

Michal Šašek¹⁾

Hodnotící paradox v zadávacích řízeních jako důsledek možnosti využití předsunutého hodnocení nabídek

Článek je věnován tzv. hodnotícímu paradoxu v zadávacích řízeních na veřejné zakázky. K uvedenému jevu může za určitých situací docházet při užití předsunutého hodnocení nabídek a jeho řešení nemusí být na první pohled zcela jednoznačné.

Před nabytím účinnosti ZZVZ bylo možno považovat za zcela samozřejmou situaci, kdy po uplynutí lhůt pro podání nabídek a následném otevření podaných nabídek zadavatel (případně hodnotící komise či administrátor zadávacího řízení – poznámka autora)²⁾ přistoupil nejprve k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, následně případně vyloučil ze zadávacího řízení ty účastníky, kteří uvedené podmínky nesplnili a teprve po takovémto snížení počtu účastníků hodnotil zbylé nabídky. Uvedený postup byl až do přijetí ZZVZ v zásadě jedinou zákonem aprobovanou možností, jak po otevření nabídek postupovat.

Popsaný postup připouští zákon i dnes, kdy lze nejdříve posoudit splnění podmínek účasti ve smyslu § 37 ZZVZ, poté vyloučit účastníky nesplňující zadávací podmínky na základě § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ a teprve následně nabídky účastníků, kteří splňují zadávací podmínky, podrobit hodnocení ve smyslu § 114sq. ZZVZ. Tento přístup však již není dle zákona pro zadavatele obligatorní, neboť ZZVZ připouští i možnost provést hodnocení podaných nabídek před posouzením splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Pochopitelně se tato možnost nabízí pouze u těch druhů zadávacích řízení, u kterých není jasně dána souslednost postupů povahou daného řízení.³⁾

¹⁾ Autor je doktorandem na Katedře správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity.

²⁾ Úkony hodnotící komise či administrátora zadávacího řízení budou ve smyslu ust. § 42 odst. 1 *in fine* a § 43 ZZVZ považovány za úkony zadavatele, z tohoto důvodu nadále článek rozumí úkony zadavatele též úkony hodnotící komise či administrátora.

³⁾ Předsunuté hodnocení tak nelze užít např. v případě užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním, řízení se soutěžním dialogem či řízení o inovačním partnerství – srov. Dvořák, D. et al.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, ISBN 978-80-7400-651-7, s. 239–249.

Za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ 2006“) byla legalita provedení předmětného tzv. předřazeného hodnocení nabídek (též označováno jako předsunuté⁴⁾⁵⁾ předmětem debat, neboť zákon tuto otázku jednoznačně neupravoval. Za zárodek či určitou obdobu předsunutého hodnocení nabídek lze označit úpravu zjednodušeného podlimitního řízení v ZVZ 2006,⁶⁾ která umožňovala prokázat splnění kvalifikačních předpokladů účastníka zadávacího řízení (coby jednu z podmínek účasti v zadávacím řízení), ještě před „plnohodnotným“ posouzením nabídek pouhým čestným prohlášením.⁷⁾ Byla-li využita k prokázání kvalifikace čestná prohlášení, zadavatel mohl vzhledem k nim považovat kvalifikační kritéria prozatím za splněná a po hodnocení nabídek si vyžádat originály pouze od vybraného účastníka, jehož nabídka nejlépe vyhovovala hodnotícím kritériím. *De facto* se tak zadavatelům nabízelo jen částečně předsunuté hodnocení nabídek, neboť bylo možné po hodnocení provádět pouze posouzení splnění kvalifikačních předpokladů, na ostatní složky posouzení se již tato možnost nevztahovala.

Právní úprava dle aktuální zadávací směrnice a ZZVZ

ZZVZ oproti předchozí právní úpravě připouští možnost předsunutého hodnocení již *explicite*, čímž odstraňuje právní nejistotu zadavatelů spojenou s daným postupem. Konkrétně zákon udává, že „zadavatel může provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek“.⁸⁾ Zakotvením možnosti provedení předsunutého hodnocení nabídek zákonodárce reflektoval znění zadávací směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU, která ve svém ustanovení čl. 56 odst. 2 garantovala zadavatelům možnost využít předřazeného hodnocení nabídek v případě otevřených řízení. V českém překladu směrnice v daném ustanovení normuje, že „[v] otevřených řízeních mohou veřejní zadavatelé rozhodnout, že přezkoumají nabídky před ověřením neexistence důvodů pro vyloučení a splnění kvalifikačních kritérií pro výběr v souladu s články 57 až 64“ a „pokud této možnosti využijí, ujistí se, že ověření neexistence důvodů pro vyloučení a splnění kvalifikačních kritérií pro výběr je prováděno nestranně a transparentně, aby žádná veřejná zakázka nebyla zadána uchazeči, který měl být podle článku 57 vyloučen nebo který nesplňuje kvalifikační kritéria pro výběr stanovená veřejným zadavatelem“.⁹⁾

⁴⁾ Tento termín užívá např. MORONGOVÁ, T.: *Předsunuté hodnocení nabídek – Novinka zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. epravo.cz [Cit. 01.04.2021]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/predsunate-hodnoceni-nabidek-novinka-zakona-c-1342016-sb-o-zadavani-verejnych-zakazek-106246.html>

⁵⁾ V tomto článku jsou oba uvedené termíny užívány *promiscue*.

⁶⁾ ČAJOVÁ, Z.: *Hodnocení nabídek ve veřejných zakázkách*. Brno, 2020. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. Vedoucí práce BLÁŽEK, J.

⁷⁾ Ustanovení § 62 odst. 3 ZVZ 2006.

⁸⁾ Ustanovení § 39 odst. 4 ZZVZ.

⁹⁾ K porovnání znění překladu tohoto ustanovení s jeho anglickým originálem, srov. HLAWSA, J. a MAREČKOVÁ, E.: *Přinese nová zákonná úprava veřejných zakázek změnu*

Jak plyne ze shora uvedeného, směrnice dává možnost využít předsunuté hodnocení nabídek pouze v případě otevřeného řízení. Český zákonodárce však rozšířil možnost jeho uplatnění i například na zjednodušené podlimitní řízení, které vzhledem k podlimitnímu režimu není upraveno na unijní úrovni,¹⁰⁾ a tak tento druh řízení reguluje výlučně právo vnitrostátní. Předsunuté hodnocení nabídek je tak možné dle aktuálního zadávacího kodexu (jak bývá někdy ZZVZ označován), užít jak v případě otevřeného řízení, tak rovněž i u zjednodušeného podlimitního řízení. Popsaný vstřícný přístup zákonodárce byl ze strany zadavatelů přijat s potěšením, neboť zejména v „tendrech“ s velkým počtem účastníků značně snižuje administrativní náročnost výběru dodavatele.

Případný postup zadavatele po vyloučení účastníka s nejvhodnější nabídkou

Při využití předsunutého hodnocení nabídek však může docházet k situacím, kdy bude při následném posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení zjištěno, že účastník, jehož nabídka nejlépe odpovídala hodnotícím kritériím, nespĺňuje všechny podmínky účasti v zadávacím řízení. Po tomto zjištění může zadavatel přistoupit na základě ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ k vyloučení účastníka zadávacího řízení,¹¹⁾ byť jeho nabídka byla v rámci hodnocení nabídek vyhodnocena jako nejvhodnější. Zde poté vyvstává otázka, jak v rámci zadávacího řízení postupovat dále. Obecně přicházejí v úvahu tři možnosti postupu zadavatele:

- a) zadavatel vybere jako nejvhodnější tu nabídku, která se v rámci hodnocení nabídek umístila na druhém místě a dodavatele, který tuto nabídku podal, podrobí procesu posouzení splnění podmínek účasti;
- b) zadavatel po vyloučení účastníka provede nové hodnocení nabídek, při kterém již nepřihlíží k nabídce vyloučeného účastníka a následně u účastníka, který podal nejvhodnější nabídku provede posouzení splnění podmínek účasti;
- c) zadavatel se rozhodne namísto hodnocení nabídek provést nejprve posouzení splnění podmínek účasti u všech zbylých účastníků a k hodnocení nabídek přistoupit až poté.

Samotný zákon jednoznačně neurčuje, ke které ze tří shora uvedených eventualit by mělo být přistoupeno. S ohledem na to, že zadávací řízení nepředstavuje výkon veřejné moci, ale jedná se o soukromoprávní kontraktační proces, který je pouze jistým způsobem modifikován veřejnoprávními ingerencemi,¹²⁾ lze říci, že na postup zadavatele bude určitou měrou dopadat zásada autonomie vůle.¹³⁾ Z ústavněprávní roviny do úpravy

v postupu při posuzování a hodnocení nabídek? [online]. epravo.cz [cit. 1. 4. 2021]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/prinese-nova-zakonna-uprava-verejnych-zakazek-zmenu-v-postupu-pri-posuzovani-a-hodnoceni-nabidek-96795.html>

¹⁰⁾ Srov. čl. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU.

¹¹⁾ Výzva dle ust. § 46 ZZVZ není obligatorní a je tak v diskreci zadavatele.

zadávacího řízení tak prozařuje postulát, dle něž subjekty mohou činit vše, co zákon nezakazuje (subjektům je tedy jako v soukromoprávní oblasti ponechána možnost jednání *praeter legem*, nebude-li jednání odporovat zmiňovaným veřejnoprávním ingerencím). Z uvedeného hlediska se tak nabízí závěr, že je na vůli zadavatele, jaký postup z možností uvedených pod písm. a) až c) zvolí. V daném případě je ovšem třeba podotknout, že předmětná volba následného postupu může mít vliv na konečné pořadí účastníků zadávacího řízení.

Tzv. hodnotící paradox

V zadávacích řízeních mohou nastat situace, kdy jsou hodnotící kritéria nastavena jako kritéria relativní, tedy taková, v nichž se výpočet počtu bodů určuje na základě poměru k nejhodnější nabídce v daném kritériu.¹⁴⁾ Zejména u multikriteriálního hodnocení pak nastávají v praxi situace, kdy výsledek v případě užití předsunutého hodnocení nabídek je odlišný, než jaký by byl, pokud by proběhlo nejprve posouzení splnění podmínek účasti u všech účastníků, následované vyloučením účastníků zadávací podmínky nesplňujících. Tato situace je označována jako tzv. hodnotící paradox (*ranking paradox*), který lze charakterizovat jako stav, kdy po vyloučení nabídky ze zadávacího řízení a opětovně provedeném hodnocení bude výsledné vzájemné pořadí zbylých (nevyloučených) nabídek odlišné než předtím.¹⁵⁾

Uvedená potencialita je zcela zřejmě příčinou, proč se v odborné veřejnosti vyskytují časté názory, dle kterých je za této situace potřeba přistupovat buď k novému hodnocení,¹⁶⁾ popřípadě nejprve provádět posouzení splnění podmínek účasti u všech nevyloučených účastníků. K rozšíření tohoto závěru dle autora přispívá též zásada podpory hospodářské soutěže, která se sice z výčtu v ust. § 6 ZZVZ nepodává, avšak je judikaturou dovozována např. z ust. § 36 odst. 1 ZZVZ. Jako další podpůrný argument pro nové hodnocení nabídek by mohlo být odkázáno na znění ust. § 125 odst. 1 ZZVZ, dle kterého „[n]ové hodnocení zadavatel musí provést, pokud by vyloučení vybraného dodavatele znamenalo podstatné ovlivnění původního pořadí nabídek“. Ovšem

¹²⁾ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2019, č. j. S0108/2019/VZ 24785/2019/523/DFI, bod 116.

¹³⁾ Byť je uvedená zásada samozřejmě omezena nemálo regulativy práva veřejných zakázek (pro který bývá zadávací řízení často označováno za vysoce formalizovaný proces), nelze její dopad vyloučit.

¹⁴⁾ O rozdílech mezi absolutním a relativním hodnotícím přístupem pojednává např. P. S. Stilger, srov. STILGER. P. s. et al.: *Formulas for Choosing the Most Economically Advantageous Tender – a Comparative Study*. [online]. researchgate.net [cit. 1. 4. 2021]. Dostupné z: <https://www.researchgate.net/search?q=A%20comparative%20study%20of%20formulas%20for%20choosing%20the%20economically%20most%20advantageous%20tender>

¹⁵⁾ STILGER. Przemysław Stanisław et al., op. cit.

¹⁶⁾ Confer PODEŠVA, V. et al.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-102-6. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 1. 4. 2021].

vzhledem k tomu, že dané ustanovení hovoří pouze o vybraném dodavateli, ustanovení nedopadne na situaci, kdy zadavatel (popř. hodnotící komise) zjistí nedostatky v dokladech prokazujících kvalifikaci vyžadovanou zadávací dokumentací, tedy ještě před rozhodnutím zadavatele o výběru dodavatele.

Nepoužitelnost § 125 odst. 1 věty druhé ZZVZ na tzv. hodnotící paradox a otázka analogie legis.

Na tomto místě je třeba připomenout, že součástí oznámení o výběru dodavatele je dle ust. § 123 písm. b) ZZVZ výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Zároveň platí, že zadavatel odešle bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. Jelikož před rozhodnutím o výběru dodavatele bude zadavatel zkoumat též splnění podmínek účasti u dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvhodnější, zadavatel musí z povahy věci již v tomto okamžiku zjistit, že účastník, jehož nabídka byla hodnocena jako nejvhodnější nesplňuje zadávací podmínky, je třeba uzavřít, že ustanovení § 125 odst. 1 věty druhé ZZVZ na situaci, kdy nastane tzv. hodnotící paradox, nedopadne.

Na popsanou situaci by teoreticky bylo možné uvedené ustanovení vztáhnout pouze na základě argumentu *per analogiam legis*, nicméně rozlišuje-li zákonodárce striktně mezi pojmy dodavatel ve smyslu ust. § 5 a vybraný dodavatel ve smyslu definice obsažené v ust. § 28 odst. 1 písm. h) ZZVZ, je vhodnost uplatnění analogie na tuto situaci minimálně velmi diskutabilní. Z tohoto důvodu lze uzavřít, že nastane-li situace zvaná hodnotící paradox, může se uplatnit jakýkoli ze tří shora předestřených možných postupů, jelikož ZZVZ nepředepisuje pro takovouto situaci žádné řešení.

I přes uvedenou skutečnost je však dle autora těchto řádků nevhodnějším přístupem provedení nového hodnocení nabídek bez přihlídnutí k nabídce vyloučeného dodavatele.

Pohled Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a odborné veřejnosti

Problematikou tzv. hodnotícího paradoxu se zabýval i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který doporučuje při výskytu tohoto jevu zadavatelům „postupovat tak, aby nedocházelo ke zkreslení výsledků při hodnocení podaných nabídek a [zadavatelé tak] nepodstupovali [...] zbytečně vyšší riziko zpochybnění výběru dodavatele“.¹⁷⁾ Z podaných informací plyne, že Úřad doporučuje zadavatelům postup výše popsany sub b) či c). Úřad dokonce označuje jiný přístup za nezákonný, nicméně neuvádí žádné ustanovení, které by mělo být při využití jiného než Úřadem doporučeného (respektive s ohledem

¹⁷⁾ ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE. *STRUČNÝ PRŮVODCE ZADAVATELE SVĚTEM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK /3.DÍL* [online]. uohs.cz [cit. 1. 4. 2021]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/verejne-zakazky/2744-uohs-vydava-treti-dil-strucneho-pruvodce-zadavatele.html>

na údajnou nezákonnost přikázaného) postupu zadavatele porušeno. Zároveň je omezena míra závaznosti tohoto tvrzení Úřadu tím, že předmětné doporučení je obsaženo pouze v informačním listu Úřadu a nikoli například ve výkladovém stanovisku.

Bývalý místopředseda Úřadu, JUDr. Josef Chýle, Ph.D., při představování ZZVZ uvedl následující:

„Předsunutí hodnocení před posouzení nabídky z hlediska splnění kvalifikace a splnění zadávacích podmínek nemusí být vhodné ve všech případech. Pozor by si měl dát zadavatel zejména v situaci, kdy v daných kritériích hodnotí nabídky poměrem k té nejlepší nabízené hodnotě. Následné vyloučení vybraného uchazeče může ovlivnit další pořadí nabídek a nelze automaticky přistoupit k nabídce uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí na základě původního hodnocení.“¹⁸⁾

Ani uvedené vyjádření však nemá právní závaznost, jelikož tuto nelze přiznat vyjádřením funkcionářů Úřadu. Vedle soudů je totiž úloha dotváření práva svěřena pouze správním orgánům, a to výlučně v případě jejich rozhodovací činnosti.

Ze strany zastánců nutnosti postupu sub b) či sub c) zaznívá mj. argument, že v případě využití postupu uvedeného sub a) by došlo ke zkreslení celkového výsledku hodnocení, či deformaci kritérií hodnocení. Tento argument uvádí ve svém článku např. D. Pham s M. Krahulíkem,¹⁹⁾ lze se však s tímto názorem setkat i jinde.²⁰⁾ Uvedení autoři však uvádí, že jediným správným postupem v případě existence více hodnotících kritérií je nejprve provést posouzení splnění podmínek účasti a teprve až následné hodnocení nabídek. To však dle názoru autora tohoto článku vůbec nezohledňuje povahu hodnotících kritérií, a proto tento názor nelze pokládat za správný. Jak bylo shora uvedeno, roli bude hrát skutečnost, zda jsou hodnotící kritéria nastavena jako relativní či jako absolutní. Pokud jsou kritéria nastavena jako absolutní, není důvodu ani v případě multikritériálního hodnocení nabídek přistupovat nejprve k posouzení nabídek, neboť k žádnému zkreslení či dokonce deformaci výsledků hodnocení nedochází.

¹⁸⁾ ASOCIACE PRO VEŘEJNÉ ZAKÁZKY. *Nový zákon o zadávání veřejných zakázek, tj. procesní volnost, ale i odpovědnost* [online], asociacevz.cz [cit. 01.04.2021]. Dostupné z: <https://asociacevz.cz/avz-v-mediich/2005-22-6-2016-novy-zakon-o-zadavani-verejnych-zakazek-tj-procesni-volnost-ale-i-odpovednost>

¹⁹⁾ PHAM, D. a KRAHULÍK, M.: *Rizika předběžného hodnocení nabídek v zadávacím řízení* [online]. epravo.cz [cit. 01.04.2021]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/rizika-predbezneho-hodnoceni-nabidek-v-zadavacim-řízení-108341.html>

²⁰⁾ Viz např. ČAJOVÁ, Z., op. cit., s. 48.

Závěr

Článek se zabýval jevem, který bývá označen jako tzv. hodnotící paradox, a který může vzniknout jako důsledek kombinace využití předsunutého (předřazeného) hodnocení nabídek a multikriteriálního hodnocení nabídek s tzv. relativními hodnotícími kritérii. Řešení se nabízí tři, přičemž jak vyplývá ze shora uvedeného přehledu, jedna z možností je poněkud diskutabilní, byť se autor nedomnívá, že by představovala zjevné porušení pravidel zadávání veřejných zakázek. Přesto je dle autora nejvhodnějším postupem zadavatele v případě vyskytnutí se jevu označovaného jako hodnotící paradox provedení nového hodnocení bez přihlédnutí k nabídce vyloučeného účastníka zadávacího řízení, a to mj. s ohledem na skutečnost, že postup zadavatele, který by zohledňoval při novém hodnocení i nabídku vyloučeného dodavatele (být by nemohla být vybrána), byl Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže označen za nezákonný. Proto se v případě výskytu tzv. hodnotícího paradoxu jako nejvhodnější přístup jeví provedení nového hodnocení bez přihlédnutí k nabídce vyloučeného účastníka, což lze uvést jako doporučení do praxe.

Shrnutí:

Uplynutím lhůty pro podání nabídek nastává v zadávacím řízení fáze posouzení a hodnocení nabídek. Možnost zadavatele posoudit splnění podmínek účasti v zadávacím řízení až po provedeném hodnocení nabídek, zakotvená do zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, na jedné straně v mnoha případech učinila proces výběru nejvhodnější nabídky značně rychlejší. Na druhou stranu, uplatnění této možnosti při administraci zadávacího řízení za určitých situací skrývá nejasnosti, jejichž vyřešení nemusí být *prima vista* zcela jednoznačné. Mezi tyto nejednoznačné případy patří mimo jiné tzv. hodnotící paradox, na který se zaměřuje tento článek.

Summary:

After the expiry of the time limit for the submission of tenders, the phases of assessment and evaluation of tenders in the tender procedure are commenced. The option of the contracting authority to examine tenders before verifying the absence of grounds for exclusion and the fulfilment of the selection criteria (enshrined in Act No. 134/2016 Coll. of 19 April 2016, on Public Procurement) on the one hand made the process of selection the most advantageous tender faster. On the other hand, the application of this option in the administration of a procurement procedure in certain situations carries unclarity, whose solution may not be *prima vista* entirely clear. These ambiguous cases include, among others, the so-called ranking paradox, which this article will focus on.