

Sygn. akt: KIO 2380/12

WYROK
z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorskie Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy Sp. z o.o., ul. Smoluchowskiego 18, 80-214 Gdańsk,**

przy udziale:

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi oraz "Izan +", ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- **wykonawcy INWEMER System Sp. z o.o., ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, na rzecz **Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy Sp. z o.o., ul. Smoluchowskiego 18, 80-214 Gdańsk**, kwotę **166 zł 00 gr** (słownie: sto sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby i noclegu, zgodnie ze złożonymi do akt rachunkami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

Zamawiający - Pomorskie Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego utrzymania czystości i porządku oraz prac pomocniczych dla Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii 2012/S 144-241084

Pismem z dnia 29 października odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., Spółka Komandytowa, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy czynności badania i oceny złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego;
- 3) art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 4) art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego
- 5) art. 3 i 4 i następane ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, poprzez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego i sytuacji prawnej Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego.
- 2) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Inwemer System Sp. z o.o.
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, najtańszej i niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez niewykluczonego z postępowania wykonawcy tj. oferty odwołującego.

Pismem z dnia 19 października 2012 roku, odwołujący został poinformowany o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na niepodlegający poprawie błąd w obliczeniu ceny oferty. W ocenie zamawiającego czynności opieki medycznej, które mogą być obłożona inną stawką podatku Vat w przedmiotowym postępowaniu nie występują. Zamawiający uznał, że czynności pomocnicze związane z organizacją pracy szpitala, które zostały wyszczególnione m.in. w załączniku nr 12 do siwz nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia an też ściśle z tymi usługami związanymi. Zamawiający zakwalifikował usługę jako usługę kompleksową, dla której niedopuszczalnym jest stosowanie różnych stawek podatku Vat.

Odwołujący, nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego stwierdził, że określenie prawidłowej stawki podatku Vat ciąży na wystawcy faktury – wykonawcy, ciąży na nim także odpowiedzialność za jej prawidłowe zastosowanie. Zatem podmiotem odpowiedzialnym i ponoszącym wszelkie konsekwencje finansowe, błędów lub omyłek dotyczących nieprawidłowego ustalenia stawki podatku Vat i sprzedawanych usług jest wykonawca. W przedmiotowym zakresie odpowiedzialność zamawiającego jest wyłączona. Podniósł, że opieka medyczna nad pacjentem wykonywana przez zakład leczniczy, zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi jest świadczeniem zwolnionym od podatku od towarów i usług. W związku z nowelizacją ustawy z dnia 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r., Nr 54 poz. 535, ze zm. dalej: ustawa VAT) dokonaną ustawą z dnia 29 października 2010 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 226, poz. 1476), poważnym zmianom uległy m.in. zasady zwolnienia od podatku VAT. Pomimo, iż uchylony został załącznik nr 4 do ustawy VAT, usługi związane z ochroną zdrowia nadal korzystają ze zwolnienia z VAT, zwolnienie to dopuszczalne jest w trybie art. 43 ust. 1 pkt 18-20 ustawy o podatku od towarów i usług W rozpatrywanym stanie faktycznym bezspornym jest, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, w szczególności w załączniku nr 12. czynności takie, jak: zbieranie, ważenie (w miejscu odbioru) i wywózka wózkami zamkniętymi Wykonawcy odpadów powstałych w wyniku wykonywania świadczeń medycznych do miejsca magazynowania, pomoc pracownikom Zamawiającego (Szpitala) przy przewozie lub przeniesieniu osób leżących, przewóz zwłok, transport wewnętrzny sprzętu i aparatury, dezynfekcję wózków do przewożenia odpadów, mycie i dezynfekcję sprzętu gospodarczego, odnoszenie materiałów do badań w godzinach popołudniowych i nocnych, awaryjne sprzątanie w godzinach nocnych, wymiana worków jednorazowych wraz z dezynfekcją koszy, napełnianie oraz dezynfekcja dozowników na mydło, płyn

antyseptyczny i ręczniki jednorazowe, uzupełnianie papieru toaletowego, pomoc przy przyjmowaniu pacjentów na oddziały (transport, przewożenie), zdejmowanie pościeli po wypisaniu pacjenta, wynoszenie basenów i kaczek z Sali, obsługa płuczkodezynfektorów, są czynnościami de facto opieki medycznej na pacjentem, wykonanie, których zgodnie z obowiązującymi przepisami obciążone jest stawką podatku VAT „zw”. Powyższe zwolnienie odnosi się więc do usług w zakresie opieki medycznej oraz dostawy towarów i usług ściśle z tymi usługami związanych świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza (pkt 18a). Definiując zakres przedmiotowy zwolnienie, o którym mowa powyżej na leży mieć na uwadze również prawo wspólnotowe. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE, zwolnienia zawarte w art. 132 Dyrektywy 2006/112/WE Rady, odpowiadające zwolnieniom wskazanym w polskim porządku prawnym, stanowią autonomiczne pojęcia prawa wspólnotowego i mają na celu uniknięcie rozbieżności w stosowaniu systemu VAT w poszczególnych państwach członkowskich. Oznacza to, że zakres przedmiotowy tych zwolnień powinien być taki sam we wszystkich krajach członkowskich. Tym samym przy jego definiowaniu nie jest zasadne odwoływanie się wyłącznie do ustawodawstwa krajowego, ponieważ takie działania mogłyby prowadzić do rozbieżności w stosowaniu zwolnień w poszczególnych państwach UE. Orzecznictwo Trybunału wskazuje, że pojęcia dotyczące zwolnień należy interpretować w sposób ścisły, ponieważ zwolnienia te stanowią odstępstwa od ogólnej zasady, zgodnie z którą podatkiem VAT objęta jest każda usługa świadczona odpłatnie przez podatnika. Jeśli chodzi w szczególności o zwolnienie przewidziane w art. 132 Dyrektywy, które zwolnienie swoim zakresem odpowiada zwolnieniu, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT, to z orzecznictwa wynika, że pojęcie „opieka medyczna” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Cel usługi medycznej określa, czy powinna ona korzystać ze zwolnienia. Jeżeli z kontekstu wynika, że jej głównym celem nie jest ochrona, utrzymanie bądź przywrócenie zdrowia, lecz inny cel, to wówczas zwolnienie nie będzie miało zastosowania. Innymi słowy, aby podlegać zwolnieniu świadczenie powinno mieć cel terapeutyczny, tym samym liczy się nie charakter usługi, ale jej cel. Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, iż pojęcia „opieka medyczna” i „działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)”, 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. Usługa z zakresu opieki medycznej jest ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)

ponieważ jest świadczona jako usługi pomocnicze względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej nad pacjentami oraz opieki medycznej świadczonej na rzecz pacjentów. 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. W odniesieniu do świadczeń medycznych Trybunał stwierdził, że zważywszy na cel zwolnienia przewidzianego w art. 13 część A ust. 1 lit. b) Szóstej Dyrektywy, jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej i które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić „działalność ściśle (...) związaną” w rozumieniu tego przepisu. Dla zastosowania zwolnienia od podatku VAT istotny jest więc cel wykonywanych świadczeń. Świadczenie usług z zakresu opieki medycznej jest niewątpliwie elementem całego procesu, szeregu czynności których nadrzędnym celem jest leczenie, poprawa, profilaktyka oraz poprawa zdrowia pacjentów. Jest ściśle z tymi usługami związany, co w konsekwencji powoduje, że jest również objęty zwolnieniem z opodatkowania podatkiem VAT. Powyższe stanowisko potwierdzają interpretacje indywidualne wydane przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 06.09.2011 sygn. IPTPP2/443-235/11-2/BM, Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 12.10.2011 sygn. ILPP1/443-947/11-6/MS, Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 22.07.2011 sygn. ILPP 1/443-721/1 1-4/NS. Ponadto, badając dopuszczalność stosowania zwolnienia od podatku VAT dla czynności opieki medycznej nad pacjentem trzeba mieć na uwadze stanowisko Ministra Finansów o zakresie podmiotowym ww. w odpowiedzi z dnia 27 stycznia 2011 r. (PT1/0602-6- 31/EFU/2011/BM19-348) na interpelację posła S..... P..... z dnia 10 stycznia 2011 r., (znak: SPS-024-8417/11) w sprawie skutków wejścia w życie ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług dla publicznych zakładów opieki zdrowotnej, wypowiedział się, że: „Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 29 października 2010 r. od dnia 1 stycznia 2011 r. zwolnione od podatku są usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane przez zakłady opieki zdrowotnej. Z przytoczonego powyżej przepisu wynika jednoznacznie, że zwolnieniu od podatku podlegają usługi w zakresie opieki medycznej oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone wyłącznie przez zakłady opieki zdrowotnej. Nie jest natomiast prawidłowa zaproponowana w zapytaniu Pana posła interpretacja przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którą zwolnieniu od podatku miałyby podlegać wszystkie usługi opieki medycznej służące

profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, niezależnie od podmiotu, który je świadczy. Wyjaśniam, że przytoczony powyżej przepis art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług stanowi implementację do polskiego porządku prawnego przepisu art. 132 ust. 1 lit. b dyrektywy 2006/112/WE Rady, zgodnie z którym zwolnieniu od podatku przez państwa członkowskie podlegają opieka szpitalna i medyczna oraz ściśle z nimi związane czynności podejmowane 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. Zwolnienie określone w tym przepisie ma charakter przedmiotowo podmiotowy. Oznacza to, że zwolnieniu od podatku podlega określony rodzaj usług wykonywanych przez zdefiniowany krąg podmiotów. Stąd też analogiczną konstrukcją zastosowano w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług, wskazując, jaki rodzaj usług podlega zwolnieniu (usługi opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane), oraz definiując krąg podmiotów wykonujących te usługi (zakłady opieki zdrowotnej). Należy również podkreślić, że przy określaniu zakresu usług zwolnionych w nowelizacji ustawy o podatku od towarów odstąpiono od stosowania klasyfikacji statystycznych. Okoliczność, że dana usługa jest zaklasyfikowana do usług medycznych jest zatem (od 1 stycznia 2011 r.) bez znaczenia dla oceny, czy czynność ta podlega zwolnieniu od podatku od towarów i usług. W zapytaniu pana posła nie sprecyzowano, o jaki dokładnie rodzaj nabywanych przez szpitale usług chodzi. Trudno zatem o jednoznaczną ocenę, czy usługi te mieszczą się w zakresie pojęcia opieki medycznej (które to pojęcie wyznacza zakres przedmiotowy zwolnienia), o którym mowa w przytoczonym wyżej przepisie art. 132 ust. 1 lit. b dyrektywy 2006/112/WE Rady. Podkreślam również, że zwolnienia określone w art. 132 dyrektywy adresowane są co do zasady do podmiotów prawa publicznego. Podmioty (wykonujące czynności wymienione w określonych przepisach art. 132 dyrektywy) inne niż podmioty prawa publicznego mogą zostać objęte zwolnieniem od podatku, jeśli spełniają wskazane w przepisach dyrektywy kryteria. W art. 132 ust. 1 lit. b) dyrektywy wskazano, że zwolnieniu podlegają również czynności w zakresie opieki medycznej wykonywane 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. Na tej podstawie zwolnieniem od podatku objęto usługi opieki medycznej wykonywane przez zakłady opieki zdrowotnej zarówno publiczne, jak i prywatne, uznając, że skoro funkcjonowanie zakładów opieki zdrowotnej zarówno publicznych, jak i prywatnych podlega reżimowi tej samej ustawy (tj. ustawy z dnia 30

sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej - Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89, z późn. zm.), spełniona zostaje przesłanka zastosowania zwolnienia określonego w ww. przepisie art. 132 dyrektywy. Ponadto, adresując zwolnienie w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów usług do zakładów opieki zdrowotnej, uwzględniono przepisy ww. ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (art. 2), z których wynika, że ZOZ-ami są m.in. zarówno szpitale (również inne zakłady przeznaczone dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednio urządzonej, stałym pomieszczeniu - w tym hospicja), przychodnie, zakłady rehabilitacji leczniczej, jak i medyczne laboratoria diagnostyczne. W mojej ocenie zatem wskazanie w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług zakładów opieki zdrowotnej jako podmiotów, których usługi w zakresie opieki medycznej są zwolnione od podatku, wpisuje się w warunki stosowania zwolnienia określonego w ww. przepisach dyrektywy 2006/112/WE Rady". Mając na względzie, że członek Konsorcjum - Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa posiada status niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej - jest podmiotem prowadzącym działalność leczniczą, a przedmiotem zamówienia objęte są czynności podlegające zwolnieniu z VAT, cena za wykonanie zamówienia ustalona została przez Odwołującego prawidłowo. Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że o kompleksowym charakterze usługi, nie decyduje nazwa nadana zamówieniu, ale rzeczywisty kształt usługi, do której świadczenia Wykonawca będzie zobowiązany. Systematyka zamówienia pozwala na wyodrębnienie w jego zakresie, części niepowiązane ze sobą, które są wykonywane niezależnie od siebie i służą różnym celom. Usługa sprzątnia służy utrzymaniu prawidłowych warunków higienicznych i estetycznych szpitala. „Usługi pomocy przy pacjencie” realizowane są w celu poprawy lub przywrócenia zdrowia pacjentów. W związku z powyższym, u uwagi na fakt, że zgodnie z prawem podatkowym, usługi kwalifikuje się za względu na cel, któremu służą, nie potwierdza się teza Zamawiającego, że przedmiot niniejszego zamówienia jest usługą o charakterze kompleksowym, a więc jedno świadczenie, które służy co do zasady tylko zapewnieniu właściwych warunków higienicznych. Usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia służą różnym celom. W związku z powyższym, odrzucenie złożonej przez Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, dokonane zostało bezpodstawnie. Przedstawione przez Zamawiającego, uzasadnienie nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy oraz w przepisach obowiązującego prawa. Zaoferowana przez Odwołującego cena skalkulowana została prawidłowo i nie zawiera błędów.

Do postępowania odwoławczego, na wezwanie zamawiającego z dnia 30 października 2012 roku, zgłosili przystąpienia: wykonawca Inwemar System Sp. z o.o. – po stronie zamawiającego oraz konsorcjum Spółdzielnia Inwalidów Naprzód oraz Izan+ sp. z o.o. – po stronie odwołującego (zgłoszenia przystąpień w aktach sprawy).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa:

1. kompleksowego utrzymania czystości i porządku środkami czystościowymi i dezynfekcyjnymi zapewnionymi przez wykonawcę wraz z zapewnieniem przez wykonawcę worków foliowych na odpady,
2. czynności pomocnicze związane z organizacją pracy w szpitalu u zamawiającego, zbierania i transportu odpadów medycznych i komunalnych do miejsca składowania,
3. utrzymanie czystości i porządku terenów zewnętrznych – placów, ulic, chodników oraz utrzymania w porządku terenów zielonych.

W załączniku nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieścił wykaz czynności pomocniczych związanych z organizacją pracy w szpitalu. Do czynności tych zaliczył: zbieranie, ważenie i wywózka wózkami zamkniętymi wykonawcy odpadów powstałych w wyniku wykonywania świadczeń medycznych do miejsca magazynowania, pomoc pracownikom zamawiającego przy przewozie lub przeniesieniu osób leżących, przewóz zwłok do kostnicy przy Izbie Przyjęć, transport wewnętrzny sprzętu i aparatury tj. przenoszenie (przewózka) materacy, koców, poduszek i innych towarów do wyznaczonego miejsca u zamawiającego, inne prace pomocnicze związane z transportem wewnętrznym, dezynfekcja wózków do przewożenia odpadów oraz inne czynności związane z organizacją pracy szpitala: mycie i dezynfekcja sprzętu gospodarczego, odnoszenie materiałów do badań w godzinach popołudniowych i nocnych, awaryjne sprzątnięcie w godzinach nocnych, wymiana wózków jednorazowych wraz z dezynfekcją koszy, napełnianie oraz dezynfekcja dozowników na mydło, płyn antyseptyczny i ręczniki jednorazowe, uzupełnianie papieru toaletowego, pomoc przy przyjmowaniu pacjentów na oddział (transport, przewożenie), zdejmowanie pościeli po wypisaniu pacjenta, wynoszenie kaczek i basenów z sali, obsługa płuczko - dezynfektorów.

W dziale XV siwz, zamawiający podał, że cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia wykonawca przedstawia w „Formularzu ofertowo – cenowym”, stanowiącym

załącznik nr 1. Ceną oferty jest kwota wyrażona w złotych polskich zawierająca podatek od towarów i usług (VAT) – cena ryczałtowa brutto za 1 miesiąc wykonywania całości usługi.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu z ceną ryczałtową netto 66 458, 40 zł, w tym podatek VAT tj. 2 468, 40 zł. Łączna wartość za 36 miesięcy wynosi 2 392 502,40 zł, w tym podatek VAT w wysokości 88 862, 40 zł.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odwołujący załączył na stronie 2 formularza ofertowo – cenowego szczegółową wycenę elementów usługi składającej się na cenę ryczałtową brutto za 1 miesiąc w rozbiciu na poszczególne jednostki organizacyjne i zadania. Z analizy szczegółowej kalkulacji oferty wynika, że łączna cena brutto za 1 miesiąc wykonywania usługi wynosi 66 458, 40 zł, w tym cena brutto za czynności pomocnicze związane z organizacją szpitala wynosi 53 670, 00 zł, co stanowi aż 80 % całkowitej wartości oferty. Przy czym w pozycji czynności pomocnicze związane z organizacją szpitala wykonawca podał cenę netto 53 210, podatek Vat 23% - 460,00 zł,

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zatem na skutek wskazanych działań i zaniechań zamawiającego może on ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Istota sporu sprowadza się do określenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług dla tzw. usług pomocniczych, wymienionych przez zamawiającego w załączniku nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że niezasadne jest stanowisko odwołującego, że to wyłącznie na wykonawcy spoczywa ciężar prawidłowego zastosowania stawki podatku Vat. Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, wskazał, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający w świetle

dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym bowiem spoczywa, wynikający z art. 18 ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przywołanych uchwałach Sąd Najwyższy podniósł także, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. nr 97, poz.1050 ze zm.) nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Odwołujący w trakcie rozprawy, jak również w udzielonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 26 września 2012 roku (w aktach sprawy) wskazywał - jako podstawę prawną zastosowania zwolnienia na usługi pomocnicze, wymienione w załączniku nr 12 do siwz - art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011, nr. 177, poz. 1054 ze zm.) oraz powoływał się na Indywidualną Interpretację Podatkową Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku w sprawie stosowania przez Hospital Serwis zwolnienia od podatku VAT. Zgodnie z dyspozycją przywołanego przez odwołującego przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, zwolnieniu od podatku podlegają usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Podkreślić należy, że wykładnia przywołanych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług powinna być ścisła, co jest regułą interpretacyjną mającą zastosowanie do wszystkich zwolnień podatkowych. W orzecnictwie i doktrynie ugruntował się także pogląd, że kwestie zwolnienia należy rozstrzygać z punktu widzenia konkretnej usługi, mając na uwadze konkretny stan faktyczny sprawy.

Zwolnienie określone w cytowanym przepisie ma charakter podmiotowo - przedmiotowy. Nie budzi wątpliwości Izby, okoliczność, której zamawiający i przystępujący także nie kwestionowali, że członek konsorcjum odwołującego - Hospital Serwis Sp. z o.o. Spółka komandytowa posiada status podmiotu leczniczego w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz. U. z 2011, nr 112, poz. 654 ze zm.) i jest wpisany do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Zatem przesłanka podmiotowa określona w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług w odniesieniu do członka konsorcjum Hospital Serwis Sp. z o.o. niewątpliwie zaistniała.

Jednak, w ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zachodzi przesłanka przedmiotowa, co wyklucza możliwość powołania się na dyspozycję art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług jako przesłanki uzasadniającej zastosowanie zwolnienia od podatku. Analiza zakresu przedmiotu zamówienia i jego charakteru skłania do stwierdzenia, że usługi pomocnicze, wymienione w załączniku nr 12 do siwz nie są usługami ściśle związanymi z usługami w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Rozpatrując zaistniały stan faktyczny, należy stwierdzić, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa utrzymania czystości i porządku, zaś czynności pomocnicze, określone w załączniku nr 12 do siwz są czynnościami ściśle związanymi z usługą podstawową tj. utrzymania czystości a nie jak twierdzi odwołujący, z usługą w zakresie opieki medycznej, służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Podkreślić należy, że czynności polegające na: transporcie wewnętrznym sprzętu, aparatury, dezynfekcji wózków i sprzętu gospodarczego, wymiany worków jednorazowych, napełniania oraz dezynfekcji dozowników na mydło, uzupełniania papieru toaletowego, zdejmowania pościeli po wypisaniu pacjenta, wynoszenia basenów i kaczek z sali czy obsługa płuczko – dezynfektorów, mają charakter czynności porządkowych i są związane z usługą główną, polegającą na utrzymaniu czystości i pracach porządkowych szpitalu. Pozostałe czynności takie jak: przewóz zwłok do kostnicy, pomoc pracownikom zamawiającego przy przewozie lub przeniesieniu osób leżących mają na celu pomoc pracownikom zamawiającego i z pewnością nie służą celom, określonym w dyspozycji art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Ponadto czynności pomocnicze, określone w załączniku nr 12 dotyczą, jak wskazano w samej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należą do czynności organizacyjnych szpitala i z charakteru przedmiotu zamówienia wynika, że są one związane z czynnościami porządkowymi a nie służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu czy poprawie zdrowia. Usługą podstawową, objętą przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w obiektach szpitala, która nie podlega zwolnieniu z VAT. Skoro w rozpatrywanym stanie faktycznym, usługi pomocnicze, wymienione w załączniku nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie są, jak wykazano wyżej, usługami ściśle związanymi z usługami w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, to nie zaistniała podstawa do zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, określona w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług.

Dodatkowo podnieść należy, że z treści przywołanych przepisów o podatku od towarów i usług wynika, że świadczenie usługi podstawowej objętej zwolnieniem (tj. usługi w zakresie opieki medycznej) łącznie z usługami związanymi i niezbędnymi do świadczenia usługi podstawowej, musi zostać dokonane przez jeden podmiot tj. podmiot świadczący usługę

podstawową. Na podobny wniosek wskazano także w złożonej przez odwołującego Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku (strona 7 pisma). Tymczasem, w rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający nie przewiduje zlecenia wykonawcy usług opieki nad pacjentem, bowiem czynności w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia są świadczone przez personel szpitala. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie czystości i porządku wraz z użyciem siły roboczej pracowników wykonawcy jedynie do pomocy pracownikom zamawiającego, a nie pomocy pacjentom. Wskazać także należy, na art. 43 ust. 17 ustawy o podatku od towarów i usług, który stanowi, że zwolnienie, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18, 18a, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a nie ma zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli nie są one niezbędne do wykonania usługi podstawowej zwolnionej z VAT lub ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników nie korzystających z tego zwolnienia. Zdaniem Izby, art. 43 ust. 1 pkt 18 w świetle art. 43 ust. 17 ustawy o podatku od towarów i usług wyklucza zastosowanie zwolnienia dla usług związanych z usługą nie podlegającą zwolnieniu, jaką w rozpatrywanym stanie faktycznym jest usługa utrzymania czystości i porządku. Podobne stanowisko zostało wyrażone także w przedstawionej przez odwołującego Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku, cyt: „Z art. 13 część A ust. 2 lit b tiret pierwsze szóstej dyrektywy wynika, że czynność główna, z którą określona dostawa towarów lub określone świadczenie usług są ściśle związane, sama musi być również czynnością podlegającą zwolnieniu, aby tego rodzaju dostawa lub świadczenie nie zostały wyłączone spod zakresu zwolnienia, o którym mowa w szczególności w ust. 1 lit. b tego przepisu”.

Złożona przez odwołującego Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku, udzielona Hospital Serwis Sp. z o.o. Spółka komandytowa, nie może zostać przyjęta jako wiążące stanowisko w sprawie, z uwagi na okoliczność, że przedstawiony w niej stan faktyczny, w szczególności zakres wymienionych usług nie pokrywa się ściśle z rozpatrywanym stanem faktycznym, w których przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości i porządku w szpitalu a usługi pomocnicze, mają charakter marginalny i są związane z usługami porządkowymi. Ponadto w rozpatrywanym stanie faktycznym, odmiennie niż przedstawiono to w przywołanej interpretacji głównym celem świadczonych usług nie jest wykonywanie czynności służących zapewnieniu szeroko pojętej opieki medycznej nad pacjentem, ale celem tym jest utrzymanie porządku i czystości w obiektach szpitala.

Wątpliwości Izby budzi także sposób podziału ceny brutto oferty, gdzie aż 80 % miesięcznego wynagrodzenia tj. 53 670 zł objętego w zasadniczej większości zwolnieniem od podatku od towarów i usług, odwołujący przewidział na usługi pomocnicze, występujące, zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2012 roku sporadycznie. Jedynie 20% miesięcznego wynagrodzenia zostało objęte stawką 23% Vat i przypada na główny przedmiot zamówienia tj. utrzymanie czystości i porządku. Co prawda zamawiający w toku postępowania o zamówienie publiczne nie wskazał na procentowy udział usług sprzątnania i usług pomocniczych w przedmiocie zamówienia, to jednak analiza zakresu przedmiotu zamówienia i udzielone wyjaśnienie z dnia 14 sierpnia 2012 roku, skłania do stwierdzenia, że taka relacja ceny za usługę główną do ceny za usługi pomocnicze, dodatkowo objęte zwolnieniem, ma istotny wpływ na cenę całkowitą oferty i może stanowić przejaw naruszenia uczciwej konkurencji.

Izba nie znalazła podstaw do dokonania poprawienia zastosowanego zwolnienia z Vat na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczności sprawy wskazują na zamierzone działanie wykonawcy a w sprawie nie zachodzi niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bowiem zamawiający w specyfikacji nie wskazał właściwej stawki podatku Vat. W konsekwencji, Izba za prawidłową uznała czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący: