

**Zaak C-461/20****Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

24 september 2020

**Verwijzende rechter:**

Högsta förvaltningsdomstolen (Zweden)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

15 september 2020

**Verzoekende partijen:**

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

**Verwerende partij:**

Dustin Sverige AB

---

HÖGSTA  
FÖRVALTNINGS-

UITSPRAAK

[omissis]

DOMSTOLEN

15.9.2020

[omissis]

Stockholm

[omissis]

**VERZOEKENDE PARTIJEN**

1. Advania Sverige AB [omissis]

2. Kammarkollegiet

Statens Inköpscentral

[omissis]

**VERWERENDE PARTIJ**

Dustin Sverige AB, [*omissis*]

## **BESTREDEN BESLISSING**

Arrest van de kammarrätt (bestuursrechter in tweede aanleg, Stockholm, Zweden) van 16 oktober 2019 [*omissis*]

## **VOORWERP**

Toetsing van de geldigheid van een overeenkomst; aan het Hof van Justitie van de Europese Unie gericht verzoek om een prejudiciële beslissing

[*omissis*]

[**or. 2**]

De Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) geeft de volgende

## **BESLISSING**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing overeenkomstig het als bijlage gevoegde verzoek om een prejudiciële beslissing (bijlage bij het proces-verbaal ter terechtzitting).

[*omissis*]

[**or. 3**]

## **BIJLAGE**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU betreffende de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (richtlijn overheidsopdrachten)**

### **Inleiding**

1. Na het faillissement van een aannemer zijn uit de boedel vier raamovereenkomsten overgegaan op een nieuwe aannemer. De Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) wenst middels een prejudiciële beslissing duidelijkheid te krijgen over de vraag of de nieuwe aannemer kan worden geacht in de positie van de aanvankelijke aannemer te zijn getreden zodat er geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden uitgeschreven.

## Toepasselijke bepalingen van Unierecht

2. Op grond van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van de richtlijn overheidsopdrachten kunnen raamovereenkomsten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.
3. In overweging 110 staat onder meer het volgende: overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie mag de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder nieuwe mededingingsstelling. De begunstigde inschrijver moet in de loop van de uitvoering van de opdracht, bepaalde structurele veranderingen kunnen ondergaan, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisatie, overname, fusie en acquisitie of insolventie (cursivering door de Högsta förvaltningsdomstol). Deze veranderingen hoeven niet automatisch tot een nieuwe aanbestedingsprocedure te leiden.

## Toepasselijke nationale bepalingen

4. Op grond van hoofdstuk 17, § 13, eerste alinea, van lag (2016:1145) om offentlig upphandling [wet (2016:1145) betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „LOU”] mag een opdracht of een raamovereenkomst worden gewijzigd door de aannemer zonder nieuwe aanbesteding te vervangen door een andere aannemer indien:
  1. de nieuwe aannemer onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer treedt ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie; en
  2. de omstandigheid dat een nieuwe aannemer onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer treedt, geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht of de raamovereenkomst meebrengt.

### [or. 4]

In de tweede alinea is bepaald dat als voorwaarde voor een dergelijke verandering van aannemer geldt dat de aannemer niet hoeft te worden uitgesloten en dat hij voldoet aan de kwalificatievereisten die in de aanvankelijke aanbesteding zijn vastgesteld.

## Feiten van het geding

### *Achtergrond*

5. De zaak heeft betrekking op vier raamovereenkomsten met nieuwe mededingingsstelling die door de Kammarkollegium (Agentschap voor juridische, financiële en administratieve diensten van de Zweedse Staat) zijn gegund door middel van een niet-openbare procedure op grond van de inmiddels ingetrokken lag (2007:1091) om officieel upphandling [wet (2007:1091) betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten]. De raamovereenkomsten zien op de inkoop van computers, beeldschermen, tablets, e.d. Drie raamovereenkomsten bestrijken verschillende geografische gebieden en de vierde raamovereenkomst bestrijkt het gehele Zweedse grondgebied. Zeventien gegadigden voldeden aan de vereisten en gingen door naar de selectie. Indien meer dan negen gegadigden zouden voldoen aan de vereisten voor de indiening van een inschrijving, zou een keuze worden gemaakt op basis van de hoogste toegekende totale meerwaarde.
6. Dustin Sverige AB (hierna: „Dustin”) en Misco AB (hierna: „Misco”) behoorden tot de negen gegadigden met de meeste meerwaarde die werden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Advania Sverige AB (hierna: „Advania”) behoorde niet tot deze negen gegadigden, maar tot de zeventien gegadigden die voldeden aan de vereisten. Voor elk deelgebied is een raamovereenkomst ondertekend met in totaal zes aannemers. Aan Misco werden overeenkomsten voor alle percelen gegund. Aan Dustin werden overeenkomsten voor twee percelen gegund.
7. Bij schrijven van 4 december 2017 heeft Misco de Kammarkollegium verzocht om de overdracht van de raamovereenkomsten aan Advania goed te keuren. Misco is op 12 december 2017 failliet verklaard. De curator heeft op 18 januari 2018 met Advania een overeenkomst ondertekend over de overdracht van de raamovereenkomsten. De kammarkollegium heeft de overdracht goedgekeurd in februari 2018.

### *Verzoek tot nietigverklaring van de overeenkomst*

8. Dustin heeft bij de förvaltningsrätt (bestuursrechter in eerste aanleg Stockholm, Zweden) een verzoek tot nietigverklaring van de raamovereenkomsten tussen Advania en de Kammarkollegium ingediend. Dustin heeft gesteld dat de overdracht van de vier raamovereenkomsten van Misco aan Advania geen toelaatbare wijziging van de raamovereenkomsten was volgens hoofdstuk 17, § 13, LOU, aangezien Advania niet in de positie van Misco was getreden ten gevolge van een herstructurering van de onderneming. Ter ondersteuning van deze stelling heeft Dustin het volgende aangevoerd. Het is onduidelijk of Advania de onderaannemingsovereenkomsten van Misco heeft overgenomen. Vastgesteld kan worden dat Advania, behalve bepaalde informatie, geen systemen, personeel, activa of andere operationele overeenkomsten dan de raamovereenkomsten zelf heeft overgenomen. De overdracht van de raamovereenkomsten hield dan ook geen ingrijpende structurele wijziging van Misco in, zoals is vereist in de wet. De

huidige aannemer heeft uitsluitend de betreffende overeenkomsten verkocht en de overdracht maakt geen deel uit van een herstructurering van de onderneming in de zin van voornoemde bepaling.

9. De Kammarkollegium heeft het volgende aangevoerd. Uit de informatie die de Kammarkollegium heeft ontvangen, blijkt dat Advania alle activiteiten heeft gekocht waarover Misco beschikte voor de uitvoering van de raamovereenkomsten. Naar aanleiding van het verzoek van Misco heeft de Kammarkollegium geoordeeld dat de overdracht in kwestie had plaatsgevonden op grond van een herstructurering ten gevolge van insolventie bij Misco en dat er sprake was van een voortgezette identiteit tussen enerzijds Misco, die de inschrijving had ingediend, [or. 5] voldeed aan de vereisten en de raamovereenkomsten had ondertekend, en anderzijds Advania, die sindsdien de raamovereenkomsten uitvoerde. Deze beoordeling was gebaseerd op de volgende omstandigheden: Advania nam alle raamovereenkomsten met de overheid over, daaronder begrepen reeds aangenomen opdrachten op afroep, inclusief rechten en verplichtingen; Advania nam van Misco het personeel over dat van wezenlijke betekenis was voor de uitvoering van de overeenkomsten (voor zover het personeel wilde overstappen naar Advania); Advania nam de onderaannemers over die waren ingeschakeld voor de nakoming van de verplichtingen die krachtens de overeenkomsten op Misco rustten, en Advania nam de systemen en dergelijke over die noodzakelijk waren voor de uitvoering van de overeenkomsten door Misco. Advania is onder algemene titel in de positie van Misco getreden met betrekking tot de verplichtingen in het kader van de raamovereenkomst, en onder gedeeltelijke titel ten aanzien van datgene wat is verkregen.

*Arrest van de förvaltningsrätt*

10. De förvaltningsrätt heeft het verzoek tot nietigverklaring van Dustin afgewezen. Met betrekking tot de vraag of aan de voorwaarden voor een verandering van aannemer als bedoeld in hoofdstuk 17, § 13, eerste alinea, LOU was voldaan, zette de förvaltningsrätt het volgende uiteen. De Kammarkollegium heeft via Advania en de curator van Misco achterhaald wat Advania had gekocht en was tot de slotsom gekomen dat er sprake was van identiteit tussen Advania en Misco, zodat Advania in de positie van Misco als aannemer in het kader van de raamovereenkomsten kon treden. De Kammarkollegium loopt een risico door de verandering van aannemer en heeft een bepaald interpretatievoorrecht in de ontstane situatie. De rechter is van oordeel dat de omstandigheden waarop Dustin zich heeft beroepen in de onderhavige zaak, geen redenen vormen om te betwisten dat Advania de raamovereenkomsten en delen van de activiteiten van Misco heeft verkregen om de raamovereenkomsten uit te voeren op de wijze die wordt voorgeschreven in hoofdstuk 17, § 13, LOU. De raamovereenkomsten zijn ten gevolge van de verandering van aannemer aldus gewijzigd dat er sprake is van een herstructurering van de onderneming.

*Hoger beroep bij de kammarrätt*

11. Dustin heeft tegen het vonnis van de förvaltningsrätt hoger beroep ingesteld bij de kammarrätt (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden) en heeft daarbij het volgende aangevoerd. Uit onderzoek dat in de onderhavige zaak is verricht, komt niet naar voren dat Advania activa van Misco heeft overgenomen in de mate waarvan de Kammarkollegium is uitgegaan in zijn besluit tot goedkeuring van de overdracht. Deze instantie heeft geen onderzoek overgelegd ter onderbouwing van de stelling dat medewerkers van Misco daadwerkelijk zijn overgestapt naar Advania of dat systemen zijn overgenomen, behalve enkele computerlijsten. Van de zeven overgelegde onderaannemingsovereenkomsten zijn er vier gesloten vóór de overdrachtsovereenkomst, dat wil zeggen in verband met de aanvankelijke activiteiten van Advania. In geen van die overeenkomsten wordt Misco genoemd of wordt vermeld dat Advania op grond van de betreffende overeenkomst een bestaande contractuele relatie zou overnemen. Advania heeft evenmin andere raamovereenkomsten met overheidsklanten overgenomen. Uit deze omstandigheden blijkt dat Advania, op enkele informatielijsten na, uitsluitend de raamovereenkomsten heeft verkregen en derhalve geen bedrijfstak heeft overgenomen. Bij een dergelijke beperkte overdracht kan niet worden aangenomen dat Advania in de positie van Misco is getreden ten gevolge van een herstructurering van de onderneming.
12. De Kammarkollegium was van mening dat het hoger beroep moest worden verworpen en voerde het volgende aan. Volgens de kammarkollegium valt er veel voor te zeggen valt dat de toetsing uitsluitend betrekking moet hebben op de vraag of er sprake was van een herstructurering van de onderneming. Dat de overdracht heeft plaatsgevonden ten gevolge van insolventie, een geval dat uitdrukkelijk wordt vermeld in de wettekst, wijst erop dat aan dat vereiste is voldaan. Aangezien faillissement een buitengewone gebeurtenis is, is insolventie een bijzondere soort herstructurering van de onderneming. Het is niet waarschijnlijk dat Misco het faillissement zou hebben aangevraagd om [or. 6] raamovereenkomsten te kunnen verkopen.
13. Advania was van mening dat het beroep moest worden verworpen en voerde het volgende aan. Misco heeft in het kader van het faillissement al haar activiteiten geliquideerd die verband hielden met de onderdelen die niet konden worden verkocht aan onder meer Advania. Wat Advania precies heeft verworpen uit de boedel, is dan ook niet van belang.

*Arrest van de kammarrätt*

14. De kammarrätt heeft het hoger beroep van Dustin gegrond verklaard en heeft besloten dat de vier raamovereenkomsten tussen Advania en de Kammarkollegium ongeldig waren. De kammarrätt heeft geconstateerd dat de goedkeuring van de overdracht van de raamovereenkomsten door de Kammarkollegium werd verleend naar aanleiding van de insolventie van Misco. Daarnaast heeft de kammarrätt het volgende aangevoerd. Krachtens de

voornoemde overeenkomsten droeg Misco behalve de raamovereenkomsten ook het recht op de personeels-, klant- en leveranciersgegevens, productstatistieken en -geschiedenis over, alsmede het recht om de onderaannemers over te nemen. Advania verklaarde zich bereid enkele „sleutelmedewerkers” een dienstverband aan te bieden onder marktvoorwaarden. Uit het onderzoek in deze zaak blijkt dat vervolgens één medewerker is overgestapt naar Advania. Tevens blijkt dat de klantenlijst van Misco volgens Advania niet geheel bijgewerkt of relevant was en dat klanten van Misco al veranderd waren van aannemer. Niets wijst erop dat de onderaannemers van Misco werden overgenomen door Advania ten gevolge van de overdrachtsovereenkomst. Evenmin bestaat er enige aanwijzing dat er andere raamovereenkomsten met de overheid zijn overgedragen. Dustin heeft juist informatie overgelegd waaruit naar voren komt dat Misco partij was bij ten minste één andere raamovereenkomst met de overheid en dat deze niet is overgedragen aan Advania. Uit het onderzoek blijkt dat Misco al bij al geen activiteiten heeft overgedragen aan Advania behalve de onderhavige raamovereenkomsten. De kammarrätt is dan ook van oordeel dat Advania niet kan worden geacht op de in hoofdstuk 17, § 13, LOU bedoelde wijze onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie te zijn getreden van Misco. Daarom is er sprake van een wezenlijke wijziging. De Kammarkollegium had de verandering van aannemer niet mogen goedkeuren. Derhalve is er sprake van een ontoelaatbare rechtstreekse gunning van de opdracht.

### **Standpunten van partijen**

#### *Advania*

15. Advania vordert dat het arrest van de kammarrätt wordt vernietigd en dat het arrest van de förvaltningsrätt wordt bevestigd. Zij voert het volgende aan. Advania stelt de door de kammarrätt verrichte beoordeling van wat deel uitmaakte van de overdracht uit de boedel, niet ter discussie. In het onderhavige geval is er sprake van een herstructurering van de vroegere aannemer ten gevolge van insolventie gevolgd door een faillissement, wat inhoudt dat uit de boedel onderdelen van de bestaande werkzaamheden zijn verkocht aan onder meer Advania. De resterende onderdelen van de activiteiten van de failliete onderneming zijn geliquideerd. Advania heeft ingestemd met de overname van alle uit de overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen van Misco en is dus onder algemene titel in de positie van Misco getreden wat de raamovereenkomsten betreft. In de LOU noch in de richtlijn overheidsopdrachten is voorgeschreven dat een bepaalde soort activiteiten of een bepaalde hoeveelheid activiteiten moet worden overgedragen aan de nieuwe aannemer. Het is duidelijk dat het niet gaat om een geval waarbij uitsluitend een gegunde opdracht is overgedragen en de activiteiten bij de aanvankelijke aannemer als gewoonlijk zijn voortgezet. **[or. 7]**

*Kammarkollegium*

16. De Kammarkollegium vordert dat het arrest van de kammarrätt wordt vernietigd en dat de raamovereenkomsten geldig worden verklaard. Die instantie voert het volgende aan. De centrale vraag is hoe de uitdrukking „rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer” moet worden uitgelegd. De Kammarkollegium is van mening dat deze uitdrukking aldus moet worden uitgelegd dat de overnemende aannemer in de positie van de aanvankelijke aannemer treedt wat betreft de rechten en verplichtingen die zijn neergelegd in de raamovereenkomst of opdracht die wordt overgedragen. Indien die uitdrukking aldus moet worden uitgelegd dat er een soort overdracht van activiteiten en een overgang van boedel moeten plaatsvinden, wordt de toepassing van de bepaling in kwestie ernstig beperkt. Het is zeer onwaarschijnlijk dat een nieuwe aannemer de uitvoering zal voortzetten op dezelfde wijze als de vroegere aannemer. Van cruciaal belang is dat de nieuwe aannemer de opdracht kan uitvoeren overeenkomstig de aanvankelijk vastgestelde voorwaarden en vereisten. Indien een overeenkomst gedeeltelijk wordt overgenomen, houdt dat niet noodzakelijk in dat er andere wezenlijke wijzigingen worden aangebracht in de overeenkomst.

*Dustin*

17. Dustin verzet zich tegen de toewijzing van het hoger beroep en voert het volgende aan. Dat de nieuwe aannemer onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer is getreden ten gevolge van herstructureringen van de onderneming, ziet redelijkerwijs niet op de overname van de gegunde overeenkomst door de nieuwe aannemer. Indien dat het geval was, zou het mogelijk zijn om afzonderlijk gegunde opdrachten te verkrijgen zonder tegelijkertijd een deel van de activiteiten over te nemen waarvan de overeenkomsten deel uitmaken. Een dergelijke zienswijze zou nagenoeg vrij spel geven aan de handel in gegunde overeenkomsten. Die uitlegging zou het zelfs mogelijk maken om de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen slechts gedeeltelijk over te nemen, hetgeen moeilijk verenigbaar is met het vereiste dat de verandering van aannemer geen andere wezenlijke wijzigingen in de overeenkomst met zich meebrengt. De uitzondering voor een verandering van aannemer bij herstructureringen van de onderneming moet aldus worden opgevat dat zij vereist dat het voornaamste doel van de transactie erin bestaat dat de nieuwe aannemer alle of een deel van de activiteiten overneemt waarvan de overeenkomst deel uitmaakt, en dat de overgang van de overeenkomst zelf – dat wil zeggen de verandering van aannemer – bijkomstig is ten opzichte van de overdracht van de activiteiten. Dat de nieuwe aannemer partij wordt bij de betreffende overeenkomst, is een gevolg van en geen voorwaarde voor de wijziging.



**Noodzaak van prejudiciële verwijzing**

18. In de zaak voor de Högsta förvaltningsdomstol is het beslissend hoe de bepaling betreffende de verandering van aannemer in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van de richtlijn overheidsopdrachten moet worden uitgelegd. Voor de beoordeling van de onderhavige zaak moet worden gepreciseerd wat er wordt bedoeld met „rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie”.
19. Het Hof heeft zich in zoverre niet uitgelaten over de uitlegging van die bepaling. De Högsta förvaltningsdomstol is van oordeel dat niet duidelijk is wat de juiste uitlegging ervan is.
20. De Högsta förvaltningsdomstol acht het dan ook noodzakelijk het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing. **[or. 8]**

**Vraag**

21. Brengt de omstandigheid dat een nieuwe aannemer de uit een raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de aanvankelijke aannemer heeft overgenomen nadat laatstgenoemde aannemer failliet is verklaard en de overeenkomst uit de boedel is overgedragen, met zich mee dat de nieuwe aannemer moet worden geacht in de positie van de aanvankelijke aannemer te zijn getreden in omstandigheden als bedoeld in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van de richtlijn overheidsopdrachten?