Sygn. akt: KIO 2028/21

WYROK
z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Security & Cleaning System Sp. z o.o., ul. Racławicka 15/19, 53-149 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy im. ks. Jerzego Popiełuszki, ul. Ligi Polskiej 8, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Impel System Sp. z o.o. (lider), Impel Facility Services Sp. z o.o., Ars Medica Sp. z o.o., Hospital Service Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny (zastosowanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług VAT) oraz wyboru jako najkorzystniejszej, podlegającej odrzuceniu oferty przystępującego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu;

oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego ponownego wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT,

kosztami postępowania obciąża **Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy im. ks. Jerzego Popiełuszki, ul. Ligi Polskiej 8, 87-100 Toruń** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Security & Cleaning System Sp. z o.o., ul. Racławicka 15/19, 53-149 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego im. ks. Jerzego Popiełuszki, ul. Ligi Polskiej 8, 87-100 Toruń** na rzecz wykonawcy **Security & Cleaning System Sp. z o.o., ul. Racławicka 15/19, 53-149 Wrocław** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

U z a s a d n i e n i e

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej poniżej 214 000 euro, prowadzonego w trybie podstawowym na *„Świadczenie usług w zakresie sprzątania oraz utrzymania czystości i porządku w granicach norm sanitarno-epidemiologicznych na terenie Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego w Toruniu”* przez Zakład Pielęgnacyjno- Opiekuńczy im. Ks. Jerzego Popiełuszki w Toruniu, ul. Ligi Polskiej 8, 87-100 Toruń (dalej „zamawiający”) wykonawca Security & Cleaning System Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu, ul. Racławicka 15/19, 53-149 Wrocław (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o. o., Ars Medica Sp. z o. o. i Hospital Service Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum”) pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług VAT (częściowo stawka zw. zamiast 23%),
2. wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo, że podlegała odrzuceniu, a w konsekwencji – zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
3. badaniu i ocenie ofert,
4. ponownym wezwaniu konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki VAT;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnieniu zarzutów jak w pkt. 1-4 powyżej:

5. zaniechaniu wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie do ceny złożonej oferty i jej istotnych części składowych, pomimo iż cena wykonania usług, uznanych przez konsorcjum za podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT w stawce 23% (tj. 3.267 zł netto miesięcznie) w relacji do zakresu tej usługi określonego przez konsorcjum w piśmie z 11.06.2021 r. jest rażąco niska w relacji do przedmiotu zamówienia i nie obejmuje wszystkich jej elementów wskazanych w ofercie, a tym samym rażąco niska jest cena całej złożonej oferty, zaś w dalszej kolejności – zaniechaniu odrzucenia tej oferty,
6. zaniechaniu wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień (względnie uzupełnienia dokumentów podmiotowych) w zakresie przedłożonego wykazu doświadczenia i załączonych do niego referencji, poprzez dookreślenie, jaki był zakres udziału poszczególnych członków konsorcjum w realizacji zamówień wyszczególnionych w wykazie i referencjach,
7. zaniechaniu wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zatrudnienia w zakresie wskazania konsorcjantów, u których zatrudnione są osoby ujęte w wykazie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujących naruszenie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny (zastosowanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług VAT),
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty konsorcjum podczas, gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) była oferta odwołującego,
3. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, polegające na ponownym wezwaniu konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w sytuacji, w której pomimo pełnego i jednoznacznego wezwania

wykonawca ten nie wyjaśnił treści oferty, w tym podstaw zastosowanej stawki podatku VAT, co doprowadziło do negocjacji treści oferty z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów jak w pkt. 1 i 2 powyżej:

4. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266, poprzez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, wezwania konsorcjum do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty i jej istotnych części składowych, pomimo że co najmniej – w odniesieniu do usług, uznanych przez konsorcjum za opodatkowane stawką 23% VAT, jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie obejmuje wszystkich elementów oferty,
5. art. 128 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) w zw. z art. 266, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu doświadczenia i załączonych do niego referencji (ewentualnie – uzupełnienia dokumentów podmiotowych, ewentualnie – zwrócenia się o wyjaśnienia do podmiotów, na rzecz których realizowane były usługi referencyjne), poprzez dookreślenie, jaki był zakres udziału poszczególnych członków konsorcjum realizujących usługę referencyjną w realizacji zamówień wyszczególnionych w wykazie w sytuacji, w której załączony wykaz usług wskazuje na realizację usług referencyjnych w ramach konsorcjum, a ponadto:

- zgodnie z oświadczeniami konsorcjum złożonym w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp i następnie ponownie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty konsorcjum wskazało na konkretny podział zadań pomiędzy konsorcjantami, a tym samym zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp ci spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy realizują zadania, do których wymagane jest doświadczenie stanowiące warunek udziału w postępowaniu muszą legitymować się (we własnym zakresie) niezbędnym doświadczeniem,
- z oświadczeń, złożonych przez członków konsorcjum w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że każdy z nich spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, zaś w załączonym wykazie powołują się oni na realizację zamówień referencyjnych w ramach konsorcjum,

a nadto poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, poprzez wskazanie, u którego z konsorcjantów zatrudnione są osoby ujęte w wykazie, i w konsekwencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. unieważnienia czynności wezwania konsorcjum do dodatkowych wyjaśnień z 09.07.2021 r.,
4. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie odrzucenia oferty konsorcjum,
5. wezwania odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych wymaganych w postępowaniu,

ewentualnie następnie:

6. wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym jej istotnych części składowych określonych jako podlegające opodatkowaniu stawką 23% VAT,
7. wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu doświadczenia i załączonych do niego referencji (ewentualnie – wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, ewentualnie – zwrócenia się przez zamawiającego o wyjaśnienia do podmiotów, na rzecz których realizowane były usługi referencyjne), poprzez dookreślenie, jaki był zakres udziału poszczególnych członków konsorcjum realizujących usługę referencyjną w realizacji zamówień wyszczególnionych w wykazie,
8. wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, poprzez wyjaśnienie, w którym z podmiotów wspólnie realizujących zamówienie zatrudnione są poszczególne osoby ujęte w wykazie.

Odwołujący podał, że zamówienie dotyczy świadczenia usług w zakresie sprzątania pomieszczeń oraz wykonywania innych prac porządkowo-czystościowych w granicach norm sanitarno-epidemiologicznych dla Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego w Toruniu, szczegółowo opisanych w załączniku nr 3 do SWZ *WIELKOŚĆ I ZAKRES PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA i wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia* (dalej „OPZ"). Wskazał, że w pkt. 15 lit. u zamawiający przewidział, że do obowiązków personelu sprzątającego nie należą czynności związane z obsługą pacjenta.

Podał również, że w części IX SWZ określono sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym za wykonanie usług wykonawca będzie otrzymywał comiesięcznie wynagrodzenie ryczałtowe; wykonawca miał obliczyć cenę oferty zawierającą podatek od towarów i usług (VAT) i określić ją w Załączniku Nr 2 do SWZ (formularz „specyfikacji cenowej") dołączonym do oferty na etapie jej składania.

Podał w dalszej kolejności, że w części IV pkt 4.4. SWZ określono warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, obejmujące m.in. wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu minimum 2 usług wykonanych lub wykonywanych w zakresie kompleksowego, specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach podmiotów wykonujących działalność leczniczą o wartości minimum 615.000,00 zł brutto każda usługa, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a także obowiązek dołączenia wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia, potwierdzającego dysponowanie co najmniej 1 osobą przewidzianą do kierowania i kontroli jakości usług będących przedmiotem zamówienia posiadającą co najmniej 12-miesięczny staż pracy (doświadczenie) na zajmowanym stanowisku w podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą, ukończony kurs/szkolenie z zakresu: higieny i profesjonalnej dezynfekcji w podmiotach wykonujących działalność leczniczą, technologii usługach sprzątania oraz minimum 6 osobami, które będą skierowane do wykonywania usług będących przedmiotem zamówienia posiadającymi co najmniej 6-miesięczny staż pracy (doświadczenie) w zakresie specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą.

Dowód: dokumentacja postępowania- SWZ z załącznikami

Odwołujący podał także, że oferty w postępowaniu złożyli: konsorcjum oraz odwołujący – odwołujący zaoferował realizację usługi za wynagrodzeniem w całości opodatkowanym stawką VAT 23%, zaś konsorcjum w zakresie pkt 1 formularza kalkulacji cenowej (częściowo) i pkt 2 formularza kalkulacji cenowej (w całości) – stawką VAT zw., w pozostałym zakresie – 23%. Uzupełnił, że jako cenę ryczałtową netto oferty w pkt. 1 formularza ofertowego wskazano kwotę 49.978,00 zł, jako wartość VAT kwotę 751,41 zł.

Wskazał nadto, że wraz z ofertą konsorcjum złożyło oświadczenie z 25.05.2021 r., zgodnie z którym:

- Impel System Sp. z o. o. świadczyć będzie usługi porządkowo-czystościowe oraz pozostałe usługi, objęte opisem przedmiotu zamówienia,
- ARS Medica Sp. z o. o.świadczyć będzie kompleksowe usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związanych, wykonywanych w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia przedstawionym przez zamawiającego w dokumentacji postepowania,
- Impel Facility Services Sp. zo.o. oraz Hospital Service Sp. z o.o. świadczyć będą usługi objęte przedmiotem zamówienia

Dowód: złożone oferty wraz z załącznikami

Podał w dalszej kolejności, że zamawiający – pismami z 28.05.2021 r. wezwał obu wykonawców do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT; konsorcjum wskazało, iż w jego ocenie przedmiot zamówienia obejmuje szereg czynności, polegających na myciu i dezynfekcji oraz wykonywaniu innych czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego reżimu sanitarnego m.in. w obrębie tych pomieszczeń placówki i ich wyposażenia, w których przeprowadzane są procesy medyczne, a także rozwożenie posiłków dla pacjentów, co odpowiada usługom klasyfikowanym na gruncie prawa podatkowego jako podlegające zwolnieniu z podatku VAT usługi ściśle związane z opieką medyczną, stanowiące usługi pomocnicze (uzupełniające) w stosunku do opieki medycznej, z uwagi na ich umiejscowienie jako element procesu leczniczego wykonywanego w podmiotach leczniczych. Odwołujący uzupełnił, że konsorcjum powołało się na Interpretację Ogólną wydaną przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 (dalej „Interpretacja Ogólna"), w tym na zawarte w niej wyliczenie przykładowych usług, które mogą być uznane za podlegające zwolnieniu z VAT jako usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowiące nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT.

Powołał się także na dwa wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego ws. I FSK 2118/16 oraz I FSK 980/19.

Dowód: wezwania do wyjaśnień z 28.05.2021 r., wyjaśnienia odwołującego z 01.06.2021 r., wyjaśnienia konsorcjum z 01.06.2021 r., uzasadnienia wyroków NSA ws. I FSK 2118/16 oraz I FSK 980/19

Odwołujący stwierdził, że zamawiający uznał wyjaśnienia konsorcjum za niewystarczające i pismem z 09.06.2021 r. wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień; konsorcjum IMPEL złożyło dodatkowe wyjaśnienia, wskazując m.in. na dokładny podział czynności, które zakwalifikowało jako podlegające stawce VAT 23% oraz tych, które zakwalifikowało jako podlegające stawce zw. (w tej drugiej kategorii wymieniając m.in. sprzątanie korytarzy, pomieszczeń socjalnych, magazynów czystej i brudnej bielizny, sal rehabilitacji, działu farmacji, pokoi lekarzy, magazynów podręcznych, klatek schodowych, pomieszczeń szatni z WC dla personelu, gabinetu pielęgniarek, gabinetu kierownika kuchni na zewnątrz oddziału, dyżurki pielęgniarek, sal chorych, wszystkich pomieszczeń w Budynku Nowym, w tym pomieszczeń socjalnych i gospodarczych, ciągów komunikacyjnych, pomieszczeń lekarskich i pielęgniarek, pokoi dziennych, sal chorych, przedsionków, korytarzy, magazynów etc.). Dodał, że w wyjaśnieniach z 11.06.2021 r. konsorcjum określiło również, którzy z konsorcjantów wykonają zadania objęte stawką zw. (ARS Medica, częściowo Hospital Service), a którzy – pozostałe, którzy konsorcjanci wystawią faktury za usługi objęte stawką zw. (ARS Medica), które z podmiotów uczestniczących w konsorcjum są podmiotami leczniczymi (ARS Medica, Hospital Service).

Dowód: wezwanie z 09.06.2021 r., pismo konsorcjum z 11.06.2021 r.

W odniesieniu do dokumentów podmiotowych odwołujący podał, że na wezwanie zamawiającego konsorcjum IMPEL złożyło m.in. wykaz zrealizowanych usług wrazz referencjami, z którego wynika, że obie usługi ujęte w wykazie realizowało konsorcjum wykonawców w składzie analogicznym do składu konsorcjum, które złożyło ofertę w tym postepowaniu, a także wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym nie wskazano, który z konsorcjantów zatrudnia poszczególne osoby wskazane w wykazie.

Dowód: wezwanie z 16.06.2021 r., pismo konsorcjum z 21.06.2021r. wraz z załącznikami

Odwołujący wskazał, że 30.06.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 30.06.2021 r.

Oświadczył, że 02.07.2021 r. przekazał zamawiającemu materiały z innego postępowania o analogicznym do tego zamawiającego przedmiocie działania (Stołeczne Centrum Opiekuńczo- Lecznicze Sp. z o.o. w Warszawie), w którym – wedle odwołującego – w analogicznym stanie faktycznym oferta konsorcjum została odrzucona z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT (stawka zw.), wzywając zamawiającego do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, co spotkało się z odmową, ponieważ zamawiający uznał, że chodzi o odmienny stan faktyczny obu spraw. Uzupełnił, że zamawiający podkreślił, że w jego ocenie w równoległym postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego, materiały z którego przekazał mu SCS, kluczowe było określenie przez tamtego zamawiającego, że usługi sprzątania nie obejmują czynności pomocowych przy pacjencie.

Dowód: pismo odwołującego z 02.07.2021r. wraz z załącznikami, odpowiedź zamawiającego z 05.07.2021 r.

Stwierdził, że podstawowe zarzuty odwołania, zmierzające do odrzucenia oferty konsorcjum bez wzywania do dalszych wyjaśnień i dalszego badania złożonej przez tego wykonawcę oferty, sprowadzają się do zakwestionowania możliwości zastosowania przez tego wykonawcę stawki podatku VAT zw. (w ogóle lub co najmniej w sposób i w zakresie objętym jego wyjaśnieniami).

Stanął na stanowisku, że konsorcjum nie było uprawnione do zastosowania stawki VAT zw., a z pewnością – nie w zakresie opisanym w wyjaśnieniach.

Odwołujący także stwierdził, że obowiązek prawidłowego sporządzenia oferty, w tym w sposób umożliwiający jednoznaczne i niebudzące wątpliwości odtworzenie jej treści obciąża wyłącznie – wykonawcę. Uznał, że nie jest kwestionowane, że zastosowanie w ofercie błędnej stawki podatku VAT, jeżeli zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych wskazań jej dotyczących stanowi błąd w obliczeniu ceny, niepodlegający poprawieniu i skutkujący odrzuceniem oferty (wyrok z 28.05.2019 r. sygn. akt KIO 881/19), ponieważ jakkolwiek klasyfikacji usługi dokonuje wykonawca, to zamawiający zobligowany jest do weryfikacji poprawności prawnopodatkowej klasyfikacji świadczenia wykonawcy. Podał, że pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie KIO (wyrok 04.01.2019 r. sygn. akt KIO 2601/18).

Stwierdził również, że w przypadku usługi, do której zdaniem wykonawcy częściowo zastosowanie znajdują różne stawki podatku VAT (względnie zwolnienia z podatku VAT) dla wykazania prawidłowości obliczenia ceny należy odrębnie wykazać podstawy naliczenia podatku w określonych stawkach/ zwolnienia (odrębnie wykazać kwotę netto wynagrodzenia, będącą podstawą zastosowania określonej stawki / zwolnienia), co wynika wprost z przepisów podatkowych i jest niezależny od treści SIWZ i załączników do niej, w tym formularza ofertowego.

Podkreślił, że na gruncie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, analogicznie do wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, ewentualne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty nie mogą być powtarzane, jeżeli niedostatki wyjaśnień obciążają wykonawcę, a nie wynikają z niepełności wezwania; w przeciwnym przypadku dalsze wezwania stanowiłyby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), a także dążyłyby do niedopuszczalnej negocjacji treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego wezwanie zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia okoliczności związanych z zastosowaną stawką podatku VAT i konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie powołało się jedynie na fakt istnienia zwolnienia z art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o VAT, nie wskazując jednocześnie na żadne przesłanki podmiotowe, które go dotyczą (warunkujące zastosowanie takiego zwolnienia), nie precyzując też podstaw naliczenia podatku w stawce 23% i stawce zw. (kwoty netto, od której naliczył podatek) ani pozostałych istotnych w tej mierze okoliczności (podmiotu, który będzie wykonywał usług objęte stawką zw., podmiotu wystawiającego faktury etc.)

Stanął na stanowisku, że fakt, iż zamawiający trafnie uznał uzyskane wyjaśnienia za niewystarczające obligował go do odrzucenia oferty bez dalszych wezwań; skoro z treści pierwotnych wyjaśnień nie dało się odtworzyć okoliczności istotnych dla uznania zaoferowanej ceny za poprawnie obliczoną, tym samym zaoferowana cena winna zostać już uprzednio uznana za obliczoną błędnie, a oferta

Odwołujący ocenił, na bazie złożonych przez konsorcjum wyjaśnień dodatkowych (gdyby uznać je za dopuszczalne), w połączeniu z pozostałą treścią oferty i innymi złożonymi w postępowaniu dokumentami, że nawet sprecyzowanie tych informacji przez konsorcjum nie pozwalało uznać sposobu obliczenia ceny za prawidłowy.

Podał, że konsorcjum twierdzi, że swoje obliczenia oparło na Interpretacji Ogólnej, podnosząc że lektura wyjaśnień wskazuje, że albo konsorcjum stosuje ją w sposób wybiórczy, albo opacznie odczytuje on jej treść.

Odwołujący stwierdził, że na gruncie prawa podatkowego i w ślad za tym w orzecznictwie KIO podkreśla się konieczność unikania sztucznego dzielenia usług tzw. kompleksowych, obejmujących więcej niż jedno świadczenie.
Za całkowicie bezprzedmiotowe uznał rozważania dotyczące możliwości częściowego zastosowania do usług świadczonych w ramach zamówienia udzielanego w postępowaniu zwolnienia z podatku VAT, skoro samo konsorcjum przyznaje, że nie wszystkie objęte nim usługi takiemu zwolnieniu podlegają, a usługa niewątpliwie ma kompleksowy, niepodzielny charakter.

Stwierdził, że stosując dystynkcję przyjętą przez konsorcjum – dla przyjęcia za trafny poglądu o dopuszczalności zastosowania stawki VAT zw. należałoby uznać, że jedna osoba, realizując usługę sprzątania podłóg, w ramach jednego obchodu będzie w odstępach czasu, adekwatnie do przemieszczania się narzędzi sprzątających, realizowała usługę zwolnioną (przesuwając mopem po podłodze w pomieszczeniach uznanych za związane z realizacją usług leczniczych), następnie opodatkowaną stawką podstawową (zmywając powierzchnię pozostałych pomieszczeń), by po chwili znów świadczyć usługę zwolnioną (w kolejnym pomieszczeniu medycznym, do którego dotrze).

Wskazał, że zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 685 ze zm.) [dalej „uVAT") zwalnia się od podatku w szczególności:
18) usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze;
18a) usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Wskazał także, że zakres powyższego zwolnienia doprecyzowują przepisy art. 43 ust. 17 i 17 a uVAT, stosownie do których *17. Zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18, 18a (…) nie mają zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli:*
1)nie są one niezbędne do wykonania usługi podstawowej, zwolnionej zgodnie z ust. 1 pkt 18, 18a
(…)
2)ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia.
17a. Zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18a (…) mają zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe.

Na powyższej podstawie odwołujący stwierdził, że należy w pierwszej kolejności wykluczyć możliwość zastosowania zwolnienia opartego o przepis art. 43 ust. 1 pkt 18, a to z uwagi na fakt, iż usługi objęte postępowaniem nie są wykonywane w ramach działalności leczniczej wykonawców. Odnośnie zaś do zwolnienia z pkt. 18a (na które powołuje się w swoich wyjaśnieniach konsorcjum), co zauważył zamawiający w odpowiedzi na pytanie 4 do SWZ, udzielonej 18.05.2021 r., zwolnienie to ma charakter przedmiotowo-podmiotowy, a więc odnoszący się zarówno do cech świadczenia, jak i do cech podmiotu świadczącego usługę.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający określił przedmiot zamówienia, podkreślając iż dotyczy "świadczenia usług w zakresie sprzątania oraz utrzymania czystości i porządku w granicach norm sanitarno-epidemiologicznych na terenie Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego w Toruniu" Kod CPV:90.90.00.00-6 – usługi w zakresie sprzątaniai odkażania. Usługi te objęte są stawką podatku VAT w wysokości 23%.

Wskazał, że wątpliwość dotycząca zastosowania przez konsorcjum właściwej stawki podatku VAT odnosi się do usług objętych zakresem z poz. 1 i 2 Specyfikacji cenowej, tj. odpowiednio
•pkt. 1 – Świadczenie usług polegających na kompleksowym specjalistycznym sprzątaniu i utrzymaniu czystości w pomieszczeniach Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego w Toruniu
•pkt 2 – Świadczenie usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego w Toruniu

Podniósł, że wątpliwość tą rozwiewa w istocie treść samej SWZ w treści załącznikanr 3 do SWZ*Opis przedmiotu zamówienia,* pkt. 15 lit u, zgodnie z którą zamawiający wykluczył, aby do obowiązków personelu sprzątającego należały czynności związane z obsługą pacjenta. Podkreślił, że zależność taka determinuje bowiem dekompletację przesłanek zwolnienia, albowiem usługa ta traci ścisły związek z usługą podstawową objętą zwolnieniem, jaką jest świadczenie usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia.

Odwołujący odniósł się do Interpretacji Ogólnej *–„w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. C-156/09 Verigen Transplantation Service International AG TSUE wskazał między innymi, iż pojęcie świadczenia opieki medycznej odnosi się do czynności, które mają na celu diagnozę, opiekę, oraz w miarę możliwości, leczenie chorób lub zaburzeń zdrowia. O*

ile świadczenia opieki medycznej powinny mieć cel terapeutyczny, to jednak zgodnie z orzecznictwem nie koniecznie wynika z tego, że należy nadać terapeutycznemu celowi świadczenia szczególnie wąskie znaczenie. Nie ma przy tym znaczenia, że świadczenia takie są wykonywane przez personel, który nie stanowi wykwalifikowanego personelu medycznego, ponieważ nie jest konieczne, aby każdy aspekt opieki terapeutycznej wykonywany był prze personel medyczny." oraz *„w wyroku z dnia 10 czerwca 2010 r. -262/08 COPYGENE A/S TSUE wskazał z kolei, iż pojęcie działalności ściśle związanej z opieką szpitalna i medyczną nie obejmuje świadczeń, które nie przedstawiają żadnego związku z opieką szpitalną nad odbiorcami tych świadczeń, ani z opieką medyczną świadczoną ewentualnie na ich rzecz. Świadczenia takie wchodzą w zakres takiego pojęcia wówczas gdy są rzeczywiście wykonywane jako usługi pomocnicze względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej nad odbiorcami lub opieki medycznej świadczonej na rzecz odbiorców co oznacza, że nie stanowią one celu samego w sobie lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego". (…) jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej, i które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić działalność ściśle związaną z opieką szpitalną i medyczną (…) W świetle powyższego zatem, aby daną czynność uznać za usługę ściśle związaną z usługami w zakresie opieki medycznej służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, konieczne jest, aby ta czynność mogła być uznana za usługę pomocniczą do danej usługi medycznej (usługi głównej).*

W ocenie odwołującego przytoczone postanowienia SWZ poparte wyjaśnieniami zamawiającego wykluczają, aby jakąkolwiek czynność wykonywaną przy realizacji niniejszego zamówienia uznać za usługę ściśle związaną z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, a tym samym nie można uznać jej za usługę pomocniczą do danej usługi medycznej (usługi głównej).

Wskazał, że jakkolwiek przepisy dyrektywy 2006/112/WE nie definiują pojęcia usługi opieki szpitalnej i medycznej oraz czynności ściśle z nimi związanych, a także pojęcia te nie zostały zdefiniowane w uVAT, to jednak w zakresie zwolnienia usług medycznych wielokrotnie wypowiadał się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) – znaczenie pojęcia usług opieki szpitalnej i medycznej oraz usług ściśle z nimi związanych należy interpretować z uwzględnieniem tez wynikających z orzecznictwa TSUE, który wielokrotnie podkreślał, iż pojęcia używane do opisania zwolnień wymienionych w dyrektywie powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako stanowiące odstępstwa od ogólnej zasady, zgodnie z którą podatkiem VAT objęta jest każda dostawa towarów i każda usługa świadczona odpłatnie przez podatnika.

Zaznaczył, iż przez wzgląd na treść art. 43 ust. 17 uVAT (stanowiącego implementację art. 134 dyrektywy 2006/112/WE) zwolnienia, o których mowa m.in. w ust. 1 pkt. 18 i 18a, nie mają zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług nawet ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli nie są one niezbędne do wykonywania usługi podstawowej zwolnionej.

Stanął na stanowisku, że także i cechy niezbędności dla realizacji usługi podstawowej zwolnionej nie sposób przypisać usługom objętym postanowieniami SWZ, skoro zamawiający wskazał, że do obowiązków personelu sprzątającego (przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie sprzątania i utrzymania czystości i porządku) nie należą czynności związane z obsługą pacjenta, czyli wykonanie usług podstawowych zamawiającego.

Uznał, że nie powinno być wątpliwe, iż w niniejszym postępowaniu głównym celem świadczonej przez wykonawców usługi jest *osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia* – konsorcjum ani nie świadczy konkretnej usługi podstawowej, ani też działalność objęta zamówieniem nie ma charakteru ubocznej, pomocniczej; przeciwnie, konsorcjum w tym i licznych innych postępowaniach (np. prowadzonym przez SCOL w Warszawie) konkuruje na rynku usług sprzątania, będących tym samum jednym z jego głównych przedmiotów zainteresowania – spełniony jest warunek z art. 43 ust 17 pkt 2 uVAT, wykluczający zastosowanie omawianego zwolnienia.

Podkreślił, że z Interpretacji ogólnej wynika, iż zakres zwolnienia przedmiotowego jest ograniczony podmiotowo, ponieważ stosownie do art. 43 ust. 17a ustawy o VAT zwolnienie, o którym mowa m.in. w ust. 1 pkt 18a, ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe (cyt. *„(…) zaznaczyć przy tym należy, że wymienione powyżej czynności będą objęte zakresem zwolnienia od podatku pod warunkiem, że będą wykonywane na rzecz podmiotu leczniczego na jego terenie przez odpowiednie podmioty, tj. podmioty świadczące usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia (…) Powyższe czynności nie będą także objęte zwolnieniem od podatku od towarów i usług w sytuacji, gdy podmiot je wykonujący nie będzie podmiotem wykonującym usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia.").* Przypomniał, że przedmiotem postępowania nie są usługi podstawowe (lecznicze), stąd usługi objęte SWZ nie są świadczone przez podmiot „świadczący usługi podstawowe" .

Uzupełnił, że o dopuszczalności zastosowania zwolnienia nie decyduje praktyka wykonywania usługi, stąd faktyczne jej wykonywanie nie pozwala na spełnienie przesłanek zwolnienia (np. nie następuje w ścisłym związku z usługą podstawową – usługą w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia), powoduje utratę takiego uprawnienia; oświadczył, że znane są mu okoliczności, związane m.in. z faktycznymi odbiorcami części rozwożonych przez niego posiłków (którymi nie byli pacjenci ZPO Toruń), które mogłyby poddawać w wątpliwość związek tej usługi z opieką medyczną, a tym samym – ewentualne uprawnienie do zwolnienia, gdyby w sensie teoretycznym dałoby się je do wykonawcy przypisać.

Oświadczył, że analogiczne zagadnienie było przedmiotem badania zamawiającego w poprzednich latach realizacji tej usługi i każdorazowo rozstrzygane na korzyść stawki VAT 23%.

Za argument przemawiający za bezpodstawnym zastosowaniem stawki VAT zw. uznał samą treść wyjaśnień konsorcjum, ponieważ pozostają one w wewnętrznej sprzeczności, a także w sprzeczności z innymi dokumentami złożonymi w postępowaniu, w tym oświadczeniem w trybie art. 117 ust. 4 ustawy pzp dołączonym do oferty.

Wskazał następujące rozbieżności:

- konsorcjum wskazuje, że usługi objęte stawką zw. fakturować będzie konsorcjant Ars Medica, jednocześnie dopuszczając ich świadczenie przez innego konsorcjanta (Hospital Service Sp. z o.o.), co pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa podatkowego,
- w treści wyjaśnień do wykonywania usług objętych VAT zw. wskazano konsorcjantów Ars Medica i Hospital Service, podczas gdy z oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 PZP wynika, że:
- konsorcjant IMPEL System Sp. z o.o. będzie świadczył m.in. usługi porządkowo- czystościowe objęte opisem przedmiotu zamówienia (bez rozróżnienia miejsca ich świadczenia, a wiec również – w pomieszczeniach, których sprzątanie zakwalifikowano jako objęte stawką zw.)

- konsorcjanci Impel Facility Services i Hospital Service świadczyć będą usługi objęte przedmiotem zamówienia (bez rozróżnienia, a więc również objęte wg konsorcjum stawką zw., mimo niespełniania przez Impel Facility Services przesłanek podmiotowych zwolnienia).
- konsorcjant Ars Medica będzie świadczyć usługi wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze, podczas gdy SWZ i załączniki do niego nie przewidują świadczenia usług w ramach działalności leczniczej, a w wyjaśnieniach powołano się na zwolnienie dotyczące czynności pomocowych do czynności leczniczych,
- zakres usług, wskazany w treści wyjaśnień jako zakwalifikowany do opodatkowania stawką zw., w tym wskazane do sprzątania pomieszczenia (takie jak m.in. sprzątanie korytarzy, pomieszczeń socjalnych, magazynów czystej i brudnej bielizny, sal rehabilitacji, działu farmacji, pokoi lekarzy, magazynów podręcznych, klatek schodowych, pomieszczeń szatni z WC dla personelu, gabinetu pielęgniarek, gabinetu kierownika kuchni na zewnątrz oddziału, dyżurki pielęgniarek, sal chorych, wszystkich pomieszczeń w Budynku Nowym, w tym pomieszczeń socjalnych i gospodarczych, ciągów komunikacyjnych, pomieszczeń lekarskich i pielęgniarek, pokoi dziennych, sal chorych, przedsionków, korytarzy, magazynów etc.) żadną miarą (w tym w świetle Interpretacji Ogólnej i przywołanych przez konsorcjum orzeczeń) nie mogą być uznane jako ściśle związane z usługami podstawowymi (leczniczymi),
- cytowane orzeczenia NSA (jedno orzeczenie, albowiem drugie z nich oparte jest o stan faktyczny analogiczny do rozstrzygniętego w pierwszym z orzeczeń i z tego też powodu orzeczenie jest z nim zbieżne) odnoszą się do okoliczności wcześniejszych niż Interpretacja Ogólna, a nadto dotyczą diametralnie odmiennych elementów poddawanych sprzątaniu (pomieszczeń takich jak np. sale operacyjne) niż wskazywane obecnie przez konsorcjum (m.in. korytarze, pomieszczenia socjalne, biurowe, magazyny pomieszczenia znajdujące się poza oddziałem),
- jako czynności opodatkowane stawką VAT 23% wskazano 2x sprzątanie gruntowne kuchni głównej podczas, gdy konsorcjum zaoferowało (było to kryterium oceny ofert) 4x sprzątanie gruntowne kuchni głównej, stąd wyjaśnienia nie odnoszą się do pełnego zakresu zamówienia i wskazują na nieuwzględnienie w cenie oferty dodatkowego, 2x sprzątania gruntowego tej kuchni

Zdaniem odwołującego zamawiający, przyjmując wyjaśnienia konsorcjum dotyczące zastosowanej stawki VAT pominął, iż uznanie ich za wiarygodne rodziło obowiązek weryfikacji ceny oferty, która jawiła się wówczas jako rażąco niska – co najmniej w odniesieniu do jej istotnej składowej (usługi opodatkowane stawką 23%).

Podał, że z wyjaśnień konsorcjum wynika, że jako opodatkowane stawką 23% VAT określił pomieszczenia o łącznej powierzchni ok. 1.000 m^2, oferując ich sprzątanie za wynagrodzeniem 3.267 zł netto (3,27 zł /m^2). Stwierdził, że jest to stawka rażąco zaniżona (o ponad połowę niższa od najniższych cen rynkowych, przy czym w usługach sprzątania pomieszczeń podmiotów medycznych nie są rzadkością stawki 12- 13 zł/m^2), jeżeli wziąć pod uwagę zakres niezbędnych usług, konieczność zatrudnienia minimum 7 osób (wskazanych w wykazie złożonym przez konsorcjum), w konkretnych podmiotach, którym przypisano w wyjaśnieniach wykonywanie konkretnych czynności, konieczność zapewnienia środków czystości, kosztów obsługi maszyn i urządzeń sprzątających wymaganych w SWZi OPZ, częstotliwość sprzątania pomieszczeń (w większości wykonywane codziennie, niektóre 2x dziennie), konieczność uwzględnienia w cenie mycia okien i konserwacji podłóg, mycia żaluzji, rolet i wywietrzników z częstotliwością określoną w OPZ, 4x – zgodnie z ofertą konsorcjum – sprzątanie gruntowne kuchni głównej itd.). Podał, że konsorcjum przeznaczyło na te czynności 6% całej zaoferowanej ceny, co jawi się jako wartość skrajnie zaniżona, uwzględniając obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i pozostałe koszty wykonania zamówienia. Podkreślił, że wyjaśnienia z 11.06.2021 r. wskazują jednoznacznie, że w cenie oferty uwzględniono wyłącznie- 2x sprzątanie gruntowne kuchni głównej (str. 4 wyjaśnień) podczas gdy konsorcjum zaoferowało 4x sprzątanie gruntowne tej kuchni (kryterium oceny ofert).

Podsumował, że powyższe obligowało zamawiającego do wezwania konsorcjum do wyjaśnień ceny ofertowej, a w dalszej kolejności do odrzucenia jego oferty, czego zamawiający zaniechał.

W odniesieniu do złożonych przez konsorcjum dokumentów podmiotowych odwołujący stwierdził, że zamawiający winien był sprawdzić doświadczenie nie konsorcjum jako całości, a poszczególnych jego członków (zwłaszcza konsorcjanta Ars Medica) – w tym celu zobligowany był uzyskać dodatkowe wyjaśnienia co do zakresu udziału konsorcjantów w realizacji usług referencyjnych.

Podniósł, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach zamówienia realizowanego przez konsorcjum wykonawców z jego udziałem uzależnione jest bowiem od faktycznego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia, na które wykonawca powołuje się dla wykazania spełniania warunku doświadczenia (por. wyrok TSUE ws. ESAPROJEKT *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego*).

Skoro zatem to konkretny konsorcjant, jako wyłącznie realizujący część zamówienia objętą wymogiem doświadczenia, winien legitymować się żądanym doświadczeniem, wywodził odwołujący, to zamawiający zobowiązany był wyjaśnić złożone dokumenty podmiotowe i w razie potrzeby żądać ich uzupełnienia lub zwrócić się o udzielenie informacji do podmiotów, na rzecz których referencyjne usługi były świadczone.

Dodatkowo wskazał, Iż pomiędzy wykazem a złożonymi w postępowaniu oświadczeniami zachodziła sprzeczność (oświadczenia w trybie art. 125 ustawy Pzp wskazywały na samodzielne spełnianie warunków przez każdego z konsorcjantów, wykaz – na doświadczenie uzyskane wspólnie), co także należało wyjaśnić.

W ocenie odwołującego analogicznie podejść należało do wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – rzeczywiste dysponowanie zasobami ludzkimi należało bowiem ocenić w odniesieniu do konkretnych konsorcjantów i przypisanego im zakresu usług, stąd zasadne było wyjaśnienie, u którego z konsorcjantów zatrudnieni są poszczególni pracownicy ujęci w wykazie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 14 lipca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie"* – pismo z dnia 22 lipca 2021 r., „*Stanowiska przystępującego*" – pismo z dnia 19 lipca 2021 r., „*Pisma odwołującego*" – pismo z dnia 23 lipca 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali.

Zarzut pierwszy dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny (zastosowanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług VAT) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia, w odniesieniu do którego złożono odwołanie jest, zgodnie z rozdziałem V SWZ *„Opis przedmiotu zamówienia. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych." – „świadczenie usług w zakresie sprzątania pomieszczeń oraz wykonywania innych prac porządkowo-czystościowych w granicach norm sanitarno-epidemiologicznych dla Zakładu Pielęgnacyjno-opiekuńczego w Toruniu."*

Jak wskazał zamawiający w pkt. 1 tegoż rozdziału *„Dokładny opis i zakres przedmiotu zamówienia wg określenia zawartego w Załączniku Nr 3 do SWZ"*.

W pkt. 15 lit. u załącznika nr 3 do SWZ zamawiający zastrzegł, że *„do obowiązków personelu sprzątającego nie należą czynności związane z obsługą pacjenta".*

W złożonej wraz z ofertą *„Specyfikacji cenowej"* konsorcjum przedstawiło następujące pozycje:

Przedmiot zamówienia	Ryczałtowa wartość miesięczna netto	Podatek VAT		Ryczałtowa wartość miesięczna brutto
		Stawka %	Wartość	
.1. Świadczenie usług polegających na kompleksowym specjalistycznym sprzątaniu i utrzymaniu czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu	49 978,00	ZW / 23%	751,41	50 729,41
.2. Świadczenie usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu .Piel.-Opiekuńczego w Toruniu	19 885,00	ZW	0,00	19 885,00
.3. Świadczenie usług polegających na utrzymaniu porządku na terenach zewnętrznych Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu	5 000,00	8%	400,00	5 400,00
Razem w okresie 1 miesiąca:	74 863,00	ZW / 23% / 8%	1 151,41	76 014,41
Razem w okresie 12 miesięcy:	898 356,00	ZW / 23% / 8%	13 816,92	912 172,92

Pismem z dnia 28 maja 2021 r. zamawiający wezwał konsorcjum, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: *„oferty w zakresie określenia wysokości stawki podatku VAT i kalkulacji ceny w:*

- poz. nr 1 specyfikacji cenowej tj. „Świadczenie usług polegających na kompleksowym specjalistycznym sprzątaniu i utrzymaniu czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu"; dla tej pozycji usług określono dwie stawki VAT, czyli zwolnienie oraz 23%, a więc odmiennie od oferty konkurencyjnego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (23%).

- poz. nr 2 specyfikacji cenowej tj. „Świadczenie usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu"; dla tej pozycji usług określono zwolnienie z VAT, a więc odmiennie od oferty konkurencyjnego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (23%).

Mając na względzie zasadę równego traktowania wykonawców oraz zapewnienie porównywalności ofert z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia, prosimy o szczegółowe wyjaśnienie (uzasadnienie) podstaw do zastosowania określonej stawki, co z uwagi na trudności interpretacyjne art. 43 ust. 1 pkt. 18 i 18a ustawy o VAT może być poparte (potwierdzone) indywidualną interpretacją organu skarbowego wydaną dla Wykonawcy. (…) Powyższe wyjaśnienie konieczne jest do oceny, czy określenie przez Wykonawcę w ofercie ceny brutto dla w/w pozycji usług nastąpiło z uwzględnieniem prawidłowej stawki podatku VAT.

Z uwagi na fakt, że w poz. nr 1 specyfikacji cenowej wskazano dwie stawki VAT (zwolnienie oraz 23 %), bez dokładnego określenia jakiego rodzaju usług poszczególne stawki dotyczą, prosimy o wyjaśnienie i uzasadnienie zastosowania dla tej pozycji zarówno zwolnienia z VAT jak i opodatkowania stawką 23%. Dla przejrzystości wyliczeń dopuszczamy przedstawienie tej pozycji w rozbiciu na dwie odrębne kategorie usług odpowiednio do zastosowanej stawki i w układzie przyjętym w specyfikacji: ryczałtowa wartość miesięczna netto, stawka VAT, wartość VAT, ryczałtowa wartość miesięczna brutto.

Konsorcjum, pismem z dnia 1 czerwca 2021 r. udzieliło następujących wyjaśnień: *„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, które zgodnie z podziałem przyjętym w specyfikacji cenowej zamówienia obejmują m.in.: (i) świadczenie usług polegających na kompleksowym specjalistycznym sprzątaniu i utrzymaniu czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu oraz (ii) świadczenie usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu.*

Z załącznika nr 3 do SWZ wynika, iż usługi określane jako „kompleksowe specjalistyczne sprzątanie i utrzymanie czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu" obejmują szereg czynności polegających na myciu i dezynfekcji oraz wykonywaniu innych czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego reżimu sanitarnego m.in. w obrębie tych pomieszczeń placówki i ich wyposażenia, w których przeprowadzane są procesy medyczne. Tego rodzaju czynności oraz czynności związane z rozwożeniem posiłków dla pacjentów odpowiadają usługom klasyfikowanym na gruncie prawa podatkowego jako podlegające zwolnieniu z podatku VAT usługi ściśle związane z opieką medyczną, stanowiące usługi pomocnicze (uzupełniające) w stosunku do opieki medycznej, z uwagi na ich umiejscowienie jako element procesu leczniczego wykonywanego w podmiotach leczniczych.

Wskazana kwalifikacja zadań i czynności realizowanych przez podmioty zewnętrzne w ramach outsourcingu na rzecz placówek leczniczych została jednoznacznie potwierdzona w treści Interpretacji Ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 (dalej: Interpretacja ogólna). Interpretacja ogólna stanowi akt mający na celu zapewnienie jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, zaś przepisy Ordynacji podatkowej (dalej: OP) wiążą z jej stosowaniem moc ochronną także dla podatników, dlatego

respektowanie wyrażonej w niej wykładni stanowi zasadniczy warunek bezpiecznego prowadzenia działalności w przedmiocie objętym niniejszym Postępowaniem.
Wedle art. 14b § 5a OP jeżeli przedstawione we wniosku stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe odpowiadają zagadnieniu będącemu przedmiotem interpretacji ogólnej wydanej w takim samym stanie prawnym nie wydaje się interpretacji indywidualnej.
Zgodnie z treścią Interpretacji ogólnej: „W kontekście kwalifikowania usług wykonywanych w ramach świadczenia opieki szpitalnej i medycznej, zauważyć należy, że opieka taka stanowi pewien proces (na który składa się wiele różnych czynności wykonywanych na terenie danej placówki) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący się w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki.
W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również – i w praktyce często jest – wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności, te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom).
Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych – w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m.in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych (sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowywaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie), zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiotów używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy), czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny – w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej).
Powyższą kwalifikację czynności stanowiących element procesu opieki medycznej, w tym czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego, w których przeprowadzane są procesy lecznicze albo ściśle z nimi związanych oraz czynności polegających na dostarczaniu posiłków do pacjentów potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych.
Zgodnie z wyrokiem NSA (wyrok NSA z dnia 19. grudnia 2018 r. sygn. akt: I FSK 2118/16)w przypadku świadczenia szpitalnego, zwolnieniem od podatku mogą być objęte usługi ściśle związane z usługami podstawowymi, takie jak (przykładowo): mycie i dezynfekcja kaczek, nocników i basenów, wymiana bielizny pościelowej, mycie i dezynfekcja łóżek po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków, pomoc przy transporcie i myciu narzędzi medycznych, transport czystej i brudnej bielizny, transport odpadów, transport posiłków, ich dystrybucja, zbieranie i transport resztek pokonsumpcyjnych, transport łóżek, czy transport materiałów biologicznych do badań). Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wyroku NSA z dnia 28. października 2020 r., sygn. akt I FSK 980/19.
Należy mieć na uwadze, że wskazane w Interpretacji ogólnej oraz powołanych wyrokach NSA usługi ściśle związane z usługami opieki medycznej mają jedynie charakter poglądowy i nie stanowią zamkniętego katalogu tego rodzaju czynności.
Czynności zaliczane do usług, o których mowa powyżej są, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 oraz 18a ustawy o podatku od towarów i usług, objęte zwolnieniem z podatku VAT, bowiem mieszczą się w zakresie usług ściśle związanych z opieką medyczną.
Podsumowanie:
Biorąc po uwagę powyższe, w ocenie Wykonawcy treść złożonej oferty w zakresie zastosowanego w specyfikacji zwolnienia z VAT dla części usług opisanych jako usługi kompleksowego specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu oraz dla usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu jest prawidłowa."

Pismem z dnia 9 czerwca 2021 r. zamawiający ponownie wezwał konsorcjum, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: *„W odpowiedzi na nasze pierwsze wezwanie z 28.05.2021r., złożyliście Państwo wyjaśnienia, ale w ocenie Zamawiającego są one niekompletne i niepełne, gdyż nie wyczerpują wszystkich zasygnalizowanych wątpliwości, jakie wystąpiły w treści złożonej oferty. Przede wszystkim w poz. nr 1 specyfikacji cenowej wskazano dwie stawki VAT (zwolnienie oraz 23%), bez dokładnego określenia jakiego rodzaju usług poszczególne stawki dotyczą. Prosimy więc o wskazanie:*
-jaki rodzaj usług i jaka wartość netto jest opodatkowana stawką VAT 23% ?
-jaki rodzaj usługi i jaka wartość netto jest zwolniona z VAT ?
-uzasadnienia do zwolnienia z VAT jak i opodatkowania stawką 23% dla usług wskazanych w poz. I. Dla przejrzystości wyliczeń dopuszczamy przedstawienie pozycji nr 1 w rozbiciu na dwie odrębne kategorie usług odpowiednio do zastosowanej stawki i w układzie przyjętym w specyfikacji: ryczałtowe wartości miesięczne netto, stawki VAT, wartość VAT, ryczałtowa wartość miesięczna brutto, oczywiście przy założeniu, że wartości netto i brutto pozycji nr I pozostają niezmienne.
(…) Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywa do wyjaśnienia i doprecyzowania złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w następującym zakresie:

-które z 4 podmiotów tworzących konsorcjum posiadają status podmiotu leczniczego i w jakim stopniu będą one zaangażowane przy realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, w szczególności tych zwolnionych z VAT?

-jakie konkretnie "pozostałe usługi objęte opisem przedmiotu zamówienia" będzie wykonywał Impel System sp. z o. o.,

-jakie konkretnie "usługi objęte opisem przedmiotu zamówienia" będzie wykonywał Impel Facility Services sp. z o. o.,

-jakie konkretnie "usługi objęte opisem przedmiotu zamówienia" będzie wykonywał Hospital Service sp. z o. o.,

-który z członków konsorcjum będzie wykonywał usługi zwolnione z VAT,

-który z członków konsorcjum będzie wykonywa/ usługi opodatkowane stawką VAT 8%,

-- który z członków konsorcjum będzie wykonywał usługi opodatkowane stawką VAT 23%. - który z członków konsorcjum będzie wystawiał faktury?

Powyższe wyjaśnienie konieczne jest do oceny podziału zadań pomiędzy współwykonawcami zamówienia, a także do oceny, czy określenie przez Wykonawcę w ofercie ceny brutto zamówienia nastąpiło z uwzględnieniem prawidłowych stawek podatku VAT."

Konsorcjum, pismem z dnia 11 czerwca 2021 r., udzieliło następujących wyjaśnień: „Odnośnie pkt 1 wezwania:

1. Jaki rodzaj usług i jaka wartość netto jest opodatkowana stawką 23%?

Opodatkowaniu stawką 23% będą podlegać następujące czynności, szczegółowo opisane w załączniku nr 3 SWZ: (…)

I.w zakresie czynności opisanych w pkt 1 – Budynek Stary: (…)

II.w zakresie czynności opisanych w pkt 6: OGRÓD ZIMOWY (…)

III.w zakresie czynności opisanych w pkt 7: ALTANA WRAZ Z WYPOSAŻENIEM: (…)

IV.w zakresie czynności opisanych w pkt 8: INNE POWIERZCHNIE (…), w tych kuchnia główna:

- sprzątanie 2 x dziennie wnętrza platformy dla niepełnosprawnych oraz 2 x dziennie windy typu szpitalnego.

- sprzątanie klatki schodowej wewnętrznej w nowym budynku (1 x na miesiąc).

- sprzątanie tarasów i balkonów – około 200 m² (w tym odśnieżanie) w zależności od potrzeb, nie rzadziej niż 1 x w miesiącu,

- sprzątanie magazynków w korytarzach – 1 x w miesiącu.

- sprzątanie gruntowne kuchni głównej – mycie kafelek, lamp, szafek, okapów, kratek wentylacyjnych, pozostałego wyposażenia - 2 razy w roku w terminie ustalonym z kierownikiem kuchni (marzec, listopad).

Wartość usług opodatkowanych stawką 23% objętych poz. nr 1 specyfikacji cenowej wynosi: wartość netto - 3 267,00 / stawka VAT - 23% / wartość VAT – 751,41 / wartość brutto – 4 018,41

2. Jaki rodzaj usługi i jaka wartość netto jest zwolniona z VAT?

Zwolnieniu z VAT będą podlegać następujące czynności, szczegółowo opisane w załączniku nr 3 SWZ: (…)

3. Uzasadnienie do zwolnienia z VAT jak i opodatkowania stawką 23% dla usług wskazanych w poz. 1

a)*uzasadnienie zwolnienia z VAT*

Zgodnie z treścią wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze Państwa wezwanie wskazujemy, że opierając się na treści powołanych w tej odpowiedzi Interpretacji Ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 oraz wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok NSA z dnia 19. grudnia 2018 r. sygn. akt: I FSK 2118/16, wyrok NSA z dnia 28. października 2020 r., sygn. akt I FSK 980/19), uważamy, iż wszystkie czynności wykonywane na terenie Państwa zakładu leczniczego w miejscach szczegółowo wskazanych Państwu w pkt 2 niniejszego pisma (w szczególności Oddziały dzienne oraz całodobowe) należy klasyfikować jako usługi ściśle związane z opieką medyczną, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 oraz 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Przemawia za tym fakt, iż czynności te dotyczą utrzymania odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego tych pomieszczeń zakładu leczniczego, w których przeprowadzane są bezpośrednio procesy lecznicze albo mają z tymi procesami ścisły związek, a co za tym idzie są one ściśle związane z opieką medyczną, która jest wykonywana przez Państwa podmiot leczniczy. Pomimo, że świadczenia te nie są podejmowane bezpośrednio w stosunku do pacjentów, jednakże są nieodzowne z punktu widzenia zapewnienia im należytej opieki i bezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego, a zatem mogą być uznane za świadczenia pomocnicze ściśle związane z usługą podstawową (vide: wyrok NSA, I FSK 2118/16). Co więcej, należy powtórzyć za Naczelnym Sądem Administracyjnym, iż kwalifikacja tych czynności nie powinna być determinowana zasadniczym określeniem (nazwaniem) przedmiotu umowy, który z natury rzeczy ma charakter uogólniający. Tym samym dla rozpoznania powyższych czynności jako ściśle związanych z opieką medyczną nie może mieć znaczenia fakt, iż Zamawiający posługuje się w odniesieniu do nich nazwą „usług specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości" oraz łączy je w jednej pozycji specyfikacji cenowej z czynnościami utrzymania porządku w takich częściach placówki, które nie służą realizacji procesów medycznych. Z punktu widzenia kwalifikacji powyższych czynności kluczowe znaczenie ma fakt, że ich przedmiot pokrywa się z zakresem czynności uznanym zarówno przez sądownictwo administracyjne jak i organy podatkowe za czynności zwolnione z VAT.

Należy wskazać ponadto, że poza spełnieniem warunków przedmiotowych Konsorcjum spełnia także kryteria podmiotowe zastosowania zwolnienia z VAT, gdyż czynności opisane powyżej będą świadczone przez członków Konsorcjum posiadających status podmiotu leczniczego.

b)*uzasadnienie opodatkowania stawką 23%*

W naszej ocenie pozostałe czynności wykonywane na terenie Państwa zakładu leczniczego, w miejscach szczegółowo wskazanych w pkt 1 niniejszego pisma (szeroko pojęte pomieszczenia administracyjne, ogród zimowy oraz altana) nie wykazują tak ścisłego związku z opieką medyczną jak czynności opisane powyżej, gdyż trudno je w sposób bezpośredni powiązać z procesem leczniczym prowadzonym na terenie Państwa zakładu leczniczego. Powyższe nie oznacza, że czynności te nie wykazują żadnego związku z procesem leczniczym. Niewątpliwie w pewnym stopniu służą one bowiem prawidłowemu funkcjonowaniu Państwa placówki, a co za tym idzie właściwej realizacji udzielanych przez nią świadczeń. Nie powinno także budzić wątpliwości, iż jakiekolwiek zaniechania w zakresie realizacji czynności związanych z utrzymaniem czystości w pomieszczeniach, miejscach wymienionych w pkt 1, mogą potencjalnie wpływać na życie i zdrowie pacjentów zakładu leczniczego. Tym niemniej, z uwagi na wynikający z prawa podatkowego nakaz ścisłej interpretacji zwolnień podatkowych, w ocenie członków Konsorcjum objęcie powyższych czynności zakresem zwolnienia byłoby niezasadne. Stąd właściwą stawką VAT dla powyższych czynności jest stawka podstawowa – 23%.

Odnośnie pkt 2 wezwania:

• które z 4 podmiotów tworzących konsorcjum posiadają status podmiotu leczniczego i w jakim stopniu będą one zaangażowane przy realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, w szczególności zwolnionych z VAT?

Status podmiotu leczniczego posiadają poniżej wskazane spółki, wchodzące w skład konsorcjum:

-ARS Medica sp. z o.o. (nr księgi rejestrowej: 000000001489).

Spółka będzie w przeważającym stopniu zaangażowana w bezpośrednią realizację usług objętych przedmiotem zamówienia.

-Hospital Service sp. z o.o. (nr księgi rejestrowej: 000000025209)

Z uwagi na bogate doświadczenie w zakresie organizacji i zarządzania usługami będącymi przedmiotem zamówienia, spółka będzie zaangażowana w realizację usług objętych przedmiotem zamówienia w postaci szeroko rozumianego

wsparcia techniczno-logistycznego.
Szczegółowe zasady współpracy oraz rozliczeń pomiędzy konsorcjantami regulują wewnętrzne reguły korporacyjne, stanowiące know-how Wykonawcy, które objęte jest tajemnicą przedsiębiorstwa.
•jakie konkretnie „pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia" będzie wykonywał Impel System sp. z o.o.?
Spółka Impel System sp. z o.o. będzie bezpośrednio realizować usługi porządkowo-czystościowe opisane w odpowiedzi na pkt 1., pytanie 1 niniejszego wezwania przy aktywnym udziale spółki Impel Facility Service sp. z o.o., o którym mowa w kolejnym punkcie niniejszych wyjaśnień.
Pod pojęciem ww. „pozostałych" usług objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca ma na myśli zapisy znajdujące się w punkcie 14 załącznika nr 3 do SWZ Nr ZPO:ZP/7/2021 „WIELKOŚĆ I ZAKRES PRZEDMIOTU ZAMÓWIEI wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia", tj.

„
„14. Określony w niniejszym Załączniku zakres usług Wykonawcy nie może być interpretowany jako katalog całkowicie wyczerpujący wszystkie działania, do których Wykonawca jest zobowiązany. W ramach świadczenia usług Wykonawca jest bowiem zobowiązany do wykonywania i podejmowania działań i czynności, jakie konieczne są do zapewnienia czystości w obiekcie Zamawiającego, które będą wynikały z charakteru usług świadczonych przez Wykonawcę i celu, w jakim strony zawarły umowę"
•jakie konkretnie „usługi objęte przedmiotem zamówienia" będzie wykonywał Impel Facility Services sp. z o.o.?
Z uwagi na duże doświadczenie w zakresie realizacji usług porządkowo-czystościowych spółka Impel Facility Services sp. z o.o. realizować będzie zadania objęte przedmiotem w postaci aktywnego wsparcia techniczno-logistycznego spółki Impel System sp. z o.o.
W zakres ww. wsparcia wchodzą min.:
-szkolenia kadry managerskiej i pracowników liniowych,
-dobór i aktualizacji środków oraz technologii wykorzystywanych przy czynnościach sprzątania, mycia i dezynfekcji,
-organizacji i zarządzania zakupami niezbędnymi do realizacji usługi,
-wsparcia logistycznego w zakresie dostarczania zakupionych materiałów na miejsce realizacji usługi.
-w razie potrzeby czynności porządkowo – czystościowe
Dodatkowo spółka ma pełnić również funkcję zabezpieczającą strukturę zatrudnienia na wypadek wakatów w obszarze realizacji usług porządkowo-czystościowych.
•jakie konkretnie „usługi objęte przedmiotem zamówienia" będzie wykonywał Hospital Service sp. z o.o.?
Z uwagi na bogate doświadczenie spółki Hospital Service sp. z o.o. w zakresie organizacjii zarządzania usługami w zakresie opieki medycznej oraz ściśle z nimi związanymi, które wchodzą w skład przedmiotem zamówienia, spółka będzie zaangażowana w realizację zadań w postaci wsparcia techniczno-logistycznego, min. w zakresie:
-szkolenia kadry managerskiej i pracowników liniowych;
-organizacji zakupów;
-w razie potrzeby usługi objęte stawką VAT zw
Dodatkowo spółka ma pełnić dodatkowo funkcję zabezpieczającą strukturę zatrudnienia na wypadek wakatów w obszarze realizacji usług medycznych.
•który z członków konsorcjum będzie wykonywał usługi zwolnione z VAT?
Usługi objęte stawką VAT zw będzie wykonywać spółka Ars Medica sp. z o.o. przy ww. aktywnym udziale spółki Hospital Service sp. z o.o.
•który z członków konsorcjum będzie wykonywał usługi opodatkowane stawką VAT 8%?
Usługi objęte stawką VAT 8% będzie wykonywać spółka Impel System sp. z o.o. przy ww. aktywnym udziale spółki Impel Facility Service sp. z o.o.
•który z członków konsorcjum będzie wykonywał usługi opodatkowane stawką VAT 23%?
Usługi objęte stawką VAT 23% będzie wykonywać spółka Impel System sp. z o.o. przy ww. aktywnym udziale spółki Impel Facility Service sp. z o.o.
•który z członków konsorcjum będzie wystawiał faktury?
Faktury będą wystawiane odpowiednio przez:
- ARS Medica sp. z o.o. za ww. realizowane usługi objęte stawką podatku VAT w wysokości „zw".
- Impel System sp. z o.o. za usługi objęte stawkami podatku VAT w wysokości 8% i 23%."

Pismem z dnia 30 czerwca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum. W uzasadnieniu zamawiający podał: „*Komisja dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria określone w SWZ."*

Skład orzekający lzby zważył, co następuje.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp brzmi: „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny*."

Art. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp brzmi: „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 10) zawiera błędy w obliczeniu lub kosztu:"*

Zgodnie zaś z przepisem art. 266 ustawy Pzp: „*Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej*."

Bezspornym był fakt, że obowiązkiem zamawiającego w sytuacji, gdy stawka (stawki) podatku VAT nie zostały przez zamawiającego wskazane w SWZ, jest odrzucenie ofertywykonawcy, który złożył ofertę z ceną obliczoną z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT, ponieważ jest to kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Strony różniły się oceną jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT, jaką winien zastosować przystępujący (23%, zw.) w przypadku usług wskazanych przez przystępującego w poz. 1 i 2 Specyfikacji cenowej (tj. świadczenie usług polegających na kompleksowym specjalistycznym sprzątaniu i utrzymaniu czystości w pomieszczeniach zamawiającego oraz świadczenie usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów zamawiającego).

Zamawiający i przystępujący utrzymywali, że „*w zakresie zastosowanego w specyfikacji zwolnienia z VAT dla części usług opisanych jako usługi kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach Zakładu Piel.-Opiekuńczego w Toruniu oraz dla usług w zakresie rozwożenia posiłków dla pacjentów Zakładu Piel.-Opiekuńczegow*

Toruniu jest prawidłowa." (str. 3 wyjaśnień przystępującego z dnia 1 czerwca 2021 r. – Podsumowanie). Stanowisko odwołującego było przeciwne.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący błędnie obliczył cenę, stosując dla części usług z pozycji nr 1 Specyfikacji cenowej oraz dla usług z poz. 2 Specyfikacji cenowej zwolnienie z VAT – na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 czy pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 ze zm. – dalej „ustawa VAT") [art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a przystępujący wskazywał zarówno w wyjaśnieniach z dnia 1, jak i 11 czerwca 2021 r. – odpowiednio str. 2 i 3 oraz str. 8].

Podnieść należy, że kwalifikacja świadczonych przez wykonawcę usług jako ściśle związanych z opieką medyczną, stanowiących usługi pomocnicze (uzupełniające) w stosunku do opieki medycznej, uzasadniająca zwolnienie na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy VAT jest dopuszczalna w takim tylko przypadku, gdy usługi pomocnicze są świadczone przez tego wykonawcę wraz z usługą podstawą, tj. świadczeniem opieki medycznej, co nie jest spełnione w przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 43 ust. 17a ustawy VAT „*Zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18a (…) mają zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe".*

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach (ani na rozprawie) nie wskazał jakie usługi podstawowe – usługi opieki medycznej zostały przez zamawiającego wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, a które wykonawca miałby świadczyć.

W szczegółowym, zawartym w załączniku nr 3 do SWZ, opisie przedmiotu zamówienia brak jest takich usług. Zamawiający podkreślił nawet, w pkt. 15 lit. u, że „*do obowiązków personelu sprzątającego nie należą czynności związane z obsługą pacjenta".* To dodatkowe postanowienie nie było niezbędne, ponieważ zakresem przedmiotowym zamówienia nie objęto usług medycznych – usług związanych z obsługą pacjenta, a skoro tak to należy „*wykluczyć możliwość zastosowania zwolnienia opartego o przepis art. 43 ust. 1 pkt 18, z uwagi na fakt, iż usługi objęte niniejszym Postępowaniem nie są wykonywane w ramach działalności leczniczej wykonawców*" (str. 12 odwołania, ostatni akapit) – świadczenia usług, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy VAT (usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia) opis przedmiotu zamówienia nie przewiduje.

W przepisie art. 43 ust. 1 pkt 18 czytamy bowiem, że chodzi właśnie o zwolnienie usług w zakresie opieki medycznej.

Skład orzekający Izby uznał, że złożona przez odwołującego, na potwierdzenia braku uprawnienia zastosowania przez przystępującego stawki ZW, a tym samym błędu w obliczeniu ceny, Informacja o wyborze i odrzuceniu oferty (Stołecznego Centrum Opiekuńczo-Leczniczego Sp. z o.o. z Warszawy) z postępowaniu ZP/05/2021 na *„Usługę kompleksowego sprzątania pomieszczeń w Zakładzie Opiekuńczo-Leczniczym przy ul. Mehoffera 72/74 oraz Zakładzie Opiekuńczo-Leczniczym przy ul. Szubińskiej 4 wchodzących w skład Stołecznego Centrum Opiekuńczo-Leczniczego Sp. z o.o.*", abstrahując od niekwestionowanego przez odwołującego faktu, że czynność odrzucenia oferty została przez przystępującego zakwestionowana, poprzez złożenie odwołania (oświadczenie przystępującego z rozprawy), nie może potwierdzać wskazanej okoliczności, ponieważ zawiera jedynie ocenę wskazanego podmiotu co do prawidłowej stawki podatku VAT w przypadku usług objętych przedmiotem zamówienia w prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający uznał, że przystępujący błędnie obliczył cenę, stosując dla części usług z pozycji nr 1 Specyfikacji cenowej oraz dla usług z poz. 2 Specyfikacji cenowej zwolnienie z VAT wobec czego zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, czego zaniechał.

Zarzut drugi dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty konsorcjum podczas, gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) była oferta odwołującego potwierdził się.

W konsekwencji uznania (zarzut pierwszy), że zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził.

Zamawiającemu nie wolno dopuścić do oceny z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny ofert, a tym bardziej dokonać wyboru oferty, którą należy odrzucić.

Zarzut trzeci dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez ponowne wezwanie konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w sytuacji, w której pomimo pełnego i jednoznacznego wezwania wykonawca ten nie wyjaśnił treści oferty, w tym podstaw zastosowanej stawki podatku VAT, co doprowadziło do negocjacji treści oferty z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne (wezwania do wyjaśnień z dnia 28 maja 2021 r. (I wezwanie zamawiającego) oraz 9 czerwca 2021 r. (II wezwanie zamawiającego), wyjaśnienia przystępującego z dnia 1 czerwca (I wyjaśnienia przystępującego) oraz z 11 czerwca 2021 r. (II wyjaśnienia przystępującego).

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowym środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*."

Po pierwsze, wskazać należy, że brzmienie ww. przepisu nie daje podstaw do twierdzenia o dopuszczalności jedynie jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty. Nie ogranicza także w jakikolwiek sposób przyczyn, dla których ponowne wezwanie może kierować zamawiający.

Po wtóre, nie ma racji odwołujący, twierdząc że zasada jednokrotności wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (analogicznie jak uprzednio obowiązujący art. 87 ust. 1 zgodnie z którym: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści.*") jest powszechnie przyjmowaną zasadą już w poprzednim stanie prawnym. Jednokrotność wezwania jest ugruntowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jednak na gruncie przepisu art. 26 ust. 3, nie zaś art. 87 ust. 1 uprzednio obowiązującej ustawy. Odwołujący nie przywołał przy tym jakiegokolwiek

orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (zapadłego na gruncie art. 87 ust. 1), które jego stanowisko by potwierdzało.

Skład orzekający Izby, tytułem przykładu, wskazuje na wyrok z 18 stycznia 2018 r. zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 2706/17, zgodnie z którym *„Istota bowiem regulacji zawartej w art. 26 ust. 3 ZamPublU sprawdza się do możliwości jednokrotnego skorygowania przez wykonawcę błędów dotyczących dokumentów złożonych wraz z ofertą. Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że o ile dyspozycja art. 26 ust. 3 ZamPublU zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów, o tyle wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 ZamPublU uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca jednak samodzielnie uzupełniając dokument musi liczyć się z tym, że wykorzystuje tym samym uprawnienie jednokrotnego skorygowania dokumentów przedmiotowych czy podmiotowych wynikające z art. 26 ust. 3 ZamPublU. Gdyby przyjąć inaczej i dopuścić możliwość wielokrotnego samodzielnego uzupełnienia czy zmiany dokumentów złożonych wraz z ofertą, równolegle z obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 ZamPublU, to wykonawcy mogliby dokonywać dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co całkowicie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie."*

Uzupełniająco przywołać należy, co wskazał zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, na „Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Hubera Nowakai Mateusza Winiarza. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021 r." (str. 699), zgodnie z którym: *„żądanie wyjaśnienia treści oferty (…) może być kierowane więcej niż jeden raz w toku postępowania*".

W ocenie składu orzekającego Izby wystosowane przez zamawiającego do przystępującego dwukrotne wezwania i złożone przez przystępującego w odpowiedzi na nie dwukrotne wyjaśnienia nie miały charakteru negocjacji i nie doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty. Sam odwołujący nie podał, jaki element treści oferty przystępującego został zmieniony w następstwie składanych wyjaśnień. Zamawiający, kierując do przystępującego wezwania dążył do ustalenia zasadności zastosowania przez przystępującego zwolnienia VAT w przypadku części usług. Tak w ofercie, jak i wyjaśnieniach przystępujący konsekwentnie utrzymywał (choć błędnie), że był uprawniony dla części usług z pozycji nr 1 Specyfikacji cenowej oraz dla usług z poz. 2 Specyfikacji cenowej zastosować zwolnienie z VAT. Treść oferty (Specyfikacja cenowa) pozostała bez zmian.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez ponowne wezwanie konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT.

Pozostałe zarzuty odwołania – zarzuty ewentualne, wobec dyspozycji odwołującego o poddaniu ich ocenie składu orzekającego Izby jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów pierwszego i drugiego oraz uznania przez skład orzekający Izby, że zarzuty te potwierdziły się, nie zostały poddane ocenie.

Wobec tego, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej (jako ewentualny) nie został poddany ocenie składu orzekającego Izby skład orzekający Izby za bezprzedmiotowy i nieprzydatny uznał złożona przez odwołującego Kalkulację ceny złożoną na potwierdzenie zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej (pomijając nawet to, że jest to ocena, a nie fakt, który winien zostać wykazany).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 5 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……