



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 9. rujna 2021.¹

Predmet C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
protiv
Dustin Sverige AB**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud, Švedska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Direktiva 2014/24/EU – Članak 72. stavak 1. točka (d) podtočka ii. – Izmjena važećih ugovora – Insolventnost – Prijenos okvirnih sporazuma nakon proglašenja stečaja prvotnog ugovaratelja – Novi ugovaratelj – Pojam „značajne izmjene ugovora” – Iznimka od primjene novog postupka nabave – Uvjeti”

I. Uvod

1. Ovaj predmet, povezan s Direktivom 2014/24/EU o javnoj nabavi², odnosi se na jednu od iznimki od primjene postupka javne nabave, odnosno slučaj kad odabrani ugovaratelj postane insolventan tijekom izvršenja ugovora. Ta je iznimka navedena u članku 72. stavku 1. točki (d) podtočki ii. Direktive 2014/24 (u daljnjem tekstu: sporna odredba).

2. Sudu je postavljeno pitanje o uvjetima pod kojima se ta iznimka primjenjuje i, konkretno, o tome zahtijevaju li ti uvjeti da subjekt koji zamjenjuje prvotnog ugovaratelja ne preuzima samo predmetni ugovor, nego i barem dio njegova poslovanja.

3. Pitanje je postavljeno u okviru spora između, s jedne strane, Kammarkollegieta, švedske agencije za pravne, financijske i administrativne usluge, i društva Advania Sverige AB (u daljnjem tekstu: društvo Advania) koje je zamijenilo prvotnog ugovaratelja te, s druge strane, društva Dustin Sverige AB (u daljnjem tekstu: društvo Dustin) na koje se odnose ugovori o kojima je riječ u glavnom postupku. Potonje društvo osporava prenošenje okvirnih sporazuma koji su prvotno bili dodijeljeni društvu Misco AB, nakon otvaranja stečaja nad tim prvotnim ugovarateljem, na društvo Advania bez provođenja nadmetanja u skladu s Direktivom 2014/24, pri čemu uz taj prijenos nije izvršeno preuzimanje barem dijela poslovanja društva Misco, odnosno poslovanja koje omogućuje izvršavanje tih okvirnih sporazuma.

¹ Izvorni jezik: francuski

² Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26. i SL 2020., L 406, str. 67.)

4. Insolventnost prvotnog uspješnog ponuditelja i njegova naknadna zamjena novim ugovarateljem predstavljaju situaciju koja je načelno neočekivana i izvanredna s obzirom na to da se obično poduzimaju sve mjere opreza kako bi se provjerila solventnost ponuditelja. Međutim, riječ je o problemu s kojim se javni naručitelji ponekad susreću u poslovnom životu, kao što o tome svjedoči glavni predmet, i koji je zakonodavac odlučio prvi put razmotriti u spornoj odredbi. Od Suda se traži da razmotri pitanje može li, među ostalim, stečajni upravitelj na temelju te odredbe imenovati novog ugovaratelja a da ne provede ponovno nadmetanje i obveže novog ugovaratelja da preuzme dio poslovanja prvotnog ugovaratelja te da pritom ne povrijedi načela kojima se uređuje provedba postupka javne nabave, a koja se štite Direktivom 2014/24.

5. Nakon iznošenja analize predložit ću Sudu da presudi da iznimka predviđena spornom odredbom ne zahtijeva da novi ugovaratelj, kojem je dodijeljen ugovor umjesto prvotnog ugovaratelja, također treba preuzeti dio njegova poslovanja.

II. Pravni okvir

A. Direktiva 2014/24

6. U uvodnim izjavama 107. i 110. Direktive 2014/24 navodi se:

„ (107) Potrebno je pojasniti uvjete u kojima izmjene ugovora tijekom njegova izvršavanja zahtijevaju pokretanje novog postupka nabave, uzimajući u obzir relevantnu sudsku praksu Suda Europske unije. Pokretanje novog postupka nabave potrebno je u slučaju materijalnih izmjena prvotnog ugovora, pogotovo u slučaju izmjena opsega i sadržaja uzajamnih prava i obveza stranki, uključujući raspodjelu prava intelektualnog vlasništva. Takve izmjene ukazuju na namjeru stranki da ponovno pregovaraju o ključnim uvjetima tog ugovora. To posebno može biti slučaj ako bi izmijenjeni uvjeti utjecali na rezultate postupka da su bili dio prvotnog postupka.

[...]

(110) U skladu s načelima jednakog postupanja i transparentnosti, uspješan ponuditelj ne bi trebao, primjerice, ako je ugovor raskinut zbog nedostataka u izvedbi, biti zamijenjen drugim gospodarskim subjektom bez ponovnog nadmetanja. Međutim, uspješan ponuditelj koji izvršava ugovor trebao bi moći, posebno ako je ugovor dodijeljen većem broju poduzeća, iskusiti određene strukturne promjene tijekom izvršavanja ugovora, poput isključivo internih reorganizacija, preuzimanja, spajanja i kupnji ili insolventnosti. Takve strukturne promjene ne bi trebale automatski podrazumijevati potrebu za provedbom novih postupaka nabave za sve ugovore o javnoj nabavi koje taj ponuditelj izvršava.”

7. Člankom 18. te direktive, naslovljenom „Načela nabave”, u stavku 1. određuje se:

„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.

Koncept nabave nije osmišljen s namjerom da je se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se prijetvorno suzi nadmetanje. [...]”

8. Članak 57. stavak 4. točka (b) navedene direktive predviđa:

„Javni naručitelji mogu isključiti ili države članice mogu od njih zahtijevati da isključe iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt u bilo kojoj od sljedećih situacija:

[...]

(b) ako je gospodarski subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima;”

9. Članak 72. Direktive 2014/24, naslovljen „Izmjena ugovora tijekom njegova trajanja”, određuje:

„1. Ugovore i okvirne sporazume moguće je mijenjati bez novog postupka nabave u skladu s ovom Direktivom u svim sljedećim slučajevima:

[...]

(d) ako novi ugovaratelj zamjenjuje onoga kojemu je javni naručitelj prvotno dodijelio ugovor uslijed:

[...]

ii. općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost, od strane drugog gospodarskog subjekta koji ispunjava prvotno utvrđene kriterije za kvalitativni odabir, pod uvjetom da to ne znači druge značajne izmjene ugovora te da nema za cilj zaobilaznje primjene ove Direktive; [...]

[...]

(e) ako izmjene, bez obzira na njihovu vrijednost, nisu značajne u smislu stavka 4.

[...]

4. Izmjena ugovora ili okvirnog sporazuma tijekom njegova trajanja smatra se značajnom u smislu stavka 1. točke (e), ako njome ugovor ili okvirni sporazum postaju značajno različiti po svojoj naravi od prvotno zaključenog. U svakom slučaju, ne dovodeći u pitanje stavke 1. i 2., izmjena se smatra značajnom ako je ispunjen jedan ili više od sljedećih uvjeta:

(a) izmjenom se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka nabave, dopustili prihvatanje drugih natjecatelja od onih koji su prvotno odabrani ili prihvatanje ponude različite od ponude koja je izvorno prihvaćena ili privlačenje dodatnih sudionika u postupak nabave;

(b) izmjenom se mijenja gospodarska ravnoteža ugovora ili okvirnog sporazuma u korist ugovaratelja na način koji nije predviđen prvotnim ugovorom ili okvirnim sporazumom;

(c) izmjenom se značajno povećava opseg ugovora ili okvirnog sporazuma;

- (d) ako novi ugovaratelj zamijeni onoga kojemu je prvotno javni naručitelj dodijelio ugovor, osim u slučajevima navedenima u stavku 1. točki (d).

[...]"

B. Švedsko pravo

10. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (Zakon (2016:1145) o javnoj nabavi, u daljnjem tekstu: LOU)³ predviđao je u svojem poglavlju 17. članku 13. da je ugovore i okvirne sporazume moguće mijenjati bez provedbe novog postupka nabave na način da se jedan ugovaratelj zamijeni drugim, ako:

„1. do potpune ili djelomične zamjene prvotnog ugovaratelja dolazi nakon restrukturiranja društva, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost, te ako

2. okolnost potpune ili djelomične zamjene prvotnog ugovaratelja ne podrazumijeva druge značajne izmjene ugovora ili okvirnog sporazuma.”

11. Sud koji je uputio zahtjev pojašnjava da iz drugog uvjeta proizlazi da takva zamjena ugovaratelja pretpostavlja da se novog pružatelja usluge ne smije isključiti na temelju razloga za isključenje predviđenih tim zakonom i da ispunjava uvjete za kvalifikaciju predviđene u kontekstu prvotnog ugovora.

III. Glavni postupak, prethodno pitanje i postupak pred Sudom

12. Kammarkkollegiet je u okviru ograničenog postupka⁴ u skladu s LOU-om proveo postupak javne nabave za kupnju računalnog hardvera, konkretno računala, monitora i tableta.

13. Sedamnaest je kandidata, među kojima i društvo Advania, dokazalo da ispunjavaju propisane uvjete. U skladu s pravilima ograničenog postupka⁵, Kammarkkollegiet je predvidio da će se, ako više od devet kandidata bude ispunjavalo te uvjete, na dostavu ponuda pozvati samo devet najbolje plasiranih. Društvo Advania nije bilo među njima.

14. Okvirni sporazumi sklopljeni su sa šest dobavljača u različitim područjima. Društvu Misco dodijeljena su četiri okvirna sporazuma koja su obuhvaćala sva predmetna područja. Društvu Dustin dodijeljeni su okvirni sporazumi u dvama područjima.

15. Društvo Misco je dopisom od 4. prosinca 2017. zatražilo od Kammarkkollegieta da odobri prijenos njegovih četiriju okvirnih sporazuma na društvo Advania. Nad društvom Misco otvoren je stečaj 12. prosinca 2017. Stečajni upravitelj potpisao je 18. siječnja 2018. ugovor s društvom Advania radi prijenosa četiriju okvirnih sporazuma. Kammarkkollegiet je prijenos odobrio u veljači 2018.

³ Sud koji je uputio zahtjev navodi da je taj zakon u međuvremenu stavljen izvan snage.

⁴ Taj je postupak detaljno pojašnjen u članku 28. Direktive 2014/24.

⁵ Vidjeti članak 65. Direktive 2014/24, naslovljen „Smanjenje broja inače kvalificiranih natjecatelja koji će se pozvati na sudjelovanje”.

16. Nakon tog prijenosa, društvo Dustin podnijelo je Förvaltningsrättenu i Stockholm (Upravni sud u Stockholmu, Švedska) tužbu za utvrđivanje ništetnosti okvirnih sporazuma sklopljenih između društva Advania i Kammarkollegieta.

17. Navedeni je sud odbio taj zahtjev. Ocijenio je da je društvo Advania steklo okvirne sporazume i preuzelo dijelove poslovanja društva Misco koji omogućuju izvršavanje tih okvirnih sporazuma, kao što se to zahtijeva poglavljem 17. člankom 13. LOU-a.

18. Društvo Dustin je protiv te presude podnijelo žalbu Kamarrättenu i Stockholm (Žalbeni upravni sud u Stockholmu, Švedska), koji je prihvatio tu žalbu i proglasio ništetnima četiri okvirna sporazuma sklopljenih između društva Advania i Kammarkollegieta. Kamarrätten i Stockholm (Žalbeni upravni sud u Stockholmu) utvrdio je da je Kammarkollegiet odobrio prijenos okvirnih sporazuma zbog insolventnosti društva Misco. Međutim, za razliku od prvostupanjskog suda, presudio je da, uz iznimku predmetnih okvirnih sporazuma, društvo Misco društvu Advania zapravo nije prenijelo poslovanje i da se stoga ne može smatrati da je društvo Advania potpuno ili djelomično naslijedilo društvo Misco u smislu poglavlja 17. članka 13. LOU-a. Taj žalbeni sud tako je među ostalim istaknuo da je samo jedan zaposlenik društva Misco naknadno prešao u društvo Advania, da popis klijenata društva Misco koji je bio prenesen društvu Advania nije bio potpuno ažuriran ni relevantan te da nema nikakve naznake o tome da je društvo Advania preuzelo podugovaratelje društva Misco.

19. Društvo Advania i Kammarkollegiet podnijeli su protiv te drugostupanjske presude žalbu Högsta förvaltningsdomstolenu (Vrhovni upravni sud, Švedska). U svojim žalbama ne osporavaju ocjenu žalbenog suda u pogledu elemenata proizašlih iz stečajne mase obuhvaćenih prijenosom. Međutim, tvrde da takav prijenos ispunjava uvjet općeg ili djelomičnog nasljeđivanja na temelju poglavlja 17. članka 13. LOU-a i Direktive 2014/24.

20. Prema mišljenju društva Advania i Kammarkollegieta, ni LOU ni Direktiva 2014/24 ne zahtijevaju da se, osim okvirnih sporazuma, na novog ugovaratelja moraju prenijeti aktivnosti određene naravi ili opsega.

21. Društvo Dustin pak smatra da iz izraza „opće ili djelomično nasljeđivanje prvotnog ugovaratelja”, povezanog s pojmom „restrukturiranje poduzeća” iz sporne odredbe, proizlazi da novi ugovaratelj uz okvirni sporazum treba preuzeti i cjelokupno poslovanje ili dio poslovanja prvotnog ugovaratelja koje se odnosi na izvršavanje predmetnih ugovora.

22. S obzirom na ta različita tumačenja, sud koji je uputio zahtjev naglašava da mu je potrebno pojašnjenje o dosegu sporne odredbe i osobito o tome što znači zamjena „uslijed općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost”.

23. U tim je okolnostima Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li u slučaju da je novi ugovaratelj preuzeo prava i obveze koje je prvotni ugovaratelj imao na temelju okvirnog sporazuma, nakon što mu je stečajni upravitelj ustupio taj sporazum jer je nad prvotnim ugovarateljem otvoren stečaj, smatrati da je novi ugovaratelj slijednik prvotnog ugovaratelja sukladno uvjetima iz članka 72. stavka 1. točke (d) podtočke ii. Direktive 2014/24?”

24. Zahtjev za prethodnu odluku od 15. rujna 2020. Sud je zaprimio 24. rujna 2020.

25. Društvo Advania, Kammarkollegiet, društvo Dustin, austrijska vlada i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja.

IV. Analiza

26. Kako bih ocijenio doseg sporne odredbe, najprije podsjećam, kao što je Sud to odlučio u presudi *pressetext Nachrichtenagentur*⁶, da promjena suugovaratelja u pravilu znači promjenu jednog od osnovnih uvjeta javne nabave. To je utvrđenje preuzeto u članku 72. stavku 4. točki (d) Direktive 2014/24.

27. Iz toga slijedi da zamjena prvotnog uspješnog ponuditelja načelno predstavlja bitnu izmjenu ugovora koja dovodi do novog postupka nabave⁷ u skladu s načelima transparentnosti i jednakosti postupanja na kojima se temelji obveza nadmetanja među potencijalno zainteresiranim kandidatima iz različitih država članica⁸.

28. Iznimno, spornom se odredbom predviđa mogućnost imenovanja zamjene za prvotnog uspješnog ponuditelja u slučaju njegove insolventnosti bez provođenja takvog postupka.

29. Postavlja se pitanje pod kojim se točno uvjetima ta iznimka primjenjuje i, konkretno, treba li zamjena preuzeti barem dio poslovanja prvotnog uspješnog ponuditelja.

30. Sudu su iznesena dva različita tumačenja sporne odredbe.

31. U skladu s prvim tumačenjem, koje zagovaraju Kammarkollegiet, društvo Advania i austrijska vlada, spornu odredbu treba tumačiti na način da u slučaju zamjene prvotnog ugovaratelja uslijed njegove insolventnosti novi ugovaratelj ne treba, uz to što je na njega prenesen ugovor, preuzeti i dio poslovanja prvotnog ugovaratelja. Smatraju da bi, ako bi taj izraz trebalo tumačiti na način da zahtijeva određenu vrstu prijenosa poslovanja, primjena odredbe o kojoj je riječ bila znatno ograničena.

32. Drugo tumačenje, koje zagovaraju društvo Dustin i Komisija, temelji se naprotiv na pretpostavci da novi ugovaratelj preuzima barem dio poslovanja prvotnog ugovaratelja. Društvo Dustin smatra da bi u suprotnom to dovelo do gotovo potpuno slobodnog prenošenja sporazuma o javnoj nabavi.

33. Prema mišljenju društva Dustin i Komisije, kako se ne bi povrijedila načela jednakog postupanja i transparentnosti, a time i cilj osiguravanja tržišnog natjecanja, potrebno je zadržati materijalnu istovjetnost prvotnog uspješnog ponuditelja, odnosno da imovinu korištenu za izvršavanje okvirnog sporazuma, ili barem jedan njezin dio, treba prenijeti na zamjenu kako bi između prvotnog ugovaratelja i njegove zamjene postojao kontinuitet. Komisija priznaje da to možda nije moguće u slučaju kad je poslovanje prvotnog ugovaratelja potpuno prestalo. Međutim, kako bi se osigurala jednakost postupanja prema prvotnim ponuditeljima, u takvoj je situaciji, prema njezinu mišljenju, stoga potrebno da se javni naručitelj prvo obrati njima, primjerice prema njihovu redoslijedu utvrđenom nakon provođenja prvotnog postupka nabave.

⁶ Presuda od 19. lipnja 2008. (C-454/06, u daljnjem tekstu: presuda *pressetext*, EU:C:2008:351, t. 40.) Posljedice te presude ispitat ću detaljnije u točkama 70. do 78. ovog mišljenja.

⁷ Vidjeti u tom smislu presudu *pressetext*, točku 47. i članak 72. stavak 1. točku (e) Direktive 2014/24.

⁸ Vidjeti presudu od 7. rujna 2016., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, t. 28.). Na ta se načela i obvezu nadmetanja podsjeća u članku 18. Direktive 2014/24.

34. Rizici su veliki. Od Suda se traži da pojasni kojim manevarskim prostorom javni naručitelj raspolaže u slučaju insolventnosti prvotnog uspješnog ponuditelja kako bi potonjeg zamijenio.

35. Prema mojem mišljenju, tekst sporne odredbe ne može se tumačiti na način kako to predlažu društvo Dustin i Komisija. U nastavku analize pokušat ću dokazati da tu odredbu treba shvatiti u skladu s prvim tumačenjem, pri čemu ću se osloniti na njezin tekst (odjeljak A), njezin unutarnji i vanjski kontekst, odnosno na odredbe koje je reguliraju i pripremne akte (odjeljak B), kao i na ciljeve koje zakonodavac nastoji postići (odjeljak C).

A. Tekst sporne odredbe

36. Najprije ističem da se tekstom članka 72. stavka 1. Direktive 2014/24 predviđa da je okvirne sporazume moguće mijenjati bez provođenja novog postupka nabave u pet slučajeva navedenih u točkama (a) do (e) te odredbe. U točki (d) podtočki ii., čije se tumačenje traži od Suda, izričito se navodi insolventnost prvotnog ugovaratelja kao jedan od slučajeva kad se okvirni sporazum može dodijeliti novom ugovaratelju bez provođenja novog postupka nabave, iako ta promjena predstavlja značajnu izmjenu ugovora.

37. Spornom odredbom primjena predmetne iznimke podvrgava ispunjavanju nekoliko uvjeta, ali oni izrijeком ne spominju prijenos dijela poslovanja prvotnog ugovaratelja.

38. Riječ je o trima uvjetima, odnosno:

- novi je ugovaratelj gospodarski subjekt koji *ispunjava kriterije za kvalitativni odabir*. Nesporno je da je taj uvjet ispunjen u situaciji kao što je ona u glavnom predmetu, u kojoj je novi ugovaratelj, u ovom slučaju društvo Advania, bio među poduzećima za koje je utvrđeno da ispunjavaju uvjete za nadmetanje⁹.
- zamjena novim ugovarateljem ne znači *druge značajne izmjene ugovora*. Čini se da ni taj uvjet ne izaziva dvojbe u glavnom predmetu kako ga je predstavio sud koji je uputio zahtjev.
- zamjena novim ugovarateljem *nema za cilj zaobilaženje primjene Direktive 2014/24*. Predmetna zamjena ne smije biti obilazan put kojim javni naručitelj odabire ugovaratelja prema svojem izboru bez provođenja nadmetanja između zainteresiranih kandidata. Vratit ću se na potonji uvjet kojim se nastoji izbjeći zaobilaženje pravila o postupku nabave predviđenih tom direktivom¹⁰. Međutim, najprije napominjem da sud koji je uputio zahtjev nije sugerirao da se u glavnom predmetu imenovanjem novog ugovaratelja nastoji izbjeći primjena tih pravila.

39. Međutim, društvo Dustin i Komisija tvrde da nužnost prijenosa barem dijela poslovanja prvotnog ugovaratelja prešutno proizlazi iz samog teksta sporne odredbe prema kojem prvotnog ugovaratelja zamjenjuje drugi gospodarski subjekt „*uslijed općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost*”¹¹.

⁹ Vidjeti točku 13. ovog mišljenja.

¹⁰ Vidjeti točke 84., 86. i 87. ovog mišljenja.

¹¹ Moje isticanje

40. Ističem da se upotrijebljeni izrazi neznatno razlikuju u različitim jezičnim verzijama sporne odredbe. Tako je u verzijama na engleskom i francuskom jeziku te odredbe upotrijebljen izraz „opće ili djelomično nasljeđivanje”, dok se u verziji na švedskom jeziku sporne odredbe navodi da drugi gospodarski subjekt „u potpunosti ili djelomično zamjenjuje” prvotnog ugovaratelja.

41. Međutim, u predmetnom kontekstu mi se čini da su ti izrazi gotovo istovjetni.

42. Prema mojem mišljenju, iz naglaska koji su sve stranke koje su podnijele očitovanja Sudu stavile na pojam „nasljeđivanje” pravilno proizlazi da novi ugovaratelj općenito ili pojedinačno nasljeđuje prvotnog ugovaratelja. U verziji na engleskom jeziku ponovno se navodi ta ideja u okviru pojašnjenja da se zamjena odvija „kao posljedica” općeg ili djelomičnog nasljeđivanja¹².

43. Iz toga proizlazi da novi ugovaratelj preuzima svu imovinu ili dio imovine prvotnog ugovaratelja. Međutim, ističem da pojam „dio” nije definiran u spornoj odredbi. Dio može biti veći ili manji, ovisno o događaju koji je doveo do tog nasljeđivanja¹³. Na temelju doslovnog tumačenja tog izraza može se stoga smatrati da novi ugovaratelj može preuzeti samo jedan ugovor o javnoj nabavi ili jedan okvirni sporazum.

44. Suprotno tomu, ističem da se na temelju pojma „dio” ne može zaključiti da je moguće prenijeti samo dio ugovora ili okvirnog sporazuma jer bi to predstavljalo značajnu promjenu ugovora ili okvirnog sporazuma te bi bilo protivno uvjetu prema kojem ne smiju postojati druge „značajne izmjene”. Naime, smanjenje opsega okvirnog sporazuma, prema mojem mišljenju, očito može izmijeniti gospodarsku ravnotežu ugovora u korist novog ugovaratelja na način koji nije predviđen izvornim okvirnim sporazumom te stoga može predstavljati „značajnu izmjenu” u smislu članka 72. stavka 4. točke (b) Direktive 2014/24.

45. Iz toga slijedi da novi ugovaratelj koji zamjenjuje prvotnog uspješnog ponuditelja, time što ga nasljeđuje, treba preuzeti okvirni sporazum ili ugovor o javnoj nabavi u cijelosti. Drugim riječima, on mora prihvatiti sva prava i obveze koji proizlaze iz tog ugovora¹⁴.

46. Kao što je to pojašnjeno u preostalom dijelu sporne odredbe, događaj koji dovodi do nasljeđivanja treba biti restrukturiranje poduzeća koje može imati različite oblike. Zakonodavac navodi četiri oblika kao primjere i stoga ih ne navodi taksativno. Utvrđujem, kao što je to utvrdila Komisija, da su prva tri navedena primjera, odnosno preuzimanje, spajanje i stjecanje, slična. U tim trima slučajevima navedene radnje podrazumijevaju kontinuitet predmetnog poduzeća, odnosno nastavak poslovanja te materijalnih i ljudskih resursa potrebnih za njegovo obavljanje.

47. Suprotno tomu, u slučaju insolventnosti, koji je naveden kao četvrti primjer, poduzeće nužno više ne postoji. Mogući su brojni scenariji. Točno je da poduzeće može nastaviti s radom u cijelosti, ali također može prestati poslovati te se njegova imovina može prodati, po potrebi, u dijelovima. U potonjem slučaju, okvirni sporazum koji je dio imovine poduzeća može se zasebno ustupiti trećoj osobi, a da ona pritom ne preuzme nijedan drugi dio imovine tog poduzeća.

48. U samom tekstu sporne odredbe ne vidim ništa zbog čega bi se moglo smatrati da u slučaju insolventnosti prvotnog ugovaratelja, osim prijenosa okvirnog sporazuma kojeg je bio ugovaratelj, na novog ugovaratelja nužno treba prenijeti i dio preostale njegove imovine.

¹² Verzija na engleskom jeziku glasi: „as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor”.

¹³ Vidjeti točke 46. i 47. ovog mišljenja.

¹⁴ Napominjem da se tu točku ne osporava. Društvo Dustin naglašava da se okvirni sporazum ne može prenijeti samo djelomično novom ugovaratelju.

49. Stoga se ne slažem s Komisijinim stajalištem prema kojem činjenica da prva tri primjera podrazumijevaju zadržavanje poslovanja prvotnog uspješnog ponuditelja i da je insolventnost, u skladu s tim izrazima, izjednačena s tim primjerima, također pretpostavlja potpun ili barem djelomičan nastavak temeljne djelatnosti prvotnog ugovaratelja. Naime, prema mišljenju te institucije, zakonodavac ne spominje slučaj kad je poslovanje prvotnog ugovaratelja u potpunosti prestalo.

50. Ja pak smatram da se, s obzirom na to da u tekstu Direktive 2014/24 nema izričitog ograničenja dosega pojma „insolventnost”, taj izraz ne može tumačiti tako usko kao što to predlaže Komisija.

51. To tumačenje, prema mojem mišljenju, potkrepljuje kontekst sporne odredbe.

B. Kontekst sporne odredbe

52. Pripremni akti dokazuju, prema mojem mišljenju, da insolventnost nije primjer restrukturiranja sličan preuzimanju, spajanju i stjecanju, iz čega bi proizašlo da bi novi ugovaratelj trebao biti materijalno istovjetan¹⁵ prvotnom ugovaratelju te stoga zadržati dio poslovanja koje je potonji ugovaratelj namijenio izvršavanju predmetnog ugovora o javnoj nabavi. Naprotiv, iz tih akata proizlazi da je zakonodavac od samog početka predvidio insolventnost u širokom smislu, a ona predstavlja situaciju različitu od preuzimanja, spajanja i stjecanja.

53. Najprije napominjem da je Komisija u svojoj Zelenoj knjizi o javnoj nabavi¹⁶ pozvala zainteresirane strane da se izjasne upravo o izmjenama vezanim uz uspješnog ponuditelja u slučaju kad se njegova situacija promijeni slijedom događaja koji ugrožavaju njegovu sposobnost izvršavanja ugovora, kao što je stečaj. Komisija je naglasila da valja raspraviti o tome treba li na razini Unije definirati instrumente koji javnim naručiteljima omogućuju nalaženje rješenja prilagođenog tim situacijama. Stoga je te zainteresirane strane upitala smatraju li da u pravu Unije treba izričito predvidjeti obvezu ili pravo javnih naručitelja da u određenim slučajevima promijene ugovaratelje ili raskinu ugovor te treba li u njemu također definirati posebne postupke za imenovanje novog ugovaratelja¹⁷.

54. Komisija je osobito predvidjela mogućnost da se prvotni ugovaratelj, ako postane insolventan, zamijeni u okviru pojednostavljenog postupka ili da se imenuje drugi najuspješniji ponuditelj odabran slijedom prvotnog postupka javne nabave, ili da se pak ponovi nadmetanje samo među ponuditeljima koji su sudjelovali u tom prvotnom postupku, pod uvjetom da on nije proveden pred previše vremena¹⁸.

¹⁵ Pojam „materijalne istovjetnosti” između gospodarskih subjekata upotrebljava se u okviru provjere usklađenosti ponuda ponuditelja te je povezan s pojmom „pravne istovjetnosti”. Između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude treba postojati pravna i materijalna istovjetnost (vidjeti presude od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, t. 40.) i od 11. srpnja 2019., Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, t. 34.)). Međutim, ističem da se taj zahtjev postavlja u fazi provedbe postupka nabave, a ne u fazi izvršavanja ugovora.

¹⁶ Zelena knjiga Komisije od 27. siječnja 2011. o modernizaciji politike javne nabave EU-a – Prema učinkovitijem europskom tržištu javne nabave (COM(2011) 15 *final*, u daljnjem tekstu: Zelena knjiga).

¹⁷ Vidjeti pitanje 41. iz Zelene knjige.

¹⁸ Vidjeti stranicu 27. i bilješku 61. Zelene knjige.

55. Komisija je u svojem prvotnom Prijedlogu direktive¹⁹, sastavljenom uzimajući u obzir komentare dobivene o svojoj Zelenoj knjizi, predložila da se iznimka od provođenja postupka javne nabave primjenjuje u slučaju restrukturiranja društva *ili* insolventnosti²⁰. Komisija je tako jasno razlikovala dvije situacije time što je u preambuli svojeg Prijedloga direktive pojasnila vrste mogućih situacija koje je kvalificirala kao „strukturne promjene”, odnosno internu reorganizaciju, spajanja i preuzimanja, te insolventnost²¹.

56. Činjenica da se u konačnom tekstu sporne odredbe izričito ne pravi ta razlika i da je zakonodavac odlučio navesti primjere mogućih situacija, prema mojem mišljenju ne znači da je u pogledu prijenosa poslovanja na novog ugovaratelja izjednačio, s jedne strane, insolventnost i, s druge strane, preuzimanje, spajanje i stjecanje.

57. Moju janalizu potkrepljuje smisao izraza „restrukturiranje” koji nije ograničen samo na slučajeve u kojima se poslovanje predmetnog poduzeća zadržava²².

58. Stoga smatram da je zakonodavac u samoj spornoj odredbi, a ne samo u preambuli Direktive 2014/24 kao što je to prethodno predloženo, namjeravao navesti vrste mogućih situacija, ali pritom nije htio navesti na zaključak da sve imaju slična obilježja u pogledu preuzimanja poslovanja prvotnog ugovaratelja koje omogućuje izvršavanje ugovora o javnoj nabavi.

59. Prema mojem mišljenju, u prilog tom tumačenju govori unutarnji kontekst sporne odredbe u okviru Direktive 2014/24.

60. Sporna je odredba dio članka 72. te direktive, naslovljenog „Izmjena ugovora tijekom njegova trajanja”, u kojem se u različitim stavcima detaljno opisuju iznimke od obveze praćenja pravila o postupku nabave i njihovih uvjeta primjene. U njegovim se stavcima 1. i 2. navode slučajevi u kojima se ugovori i okvirni sporazumi mogu izmijeniti bez provođenja novog postupka nabave, dok se u njegovu stavku 5. naglašava i da je novi postupak nabave potreban u slučajevima izmjena koje nisu predviđene tim dvama stavcima. U njegovu se stavku 4. pojašnjava što čini značajnu izmjenu ugovora ili okvirnog sporazuma, pri čemu se naglašava da takvu izmjenu čini imenovanje novog ugovaratelja, *osim*, među ostalim, u slučajevima predviđenima u stavku 1. točki (d), pa samim time i u slučaju insolventnosti kako je pojašnjen u spornoj odredbi.

61. U tom se članku 72. za svaki predviđeni slučaj pojašnjavaju uvjeti pod kojima se primjenjuju iznimke od postupaka nabave. Međutim, kao što sam to već istaknuo, među njima se ne navodi obveza prijenosa barem dijela poslovanja prvotnog ugovaratelja na novog ugovaratelja u slučaju insolventnosti prvotnog ugovaratelja.

62. Što se tiče iznimke od općeg pravila o provođenju postupka javne nabave, točno je da spornu odredbu treba usko tumačiti u pogledu pojma insolventnosti. Međutim, tim se tumačenjem iznimci ne smije oduzeti njezin koristan učinak. Naime, to bi bio slučaj, prema mojem mišljenju²³, kad bi se pojam insolventnosti ograničio samo na situacije u kojima se poslovanje predmetnog poduzeća može nastaviti barem djelomično te kad se ne bi tumačio u svojem

¹⁹ Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o javnoj nabavi (COM (2011) 896 *final*, u daljnjem tekstu: Prijedlog direktive)

²⁰ Vidjeti Prijedlog direktive, članak 72. stavak 3.

²¹ Vidjeti uvodnu izjavu 47. Prijedloga direktive.

²² Kao što to proizlazi iz mišljenja Conseil d'État (Državno vijeće, Francuska) (Odjel za financije) od 8. srpnja 2000. (Prijenos ugovora – br. 141654.), restrukturiranje može dovesti do nestanka izvornog nositelja ugovora o javnoj nabavi.

²³ O narušavanju korisnog učinka sporne odredbe vidjeti također točke 92. do 94. ovog mišljenja.

uobičajenom širem smislu. U tom pogledu naglašavam da se izraz „insolventnost” upotrebljava općenito i da, prema mojem mišljenju, može obuhvaćati sve situacije insolventnosti navedene u članku 57. stavku 4. točki (b) Direktive 2014/24²⁴.

63. Stoga smatram da se iznimka koja se odnosi na insolventnost primjenjuje samo pod trima uvjetima navedenima u spornoj odredbi, na koje se podsjeća u točki 38. ovog mišljenja.

64. Ta je analiza potvrđena uvodnom izjavom 110. te direktive u kojoj se navodi da u slučaju „određen[ih] strukturn[ih] promjen[a]” uspješnog ponuditelja tijekom izvršavanja ugovora, među kojima je i insolventnost, provedba novog postupka nije automatski potrebna. Zbog izraza „određene strukturne promjene” i njegove općenitosti, izraz „restrukturiranje poduzeća” može se tumačiti prilično široko. Navedeni primjeri obuhvaćaju nezgode ili događaje koji mogu utjecati na samu strukturu poduzeća te su isto tako raznoliki kao i isključivo interno restrukturiranje ili insolventnost, uključujući i preuzimanje društva.

65. Tumačenje sporne odredbe koje predlažem, prema kojem se iz teksta i konteksta te odredbe ne može zaključiti da dio poslovanja prvotnog ugovaratelja treba prenijeti na novog ugovaratelja kako bi se mogla primijeniti iznimka povezana s insolventnosti prvotnog ugovaratelja, potkrijepljeno je i ciljevima koji se nastoje postići Direktivom 2014/24.

C. Ciljevi Direktive 2014/24

66. Ciljevi koje zakonodavac nastoji postići vidljivi su iz obrazloženja Prijedloga direktive.

67. Time što je potvrdio cilj osiguravanja nadmetanja među kandidatima u svim državama članicama i time što je u tu svrhu ponovno istaknuo načela transparentnosti i jednakog postupanja, zakonodavac je htio, kao prvo, uzeti u obzir druge ciljeve²⁵ i, kao drugo, uvesti određenu fleksibilnost i pojednostavljenje u primjeni pravila²⁶. U Prijedlogu direktive tako se naglašava želja za smanjenjem formalizma i davanjem pragmatičnog odgovora na konkretne probleme s kojima se suočavaju javni naručitelji i ponuditelji, uzimajući u obzir sudsku praksu Suda.

68. Kao što je to istaknuto u pravnoj teoriji²⁷, dok su direktive u području javne nabave prethodno bile usmjerene na pravila primjenjiva na *postupak javne nabave* i, konkretno, na nadmetanje kandidata *prije* postupka nabave u pravom smislu riječi, Direktiva 2014/24²⁸ uređuje i *izvršavanje ugovora o javnoj nabavi*, a time i fazu *nakon* postupka nabave, koja obuhvaća eventualnu izmjenu ugovora tijekom njihova izvršavanja.

69. U potpunosti se pogledu u Direktivi 2014/24 u potpunosti uzima u obzir sudska praksa Suda te se ona kodificira. Međutim, kao što ću to dokazati, u njoj se ide puno dalje. Korisno je ispitati tu sudsku praksu i način na koji se ona odražava u Direktivi kako bi se ocijenile novine koje su njome uvedene.

²⁴ Vidjeti točku 8. ovog mišljenja.

²⁵ Osobito zaštitu okoliša te poticanje inovacija, zapošljavanja i socijalne uključenosti (vidjeti točku 1. obrazloženja Prijedloga direktive).

²⁶ Vidjeti obrazloženje Prijedloga direktive.

²⁷ Vidjeti osobito Treumer, S., „Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, Public Procurement Law Review 2014., 3., str. 148.

²⁸ Te se napomene isto tako primjenjuju na Direktivu 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetske i prometne sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.).

70. U tom je području odlučujuća presuda *pressetext*²⁹. Predmet u kojem je donesena ta presuda odnosio se na izmjenu ugovora o javnoj nabavi tijekom njegova izvršavanja i posebno na osobu uspješnog ponuditelja. Sud je istaknuo da se u postojećoj direktivi to pitanje ne rješava³⁰, iako je ona sadržavala relevantne informacije.

71. Sud je tako naglasio da se tom direktivom nastoji osigurati transparentnost postupaka i jednakost postupanja prema ponuditeljima te time ispuniti glavni cilj otvaranja tržišnog natjecanja u svim državama članicama³¹. Iz toga je zaključio da izmjene odredbi ugovora o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja čine novi postupak nabave ako predstavljaju bitno različita obilježja od obilježja prvotnog ugovora. Sud je pojasnio što treba smatrati *značajnim izmjenama* i naveo da one obuhvaćaju uvođenje uvjeta kojima bi se, da su postojali u prvotnom postupku nabave, omogućilo sudjelovanje drugih ponuditelja, uz one koji su izvorno sudjelovali, ili bi se omogućio odabir druge ponude od one koja je izvorno prihvaćena³².

72. Sud iz toga zaključuje da, općenito govoreći, zamjenu ugovaratelja kojem je javni naručitelj prvotno dodijelio ugovor novim ugovarateljem treba smatrati promjenom jednog od bitnih uvjeta ugovora o javnoj nabavi³³.

73. U presudi *pressetext* pojašnjavaju se situacije u kojima određene promjene koje utječu na uspješnog ponuditelja ipak ne predstavljaju bitnu izmjenu.

74. To je slučaj ako je, kao u predmetu u kojem je donesena ta presuda, poslovanje uspješnog ponuditelja preneseno na jedno od njegovih društava kćeri koje je u njegovu stopostotnom vlasništvu, kojim upravlja i za koje je solidarno odgovoran, te ako se postojeće cjelokupno djelovanje ne promijeni. Kod takvog je rješenja riječ o *internoj reorganizaciji* ugovaratelja koja bitno ne mijenja uvjete prvotnog ugovora³⁴.

75. Isto vrijedi i ako je uspješni ponuditelj pravna osoba osnovana u obliku dioničkog društva koje kotira na burzi. Naime, Sud je naglasio da iz same prirode takvog društva proizlazi da se njegovi dioničari mogu promijeniti u bilo kojem trenutku. Iz toga proizlazi da se takvom situacijom načelno ne dovodi u pitanje valjanost dodjele ugovora o javnoj nabavi takvom društvu³⁵.

76. Sud je dodao da se taj zaključak primjenjuje i na pravne osobe osnovane u obliku zadružnog društva s ograničenom odgovornošću, kao u predmetu na kojem se temelji presuda *pressetext*. Eventualne promjene u sastavu članova takvog zadružnog društva načelno ne dovode do značajne izmjene ugovora koji mu je dodijeljen³⁶.

²⁹ Vidjeti točku 26. ovog mišljenja.

³⁰ Vidjeti točku 30. presude *pressetext*. Riječ je bila o Direktivi Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim uslugama (SL 1992., L 209, str. 1.).

³¹ Vidjeti točke 31. i 34. presude *pressetext*.

³² Vidjeti točku 35. presude *pressetext*.

³³ Vidjeti točku 40. presude *pressetext*.

³⁴ Vidjeti točku 45. presude *pressetext*.

³⁵ Vidjeti točku 51. presude *pressetext*.

³⁶ Vidjeti točku 52. presude *pressetext*.

77. Ta se razmatranja u potpunosti odražavaju u Direktivi 2014/24, s jedne strane, u spornoj odredbi i, s druge strane, u njezinoj preambuli u uvodnim izjavama 107. i 110. Tako se u uvodnoj izjavi 107. izričito upućuje na sudske praksu Suda, dok se u uvodnoj izjavi 110. navode isključivo interne reorganizacije, ali i preuzimanja, spajanja i kupnje, koji podrazumijevaju promjenu dioničara ili članova, pa stoga i vlasnikâ.

78. Međutim, napominjem da se u Direktivi 2014/24 ne uzimaju u obzir zaključci iz presude presetext i da se u njoj razmatraju druge vrste situacija.

79. Naime, iako je Sud naveo situacije kad promjena koja utječe na uspješnog ponuditelja ne predstavlja *značajnu izmjenu* i stoga ne dovodi do novog postupka javne nabave, u Direktivi 2014/24 se u spornoj odredbi dodatno navode slučajevi u kojima zbog promjene koja se odnosi na uspješnog ponuditelja, iako je obično riječ o *značajnoj izmjeni*, ipak nije potrebno ponovno provesti nadmetanje.

80. To osobito vrijedi u slučajevima preuzimanja, spajanja i stjecanja, pod uvjetom da su ispunjeni uvjeti navedeni u spornoj odredbi.

81. Štoviše, što se tiče pitanja koje zanima Sud u ovom predmetu, Direktivom 2014/24 predviđa se upravo slučaj insolventnosti koji mu još nije bio podnesen na ocjenu.

82. Uzimanje u obzir potonje situacije predstavlja inovaciju s gledišta zakonodavstva Unije u području javne nabave i sudske prakse koja je postojala na dan donošenja Direktive 2014/24. Time se odgovara na praktičan problem koji postoji u okviru izvršavanja ugovorâ.

83. Riječ je o problemu osiguravanja da se, ako se javni naručitelj nađe u situaciji da uspješni ponuditelj više ne može osigurati izvršavanje ugovora o javnoj nabavi zbog insolventnosti, zamjena može imenovati bez nepotrebnog odgađanja i nesrazmjernog poskupljenja predmetnog ugovora provođenjem novog postupka nabave. Spornom se odredbom nastoji riješiti taj problem time što se predviđa rješenje koje je u interesu javnog naručitelja, ali i uspješnog ponuditelja i njegovih vjerovnika. Međutim, valja istaknuti da problem koji nastaje u situaciji insolventnosti nije manje važan ovisno o tome nastavi li poduzeće koje je postalo insolventno poslovati djelomično ili u potpunosti prestaje poslovati. U svakom slučaju treba pronaći zamjenu. Stoga, očito je da je zakonodavac, time što izričito ne razlikuje te situacije, želio na sve njih pragmatički odgovoriti i istodobno osigurati poštovanje načela kojima se uređuje provedba postupka javne nabave koja su navedena u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24, osobito načelo zabrane da javni naručitelj prijetvorno suzi nadmetanje zaobilaženjem primjene Direktive.

84. Naime, u potonjem pogledu najprije naglašavam da je u slučaju da prvotni uspješni ponuditelj postane insolventan, okvirni sporazum već bio predmet nadmetanja³⁷ i da se prihvaćena ponuda više ne može značajno izmijeniti. Kao što je to izričito navedeno u spornoj odredbi, ako se uvedu druge značajne izmjene, osim promjene suugovaratelja, jedan od triju uvjeta predviđenih spornom odredbom³⁸ nije ispunjen te treba provesti novi postupak nabave.

³⁷ Vidjeti 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., str. 135. do 166., u kojem se naglašava da su „pravila o javnoj nabavi već odigrala svoju ulogu”.

³⁸ Vidjeti drugi uvjet naveden u točki 38. ovog mišljenja.

85. Nadalje, nastanak insolventnosti uspješnog ponuditelja nije rijetkost, ali predstavlja izvanrednu situaciju koju javni naručitelj ili prvotni uspješni ponuditelj obično ne predviđa niti želi. Podsjećam da su ekonomska i financijska sposobnost jedan od triju kriterija za odabir kandidata koji su predviđeni člankom 58. Direktive 2014/24. Štoviše, insolventnost gospodarskog subjekta u smislu članka 57. stavka 4. točke (b) te direktive je razlog za isključenje iz sudjelovanja u postupku nabave, koji je fakultativan ili obavezan, ovisno o nacionalnom pravu.

86. Ta izvanrednost slučaja insolventnosti u pravilu ima za učinak izbjegavanje da se zamjena uspješnog ponuditelja novim ugovarateljem koristi kao potez javnog naručitelja da bi zaobišao primjenu Direktive 2014/24. Ističem da je rizik od takvog poteza tim manje vjerojatan ako je imenovan stečajni upravitelj, kao u glavnom predmetu, koji ne zastupa interese javnog naručitelja, nego interese vjerovnikâ uspješnog ponuditelja te koji svoj posao obavlja pod nadzorom suda.

87. U svakom slučaju, na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li zainteresirane strane učinile takav potez. Osobito je dužan provjeriti je li provedeno ispitivanje kriterija za odabir, kao što je kriterij u pogledu financijske sposobnosti uspješnog ponuditelja. Datum nastupanja insolventnosti, osobito ako je blizu datuma kad je sklopljen ugovor, može biti naznaka da nije ispravno provjereno je li ispunjen taj kvalitativni kriterij. Što se tiče predmeta kao što je onaj o kojem je riječ u glavnom postupku, napominjem da Sudu u tom pogledu nije dobio nikakva pojašnjenja, ali da ni sud koji je uputio zahtjev nije ničim sugerirao da su dotične stranke imale namjeru zaobići primjenu Direktive 2014/24.

88. Konačno, utvrđujem da, ako je stečajni upravitelj imenovan u svrhu upravljanja imovinom uspješnog ponuditelja koji je postao insolventan, za odabir novog ugovaratelja u prvom je redu zadužen taj upravitelj, a ne javni naručitelj. Međutim, podsjećam na to da se u skladu s člankom 1. stavkom 2. Direktive 2014/24, koji se odnosi na područje primjene te direktive, nabava definira kao stjecanje robe ili usluga putem ugovora o javnoj nabavi koje nabavlja javni naručitelj od gospodarskih subjekata koje je taj javni naručitelj *odabrao*. Stoga, ako javni naručitelj nije izvršio svoj odabir, nema potrebe za postupkom javne nabave s gledišta Direktive 2014/24, čak i ako se zahtijeva da javni naručitelj mora odobriti suugovaratelja.

89. Naime, što se tiče ugovora koji uključuje uzajamne obveze između novog ugovaratelja i javnog naručitelja, to je odobrenje, iako nije predviđeno Direktivom 2014/24, nužno u skladu s pravom država članica u području ugovorâ. Javni se naručitelj možda čak savjetovao te je sudjelovao u određenim pregovorima prije imenovanja novog ugovaratelja, kao što se čini da je to bio slučaj u glavnom predmetu³⁹. Prema mojem mišljenju, to nije dovoljno da bi se smatralo da je javni naručitelj „odabrao” suugovaratelja u smislu Direktive 2014/24⁴⁰.

90. Jasno je da mogućnost imenovanja novog ugovaratelja u slučaju insolventnosti prvotnog ugovaratelja bez provođenja novog postupka nabave otvara znatan manevarski prostor u području javne nabave. Međutim, taj je prostor, prema mojem mišljenju, u skladu s namjerom zakonodavca te se pritom poštuju načela navedena u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24, pod uvjetom da su ispunjena tri uvjeta na koja se podsjeća u točki 38. ovog mišljenja i kojima se uređuje primjena iznimke.

³⁹ Vidjeti točku 15. ovog mišljenja.

⁴⁰ Međutim, Sue Arrowsmith smatra da, ako javni naručitelj zadržava mogućnost utjecanja na određivanje suugovaratelja zbog razloga koji se ne odnose na njegovu tehničku ili financijsku sposobnost, on ga odabire te taj odabir treba podvrgnuti postupku nabave; vidjeti *The law of Public and Utilities procurement: regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3. izdanje, 2014., t. 6. – 290.

91. Tumačenje društva Dustin i Komisije, prema kojem se novog ugovaratelja tako može imenovati samo ako preuzme barem dio poslovanja prvotnog ugovaratelja koje omogućuje izvršavanje ugovora, osim što ga zakonodavac nije izričito predvidio te, prema mojem mišljenju, nadilazi smisao sporne odredbe, uzrokuje više problema nego što ih rješava.

92. Kao prvo, napominjem da obveza preuzimanja dijela poslovanja prvotnog ugovaratelja znatno smanjuje doseg iznimke koja se odnosi na insolventnost, s obzirom na to da poduzeće u brojnim slučajevima u potpunosti prestaje poslovati. Usto se može postaviti pitanje koji dio poslovanja prvotnog ugovaratelja treba prenijeti kako bi se iznimka primjenjivala.

93. Kao drugo, takva bi obveza mogla bitno otežati zadaću stečajnog upravitelja. Čak bi mogla biti protivna ovlastima koje su mu u skladu s nacionalnim pravom u području insolventnosti dodijeljene za vođenje pregovora u interesu vjerovnika⁴¹.

94. U tom se pogledu slažem sa stajalištem austrijske vlade da prijenos samo ugovora ili okvirnih sporazuma može, ali ne mora biti uobičajen, ovisno o sektoru poslovanja. U slučaju insolventnosti građevinskog poduzeća, primjerice, prijenos određenih velikih gradilišta može eventualno podrazumijevati prijenos materijala i osoblja. Suprotno tomu, to nije nužno slučaj s računalnim uslugama ili nabavom računalnog hardvera. Pritom ističem, kao što je to naglasila i ta vlada, da se događa da poduzeće koje je postalo insolventno ipak može nastaviti poslovanje, pod uvjetom da prenese ugovor o javnoj nabavi. Međutim, kad bi se ta mogućnost isključila, to ne bi onemogućilo samo zamjenu ugovaratelja, nego bi moglo ugroziti i ostvarivanje ciljeva stečajnih postupaka koji se odnose na očuvanje, koliko je to moguće, postojećeg poduzeća u interesu vjerovnika.

95. Kao treće, nalaganje takvog prijenosa imovine kako bi se izbjeglo zaobilaženje pravila o tržišnom natjecanju ne samo da bi bilo skupo rješenje, nego se može i postaviti pitanje je li ono nužno s obzirom na to da prijenos ugovora o javnoj nabavi u svakom slučaju podliježe uvjetu navedenom u spornoj odredbi prema kojem to ne smije biti sredstvo za zaobilaženje primjene Direktive 2014/24.

96. Kao četvrto, ispitat ću konkretne probleme koje predstavlja Komisijino stajalište o postojanju obveze stečajnog upravitelja da se obrati prvotnim ponuditeljima u slučaju potpunog prestanka poslovanja prvotnog uspješnog ponuditelja.

97. Podsjećam na to da, prema Komisijinu mišljenju, namjera zakonodavca nije bila uzeti u obzir slučaj kad je poslovanje prvotnog ugovaratelja u potpunosti prestalo⁴². Međutim, ta institucija priznaje da takva situacija može nastati⁴³ i da ugovor o javnoj nabavi može biti njegova jedina preostala imovina.

⁴¹ Iz spisa u ovom predmetu proizlazi da su takve ovlasti predviđene nacionalnim pravom u Švedskoj i Austriji. U Uredbi (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti (SL 2015., L 141, str. 19. i ispravak SL 2016., L 349, str. 9.) naglašava se, u uvodnoj izjavi 22., da postoje velike razlike u materijalnom pravu država članica u tom području. Vidjeti u tom pogledu i Direktivu (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti) (SL 2019., L 172, str. 18.), osobito njezine uvodne izjave 1., 4., 7., 8. i 12.

⁴² Vidjeti točku 49. ovog mišljenja.

⁴³ Vidjeti točku 33. ovog mišljenja.

98. U takvom slučaju Komisija smatra da se sporna odredba može tumačiti na način da se iznimka od pokretanja novog postupka nabave primjenjuje pod uvjetom da se ugovor o javnoj nabavi ponudi svim prvotnim ponuditeljima koji su ispunili kriterije za odabir na nediskriminirajući način i na jednakoj osnovi, primjerice na način da im se obraća prema redoslijedu koji zauzimaju na listi⁴⁴.

99. Međutim, napominjem da se, kao prvo, takav uvjet ne navodi u spornoj odredbi i da je on očito protivan želji zakonodavca. Naime, kao što sam to naveo u točkama 53. i 54. ovog mišljenja, Komisija je u pripremnim aktima predvidjela mogućnost da se u slučaju stečaja primjenjuje poseban postupak, među ostalim predviđajući da se javni naručitelj mora ponovno obratiti prvotnim ponuditeljima. U konačnici u Direktivi 2014/24 nije prihvaćen taj prijedlog te nije zamijenjen nijednim drugim. Iz toga zaključujem da je zakonodavac očito odbacio takvu obvezu obraćanja prvotnim ponuditeljima.

100. Kao drugo, ako se ugovor o javnoj nabavi ili okvirni sporazum treba ponuditi prvotnim ponuditeljima prema njihovu redoslijedu, to znači da ga treba dodijeliti prvome među njima koji ga prihvati. Međutim, tim se pristupom ne uzima u obzir činjenica da novog ugovaratelja mora odobriti javni naručitelj⁴⁵. Bivši ponuditelj, čak i ako zauzima najbolji položaj na listi nakon prvotnog uspješnog ponuditelja, nema automatsko pravo na dodjelu ugovora u takvim okolnostima.

101. Kao treće, ako je stečajni upravitelj dužan na taj način obratiti se prvotnim ponuditeljima, može mu biti onemogućen pronalazak kupca s najvišom ponudom u interesu vjerovnika. Međutim, prema mojem mišljenju, iz Direktive 2014/24 nipošto ne proizlazi da je zakonodavac Unije na taj način namjeravao ograničiti ovlasti koje su stečajnim upraviteljima eventualno priznate nacionalnim pravom⁴⁶.

102. Stoga se ne mogu složiti s Komisijinim tumačenjem.

103. Suprotno tomu, kao što to proizlazi iz prethodne analize, smatram da se, s obzirom na to da su ispunjena tri uvjeta koja su predviđena spornom odlukom i na koja se podsjeća u točki 38. ovog mišljenja, tumačenjem te odredbe na način da omogućuje da se na novog ugovaratelja prenese samo okvirni sporazum ili prethodno dodijeljen ugovor o javnoj nabavi, a da pritom nije potrebno provesti novi postupak nabave niti je taj novi ugovaratelj obavezan preuzeti drugo poslovanje prvotnog ugovaratelja, odgovara na konkretan problem u poslovnom životu i pritom poštuju načela kojima se uređuje provedba postupka javne nabave navedena u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24.

⁴⁴ Komisija navodi da se čini da je u talijanskom pravu prihvaćeno rješenje takve vrste. Naglašavam da Marion Comba i Sara Richetto u svojim napomenama o talijanskom zakonodavstvu kojim se prenosi Direktiva 2014/24 navode da je ta država članica u članku 110. D Lgs 50/2016 predvidjela *mogućnost* da se javni naručitelj obrati prvotnim ponuditeljima prema njihovu rangu (vidjeti Treumer, S., i Comba, M., *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*, Elgar, 2018., 7. poglavlje, str. 149.).

⁴⁵ Vidjeti točku 89. ovog mišljenja.

⁴⁶ Pojašnjavam da iz toga ne proizlazi da svaka financijska poteškoća prvotnog uspješnog ponuditelja može dovesti do imenovanja zamjene a da se ne provede novi postupak nabave u skladu s Direktivom 2014/24. Potrebno je i pokrenuti službeni postupak u slučaju insolventnosti, kao u glavnom predmetu.

V. Zaključak

104. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud, Švedska) odgovori kako slijedi:

Članak 72. stavak 1. točku (d) podtočku ii. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ treba tumačiti na način da u slučaju da je novi ugovaratelj preuzeo prava i obveze koje je prvotni ugovaratelj imao na temelju okvirnog sporazuma, nakon što mu je stečajni upravitelj ustupio taj sporazum jer je nad tim prvotnim ugovarateljem otvoren stečaj, treba smatrati da je novi ugovaratelj u potpunosti ili djelomično naslijedio prvotnog ugovaratelja u smislu te odredbe. Uz taj prijenos, na novog ugovaratelja nije potrebno prenijeti dio poslovanja prvotnog ugovaratelja koje se odnosi na izvršavanje okvirnog sporazuma.