Sygn. akt: KIO 44/22

WYROK

z dnia 26 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Medicare Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WPU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Gietkowska 10, 10-170 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie, ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum

firm w składzie:

1. DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żytnia 15/23,

01-014 Warszawa, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

ul. Jesionowej 9A, 40-159 Katowice, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica, 7 MG Spółka z Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica,

2. Izan + Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Medicare Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WPU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Gietkowska 10, 10-170 Olsztyn i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 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.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie, ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji oddziałów szpitalnych i innych komórek Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie oraz transportu wewnątrzszpitalnego" wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Medicare Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WPU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Gietkowska 10, 10-170 Olsztyn (dalej „odwołujący") złożyli odwołanie wobec:

1. odrzucenia oferty odwołującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawiera błąd w obliczeniu ceny i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

2. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia - konsorcjum firm w składzie: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jesionowej 9A, 40-159 Katowice, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, Partner Medica Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica (dalej „konsorcjum DGP") w sytuacji, gdy oferta ta nie jest najkorzystniejsza i zawiera błąd w obliczeniu ceny,

3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum DGP w sytuacji, gdy oferta tego

konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny,

4. zaniechania wezwania konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień.

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

1. art. 16 pkt 1 i 2, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz w sposób nieprzejrzysty, poprzez brak wskazania właściwej stawki podatku VAT, poprzez brak należytego przedstawienia motywów decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

2. art. 226 ust. 1 pkt 10, poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz wadliwe i błędne przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta ta jest prawidłowa,

3. art. 226 ust. 1 pkt 10, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DGP w sytuacji, gdy oferta tego konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny,

4. art. 239 ust. 1 i 2, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż jest ona najkorzystniejsza,

5. art. 255 pkt 2, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania,

6. art. 224 ust. 1, poprzez zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części

składowych oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w części II zamówienia, która jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum DGP,

3. odrzucenia oferty konsorcjum DGP,

ewentualnie

4. wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania zwolnienia podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty brutto,

5. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

6. dokonania badania i oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny dla części II

zamówienia,

7. dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu
ewentualnie

8. unieważnienia postępowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że argumentacja zamawiającego uzasadniająca odrzucenie oferty odwołującego jest chybiona zwłaszcza, że w zasadzie zamawiający odwołuje się do ustawy o podatku od towarów i usług, a nie ustawy Pzp.

Stwierdził, że z ukształtowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Najwyższego wynika, iż błędem jest zastosowanie błędnej stawki podatku VAT w sytuacji, gdy zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem prawidłowo ustalonego VAT, a nie w sytuacji, gdy wykonawca zastosował stawki wskazane przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania podstaw

do zastosowania konkretnej stawki podatku w ofercie wykonawcy.

Stwierdził także, że przepisy prawa podatkowego przemawiają za przyjęciem tezy, iż ustalenie wysokości podatku od towarów i usług obejmujące także wybór stawki czy skorzystanie ze zwolnienia należy wyłącznie do wykonawcy, ponieważ art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2021 poz. 685 ze zm.), podatnicy oraz inne podmioty wystawiające faktury są obowiązani, bez wezwania naczelnika urzędu skarbowego, do obliczania i wpłacania podatku w ustalonych terminach na rachunek urzędu skarbowego - jeśli chodzi o stawkę podatku to do jej zastosowania, naliczenia i odprowadzenia są zobowiązani sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karno-skarbową włącznie).

Podkreślił odrębność zobowiązań podatkowych od treści stosunków cywilnoprawnych - przy ustalaniu ceny ofertowej nie ma miejsca stosowanie przepisów podatkowych w znaczeniu obliczenia wysokości zobowiązania podatkowego, to wykonawca zobowiązany jest więc do zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT w wystawionej fakturze.

Uwzględniając cywilistyczny charakter oferty, a tym samym i wskazanej w niej ceny obejmującej podatek od towarów i usług - wywodził odwołujący - zamawiający nie ma obowiązku weryfikacji przesłanek upoważniających do zastosowania zwolnienia

podatkowego w złożonej ofercie, ponieważ byłoby to przypisanie podmiotom prowadzącym postępowania o udzielenie zamówienie publicznego kompetencji przysługujących wyłącznie organom podatkowym.

Wskazał, że regulacje Kodeksu cywilnego znajdujące zastosowanie do umów o zamówienia publiczne nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia błędów o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Uzupełnił, że umowa cywilnoprawna nawet nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona nie jest dotknięta w tym zakresie sankcją nieważności.

Wskazał, że zamawiający, podając w zawiadomieniu z 28 grudnia 2021 r., że: „nie

wskazuje jednak przy tym, aby w ramach świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości występowały czynności pomocnicze przy pacjencie.” jest niekonsekwentny i popada w sprzeczność, ponieważ SWZ wskazuje coś innego.

Stwierdził, że przedmiot zamówienia obejmuje konglomerat różnorodnych świadczeń, które mają być wykonywane w pomieszczeniach i budynkach zamawiającego o różnej

specyfice i przeznaczeniu, co zamawiający zaakcentował poprzez podział zamówienia na dwie części. Podał, że usługi objęte przetargiem (m.in. zbieranie naczyń z sal chorych, mycie ręczne, mycie w zmywarkach, wyparzanie lub naświetlanie w kuchenkach oddziałowych naczyń po posiłkach; mycie i dezynfekcja basenów, misek do mycia chorych z wykorzystaniem urządzeń myjący lub ręcznie; rozebranie łóżek z pościeli po wypisie chorego, dezynfekcja pokrowców na materace, dezynfekcja i mycie łóżka wraz ze stolikiem, następnie przygotowanie łóżka do przyjęcia pacjenta - ubranie w czystą pościel; w sytuacjach awaryjnych osoba sprzątająca może być wykorzystana jako łącznik pomiędzy oddziałem a laboratorium, oddziałem a RTG; czynności typu wyniesienie basenu, kaczki, nerki itp. leży po stronie personelu pielęgniarskiego zamiennie z personelem wykonawcy; mycie obuwia zespołu operacyjnego oraz rejonów na obuwie - Opis przedmiotu zamówienia część I) wpisują się w pojęcia usług z zakresu opieki medycznej i usług ściśle z nimi związanych, stąd za niewłaściwą należy uznać konkluzję, iż nie mogą one zostać objęte zwolnieniem, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług.

W ocenie odwołującego wyszczególnione usługi objęte zamówieniem mieszczą się w definicji tzw. usług ściśle związanych z usługami opieki medycznej, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług i które na mocy powołanych przepisów są objęte zwolnieniem z podatku VAT.

Oświadczył, że członek konsorcjum - Medicare Services Sp. z o.o. w Olsztynie, dedykowany do realizacji usług w „części medycznej” posiada status podmiotu leczniczego, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług, co nie wyłącza możliwości powoływania się przez ten podmiot na wykładnię art. 43 ust. 1 pkt 18a w/w ustawy z uwagi na identyczne brzmienie wskazanych w przepisów w części, w jakiej regulują

one zakres przedmiotowy zwolnienia z VAT.

Stanął na stanowisku, że zwolnienie ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, a prawidłowość zastosowanego zwolnienia należy badać w oparciu o cechy indywidualne wykonawcy, zaś zamawiający nie ma kompetencji w tym zakresie.

Powołał się na wykładnię interpretację ogólną Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622: „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 (...). 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 sanitarnoepidemiologicznego 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."

Uzupełnił, że zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego 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).

Podniósł, że wskazane w interpretacji ogólnej oraz wyroku NSA usługi ściśle związane z usługami opieki medycznej mają jedynie charakter poglądowy i nie stanowią zamkniętego katalogu tego rodzaju czynności.

Na powyższych podstawach uznał, że uzasadniona jest kwalifikacja, jakiej dokonał odwołujący, który stosuje zwolnienie do usług obejmujących wszystkie czynności mieszczące się w szeroko pojętym procesie opieki świadczonej na rzecz pacjenta, a nie tylko tzw. czynności przy pacjencie, czyli takie, których wykonywanie następuje w obecności pacjenta i go bezpośrednio dotyka.

Podkreślił, że poszczególne czynności wykonywane przez personel odwołującego stanowią element jednej złożonej usługi w procesie opieki nad pacjentem - w ramach zapewnienia szpitalowi kompleksowego wsparcia w codziennej pracy na oddziałach szpitalnych (stanowią one szereg złożonych czynności). Oświadczył, że personel odwołującego w praktyce wchodzi w skład zespołów zajmujących się opieką nad pacjentem, jego praca odbywa się zgodnie z wytycznymi i procedurami określonymi przez szpital, pod nadzorem osób koordynujących realizację tych czynności w szpitalu wobec czego brak jest podstaw do postawienia tezy, iż czynności te nie są w związku z celem jakim jest opieka nad hospitalizowanym pacjentem. Wskazał, że czynności współpielęgnacyjne mieszczą się w pojęciu świadczenia zdrowotnego, zdefiniowanego w art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

Podał, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE") w swoich orzeczeniach wskazuje, że pojęcia: „opieka medyczna" i „działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną" należy interpretować w ten sam sposób w obu przypadkach, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień z opodatkowania świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu, które służą diagnozie, opiece oraz w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Z orzecznictwa TSUE wynika - kontynuował odwołujący - że usługi związane z diagnozą, opieką oraz w miarę możliwości, leczeniem chorób lub zaburzeń zdrowia nie muszą wiązać się z kontaktem z pacjentem; pojęcie „działalności ściśle związanej" z opieką szpitalną i medyczną nie ogranicza się wyłącznie do świadczeń na rzecz samego chorego, lecz obejmuje wszystkie świadczenia, które pozostają w ścisłym związku z hospitalizacją chorego oraz świadczoną mu opieką medyczną; o ile świadczenia opieki medycznej powinny mieć cel terapeutyczny, to jednak zgodnie z orzecznictwem niekoniecznie należy nadawać mu wąskie znaczenie, nie ma przy tym znaczenia czy świadczenia takie są wykonywane przez personel, który stanowi wykwalifikowany personel medyczny, czy też nie, ponieważ nie jest konieczne, aby każdy aspekt opieki terapeutycznej wykonywany był przez personel medyczny. Podniósł, że choć salowa, sanitariusz czy sprzątaczka współpracujący z personelem medycznym podczas

opieki nad pacjentem nie mają uprawnień medycznych, ale wykonują czynności zgodnie z uzgodnieniami ze szpitalem oraz konkretnymi wskazówkami personelu medycznego.

Zaznaczył, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 maja 2002 r., sygn. akt: III R I66/01, wskazał, że podział jednorodnej, kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką podatku od towarów i usług. Uznał, że w niniejszej sprawie ma się do czynienia z usługą jednorodną.

Podsumował, że usługi świadczone przez Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie będącą podmiotem leczniczym, w takim zakresie, w jakim ich zakres przedmiotowy odpowiadał czynnościom wskazanym przez Ministra Finansów w treści cyt. interpretacji ogólnej podlegają zwolnieniu z opodatkowania podatkiem VAT toteż był uprawniony do przyjęcia przez siebie sposobu opodatkowania zaoferowanych usług.

Podniósł, że ani formularz ofertowy, ani formularz cenowy nie wskazują stawki podatku VAT, zamawiający w żadnym miejscu nie sprecyzował stawek podatku VAT, nie zawarł w tym zakresie żadnych wiążących wytycznych co do wysokości stawki podatku VAT.

Stwierdził, że zdaje mu się, że według zamawiającego zastosowana stawka powinna być na poziomie 23%.

Podniósł, że jeżeli informacje zawarte w treści oferty wzbudzają wątpliwości zamawiającego odnośnie tego, czy przyjęta w ofercie stawka VAT jest prawidłowa, to zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie - jeżeli wykonawca w odpowiedzi wskaże uzasadnienie zastosowania przyjętej stawki VAT, które będzie zgodne z przepisami podatkowymi, to należy uznać, że oferta w tym zakresie nie posiada błędów w obliczeniu ceny. W ocenie dowołującego w przypadku, gdy odwołujący w wyjaśnieniu wykazał, że została zastosowana prawidłowa stawka podatku VAT zamawiający winien kontynuować postępowanie z jego udziałem, a nie odrzucać jego ofertę.

Uznał, że o tym, że przedmiotowa usługa nie jest jednorodna świadczy chociażby fakt, że zamawiający podzielił zamówienie na dwie części - skoro zamawiający przyznaje pośrednio, że zamawiana usługa nie jest kompleksowa, to powinien wskazać stosunek poszczególnych części.

Podniósł, że TSUE wielokrotnie podkreślał konieczność uznawania każdego świadczenia za co do zasady odrębne i niezależne (wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Part Service Srl; wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs & Excise) oraz, że niewystarczający dla uznania danego świadczenia za kompleksowe jest jedynie związek poszczególnych usług wchodzących w jego skład ze sobą.

Podał, że zgodnie z orzecznictwem TSUE z odrębnymi usługami ma się do czynienia wtedy, gdy różne elementy danej usługi jedynie przyczyniają się do lepszego skorzystania ze

świadczenia głównego, ale nie są warunkiem koniecznym do wykonania usługi wiodącej, a

co za tym idzie, za odrębne należy uznać takie świadczenia, których połączenie miałoby jedynie sztuczny charakter oraz te, których „rozdzielenie" pozostaje bez wpływu na charakter każdego z nich; jeśli usługi mogą być rozdzielone bez uszczerbku dla każdej z nic to nie można uznać, że stanowią jedno świadczenie kompleksowe. Istotą świadczeń kompleksowych jest istnienie dwóch lub więcej świadczeń, z których jedno (lub więcej) ma charakter świadczenia głównego, zaś jedno (lub więcej) ma charakter świadczenia pomocniczego, które przyczynia się do możliwości skorzystania ze świadczenia głównego, względnie do możliwości lepszego skorzystania ze świadczenia głównego, a jego nabycie nie jest dla nabywcy celem samym w sobie. W przypadku usług kompleksowych zawsze muszą one obejmować usługi główne oraz usługi pomocnicze, dodatkowe, przy czym z punktu widzenia nabywcy, usługi dodatkowe nie mogą stanowić celu samego w sobie, a jedynie są narzędziem, środkiem umożliwiającym jak najlepsze wykorzystanie usługi zasadniczej.

W ocenie odwołującego z treści dokumentów postępowania wynika, iż przedmiot zamówienia ma charakter złożony i nie jest ograniczony do samego sprzątania. Uzupełnił, że sam zamawiający w zawiadomieniu z dnia 28 grudnia 2021 r. wskazał: „Istotnie wśród szerokiego wachlarza czynność stricte porządkowo-czystościowych może hipotetycznie wystąpić konieczność realizacji pojedynczych, dodatkowych zadań z zakresu bezpośredniej obsługi pacjentów i udzielania pomocy przy ich pielęgnacji".

Wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca zobowiązany będzie również, m.in. do rozbierania łóżek z pościeli po wypisie chorego, dezynfekcji pokrowców na materace, dezynfekcji i mycia łóżek, przygotowania łóżek do przyjęcia pacjentów, a w sytuacjach awaryjnych - nagłych osoba sprzątająca może być wykorzystana jako łącznik pomiędzy oddziałem a laboratorium, oddziałem a RTG, oraz czynności typu

wyniesienie basenu, kaczki, nerki itp. (to leży po stronie personelu pielęgniarskiego, zamiennie z personelem wykonawcy), mycie obuwia zespołu operacyjnego oraz rejonów na obuwie, co - wedle odwołującego - oznacza, że nie można uznać, że do zadań wyłonionego wykonawcy należeć będzie wyłącznie wykonanie usługi utrzymania czystości i porządku w szpitalu, ponieważ choćby mycie obuwia zespołu operacyjnego wykracza poza zakres sprzątania szpitala.

Przyznał, że żądanie od wykonawcy wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1

ustawy Pzp co do zasady stanowi prawo zamawiającego, jednak zamawiający obowiązany

jest do przeprowadzenia postępowania (w tym oceny złożonych ofert) w sposób rzetelny, co oznacza, iż za każdym razem, gdy treść złożonej oferty będzie budziła wątpliwości np. co do zgodności oferty z warunkami zamówienia lub prawidłowości wyliczenia ceny, zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, które zamawiający powinien ocenić.

Podniósł, że skoro zamawiający jest pewny, że stawka 23% jest prawidłowa, a wyjaśnienia odwołującego dotyczące zastosowania przez niego zwolnienia opierają się na niewłaściwej podstawie prawnej, to dlaczego nie wskazał wprost właściwej stawki podatku VAT; wszak o porównywalności ofert można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie reguły te - za sprawą zamawiającego - zostały zachwiane.

Zauważył, że poszczególni wykonawcy zastosowali odmienne stawki podatku VAT (konsorcjum Izan + sp. z o.o. w Krakowie zastosowało stawkę dla części I - 23%, a dla części II - 23% i ZW; konsorcjum Fudeko S.A. w Gdyni - odpowiednio - 23% i ZW oraz 23%; konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o. o. w Warszawie - odpowiednio - 23% oraz 23% i ZW; a odwołujący konsorcjum Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie - odpowiednio 23% i ZW oraz 23% i ZW). Uzupełnił, że każdy z wykonawców zastosował przy tym różne proporcje stosunku zwolnienia do stawki podstawowej.

Podniósł, że zamawiający przeszedł nad tym do porządku dziennego pomimo, że takie wybiórcze podejście jest niedopuszczalne. Podkreślił, że wybrany wykonawca również posłużył się zwolnieniem z VAT - w części II zamówienia choć - zdaniem odwołującego - część II - transport wewnątrzszpitalny wydaje się bardziej jednorodna niż część I - świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji.

Stwierdził, że zamawiający, odrzucając jego ofertę skupił się na części I zamówienia, podczas gdy cześć II zamówienia również została objęta przez wykonawców zwolnieniem. Podał, że jedynie konsorcjum Fudeko nie zastosowało zwolnienia i posłużyło się stawką podstawową, co jednak nie powoduje, iż nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny.

Wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że nie jest prawdą, że wykonawca zawsze ma prawo zastosować stawkę VAT 23%, zaś możliwość zastosowania stawki obniżonej to uprawnienie, a nie a obowiązek wykonawcy.

Zauważył, że również część II zamówienia nie jest jednorodna, ponieważ obejmuje m.in. dostarczanie posiłków, leków, sterylnych zestawów medycznych, sprzętu medycznego, bielizny szpitalne, ale i przekazywanie sprzętów do sterylizacji, bielizny, ekspedycję odpadów komunalnych i medycznych, przewożenie zmarłych, pomoc w transporcie chorych, odbieranie odpadów medycznych.

Stwierdził, że zamawiający nie odniósł się do tej kwestii w zawiadomieniu z 28 grudnia 2021 r., gdy tymczasem błąd w cenie oznacza nie tylko posłużenie się stawką niższą, ale równie stawką wyższą - takie postępowanie zamawiającego narusza zasadę równości i konkurencyjności wobec wykonawców.

Podkreślił, że posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia wobec czego nie ma znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert.

Stanął na stanowisku, że zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych motywów odrzucenia oferty odwołującego, a nadto wykazał się niekonsekwencją - z jednej bowiem strony wybrał ofertę konsorcjum DGP, która w części II wskazuje na 23% stawkę podatku VAT i zwolnienie, a z drugiej strony, odrzucając ofertę konsorcjum Fudeko nie zarzucił, iż oferta dotycząca części II zamówienia zawiera błąd w obliczeniu ceny, tj. wskazuje błędną 23% stawkę podatku VAT. Uzupełnił, że nie może być tak, że obie oferty w tym zakresie są poprawne.

Podniósł, że dopuszczenie do oceny oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty konsorcjum DGP, która również zawiera błąd w obliczeniu ceny narusza art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zamawiający zobowiązany jest w sposób rzetelny i szczegółowy uzasadniać czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy mieli możliwości prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania czy uzasadnienia okoliczności faktycznych i prawnych; wyłącznie po poinformowaniu oferenta o motywach wyeliminowania go z postępowania o udzielenie zamówienia może on nabrać przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.

Oświadczył, że w przedmiotowej spawie zamawiający wykazuje się niekonsekwencją -odwołujący jeszcze rok temu świadczył na rzecz zamawiającego tożsame usługi

- w niezmienionym stanie prawnym i faktycznym - ze zwolnieniem z VAT.

Gdyby przyjąć założenie zamawiającego o właściwej 23% stawce VAT, to - stwierdził odwołujący - oferta wybranego wykonawcy również zawiera błąd w obliczeniu ceny wynikający z przyjęcia błędnej stawki podatku VAT, a właściwie zwolnienia.

W kontekście ewentualnego unieważnienia postępowania wskazał, że skoro według zamawiającego jego celem jest nabycie jednego kompleksowego świadczenia - sprzątania i transportu, to należy przyjąć jednolitą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, gdy tymczasem żaden z wykonawców nie przyjął jednolitej stawki, co w konsekwencji oznacza, że każdy popełnił błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty, co uprawnia do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Oświadczył, że jest wykonawcą, który przed rokiem wykonywał na rzecz zamawiającego tożsamą usługę przez co zna specyfikę wymagań zamawiającego oraz możliwości zatrudnienia, posiada tym samym wiedzę i doświadczenie w zakresie realnych kosztów oraz poziomu cen jednostkowych, możliwego do uzyskania dofinansowania, które mają fundamentalny wpływ na faktyczne wynagrodzenie wykonawcy.

Podał, że oferta konsorcjum DGP w części II opiewa na kwotę brutto 591 703,20 zł brutto, w tym podatek Vat w wysokości 133 03,20 zł oraz zadeklarowało, że do realizacji przedmiotu zamówienia wyznaczy 8 osób (liczba osób zatrudnionych do realizacji przedmiotu zamówienia na umowę o pracę - etat, praca w maksymalnym wymiarze czasu dopuszczonym prawem pracy).

Z powyższego - według odwołującego - wynika, że konsorcjum DGP zamierza zrealizować II część zamówienia za miesięcznym wynagrodzeniem netto 24 100,00 zł, zatrudniając przy tym 8 osób/etatów.

Wskazał, że składając ofertę w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli stosować Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r., zgodnie z którym wynagrodzenie minimalne w 2022 roku musi wynosić nie mniej niż 3 010,00 zł.

Oświadczył, że uwzględniając koszty pracodawcy oznacza to koszt 3 626,46 plus 26 dni urlopu wypoczynkowego to 4 000,62 zł; łączna kwota wynagrodzeń 8 osób daje miesięczne koszty wynagrodzeń w kwocie 32 004,95.

Uznał, że z tego tylko powodu zamawiający zobowiązany był żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stanął na stanowisku, że cena ofertowa może być wytłumaczona przez wybranego wykonawcę otrzymywanym dofinansowania do wynagrodzenia pracowników

niepełnosprawnych, podnosząc, że w takim przypadku otrzymywane dofinansowania powinno być w kwocie przewyższającej 1000 zł na etat (osoby z niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym) oraz, że osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku, w konsekwencji czego, uwzględniając urlop wypoczynkowy w ilości 36 dni w roku, musi nastąpić zmiana kosztu wynagrodzenia pracowników - nie mniej niż 4 144,53 zł / miesiąc.

Podkreślił, że koszty osobowe nie są jedynymi, które pracodawca zobowiązany jest

ponieść - zatrudniając 8 osób, posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, trudno nie uwzględnić absencji chorobowych.

Wskazał, że w Opisie przedmiotu zamówienia cześć II zamawiający wskazał na inne koszty, które należy uwzględnić w kalkulacji: dzierżawa pomieszczenia gospodarczego (miesięcznie 500 zł brutto), adaptacja miejsc z przeznaczeniem na szatnie dla pracowników wykonawcy (umeblowanie, drobne prace remontowe), wyposażenie pomieszczeń w szafki odzieżowe z przeznaczeniem dla pracowników, dysponowanie wózkami transportowymi, zapewnienie środków transportu wewnętrznego na terenie szpitala do realizacji transportu z apteki, magazynu, między oddziałami i pozostałymi komórkami, odzież ochronna, odzież robocza, identyfikatory ze znakiem firmowym wykonawcy, utrzymanie w bieżącej czystości: wózków transportowych, kontenerów transportowych, komory chłodniczej do przechowywania odpadów medycznych oraz boksu do selektywnej zbiórki odpadów, środki myjące i dezynfekcyjne.

Uzupełnił, że realizacja przedmiotu zamówienia wymaga także minimalnego nadzoru i kontroli co stanowi kolejną pozycję kosztową, której nie sposób pominąć.

Uznał, że uwzględniając koszty zatrudnienia, koszty najmu pomieszczeń, eksploatacji pojazdu, środków ochrony osobistej, środki czystości i dezynfekcyjne, koszty nadzoru i zysk nie sposób zrealizować przedmiotu zamówienia za kwotę zaoferowaną przez konsorcjum DGP.

W ocenie odwołującego jego wyliczenie kwoty przypadającej na 1 etat zadeklarowanego pracownika powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, a w konsekwencji spowodować skierowanie wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

potwierdzonej przez zamawiającego „za zgodność z oryginałem” w sprawie o sygn. akt KIO 3116/21 (przekazanej przy piśmie z dnia 28 października 2021 r.) oraz przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 14 stycznia 2022 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 20 stycznia 2022 r., złożonego przez odwołującego w toku rozprawy wyliczenia kosztów miesięcznego świadczenia usług w części II zamówienia, złożonych przez przystępujące konsorcjum DGP - pisma zamawiającego do DGP Clean Partner Sp. z o.o. z 2 marca 2021 r., będącego odpowiedzią na wniosek wskazanego wykonawcy z 23 lutego 2021 r. dotyczącego informacji o umowach 63/2020 i 62/2020, faktur wystawionych przez odwołującego zamawiającemu nr FS/000022/2020,

FS/000023/2020, FS/000002/2021, FS/000003/2021, FS/000008/2021, FS/000007/2021, SIWZ postępowania zamawiającego 19/ZP/2020, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego konsorcjum DGP, zaprezentowanych na rozprawie 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 Pzp (posiada legitymację do wniesienia odwołania), czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Zgodnie ze wskazaniem odwołującego skład orzekający Izby przyjął, iż zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień istotnych części składowych oferty konsorcjum DGP dotyczył wyłącznie części II zamówienia, w odniesieniu do zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego oraz zaniechania należytego przedstawienia motywów decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, ze względu na odrzucenie oferty odwołującego wyłącznie w części I zamówienia oraz uwzględniając nie tylko petitum odwołania, ale także jego uzasadnienie, przyjął, że dotyczy części I zamówienia.

W pozostałym zakresie, uwzględniając nie tylko petitum odwołania, ale także jego uzasadnienie, skład orzekający Izby przyjął, że dotyczą obu części zamówienia.

Zarzut pierwszy - zaniechania wskazania przez zamawiającego właściwej stawki

podatku VAT jako spóźniony nie mógł zostać poddany ocenie składu orzekającego Izby co

do meritum.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 11 października 2021 r. pod numerem 2021/S/197-514149. W tym samym dniu, tj. 11 października 2021 r. zamawiający udostępnił na swojej stronie SWZ.

W toku postępowania wykonawcy składali liczne wnioski o wyjaśnienie treści SWZ (pisma z 12, 13, 18 20, 25 i 27 października 2021 r.), na które zamawiający udzielał odpowiedzi.

W toku postępowania złożono także, pismem z dnia 21 października 2021 r., odwołanie (odwołanie Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie) wobec treści SWZ, tj. wobec projektowanych postanowień umowy. Zamawiający, pismem z dnia 22 października 2021 r. dokonał modyfikacji SWZ w części dotyczącej projektowanych postanowień umownych.

Zgodnie z brzemieniem art. 515 ust. 2 pkt 1 „Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;"

Stwierdzić należy, że zgłoszony w odwołaniu z dnia 5 stycznia 2022 r. zarzut wobec treści SWZ, tj. zarzut zaniechania wskazania przez zamawiającego w SWZ właściwej stawki podatku VAT, jest spóźniony, ponieważ termin na jego zgłoszenie, uwzględniając dziesięciodniowy termin z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zaczął swój bieg 12 października 2021 r. i zakończył 22 października 2021 r.

Zgłoszenie ww. zarzutu dopiero 5 stycznia 2022 r. nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 515 ust. 2 ustawy Pzp, co przesądza o niedopuszczalności jego rozpoznania przez Izbę.

Zarzuty drugi i trzeci - niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie części I przedmiotu zamówienia, uzasadniając: „W złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały przez Państwa wskazane dwie stawki podatku VAT, w wysokości 23% i ZW. W związku z tym, Zamawiający zwraca się z prośbą o podanie przyczyny zastosowania różnych stawek podatku VAT, jakie zostały uwzględnione przy wyliczeniu przez Wykonawcę ceny oferty brutto."

Wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wysokością wskazanych przez poszczególnych wykonawców stawek (i zwolnień) zamawiający skierował do wszystkich pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w części I zamówienia (konsorcjum DGP i Izan+ zastosowało w części I zamówienia stawkę 23%, konsorcjum Fudeko zastosowało w części I, podobnie jak odwołujący, 23% oraz „zwolnienie").

Odwołujący udzielił, pismem z dnia 13 grudnia 2021 r., następującej odpowiedzi: „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, które zgodnie z podziałem przyjętym w specyfikacji cenowej zamówienia obejmują m.in.: (i) świadczenie usług polegających na kompleksowym, profesjonalnym utrzymaniu czystości w pomieszczeniach w Szpitalu Powiatowym w Złotowie oraz świadczenie usług kompleksowej pomocy w zakresie czynności gospodarczo- kuchennych w tym:

a) transport posiłków i dystrybucja (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 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.

Z załącznika nr 3 (OPZ) do SWZ - wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych i inne wytyczne, wynika, iż usługi określane jako kompleksowego sprzątania pomieszczeń w Szpitalu Powiatowym w Złotowie 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 i dystrybucją posiłków dla pacjentów, transportem bielizny czy też transportem leków z apteki 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). Dla potwierdzenia należy przytoczyć fragmenty Interpretacji ogólnej, w których Minister Rozwoju i Finansów uzasadnia celowość stosowania zwolnienia z VAT do czynności realizowanych na rzecz podmiotów leczniczych przez podmioty zewnętrzne oraz wprost wymienia czynności objęte zakresem zwolnienia. 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)”.

Interpretacja ogólna stanowi akt mający na celu zapewnienie jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, zaś przepisy Ordynacji podatkowej 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 ordynacji podatkowej, 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. Powyższą kwalifikację czynności stanowiących element procesu opieki medycznej, w tym czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu opiekuńczo- 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.

Biorąc po uwagę powyższe, w ocenie Wykonawcy treść złożonej oferty w zakresie zastosowanego w specyfikacji zwolnienia z VAT dla części usług realizowanych w Szpitalu Powiatowym w Złotowie jest prawidłowa.”

Pismem z dnia 14 grudnia 2021 r. zamawiający zawiadomił, iż uznaje zastrzeżenie informacji w piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r. za nieskuteczne.

Pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze zarówno w części i, jak i II zamówienia, oferty konsorcjum DGP oraz w szczególności o odrzuceniu oferty odwołującego, podając następujące uzasadnienie: „Wykonawca w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia w części I przedmiotu zamówienia zastosował dwie stawki podatku VAT, w wysokości 23% i ZW (usługa zwolniona z podatku VAT). W omawianym zakresie należy wskazać, iż w świetle art. 43 ust. 1 pkt 18 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.) zwalnia się od podatku 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. Z kolei wedle art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zwalnia się od podatku 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; Z uwagi na fakt, iż m.in. przepisy art. 43 ust. 1 pkt 18-18a ustawy o podatku od towarów i usług stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 132 ust. 1 lit. b i c) Dyrektywy 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej w orzecznictwie sądów administracyjnych przy wykładni tych przepisów znajdujemy odwołanie do ukształtowanego orzecznictwa TSUE (wcześniej ETS). Zgodnie z przywołanym przepisem dyrektywy zwolnieniu od podatku przez państwa członkowskie podlegają opieka szpitalna i medyczna oraz ściśle z nimi związane czynności podejmowane przez podmioty prawa publicznego lub na warunkach socjalnych porównywalnych do stosowanych w odniesieniu do instytucji prawa publicznego, przez szpitale, ośrodki medyczne i diagnostyczne oraz inne odpowiednio uznane placówki o podobnym charakterze, jak również świadczenie opieki medycznej w ramach zawodów medycznych i paramedycznych, określonych przez zainteresowane państwo członkowskie. W orzecznictwie podkreśla się przede wszystkim, że pojęcia dotyczące zwolnień należy interpretować w sposób ścisły, ponieważ stanowią one odstępstwa od ogólnej zasady, w myśl której podatkiem VAT objęta jest każda usługa świadczona odpłatnie przez podatnika (m.in. wyrok w sprawie C-262/080). Konsekwencją takiej interpretacji było wskazanie przez Trybunał, że pojęcie "opieki medycznej" dotyczy świadczeń, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia (wyrok w sprawie C-106/05, pkt 27). Podobnie w sprawie C-76/99 ETS stwierdził, że dla rozstrzygania o objęciu czynności zwolnieniem należy uwzględniać cel czynności, jeżeli następuje to w związku z diagnozowaniem bądź terapią, świadczenie jest wolne z podatku jako czynność opieki medycznej bądź działalność jej towarzysząca. W wyroku w sprawie C-212/01 ETS

doprecyzował natomiast, że ze zwolnienia mogą korzystać również usługi medyczne realizowane w celach profilaktycznych. Ścisłe rozumienie celu opieki medycznej znalazło także swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów administracyjnych por. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 11 października 2011 r. sygn. I SA/Bk 286/11, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. I SA/Wr 247/12, WSA w Krakowie z 6 września 2016 r. sygn. akt I SA/Kr 829/16, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 28 sierpnia 2017 r. sygn. akt III SA/Gl 545/17.

Zamawiający pismem z dnia 08.12.2021 r. o sygnaturze SZP-ET/222/2021 wezwał wykonawcę w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie części I przedmiotu zamówienia w kwestii zastosowania dwóch odmiennych stawek podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty brutto. Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia wskazując (.) czynności, które miały uzasadnienie w zastosowaniu odmiennych stawek podatku VAT. Zdaniem Wykonawcy są to usługi polegające na kompleksowej pomocy w zakresie czynności gospodarczo-kuchennych w tym:

A) transport posiłków i dystrybucja (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 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.

Zdaniem Wykonawcy „tego rodzaju czynności oraz czynności związane z rozwożeniem i dystrybucją posiłków dla pacjentów, transportem bielizny czy też transportem leków z apteki 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".

Zamawiający nie zgadza się z powyższymi wyjaśnieniami Wykonawcy i odnosi się do wskazanych w wyjaśnieniach czynności:

Ad. a) Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dalej OPZ - „Wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych i inne wytyczne" Zamawiający wskazuje czynności polegające na: zbieraniu naczyń z sal chorych, mycie ręczne, mycie w zmywarkach, wyparzanie lub naświetlanie w kuchenkach oddziałowych naczyń po posiłkach (talerze, sztućce, pojemniki plastikowe, trojaki itp.). Utrzymanie bieżącej czystości w kuchniach oddziałowych, utrzymanie w czystości wózków do posiłków. Brak jest zatem wskazania czynności polegających na transporcie posiłków i dystrybucji (rozdzielanie porcji) posiłków zgodnie z dietami i wydawanie pacjentom.

Ad. b) Zgodnie z OPZ - „Wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych i inne wytyczne" Zamawiający wskazuje czynności polegające na:

- przygotowaniu brudnej bielizny do transportu, mycie i dezynfekcja brudowników;
- przekazaniu grupie transportowej do przewiezienia: brudnej bielizny, poduszek, koców do punktu pobierania i wydawania bielizny;
- zabezpieczeniu brudnej bielizny w workach oraz przekazaniu do brudnej windy

(szczegółowe czynności wykonywane w obrębie sal operacyjnych).

Wśród tych czynności nie ma zadania polegającego na przekazywaniu brudnej bielizny do pralni oraz kontroli zgodności dokumentacji z tym związanej.

Ad. c) Zgodnie z OPZ - „Wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych i inne wytyczne" Zamawiający nie wskazuje czynności polegających na transporcie leków, materiałów i środków higienicznych (np. pieluchomajtek) oraz dezynfekcyjnych w obrębie zakładu (np. z apteki lub magazynu). Są to czynności zastrzeżone dla transportu wewnątrzszpitalnego (w ramach odrębnego postępowania).

Ad. d) Zgodnie z OPZ - „Wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych i inne wytyczne" Zamawiający wskazuje również inne czynności związane z utrzymaniem czystości na oddziałach szpitalnych i w pozostałych komórkach nie wymienionych w OPZ, które powinny być wykonywane na wniosek oddziałowych, pielęgniarek dyżurnych bądź kierowników danych komórek.

Zamawiający nie wskazuje jednak przy tym, aby w ramach świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości występowały czynności pomocnicze przy pacjencie.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził brak podstaw do zastosowania stawki podatku VAT ZW (usługa zwolniona z podatku VAT). Wykonawca przyjął w ofercie stawkę nieprawidłową. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) dla części I stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątania i nie wymaga wykonywania żadnych innych usług, które co do zasady, wymagają zastosowania innej niż podstawowa stawka podatku VAT tj.: 23%.

Podkreślić trzeba, że do zadań wyłonionego w tym zakresie wykonawcy należeć będzie wykonanie kompleksowe usługi utrzymania czystości i porządku w Szpitalu. Tak bowiem należy zdefiniować zasadniczy i wiodący przedmiot zawieranej w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowy. Istotnie wśród szerokiego wachlarza czynność stricte porządkowo-czystościowych może wystąpić hipotetycznie konieczność realizacji pojedynczych, dodatkowych zadań z zakresu bezpośredniej obsługi pacjentów i udzielania pomocy przy ich pielęgnacji. Wskazane zadania w zestawieniu z całokształtem obowiązków wykonawcy jako strony tych umów mają jednak charakter akcesoryjny i jako takie nie podważają ich zasadniczego przedmiotu, uzupełniają główny charakter umowy, jakim bezspornie jest świadczenie usługi polegającej na kompleksowym utrzymaniu czystości i porządku w Szpitalu. Niewątpliwie utrzymanie czystości i porządku w szpitalach czy też innych placówkach służby zdrowia jest zadaniem, bez którego trudno sobie wyobrazić sprawne ich funkcjonowanie, czynności te nie mieszczą się jednak w żadnej mierze w zakresie pojęcia usług z zakresu ochrony zdrowia, a tym bardziej usług opieki medycznej, służącym profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. W tym miejscu należy podkreślić, iż pojęcia "opieka medyczna" i "działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)", należy interpretować w ten sam sposób w obu przypadkach, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień z opodatkowania świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Usługi z zakresu utrzymania czystości i porządku w szpitalach skierowane są między innymi na zapewnienie odpowiednich warunków porządkowych i sanitarnych dla realizacji procesu profilaktyki czy też leczenia pacjentów, który realizowany jest przez wyspecjalizowany personel medyczny szpitala, tj.

lekarze i pielęgniarki. w celu zachowania, ratowania, przywracania i poprawy zdrowia pacjentów. Usługi te jednak nie są elementem tego procesu, nie realizują go bezpośrednio i bezpośrednio nie wspomagają. Z uwagi na ten fakt nie przedstawiają bezpośredniego związku z procesem leczenia nad odbiorcami tych świadczeń. Realizowana przez wykonawcę usługa/świadczenie w zasadniczej części powiązana jest bezpośrednio z infrastrukturą, wyposażeniem placówek leczniczych, nie zaś z samymi ich pacjentami. Świadczenia wykonawcy (w zakresie dotyczącym kompleksowego utrzymania czystości i porządku w obsługiwanych placówkach służby zdrowia) nie stanowiły elementów tzw. współpielęgnacji pacjentów.

W konkluzji zauważyć zatem należy, że obowiązkiem wykonawcy jest świadczenie usług kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości na terenie Szpitala. Prawidłowe wykonywanie tej usługi z pewnością jest niezbędne do zapewnienia odpowiednich warunków sanitarnych dla wykonywania przez Szpital usługi w zakresie ochrony zdrowia jak i opieki medycznej. W tym miejscu należy zauważyć, iż realizacja tych usług w ramach placówki medycznej uzależniona jest nie tylko od stanu czystości pomieszczeń szpitalnych i jego wyposażenia, ale także szeregu innych usług np. niezakłóconych dostaw energii czy też

utrzymania na odpowiednim poziomie technicznym infrastruktury szpitalnej. Zlecanie podmiotom zewnętrznym usług z tego zakresu, także niewątpliwie powiązane jest pośrednio z ochroną zdrowia oraz opieką medyczną jednakże podobnie jak usługi, których zadaniem jest utrzymanie porządku i czystości na terenie szpitala nie są usługami z zakresu opieki medycznej skierowanymi wprost na pacjenta i nie służą bezpośrednio profilaktyce,

zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie jego zdrowia.

Zwolnienie z opodatkowania podatkiem od towarów i usług medycznych ma charakter przedmiotowo - podmiotowy. Oznacza to, że podlega im jedynie określony rodzaj usług wykonywanych w określonym celu przez określony krąg podmiotów. Ze zwolnienia korzystają wyłącznie usługi w zakresie opieki medycznej mające cel diagnostyczny lub

terapeutyczny (leczniczy), świadczone przez podmioty lecznicze, bądź na rzecz tych podmiotów na ich terenie (łącznie z dostawą towarów i świadczeniem usług ściśle z tymi usługami związanymi), jak też świadczone przez lekarzy i lekarzy dentystów, pielęgniarki i położne, osoby wykonujące inne zawody medyczne oraz psychologów w ramach wykonywania przez nich tych zawodów. Ponadto zwolnienie obejmuje świadczenie ww. usług, jeżeli zostały nabyte przez podatnika we własnym imieniu, ale na rzecz osoby trzeciej od wskazanych podmiotów, tj. zakładów opieki zdrowotnej oraz przedstawicieli zawodów medycznych. Zwolnieniem od podatku objęte są zatem świadczenia, które można wykonywać w ramach zawodów medycznych, ale tylko te, które służą określonemu celowi - ochronie zdrowia. Jeżeli usługi medyczne nie odpowiadają koncepcji medycznej, tzn. nie służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu ani poprawie zdrowia, podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Samo posiadanie przez określony podmiot stosownie do treści obowiązujących przepisów statusu podmiotu leczniczego nie może stanowić pretekstu do stosowania zwolnienia od opodatkowania podatkiem od towarów i usług w stosunku do usług, które nie spełniają ustawowych przesłanek przedmiotowych do zastosowania takiego zwolnienia.

Błędem w obliczeniu ceny jest nieprawidłowe określenie przez Wykonawcę stawki VAT. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny doszło poprzez błędne rozpoznanie stanu faktycznego przez Wykonawcę i przyjęcie nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, które nie znajdują uzasadnienia w SWZ. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 685 ze zm.): „Zwalnia się od podatku: (.) 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;"

Zgodnie zaś z 43 ust. 17a tejże ustawy: „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."

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego poświęcił wiele uwagi wyjaśnieniu sposobu rozumienia „usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia" oraz „usług ściśle z tymi usługami związanych", podkreślając konieczność ścisłego interpretowania przewidzianych prawem zwolnień podatkowych (ze względu na to, że stanowią „odstępstwo od ogólnej zasady"). Odniósł się także to katalogu czynności wskazanych w wyjaśnieniach odwołującego z 13 grudnia 2021 r., a uzasadniających - w ocenie udzielającego wyjaśnień odwołującego - zastosowanie w zakresie części I zamówienia „zwolnienia".

Nie można jednak stracić z pola widzenia, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podkreślił także, iż „Usługi z zakresu utrzymania czystości i porządku w szpitalach skierowane są między innymi na zapewnienie odpowiednich warunków porządkowych i sanitarnych dla realizacji procesu profilaktyki czy też leczenia pacjentów, który realizowany jest przez wyspecjalizowany personel medyczny szpitala,

tj. lekarzy i pielęgniarki w celu zachowania, ratowania, przywracania i poprawy zdrowia

pacjentów. Usługi te jednak nie są elementem tego procesu, nie realizują go bezpośrednio i bezpośrednio nie wspomagają. Z uwagi na ten fakt nie przedstawiają bezpośredniego związku z procesem leczenia nad odbiorcami tych świadczeń. Realizowana przez wykonawcę usługa/świadczenie w zasadniczej części powiązana jest bezpośrednio z infrastrukturą, wyposażeniem placówek leczniczych, nie zaś z samymi ich pacjentami."

Powyższe należy odnieść do przepisu art. 43 ust. 17a ustawy o VAT, tj. konieczności

ograniczenia zakresu zwolnienia z art. 18 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT jedynie do

przypadków, gdy usługi pomocnicze („usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej") są świadczone jednocześnie z usługami podstawowymi (usługami w zakresie

opieki medycznej).

Dobitniej wyraził to zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, wskazując: „usługi, których dotyczy postępowanie, nie są usługami medycznymi, ale usługami ściśle związanymi z medycznymi, zatem nie zachodzi żadna przesłanka do zastosowania zwolnienia z VAT, bowiem brak jest w tym przypadku wykonywania przez wykonawcę usługi podstawowej, czyli medycznej, z którą usługa pomocnicza mogłaby pozostawać w ścisłym związku. Przedmiot zamówienia udzielanego w ramach postępowania nie obejmuje świadczenia usług medycznych (usługi głównej), skoro zaś nie występuje świadczenie usługi głównej, to nie można mówić o świadczeniu usługi pomocniczej, która by pozostawała z usługą główną w ścisłym związku." (str.7 trzeci akapit). Podobne stanowisko prezentowało konsorcjum DGP zarówno w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu oraz na rozprawie.

Wynika to także z Interpretacji ogólnej Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. (Dziennik Urzędowy Ministra Rozwoju i Finansów z 9 stycznia 2018 r. poz. 5), na którą (tyle, że w innej części) powoływał się odwołujący w odwołaniu.

Zgodnie z nią: „Zakres powyższego zwolnienia jest ograniczony podmiotowo - stosownie bowiem 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."

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z powody błędu w obliczeniu ceny - z powodu obliczenia ceny z uwzględnieniem „zwolnienia", co w konsekwencji przesądza o niemożności wybory tej oferty jako najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty: niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej nie potwierdziły się.

Zarzut czwarty - zaniechania przedstawienia przez zamawiającego motywów decyzji

o odrzuceniu oferty odwołującego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia poczynione przez skład orzekający Izby w odniesieniu do zarzutu drugiego i trzeciego, przede wszystkim w zakresie treści zawiadomienia odwołującego o odrzuceniu jego ofert pozostają aktualne.

W odwołaniu odwołujący stwierdził, że „Zdaje się, że według zamawiającego zastosowana stawka powinna być na poziomie 23%." (str. 10 piąty akapit odwołania) oraz „W zasadzie zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych motywów odrzucenia oferty odwołującego. (str. 15 ostatni akapit odwołania).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem art. 534 ust. 1 oraz 535 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne." oraz „Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy."

Odwołujący nie zaprezentował żadnych dowodów, ani żadnej argumentacji na potwierdzenie tego, że zamawiający - w zawiadomieniu z dnia 28 grudnia 2021 r. - nie podał motywów decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, poprzestając na gołosłownym stwierdzeniu w tym zakresie oraz wskazaniu własnej wątpliwości co do tego, którą stawkę podatku VAT w części I zamawiający uznał za prawidłową, co - uwzględniając ww. przepisy

ustawy Pzp - obligowało skład orzekający Izby do uznania, że zarzut nie potwierdził się.

Uzupełniająco, za przystępującym konsorcjum DGP (stanowisko z rozprawy) dostrzec należy, że postawiony zarzut stoi w oczywistej sprzeczności z obszerną, adekwatną argumentacją zaprezentowana przez odwołującego w odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut piąty - zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum DGP w sytuacji, gdy jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Konsorcjum DGP w Formularzu cenowym dla części I zamówienia zastosowało stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Na okoliczność zastosowania stawki podstawowej zamawiający wezwał konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień. W wyjaśnieniach konsorcjum DGP wskazało m.in.: „Usługi podlegające zwolnieniu na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ww. ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2021 poz. 685) to wyłącznie usługi ściśle związane z usługami opieki medycznej, stanowiących usługi pomocnicze (uzupełniające) w stosunku do opieki medycznej. Dodatkowo warto zaznaczyć, iż zwolnienie jest dopuszczalna tylko w takim tylko przypadku, gdy usługi pomocnicze są świadczone przez tego wykonawcę wraz z usługą podstawową, co nie jest spełnione w przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach części 1. Warto w tym miejscu przytoczyć treść Interpretacji ogólnej PT1.8101.5.2017.PSG.622 (...). „

Odwołujący podnosił: „Gdyby przyjąć założenie zamawiającego o właściwej 23% stawce VAT, to - stwierdził odwołujący - oferta wybranego wykonawcy również zawiera błąd w obliczeniu ceny wynikający z przyjęcia błędnej stawki podatku VAT, a właściwie zwolnienia.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Z zawiadomienia zamawiającego z dnia 28 grudnia 2021 r. bez wątpienia płynie wniosek, iż zamawiający za prawidłową uznał w części I zamówienia stawkę w wysokości 23% - to właśnie taką stawkę wskazało w swoim Formularzu cenowym dla tej części zamówienia wybrane konsorcjum DGP.

Dodatkowo, ze względu na wskazanie, poza stawką w wysokości 23%, także „zwolnienia”, została odrzucona w części I oferta odwołującego.

Nie sposób nadto pominąć, że zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wskazał: „W toku badania i oceny oferty Zamawiający stwierdził brak podstaw do zastosowania stawki podatku VAT ZW (usługa zwolniona z podatku VAT). Wykonawca przyjął w ofercie stawkę nieprawidłową. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) dla części I stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątania i nie wymaga wykonywania żadnych innych usług, które co do zasady, wymagają zastosowania innej niż podstawowa stawka podatku VAT tj: 23%.” (str. 4 zawiadomienia z 28 grudnia 2021 r.)

Wskazana przez odwołującego okoliczność jakoby konsorcjum przyjęło „błędną stawkę podatku VAT, a właściwie zwolnienie” nie znajduje potwierdzenia w treści oferty konsorcjum DGP w zakresie części I zamówienia, wobec czego stwierdzić należy, że zarzut został oparty na okoliczności, która nie znajduje umocowania w treści oferty konsorcjum DGP i z tego względu nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu zaś do części II zamówienia stwierdzić należy, że z zawiadomienia zamawiającego z dnia 28 grudnia 2021 r. nie płynie wniosek, iżby zamawiający za właściwą uznał w części II zamówienia stawkę w wysokości 23%. Z uznania oferty konsorcjum DGP za najkorzystniejszą w części II zamówienia (gdzie konsorcjum wskazało stawkę w wysokości 23% oraz „zwolnienie”) płynie wniosek, że za prawidłową zamawiający dla części II zamówienia uznał właśnie „taką kombinację”.

Sam odwołujący nie wykazał, iż to stawka w wysokości 23% jest prawidłowa dla części II zamówienia, błędnie próbując traktować dwie odrębne części zamówienia ustanowione przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego (każda z tych części zamówienia mogła zostać „przyznana” innemu wykonawcy) jako jednorodną usługę, podlegająca tej samej stawce podatku VAT.

Uzupełniająco dostrzec należy, że sam odwołujący w Formularzu cenowym w zakresie części II zastosował, podobnie jak konsorcjum DGP, stawkę w wysokości 23% oraz „zwolnienie”.

W ocenie składu orzekającego Izby kwestią bez znaczenia w tym przypadku pozostaje ewentualne zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Fudeko (które wskazało wyłącznie stawkę w wysokości 23%), ponieważ brak reakcji zamawiającego w tym przypadku nie niósł zagrożenia uznania za najkorzystniejszą oferty tego wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum DGP w sytuacji, gdy jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny nie potwierdził się.

Zarzut szósty - zaniechania wezwania konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w części II zamówienia, która jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Formularzem cenowym dla części II zamówienia konsorcjum DGP zaoferowało cenę w wysokości 578 400 zł netto oraz 591 703,20 zł. Jako miesięczną cenę usługi w tej części konsorcjum podało 24 100 zł.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ponownie wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem art. 534 ust. 1 oraz 535 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” oraz „Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”

Odwołujący złożył wyliczenia własne oparte na konkretnych założeniach w szczególności co do tego, jakie osoby skieruje konsorcjum DGP do realizacji przedmiotu zamówienia - z jakim stopniem niepełnosprawności i innymi schorzeniami (od czego uzależniona jest wysokości dofinansowania z PFRON oraz uprawnienia urlopowe - 36 czy 26 dni), czy co do poziomu absencji chorobowej pracowników konsorcjum DGP, podając minimalne koszty miesięczne w wysokości 23 921,46 zł (przy miesięcznym koszcie z oferty konsorcjum DGP wynoszącym 24 000 zł).

W pierwszej kolejności podniesienia wymaga, że odwołujący do wyliczonych przez siebie miesięcznych kosztów (23 921,46 zł) przyrównał błędną, tj. zaniżoną o 100 zł wielkość z Formularza cenowego konsorcjum DGP (konsorcjum podało 24 100 zł, a nie 24 000 zł), co już podważa zasadność wniosku odwołującego o rażąco niskim poziomie istotnej części składowej przedmiotu zamówienia w ofercie konsorcjum DGP.

W dalszej kolejności wskazać należy, co potwierdził odwołujący w toku rozprawy, że powszechnie wiadomym jest korzystanie przez wykonawców przy realizacji usług jak w części II zamówienia z pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, z czym związane jest dofinansowanie dla wykonawcy z tytułu zatrudniania takich osób z PFRON.

Odwołujący przyznał na rozprawie, że wysokość dofinansowania jest wyższa w przypadku, gdy chodzi o osobę z umiarkowanym stopnień niepełnosprawności, u której dodatkowo występują „inne schorzenia specjalne” (wysokość takiego wyższego dofinansowania odwołujący przyjął w odniesieniu do 3 osób z 8 osób). Podważa to adekwatność wyliczeń odwołującego dla założeń, jakie mogło przyjąć, wyceniając wartość usług w części II, konsorcjum DGP, tym bardziej gdy różnica miesięcznego dofinansowania w odniesieniu do jednej osoby - posługując się wyliczeniami samego odwołującego - wynosi nawet 750 zł (1800 zł - 1050 zł).

Odwołujący nie wykazał także obowiązku uwzględniania przez wykonawcę przy liczeniu kosztów z tytułu absencji chorobowych, średniego poziomu (podawanego przez

ZUS) i to odnoszącego się do mężczyzn (zakładając zatem jednocześnie, nie wiadomo na jakiej podstawie, że konsorcjum DGP zatrudniać będzie w części II zamówienia wyłącznie mężczyzn).

Skład orzekający Izby pominął dowody (oznaczone nr 5-17) złożone na rozprawie przez przystępujące konsorcjum DGP, ponieważ zmierzały one do wykazania, że jego zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz zasadności zastrzeżenia informacji w nich ujętych, co - wobec braku wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień na okoliczność podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej i faktu, że zamawiający oferty przystępującego konsorcjum DGP nie odrzucił - było zbędne.

Biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenia co do poprawności, zasadności i adekwatności przyjętych przez odwołującego założeń oraz ciążący na odwołującym obowiązek udowodnienia, że u zamawiającego winny pojawić się wątpliwości co do istotnych części składowych ceny ofertowej konsorcjum BGP w części II zamówienia, skutkujące wezwaniem konsorcjum DGP do ich wyjaśnienia, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wezwania konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w części II zamówienia nie potwierdził się.

Zarzut siódmy - wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej - konsorcjum DGP

w sytuacji, gdy oferta ta nie jest najkorzystniejsza i zawiera błąd w obliczeniu ceny nie

potwierdził się.

W konsekwencji tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów wcześniejszych, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie zasługuje na uwzględnienie.

Skoro bowiem z jednej strony oferta odwołującego została zasadnie przez zamawiającego odrzucona, z drugiej strony odwołujący nie podważył prawidłowości oceny oferty konsorcjum DGP (oferty uznanej za najkorzystniejszą), uznać należało, że to właśnie oferta konsorcjum DGP jest najkorzystniejsza.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej - konsorcjum DGP nie potwierdził się.

Zarzut ósmy - zaniechania unieważnienia postępowania nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W części I zamówienia wykonawcy w swoich Formularzach cenowych wskazali:

1. konsorcjum Izan oraz konsorcjum DGP - stawkę w wysokości 23%,
2. odwołujący i konsorcjum Fudeko - stawkę w wysokości 23% i „zwolnienie”.

W części II zamówienia wykonawcy wskazali w swoich Formularzach cenowych wskazali:

1. konsorcjum Izan, odwołujący oraz konsorcjum DGP - stawkę w wysokości 23% i „zwolnienie”,
2. konsorcjum Fudeko - stawkę w wysokości 23%.

Odwołujący akcentował niekonsekwencję zamawiającego - „Z jednej bowiem strony wybrał ofertę konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, która w części II wskazuje na 23% stawkę podatku VAT i zwolnienie, a z drugiej strony, odrzucając ofertę konsorcjum Fudeko S.A. w Gdyni nie zarzucił, iż oferta dotycząca części II zamówienia

zawiera błąd w obliczeniu ceny, tj. wskazuje błędną 23% stawkę podatku VAT. Tymczasem nie może być tak, że obie oferty w tym zakresie są poprawne.” (str. 15 ostatni akapit odwołania).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 255 pkt 2 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu”

Odwołując się do przywołanych powyżej informacji z Formularzy cenowych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz do argumentu samego odwołującego, że „nie może być tak, że obie oferty w tym zakresie są poprawne”, skład orzekający Izby wskazuje, że konstatacja taka oznacza tyle tylko, iż w części I zamówienia odrzuceniu podlegać powinny albo oferty konsorcjum Izan oraz konsorcjum DGP, albo oferty odwołującego i konsorcjum Fudeko, zaś w części II zamówienia albo oferty konsorcjum Izan, odwołującego i konsorcjum DGP, albo konsorcjum Fudeko.

Powyższe, dla ustalenia liczby oferty poprawnych w części I i II zamówienia oznacza w dalszej konsekwencji, że w części I zamawiający dysponowałby 1, zaś w części II - 1 albo 3 poprawnymi ofertami.

Żaden ze wskazanych przypadków nie mógłby prowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp skoro zamawiający w każdym przypadku dysponuje co najmniej jedną, niepodlegająca odrzuceniu ofertą.

Za sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia, jednoznacznie wyodrębniającym dwie części zamówienia (możliwe do „przyznania” dwóm wykonawcom) skład orzekający Izby uznał stwierdzenie odwołującego, iż „według zamawiającego jego celem jest nabycie jednego kompleksowego świadczenia - sprzątania i transportu”, a wobec tego za nieadekwatny wniosek, że „należy przyjąć jednolitą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%” (str. 16 czwarty akapit odwołania).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania unieważnienia postępowania nie potwierdził się.

Wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów zgłoszonych w odwołaniu, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 i § 5 pkt 1) 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:.....