

Vzhůru právním rodokmenem hodnocení veřejných zakázek

Hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku patří k uzlovým a kritickým momentům veřejného zadávání i celého akvizičního procesu. Mnohotvárnost a komplikovanost početných metod a hodnotících přístupů by neměla zatemňovat jejich otevřenost a srozumitelnost každému uchazeči. Princip transparentnosti hodnocení se ovšem do právní úpravy prosazuje pozvolně a ztuhla, od ryze subjektivistického, nepřezkoumatelného dojmu hodnotitele-zadavatele veřejné zakázky o nejlepší nabídku až k nároku na výsostnou průhlednost metody, jakou k hodnocení použije.

Empiricky nazíráno vše vypadá až školácky jednoduše: z uzavřené množiny reálných variant vybrat tu optimální, zpravidla kompromisní, která se nejvíce přibližuje hypotetické variantě ideální a je nejvzdálenější od fiktivní varianty bazální. Pokud však existuje větší počet hodnotících kritérií, hodnotitelů i hodnocených objektů, vnáší to do rozhodovacího procesu nemalé obtíže s agregací dílčích hodnocení do hodnocení celkového (tzv. amalgamace). Dospívající právní úprava hodnocení nabídek jako by přitom i na prahu plnoletosti metodám komplexního hodnocení variant nedozrála. Podle tří dosud vydaných zákonných mezníků lze osmnáctiletou genezi rozdělit do čtyř časových pásem.

1. Zadávací provizorium v transformující se ekonomice

Pětiletý interval zadávacího provizoria v transformující se ekonomice otevřely společenské proměny na přelomu 80. a 90. let minulého století a přetrvával do přijetí zákona o zadávání veřejných zakázek v roce 1994. Závazný zákonný návod na veřejné zadávání do té chvíle chyběl, čemuž korespondoval pelmel provizorních opatření převážně metodické, hospodářsko-politické povahy emitovaných na exekutivní hladině. [1]

Ani rezortu ministerstva obrany nelze upřít normotvornou progresivitu, poněvadž ještě pod anachronickou tíhou hospodářského zákoníku č. 109/1964 Sb., před vyhlášením obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb., i před vůbec první celostátní direktivou k veřejnému zadávání (usnesení vlády č. 458 z 24. června 1992) s účinností od 1. listopadu 1991 vyšly formou Nařízení NGŠ ČSA č. 47/1991 Směrnice pro výběrové řízení v rezortu FMO (čj. 2592-54/SŘKČ).

Nestaly se ale zadávacím univerzem, neboť ze svého pole vylučovaly postupy podle již existujících předpisů pro zadávání staveb, výstavbu a provoz informačních systémů a pro úkoly technického rozvoje, dodávky výzbroje a ostatní techniky podle autonomních Směrnic 02 pro činnost orgánů a součástí ČSLA při výzkumu, vývoji, zahajování výroby vojenské techniky a při jejím zavádění do výzbroje ČSLA (Všeob-sm-22/č).

Vstupní hodnotící atribut obsahovala hned preambule Nařízení, že při nákupu a odprodeji materiálu nebo nemovitostí a při zadávání zakázek na dodávku výrobků nebo prací na základě výběrového řízení z tuzemských i zahraničních účastníků je cílem dosáhnout nejefektivnější nabídky v souladu se zájmy a potřebami rezortu jako celku při zabezpečování

obranschopnosti státu. Uchazeče bylo možné komisionálně vybrat v nápadném předobrazu s pozdější typologií zadávání buď ve výběrovém řízení veřejném, užším anebo z volné ruky (čl. 5). Přestože způsob výběru nevhodnější nabídky byl jednou z obligatorních podmínek výběrového řízení (čl. 9), jemuž musela být zajištěna celorepubliková publicita v denním tisku (čl. 18), čl. 27 kontradiktorně připustil, pakliže podmínky způsob výběru neobsahovaly, aby komise zvolila nabídku, která jí nejvíce vyhovuje, přičemž nejnižší nabídková cena nemusela být vždy nejvýhodnější.

Prvotní plošná aktivita, usnesení vlády č. 458 z 24. června 1992 k širšímu uplatnění veřejného zadávání při obstarávání zakázek financovaných z veřejných prostředků a k němu připojené Zásady pro širší uplatnění zadávání veřejných zakázek formou soutěže, již čerpala inspiraci z novorozeného obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb. (schválen 5. listopadu 1991, platný od 18. prosince 1991), jenž od 1. ledna 1992 zavedl obchodní veřejnou soutěž, lidově tendr, jako nástroj získání nevhodnějšího návrhu na uzavření smlouvy. Půl roku nato vydané vládní zásady tento soukromoprávně koncipovaný, dodnes žádnou ze šedesáti novel obchodního kodexu nedotčený a skrzskrz donucujícími normami zakonzervovaný (§ 263) instrument slepě absorbovaly citací, že veřejné zakázky (dodávky prací, výkonů, služeb a výrobků financované plně nebo zčásti z rozpočtu ČR) lze smluvně zajišťovat zásadně jen na základě výsledků obchodní veřejné soutěže podle § 281 až 288 obchodního zákoníku, není-li odůvodněna užší soutěž vyzváním nejméně tří uchazečů a anebo přímá výzva k předložení návrhu smlouvy, tj. zadání z volné ruky.

Paradoxně nejslabším článkem kogentní obchodní veřejné soutěže, jejíž povinná pravidla nelze popřít či ohýbat dohodou účastníků, což by mělo jistit její uspořádaný a čitelný průběh, je § 286, podle nějž vyhlášovatel soutěže vybere nevhodnější z předložených návrhů, ovšem není-li způsob jeho výběru vymíněn, je oprávněn vybrat si takový návrh, který mu nejlépe vyhovuje. Svoboda subjektivního a kabinetního výběru bývá civilisticky ospravedlňována smluvní volností a rovností účastníků v obchodněprávních vztazích i jako překážka nežádoucích machinací a nátlaků navrhovatelů na vyhlášovatele. [2] Veřejnoprávní zkušenost ale poučuje, že zákulisní čachry a intriky mohou mnohem snáze bujet za anarchie, kdy vyhlášovatel předem žádná pravidla výběru neavizuje.

Co lze tolerovat v soukromé sféře, nesnese omluvu ve veřejném sektoru, kde hospodaření s veřejnými prostředky musí provázet průhlednost systému jejich vynakládání. Na usnesení vlády č. 458 z 24. června 1992, potažmo obchodní zákoník v rezortu MO, zareagoval RMO č. 14/1993 – Obchodní veřejná soutěž v rezortu ministerstva obrany ČR. Příložené Směrnice pro obchodní veřejnou soutěž v rezortu MO ČR ukládaly vyhlášovateli soutěže v souladu s platným právem stanovit podmínky tak, aby mu poskytovaly volnost při výběru návrhu, ovšem s tou klauzulí, že způsob výběru nevhodnějšího návrhu se nepředjímá a vyhlášovatel je oprávněn vybrat si návrh, který mu nejlépe vyhovuje [čl. 9 písm. d)]. Jaký pak mohly mít pro navrhovatele význam informace, že o výběru nevhodnějšího návrhu rozhoduje komise většinou hlasů, přičemž její rozhodnutí má pro vyhlášovatele doporučující charakter, když se především nedozvěděli, jak vlastně komise ke svému doporučení dospěla.

2. Veřejnoprávně zpřísněná obchodní veřejná soutěž

Devítileté stadium veřejnoprávně zpřísněné obchodní veřejné soutěže odstartoval 1. ledna 1995 zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, přibrzděn ovšem v razantním průniku do praxe přechodným ustanovením § 71, jímž všehochni „dosud platných

předpisů a opatření“ prolongoval životnost až do doby dokončení podle nich zahájených veřejných zakázek. Přestrojení soukromoprávního exteriéru obchodní veřejné soutěže do veřejnoprávní uniformy zabezpečil poměr speciality zákona č. 199/1994 Sb. vůči subsidiárnímu obchodnímu zákoníku, podpůrně použitelnému jen tam, kde zákon o zadávání veřejných zakázek nezavedl procedury odchylné, zpřesňující a každopádně rigoróznější, jako právě pro hodnocení nabídek.

Navzdory chaotickému rozptýlu napříč strukturou zákona [např. § 5 odst. 1 písm. d); § 6; § 9 odst. 2 a 3; § 35 odst. 2; § 36 odst. 1] byl těžištěm hodnocení § 6, který do budoucna načrtl dvoukolejnost hodnocení buďto pomocí jediného kritéria výše nabídkové ceny, nebo více kritérií, kdy zadavatel vedle nabídkové ceny úměrně povaze veřejné zakázky uplatnil najmě požadavky na jakost, dobu plnění veřejné zakázky, kvalifikaci uchazečů, záruky za jakost či požadavky na provoz a údržbu.

Rozhodl-li se pro vícekritériální hodnocení, musel jednotlivá kritéria v podmínkách soutěže uvést v sestupné řadě podle stupně preference, jaký jim přisuzuje. Polovičitost takového pokynu byla nasnadě, protože i pouhá ordinální informace o pořadí důležitosti kritérií se musí odrazit do inverzní bodovací škály, aby kritéria získala patřičnou vypovídací váhu. Kdyby zadavatel povinnost sestupného pořadí kritérií opomenul, odsoudil by se k triviálnímu a pokusnému hledání jediné nedominované varianty, ke které neexistuje jiná, podle všech kritérií lepší nebo rovnocenná.

Optimalizaci výběru by zde ochromovalo hlavně riziko, že nedominovaná varianta se v mnohých dostupných nemusí reálně vyskytovat, nemluvě o tom, že v područí citlivější hodnotící metody by se varianta v podružném kritériu jen o málo dominovaná jinou přesto mohla umístit lépe než varianta zcela, byť nepatrně nedominovaná ve všech kritériích. Konstrukce vektoru vah kritérií se proto jeví jako nevyhnutelná.

2.1 Ekonomická vhodnost nabídky

Důrazná zákonná novela č. 28/2000 Sb. od 1. června 2000 překřtila v § 6 hodnocení podle více kritérií na ekonomickou vhodnost nabídky zkoumanou např. skrze dobu plnění, technickou, jakostní, estetickou a funkční charakteristiku, provozní náklady a požadavky na údržbu, ekologické parametry (opatření ke snižování emisí, míra únosného zatížení území, předcházení znečišťování životního prostředí apod.), výši nabídkové ceny či hodnotu kompenzující (ofsetové) transakce.

Z neuzavřeného výčtu kritérií intuitivně vypustila kvalifikaci uchazečů, čímž matně naznačila pozdější pevnou legální hráz postavenou mezi posuzování a prokazování kvalifikace a posuzování a hodnocení nabídek, kam již nemohou být jako jedno z kritérií recyklačně vtahovány další kvalifikační předpoklady korespondující ekonomickému, odbornému a technickému zázemí uchazeče (viz § 50 odst. 4 platného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách).

Naprosté utopení „výše nabídkové ceny“ v demonstrativním seznamu jiných kritérií nadto vyvolalo pozoruhodnou, dnes rovněž nemyslitelnou situaci, že by nabídková cena nebyla při hodnocení ekonomické vhodnosti vzata v potaz bezpodmínečně vždy, ale jen dle libovůle zadavatele, rozhodl-li by se pro samorostlou kritériální plejádu. Vyhradil-li si ovšem zadavatel při hodnocení podle ekonomické vhodnosti oddělení nabídkové ceny do samostatné obálky „Nabídková cena“ (§ 9 odst. 3), porovnávala komise nabídky dle ostatních kritérií, a teprve poté otevřela obálku s nabídkovou cenou a pořadí nabídek dodatečně upravila (§ 35 odst. 2).

Byla tím založena hybridní tripartice hodnocení podle ekonomické vhodnosti se zřejmým právem veta nabídkové ceny, jež mohla výsledným žebříčkem pořádně zamíchat a samotné hodnocení zničehonic zkomplikovat, jestliže obálka odtajnila mimořádně nízkou nabídkovou cenu, odchylující se výrazně od ostatních (§ 36).

Opožděný rezortní ohlas na zákonné zadávání obstaral od 1. února 1999 RMO č. 3/1999 – Zadávání veřejných zakázek v působnosti Ministerstva obrany, který pochopitelně tíhnul k obchodní veřejné soutěži jako prioritní zadávací formuli a za fundamentální aspekt výběru nejvhodnějšího dodavatele považoval zajištění podmínek pro dosažení úrovně jakosti dodávek, která odpovídá požadavkům zadavatele a potřebám rezortu MO (čl. 11a).

Ke způsobu hodnocení nabídek v čl. 24 písm. e) upřesnil, že zadavatel zpravidla hodnotí veřejnou zakázku pomocí více kritérií, a kromě nabídkové ceny a požadavků na jakost příkladmo předestřel kritéria více či méně měřitelná: podíl české výroby na dodávce, doba plnění veřejné zakázky, offsetové programy, úroveň systému jakosti dodavatele, rozsah technického poradenství a servisu, výrobní kapacita, *know-how*, souhlas se zapojením do komunikačního systému zadavatele, pružnost při změnách objednávek, schopnost zapojení do kodifikačního systému a logistického řetězce, schopnost realizovat dodávky za branné pohotovosti státu apod.

2.2 Zvýhodnění domácích dodavatelů

Podíl české výroby na dodávce – zřetel dnes čítankově diskriminační a zapovězený – se měl hodnotit v sestupném pořadí čili ordinální stupnicí 1. úplná výroba v českém podniku; 2. konečná výroba v českém podniku se zahraničními subdodávkami vyjádřená cenou dodávky; 3. zahraniční výrobek, u kterého je zajištěn český servis a další zabezpečující služby.

Nehledě ke svízelné kvantifikovatelnosti některých kritérií, ba vůbec identifikaci, jsou-li minimalizační nebo maximalizační, se protekcionistické pojetí RMO nijak neprotivilo tehdejší benevolenci zákona stran eventuálního zvýhodnění domácích dodavatelů např. omezením soutěže na tuzemské osoby [§ 5 odst. 2 písm. c)], nepřipustností námitek proti rozhodnutí zadavatele o takovém omezení [§ 54 písm. e)], zvláštními podmínkami provedení veřejné zakázky (§ 10) či favorizací nabídkových cen tuzemských osob v obchodní veřejné soutěži se zahraniční účastí (§ 11 a 65).

Preferenční sled kritérií musel zadavatel určit s přiměřeným respektem k individualitě veřejné zakázky, přičemž po jejich vyhlášení je nesměl on ani komise jakkoliv měnit nebo rozšiřovat. Důležitost kritérií mělo podtrhovat jejich označení např. procentuálním podílem, v čemž se náznakem rýsovala zákonem toho času ještě opomíjená kardinální informace kvantitativního rázu předpokládající konstrukci vah přiřazených každému kritériu, nikoliv jen jejich prosté ordinální seřazení. Vícekritériální hodnocení variant očividně sehrálo prim před hodnocením pomocí jednoho kritéria, kdy se za nejvhodnější považovala nabídka s nejnižší cenou v Kč včetně DPH. I tu ale byl aplikován jakýsi selekční korektiv, byla-li cena více uchazečů shodná. Tehdy se za nejvhodnější považovala zpravidla nabídka s kratším termínem dodání.

Při zadávání veřejných zakázek podle ustanovení § 49, 49a a 50 novelizovaného zákona vybízel RMO, renovovaný v RMO č. 36/2000 a RMO č. 24/2001, zadavatele postupovat přiměřeně podle článků své stati pro obchodní veřejnou soutěž, tedy s přihlédnutím k výši budoucího peněžitého závazku bez DPH, místním podmínkám, požadavkům, které vyplývají ze zákona, a se snahou o maximální ekonomickou výhodnost. U jiných způsobů zadávání RMO

odkazoval na novelizacemi § 1 odst. 2 zákona přibývající repertoár výjimek tím, že ukládal zadavatelům použít procesní postupy přiměřené zákonu.

K dovršení interního rodokmenu obepínajícího zákon č. 199/1994 Sb. patří RMO č. 36/2001 – Úplatné nabývání majetku, provedení prací a nákup služeb, který sice k 21. prosinci 2001 zrušil svého předchůdce a také RMO č. 2/1996 – Zřízení oddělení pro veřejné zakázky Ministerstva obrany, avšak ke způsobu hodnocení nabídek se postavil mlčky.

Fragmentární pokyn obsahovala Směrnice pro zadávání veřejných zakázek v působnosti MO, čj. 50221/14/2001-ES z 21. prosince 2001, která zdůraznila při hodnocení podle ekonomické vhodnosti nabídky povinné kritérium ekologické šetrnosti výrobku s odpovídajícím určením váhy, např. kritérium = označení ochrannou známkou „Ekologicky šetrný výrobek“. Zde se však více než o vážené kritérium jednalo jen o aspirační úroveň, jejíž použití se vyčerpávalo dvěma hodnotícími extrémy: akceptovatelné – neakceptovatelné.

3. Legislativní precizace způsobu hodnocení nabídek

Nejistá sezóna legislativní precizace způsobu hodnocení nabídek započala 1. května 2004 s po evropsku stylizovaným zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, jenž v § 55 parafrázoval to, co zákon předešlý, že základním kritériem pro zadání veřejné zakázky – podle druhu, složitosti a v návaznosti na požadavky vymezující její předmět – je ekonomická výhodnost nabídky nebo nejnižší nabídková cena. Přiklonil-li se zadavatel k hodnocení podle ekonomické výhodnosti, posuzoval nabídku podle dílčích kritérií, jimž přidělil váhu vyjádřenou v procentech.

Esenciálním dílčím kritériem zákon nominoval vždy nabídkovou cenu a dále zejména provozní náklady, požadavky na údržbu a technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti. Poprvé také vyslovil povinnost zadavatele uveřejnit v oznámení otevřeného nebo užšího řízení základní kritérium pro zadání veřejné zakázky, případně též dílčí kritéria a jejich váhy, zvolil-li hodnocení nabídky na podkladě ekonomické výhodnosti.

Hodnocení dle publikovaných kritérií náleželo hodnotící komisi (§ 62), která seřadila nabídky podle výše nabídkové ceny po eventuálním zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (formulováno jistě výstižněji než v zákoně předešlém „odchylující se výrazně od ostatních nabídkových cen“, což hrozbu dumpingu nijak neobjektivizovalo). Při zadávání podle ekonomické výhodnosti komise zohlednila jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhu s tím revolučním pokrokem, že metody hodnocení nabídek od 1. května 2004 reglementovala prováděcí vyhláška č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti.

Sama sobě spíše důkazem, že právně sešněrovat lze opravdu leccos, upravila v rozporu s plurálem v názvu toliko jedinou, a to bodovací metodu hodnocení (§ 8). Podzákoně též rozšířila okruh dalších kritérií, která zadavatel mohl stanovit s přihlédnutím k rázu veřejné zakázky na stavební práce, dodávky či provedení služby, a to 1. dobu provedení díla, dodání zboží či provedení požadované služby; 2. smluvní úpravu záruky za jakost díla, dodávky či poskytnuté služby (obsah a rozsah záruky a způsob poskytnutí záručního servisu); 3. smluvní podchycení zajišťovacích a sankčních instrumentů (smluvní pokuty, bankovní záruky aj.); 4. zohlednění ekologických postupů při provádění díla; 5. druh a rozsah pojištění předmětu veřejné zakázky.

3.1 Číselně vyjádřitelná kritéria

Vyhláška instruovala, že pro hodnocení nabídek použije komise bodovací stupnici v rozsahu 0 až 100 s tím, že každé nabídce dle dílčího kritéria přidělí body odrážející její úspěšnost v rámci tohoto kritéria. Pro číselně vyjádřitelná kritéria, pro něž má nejhodnější nabídka

- maximální hodnotu (např. doba záruky, výše smluvní pokuty), získá hodnocená nabídka body dosažené násobkem 100 a poměru nabídky hodnocené ku nabídce nejhodnější,
- minimální hodnotu (např. cena nabídky, doba provádění), získá hodnocená nabídka body dosažené násobkem 100 a poměru nabídky nejhodnější ku nabídce hodnocené.

Pro kritéria, která nelze vyčíslit, měla komise sestavit pořadí nabídek od nejhodnější k nejméně vhodné, přiřadit té nejlepší 100 bodů a každé následující tolik, aby to vystihovalo míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejhodnější nabídce. Považovala-li ovšem komise hodnotu jiného dílčího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, shora popsaný postup nepoužila a nabídce k tomuto kritériu přidělila 0 bodů. Ač takový krok musela odůvodnit ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, výběrovou formuli toho nejlepšího to beztak zdeformovalo (je proto namístě, že platná úprava tuto pravomoc komisi již nepřiznává).

Jelikož dílčím kritériím zadavatel předurčil procentuální váhy důležitosti, jež dohromady dají 100 %, provedla komise finální hodnocení bodovací metodou vynásobením jednotlivých bodových ohodnocení nabídek dle dílčích kritérií příslušnou vahou daného kritéria. Ze součtu výsledných hodnot u jednotlivých nabídek poté odvodila pořadí úspěšnosti, kdy zvítězila nabídka, která dosáhla nejvyšší hodnoty.

Celostátně unifikovaný, legalizovaný výpočetní manuál pro práci hodnotící komise *de facto* zadavatelům naordinoval užitečný matematický vzorec výběru, jímž odboural potřebu podrobněji se akomodací metod hodnocení zabírat v interní sféře. Odrazem toho byl k tomuto tématu němý RMO č. 2/2005 – Úplatné nabývání majetku a pořizování stavebních prací a služeb v rezortu Ministerstva obrany, jakož i Odborná směrnice k úplatnému nabývání majetku a pořizování služeb v rezortu MO, čj. 52343-92/2005/DP-2697 ze 30. září 2005.

3.2 Skladba dílčích hodnocení

Kromě pochybností o legitimitě jiných, vyhláškou sice neartikulovaných, avšak naukou zkušeně prezentovaných metod vícekritériální analýzy variant a konstrukce vah, [3] střídmý návod vyhlášky vykazoval leccaké mezery. Nápaditosti zadavatele totiž svěřil vpravdě nejsložitější skladbu (amalgamaci) dílčích hodnocení nejen porovnávaných nabídek, ale i reprezentantů alespoň pětihlavé, leč i mezirezortní devítihlavé, odborně vždy rozrůzněné hodnotící komise, kterou vyhláška chápala v jednotném čísle jako jednu bytost. Již nedomýšlela, jestli má každý člen komise tajně propočítat a pak vyjevit soukromé skóre nabídek a z toho sestrojenou hitparádu anebo zda komise nahlas a kolektivně jako porota pod konferenciérskou taktovkou jejího předsedy poměřuje každou nabídku zvlášť všemi dílčími kritérii či po jednotlivých kritériích průřezově všechny nabídky přijaté k hodnocení.

Individualismus sice garantuje jakous takous diskrétnost úsudku, ale nahrává laciným početním chybám, jímž lze účinněji předejít plenárním hodnocením. Vnitřní rozkol komise při hodnotící dramaturgii ať již anonymní nebo veřejné by každopádně měla minimalizovat počitatelnost dílčích kritérií. K tomu se ovšem všichni členové předem musí závazně sjednotit na tarifkaci těch kritérií, která jednoznačně kvantifikovatelná nejsou, a neponechat bodové pensum v pravomoci každého z nich. Pokud výsledné hodnocení a pořadí nabídek má

vzniknout prostým aritmetickým zprůměrováním parciálních hodnocení členů komise (pro ilustraci: 5 zvážených kritérií x 5 nabídek x 5 hodnotitelů = 125 ciferných vstupů), přichází vhod přiléhavější metoda váženého průměru, používaná při počítání celkového aritmetického průměru souboru složeného z více podsouborů.

Polidštěná komise de facto těžkopádně supluje operaci uživatelských softwarových produktů aplikujících rozličné metody výběru kompromisní varianty (např. TOPSIS, AGREPREF, ELECTRE, PROMETHE), s tím rozdílem ve flexibilitě, že v závislosti na úskalích zvolené metody je notně zatížena subjektivitou pohledu, počítařskou omylností a časovým fondem. Zvrat podezřele disproporcionálního, nevěrohodného závěru komise může zadavatel iniciovat příkazem nového hodnocení provedeného jinou komisí či osobně, zjistí-li, že ta stávající porušila postup stanovený zákonem. Obecná řeč § 62 odst. 4 i § 79 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb. evidentně míní jakoukoliv poruchu, nejen spojenou s vlastním hodnocením. Nápravné hodnocení by proto měl zadavatel zdůvodnit obsírně, přesvědčivě a tím spíše, že dřívější závadný hodnotící výrok nemusel nutně kolidovat s povrchní literou právního předpisu, ale pramenit z *ad hoc* improvizované, ledabyle odzkoušené a členům komise i záložním náhradníkům nedostatečně vštípené evaluační metody.

4. Obnovená hodnotící svoboda v mezích přezkoumatelnosti

Dějství obnovené hodnotící svobody v mezích přezkoumatelnosti inscenované zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, úderem 1. července 2006 formálně umrtvilo vyhlášku č. 240/2004 Sb. a restaurovalo i jiné než jednu aprobovanou, z praxe nevykořeněnou bodovací metodu, poníženu teď leda na inspirační předlohu vlastních agregačních fantazií a vážených součtů k vyšetření funkce užitku.

Zákon č. 137/2006 Sb. v § 78 veskrze potvrdil dualitu hodnotících kritérií nejnižší nabídkové ceny a ekonomické výhodnosti nabídky, podpořené vždy předmětu veřejné zakázky blízkými dílčími kritérii (jako kvalita, technická úroveň, vlastnosti estetické, funkční i stran vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, lhůta dodací či pro dokončení) s přiřknutými procentuálními vahami, které tentokráte mohou být i shodné. Podle § 44 odst. 3 písm. f) je způsob kritériálního hodnocení nabídek povinnou náležitostí zadávací dokumentace.

Interní odnož čtvrté generace v rezortu MO pohříchu chybí: mlčící RMO č. 2/2005 již stěží šlo úderem účinnosti zákona č. 137/2006 Sb. vnímat jako regulérní vnitřní předpis, a nový RMO č. 39/2008 – Zadávání veřejných zakázek v rezortu Ministerstva obrany, účinný od 26. září 2008, nejenže s výhledem na transformační vír v akvizičním procesu [4] přišel nevhod, ale k tématu hodnocení nabídek je opět inertní.

Ojedinělým strohým ukazatelem i pomníkem zůstal již zrušený čl. 11 Prozatímního odborného nařízení pro úplatné nabývání majetku a nákup služeb podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, čj. 50014-60/2006/DP-2697 z 26. července 2006, podle něž základním hodnotícím kritériem pro veřejné zakázky s finančním objemem nad 1 mil. eur spadající do mezivládního režimu k posílení konkurenčního prostředí na evropském trhu s obrannými zařízeními a zadané dle výjimky § 18 odst. 1 písm. c) zákona měla být vždy ekonomická výhodnost nabídky.

Jelikož legislativní stejnokroj málokdy prozíravě pokrývá veškerou entropii života, může se volba dokonalé metody hodnocení a konstrukce vektoru vah kdykoliv absurdně obrátit proti

tomu, kdož usiluje o hodnocení co nejméně subjektivní, všestranně průhledné, každému srozumitelné a nepokřivující parametry nabídek ani vůli zadavatele.

4.1 Veřejné zakázky ve výzkumu a vývoji

Nakolik evaluační životopis mapuje pohyblivá a odtažitá judikatura, [5] obdobně markantně a naostro se dilema objektivizovaného a průkazného hodnocení promítá do enklávy veřejných zakázek ve výzkumu a vývoji, na níž lze také zrekapitulovat shora líčenou genealogii. Podpora výzkumu a vývoje se totiž nenápadně proplétala všemi etapami veřejného zadávání podle zákonů č. 199/1994 Sb., č. 40/2004 Sb. i aktuálního č. 137/2006 Sb.

V rezortu MO tyto zakázky exkluzivně zaměstnávají jednoho zadavatele – v jedné osobě posléze poskytovatele podpory obranného výzkumu a vývoje, z jejíhož každoročního půlmiardového objemu zkonsumují veřejné zakázky plných 60 %.

Podporu poskytovatel poukazuje příjemcům ve splátkách předem, jaksi zálohově, což je neobvyklé u klasických veřejných zakázek hrazených zásadně ex post po splnění celku či části a napohled i v rozporu s kvartální úsečností zálohových plateb v § 49 odst. 2 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech.

Dotace výzkumu a vývoje není však cenou za dílo, nýbrž tolerovaným druhem veřejné podpory, třebaže výsledky veřejné zakázky stoprocentně přirůstají do majetkové podstaty státu, jehož jménem poskytovatel jedná (na rozdíl od projektů vzešlých z veřejné soutěže ve výzkumu a vývoji, komplexně upravené zákonem č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje, kdy si výsledky přivlastňuje příjemce za předpokladu jejich smluvního zpřístupnění poskytovateli – viz § 11 a 16 tohoto zákona).

Oč patrnější jsou faktické nuance, jimiž se „pořizování“ výzkumu a vývoje liší od běžné veřejné zakázky na dodávky, služby či stavební práce, o to méně je jasné sousloví »veřejná zakázka ve výzkumu a vývoji« v § 3 odst. 1 písm. a) bodu 3. zákona č. 130/2002 Sb.

Do logické posloupnosti mezi zákonnou abecedou veřejného zadávání a izolovaná pravidla pro uzavření smlouvy a čerpání podpory se vehementně protežuje mýtus o specialitě zákona č. 130/2002 Sb. vůči zákonům o veřejných zakázkách. Leč vyjma předmětu zadání žádný vydatný poměr obecného a zvláštního tyto zákony nesbližuje, je pouze zveličenou sugescí badatelů opojených výstředností výzkumu a vývoje jako objektu veřejného obstarávání.

Domněnku mezizákonné vazby ostatně více zamlžují nežli osvětlují diferencovaně formulované výjimky vztahující se k výzkumu a vývoji, srov. § 18 odst. 1 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb.; § 4 odst. 1 písm. f) zákona č. 40/2004 Sb.; § 1 odst. 2 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb. Tento předpis se výzkumu a vývoje zpočátku dočista zříkal, nehledě k tomu, že před jeho přijetím zákon č. 300/1992 Sb., o státní podpoře vědecké činnosti a vývoje technologií, žádný souměřitelný protějšek pro veřejné zadávání neměl.

V praxi se zpětný ráz výzkumu a vývoje nicméně vměšuje např. do požadované struktury nabídky, jejíž součástí je návrh projektu předkládaný v identické formulářové podobě jako u veřejné soutěže ve výzkumu a vývoji, včetně rozpadu uznaných nákladů projektu (= nabídkové ceny) do položek § 3 nařízení vlády č. 461/2002 Sb., o účelové podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o veřejné soutěži ve výzkumu a vývoji.

Debaty o záchytném poutu mezi veřejnou zakázkou a výzkumem a vývojem nejvíce rozproudil zákon č. 40/2004 Sb., který vymyslel pro tuto relaci příhodnou schizofrenii zakázek na veřejné a ostatní, zato vztah načas oslabil, když vytěsnil experty podle potřeby přibírané komisí pro posouzení a hodnocení nabídek. Vzniklá choulostivá skulina se mermomocí překlenovala

kulhavou analogií mezi dvěma oponentními posudky obligatorně opatřovanými pro hodnocení návrhů projektů odborným poradním orgánem ve veřejné soutěži podle zákona č. 130/2002 b. a jejich fatální nepostradatelnosti i pro veřejnou zakázku ve výzkumu a vývoji.

Opětovná legalizace tzv. odborných poradců zákonem č. 137/2006 Sb. zažehkala střízlivé náměty, aby byli s úsporou za honorované oponentury kooptováni do hodnotící komise přímo jako její povinná erudovaná frakce (§ 74 odst. 3, 5 a 6), ale obnovila úvahy o míře závaznosti jejich názorů pro členy hodnotící komise. Díky zákona totiž omezuje využití přizvané a nepodjaté poradce toliko pomocně pro posouzení nabídek z hlediska dodržení zákona a splnění požadavků zadavatele (§ 76 odst. 1, 2), nikoliv pro jejich vlastní hodnocení. Tím by se komise degradovala na soupravu spolehlivých kalkulátorů, automaticky, bez vlastního soudu přepočítávajících body odborného poradce udělené ve prospěch či na úkor té které nabídky.

Nevšednost veřejné zakázky respektive očekávaných, leč nezaručených výsledků výzkumu a vývoje tkví přinejmenším v tom, že se při hodnocení nevystačí s jedním kritériem nejnižší nabídkové ceny jako u normálního spotřebního sortimentu, ale je zapotřebí zvažovat ekonomickou výhodnost podchycenou necenovými kritérii.

4.2 Nezamýšlená slepá ulička: doplňková kritéria

Jejich formulace a vybalancování je tím záladnější, oč méně jdou změřit. Experimentálně lze dokázat, že při nesprávné specifikaci kritérií a vykonstruování sloupce vah třebas renomovanou metodou kvantitativního párového srovnání, ale s nevýrazným procentuálním rozpětím, může hodnocení vyústit do nezamýšlené slepé uličky: soulad návrhu projektu se zadávací charakteristikou (1. kritérium – váha 39 %) je sice nulový, avšak výše požadované podpory – nabídková cena (2. kritérium – váha 28 %) uznatelná, kvalita navrhovaného řešení (3. kritérium – váha 22 %) vědecky seriózní a časový harmonogram řešení (4. kritérium – váha 11 %) přiměřený. Když kritéria rádobly doplňková takto v souhrnu potlačí kritérium ústřední, přinutí zadavatele kapitulovat před čímsi, co si vůbec neobjednal.

Prevenčí je samozřejmě zodpovědné posouzení nabídek a vyřazení těch nevyhovujících předtím, než jsou připuštěny k hodnocení. Posouzení by měla napomoci kvalifikovaná dobrozdání odborných poradců. Jenomže tam, kde se jeden expert vyčerpá párem odstavců frázevitych, prefabrikovaných a těžko uchopitelných klíšé, vyjádří se druhý uspořádaně k formálnímu zpracování nabídky – návrhu projektu (stylistická a pravopisná kultivovanost, přehlednost členění), práci s daty a informacemi (terminologická přesnost, standardizace či inovace vědeckých postupů, logická jednota tezí), přístupu k řešení (svrchaná orientace v dosaženém stavu poznání, vědecká poctivost a originalita, ověřitelnost tvrzení a argumentů) a nabídku třeba nedoporučí k hodnocení, dokud uchazeč důkladně komisi nevysvětlí kontroverzní pasáže a slabá místa návrhu projektu.

Psychologickým i legislativním rébusem zůstává, kterak setrvačně může opravdu fundovaný či jen charismaticky uhrančivý poradce komisi manipulovat i při hodnocení nabídky, prošla-li posuzovacím kolem. Impresivní dopad jeho posudku na laický prvek komise asi sotva půjde zakázat zákonem. Neméně labilní je ovšem právní podobenství mezi hodnocením nabídek ve veřejné zakázce (již bez přímého vlivu přizvaného poradce) a hodnocením návrhů projektu ve veřejné soutěži, kde oponentní posudky naopak jsou podkladem hodnotícího odborného poradního orgánu, nikoliv komise, která návrhy přijímá a propouští k hodnocení.

5. Praktické shrnutí aneb účel světí prostředky

Nouzovým a snad únosným východiskem se zdá porovnávání nabídek, plně souladných s charakteristikou v zadávací dokumentaci, ekvivalentním tandemem kritérií nejnižší nabídková cena plus proveditelnost projektu, zahrnující bodově otaxovanou kvalitu řešení, pravděpodobnost dosažení očekávaných výsledků, realnost harmonogramu řešení a čerpání podpory, jakož i veškerá související rizika. Zde by se ozřejmil smysl posudku odborného poradce nejen jako směrovky pro posouzení nabídky, ale i nezávazného vodítka při jejím hodnocení.

Útočiště mimo režim zákona, kdy jej za použití některé z výjimek netřeba ctít, skýtá zadavateli spásné bezpečí před nevyzpytatelností krkolomně konfigurovaných hodnotících kritérií.

Podle § 79 odst. 6 komise neprovede hodnocení, měla-li by hodnotit nabídku pouze jednoho uchazeče. Tudíž i zadání veřejné zakázky ve výzkumu a vývoji např. podle § 18 odst. 1 písm. j) a priori potírá výběr mezi více variantami i nezbytnost jejich hodnocení. Manévrovací půdorys zadavatele, jak naložit s nabídkou subjektu vyživovaného mateřským rezortem MO, tedy nezáleží na porovnávání s jinými nabídkami, ale na vyhrazeném rejstříku oprávnění nabídku uchazeče buďto odmítnout, neuzavřít s ním smlouvu anebo zadání veřejné zakázky zrušit.

Jádro činnosti komise, imitující zákonný rytmus pokud možno tak, aby to neodklonilo konečné zadání, spočívá v ověření shody nabídky se zadávací charakteristikou a eventuálním doladěním nejasností přímo s uchazečem. V účelové stínohře zákona se pak takové malichernosti, jako že jeden nepodjatý odborný poradce nepokrytě opisoval od druhého anebo že se oba autoři posudků zčistajasna rozdvojí i do personálního substrátu komise, hravě ztratí.

Použitá literatura:

Metodický pokyn MŽP ČR z 11. března 1992 pro zadávání projektových prací na výstavbu a v územním plánování; Zadávací řád staveb – opatření FMH a MP ČR ze dne 24. března 1992.

Usnesení vlády č. 470/1992 z 29. června 1992 o závaznosti pravidel zadávání zakázek na projekty, dodávky a služby pro státní informační systém České republiky.

TILLMAN, J. *Veřejná zakázka*. Praha: Prospektrum, 1995, s. 140-141.

FALDYNA, F., BEJČEK, J., HAJN, P., HUŠEK, J., MAREK, K., POKORNÁ, J., ROZEHNALOVÁ, N. *Obchodní zákoník s komentářem*, II. díl (§ 261-775). Praha: Codex, 2000, s. 64.

HAVLÍČEK, J., ŽÍSKAL, J. *Ekonomicko matematické metody I* [studijní texty pro distanční studium]. Praha: PEF ČZU, 2003, s. 24-40.

ŠUBRT, T., LANGROVÁ, P. *Systémová podpora projektů*. Praha PEF ČZU, 2003, s. 48-56.

OCHRANA, F. *Hodnocení veřejných projektů a zakázek*. Praha: ASPI, 2004.

Informační bulletin *Rok práce pro bezpečnou budoucnost*. Praha: MO ČR, 2008, či koncept *Transformace rezortu Ministerstva obrany České republiky*, schválený usnesením vlády č. 1194 z 22. října 2007.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 9/2002-62 z 16. března 2004.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 22/2005 z 15. prosince 2006.