

Rzeszów, 08.12.2021 r.

P 003/MP211412

Centrum Usług Komunalnych
w Częstochowie



0215497
Data wpływu: 2021-12-08
Nr: PP-15156-2021

Gmina Miasto Częstochowa
ul. Śląska 11/13
42 – 217 Częstochowa

Dotyczy:

nr CUK.N.261.45.2021 z dnia 12.10.2021 r.
nr CUK.N.261.46.2021 z dnia 12.10.2021 r.

Apis Polska Sp. z o.o. jako Wykonawca zadania pn.:

1. „Budowa mini placu zabaw na skwerze Meliorantów/Połaniecka w Częstochowie”;
 2. „Budowa placu street workout przy ul. Morenowej w Częstochowie”;
- mając na uwadze art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych ((*tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm., dalej jako: specustawa covidowa*), na stronach umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy p.z.p., ciąży obowiązek polegający na niezwłocznym oraz wzajemnym informowaniu się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić.

W dniu 12.10.2021 r. strony zawarły umowy, których przedmiotem są roboty budowlane związane z dostawą i montażem urządzeń placu zabaw i siłowni na świeżym powietrzu.

Wykonawca biorąc pod uwagę znane Zamawiającemu okoliczności, które wystąpiły po terminie zawarcia umów, a o których Wykonawca informował Państwa pismem z dnia 9.11.2021 r., wnosi, by Zamawiający umożliwił mu kontynuowanie zadania i podjął – biorąc pod uwagę okoliczności - współpracę z Wykonawcą w zakresie realizacji w/w umowy, tj.:

1. Przesunął termin realizacji umowy, poprzez ustalenie terminu realizacji umowy co najmniej do dnia 30 kwietnia 2022 r.,
2. Zwaloryzował wynagrodzenie Wykonawcy w celu wyeliminowania rażącej straty Wykonawcy w związku z realizacją umów, tj. zmianę wynagrodzenia poprzez podwyższenie umówionego wynagrodzenia uwagi na nadzwyczajny wzrost cen materiałów i usług.

W niniejszej sprawie **zaistniała bowiem nadzwyczajna zmiana stosunków** polegająca na drastycznej, nieprzewidywalnej i niemożliwej do zapobieżenia podwyżce cen surowców i materiałów budowlanych, biorąc pod uwagę ceny panujące w dacie składania oferty, a co za tym idzie, wykonanie umowy za kwotę wskazaną w umowach spowoduje u Wykonawcy rażącą stratę w związku z jej realizacją.

Wykonanie umowy bowiem biorąc pod uwagę powyższe okoliczności nie tylko, że nie przyniesie Spółce jakiegokolwiek zarobku, ale pociągnie za sobą rażącą stratę finansową W takich

okolicznościach, zgodnie z art. 357¹ k.c., Wykonawca ma pełne prawo domagania się waloryzacji wynagrodzenia, względnie ma możliwość rozwiązania umowy z uwagi na powyższe okoliczności, a także następczą niemożność świadczenia.

Jak podnosi się w doktrynie gospodarcza niemożność świadczenia odnosi się do takich działań w wykonaniu zobowiązania, które wprawdzie w świetle praw natury są fizycznie możliwe, ale biorąc pod uwagę kontekst ekonomiczny, pozostają oczywiście nieracjonalne. W sytuacjach skrajnych niemożność świadczenia nie musi być pojmowana w sposób nadmiernie rygorystyczny i świadczenie oczywiście ekonomicznie irracjonalne może być ujmowane w ramach pojęcia świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 475 KC (tak trafnie Radwański, Olejniczak, Prawo cywilne, 2014, s. 343; J. Dąbrowa, w: System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 803; F. Zoll, w: System PrPryw, t. 6, 2014, s. 1147–1148).

Co jest inwestorowi wiadome, w stosunku od kwietnia 2020 r. do kwietnia 2021 r., ceny rudy żelaza na rynkach światowych wzrosły o 100 %, a od początku tego roku do chwili obecnej – o około 20 %. Ponadto zarówno w Polsce jak i w Europie wiele pieców hutniczych zostało na trwałe wyłączonych z użytkowania, wskazać chociażby należy na wygaszenie pieca hutniczego spółki ArcelorMittal w Krakowie w październiku 2020 r., która to spółka skupia ponad 70% przemysłu hutniczego w Polsce. Na taką decyzję wpłynęły rosnące ceny energii elektrycznej, koszty pracy, droższe prawa do emisji CO2 czy niewystarczające środki ochrony europejskiego rynku.

Proszę zważyć, że tak Inwestor, jak i Wykonawca, czy jakikolwiek inny podmiot w branży budowlanej nie mogli przewidzieć tak znaczącej zmiany ceny stali, jak i drastycznego wzrostu cen pozostałych materiałów budowlanych.

Podsumowując, brak zmiany wynagrodzenia Wykonawcy spowoduje u niego rażącą stratę, bowiem skutek nadzwyczajnej zmiany sytuacji na rynkach materiałów budowlanych, w tym w szczególności stali, Wykonawca nie jest w stanie na chwilę obecną wykonać umowy. W związku ze znaczącym wzrostem cen materiałów budowlanych, dla wykonawcy bardziej opłacalnym rozwiązaniem byłoby całkowite zejście z budowy i rozwiązanie umowy, aniżeli jej dokończenie z niepowetowaną rażącą stratą, która doprowadziłaby do bezpodstawnego wzbogacenia się Inwestora kosztem Wykonawcy.

Zdaniem Wykonawcy, tak nagłe i wysokie podwyżki cen materiałów budowlanych nie mogły mieścić się w ryzyku kontraktowym Wykonawcy. Należy stwierdzić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po kilkuletnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy (*uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, nie publ.; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, z. 1, poz. 18*). Nawet starannie kalkulujący przedsiębiorca budowlany nie zawsze jest w stanie przewidzieć nagły wzrost cen materiałów budowlanych o znacznej skali, mimo określonych, wcześniejszych zaszczości na rynku budowlanym. Nie ma bowiem powodu do sugestii, że są to przewidywalne zmiany cykliczne. Podstawą do zmiany wynagrodzenia może być zarówno art. 632 § 2 oraz 357¹ k.c.

Kluczowe jest również, że Wykonawca w w/w wycenach w ogóle nie uwzględnił rosnących kosztów transportu materiałów na plac budowy wskutek nieustających podwyżek paliwa (II kwartał 2021 r. cena litra oleju napędowego wynosiła ok. 5 zł / litr, obecnie – 6,10 zł / litr).

Dotychczas przyjmowano, że Wykonawcy w ramach prowadzonych działalności powinni w ofertach skalkulować możliwość wzrostu cen materiałów budowlanych, co też od wielu lat przedsiębiorcy czynili, zakładając w najgorszych przypadkach, że ceny wyrobów budowlanych mogą

wzrosnąć o 5, góra 10%. Obecnie jednak ceny na rynku materiałów budowlanych, niezbędnych do realizacji umowy biją kolejne rekordy, co jest już wiedzą powszechnie znaną. Również ustawodawca dostrzegł problem z jakim borykają się przedsiębiorcy, dlatego w nowej ustawie p.z.p. (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zawarł obowiązek dodawania klauzul waloryzacyjnych w przypadku zmian cen materiałów budowlanych. W doktrynie przyjmuje się, że w przypadku zawarcia umowy o roboty budowlane na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, a następnie wydłużenia czasu jej wykonywania z przyczyn niezależnych od wykonawcy, będzie on mógł skorzystać w przypadku istotnej zmiany elementów cenotwórczych wynagrodzenia.

Kluczowy jednak w kontekście obowiązku Zamawiającego co do waloryzacji wynagrodzenia umownego jest również art. 15r ust. 4 specustawy covidowej, zgodnie z którym Zamawiający po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonywanie umowy, dokonuje zmiany umowy w szczególności poprzez zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Powszechnie wiadomym jest, że na wzrost cen materiałów budowlanych bezpośredni wpływ mają obostrzenia związane z przeciwdziałaniem epidemii na świecie, co doprowadziło do spadku produkcji materiałów budowlanych. W związku z pandemią wydłużyły się także lub przerwały zupełnie łańcuchy dostaw tak surowców, komponentów jak i gotowych wyrobów. W 2020 roku doszło także do wzrostu inflacji, co doprowadziło do wyższych wycen surowców. Przez kilkanaście tygodni pełnego lockdownu, który miał miejsce w III i IV kwartale 2020 r., wzrost zachorowań na COVID-19 oraz konieczność odbywania kwarantann przez pracowników, jak również wskutek obecnie rozwijającej się IV fali pandemii koronawirusa drastycznie skurczyły się możliwości produkcyjne fabryk materiałów budowlanych, co także przełożyło się na lawinowy wzrost cen. Nadto pośrednim skutkiem pandemii jest obniżenie stóp procentowych przez instytucje nadzorcze, co skłania inwestorów, zarówno polskich jak i zagranicznych do zaciągania kredytów w celu budowy czy zakupu nieruchomości, co również wpływa na zwiększenie zainteresowania wyrobami budowlanymi, a w konsekwencji do wzrostu ich cen.

Wykonawca podkreśla, że wskutek epidemii koronawirusa Sars-Cov-2 wywołującego chorobę COVID-19 dochodzi do licznych przestojów różnych przedsiębiorstw, czego skutki Wykonawcy jak i Inwestorzy odczuwają najmocniej dopiero w drugiej połowie 2021 r. W dniu 20 marca 2020 r. na obszarze całego kraju, na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (*Dz. U. poz. 491 z późn. zm.*), ogłoszono stan epidemii koronawirusa COVID-19, który to stanowi zdarzenie o charakterze nadzwyczajnym. Podkreślenia wymaga, że skutki epidemii COVID-19 przełożyły się na wiele aspektów dotyczących funkcjonowania branży budowlanej. Wyraźnie odczuwalne są ograniczenia w transporcie oraz zakłócenia łańcucha dostaw. W najwyższym stopniu odnosi się to do zakupu stali. Huty stali podczas wybuchu pandemii ograniczyły produkcję bądź całkowicie ją zatrzymały, gdyż spodziewały się długiego kryzysu. Tymczasem przestoje w przemyśle faktycznie nastąpiły, i aktualnie wszędzie brakuje surowca. Dotyczy to także w szczególności drewna, gdyż jego cena na rynku polskim jak i światowym osiąga rekordowe poziomy, a pomimo tego drewno jest trudno dostępne. Taka sama sytuacja dotyczy tworzyw sztucznych tj. płyty HDPE, HPL, które to dostarczane są przez innych producentów, którzy wskutek zaburzenia łańcucha dostaw surowców z zagranicy, przebywania pracowników na kwarantannach, izolacjach oraz zwiększonymi zachorowaniami, problemami z przekraczaniem granic i ruchem tranzytowym mają opóźnienia w realizacji zamówień, co ma bezpośredni wpływ na możliwość terminowego wykonania umowy. Wskazać należy również, iż brakuje w bardzo dużych ilościach podstawowego składnika budowy, którym jest cement. Powyższe okoliczności są zapewne Państwu znane, biorąc pod uwagę, że jesteście Państwo inwestorem wielu

lokalnych inwestycji. Należy również zaznaczyć, że prace budowlane toczyły się wolniej z uwagi na konieczność zachowania zasad reżimu sanitarnego, co w efekcie doprowadziło do nawarstwienia się wszystkich inwestycji Spółki. Sytuacja ta znana jest Państwu, bowiem również Urząd Zamawiającego działa w rygorze sanitarnym, ograniczając bezpośrednią obsługę interesantów.

Należy również podkreślić, że nawet gdy Zamawiający wykazując się brakiem współpracy nie dokona przesunięcia terminu realizacji robót, nie będzie miał możliwości naliczenia jakiegokolwiek kary umownej Wykonawcy. Konieczną bowiem przesłanką żądania kary umownej jest przypadek naruszenia przez Wykonawcę istniejącej więzi zobowiązaniowej, ale tylko przez niego zawiniony. Zatem przy zasadności naliczenia kary umownej należy zbadać, jak w ocenianym stosunku obligacyjnym kształtuje się zakres okoliczności obciążających Wykonawcę. Potwierdza to również orzecznictwo Sądu Najwyższego, które *uzależnia możliwość obciążenia wykonawcy karą umowną od jego winy* (tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. wydanym ws. o sygn. akt II CR 419/67). Powyższe znajduje również uzasadnienie w licznych orzeczeniach Sądu Najwyższego który przyjmował, że obciążona karą umowną może zostać tylko taka strona umowy, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, nie może taką karą zostać natomiast obciążona strona zobowiązana do spełnienia takiego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wśród licznych orzeczeń, w których Sąd Najwyższy opowiadał się za takim poglądem, należy wskazać na wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/1, z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 385/07, jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10. Analogiczne stanowisko można spotkać w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Jako przykład można podać wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 r., I ACa 153/12, gdzie Sąd stwierdził, że *kara umowna ma za zadanie ostateczne zrekompensowanie szkody wywołanej nieprawidłowym i zawinionym zachowaniem tej strony, która spowodowała zdarzenie wywołujące tą szkodę*.

W niniejszej sprawie należy wskazać na brak zawinienia Wykonawcy w ewentualnej nieterminowej realizacji zadania, a zatem nie ma podstaw do obciążenia go karą umowną za zwłokę, tj. zawinione działanie lub zaniechanie.

Równocześnie wskazuję, że Wykonawca realizuje w/w umowy, bowiem w chwili obecnej trwa produkcja urządzeń małej architektury. Nie zaistniała zatem przesłanka umożliwiająca Zamawiającemu odstąpienie od umowy.

Licząc na wyrozumiałość oraz wymagane ustawą **współdziałanie Zamawiającego** przy realizacji robót budowlanych, prosimy o wzięcie pod uwagę powyższych, niezawinionych i niezależnych od Wykonawcy zdarzeń, oraz wyznaczenie terminie 7 dni dogodnego dla obu stron spotkania w siedzibie Wykonawcy lub Zamawiającego celem omówienia współdziałania w przedmiotowej sprawie.

Z poważaniem

Apis Polska Sp. z o.o.
ul. Hetmańska 10/4, 35-045 Rzeszów
REGON 360191774 NIP: 792 229 13 28
KRS 0000531347

Otrzymują:

1. Adresat
2. a/a