

Olsztyn, dnia 18 lipca 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
02-676 Warszawa, ul. Postępu 17 a

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Zespolony**
im. dr Romana Ostrzyckiego w Koninie
62-504 Konin, ul. Szpitalna 45
KRS: 0000030801, REGON: 000311591
tel.: 63 240-41-33; 63 240-40-00
e-mail: szp@szpital-konin.pl
https://platformazakupowa.pl/wsz_konin

Odwołująca: **Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie**
reprezentowana przez Rafała Mordasiewicza
10-170 Olsztyn, ul. Gietkowska 10
KRS 0000529764
nr telefonu: + 48 89 679 77 06
rafal.mordasiewicz@cleanservices.pl

nr ogłoszenia 2022/S 100 - 277302

Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie - numer referencyjny: WSZ-EP-12/2022.

ODWOŁANIE
wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia
w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t.j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej Ustawa lub pzp, składam odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie. (znak postępowania: WSZ-EP-12/2022) tj. wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, dokonanych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowa Specyfikacja Warunków Zamówienia sporządzona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego narusza przepisy Pzp. Zarzucam zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt1 i 3 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; poprzez sformułowanie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej

w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia;

- 2) art. 99 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonywania czynności pomocniczych, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty; poprzez zaniechanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia; poprzez brak określenia przy opisie przedmiotu zamówienia wszystkich nazwy i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień; poprzez dokonanie opisu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez wykreślenie zwrotu:

- dla Pakietu nr 1 - minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m² mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny, przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy,
- dla Pakietu nr 2 - minimum 1 usługę polegającą na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 15 000 m² mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny, przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy,
- w przypadku składania oferty na oba pakiety zamawiający dopuszcza możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu za pomocą jednej usługi polegającej na kompleksowym utrzymaniu czystości i dezynfekcji w szpitalu o powierzchni min. 30 000 m² mającym w swojej strukturze Blok Operacyjny, przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.

b) nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób, który wskazywałby na jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawców swoich ofert w postępowaniu, poprzez wskazanie proporcji pomiędzy poszczególnymi usługami: kompleksowego sprzątnia, transportu zwłok, transportu wewnętrznego oraz wykonywania usług w zakresie opieki medycznej, ze wskazaniem odpowiednich stawek podatku VAT.

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy. Zamawiający w dniu 13.07.2022 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

W oparciu o powyższe zarzuty - na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp - wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości. Ponadto - na podstawie art. 573Pzp - wnoszę o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie (znak postępowania: WSZ-EP-12/2022). 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 7 maja 2021 r. pod numerem 2022/S 100-277302 (Dz.U./S S100 24/05/2022 277302-2022-PL, niniejsze ogłoszenie zostało zamieszczone w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:277302-2022:TEXT:PL:HTML>).

Powszechnie wiadomo, że określenie warunków to jedna z kluczowych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wybór optymalnego wykonawcy. Sformułowane warunki w SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ogranicza uczciwą konkurencję i uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia. Co więcej, wprowadzone zapisy nie tylko nie czynią warunków postępowania adekwatnymi wobec wymogów zamówienia (a postępowania bardziej konkurencyjnym), ale wprost przeciwnie, wprowadzają dodatkowe nieuzasadnione wymagania i tym samym jeszcze bardziej ograniczają możliwość uczestniczenia w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia. Tym samym zamawiający wprowadził nieuzasadnione bariery ograniczające oferentom wzięcie udziału w postępowaniu.

Powyższe zapisy naruszają art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dyskryminujący i wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W konsekwencji zostały naruszone elementarne zasady Pzp - zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także proporcjonalności.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Z powyższego wynika, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w rozdziale IX SWZ warunki udziału w postępowaniu – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - określił w sposób nadmierny i nieproporcjonalny.

Brak jest uzasadnienia dla uznania, że przedmiotowe zamówienie zostanie należycie wykonane tylko przez wykonawcę, który zrealizował usługi w szpitalu posiadającym Blok Operacyjny - ginekologiczny, Salę cięciową, Oddział Noworodkowy, Oddział Chorób Płuc oraz Pracownię Leku Cytostatycznego (odpowiednio dla pakietu nr 2 - Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddział Obserwacyjno - Zakaźny oraz Pracownię Receptury Jałowej). Wszak

usługi sprzątanania są ustandaryzowane, tj. technika i specyfika świadczenia takich usług jest generalnie podobna. Przyjąć zatem należy, że wykonawca usługi sprzątanania w jakimkolwiek dużym szpitalu, gdzie jest np. oddział ratunkowy, klinika chirurgii onkologicznej, czy oddział neurologii z pododdziałem udarowym, będzie posiadał tożsame doświadczenie zawodowe (w sensie jakości świadczonej usługi), jak wykonawca takiej usługi w szpitalu, w którym jest np. blok operacyjny ginekologiczny, czy oddział chorób płuc. Wiedza i doświadczenie takiego wykonawcy w żaden sposób nie odbiega od wiedzy i doświadczenia nabytego przez wykonawcę, który obsługiwał kontrakt z placówką, która w swojej strukturze posiada wyszczególnione w specyfikacji oddziały. Zasadnicze znaczenie ma bowiem charakter usług, rodzaj obiektu i powierzchnia do sprzątanania, a nie charakter poszczególnych komórek obiektu. Zwłaszcza, że przyjmuje się, że usługa sprzątanania i dezynfekcji szpitala (utrzymania czystości) nie wymaga od wykonawcy wiedzy specjalistycznej i powinna być wykonywana w określony standardowy sposób a także służy do zaspokojenia bieżących potrzeb, tym samym jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych.

Tym samym żądanie od wykonawców doświadczenia w sprzątananiu np. Pracowni Leku Cytostatycznego jest nieuzasadnione i utrudnienia dostęp do zamówienia. Bez wątplenia bowiem mnożenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych ogranicza konkurencyjność postępowania. Podkreślić należy, że zakreślona kazuistyka jest nie tylko niekonieczna i nieuzasadniona, ale i w żadnym razie niepotrzebna do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto wypada wskazać, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (vide: wyrok KIO z dnia 8 marca 2013 r., KIO 426/13). W niniejszej sprawie zamawiający nie uczynił zadość w/w powinnościom. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 r., KIO 8/17). Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Podsumowując, można w postępowaniu postawić określone warunki udziału, niemniej jednak tylko wtedy, jeśli są one proporcjonalne i gwarantują właściwą realizację przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w niniejszej sprawie tylko utrudnia uczciwą konkurencję. Warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, pozostawać w związku z nim oraz służyć do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przy czym ta weryfikacja musi się zaś być dokonana przez zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności.

Naczelną zasadą jaką zamawiający winien kierować się opisując warunki udziału w postępowaniu jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych (vide: wyrok

KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r., KIO 476/16). Tymczasem zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że ze względu na przedmiot zamówienia wykonawca legitymujący się wykonaniem usługi sprzątnia i dezynfekcji w szpitalu jedynie o charakterze podobnym do tego z przedmiotu zamówienia nie będzie dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia. Nie wykazał również, że usługa sprzątnia i dezynfekcji poszczególnych (innych/różnych) obiektów służby zdrowia cechuje się indywidualnymi uwarunkowaniami, odmiennymi od usługi sprzątnia np. Pracowni Receptury Jałowej. Zamawiający nie wyjaśnił, czy istnieje jakakolwiek różnica pomiędzy sprzątniem i dezynfekcją w/w Pracowni Receptury Jałowej a sprzątniem i dezynfekcją innych obiektów/komórek służby zdrowia. W żaden sposób nie wykazał, że technologia sprzątnia i dezynfekcji Oddziału Chorób Płuc jest inna niż np. oddziału neurochirurgicznego, kardiochirurgicznego czy hematologicznego, na czym polega specyfika wykonywania usług porządkowo-czystościowych na bloku operacyjnym - ginekologicznym, a blokiem operacyjny. Nie przedstawił żadnej argumentacji, że istnieją specyficzne uwarunkowania w jego przypadku. W konsekwencji należy uznać, że brak jest obiektywnych przesłanek do utrzymania wprowadzonego przez zamawiającego ograniczenia w opisie warunków udziału w postępowaniu i zawężenia doświadczenia wykonawcy wyłącznie do obiektów mających w swojej strukturze „Blok Operacyjny - ginekologiczny, Salę cięciową, Oddział Noworodkowy, Oddział Chorób Płuc oraz Pracownię Leku Cytostatycznego” oraz „Blok Operacyjny, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddział Obserwacyjno - Zakaźny oraz Pracownię Receptury Jałowej” – posiadających odwzorowanie powierzchni szpitalnych w stosunku jeden do jednego jak przedmiot zamówienia. Wprowadzone ograniczenie jest nadmierne i w sposób niezasadny ogranicza wykonawcom możliwość ubiegania się o realizację zamówienia.

Zgodnie z Prawem zamówień publicznych, Zamawiający formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zobligowany jest tak ustalić ww. opis, aby był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, uznaje się, że „przepisy p.z.p. nie wymagają, by warunki, których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, w tym wypadku w zakresie wiedzy i doświadczenia ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, ma ono być jedynie związana z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalna" (KIO 1400/11; KIO 920/11; KIO 2792/10). Istotnym jest także, iż „ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia" (KIO 1528/11).

Sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu ogranicza krąg wykonawców, którzy dają rękojmię wykonania zamówienia, mogliby wziąć udział i złożyć oferty. Zamawiając ograniczając krąg wykonawców – jedynie do firm obecnie świadczących usługi, dyskryminuje innych uczestników rynku oraz skazuje się na dyktat cenowy. Analiza poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego potwierdza powyższą tezę.

Odwołujący wystąpił z wnioskiem o zmianę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 13 lipca br. nie wyraził zgody na zmianę specyfikacji i udzielił odpowiedzi. Zamawiający w żaden sposób nie uwiarygodnił konieczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu legitymując się usługami wykonywanymi na konkretnych oddziałach. Przytoczona w odpowiedzi argumentacja potwierdza, że usługa sprzątnia w WSZ w Koninie nie różni się od usług świadczonych w innych placówkach szpitalnych. Nie można uznać za unikalne, iż każda sala operacyjna wymaga odrębnego wózka do sprzątnia, należy przestrzegać kolejności sprzątnych powierzchni, sporządzania roztworów we właściwych proporcjach itd. Zamieszczone uzasadnienie, zdaniem odwołującego,

potwierdza jedynie, że usługi wykonywane w WSZ w Koninie powinny być świadczone przy zachowaniu szeregu zasad i reguł, jednak w niczym one nie różnią się od tych stosowanych w innych, tej wielkości, placówkach szpitalnych.

Stąd też wniosek o zmianę zapisów SWZ w tym zakresie jest konieczny.

Modyfikacja specyfikacji zamówienia w zakresie określenia podziału procentowego części składowych usługi na kompleksowego sprzątnia, transportu zwłok, transportu wewnętrznego oraz wykonywania usług w zakresie opieki medycznej, ze wskazaniem odpowiednich stawek podatku VAT jest ze wszech miar konieczna do zachowania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Przedmiot zamówienia obejmuje konglomerat różnorodnych świadczeń, które mają być wykonywane w pomieszczeniach i budynkach zamawiającego o różnej specyfice i przeznaczeniu. W tych okolicznościach obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne przedstawienie poszczególnych usług objętych przetargiem oraz zakreślenie ich proporcji wobec ogółu zamówienia. Przedmiotowy opis zamówienia bez wątplenia jest nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Nie wiadomo bowiem, czy chodzi o czynności pomocnicze przy pacjentach, czynności pomocnicze przy chorych (wszak zamawiający posługuje się w SWZ dwoma w/w zwrotami), czy też inne czynności pomocnicze (np. podawanie i odbiór kaczek, basenów, nocników, pomoc przy przenoszeniu pacjenta, dostarczanie wycinków operacyjnych na patomorfologię i odbiór wyników, pomoc pacjentom chodzącym w przemieszczaniu się w obrębie szpitala, mycie i dezynfekcja drobnego sprzętu medycznego). Wprawdzie w załączniku nr 3 do SWZ zamawiający przywołuje definicję usług w zakresie opieki nad pacjentem, niemniej jednak jest to tylko przywołanie przepisu z ustawy. Co więcej, zamawiający podał, że: „Przez czynności pomocnicze zamawiający rozumie wszelkie inne czynności, które nie są sprzątniem oraz transportem wewnętrznym.”. Taki zwrot jest nie tylko enigmatyczny, ale i niedopuszczalny. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiającemu chodzi o usługi pomocnicze, które wpisują się w pojęcie usług z zakresu opieki medycznej i usług ściśle z nimi związanych, czy też o inne usługi. Nie wiadomo, czy chodzi o czynności współpielegnacyjne, czy poszczególne czynności wykonywane przez personel wykonawcy stanowią element jednej kompleksowej usługi w procesie opieki nad pacjentem, w ramach zapewnienia szpitalowi kompleksowego wsparcia w codziennej pracy na oddziałach szpitalnych (czy stanowią one szereg czynności tworzących w aspekcie gospodarczym jedną usługę). Nie wiadomo też czy personel wykonawcy wchodzi w skład zespołów zajmujących się opieką nad pacjentem (chorym). Zamawiający nie określił żadnych wytycznych i ani procedur (brak jest jakiegokolwiek harmonogramu w tym zakresie). Nie wskazał, czy przedmiotowe czynności powinny być wykonywane przez personel wykwalifikowany, czy też nie (np. salowa, sanitariusz). Oczywistym jest, że działalność ściśle związana z opieką szpitalną 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, niemniej jednak zamawiający winien precyzyjnie określić przedmiot zamówienia. Tak by nie było wątpliwości, czy chodzi o jednorodną usługę, kompleksową usługę, czy też o dwa odrębne rodzaje.

Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług (zw., 23%). Fakt ten potwierdził zamawiający (w formularzu ofertowym i cenowym, przewidział samodzielne pozycje). Przy czym, zwolnienie z podatku może obejmować swoim przedmiotem jedynie czynności pomocowe polegające na czynnym udziale personelu sprzątnącego w opiece nad pacjentem oraz transportu wewnętrznego, w zakresie, w jakim usługi te stanowią usługi opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu,

ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie albo wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Podstawą powyższego zwolnienia jest art. 43 ust. 1 pkt 18 lub art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 ze zm.). Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a w/w ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. W art. 43 ust. 1 pkt cyt. 18 ustawy VAT określono natomiast, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Na podstawie tego przepisu zwolnieniu podlegają m.in. czynności polegające na: pomocy i czynnym udziale przy myciu pacjentów, pomocy przy zmianie pozycji w łóżku, pomocy przy przełożeniu pacjenta na łóżko po zabiegu, na wózek transportowy na stół rtg itp., pomocy przy zmianie pampersów pacjentom, pomocy przy ubieraniu, rozbieraniu pacjentów oraz przy zmianie bielizny, asystowaniu pacjentom przy korzystaniu z toalety i łazienek, podawaniu na prośbę pacjenta i odbieranie basenów, kaczek, nocników, misek nerkowatych, misek do mycia i pomoc w ich użyciu i użyciu artykułów higienicznych, opróżnianiu ssaków z wydaliny, reagowaniu na alarmy z sal pacjentów np. podanie basenu, odebranie basenu.

Przy czym pamiętać, że zasadą wynikającą z orzecznictwa TSUE, jak i sądów krajowych jest to, iż każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne (jako przedmiot opodatkowania), zaś traktowanie ich jako świadczeń złożonych (kompleksowych) ma charakter wyjątkowy (por. wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96). Podobnie jak wyjątek od zasady stanowi zwolnienie podatkowe z usług. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że aby usługa mogła zostać uznana za kompleksową, składające się na nią świadczenia powinny pozostawać między sobą w nierozzerwalnym związku. Dopiero wówczas te świadczenia, nie dając się wyodrębnić, tworzą w efekcie jednorodną usługę.

W ocenie odwołującej, niektóre z usług objętych przedmiotem zamówienia kwalifikują się jako usługi pomocnicze przy pacjencie, o których mowa w art.43 ust. 1 pkt. 18a w/w ustawy o podatku od towarów i usług, tj. zwolnione z podatku VAT. Co do zasady są to usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy 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.

Zważywszy na fakt, iż w/w prace pomocnicze przy pacjencie są zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%, a prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej, koniecznym jest określenie przez zamawiającego jaki procent wartości usługi kompleksowej będą - w ocenie zamawiającego - stanowić czynności pomocnicze przy pacjencie zwolnione z podatku VAT oraz które świadczenie stanowi świadczenie przeważające.

Ponieważ w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługami, podlegającymi opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT, istnieje realne ryzyko ustalania przez wykonawców w ofertach stawek podatku VAT w sposób dowolny, co sprawi, iż staną się ofertami nieporównywalnymi, a w braku stosownej informacji w SWZ odnośnie proporcji wartości czynności pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z VAT do wartości pozostałych usług, zamawiający nie będzie mógł również ocenić zgodności ofert z SWZ lub stwierdzić błędu w obliczeniu ceny. Wyżej opisana dowolność w kształtowaniu proporcji poszczególnych usług w ramach oferowanego świadczenia, którą

zamawiający pozostawił wykonawcom, może być nadużywana przez niektórych wykonawców w sposób naruszający konkurencję, tj. dowolne, oderwane od rzeczywistości ustalanie proporcji wartości poszczególnych usług na korzyść usług zwolnionych z VAT, celem zaoferowania niższej ceny (niższej o podatek VAT), przy jednoczesnym naruszeniu przepisów podatkowych.

W obecnym kształcie treści SWZ może dojść do sytuacji, że najkorzystniejsza okaże się oferta, której znaczną część ceny netto stanowi cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT. Opisany model nie ma bowiem na celu zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu poprzez konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie proporcji usług, której wynikiem było przyjęcie określonej, korzystnej dla Wykonawcy stawki podatku VAT i uzyskanie w ten sposób przedmiotu zamówienia.

Tak skonstruowana Specyfikacja Warunków Zamówienia nie zawiera jednoznacznych i wiążących dla wykonawców reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w ramach których jasny jest chociażby sposób obliczenia podatku od towarów i usług. Ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania - pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości. Zamawiający nie określił w SWZ zasad wyliczenia podatku VAT poprzez wskazanie wiążącej dla wykonawców stawki/zwolnienia w ramach poszczególnych elementów zamówienia. Przygotowany przez zamawiającego formularz cenowy nie przewiduje stosowania konkretnych stawek podatku VAT. Wprawdzie to do wykonawcy należy wycena usługi w oparciu o opis zawarty w SWZ, niemniej jednak zamawiający ma obowiązek wyraźnie opisać zakresy usługi sprzątania, pomocy przy pacjencie i transportu. W niniejszej sprawie niewątpliwie tego zabrakło.

Opis przedmiotu zamówienia powinien być wynikiem obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie jego preferencji i faworyzowania określonego wykonawcy. Natomiast wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nakłada na zamawiającego szczególny obowiązek wyważenia uznaniowości. Zasada przejrzystości wymaga zaś, by postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności.

Podsumowując dotychczasowe wywody w tym zakresie, można w postępowaniu postawić określone warunki udziału, jeśli są one proporcjonalne i gwarantują właściwą realizację przedmiotu zamówienia, nawet jeśli są inne (w tym niższe) niż w postępowaniu na podobny przedmiot zamówienia. Stąd też wniosek o zmianę zapisów SWZ w tej części.

Załączniki:

- 1) aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców,
- 2) dowód uiszczenia wpisu,
- 3) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.