

POSTANOWIENIE

G., dnia 2 lutego 2018 r.

Sąd Rejonowy Gdańsk - Północ w Gdańsku Wydział VI Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Komisarz SSR Jacek Werengowski

po rozpoznaniu w dniu 2 lutego 2018 r. w Gdańsku

na posiedzeniu niejawnym

sprawy w toku postępowania sanacyjnego (...) S.A. w G. w restrukturyzacji

w przedmiocie wniosku zarządcy o wyrażenie zgody na odstąpienie od umowy wzajemnej

postanawia:

wyrazić zgodę zarządcy (...) S.A. w G. w restrukturyzacji na odstąpienie od umowy nr (...), zawartej w dniu 2 września 2016 r. przez (...) S.A. w G., działającą w ramach konsorcjum wraz z M. a.s. z siedzibą w P. w Republice Czeskiej oraz (...) spółkę z o.o. z siedzibą w G. z Gminą M. G. – (...) G., zmienionej aneksem nr (...) z dnia 2 stycznia 2017 r., (...) z dnia 21 stycznia 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 27 lutego 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 28 lutego 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 27 czerwca 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 26 lipca 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 31 lipca 2017 r. - w części, w jakiej wykonanie powołanej umowy nastąpić miało po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego.

Sędzia – Komisarz SSR Jacek Werengowski

UZASADNIENIE

Zarządca dłużnika (...) S.A. w G. w restrukturyzacji złożył wniosek o wydanie postanowienia w przedmiocie wyrażenia zgody na odstąpienie od umowy

nr (...) - I/PO/001/16, zawartej w dniu 2 września 2016 r. przez spółkę, działającą w ramach konsorcjum wraz z M. a.s. z siedzibą w P. w Republice Czeskiej (dalej: (...)) oraz (...) spółkę z o.o. z siedzibą w G. (dalej: (...)), z Gminą M. G. – (...) G. (dalej: (...)), zmienionej aneksem nr (...) z dnia 2 stycznia 2017 r., (...) z dnia 21 stycznia 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 27 lutego 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 28 lutego 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 27 czerwca 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 26 lipca 2017 r., aneksem nr (...) z dnia 31 lipca 2017 r. - w części, w jakiej wykonanie powołanej umowy nastąpić miało po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 20 maja 2016 r. dłużnik, V. I. oraz M. zawarły umowę konsorcjum, w celu osiągnięcia wspólnego celu w postaci uzyskania zamówienia publicznego w drodze przetargu publicznego na realizację budowy oznaczonej jako „Budowa mostu zwodzonego w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) nad M. w G. S., zawarcia odpowiedniej umowy na wykonanie robót budowlanych z zamawiającym oraz realizacji tej umowy (dalej: (...)).

W pkt III Umowy Konsorcjum ustalono następujące udziały w Konsorcjum poszczególnych członków Konsorcjum, według których to udziałów następować miała partycypacja poszczególnych członków w kosztach oraz zyskach/stratach realizowanego wspólnie przedsięwzięcia:

- M. – 50%;
- (...) – 25%;

- V. I. – 25%.

Nadto, w pkt IV.1. Umowy Konsorcjum zastrzeżono, że Liderem Konsorcjum będzie M.. Stosownie do postanowień pkt VII.5) Umowy Konsorcjum, Lider Konsorcjum świadczy na rzecz pozostałych członków Konsorcjum usługi polegające na koordynowaniu prac realizowanych w oparciu o umowę zawartą z zamawiającym i administracją Konsorcjum. Liderowi Konsorcjum przyznano także prawo do otrzymania wynagrodzenia z tytułu pełnionych obowiązków. Umowa Konsorcjum określiła także obowiązki stron związane z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu przetargowym (w tym w zakresie wniesienia wadium), jak również udzieleniem zamawiającemu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Szczegółowe zasady i warunki działalności członków w ramach Konsorcjum, wzajemne rozliczenia, sposób przygotowania dokumentów finansowych i wszelkie inne postanowienia dotyczące płatności i rozliczeń pomiędzy członkami Konsorcjum miały zostać określone w porozumieniu wykonawczym, które powinno zostać zawarte w terminie 14 dni po podpisaniu umowy z zamawiającym (kopia umowy konsorcjum z dnia 20 maja 2016 r.).

W dniu 2 września 2016 r. pomiędzy Konsorcjum a Gminą M. G. – (...) G. zawarta została umowa nr (...), na mocy której Konsorcjum powierzono realizację zadania p.n. „Budowa mostu zwodzonego w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) nad M. w G. S.” (dalej: (...)).

W § 3 ust. 1 Kontraktu określono, że wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 59.112.607,02 zł brutto.

Stosownie do postanowień § 2 Kontraktu, Wykonawca własnymi siłami nie miał wykonywać żadnych robót, pełen zakres prac powierzony miał zostać natomiast podwykonawcom.

Termin realizacji całości przedmiotu umowy ustalono na 29 grudnia 2017 r. (§ 4 ust. 1 Kontraktu). Kontrakt przewidywał wystawianie przez wykonawcę faktur przejściowych nie częściej niż raz w miesiącu, z zastrzeżeniem że suma faktur przejściowych nie może przekroczyć 90% wartości przedmiotu umowy § 5 ust. 5 i 6 Kontraktu (kopia umowy nr (...) z dnia 2 września 2016 r.)

Kontrakt został zmieniony następującymi aneksami (dalej: (...)):

1. aneksem nr (...) z dnia 2 stycznia 2017 r.;
2. (...) z dnia 21 stycznia 2017 r. (na mocy którego zmieniono m.in. termin zakończenia robót na dzień 8 grudnia 2017 r.);
3. aneksem nr (...) z dnia 27 lutego 2017 r.;
4. aneksem nr (...) z dnia 28 lutego 2017 r.;
5. aneksem nr (...) z dnia 27 czerwca 2017 r. (na mocy którego m.in. zmodyfikowano zakres robót, jak również ustalono wysokość wynagrodzenia ryczałtowego na kwotę 58.229.447,02 zł brutto);
6. aneksem nr (...) z dnia 26 lipca 2017 r. (na mocy którego m.in. zmodyfikowano zakres robót, jak również ustalono wysokość wynagrodzenia ryczałtowego na kwotę 58.388.645,92 zł brutto);
7. aneksem nr (...) z dnia 31 lipca 2017 r. (kopie aneksów).

W dniu 16 września 2016 r. członkowie Konsorcjum zawarli porozumienie wykonawcze stanowiące, zgodnie z intencją stron wyrażoną w komparycji umowy, jak również w jej postanowieniach końcowych, aneks do Umowy Konsorcjum (dalej: „Porozumienie Wykonawcze”). Porozumienie Wykonawcze określało szczegółowe zasady funkcjonowania Konsorcjum, jak również przewidywało, że Liderowi Konsorcjum z tytułu wykonywania powierzonej mu funkcji

przysługiwać będzie wynagrodzenie w wysokości 0,25% netto z kwoty netto każdej faktury sprzedażowej wystawionej na zamawiającego (kopia porozumienia wykonawczego).

Nadto, w dniu 1 marca 2017 r. pomiędzy Konsorcjum reprezentowanym przez jego Lidera a Spółką zawarte zostało porozumienie realizacyjne nr 1, na mocy którego powierzono Spółce wykonanie i montaż konstrukcji stalowej przęsła zwodzonych mostu (dalej: „Porozumienie realizacyjne”). W pkt IV.1. Porozumienia realizacyjnego przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe za terminowe i należyte wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 7.626.000 zł brutto. W rezultacie zawarcia Porozumienia realizacyjnego dłużnik na gruncie Kontraktu uzyskał niejako status podwykonawcy (kopia porozumienia realizacyjnego nr 1 z dnia 01 marca 2017 r.

Pismem z dnia 29 września 2017 r. M., działając w imieniu Konsorcjum, złożył dłużnikowi oświadczenie o odstąpieniu od Porozumienia realizacyjnego. Powołane oświadczenia dotarło do dłużnika w dniu 6 października 2017 r. (kopia oświadczenia z dnia 29 września 2017 r. o odstąpieniu od porozumienia realizacyjnego).

Po przeanalizowaniu treści Kontraktu (w tym Aneksów), a także mając na względzie okoliczności towarzyszące realizacji Kontraktu oraz sytuację finansową dłużnika, zarządca doszedł do przekonania, że z punktu widzenia celów postępowania sanacyjnego konieczne jest odstąpienie od Kontraktu w oparciu o postanowienia art. 298 ust. 1 i 2 prawa restrukturyzacyjnego. Powyższa konkluzja sformułowana została w oparciu o następujące argumenty:

Utrzymywanie obowiązywania w odniesieniu do dłużnika Kontraktu w istniejących okolicznościach jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Dłużnik de facto pozbawiony został bowiem możliwości uczestnictwa oraz wywierania jakiegokolwiek wpływu na prace realizowane przez Konsorcjum w ramach Kontraktu, jak również prawa do otrzymania wynagrodzenia.

M. jako Lider konsorcjum uniemożliwia współpracę w ramach Konsorcjum, przez co dłużnik nie jest w stanie wykonać swoich zobowiązań zgodnie z Kontraktem. Pogłębiający się konflikt między członkami konsorcjum sprawia, że dłużnik został de facto pozbawiony możliwości realizowania Kontraktu. Dłużnik nie posiada wpływu na realizację Kontraktu. Lider kontynuuje obciążanie kosztami wynikającymi z realizacji Kontraktu partnerów konsorcjum. Jednakże są to koszty, których dłużnik nie jest w żaden sposób skontrolować, M. nie udziela dłużnikowi uprzedniej informacji o konieczności poniesienia kosztów - ich zasadności czy wysokości. W tym stanie rzeczy Lider obciąża dłużnika kosztami wg własnego uznania, na podstawie nieustalonych z partnerami konsorcjum potrzeb, co uniemożliwia weryfikację i ocenę kosztu całkowitego realizacji Kontraktu. Dłużnik nie jest zatem w stanie ocenić potencjalnej straty lub zysku wygenerowanej na przedmiotowym Kontrakcie, co może doprowadzić go do upadłości. Ponadto, Lider Konsorcjum samodzielnie i bez porozumienia z pozostałymi partnerami Konsorcjum dokonał zmiany rachunku bankowego, tym samym wykluczając pozostałych Członków Konsorcjum z możliwości sprawowania realnej kontroli nad wspólnymi finansami Konsorcjum. Brak wpływu na wysokość ponoszonych kosztów może spowodować nieuzasadnione obciążanie dłużnika przez Lidera kosztami, które nie musiały być ponoszone w celu generowania straty i obciążaniu nią dłużnika, co może doprowadzić do jego upadłości. Mimo licznych prób osiągnięcia porozumienia między członkami konsorcjum – kończyły się one niepowodzeniem.

Jednocześnie dłużnik nie wykonuje obecnie żadnych prac budowlanych osobiście, a jedynie jest obciążana nieweryfikowalnymi kosztami przez Lidera, co jest niezgodne z przyjętymi założeniami postępowania restrukturyzacyjnego zakładającego koncentrację działalności dłużnik jedynie na rentownych kontraktach w zakresie wytworu i montażu konstrukcji stalowych. Lider Konsorcjum samodzielnie, bez udziału Spółki dokonuje oceny i wyboru podwykonawców wg nieznanych kryteriów i bez jakiegokolwiek transparentności, co generuje ryzyko wadliwego wykonania Kontraktu za którego wykonanie odpowiedzialni są solidarnie wszyscy Członkowie Konsorcjum. Inwestor będzie zatem uprawniony do nałożenia na dłużnika m.in. kar umownych za nienależyte wykonanie Kontraktu (które to prace zostaną wykonane przez podwykonawców na których wybór nie miała wpływu dłużnika), co może doprowadzić do pogłębienia trudnej sytuacji finansowej dłużnika i niepowodzenia postępowania sanacyjnego. Brak jest zatem perspektyw na wpływ do masy sanacyjnej jakichkolwiek środków w związku z obowiązywaniem Kontraktu.

Jednocześnie wskazać należy, że ważny interes (...) nie sprzeciwia się zrealizowaniu prawa odstąpienia. Kontrakt realizowany może być bowiem w oparciu o zasoby pozostałych członków Konsorcjum (co też faktycznie ma miejsce w chwili obecnej). Dłużnik aktualnie nie uczestniczy w realizacji Kontraktu, wobec czego odstąpienie od Kontraktu nie zmieni sytuacji (...) we wskazanym zakresie. Jedynym efektem zrealizowania prawa odstąpienia będzie utrata przez (...) jednego ze współdłużników solidarnych, jednak współdłużnika, który znajduje się w najgorszej sytuacji finansowej i który rokuje najgorzej, jeśli chodzi o możliwości uzyskania zaspokojenia roszczeń - zwłaszcza wobec obowiązującego na gruncie prawa restrukturyzacyjnego zakazu prowadzenia egzekucji. W tym miejscu wskazać również należy, że pomiędzy członkami Konsorcjum trwają aktualnie negocjacje, których celem jest uregulowanie zasad rozliczenia prac wykonanych przez dłużnika w ramach Porozumienia realizacyjnego na M. oraz V. I., celem umożliwienia wskazanym podmiotom kontynuowania prac przewidzianych Kontraktem bez udziału dłużnika, jednak są to negocjacje złożone, które mogą nie przynieść rezultatu. W negocjacjach tych uczestniczy także (...), wobec czego druga strona Kontraktu na chwilę obecną ma już świadomość, że Kontrakt będzie realizowany bez wykorzystania zasobów i bez udziału dłużnika i akceptuje taki stan rzeczy. Uznać należy więc, że nie zachodzą okoliczności stanowiące przeszkodę dla wyrażenia zgody na odstąpienie od Kontraktu.

Wobec powyższego, niniejszy wniosek dłużnika ma celu również umożliwienie terminowej realizacji ważnej dla Miasta G. inwestycji poprzez pozostawienie pozostałym członkom konsorcjum realnej możliwości zakończenia prac objętych Kontraktem, wobec niemożności osiągnięcia porozumienia przez dłużnika i Lidera Konsorcjum w obecnym kształcie.

Do chwili obecnej żadna ze stron Kontraktu nie wykonała go w całości.

Świadczenie (...) jako świadczenie pieniężne, uznać należy za świadczenie podzielne, wobec czego odstąpienie od umowy odnosić powinno się do części umowy niewykonanej do dnia otwarcia postępowania sanacyjnego.

Sędzia Komisarz zważył, iż zgodnie z art. 288 ust. 1, 2 i 3 prawa restrukturyzacyjnego zarządca może odstąpić od umowy wzajemnej, która nie została wykonana w całości lub części przed dniem otwarcia postępowania sanacyjnego, za zgodą sędziego-komisarza, jeżeli świadczenie drugiej strony wynikające z tej umowy jest świadczeniem niepodzielnym. Jeżeli świadczenie drugiej strony wynikające z umowy wzajemnej jest świadczeniem podzielnym, przepis ten stosuje się odpowiednio w zakresie, w jakim świadczenie drugiej strony miało zostać wykonane po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego. Wyrażając zgodę, sędzia-komisarz kieruje się celem postępowania sanacyjnego i bierze pod uwagę ważny interes drugiej strony umowy.

W ocenie Sędziego Komisarza w niniejszej sprawie zaistniały wszystkie przesłanki określone w art. 288 ust. 1, 2 i 3 prawa restrukturyzacyjnego uzasadniające uwzględnienie wniosku zarządcy.

Umowa o roboty budowlane nr (...) - I/PO/001/16, zawarta w dniu 2 września 2016 r. przez (...) S.A. w G., działającą w ramach konsorcjum wraz z M. a.s. z siedzibą w P. w Republice Czeskiej oraz (...) spółkę z o.o. z siedzibą w G. z Gminą M. G. – (...) G. dotycząca realizacji zadania pod nazwą „Budowa mostu zwodzonego w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) nad M. w G. S.” jest umową wzajemną.

Zgodnie bowiem z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. W umowie wzajemnej każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia na rzecz drugiej strony, a jednocześnie każda z nich dąży do uzyskania od drugiej strony świadczenia wzajemnego. Umowa wzajemna jest więc umową dwustronnie zobowiązującą, a jej strony są jednocześnie w stosunku do siebie wierzycielem i dłużnikiem.

W umowie nr (...) zamawiający Gminą M. G. powierzył, a wykonawca, m.in. dłużnik przyjął do wykonania za wynagrodzeniem zadanie będące przedmiotem umowy a zatem zachodzi ekwiwalentność świadczeń uzasadniająca uznanie przedmiotowej umowy za wzajemną.

Umowa nr (...) została zawarta w dniu 2 września 2016 r., a więc przed otwarciem postępowania sanacyjnego, co nastąpiło w dniu 17 listopada 2017 r.

Umowa ta nie została wykonana w całości przed dniem otwarcia postępowania sanacyjnego, albowiem nie zostały wykonane wszystkie prace określone umową, ani też nie została zapłacona cała cena.

Za odstąpieniem od umowy przemawia cel postępowania sanacyjnego, którym zgodnie z art. 3 ust. 1 prawa restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami oraz przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. Działania sanacyjne to czynności prawne i faktyczne, zmierzające do kompleksowej poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika.

Odstąpienie od przedmiotowej umowy wzajemnej, która z uwagi na konflikt dłużnika z liderem konsorcjum nie jest przez dłużnika realizowana, przez co nie nabywa on prawa do wynagrodzenia, a zarazem jako członek konsorcjum partycypuje w kosztach, na których wysokość nie ma wpływu i nie ma realnej możliwości ich kontroli stanowi więc, jako czynność prawna zmierzająca do poprawy sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa, czynność sanacyjną, korzystną dla masy sanacyjnej i realizującą cel tego postępowania.

Odstąpieniu od umowy (...) nie stoi też na przeszkodzie ważny interes drugiej strony umowy, tj. Gminą M. G..

Sędzia Komisarz podziela pogląd wyrażony w literaturze, iż „ważny interes drugiej strony może polegać na tym, że odstąpienie od umowy potencjalnie prowadzić będzie do jej niewypłacalności, poniesienia znacznych kosztów społecznych przez kontrahenta w postaci konieczności zwolnień pracowniczych o dużej skali etc. Ważny interes nie zachodzi jedynie dlatego, że kontrahent utraci potencjalną marżę lub inne korzyści związane z wykonaniem umowy. Przepis art. 298 ust. 7 zdanie drugie prawa restrukturyzacyjnego wskazuje, że sytuacja utraty korzyści (a więc i zysku na kontrakcie) jest wpisana jako zwykła i ustawowa konsekwencja odstąpienia od umowy przez zarządcę” (tak P. Filipiak w Komentarz do art. 298 ustawy prawo restrukturyzacyjne cyt, za Programem Lex).

W niniejszej sprawie przedmiotowa umowa nie jest aktualnie w żadnym stopniu realizowana przez dłużnika, lecz przez pozostałych członków, a zatem odstąpienie od niej nie wpłynie na ważny interes Gminy M. G. w rozumieniu art. 298 ust. 3 prawa restrukturyzacyjnego.

W konsekwencji na mocy powołanych przepisów orzeczono sentencji.

Realizując dyspozycję art. 298 ust. 2 prawa restrukturyzacyjnego z uwagi na fakt, iż świadczenie pieniężne Gminy M. G. jest podzielne, wyrażono zgodę na odstąpienie w części, w jakiej wykonanie powołanej umowy nastąpić miało po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego.

ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)

- (...)

- (...),

- Gminie M. G.(...).

3. (...)

G., dnia 02.02.2018 r.

SSR Jacek Werengowski