

Predmet C-461/20**Zahtjev za prethodnu odluku****Datum podnošenja:**

24. rujna 2020.

Sud koji je uputio zahtjev:

Högsta förvaltningsdomstolen (Švedska)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

15. rujna 2020.

Tužitelji:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Tuženik:

Dustin Sverige AB

VRHOVNI UPRAVNI ZAPISNIK [...]

SUD 15. rujna 2020. [...]

STOCKHOLM

[...]

TUŽITELJI

1. Advania Sverige AB [...]

2. Kammarkollegiet (Agencija za pravne, financijske i upravne usluge)

Statens Inköpscentral (Središnje državno tijelo za javnu nabavu)

[...]

TUŽENIK

Dustin Sverige AB, [...]

POBIJANA ODLUKA

Presuda Kammarrätten i Stockholm (Žalbeni upravni sud u Stockholmu) od 16. listopada 2019. [...]

PREDMET

Ispitivanje valjanosti ugovora; zahtjev Sudu Europske unije za donošenje prethodne odluke

[...]

[orig. str. 2.]

Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud, Švedska) donosi sljedeću

ODLUKU

Od Suda Europske unije se na temelju članka 267. UFEU-a traži donošenje prethodne odluke prema zahtjevu za prethodnu odluku koji je priložen zapisniku.

[...]

[orig. str. 3.]

PRILOG

Zahtjev za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a u pogledu tumačenja članka 72. stavka 1. točke (d) podtočke ii. Direktive 2014/24/EU o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva o javnoj nabavi)

Uvod

1. Nakon što je dobavljač proglašen insolventnim, iz njegove su stečajne mase četiri okvirna sporazuma prenesena na novog dobavljača. Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud) zahtjevom za prethodnu odluku traži pojašnjenje u pogledu toga može li se u takvim okolnostima za novog dobavljača smatrati da je naslijedio prvotnog dobavljača te da stoga nije potrebno provoditi novi postupak nabave.

Relevantne odredbe prava Unije

2. U skladu s člankom 72. stavkom 1. točkom (d) podtočkom ii. Direktive o javnoj nabavi, okvirne sporazume moguće je mijenjati bez novog postupka nabave ako novi ugovaratelj zamjenjuje onoga kojemu je javni naručitelj prvotno dodijelio

ugovor uslijed 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 direktive.

3. Uvodna izjava 110. te direktive predviđa sljedeće. U skladu s načelima jednakog postupanja i transparentnosti, uspješan ponuditelj ne bi trebao biti zamijenjen drugim gospodarskim subjektom bez ponovnog nadmetanja. Međutim, uspješan ponuditelj koji izvršava ugovor trebao bi moći iskusiti određene strukturne promjene tijekom izvršavanja ugovora, poput isključivo internih reorganizacija, preuzimanja, spajanja i kupnji ili insolventnosti (isticanje dodao Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud)). Takve strukturne promjene ne bi trebale automatski podrazumijevati potrebu za provedbom novih postupaka nabave.

Relevantno nacionalno zakonodavstvo

4. U skladu s poglavljem 17. člankom 13. prvim stavkom Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (Zakon (2016:1145) o javnoj nabavi; u daljnjem tekstu: LOU), „ugovore i okvirne sporazume moguće je bez provedbe novog postupka nabave mijenjati na način da se jedan ugovaratelj zamijeni drugim ako:
 1. do zamjene dolazi uslijed općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost, te ako
 2. okolnost općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja ne podrazumijeva druge značajne izmjene ugovora ili okvirnog sporazuma.”

[orig. str. 4.]

Iz točke 2. proizlazi da takva zamjena ugovaratelja pretpostavlja da novi pružatelj usluge nije isključen te da ispunjava uvjete za kvalifikaciju predviđene u kontekstu prvotnog ugovora.

Činjenično stanje glavnog postupka

Pozadina

5. Predmet se odnosi na četiri okvirna sporazuma uz ponovno otvaranje nadmetanja koje je Kammarkollegiet sklopio putem ograničenog postupka u skladu s Lagenom (2007:1091) om offentlig upphandling (Zakon (2007:1091) o javnoj nabavi), koji više nije na snazi. Okvirni sporazumi odnose se na kupnju računala, monitora, tableta itd. Tri okvirna sporazuma obuhvaćaju razna zemljopisna područja, a četvrti obuhvaća državno područje. Sedamnaest je kandidata

ispunjavalo uvjete sposobnosti te im je odobreno sudjelovanje u preliminarnom odabiru. Za slučaj da je više od devet kandidata ispunjavalo uvjete za podnošenje ponuda, bilo je predviđeno da se na dostavu ponuda pozove one koji bi na temelju preliminarnog odabira obećavali stvoriti najvišu ukupnu dodanu vrijednost.

6. Društva Dustin Sverige AB (u daljnjem tekstu: Dustin) i Misco AB (u daljnjem tekstu: Misco) bila su među devet kandidata s projekcijom najviše dodane vrijednosti koji su pozvani da dostave ponude. Društvo Advania Sverige AB (u daljnjem tekstu: Advania) nije bilo među tih devet, nego među sedamnaest onih koji su ispunjavali uvjete sposobnosti. Okvirni sporazumi sklopljeni su s ukupno šest dobavljača u svakom području. Društvu Misco ugovori su dodijeljeni u svim područjima. Društvu Dustin ugovori su dodijeljeni u dvama područjima.
7. Društvo Misco je dopisom od 4. prosinca 2017. zatražilo od Kammarkollegieta da odobri prijenos okvirnih sporazuma na društvo Advania. Društvo Misco je 12. prosinca proglašeno insolventnim. Upravitelj za slučaj insolventnosti je 18. siječnja 2018. potpisao ugovor s društvom Advania radi prijenosa okvirnih sporazuma. Kammarkollegiet je prijenos odobrio u veljači 2018.

Tužba za proglašenje ugovora nevaljanima

8. Društvo Dustin podnijelo je Förvaltningsrättenu i Stockholm (Upravni sud u Stockholmu) tužbu za proglašenje okvirnih sporazuma između društva Advania i Kammarkollegieta nevaljanima. Društvo Dustin je tvrdilo da prijenos okvirnih sporazuma s društva Misco na društvo Advania nije činilo dopuštenu izmjenu okvirnih sporazuma u skladu s poglavljem 17. člankom 13. LOU-a jer društvo Advania nije naslijedilo društvo Misco nakon restrukturiranja poduzeća. Društvo Dustin je u prilog svojoj tužbi navelo sljedeće. Nije jasno je li društvo Advania preuzelo ugovore društva Misco o podugovaranju. Može se navesti da društvo Advania, izuzevši određene informacije, nije preuzelo nikakve sustave, osoblje, poslovnu imovinu ili važeće ugovore, osim samih okvirnih sporazuma. Dakle, prijenos okvirnih sporazuma nije izazvao značajnu strukturnu promjenu društva Misco, kako LOU zahtijeva. Postojeći dobavljač samo je prodao te sporazume te prijenos ne čini restrukturiranje poduzeća u smislu navedene odredbe.
9. Kammarkollegiet naveo je sljedeće. Iz informacija koje Kammarkollegiet dobio proizlazi da je društvo Advania kupilo čitavu djelatnost koju je društvo Misco obavljalo u kontekstu izvršavanja okvirnih sporazuma. Što se tiče zahtjeva društva Misco, Kammarkollegiet je zauzeo stajalište da je prijenos u pitanju izvršen u zbog restrukturiranja koje je bilo posljedica insolventnosti društva Misco te da je društvo Advania, koje sada izvršava okvirne sporazume, nastavilo pravnu osobnost društva Misco, koje je podnijelo ponude, **[orig. str. 5.]** kvalificiralo se i potpisalo okvirne sporazume. To se stajalište temeljilo na činjenici da je društvo Advania preuzelo sve okvirne sporazume o javnoj nabavi (uključujući ugovore sklopljene na temelju okvirnih sporazuma, s pravima i obvezama), osoblje društva Misco koje je imalo ključnu ulogu u izvršavanju ugovorâ (u mjeri u kojoj je to osoblje htjelo prijeći u društvo Advania), podugovaratelj koje je društvo Misco

koristilo za izvršavanje svojih obveza na temelju ugovorâ, kao i sustave itd. koji su potonjem bili potrebni za izvršavanje ugovorâ. Nasljeđivanje društva Misco od strane društva Advania bilo je opće u pogledu obveza iz okvirnih sporazuma, a djelomično u pogledu provedenih stjecanja.

Presuda Förvaltningsrättena

10. Förvaltningsrätten (Upravni sud) odbio je tužbu društva Dustin za proglašenje ugovora nevaljanima. Förvaltningsrätten je u pogledu pitanja jesu li uvjeti za zamjenu ugovaratelja iz poglavlja 17. članka 13. LOU-a bili ispunjeni naveo sljedeće. Upravitelj društava Advania i Misco za slučaj insolventnosti dao je Kammarkollegietu do znanja što je društvo Advania kupovalo te je Kammarkollegiet potom zaključio da je društvo Advania nastavilo pravnu osobnost društva Misco te da ga je stoga moglo naslijediti kao ugovaratelja na temelju okvirnog sporazuma. Kammarkollegiet je taj koji snosi rizik u slučaju zamjene dobavljača te ima određeno interpretativno pravo u situaciji koja tada nastaje. Sud smatra da okolnosti na koje se društvo Dustin poziva ne čine osnovu za pobijanje stjecanja, od strane društva Advania, okvirnih sporazuma i dijelova djelatnosti društva Misco koje je ono obavljalo u kontekstu izvršavanja tih okvirnih sporazuma kakvu zahtijeva poglavlje 17. članak 13. LOU-a. Okvirni sporazumi izmijenjeni su zamjenom ugovaratelja na način koji se može smatrati restrukturiranjem poduzeća.

Žalbeni postupak pred Kammarrättenom

11. Društvo Dustin je protiv presude Förvaltningsrättena (Upravni sud) podnijelo žalbu Kammarrättenu i Stockholm (Žalbeni upravni sud u Stockholmu), navodeći sljedeće. Istraga u predmetnom slučaju ne podupire zaključak da je društvo Advania preuzelo imovinu društva Misco u mjeri koju je Kammarkollegiet pretpostavio u svojoj odluci kojom je odobrio prijenos. Ta agencija nije navela niti jednu okolnost koja bi išla u prilog tvrdnji da je ijedan zaposlenik društva Misco doista prešao u društvo Advania ili da je prenesen ijedan sustav, uz iznimku određenih popisa podataka. Od sedam podugovora dostavljenih sudovima, četiri su sklopljena prije sklapanja ugovora o prijenosu, to jest u kontekstu prvotne djelatnosti društva Advania, a ni u jednom od njih se ne spominje društvo Misco niti se navodi da će ugovor podrazumijevati prijenos postojećeg ugovornog odnosa na društvo Advania. Također, društvo Advania nije preuzelo niti jedan drugi okvirni sporazum sklopljen s javnim naručiteljima. Te okolnosti pokazuju da je društvo Advania, izuzevši određene popise s podacima, samo steklo okvirne sporazume te da stoga nije preuzelo niti jednu granu djelatnosti. Takav ograničeni prijenos nije moguće smatrati nasljeđivanjem društva Misco nakon restrukturiranja poduzeća.
12. Kammarkollegiet je zauzeo stajalište da je žalbu trebalo odbiti kao neosnovanu te je navodio sljedeće. Mnogo elemenata ide u prilog stajalištu da se analiza treba ograničiti samo na pitanje je li došlo do restrukturiranja poduzeća. Činjenica da je

prijenos bio posljedica insolventnosti – koja je izričito navedena u tekstu LOU-a – upućuje na to su potrebni uvjeti bili ispunjeni. Prema njegovu mišljenju, s obzirom na to da je insolventnost izvanredan događaj, likvidacija je posebna vrsta restrukturiranja poduzeća. Malo je vjerojatno da bi društvo Misco proglasilo insolventnost kako bi **[orig. str. 6.]** trgovalo okvirnim sporazumima.

13. Društvo Advania je smatralo da je žalbu trebalo odbiti kao neosnovanu te je navodilo sljedeće. Društvo Misco je u okviru insolventnosti likvidiralo sve svoje djelatnosti koje se nisu mogle prenijeti, među ostalim, društvu Advania. Konkretna narav stjecanja stečajne mase od strane društva Advania stoga nije relevantna.

Presuda Kamarrättena

14. Kamarrätten (Žalbeni upravni sud) je prihvatio žalbu društva Dustin i nevaljanima proglasio četiri okvirna sporazuma između društva Advania i Kammarkollegieta. Kamarrätten je utvrdio da je Kammarkollegiet prijenos okvirnih sporazuma odobrio zbog insolventnosti društva Misco. Kamarrätten je usto naveo sljedeće. Prema ugovoru u pitanju, društvo Misco je povrh okvirnih sporazuma prenijelo pravo na svoje podatke o osoblju, klijentima i dobavljačima, statističke informacije o proizvodima te informacije o njihovoj povijesti, kao i pravo na preuzimanje njegovih podugovaratelja, a društvo Advania proglasilo se spremnim nekim „ključnim zaposlenicima” ponuditi zaposlenje prema tržišnim uvjetima. Iz istrage provedene u predmetnom slučaju proizlazi da je jedan zaposlenik kasnije prešao u društvo Advania. Također proizlazi da, prema navodu društva Advania, popis klijenata društva Misco nije bio potpuno ažuriran niti relevantan te da su klijenti društva Misco već bili promijenili dobavljača. Nema nikakve naznake ni o tome da je prenesen ijedan drugi okvirni sporazum. Naprotiv, društvo Dustin podnijelo je dokaze o tome da je društvo Misco bilo stranka barem još jednog okvirnog sporazuma o javnoj nabavi te da taj okvirni sporazum nije prenesen društvu Advania. Istraga pokazuje da društvo Misco nije društvu Advania prenijelo gotovo niti jednu djelatnost, uz iznimku okvirnih sporazuma u pitanju. Stoga, prema Kamarrättenovu mišljenju, nije moguće smatrati da je došlo do općeg ili djelomičnog nasljeđivanja društva Misco od strane društva Advania u smislu poglavlja 13. članka 17. LOU-a. Stoga se radi o značajnoj izmjeni. Kammarkollegiet nije trebao odobriti zamjenu dobavljača. Sukladno tomu, riječ je nedopuštenoj izravnoj nabavi.

Stajališta stranaka

Društvo Advania

15. Društvo Advania navodi da presudu Kamarrättena (Žalbeni upravni sud) treba ukinuti, a presudu Förvaltningsrättena (Upravni sud) potvrditi, te ističe sljedeće. Društvo Advania ne dovodi u pitanje Kamarrättenovu ocjenu u pogledu toga što je bilo obuhvaćeno prijenosom iz stečajne mase. Predmetni se slučaj odnosi na

pitanje restrukturiranja prethodnog ugovaratelja zbog insolventnosti i kasnije likvidacije, što znači da su iz stečajne mase prodani dijelovi postojeće djelatnosti, među ostalim društvu Advania. Ostatak stečajne mase je likvidiran. Društvo Advania pristalo je preuzeti sve ugovorne obveze društva Misco te je na taj način došlo do općeg nasljeđivanja u pogledu okvirnih sporazuma. Ni LOU ni Direktiva o javnoj nabavi ne zahtijevaju da se aktivnosti određene naravi ili opsega prenesu na novog ugovaratelja. To očito nije slučaj kada je prenesen samo ugovor o javnoj nabavi te se djelatnost prvotnog ugovaratelja nastavila kao do tada. **[orig. str. 7.]**

Kammarkollegiet

16. Kammarkollegiet navodi da presudu Kammarrättena (Žalbeni upravni sud) treba ukinuti, a okvirne sporazume proglašiti valjanima, te ističe sljedeće. Središnje je pitanje kako treba tumačiti izraz „opće ili djelomično nasljeđivanje prvotnog ugovaratelja”. Kammarkollegiet smatra da ga treba tumačiti na način da ugovaratelj-stjecatelj nasljeđuje prava i obveze koje je prvotni ugovaratelj imao na temelju prenesenog okvirnog sporazuma ili ugovora. Ako bi ga se tumačilo na način da zahtijeva određenu vrstu prijenosa djelatnosti ili imovine, primjena odredbe bila bi znatno ograničena. Malo je vjerojatno da će novi ugovaratelj nastaviti poslovati na isti način kao prethodni. Ključno je to da novi ugovaratelj može ugovor izvršavati u skladu s prvotno predviđenim uvjetima i zahtjevima. Djelomično preuzimanje sporazuma ne znači nužno da su izvršene druge njegove značajne izmjene.

Društvo Dustin

17. Društvo Dustin ne smatra da žalbu treba prihvatiti te navodi sljedeće. Činjenica da je došlo do općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja od strane novog nakon restrukturiranja poduzeća ne može se smisleno odnositi na preuzimanje sporazuma o javnoj nabavi od strane novog ugovaratelja. U suprotnom bi bilo moguće steći pojedinačne sporazume o javnoj nabavi bez istodobnog preuzimanja ijednog dijela djelatnosti na koje se ti sporazumi odnose. Takav pristup omogućuje gotovo potpuno slobodnu trgovinu sporazumima o javnoj nabavi. Osim toga, uz takvo bi tumačenje bilo moguće samo djelomično preuzeti prava i obveze na temelju sporazuma, što bi bilo teško pomiriti s uvjetom da zamjena ugovaratelja ne smije podrazumijevati druge značajne izmjene sporazuma. Može se pretpostaviti da iznimka u pogledu zamjene ugovaratelja u okviru restrukturiranja poduzeća podliježe uvjetu da je glavna svrha transakcije preuzimanje čitave ili dijela djelatnosti na koju se sporazum odnosi te da je prijenos samog sporazuma, to jest zamjena ugovaratelja, sporedan prijenosu djelatnosti. Činjenica da novi ugovaratelj stupa u sporazum u pitanju posljedica je izmjene te ne čini preduvjet njezina nastanka.

Potreba za prethodnom odlukom

18. U predmetu koji Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud) razmatra od ključne je važnosti način na koji treba tumačiti odredbu o zamjeni ugovaratelja iz članka 72. stavka 1. točke (d) podtočke ii. Direktive o javnoj nabavi. Za rješavanje predmeta potrebno je protumačiti što znači „opće ili djelomično nasljeđivanje prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost”.
19. Sud Europske unije još nije tumačio taj članak u predmetnom kontekstu. Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud) smatra da nije jasno koji je pravilan način tumačenja te odredbe.
20. S obzirom na navedeno, Högsta förvaltningsdomstolen (Vrhovni upravni sud) smatra potrebnim od Suda Europske unije zatražiti donošenje prethodne odluke. **[orig. str. 8.]**

Pitanje

21. Treba li u slučaju da je novi ugovaratelj preuzeo prava i obveze koje je prvotni ugovaratelj imao na temelju okvirnog sporazuma, nakon što je prvotni ugovaratelj proglašen insolventnim te je sporazum prenesen iz stečajne mase, smatrati da je novi ugovaratelj naslijedio prvotnog ugovaratelja prema uvjetima poput onih iz članka 72. stavka 1. točke (d) podtočke ii. Direktive o javnoj nabavi?