

Sag C-461/20**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

24. september 2020

Forelæggende ret:

Högsta förvaltningsdomstolen (Sverige)

Afgørelse af:

15. september 2020

Appellanter:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Appelindstævnt:

Dustin Sverige AB

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-	PROTOKOL	[Udelades]
DOMSTOLEN	15-09-2020	[Udelades]
	Stockholm	

[Udelades]

APPELLANTER

1. Advania Sverige AB [udelades]

2. Kammarkollegiet

Statens Inköpscentral

[Udelades]

APPELINDSTÆVNT

Dustin Sverige AB, [udelades]

DEN APPELLEREDE AFGØRELSE

truffet af Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm) dom af 16. oktober 2019 [udelades]

SAGENS GENSTAND

Prøvelse af aftalers gyldighed; spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

[udelades]

[Org. s. 2]

Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har truffet følgende

AFGØRELSE

EU-Domstolen forelægges et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF i overensstemmelse med vedlagte anmodning om præjudiciel afgørelse (protokollens bilag).

[Udelades]

[Org. s. 3]

BILAG

Anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF vedrørende fortolkningen af artikel 72, stk. 1, litra d), nr. ii), i direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet)

Indledning

1. Efter at en leverandør er blevet erklæret konkurs har konkursboet overdraget fire rammeaftaler til en ny leverandør. Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) ønsker med den præjudicielle afgørelse at få klarlagt, om den nye leverandør kan anses for at være indtrådt i den oprindelige leverandørs rettigheder under sådanne omstændigheder, at det ikke er nødvendigt at gennemføre en ny udbudsprocedure.

De relevante EU-retlige bestemmelser

2. I henhold til udbudsdirektivets artikel 72, stk.1, litra d), nr. ii), kan rammeaftaler ændres uden en ny udbudsprocedure, såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten som følge af en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, såfremt dette ikke medfører andre væsentlige ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af direktivet.
3. I 110. betragtning anføres følgende. I overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed må den valgte tilbudsgiver ikke erstattes af en anden økonomisk aktør uden fornyet udbud. Den valgte tilbudsgiver, der gennemfører kontrakten, bør imidlertid kunne foretage visse strukturelle ændringer under kontraktens udførelse såsom rent interne reorganiseringer, overtagelser, fusioner og erhvervelser *eller* insolvens (Högsta förvaltningsdomstolens kursiveringer). Disse strukturelle ændringer bør ikke automatisk nødvendiggøre nye udbudsprocedurer.

De relevante nationale bestemmelser

4. I henhold til kap. 17, § 13, stk. 1, i lov (2016:1145) om offentlige udbud, LOU, kan en kontrakt eller rammeaftale ændres ved, at en leverandør udskiftes med en anden leverandør uden et nyt udbud, såfremt
 1. den nye leverandør helt eller delvist indtræder i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, og
 2. det forhold, at en ny leverandør helt eller delvist indtræder i den oprindelige leverandørs rettigheder, ikke medfører væsentlige ændringer af kontrakten eller rammeaftalen.

[Org. s. 4]

Det fremgår af stk. 2, at en sådan udskiftning af leverandør forudsætter, at den nye leverandør ikke skal udelukkes, og at denne opfylder de egnethedskrav, som er opstillet i det oprindelige udbud.

Sagens faktiske omstændigheder

Baggrund

5. Sagen drejer sig om fire rammeaftaler med fornyet konkurrence indgået med Kammarkollegiet (statslig myndighed under Finansdepartementet) gennem et

begrænset udbud i henhold til den nu ophævede lov (2007:1091) om offentlige udbud. Rammeaftalerne vedrører indkøb af computere, skærme, tablets m.m. Tre af rammeaftalerne omfatter forskellige geografiske områder og den fjerde rammeaftale er landsdækkende. 17 ansøgere kvalificerede sig og gik videre til udvælgelse. Såfremt mere end ni ansøgere kvalificerede sig til at afgive tilbud, skulle der foretages en udvælgelse ud fra højst tildelte sammenregnede merværdi.

6. Dustin Sverige AB (Dustin) og Misco AB (Misco) var blandt de ni ansøgere med højeste merværdi, der blev opfordret til at afgive bud. Advania Sverige AB (Advania) var ikke blandt disse ni, men blandt de 17, som havde kvalificeret sig. Der blev indgået rammeaftaler med i alt seks leverandører for hvert område. Misco blev tildelt aftaler for samtlige områder. Dustin blev tildelt aftaler for to områder.
7. I en skrivelse af 4. december 2017 ansøgte Misco om Kammarkollegiets godkendelse til, at rammeaftalerne blev overdraget til Advania. Misco blev erklæret konkurs den 12. december 2017. Kurator indgik den 18. januar 2018 en aftale med Advania om overdragelse af rammeaftalerne. Overdragelsen blev godkendt af Kammarkollegiet i februar 2018.

Påstand om aftalernes ugyldighed

8. Dustin nedlagde ved Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm) påstand om, at det fastslås, at Advanias rammeaftaler med Kammarkollegiet var ugyldige. Dustin gjorde gældende, at overdragelsen af de fire rammeaftaler fra Misco til Advania var ugyldig, idet den ikke udgjorde en tilladt ændring af rammeaftalerne i henhold til kap. 17, § 13, i LOU, eftersom Advania ikke var indtrådt i Miscos rettigheder som følge af omstrukturering af virksomhed. Til støtte herfor anførte Dustin følgende. Det er uklart, om Advania har overtaget Miscos underleveranceaftaler. Det kan konstateres, at ud over visse oplysninger har Advania hverken overtaget noget system, personale, driftsaktiver eller nogen anden aftale i virksomheden end netop selve rammeaftalerne. Afhændelsen af rammeaftalerne har dermed ikke medført en strukturel ændring af Misco på den måde, som loven forudsætter. Den eksisterende leverandør har kun solgt de pågældende aftaler, og overdragelsen udgør ikke en omstrukturering af virksomhed i denne bestemmelses forstand.
9. Kammarkollegiet anførte følgende. Af de oplysninger, som Kammarkollegiet har fået, fremgår det, at Advania købte hele den virksomhed, som Misco havde, for at gennemføre rammeaftalerne. I forbindelse med Miscos anmodning vurderede Kammarkollegiet, at den pågældende overdragelse havde fundet sted på grund af en omstrukturering som følge af Miscos insolvens, og at der fortsat var identitet mellem Misco, som afgav tilbud, [org. s. 5] og som kvalificerede sig og indgik rammeaftalerne, og Advania som efterfølgende gennemfører rammeaftalerne. Vurderingen var baseret på, at Advania overtog samtlige statslige aftaler, herunder call-off kontrakter med rettigheder og forpligtelser, det personale hos Misco, som var af afgørende betydning for gennemførelsen af aftalen (i det omfang personalet

ønskede at overgå til Advania), de underleverandører, der er benyttet for at opfylde de forpligtelser, som Misco havde i henhold til aftalen, samt de systemer m.m., der er nødvendige for, at Misco kan opfylde dem. Advania er trådt helt i Miscos sted med hensyn til rammeaftalernes forpligtelser og delvist med hensyn til erhvervelserne.

Förvaltningsrättens ((forvaltningsdomstol) dom

10. Förvaltningsrätten (forvaltningsdomstol) gav ikke Dustin medhold i dennes påstand om ugyldighed. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for leverandørudskiftning i kap. 17, § 13, stk. 1, i LOU, var opfyldt, anførte retten følgende. Kammarkollegiet har gennem Advania og Miscos kuratorer fået klarhed over, hvad Advania køber, og er derefter kommet frem til, at der foreligger identitet mellem Advania og Misco, og at Advania dermed kan indtræde i Miscos rettigheder som rammeaftaleleverandør. Det er Kammarkollegiet, som påtager sig en risiko ved leverandørudskiftningen, og som har en vis fortolkningsprioritet i den opståede situation. Förvaltningsrätten (forvaltningsdomstol) finder, at de omstændigheder, som Dustin har påberåbt sig i sagen ikke giver grundlag for at anfægte Advanias erhvervelse af Miscos rammeaftaler og dele af Miscos virksomhed med henblik på gennemførelsen af rammeaftalerne på den måde, som det forudsættes i kap. 17, § 13, i LOU. Rammeaftalerne er ved en udskiftning af leverandør blevet ændret på en måde, som ligger inden for det, der kan forstås ved en omstrukturering af virksomhed.

Appel til kammarrätten (appeldomstol i forvaltningsretlige sager)

11. Dustin appellerede förvaltningsrättens (forvaltningsdomstol) dom til Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm) og anførte følgende. Sagsakterne i den foreliggende sag understøtter ikke, at Advania overtog aktiver fra Misco i den udstrækning, som Kammarkollegiet har lagt til grund i sin afgørelse om godkendelse af overdragelsen. Myndigheden er ikke fremkommet med nogen oplysninger til støtte for, at nogen af Miscos ansatte faktisk overgik til Advania eller at noget system blev overtaget, ud over visse dataregistre. Af de syv underleveranceaftaler, som er blevet fremlagt, er fire af dem indgået inden overdragelsesaftalen, dvs. i Advanias oprindelige virksomhed, og der nævnes ikke i nogen af dem noget om Misco, eller at aftalen vil indebære, at Advania overtager et bestående aftaleforhold. Advania har heller ikke overtaget nogen anden rammeaftale med offentlige kunder. Disse omstændigheder viser, at Advania, ud over visse datalister, kun erhvervede rammeaftalerne, og således ikke har overtaget nogen virksomhedsgren. En sådan begrænset overdragelse kan ikke anses for at medføre, at Advania er indtrådt i Miscos rettigheder som følge af omstrukturering af virksomhed.
12. Kammarkollegiet nedlagde påstand om, at appellen skulle forkastes og anførte følgende. Meget taler for, at prøvelsen alene skal ske i forhold til spørgsmålet om,

hvorvidt der er sket en omstrukturering af virksomhed. Det forhold, at overdragelsen er sket som følge af insolvens, hvilket udtrykkeligt er anført i lovtæksten, taler for, at betingelsen er opfyldt. Eftersom konkurs er en ekstraordinær hændelse, er insolvens en særlig type af omstrukturering af virksomhed. Det er usandsynligt, at Misco ville være overgået til konkurs med det formål [org, s. 6] at bedrive handel med rammeaftaler.

13. Advania nedlagde påstand om, at appellen skulle forkastes, og anførte følgende. Misco har som led i konkursen afviklet hele sin virksomhed, i det omfang den ikke har kunnet afhændes, bl.a. til Advania. Det er derfor uden betydning, hvad Advanias erhvervelse fra konkursboet nærmere omfatter.

Kammarrättens (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) dom

14. Kammarrätten (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) gav Dustin medhold i appellen og traf bestemmelse om, at de fire rammeaftaler mellem Advania og Kammarkollegiet var ugyldige. Den nævnte ret fandt, at Kammarkollegiet havde godkendt rammeaftalernes overdragelse med henvisning til Miscos insolvens. Kammarrätten (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) anførte endvidere følgende. I henhold til nævnte aftale overdrog Misco, ud over rammeaftalerne, også retten til selskabets personale-, kunde- og leverandørdata, produktstatistikker og -historik samt retten til at overtage selskabets underleverandører, og Advania tilkendegav at være rede til at tilbyde en række »nøglemedarbejdere« ansættelse på markedsmæssige vilkår. Det fremgår af sagsakterne, at en ansat senere overgik til Advania. Det fremgår ligeledes, at Miscos kundeliste ifølge Advania ikke var helt opdateret eller relevant, og at Miscos kunder allerede havde skiftet leverandør. Der er intet, der tyder på, at nogen af Miscos underleverandører blev overtaget af Advania som følge af overdragelsesaftalen. Der er heller ikke noget, der tyder på, at nogen anden offentlig rammeaftale blev overdraget. Tværtimod har Dustin fremlagt oplysninger, der viser, at Misco var part i mindst én anden offentlig rammeaftale, og at denne ikke blev overdraget til Advania. Sagens akter viser, at Misco stort set ikke overdrog nogen virksomhed til Advania, ud over de pågældende rammeaftaler. Advania kan derfor efter kammarrättens (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) opfattelse ikke anses for helt eller delvist at være indtrådt i Miscos rettigheder, jf. kap. 17, § 13, i LOU. Det er derfor en væsentlig ændring. Kammarkollegiet burde ikke have godkendt leverandørudskiftningen. Der er dermed tale om en ulovlig direkte tildeling.

Parternes standpunkter

Advania

15. Advania har nedlagt påstand om ophævelse af kammarrättens (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) dom, og om at förvaltningsrättens (forvaltningsdomstol) dom stadfæstes samt anført følgende. Advania sætter ikke spørgsmålstegn ved kammarrättens (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) bedømmelse af, hvad der

indgik i overdragelsen fra konkursboet. Der er i det foreliggende tilfælde tale om en omstrukturering af den tidligere leverandør på grund af insolvens og efterfølgende konkurs, som indebærer, at konkursboet har solgt dele af den bestående virksomhed til bl.a. Advania. De resterende dele af det konkursramte selskabs virksomhed er afviklet. Advania har accepteret at overtage alle Miscos forpligtelser i henhold til aftalen, og Advania er således trådt helt i Miscos sted i rammeaftalerne. Det er hverken i LOU eller udbudsdirektivet noget krav om, at virksomhed af en vis art eller omfang skal overdrages til den nye leverandør. Det er åbenbart, at der ikke er tale om et tilfælde, hvor kun en indkøbskontrakt overdrages og virksomheden hos den oprindelige leverandør er fortsat på sædvanlig vis. [Org. s. 7]

Kammarkollegiet

16. Kammarkollegiet har nedlagt påstand om ophævelse af kammarrättens (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) dom, og om at rammeaftalerne erklæres gyldige samt anført følgende. Den centrale problemstilling er, hvordan udtrykket »helt eller delvist indtræder i den oprindelige leverandørs rettigheder« skal fortolkes. Kammarkollegiet er af den opfattelse, at det skal fortolkes således, at den overtagende leverandør træder i den oprindelige leverandørs sted for så vidt angår de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i den rammeaftale eller kontrakt som overdrages. For det tilfælde, at det skal fortolkes således, at der skal ske en form for virksomhedsoverdragelse og overgang af formuemasse, bliver bestemmelsens anvendelsesområde stærkt begrænset. Det er højst usandsynligt, at en ny leverandør fortsætter udførelsen på samme måde som den tidligere. Det centrale er, at den nye leverandør kan opfylde kontrakten på de vilkår og efter de krav, som oprindeligt er opstillet. Hvis en aftale delvist overtages indebærer det ikke nødvendigvis, at der sker andre væsentlige ændringer af aftalen.

Dustin

17. Dustin har nedlagt påstand om stadfæstelse og anført følgende. At den nye leverandør helt eller delvist skal være indtrådt i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af omstrukturering af virksomhed, kan ikke med rimelighed anses for at sigte på den nye leverandørs overtagelse af indkøbsaftalen. Såfremt dette var tilfældet, ville det være muligt at erhverve individuelle indkøbsaftaler, uden samtidigt at overtage nogen del af den virksomhed, som aftalen angår. En sådan tilgang giver nærmest frit spil til at handle med indkøbsaftaler. Med en sådan fortolkning ville det også være muligt kun delvist at overtage rettigheder og forpligtelser i henhold til aftalen, hvilket ville være vanskeligt foreneligt med kravet om, at leverandørudskiftningen ikke må medføre andre væsentlige ændringer af aftalen. Undtagelsen for leverandørudskiftning ved omstrukturering af en virksomhed må antages at forudsætte, at hovedformålet med transaktionen er, at den nye leverandør overtager hele eller dele af den virksomhed, som aftalen angår, og at overdragelsen af selve aftalen, dvs. leverandørudskiftningen, er accessorisk i forhold til overførslen af virksomheden. At den nye leverandør

indtræder i den pågældende aftale er en konsekvens af ændringen, og udgør ikke en forudsætning for, at den må finde sted.

Behovet for en præjudiciel afgørelse

18. I sagen for Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er det af afgørende betydning, hvordan bestemmelsen om leverandørudskiftning i udbudsdirektivets artikel 72, stk.1, litra d), nr. ii), skal fortolkes. Sagens prøvelse forudsætter en fortolkning af, hvad der skal forstås med »en universel eller delvis efterfølgelse af [...] den oprindelige [leverandør], efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens«.
19. EU-Domstolen har ikke udtalt sig om fortolkningen af denne artikel i dens nuværende affattelse. Det er Högsta förvaltningsdomstolens (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) opfattelse, at den korrekte fortolkning af bestemmelsen ikke er klar.
20. På denne baggrund finder Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) det nødvendigt at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse. **[Org. s. 8]**

Spørgsmål

21. Indebærer den omstændighed, at en ny leverandør har overtaget den oprindelige leverandørs rettigheder og forpligtelser i henhold til en rammeaftale, efter at den oprindelige leverandør er erklæret konkurs og konkursboet har overdraget aftalen, at den nye leverandør skal anses for at være indtrådt i den oprindelige leverandørs rettigheder under sådanne forhold, som er omhandlet i udbudsdirektivets artikel 72, stk.1, litra d), nr. ii)?