



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 9. september 2021¹

Sag C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
mod
Dustin Sverige AB**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige indkøb – direktiv 2014/24/EU – artikel 72, stk. 1, litra d), nr. ii) – ændring af igangværende udbud – insolvens – overdragelse af rammeaftaler efter, at den oprindelige leverandør er blevet erklæret konkurs – ny leverandør – begrebet »væsentlig ændring af kontrakten« – undtagelse fra gennemførelse af en ny udbudsprocedure – betingelser«

I. Indledning

1. Den foreliggende sag, der vedrører direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud², angår en af undtagelserne fra anvendelsen af udbudsproceduren, nemlig når indehaveren af kontrakten bliver insolvent i løbet af opfyldelsen af denne. Den omhandlede undtagelse fremgår af artikel 72, stk. 1, litra d), nr. ii), i direktiv 2014/24 (herefter »den omtvistede bestemmelse«).

2. Det ønskes oplyst, på hvilke betingelser denne undtagelse finder anvendelse, og nærmere bestemt om disse betingelser kræver, at den nye leverandør, der erstatter den oprindelige leverandør, ikke blot overtager den berørte kontrakt, men også i det mindste en del af dennes virksomhed.

3. Spørgsmålet er fremsat som led i en tvist mellem Kammarkollegiet, en svensk myndighed, der leverer juridiske, finansielle og administrative tjenesteydelser, og Advania Sverige AB (herefter »Advania«), der har erstattet den oprindelige leverandør, og Dustin Sverige AB (herefter »Dustin«), et selskab, der er interesseret i de i hovedsagen omhandlede kontrakter. Dustin har bestridt overdragelsen af de rammeaftaler, der oprindeligt var blevet tildelt Misco AB, til

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

Advania, efter at denne oprindelige leverandør var blevet erklæret konkurs, uden udbud i henhold til direktiv 2014/24 og uden, at denne overdragelse har været ledsaget af i det mindste en del af Miscos virksomhed, nemlig den del, der gør det muligt at opfylde rammeaftalerne.

4. Den oprindelige leverandørs insolvens og den efterfølgende udskiftning af denne med en ny leverandør er en situation, der i princippet er uventet og ekstraordinær, idet der normalt træffes alle forholdsregler for at sikre sig, at de bydende er solvente. Der er imidlertid tale om en problemstilling, som de ordregivende myndigheder nogle gange støder på i løbet af virksomheders eksistens, hvilket hovedsagen vidner om, og som lovgiver har valgt at dække for første gang med den omtvistede bestemmelse. Det ønskes oplyst, om denne bestemmelse gør det muligt, at der udpeges en ny leverandør, navnlig af en kurator, uden udbud og uden nogen forpligtelse for den nye leverandør til at overtage en del af den oprindelige leverandørs virksomhed, uden derved at overtræde de principper for indgåelse af indkøbsaftaler, som direktiv 2014/24 tilsigter at beskytte.

5. Efter min bedømmelse vil jeg foreslå Domstolen, at den fastslår, at den undtagelse, der er indeholdt i den omtvistede bestemmelse, ikke kræver, at den nye leverandør, der ønsker at få tildelt kontrakten i stedet for den oprindelige leverandør, også skal erhverve en del af sidstnævntes virksomhed.

II. Retsforskrifter

A. Direktiv 2014/24

6. Følgende fremgår af 107. og 110. betragtning til direktiv 2014/24:

»(107) Det er nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure under hensyntagen til EU-Domstolens relevante retspraksis. En ny udbudsprocedure er nødvendig, hvis der foretages væsentlige ændringer i den oprindelige kontrakt, især med hensyn til anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter, herunder fordelingen af intellektuelle ejendomsrettigheder. Sådanne ændringer viser parternes hensigt om at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt. Dette er især tilfældet, når de ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure.

[...]

(110) I overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed må den valgte tilbudsgiver ikke erstattes af en anden økonomisk aktør uden fornyet udbud, f.eks. hvis en kontrakt bringes til ophør på grund af mangler ved gennemførelsen. Den valgte tilbudsgiver, der gennemfører kontrakten, bør imidlertid, navnlig hvis kontrakten er tildelt mere end én virksomhed, kunne foretage visse strukturelle ændringer under kontraktens udførelse såsom rent interne reorganiseringer, overtagelser, fusioner og erhvervelser eller insolvens. Disse strukturelle ændringer bør ikke automatisk nødvendiggøre nye udbudsprocedurer for alle offentlige kontrakter, der gennemføres af den pågældende tilbudsgiver.«

7. Direktivets artikel 18 med overskriften »Udbudsprincipper« bestemmer i stk. 1:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. [...]«

8. Nævnte direktivs artikel 57, stk. 4, litra b), fastsætter:

»De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

[...]

b) hvis den økonomiske aktør er konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, hvis dennes aktiver administreres af en kurator eller af retten, hvis denne er under tvangsakkord uden for konkurs, hvis dennes erhvervsvirksomhed er blevet indstillet eller denne befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning.«

9. Artikel 72 i direktiv 2014/24 med overskriften »Ændring af kontrakter i deres løbetid« bestemmer:

»1. Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv i følgende tilfælde:

[...]

d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten som følge af [...]:

[...]

ii) 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 dette direktiv [...]

[...]

e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

[...]

4. En ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid anses for at være væsentlig i medfør af stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Med forbehold af stk. 1 og 2 anses en ændring under alle omstændigheder for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

- a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
- c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde
- d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1, litra d).«

[...]

B. Svensk ret

10. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (lov (2016:1145) om offentlige udbud, herefter »LOU«)³ bestemte i kapitel 17, § 13, at en kontrakt eller rammeaftale kan 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«.

11. Den forelæggende ret har præciseret, at det fremgår af den anden betingelse, at en sådan udskiftning af leverandør forudsætter, at den nye leverandør ikke er udelukket i henhold til de udelukkelseskriterier, der er fastsat i denne lov, og at vedkommende opfylder de udvælgelseskriterier, der fremgik af det oprindelige udbud.

III. Tvisten i hovedsagen, det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

12. Kammarkollegiet havde offentliggjort et udbud om levering af it-hardware, navnlig computere, skærme og tablets, via et begrænset udbud⁴ i henhold til LOU.

³ – Den forelæggende ret har oplyst, at denne lov efterfølgende er blevet ophævet.

⁴ – Denne procedure er beskrevet indgående i artikel 28 i direktiv 2014/24.

13. 17 ansøgere, herunder Advania, godtgjorde, at de opfyldte udbudsbetingelserne. I overensstemmelse med reglerne for den begrænsede procedure⁵ havde Kammarkollegiet besluttet, at såfremt mere end ni ansøgere opfyldte betingelserne, skulle kun de ni bedst placerede opfordres til at deltage. Advania var ikke blandt disse ni.

14. Der blev indgået rammeaftaler med i alt seks leverandører inden for forskellige områder. Misco blev tildelt fire rammeaftaler omfattende alle de berørte områder. Dustin blev tildelt rammeaftaler inden for to af disse områder.

15. I en skrivelse af 4. december 2017 ansøgte Misco om Kammarkollegiets godkendelse af, 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 de fire rammeaftaler. Overdragelsen blev godkendt af Kammarkollegiet i februar 2018.

16. Efter denne overdragelse indbragte Dustin sagen for Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm) med påstand om, at det blev fastslået, at Advanias rammeaftaler med Kammarkollegiet var ugyldige.

17. Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm) gav ikke Dustin medhold. Den fastslog, at Advania havde opnået rammeaftalerne og erhvervet dele af Miscos virksomhed, hvilket muliggjorde gennemførelsen af disse rammeaftaler, som det kræves i kapitel 17, § 13, i LOU.

18. Dustin iværksatte appel af denne dom ved Kamarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige), der gav Dustin medhold i appellen og traf bestemmelse om, at de fire rammeaftaler mellem Advania og Kammarkollegiet var ugyldige. Kamarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm) konstaterede, at Kammarkollegiet havde godkendt rammeaftalernes overdragelse med henvisning til Miscos insolvens. Den fastslog imidlertid i modsætning til retten i første instans, at Misco praktisk taget ikke havde overdraget nogen virksomhed til Advania, ud over de pågældende rammeaftaler, og at Advania derfor ikke kunne anses for helt eller delvist at være indtrådt i Miscos rettigheder, jf. kapitel 17, § 13, i LOU. Denne appeldomstol har således navnlig anført, at kun en ansat i Misco efterfølgende var overgået til Advania, at listen over de af Miscos kunder, der var blevet overført til Advania, ikke var helt opdateret eller relevant, og at der ikke forelå nogen dokumentation for, at Advania havde overtaget Miscos underleverandører.

19. Advania og Kammarkollegiet iværksatte appel af denne dom afsagt i anden instans ved Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige). De har i deres stævning ikke sat spørgsmålstejn ved appeldomstolens bedømmelse af, hvad der indgik i konkursboet og i overdragelsen fra konkursboet. De har ikke desto mindre gjort gældende, at en sådan overdragelse opfylder betingelsen om en hel eller delvis indtræden i henhold til kapitel 17, § 13, i LOU og direktiv 2014/24.

20. Ifølge Advania og Kammarkollegiet kræves det hverken i LOU eller i direktiv 2014/24, at virksomhed af en vis art eller omfang ud over rammeaftalerne skal overdrages til den nye leverandør.

⁵ – Jf. artikel 65 i direktiv 2014/24 med overskriften »Begrænsning af antallet af i øvrigt kvalificerede ansøgere, som opfordres til at deltage«.

21. Dustin er af den opfattelse, at det følger af ordene »helt eller delvist indtræder i den oprindelige leverandørs rettigheder«, sammenholdt med begrebet »omstrukturering af virksomhed« i den omtvistede bestemmelse, at den nye leverandør sammen med rammeaftalen skal overtage hele eller en del af den oprindelige leverandørs virksomhed, der er helliget udførelsen af de pågældende kontrakter.

22. Som følge af de forskellige fortolkninger har den forelæggende ret fremhævet, at den har behov for at få belyst rækkevidden af den omtvistede bestemmelse og navnlig, hvad der skal forstås ved erstatning ved »en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens«.

23. På denne baggrund har Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»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)?«

24. Anmodningen om præjudiciel afgørelse, der er dateret den 15. september 2020, er indgået til Domstolen den 24. september 2020.

25. Advania, Kammarkollegiet, Dustin, den østrigske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

IV. Bedømmelse

26. Ved bedømmelsen af den omtvistede bestemmelse skal det indledningsvis anføres, som Domstolen fastslog i presstext Nachrichtenagentur⁶, at udskiftningen med en ny medkontrahent i almindelighed betragtes som en ændring af de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt. Denne betragtning er blevet medtaget i artikel 72, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24.

27. Det følger heraf, at udskiftningen af den oprindelige leverandør i princippet udgør en væsentlig ændring af kontrakten, der medfører en ny udbudsprocedure⁷ i overensstemmelse med princippet om gennemsigtighed og princippet om ligebehandling, der ligger til grund for forpligtelsen til at garantere konkurrence mellem de potentielle interesserede ansøgere fra de forskellige medlemsstater⁸.

28. Rent undtagelsesvist åbner den omtvistede bestemmelse mulighed for, at der udpeges en erstatning for den oprindelige leverandør i tilfælde af dennes insolvens, uden at der skal gennemføres en sådan procedure.

⁶ – Dom af 19.6.2008 (C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351, herefter »presstext-dommen«, præmis 40). Konsekvenserne af denne dom vil blive behandlet indgående i punkt 70-78 i dette forslag til afgørelse.

⁷ – Jf. i denne retning presstext-dommen, præmis 47, og artikel 72, stk. 1, litra e), i direktiv 2014/24.

⁸ – Jf. dom af 7.9.2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 28). Disse principper og forpligtelsen til at garantere konkurrence fremgår af artikel 18 i direktiv 2014/24.

29. Spørgsmålet er, på hvilke betingelser denne undtagelse finder anvendelse, og navnlig, om det er nødvendigt, at den nye leverandør overtager i det mindste en del af den oprindelige leverandørs virksomhed.

30. Domstolen har anlagt to forskellige fortolkninger af den omtvistede bestemmelse.

31. Ifølge den første fortolkning, som Kammarkollegiet, Advania og den østrigske regering har tilsluttet sig, skal den omtvistede bestemmelse fortolkes således, at udskiftningen af den oprindelige leverandør efter, at denne er erklæret insolvent, ikke kræver, at overdragelsen af kontrakten til den nye leverandør skal ledsages af denne nye leverandørs overtagelse af en del af den oprindelige leverandørs virksomhed. De er af den opfattelse, at såfremt bestemmelsen skal fortolkes således, at der skal ske en form for virksomhedsoverdragelse, bliver bestemmelsens anvendelsesområde stærkt begrænset.

32. Den anden fortolkning, som Dustin og Kommissionen har tilsluttet sig, er omvendt baseret på den formodning, at den nye leverandør overtager i det mindste en del af den oprindelige leverandørs virksomhed. Dustin er af den opfattelse, at der i modsat fald vil være nærmest frit spil til at handle med indkøbsaftaler, der har været genstand for et udbud.

33. Ifølge Dustin og Kommissionen er det vigtigt for ikke at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed og dermed målet om at sikre konkurrence, at den oprindelige leverandørs materielle identitet opretholdes, dvs. at de aktiver, der anvendes til udførelsen af rammeaftalen, eller i det mindste en del af dem, overdrages til den nye entreprenør, således at der er kontinuitet mellem den oprindelige entreprenør og den virksomhed, der erstatter den. Kommissionen erkender, at det kan være umuligt, når den oprindelige entreprenørs virksomhed er fuldstændig opløst. Efter Kommissionens opfattelse ville det dog i en sådan situation være nødvendigt for at sikre ligebehandling mellem de oprindelige tilbudsgivere, at den ordregivende myndighed først og fremmest retter henvendelse til dem ved f.eks. at følge den rækkefølge, i hvilken de var opstillet efter den oprindelige udbudsprocedure.

34. Der står meget på spil. Domstolen anmodes om at præcisere den skønsmargen, som den ordregivende myndighed har ved udskiftning af den oprindelige entreprenør i tilfælde af dennes insolvens.

35. Efter min opfattelse kan den omtvistede bestemmelses ordlyd ikke fortolkes således, som Dustin og Kommissionen har foreslået. Jeg vil i det følgende påvise, at denne bestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med den første fortolkning, idet jeg støtter mig på dens ordlyd (afsnit A), på dens interne og eksterne systematik, dvs. på de bestemmelser, der ligger til grund for den, og på det forberedende arbejde (afsnit B) samt på de mål, som lovgiver forfølger (afsnit C).

A. Den omtvistede bestemmelses ordlyd

36. Det skal først og fremmest anføres, at det fremgår af ordlyden af artikel 72, stk. 1, i direktiv 2014/24, at rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i de fem tilfælde, der er nævnt i denne bestemmelses litra a)-e). Litra d), nr. ii), som Domstolen skal fortolke, nævner udtrykkeligt den oprindelige entreprenørs insolvens som et af de tilfælde, hvor en rammeaftale kan tildeles en ny entreprenør uden en ny udbudsprocedure, selv om denne udskiftning udgør en væsentlig ændring af kontrakten.

37. Den omtvistede bestemmelse gør anvendelsen af den pågældende undtagelse betinget af, at visse krav er opfyldt, men disse krav omfatter ikke udtrykkeligt overførsel af en del af den oprindelige entreprenørs virksomhed.

38. Der er tale om tre betingelser:

- Den nye entreprenør er en økonomisk aktør, der *opfylder kriterierne for kvalitativ udvælgelse*. Det er ubestridt, at denne betingelse er opfyldt i en situation, hvor den nye entreprenør, her Advania, som det er tilfældet i hovedsagen, er en af de virksomheder, der blev betragtet som en kvalificeret ansøger⁹.
- Udskiftningen med den nye entreprenør medfører *ikke andre væsentlige ændringer af kontrakten*. Denne betingelse ser heller ikke ud til at give anledning til tvivl i hovedsagen, således som den forelæggende ret har beskrevet den.
- Udskiftningen med den nye entreprenør *har ikke til formål at omgå anvendelsen af [...] direktiv 2014/24*. Den pågældende udskiftning må ikke være et middel til omgåelse, hvorved den ordregivende myndighed vælger en entreprenør efter eget valg uden konkurrence mellem de interesserede ansøgere. Jeg vil vende tilbage til denne sidstnævnte betingelse, der har til formål at undgå, at nævnte direktivs udbudsregler omgås¹⁰. Det skal dog indledningsvis præciseres, at den forelæggende ret ikke har antydnet, at udpegelsen af den nye entreprenør i hovedsagen havde til formål at undgå anvendelsen af disse regler.

39. Dustin og Kommissionen har imidlertid hævdet, at behovet for at overføre i det mindste en del af den oprindelige entreprenørs virksomhed følger implicit af selve ordlyden af den omtvistede bestemmelse, hvoraf det fremgår, at en anden økonomisk aktør erstatter den oprindelige entreprenør »*som følge af en universel eller delvis efterfølgelse af den oprindelige entreprenør som følge af omstrukturering af virksomhed*, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens¹¹«.

40. Det skal anføres, at den anvendte ordlyd varierer lidt fra den ene sprogversion til den anden. I den engelske og den franske version af denne bestemmelse anvendes således ordene »*succession universelle ou partielle*«, hvorimod det af den svenske version af den omtvistede bestemmelse fremgår, at en anden økonomisk aktør »*træder helt eller delvist*« i den oprindelige entreprenørs sted.

41. I denne sammenhæng er disse ord dog efter min opfattelse stort set ækvivalente.

42. Det fremgår efter min opfattelse med rette af den vægt, som alle de parter, der har indgivet indlæg til Domstolen, har lagt på ordet »*efterfølgelse*«, at den nye entreprenørs efterfølgelse af den oprindelige entreprenør er universel eller delvis. Dette fremgår endnu klarere af den engelske version, hvoraf det fremgår, at udskiftningen sker »*som følge af*« en universel eller delvis efterfølgelse¹².

⁹ – Jf. punkt 13 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰ – Jf. punkt 84, 86 og 87 i dette forslag til afgørelse.

¹¹ – Min fremhævelse.

¹² – Den engelske version er affattet således: »as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor«.

43. Det følger heraf, at den nye entreprenør overtager hele eller en del af den oprindelige entreprenørs aktiver. Det skal dog fremhæves, at begrebet »delvis« ikke er defineret i den omtvistede bestemmelse. Andelen kan være større eller mindre afhængigt af den hændelse, der giver anledning til efterfølgelsen¹³. Ifølge en ordlydsfortolkning kan den nye entreprenør således blot overtage en offentlig kontrakt eller en rammeaftale.

44. Omvendt skal det præciseres, at begrebet »delvis« ikke gør det muligt at fastslå, at blot en del af en offentlig kontrakt eller en rammeaftale kan overføres, eftersom dette ville udgøre en væsentlig ændring af aftalen eller rammeaftalen og ville være i strid med betingelsen om, at der ikke må ske andre »væsentlige ændringer«. Der er således efter min opfattelse stor sandsynlighed for, at en begrænsning af rammeaftalens anvendelsesområde ændrer kontraktens økonomiske balance til den nye entreprenørs fordel på en måde, som den oprindelige rammeaftale ikke gav mulighed for, og dermed vil udgøre en »væsentlig ændring«, jf. artikel 72, stk. 4, litra b), i direktiv 2014/24.

45. Det følger heraf, at den nye entreprenør, der erstatter den oprindelige leverandør ved at efterfølge denne, skal overtage rammeaftalen eller den offentlige kontrakt i sin helhed. Den nye entreprenør skal med andre ord acceptere alle de rettigheder og forpligtelser, der følger af denne kontrakt¹⁴.

46. Som det fremgår af resten af den omtvistede bestemmelse, kan den hændelse, der giver anledning til efterfølgelsen, være en omstrukturering af selskabet, der kan antage forskellige former. Lovgiver har som eksempel opstillet fire former, og listen er således ikke udtømmende. Jeg kan ligesom Kommissionen konstatere, at de tre første eksempler, nemlig overtagelser, fusioner og erhvervelser, har fællestræk. I disse tre tilfælde indebærer transaktionerne en videreførelse af den berørte virksomhed, dvs. videreførelse af dens virksomhed og af de materielle og menneskelige ressourcer, der er nødvendige i denne forbindelse.

47. I tilfælde af insolvens, der er nævnt som det fjerde eksempel, fortsætter virksomheden derimod ikke nødvendigvis med at eksistere. En lang række situationer er mulige. Virksomheden kan ganske vist fortsætte sin fulde drift, men den kan også opløses og dens aktiver sælges, i givet fald et for et. I sidstnævnte tilfælde kan en rammeaftale, der udgør et af aktiverne, overdrages isoleret til en tredjepart, uden at denne overtager nogen af de øvrige aktiver i denne virksomhed.

48. Alene på grundlag af den omtvistede bestemmelses ordlyd er der intet, der foranlediger mig til at mene, at en del af de øvrige aktiver, som den oprindelige entreprenør ejede, i tilfælde af insolvens nødvendigvis skal overføres til den nye entreprenør sammen med overdragelsen af en rammeaftale, som denne var indehaver af.

49. Jeg er således ikke enig i Kommissionens synspunkt, hvorefter den omstændighed, at de tre første eksempler indebærer videreførelse af den oprindelige leverandørs virksomhed, og at insolvens ifølge dens ordlyd sidestilles med disse eksempler, ligeledes forudsætter en fuldstændig eller delvis videreførelse af den oprindelige entreprenørs underliggende virksomhed. Ifølge Kommissionen har lovgiver ikke taget højde for en situation, hvor den oprindelige entreprenørs virksomhed opløses fuldstændigt.

¹³ – Jf. punkt 46 og 47 i dette forslag til afgørelse.

¹⁴ – Det skal præciseres, at der ikke er blevet sat spørgsmålstegn ved dette punkt. Dustin har påpeget, at rammeaftalen ikke blot kan overdrages delvist til den nye entreprenør.

50. Eftersom teksten i direktiv 2014/24 ikke indeholder en udtrykkelig begrænsning af begrebet »insolvens«, kan dette ord for mig at se ikke fortolkes så snævert, som Kommissionen har foreslået.

51. En sådan fortolkning understøttes efter min opfattelse af den sammenhæng, som den omtvistede bestemmelse indgår i.

B. Den sammenhæng, hvori den omtvistede bestemmelse indgår

52. Det fremgår efter min opfattelse af det forberedende arbejde, at insolvens ikke er et eksempel på en omstrukturering svarende til overtagelser, fusioner og erhvervelser, hvoraf det følger, at den nye entreprenør skal have en materiel identitet¹⁵ med den oprindelige entreprenør og dermed skal videreføre den del af den oprindelige entreprenørs virksomhed, som denne havde afsat til udførelsen af den pågældende offentlige kontrakt. Det fremgår tværtimod af disse arbejder, at lovgiver helt fra starten betragtede insolvens i bred forstand som en situation, der adskiller sig klart fra overtagelser, fusioner og erhvervelser.

53. Det skal først og fremmest anføres, at Kommissionen i sin grøn bog om offentlige udbud¹⁶ opfordrede de interesserede parter til specifikt at tage stilling til ændringerne vedrørende leverandøren, når dennes situation ændrer sig som følge af hændelser, der har indvirkning på kapaciteten til at udføre kontrakten, som f.eks. konkurs. Kommissionen fremhævede, at det var nødvendigt at drøfte behovet for instrumenter på EU-plan for at hjælpe de ordregivende myndigheder med at håndtere disse situationer hensigtsmæssigt. Den adspurgte således disse interesserede parter, om de mente, at EU's regler især skulle indeholde bestemmelser om de ordregivende myndigheders udtrykkelige forpligtelse eller ret til at ændre leverandør/ophæve kontrakten under visse omstændigheder, og om den burde fastlægge specifikke procedurer for, hvordan den nye leverandør skal/kan udvælges¹⁷.

54. Kommissionen overvejede navnlig muligheden for at udskifte den oprindelige kontrahent, såfremt denne blev insolvent, via en forenklet procedure eller bemyndigelse af den næstbedste i det oprindelige udbud eller genåbning af udbuddet udelukkende for de tilbudsgivere, som har deltaget i den oprindelige procedure, forudsat at den tidligere procedure fandt sted for ikke alt for længe siden¹⁸.

55. Kommissionen foreslog i sit oprindelige forslag til direktiv¹⁹, der blev udarbejdet under hensyntagen til de kommentarer, der var blevet fremsat til grønbogen, at undtagelsen fra offentligt udbud finder anvendelse i tilfælde af omstrukturering af virksomhed *eller* insolvens²⁰. Kommissionen sondrede således klart mellem de to situationer, idet den i præamblen til sit

¹⁵ – Begrebet »materiel identitet« mellem økonomiske aktører anvendes ved kontrollen af de af de bydende fremsatte buds overensstemmelse og hænger sammen med begrebet »juridisk identitet«. Der skal være juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene (jf. dom af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 40, og af 11.7.2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, præmis 34). Det skal dog påpeges, at dette krav gælder ved indgåelsen af de offentlige kontrakter og ikke ved udførelsen af disse kontrakter.

¹⁶ – Kommissionens grøn bog af 27.1.2011 om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb (KOM(2011) 15 endelig, herefter »grønbogen«).

¹⁷ – Jf. spørgsmål 41 i grønbogen.

¹⁸ – Jf. s. 27 og fodnote 61 i grønbogen.

¹⁹ – Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb (KOM(2011) 896 endelig, herefter »forslaget til direktiv«).

²⁰ – Jf. forslaget til direktiv, artikel 72, stk. 3.

forslag til direktiv præciserede de typer situationer, der blev betegnet som »strukturelle ændringer«, der er tale om, nemlig rent interne reorganiseringer, fusioner og erhvervelser eller insolvens²¹.

56. Den omstændighed, at der i den endelige formulering af den omtvistede bestemmelse ikke udtrykkeligt foretages denne sondring, og lovgiver har foretrukket at nævne eksempler på situationer, indebærer efter min opfattelse ikke, at lovgiver har sidestillet insolvens dels med overtagelser, fusioner og erhvervelser, dels med overførsel af virksomhed til den nye entreprenør.

57. Min bedømmelse er baseret på en opfattelse af »omstrukturering«, der ikke er begrænset til de tilfælde, hvor den berørte virksomheds aktiviteter videreføres²².

58. Jeg er således af den opfattelse, at lovgiver har haft til hensigt i selve den omtvistede bestemmelse og ikke blot i præamblen til direktiv 2014/24, som det tidligere er blevet foreslået, at præcisere de typer situationer, der kan være tale om, uden at det dog var meningen, at de alle skulle have ensartede karakteristika for så vidt angår overtagelse af den del af den oprindelige leverandørs virksomhed, der muliggør udførelsen af den offentlige kontrakt.

59. Den interne kontekst, i hvilken den omtvistede bestemmelse indgår i direktiv 2014/24, understøtter efter min opfattelse denne fortolkning.

60. Den omtvistede bestemmelse udgør en del af direktivets artikel 72 med overskriften »Ændring af kontrakter i deres gyldighedsperiode«, der i de forskellige stykker omhyggeligt beskriver undtagelserne fra forpligtelsen til at følge udbudsreglerne og deres anvendelsesbetingelser. I stk. 1 og 2 er opført de tilfælde, i hvilke kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure, og i stk. 5 præciseres, at der i tilfælde af andre ændringer end dem, der er nævnt i disse to stykker, skal gennemføres en ny udbudsprocedure. I stk. 4 præciseres, hvad der udgør en væsentlig ændring af en kontrakt eller en rammeaftale, idet det anføres, at udpegelse af en ny leverandør udgør en sådan ændring med undtagelse af bl.a. de tilfælde, der er nævnt i stk. 1, litra d), og dermed navnlig i tilfælde af insolvens, således som præciseret i den omtvistede bestemmelse.

61. I artikel 72 præciseres for hver enkelt af de nævnte tilfælde de betingelser, på hvilke undtagelserne fra udbudsprocedurerne finder anvendelse. Som allerede anført nævnes der imidlertid ikke nogen forpligtelse til at overføre i det mindste en del af den oprindelige entreprenørs virksomhed til den nye entreprenør i tilfælde af den oprindelige entreprenørs insolvens.

62. Hvad angår en undtagelse fra den generelle udbudsregel skal den omtvistede bestemmelse ganske vist fortolkes strengt for så vidt angår begrebet »insolvens«. Denne fortolkning kan dog ikke fratage undtagelsen dens effektive virkning. Dette ville imidlertid efter min opfattelse være tilfældet²³, såfremt begrebet »insolvens« var begrænset til situationer, i hvilke driften af den omhandlede virksomhed kan videreføres, i det mindste delvist, og ikke fortolkes i dets sædvanlige

²¹ – Jf. 47. betragtning til forslaget til direktiv.

²² – Som det fremgår af udtalelse fra Conseil d'État (Frankrig) (Section des finances) af 8.7.2000 (Cession de contrats – nr. 141654), kan en omstrukturering medføre, at den oprindelige indehaver af den offentlige kontrakt forsvinder.

²³ – Med hensyn til en begrænsning af den omtvistede bestemmelses effektive virkning; jf. også punkt 92-94 i dette forslag til afgørelse.

breder forstand. Det skal i denne henseende fremhæves, at begrebet »insolvens« anvendes i bred forstand, og at det efter min opfattelse er muligt at dække alle de tilfælde af insolvens, der er nævnt i artikel 57, stk. 4, litra b), i direktiv 2014/24²⁴.

63. Jeg er således af den opfattelse, at undtagelsen vedrørende insolvens finder anvendelse uden nogen andre betingelser end de tre, der er nævnt i den omtvistede bestemmelse og gengivet i punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

64. 110. betragtning til dette direktiv støtter denne bedømmelse, idet det heraf fremgår, at tilfælde af »visse strukturelle ændringer« af den valgte tilbudsgiver under udførelsen af kontrakten, herunder insolvens, ikke automatisk bør nødvendiggøre nye udbudsprocedurer. Udtrykket »visse strukturelle ændringer« er meget generelt og foranlediger dermed en til at fortolke udtrykket »omstrukturering af virksomhed« meget bredt. De nævnte eksempler omfatter hændelser eller begivenheder, der vil kunne påvirke selve et selskabs struktur, og de er så forskelligartede, at de går fra en rent intern omstrukturering, over overtagelser til insolvens.

65. Den fortolkning af den omtvistede bestemmelse, som jeg foreslår, hvorefter det ikke er muligt at udlede af ordlyden af denne bestemmelse og den sammenhæng, hvori den indgår, at en del af den oprindelige leverandørs virksomhed skal overføres til den nye leverandør, for at undtagelsen i tilknytning til leverandørens insolvens kan finde anvendelse, understøttes endvidere af de mål, der forfølges med direktiv 2014/24.

C. De mål, der forfølges med direktiv 2014/24

66. De mål, som lovgiver forfølger, fremgår af begrundelsen til forslaget til direktiv.

67. Samtidig med målet om at sikre konkurrence mellem ansøgere i samtlige medlemsstater og med henblik herpå at bekræfte princippet om gennemsigtighed og princippet om ligebehandling har lovgiver ønsket for det første at tage hensyn til andre mål²⁵ og for det andet at indføre en vis fleksibilitet og forenkling i anvendelsen af reglerne²⁶. I forslaget til direktiv understreges således ønsket om at nedbringe formalismen og behandle de konkrete problemer, som de ordregivende myndigheder og de bydende støder på, på en pragmatisk måde under hensyntagen til Domstolens praksis.

68. Som det fremhæves i retslitteraturen²⁷, fokuserede direktiverne om offentlige udbud tidligere på de gældende regler for *indgåelse af offentlige kontrakter*, og navnlig på konkurrence mellem ansøgerne *inden* indgåelsen af selve aftalerne, mens direktiv 2014/24²⁸ ligeledes vedrører *gennemførelsen af de offentlige kontrakter* og dermed fasen *efter* indgåelse af aftalen, som omfatter en eventuel ændring af kontrakterne i deres løbetid.

²⁴ – Jf. punkt 8 i dette forslag til afgørelse.

²⁵ – Navnlig miljøbeskyttelse, fremme af innovation, beskæftigelse og social inklusion (jf. punkt 1 i begrundelsen til forslaget til direktiv).

²⁶ – Jf. begrundelsen til forslaget til direktiv.

²⁷ – Jf. navnlig S. Treumer, »Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive«, *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, s. 148.

²⁸ – Disse bemærkninger finder anvendelse på samme måde på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243).

69. I sidstnævnte tilfælde tager direktiv 2014/24 fuldt ud hensyn til Domstolens praksis og kodificerer den. Som jeg vil påvise, er den imidlertid gået betydeligt længere. Det er hensigtsmæssigt at undersøge denne retspraksis og den måde, hvorpå den afspejles i direktivet, med henblik på at vurdere de nyheder, der er blevet indført ved dette direktiv.

70. Pressetext-dommen²⁹ er således afgørende på dette område. Den sag, der gav anledning til denne dom, vedrørte ændring af en offentlig kontrakt under udførelsen og angik navnlig leverandørens person. Domstolen har anført, at det eksisterende direktiv ikke omhandlede spørgsmålet³⁰, selv om det indeholdt relevante oplysninger.

71. Domstolen fremhævede således, at direktivet havde til formål at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere og dermed at opfylde hovedformålet om adgang til konkurrence i samtlige medlemsstater³¹. Den udledte heraf, at ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, udgør indgåelse af en ny aftale, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale. Domstolen præciserede, hvad der forstås ved *væsentlige ændringer*, idet den fastslog, at de omfatter indførelse af betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget³².

72. Domstolen konkluderede på denne baggrund, at *udskiftningen med en ny medkontrahent* af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i almindelighed skal betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt³³.

73. I pressetext-dommen præciseres de situationer, i hvilke visse ændringer, der berører leverandøren, imidlertid ikke udgør en væsentlig ændring.

74. Dette gælder således, når leverandørens virksomhed, som i den sag, der gav anledning til denne dom, overføres til et af leverandørens datterselskaber, som denne kontrollerer 100%, leder og hæfter solidarisk for, og når der ikke sker ændringer af den eksisterende samlede ydelse. En sådan ordning er blot et udtryk for en *intern omstrukturering* hos medkontrahenten, der ikke i væsentlig grad ændrer de oprindelige kontraktbestemmelser³⁴.

75. Det samme gælder, når leverandøren er en juridisk person, der er stiftet som et børsnoteret aktieselskab. Domstolen har fremhævet, at det således følger af selve et sådant selskabs natur, at samtlige aktionærer kan ændre sig til enhver tid. Det følger heraf, at en sådan situation i princippet ikke skaber tvivl om gyldigheden af tildelingen af en offentlig kontrakt til et sådant selskab³⁵.

²⁹ – Jf. punkt 26 i dette forslag til afgørelse.

³⁰ – Jf. præmis 30 i pressetext-dommen. Der var tale om Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT 1992, L 209, s. 1).

³¹ – Jf. præmis 31 og 34 i pressetext-dommen.

³² – Jf. præmis 35 i pressetext-dommen.

³³ – Jf. præmis 40 i pressetext-dommen.

³⁴ – Jf. præmis 45 i pressetext-dommen.

³⁵ – Jf. præmis 51 i pressetext-dommen.

76. Domstolen tilføjede, at denne konklusion også gælder juridiske personer, der, som i den sag, der gav anledning til presstext-dommen, er stiftet som et registreret andelsselskab med begrænset hæftelse. Eventuelle ændringer i sammensætningen af kredsen af deltagere i et sådant andelsselskab medfører i princippet ikke nogen væsentlig ændring i den til selskabet tildelte kontrakt³⁶.

77. Disse betragtninger afspejles fuldt ud i direktiv 2014/24, dels i den omtvistede bestemmelse, dels i 107. og 110. betragtning til direktivet. I 107. betragtning henvises der udtrykkeligt til Domstolens praksis, og i 110. betragtning nævnes såvel rent interne reorganiseringer som overtagelser, fusioner og erhvervelser, der indebærer en ændring af aktionærkredsen eller af deltagerne og dermed af ejerne.

78. Det skal dog fremhæves, at direktiv 2014/24 ikke nøjes med at se på de erfaringer, der kan drages af presstext-dommen, men at det også omhandler andre typer situationer.

79. Mens Domstolen har præciseret de situationer, i hvilke en ændring, der berører leverandøren, *ikke udgør en væsentlig ændring*, og dermed ikke giver anledning til en ny udbudsprocedure, fremgår det endvidere af den omtvistede bestemmelse i direktiv 2014/24, at en ændring, der vedrører leverandøren, selv om den normalt udgør *en væsentlig ændring*, alligevel ikke kræver, at der iværksættes en fornyet konkurrence.

80. Dette gælder navnlig i tilfælde af overtagelser, fusioner og erhvervelser, såfremt de i den omtvistede bestemmelse nævnte betingelser er opfyldt.

81. I direktiv 2014/24 nævnes specifikt insolvens, der er af særlig interesse for Domstolen i den foreliggende sag, idet den endnu ikke er blevet anmodet om at foretage en bedømmelse heraf.

82. Hensyntagen til denne sidstnævnte situation udgør en nyskabelse i forhold til såvel EU-lovgivningen om offentlige udbud som den retspraksis, der eksisterende på tidspunktet for vedtagelsen af direktiv 2014/24. Den løser et problem, der er opstået i forbindelse med gennemførelse af kontrakterne.

83. Dette problem går ud på at sikre, at den ordregivende myndighed, når denne oplever en leverandør, der ikke længere er i stand til at honorere gennemførelsen af den offentlige kontrakt på grund af insolvens, kan udpege en erstatning for denne, uden at der opstår uforholdsmæssige forsinkelser, og uden at det berørte indkøb bliver uforholdsvist dyrt som følge af en ny udbudsprocedure. Den omtvistede bestemmelse har til formål at løse dette problem ved at fastsætte en løsning, som er i såvel den ordregivende myndigheds som leverandørens og dennes fordringshaveres interesse. Det må dog konstateres, at det problem, som insolvensen har skabt, ikke er større eller mindre afhængigt af, om det selskab, der er blevet insolvent, fortsætter med at eksistere delvist eller opløses fuldstændigt. I alle tilfælde skal der findes en erstatning. Det ser således ud til, at lovgiver ved ikke at sondre udtrykkeligt mellem disse situationer har ønsket at finde en pragmatisk løsning på alle disse situationer og samtidig sikre overholdelse af de principper for indgåelse af offentlige kontrakter, der er opstillet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, navnlig forbud mod, at den ordregivende myndighed kunstigt indskrænker konkurrencen ved at unddrage sig anvendelsen af direktivet.

³⁶ – Jf. præmis 52 i presstext-dommen.

84. I sidstnævnte tilfælde skal det således først og fremmest fremhæves, at såfremt den oprindelige leverandør bliver insolvent, har rammeaftalen allerede været genstand for konkurrence³⁷, og det tilbud, der er blevet accepteret, kan ikke længere ændres væsentligt. Det fremgår således udtrykkeligt af den omtvistede bestemmelse, at såfremt der foretages væsentlige ændringer ud over udskiftning af medkontrahenten, er en af de tre betingelser, der er fastsat i den omtvistede bestemmelse³⁸, ikke overholdt, og der skal gennemføres en ny udbudsprocedure.

85. Dernæst udgør leverandørens insolvens, selv om det ikke er en sjælden begivenhed, en ekstraordinær situation, som hverken den ordregivende myndighed eller leverandøren har forudset eller ønsket. Der gøres opmærksom på, at økonomisk og finansiel formåen er et af de tre udvælgelseskriterier, der er opstillet i artikel 58 i direktiv 2014/24. Desuden er en økonomisk aktørs insolvens i henhold til direktivets artikel 57, stk. 4, litra b), en udelukkelsesgrund fra deltagelse i udbudsproceduren, der er fakultativ eller obligatorisk, afhængigt af national ret.

86. Insolvensens ekstraordinære karakter bevirker generelt, at det undgås, at udskiftningen af leverandøren med en ny kontrahent udgør en manøvre fra den ordregivende myndigheds side med det formål at unddrage sig anvendelsen af direktiv 2014/24. Det skal fremhæves, at risikoen for en sådan manøvre er endnu mindre sandsynlig, når der er udpeget en kurator, som det er tilfældet i hovedsagen, som ikke repræsenterer den ordregivende myndigheds interesser, men leverandørens kreditorers interesser, og som udøver sin virksomhed under domstolskontrol.

87. Under alle omstændigheder tilkommer det den nationale ret at kontrollere, at de berørte parter ikke har foretaget en sådan manøvre. Det påhviler navnlig den forelæggende ret at verificere, at udvælgelseskriterierne såsom kriteriet om leverandørens økonomiske kapacitet rent faktisk er blevet kontrolleret. Den dato, på hvilken insolvensen indtræder, navnlig hvis den ligger tæt på datoen for aftalens indgåelse, kan være et tegn på, at verificeringen af dette kriterium for kvalitativ udvælgelse ikke er blevet foretaget korrekt. Hvad angår en sag som hovedsagen skal det påpeges, at Domstolen ikke har modtaget nogen nærmere oplysninger herom, men at den forelæggende ret på ingen måde har antydnet, at de berørte parter havde haft til hensigt at unddrage sig anvendelsen af direktiv 2014/24.

88. Endelig kan jeg konstatere, at når der er udpeget en kurator til at forvalte aktiver tilhørende en leverandør, der er blevet insolvent, påhviler udvælgelsen af en ny kontrahent i første omgang denne kurator og ikke den ordregivende myndighed. Det skal imidlertid fremhæves, at indgåelse af en aftale i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24 om anvendelsesområdet for dette direktiv omfatter en ordregivende myndigheds anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører *valgt* af de ordregivende myndigheder. Når den ordregivende myndighed ikke har foretaget et valg, kræves det således ikke i direktiv 2014/24, at der indgås en offentlig kontrakt, selv om det kræves, at den ordregivende myndighed godkender medkontrahenten.

89. Hvad angår en gensidigt bebyrdende aftale mellem den nye leverandør og den ordregivende myndighed er en sådan godkendelse, selv om den ikke er påkrævet i henhold til direktivet, således nødvendig i henhold til medlemsstaternes aftaleret. Den ordregivende myndighed kan endog være blevet hørt eller have deltaget i forhandlinger forud for udpegelsen af den nye

³⁷ – Jf. S. Treumer, »Regulations of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011«, *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, s. 135-166, hvoraf det fremgår, at »reglerne for offentlige indkøb har allerede spillet deres rolle«.

³⁸ – Jf. den anden betingelse, nævnt i punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

kontrahent, som det ser ud til at være tilfældet i hovedsagen³⁹. Det er efter min opfattelse ikke nok til at anse den ordregivende myndighed for at have *valgt* medkontrahenten i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2014/24⁴⁰.

90. Det er indlysende, at der med muligheden for at udpege en ny kontrahent i tilfælde af den oprindelige kontrahents insolvens uden en ny udbudsprocedure indføres en væsentlig skønsmargen i forbindelse med offentlige kontrakter. Dette er imidlertid efter min opfattelse i overensstemmelse med lovgivers hensigt og er samtidig i overensstemmelse med principperne i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, forudsat at de tre betingelser, der er nævnt i punkt 38 i dette forslag til afgørelse, der ligger til grund for anvendelsen af undtagelsen, er opfyldt.

91. Dustins og Kommissionens fortolkning, hvorefter den nye kontrahent således kun kan udpeges, såfremt denne overtager i det mindste den del af den oprindelige kontrahents virksomhed, der gør det muligt at gennemføre kontrakten, skaber flere problemer, end den løser, ud over at lovgiver ikke udtrykkeligt har åbnet mulighed for en sådan fortolkning, og den efter min opfattelse går videre end det, der bestemmes i den omtvistede bestemmelse.

92. Det skal for det første anføres, at forpligtelsen til at overtage en del af den oprindelige kontrahents virksomhed i høj grad indskrænker rækkevidden af undtagelsen om insolvens, eftersom virksomheden i mange tilfælde opløses fuldstændigt. Spørgsmålet er i øvrigt, hvor stor en del af den oprindelige kontrahents virksomhed der skal overdrages, for at undtagelsen finder anvendelse.

93. For det andet kan en sådan forpligtelse gøre kuratorens opgave særdeles vanskelig. Den kan endog være i strid med de beføjelser, som denne i henhold til national ret om insolvens har til at forhandle i kreditorernes interesse⁴¹.

94. Jeg er i denne henseende enig med den østrigske regering, som er af den opfattelse, at en overførsel alene af aftalerne eller rammeaftalerne kan være gyldig, afhængigt af aktivitetssektoren. I forbindelse med f.eks. en bygge- og anlægsvirksomheds insolvens kan overdragelsen af nogle store byggepladser eventuelt indebære overdragelse af materiel og personel. Til gengæld er dette ikke nødvendigvis tilfældet i forbindelse med it-tjenester eller levering af hardware. Det skal desuden fremhæves, som den østrigske regering har gjort, at det sker, at en virksomhed, der er blevet insolvent, alligevel kan fortsætte driften, såfremt den overdrager en offentlig kontrakt. Hvis denne mulighed skulle udelukkes, ville det imidlertid ikke blot være umuligt at udskifte kontrahenten, det ville også kunne bringe realiseringen af målene med insolvensbehandlingen om så vidt muligt at videreføre den eksisterende virksomhed i kreditorernes interesse i fare.

³⁹ – Jf. punkt 15 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁰ – Sue Arrowsmith er dog af den opfattelse, at såfremt den ordregivende myndighed har mulighed for at påvirke udpegelsen af medkontrahenten af andre grunde end dem, der vedrører dennes tekniske eller finansielle formåen, vælger denne medkontrahenten, og dette valg skal gøres til genstand for en udbudsprocedure; jf. *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3. udgave, 2014, punkt 6-290.

⁴¹ – Det fremgår af sagsakterne i den foreliggende sag, at sådanne beføjelser findes i national ret i Sverige og Østrig. Det fremgår af 22. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/848 af 20.5.2015 om insolvensbehandling (EUT 2015, L 141, s. 19), at der findes store forskelle i medlemsstaternes materielle ret på dette område. Jf. ligeledes vedrørende dette emne Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1023 af 20.6.2019 om rammer for forebyggende rekonstruktion, gældssanering og udelukkelse og om foranstaltninger med henblik på mere effektive procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering og om ændring af direktiv (EU) 2017/1132 (rekonstruktions- og insolvensdirektivet) (EUT 2019, L 172, s. 18), særlig 1., 4., 7., 8. og 12. betragtning.

95. For det tredje ville et krav om en sådan overdragelse af aktiver med det formål at undgå en omgåelse af konkurrencereglerne ikke blot være en dyr løsning, det er også tvivlsomt, om den er nødvendig, eftersom overdragelsen af den offentlige kontrakt under alle omstændigheder er underlagt betingelsen i den omtvistede bestemmelse om, at den ikke må have til formål at omgå anvendelsen af direktiv 2014/24.

96. For det fjerde vil jeg se på de særlige problemer, som Kommissionens holdning til eksistensen af en forpligtelse for kuratoren til at vende sig mod de oprindelige bydende, såfremt den oprindelige leverandørs virksomhed er forsvundet fuldstændigt, giver anledning til.

97. Det skal fremhæves, at lovgiver ifølge Kommissionen ikke har sigtet mod de tilfælde, hvor den oprindelige kontrahents virksomhed er fuldstændig opløst⁴². Kommissionen har dog erkendt, at en sådan situation kan opstå⁴³, og at en offentlig kontrakt er dens eneste tilbageværende aktiv.

98. I dette tilfælde er Kommissionen af den opfattelse, at den omtvistede bestemmelse kan fortolkes således, at undtagelsen fra forpligtelsen til at gennemføre et nyt udbud finder anvendelse, forudsat at den offentlige kontrakt tilbydes alle de oprindelige tilbudsgivere, der opfyldte udvælgelseskriterierne, uden forskelsbehandling og på en ækvivalent måde, f.eks. ved at rette henvendelse til dem i den rækkefølge, hvori de er opført⁴⁴.

99. Det skal dog først og fremmest fremhæves, at der ikke findes en sådan betingelse i den omtvistede bestemmelse, og at den ser ud til at være i strid med lovgivers ønske. Som anført i punkt 53 og 54 i dette forslag til afgørelse overvejede Kommissionen således i forbindelse med det forberedende arbejde muligheden af, at en særlig procedure skulle anvendes i tilfælde af konkurs, idet den navnlig bestemte, at den ordregivende myndighed skulle rette henvendelse til de oprindelige tilbudsgivere. I sidste ende blev dette forslag ikke medtaget i direktiv 2014/24, og det blev ikke erstattet af et andet forslag. Jeg udleder heraf, at lovgiver klart har afvist en sådan forpligtelse til at rette henvendelse til de oprindelige tilbudsgivere.

100. For det andet, såfremt den offentlige kontrakt eller rammeaftalen skal tilbydes de oprindelige bydende i den rækkefølge, hvori de er opført, indebærer dette, at den skal tildeles til den første, der accepterer den. En sådan fremgangsmåde tager imidlertid ikke hensyn til den ordregivende myndigheds nødvendige godkendelse af den nye kontrahent⁴⁵. En tidligere tilbudsgiver har ikke, selv om denne står øverst på listen efter den oprindelige leverandør, en automatisk ret til at få kontrakten på disse betingelser.

101. For det tredje kan kuratoren, såfremt denne er forpligtet til at rette henvendelse til de oprindelige tilbudsgivere, miste muligheden for at finde frem til den højstbydende i kreditorernes interesse. Det fremgår imidlertid efter min opfattelse på ingen måde af direktiv 2014/24, at EU-lovgiver har haft til hensigt på denne måde at indskrænke de beføjelser, som kuratorerne eventuelt har i henhold til national ret⁴⁶.

⁴² – Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse.

⁴³ – Jf. punkt 33 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁴ – Kommissionen har oplyst, at italiensk ret ser ud til at have valgt en løsning af denne art. Der gøres opmærksom på, at Marion Comba og Sara Richetto i deres kommentarer til den italienske lovgivning til gennemførelse af direktiv 2014/24 nævner, at denne medlemsstat i artikel 110 D Lgs 50/2016 åbner *mulighed* for, at den ordregivende myndighed kan rette henvendelse til de oprindelige tilbudsgivere i den rækkefølge, hvori de er opført (jf. S. Treumer, og M. Comba, *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*, Elgar, 2018, kapitel 7, s. 149).

⁴⁵ – Jf. punkt 89 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁶ – Det skal præciseres, at det ikke følger heraf, at enhver økonomisk vanskelighed, som den oprindelige tilbudsgiver måtte støde på, vil kunne give anledning til, at der udpeges en erstatning uden et nyt udbud i overensstemmelse med direktiv 2014/24. Der skal være indledt en formel insolvensbehandling som i hovedsagen.

102. Jeg kan således ikke tilslutte mig Kommissionens fortolkning.

103. Som det fremgår af ovenstående bedømmelse, er jeg derimod af den opfattelse, at for så vidt som de tre betingelser i den omtvistede bestemmelse, der er gengivet i punkt 38 i dette forslag til afgørelse, er opfyldt, løser en fortolkning af denne bestemmelse, således at den muliggør en overdragelse alene af rammeaftalen eller af den tidligere tildelte offentlige kontrakt, uden at det er nødvendigt at gennemføre en ny udbudsprocedure, og uden at denne nye kontrahent er forpligtet til at overtage en anden af den oprindelige leverandørs aktiviteter, et konkret problem for virksomhederne, samtidig med at den overholder de principper for indgåelse af offentlige kontrakter, der fremgår af artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24.

V. Forslag til afgørelse

104. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 72, stk. 1, litra d), nr. ii), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF bør fortolkes således, at den omstændighed, at en ny leverandør har overtaget de rettigheder og forpligtelser, som den oprindelige leverandør havde i henhold til rammeaftalen, når denne aftale er blevet ham overdraget af kuratoren efter denne oprindelige leverandørs konkurs, indebærer, at den nye leverandør skal anses for helt eller delvist at være trådt i den oprindelige leverandørs sted i henhold til denne bestemmelse. Det er ikke nødvendigt, at denne overdragelse ledsages af en overførsel til den nye kontrahent af en del af den oprindelige kontrahents virksomhed i tilknytning til gennemførelsen af rammeaftalen.«