Sygn. akt: KIO 2079/21

WYROK
z 13 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 11 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej12 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą
we Wrocławiu, ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Care Sp. z o.o.
z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawcy Security & Cleaning System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Spółka z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego - Stołecznego Centrum Opiekuńczo-Leczniczego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

……

Sygn. akt: KIO 2079/21

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

Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa 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.", numer: ZP/05/2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
7 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 089-229470.

12 lipca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą
we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne
z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie części I postępowania, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 i 17 Pzp przez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
2. art. 239 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Spółka z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy (dalej: Przystępujący DGP);
2. ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części nr 1.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że zawierała ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W formularzu Ofertowo-Cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w Części I pozycja 1 i 2 nie została określona stawka VAT, a z kwoty podanej w ofercie nie wynikało, że jest to stawka 23%.

Zamawiający wskazał, że w Rozdziale XVII SWZ wyraźnie określony został sposób obliczania ceny tj. zgodnie z formularzem ofertowym. Zamawiający podkreślił, że zamawiana usługa to kompleksowe, profesjonalne utrzymanie czystości w pomieszczeniach zakładu bez czynności pomocniczych przy pacjencie. Informację tę Zamawiający potwierdził udzielając odpowiedzi na pytanie nr 42
z 2 czerwca 2021 r. wskazując, że usługa sprzątania nie obejmuje czynności pomocniczych przy pacjencie i objęta jest stawką VAT 23%. Zamawiający 18 czerwca 2021 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi z 23 czerwca 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie przez siebie uznanym zastosował zwolnienie z VAT.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty było bezpodstawne gdyż:

1)SWZ, w szczególności opis sposobu obliczenia ceny, nie obligowała wykonawcy do obliczenia ceny ofertowej z zastosowaniem wyłącznie stawki VAT 23%,

2)wykonawcy zgodnie z rozdz. XVII pkt 3 SWZ zobowiązani byli do samodzielnego ustalenia stawki podatku VAT i obliczenia ceny. Ponadto Zamawiający w przywołanym postanowieniu SWZ przewidywał, że do obliczenia ceny oferty brutto mogła znajdować zastosowanie inna niż podstawowa stawka podatku VAT. Postanowienie rozdz. XVII pkt 3 SWZ brzmiało:
Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy. W przypadku zastosowania innej stawki VAT, niż stawka podstawowa, wykonawca winien wykazać podstawę stosowania innej - preferencyjnej stawki podatkowej lub możliwość stosowania zwolnień podatkowych (np. przedstawiając w tym celu wyjaśnienia bądź indywidualną decyzję US).

3)wykonawca zgodnie z wzorem Formularza Ofertowo – Cenowego zobowiązany był podać wyłącznie informację o kwocie podatku VAT wyliczonej dla ceny ofertowej. Wykonawca nie był obowiązany do wskazania stawki lub stawek ww. podatku zastosowanych do obliczenia podatku;

4)Formularz Ofertowo – Cenowy, ani w sposób wyraźny, ani w sposób dorozumiany nie zobligował wykonawców do stosowania wyłącznie stawki VAT 23%. Formularz w ogóle nie zawierał informacji lub poleceń w tym zakresie;

5)sposób wyliczenia ceny opisany w SWZ – rozdz. XVII pkt 2 nie narzucał wykonawcom obowiązku zastosowania do obliczania ceny konkretnej stawki podatku VAT. Wymógł SWZ brzmiał:
Cenę oferty należy wyliczyć zgodnie z formularzem ofertowym. Należy podać kwotę netto stawkę oraz kwotę VAT, kwotę brutto cyfrowo i słownie. W przypadku rozbieżności pomiędzy podaną kwotą cyfrą i słownie Zamawiający uzna za cenę oferty kwotę podaną słownie.

6)treść odpowiedzi na pytanie nr 42 do SWZ z 2 czerwca 2021 r. dotyczyła interpretacji Zamawiającego co do treści opisu przedmiotu zamówienia i pozostawała bez wpływu na sposób kalkulacji ceny;

7)treść ww. odpowiedzi nie spowodowała zmiany treści SWZ, a postanowienia rozdziału XVII SWZ oraz Formularza Ofertowo – Cenowego pozostały bez zmian do dnia otwarcia ofert;

8)oświadczenie Zamawiającego zawarte w ww. odpowiedzi nr 42 było oświadczeniem o charakterze cywilnoprawnym. Oświadczenie takie nie wywiera skutku prawnego jeżeli jest obarczone wadami wymienionymi w Kodeksie cywilnym, w Prawie zamówień publicznych lub stoi w sprzeczności z innymi przepisami prawa w tym także z prawem podatkowym;

9)zgodnie z przepisami prawa podatkowego stawkę podatku VAT ustala się w szczególności przy zastosowaniu art. 41 w związku art. 106b i 106e ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z art. 62 ustawy z 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy. Kwalifikacja podatkowa – kwalifikacja ze względu na VAT - czynności wskazanych w postępowaniu jest zdeterminowana wyłącznie celem, któremu służą ww. czynności (ich treścią). Dla ustalenia stawki podatki VAT znajdującej zastosowanie w sprawie decydujące znaczenie ma rzeczywista treść tychże czynności. Interpretacja Zamawiającego w ww. zakresie nie wiązała zatem Odwołującego ani organów podatkowych, zwłaszcza w sytuacji, w której wprost prowadziła do naruszenia przepisów. Interpretacja Zamawiającego w ww. zakresie nie wiązała również wykonawców ponieważ nie stanowiła wyrażonego wprost i jednoznacznie polecenia SWZ, co do sposobu obliczenia ceny, a ponadto była obarczona błędem.

W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na skutek uchybień Zamawiającego polegających na:

1)niewłaściwej interpretacji treści SWZ w zakresie dotyczącym poleceń i wymogów dotyczących sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę – SWZ nie zawierała żadnego wyraźnego i jednoznacznego polecenia kalkulacji ceny ofertowej z zastosowaniem stawki podatku 23%. Przeciwnie – SWZ dopuszczała zastosowanie różnych stawek podatku VAT (rozdz. XVII pkt 3 SWZ) – błąd co do treści SWZ;

2)nieprawidłowej i niezgodnej z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym kwalifikacji podatkowej usługi i poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia dokonanej przez Zamawiającego (błąd co do kwalifikacji podatkowej zamówienia);

3)błędzie co do znaczenia i związania wykonawców treścią oświadczeń Zamawiającego zawartych w SWZ oraz w innych dokumentach postępowania, w tym wyjaśnieniach dotyczących SWZ; Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że postanowienia SWZ były bezwzględnie wiążące dla wykonawców oraz, że treść nieważnych z mocy prawa postanowień SWZ nie podlegała rygorom art. 58 Kc. (tj.czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, że na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy oraz, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego).

Zdaniem Odwołującego jego oferta nie zawierała błędu, który mógłby skutkować jej odrzuceniem.

Odwołujący podniósł również, że przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędu, więc zgodnie z art. 8 Pzp błąd należy traktować jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy

lub o treści czynności prawnej.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jest błąd
co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego.
Oferta Odwołującego w jego ocenie nie zawierała błędu. Obliczenie ceny ofertowej zostało dokonane po uprzedniej analizie treści przedmiotu zamówienia i kwalifikacji podatkowej zamówienia oraz poszczególnych czynności składających się na zamówienie zgodnie
z wymogami prawa podatkowego. Odwołujący nie działał w mylnym przekonaniu co do stanu faktycznego dotyczącego przedmiotu zamówienia i zastosował się co do poleceń zawartych
w SWZ w zakresie dotyczącym sposobu obliczenia ceny. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Odwołujący nie zastosował zwolnienia z VAT do nieobjętych przedmiotem zamówienia „czynności pomocowych przy pacjencie", cokolwiek w ocenie Zamawiającego miałoby
to pojęcie oznaczać, gdyż takiego pojęcia nie definiuje ani prawo podatkowe ani żadne inne przepisy, w tym przepisy statystyczne zawierające kwalifikację przedmiotową poszczególnych usług. Odrzucenie oferty Odwołującego naruszało zatem prawo, gdyż:

1. Zamawiający w nieuprawiony sposób przyjął, że zwolnieniu z VAT podlegały wyłącznie bliżej niezdefiniowane przez niego „czynności pomocnicze przy pacjencie", podczas, gdy z treści Interpretacji Ogólnej wprost wynikało, że zakres zwolnienia nie jest zależny od fizycznego związku danej czynności z konkretnym pacjentem, zaś zwolnieniu podlegają szeroko pojęte czynności utrzymania czystości i porządku w miejscach realizacji opieki medycznej.
2. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na przyjęcie nieuprawnionego stanem faktycznym założenia, że zastosowane przez Odwołującego zwolnienie dotyczyło „czynności pomocniczych przy pacjencie" nieobjętych zakresem przetargu. Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 23 czerwca 2021 r. wyraźnie wynikało,
   że zastosował on zwolnienie z VAT na podstawie Interpretacji Ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 (dalej: Interpretacja ogólna) w stosunku do czynności utrzymania czystości
   w pomieszczeniach: w ZOL przy ul. Mehoffera 72/74 oraz czynności pomocy
   w zakresie czynności gospodarczo-kuchennych wyraźnie wymienionych w SWZ.

W zakresie dotyczącym kwestii czy usługa stanowiąca przedmiot zamówienia była usługą
o charakterze kompleksowym w znaczeniu prawa podatkowego (jak twierdził Zamawiający)
i czy do ww. usługi znajduje zastosowanie jednolita stawka podatku VAT 23% Odwołujący wskazał:
Z ugruntowanej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika,
że kompleksowość stanowi wyjątek od reguły, ma zastosowanie w odosobnionych przypadkach wyraźnie umotywowanych okolicznościami stanu faktycznego i nie może prowadzić do osiągnięcia celów sprzecznych z ustawą np. dowolnego kształtowania stawki podatkowej.

Na gruncie podatku od towarów i usług obowiązuje zasada, że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne. Za źródło tej zasady przyjmuje się art. 1 ust. 2 Dyrektywy Rady 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, a na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów – art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy Rady 77/388/EWG z 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku
od wartości dodanej, ujednolicona podstawa wymiaru podatku. Takie stanowisko wielokrotnie potwierdzał też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W sprawie nie można było mówić o jednej (kompleksowej) usłudze, na którą składały się wszystkie czynności wykonywane przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, bowiem
ze swej istoty miały one odmienny charakter i służyły osiągnięciu różnych celów.

Usługi związane z utrzymaniem odpowiedniego reżimu sanitarnego w pomieszczeniach,
w których wykonywana jest opieka medyczna oraz m.in. usługi obejmujące:

1. transport posiłków i dystrybucję (rozdzielanie porcji) posiłków zgodnie z dietami
   i wydawanie pacjentom, zbieranie naczyń, utrzymanie czystości kuchenki oddziałowej (mycie i dezynfekcja naczyń, sztućców, utrzymanie czystości w kuchenkach zgodnie
   z aktualnie obowiązującym u Zamawiającego Planem Higieny),
2. przekazywanie brudnej i odbieranie czystej pościeli do i z pralni, kontrolę zgodności dokumentacji z tym związanej,
3. transport leków, materiałów i środków higienicznych (np. pieluchomajtek) oraz dezynfekcyjnych w obrębie zakładu (np. z apteki lub magazynu);
4. wykonywanie innych poleceń służbowych przełożonych zgodnie z ustalonym rodzajem pracy i posiadanymi kwalifikacjami – wpisują się bezpośrednio w proces realizowanej w podmiocie leczniczym opieki medycznej i jako takie stanowią usługi ściśle z tą opieką związane.

Takiego celu nie można było natomiast przypisać usługom utrzymania porządku realizowanym np. w pomieszczeniach administracyjnych podmiotu leczniczego, gdyż trudno było je w sposób bezpośredni powiązać z realizowanym tam procesem medycznym. Powyższe nie oznaczało, że czynności te nie miały żadnego związku z procesem leczniczym. W pewnym stopniu służyć one będą prawidłowemu funkcjonowaniu placówki medycznej,
a co za tym idzie właściwej realizacji udzielanych przez nią świadczeń. Jakiekolwiek zaniechania w zakresie realizacji czynności związanych z utrzymaniem czystości
we wskazanych pomieszczeniach mogą potencjalnie wpłynąć na życie i zdrowie pacjentów zakładu leczniczego. Z uwagi na wynikający z prawa podatkowego nakaz ścisłej interpretacji zwolnień podatkowych, w ocenie Odwołującego, objęcie powyższych czynności zakresem zwolnienia byłoby niezasadne. Stąd właściwą stawką VAT dla powyższych czynności była stawka podstawowa – 23%. Powyższa rozbieżność celów realizacji poszczególnych czynności stanowiła istotne uzasadnienie dla odejścia od ich łącznego, kompleksowego rozpoznania oraz potwierdzała zasadność stosowania wobec tych czynności różnych stawek VAT – odpowiednich do ich zakresu i celu.
Na gruncie rozpoznawanej sprawy usługi objęte zwolnieniem z VAT oraz usługi opodatkowane będą realizowane przez różnych członków Konsorcjum Odwołującego. Usługi objęte zwolnieniem z VAT, będą wykonywane przez należące do Konsorcjum podmioty lecznicze, z uwagi na ich ścisły związek z procesami opieki medycznej. Usługi pozostałe – będą realizowane przez innych członków Konsorcjum. Powyższe z natury rzeczy wyłącza uznanie usług za kompleksowe,

gdyż zgodnie z orzecznictwem TSUE nie mogą być uznane za kompleksowe usługi realizowane przez różne podmioty. Wobec powyższego Odwołujący ze względu na treść powszechnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego - nie był zobligowany traktować usługi jako usługi kompleksowej i mógł, zgodnie z prawem, zastosować zwolnienie od podatku.

W zakresie dotyczącym zakwalifikowania przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej, Odwołujący wskazał:
SWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie mogło być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 in initio Kc w zw. z art. 14 Pzp). Mając na względzie, że ww. przepisy prawa podatkowego są przepisami powszechnie obowiązującymi, to znajdują one zastosowanie, niezależnie od oświadczeń złożonych w toku postępowania przez Zamawiającego. O kwalifikacji czynności ze względu na VAT decydowała rzeczywista treść tej czynności, a nie wola Zamawiającego. Skoro więc oświadczenie Zamawiającego co do charakteru usługi i stosowanego do niej podatku VAT stało w opozycji do prawa podatkowego, to wykonawca zobowiązany był stosować prawo
a nie postanowienia SWZ. Nie miało znaczenia, że w odpowiedzi na pytanie nr 42 Zamawiający wskazał, że zamówienie „nie obejmuje czynności pomocniczych przy pacjencie". Formułując powyższą odpowiedź Zamawiający nie zmienił postanowień SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, a treść tej odpowiedzi była niejasna i nie miała wpływu na możliwość stosowania zwolnienia z VAT, gdyż:

1. pojęcie „czynności pomocniczych przy pacjencie" nie zostało zdefiniowane ani w przepisach prawa ani w orzecznictwie podatkowym, co powodowało, że nie było możliwe ustalenie zakresu tego rodzaju czynności,
2. żadne przepisy prawa ani orzecznictwo podatkowe nie ograniczały zakresu stosowania zwolnienia wyłącznie do „czynności pomocniczych przy pacjencie".

Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie twierdził, że zastosuje zwolnienie do tego rodzaju czynności. Tym samym ww. odpowiedź Zamawiającego miała wyłącznie charakter informacyjny i niewiele wnoszący do sprawy. Zgodnie z postanowieniami rozdz. XVII SWZ każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, zobowiązany był samodzielnie
i prawidłowo ustalić stawkę podatku VAT.

6 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający 2 czerwca 2021 r., odpowiedzią na pytanie nr 42 do SWZ dokonał modyfikacji jej postanowień w zakresie sposobu obliczenia ceny, wskazując że przedmiotem zamówienia
była usługa kompleksowa i podlegała jednej stawce podatku VAT — 23%. Treść pytania
oraz odpowiedź na nie nakierowane były na wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości,
co do obowiązującej stawki VAT.

Odpowiedź Zamawiającego dowodzi jednoznacznie, że Zamawiający wymagał zastosowania stawki podstawowej podatku VAT, czyli 23% na cały przedmiot zamówienia, jednocześnie wykluczając możliwość zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Wskazana zmiana SWZ stała się wiążąca dla wykonawców i obligowała ich do zastosowania stawki VAT 23% na cały przedmiot zamówienia.

Odwołujący nie przypisał właściwego znaczenia odpowiedzi na pytanie nr 42, czyli pominął fakt dokonania zmiany SWZ w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w związku z udzieloną odpowiedzią. Ponadto błędnie starał się przypisać tej czynności wyłącznie charakter „interpretacji Zamawiającego co do treści opisu przedmiotu zamówienia", która w jego ocenie pozostawała bez wpływu na sposób kalkulacji ceny. Jednocześnie Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 42 była oświadczeniem obarczonym wadą (art. 58 Kc), które nie powinno wywoływać skutków prawnych, co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez niego, że nie był on związany odpowiedzią na pytanie w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT.

Udzielając na pytanie nr 42 Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wskazał, że potwierdza, że usługa jest usługą kompleksową i podlega jednej stawce VAT, czyli 23%. Z istoty kompleksowości usługi w rozumieniu podatkowym wynika, że powinna ona być opodatkowana jedną stawką czyli stawka 23%. Kompleksowość w przypadku tej usługi oznaczała, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia należało traktować jako całość, co oznaczało brak możliwości zastosowania zwolnienia podatkowego, na które powołał się Odwołujący.

Zarzuty Odwołującego były de facto próbą zaskarżenia postanowień SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny. Była to niedopuszczalna próba ominięcia art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Oferta Odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, wynikający z zastosowania przez niego zwolnienia z podatku VAT, a w konsekwencji jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zgodnie z Uchwałą Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/ 11) „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych). Sąd Najwyższy wskazał, że określenie w ofercie ceny brutto
z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (w aktualnym stanie prawnym
art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Przedmiot zamówienia stanowiła usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń (w obiektach wskazanych przez Zamawiającego) wraz z dostawą niezbędnych środków do utrzymania czystości i dezynfekujących, a także środków higienicznych. Zgodnie z informacjami zawartymi w załączniku nr 1.1 do SWZ do obowiązków wykonawcy będzie należało świadczenie usług:

1) kompleksowego, profesjonalnym utrzymaniu czystości w pomieszczeniach wskazanych przez Zamawiającego;
2) zapewnianie ciągłości dostępności preparatów myjących i myjąco-dezynfekujących

do powierzchni dużych, alkoholowych preparatów do dezynfekcji rąk, preparatów pielęgnujących dłonie a także środków higienicznych wskazanych przez Zamawiającego (ręczniki papierowe, papier toaletowy, mydło w płynie, worki foliowe na odpady, szczotki
do WC);

3)kompleksowej pomocy w zakresie czynności gospodarczo — kuchennych, w tym:

a)transport posiłków i dystrybucja porcji) posiłków zgodnie z dietami i wydawanie pacjentom, zbieranie naczyń, utrzymanie czystości kuchenki oddziałowej (mycie
i dezynfekcja naczyń, sztućców, utrzymanie czystości w kuchenkach zgodnie
z aktualnie obowiązującym w SCOL Sp. z o.o. Planem Higieny),

b)przekazywanie brudnej i odbieranie czystej pościeli do i z pralni, kontrola zgodności dokumentacji z tym związanej,

c)transport leków, materiałów i środków higienicznych (np. pieluchomajtek) oraz dezynfekcyjnych w obrębie zakładu (np. z apteki lub magazynu);

d)wykonywanie innych poleceń służbowych przełożonych zgodnie z ustalonym rodzajem pracy i posiadanymi kwalifikacjami.

Czynności wymienione w pkt 3 powyżej zostały określone jako kompleksowa pomoc w zakresie czynności gospodarczo — kuchennych. Z brzmienia tego punktu wynikało, że czynności te nie będą czynnościami pomocniczymi, ani ściśle związanymi z usługami podstawowymi świadczonymi przez Zamawiającego. Czynności te nie będą też czynnościami ściśle związanymi z usługami podstawowymi (medycznymi) świadczonymi przez wykonawcę, gdyż usługi medyczne nie są objęte przedmiotem zamówienia i nie będą przez wykonawcę świadczone.

Ponadto w pkt 6 ww. załącznika Zamawiający zawarł dodatkową informację, która stanowiła doprecyzowanie przyszłego zakresu świadczenia wykonawcy: „Zamawiający w ramach realizacji usług objętych przedmiotowym postępowaniem nie przewiduje świadczenia czynności pomocniczych przy pacjencie".

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia
i stanowiska stron i Przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie
a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,
co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili:

1.wykonawca Security & Cleaning System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

2.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
7 MG Spółka z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą
w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W zakresie dotyczącym zarzutów odwołania Izba ustaliła co następuje:

Sposób obliczania ceny został uregulowany przez Zamawiającego w Rozdziale XVII SWZ
w następujący sposób:

1.„Cena oferty brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w OPZ oraz projektowanych postanowieniach umowy.

2.Cenę oferty należy wyliczyć zgodnie z formularzem ofertowym. Należy podać kwotę netto stawkę oraz kwotę VAT, kwotę brutto cyfrowo i słownie. W przypadku rozbieżności pomiędzy podaną kwotą cyfrą i słownie Zamawiający uzna za cenę oferty kwotę podaną słownie.

3.Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy. W przypadku zastosowania innej stawki VAT, niż stawka podstawowa, Wykonawca winien wykazać podstawę stosowania innej preferencyjnej stawki podatkowej lub możliwość stosowania zwolnień podatkowych (np. przedstawiając w tym celu wyjaśnienia bądź indywidualną decyzję LIS) (...)".

W formularzu ofertowo-cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający
w zakresie części I przedmiotu zamówienia wskazał, by wykonawcy wpisali:

1.miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania czystości i higieny,

2.wysokość łącznej ceny (kwota maksymalna za realizację części I przedmiotu zamówienia)

Ceny miały zostać podane w postaci kwoty netto, kwoty brutto oraz VAT.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia co do zasadności zarzutów odwołania pytanie nr 42 z 2 czerwca 2021 r. brzmiało:
„Zamawiający w SIWZ, OPZ i załącznikach wśród ogółu prac wymienia także prace pomocnicze przy pacjencie. Jednocześnie w pkt. 6 OPZ zaznacza, że: Zamawiający w ramach realizacji usług objętych przedmiotowym postępowaniem, nie przewiduje świadczenia czynności pomocniczych przy pacjencie.
Zważywszy na fakt, iż prace pomocnicze:

- są one zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane
wg stawki 23%,
- prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną, a zwolnioną
w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej (w praktyce — organy te prowadzą obecnie ogólnopolskie kontrole w firmach świadczących usługi outsourcingowe,
m.in. przesłuchując w ich w toku zatrudnioną w szpitalach kadrę menedżerską,
co prowadzić ma do obiektywnego ustalenia w toku kontroli wartości usługi zwolnionej w całej jej

wartości),
zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, jaki procent wartości usługi będą one w opinii Zamawiającego stanowić? W opinii Wykonawcy — ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez Zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania — pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości.
Jeśli Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody, prosimy o potwierdzenie, że usługa jest usługa kompleksową i podlega jednej stawce VAT, czyli 23% (...)".
Na powyższe pytanie Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający potwierdza, że usługa jest usługą kompleksową i podlega jednej stawce VAT, czyli 23%".
Odwołujący w swojej ofercie w zakresie części I przedmiotu zamówienia wskazał następujące ceny za realizację zadania:

1. „Miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania czystości i higieny wynosi: netto 190 278,00 zł (słownie sto dziewięćdziesiąt tysięcy dwieście siedemdziesiąt osiem złotych 00/100),
   VAT 3.075,10 zł (słownie trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych 10/100),
   Brutto 193 353,10 zł słownie sto dziewięćdziesiąt trzy tysiące trzysta pięćdziesiąt trzy złote 10/100).
2. Wysokość łącznej ceny (wartość zamówienia) z tytułu realizacji niniejszej umowy nie przekroczy kwoty:
   (kwota brutto za całość zamówienia stanowić będzie cenę oferty dla części Nr 1) netto 2 283 336,00 zł (słownie dwa miliony dwieście osiemdziesiąt trzy tysiące trzysta trzydzieści sześć złotych 00/100),
   VAT 36 901,20 zł (słownie trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset jeden złotych 20/100),
   Brutto 2 320 237,20 zł słownie dwa miliony trzysta dwadzieścia tysięcy dwieście trzydzieści siedem złotych 20/100)".

18 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego
do wyjaśnienia treści złożonej oferty tj. wskazania w formularzu ofertowym zastosowanej stawki VAT, zgodnie z postanowieniami SWZ — Dział A - Rozdziału XVII pkt. 2 - Sposób obliczenia ceny. W odpowiedzi z 23 czerwca 2021 r. Odwołujący przedstawił argumentację podobną do tej zawartej w uzasadnieniu odwołania. Ponadto Odwołujący wskazał, że treść jego oferty w zakresie zastosowanego zwolnienia z VAT dla części usług mających być realizowanymi na rzecz Zamawiającego była prawidłowa.
1 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego. W uzasadnieniu, w części dotyczącej odrzucenia ze względu na błąd w obliczeniu ceny Zamawiający wskazał:
„Po przeanalizowaniu oferty z dnia 14 czerwca 2021 r („Oferta") złożonej przez Konsorcjum reprezentowane przez lidera IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z. o.o. („Konsorcjum"), Zamawiający stwierdza, że zawiera ona błędy w obliczeniu cen lub kosztu. W Formularzu Ofertowo Cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia
z dnia 4 maja 2021 r. („SWZ") w Części I pozycja 1 i 2 nie została określona stawka VAT,
a z kwoty podanej w Ofercie nie wynika, że jest to stawka 23%. W SWZ w Rozdziale XVII Zamawiający jasno i wyraźnie określił sposób obliczania ceny precyzując m.in., iż (...) Cenę oferty należy wyliczyć zgodnie z formularzem ofertowym. Należy podać kwotę netto stawkę oraz kwotę VAT, kwotę brutto cyfrowo i słownie. (...) W opisie przedmiotu Zamówienia w SWZ Zamawiający wskazał, iż zamawiana usługa to kompleksowe, profesjonalne utrzymanie czystości w pomieszczeniach zakładu i nie przewiduje się czynności pomocniczych przy pacjencie. Informację tę Zamawiający potwierdził udzielając odpowiedzi na pytanie nr 42
z dnia 02.06.2021 r. wskazując, że usługa sprzątania nie obejmuje czynności pomocniczych przy pacjencie i objęta jest stawką VAT 23% Zamawiający w dniu 18.06.2021 r. wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi z dnia 23.06.2021 r. Konsorcjum udzieliło odpowiedzi, iż w zakresie przez siebie uznanym zastosowane zostało zwolnienie z VAT. Biorąc pod uwagę postanowienia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp Zamawiający odrzuca Ofertę Konsorcjum, ponieważ złożona Oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny powodujące, że treść Oferty jest niezgodna z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia z dnia z dnia 4 maja 2021 r. i z pozostałą dokumentacją przetargową dotyczącą przedmiotowego postępowania".
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny była prawidłowa i uzasadniona.
W ocenie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający udzielając odpowiedzi
na pytanie nr 42 zmienił i doprecyzował treść SWZ w sposób wiążący dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że pytanie nr 42 jasno wskazywało na problemy wynikające z interpretacji zasad dotyczących możliwości zastosowania zwolnienia z VAT i zmierzało do uzyskania od Zamawiającego jednoznacznego wskazania dotyczącego zasad obliczania ceny oferty. Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego nie budziła wątpliwości interpretacyjnych, zatem oczywistym było, że Zamawiający uzna
za zgodne z SWZ wyłącznie oferty uwzględniające stawkę VAT w wysokości 23%.
Skoro Odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem Zamawiającego co do traktowania przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej to powinien w odpowiednim terminie wnieść odwołanie przeciwko zmianie SWZ dokonanej w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 42. Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał, zatem SWZ został zmieniony w sposób prawomocny i nie ma możliwości jego zmiany na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty,
a w ocenie Izby de facto do tego zmierzało odwołanie.
Argumentacja Odwołującego podważająca zasadność uznania przez Zamawiającego,
że przedmiot zamówienia stanowi usługę kompleksową była w ocenie Izby próbą wzruszenia zmiany SWZ po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania dotyczącego
tej zmiany. Tym samym argumentacja ta została uznana za spóźnioną. W ocenie Izby całkowicie nieuprawnione było z kolei twierdzenie Odwołującego, że odpowiedź na pytanie
nr 42 nie stanowiła wiążącej dla wykonawców zmiany SWZ.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SWZ z załącznikami,
2. pytań do treści SWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego na te pytania,
3. oferty Odwołującego,
4. korespondencji Zamawiającego i Odwołującego w zakresie dotyczącym wyjaśnienia treści oferty Odwołującego,
5. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego
   z postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……