

EU-RET

Virksomheder må gerne indgå udbud efter fusioner

Selv om en prækvalificeret udbudsansøger har fusioneret med en eller flere andre virksomheder, kan virksomheden stadig indgå kontrakt om opgaven.



HANS SØNDERBY CHRISTENSEN
advokat,
specialiseret i EU-ret
finans.dk



PATRICK GOERGEN
advokat,
specialiseret i EU-ret
finans.dk

I 2016 bekendtgjorde den italienske virksomhed Infratel Italia SpA ("Infratel") et begrænset udbud om opførelse, vedligeholdelse og drift af et offentligt ultra-bredbåndsnætsværk på vegne af Ministero dello Sviluppo Economico (ministeriet for økonomisk udvikling, Italien). Udbuddet var opdelt i fem udbudsdele.

Ved et begrænset udbud starter udbudsproceduren med en prækvalifikationsrunde af interesserede tilbudsgivere. Dette indebærer, at ordregiveren, i det tilfælde Infratel, på grundlag af en række udvælgelseskriterier udvælger et begrænset antal tilbudsgivere, der herefter kan afgive tilbud.

Fem førstepladser

Telecom Italia SpA ("Telecom"), Metroweb Svillupo Srl ("Metroweb") og Open Fiber SpA ("Open Fiber") var blandt de ansøgere, som Infratel prækvalificerede. Selv om Metroweb blev prækvalificeret, afgav den ikke tilbud efterfølgende. Det gjorde derimod både Telecom og Open Fiber.

I 2017 offentliggjorde Infratel de foreløbige ranglister i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Open Fiber placerede sig på en førsteplads i alle fem udbudsdele. Telecom placerede sig på en andenplads på alle udbudsdelene med undtagelse af en, hvor virksomheden placerede sig på en tredjeplads. Open Fiber fik herefter tildelt kontrakterne for samtlige fem udbudsdele.

Efter resultatet af udbuddet fik Telecom aktindsigt i dokumenterne, som dannede grundlag for tildelingen.

Det fremgik heraf, at mellem prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud havde Metroweb og Open Fiber indgået en fusionsaftale, hvorefter Open Fiber skulle overtage Metroweb. Aftalen var anmeldt til EU-Kommissionen, som ikke havde modsat sig fusionen. Fusionen var først blevet endeligt indgået, efter tildelingen var sket, men inden kontrakterne var underskrevet.

Sag anlagt

Telecom anlagde efterfølgende sag ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) vedrørende beslutningen om at tildele de fem kontrakter til Open Fiber. Telecom gjorde gældende, at der som følge af fusionen med Metroweb var sket en ændring i Open Fibers identitet. Telecom fik ikke medhold og appellerede derfor afgørelsen til Consiglio di Stato (den øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der valgte at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen.

Spørgsmålet, som EU-Domstolen skulle besvare, angik reglerne i EU's udbudsdirektiv, hvorefter det kun er prækvalificerede ansøgere, der ved et begrænset udbud kan afgive tilbud. Spørgsmålet var, om reglerne skal fortolkes således, at der eksisterer et krav om juridisk og materiel identitet mellem prækvalificerede ansøgere

og tilbudsgivere. Herunder var spørgsmålet, om reglerne i så fald er til hinder for, at en prækvalificeret ansøger afgiver tilbud, når ansøgeren mellem prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud har indgået en fusionsaftale med en anden prækvalificeret ansøger, som først er gennemført efter tilbudsafgivelsen.

EU-Domstolen indledte med at henvise til, at de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed også gælder i forbindelse med udbud. I henhold til disse principper skal alle virksomheder, der deltager i en udbudsprocedure, behandles lige, og alle virksomheder skal have lige muligheder for at få tildelt kontrakten, som er genstand for det pågældende udbud. Det vil derfor være i strid med EU-retten, såfremt en virksomhed får en fordel derved, at virksomheden ikke skal opfylde de samme betingelser, som gælder for konkurrerende virksomheder.

Fortsat virksomhed

En streng anvendelse af navnlig princippet om ligebehandling vil derfor som udgangspunkt føre til, at en virksomhed, som bliver prækvalificeret, ikke må foretage ændringer i sin juridiske og materielle identitet.

EU-Domstolen slog fast, at det i det foreliggende tilfælde var ubestridt, at der var

juridisk identitet mellem Open Fiber på det tidspunkt, hvor virksomheden blev prækvalificeret, og denne virksomhed på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, eftersom Open Fiber var fortsat som virksomhed efter fusionen. Derimod var der ifølge EU-Domstolen ikke materiel identitet mellem Open Fiber på det tidspunkt, hvor virksomheden blev prækvalificeret, og det tidspunkt, hvor der blev afgivet tilbud. Dette skyldtes, at Open Fiber i forbindelse med fusionen havde overtaget den økonomiske og tekniske kapacitet, som før havde været i Metroweb.

Princip overholdt

EU-Domstolen undersøgte herefter, om ligebehandlingsprincippet alligevel kunne anses for overholdt. I den forbindelse henviste EU-Domstolen til sin egen faste retspraksis på området. Ifølge denne praksis kan ligebehandlingsprincippet alligevel ikke anses for overtrådt, hvis to betingelser er opfyldt. For det første skal den fortsættende virksomhed opfylde de udvælgelseskriterier, som ordregiveren har opstillet som led i prækvalifikationsrunden. For det andet må den fortsættende virksomheds deltagelse ikke medføre en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Herefter undersøgte EU-Domstolen, om betingelserne var opfyldt i den konkrete

”

Spørgsmålet, som EU-Domstolen skulle besvare, angik reglerne i EU's udbudsdirektiv, hvorefter det kun er prækvalificerede ansøgere, der ved et begrænset udbud kan afgive tilbud.

HANS SØNDERBY CHRISTENSEN OG PATRICK GOERGEN, ADVOKATER, SPECIALISEREDE I EU-RET

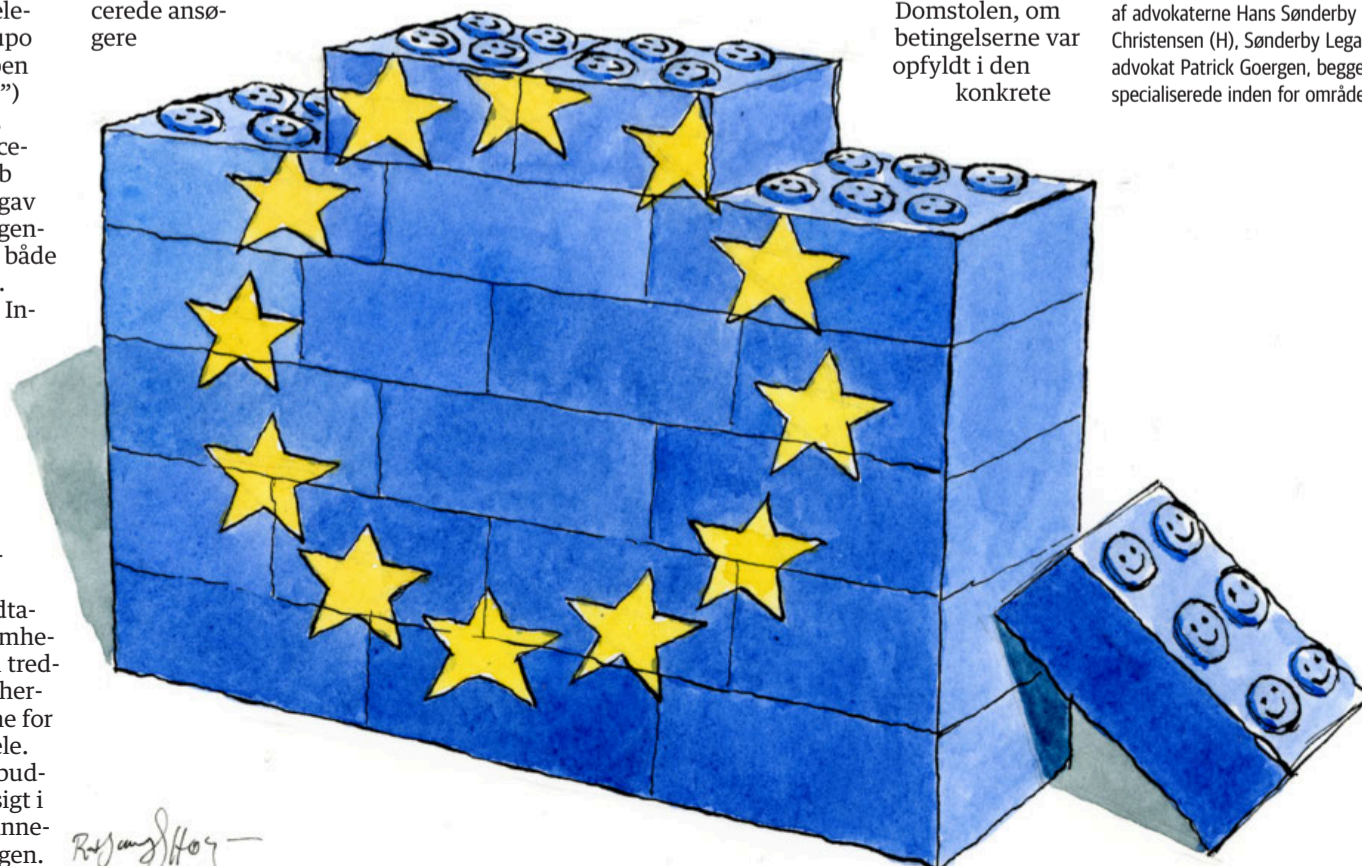
sag. For så vidt angår den første betingelse bemærkede EU-Domstolen, at denne betingelse er opfyldt, når ændringen i virksomhedens materielle identitet udelukkende indebærer, at virksomhedens økonomiske og tekniske kapacitet forøges. Dette var tilfældet i den foreliggende sag, og betingelsen var derfor opfyldt.

Fri konkurrence

Med hensyn til den anden betingelse udtalte EU-Domstolen, at en fusion ikke i sig selv forværrer konkurrencesituationen for de øvrige tilbudsgivere. De EU-retlige regler om fusionskontrol har specifikt til formål at sikre, at en fri og ufordrejet konkurrence på det indre marked ikke trues af fusionstransaktioner, som de i hovedsagen omhandlede. Når en virksomhed overholder reglerne om fusionskontrol, kan det ikke antages, at denne virksomheds deltagelse i en fusion, der udelukkende har til formål at styrke virksomhedens økonomiske og tekniske kapacitet, kan medføre en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling. I det foreliggende tilfælde var fusionen godkendt af kommissionen. Ligebehandlingsprincippet var derfor ikke overtrådt ved selve fusionen, og den anden betingelse var dermed opfyldt.

På denne baggrund besvarede EU-Domstolen herefter det stillede spørgsmål med, at EU's udbudsdirektiv ikke er til hinder for, at en prækvalificeret ansøger afgiver tilbud, når ansøgeren mellem prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud har indgået en fusionsaftale med en anden prækvalificeret ansøger, som først er gennemført efter tilbudsafgivelsen.

Afgørelsen har også betydning i Danmark. Først og fremmest skal danske myndigheder iagttage udbudsreglerne. Derudover har EU-Domstolen nu fastslået, at en offentlig myndighed ikke kan udelukke en virksomhed, som er blevet prækvalificeret, fra at afgive tilbud, såfremt virksomheden fusionerer med en anden virksomhed. Virksomheden skal dog udelukkes, hvis virksomheden efter overtagelsen ikke længere opfylder udvælgelseskriterierne, eller hvis de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling forringes som følge af overtagelsen.



Rafael Hoj