



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE IŠVADA,
pateikta 2021 m. rugsėjo 9 d.¹

Byla C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
prieš
Dustin Sverige AB**

(*Högsta förvaltningsdomstolen* (Vyriausiasis administracinis teismas, Švedija) prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Viešieji pirkimai – Direktyva 2014/24/ES – 72 straipsnio 1 dalies d punkto ii papunktis – Sutarčių keitimas jų galiojimo laikotarpiu – Nemokumas – Preliminariųjų sutarčių perleidimas paskelbus pradinio rangovo bankrotą – Naujas rangovas – „Esminio sutarties pakeitimo“ sąvoka – Naujos pirkimo procedūros taikymo išimtis – Sąlygos“

I. Įžanga

1. Šioje byloje, susijusioje su Direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų², nagrinėjama viena iš pirkimo procedūros taikymo išimčių, t. y. kai rangovas tampa nemokus sutarties vykdymo laikotarpiu. Nurodyta išimtis įtvirtinta Direktyvos 2014/24 72 straipsnio 1 dalies d punkto ii papunktyje (toliau – ginčijama nuostata).
2. Teisingumo Teismo klausiama, kokiomis sąlygomis ši išimtis taikoma ir, konkrečiau kalbant, ar pagal šias sąlygas reikalaujama, kad pradinį rangovą pakeitęs subjektas perimtų ne tik atitinkamą sutartį, bet ir bent dalį jo veiklos.
3. Šis klausimas pateiktas nagrinėjant *Kammarkollegiet*, Švedijos teisinių, finansinių ir administracinių paslaugų agentūros, ir *Advania Sverige AB* (toliau – *Advania*), pakeitusios pradinį rangovą, ginčą su *Dustin Sverige AB* (toliau – *Dustin*), bendrove, suinteresuota dėl pagrindinėje byloje nagrinėjamų sutarčių sudarymo. Pastaroji bendrovė ginčija preliminariųjų sutarčių, iš pradžių sudarytų su *Misco AB*, perleidimą *Advania* paskelbus pradinio rangovo bankrotą, nes šis perleidimas įvyko nerengiant konkurso pagal Direktyvą 2014/24 ir neperduodant bent dalies *Misco* veiklos, t. y. tos, kuri leidžia vykdyti šias preliminarąsias sutartis.

¹ Originalo kalba: prancūzų.

² 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, 2014, p. 65).

4. Pradinio konkurso laimėtojo nemokumas ir jo pakeitimas nauju rangovu – tai situacija, kuri iš esmės yra netikėta ir išimtinio pobūdžio, nes paprastai imamasi visų atsargumo priemonių, kad būtų įsitikinta konkurso dalyvių mokumu. Vis dėlto tai yra problema, su kuria perkančiosios organizacijos kartais susiduria įmonių veikloje, kaip tai patvirtina pagrindinė byla, ir kurią teisės aktų leidėjas nusprendė pirmą kartą numatyti ginčijamoje nuostatoje. Teisingumo Teismo prašoma apsvarstyti, ar pagal šią nuostatą leidžiama, kad naujas rangovas būtų paskirtas, be kita ko, teismo administratoriaus, neskelbiant konkurso ir neįpareigojant naujo rangovo perimti pradinio rangovo veiklos dalį, ir ar tai vis dėlto nepažeidžia principų, reglamentuojančių viešojo pirkimo sutarčių sudarymą, kuriuos siekiama apsaugoti Direktyva 2014/24.

5. Atlikęs savo analizę siūlysiu Teisingumo Teismui nuspręsti, jog pagal ginčijamoje nuostatoje numatytą išimtį nereikalaujama, kad naujas rangovas, su kuriuo sudaryta sutartis pakeičiant pradinį rangovą, taip pat privalėtų įsigyti dalį jo veiklos.

II. Teisinis pagrindas

A. Direktyva 2014/24

6. Direktyvos 2014/24 107 ir 110 konstatuojamosiose dalyse nurodyta:

„(107) reikia paaiškinti sąlygas, kuriomis dėl sutarties keitimo jos vykdymo laikotarpiu reikalinga nauja pirkimo procedūra, atsižvelgiant į atitinkamą Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktiką. Nauja pirkimo procedūra reikalinga, jeigu daromi esminiai pradinės sutarties pakeitimai, visų pirma susiję su šalių tarpusavio teisių ir pareigų taikymo sritimi ir turiniu, įskaitant intelektinės nuosavybės teisių paskirstymą. Tokie pakeitimai rodo šalių ketinimą iš naujo derėtis dėl esminių tos sutarties sąlygų. Visų pirma taip yra tuo atveju, jeigu iš dalies pakeistos sąlygos, jei būtų buvusios ištrauktos iš pradinę procedūrą, būtų dariusios įtaką procedūros baigčiai.

<...>

(110) laikantis lygiateisiškumo ir skaidrumo principų, konkursą laimėjęs dalyvis neturėtų būti keičiamas kitu ekonominės veiklos vykdytoju [ūkio subjektu] (pavyzdžiui, jei sutartis nutraukiama dėl vykdymo trūkumų) iš naujo nepaskelbus konkurso dėl sutarties. Tačiau sutarties vykdymo laikotarpiu turėtų galėti įvykti tam tikrų sutartį vykdančių konkursą laimėjusių dalyvių (visų pirma kai sutartis buvo skirta daugiau nei vienai įmonei) struktūrinių pokyčių: jie gali būti vien vidaus lygiu reorganizuoti, būti perėmimo, susijungimo, įsigijimo šalimis ar tapti nemokūs. Dėl tokių struktūrinių pokyčių neturėtų būti automatiškai reikalaujama naujų pirkimo procedūrų visoms to konkurso dalyvio vykdomoms viešosioms sutartims.“

7. Šios direktyvos 18 straipsnio „Pirkimų principai“ 1 dalyje nustatyta:

„Perkančiosios organizacijos ekonominės veiklos vykdytojus [ūkio subjektus] vertina vienodai ir jų nediskriminuoja, jos veikia skaidriai ir vadovaujasi proporcingumo principu.

Pirkimai negali būti parengti siekiant išvengti šios direktyvos taikymo arba dirbtinai sumažinti konkurenciją. <...>“

8. Minėtos direktyvos 57 straipsnio 4 dalies b punkte numatyta:

„Perkančiosios organizacijos gali pašalinti arba gali būti valstybių narių įpareigos pašalinti iš dalyvavimo pirkimo procedūroje ekonominės veiklos vykdytojams esantiems [ūkio subjektus, esančius] bet kurioje iš šių situacijų:

<...>

b) kai ekonominės veiklos vykdytojas [ūkio subjektas] yra bankrutavęs arba jam yra taikoma nemokumo arba likvidavimo procedūra, kai jo turtą administruoja likvidatorius arba teismas, kai jis yra sudaręs susitarimą su kreditoriais, kai jis yra sustabdęs savo verslo veiklą arba yra analogiškoje situacijoje, susiklosčiusioje dėl panašios nacionaliniuose įstatymuose ir kituose teisės aktuose nustatytos procedūros“.

9. Direktyvos 2014/24 72 straipsnyje „Sutarčių keitimas jų galiojimo laikotarpiu“ nustatyta:

„1. Sutartys ir preliminarinės sutartys gali būti keičiamos nevykdant naujos pirkimo procedūros pagal šią direktyvą bet kuriuo iš šių atvejų:

<...>

d) kai rangovas, kuriam perkančioji organizacija iš pradžių paskyrė sutartį, pakeičiamas nauju rangovu dėl vienos iš šių priežasčių:

<...>

ii) jeigu dėl įmonės restruktūrizavimo, įskaitant perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, arba dėl nemokumo visas arba dalį pradinio rangovo teisių perima kitas ekonominės veiklos vykdytojas [ūkio subjektas], atitinkantis pradinis kokybinės atrankos kriterijus, su sąlyga, kad dėl to nereikia daryti kitų esminių sutarties pakeitimų ir taip nesiekama išvengti šios direktyvos taikymo; <...>

<...>

e) kai pakeitimai, neatsižvelgiant į jų vertę, nėra esminiai, kaip apibrėžta 4 dalyje.

<...>

4. Sutarties ar preliminarinės sutarties keitimas jos galiojimo laikotarpiu laikomas esminiu pagal 1 dalies e punktą, kai dėl jo iš esmės pasikeičia sutarties ar preliminarinės sutarties pobūdis, palyginti su pradine sutartimi. Bet kuriuo atveju, nedarant poveikio 1 ir 2 dalims, pakeitimas laikomas esminiu, kai įvykdoma viena ar daugiau iš šių sąlygų:

a) pakeitimu nustatomos sąlygos, dėl kurių, jeigu jos būtų buvusios įtrauktos į pradinę pirkimo procedūrą, būtų buvę galima leisti dalyvauti kitiems kandidatams nei iš pradžių atrinktieji arba priimti kitą pasiūlymą nei iš pradžių priimtas, arba pirkimo procedūra būtų pritraukusi papildomų dalyvių;

b) pakeitimu rangovo naudai pakeičiama sutarties arba preliminarinės sutarties ekonominė pusiausvyra taip, kaip nebuvo numatyta pradinėje sutartyje arba preliminariojoje sutartyje;

- c) pakeitimu labai išplečiama sutarties arba preliminariosios sutarties taikymo sritis;
- d) kai rangovas, kuriam perkančioji organizacija iš pradžių paskyrė sutartį, pakeičiamas nauju rangovu kitais atvejais, nei numatyti pagal 1 dalies d punktą.

<...>“

B. Švedijos teisė

10. *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling* (Viešųjų pirkimų įstatymas (2016:1145), toliau – LOU)³ 17 skyriaus 13 straipsnyje buvo numatyta, kad sutartis arba preliminarioji sutartis gali būti keičiama vieną rangovą pakeičiant kitu ir nevykdant naujos pirkimo procedūros, jei tenkintos šios sąlygos:

„1) dėl įmonės restruktūrizavimo, įskaitant perėmimą, susijungimą, įsigijimą arba nemokumą, visas arba dalį pradinio rangovo teisių perima naujas rangovas ir

2) dėl to, kad naujas rangovas perima visas arba dalį pradinio rangovo teisių, nereikia daryti kitų esminių sutarties arba preliminariosios sutarties pakeitimų.“

11. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas patikslina, kad iš antrosios sąlygos matyti, jog toks rangovo pakeitimas reiškia, kad naujas rangovas neturi būti pašalintas remiantis šiame įstatyme numatytais pašalinimo pagrindais ir atitinka atrankos kriterijus, nustatytus pradinėje sutartyje.

III. Pagrindinė byla, prejudicinis klausimas ir procesas Teisingumo Teisme

12. *Kammarkollegiet* paskelbė kvietimą dalyvauti konkurse dėl kompiuterinės įrangos, visų pirma kompiuterių, kompiuterių ekranų ir planšetinių kompiuterių tiekimo, vykstant ribotam konkursui⁴ pagal LOU.

13. Septyniolika kandidatų, įskaitant *Advania*, įrodė, kad jie atitinka keliamus reikalavimus. Remdamasi riboto konkurso taisyklėmis⁵, *Kammarkollegiet* numatė, kad jei daugiau nei devyni kandidatai atitiktų šiuos reikalavimus, pateikti pasiūlymus bus kviečiami tik devyni geriausi kandidatai. *Advania* tarp jų nebuvo.

14. Preliminariosios sutartys buvo sudarytos su šešiais tiekėjais skirtingose srityje. Su *Misco* buvo sudarytos keturios preliminariosios sutartys, apimančios visas pirkimo sritis. Su *Dustin* buvo sudarytos preliminariosios sutartys dviejose iš šių sričių.

15. 2017 m. gruodžio 4 d. raštu *Misco* paprašė *Kammarkollegiet* leidimo perleisti jos keturias preliminarąsias sutartis *Advania*. 2017 m. gruodžio 12 d. buvo paskelbtas *Misco* bankrotas. 2018 m. sausio 18 d. teismo administratorius pasirašė sutartį su *Advania*, kurioje buvo numatytas keturių preliminarųjų sutarčių perleidimas. *Kammarkollegiet* leido perleidimą 2018 m. vasario mėn.

³ Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad nuo to laiko šis įstatymas buvo panaikintas.

⁴ Ši procedūra išsamiai apibūdinta Direktyvos 2014/24 28 straipsnyje.

⁵ Žr. Direktyvos 2014/24 65 straipsnį „Kandidatų, kurių kvalifikacija tinkama pakviesti dalyvauti konkurse, skaičiaus sumažinimas“.

16. Po šio perleidimo *Dustin* kreipėsi į *Förvaltningsrätten i Stockholm* (Stokholmo administracinis teismas, Švedija), prašydama pripažinti negaliojančiomis preliminarįsias sutartis, sudarytas tarp *Advania* ir *Kammarkollegiet*.

17. Šis teismas atmetė šį prašymą. Jis nusprendė, kad *Advania* gavo preliminarįsias sutartis ir įsigijo *Misco* veiklos dalis, leidžiančias vykdyti šias preliminarįsias sutartis, kaip to reikalaujama pagal LOU 17 skyriaus 13 straipsnį.

18. *Dustin* apskundė šį sprendimą *Kammarrätten i Stockholm* (Stokholmo apeliacinis administracinis teismas, Švedija); tas teismas patenkino šį skundą ir nusprendė, kad keturios preliminariosios sutartys tarp *Advania* ir *Kammarkollegiet* yra negaliojančios. *Kammarrätten i Stockholm* (Stokholmo apeliacinis administracinis teismas) konstatavo, kad *Kammarkollegiet* leido perleisti preliminarįsias sutartis dėl *Misco* nemokumo. Vis dėlto, priešingai nei pirmosios instancijos teismas, jis nusprendė, kad, išskyrus nagrinėjamas preliminarįsias sutartis, *Misco* praktiškai neperleido veiklos *Advania*, todėl negalima laikyti, kad *Advania* perėmė visas ar dalį *Misco* teisių, kaip tai suprantama pagal LOU 17 skyriaus 13 straipsnį. Šis apeliacinis teismas, be kita ko, pažymėjo, kad tik vienas *Misco* darbuotojas vėliau perėjo į *Advania*, kad *Misco* klientų sąrašas, perduotas *Advania*, nebuvo visiškai atnaujintas ar aktualus ir kad nėra jokių įrodymų, jog *Advania* perėmė *Misco* subrangovus.

19. Dėl šio antrosios instancijos teismo sprendimo *Advania* ir *Kammarkollegiet* pateikė kasacinį skundą *Högsta förvaltningsdomstolen* (Vyriausiasis administracinis teismas, Švedija). Savo skunde jos neginčija apeliacinio teismo vertinimo dėl to, kas iš bankrutavusios įmonės turto buvo įtraukta į perleistą turtą. Tačiau jos teigia, kad toks perleidimas atitinka visų arba dalies teisių perėmimą pagal LOU 17 skyriaus 13 straipsnį ir Direktyvą 2014/24.

20. *Advania* ir *Kammarkollegiet* teigimu, nei pagal LOU, nei pagal Direktyvą 2014/24 nereikalaujama, kad naujam rangovui, be preliminarųjų sutarčių, būtų perleista tam tikro pobūdžio ar tam tikros apimties veikla.

21. *Dustin* savo ruožtu mano, kad iš ginčijamoje nuostatoje vartojamos frazės „[perima] visas arba dalį pradinio rangovo teisių“, siejamos su „įmonės restruktūrizavimo“ sąvoka, matyti, kad naujas rangovas kartu su preliminarįją sutartimi turi perimti visą pradinio rangovo veiklą ar jos dalį, skirtą atitinkamoms sutartims vykdyti.

22. Atsižvelgdamas į šiuos skirtingus aiškinimus, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pabrėžia, kad jam reikia išsiaiškinti ginčijamos nuostatos taikymo sritį, ypač tai, ką reikia laikyti rangovo pakeitimu, kai „dėl įmonės restruktūrizavimo, įskaitant perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, arba dėl nemokumo visas arba dalį pradinio rangovo teisių perima“ kitas ūkio subjektas.

23. Šiomis aplinkybėmis *Högsta förvaltningsdomstolen* (Vyriausiasis administracinis teismas) nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šį prejudicinį klausimą:

„Ar tai, kad naujasis tiekėjas perėmė pradinio tiekėjo teises ir pareigas pagal preliminarįją sutartį po to, kai pradinis tiekėjas buvo pripažintas nemokiu ir buvo perleista nemokaus tiekėjo turtą sudaranti sutartis, reiškia, kad naujasis tiekėjas laikomas perėmusiu pradinio tiekėjo teises tokiomis sąlygomis, kaip nustatyta [Direktyvos 2014/24] 72 straipsnio 1 dalies d punkto ii papunktyje?“

24. 2020 m. rugsėjo 15 d. prašymą priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismas gavo 2020 m. rugsėjo 24 d.

25. Rašytines pastabas pateikė *Advania*, *Kammarkollegiet*, *Dustin*, Austrijos vyriausybė ir Europos Komisija.

IV. Analizė

26. Siekiant įvertinti ginčijamos nuostatos taikymo sritį, pirmiausia primintina, kad, kaip Teisingumo Teismas nusprendė Sprendime *pressetext Nachrichtenagentur*⁶, paprastai rangovo pakeitimas laikomas vienos iš esminių viešojo pirkimo sutarties sąlygų pakeitimu. Šis vertinimas buvo perimtas Direktyvos 2014/24 72 straipsnio 4 dalies d punkte.

27. Darytina išvada, kad iš principo pradinio konkurso laimėtojo pakeitimas yra esminis sutarties pakeitimas ir dėl to turi būti vykdoma nauja pirkimo procedūra⁷, laikantis skaidrumo ir vienodo požiūrio principų, kuriais grindžiama pareiga sudaryti konkurencijos sąlygas potencialiai suinteresuotiesiems kandidatams iš skirtingų valstybių narių⁸.

28. Kaip išimtis ginčijamoje nuostatoje numatyta galimybė, kad pradinio konkurso laimėtojo nemokumo atveju jį pakeičiantis subjektas gali būti paskirtas netaikant tokios procedūros.

29. Kyla klausimas, kokiomis konkrečiais sąlygomis taikytina ši išimtis ir ypač ar pradinį konkurso laimėtoją pakeitusiam subjektui būtina perimti bent dalį jo veiklos.

30. Teisingumo Teismui buvo pateikti du skirtingi ginčijamos nuostatos aiškinimo variantai.

31. Remiantis pirmuoju aiškinimu, kurio laikosi *Kammarkollegiet*, *Advania* ir Austrijos vyriausybė, ginčijama nuostata turi būti aiškinama taip, jog, vykstant pradinio rangovo pakeitimui dėl jo nemokumo, nereikalaujama, kad kartu su sutarties perleidimu naujam rangovui šis perimtų dalį pradinio rangovo veiklos. Jos mano, kad jeigu šie žodžiai turėtų būti suprantami taip, kad turi įvykti koks nors veiklos perdavimas, nagrinėjamos nuostatos taikymas būtų labai apribotas.

32. Antrasis aiškinimas, kurio laikosi *Dustin* ir Komisija, atvirkščiai, grindžiamas prielaida, kad naujas rangovas perima bent dalį pradinio rangovo veiklos. *Dustin* mano, kad priešingu atveju būtų leista beveik nevaržomai perleisti sutartis, sudarytas per viešųjų pirkimų procedūras.

33. *Dustin* ir Komisijos teigimu, siekiant nepažeisti vienodo požiūrio ir skaidrumo principų, taigi ir tikslo užtikrinti konkurenciją, svarbu, kad pradinio konkurso laimėtojo faktinė tapatybė būtų išlaikyta, t. y. kad preliminarieji sutarčiai įgyvendinti naudojamas turtas arba bent jo dalis būtų perduota sutartį perėmusiam subjektui tam, kad tarp pradinio rangovo ir jį pakeičiančio subjekto būtų tęstinumas. Komisija pripažįsta, jog tai gali būti neįmanoma, jei pradinio rangovo veikla visiškai nutraukta. Tačiau, jos nuomone, tuomet tokioje situacijoje, siekiant užtikrinti vienodą

⁶ 2008 m. birželio 19 d. sprendimas (C-454/06, EU:C:2008:351, toliau – Sprendimas *pressetext*, 40 punktas). Išsamiau nagrinėsiu šio sprendimo pasekmes šios išvados 70–78 punktuose.

⁷ Šiuo klausimu žr. Sprendimo *pressetext* 47 punktą ir Direktyvos 2014/24 72 straipsnio 1 dalies e punktą.

⁸ Žr. 2016 m. rugsėjo 7 d. Sprendimą *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, 28 punktas). Šie principai ir pareiga užtikrinti konkurenciją priminti Direktyvos 2014/24 18 straipsnyje.

požiūrį į pradinius konkurso dalyvius, būtina, kad perkančioji organizacija pirmiausia kreiptųsi į juos remdamasi, pavyzdžiui, jų eiliškumo tvarka, nustatyta pasibaigus pradinei pirkimo procedūrai.

34. Keliami klausimai yra svarbūs. Teisingumo Teismo prašoma patikslinti perkančiosios organizacijos diskreciją pakeisti pradinį konkurso laimėtoją jo nemokumo atveju.

35. Mano nuomone, ginčijamos nuostatos tekstas negali būti aiškinamas taip, kaip siūlo *Dustin* ir Komisija. Toliau atlikdamas analizę pabandysiu įrodyti, kad ši nuostata turi būti suprantama taip, kaip siūloma pagal pirmąjį aiškinimą, ir pasiremsiu jos formuluote (A dalis), vidiniu ir išoriniu kontekstu, t. y. su ja susijusiomis nuostatomis ir parengiamaisiais darbais (B dalis), taip pat teisės aktų leidėjo siekiamais tikslais (C dalis).

A. Dėl ginčijamos nuostatos formuluotės

36. Pirmiausia pažymiu, jog Direktyvos 2014/24 72 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad preliminariosios sutartys gali būti keičiamos nevykdant naujos pirkimo procedūros penkiais atvejais, išvardytais šios nuostatos a–e punktuose. Teisingumo Teismo prašoma išaiškinti d punkto ii papunktį, kuriame pradinio rangovo nemokumas aiškiai nurodytas kaip vienas iš atvejų, kai preliminarinio sutartis gali būti sudaryta su nauju rangovu nevykdant naujos pirkimo procedūros, nors šis rangovų pakeitimas yra esminis sutarties pakeitimas.

37. Pagal ginčijamą nuostatą nagrinėjamos išimties taikymui nustatytos kelios sąlygos, tačiau jos tiesiogiai neapima pradinio rangovo veiklos dalies perdavimo.

38. Šios sąlygos yra trys, t. y.:

- Naujas rangovas – ūkio subjektas, *atitinkantis kokybinės atrankos kriterijus*. Neginčijama, kad ši sąlyga įvykdyta esant tokiai situacijai, kaip nagrinėjama pagrindinėje byloje, kai naujas rangovas, šiuo atveju – *Advania*, buvo tarp įmonių, pripažintų atitinkančiomis kandidatams keliamus reikalavimus⁹.
- Dėl pradinio rangovo pakeitimo nauju rangovu nereikia daryti *kitų esminių sutarties pakeitimų*. Ši sąlyga taip pat atrodo nekelianti abejonių pagrindinėje byloje, kaip ją apibūdino prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.
- Pakeičiant pradinį rangovą naujuoju *nesiekiama išvengti Direktyvos 2014/24 taikymo*. Nagrinėjamas pakeitimas neturi būti slaptas būdas, kuriuo perkančioji organizacija atranka savo pasirinktą rangovą, neužtikrindama konkurencijos sąlygų suinteresuotiesiems kandidatams. Dar grįšiu prie šios sąlygos, kuria siekiama išvengti šioje direktyvoje numatytų sutarties sudarymo taisyklių apėjimo¹⁰. Tačiau iškart patikslinu, jog prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas neteigė, kad pagrindinėje byloje naujo rangovo paskyrimu buvo siekiama išvengti šių taisyklių taikymo.

⁹ Žr. šios išvados 13 punktą.

¹⁰ Žr. šios išvados 84, 86 ir 87 punktus.

39. Vis dėlto *Dustin* ir Komisija teigia, kad būtinybė perduoti bent dalį pradinio rangovo veiklos netiesiogiai išplaukia iš pačios ginčijamos nuostatos formuluotės, pagal kurią pradinis rangovas pakeičiamas nauju rangovu, kai „*dėl įmonės restruktūrizavimo*, įskaitant perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, arba dėl nemokumo *visas arba dalį pradinio rangovo teisių perima* kitas ekonominės veiklos vykdytojas [ūkio subjektas]“¹¹.

40. Pažymiu, kad vartojami terminai šiek tiek skiriasi įvairiose ginčijamos nuostatos kalbinėse versijose. Šios nuostatos versijose anglų ir prancūzų kalbomis vartojami žodžiai „visų arba dalies teisių perėmimas“, o ginčijamos nuostatos versijoje švedų kalba nurodyta, kad kitas ūkio subjektas „visiškai arba iš dalies pakeičia“ pradinį rangovą.

41. Vis dėlto, atsižvelgiant į nagrinėjamas aplinkybes, man atrodo, kad šios sąvokos iš esmės yra lygiavertės.

42. Mano nuomone, iš to, kad visos Teisingumo Teismui pastabas pateikusios šalys teisingai akcentavo sąvoką „perėmimas“, matyti, jog naujasis rangovas turi perimti visas arba dalį pradinio rangovo teisių. Iš versijos anglų kalba taip pat matyti ši mintis, patikslinant, kad rangovas pakeičiamas „dėl“ visų ar dalies teisių perėmimo¹².

43. Iš to išplaukia, kad naujasis rangovas perima visą pradinio rangovo turtą arba jo dalį. Tačiau pažymiu, kad sąvoka „dalis“ ginčijamoje nuostatoje neapibrėžta. Dalis gali būti didesnė ar mažesnė, nelygu įvykis, dėl kurio įvyksta šis teisių perėmimas¹³. Taigi pažodinis šių terminų aiškinimas leidžia manyti, kad naujasis rangovas gali perimti tik viešojo pirkimo sutartį arba preliminarąją sutartį.

44. Vis dėlto patikslinu, kad sąvoka „dalis“ neleidžia manyti, jog galima perleisti tik dalį sutarties ar preliminariosios sutarties, nes tai būtų reikšmingas sutarties arba preliminariosios sutarties pakeitimas ir prieštarautų sąlygai, pagal kurią neturi būti kitų „esminių pakeitimų“. Iš tiesų, mano nuomone, jei sumažėja preliminariosios sutarties taikymo sritis, tai gali aiškiai pakeisti ekonominę sutarties pusiausvyrą naujo rangovo naudai tokiu būdu, kurio nebuvo numatyta pradinėje preliminariojoje sutartyje, taigi būti „esminis pakeitimas“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2014/24 72 straipsnio 4 dalies b punktą.

45. Darytina išvada, kad naujas rangovas, kuris pakeičia pradinį konkurso laimėtoją ir perima jo teises, turi perimti visą preliminarąją sutartį arba viešojo pirkimo sutartį. Kitaip tariant, jis turi sutikti su visomis iš šios sutarties kylančiomis teisėmis ir pareigomis¹⁴.

46. Kaip nurodyta likusioje ginčijamos nuostatos dalyje, teisių perėmimas turi įvykti dėl bendrovės restruktūrizavimo, kuris gali būti įvairių formų. Teisės aktų leidėjas pateikė keturis pavyzdžius, taigi jų sąrašas nėra baigtinis. Kaip ir Komisija, konstatuoju, kad pirmieji trys pavyzdžiai, t. y. perėmimas, susijungimas ir įsigijimas, yra panašūs. Visais trimis atvejais nurodyti veiksmai reiškia, kad išlieka atitinkamos įmonės tęstinumas, t. y. ji tęsia savo veiklą ir išsaugo šiai veiklai būtinus materialinius ir žmogiškuosius išteklius.

¹¹ Kursyvu išskirta mano.

¹² Versijoje anglų kalba parašyta: „as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor“.

¹³ Žr. šios išvados 46 ir 47 punktus.

¹⁴ Pažymiu, kad šis aspektas nėra ginčijamas. *Dustin* pabrėžia, kad naujam rangovui negali būti perduota tik dalis preliminariosios sutarties.

47. Atvirkščiai, nemokumo atveju, kuris paminėtas kaip ketvirtasis pavyzdys, įmonė nebūtinai ir toliau egzistuoja. Gali susiklostyti daugybė situacijų. Žinoma, visa įmonės veikla gali ir toliau būti vykdoma, tačiau ji taip pat gali būti likviduota, o jos turtas prireikus parduotas atskiromis dalimis. Pastaruoju atveju preliminarioji sutartis, kuri yra įmonės turto dalis, gali būti atskirai perleista trečiajam asmeniui, jam neperimant jokio kito šios įmonės turto.

48. Remdamasis vien ginčijamos nuostatos formuluote, nematau nieko, kas skatina manyti, jog pradinio rangovo nemokumo atveju, be jam priklausančios preliminariosios sutarties, naujam rangovui būtinai turi būti perduota kito pradinio rangovo turėto turto dalis.

49. Taigi nepritariu Komisijos požiūriui, kad pirmieji trys pavyzdžiai reiškia pradinio konkurso laimėtojo veiklos išsaugojimą ir kad, kaip ji mano, nemokumas, vertinamas panašiai kaip šie pavyzdžiai, taip pat suponuoja visišką ar bent dalinį pradinio rangovo atitinkamos veiklos tęstinumą. Taigi, šios institucijos teigimu, teisės aktų leidėjas nenumatė atvejo, kai pradinio rangovo veikla yra visiškai nutraukta.

50. Savo ruožtu manau, jog, kadangi Direktyvos 2014/24 tekste nėra tiesiogiai apribota sąvokos „nemokumas“ taikymo sritis, ši sąvoka negali būti suprantama taip siaurai, kaip siūlo Komisija.

51. Mano nuomone, tokį aiškinimą patvirtina ginčijamos nuostatos kontekstas.

B. Dėl ginčijamos nuostatos konteksto

52. Mano nuomone, iš parengiamųjų darbų matyti, kad nemokumas nėra restruktūrizavimo pavyzdys, panašus į perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, kuris reikštų, jog turėtų būti naujo rangovo ir pradinio rangovo faktinis tapatumas¹⁵, todėl turėtų būti išlaikyta dalis pradinio rangovo veiklos, skirtos atitinkamai viešojo pirkimo sutarčiai vykdyti. Atvirkščiai, iš šių darbų matyti, kad teisės aktų leidėjas nuo pat pradžių numatė nemokumą plačiąja prasme, atskirdamas šią situaciją nuo perėmimo, susijungimo ir įsigijimo.

53. Pirmiausia pažymėtina, kad žaliojoje knygoje dėl viešųjų pirkimų¹⁶ Komisija pakvietė suinteresuotąsias šalis pareikšti nuomonę konkrečiai dėl su konkurso laimėtoju susijusių pakeitimų, kai jo padėtis pasikeičia dėl įvykių, kenkiančių jo gebėjimui vykdyti sutartį, pavyzdžiui, bankroto atveju. Komisija pabrėžė, jog reikalinga diskusija, skirta nustatyti, ar būtinos Sąjungos lygmens priemonės, kurios leistų perkančiosioms organizacijoms priimti tinkamus sprendimus tokiose situacijose. Taigi ji paklausė šių suinteresuotųjų šalių, ar jos mano, kad Sąjungos teisėje turėtų būti aiškiai numatyta perkančiųjų organizacijų pareiga arba teisė tam tikromis aplinkybėmis pakeisti tiekėjus arba nutraukti sutartį, ir ar reikėtų nustatyti konkrečias naujo tiekėjo skyrimo procedūras¹⁷.

¹⁵ Sąvoka „faktinis [ūkio subjektų] tapatumas“ vartojama tikrinant konkurso dalyvių pateiktų pasiūlymų atitiktį reikalavimams ir yra susijusi su sąvoka „teisinis tapatumas“. Reikalaujama išankstinę atranką įveikusių ūkio subjektų ir tų, kurie pateikė pasiūlymus, teisinio ir faktinio tapatumo (žr. 2016 m. gegužės 24 d. Sprendimą *MT Højgaard ir Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, 40 punktas) ir 2019 m. liepos 11 d. Sprendimą *Telecom Italia* (C-697/17, EU:C:2019:599, 34 punktas)). Vis dėlto pabrėžiu, kad šis reikalavimas taikomas viešojo pirkimo sutarčių sudarymo etape, o ne vykdančią sutartį.

¹⁶ 2011 m. sausio 27 d. Komisijos žalioji knyga dėl ES viešųjų pirkimų politikos modernizavimo – Efektyvesnės Europos viešųjų pirkimų rinkos kūrimas (COM(2011) 15 *final*, toliau – žalioji knyga).

¹⁷ Žr. žaliosios knygos 41 klausimą.

54. Komisija, be kita ko, numatė galimybę tuo atveju, jei pradinis rangovas taptų nemokus, pakeisti jį taikant supaprastintą procedūrą arba perduoti įgaliojimus pirminės konkurso procedūros antros vietos laimėtojų, arba dar kartą paskelbti konkursą tik tarp pirminėje procedūroje dalyvavusių teikėjų, jei ankstesnė procedūra vyko nelabai seniai¹⁸.

55. Pradiniame direktyvos pasiūlyme¹⁹, parengtame atsižvelgiant į gautus komentarus dėl žaliosios knygos, Komisija pasiūlė, kad viešojo pirkimo procedūros išimtis būtų taikoma bendrovės restruktūrizavimo *arba* nemokumo atveju²⁰. Taigi Komisija aiškiai atskyrė abi situacijas, direktyvos pasiūlymo preambulėje patikslindama numatomų situacijų rūšis, kurios vertinamos kaip „struktūriniai pokyčiai“, t. y. vidaus reorganizavimas, susijungimas ir įsigijimas, taip pat nemokumas²¹.

56. Tai, kad galutinėje ginčijamos nuostatos redakcijoje aiškiai nenurodyta šio skirtumo ir kad teisės aktų leidėjas nusprendė išvardyti numatomų situacijų pavyzdžius, mano nuomone, nereiškia, jog jis vienodai kvalifikuoja, pirma, nemokumą ir, antra, perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, kiek tai susiję su veiklos perdavimu naujam rangovui.

57. Mano analizę patvirtina sąvokos „restruktūrizavimas“, kuri apima ne vien tuos atvejus, kai atitinkamos įmonės veikla yra tęsiama, reikšmė²².

58. Taigi manau, kad teisės aktų leidėjas ketino pačioje ginčijamoje nuostatoje, o ne tik Direktyvos 2014/24 preambulėje, kaip buvo siūlyta pirmiau, nurodyti numatomų situacijų rūšis, tačiau tai neleidžia manyti, kad joms visoms būdingi panašūs požymiai, kiek tai susiję su pradinio rangovo veiklos, leidžiančios vykdyti viešojo pirkimo sutartį, perėmimu.

59. Manau, kad ginčijamos nuostatos kontekstas pačioje Direktyvoje 2014/24 patvirtina šį aiškinimą.

60. Ginčijama nuostata yra šios direktyvos 72 straipsnyje „Sutarčių keitimas jų galiojimo laikotarpiu“, kurio atskirose dalyse išsamiai apibūdintos pareigos laikytis pirkimo procedūros taisyklių išimtis ir jų taikymo sąlygos. Jo 1 ir 2 dalyse išvardyti atvejai, kai sutartys ir preliminarinės sutartys gali būti keičiamos netaikant naujos pirkimo procedūros, o jo 5 dalyje dar pabrėžta, kad kitų pakeitimų, nei numatyti šiose dviejose dalyse, atveju reikalaujama naujos pirkimo procedūros. Jo 4 dalyje nurodyta, kas yra esminis sutarties arba preliminarinės sutarties pakeitimas, pabrėžiant, kad naujo rangovo paskyrimas yra toks pakeitimas, *išskyrus*, be kita ko, 1 dalies d punkte numatytus atvejus, taigi įskaitant nemokumo atvejį, kaip nurodyta ginčijamoje nuostatoje.

61. Šiame 72 straipsnyje dėl kiekvieno numatyto atvejo patikslintos sąlygos, kurioms esant taikomos pirkimo procedūrų išimtis. Tačiau, kaip jau pažymėjau, nurodant šias sąlygas nepaminėta pareiga, pradinio rangovo nemokumo atveju perduoti bent dalį jo veiklos naujam rangovui.

¹⁸ Žr. žaliosios knygos 27 puslapį ir 61 išnašą.

¹⁹ Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos dėl viešųjų pirkimų pasiūlymas (COM(2011) 896 *final*, toliau – direktyvos pasiūlymas).

²⁰ Žr. direktyvos pasiūlymo 72 straipsnio 3 dalį.

²¹ Žr. direktyvos pasiūlymo 47 konstatuojamąją dalį.

²² Kaip matyti iš 2000 m. liepos 8 d. *Conseil d'État* (Valstybės Taryba, Prancūzija) (Finansų skyrius) nuomonės (Sutarčių perleidimas – Nr. 141654), restruktūrizavimas gali būti pradinio viešojo pirkimo sutarties turėtojo išnykimo rezultatas.

62. Kalbant apie viešojo pirkimo sutarties sudarymo bendrosios taisyklės išimtį, pažymėtina, kad iš tiesų ginčijamą nuostatą reikia aiškinti siaurai, kiek tai susiję su sąvoka „nemokumas“. Vis dėlto šis aiškinimas negali panaikinti išimties veiksmingumo. Tačiau, mano nuomone, taip būtų tuo atveju²³, jei sąvoka „nemokumas“ apimtų tik tas situacijas, kai atitinkamos įmonės veikla gali būti tęsiama bent iš dalies, ir nebūtų suprantama įprasta platesne šios sąvokos reikšme. Šiuo klausimu pabrėžiu, kad sąvoka „nemokumas“ yra vartojama bendrąja prasme ir, mano nuomone, gali apimti visus nemokumo atvejus, nurodytus Direktyvos 2014/24 57 straipsnio 4 dalies b punkte²⁴.

63. Taigi manau, kad su nemokumu susijusios išimties taikymas sietinas tik su tomis trimis sąlygomis, nurodytomis ginčijamoje nuostatoje ir primintomis šios išvados 38 punkte.

64. Šią analizę patvirtina šios direktyvos 110 konstatuojamoji dalis, kurioje nurodyta, jog dėl to, kad sutarties vykdymo metu įvyko „tam tikrų“ konkursą laimėjusio dalyvio „struktūrinių pokyčių“, tarp kurių nurodytas nemokumas, nėra automatiškai reikalaujama pradėti naują pirkimo procedūrą. Žodžiai „tam tikri struktūriniai pokyčiai“, kadangi yra gana abstraktūs, reiškia, kad žodžiai „įmonės restruktūrizavimas“ turi būti suprantami itin plačiai. Nurodyti pavyzdžiai apima atvejus ir įvykius, kurie gali paveikti pačią bendrovės struktūrą, ir jie yra labai įvairūs, įskaitant tiek vien vidaus reorganizavimą, tiek nemokumą, tiek ir bendrovės perėmimą.

65. Mano siūlomą ginčijamos nuostatos aiškinimą – pagal kurį iš šios nuostatos teksto ir konteksto negalima daryti išvados, kad dalis pradinio rangovo veiklos turi būti perduota naujam rangovui siekiant taikyti su pradinio rangovo nemokumu susijusią išimtį – taip pat patvirtina Direktyva 2014/24 siekiami tikslai.

C. Direktyvos 2014/24 tikslai

66. Teisės aktų leidėjo siekiami tikslai išplaukia iš direktyvos pasiūlymo aiškinamojo memorandumo.

67. Patvirtindamas tikslą užtikrinti konkurenciją tarp kandidatų visose valstybėse narėse ir šiuo tikslu dar kartą patvirtindamas skaidrumo ir vienodo požiūrio principus, teisės aktų leidėjas norėjo, pirma, atsižvelgti į kitus tikslus²⁵ ir, antra, numatyti lankstesnį ir paprastesnį taisyklių taikymą²⁶. Taigi direktyvos pasiūlyme pabrėžiamas noras sumažinti formalizmą ir pragmatiškai išspręsti konkrečias problemas, su kuriomis susiduria perkančiosios organizacijos ir konkurso dalyviai, atsižvelgiant į Teisingumo Teismo jurisprudenciją.

²³ Dėl kenkimo ginčijamos nuostatos veiksmingumui taip pat žr. šios išvados 92–94 punktus.

²⁴ Žr. šios išvados 8 punktą.

²⁵ Visų pirma aplinkos apsauga, inovacijų, užimtumo ir socialinės įtraukties skatinimas (žr. direktyvos pasiūlymo aiškinamojo memorandumo 1 punktą).

²⁶ Žr. direktyvos pasiūlymo aiškinamąjį memorandumą.

68. Kaip pabrėžta doktrinoje²⁷, nors viešųjų pirkimų direktyvos anksčiau buvo sutelktos į taisykles, taikomas *sudarant viešojo pirkimo sutartis* ir visų pirma užtikrinant kandidatų konkurenciją *prieš* patį sutarčių sudarymą, Direktyva 2014/24²⁸ taip pat susijusi su *viešojo pirkimo sutarčių vykdymu*, taigi ir su etapu *po* viešojo pirkimo sutarties sudarymo, kuris apima galimą sutarčių keitimą jų vykdymo metu.

69. Šiuo klausimu Direktyvoje 2014/24 visiškai atsižvelgta į Teisingumo Teismo jurisprudenciją – ją kodifikuojant. Tačiau, kaip parodysiu, joje buvo žengta gerokai toliau. Siekiant įvertinti šia direktyva įtvirtintas naujoves, naudinga išnagrinėti šią jurisprudenciją ir tai, kaip ji atspindėta direktyvoje.

70. Šioje srityje lemiamą reikšmę turi Sprendimas *pressetext*²⁹. Byloje, kurioje priimtas tas sprendimas, buvo nagrinėtas vykdomos viešojo pirkimo sutarties pakeitimas ir ji buvo susijusi, be kita ko, su konkurso laimėtojo asmeniu. Teisingumo Teismas pažymėjo, kad tuo metu galiojusi direktyva nereglementavo atitinkamo klausimo³⁰, nors joje buvo pateikta svarbių nuorodų.

71. Taigi Teisingumo Teismas pabrėžė, kad ta direktyva buvo siekiama užtikrinti tiek procedūrų skaidrumą, tiek vienodą požiūrį į konkurso dalyvius ir taip pasiekti pagrindinį tikslą – užtikrinti konkurenciją visose valstybėse narėse³¹. Iš to jis padarė išvadą, kad viešojo pirkimo sutarties nuostatų pakeitimai, padaryti jos galiojimo laikotarpiu, – tai naujas sutarties sudarymas, jeigu šios nuostatos iš esmės skiriasi nuo pradinės sutarties nuostatų. Teisingumo Teismas patikslino, ką reikia suprasti kaip *esminius pakeitimus*, nurodydamas, kad jie apima sąlygas, kurios, jei jos būtų numatytos pradinės sutarties sudarymo procedūros metu, būtų suteikusios galimybę dalyvauti kitiems, nei iš pradžių dalyvavo, konkurso dalyviams arba konkurso nugalėtoju pripažinti kito nei iš pradžių pasirinktasis asmens pasiūlymą³².

72. Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad paprastai *kito rangovo* nei tas, su kuriuo perkančioji organizacija iš pradžių sudarė sutartį, *atsiradimas* laikytinas vienos iš esminių viešojo pirkimo sutarties sąlygų pakeitimu³³.

73. Sprendime *pressetext* nurodytos situacijos, kai tam tikri pokyčiai, susiję su konkurso laimėtoju, vis dėlto nėra esminis sutarties pakeitimas.

74. Taip yra tuo atveju, kaip byloje, kurioje priimtas tas sprendimas, kai konkurso laimėtojo veikla perduodama vienai iš jo dukterinių bendrovių, kurią jis 100 % kontroliuoja, kuriai jis vadovauja ir kartu su kuria jis yra solidariai atsakingas, ir kai esama bendra paslauga nesikeičia. Toks susitarimas tėra rangovo *vidinis persitvarkymas*, kuris nepakeičia iš esmės pradinės sutarties sąlygų³⁴.

²⁷ Žr., be kita ko, žr. Treumer, S., „Contract changes and the duty to retender under the new ES public procurement Directive“, *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, p. 148.

²⁸ Šios pastabos taip pat taikomos ir 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvai 2014/25/ES dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB (OL L 94, 2014, p. 243).

²⁹ Žr. šios išvados 26 punktą.

³⁰ Žr. Sprendimo *pressetext* 30 punktą. Buvo kalbama apie 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvą 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, 1992, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 322).

³¹ Žr. Sprendimo *pressetext* 31 ir 34 punktus.

³² Žr. Sprendimo *pressetext* 35 punktą.

³³ Žr. Sprendimo *pressetext* 40 punktą.

³⁴ Žr. Sprendimo *pressetext* 45 punktą.

75. Tas pats pasakytina ir tuo atveju, kai konkurso laimėtojas yra juridinis asmuo, įsteigtas kaip biržoje kotiruojama akcinė bendrovė. Teisingumo Teismas pabrėžė, jog iš pačio tokios bendrovės pobūdžio išplaukia, kad jos akcininkų sudėtis gali pasikeisti bet kuriuo momentu. Tai reiškia, jog iš principo tokia situacija neturi įtakos su tokia bendrove sudarytos viešojo pirkimo sutarties galiojimui³⁵.

76. Teisingumo Teismas pridūrė, kad ta pati išvada galioja ir kalbant apie juridinius asmenis, kurių forma yra ribotos atsakomybės kooperatinė bendrovė, kaip byloje, kurioje priimtas Sprendimas *pressetext*. Galimi tokios kooperatinės bendrovės narių pasikeitimai iš principo nėra su ja sudarytos sutarties esminių sąlygų pakeitimas³⁶.

77. Šie argumentai visiškai atspindi Direktyvoje 2014/24, pirma, ginčijamoje nuostatoje ir, antra, jos preambulėje, 107 ir 110 konstatuojamosiose dalyse. 107 konstatuojamojoje dalyje aiškiai daroma nuoroda į Teisingumo Teismo jurisprudenciją, o 110 konstatuojamojoje dalyje paminėti tiek išimtinai vidaus reorganizavimas, tiek perėmimas, susijungimas ir įsigijimas, kurie reiškia akcininkų arba dalyvių, taigi ir savininkų pasikeitimą.

78. Vis dėlto pabrėžiu, kad Direktyvoje 2014/24 siekiama ne vien atsižvelgti į Sprendime *pressetext* padarytas išvadas ir kad joje kalbama ir apie kitų rūšių situacijas.

79. Iš tiesų, nors Teisingumo Teismas yra nurodęs situacijas, kai tam tikras pasikeitimas, darantis poveikį konkurso laimėtoju, *nėra esminis pakeitimas*, todėl nelemia naujos viešojo pirkimo procedūros, Direktyvoje 2014/24, visų pirma ginčijamoje nuostatoje, nurodyti atvejai, kai dėl su konkurso laimėtoju susijusio pasikeitimo, kuris paprastai *yra esminis pakeitimas*, vis dėlto nereikalaujama pradėti naujo konkurso.

80. Taip yra, be kita ko, perėmimo, susijungimo ir įsigijimo atvejais, jei yra įvykdytos ginčijamoje nuostatoje išvardytos sąlygos.

81. Ir, ypač kalbant apie tai, kas domina Teisingumo Teismą šioje byloje, Direktyvoje 2014/24 konkrečiai numatytas nemokumo atvejis, kurio jis dar nenagrinėjo.

82. Pastarosios situacijos įtraukimas – tai naujovė tiek atsižvelgiant į Sąjungos teisės aktus viešųjų pirkimų srityje, tiek į Direktyvos 2014/24 priėmimo dieną buvusią jurisprudenciją. Numatant šią situaciją atsakoma į praktinę problemą, su kuria susidurta vykdant sutartis.

83. Ši problema kyla siekiant užtikrinti, kad tuo atveju, kai perkančioji organizacija susiduria su konkurso laimėtoju, kuris dėl savo nemokumo nebegali vykdyti viešojo pirkimo sutarties, konkurso laimėtoją pakeičiantis subjektas galėtų būti paskirtas pernelyg nedelsiant ir neproporcingai nepadidinant atitinkamos sutarties kainos dėl naujos pirkimo procedūros. Ginčijama nuostata siekiama išspręsti šią problemą numatant sprendimą, atitinkantį tiek perkančiosios organizacijos, tiek konkurso laimėtojo ir jo kreditorių interesus. Tačiau reikia konstatuoti, kad nemokumo situacijos sukelta problema nelaikytina mažiau reikšminga tuo atveju, kai nemoki įmonė toliau egzistuoja iš dalies, nei tuo atveju, kai ji visiškai likviduota. Visais atvejais turi būti rastas pradinį rangovą pakeičiantis subjektas. Taigi atrodo, kad tiesiogiai nenumatęs skirtingo šių situacijų vertinimo, teisės aktų leidėjas norėjo pateikti pragmatinį sprendimą visais šiais atvejais, kartu užtikrindamas viešojo pirkimo sutarčių sudarymą

³⁵ Žr. Sprendimo *pressetext* 51 punktą.

³⁶ Žr. Sprendimo *pressetext* 52 punktą.

reglamentuojančių principų, įtvirtintų Direktyvos 2014/24 18 straipsnio 1 dalyje, ypač draudimo perkančiajai organizacijai dirbtinai apriboti konkurenciją išvengiant direktyvos taikymo, laikymąsi.

84. Iš tiesų šiuo klausimu pirmiausia pabrėžiu, kad tuo atveju, kai pradinis konkurso laimėtojas tampa nemokus, konkursas dėl preliminariosios sutarties sudarymo jau būna įvykęs³⁷ ir priimtas pasiūlymas nebegali būti iš esmės pakeistas. Kaip aiškiai nurodyta ginčijamoje nuostatoje, jei padaromi kiti esminiai pakeitimai, išskyrus rangovo pakeitimą, tai reiškia, kad nesilaikoma vienos iš trijų ginčijamoje nuostatoje numatytų sąlygų³⁸ ir turi būti vykdoma nauja pirkimo procedūra.

85. Be to, konkurso laimėtojo nemokumas, nors tai nėra retas įvykis, yra išimtinio pobūdžio situacija, kuri paprastai nebūna nei numatyta perkančiosios organizacijos ar pradinio konkurso laimėtojo, nei pageidautina. Primenu, kad ekonominė ir finansinė būklė yra vienas iš trijų Direktyvos 2014/24 58 straipsnyje numatytų kandidatų atrankos kriterijų. Be to, ūkio subjekto nemokumas, kaip jis suprantamas pagal šios direktyvos 57 straipsnio 4 dalies b punktą, yra pašalinimo iš viešojo pirkimo procedūros pagrindas, neprivalomas arba privalomas pagal nacionalinę teisę.

86. Dėl šio nemokumo situacijos išimtinio pobūdžio paprastai išvengiama to, kad konkurso laimėtojo pakeitimas nauju rangovu būtų suplanuotas perkančiosios organizacijos siekiant išvengti Direktyvos 2014/24 taikymo. Pažymiu, kad tokio elgesio rizika yra dar mažiau tikėtina, jei buvo paskirtas teismo administratorius, kaip pagrindinėje byloje, kuris atstovauja ne perkančiosios organizacijos, o konkurso laimėtojo kreditorių interesams ir vykdo savo veiklą prižiūrimas teismo.

87. Bet kuriuo atveju nacionalinis teismas turi patikrinti, ar suinteresuotieji asmenys nesiėmė tokių veiksmų. Jis, be kita ko, turi patikrinti, ar iš tiesų buvo išnagrinėti atrankos kriterijai, kaip antai konkurso laimėtojo finansinis pajėgumas. Nemokumo paskelbimo data, ypač jeigu ji artima sutarties sudarymo datai, gali rodyti, kad nebuvo tinkamai patikrinta, ar įvykdytas šis kokybinis kriterijus. Dėl tokios bylos, kaip nagrinėjama pagrindinėje byloje, pažymiu, kad Teisingumo Teismui nebuvo pateikta jokių patikslinimų šiuo klausimu, tačiau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas jokių būdu neteigė, kad suinteresuotosios šalys ketino išvengti Direktyvos 2014/24 taikymo.

88. Galiausiai konstatuoju, kad tuo atveju, kai teismas paskyrė nemokiu tapusio konkurso laimėtojo turto administratorių, pirmiausia šis administratorius, o ne perkančioji organizacija turi atrinkti naują rangovą. Primenu, kad pagal Direktyvos 2014/24 1 straipsnio 2 dalį, susijusią su šios direktyvos taikymo sritimi, pirkimas apibrėžtas kaip perkančiųjų organizacijų vykdomas prekių ar paslaugų įsigijimas pagal viešąją sutartį iš tų perkančiųjų organizacijų *pasirinktų* ūkio subjektų. Taigi, nesant perkančiosios organizacijos pasirinkimo, viešųjų pirkimų procedūra pagal Direktyvą 2014/24 neprivaloma, net jei reikalaujama, kad perkančioji organizacija patvirtintų rangovą.

89. Kalbant apie sutartį, susijusią su naujo rangovo ir perkančiosios organizacijos abipusiais įsipareigojimais, pažymėtina, kad toks patvirtinimas, nenumatytas Direktyvoje 2014/24, iš tiesų yra būtinas pagal valstybių narių sutarčių teisę. Su perkančiąja organizacija galėjo būti net

³⁷ Žr. Treumer, S., „Regulations of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011“, *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, p. 135–166, kuris pabrėžia, kad „viešojo pirkimo taisyklės jau atliko savo vaidmenį“.

³⁸ Žr. šios išvados 38 punkte nurodytą antrąją sąlygą.

konsultuojamasi ir ji galėjo būti dalyvavusi kai kuriose ankstesnėse derybose dėl naujo rangovo paskyrimo, kaip, atrodo, buvo pagrindinėje byloje nagrinėjamu atveju³⁹. Mano nuomone, to nepakanka, kad būtų galima teigti, jog perkančioji organizacija „pasirinko“ rangovą, kaip tai suprantama pagal Direktyvą 2014/24⁴⁰.

90. Aišku, galimybė paskirti naują rangovą pradinio rangovo nemokumo atveju netaikant naujos pirkimo procedūros suteikia didelę diskreciją viešųjų pirkimų srityje. Tačiau, mano nuomone, ši diskrecija atitinka teisės aktų leidėjo ketinimą ir nepažeidžia Direktyvos 2014/24 18 straipsnio 1 dalyje įtvirtintų principų, jeigu įvykdytos trys šios išvados 38 punkte primintos sąlygos, reglamentuojančios išimties taikymą.

91. *Dustin* ir Komisijos aiškinimas, pagal kurį naujas rangovas gali būti taip paskirtas tik tuo atveju, jei perima bent dalį pradinio rangovo veiklos, leidžiančios vykdyti sutartį, ne tik tiesiogiai nenumatytas teisės aktų leidėjo, bet ir, mano nuomone, viršijantis ginčijamos nuostatos prasnę, kelia daugiau problemų, nei išsprendžia.

92. Pirma, pažymiu, kad įpareigojimas perimti pradinio rangovo veiklos dalį gerokai sumažintų išimties, susijusios su nemokumu, taikymo sritį, nes daugeliu atvejų įmonė yra visiškai likviduojama. Be to, galima kelti klausimą, kokia pradinio rangovo veiklos dalis turėtų būti perduota, kad būtų taikoma išimtis.

93. Antra, dėl tokios pareigos teismo administratoriaus užduotis galėtų tapti ypač sudėtinga. Ji netgi galėtų prieštarauti pagal nacionalinę bankroto teisę šiam administratoriui suteiktiems įgaliojimams vesti derybas vadovaujantis kreditorių interesais⁴¹.

94. Šiuo klausimu pritariu Austrijos vyriausybės nuomonei, kad vien sutarčių arba preliminarųjų sutarčių perdavimas gali būti įprastas arba neįprastas atsižvelgiant į veiklos sektorių. Pavyzdžiui, statybos įmonės nemokumo atveju tam tikrų didelių statybos objektų perdavimas gali apimti medžiagų ir darbuotojų perdavimą. Tačiau taip nebūtinai yra informacinių technologijų paslaugų ar kompiuterinės įrangos tiekimo atveju. Be to, kaip ir ši vyriausybė, pažymiu, kad kartais nemokia tapusi įmonė vis dėlto gali tęsti savo veiklą, jei perleis viešojo pirkimo sutartį. Jei būtų atmesta ši galimybė, ne tik taptų neįmanoma pakeisti rangovo, bet ir kiltų pavojus, kad bus pakenkta bankroto procedūros tikslams – kiek įmanoma išsaugoti esamą įmonę vadovaujantis kreditorių interesais.

95. Trečia, jei tokio turto perdavimo būtų reikalaujama siekiant išvengti konkurencijos taisyklių apėjimo, tai būtų ne tik brangus sprendimas, bet ir galėtų kilti klausimas, ar jis yra būtinas, nes viešojo pirkimo sutarties perleidimui bet kuriuo atveju taikoma ginčijamoje nuostatoje įtvirtinta sąlyga, kad šis perleidimas nebūtų priemonė išvengti Direktyvos 2014/24 taikymo.

³⁹ Žr. šios išvados 15 punktą.

⁴⁰ Vis dėlto Sue Arrowsmith mano, kad jei perkančioji organizacija išsaugo galimybę daryti įtaką rangovo pasirinkimui dėl kitų priežasčių nei susijusiosios su techniniu ar finansiniu pajėgumu, ji pasirenka šį rangovą ir šiam pasirinkimui turėtų būti taikoma viešojo pirkimo procedūra; žr. *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the ES and UK*, Sweet and Maxwell, 3-asis leidimas, 2014, 6-290 punktas.

⁴¹ Iš šios bylos medžiagos matyti, kad tokie įgaliojimai numatyti Švedijos ir Austrijos nacionalinėje teisėje. 2015 m. gegužės 20 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamento (ES) 2015/848 dėl nemokumo bylų (OL L 141, 2015, p. 19, klaidų ištaisymas OL L 349, 2016, p. 11) 22 konstatuojamojoje dalyje pabrėžta, kad yra didelių valstybių narių materialinės teisės skirtumų šioje srityje. Taip pat šiuo klausimu žr. 2019 m. birželio 20 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą (ES) 2019/1023 dėl prevencinio restruktūrizavimo sistemų, skolų panaikinimo ir draudimo verstis veikla ir priemonių restruktūrizavimo, nemokumo ir skolų panaikinimo procedūrų veiksmingumui didinti, kuria iš dalies keičiama Direktyva (ES) 2017/1132 (Restruktūrizavimo ir nemokumo direktyva) (OL L 172, 2019, p. 18), ypač jos 1, 4, 7, 8 ir 12 konstatuojamąsias dalis.

96. Ketvirta, išnagrinėsiu specifines problemas, kylančias dėl Komisijos požiūrio, pagal kurią egzistuoja bankroto administratoriaus pareiga kreiptis į pradinius konkurso dalyvius tuo atveju, kai pradinio konkurso laimėtojo veikla visiškai išnyksta.

97. Primenu, kad, Komisijos teigimu, teisės aktų leidėjas neketino numatyti atvejo, kai pradinio rangovo veikla yra visiškai nutraukta⁴². Tačiau ši institucija pripažįsta, kad tokia situacija galėtų susiklostyti⁴³ ir kad viešojo pirkimo sutartis būtų vienintelis likęs turtas.

98. Tokiu atveju Komisija mano, jog ginčijama nuostata gali būti aiškinama taip, kad naujos viešojo pirkimo procedūros išimtis taikoma tuomet, jei viešojo pirkimo sutartis pasiūloma visiems pradiniais konkurso dalyviams, atitinkantiems atrankos kriterijus, nediskriminaciniu ir lygiaverčiu būdu, pavyzdžiui, kreipiantis į juos jų eiliškumo tvarka⁴⁴.

99. Vis dėlto pabrėžiu, pirma, kad ginčijamoje nuostatoje tokios sąlygos nėra ir ji atrodo prieštaraujanti teisės aktų leidėjo valiai. Iš tiesų, kaip nurodžiau šios išvados 53 ir 54 punktuose, Komisija parengiamuosiuose darbuose buvo numačiusi galimybę taikyti specialią procedūrą bankroto atveju, be kita ko, numatydama, kad perkančioji organizacija vėl kreiptųsi į pradinius konkurso dalyvius. Galiausiai Direktyvoje 2014/24 nebuvo pritarta šiam pasiūlymui ir jis nebuvo pakeistas jokių kitu. Iš to darau išvadą, kad teisės aktų leidėjas aiškiai atmetė tokią pareigą kreiptis į pradinius konkurso dalyvius.

100. Antra, jei viešojo pirkimo sutartis arba preliminarioji sutartis turi būti siūlomos pradiniais konkurso dalyviams jų eiliškumo tvarka, tai reiškia, kad ji turi būti sudaryta su pirmuoju iš jų, kuris su ja sutiks. Tačiau laikantis tokio požiūrio neatsižvelgiama į tai, kad perkančioji organizacija būtinai turi patvirtinti naują rangovą⁴⁵. Net jei buvęs konkurso dalyvis užima geriausią vietą eilėje po pradinio konkurso laimėtojo, jis neturi teisės automatiškai sudaryti sutarties tokiomis aplinkybėmis.

101. Trečia, jei bankroto administratorius būtų priverstas kreiptis į pradinius konkurso dalyvius, iš jo galėtų būti atimta galimybė ieškoti didžiausią kainą pasiūliusio perėmėjo atsižvelgiant į kreditorių interesus. Tačiau, mano nuomone, iš Direktyvos 2014/24 visiškai nematyti, kad Sąjungos teisės aktų leidėjas ketino taip apriboti įgaliojimus, kurie gali būti suteikti teismo administratoriams pagal nacionalinę teisę⁴⁶.

102. Taigi negaliu pritarti Komisijos aiškinimui.

103. Atvirkščiai, kaip matyti iš pateiktos analizės, manau, kad jei tenkintos ginčijamoje nuostatoje numatytos trys sąlygos, primintos šios išvados 38 punkte, toks šios nuostatos aiškinimas, – kad pagal ją leidžiama perleisti naujam rangovui vien anksčiau sudarytą preliminariją sutartį arba viešojo pirkimo sutartį, nesant reikalo taikyti naujos pirkimo procedūros ir neįpareigojant šio

⁴² Žr. šios išvados 49 punktą.

⁴³ Žr. šios išvados 33 punktą.

⁴⁴ Komisija nurodo, jog atrodo, kad Italijos teisėje buvo pasirinktas toks sprendimas. Pažymiu, kad savo pastabose dėl Italijos teisės aktų, kuriais perkeliama Direktyva 2014/24, Marion Comba ir Sara Richetto nurodė, jog ši valstybė narė *D Lgs 50/2016* 110 straipsnyje numatė galimybę perkančiajai organizacijai kreiptis į pradinius konkurso dalyvius jų eiliškumo tvarka (žr. Treumer, S., ir Comba, M., *Modernising Public Procurement: The approach of ES member States*, Elgar, 2018, 7 skyrius, p. 149).

⁴⁵ Žr. šios išvados 89 punktą.

⁴⁶ Patikslinu, jog tai nereiškia, kad dėl bet kokių pradinio konkurso laimėtojo finansinių sunkumų galėtų būti paskirtas jį pakeičiantis subjektas, netaikant naujo konkurso pagal Direktyvą 2014/24. Be to, reikia, kad, kaip antai pagrindinėje byloje, būtų pradėta oficiali bankroto byla.

naujo rangovo perimti kitos padinio rangovo veiklos, – išsprendžia konkrečią problemą, kylančią įmonių veikloje, ir juo paisoma viešųjų sutarčių sudarymą reglamentuojančių principų, įtvirtintų Direktyvos 2014/24 18 straipsnio 1 dalyje.

V. Išvada

104. Atsižvelgdamas į visus išdėstytus argumentus, siūlau Teisingumo Teismui į *Högsta förvaltningsdomstolen* (Vyriausiasis administracinis teismas, Švedija) prejudicinius klausimus atsakyti taip:

2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, 72 straipsnio 1 dalies d punkto ii papunktis turi būti aiškinamas taip: tai, kad naujas rangovas perėmė iš preliminariosios sutarties kylančias pradinio rangovo teises ir pareigas po to, kai ši sutartis buvo jam perleista bankroto administratoriaus dėl šio pradinio rangovo bankroto, reiškia, kad šis naujas rangovas perima visas arba dalį pradinio rangovo teisių, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą. Nebūtina, kad perleidžiant sutartį naujam rangovui būtų perleista ir dalis pradinio rangovo veiklos, skirtos preliminarajai sutarčiai vykdyti.