

Urząd zamówień Publicznych

Wybór brokera ubezpieczeniowego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej ustawa Pzp", stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez podmioty enumeratywnie określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przez zamówienia publiczne, rozumiemy zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, umowy odpłatnie zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Treść ww. definicji zamówienia publicznego jednoznacznie wskazuje, iż zakresem prawa zamówień publicznych objęte są wyłącznie umowy odpłatne o charakterze cywilnoprawnym. Pod pojęciem odpłatnych czynności prawnych rozumie się umowy, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową, niekoniecznie w postaci pieniężnej. Innymi słowy przez "świadczenie odpłatne" należy rozumieć takie świadczenie, które ma odpowiednik w świadczeniu drugiej strony, stanowiące wynagrodzenie za dokonaną czynność, przy czym świadczenia te nie muszą być wyrażone w jednostkach pieniężnych.

Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. 2003 r. Nr 124, poz. 1154, z późn. zm.), dalej "ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym", przewiduje możliwość korzystania z pośrednictwa ubezpieczeniowego w zakresie ubezpieczeń osobowych i majątkowych. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia. Działalność gospodarcza polegająca na świadczeniu usług pośrednictwa ubezpieczeniowego może być wykonywana wyłącznie przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych, a w zakresie reasekuracji - tylko przez brokerów reasekuracyjnych posiadających zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie reasekuracji (art. 2 ust. 2 i 3 o pośrednictwie ubezpieczeniowym).

Działalnością brokerską, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym jest wykonywanie czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu szukającego ochrony ubezpieczeniowej, polegające na: zawieraniu lub doprowadzeniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia również w sprawach o odszkodowanie.

Problem obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy wyborze brokera sprowadza się do ustalenia, czy w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z odpłatną umową cywilnoprawną, czy też z umową, która takiego charakteru nie ma.

Z treści art. 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym można byłoby wyprowadzać wniosek, iż umowa brokerska zawsze ma charakter odpłatny. Nie ulega wątpliwości, iż umowa będzie miała taki charakter, w przypadku gdy wynagrodzenie bądź jego część wypłacał będzie

brokerowi bezpośrednio zamawiający. Zgodnie jednak z przyjętą praktyką za świadczenie swych usług, broker nie pobiera wynagrodzenia od ubezpieczającego, a od zakładu ubezpieczeń w formie prowizji.

Zgodnie z przyjętym poglądem w doktrynie odpłatny charakter umowy charakteryzuje się tym, iż każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Co do zasady, nie ma znaczenia, czy płatność za uzyskane świadczenie realizowana jest przez stronę zawartej umowy, czy też przez osobę trzecią. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w "Prawie zamówień publicznych - komentarz" pod redakcją Tomasza Czajkowskiego. Jak wynika z treści ww. komentarza zakresem zastosowania przepisów prawa zamówień publicznych objęte są nie tylko umowy, w których płatność za wykonaną usługę, dostawę lub robotę budowlaną zostaje dokonana przez zamawiającego, ale również umowy, gdzie wynagrodzenie świadczone jest przez osobę trzecią. W każdym bowiem przypadku wykonawca świadczenia uzyskuje korzyść majątkową, z tym zastrzeżeniem, że wypłacane środki mogą pochodzić od podmiotu trzeciego.

Wydaje się, iż w przypadku umowy brokerskiej nie mamy do czynienia z ww. sytuacją. Za wykonaną usługę broker nie pobiera wynagrodzenia na podstawie stosunku zastępstwa ubezpieczeniowego zawartego z zamawiającym, lecz na podstawie odrębnej umowy zawartej z zakładem ubezpieczeń, określającej zasady wzajemnego rozliczania się z tytułu wykonywania czynności brokerskich. Nie można zatem opłacać brokera przez zakład ubezpieczeń jako świadczenia zamawiającego realizowanego przez osobę trzecią, z uwagi, iż umowa brokerska takiego świadczenia nie przewiduje. W związku z czym, podmiot zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych, zawierając nieodpłatną umowę o świadczenie usług pośrednictwa ubezpieczeniowego nie stosuje procedur ustawy Pzp.

O odpłatności umowy o świadczenie usług brokerskich nie świadczy również odmienne, niż w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej, uregulowanie definicji pośrednictwa ubezpieczeniowego. W stosunku do zawartej w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, nowa definicja zastrzega, iż pośrednictwo polega na wykonywaniu czynności za wynagrodzeniem. Zgodnie z wyrażonym poglądem w literaturze przedmiotu: określenie "za wynagrodzeniem" charakteryzuje jedynie ekonomiczny sens działalności zawodowej brokera, nie odnosi się jednak bezpośrednio do stosunków prawnych, w które wchodzi w związku z jej wykonywaniem" (J. Pokrzywniak, Rzeczpospolita 2003/6/18 - t.2).

Jednocześnie, należy dodać, że obowiązek stosowania procedur ustawy Pzp będzie zachodził na etapie wyboru zakładu ubezpieczeń z którym zamawiający zawrze umowę ubezpieczenia. Broker może działać jako pełnomocnik zamawiającego, czyli w imieniu i na rzecz zamawiającego zobowiązany będzie do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający może jednak sam prowadzić postępowanie na wybór zakładu ubezpieczeń, korzystając jednocześnie z usług brokera jako biegłego