

Zadeva C-461/20**Predlog za sprejetje prehodne odločbe****Datum vložitve:**

24. september 2020

Predložitveno sodišče:

Högsta förvaltningsdomstolen (Švedska)

Datum predložitvene odločbe:

15. september 2020

Predlagateljici v postopku pred vrhovnim upravnim sodiščem:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Nasprotna stranka v postopku:

Dustin Sverige AB

VRHOVNO UPRAVNO ZAPISNIK [...]

SODIŠČE 15. september 2020 [...]

Stockholm

[...]

PREDLAGATELJICI V POSTOPKU PRED VRHOVNIM UPRAVNIM SODIŠČEM

1. Advania Sverige AB [...]

2. Kammarkollegiet (švedska agencija za pravne, finančne in upravne storitve)

Statens Inköpscentral (švedski državni osrednji nabavni organ)

[...]

NASPROTNA STRANKA V POSTOPKU

Dustin Sverige AB, [...]

IZPODBIJANA SODBA

Sodba Kammarrätten i Stockholm (višje upravno sodišče v Stockholmu, Švedska) z dne 16. oktobra 2019 [...]

V ZADEVI

nadzor nad veljavnostjo pogodbe; predlog za sprejetje predhodne odločbe Sodišču Evropske unije

[...]

Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče, Švedska) izdaja ta

SKLEP

Na podlagi člena 267 PDEU se Sodišče Evropske unije prosi za sprejetje predhodne odločbe v skladu s priloženim predlogom za sprejetje predhodne odločbe (ki je priložen k zapisniku).

[...]

PRILOGA

Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU v zvezi z razlago člena 72(1)(d)(ii) Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (v nadaljevanju: Direktiva o javnem naročanju)

Uvod

1. Po razglasitvi stečaja dobavitelja je njegov stečajni upravitelj prenesel štiri okvirne sporazume na novega dobavitelja. Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče) želi s predlogom za sprejetje predhodne odločbe pridobiti pojasnila o tem, ali je mogoče za novega dobavitelja šteti, da je nasledil prvotnega dobavitelja v takih okoliščinah, da ni treba izpeljati novega postopka javnega naročanja.

Upoštevne določbe prava Unije

2. V skladu s členom 72(1)(d)(ii) Direktive o javnem naročanju je mogoče okvirne sporazume spremeniti brez novega postopka javnega naročanja, kadar novi izvajalec, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v

celoti ali delno nasledi izvajalca, kateremu je javni naročnik prvotno oddal javno naročilo, po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemi, združitvami, pripojitvami ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb naročila in ni namenjeno obidu uporabe Direktive.

3. V uvodni izjavi 110 te direktive je navedeno naslednje. V skladu z načeli enake obravnave in preglednosti se uspešen ponudnik ne bi smel nadomestiti z drugim gospodarskim subjektom brez ponovnega odprtja naročila konkurenci. Pri uspešnem ponudniku, ki izvaja javno naročilo, pa lahko med izvajanjem javnega naročila pride do nekaterih strukturnih sprememb, kot so izključno notranje reorganizacije, prevzemi, združitve *in* pripojitve *ali* insolventnost (poudarek dodalo Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče)). Zaradi takih strukturnih sprememb se ne bi smeli avtomatično zahtevati novi postopki javnega naročanja.

Upoštevena nacionalna zakonodaja

4. V skladu s poglavjem 17, člen 13, prvi odstavek, Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (zakon (2016:1145) o javnem naročanju, v nadaljevanju: LOU) „je mogoče javno naročilo ali okvirni sporazum spremeniti, pri čemer enega izvajalca zamenja drug izvajalec brez novega postopka javnega naročanja, če:
 1. novi izvajalec v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemi, združitvami, pripojitvami ali insolventnostjo, in
 2. če okoliščina, da novi izvajalec v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca, ne vključuje drugih bistvenih sprememb javnega naročila ali okvirnega sporazuma“.

Iz drugega odstavka je razvidno, da taka zamenjava izvajalca predpostavlja, da novi izvajalec storitev ni izključen in da izpolnjuje pogoje glede usposobljenosti, ki so bili zahtevani v okviru prvotnega javnega naročila.

Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

Dejansko stanje

5. Zadeva se nanaša na štiri okvirne sporazume s ponovnim zbiranjem javnih ponudb, ki jih je oddala Kammarkollegiet v omejenem postopku v skladu z Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (zakon (2007:1091) o javnem naročanju), ki je zdaj razveljavljen. Okvirni sporazumi se nanašajo na nabavo računalnikov, monitorjev, tablic, itd. Trije od štirih okvirnih sporazumov pokrivajo različna geografska območja, četrti pa zajema nacionalno ozemlje. Kvalificiralo se je 17 kandidatov, med katerimi se je opravila izbira. Če bi se za oddajo ponudb

kvalificiralo več kot devet kandidatov, bi morala izbira temeljiti na najvišji ponujeni skupni dodani vrednosti.

6. Med devetimi kandidati z najvišjo dodano vrednostjo, ki so bili povabljeni k oddaji ponudb, sta bili družbi Dustin Sverige AB (v nadaljevanju: Dustin) in Misco AB (v nadaljevanju: Misco). Družba Advania Sverige AB (v nadaljevanju: Advania) ni bila med temi devetimi kandidati, bila pa je med sedemnajstimi, ki so se kvalificirali. Okvirni sporazumi so bili sklenjeni s skupaj šestimi dobavitelji na vsakem področju. Družbi Misco je bilo oddano javno naročilo na vseh področjih. Družbi Dustin je bilo oddano javno naročilo na dveh področjih.
7. Družba Misco je z dopisom z dne 4. decembra 2017 zaprosila Kammarkollegiet, naj odobri prenos okvirnih sporazumov na družbo Advania. Dne 12. decembra 2017 je bil razglašen stečaj družbe Misco. Stečajni upravitelj je 18. januarja 2018 z družbo Advania podpisal pogodbo o prenosu okvirnih sporazumov. Kammarkollegiet je februarja 2018 odobrila prenos.

Tožba za ugotovitev ničnosti okvirnih sporazumov

8. Družba Dustin je pri Förvaltningsrätten i Stockholm (upravno sodišče v Stockholmu, Švedska) vložila tožbo za ugotovitev ničnosti okvirnih sporazumov, ki jih je družba Advania sklenila s Kammarkollegiet. Družba Dustin je trdila, da prenos štirih okvirnih sporazumov z družbe Misco na družbo Advania ne pomeni spremembe okvirnih sporazumov v smislu poglavja 17, člen 13, LOU, ker družba Advania ni nasledila družbe Misco po prestrukturiranju podjetja. Družba Dustin je v utemeljitev tožbe navedla: nejasno naj bi bilo, ali je družba Advania prevzela podizvajalske pogodbe družbe Misco. Navesti naj bi bilo mogoče, da – razen glede na nekatere informacije – družba Advania ni prevzela nobenih sistemov, osebja, poslovnih sredstev ali operativnih pogodb, z izjemo samih okvirnih sporazumov. Prenos okvirnih sporazumov naj zato ne bi povzročil bistvene strukturne spremembe družbe Misco, kar je zahtevano z LOU. Obstoječi dobavitelj naj bi zgolj prodal zadevne sporazume, prenos pa naj ne bi pomenil prestrukturiranja podjetja v smislu te določbe.
9. Kammarkollegiet je navedla: iz informacij, ki jih je prejela Kammarkollegiet, naj bi bilo razvidno, da je družba Advania prevzela celotno poslovno dejavnost družbe Misco v zvezi z njegovim izvajanjem okvirnih sporazumov. Kammarkollegiet je v zvezi s prošnjo družbe Misco za odobritev prenosa menila, da je do zadevnega prenosa prišlo zaradi prestrukturiranja kot posledice stečaja družbe Misco in da obstaja nepretrgana identiteta med družbo Misco, ki je predložila ponudbe, se kvalificirala in podpisala okvirne sporazume, ter družbo Advania, ki nato izvaja okvirne sporazume. To stališče je temeljilo na dejstvu, da naj bi družba Advania prevzela vse okvirne sporazume v javnem sektorju (vključno s pogodbami na odpoklic s pravicami in obveznostmi), osebje družbe Misco, ki je imelo odločilno vlogo pri izvajanju javnih naročil (če bi to osebje želelo pristati na zaposlitev pri družbi Advania), podizvajalce, ki so se uporabljali za izvajanje obveznosti družbe Misco na podlagi javnih naročil, ter sisteme itd., ki

jih je družba Misco potrebovala za izvajanje teh sporazumov. Družba Advania naj bi v celoti nasledila družbo Misco na področju obveznosti iz okvirnih sporazumov, in delno na področju opravljenih nabav.

Sodba Förvaltningsrätten (upravno sodišče)

10. Förvaltningsrätten (upravno sodišče) je zavrnilo tožbo družbe Dustin za ugotovitev ničnosti. V zvezi z vprašanjem, ali so izpolnjeni pogoji za zamenjavo izvajalca iz poglavja 17, člen 13, prvi odstavek, LOU, je Förvaltningsrätten (upravno sodišče) navedlo: družba Advania in stečajni upravitelj družbe Misco sta Kammarkollegiet pojasnila, kaj kupuje družba Advania, Kammarkollegiet pa je nato sklenila, da obstaja identiteta med družbama Advania in Misco, tako lahko družba Advania nasledi družbo Misco kot izvajalec na podlagi okvirnega sporazuma. Kammarkollegiet je tista, ki prevzema tveganje zaradi zamenjave dobavitelja in ki ima določeno pravico razlage v položaju, do katerega pride. Sodišče meni, da okoliščine, na katere se je sklicavala družba Dustin, ne dajejo podlage za to to, da bi se izpodbijala pridobitev družbe Advania okvirnih sporazumov družbe Misco in delov poslovne dejavnosti za izvajanje okvirnih sporazumov na način, zahtevan s poglavjem 17, člen 13, LOU. Okvirni sporazumi so bili dopolnjeni z zamenjavo izvajalca na način, ki spada v okvir tega, kar je mogoče šteti za prestrukturiranje podjetja.

Pritožba pri Kammarrätten (višje upravno sodišče)

11. Družba Dustin je zoper sodbo Förvaltningsrätten (upravno sodišče) vložila pritožbo pri Kammarrätten i Stockholm (višje upravno sodišče v Stockholmu) in trdila: preiskava obravnavane zadeve ne podpira sklepa, da je družba Advania prevzela sredstva družbe Misco v obsegu, kot ga domneva Kammarkollegiet v odločbi o odobritvi prenosa. Ta agencija naj ne bi navedla nobenih okoliščin v podporo trditvi, da se je kdor koli od zaposlenih družbe Misco dejansko zaposlil pri družbi Advania ali da so bili preneseni kateri koli sistemi, razen nekaterih seznamov podatkov. Štiri od sedmih podizvajalskih pogodb, predloženih sodiščem, naj bi bile sklenjene pred pogodbo o prenosu, torej v okviru prvotne dejavnosti družbe Advania, in v nobeni od njih naj ne bi bila omenjena družba Misco oziroma to, da bo pomenila prevzem obstoječega pogodbenega razmerja s strani družbe Advania. Prav tako naj družba Advania ne bi prevzela drugih okvirnih sporazumov s strankami iz javnega sektorja. Te okoliščine naj bi kazale, da je družba Advania – razen nekaterih seznamov podatkov – pridobila zgolj okvirne sporazume in tako ni prevzela nobenega področja dejavnosti. Za tak omejeni prenos naj ne bi bilo mogoče šteti, da je zaradi njega družba Advania zaradi prestrukturiranja podjetja nasledila družbo Misco.
12. Kammarkollegiet je menila, da je treba pritožbo zavrniti iz vsebinskih razlogov, in navedla: številni elementi podpirajo stališče, da bi se preučitev morala nanašati zgolj na vprašanje, ali je šlo za prestrukturiranje podjetja. Dejstvo, da je bil prenos posledica stečaja – kar je izrecno navedeno v besedilu LOU – naj bi pomenilo, da

je zahteva izpolnjena. Po njenem mnenju je, ker je stečaj izjemen dogodek, prenehanje posebna vrsta prestrukturiranja podjetja. Da bi družba Misco šla v stečaj zato, da bi trgovala z okvirnimi sporazumi, naj ne bi bilo verjetno.

13. Družba Advania je menila, da je treba pritožbo zavriniti iz vsebinskih razlogov, in navedla: družba Misco je v okviru stečaja prenehala opravljati vso poslovno dejavnost v zvezi s tistimi deli, ki jih ni mogoče prenesti na, med drugim, družbo Advania. Zato naj natančna narava tega, kar je družba Advania pridobila iz stečajne mase, ne bi bila upoštevana.

Sodba Kammarrätten (višje upravno sodišče)

14. Kammarrätten (višje upravno sodišče) je ugodilo pritožbi družbe Dustin in ugotovilo, da so štirje okvirni sporazumi med družbo Advania in Kammarkollegiet nični. Razsodilo je, da je Kammarkollegiet odobrila prenos okvirnih sporazumov zaradi stečaja družbe Misco. Kammarrätten (višje upravno sodišče) je navedlo tudi: v okviru zadevne pogodbe je družba Misco poleg okvirnih sporazumov prenesla pravico do podatkov o osebju družbe, strankah in dobaviteljih, statistiko in zgodovino proizvodov ter pravico do prevzema podizvajalcev podjetja, družba Advania pa je izrazila pripravljenost, da pod tržnimi pogoji ponudi zaposlitev več „ključnim zaposlenim“. Iz preiskave zadeve izhaja, da se je en zaposleni naknadno zaposlil pri družbi Advania. Glede na navedbe družbe Advania je prav tako očitno, da seznam strank družbe Misco ni bil v celoti posodobljen ali upošteven in da so stranke družbe Misco že zamenjale dobavitelja. Nič ne kaže na to, da je zaradi pogodbe o prenosu družba Advania prevzela nekatere podizvajalce družbe Misco. Prav tako nič ne kaže na to, da so bili preneseni kateri koli drugi okvirni sporazumi v javnem sektorju. Nasprotno, družba Dustin je predložila dokaze, da je bila družba Misco pogodbenica v vsaj še enem drugem okvirnem sporazumu v javnem sektorju in da ta okvirni sporazum ni bil prenesen na družbo Advania. Iz preiskave je razvidno, da družba Misco večinoma ni prenesla poslovne dejavnosti na družbo Advania, razen zadevnih okvirnih sporazumov. Zato za družbo Advania po mnenju Kammarrätten (višje upravno sodišče) ni mogoče šteti, da je v celoti ali delno nasledila družbo Misco v smislu poglavja 17, člen 13, LOU. Zato gre za bistveno spremembo. Kammarkollegiet ne bi smela odobriti zamenjave dobavitelja. Gre torej za nedovoljeno neposredno javno naročilo.

Stališča strank

Družba Advania

15. Družba Advania predlaga, naj se sodba Kammarrätten (višje upravno sodišče) razveljavi in naj se potrdi sodba Förvaltningsrätten (upravno sodišče), ter navaja: družba Advania ne oporeka presoji Kammarrätten (višje upravno sodišče) glede tega, kaj je bilo vključeno v prenos iz stečajne mase. V obravnavani zadevi naj bi šlo za vprašanje prestrukturiranja prejšnjega izvajalca zaradi stečaja in

posledičnega prenehanja, kar pomeni, da je stečajni upravitelj prodal dele obstoječe poslovne dejavnosti, med drugim družbi Advania. Preostali deli poslovne dejavnosti podjetja v stečaju naj bi prenehali. Družba Advania naj bi se strinjala, da bo prevzela vse pogodbene obveznosti družbe Misco, in naj bi tako v celoti nasledila družbo Misco, kar zadeve okvirne sporazume. Ne z LOU ne z Direktivo o javnem naročanju naj ne bi bilo zahtevano, da se dejavnosti določene narave ali v določenem obsegu prenesejo na novega izvajalca. Očitno naj bi bilo, da ne gre za tak primer, kadar je preneseno zgolj oddano javno naročilo, izvajalčeva poslovna dejavnost pa se nadaljuje kot običajno.

Kammarkollegiet

16. Kammarkollegiet predlaga, naj se sodba Kammarrätten (višje upravno sodišče) razveljavi in naj se ugotovi veljavnost okvirnih sporazumov, ter navaja: osrednje vprašanje je, kako je treba razlagati izraz „v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca“. Kammarkollegiet meni, da bi ga bilo treba razlagati tako, da pomeni, da izvajalec, ki je kupec, nasledi prvotnega izvajalca glede pravic in obveznosti iz okvirnih sporazumov ali javnega naročila, ki je bilo preneseno. Če bi se razlagalo, kot da se z njim zahteva neke vrste prenos poslovne dejavnosti in prenos sredstev, naj bi bila uporaba določbe zelo omejena. Zelo malo verjetno naj bi bilo, da bo novi izvajalec še naprej deloval na enak način kot prejšnji. Ključni izziv naj bi bil, da bo novi izvajalec sposoben izpeljati javno naročilo v skladu s prvotno določenimi pogoji in zahtevami. Delni prevzem sporazuma naj ne bi nujno pomenil, da se sporazum še v drugih elementih bistveno spremeni.

Družba Dustin

17. Družba Dustin oporeka temu, da bi bilo treba ugoditi pritožbi, in navaja: to, da je novi izvajalec v celoti ali delno nasledil prvotnega izvajalca zaradi prestrukturiranja podjetja, se ne more razumno nanašati na prevzem sporazuma, oddanega v okviru javnega naročila, s strani novega izvajalca. Če bi bilo tako, naj bi bilo mogoče pridobiti posamezne sporazume, ki so bili predmet javnega naročila, ne da bi bil hkrati prevzet kateri koli del poslovne dejavnosti, na katero se sporazumi nanašajo. Tak pristop naj bi omogočal skoraj popolnoma prosto trgovanje s sporazumi, ki so bili predmet javnega naročila. S tako razlago naj bi bil omogočen tudi zgolj delni prevzem pravic in obveznosti iz sporazuma, kar bi bilo težko uskladiti z zahtevo, da zamenjava izvajalca ne sme povzročiti drugih bistvenih sprememb sporazuma. Šteti naj bi bilo mogoče, da za izjemo, ki obsega zamenjavo izvajalca pri prestrukturiranju podjetja, velja pogoj, da je glavni namen transakcije prevzem, v celoti ali delno, poslovne dejavnosti, na katero se nanaša sporazum, in da je sam prenos sporazuma, namreč zamenjava izvajalca, v odnosu na prenos poslovne dejavnosti akcesoren. Dejstvo, da novi izvajalec vstopi v zadevni sporazum, naj bi bilo posledica spremembe in naj ne bi pomenilo predpogoja zanjo.

Nujnost sprejetja predhodne odločbe

18. V zadevi pred Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče) je ključno, kako je treba razlagati določbo o zamenjavi izvajalca iz člena 72(1)(d)(ii) Direktive o javnem naročanju. Za preučitev zadeve je potrebna razlaga tega, kaj je mišljeno z izrazom „v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemi, združitvami, pripojitvami ali insolventnostjo“.
19. Sodišče še ni razsodilo o razlagi tega člena v sedanjem kontekstu. Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče) meni, da ni jasno, katera je pravilna razlaga navedene določbe.
20. Glede na navedeno Högsta förvaltningsdomstolen (vrhovno upravno sodišče) meni, da je treba pri Sodišču vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe.

Vprašanje

21. Ali okoliščina, da je novi izvajalec prevzel pravice in obveznosti prvotnega izvajalca, ki izhajajo iz okvirnega sporazuma, potem ko je bil razglašen stečaj prvotnega izvajalca in je stečajni upravitelj prenesel sporazum, pomeni, da se bo za novega izvajalca štelo, da je nasledil prvotnega izvajalca pod pogoji, kot so ti iz člena 72(1)(d)(ii) Direktive o javnem naročanju?