

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Servizi Ospedaliari S.p.A. z siedzibą w Ferrarze, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Servizi Ospedaliari S.p.A. z siedzibą w Ferrarze, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 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 na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie

o udzielenie zamówienia pn. Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 maja 2021 r. pod nr 2021/S 098-257084.

W dniu 18 października 2021 r. Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Servizi Ospedaliari S.p.A. „IZAN+” Sp. z o.o., wniosło odwołanie wobec odrzucenia oferty tego Konsorcjum oraz unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. 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 z późn. zm.) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędów w obliczeniu ceny lub kosztu, mimo że oferta takich błędów nie zawierała, gdyż podlegała zwolnieniu z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług;

2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z powodu odrzucenia wszystkich złożonych ofert, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu z 6 października 2021 r. poinformował o unieważnieniu przetargu na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w związku z odrzuceniem wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt.10 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zastosował zwolnienie od podatku od towarów i usług podając jako podstawę prawną art. 43 ust. 1 pkt. 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający, powołując się na pismo z 21 czerwca 2021 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (znak: 0111-KDIB3-

2.4012.191.2021.2.ASZ), stanowiącego interpretację indywidualną dotyczącą świadczenia usługi sterylizacji w sposób opisany w treści SWZ, uznał, że brak jest podstaw do zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust 1 pkt. 18a ustawy o VAT.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko. Wskazał, że z treści art 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT wynika, że zwolnienie przysługuje w razie spełnienia kilku warunków. Po pierwsze, zwolnieniem objęte są usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz usługi i dostawy ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej. Po drugie, zwolnienie dotyczy usług nabywanych przez zakłady opieki zdrowotnej i świadczonych na terenie zakładu opieki zdrowotnej. Natomiast z art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy VAT wynika, że zwolnieniem objęte są usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz usługi i dostawy ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej. Po drugie, zwolnienie dotyczy usług wykonywanych przez podmioty lecznicze.

Odwołujący podniósł, że członek Konsorcjum - Naprzód Hospital Sp. z o.o. jest podmiotem leczniczym w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej i jest wpisany do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Naprzód Hospital Sp. z o.o. prowadzi działalność leczniczą świadcząc usługi w zakresie opieki medycznej, które służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz świadcząc usługi i dostarczając towary ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Naprzód Hospital Sp. z o. o. świadczy usługi w zakresie opieki medycznej także na rzecz Zamawiającego, na podstawie umowy z 1 kwietnia 2020 r. (DZPUCK.262.030.2020). Usługi te są sklasyfikowane jako dodatkowe usługi szpitalne 85112000-7, Usługi szpitalne i podobne 85110000-3, także przez samego Zamawiającego w SWZ (dowód: SIWZ nr DZPUCK.262.030.2020 wraz załącznikami, faktury VAT FV/064/07/2021, faktury VAT FV/063/07/2021, FV/068/08/2021, FV/069/08/2021, FV/036/09/2021, FV/035/09/2021, umowa nr

DZPUCK.262.030.080.2020, wpis do Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność

Leczniczą). Z powyższego Odwołujący wywiódł, że przesłanki zwolnienia z art. 43 ust. 1 pkt 18 oraz pkt 18a zostały spełnione.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powołał się na indywidualną interpretację podatkową Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 21 czerwca 2021 r. (znak: 0111-KDIB3-2.4012.191.2021.2.ASZ), która nie dotyczy stanu faktycznego, jaki występuje w tej sprawie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 2a do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie pełnego procesu dekontaminacji narzędzi chirurgicznych, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej i innego asortymentu. Z art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy VAT wynika, że zwolnieniem objęte są usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz usługi ściśle z nimi związane. Pojęcie „zachowanie” rozumieć należy jako dochowanie, utrzymanie czegoś w stanie niezmiennym, nienaruszonym. „Profilaktyka zdrowia” obejmuje działania mające na celu zapobieganie chorobom bądź innym niekorzystnym zjawiskom zdrowotnym. Proces leczenia szpitalnego nie może doprowadzić do pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, a jednocześnie ma zapewniać warunki konieczne do odzyskiwania zdrowia. Leczenie szpitalne polega zatem na objęciu pacjenta odpowiednią opieką, która obejmuje stworzenie pacjentowi odpowiedniego środowiska, w tym zapewnienia sterylnych narzędzi i sterylnego asortymentu, wykorzystywanego do zabiegów i operacji. Pacjenci szpitalni w stanach chorobowych są szczególnie narażeni na zakażenia oraz na ich negatywne konsekwencje. Zgodnie z art. 2 pkt. 24 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi - sterylizacja to proces zniszczenia zdolnych do namnażania się form biologicznych czynników chorobotwórczych. Opublikowane w 2018 r. ustalenia Najwyższej Izby Kontroli pt. „Zakażenia w podmiotach leczniczych (lata 2016-2017 I Półrocze)” wskazują, że „zakażenia szpitalne związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych stanowią poważny problem wszystkich szpitali, nawet tych z krajów o najwyższych standardach opieki zdrowotnej i dotyczą od 5 do 10% osób leczonych w szpitalu. W Polsce ok. 5% pacjentów hospitalizowanych ulega zakażeniom szpitalnym, daje to roczną liczbę zakażeń szpitalnych na poziomie ok. 400 tys. Zakażenia szpitalne powodują powikłania prowadzące często do niepełnosprawności, są przyczyną wydłużenia pobytu w szpitalu i zwiększają koszty świadczonych usług”. Ponadto Odwołujący powołał się na pismo Ministerstwa Zdrowia Departamentu Rozwoju Kadr Medycznych skierowane do Prezesa Zarządu Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej z 9 kwietnia 2021 r., zgodnie z którym, powołanie zawodu technika sterylizacji medycznej miało również przyczynić się do podniesienia poziomu edukacji, w tym obszarze, a w konsekwencji do podniesienia jakości wykonywanych świadczeń zdrowotnych związanych z dezynfekcją i sterylizacją medyczną, co zwiększa bezpieczeństwo pacjenta w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący stwierdził, że sterylizacja narzędzi i innego asortymentu odgrywa kluczową rolę w zapobieganiu zakażeniom miejsca operowanego, stanowi wręcz niezbędny element operacji i zabiegów chirurgicznych. Wskazał, że w związku z ostatnimi zagrożeniami spowodowanymi przez szerzące się epidemie i rosnącą świadomość rozprzestrzeniania się oporności na środki przeciwdrobnoustrojowe, znaczenie sterylizacji jako elementu udzielanych świadczeń nabiera jeszcze większego znaczenia. Usługi sterylne lub "nauki o dekontaminacji", jak często są nazywane, zyskały uznanie jako samodzielna specjalizacja w większości krajów o wysokich dochodach. W krajach o niskich i średnich dochodach nadal znajduje się w hierarchii pielęgniarstwa (vide: wytyczne Światowej Organizacji Zdrowia: Dekontaminacja i regeneracja wyrobów medycznych dla palców służby zdrowia 2016).

Odwołujący powołał się na stanowisko Izby Skarbowej w Poznaniu, która w interpretacji indywidualnej ILPP2/443-183/11-6/MR z 22 kwietnia 2011 r. wskazała, że czynność sterylizacji narzędzi medycznych świadczona na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie, korzysta ze zwolnienia od podatku VAT. Natomiast dokonywana na zewnątrz, dla lekarzy lub gabinetów kosmetycznych, jest opodatkowana 23% stawką podatku od towarów i usług.

Zdaniem Odwołującego, z ugruntowanego kierunku interpretacji podatkowych wynika, że zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust 1 pkt 18 i 18 a ustawy o VAT dotyczą szerokiego zakresu usług świadczonych przez podmioty lecznicze na rzecz innych podmiotów leczniczych. Dla przykładu zwolnienie z VAT obejmuje: usługi medycyny estetycznej (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 22 lipca 2021 r. nr 0114-KDIP4-2.4012.216.2021.2.AS), badania diagnostyczne (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 30 sierpnia 2021 r. 0111-KDIB3-2.4012.493.2021.1.SR), usługi fizjoterapii (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0114-KDIP4-2.4012.341.2021.1.MZA z 8 czerwca 2021 r.), konsultacje psychologiczne online (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej

z 8 czerwca 2021 r. 0114-KDIP4-2.4012.340.2021.1.MZA), programy zdrowotne (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 8 czerwca 2021 r. 0114-KDIP4-2.4012.323.2021.2.WH), usługi dietetyczne oraz konsultacje dietetyczne (Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 8 czerwca 2021 roku 0114-KDIP4-2.4012.320.2021.1.MZA), usługi oceny postawy ciała (Interpretacja

Indywidualna Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej 0114-KDIP4-2.4012.339.2021.2.MMA), usługi ortodontyczne (Interpretacja Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej nr 0114KDIP4-1.4012.114.2021.1.APR), prowadzenie laboratorium (Interpretacja Indywidualna Izby Skarbowej w Katowicach IBPP4/443-574/11/EJ).

Zdaniem Odwołującego, skoro usługi takie jak usługi medycyny estetycznej, usługi dietetyczne, laboratoryjne, programy zdrowotne podlegają zwolnieniu z podatku VAT, to tym bardziej usługi sterylizacji, które są nieodzownym elementem operacji i zabiegów, należy klasyfikować jako usługi, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18 a ustawy o VAT.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując pierwszej oceny ofert w dniu 6 sierpnia 2021 r. badał oferty pod kątem zastosowanej stawki VAT. W piśmie z 6 sierpnia 2021 r. Zamawiający stwierdził: Wskazania wymaga, że Wykonawca (STER-MED Sp. z o.o., TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o.) nie wskazał w treści formularza cenowego, że w tym zakresie zastosował zwolnienie z podatku VAT. Dodać trzeba, że pozostali Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu w treści formularzy cenowych wskazali stawkę w zakresie całości

zamówienia „zw - zwolnienie. Zamawiający z powodu błędnej stawki VAT odrzucił ofertę STER-MED Sp. z o.o., TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. (a ofertę Odwołującego jedynie z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny). Odwołujący jak i TZMO S.A i Citonet - Warszawa Sp. z o.o. powołali tą samą podstawę zwolnienia, tj. art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o VAT. Zamawiający, gdy była możliwość wyboru oferty wykonawcy: TZMO S.A i Citonet - Warszawa Sp. z o.o., nie uważał, żeby wykonawcy mieli błąd w obliczeniu ceny i za prawidłowe uznawał zastosowanie przez podmioty uczestniczące w postępowaniu zwolnienia od opodatkowania. Gdy nie było już możliwości wyboru ww. wykonawcy Zamawiający stwierdził rzekomy błąd w obliczeniu ceny u wszystkich wykonawców, tak by unieważnić postępowanie.

Odwołujący podkreślił, że zwolnienie usług sterylizacji świadczonych przez podmioty lecznicze na rzecz innych podmiotów leczniczych jest powszechnie stosowane. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w stanowisku innych zamawiających (podmiotów leczniczych), a także w treści umów dotyczących usług sterylizacji, zawartych na podstawie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił umowy, których stroną jest TZMO S.A. i Citonet Warszawa Sp. z o.o. Dla przykładu wskazał na umowę 39/2021 z 16 kwietnia 2021 r. między Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej w Mogilnie a Konsorcjum: Citonet Bydgoszcz Sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., według której usługi sterylizacji narzędzi chirurgicznych i sprzętu medycznego wraz z transportem dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Mogilnie korzystają ze zwolnienia na podstawie art. 43 ust. 18a ustawy o VAT (§ 5 ust. 3 Umowy). Powyższe okoliczności potwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ z 29 marca 2021 r. w odpowiedzi na pytanie 1 i 2, a także wykonawca w piśmie z 15 kwietnia 2021 r. skierowanym do Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że podobna sytuacja dotyczy umowy nr EZ.28.4.2021 z 15 lipca 2021 r. między Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi a ww. Konsorcjum, na świadczenie usługi dezynfekcji, mycia, konserwacji i sterylizacji parowej narzędzi chirurgicznych, usługi sterylizacji bielizny operacyjnej, usług dezynfekcji, mycia, konserwacji i sterylizacji plazmowej niskotemperaturowej sprzętu termolabilnego. Powyższe okoliczności potwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ z 31 maja 2021 r. w odpowiedzi na pytanie 1 i 2. Odwołujący wskazał również na umowę 3/2021 z 22 lutego 2021 r. między Szpitalem Tucholskim Sp. z o.o. a ww. Konsorcjum na usługi dezynfekcji, mycia, przeglądu, konserwacji, pakowania i sterylizacji narzędzi chirurgicznych i sprzętu medycznego parą wodną pod ciśnieniem w temperaturach 134 C i 121 C, a także usługi dezynfekcji sprzętu medycznego, zapewniająca wysoki poziom czystości mikrobiologicznej, gdzie również zastosowano zwolnienie z podatku VAT (§ 4 ust. 1 umowy, formularz ofertowy, faktury oraz wyjaśnienia Zamawiającego z 15 stycznia 2021 r. pkt 1 i 2.).

Odwołujący podniósł, że prezentowane przez niego rozumienie przepisów potwierdził

Minister Rozwoju i Finansów w interpretacji ogólnej Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 z 29 grudnia 2017 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłoszone przez Konsorcjum: CitoNet-Warszawa Sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., było nieskuteczne. Art. 525 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Art. 2a Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych określa definicję oferenta zainteresowanego, tj. podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia i któremu należy zapewnić możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Takim środkiem ochrony prawnej na gruncie prawa krajowego jest także przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgodnie z ww. przepisem Dyrektywy, oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponieważ odrzucenie oferty zgłaszającego przystąpienie stało się ostateczne wobec niewniesienia odwołania na tę czynność, w świetle przywołanych wyżej przepisów zgłaszający przystąpienie nie może być uznany za oferenta zainteresowanego w rozumieniu ww. Dyrektywy i tym samym za spełniającego przesłankę z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z punktem III.1 SWZ, jest świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego na potrzeby, UCK WUM wraz z dzierżawą pomieszczeń i transportem do lokalizacji. Zgodnie z punktem XI.4 SWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty), cena oferty musi zawierać cenę netto, podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, cenę brutto oraz musi być podana w polskich złotych, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający nie podał stawki podatku VAT, jaką należy zastosować do obliczenia ceny oferty.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) Konsorcjum: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., Citonet-Warszawa Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum TZMO);
- 2) Konsorcjum: STER-MED. Sp. z o.o., TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o.;
- 3) Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Servizi Ospedaliere S.p.A., „IZAN+” Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Naprzód).

W formularzach cenowych (zał. Nr 1a, 1b i 1c do SWZ) wykonawcy: Konsorcjum TZMO oraz Konsorcjum Naprzód powołali się na zwolnienie z podatku VAT.

Pismem z 6 lipca 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT, tj. o podanie podstawy prawnej, na której wykonawca oparł się ustalając stawkę podatku VAT w ofercie. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący poinformował, że podstawą prawną zastosowanego zwolnienia od podatku od towarów

i usług jest art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o VAT.

Ponadto w dokumentacji postępowania znajdują się wyjaśnienia Odwołującego z 29 lipca 2021 r., zgodnie z którymi: Wykonawca dołączył do oferty oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 wypełnione zgodnie ze wzorem załącznika 7 do SWZ, w którego treści wskazał, jakie warunki udziału spełnia oraz podmiot, który będzie realizował główny zakres usługi.

Wykonawcy w oświadczeniu precyzyjnie określili, że warunek określony w Rozdziale V pkt. 1, ppkt 4), dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie świadczenia usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylność produktu - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego spełnia Servizi Ospedaliari S.p.A i w tym zakresie będzie realizował zamówienie. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2448/21.

Pismem z 6 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TZMO. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu dwóch pozostałych oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Następnie, po wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2448/21, pismem z 5 października 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Naprzód.

W dniu 6 października 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy Pzp, wskazując, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty zostały odrzucone. Zamawiający wskazał, że oferty złożone przez Konsorcjum TZMO oraz przez Konsorcjum Naprzód zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, tj. z uwagi na błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia ww. ofert Zamawiający podał:

Wykonawcy konstruując ofertę zastosowali zwolnienie od podatku od towarów i usług podając jako podstawę prawną art. 43 ust. 1 pkt. 18 i 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U.2021.685) (dalej „ustawa o VAT”)

Wskazać należy, że zgodnie z pismem z dnia 21 czerwca 2021 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (znak: 0111-KDIB3-2.4012.191.2021.2.ASZ) stanowiącego

interpretację indywidualną dotyczącą świadczenia usługi sterylizacji w sposób opisany w treści SWZ, brak jest podstaw do zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust 1 pkt. 18a ustawy o VAT.

Zgodnie z tym stanowiskiem „Biorąc pod uwagę opis zdarzenia przyszłego, obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa podatkowego a także istniejące orzecznictwo TSUE należy stwierdzić, że usługi prania i sterylizacji wykonywane przez Wnioskodawcę na rzecz podmiotu leczniczego będąc usługami pozostającymi w ścisłym związku z usługą medyczną służącą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia wykonywaną przez podmiot leczniczy nie będą objęte zwolnieniem od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Należy bowiem mieć na uwadze przepis art. 43 ust. 17a ustawy o VAT, zgodnie z którym, zwolnienie o którym mowa w ust. 1 pkt 18a ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe. Natomiast Wnioskodawca nie jest podmiotem wykonującym usługi podstawowe tj. usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Ponadto czynnościom tym nie można przypisać celu terapeutycznego. Nie sposób uznać, że wymienione wyżej usługi są świadczeniami zdrowotnymi wykonywanymi w stosunku do chorych, mającymi cel terapeutyczny. Nie ma zatem podstaw do rozciągania zakresu zwolnienia dla usług opieki medycznej na czynności prania i sterylizacji, gdyż podmiot je wykonujący (Wnioskodawca) nie jest podmiotem świadczącym usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Reasumując usługi prania i sterylizacji nie będą korzystały ze zwolnienia od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT”.

Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT dotyczy usług wykonywanych w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze, a zatem nie może znaleźć zastosowania w tym stanie faktycznym.

Jak wskazuje się w orzecznictwie „Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie”. [tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2021 r. KIO 272/21].

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że cena oferty Odwołującego zawiera błąd polegający na bezpodstawnym uwzględnieniu zwolnienia z podatku VAT, w związku z czym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o VAT, zwalnia się od podatku:

- pkt 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;

- pkt 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.

Art. 43 ust. 17a ustawy o VAT stanowi, że zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18a, 23, 26, 28, 29 i 33 lit. a, mają zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że przepisy ustanawiające zwolnienia podatkowe, jako mające charakter wyjątku od zasady powszechności opodatkowania, nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Następnie stwierdzić należy, że - wbrew twierdzeniom Odwołującego - o nieprawidłowości czynności odrzucenia oferty z uwagi na nieuprawnione powołanie się na zwolnienie podatkowe, nie może świadczyć okoliczność niezyskania przez Zamawiającego interpretacji indywidualnej, potwierdzającej jego stanowisko. Konieczność uzyskania takiej interpretacji nie wynika z przepisów prawa, co oznacza, że Zamawiający realizując obowiązek zbadania prawidłowości obliczenia ceny, z uwzględnieniem przepisów podatkowych, może takiej oceny dokonać we własnym zakresie. Jeżeli wynik tej oceny ma oparcie w przepisach podatkowych, nie można Zamawiającemu zarzucić zaniechania potwierdzenia jego stanowiska poprzez uzyskanie interpretacji podatkowej.

W ocenie Izby, brak jest podstaw, aby usługi będące przedmiotem zamówienia uznać za usługi medyczne (usługi podstawowe), nie mają one bowiem same w sobie celu terapeutycznego. Są to natomiast usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów. Zostało to potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania dotyczące treści SWZ z 18 czerwca 2021 roku (nr 116 oraz 117), z czym Odwołujący nie polemizował na wcześniejszym etapie postępowania. Jednocześnie odpowiedzi tych nie sposób traktować - jak to próbował robić Odwołujący - jako przesądzające o możliwości skorzystania ze zwolnienia z podatku VAT, możliwość ta warunkowana jest bowiem również dodatkowymi przesłankami.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zachodzą określone w powyższych przepisach dodatkowe przesłanki, od których zależy możliwość skorzystania ze zwolnienia z podatku VAT.

Po pierwsze, w rozpoznawanej sprawie nie znajduje zastosowania przepis art. 43 ust.

1 pkt 18a ustawy o VAT. Możliwość skorzystania z tej podstawy zwolnienia warunkuje bowiem art. 43 ust. 17a ustawy, uzależniający zwolnienie od tego, czy podmiot świadczący dostawę lub usługi ściśle związane z usługami podstawowymi świadczy również te usługi podstawowe.

Zauważenia wymaga, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest świadczenie usług w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego. Nie zostało to jednak powiązane ze zleceniem wykonawcy usług podstawowych, których wykonaniu mają służyć usługi dekontaminacji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby o możliwości skorzystania ze zwolnienia podatkowego w niniejszej sprawie przesądzała interpretacja ogólna Ministra Rozwoju i Finansów nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 z dnia 29 grudnia 2017 r. W interpretacji tej stwierdzono, że usługi takie jak dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, mogą podlegać zwolnieniu z podatku VAT, jednak 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 (art. 43 ust. 17a ustawy o VAT). W interpretacji tej wyraźnie stwierdzono, że powyższe czynności nie będą 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, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Z przywołanej interpretacji jednoznacznie wynika, że świadczenie usług dodatkowych, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT, pozostaje objęte zwolnieniem od podatku VAT jedynie w sytuacji, gdy usługi te wykonywane są przez podmioty świadczące usługi podstawowe (art. 43 ust. 17a ustawy o VAT).

Tożsame stanowisko w powyższym zakresie przedstawił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku 9 czerwca 2017 r. sygn. akt I FSK 1571/15, wskazując, że dla

zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), oprócz spełnienia wymogów wprost w nim tkwiących, niezbędne jest ziszczenie się dodatkowego warunku jego stosowania, który wynika z art. 43 ust. 17a ustawy. Według tego ostatniego przepisu, analizowane zwolnienie ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi (tj. w przypadku art. 43 ust. 1 pkt 18a - z wymienionymi na jego wstępie - usługami w zakresie opieki medycznej służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia), ale tylko wtedy, gdy są one (te dostawy towarów lub świadczenia usług) dokonywane przez takie podmioty, które świadczą owe usługi podstawowe. Jeśli zatem te inne usługi nie są ściśle związane z usługami podstawowymi (czyli wymienionymi we wstępnej części zwolnienia), lub są świadczone przez inne podmioty niż świadczące usługi podstawowe, wówczas podlegają one opodatkowaniu w sposób dla nich właściwy.

Takie same wnioski wynikają ze stanowiska Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 21 czerwca 2021 r. (znak: 0111-KDIB3-2.4012.191.2021.2.ASZ), na które powołał się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Wskazano w nim, że przepis art. 43 ust. 17a ustawy o VAT, zgodnie z którym, zwolnienie o którym mowa w ust. 1 pkt 18a ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe. Natomiast Wnioskodawca nie jest podmiotem wykonującym usługi podstawowe tj. usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Ponadto czynnościom tym nie można przypisać celu terapeutycznego. Nie sposób uznać, że wymienione wyżej usługi są świadczeniami zdrowotnymi wykonywanymi w stosunku do chorych, mającymi cel terapeutyczny. Nie ma zatem podstaw do rozciągania zakresu zwolnienia dla usług opieki medycznej na czynności prania i sterylizacji, gdyż podmiot je wykonujący (Wnioskodawca) nie jest podmiotem świadczącym usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Reasumując usługi prania i sterylizacji nie będą korzystały ze zwolnienia od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. W ocenie Izby usługi będące przedmiotem ww. analizy (pranie i sterylizacja) mają charakter podobny do usług będących przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie (dekontaminacja narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego).

Należy więc stwierdzić, że aby świadczenie usług dodatkowych było objęte zwolnieniem, konieczne jest także, aby usługi dodatkowe były dokonywane przez podmioty świadczące usługi podstawowe. Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest wyłonienie wykonawcy, który będzie świadczył na rzecz Zamawiającego wyłącznie usługi dekontaminacji, nie będzie natomiast wykonywał usług podstawowych (tj. usług medycznych,

służących profilaktyce, zachowaniu i ratowaniu przywracaniu i poprawie zdrowia), z którymi powiązane są i których wykonaniu służą usługi pomocnicze będące przedmiotem zamówienia.

Ponadto, niezasadne jest powoływanie się przez Odwołującego, na zwolnienie z podatku VAT, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT. W przedmiotowej sprawie nie zachodzi bowiem określona tym przepisem przesłanka wykonywania usług przez podmioty lecznicze w ramach działalności leczniczej.

W tym zakresie Odwołujący podniósł, że jeden z członków jego konsorcjum - Naprzód Hospital Sp. z o.o., jest podmiotem leczniczym, co miałyby przesądzać o możliwości skorzystania ze zwolnienia podatkowego na art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, potwierdzonym wyjaśnieniami z 29 lipca 2021 r., usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego, będzie wykonywać członek Konsorcjum - Servizi Ospedaliari S.p.A, który nie jest podmiotem leczniczym. Z powyższego wynika, że spółka Naprzód Hospital nie będzie świadczyć usług objętych zwolnieniem z podatku VAT w ramach działalności leczniczej (ani usług podstawowych, ani usług ściśle z nimi związanych).

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że fakt uczestnictwa w Konsorcjum podmiotu leczniczego (nawet jeśli jest on liderem tego Konsorcjum) pozwala powołać się na zwolnienie z podatku VAT, niezależnie od faktu, jaki podmiot będzie rzeczywiście świadczył usługi ściśle związane z usługami medycznymi. Przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby do zaakceptowania pozorności funkcji podmiotu leczniczego w Konsorcjum, ukierunkowanej jedynie na uzyskanie zwolnienia z podatku VAT. Nie można - zdaniem Izby - aprobować sytuacji, w której faktyczny wykonawca usług nie spełnia podmiotowych przesłanek uzyskania zwolnienia, jednak sam fakt uczestnictwa w Konsorcjum podmiotu leczniczego, niewykonującego jednak w tej sprawie usług podlegających zwolnieniu, spowoduje zwolnienie tych usług z podatku VAT (mimo że rola podmiotu leczniczego ograniczać się będzie de facto do wystawienia faktury VAT).

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie,

że: nawet jeżeli Odwołujący chciałby rozważać refakturowanie usług - choć byłoby to w ocenie Zamawiającego ze wszech miar nieuzasadnione - to refakturowałby usługę niepodlegającą zwolnieniu, a wykonaną przez Servizi Ospedaliari S.p.A. Warto wskazać, że przy refakturowaniu „podmiot refakturowujący usługę świadczy tę usługę nawet wówczas, gdy nie jest podmiotem uprawnionym do świadczenia danych usług i że refakturowanie dla podatku od towarów i usług nie jest zwrotem kosztów, a właśnie świadczeniem usług. Warunkiem stosowania refaktury jest między innymi to, że usługa powinna mieć niezmienny charakter i powinna być zastosowana ta sama stawka lub zwolnienie od podatku, które były określone na fakturze wystawionej przez sprzedawcę”. [Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 listopada 2014 r. III SA/GI 879/14]. Warto jednocześnie wskazać, że pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym istniałby bezpośredni stosunek prawny, a zatem jakiegokolwiek refakturowanie usług nie mogłoby mieć miejsca, skoro czynności były wykonywane bezpośrednio przez Servizi Ospedaliari S.p.A na rzecz Zamawiającego. Refaktura zatem byłaby w tym wypadku jedynie dla pozorów celem uzyskania zwolnienia z podatku VAT.

Wskazać również należy, że możliwość skorzystania ze zwolnienia podatkowego w analogicznych okolicznościach faktycznych została negatywnie oceniona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 4 października 2021 r. (sygn. akt KIO 2709/21). Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu tego wyroku i przyjmuje je za własne.

Niezależnie od powyższego, dostrzeżenia wymaga regulacja art. 43 ust. 17 ustawy o VAT, który stanowi, że zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18, 18a, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a, 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, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a lub 2) ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia. W ocenie Izby Odwołujący nie mógłby skorzystać ze zwolnienia z podatku VAT z uwagi na okoliczności wskazane w punkcie 2 ww. przepisu. Za cel tego przepisu należy uznać zapobieganie nadużywaniu korzystania ze zwolnienia z podatku VAT w celu zapewnienia sobie dodatkowego dochodu, poprzez uzyskiwanie przewagi

konkurencyjnej. Ubieganie się o udzielenie zamówienia obejmującego usługi pomocnicze, nawet jeśli jednym z wykonawców jest podmiot leczniczy, ukierunkowane jest na osiągnięcie dodatkowego dochodu. Chodzi tu bowiem o świadczenie usług dekontaminacji sprzętu właśnie w celu osiągnięcia dodatkowego dochodu, nie zaś o ich wykonywanie pomocniczo, przy wykonywaniu usług podstawowych i w celu ich prawidłowej realizacji. Jednocześnie skorzystanie ze zwolnienia dawałoby wykonawcy przewagę nad innymi podmiotami, którzy ze zwolnienia nie korzystają, a z którymi wykonawca rywalizuje w warunkach konkurencji rynkowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, było zasadne.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: