

Č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ

V Brně dne 23. července 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 18.6.2007 na návrh ze dne 15.6.2007, jehož účastníky jsou

- navrhovatel – společnost MARSH s. r. o., IČ 45306541, se sídlem Na rybníčku 5/1329, 120 00 Praha 2, za něhož jednají Mgr. Dominik Štros a Martin Mácha, jednatelé,
- zadavatel – statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava, zast. Ing. Zbyňkem Stanjurou, primátorem města,
- vybraný uchazeč - SATUM CZECH s. r. o., IČ 45306541, se sídlem Porážkova 1424/20, 702 00 Moravská Ostrava, za něhož jedná Ing. Roman Horváth, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce malého rozsahu č. VZMR/S/001/07 „Výběr makléřské společnosti“ zveřejněné na úřední desce zadavatele dne 25.1.2007,

rozhodl podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., takto:

Správním řízením **se zastavuje**, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není příslušný k rozhodnutí o návrhu.

Odůvodnění

Statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava, zast. Ing. Zbyňkem Stanjurou, primátorem města (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo dne 25.1.2007 na úřední desce Statutárního města Opavy a na internetové adrese www.opava-city.cz zadání veřejné zakázky malého rozsahu č. VZMR/S/001/07 „Výběr makléřské společnosti“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Ve stanovené lhůtě pro podání nabídek, tj. do 13.2.2007, obdržel zadavatel nabídky 8 uchazečů. Zadavatel provedl výběr makléřské společnosti ve třech kolech. Z protokolu

o 1. jednání pracovní skupiny jmenované zadavatelem vyplývá, že zadavatel přistoupil k otevírání obálek a pracovní skupina rozhodla o konání 2. kola dne 13.3.2007 a zároveň vyzvala k osobní prezentaci všech 8 uchazečů. Z protokolu o 2. jednání pracovní skupiny ze dne 13.3.2007 vyplývá, že na základě bodového hodnocení pracovní skupina rozhodla na konání 3. kola, které si zadavatel vyhradil již v zadávacích podmínkách, a vyzvala k účasti a zpracování návrhu pojistného programu 3 vybrané uchazeče. Z protokolu z 3. jednání pracovní skupiny, které bylo zahájeno dne 11.4.2007, vyplývá, že zadavatel hodnotil návrhy pojistných programů vybraných uchazečů a z protokolu z 4. jednání pracovní skupiny ze dne 18.4.2007 vyplývá, že na základě předložených návrhů se zadavatel rozhodl uzavřít smlouvu s makléřskou firmou SATUM CZECH s. r. o., Porážkova 20, 702 00 Moravská Ostrava (dále jen „SATUM CZECH s. r. o.“). Smlouva o spolupráci při zajišťování komplexní pojistné ochrany č. SoS 012/2007/pobočka Ostrava byla uzavřena na dobu neurčitou dne 21.5.2007.

Proti usnesení zadavatele o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč MARSH s. r. o., Na rybníčku 5/1329, 120 00 Praha 2, za něhož jednájí Mgr. Dominik Štros a Martin Mácha, jednatele (dále jen „navrhovatel“), námitky ze dne 24.5.2007, které zadavatel obdržel dne 28.5.2007. Zadavatel sdělil navrhovateli dopisem ze dne 4.6.2007, že o těchto námitkách nebude rozhodovat, neboť námitky byly podány po lhůtě pro podání námitek.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval zadání veřejné zakázky za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 15.6.2007 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), v němž se domáhá uložení nápravného opatření podle § 118 zákona, a to zrušení usnesení zadavatele o přidělení zakázky a zrušení zadávacího řízení. Současně navrhuje, aby Úřad nařídil ve věci předběžné opatření, kterým zadavateli zakáže uzavřít smlouvu s vítězným uchazečem.

Ve svém návrhu navrhovatel spatřuje porušení zákona v tom, že poskytování služeb makléřskou společností není bezúplatné, neboť vítězná makléřská společnost bude za své služby vždy odměněna formou provize, kterou obdrží od dodavatele pojištění pro zadavatele. Současný postup zadavatele zadávání zakázky a její předstíranou bezúplatností, zejména způsob, jakým byla zakázka zadána, je proto jednáním směřujícím k obcházení účelu zákona, jakým byla zakázka zadána. Dále navrhovatel namítá podjatost vítězné makléřské společnosti v souvislosti s realizací veřejné zakázky na pojištění zadavatele, spočívající v tom, že vítězná makléřská společnost bude mít osobní zájem na přidělení veřejné zakázky tomu dodavateli, který jí nabídne nejvyšší provizi. Navrhovatel dále namítá, že zakázka nebyla zadána a přidělena vítěznému uchazeči v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zakázku diskriminace podle § 6 zákona a v této souvislosti uvádí, že simulovaně bezplatná nabídka nemůže být upřednostněna před nabídkou podanou navrhovatelem, aniž by došlo k porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, neboť ekonomický základ nabídky a výhodnost obou nabídek je shodná. Navrhovatel konstatuje, že s ohledem na definici veřejné zakázky podle § 7 zákona je nabídka navrhovatele, na rozdíl od nabídky vítězné makléřské společnosti, v souladu se zákonem, a současně závěrem uvádí, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti tím, když přidělení veřejné zakázky odůvodnil naprosto nedostatečným a neprůhledným způsobem, z něhož není patrné, na základě jakých kritérií dospěl k usnesení o přidělení veřejné zakázky.

Kauci ve výši 50 000,- Kč navrhovatel uhradil s podáním návrhu.

Úřad obdržel návrh dne 18.6.2007 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“) jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel, a
- vybraný uchazeč SATUM CZECH s. r. o.,

K výše uvedenému návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podal zadavatel v souladu s § 114 odst. 4 zákona dopisem ze dne 25.6.2007 Úřadu své vyjádření, v němž k návrhu uvádí, že při přípravě zadání pro zadání zakázky malého rozsahu vycházel z doporučení „Asociace českých makléřských společností“, která na svých internetových stránkách zveřejňuje, jak při výběru pojišťovacího makléře postupovat. Zadavatel uvádí, že pojišťovací makléř má potřebné odborné znalosti a zároveň zná nabídku pojistných produktů pojistitelů na trhu, a proto se rozhodl vypsát veřejnou zakázku malého rozsahu s cílem nalezení vhodného pojišťovacího makléře. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele uvedeným v námitkách a domnívá se, že námitky se netýkají zakázek malého rozsahu, u kterých zákon nevyžaduje dodržování lhůt, a dále nesouhlasí s tvrzením o skryté úplatnosti a obcházení zákona, jelikož stanovil podmínky pro všechny dodavatele stejné a je jen na uvážení dodavatelů, zda-li své nabídky podají či ne. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že nelze vzájemně srovnávat nabídky dle jejich ekonomické výhodnosti, je-li provedení služeb nabízeno bezplatně. Výběr byl realizován ve více výběrových kolech, a jelikož se stěžovatel účastnil pouze prvního a druhého výběrového kola a do dalšího kola nepostoupil, nemůže hodnotit existenci či neexistenci ekonomické výhodnosti nabídky. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením o porušení zásad uvedených v § 6 zákona, jelikož zastává názor, že veřejná zakázka proběhla s dodržáním těchto zásad, a je přesvědčen o správnosti svého postupu.

Úřad dopisem č. j. S159/2007/VZ-12350/2007/540-MČ ze dne 2.7.2007 oznámil zahájení správního řízení jeho účastníkům. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení ze dne 2.7.2007, v němž stanovil, že účastníci řízení jsou oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., vyjádřit své stanovisko podle odst. 2 citovaného ustanovení zákona ve lhůtě do 16.7.2007, a že se mohou podle odst. 3 téhož ustanovení zákona vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí ve lhůtě do 17.7.2007.

Dne 2.7.2007 Úřad vydal rozhodnutí, kterým návrh na předběžné opatření zamítl, neboť Smlouva o spolupráci při zajišťování komplexní pojistné ochrany č. SoS 012/2007/pobočka Ostrava již byla dne 21.5.2007 uzavřena.

Ve stanovené lhůtě se k oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil zadavatel a uvedl, že nenavrhuje žádné další důkazy a je přesvědčen o tom, že v šetřené veřejné zakázce „Výběr makléřské společnosti“ postupoval v souladu se zákonem a neporušil zásady uvedené v § 6 zákona.

K zahájení správního řízení se vyjádřil rovněž navrhovatel. Ve svém vyjádření navrhovatel opakovaně uvádí, že podle § 7 zákona je veřejnou zakázkou taková zakázka, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení prací, bezplatná zakázka tedy není veřejnou zakázkou ve smyslu § 7 zákona. Navrhovatel z toho vyvozuje, že jestliže zadavatel označil zakázku jako bezúplatnou v rozporu s § 7 zákona,

učinil tak s úmyslem obejít zákonnou povinnost použít odpovídající typ zadávacího řízení, který by včetně všech souvisejících zákonných ustanovení musel aplikovat v případě, kdy by zakázku zadal za její skutečnou hodnotu.

Navrhovatel je přesvědčen, že smlouva o spolupráci uzavřená s vítězným uchazečem společností SATUM CZECH s. r. o. byla uzavřena v rozporu se zákonem, neboť zadavatel s uzavřením nepočkal, až uplyne zákonem stanovená lhůta pro podání námitek, tj. 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel dovozuje, že smlouva je neplatná, neboť podle občanského zákoníku je neplatný právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází. Navrhovatel uvádí, že podání námitek je podmínkou po podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele a dovozuje legitimaci k podání námitek zákonem zaručeným právem podat návrh proti všem úkonům zadavatele ve smyslu § 114 odst. 1 zákona. Závěrem navrhovatel uvádí, že trvá na všech svých námitkách uvedených v návrhu, neboť se domnívá, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, v důsledku čehož způsobil navrhovateli újmu specifikovanou v návrhu.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů rozhodl o zastavení řízení.

Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že uchazeči uvedli v nabídkách, že veškeré plnění poskytované v souladu s uzavřenou smlouvou bude makléřskou společností klientovi poskytováno bezplatně, s tím, že odměna jim bude uhrazena formou provize se smluvenou pojišťovnou. Jediný uchazeč, a to navrhovatel, požadoval v nabídce odměnu ve výši 340 000,- Kč za rok přímo od zadavatele, přičemž výše pojistného hrazená zadavatelem by byla snížena o částku, kterou by jinak od pojišťovny nárokoval makléř za zprostředkování pojištění.

V ustanovení § 7 zákon stanoví, že veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy. Podle výše předpokládané hodnoty dělí zákon veřejné zakázky na nadlimitní, podlimitní a veřejné zakázky malého rozsahu (viz ust. § 12 zákona), pokud splňují znaky uvedené v § 7 zákona. Veřejnou zakázkou jsou tedy jakékoliv veřejné zakázky bez ohledu na výši jejich předpokládané hodnoty, pokud splňují znaky uvedené v ust. § 7 zákona.

Podle § 12 odst. 6 zákona se veřejnou zakázkou malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na služby nebo dodávky 2 000 000,- Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000,- Kč. Ustanovení § 18 zákona stanoví obecné výjimky z působnosti zákona. Podle § 18 odst. 3 zákona není zadavatel povinen zakázky malého rozsahu zadávat podle zákona, je však povinen dodržovat zásady uvedené v § 6 zákona.

Ze Smlouvy o spolupráci při zajišťování komplexní pojistné ochrany č. SoS 012/2007/pobočka Ostrava z bodu 1.2 vyplývá, že SATUM CZECH s. r. o. se za účelem výběru pojistitele, který bude pro klienta zajišťovat pojištění, zavazuje na vlastní náklad vykonávat pro klienta veškeré činnosti zadavatele, ke kterým je klient povinen dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, příp. za jiných klientem stanovených podmínek, a to

s výjimkou výkonu rozhodovací činnosti zadavatele. SATUM CZECH s. r.o. vybere pojistitele pro klienta na dobu neurčitou, ve vztahu k zákonu se bude jednat o nadlimitní veřejnou zakázku na služby, pro jejíž zadání byl zvolen postup podle § 21 zákona.

Z článku IV. bodu 1 „odměna a platební podmínky“ předmětné smlouvy vyplývá, že vítězný uchazeč je odměňován zásadně pojišťovny, tzn. že za každý případ zprostředkování pojistné smlouvy či její změny má právo na provizi. Jestliže nedojde k uzavření smlouvy o pojištění prostřednictvím SATUM CZECH s. r.o. , a to z důvodu uzavření pojistné smlouvy prostřednictvím jiné fyzické nebo právnické osoby s klientem, či uzavření smlouvy klientem přímo s pojišťovnou, není pojišťovna povinna vyplácet společnosti SATUM CZECH s. r. o. provizi a pojišťovací makléři vniká nárok na provizi vůči klientovi. Výše provize závisí na výši základu pro výpočet provize a na sazbě provize. Základem pro výpočet provize je předpisové pojistné.

V článku IV. bodu 2 smlouvy „odměna a platební podmínky“, je maximální výše provize, na kterou má SATUM CZECH s. r. o. nárok, stanovena ve výši 15% z pojistného.

K otázce úplatnosti makléřských služeb ze strany zadavatele Úřad uvádí, že zadavateli ze smlouvy sice nemusí vzniknout přímý peněžitý závazek zadavatele vůči SATUM CZECH s. r. o., avšak de facto se jedná o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize. Pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy určující výše provize, kterou makléř obdrží, a to bez ohledu na to, od kterého subjektu ji obdrží. To platí za předpokladu, že vlastní pojistné smlouvy budou uzavírány v následném zadávacím řízení postupem podle zákona (viz bod 1.2).

Za účelem ověření správnosti postupu zadavatele si Úřad od zadavatele vyžádal podklady pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky malého rozsahu a zjistil, že výše zaplaceného pojistného zadavatelem pojišťovně činila 2 722 000,- Kč za rok 2006, přičemž výše pojistného dosud zaplaceného zadavatelem pojišťovně na pojistném za rok 2007 činí částku 2 357 151,- Kč. Při zaplacení nejvyšší možné provize stanovené ve smlouvě, tj. 15% z výše pojistného, by provize vítězné makléřské společnosti byla ve výši 408 300,- Kč za rok.

Podle § 15 odst. 1 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby stanoví obdobně jako předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky, což v šetřeném případě znamená, že se podle § 14 odst. 1 písm. b) zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky na služby stanoví z předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou.

Z výše uvedeného vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky bude přibližně 1 633 200,- Kč, tudíž se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, při jejímž zadání lze aplikovat ustanovení § 18 odst. 3 zákona.

S ohledem na skutečnost, že veřejná zakázka malého rozsahu je vyjmuta podle § 18 odst. 3 z působnosti zákona, zadavatel nebyl povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu podle zákona, a nebyl tedy povinen při vyřízení námitek dodržet zákonem stanovený postup pro jejich vyřízení.

Podle § 112 odst. 1 zákona vykonává Úřad dohled nad dodržováním zákona, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 zákona, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Pravomoci Úřadu jsou vymezeny v ustanovení § 112 odst. 2 zákona, které specifikuje rozsah dohledu upraveného v § 112 odst. 1 zákona v bodech b) a e) tak, že Úřad rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, a kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona rovněž vymezuje správní delikt tak, že se jedná o nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky.

Podle § 17 písm. k) zákona se zadáním rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení.

Podle § 17 písm. m) zákona se zadáváním rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.

Podle zákona jsou veřejnými zakázkami i zakázky malého rozsahu (tj. do 2 mil. Kč nebo do 6 mil. Kč u stavebních zakázek), avšak takovými, které zadavatel nezadává ve smyslu definic § 17 písm. k) a m) zákona. Z toho důvodu není dána ani pravomoc přezkumu Úřadu, neboť tomu podléhají pouze postupy při zadávání veřejných zakázek.

Podle § 114 odst. 3 zákona jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, zahájené řízení zastaví.

Jelikož v šetřeném případě předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepřekročila částku 2 mil. Kč, neměl zadavatel povinnost postupovat podle zákona a zadat zakázku v některém ze zadávacích řízení, neboť se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, přičemž postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu nepodléhá přezkumu ze strany Úřadu.

Vzhledem ke skutečnosti, že Úřad není věcně příslušný k přezkoumání postupu při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, správní řízení v předmětné věci zastavil.

Na základě uvedených skutečností rozhodl orgán dohledu o zastavení řízení, jak je uvedeno ve výroku.

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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

MARSH s. r. o., Na rybníčku 5/1329, 120 00 Praha 2,
statutární město Opava, Horní náměstí 69, 746 26 Opava,
SATUM CZECH s. r. o., Porážkova 1424/20, 702 00 Moravská Ostrava

Vypraveno: viz otisk razítka na poštovní obálce