Sygn. akt KIO 1458/23

WYROK

z dnia 9 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 maja 2023 r. przez wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych P. O. z siedzibą w Zielonej Górzę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żary o statusie miejskim

przy udziale wykonawcy S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INWEST-BUD S. K. z siedzibą w Marszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych P. O. z siedzibą w Zielonej Górzena rzecz zamawiającego Gminy Żary o statusie miejskim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1458/23

Uzasadnienie

Gmina Żary o statusie miejskim, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa ul. Moniuszki, ul. Strzelców i ul. Żabikowskiej w Żarach”.

Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00156125/01.

W dniu 23 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Piotra Owsińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych P. O. z siedzibą w Zielonej Górze wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy „INWEST-BUD” S. K. i wyborze jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 16 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „INWEST-BUD” S. K. choć oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny – nie doliczono do niej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, w sytuacji gdy błąd ten nie podlega korekcie,
2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty „INWEST-BUD” S. K. jako najkorzystniejszej choć podlegała ona odrzuceniu, albowiem zawiera błąd w obliczeniu ceny – nie doliczono do niej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, w sytuacji gdy błąd ten nie podlega korekcie,
3. art. 16 pkt 1 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawcy „INWEST-BUD" S. K.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że w związku z przedmiotem niniejszego postępowania, podmiot, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, winien był uwzględnić w niej stawkę podstawową podatku od towarów i usług, doliczając do niej 23 % podatku VAT. Brak było przy tym podstaw do skorzystania ze zwolnienia wskazanego w art. 113 ust. 1 ustawy VAT, bowiem zwolnienie to nie przysługuje w odniesieniu do podatników świadczących usługi w zakresie doradztwa.

Jak podkreślił Odwołujący, tymczasem w ramach przedmiotu zamówienia owe usługi doradcze będą miały miejsce.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia wzoru umowy, które świadczą o tym, że oprócz typowych zadań nadzoru inwestorskiego, na wykonawcę nałożono także dodatkowe obowiązki mające charakter usług doradczych, tj. § 1 ust. 3 pkt 9, 10, 19, 21 i 22 wzoru umowy.

Powyższe postanowienia wpisują się w usługi doradcze, zwłaszcza w kontekście definicji zawartej w słowniku języka polskiego (dostępnego pod adresem: sjp.pwn.pl), w którym pod pojęciem „doradztwo" należy rozumieć udzielanie fachowym porad, a pod pojęciem „doradcy" należy rozumieć „tego, kto doradza". Natomiast „doradzać", w myśl powołanego słownika, oznacza „udzielić porady, wskazać sposób postępowania w jakiejś sprawie". Doradztwo jest zatem udzieleniem fachowych zaleceń, porad, art. ekonomicznych czy finansowych, bądź technicznych.

Odwołujący podkreślił ponadto, że przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Dodatkowo, brak podania stawki VAT w treści SWZ oznacza, że obowiązek jej wskazania został przerzucony na wykonawców i nie ma możliwości poprawy omyłki tego typu, a Zamawiający ma obowiązek weryfikacji podanych przez wykonawców stawek VAT.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zweryfikował prawidłowości stawki podatkowej zastosowanej przez zwycięskiego wykonawcę, ani tenże wykonawca nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień. Trudno przy tym za takie wyjaśnienia uznać informację wskazaną w piśmie dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że wykonawca ten jest „nievatowcem" i korzysta ze zwolnienia z VAT na podstawie art. 113 ust. 1 lub 9 ustawy o podatku od towarów i usług.

Zatem skoro nie wykazane zostały okoliczności do zastosowania zwolnienia z podatku VAT ze strony zwycięskiego wykonawcy, a ocena sprawy (przedmiot zamówienia obejmujący także doradztwo) wskazuje na brak możliwości zastosowania zwolnienia z VAT, to tym samym winien on był zastosować stawkę podstawową podatku (23 %) i uwzględnić ją w cenie ofertowej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 6 czerwca 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając stosowną argumentację.

W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Przystępujący wyjaśniając brak konieczności uwzględnienia wartości podatku VAT w cenie oferty powołał się na treść art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z treścią tego przepisu zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku.

Zamawiający dodał, że charakter wykonywanych przez inspektora nadzoru obowiązków ocenić można jako zarządczy czy decyzyjny, cechujący się stanowczością i samodzielnością podejmowanych decyzji. Uwzględniając również zapisy umowy, jaka ma zostać zawarta na skutek przeprowadzenia niniejszego postępowania, uznać należy, że w zakres obowiązków wyłonionego wykonawcy nie będą wchodzić czynności, którym przypisać można charakter doradczych. Wobec tego nie będzie miało miejsce wyłączenie zwolnienia podmiotowego, o którym mowa w art. 113 ust. 13 pkt 2 lit. b ustawy o VAT.

Zamawiający zwrócił uwagę na definicję pojęcia „doradztwo" zawartą w słowniku języka polskiego PWN do której w interpretacji pod numerem 0112-KDIL1-1.4012.500.2019.2.HW odnosił się Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, zgodnie z którą doradztwo jest udzielaniem fachowych opinii, porad, np. ekonomicznych, finansowych, a przez doradcę

rozumie się osobę, która udziela porad, doradza. Odnosząc tę definicję na grunt postępowania i zakresu czynności jakie mają być w jego ramach wykonywane wskazać należy, że nie niosą one znamion doradzania w rozumieniu wyżej wskazanym.

Zdaniem Zamawiającego wskazane przez Odwołującego czynności stanowią typowy katalog działań podejmowanych w ramach realizowanego nadzoru, którym nie można jednak nadać przymiotu doradczego. Sam opis czynności na jakie wskazuje Odwołujący świadczy o decyzyjnym a nie doradczym ich charakterze. Zamawiający dla poparcia swojego stanowiska powołał się na treść wyżej przytoczonej interpretacji skarbowej, zgodnie z którą za prawidłowe uznane zostało stanowisko wnioskodawcy, zgodnie z którym *„ze względu na charakter usług, które Wnioskodawca prowadzi, polegających na pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, to jest funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub (i) kierownika budowy i robót, których zakres obejmuje również sporządzanie dokumentacji projektowych oraz kosztorysów inwestorskich oraz pełnienia nadzoru autorskiego w ramach prowadzonych projektów inwestorskich – zgodnie z ustawą – Prawo budowlane, których wartość nie przekracza kwoty 200.000 zł w roku podatkowym, Wnioskodawca uważa, że ma prawo skorzystać ze zwolnienia w zakresie podatku od towarów i usług."* We wskazanej interpretacji podkreślono, że: *„Wnioskodawca, prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą w zakresie sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, to jest funkcji inspektora nadzoru lub (i) kierownika budowy i robót zgodnie z ustawą – Prawo budowlane nie wykonuje, ani też nie będzie wykonywał w przyszłości jakichkolwiek czynności, o których mowa w art. 113 ust. 13 ustawy. Czynności wykonywane przez Wnioskodawcę w ramach prowadzonej działalności nie polegają na udzielaniu porad, opinii i wyjaśnień charakterystycznych dla usług doradztwa."*

Zamawiający wskazał, że stanowisko zbieżne z ww. znalazło się również w interpretacjach o numerze 0111-KDIB3-2.4012.382.2018.1.EJ oraz 0112-KDIL-2.4012.540.2018.1.TK, a także 0114-KDIP1-3.4012.499.2019.2.KP.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, oferta złożona przez Przystępującego jest prawidłowa i nie zawiera w sobie błędnie oznaczonej ceny, a to oznacza brak zaistnienia przesłanki do jej odrzucenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę S. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INWEST-BUD S. K., dalej jako: „Przystępujący"Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Dowody Odwołującego:
    a. Opracowanie pn. „Istota, pojęcie i rodzaje doradztwa" na okoliczność definicji doradztwa oraz tego, że w ramach obowiązków umownych w niniejszym postępowaniu mieści się także doradztwo,
    b. Przykładowe stanowiska inspektora nadzoru na okoliczność tego, jak w praktyce wygląda praca inspektora nadzoru oraz tego, że zamawiający podejmuje decyzje na podstawie stanowisk wyrażanych przez inspektora nadzoru.
2. Dowody Zamawiającego:
    a. Karta zatwierdzenia materiałów, urządzeń, technologii – na okoliczność braku charakteru doradczego czynności pełnionych przy pełnieniu funkcji inspektora nadzoru.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego wszystkie ww. dowody, jednak wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko

na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa ul. Moniuszki, ul. Strzelców i ul. Żabikowskiej w Żarach".

Zgodnie ze wzorem umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, do obowiązków wykonawcy będzie należało m. in.:

- rozstrzyganie w porozumieniu z wykonawcą robót, projektantem i przedstawicielem Zamawiającego wątpliwości natury technicznej powstałych w toku wykonywania robót (§ 1 ust. pkt 9 wzoru umowy),

- podejmowaniu decyzji wspólnie z projektantem o wprowadzeniu odpowiednich zmian i poprawek, w przypadku wykrycia błędów lub nieścisłości w dokumentacji projektowej (§ 1 ust. pkt 10 wzoru umowy),

- Wykonawca zobowiązany jest przedstawiać Zamawiającemu informacje o wszelkich problemach i zagrożeniach, istotnych z punktu widzenia zadania inwestycyjnego, które kierując się posiadaną wiedzą techniczną i doświadczeniem zawodowym należy przewidywać (§ 1 ust. pkt 19 wzoru umowy)

- opiniowanie przygotowanego przez wykonawcę robót harmonogramu rzeczowo-finansowego i jego aktualizacji w terminie do 3 dni roboczych od dnia otrzymania harmonogramu (§ 1 ust. pkt 21 wzoru umowy),

- kwalifikowanie zasadności wykonania robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych w uzgodnieniu z Zamawiającym oraz przygotowanie protokołów konieczności na wykonanie tych robót (§ 1 ust. pkt 22 wzoru umowy).

Zgodnie z formularzem ofertowym „INWEST-BUD" S. K. oświadczył on, że:

„Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową brutto:

87000zł

W tym podatek VAT: -%".

Pismem z dnia 25 kwietnia 2023 r. ww. wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny. Zamawiający w treści wezwania wskazał m. in., że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, powtarzając przy tym treść art. 224 ust. pkt 1-7 ustawy PZP oraz zadając dwa szczegółowe pytania.

Wykonawca przedłożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 6 maja 2023 r. W treści wyjaśnień wskazał m. in., że: *„Moja oferta wynosi 87000 złotych netto=brutto. Ponieważ jestem „nievatowcem", pozostaje dla mnie kwota 87000 złotych pomniejszona tylko o należny podatek dochodowy po uwzględnieniu ogólnych kosztów związanych z działalnością (zwolnienie z podatku na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług-Dostawa towarów lub świadczenie usług zwolnione na podstawie art.113 ust.1 lub ust.9 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.z 2011 r. Nr 177, poz.1054 z późn. zmianami). Gdyby doliczyć podatek Vat moja oferta wyniosłaby 107010 złotych brutto. Odnośnie złożonych ofert, jedna oferta była niższa od mojej (biorąc pod uwagę cenę netto), co świadczy o rozsądnym wyliczeniu ceny w zakresie przedmiotu zamówienia."*

W dniu 19 maja 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta wykonawcy INWEST-BUD S. K.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Jak wskazuje się jednolicie w doktrynie i orzecznictwie, nieuwzględnienie w cenie oferty prawidłowej stawki podatku VAT stanowi co do zasady błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. W tym miejscu zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych ofertach. Zamawiający wymagał złożenia

formularza oferty, w którym oprócz podania ceny całkowitej brutto, należało określić wysokość podatku VAT.

Zatem ciężar ustalenia prawidłowej stawki podatku został przerzucony na wykonawców. Brak wskazania stawki podatku VAT w dokumentach zamówienia powoduje, że ewentualne zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT nie mogło być konwalidowane w toku oceny i badania ofert jako omyłka podlegająca poprawieniu w trybie określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a stwierdzenie nieprawidłowości w tym zakresie winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Dalej wskazać należy, że Zamawiający ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki podatku VAT (na co wskazano m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). To na Zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami prawa przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W niniejszej sprawie Zamawiający informację o stosowanym przez Przystępującego zwolnieniu podmiotowym otrzymał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, gdzie ten wskazał na art. 113 ust. 1 lub 9 ustawy o podatku od towarów i usług (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931), dalej jako: „ustawa o VAT".

Zgodnie z treścią ww. przepisów:

art. 113 ust. 1: „Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku."

art. 113 ust. 9: „Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatnika rozpoczynającego w trakcie roku podatkowego wykonywanie czynności określonych w art. 5, jeżeli przewidywana przez niego wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust. 1."

Wskazane przepisy wprowadzają podział wszystkich podatników podatku na rozpoczynających wykonywanie czynności podlegających opodatkowaniu oraz podatników już działających. Nie ma zatem wątpliwości, że w przypadku Przystępującego chodzi o podstawę z ust. 1, dotyczącą podatników już działających.

Omawiane zwolnienia podatkowe przysługują z mocy prawa, a więc bez obowiązku dokonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności. Konsekwencją objęcia sprzedaży podatnika zwolnieniem podmiotowym jest to, że żadne wykonywane przez niego czynności (poza czynnościami wyłączonymi ze zwolnienia) nie są opodatkowane. Zwolnienie to traci moc począwszy od czynności, którą przekroczoną kwotę maksymalną sprzedaży uprawniającej do zwolnienia (art. 113 ust. 5).

Z przytoczonych przepisów wynika więc, że sprzedaż dokonywana przez podatnika w ramach określonego limitu maksymalnego jest zwolniona od podatku, a po przekroczeniu tego limitu jest ponownie objęta podatkiem. Dla korzystania ze zwolnienia nie jest przy tym wymagane żadne działanie. Określone obowiązki powstają dopiero z chwilą przekroczenia dozwolonego limitu sprzedaży.

Jak stanowi art. 113 ust. 13 pkt 2 lit. b ww. zwolnienia nie stosuje się do podatników świadczących usługi w zakresie doradztwa, z wyjątkiem doradztwa rolniczego związanego z uprawą i hodowlą roślin oraz chowem i hodowlą zwierząt, a także związanego ze sporządzaniem planu zagospodarowania i modernizacji gospodarstwa rolnego.

W tym miejscu należy podkreślić, że wspomnianego wyłączenia dotyczył spór w niniejszej sprawie, tj. czy charakter czynności wykonywanych przez wykonawcę w ramach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego pozwala na przyjęcie, że mamy do czynienia z usługami w zakresie doradztwa, a tym samym czy wykonawca INWEST-BUD S. K. prawidłowo nie doliczył do ceny swojej oferty podatku VAT posługując się zwolnieniem, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT.

Nie było sporu między stronami, że typowe czynności wykonywane przez inspektora nadzoru, o których mowa w art. 25 ustawy Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682), charakteru doradztwa nie mają. Tezę tę dodatkowo poparł Zamawiający przedstawiając wraz z odpowiedzią na odwołanie indywidualne interpretacje, z których wynika, że pełnienie

funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nie polega na udzielaniu porad, opinii i wyjaśnień charakterystycznych dla usług doradztwa.

Spór dotyczył kilku wyszczególnionych przez Odwołującego postanowień umowy określających obowiązki przyszłego wykonawcy zamówienia publicznego, z których zdaniem Odwołującego miałoby wynikać, że obowiązki te będą miały charakter doradztwa, a co dyskwalifikowałoby możliwość korzystania przez Przystępującego ze zwolnienia podatkowego.

W niniejszej sprawie, zdaniem Izby, postanowienia wzoru umowy określające niektóre obowiązki wykonawcy, na które powołuje się Odwołujący, nie świadczą jednoznacznie o tym, że wykonywanie tych obowiązków będzie miało charakter doradztwa. Podkreślić należy, że to opis przedmiotu zamówienia determinuje okoliczność, jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując ofertę. To w oparciu o konkretną treść SWZ wykonawcy przygotowywali swoje oferty i zgodnie z nią Zamawiający je badał i oceniał. Jeśli natomiast zapisy SWZ (czy też załączników do niej) budzą wątpliwości w jakimkolwiek zakresie, zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, jej interpretacji należy dokonywać na korzyść wykonawców. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (tak SO w Warszawie w wyroku z dnia 28 lipca 2022 r., XXIII Zs 79/22).

Zdaniem Izby interpretacja pojęć użytych przy formułowaniu obowiązków inspektora nadzoru nie może prowadzić do tylko jednego słusznego wniosku, że obowiązki te będą miały charakter doradztwa. Do zajęcia takiego stanowiska skłoniło Izbę również to, że typowe czynności wykonywane przez inspektora nadzoru takiego charakteru nie mają i nie są traktowane przez organy skarbowe jako czynności z zakresu doradztwa, o których mowa w art. 113 ust. 13 pkt 2 lit. b ustawy o VAT.

Co istotne, Zamawiający decydując się na odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP powinien być w stanie wykazać, że oferta wykonawcy w istocie zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. że przyjęta przez wykonawcę stawką podatku VAT, będąca w tym wypadku stawką podstawową, była nieprawidłowa. Odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy błąd w obliczeniu ceny stwierdzono w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Decyzja ta nie może być oparta wyłącznie o subiektywne przekonanie Zamawiającego, co do właściwej do zastosowania stawki podatku VAT, lecz winna mieć podstawy prawne oraz faktyczne.

Zdaniem Izby okoliczności, jakie zaistniały na kanwie niniejszej sprawy, nie pozwalają na stwierdzenie, że Zamawiający miał jednoznaczne i nie budzące wątpliwości podstawy do tego by ofertę Przystępującego odrzucić. Jeżeli wysokość stosowanej stawki w danej sprawie nie jest jednoznaczna, co więcej możliwe są różne jej interpretacje, a zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną, to nie ma podstaw do kwestionowania wskazanej w ofercie stawki podatku VAT. Dodatkowo wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do ustalenia wysokości należnego podatku. Organami uprawnionymi do tego są Ministerstwo Finansów w tym Urzędy Skarbowe oraz sądy administracyjne. Tymczasem Odwołujący nie dysponował wydaną w oparciu o stan faktyczny dotyczący przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia indywidualną interpretacją podatkową, jak i nie powołał się nawet na inne tego rodzaju interpretacje wydane w oparciu o stany faktyczne, które można byłoby uznać za podobne (tak tez: Wyrok SO w Warszawie z dnia 22 października 2021 r., XXIII Zs 96/21).

Wobec powyższego, uwzględniając treść zarzutów odwołania, stanowiska stron przedstawiane w trakcie postępowania odwoławczego oraz zebrany w sprawie materiał dowodowy, zdaniem Izby odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o §2 ust. 1 pkt 1 w zw. z §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……