

VEC:

Vybavenie Žiadosti o nápravu – písomné oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu v zmysle § 165 ods. 3 písm. a) a písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu podľa § 165 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

Dňa 17.02.2021 bola prostredníctvom systému EVO doručená Žiadosť o nápravu v zmysle § 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 len „ZVO“) od žiadateľa: XXX, týkajúca sa verejného obstarávania na predmet zákazky „Poskytovanie služieb prímestskej autobusovej dopravy vo verejnom záujme pre TTSK, región Dunajská Streda“, vyhláseného verejným obstarávateľom Trnavský samosprávny kraj, Starohájska 10, 917 01 Trnava, uverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 70/2020 - 30.03.2020 pod značkou č. 12277 – MSS.

Verejný obstarávateľ zasiela žiadateľovi vybavenie žiadosti o nápravu:

Žiadateľ v žiadosti o nápravu poukazuje na

1. ekonomický model zákazky a rozporuje ekonomickú návratnosť investície, počet rokov poskytovania služby, odhadovaný počet kilometrov a zmluvu o ochrane investícií,
2. Riziko odobratia tarifných kilometrov a zmeny prepravného poriadku
3. Dôvody jednostranného ukončenia zmluvy.

Add 1)

Žiadateľ uvádza, že zmluva, ktorá má byť výsledkom Verejného obstarávania je zmluvou o službách vo verejnom záujme, ktorá sa riadi Nariadením Európskeho parlamentu a Rady č.1370/2007 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 aj ako „Nariadenie“). V žiadosti o nápravu poukazuje na príslušné ustanovenia predmetného nariadenia ako aj na § 20 ods. 1 a 5 zákona č. 56/2012 Z. z. o cestnej doprave v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako „Zákon o cestnej doprave“) ako aj na ustanovenie § 10 ods. 2 ZVO.

Zároveň poukazuje na bod 5. 1, 5. 2 a 7. 1 písm. f) návrhu Zmluvy. Žiadateľ v žiadosti o nápravu poukazuje aj na bod 15.2. návrhu Zmluvy, podľa ktorého sa zmluva uzatvára na dobu určitú odo dňa nadobudnutia účinnosti Zmluvy do uplynutia 36 kalendárnych mesiacov od začatia poskytovania služby. Doba poskytovania služby v Súťaži bola teda nastavená na tri (3) roky (s možnosťou opcie ďalšie dva (2) roky).

Podľa bodu 5.1 písm. c) dopravca bude službu poskytovať autobusmi v počte minimálne 135 kusov. Podľa bodu 7.1 písm. f) zmluvy zároveň dopravca musí zabezpečiť, aby priemerný vek autobusov nestúpil nad 10 rokov a žiaden z autobusov nemal viac ako 16 rokov. Životnosť autobusov však podľa názoru žiadateľa prekračuje dobu trvania zmluvy.

Podľa tvrdení žiadateľa v žiadosti o nápravu je Verejný obstarávateľ oprávnený jednostranne vypovedať zmluvu/odstúpiť od zmluvy pre dôvody, ktoré podľa jeho

názoru buď vôbec neležia vo sfére vplyvu dopravcu, alebo neznamenajú žiadne porušenie zmluvy zo strany dopravcu. Súťažné podklady v pôvodnom znení neupravovali žiadnu formu kompenzácie pri uplatnení týchto dôvodov ukončenia zmluvy.

Žiadateľ uvádza, že dňa 22.04.2020 bola Verejnému obstarávateľovi vo verejnom obstarávaní na obdobný predmet zákazky s obdobnými (takmer identickými) podmienkami len vzťahujúci sa na región Trnava, doručená žiadosť o nápravu z dôvodu (i) nemožnosti návratnosti kapitálu, (ii) prakticky neustriehnuteľných výpovedných dôvodov zmluvy a (iii) z toho plynúcej právnej neistoty týkajúcej sa ochrany investícií.

Na základe tejto žiadosti o nápravu, ktorej Verejný obstarávateľ vyhovel, bola dňa 10.05.2020 zo strany Verejného obstarávateľa vykonaná zmena súťažných podkladov Súťaže, ktorou bola ako súčasť súťažných podkladov doplnená Zmluva o ochrane investícií. Uvedená zmluva o ochrane investícií je podľa názoru žiadateľa v priamom rozpore so ZVO, pričom žiadateľ upozorňuje, že predmetom zákazky nie je nákup autobusov, ale poskytovanie služby.

Celkovo tak podľa názoru žiadateľa komplexné nastavenie podmienok verejného obstarávania, konkrétne tak kombinácia (i) rozsahu východiskových kilometrov poskytovanej služby, (ii) doby poskytovania služby, (iii) dôvodov na jednostranné ukončenie zmluvy zo strany Verejného obstarávateľa, v spojení s (iv) výraznou mierou nákladov potrebných na zabezpečenie infraštruktúry (autobusov) v požadovanej kvalite a (v) úplnou nemožnosťou ekonomickej návratnosti investície počas extrémne krátkej doby poskytovania služby a nezákonnou zmluvou o ochrane investícií vrátane (vii) nezákonného záväzku neobmedzene preplatiť bližšie nešpecifikované pomôcky/tovary, spôsobili, že súťažné podklady sa stali rozporné so Zákom o verejnom obstarávaní, konkrétne tak v rozpore s ustanovením § 10 ods. 2 ZVO z dôvodu rozporu s princípom transparentnosti a princípom hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa názoru žiadateľa takto stanovená krátka lehota trvania zmluvy (3 roky) v kombinácii s požiadavkou na dispozíciu 135 autobusmi z toho 24 veľkokapacitnými má iný rozmer, a to bezdôvodne diskriminačné vylúčenie malých a stredných podnikov z účasti na verejnej súťaži ako samostatných subjektov.

Žiadateľ uvádza, že ekonomické parametre zákazky okrem rozporu s ustanovením § 10 ods. 2 ZVO nezodpovedajú ani skutkovému stavu, ktorý sa v čase medzi prípravou Verejného obstarávania a lehotou na predkladanie ponúk výrazne zmenil. Očakávaná výška príspevku z verejného rozpočtu kalkulovaná podľa plánu dopravnej obslužnosti pred vypuknutím epidémie ochorenia COVID-19 je už neaktuálna a bude určite vyššia a zároveň sú súťažné podklady podľa názoru žiadateľa nastavené aj v rozpore s Nariadením č. 1370/2007, keďže podľa žiadateľa v rámci stanovenej doby poskytovania služby troch (3) rokov neumožňujú dopravcovi uplatniť si v cene za poskytovanie služby primeraný zisk, ktorý má zahŕňať primeranú návratnosť nevyhnutných investícií, diskriminačne zužujú možnosť účasti malých a stredných podnikov vo verejnej súťaži.

Žiadateľ navrhuje, aby súťažné podklady nezaväzovali Verejného obstarávateľa na vynakladanie nákladov nad rámec rozsahu predmetu zákazky a nad rámec cien, ktoré sú predmetom hodnotiacich kritérií, boli založené na aktuálnych podkladoch aktualizovaného plánu dopravnej obslužnosti v súlade s ustanovením § 20 Zákona o cestnej doprave a vykonávajúcej vyhlášky č. 5/2020 Z. z.; a zároveň tak, aby uchádzačom bolo umožnené v súlade s Nariadením č.1370/2007 počas doby poskytovania služby uplatniť si v cene za služby primeraný zisk spočívajúci v zvyčajnej

miere návratnosti kapitálu vynaloženého na nutné zabezpečenie infraštruktúry definovanej Verejným obstarávateľom.

Add 2)

Žiadateľ poukazuje na bodu 5.1 písm. b) návrhu Zmluvy, podľa ktorého bude dopravca poskytovať službu v rozsahu 6 685 000 tarifných kilometrov/kalendárny rok, ktoré predstavujú tzv. Východiskový rozsah služby. Verejný obstarávateľ zároveň môže podľa bodu 5.6 Zmluvy nariadiť jednostranné zníženie rozsahu poskytovania služby až o 10 %. Žiadateľ uvádza, že do ceny za služby sa zároveň ráta iba počet „tarifných“ kilometrov, pričom uchádzačovi nebudú hradené tzv. „nábehové“ kilometre. V ponukovej cene však uchádzač musí započítať aj počet odhadovaných nábehových kilometrov.

Zmluva zároveň podľa názoru žiadateľa neupravuje žiadnu formu kompenzácie v prípade, ak sa v dôsledku odobratia tarifných kilometrov objektívne zmení hodnota nábehových kilometrov. Dodáva, že s prihliadnutím na objektívny vývoj atraktivity služby verejnej dopravy v dôsledku rôznych negatívnych faktorov, ako je napr. aktuálny prepad dopytu po službách verejnej dopravy v dôsledku šírenia ochorenia COVID-19 (obdobne ako takýto prepad sprevádzal akúkoľvek ekonomickú krízu v minulosti) sa žiadateľ domnieva, že odhadovaný počet ročných tarifných kilometrov môže byť nadhodnotený až o 20 %.

Podľa žiadateľa v dôsledku ubúdajúceho dopytu po službách verejnej dopravy bude určite znižujúci sa dopyt po službe sprevádzaný uplatňovaním jednostranného zníženia počtu tarifných kilometrov zo strany Verejného obstarávateľa, čo môže výrazne negatívne ovplyvniť ekonomickú rovnováhu zmluvy a zároveň dopravcovi znemožňuje v prípade jednostrannej zmeny zmluvy zo strany Verejného obstarávateľa uplatniť si v súlade s Nariadením oprávnené ekonomické náklady vyvolané zmenou rozsahu alebo obsahu poskytovanej služby v cene tarifného kilometra.

Žiadateľ požaduje, aby Verejný obstarávateľ odstránil protiprávny stav spočívajúci v neprimeranom prenášaní rizika na dopravcu pre prípad jednostranného zníženia tarifných kilometrov zo strany Verejného obstarávateľa bez kompenzácie za zvýšený rozsah nábehových kilometrov tak, aby v prípade jednostranného nariadenia zníženia a jebo zvýšenia počtu tarifných kilometrov a/alebo zmeny dopravného poriadku bola dopravcovi priznaná primeraná kompenzácia zvýšených nákladov (na nábehové kilometre) vyvolaných zmenou oproti pôvodnému rozsahu či obsahu služieb definovanému súťažnými podkladmi k času uplynutia lehoty na predkladanie ponúk.

Add 3)

Žiadateľ v žiadosti o nápravu poukazuje aj na niektoré ustanovenia týkajúce sa ukončenia zmluvy (bod 15.4 písm. b), písm. e), písm. h), bod 15.6 písm. d) návrhu Zmluvy), ktoré podľa jeho názoru nemajú miesto v zmluvách uzatváraných verejným obstarávateľom, keďže jediný možný následok ich aplikácie ie vo výraznom rozpore s princípom hospodárnosti. Podľa názoru žiadateľa takéto zjavne nevyvážené zmluvné podmienky ponechávajú značný priestor pre svojvoľu verejného obstarávateľa pri ukončení zmluvy, a postup sa tak podľa názoru žiadateľa stáva nepredvídateľným, a teda netransparentným. Žiadateľ žiada, aby uvedené body návrhu Zmluvy boli úplne vylúčené.

V nadväznosti na žiadateľom uvádzané skutočnosti verejný obstarávateľ uvádza nasledovné:

K bodu 1 a bodu 2 žiadosti o nápravu:

S prihliadnutím na potrebu zohľadniť všetky povinnosti verejného obstarávateľa vyplývajúce z príslušných právnych predpisov, ako aj vzhľadom na skutočnosť, že objektívne okolnosti spôsobujú potrebu prispôsobenia a úpravy niektorých skutočností uvedených v aktuálne zverejnených súťažných podkladoch, verejný obstarávateľ konštatuje, že uverejní úpravu súťažných podkladov. Vzhľadom na rozsah a komplexnosť súťažných podkladov verejný obstarávateľ konštatuje, že súťažné podklady budú uverejnené za dodržania všetkých povinností vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní a tak, aby záujemcovia mali dostatočný časový priestor na oboznámenie sa s aktualizovanými súťažnými podkladmi, súčasne za dodržania minimálnej lehoty na predkladanie ponúk.

Z dôvodu, že analýza aktuálneho objektívneho stavu, nespôsobeného verejným obstarávateľom stále prebieha, v danom čase objektívne nie je možné konkretizovať aktuálne znenie súťažných podkladov. Z uvedeného dôvodu verejný obstarávateľ konštatuje, že žiadosti o nápravu v danom čase vyhovuje, pričom aktualizované súťažné podklady uverejní v profile verejného obstarávateľa. Po ich uverejnení primerane predĺži lehotu na predkladanie ponúk.

Uverejnením anonymizovaného písomného vybavenia žiadosti o nápravu v profile verejného obstarávateľa, verejný obstarávateľ zároveň splnil povinnosť uvedenú v § 165 ods. 3 písm. a) ZVO oznámiť písomné oznámenie výsledku vybavenia žiadosti o nápravu všetkým záujemcom.

K bodu 3 žiadosti o nápravu:

Verejný obstarávateľ uvádza, že uvedené dôvody ukončenia Zmluvy považuje za legitímne, dôvodné, a súladné so ZVO a jednotlivými princípmi verejného obstarávania. Dané dôvody je potrebné chápať ako dôvody, ktoré v prípade, ak nastanú, predstavujú výraznú zmenu okolností počas trvania Zmluvy. Verejný obstarávateľ však zároveň uvádza, že dôvody na ukončenie Zmluvy síce oprávňujú objednávateľa k ukončeniu Zmluvy, avšak pre objednávateľa by uvedené znamenalo značné sťaženie poskytovania služieb vo verejnom záujme. Aj z uvedeného dôvodu má verejný obstarávateľ za to, že namietané dôvody ukončenia Zmluvy, v prípade ich uplatnenia, nie je potrebné chápať ako jednostranný zásah do práv dodávateľa.

Verejný obstarávateľ po oboznámení sa s obsahom žiadosti o nápravu v danom bode konštatuje, že neidentifikoval porušenie ZVO, na základe ktorého by bolo potrebné a nevyhnutné pristúpiť v danom bode k úprave súťažných podkladov.

Z uvedeného dôvodu žiadosť o nápravu v danom bode zamieta.