

Wrocław, dnia 26 lipca 2021 roku

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

Odwołujący:

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o.o.

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

KRS: 0000005901

NIP: 9542250979

numer telefonu: 510 013 153

adres poczty elektronicznej: k.grabek@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Katarzyna Grabek

Zamawiający:

Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o. o.

Aleja Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów

tel. (62) 50-32 236, fax (62) 50-32 280

e-mail: przetargi@szpital.ostrzeszow.pl

strona www: www.szpital.ostrzeszow.pl,

adres platformy: https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_ostrzeszow

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Kompleksowe świadczenie usług sprzątania i odkażania dla OCZ w Ostrzeszowie w okresie 24 miesięcy”.

Nr postępowania: **OCZ/ZP-6/2021**

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2021/S 136-361119** z 16 lipca 2021 roku.

Kompleksowe świadczenie usług sprzątania i odkażania dla OCZ w Ostrzeszowie w okresie 24 miesięcy.”

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 16** Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 439** Ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- 3) **art. 436 pkt 4 b** Ustawy poprzez wykluczenie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę począwszy od dnia 1 stycznia 2022 r.;
- 4) **art. 41 w związku art. 106 b i 106 e** ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z **art. 62** ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy – poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia.
- 5) **art. 99 ust. 4** Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

III. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy podatkowe, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie ofert i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwieniu Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania, co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

IV. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 1) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy. Zamawiający w dniu 16 lipca 2021 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowe świadczenie usług sprzątnięcia i odkażania dla OCZ w Ostrzeszowie w okresie 24 miesięcy”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.)

Ad. Zarzut 1), 2), 3)

Odwołujący wskazuje, iż termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy tj. na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Umowa musi określać:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający zamiast uczynić zadość wymogom art. 439 pzp, przewidział w § 13 ust 8 pkt 6 projektu umowy zapis o treści „*Strony zgodnie oświadczają, że zmiana cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia nie będzie miała wpływu na zmianę ustalonego umownie wynagrodzenia.*”

Tym samym Zamawiający całkowicie wykluczając możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów w istocie nie zawarł w treści projektu umowy zapisów dotyczących wymogów wynikających z wyżej cytowanych przepisów ustawy. Zamawiający nie przewidział zasad waloryzacji i terminów zmian wartości umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów koniecznych do realizacji zamówienia. I to wszystko rzekomo za jakimś zgodnym oświadczeniem stron tej umowy! Żaden wykonawca, w tym Odwołujący, na etapie publikacji siwz, nie składali żadnych oświadczeń w kwestii rezygnacji z ustawowo im zagwarantowanych praw do uzyskania zwrotu dodatkowych kosztów, wynikających ze wzrostu cen towarów i kosztów! Działanie takie byłoby nielegalne z punktu widzenia zasad udzielenia zamówień publicznych.

Proponowany przez Zamawiającego zapis jest w oczywisty sposób niezgodny z rzeczywistością w zakresie rzekomego zgodnego oświadczenia zamawiającego i wykonawcy. Ponadto stanowi jaskrawy przejaw próby nadużycia przez Zamawiającego pozycji organizatora postępowania o zamówienie publiczne i próbę narzucenia wykonawcom rozwiązań wprost sprzecznych z ustawą pzp pod płaszczykiem rzekomego oświadczenia woli przez wykonawcę. Proponowane rozwiązanie stanowi próbę obejścia rozwiązań ustawowych i jako takie nie może się ostać w obrocie prawnym i nie może rodzić żadnych skutków prawnych.

Równie dobrze Zamawiający mógłby zaproponować zapis, iż „strony zgodnie oświadczają, iż za realizację usług będących przedmiotem zamówienia, wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia.”

W rozdziale XV SWZ pkt 8 oraz 9 Zamawiający przewidział ponadto:

8. *Ponadto Wykonawca przy kalkulacji ceny zobowiązany jest wziąć pod uwagę zmianę najniższego wynagrodzenia jaka nastąpi od 01.01.2022 r. i wliczyć ją do ceny oferty. W związku z tym w pierwszym roku trwania umowy podwyżka wynagrodzenia będzie niemożliwa.*

9. *Jedyna podwyżka jaką przewiduje Zamawiający to jednorazowa zmiana wynagrodzenia po drugim roku trwania umowy (w 2023 r.) wyłącznie do wysokości minimalnej krajowej.*

Zamawiający w świetle powyższych zapisów zażądał od wykonawców, aby zabawili się we wróżki i przewidzieli, jakie będzie najniższe wynagrodzenia za pracę oraz najniższa stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2022 r.

Rozpoczęcie świadczenia usług ma nastąpić od dnia 02.10.2021 r. termin składania ofert zaś to dzień 20.08.2021 r.

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest corocznie przedmiotem negocjacji w ramach Rady Dialogu Społecznego – art. 2 ustawy minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Harmonogram prac wygląda w ten sposób, iż do dnia 15 czerwca każdego roku Rada Ministrów przedstawia Radzie informacje wskazane w ustawie, na podstawie których Rada ma w ciągu 30 dni osiągnąć porozumienie co do kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę w kolejnym roku kalendarzowym. W przypadku gdy najpóźniej do 15 lipca Rada nie wypracuje wspólnego stanowiska, kompetencja do jednostronnego ustalenia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę przechodzi na Radę Ministrów. Ta ma czas na opublikowanie stosownego rozporządzenia do 15 września każdego roku kalendarzowego.

Już wiadomo, iż w 2021 r. Rada Dialogu Społecznego w ustawowych terminach nie wypracowała nowej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz nowej stawki minimalnego wynagrodzenia godzinowego. Wiadomo też że przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu – 20.08.2021 r. – Rada Ministrów nie opublikuje rozporządzenia z nową stawką na rok 2022.

Mając tą wiedzę Zamawiający formułuje zapisy siwz, które całe ryzyko związane z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1 stycznia 2022 r. przerzuca na wykonawców. To wykonawcy mają sobie zgadnąć jaką decyzję podejmie RM i ponieść skutki finansowe ewentualnego braku trafnego typu! Zamawiający – wbrew treści art. 439 pzp – postanowił (dobrze że choć tym razem bez posługiwania się sloganem, że robi to w ramach zgodnego oświadczenia z wykonawcą), że w dniu 1 stycznia 2022 r. żadnej waloryzacji nie przeprowadzi.

Zdaniem Odwołującego takie zapisy siwz to kolejna próba obejścia ustawy i kolejny przykład klauzul abuzywnej. Trudno nazwać, iż zapis całkowicie wykluczający waloryzację przez 15 z 24 miesięcy trwania umowy (3 miesiące 2021 r. oraz 12 miesięcy 2022 r.), to ustalenie zasad waloryzacji, o których mówi art. 439 pzp. I to w sytuacji gdy nie są znane stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę od 01.01.2022 r.!

Zdaniem Odwołującego to właśnie dla uniknięcia takich przypadków – brak wiedzy każdej ze stron umowy o wysokości kosztów minimalnego wynagrodzenia z pracą przez jakiś czas trwania umowy o zamówienie publiczne – został wprowadzony do ustawy pzp mechanizm zmiany wynagrodzenia wykonawcy o wzrost kosztów pracowniczych. I wykluczanie stosowania przez Zamawiającego tego mechanizmu, w sytuacji gdy wykonawca nie ma

obiektywnie możliwości ustalenia swoich kosztów osobowych ze względu na działanie organów administracji państwowej, jest rażącym nadużyciem pozycji organizatora przetargu oraz pogwałceniem przepisów prawa.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen, obowiązujących na dzień złożenia oferty, w każdym przypadku gdy zamiany takie nastąpią. Zmawiający, w terminie 3 dni od dnia złożenia wniosku, dokonuje analizy wniosku, w wyniku czego strony podpisują stosowany aneks.

Ponadto Odwołujący wnosi o uzupełnienie zapisów projektu umowy o zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, że wynagrodzenie za przedmiot usługi podlega raz do roku (w pierwszym kwartale każdego rozpoczętego roku realizacji umowy) waloryzacji o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszany przez Prezesa GUS, za rok poprzedni.

Odwołujący wnosi o wykreślenie postanowień pkt 8 oraz 9 rozdziału XV siwz.

Ad. Zarzut 1, 4, 5)

Zgodnie z:

a) rozdziałem XV SWZ pkt 2:

*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. **Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 23%.***

b) § 7 ust 1 projektu umowy:

1. Cena ryczałtowa / 1 miesiąc:

- wartość netto zł

- podatek VAT 23 % zł

- wartość brutto zł

- słownie: złotych brutto

2. Cena ryczałtowa / 24 miesięcy:

- wartość netto zł

- podatek VAT 23 % zł

- wartość brutto zł

- słownie:złotych brutto

Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył sposób ustalania podatkowej kwalifikacji usług, będących przedmiotem zamówienia.. Polski system podatkowy, oprócz podstawowej stawki podatku VAT, zna 3 stawki preferencyjne dla określonych usług i towarów (zwolnienia przedmiotowe).

Gdyby na tym podział stawek podatkowych się kończył, działania Zamawiającego byłyby zasadne. Niestety, oprócz zwolnień przedmiotowych, polski system podatkowy wprowadza również zwolnienia podmiotowe. Są to uprawnienia przyznane pewnym grupom płatników

podatku VAT do stosowania stawek podatku VAT z tytułu sprzedaży przez te podmioty usług lub towarów, innych, niż wynika to z zasad ogólnych.

Tym samym, w pełni legalne na gruncie obowiązujących przepisów jest wystąpienie sytuacji, gdy z tytułu sprzedaży tego samego towaru lub tej samej usługi, dwa podmioty mogą wystawić faktury, zawierające odmienne stawki podatku VAT. To wystawca faktury decyduje o tym, jak zakwalifikować podatkowo dokonaną przez siebie sprzedaż. Czy w oparciu o reguły zwolnień przedmiotowych, czy też w oparciu o reguły zwolnienia podmiotowego – o ile spełnia ustawowe przesłanki do skorzystania z niego. I działanie podmiotu korzystającego z podmiotowego zwolnienia nie narusza obowiązujących przepisów prawa, ani reguł uczciwej konkurencji – o ile jest poparte spełnieniem ustawowych przesłanek do skorzystania z tego zwolnienia!

Proponowany przez Zamawiającego zapis o ustaleniu podatku VAT, narzucając jego wysokość, pomija zupełnie ten aspekt. Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza prawo podmiotów ustawowo uprawnionych do korzystania ze zwolnienia podmiotowego, do skorzystania z przyznanych im w ustawie o podatku od towarów i usług praw. W imię niewłaściwie rozumianej ochrony uczciwej konkurencji, Zamawiający proponowanym zapisem ogranicza korzystanie niektórym podmiotom z ich uprawnień.

Oczywiście zasadnym jest, aby Zamawiający weryfikował podstawy korzystania przez Wykonawców z podmiotowego zwolnienia, przewidzianego w ustawie o VAT, ale nie jest on władny do pozbawiania wykonawców prawa do korzystania z legalnych instrumentów.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia i odkażania w szpitalu. Nie można prawidłowo prowadzić procesu leczenia pacjentów w szpitalu bez należytego utrzymania czystości (łóżek, sprzętów, powierzchni płaskich i pionowych) i to w sposób wymagający podwyższonego rygoru - w celu zabezpieczenia należytego stanu sanitarno-epidemiologicznego.

Przykładem może być właściwy dobór środków do mycia i dezynfekcji, stosowanie ich w odpowiednich stężeniach oraz przez właściwy okres czasu działania na danej powierzchni. Nie jest to standardowe odkurzenie dywanu czy pościeranie podłogi. Są to czynności oraz środki określone przez profesjonalistów, zbadane pod kątem działania na odpowiedni rodzaj bakterii, wirusów, sporów itp. oraz przede wszystkim podejmowane w celu profilaktyki, zachowania i przywracania zdrowia pacjentów, przebywających w szpitalu.

Prosta czynność wyrzucenia śmieci w szpitalu przybiera postać gospodarki odpadami obwarowanej sporą ilością obowiązujących przepisów, która ewidentnie skierowana jest na maksymalne ograniczenie rozprzestrzeniania się drobnoustrojów chorobotwórczych. Nie można więc odmówić im celów profilaktycznych.

Zadania i czynności, opisane w dokumentacji Postępowania, w istotnej części odpowiadają usługom klasyfikowanym na gruncie prawa podatkowego **jako podlegające zwolnieniu z podatku VAT usługi ściśle związane z opieką medyczną**, z uwagi na ich umiejscowienie jako element procesu leczniczego wykonywanego w podmiotach leczniczych. **W pozostałej części, zadania i czynności określone przez Zamawiającego, kwalifikują się do usług utrzymania związanych z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni, grupowanych w dziale 81 PKWiU 2015 r. i opodatkowanych stawką 23% VAT.**

Powyższa kwalifikacja zadań i czynności realizowanych przez podmioty zewnętrzne w ramach outsourcingu na rzecz placówek leczniczych, została jednoznacznie potwierdzona w treści Interpretacji Ogólnej, wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 (dalej: Interpretacja ogólna). Interpretacja ogólna stanowi akt, mający na celu zapewnienie **jednolitego stosowania** przepisów prawa

podatkowego przez organy podatkowe, zaś przepisy Ordynacji podatkowej wiążą z jej stosowaniem moc ochronną także dla podatników, dlatego respektowanie wyrażonej w niej wykładni, stanowi **zasadniczy warunek bezpiecznego prowadzenia działalności w przedmiocie objętym Postępowaniem.**

Zgodnie z treścią Interpretacji ogólnej: „*W kontekście kwalifikowania usług wykonywanych w ramach świadczenia opieki szpitalnej i medycznej, zauważyć należy, że opieka taka stanowi pewien proces (na który składa się wiele różnych czynności wykonywanych na terenie danej placówki) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący się w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki. W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również – i w praktyce często jest – wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności, te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom). Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych – w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m.in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych (sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z 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 myciem i dezynfekcją pomieszczeń placówki leczniczej służących tym procesom, wykonywanych przez podmioty zewnętrzne na rzecz podmiotów leczniczych w kategorii usług określonych przez ustawodawcę mianem „**usług ściśle związanych**” z usługami opieki medycznej, potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych.

Zgodnie z wyrokiem NSA (wyrok NSA z dnia 19. grudnia 2018 r. sygn. akt: I FSK 2118/16) w przypadku świadczenia szpitalnego, zwolnieniem od podatku mogą być objęte **usługi ściśle związane** z usługami podstawowymi, takie jak (przykładowo): **mycie i dezynfekcja** kaczek, nocników i basenów, wymiana bielizny pościelowej, **mycie i dezynfekcja** łóżek po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków, pomoc przy transporcie i **myciu** narzędzi medycznych, transport czystej i brudnej bielizny, **transport odpadów**, transport posiłków, ich dystrybucja, zbieranie i transport resztek pokonsumpcyjnych, transport łóżek, czy transport

materiałów biologicznych do badań).

Czynności zaliczane do usług, o których mowa powyżej są, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 oraz 18a ustawy o podatku od towarów i usług, **objęte zwolnieniem z podatku VAT, w przeciwieństwie do „klasycznych” usług utrzymania porządku w obiektach, zwanych potocznie sprzątaniami, które podlegają opodatkowaniu wg stawki 23%.**

W tym zakresie należy bowiem zauważyć, że:

- a) Możliwość zastosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do czynności objętych przedmiotem zamówienia wynika z **art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a w związku z art. 43 ust. 17 i 17a Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.).**

Art. 43. 1. 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;

Powyższe przepisy odpowiadają treści **art. 132 ust. 1b dyrektywy 2006/112/WE Rady**[1], (dalej: Dyrektywa), wdrażając do polskiego porządku prawnego zwolnienie z VAT dla „**opieki szpitalnej i medycznej oraz ściśle z nimi związanych czynności podejmowanych przez podmioty prawa publicznego lub, na warunkach socjalnych porównywalnych do stosowanych w odniesieniu do instytucji prawa publicznego, przez szpitale, ośrodki medyczne i diagnostyczne oraz inne odpowiednio uznane placówki o podobnym charakterze**”.

- b) Należy podkreślić, że w świetle przytoczonych przepisów, ryzyko zastosowania zwolnienia VAT dla przedmiotowych usług w całości leży po stronie Wykonawców.

Wynika to z przedmiotowo-podmiotowego charakteru tego zwolnienia, tj.:

- Wykonawca stosujący je powinien posiadać status podmiotu leczniczego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wynika to z treści art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT, który wprost zastrzega możliwość stosowania ustanowionego w tym przepisie zwolnienia wyłącznie dla podmiotów leczniczych oraz z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT,
- Usługi opieki medycznej będącej przedmiotem zwolnienia charakteryzowane są jako cały zespół czynności mających cel terapeutyczny, ratowania powrotu i zachowania zdrowia pacjenta.
Opieka medyczna stanowi pewien całościowy proces (na który składa się wiele różnych czynności) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki. Czynności wchodzące w zakres zadań przedmiotowego postępowania stanowią usługi

[1] Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U.U.E.L.2006.347.1 z dnia 11.12.2006 r.;

wsparcia o charakterze kompleksowym (jednolitym) i ściśle związanym z podstawowym procesem, który odbywa się w szpitalu. Nie można ich sztucznie rozgraniczać gdyż w sensie gospodarczym tworzą one jedną całość z procesem terapeutycznym oraz są realizowane z zachowaniem wytycznych i przepisów z zakresu prawa ochrony zdrowia (usługi ściśle związane z opieką medyczną).

- c) Zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnej oceny kwalifikacji opodatkowania poszczególnych usług i nie może sztucznie narzucić 23% stawki VAT. Zasady kwalifikacji podatkowej zawarte są w ustawie o VAT, a ta nie przewiduje takich kompetencji dla podmiotów takich, jak Zamawiający.

Pewne uprawnienia przewidziane są w art. 14s §1 ordynacji podatkowej:

Z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym, podmiot publiczny w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia w związku z zawieraną umową o partnerstwie publiczno-prywatnym, lub zamawiający w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, 1655 i 2020) 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 art. 14b § 4 nie stosuje się

Jeżeli zamawiający nie dysponuje ww. interpretacją indywidualną – w sposób nieuprawniony kształtuje warunki postępowania, narażając całe postępowanie na niepowodzenie. To poszczególne czynności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w połączeniu z podmiotową sytuacją wykonawcy determinują podatkową klasyfikację usługi. I zamawiający, jeśli będzie miał w tym zakresie wątpliwości, może je wyjaśniać na etapie oceny ofert.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SWZ wszystkich zapisów, obligujących wykonawcę do wyceny usługi z zachowaniem 23% stawki podatku VAT.
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w sposób umożliwiający wykonawcom samodzielny podział zadań (czynności) i kwalifikację tychże zadań ze względu na stawki podatku VAT oraz prawidłowe wystawianie faktur za realizowane zadania co pozwoli przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Rozwiązanie będzie się również mieścić w granicach swobody Zamawiającego w obiektywnym określaniu przedmiotu zamówienia.

Ad. Zarzut 5)

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powyższy przepis stawia Zamawiającemu wymóg opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o wszystkich wymaganiach, parametrach, kwalifikacji przedmiotu zamówienia i wszystkich okolicznościach, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przekazany wykonawcom opis musi określać zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę. Opis ten nie może także naruszać prawa.

Celem art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest *wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle wyczerpująco, aby każdy **wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać.*** (KIO 1129/19 z dnia 4 lipca 2019 r.)

Zgodnie z art. 99 ust. 2 i 4 Prawa zamówień publicznych *swoboda zamawiającego w określaniu cech przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które bezzasadnie ogranicza możliwość złożenia ofert wykonawcom mającym wszelkie kwalifikacje i możliwości jego wykonania, a nie mogą złożyć oferty z uwagi na brak informacji, które są dla nich niezbędne, aby przedmiot zamówienia zrealizować.* (KIO 1129/19 z dnia 4 lipca 2019 r.).

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, powinien uczynić to z uwzględnieniem obiektywnie uzasadnionych potrzeb, w sposób nie ograniczający dostępu do zamówienia wykonawcom mogącym zrealizować zamówienie. A *contrario*, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób subiektywny, z użyciem wymogów nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, będzie stanowiło dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Na podstawie przepisu art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób neutralny, wolny od preferencji na rzecz jednego lub kilku wykonawców, pozbawiony elementów dyskryminujących. Oznacza to obowiązek eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia takich oznaczeń i sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę lub eliminować innych, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Intencją regulacji, dotyczących zasady równości (konkurencyjności) i zasady uczciwej konkurencji, jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Stąd dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia bez uzasadnionej przyczyny, prowadzi do dyskryminacji produktów, technologii stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji (uchwała SN z dnia 18 września 2020 r., sygn. akt: III CZP 52/02).

Dla przyjęcia, że doszło do naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, wystarczającą jest **już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu.** Opis przedmiotu zamówienia, ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców, mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego,

jednoznacznie narusza prawo. Z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być dokonany w taki sposób, że charakterystyka wymagań Zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, w odniesieniu do opisu warunków zmiany wielkości zamówienia, brakiem ustalenia maksymalnej wysokości kar umownych, zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen towarów, koniecznych do realizacji zamówienia, ustaleniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia oraz w odniesieniu do kwalifikacji podatkowej czynności wykonywanych przez Wykonawcę, zasady te nie zostały dotrzymane. Wobec powyższego, konieczna jest modyfikacja wskazanych w treści odwołania zapisów SWZ - zgodnie z przedstawionymi żądaniami.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.