



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 9 września 2021 r.¹

Sprawa C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
przeciwko
Dustin Sverige AB**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Högsta förvaltningsdomstolen (naczelny sąd administracyjny, Szwecja)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) – Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania – Upadłość – Cesja umów ramowych w następstwie ogłoszenia upadłości pierwotnego wykonawcy – Nowy wykonawca – Pojęcie „istotnej modyfikacji umowy” – Wyjątek od przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – Warunki

I. Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa, dotycząca dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych², odnosi się do jednego z wyjątków od wymogu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a mianowicie sytuacji, gdy wykonawca zamówienia staje się w trakcie jego realizacji niewypłacalny. Wyjątek, o którym mowa, jest zawarty w art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24 (zwanym dalej „spornym przepisem”).

2. Do Trybunału zwrócono się z pytaniem o warunki, na jakich wyjątek ten ma zastosowanie, a w szczególności czy warunki te wymagają, aby podmiot zastępujący pierwotnego wykonawcę podjął się nie tylko realizacji danego zamówienia, ale również przejął przynajmniej część działalności tego wykonawcy.

3. Pytanie to zostało postawione w ramach sporu pomiędzy szwedzką agencją ds. usług prawnych, finansowych i administracyjnych Kammarkollegiet oraz Advania Sverige AB (zwaną dalej „Advanią”), zastępującą pierwotnego wykonawcę, a Dustin Sverige AB (zwaną dalej „Dustinem”), która jest spółką zainteresowaną umowami będącymi przedmiotem postępowania głównego. Spółka ta kwestionuje cesję na Advanię umów ramowych przyznanych początkowo Misco AB, dokonaną po ogłoszeniu upadłości tego pierwotnego wykonawcy, bez przeprowadzenia

¹ Język oryginału: francuski.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

postępowania przetargowego zgodnie z dyrektywą 2014/24, przy czym wraz z cesją nie przeniesiono chociażby części działalności Misco, mianowicie działalności umożliwiającej wykonanie tych umów ramowych.

4. Upadłość pierwotnego wykonawcy i zastąpienie go nowym wykonawcą to sytuacja, co do zasady, nieoczekiwana i nadzwyczajna, gdyż zwykle podejmowane są wszelkie środki ostrożności w celu upewnienia się co do wypłacalności oferentów. Jest to jednak problem, z którym instytucje zamawiające spotykają się czasami w życiu gospodarczym, o czym świadczy sprawa w postępowaniu głównym, i który prawodawca postanowił uregulować po raz pierwszy w spornym przepisie. Do Trybunału zwrócono się o rozważenie kwestii tego, czy przepis ów pozwala na wyznaczenie nowego wykonawcy, w szczególności przez syndyka, bez ponownego przeprowadzenia postępowania przetargowego ani obowiązku przejęcia przez nowego wykonawcę części działalności wykonawcy pierwotnego, i czy nie narusza to zasad udzielania zamówień publicznych realizowanych przez dyrektywę 2014/24.

5. Na zakończenie mojej analizy proponuję Trybunałowi, aby orzekł, że wyjątek przewidziany w spornym przepisie nie wymaga, by nowy wykonawca, któremu udzielono zamówienia w miejsce wykonawcy pierwotnego, nabył również część działalności tego ostatniego.

II. Ramy prawne

A. Dyrektywa 2014/24

6. Motywy 107 i 110 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(107) Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków tej umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu.

[...]

(110) Zgodnie z zasadami równego traktowania i przejrzystości zwycięski oferent nie powinien – np. w przypadku rozwiązania umowy z powodu niedociągnięć w realizacji – zostać zastąpiony innym wykonawcą bez ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej. Zwycięski oferent wykonujący zamówienie powinien jednak mieć możliwość, w szczególności w przypadku gdy zamówienie zostało udzielone więcej niż jednemu przedsiębiorstwu, przejść w trakcie wykonywania zamówienia pewne zmiany strukturalne, takie jak czysto wewnętrzne reorganizacje, przejęcia, połączenia i nabycia, czy też upadłość. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowych postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych realizowanych przez tego oferenta”.

7. Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, przewiduje w ust. 1:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. [...]”.

8. Artykuł 57 ust. 4 lit. b) rzeczony dyrektywy stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

[...]

b) jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych”.

9. Artykuł 72 dyrektywy 2014/24, noszący tytuł „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, stanowi:

„1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

[...]

d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku:

[...]

ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy; [...]

[...]

e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

[...]

4. Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do

charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;
- c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;
- d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d).

[...]”.

B. Prawo szwedzkie

10. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [szwedzka ustawa (2016:1145) o zamówieniach publicznych; zwana dalej „LOU”]³ stanowiła w rozdziale 17 § 13, że umowę lub umowę ramową można zmodyfikować w ten sposób, iż wykonawca zostaje zastąpiony innym wykonawcą bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli:

„1) nowy wykonawca w całości lub w części wstępuje w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, oraz

2) okoliczność tego rodzaju, że nowy wykonawca w całości lub w części wstępuje w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, nie pociąga za sobą innych istotnych modyfikacji umowy lub umowy ramowej”.

11. Sąd odsyłający wyjaśnia, że z drugiej przesłanki wynika, iż tego rodzaju zastąpienie wykonawcy opiera się na założeniu, że nowy wykonawca nie podlega wykluczeniu w oparciu o podstawy wykluczenia ustanowione w tej ustawie i spełnia kryteria kwalifikacji wymagane w kontekście pierwotnej umowy.

III. Spór w postępowaniu głównym, pytanie prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

12. Kammarkollegiet ogłosił postępowanie przetargowe na dostawę sprzętu komputerowego, w szczególności komputerów, monitorów komputerowych i tabletów, w drodze procedury ograniczonej⁴ zgodnie z LOU.

³ Sąd odsyłający wskazuje, że ustawa ta została od tego czasu uchylona.

⁴ Postępowanie to zostało szczegółowo opisane w art. 28 dyrektywy 2014/24.

13. Spełnienie wymaganych warunków wykazało siedemnastu kandydatów, w tym Advania. Zgodnie z zasadami dotyczącymi procedury ograniczonej⁵ Kammarkollegiet przewidział, że jeżeli warunki te spełniać będzie ponad dziewięciu kandydatów, zaproszonych do składania ofert zostanie jedynie dziewięciu najwyżej zakwalifikowanych. Advania do nich nie należała.

14. Umowy ramowe podpisano z sześcioma dostawcami w różnych dziedzinach. Ze spółką Misco zawarto cztery umowy ramowe obejmujące wszystkie dziedziny. Ze spółką Dustin podpisano umowy ramowe w dwóch dziedzinach.

15. Pismem z dnia 4 grudnia 2017 r. spółka Misco zwróciła się do Kammarkollegiet o wyrażenie zgody na cesję czterech umów ramowych na rzecz spółki Advania. W dniu 12 grudnia 2017 r. ogłoszono upadłość spółki Misco. W dniu 18 stycznia 2018 r. syndyk masy upadłościowej podpisał ze spółką Advania umowę cesji czterech umów ramowych. Kammarkollegiet zezwolił na cesję w lutym 2018 r.

16. W następstwie cesji Dustin wystąpił do Förvaltningsrätten i Stockholm (sądu administracyjnego w Sztokholmie, Szwecja) z wnioskiem o stwierdzenie nieważności umów ramowych pomiędzy Advanią a Kammarkollegiet.

17. Wspomniany sąd oddalił ów wniosek. Orzekł, że Advania uzyskała umowy ramowe i przejęła niektóre działy działalności Misco umożliwiające wykonanie tych umów ramowych, jak wymaga tego rozdział 17 § 13 LOU.

18. Dustin wniósł apelację od tego wyroku do Kammarrätten i Stockholm (apelacyjnego sądu administracyjnego w Sztokholmie, Szwecja), który uwzględnił tę skargę, stwierdzając nieważność czterech umów ramowych zawartych między Advanią a Kammarkollegiet. Kammarrätten i Stockholm (apelacyjny sąd administracyjny w Sztokholmie) stwierdził, że Kammarkollegiet zezwolił na cesję umów ramowych z powodu upadłości Misco. Sąd ten orzekł jednak, w przeciwieństwie do sądu pierwszej instancji, że poza rozpatrywanymi umowami ramowymi Misco praktycznie nie przeniósł działalności na Advanię, a zatem nie można przyjąć, że spółka Advania wstąpiła, w drodze sukcesji uniwersalnej lub częściowej, w prawa i obowiązki spółki Misco w rozumieniu rozdziału 17 § 13 akapit pierwszy LOU. Sąd apelacyjny wskazał w szczególności, że tylko jeden pracownik Misco przeszedł później do Advanii, lista klientów Misco przekazana Advanii nie była w pełni aktualna ani relewantna, a nic nie wskazuje też na to, iż Advania przejęła podwykonawców Misco.

19. Advania i Kammarkollegiet wniosły odwołanie od tego wyroku drugiej instancji do Högsta förvaltningsdomstolen (naczelnego sądu administracyjnego, Szwecja). W swoich skargach podmioty te nie kwestionują oceny sądu apelacyjnego w odniesieniu do składników masy upadłości objętych cesją. Niemniej jednak podnoszą, że cesja ta spełnia warunek sukcesji uniwersalnej lub częściowej na podstawie rozdziału 17 § 13 LOU i dyrektywy 2014/24.

20. Zdaniem Advania i Kammarkollegiet, ani LOU, ani dyrektywa o zamówieniach publicznych nie wymagają przeniesienia na nowego wykonawcę, poza umowami ramowymi, działalności o określonym charakterze lub też określonego zakresu działalności.

⁵ Zobacz art. 65 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Ograniczanie liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału”.

21. Dustin uważa ze swej strony, że z zawartego w spornym przepisie sformułowania „zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy” w związku z pojęciem „restrukturyzacji” wynika, że nowy wykonawca powinien przejąć wraz z umową ramową całość lub część działalności pierwotnego wykonawcy, służącej wykonywaniu omawianych umów.

22. Ze względu na te różne interpretacje sąd odsyłający podkreśla, że potrzebuje wyjaśnień dotyczących zakresu spornego przepisu, a w szczególności tego, co należy rozumieć przez wstąpienie „w drodze sukcesji uniwersalnej lub częściowej [...] w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości”.

23. W tych okolicznościach Högsta förvaltningsdomstolen (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy z okoliczności, że nowy wykonawca przejął prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy wynikające z umowy ramowej, po tym jak ogłoszono upadłość pierwotnego wykonawcy, a syndyk masy upadłościowej dokonał cesji tej umowy, wynika, iż nowy wykonawca wstąpił w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy w okolicznościach takich jak te, o których mowa w art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy o zamówieniach publicznych?”

24. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z dnia 15 września 2020 r. wpłynął do Trybunału w dniu 24 września 2020 r.

25. Uwagi na piśmie zostały złożone przez Advanię, Kammarkollegiet, Dustina, rząd austriacki oraz Komisję Europejską.

IV. Analiza

26. Na potrzeby oceny zakresu spornego przepisu pragnę na wstępie przypomnieć, że jak orzekł Trybunał w wyroku *pressetext Nachrichtenagentur*⁶, generalnie zastąpienie kontrahenta stanowi zmianę jednego z podstawowych postanowień zamówienia publicznego. Stwierdzenie to znalazło odbicie w art. 72 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24.

27. Stąd wniosek, że co do zasady zastąpienie pierwotnego wykonawcy stanowi istotną modyfikację zamówienia, która pociąga za sobą konieczność przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia⁷, zgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania, które leżą u podstaw obowiązku konkurencyjności o zamówienie potencjalnie zainteresowanych kandydatów z różnych państw członkowskich⁸.

28. W drodze wyjątku sporny przepis przewiduje możliwość wyznaczenia podmiotu zastępującego pierwotnego wykonawcę w przypadku jego upadłości bez przeprowadzania takiego postępowania.

⁶ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. (C-454/06, EU:C:2008:351, zwany dalej „wyrokiem *pressetext*”, pkt 40). W pkt 70 – 78 niniejszej opinii zbadałam bardziej szczegółowo konsekwencje tego wyroku.

⁷ Zobacz podobnie wyrok *pressetext*, pkt 47, i art. 72 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2014/24.

⁸ Zobacz wyrok z dnia 7 września 2016 r., *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, pkt 28). Zasady te, wraz z obowiązkiem konkurencji, zostały przypomniane w art. 18 dyrektywy 2014/24.

29. Powstaje pytanie na temat warunków, w jakich wyjątek ten znajduje zastosowanie, a w szczególności, czy konieczne jest przejęcie przez podmiot zastępujący przynajmniej części działalności pierwotnego wykonawcy.

30. Trybunałowi przedstawiono dwie rozbieżne interpretacje spornego przepisu.

31. Zgodnie z pierwszą wykładnią, za którą opowiadają się Kammarkollegiet, Advania i rząd austriacki, sporny przepis należy interpretować w ten sposób, że zastąpienie pierwotnego wykonawcy w następstwie jego upadłości nie wymaga, aby cesja zamówienia na nowego wykonawcę wiązała się z przejęciem przez niego części działalności wykonawcy pierwotnego. Uważają oni, że gdyby brzmienie spornego przepisu należało rozumieć w ten sposób, że konieczne jest pewnego rodzaju przejęcie działalności, jego stosowanie byłoby poważnie ograniczone.

32. Druga interpretacja, popierana przez Dustina i Komisję, opiera się natomiast na założeniu, że nowy wykonawca przejmuje co najmniej część działalności wykonawcy pierwotnego. Dustin uważa, że w przeciwnym razie podejście to otworzyłoby drogę do niemal niczym nieograniczonego obrotu umowami w sprawie zamówień publicznych.

33. Zdaniem Dustina i Komisji, aby nie doszło do naruszenia zasad równego traktowania i przejrzystości, a tym samym celu polegającego na zapewnieniu konkurencji, konieczne jest zachowanie tożsamości materialnej pierwotnego wykonawcy, to znaczy aktywa wykorzystywane do wykonania umowy ramowej lub co najmniej ich część powinny zostać przeniesione na zastępcę wykonawcy, tak aby istniała ciągłość pomiędzy pierwotnym wykonawcą a podmiotem go zastępującym. Komisja przyznaje, że może to być niemożliwe, gdy działalność pierwotnego wykonawcy ulegnie całkowitemu rozwiązaniu. Jednakże jej zdaniem w takiej sytuacji, w celu zapewnienia równego traktowania oferentów początkowych, konieczne byłoby, aby instytucja zamawiająca zwróciła się w pierwszej kolejności do nich, kierując się na przykład kolejnością, w jakiej zostali sklasyfikowani po zakończeniu pierwotnej procedury udzielenia zamówienia.

34. Sprawa toczy się o doniosłe rozstrzygnięcie. Do Trybunału zwrócono się o określenie zakresu swobody, jakim w przypadku upadłości pierwotnego oferenta instytucja zamawiająca dysponuje przy wyznaczaniu jego zastępcy.

35. Moim zdaniem, treści spornego przepisu nie można interpretować w sposób zaproponowany przez Dustina i Komisję. W dalszej części mojej analizy postaram się wykazać, że przepis ten należy rozumieć zgodnie z pierwszą wykładnią, ze względu na jego brzmienie (sekcja A), na jego kontekst wewnętrzny i zewnętrzny, to znaczy z uwagi na przepisy z nim powiązane, oraz ze względu na prace przygotowawcze (sekcja B), a także cele realizowane przez prawodawcę (część C).

A. W przedmiocie brzmienia spornego przepisu

36. Pragnę zauważyć przede wszystkim, że brzmienie art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje, iż umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w pięciu przypadkach wymienionych w lit. a)–e) tego przepisu. Punkt d) ppkt (ii), o którego wykładnię zwrócono się do Trybunału, wyraźnie wymienia upadłość pierwotnego wykonawcy jako jeden z przypadków, w których umowę ramową można zawrzeć z nowym wykonawcą bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, mimo że zmiana ta stanowi istotną modyfikację umowy.

37. Sporny przepis uzależnia stosowanie rozpatrywanego wyjątku od spełnienia szeregu warunków, które jednak nie obejmują wyraźnie przeniesienia części działalności pierwotnego wykonawcy.

38. Istnieją trzy takie warunki, a mianowicie:

- nowym wykonawcą jest *podmiot spełniający kryteria kwalifikacji podmiotowej*. Bezsporne jest, że warunek ten jest spełniony w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której nowy wykonawca, w tym przypadku Advania, należał do grupy przedsiębiorstw spełniających wymogi stawiane kandydatom⁹.
- zastąpienie przez nowego wykonawcę *nie pociąga za sobą innych istotnych modyfikacji umowy*. Warunek ten również nie wydaje się budzić wątpliwości w sprawie w postępowaniu głównym, przedstawionej przez sąd odsyłający.
- zastąpienie przez nowego wykonawcę *nie ma na celu obejścia stosowania dyrektywy 2014/24*. Rozpatrywane zastąpienie nie może stanowić nadużycia, poprzez które instytucja zamawiająca wybiera wykonawcę wedle swej woli, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego z udziałem zainteresowanych kandydatów. Powrócę jeszcze do tego ostatniego warunku, służącego uniknięciu obchodzenia przewidzianych w tej dyrektywie zasad udzielania zamówień¹⁰. Pragnę jednak na wstępie wyjaśnić, że sąd odsyłający nie sugeruje, aby w sprawie w postępowaniu głównym wyznaczenie nowego wykonawcy miało na celu uniknięcie stosowania tych zasad.

39. Dustin i Komisja utrzymują jednak, że konieczność przeniesienia przynajmniej części działalności pierwotnego wykonawcy wynika w sposób dorozumiany z samego brzmienia spornego przepisu, zgodnie z którym pierwotny wykonawca zostaje zastąpiony przez innego wykonawcę „w drodze sukcesji uniwersalnej lub częściowej [...] pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości”¹¹.

40. Pragnę zauważyć, że użyte sformułowania różnią się nieznacznie w poszczególnych wersjach językowej spornego przepisu. I tak w wersjach językowych angielskiej i francuskiej tego przepisu użyto wyrażenia „sukcesja uniwersalna lub częściowa”, podczas gdy w szwedzkiej wersji językowej spornego przepisu wskazano, że inny wykonawca „wstępuje w całości lub w części w prawa i obowiązki” pierwotnego dostawcy.

41. Jednakże w rozpatrywanym kontekście terminy te wydają mi się w dużym stopniu równoważne.

42. Z faktu, że wszystkie strony, które przedstawiły Trybunałowi uwagi, podkreślają pojęcie „sukcesji” wynika, moim zdaniem, słusznie, że nowy wykonawca jest sukcesorem uniwersalnym lub częściowym pierwotnego wykonawcy. Angielska wersja językowa dodatkowo uwidacznia tę koncepcję, precyzując, że zastąpienie następuje „w konsekwencji” sukcesji uniwersalnej lub częściowej¹².

⁹ Zobacz pkt 13 niniejszej opinii.

¹⁰ Zobacz pkt 84 oraz 86 i 87 niniejszej opinii.

¹¹ Wyróżnienie moje.

¹² Angielska wersja językowa ma następujące brzmienie: „as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor”.

43. Płyne stąd wniossek, że nowy wykonawca przejmuje całość lub część majątku pierwotnego wykonawcy. Pragnę jednak podkreślić, że pojęcie „części” nie zostało w spornym przepisie zdefiniowane. Część może być większa lub mniejsza w zależności od zdarzenia powodującego sukcesję¹³. Wykładnia językowa tych sformułowań pozwala zatem uznać, że nowy wykonawca może przejąć tylko zamówienie publiczne lub umowę ramową.

44. Pragnę natomiast uściślić, że pojęcie „części” nie pozwala uznać, że możliwe jest przeniesienie tylko części zamówienia lub umowy ramowej, ponieważ stanowiłoby to istotną zmianę zamówienia lub umowy ramowej i byłoby sprzeczne z warunkiem braku innych „istotnych modyfikacji”. Ograniczenie zakresu stosowania umowy ramowej bezsprzecznie może bowiem, moim zdaniem, zmienić równowagę gospodarczą umowy na korzyść nowego wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnej umowie ramowej, a tym samym stanowić „istotną modyfikację” w rozumieniu art. 72 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24.

45. Wynika z tego, że nowy wykonawca, który zastępuje pierwotnego wykonawcę na zasadzie sukcesji, powinien przejąć umowę ramową lub zamówienie publiczne w całości. Innymi słowy, powinien on zaakceptować wszystkie prawa i obowiązki wynikające z tej umowy¹⁴.

46. Jak zostało wyjaśnione w pozostałej części spornego przepisu, zdarzeniem powodującym sukcesję musi być restrukturyzacja spółki, która może przybierać różne formy. Prawodawca wymienia cztery spośród nich tytułem przykładu, a zatem w sposób niewyczerpujący. Stwierdzam, podobnie jak Komisja, że trzy pierwsze przytoczone przykłady, a mianowicie przejęcie, połączenie i nabycie, wykazują podobieństwo. W tych trzech przypadkach odnośne transakcje zakładają kontynuację działalności danego przedsiębiorstwa, to znaczy dalsze prowadzenie jego działalności i zachowanie koniecznych w tym celu zasobów materialnych i ludzkich.

47. Natomiast w przypadku upadłości, wskazanej w czwartym przykładzie, przedsiębiorstwo nie musi nadal istnieć. Możliwe są różne sytuacje. Przedsiębiorstwo może z pewnością nadal być prowadzone w całości, ale może również zostać rozwiązane, a jego aktywa w niektórych przypadkach sprzedane pojedynczo. W tym ostatnim przypadku umowa ramowa, która stanowi jeden ze składników aktywów przedsiębiorstwa, może zostać przeniesiona oddzielnie na osobę trzecią, która oprócz niej nie przejmuje żadnych innych aktywów tego przedsiębiorstwa.

48. W samym brzmieniu spornego przepisu nie widzę nic, co skłaniałoby do uznania, że w przypadku upadłości pierwotnego wykonawcy na nowego wykonawcę musi zostać przeniesiona, oprócz cesji zawartej z pierwotnym wykonawcą umowy ramowej, jakaś część pozostałych aktywów, które posiadał.

49. Nie podzielam zatem stanowiska Komisji, zgodnie z którym okoliczność, że trzy pierwsze przykłady zakładają dalsze prowadzenie działalności przez pierwotnego wykonawcę i że upadłość zgodnie z ich brzmieniem opiera się na tym samym założeniu, co owe przykłady, oznacza również wymóg zachowania ciągłości całości lub przynajmniej części działalności pierwotnego wykonawcy. Zdaniem tej instytucji, prawodawca nie uwzględnił zatem przypadku, w którym działalność pierwotnego wykonawcy ulegnie całkowitemu rozwiązaniu.

¹³ Zobacz pkt 46 i 47 niniejszej opinii.

¹⁴ Pragnę zauważyć, że punkt ten nie jest kwestionowany. Dustin podkreśla, że umowy ramowej nie można przenieść na nowego wykonawcę wyłącznie częściowo.

50. Ze swej strony uważam, że w braku wyraźnego ograniczenia w tekście dyrektywy 2014/24 zakresu pojęcia „upadłości”, pojęcia tego nie można rozumieć w sposób tak wąski, jak proponuje Komisja.

51. Taka wykładnia, moim zdaniem, znajduje potwierdzenie w kontekście spornego przepisu.

B. W przedmiocie kontekstu spornego przepisu

52. Prace przygotowawcze wskazują moim zdaniem na to, że upadłość nie stanowi przykładu restrukturyzacji podobnej do przejęcia, połączenia lub nabycia, powodującej, że nowy wykonawca powinien wykazywać materialną tożsamość z wykonawcą pierwotnym¹⁵, a w konsekwencji utrzymać część działalności, którą ten ostatni przeznaczył do wykonania danego zamówienia publicznego. Przeciwnie, z prac tych wynika, że ustawodawca od początku przewidział szeroko rozumianą upadłość jako sytuację odrębną od przejęcia, połączenia lub nabycia.

53. Chciałbym przede wszystkim zauważyć, że w zielonej księdze na temat zamówień publicznych¹⁶ Komisja wezwała zainteresowane strony do wypowiedzenia się konkretnie w przedmiocie modyfikacji dotyczących wykonawcy, w przypadku gdy jego sytuacja ulegnie zmianie wskutek zakłóceń zagrażających jego zdolności do wykonania umowy, takich jak upadłość. Komisja podkreśliła, że należy omówić ewentualną konieczność określenia na poziomie Unii instrumentów umożliwiających instytucjom zamawiającym znalezienie rozwiązania dostosowanego do tych sytuacji. Zwróciła się zatem do zainteresowanych z pytaniem, czy uważają, że prawo Unii powinno wyraźnie przewidzieć obowiązek lub prawo instytucji zamawiających do zmiany dostawców lub do rozwiązania umowy w niektórych okolicznościach i czy powinno ono również określić szczegółowe procedury wyboru nowego dostawcy¹⁷.

54. Komisja rozważała w szczególności możliwość zastąpienia pierwotnego wykonawcy, w przypadku gdyby stał się on niewypłacalny, w procedurze uproszczonej lub powierzenia zamówienia wykonawcy, który uzyskał drugi najlepszy wynik w ramach pierwotnej procedury przetargowej, bądź ponownego wszczęcia postępowania przetargowego z udziałem tylko tych oferentów, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu, pod warunkiem że nie miała ona miejsca zbyt dawno temu¹⁸.

55. W pierwotnym projekcie dyrektywy¹⁹, opracowanym z uwzględnieniem komentarzy otrzymanych na temat zielonej księgi, Komisja zaproponowała, aby wyjątek od udzielenia zamówienia publicznego miał zastosowanie w przypadku restrukturyzacji *lub* upadłości przedsiębiorstwa²⁰. Komisja dokonała zatem jasnego rozróżnienia tych dwóch sytuacji, precyzując

¹⁵ Pojęcie „materialnej tożsamości” wykonawców jest używane przy badaniu prawidłowości ofert złożonych przez oferentów i związane jest z pojęciem „tożsamości prawnej”. Wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami (zob. wyroki: z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin [C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 40]; z dnia 11 lipca 2019 r., Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, pkt 34). Pragnę jednak podkreślić, że wymóg ten obowiązuje na etapie udzielania zamówień, a nie na etapie ich realizacji.

¹⁶ Zielona księga Komisji z dnia 27 stycznia 2011 r. w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych – W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień [COM(2011) 15 wersja ostateczna, zwana dalej „zieloną księgą”].

¹⁷ Zobacz pytanie 41 zielonej księgi.

¹⁸ Zobacz s. 27 i przypis 61 zielonej księgi.

¹⁹ Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych [COM (2011)896 wersja ostateczna, zwany dalej „projektem dyrektywy”].

²⁰ Zobacz projekt dyrektywy, art. 72 ust. 3.

w preambule projektu dyrektywy rodzaje przewidywanych sytuacji, kwalifikowanych jako „zmiany strukturalne”, a mianowicie wewnętrzne reorganizacje, fuzje i przejęcia czy postępowanie upadłościowe²¹.

56. Okoliczność, że ostateczne sformułowanie spornego przepisu nie czyni wyraźnie takiego rozróżnienia, a ustawodawca wołał wymienić przykłady przewidywanych sytuacji, nie oznacza moim zdaniem, że w odniesieniu do przeniesienia działalności na nowego wykonawcę postawił zrównać upadłość z przejęciem, połączeniem i nabyciem.

57. Moją analizę potwierdza znaczenie wyrażenia „restrukturyzacja”, które nie ogranicza się do przypadków, w których działalność danego przedsiębiorstwa zostaje utrzymana²².

58. Uważam zatem, że prawodawca zamierzał sprecyzować rodzaje przewidywanych sytuacji w samym spornym przepisie, a nie tylko w preambule dyrektywy 2014/24, jak wcześniej zaproponowano, przy czym nie sugeruje jednak, że wszystkie te sytuacje są podobne pod kątem przejęcia działalności pierwotnego wykonawcy umożliwiające wykonanie zamówienia publicznego.

59. Kontekst wewnętrzny spornego przepisu w obrębie dyrektywy 2014/24 potwierdza, moim zdaniem, tę wykładnię.

60. Sporny przepis stanowi część art. 72 tej dyrektywy, zatytułowanego „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, którego poszczególne ustępy określają dokładnie wyjątki od obowiązku stosowania zasad postępowania o udzielenie zamówienia i warunki stosowania tychże wyjątków. Jego ust. 1 i 2 wymieniają przypadki, w których zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jego ust. 5 podkreśla ponadto, że w przypadku modyfikacji innych niż modyfikacje przewidziane w obu tych ustępach wymagane jest nowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Jego ust. 4 uściśla, co stanowi istotną modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej, podkreślając, że wyznaczenie nowego wykonawcy stanowi taką zmianę, *z wyjątkiem*, między innymi, przypadków przewidzianych w ust. 1 lit. d), a zatem w szczególności w razie upadłości, jak wskazano w spornym przepisie.

61. Wspomniany art. 72 określa dla każdego wskazanego przypadku warunki stosowania wyjątków od procedur udzielania zamówień publicznych. Jednak, jak już wskazałem, nie ma pośród nich obowiązku przeniesienia co najmniej części działalności pierwotnego wykonawcy na nowego wykonawcę w przypadku upadłości pierwotnego wykonawcy.

62. Jako wyjątek od ogólnej zasady udzielania zamówień publicznych, sporny przepis, jeśli chodzi o pojęcie „upadłości”, należy oczywiście interpretować ściśle. Wykładnia ta nie może jednak pozbawić wyjątku skuteczności (effet utile). Tak byłoby²³, moim zdaniem, gdyby pojęcie „upadłości” ograniczyć do sytuacji, w których działalność danego przedsiębiorstwa może być kontynuowana, przynajmniej w części, a nie rozumieć je zgodnie z jego zwykłym, szerszym

²¹ Zobacz motyw 47 projektu dyrektywy.

²² Jak wynika z opinii Conseil d'État (rady stanu, Francja) (sekcja finansów) z dnia 8 lipca 2000 r. (Cession de contrats – n° 141654), restrukturyzacja może wynikać z rozwiązania pierwotnego podmiotu, któremu udzielono zamówienia publicznego.

²³ W przedmiocie naruszenia skuteczności (effet utile) spornego przepisu zob. również pkt 92 – 94 niniejszej opinii.

znaczeniem. Podkreślam w tym względzie, że termin „upadłość” jest używany w sposób ogólny i, moim zdaniem, może obejmować wszystkie sytuacje niewypłacalności wymienione w art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24²⁴.

63. Uważam zatem, że wyjątek dotyczący upadłości stosuje się bez konieczności spełnienia warunków innych niż trzy warunki wymienione w spornym przepisie i przypomniane w pkt 38 niniejszej opinii.

64. Analizę tę potwierdza motyw 110 tej dyrektywy, który wskazuje, że w przypadku „pewnych zmian strukturalnych” wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia, wśród których znajduje się upadłość, wszczęcie nowego postępowania nie jest automatycznie konieczne. Wyrażenie „pewne zmiany strukturalne”, ze względu na swój ogólny charakter, każe rozumieć pojęcie „restrukturyzacji” w sposób szczególnie szeroki. Przytoczone przykłady obejmują zakłócenia lub zdarzenia mogące wpłynąć na strukturę przedsiębiorstwa jako taką, przy czym są tak różne, jak czysto wewnętrzna reorganizacja przedsiębiorstwa i jego upadłość, pomiędzy którymi sytuuje się przejście.

65. Proponowana przeze mnie wykładnia spornego przepisu, zgodnie z którą nie można wywieść z brzmienia i kontekstu tego przepisu, że możliwość zastosowania wyjątku dotyczącego upadłości pierwotnego wykonawcy uzależniona jest od przeniesienia na nowego wykonawcę części działalności pierwotnego wykonawcy, znajduje potwierdzenie w celach realizowanych przez dyrektywę 2014/24.

C. Cele dyrektywy 2014/24

66. Cele realizowane przez prawodawcę wynikają z uzasadnienia projektu dyrektywy.

67. Prawodawca, chociaż zachował cel polegający na zapewnieniu konkurencji między kandydatami we wszystkich państwach członkowskich i w związku z tym potwierdził zasady przejrzystości i równego traktowania, pragnął, po pierwsze, wziąć pod uwagę inne cele²⁵, a po drugie, wprowadzić elastyczność w stosowaniu przepisów i je uprościć²⁶. Projekt dyrektywy podkreśla zatem wolę ograniczenia formalizmu i pragmatycznego reagowania na konkretne problemy napotymane przez instytucje zamawiające i oferentów, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału.

68. Jak podkreślono w doktrynie²⁷, o ile dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych koncentrowały się dotychczas na przepisach mających zastosowanie do *udzielania zamówień publicznych*, a w szczególności na prowadzeniu postępowania przetargowego z udziałem kandydatów *przed* udzieleniem zamówień sensu stricto, o tyle dyrektywa 2014/24²⁸ dotyczy również *wykonywania zamówień publicznych*, a zatem etapu *następującego* po udzieleniu zamówienia, który obejmujące ewentualną modyfikację umów w trakcie realizacji.

²⁴ Zobacz pkt 8 niniejszej opinii.

²⁵ Między innymi, ochrona środowiska, promowanie innowacji, zatrudnienia i włączenia społecznego (zob. pkt 1 uzasadnienia projektu dyrektywy).

²⁶ Zobacz uzasadnienie projektu dyrektywy.

²⁷ Zobacz w szczególności S. Treumer, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive*, Public Procurement Law Review 2014, 3, s. 148.

²⁸ Uwagi te mają zastosowanie również do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

69. W tym ostatnim względzie dyrektywa 2014/24 w pełni uwzględnia orzecznictwo Trybunału i stanowi jego kodyfikację. Jednakże, jak wykażę, akt ów poszedł zdecydowanie dalej. W celu oceny nowości wprowadzonych przez dyrektywę potrzebne będzie zbadanie tego orzecznictwa i sposobu jego odzwierciedlenia w dyrektywie.

70. Decydujące znaczenie ma w tym zakresie wyrok *presstext*²⁹. Sprawa, w której został on wydany, dotyczyła modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej wykonywania, a w szczególności osoby oferenta, któremu udzielono zamówienia. Trybunał stwierdził, że chociaż istniejąca dyrektywa nie regulowała tej kwestii³⁰, to zawierała w tym względzie istotne wskazówki.

71. Trybunał podkreślił zatem, że dyrektywa ta ma na celu zapewnienie zarówno przejrzystości procedur, jak i równego traktowania oferentów, a tym samym realizację głównego celu otwarcia na konkurencję we wszystkich państwach członkowskich³¹. Trybunał wywnioskował z tego, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia. Trybunał wyjaśnił, co należy rozumieć przez istotne modyfikacje, wskazując, że obejmują one wprowadzenie warunków, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona³².

72. Trybunał doszedł na tej podstawie do wniosku, że, ogólnie rzecz biorąc, *zastąpienie kontrahenta*, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia poprzez nowego kontrahenta należy uznać za zmianę jednego z podstawowych postanowień zamówienia publicznego³³.

73. Wyrok *presstext* precyzuje sytuacje, w których pewne zmiany mające wpływ na wykonawcę zamówienia nie stanowią jednak istotnej modyfikacji.

74. Jest tak wówczas, gdy – tak jak w sprawie, w której został on wydany – działalność wykonawcy zostaje przeniesiona na jedną z jego spółek zależnych, którą kontroluje w 100%, którą kieruje i za której zobowiązania jest solidarnie odpowiedzialny, a istniejąca usługa jako całość pozostaje niezmieniona. Tego rodzaju działanie stanowi jedynie *wewnętrzną reorganizację* kontrahenta, która nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia³⁴.

75. Dotyczy to również sytuacji, w której wykonawca jest osobą prawną działającą w formie spółki akcyjnej notowanej na giełdzie. Trybunał podkreślił, że z samego charakteru takiej spółki wynika bowiem, iż jej akcjonariat może się zmienić w każdej chwili. Stąd wniosek, że zasadniczo taka sytuacja nie podważa ważności zamówienia publicznego udzielonego takiej spółce³⁵.

²⁹ Zobacz pkt 26 niniejszej opinii.

³⁰ Zobacz pkt 30 wyroku *presstext*. Dotyczy on dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1).

³¹ Zobacz pkt 31, 34 tego wyroku.

³² Zobacz pkt 35 wyroku *presstext*.

³³ Zobacz pkt 40 wyroku *presstext*.

³⁴ Zobacz pkt 45 wyroku *presstext*.

³⁵ Zobacz pkt 51 wyroku *presstext*.

76. Trybunał dodał, że wniosek ten ma zastosowanie również do osób prawnych działających w formie spółdzielni z ograniczoną odpowiedzialnością, jak w sprawie zakończonej wyrokiem *presstext*. Ewentualne zmiany w składzie członków takiej spółdzielni nie powodują co do zasady istotnej zmiany udzielonego jej zamówienia³⁶.

77. Rozważania te znalazły w pełni odzwierciedlenie w dyrektywie 2014/24, po pierwsze, w spornym przepisie, a po drugie, w jej preambule, w motywach 107 i 110. Motyw 107 wyraźnie odwołuje się przy tym do orzecznictwa Trybunału, a motyw 110 wspomina zarówno o czysto wewnętrznych reorganizacjach, jak i o przejęciach, połączeniach i nabyciach, które pociągają za sobą zmianę akcjonariuszy lub wspólników, a zatem właścicieli.

78. Pragnę jednak podkreślić, że dyrektywa 2014/24 nie ogranicza się jedynie do uwzględnienia wniosków płynących z wyroku *presstext*, lecz dotyka też sytuacji innego rodzaju.

79. O ile bowiem Trybunał sprecyzował sytuacje, w których zmiana mająca wpływ na wykonawcę zamówienia nie stanowi *istotnej modyfikacji*, a tym samym nie prowadzi do nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle dyrektywa 2014/24 określa ponadto w spornym przepisie przypadki, w których zmiana dotycząca wykonawcy, choć zazwyczaj stanowi *istotną modyfikację*, również nie wymaga ponownego przeprowadzenia postępowania przetargowego.

80. Jest tak w szczególności w przypadku przejęcia, połączenia i nabycia, o ile spełnione są warunki wymienione w spornym przepisie.

81. Przede wszystkim, co może być interesujące dla Trybunału w niniejszej sprawie, dyrektywa 2014/24 przewiduje konkretnie przypadek upadłości, którego dotychczas Trybunał nie rozpatrywał.

82. Uwzględnienie tej ostatniej sytuacji stanowi innowację zarówno w świetle prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jak i w świetle orzecznictwa istniejącego w chwili przyjęcia dyrektywy 2014/24. Odpowiada praktycznemu problemowi napotykanemu przy wykonywaniu zamówień.

83. Problem ów polega na zapewnieniu, że w sytuacji gdy instytucja zamawiająca ma do czynienia z wykonawcą, który nie jest już w stanie wykonać umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu swojej upadłości, istnieje możliwość wyznaczenia jego następcy bez nadmiernych opóźnień ani wzrostu kosztów zamówienia w sposób nieproporcjonalny z powodu wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Sporny przepis ma na celu rozwiązanie tego problemu w interesie zarówno instytucji zamawiającej, jak i wykonawcy oraz jego wierzycieli. Należy przy tym stwierdzić, że waga problemu związanego z upadłością nie jest większa lub mniejsza w zależności od tego, czy przedsiębiorstwo, które stało się niewypłacalne, nadal częściowo istnieje, czy zostało całkowicie rozwiązane. W każdym z tych przypadków należy znaleźć zastępcę. Zatem w braku wyraźnego rozróżnienia między tymi sytuacjami wydaje się, że prawodawca pragnął zareagować w sposób pragmatyczny na nie wszystkie, zapewniając jednocześnie przestrzeganie zasad regulujących udzielanie zamówień publicznych zapisanych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24, a w szczególności zakazu sztucznego ograniczania konkurencji przez instytucję zamawiającą poprzez uchylanie się od stosowania dyrektywy.

³⁶ Zobacz pkt 52 wyroku *presstext*.

84. W tym ostatnim względzie podkreślam bowiem, przede wszystkim, że w przypadku, gdy pierwotny wykonawca staje się niewypłacalny, umowa ramowa przeszła już postępowanie przetargowe³⁷, a oferta, którą przyjęto, nie może już ulec istotnej zmianie. Jak wyraźnie stanowi sporny przepis, jeżeli wprowadzone zostaną inne istotne modyfikacje, poza zmianą wykonawcy, to jeden z trzech warunków ustanowionych w spornym przepisie nie jest zachowany³⁸ i należy udzielić nowego zamówienia.

85. Następnie należy zauważyć, że upadłość wykonawcy, chociaż nie jest zdarzeniem rzadkim, stanowi sytuację nadzwyczajną, która normalnie ani nie jest przewidziana, ani pożądana przez instytucję zamawiającą czy pierwotnego wykonawcę. Przypominam, że sytuacja ekonomiczna i finansowa jest jednym z trzech kryteriów wyboru kandydatów przewidzianych w art. 58 dyrektywy 2014/24. Ponadto upadłość wykonawcy w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. b) tej dyrektywy stanowi podstawę wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – fakultatywnie lub obowiązkowo, zależnie od prawa krajowego.

86. Ów nadzwyczajny charakter upadłości zasadniczo pozwala uniknąć sytuacji, w której zastąpienie wybranego oferenta przez nowego wykonawcę stanowi działanie zmierzające do uchylenia się przez instytucję zamawiającą od stosowania dyrektywy 2014/24. Pragnę zauważyć, że ryzyko takiej manipulacji jest jeszcze mniej prawdopodobne, gdy zostanie powołany syndyk, tak jak w sprawie w postępowaniu głównym, który nie reprezentuje interesu instytucji zamawiającej, lecz interesy wierzycieli wykonawcy i wykonuje swoją działalność pod kontrolą sądu.

87. W każdym razie do sądu krajowego należy zbadanie, czy zainteresowani nie dopuścili się takiej manipulacji. Należy do niego, w szczególności, sprawdzenie przeprowadzenia w rzeczywistości badania kryteriów kwalifikacji, takich jak kryterium dotyczące zdolności finansowej wykonawcy. Data wystąpienia upadłości, w szczególności jeśli jest zbliżona do dnia zawarcia umowy, może wskazywać na to, że weryfikacji spełnienia tego kryterium jakościowego nie przeprowadzono prawidłowo. Co się tyczy sprawy takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, pragnę zauważyć, że chociaż Trybunałowi nie przedstawiono żadnych wyjaśnień na ten temat, to sąd odsyłający w żaden sposób nie sugerował, jakoby zainteresowane strony miały zamiar uchylić się od stosowania dyrektywy 2014/24.

88. Wreszcie stwierdzam, że jeżeli do zarządzania aktywami wykonawcy, który stał się niewypłacalny, został wyznaczony syndyk, wybór nowego wykonawcy należy w pierwszej kolejności do syndyka, a nie do instytucji zamawiającej. Przypominam, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24, dotyczącym zakresu stosowania tej dyrektywy, udzielenie zamówienia zdefiniowano jako nabycie dostaw lub usług w drodze zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą od wykonawców *wybranych* przez te instytucje zamawiające. Zatem w braku czynności wyboru przez instytucję zamawiającą udzielenie zamówienia publicznego nie jest konieczne w świetle dyrektywy 2014/24, nawet jeśli wymagane jest zaakceptowanie wykonawcy przez instytucję zamawiającą.

89. Jeżeli chodzi o umowę ustanawiającą wzajemne zobowiązania między nowym wykonawcą a instytucją zamawiającą, akceptacja ta, która nie została przewidziana w dyrektywie 2014/24, jest bowiem niezbędna zgodnie z prawem państw członkowskich w dziedzinie umów. Przed

³⁷ Zobacz S. Treumer, *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, s. 135–166], który podkreśla, że „zasady dotyczące zamówień publicznych odegrały już swoją rolę”.

³⁸ Zobacz drugi warunek, o którym mowa w pkt 38 niniejszej opinii.

wyznaczeniem nowego wykonawcy możliwe jest nawet zasięgnięcie opinii instytucji zamawiającej i przeprowadzenie negocjacji, jak wydaje się to mieć miejsce w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym³⁹. Nie wystarczy to, moim zdaniem, aby uznać, że instytucja zamawiająca „wybrała” wykonawcę w rozumieniu dyrektywy 2014/24⁴⁰.

90. Jest oczywiste, że możliwość wyznaczenia nowego wykonawcy w przypadku upadłości pierwotnego bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia daje znaczne pole manewru w dziedzinie zamówień publicznych. Jednakże odpowiada ona, moim zdaniem, zamiarowi prawodawcy, przy jednoczesnym zachowaniu zasad zapisanych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24, pod warunkiem że spełnione są trzy warunki, przypomniane w pkt 38 niniejszej opinii, od których uzależnione jest stosowanie tego wyjątku.

91. Wykładnia Dustina i Komisji, zgodnie z którą nowego wykonawcę można wyznaczyć w ten sposób tylko wtedy, gdy przejmuje on przynajmniej część działalności pierwotnego wykonawcy umożliwiającą wykonanie zamówienia, poza tym, że nie została wyraźnie przewidziana przez prawodawcę i, moim zdaniem, wykracza poza brzmienie spornego przepisu, więcej problemów rodzi niż ich rozwiązuje.

92. W pierwszej kolejności pragnę zauważyć, że obowiązek przejścia części działalności pierwotnego wykonawcy znacznie ograniczyłby zakres wyjątku dotyczącego upadłości, ponieważ w wielu przypadkach przedsiębiorstwo ulega całkowitemu rozwiązaniu. Ponadto można się zastanawiać nad tym, jaka część działalności pierwotnego wykonawcy powinna zostać przeniesiona, aby wyjątek mógł mieć zastosowanie.

93. W drugiej kolejności, obowiązek taki mógłby szczególnie utrudnić zadanie syndyka sądowego. Mogłoby ono nawet być sprzeczne z przyznanymi mu zgodnie z prawem krajowym w dziedzinie upadłości uprawnieniami do negocjowania w interesie wierzycieli⁴¹.

94. W tym względzie podzielam punkt widzenia rządu austriackiego, zgodnie z którym fakt przeniesienia wyłącznie zamówień lub umów ramowych może być typowy lub nie, w zależności od sektora działalności. Na przykład, w przypadku upadłości przedsiębiorstwa budowlanego przeniesienie niektórych dużych budów może ewentualnie wiązać się z przeniesieniem materiałów i personelu. Natomiast niekoniecznie będzie tak w przypadku usług informatycznych lub dostaw sprzętu komputerowego. Podkreślam ponadto, podobnie jak ten rząd, że zdarza się, iż przedsiębiorstwo, które stało się niewypłacalne, może mimo to kontynuować swoją działalność pod warunkiem scedowania zamówienia publicznego. Tymczasem, gdyby możliwość ta miała zostać wykluczona, uniemożliwiłoby to nie tylko zastąpienie wykonawcy, lecz mogłoby również zagrozić realizacji celów postępowania upadłościowego, polegającego na ochronie w możliwie największym stopniu istniejącego przedsiębiorstwa w interesie wierzycieli.

³⁹ Zobacz pkt 15 niniejszej opinii.

⁴⁰ Sue Arrowsmith uważa jednak, że jeżeli instytucja zamawiająca zachowuje wpływ na określenie wykonawcy z powodów innych niż związane z jego zdolnością techniczną lub finansową, wybiera go, a wybór ten powinien zostać dokonany w procedurze udzielania zamówienia; zob. *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3rd Edition, 2014, pkt 6–290.

⁴¹ Z akt niniejszej sprawy wynika, że takie uprawnienia są przewidziane przez prawo krajowe w Szwecji i Austrii. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.U. 2015, L 141, s. 19) podkreśla w motywie 22, że między prawami materialnymi państw członkowskich w tej dziedzinie istnieją znaczne rozbieżności. Zobacz również w tym zakresie dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości) (Dz.U. 2019, L 172, s. 18), a w szczególności jej motywy 1, 4, 7, 8 i 12.

95. W trzeciej kolejności, wymaganie takiego przeniesienia majątku jako zabezpieczenia przed obchodzeniem reguł konkurencji byłoby rozwiązaniem nie tylko kosztownym, lecz można się też zastanawiać, czy w ogóle koniecznym, ponieważ cesja zamówienia publicznego jest w każdym razie uzależniona od zawartego w spornym przepisie warunku, aby nie stanowiła ona sposobu uchylania się od stosowania dyrektywy 2014/24.

96. W czwartej kolejności zajmę się szczególnymi problemami, jakie rodzi stanowisko Komisji dotyczące istnienia obowiązku zwrócenia się przez syndyka do pierwotnych oferentów w przypadku całkowitego zaprzestania działalności przez pierwotnego wykonawcę.

97. Pragnę przypomnieć, że zdaniem Komisji prawodawca nie miał zamiaru uwzględnienia sytuacji, w której działalność pierwotnego wykonawcy ulegała całkowitemu rozwiązaniu⁴². Jednakże instytucja ta przyznaje, że taka sytuacja może wystąpić⁴³ i że umowa w sprawie zamówienia publicznego może być jedynym pozostałym składnikiem majątku.

98. Komisja uważa, że w takim przypadku sporny przepis można interpretować w ten sposób, iż wyjątek od obowiązku wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia ma zastosowanie pod warunkiem, że zamówienie publiczne jest oferowane wszystkim początkowym oferentom spełniającym kryteria wyboru w sposób niedyskryminacyjny i równoważny, na przykład poprzez zwrócenie się do nich w kolejności ich klasyfikacji⁴⁴.

99. Pragnę jednak podkreślić, po pierwsze, że taki warunek nie figuruje w spornym przepisie i że wydaje się on sprzeczny z wolą prawodawcy. Jak bowiem wskazałem w pkt 53 i 54 niniejszej opinii, Komisja rozważała w trakcie prac przygotowawczych możliwość zastosowania w przypadku upadłości szczególnej procedury przewidującej, w szczególności, że instytucja zamawiająca ponownie zwraca się do pierwotnych oferentów. Ostatecznie w dyrektywie 2014/24 nie przyjęto tego rozwiązania, ani nie zastąpiono go żadnym innym. Wnioskuje z tego, że prawodawca wyraźnie odrzucił taki obowiązek zwrócenia się do pierwotnych oferentów.

100. Po drugie, jeżeli zamówienie publiczne lub umowę ramową należałoby zaproponować pierwotnym oferentom w kolejności ich klasyfikacji, oznacza to, że należy ich udzielić pierwszemu z nich, który je zaakceptuje. Jednakże podejście to nie uwzględnia konieczności akceptacji nowego wykonawcy przez instytucję zamawiającą⁴⁵. W takich okolicznościach dawny oferent, nawet jeśli zajmuje najwyższą pozycję w klasyfikacji po pierwotnym wykonawcy, nie ma automatycznego prawa do uzyskania zamówienia.

101. Po trzecie, jeżeli w ten sposób syndyk byłby zmuszony zwrócić się do pierwotnych oferentów, mógłby utracić możliwość poszukiwania, w interesie wierzycieli, nabywcy z najlepszą ofertą. Moim zdaniem zaś z dyrektywy 2014/24 w żaden sposób nie wynika, że prawodawca Unii zamierzał ograniczyć w taki sposób ewentualne uprawnienia przyznawane syndykom przez prawo krajowe⁴⁶.

⁴² Zobacz pkt 49 niniejszej opinii.

⁴³ Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.

⁴⁴ Komisja wskazuje, że prawo włoskie, jak się wydaje, przyjęło rozwiązanie tego rodzaju. Pragnę zauważyć, że w komentarzach do ustawodawstwa włoskiego transponującego dyrektywę 2014/24 Marion Comba i Sara Richetto wskazują, że to państwo członkowskie przewidziało w art. 110 D Lgs 50/2016 możliwość zwrócenia się przez instytucję zamawiającą do pierwotnych oferentów w kolejności ich klasyfikacji (zob. S. Treumer, M. Comba, *Modernising Public Procurement, The approach of EU member States*, Ed. Elgar, 2018, rozdział 7, s. 149).

⁴⁵ Zobacz pkt 89 niniejszej opinii.

⁴⁶ Pragnę uściślić, że nie można stąd wyciągnąć wniosku, iż do wyznaczenia zastępcy wykonawcy bez nowego postępowania przetargowego zgodnie z dyrektywą 2014/24 mogą prowadzić jakiekolwiek trudności finansowe pierwotnego wykonawcy. Konieczne jest jeszcze wszczęcie formalnego postępowania upadłościowego, tak jak w postępowaniu głównym.

102. Nie mogę zatem zgodzić się z interpretacją Komisji.

103. Natomiast, jak wynika z powyższej analizy, uważam, że o ile trzy warunki przewidziane w spornym przepisie, przypomniane w pkt 38 niniejszej opinii, są spełnione, wykładnia tego przepisu, zgodnie z którą pozwala on na cesję na nowego wykonawcę uprzednio zawartej umowy ramowej lub uprzednio udzielonego zamówienia publicznego bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia i bez konieczności przejęcia przez tego nowego wykonawcę innej działalności pierwotnego wykonawcy, odpowiada konkretnemu problemowi z życia gospodarczego, przy jednoczesnym zachowaniu zasad normujących udzielanie zamówień publicznych, zapisanych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

V. Wnioski

104. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne przedstawione przez Högsta förvaltningsdomstolen (najwyższy sąd administracyjny, Szwecja) w następujący sposób:

Artykuł 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że z okoliczności, że nowy kontrahent przejął prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy wynikające z umowy ramowej, po tym jak ogłoszono upadłość pierwotnego wykonawcy, a syndyk masy upadłościowej dokonał cesji tej umowy, wynika, iż nowy wykonawca wstąpił w całość lub część praw i obowiązków pierwotnego wykonawcy w rozumieniu tego przepisu. Nie jest konieczne, aby cesja ta była połączona z przeniesieniem na nowego wykonawcę części działalności pierwotnego wykonawcy służącej wykonaniu danej umowy.