

HFD GODKÄNNER LEVERANTÖRSBYTE

Efter drygt fyra år har Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") nu till slut avgjort frågan om det är möjligt att sälja separata upphandlade avtal i anledning av den ursprungliga leverantörens konkurs (mål nr 5807-19). Svaret på den frågan är ja, det är det. HFD:s dom utgör dock bara en tillämpning av det svar som EU-domstolen lämnade efter HFD:s fråga förra året, varför HFD:s dom i sig inte är särskilt intressant. Det intressanta är vad EU-domstolens dom innebär för möjligheten till leverantörsbyte i upphandlade avtal i andra situationer. Bokwall Rislunds advokater Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén, som också företrädde Dustin i processen, analyserar detta.

Bakgrund

Målet tog sin start i december 2017 när IT-återförsäljaren Misco gick i konkurs. Misco hade bara ett halvår innan konkursen ingått ramavtal i samtliga fyra ramavtalsområden i Statens inköpscentral vid Kammarkollegiets upphandling Klienter, som omfattade leveranser av stationära datorer, bärbara datorer, bildskärmar, surfplattor, m.m. till kommuner, regioner och andra upphandlande myndigheter i hela Sverige. Ramavtalen var omfattande och hade stor betydelse för aktörerna i branschen varför intresset för upphandlingen var stort. Nästan 20 olika leverantörer ansökte om att få lämna anbud, men endast sex leverantörer per område fick teckna avtal.

Under konkursförfarandet köpte Advania, en av de leverantörer som deltog i Kammarkollegiets upphandling men inte tilldelades något ramavtal, de fyra ramavtalen från konkursboet och Kammarkollegiet godkände ett leverantörsbyte från Misco till Advania i dessa ramavtal. Leverantörsbytet överprövades av Dustin som gjorde gällande att leverantörsbytet var otillåtet eftersom det inte uppfyllde rekvisiten i 17 kap. 13 § LOU. Den primära grunden för detta var att Advania köpt enbart ramavtalen, utan någon tillhörande verksamhet. Det rörde sig alltså inte om någon företagsomstrukturering (utan bara överlåtelse av enskilda avtal) och Advania kunde inte heller anses ha helt eller delvis trätt in i Miscos ställe på det sätt som krävs enligt bestämmelsen.

Förvaltningsrätten avlog överprövningen medan kammarrätten ansåg att Dustin hade rätt. Kammarrätten framhöll bl.a. att utredningen i målet visade att Misco i stort sett inte överlät någon verksamhet till Advania förutom de aktuella ramavtalen, varför Advania inte kunde anses ha inträtt i Miscos ställe på det sätt som avses i 17 kap. 13 § LOU.

EU-domstolens avgörande

Kammarrättens dom överklagades till HFD som valde att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, något som en svensk domstol bara gjort en gång tidigare rörande en upphandlingsfråga. Den fråga HFD ställde till EU-domstolen var följande.

"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 överlätit 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 direktiv 2014/24?”

Direktiv 2014/24 ger ingen ledning om vad som avses med begreppen ”företagsomstrukturering” eller ”inträder i den ursprungliga leverantörens ställe” varför det varit en genuint oklar fråga som EU-domstolen haft att ta ställning till.

EU-domstolen (mål C-461/20) uttalade inledningsvis att begreppet ”helt eller delvis inträder i leverantörens ställe” kan innefatta att den nya leverantören övertar den ursprungliga leverantörens samtliga tillgångar eller endast delar av dem. Begreppet kan således innebära att den nya leverantören endast övertar ett upphandlat avtal som ingår i den ursprungliga leverantörens tillgångar (p. 23).

Mot bakgrund av detta samt att ändamålet med undantaget för leverantörsbyte ”är att införa ett visst mått av flexibilitet i reglernas tillämpning för att på ett pragmatiskt sätt kunna hantera en rad extraordinära situationer, såsom den vinnande anbudsgivarens insolvens” (punkt 37) fann EU-domstolen att HFD:s fråga skulle besvaras jakande.

Frågor och konsekvenser av EU-domstolens dom

Genom EU-domstolens avgörande står det klart att vid en konkurs är det tillräckligt att överta ett enskilt avtal för att den nya leverantören ska anses ha ”delvis inträtt i den ursprungliga leverantörens ställe”. Det är alltså möjligt att köpa enstaka upphandlade avtal i anledning av den ursprungliga leverantörens konkurs. Sannolikt gäller detta även i andra typer av insolvenssituationer.

En relevant följdfråga är om motsvarande gäller i andra typer av företagsomstruktureringar? Är det t.ex. tillåtet att i samband med en fusion mellan företag A och företag B, överlåta ett enskilt upphandlat avtal till företag C?

Vid tolkningen av begreppet ”helt eller delvis inträda i den ursprungliga leverantörens ställe” uttalar sig EU-domstolen generellt, dvs. inte specifikt i förhållande till insolvens (punkt 23-25). Detta skulle kunna tala för att det är möjligt att överlåta enstaka upphandlade avtal i samband med alla typer av företagsomstruktureringar.

EU-domstolen gör dock även uttalanden som antyder att begreppet ”delvis inträda” kan tolkas olika beroende på omständigheterna i den enskilda situationen (t.ex. typ av företagsomstrukturering). EU-domstolen hänvisar t.ex. i punkt 23 i domen till generaladvokatens förslag till avgörande där det uttalas att begreppet del ”kan vara större eller mindre beroende på den händelse som föranleder att en ny entreprenör inträder i den ursprungliga entreprenörens ställe” (punkt 43, vår understrykning). I punkt 37 anger EU-domstolen vidare att syftet med bestämmelsen är att införa flexibilitet i en rad extraordinära situationer ”som hindrar den vinnande anbudsgivaren att fullgöra det aktuella offentliga kontraktet”. I vissa fall skulle begreppet alltså kunna betyda att den nya leverantören måste ta över *mer* än bara ett avtal för att kravet ska vara uppfyllt.

Sammantaget kan konstateras att även om EU-domstolen klargör vissa frågor rörande förutsättningarna för ett tillåtet leverantörsbyte har avgörandet väckt flera nya frågor. Vi skulle därför inte bli förvånade om frågan om leverantörsbyte återkommer till EU-domstolen.