



UOHSX003Y1IC

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S447/2011/VZ-20069/2011/540/PVé

V Brně dne: 22. února 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 22.9.2011 na návrh ze dne 22.9.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, IČ 70883521, se sídlem nám. T. G. Masaryka 5555, 760 01 Zlín, zast. prof. Ing. Petrem Sáhou, CSc., rektorem,
- navrhovatel – Aon Central and Eastern Europe a.s., IČ 47123672, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2, za níž jedná Ing. Miroslav Matoha, předseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci Ing. Martinem Kovaříkem, podnikatelem, IČ 14947757, místem podnikání Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Pojištění studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 5.8.2011 pod ev. č. 60063488 a dne 9.8.2011 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2011/S 151-251100,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, IČ 70883521, se sídlem nám. T. G. Masaryka 5555, 760 01 Zlín – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Pojištění studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně“ postup podle § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě postupu zadavatele uvedeného pod bodem I. výroku Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** předmětné zadávací řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli Univerzitě Tomáše Bati ve Zlíně, IČ 70883521, se sídlem nám. T. G. Masaryka 5555, 760 01 Zlín, **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (slovy třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 22.9.2011 návrh na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem – Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, IČ 70883521, se sídlem nám. T. G. Masaryka 5555, 760 01 Zlín, zast. prof. Ing. Petrem Sáhou, CSc., rektorem (dále jen „zadavatel“) – ve veřejné zakázce „Pojištění studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 5.8.2011 pod ev. č. 60063488 a dne 9.8.2011 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2011/S 151-251100 (dále jen „veřejná zakázka“).

Zadávací řízení

2. Zadavatel v bodu 1.1. zadávací dokumentace uvedl, že předmětem veřejné zakázky je uzavření pojistné smlouvy s vybraným uchazečem na zajištění pojištění vybraných studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně na období čtyř let. Jako hodnotící kritérium zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil nejnižší nabídkovou cenu, přičemž nabídková cena měla být uvedena jako roční pojistné pro jednoho studenta za jeden pojistný rok. Dále je v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce uvedeno, že osobou zastupující zadavatele v zadávacím řízení je ITEAD a.s., IČ 00485829, se sídlem Masarykovo nám. 1484, 530 02 Pardubice, pobočka Olomouc, Dolní Hejčinská 31, 779 00 Olomouc (dále jen „ITEAD“ nebo „pojišťovací makléř“).
3. Dne 15.8.2011 obdržel zadavatel žádost o dodatečnou informaci, zda a) pojistitel bude povinen kdykoli v průběhu zadávacího řízení či vlastního plnění veřejné zakázky platit pojišťovacímu makléři zadavatele, jakoukoli odměnu, a to bez ohledu na její titul (sjednání smluv, správa smluv, zajištění apod.), b) jakou výši odměny pojišťovacího makléře zadavatele má pojistitel zakalkulovat do pojistného, tedy do nabídkové ceny za plnění předmětné veřejné zakázky.

4. Zadavatel na tuto žádost reagoval odpovědí ze dne 18.8.2011, přičemž ve vztahu k dotazu a) uvedl, že pojistitel bude povinen makléři zadavatele platit odměnu, a k dotazu b) zadavatel uvedl, že nemá informace o výši odměny makléře.
5. Z obdržených materiálů dále vyplývá, že zadavatel v rámci zadávacího řízení obdržel jednu nabídku. Dne 5.9.2011 (den před otevíráním nabídek) obdržel zadavatel námitky proti zadávacím podmínkám od společnosti Aon Central and Eastern Europe a.s., IČ 47123672, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2, za niž jedná Ing. Miroslav Matoha, předseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 6.4.2011 Ing. Martinem Kovaříkem, podnikatelem, IČ 14947757, místem podnikání Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“). Po přezkoumání oprávněnosti podaných námitek jim zadavatel nevyhověl, což navrhovateli oznámil rozhodnutím ze dne 8.9.2011, které navrhovatel obdržel dne 15.9.2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dopisem ze dne 22.9.2011 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

Obsah návrhu

6. V podaném návrhu navrhovatel především namítá, že zadavatel vymezením zadávacích podmínek veřejné zakázky způsobil, že jednotliví uchazeči museli do svých nabídkových cen zahrnout i odměnu za služby pojišťovacího makléře zadavatele, navíc nikterak nespecifikovanou, ačkoli činnost makléře nebyla předmětem plnění veřejné zakázky, dále že zadavatel tak nebude podané nabídky schopen fakticky hodnotit podle základního hodnotícího kritéria „nejnižší nabídková cena“ a že zadavatel se při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal zastoupit osobou, která nesplňuje požadavek nepodjatosti podle § 74 odst. 7 zákona, když má osobní zájem na zadání veřejné zakázky a s uchazeči ji spojuje jiný obdobný poměr.
7. Navrhovatel dále zdůrazňuje, že jakoukoli platbu pojišťovacímu makléři zadavatele v souvislosti s veřejnou zakázkou na pojištění považuje za nelegální, jelikož jakkoli pojistitelé mají uzavřeny standardní rámcové smlouvy s pojišťovacími makléři, ve veřejných zakázkách na pojištění se tyto smlouvy nemohou uplatnit. S ohledem na zákonnou úpravu zadávání veřejných zakázek zde dle navrhovatele nejsou využitelné „běžné“ smluvní vztahy mezi pojistiteli a pojišťovacími makléři, ani obchodní zvyklosti, které jsou obvyklé v soukromém sektoru. Podle navrhovatele v případě pojištění, které uzavírá subjekt, nezahrnutý do působnosti právní úpravy zadávání veřejných zakázek, je úkolem pojišťovacího makléře umístit pojištění jeho klienta na pojišťovacím trhu, čímž zprostředkuje pojistnou smlouvu pro některou pojišťovnu, s níž má uzavřenu příslušnou zprostředkovatelskou smlouvu, a za to mu přísluší provize v dohodnuté výši. Základní odlišností v případě pojištění, které je veřejnou zakázkou, je skutečnost, že takovou pojistnou smlouvu nelze zprostředkovat ani pojišťovacím makléřem, ani nikým jiným. Pro zadávání veřejných zakázek je dle názoru navrhovatele stanoven zákonný postup, podle něž může určitou veřejnou zakázku získat pouze uchazeč (pojišťovna), který předložil nejvhodnější nabídku podle předem zveřejněných kritérií hodnocení. Pojistná smlouva je tedy uzavřena na základě postupu upraveného zákonem a uchazečem podané nabídky, nikoli však na základě zprostředkovatelské činnosti pojišťovacího makléře. Tato skutečnost je podle navrhovatele pro veřejné zakázky na pojišťovací služby nepřekročitelná a určující.

8. Současně navrhovatel konstatuje, že vzhledem ke stanovenému způsobu odměňování je na pojišťovacího makléře nutné pohlížet jako na osobu, která má osobní zájem na zadání veřejné zakázky, a kterou s uchazeči s ohledem na předmětnou provizi spojuje „jiný obdobný poměr“ ve smyslu § 74 odst. 7 zákona, což ho v souladu s tímto ustanovením vylučuje jako člena hodnotící komise. Požadavek nepodjatosti musí však podle § 151 odst. 1 věty druhé zákona splňovat rovněž i osoba zastupující zadavatele při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením. Pokud je v daném případě osoba zastupující zadavatele (pojišťovací makléř) finančně motivována k výběru té pojišťovny, která jí poskytne nejvyšší provizi, nelze dle navrhovatele o její nepodjatosti hovořit. Dále navrhovatel dodává, že zadavatel platbu odměny makléři od vybraného pojistitele výslovně požaduje, avšak zároveň se zadavatel distancoval od stanovení výše této odměny vyjádřením v tom smyslu, že takovou informaci nemá. Zadavatel tím dle navrhovatele přímo umožnil, aby každý pojistitel nabídl jinou výši odměny jeho pojišťovacímu makléři. Podle navrhovatele tak výše odměny makléři může působit jako pobídka, aby v zadávacím řízení, na nějž má makléř z podstaty věci vliv, byla preferována nabídka dodavatele, který nabídl nejvyšší odměnu makléři.
9. Navrhovatel dále konstatuje, že postup zadavatele vede v daném případě k situaci, kdy jednotliví uchazeči musí do svých nabídkových cen zahrnout blíže neurčenou částku, kterou sice následně bude vybraný uchazeč formálně vyplácet jako provizi pojišťovacímu makléři, fakticky ji však v rámci ceny za plnění veřejné zakázky uhradí sám zadavatel. Tímto postupem tak dle navrhovatele dochází k deformaci nabídkové ceny, do níž je zahrnuta i cena za plnění, které není součástí předmětu veřejné zakázky, tj. cena služeb pojišťovacího makléře zadavatele. Zadavatel v zadávacím řízení obdrží cenově nadhodnocené nabídky, které nic nevyovídají o skutečné ceně poptávaného plnění. Pokud by zadavatel nepřenesl povinnost úhrady svého vlastního závazku k pojišťovacímu makléři na potenciálního vybraného uchazeče, obdržel by dle navrhovatele nabídky, jejichž nabídková cena by nejen byla nižší, ale především by se jednalo o nabídkovou cenu ve smyslu zákona, tj. cenu plnění veřejné zakázky. Z právě zmíněného podle navrhovatele zřetelně vyplývá jeden z důvodů, proč v případě veřejných zakázek na pojištění nelze uplatnit možnost odměňování pojišťovacího makléře pojišťovnou, jakkoli ji § 8 odst. 4 zákona č. 38/2004 Sb., o pojišťovacích zprostředkovatelích a samostatných likvidátorech pojistných událostí a o změně živnostenského zákona (zákon o pojišťovacích zprostředkovatelích a likvidátorech pojistných událostí) (dále jen „zákon č. 38/2004 Sb.“) v obecné poloze předpokládá. Navrhovatel pro úplnost uvedl, že i pokud by zadavatel stanovil výši provize pevnou částkou, kterou by jednotliví uchazeči museli zakalkulovat do výše svých nabídkových cen, vždy se bude jednat o požadavek nesouvisející s vlastním předmětem plnění veřejné zakázky, a tedy o požadavek znamenající porušení zákona, konkrétně zejména § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona.
10. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhuje, aby jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 zákona zrušil předmětné zadávací řízení a aby vydal předběžné opatření, jímž uloží zadavateli pozastavit zadávací řízení, a to až do rozhodnutí ve věci.

Průběh správního řízení

11. Úřad obdržel návrh dne 22.9.2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne. Součástí podaného návrhu je i návrh na vydání předběžného opatření.
12. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S447/2011/VZ-15491/2011/540/PVé ze dne 11.10.2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S447/2011/VZ-15493/2011/540/PVé z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
14. Po předběžném přezkoumání šetřeného případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při vymezení předmětu veřejné zakázky. Na základě těchto pochybností rozhodl Úřad v rozsahu nezbytném pro zajištění účelu řízení předběžným opatřením č. j. ÚOHS-S447/2011/VZ-16730/2011/540/PVé ze dne 19.10.2011 o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

Vyjádření zadavatele ze dne 30.9.2011 a ze dne 19.10.2011

15. Dne 3.10.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu, ve kterém uvádí, že trvá na svém rozhodnutí o námitkách, přičemž dodává, že není pravdou, že by se nemohl nechat legálně zastupovat v zadávacím řízení, jelikož dle ustanovení § 151 zákona se zadavatel může nechat zastoupit jinou osobou při výkonu práv souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Zadavatel uzavírá, že návrh na přezkoumání postupu zadavatele navrhovatele je nedůvodný, jelikož dle jeho názoru postupoval v souladu se zákonem.
16. Dne 19.10.2011 obdržel Úřad další vyjádření zadavatele, v němž konstatuje, že je přesvědčen o oprávněnosti a legálnosti svého jednání a všech úkonů provedených v příslušném zadávacím řízení. Podjatost zastupující společnosti je v tomto případě dle zadavatele vyloučena, jelikož argument navrhovatele o využití vlivu na celý průběh hodnocení nabídek, ve snaze popostrčit na první místo v hodnocení tu nabídku, která jím zajistí nejvyšší provizi, je názor zcela lichý. Zastupující společnost byla v předmětném zadávacím řízení dle zadavatele pověřena pouze zpracováním odborné části zadávací dokumentace, která byla v kompletní, úplné a schválené verzi dostupná všem z elektronického profilu zadavatele, tudíž není dána možnost zvýhodnit uchazeče poskytnutím znalostí z tohoto zpracování, neboť výsledek celé této činnosti byl veřejně znám, transparentní a přístupný všem. Jako druhou činnost zastupující společnosti vymezil zadavatel přijímání nabídek od uchazečů. V žádné z uvedených činností dle zadavatele zastupující společnost nepochybila a vše proběhlo dle zákona. Osoba zastupující zadavatele za tuto činnost, ke které je smluvně zavázána, nepobírá žádnou částku, zůstává proto dle zadavatele relevantní ustanovení § 8 odst. 4 zákona č. 38/2004 Sb., kdy zastupující společnost, která je zároveň makléřem zadavatele, je odměňována pojišťovnou nebo zajišťovnou, není-li dohodnuto jinak.

Vzhledem k neexistenci jiné dohody a k výše uvedenému je zadavatel přesvědčen, že osoba zastupujícího zadavatele není podjatá, neměla vliv na průběh ani na výsledek zadávacího řízení a nedopustila se jiného jednání, než toho, ke kterému byla zadavatelem pověřena. Zadavatel dále uvádí, že pojišťovací makléř zadavatele a potencionální poskytovatelé předmětných služeb spolu mají uzavřeny obchodní smlouvy, z nichž je každému uchazeči předem známo, jak velkou výši provize bude vyplácet. Skutečnost, že zadavatel nezná obsah těchto soukromoprávních dohod, nikterak, dle zadavatele, nezakládá překážku v transparentnosti celého řízení. Dlouhodobě existující smlouvy, mající přirozené různé výše provizí na základě dohody stran, nemohou být jednostranně měněny jednáním zadavatele, kdy tento není oprávněn přikazovat maximální či pevnou výši provize. Argumentace stěžovatele, že osoba zastupující zadavatele se bude snažit zvýhodnit v řízení nabídku, která mu zaručí nejvyšší provize, je tak podle názoru zadavatele zcela bezpředmětná, především proto, že na samotném průběhu otevírání, posuzování a hodnocení nabídek se nijak tato osoba nepodílí, a proto nemá reálnou možnost ovlivnění.

17. V předmětném vyjádření je dále uvedeno, že zadavatel sice může soutěžit čistě pojistné, avšak v tomto případě je soutěženo celé pojištění, které lze nahlížet jako celý soubor služeb, nikoliv jen pojistné krytí. Cena jako taková totiž musí pokrývat nejen pojistná rizika, ale je nutné vzít na vědomí, že s touto základní službou jsou spojeny další služby, např. zpracovávání a vyhodnocování pojistných událostí. Dle navrhovatele je obchodní zvyklostí, že jsou všechny tyto další služby, stejně jako různé režie, zisk apod., kalkulovány do výsledného pojistného automaticky, na základě pojistných vzorců, lišících se u každé pojišťovny. Není tedy reálně možné, tvrdí zadavatel, aby se soutěžila pouze výše pojistného, jelikož i pak se musí ostatní služby zaplatit a není možno se objektivně domnívat, že realizací těchto služeb skrz samostatnou poptávku bude dosaženo úspory. Zadavatel je taktéž přesvědčen, že nedošlo k deformaci nabídkové ceny při hodnocení podaných nabídek, neboť poskytování služeb makléře a samotné pojištění spolu souvisejí a představují předmět této zakázky jako jeden celek. Zadavatel uvádí, že nemůže vyloučit platbu makléři, vzhledem k existenci zavazující smlouvy a také k faktu, že samotná finanční realizace zmiňovaných služeb, se může ukázat finančně podstatně nákladnější a organizačně náročnější. Samotná provize dle zadavatele nemusí nutně mít absolutní vliv na výši cenové nabídky, přičemž zadavatel nezná způsob, jakým si každý z možných poskytovatelů kalkuluje celkovou výši nabídkové ceny.
18. Usnesením č. j. ÚOHS-S447/2011/VZ-18455/2011/540/PVé ze dne 21.11.2011 si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření, jaká je dle zadavatele předpokládaná hodnota výše uvedené veřejné zakázky „Pojištění studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně“ a na základě jakých údajů byla tato předpokládaná hodnota stanovena a dále vyjádření vztahující se k výběru ITEAD k zastupování zadavatele v předmětném zadávacím řízení a zaslání kopie smlouvy, na jejímž základě je tato činnost vykonávána.

Vyjádření zadavatele ze dne 9.12.2011

19. Dne 13.12.2011 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, v němž uvádí, že předpokládanou hodnotu pro veřejnou zakázku v zadávacích podmínkách nestanovil. Z předchozího období sice byla zadavateli známá výše pojistného na jednoho studenta 405,- Kč, avšak v červenci 2011 dle zadavatele nebylo možno spolehlivě určit množství studentů, které bude nutno

pojistit, proto zadavatel předpokládanou hodnotu neuvedl. Zadavatel uvádí, že tyto informace nemohl opatřit průzkumem trhu, ani jiným vhodným způsobem. Jako nadlimitní zadal zadavatel zakázku především proto, že téměř v souběhu zadával další veřejnou zakázku a to na pojištění majetku, s předpokládanou hodnotou 6 900 000 Kč, přičemž zařadil obě pojištění pod stejnou kategorii CPV kódů a jako takové je i vyhlásil.

20. K samotnému výběru společnosti ITEAD jako makléře Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně zadavatel uvádí, že smlouva s touto společností byla uzavřena již 3. ledna 2001, čili nebylo při jejím výběru postupováno dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Jak uvádí zadavatel, při zřízení Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně byl tehdy stávající majetek Vysokého učení technického v Brně spravován právě společností ITEAD, a proto bylo okamžitě přistoupeno k pojištění majetku prostřednictvím této společnosti, vzhledem k jejím zkušenostem a znalosti poměrů s příslušným souborem majetku.

Vyjádření navrhovatele ze dne 23.11.2011

21. Dne 23.11.2011 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, v němž uvádí, že považuje i nadále za zcela nepřijatelný argument zadavatele, že pojišťovací makléř zadavatele, který je v daném případě navíc současně osobou zastupující zadavatele při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením ve smyslu § 151 zákona může být odměňován vybraným uchazečem. Tento postup dle navrhovatele odporuje nejen požadavku na nepodjatost osoby zastupující zadavatele podle § 151 odst. 1 zákona, ale i zásadám postupu zadavatele vyjádřeným v § 6 zákona, zejména zásadě transparentnosti a zákazu diskriminace. V daném případě, kdy služby pojišťovacího makléře nejsou součástí předmětu veřejné zakázky, je tento postup podle navrhovatele rovněž v rozporu s § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona.
22. Dále navrhovatel konstatuje, že sjednaná výše provize není známa samozřejmě pouze případnému uchazeči, ale i druhé smluvní straně, tedy pojišťovacímu makléři zadavatele. Pojišťovací makléř tedy od počátku ví, jak se bude lišit výše jeho provize v závislosti na výběru nejuvhodnější nabídky. Pojišťovací makléř jako osoba zastupující zadavatele při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením může dle navrhovatele přitom průběh zadávacího řízení a tedy i výběr nejuvhodnější nabídky zásadním způsobem ovlivnit, ačkoliv formálně o zadání veřejné zakázky nerozhoduje.
23. Současně navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám jednoznačně deklaroval, že pojistitel bude povinen makléři zadavatele platit odměnu, pak není možné připustit jiný výklad než ten, že výše této odměny bude uchazeči (pojistiteli) zahrnuta do výše jejich nabídkových cen. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s námitkou zadavatele, že předmětem veřejné zakázky jsou veškeré služby související s pojištěním a že poskytování služeb makléře a samotné pojištění spolu úzce souvisejí a představují předmět této zakázky jako jeden celek. Zadavatel tak dle navrhovatele zcela účelově rozšiřuje předmět veřejné zakázky stanovený v zadávacích podmínkách, kterým je v souladu s čl. 1 zadávací dokumentace pouze zajištění pojištění vybraných studentů zadavatele, nikoliv služby pojišťovacího makléře. V dalším pak navrhovatel odkazuje na svá dřívější vyjádření.

Vyjádření navrhovatele ze dne 10.1.2012

24. Dne 10.1.2012 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, v němž s ohledem na řešenou problematiku upozorňuje na závěry vplývající z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. Co 107/2010-535 ze dne 6.10.2011, kdy se domnívá, že v něm vyslovené závěry jsou přímo aplikovatelné i na nyní posuzovaný případ.
25. Navrhovatel uvádí, že v rámci rozsudku byl posuzován případ, kdy Krajský soud v Brně vyhlásil veřejnou zakázku na zhotovení projektové dokumentace a v zadávacích podmínkách stanovil, že vybraný uchazeč je povinen vypořádat závazky plynoucí z autorských práv zpracovatelů objemové studie, která bude vybraným uchazečem použita při plnění veřejné zakázky. Vrchní soud v Olomouci v rozsudku dospěl nejen k závěru, že Krajský soud v Brně porušil autorská práva autorů objemové studie, ale současně konstatoval, že Krajský soud měl povinnost vyhlásit na zpracování objemové studie veřejnou soutěž, neboť vzhledem k rozsahu zakázky muselo být zcela zjevné, že zakázka musí mít hodnotu vyšší než 2 000 000,- Kč. I v případě, že by zakázka takovou hodnotu neměla, bylo zákonnou povinností krajského soudu zadat takovou zakázku transparentním způsobem a za cenu v místě obvyklou (str. 19, poslední odstavec rozsudku). Dle názoru Vrchního soudu v Olomouci je zřejmé, že odměnu za vypracování objemové studie krajský soud platit nehodlal, nýbrž se za plného vědomí žalobce (tj. zpracovatele studie – poznámka navrhovatele) snažil tuto svou povinnost přenést na třetí tehdy neznámou osobu, vítěze veřejné soutěže formou neurčité zadávací „zvláštní podmínky“ soutěže. Vrchní soud v Olomouci konstatuje, že takový postup zákon o veřejných zakázkách už vůbec nepřipouští. Uvedeným postupem se Krajský soud v Brně i samotný žalobce (tj. zpracovatel studie – poznámka navrhovatele) dopustili obcházení zákona o veřejných zakázkách. Z tohoto důvodu je tzv. „zvláštní podmínka“ podle § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) absolutně neplatná a postup krajského soudu i žalobce se rovněž příčí dobrým mravům, chráněným § 3 odst. 1 občanského zákoníku. Tzv. „zvláštní podmínka o nutnosti vypořádání případných závazků plynoucích z autorských práv“ je podle ustanovení § 39 občanského zákoníku absolutně neplatná z důvodu obcházení zákona o veřejných zakázkách (str. 20 rozsudku).
26. Dle názoru navrhovatele je zřejmé, že závěry výše citovaného rozsudku Vrchního soudu v Olomouci jsou přímo aplikovatelné i na nyní posuzovaný případ, v němž zadavatel v dodatečných informacích k podmínkám zadání rovněž stanovil podmínku, že vybraný uchazeč bude povinen hradit odměnu za služby pojišťovacímu makléři zadavatele, o jejíž výši zadavatel nemá informace. Odměna makléře se obdobně jako v případě posuzovaném Vrchním soudem v Olomouci týká činností, které nejsou předmětem veřejné zakázky, a které měly být s ohledem na svoji finanční hodnotu předmětem samostatného zadávacího řízení, případně transparentního výběrového řízení, pokud by bylo jednoznačně doloženo, že hodnota služeb makléře nedosahuje limitu podlimitní veřejné zakázky. Ze skutečnosti, že § 8 odst. 4 zákona č. 38/2004 Sb., obecně umožňuje, aby byl pojišťovací makléř odměňován pojišťovnou nebo zajišťovnou, nelze činit všeobecný závěr, že tento postup je možný a přípustný i v případě, že pojistníkem je osoba, která je současně zadavatelem podle zákona a musí tedy realizovat zadávací řízení v souladu se zákonem. Navrhovatel tak uzavírá, že jak v rozsudku obdobně dovodil i Vrchní soud v Olomouci, zadavatel se snažil

přenést na vybraného uchazeče svoji povinnost k úhradě za služby, které nebyly předmětem veřejné zakázky, a to v rozporu se zákonem.

Závěry Úřadu

27. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při vymezení předmětu veřejné zakázky v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
28. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
29. Z obdržené dokumentace vyplývá, že zadavatel v bodu 1.1. zadávací dokumentace uvedl, že předmětem veřejné zakázky je uzavření pojistné smlouvy s vybraným uchazečem na zajištění pojištění vybraných studentů Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně na období čtyř let. Jako hodnotící kritérium zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil nejnižší nabídkovou cenu, přičemž nabídková cena měla být uvedena jako roční pojistné pro jednoho studenta za jeden pojistný rok. Dále je v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce uvedeno, že osobou zastupující zadavatele v zadávacím řízení je společnost ITEAD.
30. Dne 15.8.2011 obdržel zadavatel žádost o dodatečnou informaci, zda a) pojistitel bude povinen kdykoli v průběhu zadávacího řízení či vlastního plnění veřejné zakázky platit pojišťovacímu makléři zadavatele, jakoukoli odměnu, a to bez ohledu na její titul (sjednání smluv, správa smluv, zajištění apod.), b) jakou výši odměny pojišťovacího makléře zadavatele má pojistitel zakalkulovat do pojistného, tedy do nabídkové ceny za splnění předmětné veřejné zakázky.
31. Zadavatel na tuto žádost reagoval odpovědí ze dne 18.8.2011, přičemž ve vztahu k dotazu a) uvedl, že pojistitel bude povinen makléři zadavatele platit odměnu, a k dotazu b) zadavatel uvedl, že nemá informace o výši odměny makléře.
32. S ohledem na charakter námitek uvedených v návrhu navrhovatele, se Úřad zabýval nejdříve otázkou, zda byl zadavatel povinen v rámci zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce uvést cenu odměny (provize) pojišťovacího makléře spol. ITEAD, resp. zda zadavatel mohl a měl touto informací disponovat. K uvedenému Úřad konstatuje, že problematika týkající se plateb provizí s ohledem na postup podle zákona o veřejných zakázkách v případě uzavírání smluv s pojišťovacími makléři je již ustálena v rozhodovací praxi Úřadu a byla již také potvrzena i v rámci soudních přezkumů rozhodnutí Úřadu.
33. V pravomocném rozhodnutí č. j. S257/2008/VZ-23325/2008/530/RP ze dne 19.12.2008 bylo konstatováno, že „(...) služby makléře nejsou zadavateli poskytovány zdarma, nýbrž za úplatu ve výši provize. Úhrada provize je pak konstruována tím způsobem, že je makléři uhrazena tou pojišťovnou, s níž zadavatel uzavře konkrétní pojistnou smlouvu“, „(...) zákon sice dále nerozvádí význam pojmu úplatnosti, nicméně by bylo příliš účelové chápat úplatnost pouze ve smyslu přímé platby zadavatele dodavateli. Ačkoliv se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech

nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty. V každém případě se v takových případech jedná pouze o rozlišný způsob úhrady ceny, nikoliv o bezplatně poskytované dodávky, služby event. stavební práce.“, „(...) výše popsaný způsob úhrady služeb makléře je dán zákonem č. 38/2004 Sb., o pojišťovacích zprostředkovatelích a samostatných likvidátorech pojistných událostí a o změně živnostenského zákona (zákon o pojišťovacích zprostředkovatelích a likvidátorech pojistných událostí), ve znění pozdějších předpisů (viz § 8 cit. zákona). Namísto toho, aby za služby makléře platil přímo zadavatel (klient), cenu služeb následně uhradí ta pojišťovna, s níž zadavatel uzavře pojistnou smlouvu, a to formou provize, která pro tento účel smluvena. Provize se tak stává přímo nákladem pojišťovny souvisejícím se sjednáním konkrétního pojištění. Navíc je tedy nereálné, aby provize nebyla pojišťovnou zohledněna při kalkulaci výše pojistného klientovi (zadavateli)“, „(...) jde o plnění služeb požadovaných zadavatelem za úplatu, které je nutno považovat za veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, přestože úplatu na základě výše cit. zákona o pojišťovacích zprostředkovatelích a likvidátorech pojistných událostí hradí jiné osoby. Jak vyplývá z výše uvedeného pro určení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky je určující výše provize, kterou makléř obdrží, a to bez ohledu na to, od kterého subjektu ji obdrží.“.

34. V rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 30/2008 jsou tyto závěry, přestože se vztahují k jiné veřejné zakázce, potvrzeny, přičemž v předmětném rozsudku je uvedeno, že „zadavateli ze smlouvy sice nemusí vzniknout přímý peněžitý závazek zadavatele vůči dodavateli, avšak fakticky jde o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize. Správný je tak závěr, podle něhož je za tohoto stavu pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky rozhodující výše provize, kterou makléř obdrží, a to bez ohledu na to, od koho“. Potvrzující stanovisko ve vztahu k této konstrukci pak bylo uvedeno taktéž v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 132/2009 – 275 ze dne 26.1.2011, kde je konstatováno, že „jde-li o veřejnou zakázku na pojišťovací služby, pak je základem pro stanovení této hodnoty výše pojistného, jakož i jakýchkoli jiných dalších odměn souvisejících s těmito službami“.
35. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že odměna makléři (provize) za jeho služby spojené s výběrem pojistitele, musí být vyjádřena při jeho výběru a tudíž zadavateli tak musí být známa cena za toto plnění. Jak vyplývá z uvedených rozsudků, tato provize pak může být tomuto makléři následně uhrazena buď přímo zadavatelem, nebo i jiným subjektem. Tato skutečnost je proto zásadní pro určení zákonnosti postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení na výběr pojistitele, jelikož tato informace o výši provize má, jak bude uvedeno níže, dopad na průběh tohoto zadávacího řízení.
36. S ohledem na uvedený předpoklad vztahující se k určení ceny za provizi pojišťovacímu makléři si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření, jakým způsobem byla vybrána společnost ITEAD pro výkon služeb spojených s výběrem pojistitele.
37. Z vyjádření zadavatele a přiložené kopie smlouvy uzavřené se společností ITEAD vyplývá, že tato smlouva byla uzavřena dne 3.1.2001, přičemž cena za plnění vztahující se k danému případu, byla smluvena tak, že společností ITEAD budou tyto činnosti poskytovány bezplatně za podmínky, že pojistná smlouva mezi zadavatelem a vybraným pojistitelem bude uzavřena prostřednictvím spol. ITEAD. Jak zadavatel uvádí ve svém vyjádření, při výběru společnosti

ITEAD nebylo postupováno podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jelikož tato smlouva byla uzavřena již 3.1.2001.

38. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky na výběr pojistitele nedisponoval informací o výši provize pro pojišťovacího makléře spol. ITEAD, jelikož hodnota služeb, které by měly být pokryty touto provizí, nebyla v případě výběru této společnosti vysoutěžena v souladu se závěry vyplývajícími z výše uvedené rozhodovací praxe Úřadu a soudů. Tato skutečnost se negativně projevila v případě zadávání předmětné veřejné zakázky, jelikož zadavatel tak neměl podstatné informace potřebné k zajištění podmínek vyplývajících z ust. § 44 odst. 1 zákona, což jednak vyústilo v situaci, že potenciální dodavatelé neměli dostatečně podrobné informace pro zpracování nabídek, a zároveň bylo vytvořeno prostředí, v jehož rámci by nemohly být naplněny všechny zákonné podmínky zadávacího řízení, zejména pak základní zásady zadávání vyplývající z ust. § 6 zákona.
39. Zadávací dokumentace je nejvýznamnějším zdrojem informací, na jejichž základě zpracovávají dodavatelé své nabídky, a proto zákon zadavateli ukládá povinnost vymezit jejím prostřednictvím veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií. V tomto ohledu je nejvýznamnější částí zadávací dokumentace přesné vymezení předmětu veřejné zakázky, které v podaných nabídkách ovlivní též další aspekty, zejména výši nabídkové ceny.
40. V případě zadávání předmětné veřejné zakázky se nedostatečné zpracování zadávací dokumentace, tedy bez určení ceny provize náležící pojišťovacímu makléři, projevilo tím, že dodavatelé neměli podstatné informace k sestavení nabídkové ceny, jelikož tato provize měla být v daném případě uhrazena z jejich strany, a tudíž znalost její výše byla velmi podstatnou podmínkou pro celkovou kalkulaci nabídkové ceny. Skutečnost, že pokyny uvedené v zadávací dokumentaci a ani dodatečné informace neobsahovaly podstatné informace nezbytné k vytvoření nabídkových cen dodavateli, vyplývá i z obsahu námitek podaných navrhovatelem, přičemž Úřad se s ním v této věci ztotožňuje a dává mu za pravdu, že zadavatel svým postupem v zadávacím řízení neumožnil potenciálním dodavatelům připravit nabídku se zohledněním všech zadavatelem stanovených požadavků tak, aby tyto nabídky mohly být vzájemně porovnatelné.
41. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle § 44 odst. 1 zákona, když v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení nápravného opatření

42. Dle ustanovení § 118 odst. 1 zákona uloží Úřad nápravné opatření tím, že zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup

podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

43. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle § 44 odst. 1 zákona, jelikož nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
44. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a řádně vymezil předmět veřejné zakázky, mohl obdržet i jiné případně pro zadavatele výhodnější nabídky od potenciálních dodavatelů.
45. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a nezákonný postup uvedený pod bodem I. výroku rozhodnutí mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno pod bodem II. výroku tohoto rozhodnutí.
46. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky, a tudíž tento postup mohl mít vliv mimo jiné i na účast jiných potenciálních dodavatelů, musel Úřad zrušit celé zadávací řízení.
47. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednacím řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 5 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona zruší-li zadávací řízení Úřad, užijí se odstavce 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.
48. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

49. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadávacího řízení nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
50. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo ke zrušení celého zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

51. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000447.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 13. 3. 2012

Obdrží:

1. Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, nám. T. G. Masaryka 5555, 760 01 Zlín
2. Ing. Martin Kovařík, podnikatel, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy