusovej osobnej doprave, jednak prípustný rozsah subdodávok (v prípade ich umožnenia), pričom miera rozsahu subdodávania je v gescii verejného obstarávateľa, ktorý môže určiť mieru subdodávania v rámci úrovne 0 % až 49 % z rozsahu zmluvy.

Uvedený právny záver podporujú aj niektoré kontrakty uzatvorené v nedávnej dobe na miestnom trhu.

⁴ <https://www.teraz.sk/ekonomika/doprava-zad-ziada-uvo-preskumat-ver/513674-clanok.html>

Príkladom takýchto kontraktov je napr. už zmienený zmluvný vzťah medzi Žilinským samosprávnym krajom a spoločnosťou Slovenská autobusová doprava Žilina, akciová spoločnosť, ktorý určuje rozsah subdodávok maximálne na úrovni 49 %.

Hoci v osobnej cestnej doprave nie je obvyklé využívať subdodávateľov, resp. v rozsahu prevyšujúcom 20 % z rozsahu kontraktu, považujeme absenciu maximálnej miery subdodávok v tomto verejnom obstarávaní za odporujúcu princípu transparentnosti a to v spojení so zásadou udržateľnosti verejnej osobnej dopravy, ktorú vymedzuje Nariadenie.

S prihliadnutím na vyššie uvedené máme za to, že s ohľadom na princíp transparentnosti v spojení so zásadou udržateľnosti verejnej osobnej dopravy by obchodné podmienky mali obsahovať maximálnu možnú mieru subdodávok, ktorá neprekročí hranicu 49 % z rozsahu zmluvy.

Navrhujeme do obchodných podmienok tohto verejného obstarávania doplniť maximálnu možnú mieru subdodávok, a to podľa Vašej úvahy na úrovni 0 % až 49 % z rozsahu zmluvy.“

Vyjadrenie Verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ oznamuje, že žiadosti o nápravu v bode Ad 6) vyhovuje a dopĺňa článok IX. ods. 9.13 Zmluvy v znení:

„9.13 Dopravca je oprávnený vykonávať služby podľa tejto Zmluvy aj subdodávateľským spôsobom, najviac však v rozsahu 49 % z rozsahu predmetu zmluvy, pričom Dopravca zodpovedá ako keby tieto služby vykonával sám. V prípade subdodávania je Dopravca povinný sám poskytovať podstatnú časť služieb vo verejnom záujme podľa tejto zmluvy.“

Verejný obstarávateľ súčasne upraví aj Súťažné podklady (Zväzok 1, Článok VII., bod 32).

Verejný obstarávateľ zároveň oznamuje, že všetky úpravy návrhu Zmluvy a súťažných podkladov, ktoré vyplývajú z tohto oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu vykoná do 7 dní odo dňa vybavenia tejto žiadosti o nápravu, pričom zároveň primerane predlžuje aj lehotu na predkladanie ponúk. Nová lehota na predkladanie ponúk je stanovená do 18.02.2021 do 10:00 hod.

Záver:

Na základe vyššie uvedeného Verejný obstarávateľ dospel k rozhodnutiu, že návrhu Žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu, ktorý bol uvedený v samotnej žiadosti o nápravu, v bodoch Ad 3), Ad 5) v časti týkajúcej sa zmeny ustanovení Zmluvy k nároku náhrady škody a Ad 6) vyhovuje a zasiela Žiadateľovi a všetkým známym záujemcom písomné oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu s odôvodnením a uvedením spôsobu a lehoty na vykonanie nápravy podľa § 165 ods. 3 písm. a) ZVO.

Na základe vyššie uvedeného Verejný obstarávateľ dospel k rozhodnutiu, že návrhu Žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu, ktorý bol uvedený v samotnej žiadosti o nápravu, v bodoch Ad 1), Ad 2), Ad 4) a Ad 5) v časti týkajúcej sa zavedenia inštitútu maximálneho limitu zmluvných pokút, ktoré môžu byť počas trvania Zmluvy uložené, nevyhovuje, v týchto bodoch žiadosť o nápravu zamietla a zasiela Žiadateľovi písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu s odôvodnením podľa § 165 ods. 3 písm. b) ZVO.

S pozdravom

Mgr. Peter Varga v. r.
na základe splnomocnenia