

Bylo by možné sjednotit zadávací podmínky u obdobných zakázek?

Je stávající systém přípravy zadávacích podmínek u veřejných zakázek transparentní a srozumitelný? Dají se kvalifikační předpoklady, jež jsou stanoveny v zadávacích dokumentacích u veřejných zakázek, zneužívat jako eliminační prvek proti jednotlivým uchazečům? Neměly by zadávací podmínky, včetně kvalifikačních předpokladů vytvářet koherentní stav, který by především zajistil maximální efektivnost při zadávání veřejných zakázek? Nebylo by sjednocení zadávacích podmínek a kvalifikačních předpokladů u obdobných druhů veřejných zakázek nejlepším protikorupčním opatřením?

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, je v poslední době podrobován silné kritice, kdy *de facto* můžeme konstatovat, že téměř každá druhá veřejná zakázka bývá nařčena z předem stanoveného výsledku a tudíž celé výběrové řízení se jeví jako pouhá formalita. Nicméně je tomu ve všech případech skutečně tak? Nemíjí tento jev spíš zapříčiněn nepřehledností v oblasti zadávacích podmínek a kvalifikačních předpokladů, které jsou, dle mého názoru, stanovovány nepromyšleně a každá veřejná zakázka, byt obdobného charakteru, má jiné parametry? Pravděpodobně ano, nicméně stejně tak je ale důležité zmínit, že právě tato nepřehlednost, a do jisté míry autonomie každého zadavatele, může výrazně přispívat k neúměrně nastavovaným parametrům s cílem co největší eliminace potenciálních uchazečů v zadávacím řízení tak, aby byl zvýhodněn předem vybraný uchazeč.

Zadávací podmínky Realita

Pokusím-li se poukázat na teoreticko-právní principy pro sestavování zadávacích podmínek (v případě veřejných zakázek v České republice upraveno zákonem č. 137/2006, Sb., o veřejných zakázkách), které jsou obsaženy ve výše uvedeném zákoně, příkladmo § 13 (Předpokládaná hodnota veřejné zakázky), § 44 (Zadávací dokumentace), § 50 (Kvalifikace) a další, zdálo by se, že k výše naznačeným problémům by nemělo vůbec docházet.

Jak je tedy možné, že v praktické aplikaci se výše uvedené míjí účinkem a realita je zcela odlišná?



Zadávací dokumentace by měla být srozumitelným dokumentem, jenž v sobě obsahuje zadávací podmínky vztahující se ke konkrétní veřejné zakázce a dále zadavatelem stanovené požadavky na kvalifikační předpoklady, které musí uchazeč usilující o získání veřejné zakázky bez výhrady splnit, případně další podmínky nutné k řádnému plnění veřejné zakázky či pokyny pro zpracování nabídky. Avšak v mnoha případech se při vyzvednutí zadávací dokumentace můžeme setkat s rozporu vedoucími k následnému prodlužování celého zadávacího řízení a někdy i k jeho zrušení. Osobně tento fakt připisují především té skutečnosti, že mnozí zadavatelé se při zpracovávání zadávacích podmínek, kvalifikačních předpokladů a předpokládané hodnoty v zadávací dokumentaci často spoléhají na předešlá zadávací řízení, ze kterých čerpají koncové informace.

Zmíním-li se příkladem o stavebních pracích, tak zde mám především na mysli neoceněné položky ve výkazu výměr, špatně oceněné práce, nenastavené kubatury, vycházení ze starých projektů aj., které se následně projevují ve špatně stanovené předpokládané hodnotě veřejné zakázky uvedené v zadávací dokumentaci, potažmo kritérií nastavených v zadávacích podmínkách.

Silné a slabé stránky stávajícího postupu:

■ Silné stránky stávajícího postupu při přípravě zadávacích podmínek dle zákona

137/2006 Sb., o veřejných zakázkách - zabezpečující transparentnost, kvalitu a efektivitu:

- žádné.

■ Slabé stránky stávajícího postupu při přípravě zadávacích podmínek dle zákona 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách - zabezpečující transparentnost, kvalitu a efektivitu:

- neexistence mantinelů, v kladení nízkých či vysokých kvalifikačních požadavků na způsobilost uchazeče
- velice často stanovená nereálná předpokládaná hodnota veřejné zakázky
- neprovázanost hodnotících kritérií ve vztahu ke druhu a předmětu veřejné zakázky.

Dále pak se domnívám, že příčinou může být také oddělení technických kvalifikačních předpokladů a hodnotících kritérií, což platí nejen pro konzultační služby, ale i pro dodávky staveb. Tím, že není možné hodnotit kvalitativní úroveň uchazeče podle jeho charakteristiky, referencí, personálu atd., nastavují se kvalifikační parametry tak, že lze snadno nastavovat výsledek výběrového řízení.

Výše uvedenou problematikou se v oblasti konzultačních služeb zabýval JUDr. Vlastimil Fidler (srov. Fidler, V.: Zákonné aspekty hodnocení veřejných zakázek, časopis *Veřejné zakázky*, č. 1/2011, s. 17) a Mgr. Aleš

Roztočil (srov. Roztočil A.: Kvalita u zakázek na odborné poradenské služby, časopis Veřejné zakázky, č. 1/2011, s. 18-21), kdy ukazují, jak nutná je do budoucna změna současného stavu.

Budoucnost

Dívám-li se do budoucna a beru-li v potaz veškeré stávající komplikace, které doprovázejí oblast veřejných zakázek (korupce, ekonomický propad, pokles v počtu vyhlášených veřejných zakázek, přetlak uchazečů o veřejnou zakázku aj.), docházím jednoznačně k názoru, že chceme-li hovořit o zkvalitnění zákona o veřejných zakázkách v rámci přípravy zadávacích podmínek, bylo by velice moudré začít přemýšlet o prosazení takových inovativních kroků, které by minimálně nastavily regulační proces v podobě dokonalých a neutrálních postupů, zajišťujících kvalitu a jistotu v nabízeném řešení veřejné zakázky.

Osobně se domnívám, že proto, abychom mohli do budoucna postoupit směrem kupředu, je zapotřebí, aby došlo k provázání zadávacích podmínek a budoucích smluv tak, že se tyto smlouvy stanou standardní a vzorové. Jedním z těchto procesů by zcela jistě mohl být tzv. systém FIDIC „Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils“ - Mezinárodní federace konzultačních inženýrů, který se řídí čtyřmi modely obchodních podmínek. Zároveň považuji za důležité zmínit, že mezi hlavní výhody tohoto systému patří kvalitativně-bezpečnostní povaha obchodních smluv, zabezpečující kontrolu a garanci průběhu veřejné zakázky od samého počátku až do úplného konce.

Výše uvedenou problematikou systému FIDIC se zabýval Ing. Miroslav Kos (srov. Kos M.: Nutnost provázání zadávacích a smluvních podmínek u veřejných zakázek, přednáška na semináři CACE *Zadáování a financování zakázek ve veřejném a soukromém sektoru - moderní praxe a trendy*, 22.3.2011)

Typy obchodních smluv dle systému FIDIC:

■ RedBook

Tento typ smlouvy se doporučuje pro stavební a inženýrské práce prováděné podle projektu, který si zajišťuje objednatel (zadavatel) většinou prostřednictvím externího projektanta.

■ Yellow book

Tento typ smlouvy se doporučuje pro pro-

vedení elektrických nebo strojních zařízení pro vyprojektování a provedení stavebních a inženýrských prací.

■ Silver book

Tento typ smlouvy je tzv. typem smlouvy na klíč a doporučuje se tam, kde jeden subjekt bere veškerou zodpovědnost za vyprojektování a provedení celé stavby.

■ Green book

Tento typ smlouvy se doporučuje pro jednoduché formy smlouvy u stavebních a inženýrských prací s relativně malými investičními náklady.

Dalším procesem, který bych zcela jednoznačně viděl jako přínos u sestavování zadávacích podmínek, je zobjektivizovat zadávací řízení tak, aby nedocházelo k různorodosti v jednotlivých požadavcích, kladených na uchazeče při obdobných soutěžích. Sjednocení pravidel v oblasti zadávacích podmínek u obdobných veřejných soutěží by mělo být především tzv. duchem zákona, kdy každý uchazeč má mít možnost rovnosti, transparentnosti a objektivitu.

Jako příklad uvádím otázku ve vztahu kvalifikačních předpokladů, kterou se zabýval Ing. Miroslav Kos (srov. Kos M.: Obvyklý požadovaný rozsah kvalifikačních předpokladů, Hydroprojekt CZ a.s., 2010). Přičemž je potřeba zdůraznit, že v tomto případě je klíčovým požadavkem **proporcionality** velikost významu veřejné zakázky a výše kvalifikačních předpokladů. Jako důležité

sdělení považuji především zmínit, že tento průzkum ukázal, jak je tento vztah používán a jak často ho lze vystopovat i v praxi. Ze zjištění uvádím:

■ Obvyklá úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů

Je požadována výše obrátu, která se vztahuje k předmětu a velikosti tendru jako kvalifikační ukazatel. Tento obrat dosahuje obvykle hodnoty 50 až 75 % předpokládané výše investičních nákladů projektu (nabídkové ceny). Dále je požadován v případě konsorcií podíl na objemu zakázky u vedoucího sdružení min. 50 % a výše s tím, že leader by měl mít roční obrat alespoň 50 % hodnoty zakázky. Pojištění je obvykle požadováno ve výši alespoň 5 až 10 % hodnoty zakázky. Je požadován Performance Bond (záruka za provedení zakázky) ve formě bankovní záruky či pojištění třetí stranou ve výši 5 až 10 % nabídkové ceny.

■ Obvyklý požadovaný rozsah technických kvalifikačních předpokladů

Uchazeč musí disponovat týmem složeným ze specialistů s praxí u vedoucích týmu 10 až 15 let. Reference vedoucího týmu musí být prakticky stejná s velikostí projektu. Jsou požadovány obvykle 2 až 3 obdobné služby na dodávku prací (Works = dodávka stavby). V případě konzultačně projektových služeb (Services) se požadují opět alespoň 2 služby stejné velikosti a dále 3 až 5 menších referencí. Reference jsou požadovány úměrně velikosti projektu, nalezena byla oblast 50 až



75 % velikosti projektu v případě první reference (požadována minimálně 1 ks, obvykle 2 ks). Reference druhá či třetí je obvykle nižší, a to v oblasti 30 až 60 % velikosti projektu. Se snižující se velikostí reference se zvyšuje požadavek na jejich četnost.

Určitou variantou je, že jsou jako první (největší) požadovány 2 reference na úrovni cca 50 % kapacity projektu, dále pak minimálně 2 reference příbuzné typu stavby (např. vodo hospodářská stavba).

Kvalifikační předpoklady

Realita

Bohužel v oblasti kvalifikačních předpokladů musím konstatovat stejné skutečnosti jako u zadávacích podmínek. Neexistence jednotných pravidel pro stanovování kvalifikačních předpokladů u obdobných veřejných zakázek vrhá na tuto oblast špatné světlo. Leckdy se tak může zdát, že nastavené kvalifikační předpoklady slouží především jako eliminující prvek pro propočítání nevhodnější nabídky. Takto formulovaná věta zní možná lehce nesrozumitelně, nicméně při poukázání na současnou právní úpravu, která ukládá zadavateli povinnost, aby při otevírání obálek s nabídkami byla přečtena pouze nabídková cena, zatímco ostatní hodnotící kritéria jsou až do vyhlášení vítěze veřejné zakázky obchodním tajemstvím, se domnívám stává srozumitelnou.

Hypoteticky tak můžeme konstatovat, že výše uvedeným se dostáváme k palčivému problému současné praxe v ČR, kdy nelze hodnotit to, co je součástí kvalifikačních předpokladů. Právě z tohoto důvodu se při použití ekonomické efektivity vymýšlejí hodnotící kritéria subjektivní, např. z oblasti technické, úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vlivu na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůty nebo lhůty pro dokončení aj. Mohou se použít i další kritéria, která zákon neuvádí, ale tato kritéria se musejí vztahovat k předmětu zakázky a musejí odpovídat obecným požadavkům na hodnotící kritéria.

Silné a slabé stránky stávajícího postupu:

■ Silné stránky stávajícího postupu pro nastavování kvalifikačních předpokladů dle zákona 137/2006 Sb., o veřejných

zakázkách - zabezpečující transparentnost, kvalitu a efektivitu:

- žádné.

■ Slabé stránky stávajícího postupu pro nastavování kvalifikačních předpokladů dle zákona 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách - zabezpečující transparentnost, kvalitu a efektivitu:

- nejednotnost nastavování kvalifikačních kritérií u obdobných veřejných zakázek.

Úvahy de lege ferenda

Pokud by mělo dojít ke změně v oblasti nastavování kvalifikačních předpokladů u obdobných veřejných zakázek, dokázal bych si představit, že by byl vytvořen určitý „manuál“, ve kterém by byly nastaveny parametry (nejlépe podle hodnoty veřejné zakázky od - do CZK), dle kterých by se měly stanovit kvalifikační předpoklady s ohledem na druh a předmět veřejné zakázky. Dále se domnívám, že pokud by se při otevření nabídek četly veškeré údaje, které rozhodují o výběru nevhodnější nabídky, a ne pouze cena, byla by zajištěna téměř 100% transparentnost zadávacích řízení.

Jako příklad uvádím manuál „Practical Guide to Contract Procedures for EU External Actions“ (listopad 2010) vydaný EU. Dalšími příklady mohou být manuály významných bank, přičemž se domnívám, že pokud bychom se zbavili problému nemožnosti hodnotit kvalifikační předpoklady, resp. upravíme tento problém podle evropských zvyklostí, mohly by být tyto manuály jednoznačně dopracovány či je můžeme převzít tak, jako např. přebíráme evropské technické normy (překlad a následná implementace).

(Srov. Consulting services manual 2006: a comprehensive guide to the selection of consultants at the World Bank, ISBN-10: 0-8213-6523-1, World Bank, Washington, 2006.)

(Srov. Guidelines selection and employment of consultants under IBRD loans and IDA credits by World Bank borrowers, draft version, World Bank, March 2010.)

Silné a slabé stránky navrhovaného postupu:

■ Silné stránky:

- jednotnost v nastavování kvalifikačních předpokladů u obdobných veřejných zakázek
- zamezení neadekvátně nastavovaným kvalifikačním předpokladům

- jistota transparentnosti a objektivity (od zadávací dokumentace až po čtení jednotlivých nabídek).

■ Slabé stránky:

- žádné.

Transparentnost

K problému transparentnosti bych rád zmínil jeden poměrně důležitý, nicméně neřešený problém, který bude eskalovat v případě prozrazení požadavku minimálního počtu nabídek v soutěži. Již dnes totiž dochází k využívání nejasného definování konfliktu zájmu. O co jde?

V poslední době se střetávám při veřejných zakázkách s neřešenou problematikou střetu zájmů. Kdy dochází ke zneužívání = využívání především **majetkového propojení soutěžících subjektů** a koordinaci nabídek, a to i u významných projektů.

Zájemci vybraní v užším nebo jednacím řízení nebo v soutěžním dialogu musí být na sobě vzájemně nezávislí; za tímto účelem musí být od zájemců účastnících se řízení vyžadováno, aby předložili údaje o své vlastnické struktuře.

V zahraniční praxi je běžné, že ve výše uvedené souvislosti se dvě společnosti považují za závislé, jestliže jedna z nich má dominantní vliv na druhou nebo jestliže třetí právnická osoba má dominantní vliv na obě z nich. Má se za to, že mezi dvěma právnickými osobami existuje dominantní vliv - aniž je tím dotčena možnost prokázat jeho neexistenci - když jedna z nich [Směrnice 94/45]:

- drží většinu upsaného základního kapitálu druhé právnické osoby, nebo
- disponuje většinou hlasovacích práv spojených s podíly vydanými druhou právnickou osobou, nebo
- může jmenovat více než polovinu členů správních, řídicích nebo dozorčích orgánů druhé právnické osoby.

S výjimkou přípravy zadávací dokumentace se má za to, že nevzniká střet zájmů a není ohrožena rovnost uchazečů, jestliže se uchazeči, kteří prováděli jednu fázi zakázky, zúčastní zadávacího řízení následné fáze - pokud jsou všechny příslušné dokumenty řádně zpřístupněny všem ostatním uchazečům.

(Srov. EFCA: Award of Consulting Engineering Services - Guidelines for transposition of Directive 2004/18 to national legislation, January 2010.)

Řešení je poměrně jednoduché. Jestliže uchazeč o veřejnou zakázku tyto údaje nepředloží nebo jestliže údaje předložené dodavatelem se ukáží být nepřesné nebo neúplné, musí být tento dodavatel vyloučen. Podle mého jde skutečně o klíčové opatření oblasti střetu zájmů. Ve stavu pokračující globalizace a rostoucích akvizic společností, se manipulací soutěžemi brání celá řada zemí EU. Chtěl bych doufat, že alespoň nějaká část uvedených doporučení se dostane do novely českého zákona o veřejných zakázkách.

Zvyšovat či snižovat nároky kladené na uchazeče?

Výše ve svém článku jsem uvedl, že oblast veřejných zakázek byla a je značně poznamenána ekonomickou situací, která se následně projevila v poklesu počtu vyhlášených veřejných zakázek, přetlaku uchazečů o veřejnou zakázku aj. Na základě tohoto se domnívám, že je třeba položit si následující otázky:

Byl a je zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v oblasti zadávacích podmínek a kvalifikačních předpokladů, připraven na tuto situaci? A v případě, že nebyl a není, měly by být nároky na jednotlivé uchazeče u jednotlivých veřejných soutěžích sníženy či zvýšeny?

Při návštěvě konference, pořádané Platformou pro transparentní zakázky v prosinci loňského roku, jsem položil ministrovi pro místní rozvoj panu Jankovskému dvě otázky. První otázka zněla: „Uvažujete o zříze-

ní profesní organizace či komory pro osoby pověřené zadavatelskou činností?“ a druhá: „Domníváte se, že by bylo vhodné sjednotit hodnotící kritéria ve vztahu ke druhu a předmětu veřejné zakázky?“

Na první otázku jsem dostal odpověď, že žádnou profesní organizaci, která by působila jako koordinátor a garant, nezamýšlí a naopak že jednotlivé certifikáty ISO (často požadované jako kvalifikační předpoklad u veřejných soutěžích) včetně dalších požadavků navrhne maximálně zoptimalizovat, tak aby se mohl přihlásit do veřejné soutěže téměř každý.

Na druhý dotaz ministr odpověděl, že se nedomnívá, že by taková změna byla nutná.

Osobně však zastávám zcela opačný názor. Je třeba si uvědomit, že tzv. „tlustá léta“ jsou nenávratně pryč a ještě dlouho budou. Dále zcela zásadně nesouhlasím s predikcím zlepšení ekonomiky a oživení trhu ze strany jednotlivých bankovních ekonomů. Zmíním-li se o stavebním sektoru, tak bych odkázal na vyjádření Ing. Josefa Vláška, vrchního ředitele Českého statistického úřadu, který ve čtvrtletní analýze 1/2011 Českého stavebnictví, pořádané společností CEEC Research, uvádí:

„České stavebnictví skončilo v roce 2010 ve výrazném poklesu, který byl zmírněn vyšším objemem stavebních prací na programu „Zelená úsporám“ a výstavbě fotovoltaických elektráren. V roce 2011 bude pokles pokračovat, zejména z důvodu omezení financování veřejných zakázek. Určité oživení v pozemním stavitelství se může objevit nejdříve na konci roku 2011.“

Vzhledem k výše uvedenému je tedy zcela jasné, že tzv. „hlad po práci“ bude do budoucna jen a jen stoupat, a pokud nebudou nastavena regulační opatření v oblasti kvalifikačních předpokladů, zajišťujících ochranu „solidních“ uchazečů před těmi, co ztratili pud sebezáchovy a jsou schopni pro výhru v nabídce podat jakoukoli cenu, bude tato oblast neustále vystavována veliké míře problémovosti. Bohužel se domnívám, že cenou za neexistenci shora uvedených regulačních opatření budou výrazně horší dopady ztrát pro celou společnost.

Závěr

Závěrem tohoto článku bych chtěl ještě jednou zmínit svoji myšlenku, a to že pro nastavení koherentního stavu mezi zadavatelem a uchazečem je potřeba nastolení takových kvalifikačně-bezpečnostních podmínek, že nebude dál docházet k neúměrně stanovovaným kvalifikačním předpokladům, ale stejně tak bude uchazeč uchráněn před jakýmkoli jiným neúměrným útokem, např. v podobě nereálně nastavené předpokládané hodnoty veřejné zakázky, nepřiměřeně krátké doby realizace apod.

Základním principem pro tuto obtížnou etapu musí být princip proporcionality mezi kvalifikačními požadavky a zárukami, uvedenými v zadávací dokumentaci, oproti velikosti a významu veřejné zakázky.

Ing. Filip Bušina, MBA
doktorand VŠE v Praze

