

Wrocław, dnia 5 lipca 2021 r.

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

**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](mailto:k.grabek@impel.pl)**

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

**Katarzyna Grabek**

**Zamawiający:**

Specjalistyczny Psychiatryczny Samodzielny Publiczny

Zakład Opieki Zdrowotnej w Suwałkach

ul. Szpitalna 62, 16-400 Suwałki

KRS 0000056947

NIP 844-12-47-165

Numer telefonu: 87 562 64 02

Adres poczty elektronicznej: [przetargi@spspzoz.pl](mailto:przetargi@spspzoz.pl)

**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 ze zm.), 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 pn.: *Świadczenie usług sprzątnia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usług* (znak postępowania: ZP/1/PN/2021)

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
  1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00089839/01 w dniu 2021-06-22 r..
  2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Świadczenie usług sprzątnia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usług*.
  3. Odpowiedź na zapytania dotyczące treści SWZ z dn.01.07.2021 r.;
  4. Zmiana SWZ z dnia 01.07.2021 r.

**II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się 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. 17 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady zapewnienia najlepszej jakości usług uzasadnionych charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia;
- 3) art. 41 w związku z 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.
- 4) art. 99 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, niewyczerpujący, wieloznaczny, wewnętrznie sprzeczny, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 5) art. 99 ust. 4 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 10 i 5 Ustawy w zw. z art. 99 Ustawy i z zw. z art. 255 pkt 6 Ustawy w zw. z art. 58 ust. 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny poprzez:
  - a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny i narzucenie wykonawcom zastosowania do obliczenia ceny wyłącznie stawki 23% lub 8% podczas, gdy opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że obliczenia ceny ofertowej może być zastosowana stawka podatku „zw”;
  - b) nieuzasadnione i bezpodstawne ograniczenie dostępu do postępowania dla wykonawców świadczących usługi pomocnicze przy pacjencie i stosujących na podstawie prawa podatkowego inne niż wskazane przez Zamawiającego stawki podatkowe a w konsekwencji wymuszenie zaoferowania zamówienia wg sztucznych i niezgodnych z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego i wg stawek podatkowych nieznanających zastosowania do przedmiotu zamówienia - wymuszenie ofertowania wg błędnych stawek podatkowych.

**III. Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez zmianę projektowanego postanowienia umowy poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SWZ wszystkich obligujących wykonawcę do wyceny usługi z zachowaniem proporcji, o której mowa w Załączniku nr 1 SWZ – Formularz ofertowy tj.:

*Zakres przedmiotu zamówienia*

w tym VAT 23% tj. .... zł .....

w tym VAT 8% tj. .... zł .....

- 2) nakazanie Zamawiającemu usunięcie odpowiedzi na pytanie nr 41 z dnia 01.07. 2021 r w treści:  
*Zamawiający nie wymienia w treści SWZ prac pomocniczych przy pacjencie.*  
i nakazanie Zamawiającemu podania informacji o procentowej wartości czynności usług pomocniczych przy pacjencie, do których znajduje zastosowanie stawka podatku „zw” w całości zamówienia.
- 3) nakazanie Zamawiającemu ustalenie postanowień SWZ nakazujących wykonawcom samodzielny podziału zadań (czynności) i kwalifikację tychże zadań tym kwalifikację ze względu na podatek VAT 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;
- 4) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia, będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 3) powyżej

oraz z daleko idącej ostrożności w przypadku upływu terminu składania ofert lub otwarcia ofert przed rozpoznaniem przez KIO niniejszego odwołania – podnoszę, że w postępowaniu został naruszony art. 254 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem Ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i wnoszę o nakazanie unieważnienia postępowania.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

#### **IV. 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 a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych 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 możliwości jej sprzedaży, co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

#### **V. Termin na złożenie odwołania:**

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2 Ustawy odwołanie wobec czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 01.07.2021 roku opublikował odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ. W tym samym dniu 01.07.2021 r. Zamawiający dokonał zmiany (modyfikacji) SWZ.

#### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług sprzątnięcia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usług.*  
- w trybie podstawowym bez negocjacji.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 41 z dn. 01.07.2021 r.:

*Zamawiający w SWZ wśród ogółu prac wymienia także prace pomocnicze przy pacjencie.*

*Zważywszy na takt, iż:*

- *są one zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%,*
- *prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej (W praktyce -organy te prowadzą obecnie ogólnopolskie kontrole w firmach świadczących usługi outsourcingowe m.in. przesłuchując w ich w toku zatrudnioną w szpitalach kadrę menedżerską, co prowadzić ma do obiektywnego ustalenia w toku kontroli wartości usługi zwolnionej W całej jej wartości), zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, jaki procent wartości usługi netto będą one w opinii Zamawiającego stanowić? W opinii Wykonawcy - ustalenie relacji pomiędzy Wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez Zamawiającego już na etapie prowadzonego postępowania - pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości.*

*Odpowiedź: Zamawiający nie wymienia w treści SWZ prac pomocniczych przy pacjencie.*

Zamawiający w konsekwencji dokonanej przez siebie wykładni opisu przedmiotu zamówienia zawartych w ww. odpowiedzi nr 41 odpowiednio zmodyfikował treść formularza ofertowego i narzucił wykonawcom obowiązek zastosowania obliczenia ceny stawkę podatku VAT 23% lub 8%.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy po zmianach z dz. 01.07.2021 r.: .

	Zakres przedmiotu zamówienia
w tym VAT 23% tj. .... zł	.....
w tym VAT 8% tj. .... zł	.....

Odwołujący podnosi, że odpowiedź na ww. zapytanie jest nieprawdziwa i niezgodna ze stanem faktycznym wynikającym z SWZ. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest m.in. do

- Mycie i dezynfekcja szafek oraz łóżek w salach chorych, zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy
- Sprzątnięcia, dezynfekcji kuchenek oddziałowych, stołówki i punktu wydawania posiłków po każdym posiłku
- transportu brudnej bielizny do magazynu brudnej bielizny, który będzie odbywać się codziennie, w zamkniętym wózku przeznaczonym wyłącznie do transportu brudnej bielizny z oznakowanym napisem "brudna bielizna";
- przekazania w magazynie brudnej bielizny worków z brudną bielizną do prania firmie zewnętrznej,
- mycia i dezynfekcji wózków transportujących przeznaczonych na brudną bieliznę ,
- pobrania czystego asortymentu z magazynu czystej bielizny, a następnie transportu czystego asortymentu do poszczególnych jednostek organizacyjnych Zamawiającego; czynności te powinny

odbywać się co najmniej dwa razy w tygodniu, przy pomocy zamykanego wózka przeznaczonego wyłącznie do transportu czystego asortymentu i oznakowanego napisem "czysta bielizna", (czysta bielizna szpitalna nie może być transportowana równocześnie z brudną bielizną);

- mycia i dezynfekcji wózków transportujących przeznaczonych na czystą bieliznę szpitalną
- transportu odpadów medycznych

Czynności te są kwalifikowane jako czynności ściśle związane z usługami opieki medycznej, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o VAT.

Kwalifikacja ta jest niezależna od woli Zamawiającego i jest konsekwencją przepisów prawa podatkowego i ich wykładni. Opinia lub ocena Zamawiającego nie decyduje o kwalifikacji podatkowej czynności wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Kwalifikacja podatkowa czynności wskazanych w postępowaniu jest zdeterminowana wyłącznie celem, któremu służą ww. czynności (ich treścią). Odwołujący wskazuje, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. sygn. akt: KIO 1127/15 *SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 in initio k.c. w zw. z art. 14 p.z.p..* Wobec powyższego, kreowanie przez Zamawiającego, sztucznego, nieodzwierciedlającego jego rzeczywistych potrzeb opisu przedmiotu zamówienia jest niezgodne z Prawem zamówień publicznych, a w tym konkretnym przypadku skutkuje dodatkowo narzuceniem przez Zamawiającego obowiązku zastosowaniem do obliczenia ceny stawki podatkowej inna niż dopuszczona prawem podatkowym. Suma działań Zamawiającego wynikająca z ww. odpowiedzi nr 41 oraz modyfikacji Formularza ofertowego powoduje, że z postępowania wyeliminowani zostają wykonawcy specjalizujący się w świadczeniu usług pomocniczych przy pacjencie i stosujący do obliczenia ceny za swoje usługi stawki podatkowej „zw”. Wykonawcy ci działając zgodnie z wymogami SWZ zmuszeni są sztucznie zakwalifikować czynności pomocnicze przy pacjencie występujące w zamówieniu do jakichś innych czynności i wycenić je wg. stawki podatkowej 23% lub 8%. Tym samym wykonawcy ci, działając zgodnie z SWZ, zostali pozbawieni możliwości przysługującego im zgodnie z prawem zastosowania stawki podatkowej „zw” dla ww. czynności pomocniczych przy pacjencie. Działanie takie powodują dyskryminację ww. wykonawców w postępowaniu i bezpodstawne oraz sprzeczne z potrzebami Zamawiającego, ograniczenie dostępu do postępowania. Ponadto ww. działania stoją w sprzeczności z prawem podatkowym. Odwołujący wskazuje, że ze względu na efekt, który wywołują ww. czynności Zamawiającego (odpowiedź na pytanie 41 wraz z modyfikacją) skutkują one nieważnością ze względu na treść art. 58 ust. 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Skutek ww. czynności Zamawiającego w sposób istotny wpływa zarówno na treść świadczenia wynikającego z SWZ jak i na treść ofert, które zostaną złożonych w postępowaniu i zaburza wyniki oceny w kryterium cena. Zamawiający otrzyma oferty zawyżone o podatek VAT 23% w zakresie dotyczącym czynności pomocniczych przy pacjencie a ponadto udzieli „sztucznego” zamówienia – zamówienia niezgodnego ze swoimi rzeczywistymi potrzebami.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że ograniczenie sposobu ustalania podatkowej kwalifikacji usług będących przedmiotem zamówienia wynikające tak z ww. odpowiedzi jak i z treści Formularza ofertowego jest nieuzasadnione. 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 byłby 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 jest na gruncie obowiązujących przepisów wystąpienie sytuacji, gdy z tytułu sprzedaży tego samego towaru lub tej samej usługi, dwa podmioty mogą

wystawić odmienne 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 wymóg zaferowania w podziale prac przypisanych do 23% i 8% całkowicie pomija ten aspekt. Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza prawo podmiotów ustawowo uprawnionych do korzystania ze zwolnienia podmiotowego do skorzystania z przyznanych mu w ustawie o podatku od towarów i usług praw. W imię niewłaściwie rozumianej ochrony uczciwej konkurencji Zamawiający zapisem wynikającym z Formularza ofertowego oraz ww. odpowiedzi ogranicza korzystanie niektórym podmiotom z ich uprawnień i bezpodstawnie ogranicza dostęp do postępowania. Oczywiście zasadnym jest, aby Zamawiający weryfikował podstawy korzystania przez podmioty korzystające z podmiotowego zwolnienia, przewidzianego w ustawie o VAT. Ale nie jest władny do pozbawiania wykonawców prawa do korzystania z legalnych instrumentów.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę usługi obejmującej:

- 1) Specjalistyczne sprzątnie, całodobowe utrzymanie czystości, dezynfekcję w pomieszczeniach Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach przy ul. Szpitalna 62 i przy ul. Reja 67A (parter) oraz utrzymania czystości terenu zewnętrznego.
- 2) Segregację i transport surowców wtórnych, odpadów komunalnych, odpadów medycznych do miejsca ich składowania;
- 3) Transport wewnętrzny;
- 4) Dostawę i sukcesywne uzupełnianie środków myjących, dezynfekcyjnych, zapachowych, mydła, ręczników papierowych, papieru toaletowego, zastawy do posiłków .
- 5) Pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia.

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**, stanowiące usługi pomocnicze (uzupełniające) w stosunku do opieki medycznej, 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 (sprzątnięcie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowywaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie),** zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, **czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiotów używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy),** czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny – w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej) (...).

Powyższą kwalifikację czynności stanowiących element procesu opieki medycznej, **w tym czynności związanych z 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 sprzątnięciem, które podlegają opodatkowaniu wg stawki 23%.**

Analiza dokumentacji Postępowania prowadzi do wniosku, że **nazewnictwo oraz grupowanie/podział**

usług stosowany przez Zamawiającego są niezgodne z opisem ich przedmiotu, gdyż nie odpowiadają przepisom o nomenklaturze klasyfikacji towarów i usług (PKWiU) oraz nomenklaturze prawno-podatkowej determinującej zastosowanie właściwej stawki VAT, a co za tym idzie wprowadzają uczestników postępowania w błąd, który może skutkować określeniem stawki VAT niezgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W tym zakresie należy bowiem zauważyć, że:

- a) szereg czynności dotyczących przygotowania pomieszczeń oraz przedmiotów niezbędnych do realizacji procesów medycznych, zaliczanych powszechnie do usług ściśle związanych z usługami opieki medycznej (np. mycie i dezynfekcja) Zamawiający grupuje w jednej kategorii z klasycznymi z usługami utrzymania porządku w obiektach, **określając je łącznie i wbrew ich kwalifikacji podatkowej mianem innych czynności niż czynności pomocnicze przy pacjencie,**
- b) w Załączniku nr 1 SWZ Formularz ofertowy Zamawiający z nieuzasadnionych przyczyn dopuszcza zastosowanie wyłącznie 23% lub 8%. Powyższy podział jest niespójny z opisaną wyżej podatkową i statystyczną klasyfikacją usług objętych przedmiotem Postępowania oraz prowadzi do powstania wątpliwości w zakresie sposobu przypisania poszczególnym elementom zamówienia odpowiedniej stawki VAT.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy prawa podatkowego. Ponadto opis ten sporządzony został wbrew wymogom wynikającym z art. 99 ustawy Pzp. 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.). Opis przedmiotu zamówienia wynikający z SWZ jest sprzeczny z oświadczeniami (odповідzią) Zamawiającego na pytanie nr 41 z dnia 01.07.2021 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 najszerzy 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 dokonać go 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, prowadzenie 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 naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia 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 kwalifikacji samych czynności składających się na świadczenie wykonawcy jak i do kwalifikacji podatkowej ww. czynności wykonywanych zasady te nie zostały dotrzymane. Wobec powyższego konieczna jest modyfikacja wskazanych w treści odwołania zapisów siwz, zgodnie z przedstawionymi żądaniami. Opis przedmiotu zamówienia wynikający z SWZ jest sprzeczny z oświadczeniami (odповідzią) Zamawiającego na pytanie nr 41 z dnia 01.07.2021 r..

Niezależnie od powyższego, z daleko idącej ostrożności Wykonawca podnosi, iż zgodnie z ujednoliconym stanowiskiem orzecznictwa wyjaśnienia Zamawiającego złożone w odpowiedzi na zapytania wykonawców powinny być traktowane jako integralna część SIWZ, dokonująca zarazem modyfikacji jej treści i nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w oddzielnym piśmie, czy też udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców. Informacja nie musi być opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana SIWZ, by stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert (por. wyrok KIO z dnia 12 maja 2010 r., KIO/UZP 729/10). Podobnie w wyroku z dnia 1 czerwca 2011 r. (sygn. KIO 1063/11) Izba stwierdziła, że modyfikacja SIWZ ma miejsce wtedy, gdy faktycznie wskazuje na to treść pisma zamawiającego, nie stanowi zaś o tym formalna nazwa nadana korespondencji przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.