

WYROK

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant:

Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, Clar Serwis Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, „Solcom – Bayard” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Hospital System Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sulechowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Optima Care Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 3819/24

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sulechowie, dalej: *Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: *„ustawa Pzp”* postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Usługa kompleksowa sprzątnania, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego”, dalej: *„Postępowanie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2024 r. pod numerem 490089-2024.

W dniu 15 października 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, Clar Serwis Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, „Solcom – Bayard” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Hospital System Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej: *„Odwołujący”* wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 1 i art. 281 ust. 1 pkt

16 ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a w zw. z art. 43 ust. 17 i ust. 17a ustawy

o podatku od towarów i usług poprzez takie określenie sposobu obliczenia ceny (na skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 4 oraz nr 11 wykonawców, co zostało opublikowane dnia 09.10.2024 r.), który przewiduje, że nie wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia są opodatkowane podatkiem VAT, a korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług, podczas gdy:

a) zgodnie z art. 43 ust. 17a ustawy o podatku od towarów i usług, czynności pomocnicze przy pacjencie mogą być zwolnione od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust.

1 pkt 18a ustawy o VAT tylko wtedy, gdy wykonawca je świadczący wykonuje jednocześnie na rzecz zamawiającego usługi podstawowe w zakresie opieki medycznej służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia;

b) opis przedmiotu zamówienia nie przewiduje by wykonawca usług porządkowych miał wykonywać na rzecz

Zamawiającego usługę główną (w rozumieniu art. 43 ust. 1 pkt 18a

i ust. 17 i ust 17a ustawy o VAT) w postaci usługi medycznej służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia;

c) zgodnie z art. 43 ust. 17 ustawy o VAT 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.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ polegających na:

a) przyjęciu, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi jakkolwiek czynność objęta zwolnieniem od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a ustawy o VAT, zatem wykonawcy są zobowiązani do ceny ofertowej doliczyć jedynie podstawową stawkę podatku VAT (23%).

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający poczynając od dnia 09.10.2024 r. zaczął publikować swoje ostatnie odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ oraz informacje o zmianie SWZ. Lektura treści tychże czynności Zamawiającego skłoniła Odwołującego do jednoznacznego wniosku, że naruszają one przepisy ustawy Pzp oraz ustawy o podatku od towarów i usług.

Zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp SWZ zawiera sposób obliczenia ceny. Z przepisu art. 7 pkt 1 ustawy Pzp wynika z kolei, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Cena ma więc zawierać w sobie podatek od towarów i usług.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jako gospodarz postępowania, które ma być przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa jest zobowiązany do badania

i weryfikacji, czy przyjęta przez wykonawców stawka podatku VAT jest prawidłowa. Jak wynika w szczególności z orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwały z 20 października 2011 r. sygn. III CZP 52/11 i III CZP 53/11) obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert. Sąd Najwyższy odnosząc się do ustawowych podstaw obowiązkowego poprawienia oferty, zaznaczył dalej, że skoro w ustawie nie określono przedmiotowo tego ograniczenia, nie wskazano elementów oferty i tych elementów specyfikacji, między którymi ma być badana niezgodność, zamawiający powinien zbadać niezgodności występujące między stawkami VAT wskazanymi w każdym

z wymienionych źródeł, tj. w ofercie i w specyfikacji.

Tym bardziej zatem Zamawiający nie może przyjmować w dokumentacji zamówienia fikcji,

a następnie udzielać w oparciu o tak „rzetelną” dokumentację zamówienia odpowiedzi na pytania wykonawców, zgodnie z którą to odpowiedzią wykonawcy mają być uprawnieni

i zobowiązani do zastosowania do części usług objętych przedmiotem zamówienia zwolnienia od podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Tak zaś stało się

w niniejszym postępowaniu. Fikcja, jaką niezasadnie tworzy Zamawiający polega bowiem na tym, że przyjmuje on obecnie, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi takie czynności (tzw. usługi pomocnicze przy pacjencie), które korzystają ze zwolnienia z VAT na podstawie art.43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o VAT, podczas gdy stan faktyczny niniejszego postępowania implikuje stwierdzenie, że zwolnienie z VAT tych usług jest niedopuszczalne, gdyż nie są spełnione warunki tego zwolnienia określone przez ustawodawcę w art. 43 ust.

17 i ust. 17a ustawy o VAT tj.

1) wykonawca usług porządkowych nie wykonuje usługi podstawowej w zakresie opieki medycznej;

2) czynności pomocnicze nie są zatem niezbędne do świadczenia usługi podstawowej;

3) głównym celem świadczenia czynności pomocniczych przez wykonawcę usługi sprzątnięcia jest osiągnięcie z tego tytułu zysku.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający udzielając w dniu 06.09.2024 r. odpowiedzi na pytania nr 3 oraz 25 (data publikacji odpowiedzi 09.09.2024 r.) oświadczyła, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi w ogóle czynności wykonywane pod nadzorem personelu medycznego, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia – czynności pomocniczych przy pacjencie. De facto i de iure zatem Zamawiający oświadczył, że w

zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi jakkolwiek czynność/usługa podlegająca zwolnieniu na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a ustawy o VAT.

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 33 wykonawców w dniu 13.09.2024 r. (dotyczące dopuszczalności zwolnienia usługi objętych przedmiotem zamówienia na podstawie przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a ustawy o VAT), Zamawiający zajął zaś zgoła odmienne stanowisko przyjmując, że: „Zamawiający potwierdza, że dopuszcza złożenie oferty

z zastosowaniem różnych stawek podatku VAT zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami”.

W dniu 02.10.2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji formularza cenowo – technicznego (Zał. Nr 2 do SWZ) w ten sposób, że w pkt I po drugim akapicie dodano kolejną następującą treść:

„Czynności pomocnicze przy pacjencie:

1. Pomoc przy zaspakajaniu potrzeb fizjologicznych

- pomoc personelowi medycznemu przy podawaniu i odbieraniu pojemników na wydaliny

- wynoszenie pojemników na wydaliny i wydzieliny

- mycie i dezynfekcja pojemników na wydaliny i wydzieliny w myjkach- dezynfektorach

2. Pomoc personelowi medycznemu przy toaletach, przewijaniu, ubieraniu pacjentów

3. Czynności związane z gospodarką bielizną szpitalną

- pomoc personelowi medycznemu przy zmianie bielizny pościelowej lub osobistej w trakcie pobytu pacjenta

- zmiana bielizny pościelowej po wypisie/zgonie pacjenta

- transport bielizny czystej i brudnej na terenie szpitala

4. Czynności związane z żywieniem pacjentów

- pomoc personelowi medycznemu przy karmieniu pacjentów

- odbiór posiłków w kuchenkach oddziałowych od firmy zewnętrznej

- porcjowanie posiłków pod nadzorem personelu medycznego

- pomoc w transporcie posiłków do pacjentów

- zbieranie brudnych naczyń

- mycie i dezynfekcja naczyń w zmywarkach

- pomiar temperatury posiłków

- kontrolowanie i rejestrowanie temperatury w lodówkach spożywczych

- przygotowywanie ciepłych napojów dla pacjentów poza godzinami spożywania posiłków

- zabezpieczanie i przechowywanie w lodówkach niewydanych posiłków

- podgrzewanie i podawanie ciepłych posiłków pod nadzorem personelu medycznego

pacjentom spożywającym je w innych godzinach

5. Czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi

- zbieranie odpadów z koszy

- przygotowanie odpadów do transportu – zamknięcie, oznakowanie worków na odpady medyczne

- transport odpadów do miejsc ich składowania na terenie szpitala

6. Mycie i dezynfekcja powierzchni i wyposażenia pomieszczeń niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych

7. Pomoc personelowi medycznemu przy transporcie pacjentów na terenie szpitala

8. Pomoc personelowi medycznemu przy transporcie zwłok

9. Transport pojemników na leki do apteki

10. Transport pobieranych dla oddziałów leków, płynów, opatrunków

Zamawiający szacuje ww. czynności na max. 25% udziału wartości całej usługi”.

Zamawiający dokonał wówczas także zmiany tabeli zawartej w pkt VIII Formularza cenowo-technicznego poprzez usunięcie z jej treści wskazania procentowej stawki VAT, jaka ma być w tejże tabeli podana.

Innymi słowy, dokonując zmian w dniu 02.10.2024 r. Zamawiający potwierdził, że w zakresie przedmiotu zamówienia wchodzi tzw. czynności pomocnicze, o których mowa w art. 43 ust.

1 pkt 18 i pkt 18a in fine ustawy o VAT, i że Zamawiający szacuje ich wielkość na max 25% udziału wartości całej usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Natomiast w dniu 09.10.2024 r. Zamawiający opublikował swoje czynności z dnia 07.10.2024 r. ostatnio dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.

a) kolejną modyfikację Formularza cenowo – technicznego poprzez usunięcie w pkt I in fine zwrotu:

„Zamawiający szacuje ww. czynności na max. 25% udziału wartości całej usługi”;

b) kolejną modyfikację SWZ poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawców nr 4 i 11, z których wynika, że po kolejnej refleksji instytucja zamawiająca stoi na stanowisku, że to wykonawca składający ofertę jest obowiązany samodzielnie określić poziom wartości usługi podlegającej zwolnieniu z podatku VAT.

Dokonana przez Zamawiającego czynnościami z dnia 07.10.2024.r modyfikacja SWZ

i formularza cenowo – technicznego skutkuje tym, że:

1) przewiduje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia część usług objętych przedmiotem zamówienia (czyli czynności pomocnicze przy pacjencie o których mowa w pkt I formularza cenowo – technicznego) ma być opodatkowana stawką podatkową „zw”, gdyż usługi w tym zakresie podlegają zwolnieniu od podatku VAT (w odpowiedziach na pytania nr 4 i 11 z dnia 07.10.2024 r. stwierdza się bowiem *expressis verbis* nakaz zamawiającego w tym zakresie: „Zamawiający informuje, iż po ponownym przeanalizowaniu kwestii związanych z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, określonych w dokumentach zamówienia, stoi na stanowisku, iż to wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest samodzielnie określić poziom wartości usługi podlegającej zwolnieniu z podatku VAT.”;

2) jednak to każdy z wykonawców ma samodzielnie określić wielkość (wartość) usług zwalnianych z VAT.

Powyższe czynności Zamawiającego nie odpowiadają prawu.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwały z 20 października 2011 r. sygn. III CZP 52/11 i III CZP 53/11) obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert. Sąd Najwyższy odnosząc się do ustawowych podstaw obowiązkowego poprawienia oferty, zaznaczył dalej, że skoro w ustawie nie określono przedmiotowo tego ograniczenia, nie wskazano elementów oferty i tych elementów specyfikacji, między którymi ma być badana niezgodność, zamawiający powinien zbadać niezgodności występujące między stawkami VAT wskazanymi w każdym z wymienionych źródeł, tj. w ofercie i w specyfikacji. Z opisu przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie wynika zaś jednoznacznie, że usługi podlegające wykonaniu przez wykonawcę nie będą korzystały ze zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a ustawy o VAT.

Odwolujący wskazał, że w okolicznościach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczywiste jest, że do obowiązków wykonawcy, który uzyska zamówienie w tym postępowaniu nie będzie należało wykonywanie na rzecz Zamawiającego czynności w zakresie opieki medycznej (usługa podstawowa) służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Usługi w tym zakresie (usługi w zakresie opieki medycznej) stanowią zaś te usługi, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a in principio ustawy o VAT, i to z tymi usługami świadczonymi przez ten sam podmiot, mają być ściśle związane tzw. usługi pomocnicze (usługi pomocowe przy pacjencie i transport wewnętrzny).

Sam fakt występowania w opisie przedmiotu zamówienia czynności psychofizycznych składających się na tzw. czynności pomocowe (których szeroki przykład jest podany

w interpretacji ogólnej Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art.

43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221) nie uprawnia do stwierdzenia, że jakkolwiek z usług (czynności) objętych opisem przedmiotu zamówienia może korzystać ze zwolnienia od podatku VAT na podstawie przepisów art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o VAT.

By zwolnienie od podatku VAT tzw. czynności pomocniczych było możliwe na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o VAT muszą być bowiem spełnione dalsze przesłanki wynikające z przepisu:

1. art. 43 ust. 17 ustawy o VAT. Zgodnie z tym przepisem: „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”.

2. art. 43 ust. 17a ustawy o VAT. Zgodnie zaś z tym przepisem: „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”.

Z powyższego wynika innymi słowy, że aby tzw. czynności pomocowe mogły być zwolnione z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o VAT:

a) musi je wykonywać na terenie podmiotu leczniczego (Zamawiającego) ten sam podmiot, który zarazem świadczy na terenie tego samego podmiotu leczniczego (Zamawiającego) i na jego rzecz usługę podstawową, tj. usługę medyczną; i

b) usługi te muszą być niezbędne do wykonywania usługi podstawowej tj. usługi medycznej;

i c) celem świadczenia tzw. czynności pomocowych nie jest osiągnięcie zysku poprzez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do innych podmiotów.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że:

Ad a) wykonawca usług sprzątania, które zostaną powierzone do wykonania w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie wykonywał na rzecz Zamawiającego i na terenie (obiekcje) Zamawiającego żadnej usługi medycznej. Jest tak z tego powodu, że opis przedmiotu zamówienia nie przewiduje aby do obowiązków wykonawcy miało należeć wykonywanie takich świadczeń (i de facto i de iure tak nie może być, gdyż powierzenie przez podmiot leczniczy świadczenia usług medycznych osobie trzeciej wymaga określenia zupełnie innych warunków świadczenia usług w tym zakresie (np. pracownik gospodarczy nie może wykonywać przecież świadczeń medycznych na rzecz pacjenta), a także samych warunków udziału w postępowaniu));
Pobocznie do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający od dłuższego czasu zatrudnia –prócz personelu stricte medycznego – także opiekunów medycznych, i to czynności wykonywane przez te osoby na terenie Zamawiającego, i przez niego zatrudnione, tak naprawdę mogą wyczerpywać wszystkie warunki zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o VAT (przy założeniu, że instytucja zamawiająca byłaby podatnikiem VAT).

Ad b) skoro zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia do obowiązków wykonawcy nie należy w ogóle świadczenie usług medycznych (usługi podstawowej), to nie sposób w ogóle mówić

o występowaniu jakiegokolwiek związku pomiędzy usługą podstawową a usługą ściśle z nią związaną;

Ad. c) jak w pkt Ad. b) powyżej.

Odwołujący podkreślił, że zupełnie oderwanym od rzeczywistości byłoby twierdzenie, że konkurujący ze sobą na rynku zamówień publicznych wykonawcy usług porządkowych zamierzają świadczyć na rzecz Zamawiającego tzw. czynności pomocowe w jakimkolwiek innym celu aniżeli osiągnięcie zysku.

Odwołujący podkreślił, że jego stanowisko znajduje swoje uzasadnienie nie tylko w literalnej treści cytowanych wyżej przepisów prawa, ale także wynika z dorobku orzeczniczego Ministra Finansów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów administracyjnych.

Jako przykład Odwołujący wskazał:

1) interpretację ogólnej Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów

w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U.

z 2017 r. poz. 1221), tj. zwolnienia od podatku usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanych, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza z dnia 29 grudnia 2017 r. (Dz. Urz. MRiF z 2018 r. poz. 5),

2) wyrok z dnia 26.01.2022 r., sygn. KIO 44/22,

3) wyrok z dnia 15.11.2021 r. sygn. KIO 3083/21

4) wyrok z dnia 2 listopada 2021 r. sygn. KIO 2963/21,

5) wyrok z dnia 28 sierpnia 2012 r. sygn. 1731/12,

6) wyroku z dnia 27 lipca 2021 r. sygn. KIO 2028/21,

7) wyrok z dnia 9 listopada 2021 r. sygn. KIO 3046/21,

8) Interpretację Indywidualną znak ILPP2/443- 551/12-2/AK, 7 (akapit 2),

9) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 czerwca 2017 r. sygn. I FSK 1571/15,

10) wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach w z dnia 7 października 2015 r., sygn. III SA/GI 547/15,

11) postanowienie KIO z dnia 6 sierpnia 2024 r. sygn. KIO 2712/24.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 31 października 2024 r. wniósł o:

1) odrzucenie odwołania jako spóźnionego;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku o:

2) oddalenie odwołania w całości;

3) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego,

4) zwrot kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedstawioną fakturą na rozprawie.

Zamawiający na wypadek nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, wniósł

o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i podniósł, że określenie sposobu obliczenia ceny zawarte w SWZ jest zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 134 ust. pkt 17 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do zawarcia w SWZ informacji o sposobie obliczenia ceny. Obowiązek ten został wykonany przez Zamawiającego, gdyż rodz. XI SWZ zawiera opis sposobu obliczenia ceny. W myśl postanowień ww. rozdziału

SWZ, cena powinna być obliczona w następujący sposób:

1. Wykonawca poda cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ.
2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia – cena ryczałtowa. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.
3. Wartość brutto poszczególnych pozycji winna być wyliczona w sposób następujący: wartość netto + obowiązująca stawka podatku VAT.
4. Cenę oferty należy podać w następujący sposób: łącznie z należnym podatkiem VAT – cena brutto, wraz ze wskazaniem stawki (procentowej) podatku VAT.
5. Ceny oferowane muszą być podane w złotych polskich (PLN), cyfrowo (do drugiego miejsca po przecinku)
6. Wykonawca, składając ofertę (w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ) informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.
7. Wykonawca poda w formularzu oferty stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Wolą Zamawiającego było, aby wykonawcy samodzielnie ustalili stawkę podatku VAT, która znajduje zastosowanie do obliczenia ceny ofertowej.

W toku postępowania Zamawiający otrzymał zapytania dotyczące kwalifikacji usługi ze względu na podatek VAT. Ponadto Zamawiający otrzymał odwołania (dwa odwołania) dotyczące zastosowania zwolnienia z vat w postępowaniu. Zamawiający w wyniku ww. zapytań, odwołań oraz analizy prawnej i faktycznej doszedł do przekonania, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zobowiązuje Zamawiającego do określania (wskazywania) w SWZ stawki podatku VAT, którą wykonawcy mają zastosować do obliczenia ceny.

Zamawiający wskazał, że wziął pod uwagę uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (III CZP 52/11 i III CZP 53/11), w których wskazano, że cenotwórczy charakter VAT nakłada na wykonawców obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki tego podatku. Wystąpienie tego błędu należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy przygotowaniu oferty.

W zakresie dotyczącym obowiązku wskazania w SWZ stawki podatku znajdującej zastosowanie w zamówieniach, ww. Sąd Najwyższy uznał, że Zamawiający może - o ile ma taką wolę -, ale nie musi wskazać w SWZ ww. stawkę podatkową.

Zamawiający zauważył również, że w sprawie występują wątpliwości wykonawców co do kwalifikacji zamówienia ze względu na stawkę podatku VAT.

Zamawiający we własnym zakresie dokonał analizy podstaw faktycznych i prawnych ewentualnego zwolnienia w VAT, które może znajdować zastosowanie do zamówienia.

W ocenie Zamawiającego ww. zwolnienie może być stosowane ze względu na przesłankę podmiotową lub/i przedmiotową. Z tego też powodu Zamawiający uznał, że nie jest uprawniony na etapie przed złożeniem ofert rozstrzygać o stawce podatku VAT, która powinna zostać zastosowana do obliczenia ceny ofertowej i która będzie stawką prawidłową dla każdego

z wykonawców, którzy potencjalnie mogą ubiegać się o zamówienie.

Zamawiający uznał ponadto, że postawienie wymogu co do obliczenia ceny z zastosowaniem wskazanej w SWZ stawki VAT może bezpodstawnie wpływać na ograniczenie dostępności postępowania dla wykonawców zdolnych do jego wykonania. Z tego też powodu Zamawiający

uznał za zasadne całkowite usunięcie z SWZ postanowień zobowiązujących wykonawców do zastosowania określonej stawki podatku VAT. Zgodnie z aktualną treścią dokumentów zamówienia obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku vat obciąża wykonawcę.

Podatnik (wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia) zobowiązany jest do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem i zaklasyfikowaniem wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji. Do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106b ustawy o podatku od towarów i usług). Kształtuje to stosunek zobowiązaniowy, o którym mowa w art. 5 ustawy Ordynacja podatkowa. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie (wyrok KIO z dn. 11.04.2023 r. sygn. akt KIO 845/23).

Zamawiający ocenił, że usunięcie ww. wymogu „stawki vat” jest zasadne, również i z tego powodu, że po otwarciu ofert obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, w tym zbadanie, czy oferta/y nie zawierają błędów w obliczeniu ceny (złej stawki podatku VAT). Nie ma więc zdaniem Zamawiającego zagrożenia, że oferta obliczona przy zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT zostanie niezweryfikowana.

Ponadto Zamawiający wskazał, że uznał, że w zamówieniu występują czynności, o których mowa w Interpretacji Ogólnej Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów

z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221), tj. zwolnienia od podatku usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanymi, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Zamawiający zauważył, że ww. Interpretacji jako podlegające zwolnieniu z VAT wymienia się

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 przygotowaniem 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).

Przywołane powyżej czynności wymienione w Interpretacji pokrywają się z czynnościami wskazanymi do wykonania w zamówieniu. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że

w sprawie występują Czynności pomocnicze przy pacjencie i z tego też powodu dokonał modyfikacji formularza cenowo – technicznego (Zał. Nr 2 do SWZ).

Prawo zastosowania stawki „zw” (zwolnienie z VAT) wynika z treści art. 43. ust 1 pkt 18 i 18a

ustawy o VAT, jako zwolnienie dotyczące usług w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanymi. Takie stanowisko zostało potwierdzone

w treści wydanej dnia 29 grudnia 2017 r. Interpretacji Ogólnej Ministra Rozwoju i Finansów

(nr PT1.8101.5.2017.PSG.622), dostępnej pod linkiem:

<https://www.mf.gov.pl/documents/764034/6249934/Dz.+Urz.+Min+Roz.+i+Fin.+z+dnia+9+stycznia+2018+r.+--+poz.+5>

Zgodnie z ww. Interpretacją ogólną:

„na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia (...) i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związanymi, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza”.

Czynności ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia to takie czynności, które mogą być uznane za usługi pomocnicze do danej usługi medycznej (usługi głównej).

Opieka nad pacjentem stanowi pewien proces, który rozpoczyna się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończy w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki. W ramach tego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności – niekonieczne

z bezpośrednią obecnością pacjenta - z których część może być i w praktyce jest wykonywana przez podmioty zewnętrzne.

Zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT podlegają te czynności,

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.

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 usług podlegających ww. zwolnieniu można przykładowo wymienić:

- 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),
- czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie),
- 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).

Warunek świadczenia czynności na terenie podmiotu leczniczego sprowadza się w istocie do tego, że są one faktycznie wykorzystywane (w ramach świadczenia usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia)

na terenie tych podmiotów (np. dostawa wyżywienia dla pacjentów przebywających na terenie szpitala, nawet, gdy zostało ono przygotowane poza tym terenem, odbiór odzieży i pościeli szpitalnej wykorzystywanej przez pacjentów oraz dowóz czystej odzieży i pościeli szpitalnej dla pacjentów przebywających na terenie szpitala, nawet, gdy jej pranie zostało wykonane poza terenem szpitala).

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że przedstawione powyżej usługi, realizowane najczęściej w ramach outsourcingu przez podmioty zewnętrzne na rzecz placówek leczniczych na ich terenie, objęte są zakresem zwolnienia od podatku na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT, z uwzględnieniem wskazanych zasad i warunków.

Przytoczone wyżej regulacje prawne, Interpretacja ogólna wyjaśniająca zasady wykładni tych przepisów oraz liczne wyroki sądów administracyjnych (wyroki NSA z dnia 28. października 2020 r., sygn. akt I FSK 980/19 oraz w wyroku NSA z dnia 24. lutego 2022 r., sygn. akt I FSK 2093/21) jednoznacznie wskazują, jakie kryteria przedmiotowe i podmiotowe powinny być spełnione, aby zastosować zwolnienie z podatku VAT.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że w przedmiotowym postępowaniu dopuści ofertę złożoną przez wykonawcę, z zastosowaniem zgodnie z przepisami różnych stawek podatku VAT dla usług objętych zamówieniem, jeżeli spełnia warunki zgodnie z interpretacją ogólną Ministerstwa Finansów z dnia 29 grudnia 2017r. PT1.8101.5.2017.PSG.622 bądź posiadaną interpretacją indywidualną.

Odnosząc się do zarzutu odwołania, że SWZ zawiera takie określenie sposobu obliczenia ceny (na skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 4 oraz nr 11 wykonawców, co zostało opublikowane dnia 09.10.2024 r.), który przewiduje, że nie wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia są opodatkowane podatkiem VAT, a korzystają ze zwolnienia,

o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający podniósł, że ma świadomość, iż nie każdy z wykonawców potencjalnie mogących wziąć udział w postępowaniu może obliczyć cenę ofertową z zastosowaniem zwolnienia z vat, o którym mowa w powyższej Interpretacji. Z tego też powodu, w celu otwarcia postępowania dla wszystkich uczestników, usunął z SWZ wymóg obliczenia przy obligatoryjnym zastosowaniu ww. zwolnienia z podatku z vat. Wobec powyższego zawarta

w SWZ kwalifikacja czynności zamówienia jako czynności pomocniczych przy pacjencie nie skutkuje obowiązkiem obliczenia ceny ofertowej z zastosowaniem zwolnienia. Oferta wykonawcy, który nie zastosuje ww. zwolnienia nie zostanie automatycznie odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W postępowaniu dopuszczone więc zostało obliczenie ceny bez zastosowania ww. zwolnienia.

Zamawiający podkreślił, że ma świadomość, iż ww. zwolnienie ma charakter przedmiotowy i podmiotowy. Z powodu tychże ograniczeń w stosowaniu ww. zwolnienia Zamawiający nie wymaga, aby cena ofertowa została obliczona przy zastosowaniu ww. zwolnienia. Okoliczność, że Zamawiający uznał, iż w postępowaniu występują czynności pomocnicze przy pacjencie nie obliguje wykonawców do automatycznego stosowania zwolnienia z vat. Wykonawcy, którzy zastosują ww. zwolnienie zobowiązani będą wykazać, że zwolnienie to zostało zastosowane prawidłowo. Zamawiający podkreśla, że sam fakt, iż usługi występujące w zamówieniu zostały w SWZ zakwalifikowane jako czynności pomocowe przy pacjencie nie przesądza jeszcze, że prawidłowe obliczenie ceny ofertowej musi być dokonane ze zwolnieniem z vat, o którym mowa w ww. Interpretacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmnie uczestnika, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, popieranego przez Przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, opis sposobu obliczenia ceny określony w zawiadomieniu o zmianie treści SWZ z dnia 2 października 2024 r., opublikowany w dniu

3 października 2024 r. jednoznacznie wskazywał, że w zamówieniu występują czynności pomocnicze przy pacjencie tj. czynności które – po spełnieniu pozostałych wymogów określonych w ustawie o VAT - uprawniają do zastosowania zwolnienia z VAT. Wobec powyższego wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli powziąć informację o tym, że nie wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia są opodatkowane podatkiem VAT,

a korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług w dniu 3 października 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu

15 października 2024 r. a więc po upływie 10 dni, od dnia publikacji informacji, że

w postępowaniu występują czynności pomocnicze przy pacjencie oraz jednocześnie informacji o obowiązku obliczenia ceny z możliwością zastosowaniem różnych stawek podatku vat zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami.

W ocenie Izby, że sama informacja o wystąpieniu czynności pomocniczych w zamówieniu, nie wskazywała w sposób jednoznaczny na możliwość zastosowania zwolnienia z podatku VAT, a zatem odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w ustawie Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy:

Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zgłosił wątpliwości, dotyczącego tego, czy osoby, które podpisały zgłoszenia przystąpienia w obu przypadkach mogą być pełnomocnikami.

Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Optima Care osoba, która podpisała zgłoszenie przystąpienia jest pracownikiem tego wykonawcy. Powyższa okoliczność została potwierdzona dokumentem – umową o pracę. Wykonawca Ever Medical Care Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie stawił się na posiedzeniu, nie została potwierdzona okoliczność, że osoba, która podpisała zgłoszenie przystąpienia może być pełnomocnikiem, stosowanie do art. 510 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego tylko wykonawcę Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie, dalej: „Przystępujący”.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie ewentualnie w wypadku, gdyby wniosek nie został uwzględniony, o oddaleniu odwołania jako bezzasadnego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;

- Specyfikację Warunków Zamówienia, zwaną dalej: „SWZ”;

2) dokumenty złożone na rozprawie w dniu 5 listopada 2024 r. przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie pn.: „Usługa kompleksowa sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego”.

Zgodnie z Rozdziałem II Opis Przedmiotu Zamówienia, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług specjalistycznego sprzątnia i całodobowego utrzymania czystości

w budynkach Zamawiającego, a w szczególności utrzymanie higieny szpitalnej, sprzątnie

i dezynfekcja, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, dystrybucja do łóżka pacjenta posiłków oraz świadczenie usług w zakresie transportu pomiędzy komórkami organizacyjnymi Zamawiającego.

W Rozdziale XI Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazany został opis sposobu obliczenia ceny.

1. Wykonawca poda cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ.
2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia – cena ryczałtowa. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.
3. Wartość brutto poszczególnych pozycji winna być wyliczona w sposób następujący: wartość netto + obowiązująca stawka podatku VAT.
4. Cenę oferty należy podać w następujący sposób: łącznie z należnym podatkiem VAT – cena brutto, wraz ze wskazaniem stawki (procentowej) podatku VAT.
5. Ceny oferowane muszą być podane w złotych polskich (PLN), cyfrowo (do drugiego miejsca po przecinku)
6. Wykonawca, składając ofertę (w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ) informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.
7. Wykonawca poda w formularzu oferty stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert.

2 października 2024 r., zmiana opublikowana została 3 października 2024 r. Zamawiający zmodyfikował Formularz cenowo – technicznego, stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ poprzez dodanie w pkt I następującej treści:

„Czynności pomocnicze przy pacjencie:

1. Pomoc przy zaspakajaniu potrzeb fizjologicznych
 - pomoc personelowi medycznemu przy podawaniu i odbieraniu pojemników na wydaliny
 - wynoszenie pojemników na wydaliny i wydzielin
 - mycie i dezynfekcja pojemników na wydaliny i wydzielin w myjkach- dezynfektorach
2. Pomoc personelowi medycznemu przy toaletach, przewijaniu, ubieraniu pacjentów
3. Czynności związane z gospodarką bielizną szpitalną
 - pomoc personelowi medycznemu przy zmianie bielizny pościelowej lub osobistej w trakcie pobytu pacjenta
 - zmiana bielizny pościelowej po wypisie/zgonie pacjenta
 - transport bielizny czystej i brudnej na terenie szpitala
4. Czynności związane z żywieniem pacjentów
 - pomoc personelowi medycznemu przy karmieniu pacjentów
 - odbiór posiłków w kuchenkach oddziałowych od firmy zewnętrznej
 - porcjowanie posiłków pod nadzorem personelu medycznego
 - pomoc w transporcie posiłków do pacjentów
 - zbieranie brudnych naczyń
 - mycie i dezynfekcja naczyń w zmywarkach
 - pomiar temperatury posiłków
 - kontrolowanie i rejestrowanie temperatury w lodówkach spożywczych
 - przygotowywanie ciepłych napojów dla pacjentów poza godzinami spożywania posiłków
 - zabezpieczanie i przechowywanie w lodówkach niewydanym posiłków
 - podgrzewanie i podawanie ciepłych posiłków pod nadzorem personelu medycznego pacjentom spożywającym je w innych godzinach
5. Czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi
 - zbieranie odpadów z koszy
 - przygotowanie odpadów do transportu – zamknięcie, oznakowanie worków na odpady medyczne
 - transport odpadów do miejsc ich składowania na terenie szpitala
6. Mycie i dezynfekcja powierzchni i wyposażenia pomieszczeń niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych
7. Pomoc personelowi medycznemu przy transporcie pacjentów na terenie szpitala
8. Pomoc personelowi medycznemu przy transporcie zwłok
9. Transport pojemników na leki do apteki
10. Transport pobieranych dla oddziałów leków, płynów, opatrunków.

W tabeli nr 1 w pkt VIII w kolumnie nr 7 Stawka VAT usunięto stawki VAT.

Zamawiający w dniu 7 października 2024 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytania 4 i 11) wskazał: Zamawiający informuje, iż po ponownym przeanalizowaniu kwestii związanych

z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, określonych w dokumentach zamówienia, stoi na stanowisku, iż to wykonawca składający ofertę jest obowiązany samodzielnie określić poziom wartości usługi podlegającej zwolnieniu z podatku VAT.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W myśl art. 7 pkt 1 ustawy Pzp, przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust.

1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2023 r. poz. 168), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą.

Stosownie do art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej sposób obliczenia ceny.

Zgodnie z art. 43 ust. 17 ustawy o podatku od towarów i usług, 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”.

Stosowanie do art. 43 ust. 17a ustawy o podatku od towarów i usług, 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.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług, 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.

Odwołujący upatrywał naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 7 pkt

1, przepisu art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 1 pkt 18 i pkt 18a w zw. z art. 43 ust. 17 i ust. 17a ustawy o podatku od towarów i usług poprzez określenie sposobu obliczenia ceny (na skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 4 oraz nr 11 wykonawców, opublikowanych w dniu 9 października 2024 r., który przewiduje, że nie wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia są opodatkowane podatkiem VAT, a korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie jest uzasadniony.

Zamawiający przy określeniu sposobu obliczenia ceny SWZ nie wskazał w sposób jednoznaczny, że część usług – czynności pomocnicze korzysta ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług.

Z odpowiedzi na pytania wykonawców nr 4 i 11: „Zamawiający informuje, iż po ponownym przeanalizowaniu kwestii związanych z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, określonych w dokumentach zamówienia, stoi na stanowisku, iż to wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest samodzielnie określić czy poziom usługi podlegającej zwolnieniu z VAT.”, wynika, że to wykonawca składający ofertę ocenia, czy usługa podlega zwolnieniu z VAT i wówczas zobowiązany jest samodzielnie określić poziom wartości usługi podlegającej zwolnieniu z podatku VAT.

Zamawiający nie przesądził w sposób jednoznaczny, że czynności pomocnicze podlegają zwolnieniu od podatku VAT.

Powyższe potwierdza stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie – pisma

z 31 października 2024 r.: Okoliczność, że Zamawiający uznał, iż w postępowaniu występują czynności pomocnicze przy pacjencie nie obliuguje wykonawców do automatycznego stosowania zwolnienia z VAT. Wykonawcy, którzy zastosują ww. zwolnienie zobowiązani będą wykazać, że zwolnienie to zostało zastosowane prawidłowo. Zamawiający podkreślił również, że sam fakt, iż usługi występujące w zamówieniu zostały w SWZ zakwalifikowane jako czynności pomocowe przy pacjencie nie przesądza jeszcze, że prawidłowe obliczenie ceny ofertowej musi być dokonane ze zwolnieniem z VAT.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, iż dokonana przez Zamawiającego czynnościami z dnia 07 października 2024 r. modyfikacja SWZ i formularza cenowo – technicznego ma skutek taki, że część usług objętych

przedmiotem zamówienia (czyli czynności pomocnicze przy pacjencie o których mowa w pkt I formularza cenowo – technicznego).

Izba miała na uwadze fakt, że Zamawiający podkreślił w odpowiedzi na odwołanie, że jego wolą było, aby wykonawcy samodzielnie ustalili stawkę podatku VAT, która znajduje zastosowanie do obliczenia ceny ofertowej. Usunięcie ww. wymogu „stawki VAT” było zasadne, również i z tego powodu, że po otwarciu ofert obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, w tym zbadanie, czy oferta/y nie zawierają błędów w obliczeniu ceny (złej stawki podatku VAT). Nie ma więc zdaniem Zamawiającego zagrożenia, że oferta obliczona przy zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT zostanie niezweryfikowana. W ocenie Zamawiającego ww. zwolnienie może być stosowane ze względu na przesłankę podmiotową lub/i przedmiotową. Z tego też powodu Zamawiający uznał, że nie jest uprawniony na etapie przed złożeniem ofert rozstrzygać

o stawce podatku VAT, która powinna zostać zastosowana do obliczenia ceny ofertowej

i która będzie stawką prawidłową dla każdego z wykonawców, którzy potencjalnie mogą ubiegać się o zamówienie czy też zwolnieniu od VAT, które może być stosowane ze względu na przesłankę podmiotową lub/i przedmiotową. Zgodnie z aktualną treścią dokumentów zamówienia obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT obciąża wykonawcę.

Wobec powyższego, Izba nie doszukała się w określeniu przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny w SWZ naruszeń ustawy Pzp oraz przepisów ustawy o podatku od towarów

i usług, wskazanych w zarzucie odwołania.

Z uwagi na powyższe okoliczności odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosił Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....