Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
přednesené dne 9. září 2021 [1]

Věc C-461/20

Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
proti
Dustin Sverige AB

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Högsta förvaltningsdomstolen (Nejvyšší správní soud, Švédsko)]

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky – Směrnice 2014/24/EU – Článek 72 odst. 1 písm. d) bod ii) – Změny smluv na veřejné zakázky v době jejich trvání – Úpadek – Převod rámcových dohod v důsledku vyhlášení úpadku původního dodavatele – Nový dodavatel – Pojem ‚podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku' – Výjimka z povinnosti provádět nové zadávací řízení – Podmínky"

I. Úvod

1. Projednávaná věc týkající se směrnice 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek [2] se zabývá jednou z výjimek z použití postupu při zadávání veřejných zakázek, a sice případem, kdy se subjekt, kterému byla zakázka přidělena, ocitne v průběhu jejího plnění v úpadku. Uvedená výjimka je zakotvena v čl. 72 odst. 1 písm. d) bodě ii) směrnice 2014/24 (dále jen „sporné ustanovení").

2. Soudní dvůr je tázán na podmínky, za kterých se tato výjimka uplatní, a konkrétně na to, zda tyto podmínky vyžadují, aby subjekt nahrazující původního dodavatele převzal nejen dotčenou zakázku, ale rovněž alespoň část činnosti původního dodavatele.

3. Otázka byla položena v rámci sporu mezi Kammarkollegiet, švédskou agenturou pro právní, finanční a správní služby, a společností Advania Sverige AB (dále jen „Advania"), jakožto subjektem nahrazujícím původního dodavatele na straně jedné a společností Dustin Sverige AB (dále jen „Dustin"), která má zájem o zakázky dotčené v původním řízení, na straně druhé. Posledně uvedená společnost zpochybňuje převod rámcových dohod původně zadaných společnosti Misco AB na společnost Advania poté, co byl prohlášen úpadek tohoto původního

[1] – Původní jazyk: francouzština.

[2] – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65).

dodavatele, aniž byla vyhlášena soutěž podle směrnice 2014/24 a aniž byl tento převod doprovázen převodem alespoň části činnosti společnosti Misco, a sice činnosti umožňující plnění těchto rámcových dohod.

4. Úpadek původního úspěšného uchazeče a jeho následné nahrazení novým dodavatelem je situace, která je v zásadě neočekávaná a mimořádná, jelikož jsou obvykle přijímána všechna opatření za účelem zajištění solventnosti uchazečů. Jedná se nicméně o problém, se kterým jsou veřejní zadavatelé v podnikové realitě někdy konfrontováni, o čemž svědčí věc v původním řízení, a kterou se zákonodárce rozhodl pokrýt poprvé ve sporném ustanovení. Soudní dvůr je žádán, aby se vyjádřil k otázce, zda toto ustanovení umožňuje jmenování nového dodavatele, konkrétně insolvenčním správcem, aniž by byla veřejná zakázka znovu otevřena hospodářské soutěži a aniž by byl nový dodavatel povinen převzít část činnosti původního dodavatele, a současně aniž by tím byly porušeny zásady, jimiž se řídí zadávání veřejných zakázek, jež má směrnice 2014/24 zachovávat.

5. Na závěr své analýzy navrhnu Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že výjimka stanovená sporným ustanovením nevyžaduje, aby nový dodavatel, kterému je zakázka zadána namísto původního dodavatele, musel rovněž získat část činnosti původního dodavatele.

II. Právní rámec

A. Směrnice 2014/24

6. Body 107 a 110 odůvodnění směrnice 2014/24 uvádějí:

„(107) Je nezbytné vyjasnit podmínky, za nichž změny smluv na veřejné zakázky během jejího plnění vyžadují nové zadávací řízení, přičemž je třeba zohlednit příslušnou judikaturu Soudního dvora Evropské unie. Nové zadávací řízení je vyžadováno v případě podstatných změn původní veřejné zakázky, zejména budou-li se týkat rozsahu a obsahu vzájemných práv a povinností smluvních stran, včetně rozdělení práv duševního vlastnictví. Tyto změny ukazují na záměr smluvních stran znovu jednat o zásadních podmínkách veřejné zakázky. To se týká zejména případu, kdy by změněné podmínky mohly mít dopad na výsledek řízení, pokud by byly součástí původního řízení.

[…]

(110) V souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti by neměl být úspěšný uchazeč nahrazen, například pokud je veřejná zakázka ukončena z důvodů nedostatků v plnění, jiným hospodářským subjektem, aniž by byla veřejná zakázka znovu otevřena hospodářské soutěži. Avšak úspěšný uchazeč plnící veřejnou zakázku by měl mít možnost, zejména pokud byla veřejná zakázka zadána více než jednomu podniku, během jejího plnění projít určitými strukturálními změnami, například interní reorganizací, převzetím, fúzí a akvizicí nebo insolvencí. Tyto strukturální změny by neměly automaticky vyžadovat nové zadávací řízení na všechny veřejné zakázky plněné tímto uchazečem.“

7. Článek 18 této směrnice, nadepsaný „Zásady zadávání veřejných zakázek“ v odstavci 1 stanoví:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

Zadávací řízení na veřejné zakázky nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž. […]“

8. Článek 57 odst. 4 písm. b) uvedené směrnice stanoví:

„Veřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, který se nachází v některé z těchto situací:

[…]

b) pokud je hospodářský subjekt v úpadku nebo u něj probíhá úpadkové nebo likvidační řízení, pokud jeho majetek spravuje likvidátor nebo soud, pokud má se svými věřiteli dohodu o vyrovnání, pokud je jeho obchodní činnost pozastavena nebo pokud je ve srovnatelné situaci vyplývající z podobných řízení podle vnitrostátních právních a správních předpisů;“

9. Článek 72 směrnice 2014/24, nadepsaný „Změny smluv na veřejné zakázky v době jejich trvání“ stanoví:

„1. Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech:

[…]

d) pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, jemuž veřejný zadavatel původně veřejnou zakázku zadal, v důsledku:

   […]

   ii) univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku vstupuje jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovená kvalifikační kritéria pro výběr, pokud to nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku a jeho cílem není obejít uplatňování této směrnice; […]

   […]

e) pokud změny, bez ohledu na svou hodnotu, nejsou podstatné ve smyslu odstavce 4.

[…]

4. Změna smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody během jejího trvání se považuje za podstatnou ve smyslu odst. 1 písm. e), pokud činí novou smlouvu nebo rámcovou dohodu podstatně odlišnou od původně uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody. Aniž jsou dotčeny odstavce 1 a 2, považuje se změna v každém případě za podstatnou, pokud je splněna alespoň jedna z těchto podmínek:

a) změna zavádí podmínky, které, pokud by byly součástí původního zadávacího řízení, by umožnily přístup jiných zájemců než těch, kteří byli původně vybráni, nebo přijetí jiné nabídky, než byla původně přijata, nebo by k účasti na zadávacím řízení přilákaly další účastníky;

b) změna má za následek změnu ekonomické rovnováhy smlouvy nebo rámcové dohody ve prospěch dodavatele, a to způsobem, který v původní smlouvě na veřejnou zakázku nebo rámcové dohodě není upraven;

c) změna vede k významnému rozšíření rozsahu veřejné zakázky nebo rámcové dohody;

d) pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, kterému veřejný zadavatel původně veřejnou zakázku zadal, v jiných případech, než které jsou stanoveny v odst. 1 písm. d).

[…]“

B. Švédské právo

10. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [zákon (2016:1145) o zadávání veřejných zakázek, dále jen „LOU“] [3] stanovil v kapitole 17, článku 13, že smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda může být změněna tak, že jeden dodavatel nahrazuje jiného, bez nového zadávacího řízení, pokud:

„1) nový dodavatel zcela nebo zčásti nahradí původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku, a

2) skutečnost, že nový dodavatel zcela nebo zčásti nahradí původního dodavatele, nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody.“

11. Předkládající soud upřesňuje, že z druhé podmínky vyplývá, že takové nahrazení dodavatele předpokládá, že nový dodavatel nesmí být vyloučen na základě důvodů pro vyloučení stanovených tímto zákonem a že splňuje kritéria pro výběr stanovená v původní veřejné zakázce.

III. Spor v původním řízení, předběžná otázka a řízení před Soudním dvorem

12. Kammarkollegiet vyhlásila výzvu k podávání nabídek na dodání počítačového vybavení, zejména počítačů, počítačových obrazovek a tabletů v užším řízení [4] v souladu s LOU.

13. Sedmnáct kandidátů, včetně společnosti Advania, prokázalo, že splňují požadované podmínky. V souladu s pravidly týkajícími se užšího řízení [5] Kammarkollegiet stanovil, že pokud tyto podmínky splní více než devět zájemců, bude k podání nabídky vyzváno pouze devět nejlépe umístěných zájemců. Společnost Advania se mezi posledně uvedené nedostala.

14. Byly podepsány rámcové dohody se šesti dodavateli v různých oblastech. Se společností Misco byly uzavřeny čtyři rámcové dohody pokrývající všechny dotčené oblasti. Se společností Dustin byly uzavřeny rámcové dohody ve dvou z těchto oblastí.

[3] – Předkládající soud uvádí, že tento zákon byl v mezidobí zrušen.

[4] – Toto řízení je podrobně popsáno v článku 28 směrnice 2014/24.

[5] – Viz článek 65 směrnice 2014/24, nadepsaný „Snížení počtu jinak kvalifikovaných zájemců, kteří mají být vyzváni k účasti“.

15. Společnost Misco vyzvala dopisem ze dne 4. prosince 2017 Kammarkollegiet, aby schválila převod jejích čtyř rámcových dohod na společnost Advania. Dne 12. prosince 2017 byl prohlášen úpadek společnosti Misco. Dne 18. ledna 2018 uzavřel insolvenční správce smlouvu o převodu čtyř rámcových dohod se společností Advania. Kammarkollegiet schválila převod v únoru 2018.

16. Po tomto převodu se společnost Dustin obrátila na Förvaltningsrätten i Stockholm (správní soud se sídlem ve Stockholmu, Švédsko) s návrhem, aby rámcové dohody uzavřené mezi společností Advania a Kammarkollegiet byly prohlášeny za neplatné.

17. Uvedený soud tento návrh zamítl. Dospěl k závěru, že společnost Advania nabyla rámcové dohody a převzala obory činnosti společnosti Misco umožňující plnění těchto rámcových dohod, jak vyžaduje kapitola 17 článek 13 LOU.

18. Společnost Dustin podala proti tomuto rozsudku odvolání ke Kammarrätten i Stockholm (odvolací správní soud ve Stockholmu, Švédsko), který odvolání vyhověl a prohlásil čtyři rámcové dohody mezi společností Advania a Kammarkollegiet za neplatné. Kammarrätten i Stockholm (odvolací správní soud ve Stockholmu) konstatoval, že Kammarkollegiet schválila převod rámcových dohod kvůli úpadku společnosti Misco. Na rozdíl od soudu prvního stupně však rozhodl, že s výjimkou dotčených rámcových dohod společnost Misco prakticky nepřevedla činnost na společnost Advania, a tudíž nelze mít za to, že společnost Advania se stala univerzální nebo singulární právní nástupkyní společnosti Misco ve smyslu kapitoly 17 článku 13 LOU. Tento odvolací soud zejména uvedl, že ke společnosti Advania byl následně převeden pouze jeden zaměstnanec společnosti Misco, že seznam zákazníků společnosti Misco převedený na společnost Advania není zcela aktualizovaný či relevantní a že nic nenasvědčuje tomu, že společnost Advania převzala subdodavatele společnosti Misco.

19. Společnost Advania a Kammarkollegiet podaly proti tomuto druhostupňovému rozsudku kasační opravný prostředek k Högsta förvaltningsdomstolen (Nejvyšší správní soud, Švédsko). Ve svých návrzích nezpochybňují posouzení odvolacího soudu ohledně otázky, jaké prvky byly vyňaty z majetkové podstaty a zahrnuty do převodu. Tvrdí však, že takový převod splňuje podmínku univerzálního nebo singulárního nástupnictví podle kapitoly 17 článku 13 LOU a směrnice 2014/24.

20. Podle společnosti Advania a Kammarkollegiet LOU ani směrnice 2014/24 nevyžadují, aby byla vedle rámcových dohod převedena na nového dodavatele činnost určité povahy nebo určitého rozsahu.

21. Společnost Dustin má však za to, že z výrazu „je univerzálním nebo singulárním nástupcem původního dodavatele“ spojeného s pojmem „restrukturalizace společnosti“ uvedeným ve sporném ustanovení vyplývá, že nový dodavatel musí s rámcovou dohodou převzít celou činnost původního dodavatele, která je zaměřena na plnění dotčených smluv, nebo její část.

22. S ohledem na tyto různé výklady předkládající soud zdůrazňuje, že potřebuje objasnit dosah sporného ustanovení, a zejména to, co je třeba chápat jako nahrazení „v důsledku univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku vstupuje jiný hospodářský subjekt“.

23. Za těchto podmínek se Högsta förvaltningsdomstolen (Nejvyšší správní soud) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Je třeba situaci, kdy nový dodavatel převzal práva a povinnosti původního dodavatele vyplývající z rámcové dohody poté, co na něj tato dohoda byla převedena insolvenčním správcem po prohlášení úpadku původního dodavatele, vykládat tak, že nový dodavatel je považován za právního nástupce původního dodavatele za podmínek uvedených v čl. 72 odst. 1 písm. d) bodě ii) směrnice 2014/24?“

24. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ze dne 15. září 2020 došla Soudnímu dvoru dne 24. září 2020.

25. Písemná vyjádření předložily společnost Advania, Kammarkollegiet, společnost Dustin, rakouská vláda a Evropská komise.

IV. Analýza

26. Za účelem posouzení dosahu sporného ustanovení úvodem připomínám, jak rozhodl Soudní dvůr v rozsudku pressetext Nachrichtenagentur [6], že nahrazení smluvní strany musí být obecně považováno za změnu základních podmínek veřejné zakázky. Tento závěr byl převzat do čl. 72 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24.

27. Z toho vyplývá, že nahrazení původního úspěšného uchazeče v zásadě představuje podstatnou změnu zakázky, která vede k novému zadávacímu řízení [7] v souladu se zásadami transparentnosti a rovného zacházení, na nichž je založena povinnost hospodářské soutěže mezi potenciálně zainteresovanými zájemci z různých členských států [8].

28. Sporné ustanovení stanoví jako výjimku možnost určit náhradníka původního úspěšného uchazeče, ocitne-li se tento v úpadku, bez provedení takového řízení.

29. Vyvstává otázka, za jakých konkrétních podmínek se tato výjimka použije, a zejména zda je nezbytné, aby náhradník převzal alespoň část činnosti původního úspěšného uchazeče.

30. Soudnímu dvoru byly předloženy dva rozdílné výklady sporného ustanovení.

31. Podle prvního výkladu, který zastávají Kammarkollegiet, společnost Advania a rakouská vláda, musí být sporné ustanovení vykládáno v tom smyslu, že nahrazení původního dodavatele z důvodu jeho úpadku nevyžaduje, aby s převodem zakázky na nového dodavatele bylo spojeno převzetí části činnosti původního dodavatele. Mají za to, že pokud by měl být tento výraz chápán v tom smyslu, že musí dojít k jakémukoli převodu činnosti, byla by použitelnost dotčeného ustanovení značně omezena.

[6] – Rozsudek ze dne 19. června 2008 (C-454/06, dále jen „rozsudek pressetext“, EU:C:2008:351, bod 40). Podrobněji se důsledky tohoto rozsudku zabývám v bodech 70 až 78 tohoto stanoviska.

[7] – V tomto smyslu viz rozsudek pressetext, bod 47, a čl. 76 odst. 1 písm. e) směrnice 2014/24.

[8] – Viz rozsudek ze dne 7. září 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, bod 28). Tyto zásady a povinnost hospodářské soutěže jsou připomenuty v článku 18 směrnice 2014/24.

32. Druhý výklad zastávaný společností Dustin a Komisí spočívá naopak na předpokladu, že nový dodavatel převezme alespoň část činnosti původního dodavatele. Společnost Dustin má za to, že pokud by tomu tak nebylo, vedlo by to k téměř volnému obchodu s dohodami, které byly předmětem nabídkových řízení.

33. Podle společnosti Dustin a Komise je k tomu, aby nedošlo k porušení zásad rovného zacházení a transparentnosti, a tudíž i cíle zajištění hospodářské soutěže, třeba, aby byla zachována materiální totožnost původního úspěšného uchazeče, to znamená, aby aktiva použitá k plnění rámcové dohody nebo alespoň část z nich byla převedena na náhradního dodavatele pro zajištění kontinuity mezi původním a náhradním dodavatelem. Komise připouští, že to může být nemožné, pokud je činnost původního dodavatele zcela zrušená. V takové situaci by však podle ní bylo za účelem zajištění rovného zacházení s původními uchazeči nezbytné, aby se veřejný zadavatel obrátil přednostně na ně například podle jejich výsledného pořadí z původního zadávacího řízení.

34. Tato problematika představuje významnou výzvu. Soudní dvůr je žádán, aby vymezil rozhodovací prostor, kterým disponuje veřejný zadavatel v případě úpadku původního úspěšného uchazeče, aby jej nahradil.

35. Znění sporného ustanovení podle mého názoru nemůže vést k takovému výkladu, jaký navrhují společnost Dustin a Komise. V další části své analýzy se budu snažit prokázat, že toto ustanovení musí být chápáno v souladu s prvním výkladem, přičemž se opřu o jeho znění (oddíl A), o jeho vnitřní a vnější kontext, tedy o ustanovení, do jejichž rámce je začleněno, o přípravné práce (oddíl B), jakož i o cíle sledované normotvůrcem (oddíl C).

A. Ke znění sporného ustanovení

36. Předně uvádím, že znění čl. 72 odst. 1 směrnice 2014/24 stanoví, že rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v pěti případech uvedených v písmenech a) až e) tohoto ustanovení. Písmeno d) bod ii), jehož výklad je od Soudního dvora žádán, výslovně zmiňuje úpadek původního dodavatele jako jeden z případů, kdy rámcová dohoda může být zadána novému dodavateli bez provedení nového zadávacího řízení, přestože tato změna představuje podstatnou změnu zakázky.

37. Sporné ustanovení váže použití dotčené výjimky na několik podmínek, tyto podmínky však výslovně nezahrnují převod části činnosti původního dodavatele.

38. Tyto podmínky jsou tři, a to:

– Novým dodavatelem je hospodářský subjekt, který *splňuje původně stanovená kvalifikační kritéria pro výběr*. Je nesporné, že tato podmínka je splněna v takové situaci, jako je situace ve věci v původním řízení, kdy nový dodavatel, v daném případě společnost Advania, patřil mezi podniky, které byly považovány za podniky, jež se kvalifikovaly jako zájemci [9].

– Nahrazení novým dodavatelem *nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku*. Zdá se, že ani tato podmínka nevyvolává pochybnosti ve věci v původním řízení, jak ji popisuje předkládající soud.

[9] – Viz bod 13 tohoto stanoviska.

– Nahrazení novým dodavatelem *nemá za cíl obejít uplatňování směrnice 2014/24*. Dotčené nahrazení nesmí být zneužito k tomu, aby veřejný zadavatel vybral dodavatele podle své volby, aniž by si zájemci konkurovali v soutěži. K této posledně uvedené podmínce, jejímž cílem je zabránit obcházení pravidel pro zadávání veřejných zakázek stanovených touto směrnicí, se vrátím níže [10]. Rovnou však podotýkám, že předkládající soud neuvedl, že by cílem jmenování nového dodavatele ve věci v původním řízení bylo vyhnout se použití těchto pravidel.

39. Společnost Dustin a Komise nicméně tvrdí, že nezbytnost převodu alespoň části činnosti původního dodavatele vyplývá implicitně ze samotného znění sporného ustanovení, podle kterého je původní dodavatel nahrazen jiným hospodářským subjektem „*v důsledku univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví*, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku *restrukturalizace*, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku vstupuje jiný hospodářský subjekt [11]“.

40. Podotýkám, že výrazy použité ve sporném ustanovení se mírně liší v různých jazykových verzích. Zatímco v anglické a francouzské verzi tohoto ustanovení je použit výraz „univerzální nebo singulární právní nástupnictví“, ve švédské jazykové verzi sporného ustanovení se uvádí, že jiný hospodářský subjekt „zcela nebo zčásti nahradí“ původního dodavatele.

41. V dotčeném kontextu se mi však tyto pojmy jeví jako naprosto rovnocenné.

42. Všichni účastníci řízení, kteří předložili Soudnímu dvoru vyjádření, správně zdůrazňují pojem „nástupnictví“, z čehož podle mého názoru vyplývá, že nový dodavatel se stává univerzálním nebo singulárním právním nástupcem původního dodavatele. Anglická jazyková verze ještě podporuje tuto myšlenku, když konkretizuje, že k nahrazení dochází „v důsledku“ univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví [12].

43. Z toho vyplývá, že nový dodavatel přebírá veškerý majetek původního dodavatele nebo jeho část. Zdůrazňuji však, že pojem „část“ není ve sporném ustanovení definován. Tato část může být větší či menší v závislosti na události, která vede k tomuto nástupnictví [13]. Z doslovného výkladu tohoto znění lze tedy dovodit, že nový dodavatel může převzít pouze veřejnou zakázku nebo rámcovou dohodu.

44. Naproti tomu upřesňuji, že pojem „část“ neumožňuje mít za to, že by mohla být převedena pouze část zakázky nebo rámcové dohody, neboť by to představovalo podstatnou změnu zakázky nebo rámcové dohody a bylo by to v rozporu s podmínkou, že nesmí dojít k jiným „podstatným změnám“. Zúžení rozsahu působnosti rámcové dohody totiž podle mého názoru může rozhodně změnit hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch nového dodavatele způsobem, který nebyl stanoven v původní rámcové dohodě, a tudíž představovat „podstatnou změnu“ ve smyslu čl. 72 odst. 4 písm. b) směrnice 2014/24.

45. Z toho vyplývá, že nový dodavatel, který nahrazuje původního úspěšného uchazeče tím, že je jeho právním nástupcem, musí převzít rámcovou dohodu nebo veřejnou zakázku v plném rozsahu. Jinými slovy musí přijmout veškerá práva a povinnosti vyplývající z této smlouvy [14].

10 – Viz body 84, 86 a 87 tohoto stanoviska.

11 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

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

13 – Viz body 46 a 47 tohoto stanoviska.

14 – Podotýkám, že tento bod je nesporný. Společnost Dustin zdůrazňuje, že rámcová dohoda nemůže být převedena na nového dodavatele pouze částečně.

46. Jak je uvedeno ve zbytku sporného ustanovení, událostí, která vede k právnímu nástupnictví, musí být restrukturalizace společnosti, která může mít různé formy. Normotvůrce uvádí čtyři příklady, výčet je tedy demonstrativní. Stejně jako Komise konstatuji, že první tři uvedené příklady, a sice převzetí, fúze a akvizice vykazují podobnost. Ve všech třech případech uvedené operace předpokládají zachování dotyčného podniku, to znamená pokračování jeho činnosti a pro ni nezbytných materiálních a lidských zdrojů.

47. Naproti tomu v případě úpadku, který je zmíněn jako čtvrtý příklad, podnik nemusí nadále existovat. Lze si představit řadu situací. Podnik sice může nadále fungovat v celém rozsahu, ale může být rovněž zrušen a jeho aktiva prodána, případně i jednotlivě. V posledně uvedeném případě může být rámcová dohoda, která představuje jedno z aktiv podniku, jednotlivě převedena na třetí osobu, aniž by tato třetí osoba převzala jakékoli další aktivum tohoto podniku.

48. Vycházím-li pouze ze znění sporného ustanovení, nespatřuji nic, co by nasvědčovalo tomu, že v případě úpadku původního dodavatele musí být kromě rámcové dohody, jejímž byl původní dodavatel držitelem, převedena i část jeho dalších aktiv na nového dodavatele.

49. Nesdílím tedy názor Komise, podle kterého skutečnost, že první tři příklady znamenají zachování činnosti původního úspěšného uchazeče a úpadek je, jak tvrdí, postaven na roveň těmto příkladům, předpokládá rovněž úplnou nebo přinejmenším částečnou kontinuitu základní činnosti původního dodavatele. Podle tohoto orgánu tedy normotvůrce neměl na mysli případ, kdy je činnost původního dodavatele zcela zrušena.

50. Domnívám se, že při neexistenci výslovného omezení dosahu pojmu „úpadek“ v textu směrnice 2014/24 nemůže být tento pojem chápán natolik restriktivním způsobem, jak navrhuje Komise.

51. Tento výklad podle mého názoru podporuje kontext sporného ustanovení.

B. Ke kontextu sporného ustanovení

52. Přípravné práce podle mého názoru ukazují, že úpadek nepředstavuje příklad restrukturalizace podobný převzetí, fúzi a akvizici, z něhož by vyplývalo, že nový dodavatel musí vykazovat materiální totožnost [15] s původním dodavatelem, a v důsledku toho zachovat tu část činnosti, kterou posledně uvedený určil pro plnění dotčené veřejné zakázky. Z těchto prací naopak vyplývá, že normotvůrce od počátku pojímal úpadek v širokém smyslu, jakožto situaci odlišnou od převzetí, fúze a akvizice.

53. Nejprve poznamenávám, že Komise ve své zelené knize o veřejných zakázkách [16] vyzvala zúčastněné strany, aby se vyjádřily konkrétně ke změnám týkajícím se úspěšného uchazeče, pokud se jeho situace změní v důsledku událostí ohrožujících jeho schopnost plnit smlouvu, jako je úpadek. Komise zdůraznila, že je třeba diskutovat o tom, zda je třeba na úrovni Unie vytvořit nástroje umožňující veřejným zadavatelům přijmout vhodné řešení těchto situací, či nikoli.

[15] – Pojem „materiální totožnost“ hospodářských subjektů je používán v rámci ověření souladu nabídek podaných uchazeči a souvisí s pojmem „právní totožnost“. Musí být dána právní a materiální totožnost předběžně vybraného hospodářského subjektu se subjektem, který podává nabídku [viz rozsudky ze dne 24. května 2016, MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 40) a ze dne 11. července 2019, Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, bod 34)]. Podotýkám však, že tento požadavek platí ve fázi zadávání zakázek, a nikoli ve fázi plnění zakázek.

[16] – Zelená kniha Komise ze dne 27. ledna 2011 o modernizaci politiky v oblasti zadávání veřejných zakázek – Směrem k efektivnějšímu evropskému trhu veřejných zakázek [COM(2011) 15 final, dále jen „zelená kniha“].

V této souvislosti položila zúčastněným otázku, zda se domnívají, že by unijní právo mělo stanovit výslovnou povinnost nebo právo veřejných zadavatelů za určitých okolností změnit dodavatele nebo ukončit platnost zakázky a zda by mělo taktéž stanovit zvláštní postupy pro vybrání nového dodavatele [17].

54. Komise měla na mysli zejména možnost nahradit původního dodavatele, pokud by se ocitl v úpadku, ve zjednodušeném řízení, nebo zmocnit druhého nejlepšího uchazeče vybraného v původním zadávacím řízení, nebo také vyhlásit veřejnou soutěž pouze pro uchazeče, kteří se zúčastnili původního zadávacího řízení, za podmínky, že k němu nedošlo před příliš dlouhou dobou [18].

55. V původním návrhu směrnice [19], vypracovaném s ohledem na připomínky, jež obdržela k zelené knize, Komise navrhla, aby se výjimka ze zadání veřejné zakázky použila v případě restrukturalizace společnosti *nebo* úpadku [20]. Komise tak jasně rozlišila obě situace tím, že v preambuli svého návrhu směrnice upřesnila druhy zamýšlených situací, kvalifikovaných jako „strukturální změny“, a sice interní reorganizaci, fúze a akvizice, jakož i úpadek [21].

56. Skutečnost, že konečné znění sporného ustanovení toto rozlišení výslovně nečiní a že normotvůrce dal přednost vyjmenování příkladů situací, jež připadají v úvahu, podle mého názoru neznamená, že na stejnou úroveň postavil úpadek na jedné straně a převzetí, fúzi a akvizici na druhé straně, pokud jde o převod činnosti na nového dodavatele.

57. Moji analýzu podporuje význam pojmu „restrukturalizační operace“, který není omezen na případy, kdy jsou činnosti dotyčného podniku zachovány [22].

58. Mám tedy za to, že zákonodárce zamýšlel upřesnit v samotném sporném ustanovení, a nikoli pouze v preambuli směrnice 2014/24, jak navrženo výše, ty druhy situací, na které cílil, aniž by však naznačil, že všechny vykazují podobné charakteristiky, co se týče převzetí činnosti původního dodavatele umožňujícího plnění veřejné zakázky.

59. Vnitřní kontext sporného ustanovení v rámci směrnice 2014/24 podle mého názoru tento výklad potvrzuje.

60. Sporné ustanovení je součástí článku 72 této směrnice, nadepsaného „Změny smluv na veřejné zakázky v době jejich trvání“, který ve svých jednotlivých odstavcích pečlivě popisuje výjimky z povinnosti dodržovat pravidla zadávacího řízení a podmínky jejich použití. Jeho odstavce 1 a 2 uvádějí případy, kdy mohou být zakázky a rámcové dohody změněny bez nového zadávacího řízení, a jeho odstavec 5 dále zdůrazňuje, že v případech jiných změn, než jsou změny uvedené v těchto dvou odstavcích, se vyžaduje nové zadávací řízení. Jeho odstavec 4 upřesňuje, co představuje podstatnou změnu zakázky nebo rámcové dohody, a zdůrazňuje, že jmenování nového dodavatele představuje takovou změnu, s *výjimkou* mimo jiné případů stanovených v odst. 1 písm. d), a tedy mimo jiné případu úpadku, jak je uveden ve sporném ustanovení.

[17] – Viz otázku 41 zelené knihy.

[18] – Viz strana 27 a poznámka pod čarou 61 zelené knihy.

[19] – Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek [COM (2011)896 final, dále jen „návrh směrnice“].

[20] – Viz návrh směrnice, čl. 72 odst. 3.

[21] – Viz bod 47 odůvodnění návrhu směrnice.

[22] – Jak vyplývá ze stanoviska Conseil d'État (Státní rada, Francie) (Úsek financí) ze dne 8. července 2000 (Převod smluv – č. 141654), restrukturalizace může být výsledkem zániku subjektu, kterému byla zakázka původně přidělena.

61. Tento článek 72 stanoví pro každý uvažovaný případ podmínky, za kterých se uplatní výjimky ze zadávacího řízení. Jak jsem přitom již uvedl, tyto podmínky nezmiňují povinnost převést alespoň část činnosti původního dodavatele na nového dodavatele v případě úpadku původního dodavatele.

62. Vzhledem k tomu, že se jedná o výjimku z obecného pravidla zadávání veřejných zakázek, musí být sporné ustanovení, pokud jde o pojem „úpadek“, vykládáno restriktivně. Tento výklad však nemůže zbavit výjimku jejího užitečného účinku. Tak by tomu přitom podle mého názoru bylo [23], kdyby byl pojem „úpadek“ omezen na situace, ve kterých může pokračovat, přinejmenším částečně, provoz dotyčného podniku, a nebyl by chápán v jeho obvyklém širším smyslu. V tomto ohledu zdůrazňuji, že pojem „úpadek“ je použit obecně a podle mého názoru může zahrnovat všechny situace platební neschopnosti uvedené v čl. 57 odst. 4 písm. b) směrnice 2014/24 [24].

63. Mám tedy za to, že k použití výjimky týkající se úpadku není třeba splnit jiné podmínky než tři podmínky uvedené ve sporném ustanovení a připomenuté v bodě 38 tohoto stanoviska.

64. Bod 110 odůvodnění této směrnice podporuje tuto analýzu, když uvádí, že v případě „určitých strukturálních změn“ úspěšného uchazeče během plnění zakázky, mezi něž patří úpadek, není zahájení nového zadávacího řízení automaticky nezbytné. Obecnost výrazu „určité strukturální změny“ vede k tomu, že pojem „reorganizace společnosti“ je chápán zvláště široce. Citované příklady zahrnují incidenty nebo události, které mohou ovlivnit samotnou strukturu společnosti, a jsou natolik rozmanité, jako jsou čistě interní reorganizace, úpadek nebo převzetí společnosti.

65. Výklad sporného ustanovení, který navrhuji a podle něhož ze znění a kontextu tohoto ustanovení nelze dovodit, že pro použití výjimky související s úpadkem původního dodavatele je třeba, aby část činnosti původního dodavatele byla převedena na nového dodavatele, je ještě podpořen cíli sledovanými směrnicí 2014/24.

C. Cíle směrnice 2014/24

66. Cíle sledované normotvůrcem vyplývají z důvodové zprávy k návrhu směrnice.

67. Normotvůrce potvrdil cíl zajištění hospodářské soutěže mezi zájemci ve všech členských státech a za tímto účelem znovu vyzdvihl zásady transparentnosti a rovného zacházení, současně však chtěl jednak zohlednit další cíle [25] a jednak zavést větší pružnost a jednoduchost při uplatňování pravidel [26]. Návrh směrnice tak zdůrazňuje vůli snížit formalismus a pragmaticky reagovat na konkrétní problémy, se kterými se setkávají veřejní zadavatelé a uchazeči, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora.

[23] – K zásahu do užitečného účinku sporného ustanovení viz rovněž body 92 až 94 tohoto stanoviska.

[24] – Viz bod 8 tohoto stanoviska.

[25] – Zejména ochranu životního prostředí, podporu inovací, zaměstnanosti a sociální soudržnosti (viz bod 1 důvodové zprávy k návrhu směrnice).

[26] – Viz důvodová zpráva k návrhu směrnice.

68. Jak zdůraznila právní nauka [27], zatímco směrnice v oblasti veřejných zakázek se dříve soustředily na pravidla použitelná na *zadávání veřejných zakázek*, a zejména na hospodářskou soutěž mezi zájemci *před* samotným zadáním veřejných zakázek, směrnice 2014/24 [28] se týká rovněž *plnění smluv o veřejných zakázkách*, a tudíž fáze *následující* po zadání zakázky, která zahrnuje případnou změnu smluv v průběhu jejich plnění.

69. V posledně uvedeném ohledu směrnice 2014/24 plně zohledňuje judikaturu Soudního dvora, když ji kodifikuje. Jde nicméně o dost dále, jak prokáži. Za účelem posouzení nových prvků zavedených touto směrnicí je užitečné prostudovat tuto judikaturu a způsob, jakým ji směrnice odráží.

70. V dotčené oblasti je určující rozsudek pressetext [29]. Věc, v níž byl tento rozsudek vydán, se týkala změny smlouvy na veřejnou zakázku v průběhu jejího plnění a zabývala se zejména osobou úspěšného uchazeče. Soudní dvůr uvedl, že existující směrnice se touto otázkou nezabývá [30], avšak obsahuje několik relevantních údajů.

71. Soudní dvůr tak zdůraznil, že cílem této směrnice je zajistit jak transparentnost postupů, tak rovné zacházení s uchazeči, a splnit tak hlavní cíl otevření hospodářské soutěže ve všech členských státech [31]. Vyvodil z toho, že změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání představují nové zadání veřejné zakázky, pokud mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka. Soudní dvůr upřesnil, co je třeba rozumět pod pojmem *podstatné změny*, když uvedl, že pokrývají zavedení podmínek, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata [32].

72. Soudní dvůr z toho v obecné rovině vyvodil, že *nahrazení* smluvní strany, které zadavatel původně zadal veřejnou zakázku, *novou smluvní stranou* musí být považováno za změnu jedné ze základních podmínek veřejné zakázky [33].

73. Rozsudek pressetext upřesňuje situace, kdy určité změny dotýkající se úspěšného uchazeče nicméně podstatnou změnu nepředstavují.

74. Tak je tomu v případě, kdy jako ve věci, v níž byl vydán tento rozsudek, je činnost úspěšného uchazeče převedena na jednu z jeho dceřiných společností, kterou kontroluje ze 100 %, kterou řídí a za kterou je společně a nerozdílně odpovědný, a pokud se celkové stávající plnění nemění. Takové uspořádání představuje v podstatě *vnitřní reorganizaci* smluvní strany, která výrazně nemění podmínky původní zakázky [34].

[27] – Viz zejména Treumer, S., „Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, s. 148.

[28] – Tyto poznámky se vztahují obdobně na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 243).

[29] – Viz bod 26 tohoto stanoviska.

[30] – Viz bod 30 rozsudku pressetext. Jednalo se o směrnici Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. 1992, L 209, s. 1).

[31] – Viz body 31 a 34 rozsudku pressetext.

[32] – Viz bod 35 rozsudku pressetext.

[33] – Viz bod 40 rozsudku pressetext.

[34] – Viz bod 45 rozsudku pressetext.

75. Totéž platí, pokud je úspěšným uchazečem právnická osoba založená ve formě akciové společnosti kótované na burze. Soudní dvůr zdůraznil, že ze samotné povahy takové společnosti vyplývá, že se v každém okamžiku mohou změnit její akcionáři. Proto taková situace v zásadě nezpochybňuje platnost zadání veřejné zakázky takové společnosti [35].

76. Soudní dvůr dodal, že tento závěr se vztahuje rovněž na právnické osoby založené ve formě registrovaného družstva s ručením omezeným, jako ve věci, v níž byl vydán rozsudek pressetext. Případné změny ve složení v okruhu členů takového družstva nemají v zásadě za následek podstatnou změnu zakázky, která byla této osobě zadána [36].

77. Tyto úvahy se plně odrážejí ve směrnici 2014/24, a to jednak ve sporném ustanovení a jednak v jeho odůvodnění, v bodech 107 a 110. Bod 107 odůvodnění tak výslovně odkazuje na judikaturu Soudního dvora a bod 110 odůvodnění uvádí jak čistě interní reorganizaci, tak převzetí, fúze a akvizice, které s sebou nesou změnu akcionářů nebo společníků, a tudíž vlastníků.

78. Zdůrazňuji však, že směrnice 2014/24 se neomezuje na zohlednění poznatků z rozsudku ve věci pressetext a zabývá se i jinými druhy situací.

79. Zatímco totiž Soudní dvůr upřesnil situace, kdy změna ovlivňující úspěšného uchazeče *nepředstavuje podstatnou změnu*, a tudíž nevede k novému zadávacímu řízení, směrnice 2014/24 kromě toho ve sporném ustanovení specifikuje případy, kdy změna týkající se úspěšného uchazeče, přestože zpravidla představuje *podstatnou změnu*, rovněž nevyžaduje opětovné otevření hospodářské soutěži.

80. Tak je tomu zejména v případě převzetí, fúze a akvizice, pokud jsou splněny podmínky vyjmenované ve sporném ustanovení.

81. Co je pak pro Soudní dvůr v této věci podstatné, směrnice 2014/24 specificky upravuje případ úpadku, který dosud nebyl Soudnímu dvoru předložen k posouzení.

82. Zohlednění posledně uvedené situace představuje inovaci jak z hlediska unijních právních předpisů v oblasti veřejných zakázek, tak z hlediska judikatury existující ke dni přijetí směrnice 2014/24. Odpovídá na praktický problém, který vyvstal při plnění veřejných zakázek.

83. Problém zde spočívá v nutnosti zajistit, aby v případě, že se veřejný zadavatel setká s úspěšným uchazečem, který nadále není schopen plnit smlouvu na veřejnou zakázku z důvodu úpadku, mohl být určen náhradník, aniž by došlo k přílišné prodlevě či nepřiměřenému zdražení dotčené zakázky v důsledku nového zadávacího řízení. Sporné ustanovení odpovídá na tento problém tím, že stanoví řešení v zájmu jak veřejného zadavatele, tak úspěšného uchazeče a jeho věřitelů. Je přitom nutno konstatovat, že problém způsobený úpadkem není více či méně významný podle toho, zda podnik v úpadku zčásti nadále existuje, nebo je zcela zrušen. V každém případě musí být nalezen náhradník. Vzhledem k tomu, že normotvůrce výslovně neuvedl rozdíly mezi těmito situacemi, se zdá, že chtěl pragmaticky reagovat na všechny tyto situace a zároveň zajistit dodržování zásad, jimiž se řídí zadávání veřejných zakázek a které jsou zakotveny v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24, zejména zákazu, aby veřejný zadavatel uměle zúžil hospodářskou soutěž tím, že se vyhne použití směrnice.

[35] – Viz bod 51 rozsudku pressetext.

[36] – Viz bod 52 rozsudku pressetext.

84. V posledně uvedeném ohledu totiž nejprve zdůrazňuji, že v případě, kdy se původní úspěšný uchazeč dostal do úpadku, byla rámcová dohoda již předmětem nabídkového řízení [37] a nabídka, která byla přijata, již nemůže být podstatně změněna. Jak sporné ustanovení výslovně uvádí, pokud jsou zavedeny jiné podstatné změny, než je změna dodavatele, není splněna jedna ze tří podmínek stanovených sporným ustanovením [38] a musí dojít k novému zadání zakázky.

85. Dále platí, že úpadek úspěšného uchazeče, aniž by se jednalo o vzácnou událost, představuje mimořádnou situaci, která není veřejným zadavatelem ani původním úspěšným uchazečem obvykle předvídána ani vítána. Připomínám, že hospodářské a finanční předpoklady jsou jedním ze tří kritérií výběru zájemců stanovených v článku 58 směrnice 2014/24. Úpadek hospodářského subjektu ve smyslu čl. 57 odst. 4 písm. b) této směrnice je navíc důvodem pro vyloučení z účasti v zadávacím řízení, který je podle vnitrostátního práva fakultativní nebo obligatorní.

86. Tato mimořádná povaha úpadku bude zpravidla bránit tomu, aby nahrazení úspěšného uchazeče novým dodavatelem představovalo ze strany veřejného zadavatele zastírací manévr s cílem vyhnout se použití směrnice 2014/24. Podotýkám, že riziko takového jednání je o to méně pravděpodobné, že je jmenován insolvenční správce, tak jako ve věci v původním řízení, který nezastupuje zájem veřejného zadavatele, nýbrž zájem věřitelů úspěšného uchazeče, a vykonává svou činnost pod dohledem soudu.

87. V každém případě přísluší vnitrostátnímu soudu, aby ověřil, zda se dotčené osoby takového jednání nedopustily. Přísluší mu zejména ověřit, zda byl skutečně proveden přezkum kritérií pro výběr, jako je kritérium týkající se finančních předpokladů úspěšného uchazeče. Datum prohlášení úpadku, zejména pokud je blízké datu uzavření smlouvy, může být ukazatelem toho, že ověření splnění tohoto kvalitativního kritéria nebylo řádně provedeno. Pokud jde o takovou věc, jako je věc dotčená v původním řízení, poznamenávám, že v tomto ohledu nebylo Soudnímu dvoru poskytnuto žádné upřesnění, ale že předkládající soud nijak nenaznačil, že by dotčené strany měly v úmyslu vyhnout se použití směrnice 2014/24.

88. Nakonec uvádím, že pokud byl insolvenční správce jmenován, aby spravoval aktiva úspěšného uchazeče, který se dostal do úpadku, výběr nového dodavatele přísluší předně tomuto insolvenčnímu správci a nikoli veřejnému zadavateli. Připomínám přitom, že podle čl. 1 odst. 2 směrnice 2014/24, který se týká oblasti působnosti této směrnice, je zadání veřejné zakázky definováno jako pořízení dodávek nebo služeb prostřednictvím veřejné zakázky veřejným zadavatelem od hospodářských subjektů *vybraných* uvedenými zadavateli. Nejedná-li se o výběr veřejným zadavatelem, není zadání veřejné zakázky nutné z hlediska směrnice 2014/24, ačkoli schválení dodavatele veřejným zadavatelem se vyžaduje.

89. Pokud jde o smlouvu upravující vzájemné závazky mezi novým dodavatelem a veřejným zadavatelem, je toto schválení, ačkoli nevyžadované směrnicí 2014/24, nezbytné podle práva členských států v oblasti smluv. Veřejný zadavatel dokonce může být konzultován a účastnit se

[37] – Viz 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, s. 135 až 166, který zdůrazňuje, že „pravidla v oblasti veřejných zakázek již splnila svou funkci".

[38] – Viz druhou podmínku uvedenou v bodě 38 tohoto stanoviska.

určitých jednání před určením nového dodavatele, jak tomu zřejmě bylo ve věci v původním řízení [39]. To podle mého názoru nestačí k tomu, aby bylo možné mít za to, že veřejný zadavatel „vybral" dodavatele ve smyslu směrnice 2014/24 [40].

90. Je jasné, že možnost určit nového dodavatele v případě úpadku původního dodavatele bez nového zadávacího řízení přináší do oblasti veřejných zakázek značný rozhodovací prostor. Ten však podle mého názoru odpovídá záměru normotvůrce, přičemž respektuje zásady zakotvené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 za předpokladu, že jsou splněny všechny tři podmínky připomenuté v bodě 38 tohoto stanoviska, které vymezují použití výjimky.

91. Výklad společnosti Dustin a Komise, podle kterého může být nový dodavatel takto jmenován, pouze pokud přebírá alespoň tu část činnosti původního dodavatele, jež umožňuje plnění zakázky, kromě toho, že nebyl výslovně stanoven normotvůrcem a podle mého názoru by šel nad rámec sporného ustanovení, přináší více problémů, než kolik jich řeší.

92. Zaprvé podotýkám, že povinnost převzít část činnosti původního dodavatele by výrazně zúžila dosah výjimky týkající se úpadku, jelikož v mnoha případech je podnik zcela zrušen. Kromě toho si lze klást otázku, jaký podíl činností původního dodavatele by měl být převeden, aby bylo možné výjimku uplatnit.

93. Zadruhé by taková povinnost mohla obzvláště ztížit úlohu insolvenčního správce. Mohla by být dokonce v rozporu s pravomocemi jednat v zájmu věřitelů [41], které jsou insolvenčnímu správci svěřeny podle vnitrostátního úpadkového práva.

94. V tomto ohledu sdílím názor rakouské vlády, podle kterého může být převod pouhých zakázek nebo rámcových dohod běžný či nikoli podle toho, o jaké odvětví činnosti se jedná. Například v rámci úpadku stavebního podniku může převod některých velkých staveb případně zahrnovat převod materiálů a personálu. Naopak v případě služeb informačních technologií nebo poskytování počítačového vybavení tomu tak nutně není. Mimoto stejně jako tato vláda, zdůrazňuji, že dochází k tomu, že podnik, který se ocitl v úpadku, může pokračovat v provozu pod podmínkou, že převede nějakou veřejnou zakázku. Pokud by tato možnost byla vyloučena, znamenalo by to nejen znemožnění nahrazení dodavatele, ale mohlo by to rovněž ohrozit dosažení cíle úpadkového řízení, kterým je co možná nejvíce zachovat existující podnik v zájmu věřitelů.

95. Zatřetí, uložení povinnost takto převést majetek s cílem zabránit obcházení pravidel hospodářské soutěže by bylo nejen drahým řešením, ale možná by nebylo ani nezbytné, jelikož převedení veřejné zakázky v každém případě podléhá podmínce uvedené ve sporném ustanovení, že takový převod nesmí být prostředkem, jak se vyhnout použití směrnice 2014/24.

[39] – Viz bod 15 tohoto stanoviska.

[40] – Sue Arrowsmith má nicméně za to, že pokud si veřejný zadavatel zachová možnost ovlivnit určení dodavatele z jiných důvodů, než jsou důvody týkající se technických nebo finančních předpokladů, tohoto dodavatele vybírá a na tento výběr by se mělo vztahovat zadávací řízení na veřejnou zakázku; viz *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3. vydání, 2014, bod 6-290.

[41] – Ze spisu v předmětné věci vyplývá, že takové pravomoci stanoví vnitrostátní právo ve Švédsku a v Rakousku. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. května 2015 o insolvenčním řízení (Úř. věst. 2015, L 141 s. 19) zdůrazňuje v bodě 22 odůvodnění, že v této oblasti hmotného práva existují mezi členskými státy značné odlišnosti. K této otázce viz rovněž směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 ze dne 20. června 2019 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice (EU) 2017/1132 (směrnice o restrukturalizaci a insolvenci) (Úř. věst. 2019, L 172 s. 18), zvláště body 1, 4, 7, 8 a 12 jejího odůvodnění.

96. Začtvrté se budu zabývat specifickými problémy, které vyvolává stanovisko Komise ohledně existence povinnosti insolvenčního správce obrátit se na původní uchazeče o zakázku v případě úplného zániku činnosti původního úspěšného uchazeče.

97. Připomínám, že podle Komise nebylo záměrem normotvůrce zahrnout případ, kdy je činnost původního dodavatele zcela zrušena [42]. Tento orgán však připouští, že k takové situaci může dojít [43] a že smlouva o veřejné zakázce může být jeho jediným zbývajícím aktivem.

98. V takovém případě má Komise za to, že sporné ustanovení může být vykládáno v tom smyslu, že výjimka ze zahájení nového zadávacího řízení je použitelná za podmínky, že veřejná zakázka bude nabídnuta všem původním uchazečům, kteří splňují kritéria pro výběr, nediskriminačním a rovnocenným způsobem, například tím, že budou osloveni podle jejich umístění ve výsledném pořadí [44].

99. Nicméně zaprvé zdůrazňuji, že taková podmínka není ve sporném ustanovení obsažena a je patrně v rozporu s vůlí normotvůrce. Jak jsem totiž uvedl v bodech 53 a 54 tohoto stanoviska, Komise v průběhu přípravných prací zvažovala možnost, že se zvláštní řízení použije v případě úpadku, přičemž zejména stanovila, že veřejný zadavatel se znovu obrátí na původní uchazeče. Do konečného znění směrnice nebyl tento návrh zahrnut, ani nebyl nehrazen jiným. Z toho vyvozuji, že normotvůrce jednoznačně odmítl takovou povinnost obrátit se na původní uchazeče.

100. Zadruhé, ačkoli veřejná zakázka nebo rámcová dohoda musí být nabídnuta původním uchazečům podle jejich umístění ve výsledném pořadí, znamená to, že musí být zadána prvnímu z nich, který ji přijme. Tento přístup však nezohledňuje nezbytné schválení nového dodavatele veřejným zadavatelem [45]. Bývalý uchazeč, přestože zaujímá za původním úspěšným uchazečem nejlepší pozici ve výsledném pořadí, nemá za takových okolností automatické právo zakázku získat.

101. Zatřetí, pokud by byl insolvenční správce nucen obrátit se takto na původní uchazeče, mohl by být zbaven možnosti vyhledat v zájmu věřitelů nejpřínosnějšího nabyvatele. Podle mého názoru přitom ze směrnice 2014/24 nijak nevyplývá, že by unijní normotvůrce zamýšlel omezit pravomoci případně svěřené insolvenčním správcům vnitrostátním právem [46].

102. S výkladem Komise se tedy nemohu ztotožnit.

103. Naproti tomu, jak vyplývá z předchozí analýzy, mám za to, že pokud jsou splněny všechny tři podmínky stanovené ve sporném ustanovení a připomenuté v bodě 38 tohoto stanoviska, výklad tohoto ustanovení v tom smyslu, že umožňuje, aby na nového dodavatele byla převedena pouze rámcová dohoda nebo veřejná zakázka, která byla dříve zadána, aniž by bylo nezbytné provést

[42] – Viz bod 49 tohoto stanoviska.

[43] – Viz bod 33 tohoto stanoviska.

[44] – Komise uvádí, že italské právo patrně zvolilo řešení tohoto typu. Upozorňuji na to, že ve svých komentářích k italským právním předpisům provádějícím směrnici 2014/24 uvádějí Marion Comba a Sara Richetto, že tento členský stát stanovil v článku 110 D Lgs 50/2016 *možnost*, aby se veřejný zadavatel obrátil na původní uchazeče podle jejich umístění ve výsledném pořadí (viz Treumer, S., a Comba, M. *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*, Elgar, 2018, Kapitola 7, s. 149).

[45] – Viz bod 89 tohoto stanoviska.

[46] – Upřesňuji, že z toho nevyplývá, že každá finanční obtíž původního úspěšného uchazeče by mohla vést k určení náhradníka bez nové výzvy k podávání nabídek podle směrnice 2014/24. Je ještě třeba, aby bylo zahájeno formální řízení o úpadku, jako ve věci v původním řízení.

nové zadávací řízení a aniž by tento nový dodavatel musel převzít jinou činnost původního dodavatele, odpovídá konkrétnímu problému podnikové reality, přičemž zachovává zásady, jimiž se řídí zadávání veřejných zakázek, uvedené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24.

V. Závěry

104. S ohledem na všechny výše uvedené úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžné otázky položené Högsta förvaltningsdomstolen (Nejvyšší správní soud, Švédsko) odpověděl následovně:

„Článek 72 odst. 1 písm. d) bod ii) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES musí být vykládán v tom smyslu, že skutečnost, že nový dodavatel převzal práva a povinnosti původního dodavatele vyplývající z rámcové dohody poté, co na něj byla tato dohoda převedena insolvenčním správcem po vyhlášení úpadku původního dodavatele, znamená, že nový dodavatel musí být považován za úplného či částečného právního nástupce původního dodavatele ve smyslu tohoto ustanovení. Není nezbytné, aby byl tento převod spojen s převodem části činnosti původního dodavatele věnované plnění rámcové dohody na nového dodavatele.“