



Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
prednesené 9. septembra 2021¹

Vec C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
proti
Dustin Sverige AB**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Högsta förvaltningsdomstolen (Najvyšší správny súd, Švédsko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné zákazky – Smernica 2014/24/EÚ – Článok 72 ods. 1 písm. d) bod ii) – Úprava zmlúv počas ich platnosti – Konkurz – Prevod rámcových dohôd v dôsledku vyhlásenia konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa – Nový dodávateľ – Pojem ‚podstatná úprava zákazky‘ – Výnimka z povinnosti uskutočniť nový postup obstarávania – Podmienky“

I. Úvod

1. Prejednávaná vec týkajúca sa smernice 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní² sa týka jednej z výnimiek z povinnosti uskutočniť postup obstarávania, a to v prípade, ak je na majetok subjektu, ktorému bola zákazka pridelená, počas jej plnenia vyhlásený konkurz. Uvedená výnimka je stanovená v článku 72 ods. 1 písm. d) bod ii) smernice 2014/24 (ďalej len „sporné ustanovenie“).
2. Súdnemu dvoru sa kladie otázka týkajúca sa podmienok, za ktorých sa táto výnimka uplatňuje, a konkrétne, či tieto podmienky vyžadujú, aby subjekt nahrádzajúci pôvodného dodávateľa prevzal nielen dotknutú zákazku, ale prinajmenšom aj časť činnosti pôvodného dodávateľa.
3. Otázka bola položená v rámci sporu medzi Kammarkollegiet, švédskou agentúrou pre právne, finančné a administratívne služby, a spoločnosťou Advania Sverige AB (ďalej len „Advania“), ktorá je subjektom nahrádzajúcim pôvodného dodávateľa, na jednej strane, a spoločnosťou Dustin Sverige AB (ďalej len „Dustin“), ktorá má záujem o zmluvy, o ktoré ide vo veci samej, na druhej strane. Dustin spochybňuje prevod rámcových dohôd pôvodne zadaných spoločnosti Misco AB na spoločnosť Advania po vyhlásení konkurzu na majetok tohto pôvodného dodávateľa bez

¹ Jazyk prednesu: francúzština.

² Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65).

vyhlásenia verejného obstarávania v súlade so smernicou 2014/24 a bez toho, aby spolu s týmto prevodom došlo aj k prevodu prinajmenšom časti činnosti spoločnosti Misco, a to tej časti, ktorá umožňuje plnenie týchto rámcových dohôd.

4. Keďže obvykle sa prijímajú všetky opatrenia na uistenie sa o platobnej schopnosti uchádzačov, vyhlásenie konkurzu na majetok pôvodného úspešného uchádzača a jeho následné nahradenie novým dodávateľom je situáciou, ktorá je v zásade neočakávaná a mimoriadna. Ide však o problém, na ktorý verejní obstarávatelia v súvislosti s chodom podnikov niekedy narazia, ako potvrdzuje prípad vo veci samej, a ktorý sa normotvorca rozhodol prvýkrát zahrnúť do sporného ustanovenia. Súdny dvor má zvážiť, či toto ustanovenie umožňuje určiť nového dodávateľa konkrétne správcom konkurznej podstaty bez opätovného vyhlásenia verejného obstarávania a bez toho, aby bol nový dodávateľ povinný prevziať aspoň časť činnosti pôvodného dodávateľa, a súčasne bez toho, aby tým boli ohrozené zásady, ktorými sa riadi verejné obstarávanie, ktoré má smernica 2014/24 za cieľ chrániť.

5. Po vykonaní analýzy navrhнем, aby Súdny dvor rozhodol, že výnimka stanovená v spornom ustanovení nevyžaduje, aby nový dodávateľ, ktorému je zákazka zadaná v súvislosti s nahradením pôvodného dodávateľa, musel takisto prevziať aj časť jeho činnosti.

II. Právny rámec

A. Smernica 2014/24

6. Odôvodnenia 107 a 110 smernice 2014/24 stanovujú:

„(107) Je potrebné objasniť podmienky, za ktorých si úprava zákazky počas jej plnenia vyžaduje nový postup obstarávania, so zreteľom na príslušnú judikatúru Súdneho dvora Európskej únie. Nový postup obstarávania je potrebný, ak sa v pôvodnej zákazke uskutočnia závažné zmeny, najmä pokiaľ ide o rozsah a obsah vzájomných práv a povinností zmluvných strán vrátane rozdelenia práv duševného vlastníctva. Takéto zmeny poukazujú na zámer zmluvných strán opätovne dohodnúť základné podmienky zákazky. Platí to najmä v prípade, ak by zmenené podmienky mali vplyv na výsledok postupu, keby boli súčasťou pôvodného postupu.

...

(110) V súlade so zásadami rovnakého zaobchádzania a transparentnosti by úspešný uchádzač nemal, napríklad ak je zmluva vypovedaná v dôsledku nedostatkov v plnení, byť nahradený iným hospodárskym subjektom bez opätovného otvorenia zákazky hospodárskej súťaži. Úspešný uchádzač plniaci zákazku by však mal mať možnosť, najmä ak bola zákazka zadaná viac než jednému podniku, počas plnenia zákazky prejsť určitými štrukturálnymi zmenami, ako sú čisto vnútorné reorganizácie, prevzatia, zlúčenia a splynutia alebo platobná neschopnosť. Takéto štrukturálne zmeny by si nemali automaticky vyžadovať nový postup obstarávania pre všetky verejné zákazky vykonávané týmto uchádzačom.“

7. Článok 18 tejto smernice, nazvaný „Zásady obstarávania“, v odseku 1 stanovuje:

„Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentným a primeraným spôsobom.

Obstarávanie sa nesmie robiť so zámerom vylúčiť ho z rozsahu pôsobnosti tejto smernice ani umelo zúžiť hospodársku súťaž. ...“

8. Článok 57 ods. 4 písm. b) uvedenej smernice stanovuje:

„Verejní obstarávatelia môžu z účasti na postupe obstarávania vylúčiť každý hospodár[s]ky subjekt alebo od nich môžu členské štáty požadovať, aby z účasti na postupe obstarávania vylúčili ktorýkoľvek hospodár[s]ky subjekt, a to v ktorejkoľvek z týchto situácií:

...

b) ak je daný hospodársky subjekt v úpadku alebo je v konkurze alebo v likvidácii, ak jeho aktíva spravuje likvidátor alebo súd, ak voči nemu prebieha vyrovnávacie konanie, ak sú jeho podnikateľské činnosti pozastavené alebo ak je v akejkoľvek podobnej situácii vyplývajúcej z podobného konania podľa vnútroštátnych zákonov a iných právnych predpisov;“

9. Článok 72 smernice 2014/24, nazvaný „Úprava zmlúv počas ich platnosti“, stanovuje:

„1. Zmluvy a rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v súlade s touto smernicou v ktoromkoľvek z týchto prípadov:

...

d) ak nový dodávateľ nahrádza dodávateľa, ktorému verejný obstarávateľ pôvodne zadal zákazku, v dôsledku jednej z týchto skutočností:

...

ii) iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne stanovené kritériá kvalitatívneho výberu, je univerzálnym alebo čiastočným nástupcom pôvodného dodávateľa v dôsledku reštrukturalizácie podniku vrátane prevzatia, zlúčenia a splynutia alebo konkurzu, a to za predpokladu, že z toho nevyplývajú iné podstatné úpravy zmluvy a že zámerom nie je obchádzať uplatňovanie tejto smernice;...

...

e) ak úpravy bez ohľadu na ich hodnotu nie sú podstatné v zmysle odseku 4.

...

4. Úprava zmluvy alebo rámcovej dohody počas jej platnosti sa považuje za podstatnú v zmysle odseku 1 písm. e), ak sa v jej dôsledku povaha zmluvy alebo rámcovej dohody zásadne líši od povahy pôvodnej uzavretej zmluvy alebo rámcovej dohody. V každom prípade a bez ohľadu na odseky 1 a 2 sa úprava považuje za podstatnú, ak je splnená jedna alebo viac z týchto podmienok:

a) úpravou sa zavádzajú podmienky, ktoré by v prípade, ak by boli súčasťou pôvodného postupu obstarávania, umožnili pripustenie iných ako pôvodne vybraných záujemcov alebo akceptovanie inej ako pôvodne akceptovanej ponuky, alebo by do postupu obstarávania prilákali ďalších účastníkov;

- b) úpravou sa mení ekonomická rovnováha zmluvy alebo rámcovej dohody v prospech dodávateľa spôsobom, ktorý nebol stanovený v pôvodnej zmluve alebo rámcovej dohode;
- c) úpravou sa značne rozširuje rozsah pôsobnosti zmluvy alebo rámcovej dohody;
- d) ak nový dodávateľ nahradí dodávateľa, ktorému verejný obstarávateľ pôvodne zadal zákazku, v iných prípadoch než sú prípady ustanovené v odseku 1 písm. d).

...

B. Švédske právo

10. La lag (2016:1145) om offentlig upphandling [zákon (2016:1145) o verejnom obstarávaní, ďalej len „LOU“]³ stanovoval v kapitole 17 § 13, že zmluvu alebo rámcovú dohodu možno upraviť bez nového postupu obstarávania v prípade, ak dodávateľa nahrádza iný dodávateľ za predpokladu, že:

- „1. nový dodávateľ úplne alebo čiastočne nahrádza pôvodného dodávateľa v dôsledku reštrukturalizácie spoločnosti, najmä v prípade spätného odkúpenia, zlúčenia a splynutia, nadobudnutia alebo platobnej neschopnosti, a
- 2. úplné alebo čiastočné nahradenie pôvodného dodávateľa novým dodávateľom nespôsobuje iné podstatné zmeny zákazky alebo rámcovej dohody.“

11. Vnútroštátny súd spresňuje, že z druhej podmienky vyplýva, že takéto nahradenie dodávateľa predpokladá, že nový dodávateľ nesmie byť vylúčený na základe jedného z dôvodov vylúčenia stanovených týmto zákonom a že spĺňa kritériá výberu stanovené v rámci pôvodnej zákazky.

III. Spor vo veci samej, prejudiciálna otázka a konanie na Súdnom dvore

12. Kammarkkollegiet vyhlásila verejné obstarávanie na dodanie počítačového hardvéru, najmä počítačov, monitorov a tabletov, prostredníctvom užšej súťaže⁴ v súlade s LOU.

13. Sedemnást' záujemcov, vrátane spoločnosti Advania, preukázalo, že spĺňajú požadované podmienky. V súlade s pravidlami užšej súťaže⁵ Kammarkkollegiet stanovila, že ak tieto podmienky splní viac ako deväť záujemcov, na predloženie ponuky bude vyzvaných len deväť najlepšie umiestnených záujemcov. Advania sa medzi nich nedostala.

14. Rámcové dohody boli podpísané so šiestimi dodávateľmi v rôznych oblastiach. So spoločnosťou Misco boli uzavreté štyri rámcové dohody, ktoré pokrývajú všetky dotknuté oblasti. So spoločnosťou Dustin boli uzavreté rámcové dohody v dvoch z týchto oblastí.

³ Vnútroštátny súd uvádza, že tento zákon bol medzitým zrušený.

⁴ Toto konanie je podrobne opísané v článku 28 smernice 2014/24.

⁵ Pozri článok 65 smernice 2014/24, nazvaný „Zníženie počtu inak kvalifikovaných záujemcov, ktorí sa majú vyzvať na účasť“.

15. Misco listom zo 4. decembra 2017 požiadala Kammarkollegiet o schválenie prevodu svojich štyroch rámcových dohôd na Advania. Dňa 12. decembra 2017 bol na majetok spoločnosti Misco vyhlásený konkurz. Dňa 18. januára 2018 správca konkurznej podstaty uzavrel so spoločnosťou Advania zmluvu o prevode štyroch rámcových dohôd. Kammarkollegiet schválila prevod vo februári 2018.

16. Po tomto prevode podala Dustin na Förvaltningsrätten i Stockholm (Správny súd Štokholm, Švédsko) návrh na vyhlásenie neplatnosti rámcových dohôd uzavretých medzi spoločnosťou Advania a Kammarkollegiet.

17. Tento návrh tento súd zamietol. Dospel k záveru, že Advania nadobudla rámcové dohody a prevzala časti činnosti spoločnosti Misco umožňujúce plnenie týchto rámcových dohôd, ako to vyžaduje kapitola 17 § 13 LOU.

18. Dustin podala proti tomuto rozsudku odvolanie na Kammarrätten i Stockholm (Odvolací správny súd Štokholm, Švédsko), ktorý tomuto odvolaniu vyhovel a vyhlásil štyri rámcové dohody uzavreté medzi spoločnosťou Advania a Kammarkollegiet za neplatné. Kammarrätten i Stockholm (Odvolací správny súd Štokholm) konštatoval, že Kammarkollegiet schválila prevod rámcových dohôd z dôvodu vyhlásenia konkurzu na majetok spoločnosti Misco. Na rozdiel od prvostupňového súdu však rozhodol, že s výnimkou sporných rámcových dohôd Misco prakticky nepreviedla na spoločnosť Advania žiadnu časť činnosti, a teda v zmysle kapitoly 17 § 13 LOU sa Advania nemôže považovať za univerzálného ani čiastočného nástupcu spoločnosti Misco. Tento odvolací súd najmä uviedol, že do spoločnosti Advania následne prešiel iba jeden zamestnanec spoločnosti Misco, že zoznam zákazníkov spoločnosti Misco prevedený na spoločnosť Advania nebol úplne aktualizovaný, resp. relevantný a nič nenasvedčuje tomu, že by Advania prevzala subdodávateľov spoločnosti Misco.

19. Advania a Kammarkollegiet podali proti tomuto druhostupňovému rozsudku kasačný opravný prostriedok na Högsta förvaltningsdomstolen (Najvyšší správny súd, Švédsko). Vo svojich návrhoch nespochybňujú posúdenie odvolacieho súdu, pokiaľ ide o položky vyňaté z konkurznej podstaty a zahrnuté do prevodu. Tvrdia však, že takýto prevod spĺňa podmienku univerzálného alebo čiastočného nástupníctva podľa kapitoly 17 § 13 LOU a smernice 2014/24.

20. Podľa spoločnosti Advania a Kammarkollegiet LOU ani smernica 2014/24 nevyžadujú, aby sa na nového dodávateľa okrem rámcových dohôd previedla aj činnosť určitého druhu alebo rozsahu.

21. Dustin sa domnieva, že zo znenia „je univerzálnym alebo čiastočným nástupcom pôvodného dodávateľa“ spojeného s pojmom „reštrukturalizácia podniku“ uvedeným v spornom ustanovení vyplýva, že nový dodávateľ musí s rámcovou dohodou prevziať celý podnik pôvodného dodávateľa súvisiaci s plnením sporných zmlúv alebo jeho časť.

22. Vzhľadom na tieto rôzne výklady vnútroštátny súd zdôrazňuje, že potrebuje objasniť pôsobnosť sporného ustanovenia a najmä to, čo treba rozumieť pod nahradením „univerzálnym alebo čiastočným nástupcom pôvodného dodávateľa v dôsledku reštrukturalizácie podniku vrátane prevzatia, zlúčenia a splynutia alebo konkurzu“.

23. Za týchto okolností Högsta förvaltningsdomstolen (Najvyšší správny súd) rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru túto prejudiciálnu otázku:

„Znamená skutočnosť, že nový dodávateľ prevzal práva a povinnosti pôvodného dodávateľa z rámcovej dohody po vyhlásení konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa a prevode dohody z konkurznej podstaty, že nový dodávateľ sa bude považovať za nástupcu pôvodného dodávateľa v zmysle podmienok uvedených v článku 72 ods. 1 písm. d) bod ii) smernice 2014/24?“

24. Návrh na začatie prejudiciálneho konania z 15. septembra 2020 bol doručený Súdnemu dvoru 24. septembra 2020.

25. Písomné pripomienky predložili Advania, Kammarkollegiet, Dustin, rakúska vláda a Európska komisia.

IV. Analýza

26. Na účely posúdenia pôsobnosti sporného ustanovenia na úvod pripomínam, že Súdny dvor v rozsudku presstext Nachrichtenagentur⁶ rozhodol, že zmena zmluvnej strany sa vo všeobecnosti považuje za zmenu podstatných náležitostí verejnej zákazky. Táto úvaha bola prevzatá do článku 72 ods. 4 písm. d) smernice 2014/24.

27. Z toho vyplýva, že nahradenie pôvodného úspešného uchádzača v zásade predstavuje podstatnú zmenu zákazky, ktorá vedie k novému uzavretiu zmluvy⁷ v súlade so zásadami transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, z ktorých vychádza povinnosť hospodárskej súťaže medzi potenciálne zainteresovanými záujemcami z rôznych členských štátov.⁸

28. Sporné ustanovenie stanovuje ako výnimku možnosť určiť náhradníka pôvodného úspešného uchádzača v prípade vyhlásenia konkurzu na jeho majetok bez uskutočnenia takéhoto konania.

29. Vzniká otázka, za akých presných podmienok sa táto výnimka uplatňuje, a najmä či je nevyhnutné, aby náhradník prevzal prinajmenšom časť činnosti pôvodného úspešného uchádzača.

30. Súdnemu dvoru boli predložené dva rozdielne výklady sporného ustanovenia.

31. Podľa prvého výkladu, ktorý zastáva Kammarkollegiet, Advania a rakúska vláda, sa má sporné ustanovenie vykladať v tom zmysle, že nahradenie pôvodného dodávateľa v dôsledku vyhlásenia konkurzu na jeho majetok nevyžaduje, aby nový dodávateľ prevzal spolu s prevodom zákazky aj časť činnosti pôvodného dodávateľa. Uvádzajú, že ak by sa tieto výrazy chápali v tom zmysle, že si vyžadujú určitý druh prevodu činnosti, uplatniteľnosť dotknutého ustanovenia by bola značne obmedzená.

32. Druhý výklad, ktorý zastáva Dustin a Komisia, je naopak založený na predpoklade, že nový dodávateľ prevezme prinajmenšom časť činnosti pôvodného dodávateľa. Dustin uvádza, že v opačnom prípade by to viedlo k takmer voľnému obchodovaniu s vysúťaženými dohodami.

⁶ Rozsudok z 19. júna 2008 (C-454/06, ďalej len „rozsudok presstext“, EU:C:2008:351, bod 40). Dôsledky tohto rozsudku podrobnejšie preskúmam v bodoch 70 až 78 nižšie.

⁷ Pozri v tomto zmysle rozsudok presstext, bod 47, a článok 72 ods. 1 písm. e) smernice 2014/24.

⁸ Pozri rozsudok zo 7. septembra 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, bod 28). Tieto zásady a povinnosť hospodárskej súťaže sú pripomenuté v článku 18 smernice 2014/24.

33. Podľa spoločnosti Dustin a Komisie na to, aby nedošlo k ohrozeniu zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, a teda aj cieľa zabezpečiť hospodársku súťaž, je potrebné, aby bola zachovaná vecná zhoda pôvodného úspešného uchádzača, teda aby aktíva použité na plnenie rámcovej dohody alebo aspoň časť z nich boli prevedené na náhradníka, aby tak bola zachovaná kontinuita medzi pôvodným a náhradným dodávateľom. Komisia pripúšťa, že to nemusí byť možné, ak je činnosť pôvodného dodávateľa úplne zrušená. Podľa nej by však v takejto situácii bolo na účely zabezpečenia rovnosti zaobchádzania s pôvodnými uchádzačmi nevyhnutné, aby sa verejný obstarávateľ obrátil prednostne na nich, a to napríklad podľa ich umiestnenia vo výslednom poradí v pôvodnom postupe obstarávania.

34. Prejednávaná vec má zásadný význam. Súdny dvor má spresniť mieru voľnej úvahy, ktorou disponuje verejný obstarávateľ v prípade vyhlásenia konkurzu na majetok pôvodného úspešného uchádzača pri jeho nahradení.

35. Znenie sporného ustanovenia nemožno podľa môjho názoru vykladať tak, ako navrhuje Dustin a Komisia. Ďalej sa vo svojej analýze pokúsim preukázať, že toto ustanovenie sa má chápať v súlade s prvým výkladom vychádzajúc z jeho znenia (časť A), z jeho vnútorného a vonkajšieho kontextu, teda z ustanovení, ktoré ho upravujú, a z prípravných prác (časť B), ako aj z cieľov sledovaných normotvorcom (časť C).

A. O znení sporného ustanovenia

36. Predovšetkým poznamenávam, že znenie článku 72 ods. 1 smernice 2014/24 stanovuje, že rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v piatich prípadoch uvedených v písmenách a) až e) tohto ustanovenia. Písmeno d) bod ii), ktoré je predmetom výkladu Súdneho dvora, výslovne uvádza konkurz pôvodného dodávateľa ako jeden z prípadov, v ktorých môže byť rámcová dohoda zadaná novému dodávateľovi bez nového postupu obstarávania, hoci táto zmena predstavuje podstatnú úpravu zákazky.

37. Sporné ustanovenie podmieňuje uplatnenie príslušnej výnimky viacerými podmienkami, tieto podmienky však výslovne nezahŕňajú prevod časti činnosti pôvodného dodávateľa.

38. Ide o tri podmienky, a to:

- Nový dodávateľ je hospodársky subjekt, ktorý *spĺňa kritériá kvalitatívneho výberu*. Je nesporné, že táto podmienka je splnená v situácii, o akú ide vo veci samej, keď bol nový dodávateľ, v prejednávanej veci Advania, jedným z podnikov považovaných za podniky, ktoré sa kvalifikovali ako záujemcovia.⁹
- Z nahradenia novým dodávateľom nevyplývajú *iné podstatné úpravy zmluvy*. Ani táto podmienka, zdá sa, nevyvoláva pochybnosti vo veci samej, tak ako ju opísal vnútroštátny súd.
- Nahradenie novým dodávateľom *nemá za cieľ obchádzať uplatňovanie smernice 2014/24*. Predmetné nahradenie sa nemôže zneužiť na to, aby verejný obstarávateľ vybral dodávateľa podľa svojho výberu bez vyhlásenia verejného obstarávania pre zainteresovaných záujemcov. Vrátim sa k tejto poslednej podmienke, ktorej cieľom je zabrániť obchádzaniu pravidiel obstarávania stanovených touto smernicou.¹⁰ Hneď na úvod však spresňujem, že vnútroštátny

⁹ Pozri bod 13 vyššie.

¹⁰ Pozri body 84, 86 a 87 nižšie.

súd neuviedol, že cieľom určenia nového dodávateľa vo veci samej bolo vyhnúť sa uplatneniu týchto pravidiel.

39. Dustin a Komisia však tvrdia, že nevyhnutnosť prevodu prinajmenšom časti činnosti pôvodného dodávateľa implicitne vyplýva zo samotného znenia sporného ustanovenia, podľa ktorého pôvodného dodávateľa nahrádza iný hospodársky subjekt, ktorý je „*univerzálnym alebo čiastočným nástupcom* pôvodného dodávateľa v dôsledku *reštrukturalizácie podniku* vrátane prevzatia, zlúčenia a splynutia alebo konkurzu“¹¹.

40. Chcem poukázať na to, že výrazy použité v spornom ustanovení sa v jednotlivých jazykových verziách mierne líšia. V anglickej a francúzskej jazykovej verzii tohto ustanovenia je použitý pojem „univerzálne alebo čiastočné nástupníctvo“, zatiaľ čo vo švédskej jazykovej verzii sporného ustanovenia sa uvádza, že pôvodného dodávateľa „úplne alebo sčasti nahradí“ iný hospodársky subjekt.

41. V predmetnej veci sa mi však tieto pojmy zdajú byť značne rovnocenné.

42. Všetci účastníci konania, ktorí predložili Súdnemu dvoru pripomienky, správne zdôrazňujú pojem „nástupníctvo“, z čoho podľa môjho názoru vyplýva, že nový dodávateľ sa stáva univerzálnym alebo čiastočným nástupcom pôvodného dodávateľa. Anglická jazyková verzia ešte zdôrazňuje túto myšlienku tým, že stanovuje, že k nahradeniu dochádza „v dôsledku“ univerzálneho alebo čiastočného nástupníctva.¹²

43. Z toho vyplýva, že nový dodávateľ prevezme všetok majetok pôvodného dodávateľa alebo jeho časť. Zdôrazňujem však, že pojem „časť“ nie je v spornom ustanovení definovaný. Časť môže byť väčšia alebo menšia v závislosti od udalosti, ktorá je dôvodom nástupníctva.¹³ Doslovný výklad tohto znenia teda umožňuje domnievať sa, že nový dodávateľ môže prevziať len verejnú zákazku alebo rámcovú dohodu.

44. Naproti tomu spresňujem, že pojem „časť“ neumožňuje domnievať sa, že možno previesť len časť zákazky alebo rámcovej dohody, pretože by to predstavovalo podstatnú úpravu zákazky alebo rámcovej dohody a bolo by to v rozpore s podmienkou, podľa ktorej nesmie dôjsť k iným „podstatným úpravám“. Podľa môjho názoru môže totiž zúženie pôsobnosti rámcovej dohody jednoznačne zmeniť ekonomickú rovnováhu zmluvy v prospech nového dodávateľa spôsobom, ktorý nebol stanovený v pôvodnej rámcovej dohode, a môže teda predstavovať „podstatnú úpravu“ v zmysle článku 72 ods. 4 písm. b) smernice 2014/24.

45. Z toho vyplýva, že nový dodávateľ, ktorý nahrádza pôvodného úspešného uchádzača tým, že je jeho nástupcom, musí prevziať rámcovú dohodu alebo verejnú zákazku v celom rozsahu. Inými slovami, musí prijať všetky práva a povinnosti vyplývajúce z tejto zmluvy.¹⁴

46. Ako je uvedené v zvyšnej časti sporného ustanovenia, udalosťou, ktorá je dôvodom nástupníctva, musí byť reštrukturalizácia podniku, ktorá môže mať rôzne formy. Normotvorca demonštratívne uvádza štyri príklady. Rovnako ako Komisia konštatujem, že prvé tri citované

¹¹ Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

¹² Anglická jazyková verzia znie: „as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor“.

¹³ Pozri body 46 a 47 nižšie.

¹⁴ Poznámam, že toto tvrdenie nie je spochybnené. Dustin zdôrazňuje, že rámcovú dohodu nemožno na nového dodávateľa previesť len čiastočne.

príklady, t. j. prevzatie, zlúčenie a splnutie, sú podobné. Vo všetkých troch prípadoch uvedené operácie predpokladajú zachovanie dotknutého podniku, teda pokračovanie v jeho činnosti, ako aj materiálne a ľudské zdroje nevyhnutné na výkon tejto činnosti.

47. Naopak v prípade konkurzu, ktorý je uvedený ako štvrtý príklad, nie je nevyhnutné, aby podnik naďalej existoval. Do úvahy prichádza veľa situácií. Podnik síce môže naďalej fungovať v celom rozsahu, ale rovnako môže dôjsť aj k jeho zrušeniu a predaju aktív, prípadne uvedené situácie môžu nastať jednotlivo. V poslednom uvedenom prípade môže byť rámcová dohoda, ktorá je jedným z aktív podniku, prevedená na tretiu osobu samostatne bez toho, aby táto tretia osoba prevzala akékoľvek iné aktíva tohto podniku.

48. Vychádzajúc zo samotného znenia sporného ustanovenia nenachádzam nič, čo by mohlo viesť k záveru, že v prípade vyhlásenia konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa sa musí okrem rámcovej dohody na nového dodávateľa nevyhnutne previesť aj časť iných aktív, ktoré vlastnil pôvodný dodávateľ.

49. Nesúhlasím teda s názorom Komisie, že skutočnosť, že prvé tri príklady predpokladajú zachovanie činnosti pôvodného úspešného uchádzača a že konkurz sa podľa jej vyjadrenia nachádza na rovnakej úrovni ako tieto príklady, predpokladá aj úplnú alebo aspoň čiastočnú kontinuitu hlavnej činnosti pôvodného dodávateľa. Podľa tejto inštitúcie sa teda normotvorca nezameriaval na prípad, keď je činnosť pôvodného dodávateľa úplne zrušená.

50. Z môjho pohľadu sa domnievam, že vzhľadom na to, že znenie smernice 2014/24 výslovne neobmedzuje rozsah pojmu „konkurz“, tento pojem nemožno chápať tak reštriktívne, ako to navrhuje Komisia.

51. Tento výklad podľa môjho názoru potvrdzuje aj kontext sporného ustanovenia.

B. O kontexte sporného ustanovenia

52. Prípravné práce podľa môjho názoru preukazujú, že konkurz nepredstavuje jeden z príkladov reštrukturalizácie podobný prevzatíu, zlúčeniu alebo splnutiu, z ktorého by vyplývalo, že medzi novým a pôvodným dodávateľom musí byť vecná zhoda,¹⁵ v dôsledku čoho nový dodávateľ musí zachovať tú časť činnosti, ktorú pôvodný dodávateľ vymedzil na plnenie dotknutej verejnej zákazky. Z týchto prác naopak vyplýva, že normotvorca od začiatku považoval konkurz v širokom zmysle za situáciu odlišnú od prevzatia, zlúčenia alebo splnutia.

53. Najprv poznamenávam, že Komisia vo svojej zelenej knihe o verejnom obstarávaní¹⁶ vyzvala zúčastnené strany, aby sa konkrétne vyjadrili k úpravám týkajúcim sa úspešného uchádzača, ak sa jeho situácia zmení v dôsledku takých udalostí ohrozujúcich jeho schopnosť plniť zmluvu, ako je konkurz. Komisia zdôraznila, že je potrebné diskutovať o tom, či je potrebné na úrovni Únie vymedziť nástroje, ktoré verejným obstarávateľom umožnia priniesť vhodné riešenie týchto situácií. Položila teda zúčastneným stranám otázku, či sa domnievajú, že právo Únie by malo

¹⁵ Pojem „vecná zhoda“ medzi hospodárskymi subjektmi sa používa v rámci overovania súladu ponúk predložených uchádzačmi a súvisí s pojmom „právna zhoda“. Medzi predbežne vybranými hospodárskymi subjektmi a subjektmi, ktoré predložia ponuky, musí existovať právna a vecná zhoda [pozri rozsudky z 24. mája 2016, MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 40), a z 11. júla 2019, Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, bod 34)]. Zdôrazňujem však, že táto požiadavka sa vyžaduje vo fáze obstarávania, a nie vo fáze plnenia zákaziek.

¹⁶ Zelená kniha Komisie z 27. januára 2011 o modernizácii politiky verejného obstarávania EÚ – Smerom k účinnejšiemu európskemu trhu verejného obstarávania [KOM(2011) 15 v konečnom znení, ďalej len „zelená kniha“].

výslovne stanoviť povinnosť alebo právo verejných obstarávateľov, aby v určitých prípadoch zmenili dodávateľov alebo ukončili zmluvu a či by malo definovať aj osobitné konania pri určení nového dodávateľa.¹⁷

54. Komisia zvažovala najmä možnosť nahradiť pôvodného dodávateľa v prípade, že by bol na jeho majetok vyhlásený konkurz, v zjednodušenom konaní alebo poverením druhého najlepšieho uchádzača vybraného v pôvodnom konaní o zadaní zákazky alebo tiež vyhlásením verejného obstarávania len pre uchádzačov, ktorí sa zúčastnili tohto pôvodného konania pod podmienkou, že od jeho skončenia neuplynula príliš dlhá doba.¹⁸

55. Komisia vo svojom pôvodnom návrhu smernice¹⁹, vypracovanom s prihliadnutím na pripomienky k zelenej knihe, navrhla, aby sa výnimka zo zadania verejnej zákazky uplatnila v prípade reštrukturalizácie podniku *alebo* v prípade konkurzu.²⁰ Komisia teda jasne rozlíšila tieto dve situácie tým, že v preambule svojho návrhu smernice spresnila druhy situácií, ktoré prichádzajú do úvahy, kvalifikovaných ako „štrukturálne zmeny“, t. j. vnútornú reorganizáciu, zlúčenie, splynutie a platobnú neschopnosť.²¹

56. Skutočnosť, že konečné znenie sporného ustanovenia toto rozlíšenie výslovne nerobí a že normotvorca uprednostnil uvedenie príkladov situácií, ktoré prichádzajú do úvahy, podľa môjho názoru neznamená, že na rovnakú úroveň postavil konkurz na jednej strane a prevzatie, zlúčenie a splynutie na druhej strane, pokiaľ ide o prevod podniku na nového dodávateľa.

57. Moju analýzu potvrdzuje význam pojmu „reštrukturalizácia“, ktorý sa neobmedzuje len na prípady, keď je činnosť dotknutého podniku zachovaná.²²

58. Domnievam sa, že normotvorca mal v úmysle v samotnom spornom ustanovení, a nielen v preambule smernice 2014/24, ako je navrhnuté vyššie, spresniť druhy situácií, ktoré prichádzajú do úvahy, bez toho, aby naznačil, že všetky majú podobné charakteristiky, pokiaľ ide o prevzatie podniku pôvodného dodávateľa umožňujúce plnenie verejnej zákazky.

59. Vnútorný kontext sporného ustanovenia v rámci smernice 2014/24 tento výklad podľa môjho názoru potvrdzuje.

60. Sporné ustanovenie je súčasťou článku 72 tejto smernice, nazvaného „Úprava zmlúv počas ich platnosti“, ktorý vo svojich jednotlivých odsekoch podrobne opisuje výnimky z povinnosti dodržiavať pravidlá postupu verejného obstarávania a podmienky ich uplatnenia. V odsekoch 1 a 2 sú uvedené prípady, v ktorých možno zmluvy a rámcové dohody upraviť bez nového postupu obstarávania, a v odseku 5 sa ďalej zdôrazňuje, že v prípade iných úprav, než sú úpravy stanovené v týchto dvoch odsekoch, sa vyžaduje nový postup obstarávania. Odsek 4 spresňuje, čo predstavuje podstatnú úpravu zmluvy alebo rámcovej dohody, pričom zdôrazňuje, že určenie nového dodávateľa predstavuje takúto úpravu *s výnimkou* okrem iného prípadov stanovených v odseku 1 písm. d), a teda najmä v prípade konkurzu, ako je spresnené v spornom ustanovení.

¹⁷ Pozri otázku 41 zelenej knihy.

¹⁸ Pozri stranu 27 a poznámku pod čiarou 61 zelenej knihy.

¹⁹ Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady o verejnom obstarávaní [KOM (2011) 896 v konečnom znení, ďalej len „návrh smernice“].

²⁰ Pozri návrh smernice, článok 72 ods. 3.

²¹ Pozri odôvodnenie 47 návrhu smernice.

²² Ako vyplýva zo stanoviska Conseil d'État (Štátna rada, Francúzsko, finančný úsek) z 8. júla 2000 (Prevod zmlúv – č. 141654), reštrukturalizácia môže byť výsledkom zániku subjektu, ktorému bola zákazka pôvodne pridelená.

61. Pre každý uvedený prípad tento článok 72 spresňuje podmienky, za ktorých sa uplatňujú výnimky z postupov obstarávania. Ako som už však uviedol, tieto podmienky neuvádzajú povinnosť previesť v prípade vyhlásenia konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa prinajmenšom časť činnosti pôvodného dodávateľa na nového dodávateľa.

62. Keďže ide o výnimku zo všeobecného pravidla o verejnom obstarávaní, sporné ustanovenie sa má, pokiaľ ide o pojem „konkurz“, vykladať reštriktívne. Tento výklad však nemôže zbaviť výnimku jej potrebného účinku. Bolo by to však podľa môjho názoru tak,²³ keby bol pojem „konkurz“ obmedzený na situácie, v ktorých je možné aspoň čiastočne pokračovať v prevádzke dotknutého podniku a nebol by chápaný v jeho obvyklom širšom zmysle. V tejto súvislosti zdôrazňujem, že pojem „konkurz“ sa používa všeobecne a podľa môjho názoru môže zahŕňať všetky situácie platobnej neschopnosti uvedené v článku 57 ods. 4 písm. b) smernice 2014/24.²⁴

63. Domnievam sa teda, že na uplatnenie výnimky týkajúcej sa konkurzu nie je potrebné okrem troch podmienok uvedených v spornom ustanovení a pripomenutých v bode 38 vyššie splniť žiadne ďalšie podmienky.

64. Odôvodnenie 110 tejto smernice podporuje túto analýzu tým, že uvádza, že v prípade „určitých štrukturálnych zmien“ úspešného uchádzača počas plnenia zákazky, medzi ktoré patrí platobná neschopnosť, nie je automaticky nevyhnutné začať nový postup obstarávania. Všeobecná povaha výrazu „určité štrukturálne zmeny“ vedie k tomu, že pojem „reštrukturalizácia podniku“ sa chápe mimoriadne široko. Citované príklady zahŕňajú udalosti, ktoré môžu ovplyvniť samotnú štruktúru spoločnosti, a sú tak rozdielne ako čisto vnútorná reorganizácia alebo platobná neschopnosť, až po prevzatie spoločnosti.

65. Výklad sporného ustanovenia, ktorý navrhujem a podľa ktorého nie je možné zo znenia a kontextu tohto ustanovenia vyvodiť, že na to, aby sa mohla uplatniť výnimka súvisiaca s vyhlásením konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa, musí dôjsť aj k prevodu časti činnosti pôvodného dodávateľa na nového dodávateľa, potvrdzujú aj ciele sledované smernicou 2014/24.

C. Ciele smernice 2014/24

66. Ciele sledované normotvorcom vyplývajú z dôvodovej správy k návrhu smernice.

67. Normotvorca tým, že potvrdil cieľ zabezpečiť hospodársku súťaž medzi záujemcami vo všetkých členských štátoch a opätovne na tento účel potvrdil zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, chcel jednak zohľadniť ďalšie ciele²⁵ a jednak zaviesť viac pružnosti a zjednodušenia pri uplatňovaní pravidiel.²⁶ Návrh smernice teda zdôrazňuje vôľu obmedziť formalizmus a pragmaticky reagovať na konkrétne problémy, s ktorými sa stretávajú verejní obstarávatelia a uchádzači, zohľadňujúc judikatúru Súdneho dvora.

²³ O narušení potrebného účinku sporného ustanovenia pozri tiež body 92 až 94 nižšie.

²⁴ Pozri bod 8 vyššie.

²⁵ Najmä ochrana životného prostredia, podpora inovácií, zamestnanosti a sociálneho začlenenia (pozri bod 1 dôvodovej správy k návrhu smernice).

²⁶ Pozri dôvodovú správu k návrhu smernice.

68. Ako zdôraznila doktrína,²⁷ zatiaľ čo sa smernice v oblasti verejných zákaziek najprv zameriavali na pravidlá uplatniteľné na *verejné obstarávanie*, a najmä na hospodársku súťaž medzi záujemcami *pred* obstarávaním v pravom zmysle slova, smernica 2014/24²⁸ sa týka aj *plnenia zmlúv o zadaní verejnej zákazky*, a teda fázy, ktorá *nasleduje* po obstarávaní a ktorá zahŕňa prípadnú úpravu zmlúv počas ich plnenia.

69. V tejto súvislosti smernica 2014/24 plne zohľadňuje judikatúru Súdneho dvora tým, že ju kodifikuje. Ako však preukážem, zašla oveľa ďalej. Na účely posúdenia nových prvkov, ktoré smernica zaviedla, je užitočné preskúmať túto judikatúru a spôsob, akým sa v tejto smernici odráža.

70. V tejto veci je určujúci rozsudok *pressetext*²⁹. Vec, v ktorej bol vydaný tento rozsudok, sa týkala zmeny zmluvy o zadaní verejnej zákazky počas jej plnenia a zaoberala sa najmä osobou úspešného uchádzača. Súdny dvor uviedol, že existujúca smernica sa touto otázkou nezaobera, ³⁰ hoci obsahuje niekoľko relevantných údajov.

71. Súdny dvor teda zdôraznil, že cieľom tejto smernice je zabezpečiť tak transparentnosť postupov, ako aj rovnosť zaobchádzania s uchádzačmi, a splniť tak hlavný cieľ otvorenia hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch.³¹ Vyvodil z toho, že zmeny ustanovení verejnej zmluvy vykonané počas doby jej platnosti sa považujú za nové uzavretie zmluvy, ak majú znaky podstatne odlišné od pôvodnej zmluvy. Súdny dvor spresnil, čo treba rozumieť pod pojmom *podstatné zmeny*, pričom uviedol, že zahŕňajú zavedenie podmienok, ktoré ak by figurovali v pôvodnom postupe verejného obstarávania, umožnili by pripustiť iných uchádzačov, než ktorí boli pripustení alebo vybrať inú ponuku, než tú, ktorá bola pôvodne vybratá.³²

72. Súdny dvor z toho vyvodil záver, že *nahradenie* dodávateľa, s ktorým verejný obstarávateľ pôvodne uzavrel zmluvu, *novým dodávateľom*, treba vo všeobecnosti považovať za zmenu podstatných náležitostí dotknutej verejnej zmluvy.³³

73. Rozsudok *pressetext* spresňuje situácie, v ktorých určité zmeny ovplyvňujúce úspešného uchádzača však podstatnú zmenu nepredstavujú.

74. Platí to, ak ako vo veci, v ktorej bol vydaný tento rozsudok, sa činnosť úspešného uchádzača prevedie na jednu z jeho dcérskych spoločností, v ktorej má 100 % kontrolu, ktorú riadi a za ktorú je spoločne a nerozdielne zodpovedný a ak sa celkovo na poskytovaných službách nič nemení. Takáto úprava v podstate predstavuje *vnútornú reorganizáciu* dodávateľa, ktorá podstatným spôsobom nemení podmienky pôvodnej zmluvy.³⁴

²⁷ Pozri najmä TREUMER, S.: Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. In: *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, s. 148.

²⁸ Tieto pripomienky sa rovnako uplatňujú aj na smernicu Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiace v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 243).

²⁹ Pozri bod 26 vyššie.

³⁰ Pozri bod 30 rozsudku *pressetext*. Išlo o smernicu Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, 1992, s. 1; Mím. vyd. 06/001, s. 322).

³¹ Pozri body 31 a 34 rozsudku *pressetext*.

³² Pozri bod 35 rozsudku *pressetext*.

³³ Pozri bod 40 rozsudku *pressetext*.

³⁴ Pozri bod 45 rozsudku *pressetext*.

75. To isté platí aj v prípade, ak je úspešný uchádzač právnickou osobou založenou vo forme akciovej spoločnosti kótovanej na burze. Súdny dvor zdôraznil, že zo samotnej povahy takejto spoločnosti totiž vyplýva, že zloženie jej akcionárov sa môže kedykoľvek zmeniť. Z toho vyplýva, že takáto situácia v zásade nespochybňuje platnosť uzavretia verejnej zmluvy s takouto spoločnosťou.³⁵

76. Súdny dvor dodal, že tento záver sa vzťahuje aj na právnické osoby založené vo forme družstva s ručením obmedzeným, ako vo veci, ktorá bola predmetom rozsudku presstext. Prípadné zmeny v zložení okruhu spoločníkov takéhoto družstva v zásade neznamenajú podstatnú zmenu zmluvy, ktorá bola s družstvom uzavretá.³⁶

77. Tieto úvahy sa plne odrážajú v smernici 2014/24, a to jednak v spornom ustanovení, a jednak v jej preambule v odôvodneniach 107 a 110. Odôvodnenie 107 teda výslovne odkazuje na judikatúru Súdneho dvora a odôvodnenie 110 uvádza tak čisto vnútorné reorganizácie, ako aj prevzatie, zlúčenie a splnutie, ktoré znamenajú zmenu akcionárov alebo spoločníkov, a teda vlastníkov.

78. Zdôrazňujem však, že smernica 2014/24 sa neobmedzuje na zohľadnenie záverov vyplývajúcich z rozsudku presstext a zaoberá sa aj inými druhmi situácií.

79. Zatiaľ čo totiž Súdny dvor spresnil situácie, v ktorých zmena ovplyvňujúca úspešného uchádzača *nepredstavuje podstatnú zmenu*, a teda nevedie k začatiu nového postupu verejného obstarávania, smernica 2014/24 okrem toho v spornom ustanovení spresňuje prípady, v ktorých zmena týkajúca sa úspešného uchádzača, hoci obvykle predstavuje *podstatnú zmenu*, nevyžaduje opätovné vyhlásenie verejného obstarávania.

80. Platí to najmä v prípade prevzatia, zlúčenia a splnutia za predpokladu, že sú splnené podmienky uvedené v spornom ustanovení.

81. Čo je pre Súdny dvor v prejednávanej veci podstatné je predovšetkým to, že smernica 2014/24 upravuje konkrétne prípad konkurzu, ktorý Súdnemu dvoru doposiaľ nebol predložený na posúdenie.

82. Zohľadnenie tejto situácie predstavuje nový prvok tak z hľadiska právnej úpravy Únie v oblasti verejných zákaziek, ako aj z hľadiska judikatúry existujúcej ku dňu prijatia smernice 2014/24. Reaguje na praktický problém, ktorý sa vyskytuje pri plnení verejných zákaziek.

83. Tento problém spočíva v potrebe zabezpečiť, aby v prípade, že verejný obstarávateľ čelí úspešnému uchádzačovi, ktorý už nie je ďalej schopný plniť zmluvu o zadaní verejnej zákazky z dôvodu vyhlásenia konkurzu na jeho majetok, mohol byť určený náhradník bez toho, aby došlo k neprimeranému omeškaniu alebo predraženiu dotknutej zákazky v dôsledku nového postupu verejného obstarávania. Sporné ustanovenie má za cieľ reagovať na tento problém tým, že stanovuje riešenie v záujme tak verejného obstarávateľa, ako aj úspešného uchádzača a jeho veriteľov. Treba však konštatovať, že problém, ktorý vznikol z dôvodu vyhlásenia konkurzu, nie je viac či menej významný v závislosti od toho, či podnik, na majetok ktorého bol vyhlásený konkurz, naďalej čiastočne existuje alebo či bol úplne zrušený. Náhradník sa musí nájsť vo všetkých prípadoch. Tým, že normotvorca výslovne neuviedol rozdiely medzi týmito situáciami, sa zdá, že chcel na všetky tieto situácie reagovať pragmaticky a súčasne zabezpečiť rešpektovanie zásad,

³⁵ Pozri bod 51 rozsudku presstext.

³⁶ Pozri bod 52 rozsudku presstext.

ktorými sa riadi verejné obstarávanie a ktoré sú zakotvené v článku 18 ods. 1 smernice 2014/24, najmä zákazu, aby verejný obstarávateľ umelo zúžil hospodársku súťaž tým, že sa vyhne uplatneniu smernice.

84. V tejto súvislosti chcem totiž najskôr zdôrazniť, že v prípade, keď je na majetok pôvodného úspešného uchádzača vyhlásený konkurz, rámcová dohoda už bola predmetom verejnej súťaže³⁷ a ponuka, ktorá bola prijatá, už nemôže byť podstatne zmenená. Ako sporné ustanovenie výslovne uvádza, ak okrem zmeny dodávateľa dôjde k iným podstatným úpravám, nebude splnená jedna z troch podmienok stanovených v spornom ustanovení³⁸ a musí dôjsť k novému postupu obstarávania.

85. Ďalej vyhlásenie konkurzu na majetok úspešného uchádzača bez toho, aby išlo o vzácnu udalosť, predstavuje mimoriadnu situáciu, ktorá obvykle nie je zo strany verejného obstarávateľa ani pôvodného úspešného uchádzača predvídateľná a ani žiaduca. Pripomínam, že ekonomické a finančné postavenie je jedným z troch kritérií výberu záujemcov stanovených v článku 58 smernice 2014/24. Vyhlásenie konkurzu na majetok hospodárskeho subjektu je navyše v zmysle článku 57 ods. 4 písm. b) tejto smernice dôvodom vylúčenia z účasti na postupe obstarávania, ktorý je podľa vnútroštátneho práva fakultatívny alebo obligatórny.

86. Táto mimoriadna povaha konkurzu bude spravidla brániť tomu, aby nahradenie úspešného uchádzača novým dodávateľom predstavovalo zo strany verejného dodávateľa manéver s cieľom vyhnúť sa uplatneniu smernice 2014/24. Uvádzam, že riziko takéhoto konania je o to menej pravdepodobné, že je vymenovaný správca konkurznej podstaty, ako vo veci samej, ktorý nezastupuje záujem verejného obstarávateľa, ale záujem veriteľov úspešného uchádzača a svoju činnosť vykonáva pod dohľadom súdu.

87. V každom prípade prináleží vnútroštátnemu súdu, aby overil, či sa dotknuté osoby takéhoto konania nedopustili. Prináleží mu najmä overiť, či sa preskúmanie kritérií výberu, ako je kritérium týkajúce sa finančného postavenia úspešného uchádzača, naozaj uskutočnilo. Dátum vyhlásenia konkurzu, najmä ak je blízky dátumu uzavretia zmluvy, môže byť znakom toho, že overenie splnenia tohto kvalitatívneho kritéria nebolo vykonané riadne. Pokiaľ ide o takú vec, o akú ide vo veci samej, poznamenávam, že v tejto súvislosti nebolo Súdnu dvoru poskytnuté žiadne spresnenie, ale vnútroštátny súd vôbec nenaznačil, že by dotknuté strany mali v úmysle vyhnúť sa uplatneniu smernice 2014/24.

88. Napokon konštatujem, že ak bol správca konkurznej podstaty vymenovaný na účely spravovania majetku úspešného uchádzača, na majetok ktorého bol vyhlásený konkurz, výber nového dodávateľa prináleží v prvom rade tomuto správcovi, a nie verejnému obstarávateľovi. Pripomínam však, že podľa článku 1 ods. 2 smernice 2014/24 týkajúceho sa pôsobnosti tejto smernice, je obstarávanie definované ako nadobudnutie tovaru alebo služieb na základe verejnej zákazky verejným obstarávateľom od hospodárskych subjektov, ktorých si tieto obstarávatelia *vybrali*. Pokiaľ nejde o voľbu uskutočnenú verejným obstarávateľom, verejné obstarávanie nie je z hľadiska smernice 2014/24 potrebné, aj keď sa vyžaduje schválenie dodávateľa verejným obstarávateľom.

³⁷ Pozri TREUMER, S.: Regulations of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. In: *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, s. 135 – 166, ktorý zdôrazňuje, že „pravidlá v oblasti verejných zákaziek už splnili svoju funkciu“.

³⁸ Pozri druhú podmienku uvedenú v bode 38 vyššie.

89. Pokiaľ ide o zmluvu upravujúcu vzájomné povinnosti medzi novým dodávateľom a verejným obstarávateľom, toto schválenie je potrebné podľa práva členských štátov v oblasti zmlúv, hoci ho smernica 2014/24 nevyžaduje. Predtým, ako dôjde k určeniu nového dodávateľa, možno s verejným obstarávateľom dokonca viesť konzultácie a môže sa zúčastniť aj na niektorých rokovaniach, ako to zrejme bolo vo veci samej.³⁹ To podľa môjho názoru nestačí na konštatovanie, že verejný obstarávateľ „vybral“ dodávateľa v zmysle smernice 2014/24.⁴⁰

90. Je jasné, že možnosť určiť nového dodávateľa v prípade vyhlásenia konkurzu na majetok pôvodného dodávateľa bez nového postupu obstarávania prináša do oblasti verejných zákaziek značnú mieru voľnej úvahy. Tá však podľa môjho názoru zodpovedá zámeru normotvorcu, pričom rešpektuje zásady zakotvené v článku 18 ods. 1 smernice 2014/24 za predpokladu, že sú splnené všetky tri podmienky pripomenuté v bode 38 vyššie, ktoré upravujú uplatnenie výnimky.

91. Výklad spoločnosti Dustin a Komisie, podľa ktorého môže byť nový dodávateľ takto určený len vtedy, ak prevezme prinajmenšom tú časť činnosti pôvodného dodávateľa, ktorá umožňuje plnenie zákazky, okrem toho, že nebol výslovne stanovený normotvorcom a podľa môjho názoru by išiel nad rámec sporného ustanovenia, prináša viac problémov, než riešení.

92. Po prvé poznamenávam, že povinnosť prevziať časť činnosti pôvodného dodávateľa by značne obmedzila rozsah výnimky týkajúcej sa konkurzu, keďže v mnohých prípadoch je podnik úplne zrušený. Okrem toho si možno položiť otázku, aký pomer činnosti pôvodného dodávateľa by mal byť prevedený na to, aby sa výnimka mohla uplatniť.

93. Po druhé by takáto povinnosť mohla mimoriadne sťažiť úlohu správcu konkurznej podstaty. Mohla by byť dokonca v rozpore s právomocami viesť rokovania v záujme veriteľov, ktoré sú mu zverené v súlade s vnútroštátnym konkurzným právom.⁴¹

94. V tejto súvislosti súhlasím s rakúskou vládou, podľa ktorej prevod zmlúv alebo rámcových dohôd môže, ale nemusí byť bežný v závislosti od toho, o aké odvetvie činnosti ide. Napríklad v rámci vyhlásenia konkurzu na majetok stavebného podniku môže prevod niektorých veľkých stavenísk prípadne zahŕňať prevod materiálu a zamestnancov. Naproti tomu to tak nevyhnutne nemusí byť v prípade služieb v oblasti informačných technológií alebo dodania počítačových hardvérov. Okrem toho rovnako ako táto vláda zdôrazňujem, že dochádza k situáciám, keď podnik, na majetok ktorého bol vyhlásený konkurz, môže napriek tomu pokračovať vo svojej prevádzke pod podmienkou, že prevedie verejnú zákazku. Ak by sa však táto možnosť vylúčila, nielenže by to znemožnilo nahradenie dodávateľa, ale mohlo by to ohroziť aj dosiahnutie cieľov konkurzného konania, t. j. v záujme veriteľov zachovať existujúci podnik v najväčšej možnej miere.

³⁹ Pozri bod 15 vyššie.

⁴⁰ Sue Arrowsmith sa však domnieva, že ak si verejný obstarávateľ zachová možnosť ovplyvniť určenie dodávateľa z iných dôvodov, než sú dôvody týkajúce sa technického alebo finančného postavenia, tohto dodávateľa vyberá a tento výber by mal byť predmetom postupu verejného obstarávania; pozri *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3. vydanie, 2014, bod 6-290.

⁴¹ Zo spisu v prejednávanej veci vyplýva, že takéto právomoci stanovuje vnútroštátne právo vo Švédsku a v Rakúsku. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/848 z 20. mája 2015 o insolvenčnom konaní (Ú. v. EÚ L 141, 2015, s. 19) v odôvodnení 22 zdôrazňuje, že v tejto oblasti existujú v hmotnom práve členských štátov značné odlišnosti. Pozri tiež k tejto otázke smernicu Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1023 z 20. júna 2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddĺžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddľžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132 (Smernica o reštrukturalizácii a insolvenčii) (Ú. v. EÚ L 172, 2019, s. 18), najmä jej odôvodnenia 1, 4, 7, 8 a 12.

95. Po tretie nariadiť takýto prevod majetku s cieľom zabrániť obchádzaniu pravidiel hospodárskej súťaže by bolo nielen nákladným riešením, ale možno si tiež položiť otázku, či je to nevyhnutné, keďže prevod verejnej zákazky v každom prípade podlieha podmienke uvedenej v spornom ustanovení, že takýto prevod nesmie byť prostriedkom, ako sa vyhnúť uplatneniu smernice 2014/24.

96. Po štvrté sa budem zaoberať konkrétnymi otázkami, ktoré vyvoláva stanovisko Komisie týkajúce sa existencie povinnosti správcu konkurznej podstaty obrátiť sa v prípade úplného zániku podniku pôvodného úspešného uchádzača na pôvodných uchádzačov.

97. Pripomínam, že podľa Komisie nebolo zámerom normotvorcu zamerať sa na prípad, keď dôjde k úplnému zrušeniu podniku pôvodného dodávateľa.⁴² Táto inštitúcia však pripúšťa, že takáto situácia môže nastať⁴³ a že zmluva o zadaní verejnej zákazky môže byť jej jediným zostávajúcim aktívom.

98. V takom prípade sa Komisia domnieva, že sporné ustanovenie možno vykladať v tom zmysle, že výnimka zo zahájenia nového postupu obstarávania sa uplatní pod podmienkou, že verejná zákazka bude ponúknutá nediskriminačným a rovnocenným spôsobom všetkým pôvodným uchádzačom, ktorí splnili kritériá výberu, napríklad tak, že budú oslovení podľa ich umiestnenia vo výslednom poradí.⁴⁴

99. Najskôr však zdôrazňujem, že takáto podmienka nie je v spornom ustanovení uvedená a zrejme je v rozpore s vôľou normotvorcu. Ako som totiž uviedol v bodoch 53 a 54 vyššie, Komisia počas prípravných prác zvažovala možnosť, že v prípade konkurzu sa uplatní osobitné konanie, pričom najmä stanovila, že verejný obstarávateľ sa znova obráti na pôvodných uchádzačov. Tento návrh nebol nakoniec do konečného znenia smernice 2014/24 zahrnutý a ani nebol nahradený ničím iným. Z toho vyvodzujem, že normotvorca jednoznačne odmietol takúto povinnosť obrátiť sa na pôvodných uchádzačov.

100. Po druhé, ak sa má verejná zákazka alebo rámcová dohoda ponúknuť pôvodným uchádzačom podľa ich umiestnenia vo výslednom poradí, znamená to, že sa musí zadať prvému z nich, ktorý ju prijme. Tento prístup však nezohľadňuje skutočnosť, že je potrebné, aby nového dodávateľa schválil verejný obstarávateľ.⁴⁵ Bývalý uchádzač, aj keď sa vo výslednom poradí umiestnil na najlepšej pozícii za pôvodným úspešným uchádzačom, nemá za takýchto okolností automatické právo zákazku získať.

101. Po tretie, ak by bol správca konkurznej podstaty nútený obrátiť sa na pôvodných uchádzačov, mohol by byť zbavený možnosti vyhľadať v záujme veriteľov nadobúdateľa, ktorý ponúkne najvyššiu cenu. Podľa môjho názoru však zo smernice 2014/24 vôbec nevyplýva, že by mal normotvorca Únie v úmysle takto obmedziť právomoci, ktoré môže vnútroštátne právo prípadne priznať správcovi konkurznej podstaty.⁴⁶

⁴² Pozri bod 49 vyššie.

⁴³ Pozri bod 33 vyššie.

⁴⁴ Komisia uvádza, že talianske právo, zdá sa, prijalo takéto riešenie. Uvádzam, že Marion Comba a Sara Richetto vo svojich komentároch k talianskej právnej úprave, ktorou sa preberá smernica 2014/24, uvádzajú, že tento členský štát v článku 110 D Lgs 50/2016 stanovil, že verejný obstarávateľ *sa môže* obrátiť na pôvodných uchádzačov podľa ich umiestnenia vo výslednom poradí (pozri TREUMER, S., COMBA, M.: *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*. Elgar, 2018, kapitola 7, s. 149).

⁴⁵ Pozri bod 89 vyššie.

⁴⁶ Spresňujem, že z toho nevyplýva, že akékoľvek finančné ťažkosti pôvodného úspešného uchádzača by mohli viesť k určeniu náhradníka bez vyhlásenia nového verejného obstarávania v súlade so smernicou 2014/24. Je ešte potrebné, aby sa začalo formálne konkurzné konanie ako vo veci samej.

102. Nemôžem teda súhlasiť s výkladom Komisie.

103. Naproti tomu, ako vyplýva z vyššie uvedenej analýzy, sa domnievam, že pokiaľ sú splnené všetky tri podmienky stanovené v spornom ustanovení a pripomenuté v bode 38 vyššie, výklad tohto ustanovenia v tom zmysle, že umožňuje previesť na nového dodávateľa len rámcovú dohodu alebo verejnú zákazku, ktorá bola predtým zadaná bez toho, aby bolo potrebné uskutočniť nový postup obstarávania a bez toho, aby musel tento nový dodávateľ prevziať inú činnosť pôvodného dodávateľa, zodpovedá konkrétnemu problému v rámci chodu podnikov, pričom rešpektuje zásady, ktorými sa riadi verejné obstarávanie, zakotvené v článku 18 ods. 1 smernice 2014/24.

V. Návrh

104. Vzhľadom na všetky predchádzajúce úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré položil Högsta förvaltningsdomstolen (Najvyšší správny súd, Švédsko), takto:

Článok 72 ods. 1 písm. d) bod ii) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sa má vykladať v tom zmysle, že skutočnosť, že nový dodávateľ prevzal práva a povinnosti pôvodného dodávateľa vyplývajúce z rámcovej dohody po tom, čo naňho túto dohodu po začatí konkurzného konania na majetok tohto pôvodného dodávateľa previedol správca konkurznej podstaty, znamená, že nový dodávateľ sa má považovať za univerzálného alebo čiastočného nástupcu pôvodného dodávateľa v zmysle tohto ustanovenia. Nie je nevyhnutné, aby nový dodávateľ spolu s týmto prevodom prevzal aj časť činnosti pôvodného dodávateľa, ktorá súvisí s plnením rámcovej dohody.