

Rechtssache C-461/20
Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

24. September 2020

Vorlegendes Gericht:

Högsta förvaltningsdomstolen (Schweden)

Datum der Vorlageentscheidung:

15. September 2020

Rechtsmittelführer:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Rechtsmittelgegner:

Dustin Sverige AB

HÖGSA PROTOKOLL ... [nicht übersetzt]
FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN

15.09.2020 ... [nicht übersetzt]

Stockholm

... [nicht übersetzt]

RECHTSMITTELFÜHRER

1. Advania Sverige AB ... [nicht übersetzt]
2. Kammarkollegiet (Kollegium der Kammer [Zentralamt für Rechts-, Vermögens- und Verwaltungsangelegenheiten])

Statens Inköpscentral (Staatliche Beschaffungsstelle)

... [nicht übersetzt]

RECHTSMITTELGEGNER

Dustin Sverige AB ... [nicht übersetzt]

ANGEFOCHTENE ENTSCHEIDUNG

Urteil des Kammarrätt i Stockholm (Oberverwaltungsgericht Stockholm, Schweden) vom 16. Oktober 2019 ... [nicht übersetzt]

GEGENSTAND

Prüfung der Gültigkeit einer Vereinbarung; Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union

... [nicht übersetzt]

[Or. 2]

Der Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof, Schweden) erlässt folgenden

BESCHLUSS

Es wird eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Art. 267 des AEU-Vertrags gemäß dem beigefügten Ersuchen um eine solche Vorabentscheidung eingeholt (Anlage zum Protokoll).

... [nicht übersetzt]

[Or. 3]

ANLAGE

Ersuchen um Vorabentscheidung nach Art. 267 AEU-Vertrag betreffend die Auslegung von Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Vergaberichtlinie)

Einleitung

1. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Auftragnehmers wurden aus der Konkursmasse vier Rahmenvereinbarungen an einen neuen Auftragnehmer übertragen. Der Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof, Schweden) möchte im Wege der Vorabentscheidung klären lassen, ob in einem solchen Fall davon auszugehen ist, dass der neue Auftragnehmer derart an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist, dass kein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Anwendbares Unionsrecht

2. Gemäß Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Vergaberichtlinie können Rahmenvereinbarungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens geändert werden, wenn ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, aufgrund der Tatsache ersetzt, dass ein anderer Wirtschaftsteilnehmer, der die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.
3. Im 110. Erwägungsgrund [der Richtlinie] heißt es: „Im Einklang mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz sollte der erfolgreiche Bieter ... nicht durch einen anderen Wirtschaftsteilnehmer ersetzt werden, ohne dass der Auftrag erneut ausgeschrieben wird. Der erfolgreiche Bieter, der den Auftrag ausführt, sollte jedoch ... während des Zeitraums der Auftragsausführung gewisse strukturelle Veränderungen durchlaufen können, wie etwa eine rein interne Umstrukturierung, eine Übernahme, einen Zusammenschluss *oder*¹ Unternehmenskauf *oder* eine Insolvenz [Hervorhebungen durch den Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof)]. Derartige strukturelle Veränderungen sollten nicht automatisch neue Vergabeverfahren ... erfordern.“

Einschlägiges nationales Recht.

4. Gemäß Kap. 17 § 13 Abs. 1 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (Gesetz [2016:1145] über die öffentliche Auftragsvergabe, im Folgenden: LOU) darf ein Auftrag oder eine Rahmvereinbarung ohne ein neues Vergabeverfahren im Zuge eines Auftragnehmerwechsels geändert werden, wenn
 1. der neue Auftragnehmer im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, und
 2. der Umstand, dass ein neuer Auftragnehmer ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, keine sonstigen wesentlichen Änderungen des Auftrags oder des Rahmenvertrags zur Folge hat.

[Or. 4]

Nach Abs. 2 dieser Vorschrift setzt ein solcher Austausch von Auftragnehmern voraus, dass für den neuen Auftragnehmer kein Ausschlussgrund eingreift und

¹ A. d. Ü.: In der schwedischen Fassung der Richtlinie steht „sammanslagningar *och* förvärr *eller* insolvens“ (einen Zusammenschluss und Unternehmenskauf *oder* eine Insolvenz“; Hervorhebung nur hier).

dass er die nach der ursprünglichen Vergabe erforderlichen Voraussetzungen erfüllt.

Sachverhalt

Hintergrund

5. In der Rechtssache geht es um vier Rahmenvereinbarungen mit erneutem Aufruf zum Wettbewerb, die vom Kammarkollegiet im Zuge eines nichtoffenen Verfahrens gemäß dem inzwischen aufgehobenen Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (Gesetz [2007:1091] über die öffentliche Auftragsvergabe) vergeben wurden. Die Rahmenvereinbarungen betreffen den Einkauf von Computern, Bildschirmen, Tablets usw. Drei der Rahmenvereinbarungen beziehen sich auf verschiedene geografische Gebiete, und die vierte gilt landesweit. 17 Bewerber erwiesen sich als geeignet und kamen in die engere Auswahl. Wenn sich mehr als neun Bewerber als geeignet für die Abgabe eines Angebots erwiesen, hatte die Auswahl anhand des höchsten gebotenen Gesamtmehrwerts zu erfolgen.
6. Die Dustin Sverige AB (im Folgenden: Dustin) und die Misco AB (im Folgenden: Misco) gehörten zu den neun Bewerbern mit dem höchsten Mehrwert, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden. Die Advania Sverige AB (im Folgenden: Advania) war nicht unter diesen neun, gehörte aber zu den 17 Unternehmen, die sich als geeignet erwiesen hatten. Mit insgesamt sechs Auftragnehmern wurden Rahmenvereinbarungen für die jeweiligen Gebiete abgeschlossen. An Misco wurden Vereinbarungen für sämtliche, an Dustin für zwei Gebiete vergeben.
7. Mit einem Schreiben vom 4. Dezember 2017 beantragte Misco beim Kammarkollegiet die Bewilligung für eine Übertragung der Rahmenvereinbarungen auf Advania. Am 12. Dezember 2017 wurde über das Vermögen von Misco ein Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter unterzeichnete am 18. Januar 2018 mit Advania einen Vertrag über die Übertragung der Rahmenvereinbarungen. Die Übertragung wurde vom Kammarkollegiet im Februar 2018 gutgeheißen.

Antrag auf Ungültigerklärung der Vereinbarung

8. Dustin beantragte beim Förvaltningsrätt i Stockholm (Verwaltungsgericht Stockholm, Schweden), die Rahmenvereinbarung zwischen Advania und dem Kammarkollegiet für ungültig zu erklären. Dustin machte geltend, dass es sich bei der Übertragung der vier Rahmenvereinbarungen von Misco auf Advania nicht um eine nach Kap. 17 § 13 LOU zulässige Änderung dieser Rahmenvereinbarungen handele, weil Advania nicht infolge einer Unternehmensumstrukturierung an die Stelle von Misco getreten sei. Dustin begründete ihren Standpunkt damit, dass unklar sei, ob Advania die Subunternehmerverträge von Misco übernommen habe. Fest stehe, dass Advania,

von bestimmten Informationen abgesehen, weder Systeme noch Mitarbeiter, noch Betriebsvermögen oder – über die Rahmenvereinbarungen hinaus – andere laufende Verträge übernommen habe. Die Veräußerung der Rahmenvereinbarungen habe bei Misco daher nicht zu einer umfassenden strukturellen Veränderung im Sinne des LOU geführt. Der derzeitige Auftragnehmer habe lediglich die betreffenden Vereinbarungen veräußert, und diese Übertragung stelle keine Unternehmensumstrukturierung im Sinne dieser Vorschrift dar.

9. Das Kammarkollegiet führte Folgendes aus: Nach den ihr vorliegenden Informationen habe Advania den gesamten Betrieb, der Misco zur Erfüllung der Rahmenvereinbarungen zur Verfügung gestanden habe, gekauft. In Bezug auf Miscos Antrag vertrat das Kammarkollegiet die Auffassung, dass die in Rede stehende Übertragung aufgrund einer Umstrukturierung infolge der Insolvenz von Misco erfolgt sei; zwischen Misco, die ein Angebot eingereicht habe, [Or. 5] für geeignet befunden worden sei und die Rahmenvereinbarungen unterzeichnet habe, einerseits und Advania, die danach die Rahmenvereinbarungen erfülle, andererseits habe durchgehend Identität bestanden. Diese Einschätzung beruhe darauf, dass Advania in sämtliche staatliche Rahmenvereinbarungen – einschließlich der Verträge auf Abruf – mit allen Rechten und Pflichten eingetreten sei und die für die Erfüllung der Vereinbarungen maßgeblichen Mitarbeiter von Misco (soweit diese Mitarbeiter von Advania übernommen werden wollten) ebenso übernommen habe wie die Subunternehmer, die für die Erfüllung der Misco gemäß der Vereinbarung obliegenden Verpflichtungen beauftragt worden seien, sowie die für die Erfüllung dieser Vereinbarungen durch Misco erforderlichen Systeme etc. In Bezug auf die Verpflichtungen aus den Rahmenvereinbarungen sei Advania vollständig, und im Hinblick auf den Erwerb zum Teil, an die Stelle von Misco getreten.

Entscheidung des Förvaltningsrätt

10. Dustins Klage auf Ungültigerklärung wurde vom Förvaltningsrätt (Verwaltungsgericht) abgewiesen. In Bezug auf die Frage, ob die Voraussetzungen für einen Auftragnehmerwechsel im Sinne von Kap. 17 § 13 Abs. 1 LOU erfüllt waren, wies der Förvaltningsrätt darauf hin, dass das Kammarkollegiet durch Advania und den Konkursverwalter von Misco darüber aufgeklärt worden sei, was Advania kaufe. Daraufhin sei es zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen Advania und Misco Identität bestehe, so dass Advania als Auftragnehmerin der Rahmenvereinbarung an die Stelle von Misco treten könne. Dem Kammarkollegiet drohe bei einem Auftragnehmerwechsel ein Risiko, und es komme ihm daher in der vorliegenden Situation eine gewisse Einschätzungsprärogative zu. Durch die von Dustin in dieser Rechtssache vorgetragene Umstände könne nicht in Frage gestellt werden, dass Advania die Rahmenvereinbarungen von Misco sowie die für die Erfüllung der Rahmenvereinbarungen erforderlichen Betriebsteile von Misco gemäß den Voraussetzungen des Kap. 17 § 13 LOU erworben habe. Die Rahmenvereinbarungen seien durch den Auftragnehmerwechsel in einer Art und

Weise geändert worden, die als Unternehmensumstrukturierung angesehen werden könne.

Rechtsmittel beim Kamarrätt

11. Gegen die Entscheidung des Förvaltningsrätt (Verwaltungsgericht) legte Dustin beim Kamarrätt i Stockholm (Oberverwaltungsgericht Stockholm) ein Rechtsmittel ein. Dustin trug vor, die Prüfung ergebe vorliegend nicht, dass Advania in dem Umfang Vermögenswerte von Misco übernommen habe, wie dies von dem Kammarkollegiet in seinem Bescheid über die Bewilligung der Übertragung angenommen worden sei. Diese Stelle habe nicht dargelegt, worauf sie ihre Annahme stütze, dass tatsächlich Mitarbeiter von Misco zu Advania gewechselt hätten oder dass über bestimmte Datenbestände hinaus auch Systeme übernommen worden seien. Von den sieben vorgelegten Subunternehmerverträgen seien vier vor dem Übertragungsvertrag abgeschlossen worden, d. h. im Rahmen von Advanias früheren Tätigkeiten, und in keinem von ihnen werde Misco oder die Absicht erwähnt, dass Advania diesem Vertrag zufolge in ein bestehendes Vertragsverhältnis eintreten solle. Advania habe auch keine anderen Rahmenvereinbarungen mit öffentlich-rechtlichen Kunden übernommen. All dies spreche dafür, dass Advania, von bestimmten Informationslisten abgesehen, lediglich die Rahmenvereinbarungen erworben und damit keine Betriebsteile übernommen habe. Bei einer derart beschränkten Übertragung könne nicht angenommen werden, dass Advania infolge einer Unternehmensumstrukturierung an die Stelle von Misco getreten sei.
12. Nach Auffassung des Kammarkollegiet war das Rechtsmittel zurückzuweisen. Vieles spreche dafür, dass sich die Prüfung auf die Frage zu beschränken habe, ob eine Unternehmensumstrukturierung vorliege. Die Tatsache, dass die Übertragung infolge einer Insolvenz erfolgt sei – ein vom Gesetzeswortlaut ausdrücklich vorgesehener Fall – lege nahe, dass diese Voraussetzung erfüllt sei. Da es sich bei einem Konkurs um ein außergewöhnliches Ereignis handle, sei die Insolvenz eine besondere Art der Unternehmensumstrukturierung. Dass Misco in der Absicht, Handel mit Rahmenvereinbarungen zu treiben, einen Konkursantrag gestellt habe, [Or. 6] sei unwahrscheinlich.
13. Advania war ebenfalls der Ansicht, dass das Rechtsmittel zurückzuweisen sei, und begründete dies damit, dass Misco im Rahmen des Konkurses seinen gesamten Betrieb abgewickelt habe, soweit er nicht – u. a. an Advania – habe veräußert werden können. Der genaue Umfang dessen, was Advania aus der Konkursmasse erworben habe, sei daher irrelevant.

Entscheidung des Kamarrätt

14. Der Kamarrätt (Oberverwaltungsgericht) gab dem von Dustin eingelegten Rechtsmittel statt und erklärte die vier Rahmenvereinbarungen zwischen Advania und dem Kammarkollegiet für ungültig. Das Rechtsmittelgericht stellte fest, dass das Kammarkollegiet die Bewilligung für die Übertragung der

Rahmenvereinbarungen aufgrund der Insolvenz von Misco erteilt habe. Außerdem habe Misco gemäß diesem Vertrag nicht nur die Rahmenvereinbarungen, sondern auch die Rechte auf die Mitarbeiter-, auf die Kunden- und Lieferantendaten, auf die Produktstatistik und -geschichte sowie das Recht übertragen, die Subunternehmer des Unternehmens zu übernehmen. Im Gegenzug habe Advania sich bereit erklärt, einigen „Schlüsselmitarbeitern“ eine Stelle zu marktüblichen Bedingungen anzubieten. Gemäß den Feststellungen in dieser Rechtssache sei daraufhin ein einziger Mitarbeiter zu Advania gewechselt. Außerdem habe Advania die Kundenliste von Misco für nicht ganz auf dem neuesten Stand oder relevant gehalten, und die Kunden von Misco seien bereits andere Lieferverbindungen eingegangen. Anzeichen dafür, dass Subunternehmer von Misco infolge des Übertragungsvertrags durch Advania übernommen worden seien, gebe es nicht. Auch weise nichts darauf hin, dass andere öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarungen übertragen worden seien. Vielmehr habe Dustin Belege dafür vorgelegt, dass Misco an mindestens einer anderen öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung beteiligt gewesen und diese nicht auf Advania übertragen worden sei. Den Sachverhaltsfeststellungen zufolge habe Misco über die in Rede stehenden Rahmenvereinbarungen hinaus im Großen und Ganzen keine geschäftlichen Aktivitäten auf Advania übertragen. Aus diesem Grund kann nach Auffassung des Kammarrätt (Oberverwaltungsgericht) nicht angenommen werden, dass Advania im Sinne von Kap. 17 § 13 LOU ganz oder teilweise an die Stelle von Misco getreten sei. Daher liege eine wesentliche Änderung vor. Das Kammarkollegiet hätte den Auftragnehmerwechsel nicht bewilligen dürfen, so dass eine unzulässige Direktvergabe vorliege.

Standpunkte der Parteien

Advania

15. Advania beantragt, das Urteil des Kammarrätt (Oberverwaltungsgericht) aufzuheben und das Urteil des Förvaltningsrätt zu bestätigen. Advania stellt die Beurteilung des Kammarrätt, in welchem Umfang die Konkursmasse Teil der Übertragung geworden sei, nicht in Frage. Im vorliegenden Fall gehe es um eine Umstrukturierung des bisherigen Auftragnehmers aufgrund einer Insolvenz mit anschließendem Konkursverfahren, wobei aus der Konkursmasse Teile des Betriebs u. a. an Advania verkauft worden seien. Die verbleibenden Teile des in Konkurs gefallenen Unternehmens seien abgewickelt worden. Advania habe sich bereit erklärt, von Misco alle Verpflichtung aus den Vereinbarungen zu übernehmen und sei somit in den Rahmenvereinbarungen vollständig an die Stelle von Misco getreten. Weder das LOU noch die Vergaberichtlinie verlange die Übertragung von Geschäftsteilen einer bestimmten Art oder Größe auf den neuen Auftragnehmer. Dass es nicht um einen Fall gehe, in dem lediglich ein vergebener Auftrag übertragen und der Geschäftsbetrieb des ursprünglichen Auftragnehmers wie gewöhnlich fortgeführt werde sei, sei offensichtlich. **[Or. 7]**

Kammarkollegiet

16. Das Kammarkollegiet beantragt, das Urteil des Kammarrätt aufzuheben und die Rahmenvereinbarungen für gültig zu erklären. Entscheidend sei die Frage nach der Auslegung der Wendung „ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt“. Diese sei dahin auszulegen, dass der übernehmende Auftragnehmer hinsichtlich der Rechte und Pflichten an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers trete, die in der Rahmenvereinbarung oder dem Auftrag, die bzw. der übertragen werde, vereinbart worden seien. Werde ein Verständnis zugrunde gelegt, wonach es einer Art Betriebsübergang und der Übertragung von Vermögenswerten bedürfe, werde der Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich beschränkt. Es sei äußerst unwahrscheinlich, dass der neue Auftragnehmer die Geschäfte so weiterführe, wie dies der bisherige Auftragnehmer getan habe. Entscheidend sei, dass der neue Auftragnehmer den Auftrag gemäß den ursprünglich festgelegten Bedingungen und Erfordernissen erfüllen könne. Die teilweise Übernahme einer Vereinbarung habe nicht zwangsläufig andere wesentliche Veränderungen derselben zur Folge.

Dustin

17. Dustin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Dass der neue Auftragnehmer infolge von Unternehmensumstrukturierungen ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers getreten sei, könne sich eigentlich nicht auf die Übernahme des vergebenen Auftrags durch den neuen Auftragnehmer beziehen. Andernfalls wäre es möglich, einzelne bereits vergabene Aufträge zu erwerben, ohne gleichzeitig einen Teil des Geschäftsbetriebs, zu dem die Vereinbarungen gehörten, zu übernehmen. Bei einer solchen Sichtweise würde einem Handel mit vergebenen Aufträgen Tür und Tor geöffnet. Bei einer derartigen Auslegung wäre sogar eine nur teilweise Übernahme der Rechte und Pflichten aus einer Vereinbarung möglich, was kaum mit der Bedingung vereinbar sei, dass der Auftragnehmerwechsel keine anderen wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge haben dürfe. Es sei davon auszugehen, dass die Ausnahme für Auftragnehmerwechsel bei Unternehmensumstrukturierungen voraussetze, dass die Transaktion im Wesentlichen darauf abziele, dass der neue Auftragnehmer den Betrieb, der den Auftrag erhalten habe, ganz oder teilweise übernehme und dass die Übertragung der Vereinbarung, d. h. der Auftragnehmerwechsel, akzessorisch zum Betriebsübergang sei. Dass der neue Auftragnehmer in die in Rede stehende Vereinbarung eintrete, sei die Folge der Änderung und nicht deren Voraussetzung.

Erforderlichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens

18. In der beim Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof) anhängigen Rechtssache kommt es entscheidend darauf an, wie Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Vergaberichtlinie, der den Auftragnehmerwechsel betrifft, auszulegen ist. In der Rechtssache ist die Wendung „im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder

Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt“ auszulegen.

19. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat diesen Artikel unter dem in Rede stehenden Aspekt noch nicht ausgelegt. Nach Auffassung des Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof) ist nicht klar, wie diese Bestimmung zutreffend auszulegen ist.
20. Vor diesem Hintergrund hält es der Högsta förvaltningsdomstol (Oberster Verwaltungsgerichtshof) für erforderlich, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. **[Or. 8]**

Frage

21. Folgt aus dem Umstand, dass ein neuer Auftragnehmer die Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers aus einer Rahmenvereinbarung übernommen hat, nachdem über das Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers das Konkursverfahren eröffnet wurde und die Vereinbarung aus der Konkursmasse übertragen wurde, dass der neue Auftragnehmer unter Bedingungen, wie sie Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Vergaberichtlinie vorsieht, an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist?