

Olsztyn, dnia 5 stycznia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
02-676 Warszawa, ul. Postępu 17a
odwolania@uzp.gov.pl

Zamawiający:

Szpital Powiatowy
im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie
77-400 Złotów, ul. Szpitalna 28
KRS 0000011762
nr telefonu: +48 67 263 22 33
przetargi@szpital.zlotow.pl

Odwołujący:

Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie
NIP 7393930661, KRS 0000797803
WPU sp. z o.o. w Olsztynie
NIP 7393878015, KRS 0000574827
reprezentowane przez:
Rafała Mordasiewicza
10-170 Olsztyn, ul. Gietkowska 10
nr telefonu: + 48 89 679 77 06
kontakt@cleanservices.pl

Nr ogłoszenia: Dz.Urz. UE 2021/S 197-514149 z dnia 11 października 2021 r.

Nr postępowania: 17/ZP/2021

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 (ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów)”.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu odwołującego konsorcjum Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie i WPU sp. z o.o. w Olsztynie - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, występujących w ramach konsorcjum, stosownie do reprezentacji (odpisy KRS składam w załączeniu) - na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 ze zm.), dalej jako: Pzp - niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami w/w ustawy czynności podjętych w postępowaniu przez zamawiającego, polegających na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) wadliwym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o.o. w Katowicach, DGP Provider sp.

- z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy w sytuacji, gdy oferta nie jest najkorzystniejsza i zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy, w sytuacji, gdy oferta w/w wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- 4) braku wezwania konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o.o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy do złożenia wyjaśnień.

Zarzucam zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz w sposób nieprzejrzyisty, 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,

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

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy, w sytuacji, gdy oferta w/w wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny,

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

- art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

- art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w części II zamówienia, która jest rażąco niską i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w swz;

W oparciu o powyższe zarzuty - na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp - wnoszę o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności, poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy,

- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy,
- ewentualnie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. art. 223 ust. 1 Pzp, tj. wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania zwolnienia podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty brutto,
- nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu badania i oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny dla części II zamówienia,
- nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Ponadto - na podstawie art. 573 Pzp - wnoszę o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu.

Jednocześnie podnoszę, że odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż – stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp - posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Wskazuję przy tym, że odwołaniem objęte zostały czynności zamawiającego, które doprowadziły do wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia odwołującego możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość tych czynności. Tym samym pozostają spełnione przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Powiatowy Szpital im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji oddziałów szpitalnych i innych komórek Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie oraz transportu wewnątrzszpitalnego (ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów)”, nr 17/ZP/2021.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwotę określoną w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wydanym na podstawie w art. 3 ust. 2 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 października 2021 r. pod numerem: Dz.Urz. UE 2021/S 197-514149.

Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na dwie części: część I - Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji i część II - Transport wewnątrzszpitalny.

Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu

zamówienia następujące kwoty: część I – 3.111.900,00 zł brutto, część II – 590.000,00 zł brutto.

W przedmiotowym przetargu złożono 4 oferty:

- konsorcjum Izan + sp. z o.o. w Krakowie i Naprzód Hospital sp. z o.o. w Łodzi,
- konsorcjum Fudeko S.A. w Gdyni i Fudeko Med sp. z o. o w Gdyni,
- konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o. o. w Warszawie, Seban sp. z o.o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o. o. w Legnicy, oraz Partner Medica sp. z o.o w Legnicy,
- konsorcjum Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie i WPU sp. z o.o. w Olsztynie - odwołujący.

Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie części I przedmiotu zamówienia, w następującej kwestii: „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”.

Odwołujący w piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r. wskazał, że z wymogów szczególnych dotyczących utrzymania czystości pomieszczeń szpitalnych i innych wytycznych, wynika, iż usługi określane jako kompleksowe sprzątanie pomieszczeń w szpitalu 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 odpowiadają usługom klasyfikowanym na gruncie prawa podatkowego jako podlegające zwolnieniu z podatku VAT, jako 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. Ponadto odwołujący powołał się na Interpretację Ogólną Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622.

Zawiadomieniem z dnia 28 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie, Seban sp. z o.o. w Katowicach, DGP Provider sp. z o. o. w Legnicy, 7MG sp. z o.o. w Legnicy oraz Partner Medica sp. z o.o. w Legnicy (dalej jako: Konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie), którego cena brutto oferty wynosi – odpowiednio – część I 3.763.800,00 zł i część II 591.703,20 zł.

Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego, argumentując, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny (cena brutto oferty wynosi – odpowiednio – część I 3.234.724,03 zł i część II 764.257,03 zł). Jako podstawę prawną zamawiający wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający zarzucił odwołującemu, że w ofercie w części I przedmiotu zamówienia zastosował dwie stawki podatku VAT, w wysokości 23% i ZW (usługa zwolniona z podatku VAT).

Przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny. Oferta odwołującego nie zawiera bowiem błędu w obliczeniu ceny. Okoliczności niniejszej sprawy pozwalają przyjąć, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, dokonał naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, kierując się nieuzasadnionym założeniem, że oferta odwołującego jest błędna.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający wskazał: „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.”. Ponadto wskazał: „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 sprzątnia i nie wymaga wykonywania żadnych innych usług, które co do zasady, wymagają zastosowania innej niż podstawowa stawka podatku VAT tj.: 23%”. Taka argumentacja jest chybiona. Zwłaszcza, że w zasadzie w uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający odwołuje się do ustawy o podatku od towarów i usług, a nie Pzp.

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. Przyjęcie takiego stanowiska nie tylko pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest spójne z obowiązującym systemem prawnym, przypisującym poszczególnym podmiotom określone kompetencje i odpowiedzialność.

Podkreślić należy, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania podstaw do zastosowania konkretnej stawki podatku w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 239 Pzp.

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, **w myśl bowiem art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 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.** Tak więc 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).

Powołać także należy 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 (wynikającej z przepisów powszechnie

obowiązujących) stawki podatku VAT w wystawionej fakturze (w ofercie oświadcza jedynie, iż cena ofertowa uwzględnia podatek od towarów i usług, a wysokość tego podatku ma charakter informacyjny).

Uwzględniając **cywilistyczny charakter oferty**, a tym samym i wskazanej w niej ceny obejmującej podatek od towarów i usług, **zamawiający nie ma obowiązku weryfikacji przesłanek upoważniających do zastosowania zwolnienia podatkowego w złożonej ofercie**. Brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu takiego obowiązku czy nawet uprawnienia. Byłoby to bowiem przypisanie podmiotom prowadzącym postępowania o udzielenie zamówienie publicznej kompetencji przysługujących wyłącznie organom podatkowym.

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 prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Umowa cywilnoprawna nawet nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona nie jest dotknięta w tym zakresie sankcją nieważności; przyjmując za punkt wyjścia porównywane w trakcie postępowania (i płacone w trakcie realizacji umowy) ceny brutto.

Przyjęcie odpowiednich stawek podatku jest ryzykiem wykonawcy, zarówno w odniesieniu do rzeczywistych stawek podatku VAT, które będzie musiał zastosować i odprowadzić od uzyskanej ceny, jak i ewentualnej odpowiedzialności karno-skarbowej, natomiast dla zamawiającego jest to okoliczność irrelevantna. Odmienna interpretacja stanowiłaby nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią.

W zawiadomieniu z dnia 28 grudnia 2021 r. zamawiający wskazał, że: „Zamawiający nie wskazuje jednak przy tym, aby w ramach świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości występowały czynności pomocnicze przy pacjencie.”. Powyższe potwierdza, że zamawiający jest niekonsekwentny i popada w sprzeczność. Specyfikacja Warunków Zamówienia Wskazuje bowiem coś innego.

Przedmiot zamówienia „Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji oddziałów szpitalnych i innych komórek Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie oraz transportu wewnątrzszpitalnego” 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. **Usługi objęte przetargiem (m.in. zbieranie naczyń z sal chorych, mycie ręczne, mycie w zmywarkach, wyparzanie lub naświetlanie w kuchenkach oddziałowych naczyń po posiłkach - talerze, sztućce, pojemniki plastikowe, trojaki itp.; mycie i dezynfekcja basenów, misek do mycia chorych z wykorzystaniem urządzeń myjących 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 - nagłych osoba sprząająca 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 obuwiu – vide: załącznik nr 3 do SWZ 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 odwołującego, 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 wyżej wyszczególnione usługi objęte zamówieniem, które będą realizowane w wyspecyfikowanej wyżej „części medycznej” zamawiającego 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**. Zakres przedmiotowy wyżej powołanych przepisów jest tożsamy, różnią się one wyłącznie przesłanką podmiotową. **Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie** - członek konsorcjum, 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.

Zwolnienie ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, a prawidłowość zastosowanego zwolnienia należy badać w oparciu o cechy indywidualne wykonawcy, zamawiający nie ma jednak kompetencji w tym zakresie. **Złożenie oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne nie prowadzi bowiem do powstania obowiązku podatkowego wykonawcy – obowiązek ten co do zasady powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi** (art. 19 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług).

Wykładnia przedmiotu zwolnienia objętego art. 43 ust. 1 pkt 18a cyt. ustawy o podatku od towarów i usług została zaprezentowana w treści **interpretacji ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622**. Przedmiotowa interpretacja ogólna stanowi akt, który ma 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. **Według art. 14b § 5a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2021.15.40 ze zm.), jeżeli przedstawione we wniosku stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe odpowiadają zagadnieniu będącemu przedmiotem interpretacji ogólnej wydanej w takim samym stanie prawnym nie wydaje się interpretacji indywidualnej**.

Zgodnie z treścią w/w 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 (...). 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 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). Powyższą kwalifikację czynności stanowiących element procesu opieki medycznej, **w tym czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego**, w których przeprowadzane są procesy lecznicze albo ściśle z nimi związanych oraz czynności polegających na dostarczaniu posiłków do pacjentów potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych.”

Zgodnie z wyrokiem 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 kacek, 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 Naczelnego Sądu Administracyjnego 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. Należy jednocześnie podkreślić, że jak wskazano w treści interpretacji ogólnej: „**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)**”.**

Powyższe jednoznacznie uzasadnia kwalifikację dokonaną przez odwołującego, 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. Odmienna wykładnia jest niezgodna z w/w regulacjami.

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). 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. **Brak jest zatem podstaw do postawienia tezy, iż czynności te nie są w związku z celem jakim jest opieka nad hospitalizowanym pacjentem. Czynności współpielęgnacyjne mieszczą się w pojęciu świadczenia zdrowotnego, zdefiniowanego w art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych (świadczenie zdrowotne – działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania).**

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (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, 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 wąskiego znaczenia; nie ma przy tym znaczenia czy świadczenia takie są wykonywane przez personel, który stanowi wykwalifikowany personel medyczny, czy też nie. Nie jest bowiem konieczne, aby każdy aspekt opieki terapeutycznej wykonywany był przez personel medyczny. Salowa, sanitariusz czy sprzątaczką współpracujący z personelem medycznym podczas opieki nad pacjentem nie mają wprawdzie uprawnień medycznych, lecz wykonują czynności zgodnie z uzgodnieniami ze szpitalem oraz konkretnymi wskazówkami personelu medycznego; czynności te nie wymagają wykształcenia medycznego i dlatego można je przekazać personelowi o niższych kwalifikacjach, co przekłada się na obniżenie kosztów opieki nad pacjentem. Powyższe rozumienie roli personelu pomocniczego znajduje także odzwierciedlenie na gruncie odrębnych przepisów dotyczących zakładów opieki zdrowotnej, m.in. zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od pracowników na poszczególnych rodzajach stanowisk pracy w podmiotach leczniczych nie będących przedsiębiorcami (Dz.U.2011.151.896 ze zm.), salowa oraz sanitariusz zostali wymienieni jako „pracownicy działalności podstawowej” (czyli realizacji świadczeń zdrowotnych) podmiotu leczniczego – wskazane kwalifikacje: podstawowe wykształcenie oraz przeszkolenie w miejscu pracy. Zarówno prace pomocnicze przy pacjentach, jak i prace gospodarcze ściśle z nimi

związane stanowią nieodzowny element opieki szpitalnej i medycznej (leczenia szpitalnego i medycznego), ponieważ stanowią usługę pomocniczą względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej; świadczenie może być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego usługodawcy. **Zakwalifikowanie prac pomocniczych przy pacjentach oraz prac gospodarczych ściśle z nimi związanych do usługi w zakresie opieki medycznej (ochrony zdrowia ludzkiego) jest z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia uzasadnione.**

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 maja 2002 r., sygn. akt: III R 166/01, 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. **W niniejszej sprawie bez wątpienia nie mamy jednak do czynienia z usługą jednorodną.**

Podsumowując dotychczasowe wywody, 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. Tym samym odwołujący był uprawniony do przyjęcia przez siebie sposobu opodatkowania zaoferowanych usług.

Istotny pozostaje przy tym fakt, że Specyfikacja Warunków Zamówienia w rozdziale XV „SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY” – w punkcie 1 – wskazuje: „Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego i Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.”. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ (pkt 2 rozdział XV SWZ). Przy czym ani formularz ofertowy, ani formularz cenowy nie wskazują stawki podatku VAT. W formularzu ofertowym należało podać cenę brutto oraz wskazać podatek VAT (wartość VAT). Natomiast w formularzu cenowym należało podać cenę netto, cenę brutto oraz wskazać stawkę podatku VAT i wartość VAT. Tak więc zamawiający w żadnym miejscu nie sprecyzował stawek podatku VAT. Nie zawarł przy tym w tym zakresie żadnych wiążących wytycznych co do wysokości stawki podatku VAT.

Zdaje się, że według zamawiającego zastosowana stawka powinna być na poziomie 23%.

Jeżeli informacje zawarte w treści oferty wzbudziły wątpliwości zamawiającego odnośnie tego, czy przyjęta w ofercie stawka VAT jest w pełni prawidłowa, 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, należy uznać, że oferta w tym zakresie nie posiada błędów w obliczeniu ceny. Taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. W przypadku, gdy wykonawca - odwołujący w wyjaśnieniu wykazał, że została zastosowana prawidłowa stawka podatku VAT zamawiający winien kontynuować postępowanie z jego udziałem, a nie odrzucać ofertę. Odrzucenie oferty może bowiem nastąpić wyłącznie w przypadku aktualizacji jednej z podstaw wskazanych w art. 226 Pzp. Przepisem znajdującym zastosowanie w przypadku błędu w obliczeniu ceny jest art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, ale jego zastosowanie może mieć miejsce tylko

wówczas, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, iż wykonawca błędnie obliczył cenę oferty. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie.

Zauważyć bowiem należy, że **przedmiotowa usługa nie jest jednorodna**. Świadczy o tym chociażby fakt, że zamawiający podzielił zamówienie na dwie części. Dla rozstrzygnięcia zasadniczym jest odniesienie się do zakresu i rodzaju usługi objętej przedmiotem zamówienia w celu ustalenia, czy **nie zachodzi podstawa do przyjęcia kompleksowego jej charakteru**, co uzasadniać miałyby przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT 23% (jak to uczyniło konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o. o. w Warszawie) dla wyliczenia ceny oferty brutto. Odwołujący opiera zarzuty na wykazaniu, iż część usług świadczonych w ramach planowanego kontraktu stanowią tzw. usługi zwolnione. Oceny tej należało dokonać na podstawie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i postanowień SWZ przywołanych powyżej (w szczególności tych dotyczących sposobu wykonania świadczenia i jego zakresu). Aby uznać kompleksowość świadczenia, między elementami zamówienia musiałyby istnieć nierozzerwalny związek, który warunkowałby tylko wspólne wykonanie tych elementów (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt: KIO 2210/18).

Skoro zamawiający przyznaje pośrednio, że zamawiana usługa nie jest kompleksowa, to powinien wskazać stosunek poszczególnych części. **Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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). Podkreślał również, że niewystarczający dla uznania danego świadczenia za kompleksowe jest jedynie związek poszczególnych usług wchodzących w jego skład ze sobą. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z odrębnymi usługami mamy 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. Co za tym idzie, za odrębne należy uznać takie świadczenia, których połączenie miałyby jedynie sztuczny charakter oraz te, których „rozdzielenie” pozostaje bez wpływu na charakter każdego z nich. W tym kontekście za świadczenia odrębne należy więc uznać również świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz jednego nabywcy, które nawet jeżeli są w pewien sposób powiązane, mogą być traktowane rozłącznie, a traktowanie to nie wpłynie na charakter żadnego z nich, ani też nie sprawi, że wartość świadczeń z punktu widzenia nabywcy będzie inna, niż gdyby świadczenia te były uznane za świadczenie złożone. Jeśli usługi mogą być rozdzielone bez uszczerbku dla każdej z nich, to nie można uznać, że stanowią jedno świadczenie kompleksowe. Istotą świadczeń kompleksowych jest natomiast 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 wyroku z dnia 22 października 1998 r. w połączonych sprawach C-308/96 i C-94/97

Commissioners of Customs and Excise v. T.P. Madgett, R.M. Baldwin i The Howden Court Hotel, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że „świadczenie jednolitej usługi ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy jeden lub więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie (usługę) główne podczas gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenia (usługi) dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak w przypadku świadczenia (usługi) głównego. Usługa musi być uznana za dodatkową w stosunku do usługi głównej, jeżeli nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek lepszego wykorzystania dostarczonej usługi głównej”. Podstawowym kryterium uznania danego świadczenia za świadczenie pomocnicze jest jego funkcjonalny (ekonomiczny) związek ze świadczeniem głównym, a nie aspekty prawne (vide: uchwała NSA z dnia 8 listopada 2010 r., sygn. akt: I FPS 3/10). **W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojedyncza usługa traktowana jest jak element usługi kompleksowej wówczas, gdy cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej.** W przedmiotowej sprawie, żadna z przesłanek zakwalifikowania całości zamówienia jako usługi kompleksowej nie zaistniała. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że prace związane z szeroko pojętymi usługami pomocniczymi przy pacjencie mogą być przedmiotem odrębnego zamówienia. Prace te nie są nierozzerwalnie związane ze świadczeniem głównym, tj. sprzątnięciem. Świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmienia to ich charakteru.

Z treści dokumentów postępowania wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia ma charakter złożony i nie jest ograniczony do samego sprzątnięcia. Sam zamawiający w zawiadomieniu z dnia 28 grudnia 2021 r. wskazał: **„Istotnie wśród szerokiego wachlarza czynności stricte porządkowo-czystościowych może hipotetycznie wystąpić konieczność realizacji pojedynczych, dodatkowych zadań z zakresu bezpośredniej obsługi pacjentów i udzielania pomocy przy ich pielęgnacji”**. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia 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 sprzątnąca 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 pielęgniarstwa, zamiennie z personelem wykonawcy), mycie obuwia zespołu operacyjnego oraz rejonów na obuwie. Mając na względzie powyższe, nie sposób uznać za zamawiającym, że do zadań wyłonionego w tym zakresie wykonawcy należeć będzie wyłącznie wykonanie usługi utrzymania czystości i porządku w szpitalu. Wszak chociażby mycie obuwia zespołu operacyjnego bez wątplenia wykracza poza zakres sprzątnięcia szpitala.

Żądanie od wykonawcy wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 Pzp co do zasady stanowi prawo zamawiającego. Świadczy o tym fakt, iż ustawodawca kształtując treść przepisu posłużył się określeniem „może”. Należy jednak pamiętać, że zamawiający obowiązany jest do przeprowadzenia postępowania (w tym oceny złożonych ofert) w sposób rzetelny. Oznacza to, 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 Pzp i wezwać wykonawcę do udzielenia stosownych wyjaśnień. Otrzymane wyjaśnienia zamawiający powinien ocenić, biorąc pod uwagę nie tylko

Prawo zamówień publicznych, ale także przepisy podatkowe, co znalazło odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 123/20, KIO 127/20, 141/20 – „Wieloletnia praktyka Izby potwierdza, że z uwagi na odmiennosć stanów faktycznych nie sposób wypracować jednolitego podejścia do kwestii związanej ze świadczeniami złożonymi i możliwością zastosowania jednolitej stawki VAT do wszystkich świadczeń objętych zamówieniem. **Niewątpliwie sytuacja taka nie gwarantuje wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia pewności i stabilności w procesie stosowania prawa**” oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2377/19 – „W kontekście zamówień publicznych kwestię podatku od towarów i usług, jako elementu silnie cenotwórczego, bowiem obejmującego nawet do 23% ceny oferty, która to wartość bez wątpienia może mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej (wysokość ceny co do zasady każdorazowo stanowi kryterium oceny ofert) należy rozpatrywać w dwóch aspektach: podatkowym, ale przede wszystkim - **uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**”. Jednoznaczne stanowisko w tym zakresie wynika również z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1462/17, w którym wskazano, że: „w celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na **odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**”. Przedmiotowa kwestia została także poruszona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1537/20. Dodatkowo w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej przeważa linia orzecznicza niedopuszczająca powoływanie się wykonawcy, w zakresie obniżonej stawki podatku VAT, na indywidualną, niestandardową interpretację organów podatkowych, a wręcz przeciwnie **odpowiedzialność w tym zakresie zostaje przeniesiona na zamawiającego, który powinien tak przygotować postępowanie, aby z dokumentów postępowania wynikało, jaka stawka podatku VAT ma zastosowanie**. W niniejszej sprawie powyższego zabrakło. Skoro powszechnie wiadomo, że elementem ceny jest podatek VAT, to zamawiający winien określić stawkę tego podatku, tak by nie budziła ona żadnych wątpliwości. Zwłaszcza kiedy prowadzi przetarg na złożone zamówienie, które sam dzieli na dwie części. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający przygotowując postępowanie powinien pozyskać wiedzę, jaka jest właściwa stawka podatku VAT w danym zamówieniu.

W przywołanym już wcześniej wyroku z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2377/19, Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że: „Zgodnie z art. 7 ust. 1 starego PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przepis ten wymienia więc najważniejsze zasady, którymi zamawiający ma się kierować w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. **Sytuacja, w której w danym postępowaniu pomiędzy ofertami złożonymi przez wykonawców, ze względu na interpretację przepisów podatkowych, może występować piętnastoprocentowa różnica w cenie - czy to całej oferty, czy też jej poszczególnych pozycji - nie jest pożądana ani z punktu widzenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, ani przejrzystości samego postępowania**. Zamawiający w

niniejszej sprawie nie uregulował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwestii podatku od towarów i usług. **Nie uzyskał też interpretacji indywidualnej, o której mowa w art. 14s Ordynacji podatkowej**, którego to wprowadzenie miało zapobiegać tego typu sytuacjom i sprzyjać zachowaniu uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowań. Zgodnie bowiem z art. 14s § 1 Ordynacji podatkowej z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu Pzp w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym, podmiot publiczny w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia w związku z zawieraną umową o partnerstwie publiczno-prywatnym, lub zamawiający w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia koncesjonariusza wraz z ewentualną płatnością od zamawiającego w związku z zawieraną umową koncesji na roboty budowlane lub usługi; przepisu nie stosuje się. Zgodnie z § 2 art. 14s Ordynacji podatkowej przepisy art. 14k-14n Ordynacji podatkowej stosuje się odpowiednio do wykonawcy, partnera prywatnego lub koncesjonariusza. A zatem nie tylko zamawiający, ale też wykonawcy biorący udział w postępowaniu, objęci są ochroną, o której mowa w art. 14k Ordynacji podatkowej. **„Jeśli zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną, nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Stanowisko zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w SIWZ, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt: UZP 917/09).**

Rodzi się zatem pytanie, skoro zamawiający jest pewny, że stawka 23% jest prawidłowa, tzn. zgodna z obowiązującymi przepisami, 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. W niniejszej sprawie reguły te – za sprawą zamawiającego – zostały zachwiane.

Zauważyć bowiem należy, że poszczególni wykonawcy zastosowali odmienne stawki podatku VAT. I tak 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. Przy czym **każdy z wykonawców zastosował różne proporcje stosunku zwolnienia do stawki podstawowej**. Istotny pozostaje przy tym fakt, że zamawiający przeszedł nad tym do porządku dziennego. Tymczasem takie wybiórcze podejście do tematu jest niedopuszczalne. Zwłaszcza, że **wybrany wykonawca konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie również posłużył się zwolnieniem z VAT**, jeśli chodzi o część II zamówienia. Tymczasem część II – transport wewnątrzszpitalny wydaje się bardziej jednorodna niż część I - świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji.

Zamawiający odrzucając ofertę skupił się jedynie na części I zamówienia. Tymczasem **część II zamówienia również została objęta przez wykonawców zwolnieniem**. Jedynie konsorcjum Fudeko S.A. w Gdyni nie zastosowało w tej kwestii zwolnienia i posłużyło się

stawką podstawową VAT 23%. Fakt, iż Konsorcjum z liderem Fudeko S.A. w Gdyni zastosowało stawkę VAT 23% nie powoduje, iż nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny. 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. Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej stawki VAT. Określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Klasyfikacja dokonana przez zamawiającego nie jest prawidłowa. Zauważyć bowiem należy, że również część II zamówienia nie jest jednorodna. Obejmuje ona bowiem 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 (vide: załącznik nr 3.1 do SWZ).

Zamawiający w żadnej mierze nie odniósł się do tej kwestii. **Przedmiotowe zawiadomienie z dnia 28 grudnia 2021 r. nie porusza tematu części II zamówienia. Tymczasem błąd w cenie oznacza nie tylko posłużenie się stawką niższą, ale również posłużenie się stawką wyższą. Takie postępowanie zamawiającego narusza zasadę równości i konkurencyjności wobec wykonawców.** Tylko ścisłe podejście do regulacji związanych z preferencyjnymi stawkami podatku od towarów i usług jest gwarantem zachowania zasad konkurencji na rynku Unii Europejskiej i w tym zakresie organy krajowe (zarówno organy podatkowe, jak również sądowe i pozasądowe organy orzekające) są zobligowane do takiego, tj. ścisłego stosowania tych regulacji. W przeciwnym wypadku, jak w niniejszej sprawie, może dojść do nieporównywalności ofert i zaniżenia wynagrodzenia przez jednego z wykonawców na skutek nieprawidłowego zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2057/20).

Podkreślić należy, za stanowiskiem Sądu Najwyższego, 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.** Nie ma zatem znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 559/21).

W zasadzie zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych motywów odrzucenia oferty odwołującego. Co więcej, nie wykazał się niekonsekwencją. 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. Zamawiający skupiając się na matematycznym aspekcie oceny ofert nie odniósł się do zasadniczej kwestii, jaką jest dopuszczenie do oceny oferty podlegającej odrzuceniu. Oferta konsorcjum DGP Clean

Partner sp. z o.o. w Warszawie nie powinna być wybrana, gdyż również zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Takie działanie należy uznać za naruszające art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp, w tym zasadę przejrzystości postępowania. Zamawiający zobowiązany jest w sposób rzetelny i szczegółowy uzasadniać czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy mieli możliwości chociażby prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania czy uzasadnienia okoliczności faktycznych i prawnych. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego oferenta o motywach wyeliminowania go z postępowania o udzielenie zamówienia może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. W przedmiotowej sprawie zamawiający wykazuje się rażącą niekonsekwencją. Zwłaszcza, że **odwołujący jeszcze rok temu świadczył na rzecz zamawiającego tożsame usługi – w niezmienionym stanie prawnym i faktycznym – ze zwolnieniem z VAT.**

Reasumując, zarzut naruszenia przez odwołującego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest trafiony, ponieważ oferta konsorcjum Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu w okolicznościach przedmiotowej sprawy zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do części świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia.

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

Odnosząc się natomiast do ewentualnego unieważnienia postępowania wypada wskazać, że skoro według zamawiającego jego celem jest nabycie jednego kompleksowego świadczenia – sprzątnięcia i transportu, to należy przyjąć jednolitą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Tymczasem żaden z wykonawców nie przyjął jednolitej stawki, co w konsekwencji oznacza, że każdy popełnił błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty. Powyższe uprawnia do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Odwołujący jest wykonawcą, który przed rokiem wykonywał na rzecz zamawiającego tożsamą usługę przez co zna specyfikę wymagań Zamawiającego oraz możliwości zatrudnienia. Odwołujący 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. Oferta wybranego wykonawcy - DGP Clean Partner Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o.o., DGP PROVIDER Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o. o., PARTNER MEDICA Sp. z o.o. części II opiewa na kwotę brutto 591 703,20 zł brutto, w tym podatek Vat 133 03,20 oraz zadeklarował „oświadczam/ my, że do realizacji przedmiotu zamówienia wyznaczam/y **8 osób**. Liczba osób zatrudnionych do realizacji przedmiotu zamówienia na umowę o pracę – **etat (praca w maksymalnym wymiarze czasu dopuszczonym prawem pracy)**”.

Z powyższego wynika, że konsorcjum DGP zamierza zrealizować II część zamówienia za miesięcznym wynagrodzeniem netto 24 100,00 zł zatrudniając przy tym 8 osób/etatów. 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 nim wynagrodzenie minimalne w 2022 roku musi wynosić nie mniej niż 3 010,00. Uwzględniając koszty pracodawcy oznacza to koszt 3 626,46 plus 26 dni urlopu wypoczynkowego 4 000,62 zł. Łączna kwota wynagrodzeń 8 osób daje miesięczne koszty wynagrodzeń w kwocie 32 004,95. 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 (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp).

Cena ofertowa może być wytłumaczona przez Wybranego Wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. W takim przypadku otrzymywane dofinansowania powinny być w kwocie przewyższającej 1000 zł na etat (osoby z niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym), co powoduje, art. 19 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku. W konsekwencji powyższego, uwzględniając urlop wypoczynkowy w ilości 36 dni w roku, musi nastąpić zmiana kosztu wynagrodzenia pracowników – nie mniej niż 4 144,53 zł / miesiąc. Koszty osobowe nie są jedynymi, które pracodawca zobowiązany jest ponieść. Powyższe wyliczenia dotyczą jedynie podstawowego wynagrodzenia z zastępstwem urlopowym. Zatrudniając 8 osób, posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, trudno nie uwzględnić absencji chorobowych (szczególnie w okresie epidemii).

Zamawiający w Załącznik nr 3.1. do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia część II wskazał na inne koszty, które należy uwzględnić w kalkulacji:

- „szpital ... wydzierżawia pomieszczenie gospodarcze (socjalne) z przeznaczeniem dla realizacji zadania, z zastrzeżeniem, że będą wykorzystywane jedynie do celów związanych z wykonywaniem usług dla szpitala. **Wysokość dzierżawy miesięcznie to 500 zł brutto** (w tym koszt zużycia energii elektrycznej, wody + ścieków).

- na terenie Szpitala usytuowane są miejsca z przeznaczeniem na szatnie dla pracowników Wykonawcy. Pomieszczenia nie są umeblowane. Pomieszczenia wymagają adaptacji przed rozpoczęciem usługi. Pomieszczenia te wymagają drobnych prac remontowych (w przypadku chęci wykonania remontu tych pomieszczeń Wykonawca może wykonać go na własny koszt po wcześniejszym uzgodnieniu szczegółów z Zamawiającym). Po stronie Wykonawcy leży wyposażenie pomieszczeń w szafki odzieżowe z przeznaczeniem dla zatrudnionych przez niego pracowników. Umywalnie oraz natryski (z dostępem do ciepłej wody) znajdują się w osobnych pomieszczeniach znajdujących się w pobliżu miejsc przeznaczonych na szatnie.

„Wykonawca zobowiązany jest dysponować do wykonania przedmiotu wózki transportowe:

- jeden wózek do przewożenia skażonych odpadów medycznych zamknięty z materiałów umożliwiających dezynfekcję - odpowiednio oznakowany,

- jeden wózek do przewożenia czystej bielizny zamknięty z materiałów umożliwiających dezynfekcję - odpowiednio oznakowany,

- jeden wózek do przewożenia sterylnych materiałów z centralnej sterylizacji - wózek powinien być zamknięty, oznakowany, z materiałów umożliwiających dezynfekcję - odpowiednio oznakowany. Przybliżone wymiary wózka: dł. wewnętrzna 130 cm, szer. wew. 72 cm, wys. 117 cm. Długość zewnętrzna 125 cm, szer. zewnętrzna 67 cm. Otwierany z góry i z boku.

- jeden wózek zamykany do przewożenia materiału skażonego do sterylizacji z materiału umożliwiającego dezynfekcję - odpowiednio oznakowany. Wymiary jak wyżej.

- jeden wózek zamykany do przewożenia brudnej bielizny do punktu pobierania bielizny z materiału umożliwiającego dezynfekcję - odpowiednio oznakowany,

- do przewożenia posiłków - **samochód z powierzchnią transportową, z częścią bagażową zamkniętą umożliwiającą mycie i dezynfekcję.**

Mycie i dezynfekcja kontenerów transportowych służących do transportu materiałów do/z Centralnej Sterylizacji.

Zapewnienie środków transportu wewnętrznego na terenie szpitala do realizacji transportu z apteki, magazynu, między oddziałami i pozostałymi komórkami – 1 szt.

- W pracy stosują odzież ochronną - rękawice, fartuchy oraz przestrzegają tzw. czystych i brudnych dróg transportu (zapewnia Wykonawca).

Zatrudnienie przez Wykonawcę pracownicy zobowiązani są do noszenia odzieży roboczej oraz identyfikatorów ze znakiem firmowym Wykonawcy – zapewnia Wykonawca.

- **Wykonawca utrzymuje w bieżącej czystości: wózki transportowe, kontenery transportowe, komorę chłodniczą do przechowywania odpadów medycznych oraz boks do selektywnej zbiórki odpadów za pomocą własnego sprzętu, środków myjących i dezynfekcyjnych, które zapewnia Wykonawca.**

W punkcie 2 załącznika zamawiający opisuje organizację pracy i sposób realizacji tej części usługi. Realizacja przedmiotu zamówienia wymaga choćby minimalnego nadzoru i kontroli co stanowi kolejną pozycję kosztową, której nie sposób pominąć.

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.

Pomimo, że oferta nie spełnia wymogów ustawowych co do obligatoryjnego badania ceny oferty, nie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 przesłanki odrzucenia oferty ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania,

w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

to proste wyliczenie kwoty przypadającej na 1 etat zadeklarowanego pracownika powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, a w konsekwencji spowodować skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień. Z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy powinny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty (zob. wyrok z dnia 13 października 2014 r., KIO 2031/14).

Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

załączniki:

- 1) odpis KRS Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie,
- 2) odpis KRS WPU sp. z o.o. w Olsztynie,
- 3) pełnomocnictwo,
- 4) dowód uiszczenia wpisu,
- 5) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.

Rafał Mordasiewicz