

**Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 i EUF-fördraget angående tolkningen av artikel 72.1 d) ii) i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet)**

**Inledning**

1. Efter det att en leverantör har försatts i konkurs har konkursboet överlåtit fyra ramavtal till en ny leverantör. Högsta förvaltningsdomstolen önskar genom förhandsavgörande få klarhet i om den nya leverantören kan anses ha inträtt i den ursprungliga leverantörens ställe under sådana förhållanden att något nytt upphandlingsförfarande inte behöver genomföras.

**Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser**

2. Enligt artikel 72.1 d) ii) i upphandlingsdirektivet får ramavtal ändras utan nytt upphandlingsförfarande om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör till följd av att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av direktivet.

3. I skäl 110 sägs följande. I överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet bör inte en utvald anbudsgivare kunna ersättas med en annan ekonomisk aktör utan att kontraktet konkurrensutsätts på nytt. Den utvalda anbudsgivaren som fullgör kontraktet bör dock kunna genomgå vissa strukturella förändringar under fullgörandet av kontraktet, exempelvis rent interna omorganisationer, uppköp, sammanslagningar *och* förvärv *eller* insolvens (Högsta förvaltningsdomstolens kursiveringar). Sådana strukturella förändringar bör inte automatiskt kräva nya upphandlingsförfaranden.

**Tillämpliga nationella bestämmelser**

4. Enligt 17 kap. 13 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Dok.Id 227035

**Postadress**  
Box 2293  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls torg 13

**Telefon**  
08-561 676 00  
**E-post:**  
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se  
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

**Telefax**

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00–12:00  
13:00–16:00

Av andra stycket framgår att ett sådant byte av leverantör förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen.

### **Omständigheterna i målet**

#### *Bakgrund*

5. Målet gäller fyra ramavtal med förnyad konkurrensutsättning som upphandlats av Kammarkollegiet genom ett selektivt förfarande enligt den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Ramavtalen avser inköp av datorer, bildskärmar, surfplattor m.m. Tre av ramavtalen omfattar olika geografiska områden och det fjärde ramavtalet är rikstäckande. Sjutton anbudssökande kvalificerade sig och gick vidare till selektering. Om fler än nio anbudssökande kvalificerade sig för att lämna anbud skulle ett urval göras utifrån högst tilldelat sammanräknat mervärde.

6. Dustin Sverige AB (Dustin) och Misco AB (Misco) hörde till de nio anbudssökande med högst mervärde som bjöds in att lämna anbud. Advania Sverige AB (Advania) hörde inte till dessa nio, men till de sjutton som kvalificerat sig. Ramavtal har tecknats med totalt sex leverantörer inom varje område. Misco tilldelades avtal inom samtliga områden. Dustin tilldelades avtal inom två områden.

7. I en skrivelse daterad den 4 december 2017 ansökte Misco om att Kammarkollegiet skulle godkänna att ramavtalen överläts till Advania. Misco försattes i konkurs den 12 december 2017. Konkursförvaltaren tecknade den 18 januari 2018 avtal med Advania om överlåtelse av ramavtalen. Överlåtelsen godkändes av Kammarkollegiet i februari 2018.

#### *Ansökan om ogiltigförklaring av avtal*

8. Dustin ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Advanias ramavtal med Kammarkollegiet skulle ogiltigförklaras. Dustin hävdade att överlåtelsen av de fyra ramavtalen från Misco till Advania inte utgjorde en tillåten ändring av ramavtalen enligt 17 kap. 13 § LOU eftersom Advania inte hade inträtt i Miscos ställe till följd av en företagsomstrukturering. Till stöd för detta anförde Dustin följande. Det är oklart om Advania har övertagit Miscos underleverantörsavtal. Det kan konstateras att utöver viss information har Advania varken övertagit några system, någon personal, några rörelsetillgångar eller några andra avtal i verksamheten än just ramavtalen. Avyttringen av ramavtalen har därmed inte inneburit en genomgripande strukturell förändring av Misco på det sätt som lagen förutsätter. Den befintliga leverantören har endast sålt avtalen i fråga och överlåtelsen utgör inte en företagsomstrukturering i bestämmelsens mening.

9. Kammarkollegiet anförde följande. Av den information som Kammarkollegiet har fått framgår att Advania köpte hela den verksamhet som Misco hade för att fullgöra ramavtalen. I anledning av Miscos ansökan gjorde Kammarkollegiet bedömningen att aktuell överlåtelse skett på grund av en omstrukturering till följd av insolvens hos Misco och att det förelåg en fortsatt identitet mellan Misco som lämnat anbud,

kvalificerats samt tecknat ramavtal och Advania som sedan fullgör ramavtalen. Bedömningen baserades på att Advania övertog samtliga statliga ramavtal inklusive avropade kontrakt med rättigheter och skyldigheter, den personal hos Misco som varit av avgörande betydelse för fullgörandet av avtalen (i den mån personalen önskade gå över till Advania), de underleverantörer som åberopats för fullgörande av åtaganden som Misco har enligt avtalen samt de system m.m. som är nödvändiga för att Misco ska kunna fullgöra dem. Advania har trätt *helt* i Miscos ställe avseende ramavtalens åtaganden och *delvis* sett till vad som förvärvades.

#### *Förvaltningsrättens dom*

10. Förvaltningsrätten avslag Dustins ansökan om ogiltigförklaring. Vad gäller frågan om förutsättningarna för leverantörsbyte i 17 kap. 13 § första stycket LOU var uppfyllda anförde förvaltningsrätten följande. Kammarkollegiet har genom Advania och Miscos konkursförvaltare fått klarhet i vad Advania köper och därefter kommit fram till att det föreligger identitet mellan Advania och Misco och att Advania därmed kan träda i Miscos ställe som ramavtalsleverantör. Det är Kammarkollegiet som står en risk genom leverantörsbytet och som har ett visst tolkningsföreträde i den uppkomna situationen. Domstolen finner att de omständigheter som Dustin åberopat i målet inte utgör grund för att ifrågasätta att Advania förvärvat Miscos ramavtal och delar av Miscos verksamhet för ett fullgörande av ramavtalen på det sätt som förutsätts i 17 kap. 13 § LOU. Ramavtalen har ändrats genom ett byte av leverantör på ett sätt som ryms inom vad som kan avses med företagsomstrukturering.

#### *Överklagande till kammarrätten*

11. Dustin överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm och anförde följande. Utredningen i det aktuella fallet stöder inte att Advania övertagit tillgångar från Misco i den utsträckning som Kammarkollegiet utgått från i sitt beslut om godkännande av överlåtelsen. Myndigheten har inte kommit in med någon utredning till stöd för att någon av Miscos anställda faktiskt gick över till Advania eller att några system övertogs, förutom vissa datalistor. Av de sju underleverantörsavtal som getts in har fyra ingåtts innan överlåtelseavtalet, det vill säga i Advanias ursprungliga verksamhet, och inte i något av dem nämns något om Misco eller att avtalen skulle innebära att Advania tar över en befintlig avtalsrelation. Advania har inte heller tagit över några andra ramavtal med offentliga kunder. Dessa omständigheter visar att Advania, förutom vissa informationslistor, enbart förvärvat ramavtalen och alltså inte övertagit någon verksamhetsgren. En sådan begränsad överlåtelse kan inte anses medföra att Advania trätt i Miscos ställe till följd av en företagsomstrukturering.

12. Kammarkollegiet ansåg att överklagandet skulle avslås och anförde följande. Mycket talar för att prövningen enbart ska förhålla sig till frågan om det skett en företagsomstrukturering. Det faktum att överlåtelsen har skett till följd av insolvens, vilket uttryckligen anges i lagtexten, talar för att rekvisitet är uppfyllt. Eftersom konkurs är en extraordinär händelse är insolvens en särskild typ av företagsomstrukturering. Det är osannolikt att Misco skulle ha trätt i konkurs i syfte

att bedriva handel med ramavtal.

13. Advania ansåg att överklagandet skulle avslås och anförde följande. Misco har inom ramen för konkursen avvecklat hela sin verksamhet i de delar den inte gått att avyttra, bl.a. till Advania. Det saknar därför betydelse vad Advanias förvärv från konkursboet närmare omfattat.

#### *Kammarrättens dom*

14. Kammarrätten biföll Dustins överklagande och beslutade att de fyra ramavtalen mellan Advania och Kammarkollegiet var ogiltiga. Kammarrätten konstaterade att Kammarkollegiets godkännande av överlåtelsen av ramavtalen gjordes med anledning av Miscos insolvens. Kammarrätten anförde vidare följande. Enligt nämnda avtal överlät Misco förutom ramavtalen även rätten till bolagets personal-, kund- och leverantörsdata, artikelstatistik och -historik samt rätten att överta bolagets underleverantörer och Advania förklarade sig berett att erbjuda ett antal ”nyckelanställda” anställning på marknadsmässiga villkor. Av utredningen i målet framgår att en anställd sedan gick över till Advania. Det framgår även att Miscos kundlista enligt Advania inte var helt uppdaterad eller relevant och att Miscos kunder redan hade hunnit byta leverantör. Det finns inget som visar att några av Miscos underleverantörer övertogs av Advania till följd av överlåtelseavtalet. Inte heller finns det något som visar att några andra offentliga ramavtal har överlåtits. Tvärtom har Dustin presenterat uppgifter som visar att Misco var part i åtminstone ett annat offentligt ramavtal och att det inte har överlåtits till Advania. Utredningen visar att Misco i stort sett inte överlät någon verksamhet till Advania förutom de aktuella ramavtalen. Advania kan därför enligt kammarrättens mening inte anses ha helt eller delvis inträtt i Miscos ställe på det sätt som avses i 17 kap. 13 § LOU. Det är därför en väsentlig ändring. Kammarkollegiet borde inte ha godkänt leverantörsbytet. Det är därmed fråga om en otillåten direktupphandling.

#### **Parternas ståndpunkter**

##### *Advania*

15. Advania yrkar att kammarrättens dom ska upphävas och förvaltningsrättens dom fastställas samt anför följande. Advania ifrågasätter inte kammarrättens bedömning av vad som ingick i överlåtelsen från konkursboet. Det är i förevarande fall fråga om en omstrukturerings av den tidigare leverantören på grund av insolvens med efterföljande konkurs, som innebär att konkursboet sålt delar av den befintliga verksamheten till bl.a. Advania. Återstående delar av konkursbolagets verksamhet har avvecklats. Advania har accepterat att överta alla Miscos förpliktelser enligt avtalen och Advania har således helt inträtt i Miscos ställe i ramavtalen. Det finns varken i LOU eller upphandlingsdirektivet något krav på att verksamhet av viss art eller omfattning måste överlåtas till den nya leverantören. Det är uppenbart att det inte rör sig om ett fall där enbart ett upphandlat kontrakt överlåtits och verksamheten hos den ursprungliga leverantören fortsatt som vanligt.

*Kammarkollegiet*

16. Kammarkollegiet yrkar att kammarrättens dom ska upphävas och ramavtalen förklaras giltiga samt anför följande. Den centrala frågeställningen är hur uttrycket ”helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe” ska tolkas. Kammarkollegiet anser att det bör tolkas som att den övertagande leverantören träder i den ursprungliga leverantörens ställe i fråga om de rättigheter och skyldigheter som fastställts i det ramavtal eller kontrakt som överläts. För det fall att det ska tolkas som att det ska ske någon typ av verksamhetsöverlåtelse och övergång av förmögenhetsmassa blir tillämpningen av bestämmelsen kraftigt begränsad. Det är högst osannolikt att en ny leverantör fortsätter utförandet på samma sätt som den tidigare. Det centrala är att den nya leverantören kan uppfylla kontraktet enligt de villkor och krav som ursprungligen uppställdes. Om ett avtal delvis tas över innebär det inte nödvändigtvis att andra väsentliga ändringar av avtalet görs.

*Dustin*

17. Dustin bestrider bifall till överklagandena och anför följande. Att den nya leverantören helt eller delvis ska ha inträtt i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar tar rimligtvis inte sikte på den nya leverantörens övertagande av det upphandlade avtalet. Om så vore fallet skulle det vara möjligt att förvärva enskilda upphandlade avtal utan att samtidigt överta någon del av den verksamhet där avtalen ingår. Ett sådant synsätt ger närmast fritt utrymme för handel med upphandlade avtal. Det vore med en sådan tolkning även möjligt att endast delvis överta rättigheterna och skyldigheterna enligt avtalet, vilket vore svårförenligt med kravet att leverantörsbytet inte får medföra andra väsentliga ändringar av avtalet. Undantaget för leverantörsbyten vid företagsomstruktureringar får antas förutsätta att det huvudsakliga syftet med transaktionen är att den nya leverantören övertar hela eller delar av den verksamhet där avtalet ingår och att övergången av själva avtalet, dvs. leverantörsbytet, är accessoriskt i förhållande till verksamhetsövergången. Att den nya leverantören inträder i avtalet i fråga är konsekvensen av ändringen och utgör inte förutsättningen för att den ska få ske.

**Behovet av förhandsavgörande**

18. I målet i Högsta förvaltningsdomstolen är det av avgörande betydelse hur bestämmelsen om leverantörsbyte i artikel 72.1 d) ii) i upphandlingsdirektivet ska tolkas. Prövningen i målet förutsätter en tolkning av vad som avses med att någon ”helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens”.

19. EU-domstolen har inte uttalat sig om tolkningen av denna artikel i nu aktuellt avseende. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är den korrekta tolkningen av bestämmelsen inte klar.

20. Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att det är nödvändigt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

**Fråga**

21. Innebär den omständigheten att en ny leverantör övertagit den ursprungliga leverantörens rättigheter och skyldigheter enligt ett ramavtal, efter det att den ursprungliga leverantören försatts i konkurs och konkursboet överlåtit avtalet, att den nya leverantören ska anses ha inträtt i den ursprungliga leverantörens ställe under sådana förhållanden som avses i artikel 72.1 d) ii) i upphandlingsdirektivet?