

II

(Meddelanden)

MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER, BYRÅER
OCH ORGAN

EUROPEISKA KOMMISSIONEN

**Tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om
vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning**

(2021/C 91/01)

Innehållsförteckning

	<i>Sida</i>
1. INLEDNING	3
1.1 Den aktuella frågan	3
1.2 Svårigheterna med att ta itu med frågan	4
1.3 Vad som hittills gjorts för att bemöta problemet med otillåten samverkan	5
2. VERKTYG FÖR ATT BEKÄMPA OTILLÅTEN SAMVERKAN PÅ EU-NIVÅ	5
2.1 Det politiska åtagandet att vidta åtgärder	5
2.2 De vägledande principerna för att leva upp till detta åtagande	6
2.3 S yftet med detta tillkännagivande	7
3. STÖD TILL MEDLEMSSTATERNA OCH DE UPPHANDLANDE MYNDIGHETERNA	7
4. ATT FÖRBÄTTRA SAMARBETET MELLAN DE NATIONELLA CENTRALA UPPHANDLINGS- OCH KONKURRENSMYNDIGHETERNA	8
5. VÄGLEDNING TILL UPPHANDLANDE MYNDIGHETER OM ATT TILLÄMPA OTILLÅTEN SAMVERKAN SOM SKÄL FÖR UTESLUTNING I ENLIGHET MED ARTIKEL 38.7 e I DIREKTIV 2014/23/EU, ARTIKEL 57.4 d I DIREKTIV 2014/24/EU OCH ARTIKEL 80.1 I DIREKTIV 2014/25/EU	10
5.1 De tillämpliga rättsliga bestämmelserna och hur de genomförts hittills	10
5.2 Vad som omfattas vid uteslutning där skälet är otillåten samverkan: samordnade förfaranden och samband med uteslutning där skälet är allvarliga fel i yrkesutövningen	12
5.3 De upphandlande myndigheternas befogenhet att tillämpa uteslutningsskälet: utrymme för skönsmässig bedömning och begränsningar av gottfinnandet	13
5.4 Begreppet "tillräckligt sannolika indikationer": omständigheter som kan betraktas som indikationer, vad som utgör "indikationer" i motsats till "bevis" och hur aktörer som ansöker om förmånlig behandling ska hanteras	14
5.5 Närstående företag som deltar i samma tilldelningsförfarande: rätten för aktörer som kan misstänkas för otillåten samverkan att bevisa sitt oberoende när de lämnar anbud	17

5.6 Gemensamma anbud och anlitage av underleverantörer: en noggrann men balanserad bedömning från den upphandlande myndighetens sida	18
5.7 Åtgärder för "självsanering" för ekonomiska aktörer i den mening som avses i artikel 57.6 i direktivet: aktörernas rätt att bevisa sin tillförlitlighet och de upphandlande myndigheternas behov av att göra en proportionerlig bedömning av de argument som framförs	19
5.8 Vikten av att upphandlande myndigheter informerar och/eller söker bistånd från konkurrensmyndigheten eller andra berörda centrala myndigheter	20
5.9 Fastställande av villkoren för att utesluta en ekonomisk aktör enligt artikel 57.7 i direktivet	21
BILAGA	23
Metoder och tips för att effektivt motverka otillåten samverkan vid offentlig upphandling	23

1. INLEDNING

1.1 Den aktuella frågan

Offentlig upphandling är en av de mest konkreta formerna av offentliga utgifter, då syftet är att tillhandahålla arbeten, varor eller tjänster som används direkt av medborgarna (till exempel en gata eller en flygplats, material som används på sjukhus eller allmänna busslinjer). Offentlig upphandling står för en betydande andel av EU-medlemsstaternas BNP ⁽¹⁾, och är viktig för den ekonomiska tillväxten, för de sociala framstegen och för att en stat ska uppfylla sitt centrala mål att ge sina medborgare tjänster av god kvalitet. Medborgarna har rätt att se offentliga medel användas på ett så effektivt, öppet, redovisningsbart och rättvist sätt som möjligt, så att de kan använda sig av bra offentliga tjänster och i slutändan fortsätta lita på de offentliga institutionerna.

Begreppet "otillåten samverkan vid offentlig upphandling" (som också ofta kallas för "uppgjorda anbud") syftar på när ekonomiska aktörer ingår olagliga överenskommelser i syfte att snedvrیدا konkurrensen vid tilldelningsförfarandena. Det kan finnas olika former av sådana överenskommelser mellan ekonomiska aktörer, till exempel att fastställa innehållet i anbuden i förväg (i synnerhet priset) för att påverka utgången av förfarandet, att avstå från att lämna ett anbud, att dela upp marknaden baserat på geografien, den upphandlande myndigheten eller föremålet för upphandlingen, eller att upprätta rullande scheman för ett antal förfaranden. Syftet med alla dessa metoder är att en förutbestämd anbudsgivare ska kunna ta hem ett kontrakt, samtidigt som man ger intrycket att det hela skett med äkta konkurrens.

Otillåten samverkan undergräver allvarligt fördelarna med en rättvis, öppen, konkurrensdriven och investeringsinriktad upphandlingsmarknad, då det begränsar företags tillträde till den marknaden och begränsar valmöjligheterna för offentliga inköpare. På en upphandlingsmarknad som är drabbad av otillåten samverkan brukar laglydiga ekonomiska aktörer bli avskräckta från att delta i tilldelningsförfarandena eller investera i projekt i den offentliga sektorn. Detta har en särskilt skadlig inverkan på företag som försöker eller behöver utveckla sin verksamhet, i synnerhet små och medelstora företag. Det är likaså skadligt för företag som är kapabla och ivriga att utveckla innovativa lösningar som ska tillgodose den offentliga sektorns behov. Otillåten samverkan har länge konstaterats vara, och behandlats som, en betydande riskfaktor för effektiva offentliga utgifter. Det uppskattas leda till att offentliga inköpare får upp till 60 % högre kostnader jämfört med vad de skulle betala under normala marknadsvillkor ⁽²⁾. Bara ett enda fall av otillåten samverkan i en mångmiljonupphandling kostar europeiska skattebetalare miljontals euro i överflödiga betalningar, på bekostnad av effektiva och redovisningsbara offentliga utgifter.

Otillåten samverkan är något som ofta återkommer på marknaderna för offentlig upphandling (däribland i viktiga ekonomiska sektorer som byggnad, it eller hälso- och sjukvård). Fall av otillåten samverkan konstateras, utreds och lagförs regelbundet (förvaltningsrättsligt och i många fall straffrättsligt) överallt i världen, däribland i EU-medlemsstaterna ⁽³⁾. I nödlägen, som till exempel i samband med covid-19-pandemin, behöver de offentliga myndigheterna akut och på mycket kort tid upphandla stora mängder utrustning och tjänster till sina hälso- och sjukvårdssystem, och det kan förvärra risken för otillåten samverkan mellan vissa ekonomiska aktörer. De kan då försöka dra fördel av nödläget och på ett konstlat sätt begränsa konkurrensen för att själva få ut maximala vinster ur offentliga medel. Efter sådana här nödlägen kan otillåten samverkan få en ännu mer skadlig effekt på de offentliga finanserna, då den ekonomiska återhämtningen i sådana tider i hög grad är beroende av att tillgängliga offentliga medel används så bra som möjligt och det investeras ordentligt i viktiga ekonomiska sektorer. När det läggs otillbörligt stora belopp på arbeten, utrustning och tjänster innebär det mindre offentliga medel till viktiga statliga angelägenheter, större budgetunderskott samt att staterna mer akut behöver ta till lån – något som äventyrar deras ekonomiska stabilitet och undergräver deras återhämtningsarbete. Om företag sedan tvekar att delta i projekt i den offentliga sektorn på marknader som är drabbade av otillåten samverkan, fördärvar det arbetet med att locka privata investeringar i infrastruktur (till exempel när det gäller koncessioner som kräver privata kapitalinsatser).

I EU-rätten ⁽⁴⁾ tas otillåten samverkan mellan ekonomiska aktörer upp i artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Där förbjuds alla avtal eller samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden och som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Sedan den

⁽¹⁾ Uppskattas till över 14 % av EU-medlemsstaternas totala BNP.

⁽²⁾ Se t.ex. <http://documents.banquemondiales.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. I Förenta staterna utreds just nu ett pågående mål om påstådd otillåten samverkan, med ett antal stora läkemedelsföretag inblandade, där det hävdas att de inblandade samverkande företagen på ett konstlat sätt fixerade priserna på ett antal generiska läkemedel till en nivå på hela 1000% över deras normala marknadspris.

⁽³⁾ Baserat på information som mottagits av medlemsstaterna (se avsnitt 2.2 i detta tillkännagivande).

⁽⁴⁾ Analyseras i avsnitt 5.1 i detta tillkännagivande.

senaste generationen av EU-direktiv om offentlig upphandling antogs 2014 har dessutom tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan uttryckligen blivit ett skäl som kan användas för att utesluta en ekonomisk aktör från ett tilldelningsförfarande ⁽⁵⁾.

1.2 Svårigheterna med att ta itu med frågan

Att upptäcka och ta itu med fall av otillåten samverkan vid offentlig upphandling är en särskilt stor utmaning för de nationella myndigheterna. Olagliga överenskommelser mellan ekonomiska aktörer om att samverka är per definition hemliga, och brukar i de flesta fall ingås och utföras mycket försiktigt och sofistikerat. Det finns tecken på att otillåten samverkan i många fall (om inte rentav de flesta) förblir oupptäckt under tilldelningsförfarandet och i slutändan brukar avslöjas och lagföras av de behöriga myndigheterna först långt efter att kontraktet helt har slutförts (om ens då). Långvariga system för otillåten samverkan kan i vissa ekonomiska sektorer till och med bli en del av att göra affärer, då ekonomiska aktörer frestas eller blir benägna att vara med för att få "garanterat" tillträde till marknaden och få en andel av den.

Marknaderna för offentlig upphandling har särskilda egenskaper, som gör dem mer sårbara för otillåten samverkan jämfört med andra marknader. Upphandlande myndigheter brukar följa relativt stabila inköpsmönster, med tilldelningsförfaranden som ofta upprepar sig, och liknande mängder och standardspecifikationer för produkter eller tjänster, utan stora ändringar jämfört med tidigare förfaranden. Att efterfrågan är så förutsägbar gör det lättare för aktörerna att olovligen dela upp marknaden mellan sig, då det ger en garanterat "rättvis" avkastning för var och en av dem. Dessutom är det ibland i en del marknadssektorer mycket få ekonomiska aktörer som bjuder på offentliga kontrakt, ofta för att den upphandlande myndigheten är avlögset belägen eller den aktuella marknaden är liten till storleken. Bristen på anbudsgivare kan förvärras ytterligare av de val som görs av de upphandlande myndigheterna själva eller de metoder de använder, till exempel om de inte väljer öppna förfaranden eller om de inför anbudskrav som är stränga eller alltför specificerade, vilket då kan göra att det blir ännu färre inlämnade anbud i ett tilldelningsförfarande. Ju färre aktiva operatörer det finns på en upphandlingsmarknad, desto lättare blir det med otillåten samverkan. Slutligen kan upphandlande myndigheter också utsättas för olika krav på att lämna ut information om tilldelningsförfarandena, krav som går längre än EU:s direktiv om offentlig upphandling (till exempel att lämna ut uppgifter om vem som lämnat ett anbud och för vilket pris). Det kan göra det lättare för de otillåtet samverkande att utbyta information och övervaka att alla som är med följer den olagliga överenskommelsen.

Den inneboende svårigheten med att ta sig an misstänkta fall av otillåten samverkan förvärras än mer av den verklighet de upphandlande myndigheterna ofta får möta när de utför upphandlingsförfaranden. De upphandlande myndigheterna (i synnerhet när de är mindre) saknar ofta utbildad och erfaren personal som kan upptäcka otillåten samverkan vid ett visst tilldelningsförfarande. Upphandlingsansvariga ⁽⁶⁾ brukar vara inriktade på att se till att förfarandet uppfyller de grundläggande förfarandekrav och juridiska krav som finns och att det slutförs i tid. Inte ens när de upphandlingsansvariga faktiskt upptäcker misstänkta anbud känner de alltid till hur de kan bemöta det eller vilka mekanismer som kan finnas för att få experthjälp från centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheter. Dessutom kan risken för försenade tilldelningsförfaranden, som ofta får konsekvenser för förvaltning och budget eller rentav politiska följder, göra att upphandlingsansvariga inte vågar ta ordentligt itu med misstänkta fall av otillåten samverkan. Tvivel kring en upphandlande myndighets kapacitet eller till och med vilja att beslutsamt hantera otillåten samverkan kan göra det ännu lättare för ekonomiska aktörer att samverka.

⁽⁵⁾ Se artikel 57.4 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65) och artikel 38.7 e i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 28.3.2014, s. 1). Det skäl för uteslutning som föreskrivs i direktiv 2014/24/EU kan också tillämpas på Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 243), med stöd av artikel 80.1 i direktiv 2014/25/EU.

⁽⁶⁾ I detta tillkännagivande avses med "upphandlingsansvarig" eller "upphandlingspersonal" den personal på upphandlande myndigheter eller organ som i större eller mindre omfattning sysslar med att utforma, inleda och utföra ett tilldelningsförfarande om ett offentligt kontrakt. Denna definition påverkar inte medlemsstaternas befogenhet sett till hur de ordnar sin nationella förvaltning, deras beslutsnivåer, hur involverade olika avdelningar är i tilldelningsförfarandena allmänt sett osv. Med denna innebörd är kapaciteten att upptäcka och ta itu med ett misstänkt fall av otillåten samverkan och plikten att säkerställa ett tillförlitligt tilldelningsförfarande något som gäller alla inblandade i förfarandet, från den i personalen som tar emot och öppnar anbudena ända till den chef som undertecknar beslutet att bevilja kontraktet.

Slutligen är otillåten samverkan vid offentlig upphandling ännu svårare att gripa sig an när den kombineras med korruption, exempelvis när samverkande ekonomiska aktörer mutar någon som har inflytande i tilldelningsförfarandet för att försäkra sig om att det olagliga uppförandet passerar obemärkt. Även om otillåten samverkan och korruption i detta tillkännagivande anses som två olika problem i offentlig upphandling, kan de inträffa sida vid sida och göra tilldelningsförfarandet ännu mindre tillförlitligt.

1.3 Vad som hittills gjorts för att bemöta problemet med otillåten samverkan

Fram tills 2014 års direktiv om offentlig upphandling antogs, brukade metoder med otillåten samverkan vid offentlig upphandling hanteras på EU-nivå främst som en fråga för konkurrenslagstiftningen. Metoderna sågs som typiska fall av avtal mellan två eller flera oberoende marknadsaktörer, vilket begränsar konkurrensen och är förbjudet enligt artikel 101 i EUF-fördraget.

Genom åren har både kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter (med befogenhet att tillämpa artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget) handlagt åtskilliga fall av otillåten samverkan vid offentlig upphandling⁽⁷⁾. De nationella konkurrensmyndigheterna i de flesta EU-medlemsstaterna har gett ut särskild vägledning om hur man bekämpar otillåten samverkan. Inom ramen för det internationella konkurrensnätverket⁽⁸⁾, där kommissionen deltar, har det också tagits fram vägledning om synergier mellan upphandlings- och konkurrensmyndigheterna. Konkurrensmyndigheterna har gjort de upphandlande myndigheterna mer medvetna om hur man vidtar förebyggande åtgärder i planeringsfasen för offentliga upphandlingsförfaranden, och de har också utbildat upphandlingsansvariga i att bekämpa otillåten samverkan. Nu på senare år håller metoder för att analysera uppgifter från elektroniska upphandlingssystem på att bli ett ytterligare värdefullt verktyg för att upptäcka otillåten samverkan.

I november 2017 utgav Olaf en handbok med titeln "Fraud in Public Procurement – A collection of Red Flags and Best Practices"⁽⁹⁾ (bedrägeri vid offentlig upphandling – en samling av varningsflaggor och bästa praxis), framtagen med hjälp av medlemsstaternas expertunderlag i den rådgivande samordningskommittén för förebyggande av bedrägerier (Cocolaf). Handboken innehåller ett avsnitt om otillåten samverkan, med en mycket omfattande och detaljerad förteckning över indikatorer på "röda flaggor" och tips på hur man upptäcker otillåten samverkan både inför och under anbudsutgången.

Även andra organ, främst OECD⁽¹⁰⁾ och Världsbanken⁽¹¹⁾, har utfört viktiga arbeten om problemet med otillåten samverkan vid offentlig upphandling.

2. VERKTYG FÖR ATT BEKÄMPA OTILLÅTEN SAMVERKAN PÅ EU-NIVÅ

2.1 Det politiska åtagandet att vidta åtgärder

Som tidigare nämnts har konkurrensmyndigheterna på EU-nivå och i de olika länderna fått utrednings- och genomdrivande befogenheter för att kunna bestraffa otillåtna samverkansmetoder och avskräcka ekonomiska aktörer från sådan samverkan i framtiden. Men i de flesta fall genomdrivs konkurrensreglerna och straffåtgärderna utdöms först efter att skadan är skedd, d.v.s. när kontraktet har tilldelats och i de flesta fall också är helt slutfört. Att konstatera otillåtna samverkansmetoder på detta sena stadium tjänar visserligen syftet att bestraffa otillåten samverkan och avskräcka från fler

⁽⁷⁾ Exempel på fall som kommissionen utrett är SPO-målet (som berörde byggnadsföretag i Nederländerna) från 1992 (mål IV/31.572 och 32.571), målet om fjärrvärmerör från 1999 (mål IV/35.691/E-4), målet om hissar och rulltrappor 2007 (mål (COMP/E-1/38.823), målet om elkablar från 2014 (mål AT.39610), samt de mål som nämns av kommissionens generaldirektorat för konkurrens i dess rapport om genomdrivande av konkurrensreglerna inom läkemedelssektorn, antagen den 28 januari 2019 (finns på https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_sv.pdf).

⁽⁸⁾ Främst kapitlet om "Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies" (förhållandet mellan konkurrensmyndigheter och offentliga upphandlingsorgan) i den handbok för kartellbekämpning som utarbetats av det internationella konkurrensnätverket (ICN).

⁽⁹⁾ Otillåten samverkan togs också upp i en studie beställd av Olaf, "Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU" (att identifiera och minska korruption vid offentlig upphandling i EU), offentliggjord i juni 2013 (finns på https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

⁽¹⁰⁾ Den 17 juli 2012 antog OECD:s råd en rekommendation om att bekämpa uppgjorda anbud vid offentlig upphandling (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). I den rekommendationen uppmanas regeringarna att eftersträva offentliga upphandlingsförfaranden som är utformade för att främja konkurrens och minska risken för uppgjorda anbud. Redan år 2009 hade OECD:s avdelning för konkurrens gjort upp mycket detaljerade riktlinjer och checklistor för att bekämpa uppgjorda anbud vid offentlig upphandling. OECD:s rekommendation har fungerat som grund för vägledningar om otillåten samverkan som flera olika nationella myndigheter gett ut.

⁽¹¹⁾ År 2013 gav Världsbanken ut sin handbok om medvetenhet om bedrägeri och korruption, "Fraud and Corruption Awareness Handbook", för offentliga tjänstemän som sysslar med offentlig upphandling, och där ingår ett särskilt avsnitt om otillåten samverkan. År 2011 utgav banken också särskild vägledning i att bekämpa otillåten samverkan i byggnadssektorn, som man har konstaterat vara den sektor som är mest utsatt för otillåten samverkan, tillsammans med den för medicinska förnödenheter.

liknande metoder framöver, men det har ingen nytta för de anbudsförfaranden som faktiskt berördes och kan innebära att kontrakt tilldelades till en aktör som samverkat, till skada för allmänhetens intresse. Även om EU:s och ländernas respektive konkurrensmyndigheter är viktiga för att bekämpa otillåten samverkan, är det av yttersta vikt att man även tar itu med otillåten samverkan i det skede där det spelar som mest roll, alltså redan innan ett kontrakt tilldelas. Detta kräver att man tar itu med problemet även på själva den offentliga upphandlingsplanen, vilket innebär att upphandlingsansvariga som håller i tilldelningsförfaranden borde få befogenheter att effektivt förebygga, upptäcka och reagera på samverkansmetoder under själva förfarandet. Hit hör de metoder som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling, i synnerhet möjligheten att utesluta en anbudsgivare från förfarandet när det finns tillräckligt sannolika indikationer på att den ingått samverkan för att effektivt kunna begränsa konkurrensen ⁽¹²⁾.

I sitt meddelande från 2017 *Offentlig upphandling i och utanför EU* (COM(2017) 572 final) ⁽¹³⁾ identifierade kommissionen sex strategiska prioriteringar, där tydliga och konkreta åtgärder kan göra den offentliga upphandlingen till ett kraftfullt instrument i varje medlemsstats ekonomiska verktygslåda och leda till väsentliga fördelar i upphandlingsresultaten. Under den strategiska prioriteringen "Ökad öppenhet, integritet och bättre data" tillkännagav kommissionen sin avsikt att

"... utveckla verktyg och initiativ som tar itu med denna fråga och ökar medvetenheten så att riskerna för otillåten samverkan på upphandlingsmarknaderna minskar. Häri kommer att ingå åtgärder för att förbättra de upphandlande myndigheternas kunskap om marknaden, stöd till upphandlande myndigheter för noggrann planering och utformning av upphandlingsförfaranden och till bättre samarbete och utbyte av information mellan upphandlande myndigheter och konkurrensmyndigheter. Kommissionen kommer också att utarbeta riktlinjer för tillämpning av de nya EU-upphandlingsdirektiven om uteslutningskriterier på grund av otillåten samverkan."

Utöver dessa särskilda åtgärder innehöll meddelandet från 2017 också den strategiska prioriteringen "förbättrad tillgång till upphandlingsmarknader". För detta ändamål

"... uppmanar kommissionen icke-EU-länder att gå med i WTO-avtalet om offentlig upphandling och strävar efter att avsluta ambitiösa upphandlingskapitel i frihandelsavtalen."

Att öppna internationella upphandlingsmarknader och låta nya ekonomiska aktörer komma in och vara med i tilldelningsförfaranden, särskilt i länder med mindre upphandlingsmarknad och i sektorer med begränsad tillgång, brukar vanligen ses som ett erkänt viktigt sätt att öka konkurrensen, undvika marknadskoncentration eller oligopol och följaktligen avskräcka från samverkansmetoder.

Kommissionen bekräftade den 10 mars 2020 sitt särskilda åtagande att ge vägledning i kampen mot otillåten samverkan vid offentlig upphandling i sitt meddelande *Långsiktig handlingsplan för bättre genomförande och efterlevnad av inre marknadsreglerna* (COM(2020) 94 final) ⁽¹⁴⁾.

2.2 De vägledande principerna för att leva upp till detta åtagande

För att uppfylla sitt politiska åtagande att ta itu med problemet med otillåten samverkan arbetar kommissionen med att ta fram verktyg som främst riktar sig till personal som har hand om upphandlingsförfaranden i medlemsstaterna. Syftet är att säkerställa att de får rätt verktyg, utbildning och stöd så att de ändamålsenligt kan hantera otillåten samverkan i ett tilldelningsförfarande.

Kommissionens avsikt är inte att göra om det arbete som utförts hittills, utan snarare att ta upp de delar av regelverket eller förvaltningen där det från marknadens sida finns en tydlig och växande efterfrågan på vägledning och konkreta åtgärder.

Kommissionen låter sig inspireras av erfarenheter och god praxis som redan finns i EU-medlemsstaterna. Man lade fram tio frågor i februari 2019 och fick in mycket utförliga svar från 21 medlemsstater, med praktiska förslag för att bemöta problemet. Kommissionen kommer att eftersträva att nationella upphandlings- och konkurrensexperter hela tiden är med och utvecklar de aviserade verktygen, för att se till att alla de åtgärder som vidtas verkligen tillför något i kampen mot otillåten samverkan och är inriktade på vad de upphandlande myndigheterna verkligen behöver.

⁽¹²⁾ Analyseras i avsnitt 5.1 i detta tillkännagivande.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0094&from=EN>

2.3 Syftet med detta tillkännagivande

I föreliggande tillkännagivande beskrivs i detalj de verktyg som aviseras i det nämnda meddelandet från 2017, och som kommissionen planerar att sätta in för att ändamålsenligt kunna hjälpa medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter att bekämpa problemet med otillåten samverkan vid offentlig upphandling. Dessa verktyg har följande syften:

- **Att stödja medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna med att bygga upp kapaciteten att bemöta problemet**, i synnerhet genom att metoder för att avskräcka från, upptäcka och ta itu med otillåten samverkan införlivas i kommissionens pågående initiativ till att professionalisera den offentliga upphandlingen. Till metoderna hör att förbättra marknadskännedomen och att anpassa förfarandena så att de ekonomiska aktörerna uppmuntras att delta maximalt, vilket begränsar risken för otillåten samverkan och höjer medvetenheten (se avsnitt 3).
- **Att gynnasamarbete mellan nationella centrala upphandlingsmyndigheter⁽¹⁵⁾ och konkurrensmyndigheter**, så att de upphandlande myndigheterna säkert får effektivt och kontinuerligt stöd (se avsnitt 4).

Detta tillkännagivande innehåller också den koncisa, användarvänliga och lättlästa **vägledning till upphandlande myndigheter om att tillämpa otillåten samverkan som skäl för uteslutning** som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling. Denna vägledning läggs fram i avsnitt 5, med en bilaga med en uppsättning metoder för att bättre avskräcka från, upptäcka och ta itu med misstänkta fall av otillåten samverkan.

3. STÖD TILL MEDLEMSSTATERNA OCH DE UPPHANDLANDE MYNDIGHETERNA

För att bemöta problemet med otillåten samverkan redan innan tilldelningsförfarandet slutförs krävs det en gemensam insats från medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna, så man kan bygga upp den administrativa kapacitet som behövs för att säkerställa att tilldelningsförfarandet utförs korrekt. Åtgärder som medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna kan överväga för att bygga upp en sådan kapacitet är bland annat följande:

- **Att tillgängliggöra resurser** (i synnerhet personalresurser) som kan utföra tilldelningsförfaranden, inklusive att på ett korrekt sätt och i god tid gripa sig an fall av misstänkt otillåten samverkan.
- **Att använda sig av tillgängliga administrativa incitament för att belöna personal** som utför upphandlingsförfaranden och aktivt upptäcker, tar itu med och rapporterar möjliga fall av otillåten samverkan.
- **Att ordna utbildnings- och informationsevenemang för upphandlingspersonal.** Utbildning för personal skulle i första hand ha som syfte att rikta uppmärksamheten på hur otillåten samverkan drabbar tilldelningsförfarandena, att i hela administrationen främja en servicekultur där otillåten samverkan ska bemötas aktivt, samt att förse upphandlingspersonalen med praktiska färdigheter så att de kan ta sig an problemet i praktiken. Utbildningskurserna kan handla om olika sätt att förbättra marknadskännedomen, utforma och utföra förfaranden så att det begränsar risken för otillåten samverkan, uppmuntra aktörer att delta i tilldelningsförfaranden samt använda sig av alla de verktyg och metoder som finns för att upptäcka otillåten samverkan under ett tilldelningsförfarande. Det är också ett gott råd att ge upphandlingsansvariga utbildning i de grundläggande principerna i konkurrenslagstiftningen angående karteller.

EU-medlemsstaterna är medvetna om betydelsen av att professionalisera sin upphandlingspersonal i detta avseende. De flesta av dem har gett ut riktlinjer eller annan information om hur man förebygger och upptäcker otillåten samverkan. En del medlemsstater har också utarbetat (eller håller på att utarbeta) praktiska verktyg för att granska den information som finns tillgänglig, så att det går smidigare att upptäcka misstänkta anbud. De flesta medlemsstater ordnar informationskampanjer och utbildningspass för upphandlande myndigheter och upphandlingsansvariga om att bekämpa otillåten samverkan.

För att uppmärksamma den här frågan och stödja de åtgärder som medlemsstaterna vidtar arbetar kommissionen med att på olika sätt ta med kampen mot otillåten samverkan i sitt pågående initiativ för professionalisering av offentlig upphandling (i enlighet med sin rekommendation från 2017 om professionalisering). Hit hör följande:

- Professionella färdigheter för att förebygga och upptäcka otillåten samverkan ska ingå i den europeiska kompetensramen för personer som arbetar med offentlig upphandling (ProcurCompEU)⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ I detta tillkännagivande avses med "centrala upphandlingsmyndigheter" den myndighet, avdelning eller institution som på nationell nivå är anförtrodd att utarbeta hur den rättsliga ramen för offentlig upphandling ska fungera på nationell nivå och att genomföra, övervaka och/eller stödja detta. Detta påverkar inte medlemsstaternas befogenhet när det gäller hur de organiserar sin nationella förvaltning.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_sv

- Alla medlemsstaterna ska utbyta god praxis och verktyg som utvecklats på nationell nivå genom kommissionens expertgrupper eller tillgängliga digitala kommunikationsmetoder.
- De nationella konkurrensmyndigheterna (särskilt tjänstemän som har hanterat fall av otillåten samverkan i praktiken) ska i högre grad delta i informationsevenemang och i utbildning för upphandlingsansvariga, eftersom dessa konkurrensmyndigheter har lättillgängliga sakkunskaper på området (se även avsnitt 4).
- Målinriktade åtgärder ska främjas till stöd för mindre upphandlande myndigheter i medlemsstaterna. Detta kan innefatta att på olika sätt göra det möjligt för nationella centrala upphandlingsmyndigheter att ge omfattande stöd till mindre upphandlande myndigheter när de genomför tilldelningsförfaranden eller göra upp särskilda utbildningsmoduler anpassade efter just deras behov.
- Det ska utbytas god praxis om hur upphandlingsansvariga kan uppmuntras att aktivt driva fall av misstänkt otillåten samverkan.
- Samarbete ska ske med andra internationella organisationer (såsom OECD, WTO, Världsbanken och EBRD) för att utveckla en internationell kunskaps- och erfarenhetsreserv i kampen mot otillåten samverkan, med bland annat kunskap och erfarenhet kring att öppna globala marknader och utforma och utföra förfaranden på ett konkurrensvänligt sätt, med så många ekonomiska aktörer som möjligt som deltar.

I enlighet med det nämnda meddelandet från 2017 uppmärksammas särskilt de ekonomiska sektorer som anses känsliga, eftersom de antingen är sårbara för otillåten samverkan (till exempel genom att tillgång eller efterfrågan är koncentrerad, som vid småskaliga tilldelningsförfaranden utförda subcentralt eller lokalt) eller viktiga genom sin ekonomiska storlek eller roll i samhället (som byggnads-, sjukvårds- och it-sektorn).

4. ATT FÖRBÄTTRA SAMARBETET MELLAN DE NATIONELLA CENTRALA UPPHANDLINGS- OCH KONKURRENSMYNDIGHETERNA

För att ändamålsenligt bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling krävs det att de upphandlande myndigheterna har ett omfattande arbetssätt och använder sig av sin kunskap och expertis om både upphandling och konkurrens. Att upprätta ett omfattande, stabilt och effektivt regelverk som bistår de upphandlande myndigheterna med den uppgiften kräver ett fullskaligt samarbete mellan ländernas centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheter.

I vissa medlemsstater har dessa myndigheter fastställt (eller håller på att göra det) ett specialanpassat avtal med villkoren för närmare samarbete med att bekämpa otillåten samverkan. Sådana avtal gör det praktiskt lättare att utbyta information, erfarenheter och bästa praxis för att bekämpa konkurrenshämmande metoder vid offentlig upphandling. I vissa medlemsstater, som Sverige och Tyskland, fungerar konkurrensmyndigheten också som tillsynsorgan för att se till att reglerna för offentlig upphandling genomdrivs.

Oavsett i vilken form samarbetet äger rum uppmuntrar kommissionen kraftigt initiativet att de centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna gör gemensam sak mot otillåten samverkan vid offentlig upphandling. Det gör det möjligt för medlemsstaterna och deras centrala myndigheter att mer effektivt utforma och införa åtgärder till stöd för upphandlande myndigheter, till exempel följande:

- Att inrätta en säker tjänst (i form av en kontaktpunkt eller hjälplinje) där upphandlande myndigheter får stöd.
- Att främja användningen av verktyg på EU-nivå eller nationell nivå som gör det möjligt för och uppmuntrar privatpersoner eller företag att träda fram och rapportera fall av otillåten samverkan, i synnerhet visselblåsarmekanismer eller program för förmånlig behandling ⁽¹⁷⁾.
- Att utarbeta ordningen för hur upphandlande myndigheter steg för steg ska kunna söka experthjälp från centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheter.
- Att underlätta myndigheternas tillgång till den information de behöver för att utföra sina uppgifter med att hantera misstänkta fall av otillåten samverkan. Medlemsstaterna skulle, inom sin rättsliga ram och med vederbörlig respekt för EU:s ⁽¹⁸⁾ och sina egna nationella dataskyddskrav, kunna överväga att
- göra det möjligt för sina konkurrensmyndigheter att få tillgång till de elektroniska upphandlingsdatabaserna (som de tillgängliga nationella kontraktsregistren) och anbudet i fall under utredning.

⁽¹⁷⁾ Se ett exempel på sådant verktyg som inrättats av Europeiska kommissionen: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

⁽¹⁸⁾ I synnerhet den allmänna dataskyddsförordningen (förordning (EU) 2016/679).

- tillåta utbyte av tillgänglig information mellan upphandlings- och konkurrensmyndigheterna, så att dessa myndigheter kan bedöma om det finns mönster av otillåten samverkan mellan ekonomiska aktörer,
- göra det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att informera sina centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheter i fall då de utesluter en ekonomisk aktör på grund av misstänkt otillåten samverkan (se även avsnitt 5.8); på så sätt skulle de centrala myndigheterna kunna följa och övervaka hur detta uteslutningsskäl som föreskrivs i direktiven används på nationell nivå, och utföra den uppföljning som behövs av sådana fall (när de till exempel utreder fallen enligt konkurrensreglerna eller överväger att utesluta aktören från förfaranden under en viss tid).
- Att skapa en nationell databas med fall där ekonomiska aktörer uteslutits med otillåten samverkan som skäl, med vederbörlig respekt för såväl nationell rätt som EU:s⁽¹⁹⁾ och ländernas egna dataskyddskrav. En sådan databas skulle ge upphandlande myndigheter lättillgänglig information om vilka ekonomiska aktörer som varit med på otillåten samverkan tidigare, vilket gör det lättare att bedöma hur redbara och tillförlitliga de är. Det skulle också hjälpa de centrala nationella myndigheterna att övervaka dels hur olika upphandlande myndigheter hanterar likartade fall, dels att beslut att utesluta ekonomiska aktörer från tilldelningsförfaranden genomförs ändamålsenligt.
- Att i det nationella regelverket för offentlig upphandling införa valfria verktyg för upphandlande myndigheter som effektivt skulle avskräcka ekonomiska aktörer från att otillåten samverka. Detta kan omfatta
- ett krav på att varje anbudsgivare tillsammans med anbudet måste lämna in en separat försäkran om att man tagit fram anbudet utan samverkan med konkurrenter⁽²⁰⁾, och
- uttryckliga paragrafer i kontraktet om att den upphandlande myndigheten har rätt att säga upp kontraktet eller kräva skadestånd om entreprenören befinns ha varit med i otillåten samverkan.
- Att samarbeta med att analysera *upphandlingsuppgifter* för att lättare kunna upptäcka spår av otillåten samverkan vid tilldelningsförfaranden. För detta syfte uppmantras medlemsstaterna att på nationell nivå införa enkla och lättinförda metoder för att i stora mängder samla in och analysera uppgifter som finns i elektroniska upphandlingsdatabaser (eventuellt med hjälp av algoritmer, artificiell intelligens eller maskininlärning).
- Att gemensamt ordna utbildningspass om offentlig upphandling och konkurrens för upphandlings- och konkurrenspersonal, så att båda dessa yrkeskretsar blir bekanta med varandras arbetsramar och arbetsmetoder.
- Att sätta in ett system där man gemensamt och regelbundet kan gå igenom utvalda tilldelningsförfaranden och identifiera fall av otillåten samverkan samt övervaka upphandlingen i känsliga sektorer.
- Att genomföra informationskampanjer inriktade på de kretsar i näringslivet som är aktiva inom offentlig upphandling, och då informera om de juridiska krav som finns för att delta i offentliga upphandlingsförfaranden, de möjliga konsekvenserna av otillåtna samverkansmetoder samt de fördelar som både offentliga inköpare och företag får när konkurrensen är lojal på marknaden för offentlig upphandling.

Kommissionen kommer att överväga hur man på olika sätt kan stödja medlemsstaternas arbete med att sätta in de synergier som behövs nationellt mellan centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheter (främst fungerande och praktiska mekanismer för permanent samarbete, informationsutbyte och stöd), till exempel följande:

- Att använda sig av diskussioner i kommissionens expertgrupper för att få fram god praxis för nationella stödmekanismer till upphandlingsansvariga och för nationella samarbetsmetoder mellan centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheter. Detta ska helst innefatta att visa upp presentationer från medlemsstater som redan har sådana system. Här kan den vägledning som upprättats av det internationella konkurrensnätverket (se avsnitt 1.3) vara en inspirationskälla.

⁽¹⁹⁾ Se fotnot 18.

⁽²⁰⁾ Ekonomiska aktörer måste redan nu deklarerat om de har ingått något avtal om otillåten samverkan när de lämnar in det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Kommissionen kan i framtiden överväga att komplettera detta villkor genom att begära en försäkran som bekräftar att anbudsgivaren tagit fram sitt anbud självständigt. OECD har tagit fram ett exempel på denna typ av försäkran: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>

- Att ordna ett första gemensamt möte eller workshop mellan yrkesgrupperna, där personer som arbetar med offentlig upphandling sammanförs med konkurrensexperter. Kommissionen skulle vidare kunna överväga möjligheten att, om det bedöms användbart, inrätta ett forum på EU-nivå för att uppmuntra till gränsöverskridande samarbete och utbyte av information, erfarenhet och kunskap på området. Ett sådant forum skulle kunna användas för att diskutera och utbyta erfarenheter om frågor som gemensam EU-praxis för att samla in uppgifter och analysera indikationer på otillåten samverkan runt om i EU, hur den möjlighet till "självsanering" som föreskrivs i EU-rätten fungerar (se avsnitt 5.7) eller hur direktiv 2014/104/EU ⁽²¹⁾ används vid skadestånd till följd av otillåtna samverkansmetoder.

Dessutom kommer kommissionen att överväga tänkbara sätt att främja samarbete och informationsutbyte på EU-nivå mellan de nationella centrala upphandlings- och konkurrensmyndigheterna, i enlighet med EU:s ⁽²²⁾ och ländernas egen dataskyddslagstiftning, i syfte att det ska gå att dela information runt om i EU om de ekonomiska aktörer som uteslutits från tilldelningsförfaranden med otillåten samverkan som skäl. Här kan inspiration tas från inrättningar som redan finns, till exempel Informationssystemet för den inre marknaden ⁽²³⁾, Europeiska konkurrensnätverkets centrala informationssystem (Europeiska konkurrensnätverkssystemet) eller den mekanism för informationsutbyte som utvecklats inom kommissionens mekanism för frivillig förhandsbedömning vid stora infrastrukturprojekt ⁽²⁴⁾.

5. VÄGLEDNING TILL UPPHANDLANDE MYNDIGHETER OM ATT TILLÄMPA OTILLÅTEN SAMVERKAN SOM SKÅL FÖR UTESLUTNING I ENLIGHET MED ARTIKEL 38.7 e I DIREKTIV 2014/23/EU, ARTIKEL 57.4 d I DIREKTIV 2014/24/EU OCH ARTIKEL 80.1 I DIREKTIV 2014/25/EU

I detta avsnitt i tillkännagivandet fastställs kommissionens rättsligt icke-bindande åsikter om hur otillåten samverkan tillämpas som skäl för uteslutning enligt vad som föreskrivs i artikel 38.7 e i direktiv 2014/23/EU, artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU och artikel 80.1 i direktiv 2014/25/EU. Avsnittet är inriktat på särskilda problem som medlemsstaterna påträffar när de genomför direktiven, och som upphandlingsansvariga påträffar när de bedömer anbud vid tilldelningsförfaranden. Dessa åsikter påverkar inte medlemsstaternas befogenheter när de införlivar och tillämpar direktiven, och ger inte upphov till några nya regler eller skyldigheter. Endast Europeiska unionens domstol (nedan kallad *domstolen*) är behörig att ge en juridiskt bindande tolkning av de bestämmelser i EU-lagstiftningen som åberopas i detta tillkännagivande.

För att denna vägledning ska vara fullständig och användbar ingår i bilagan till detta tillkännagivande också enkla och kortfattade råd som främst är riktade till upphandlingsansvariga som förbereder och genomför tilldelningsförfaranden åt upphandlande myndigheter. Där identifieras ett antal metoder och så kallade röda flaggor som, enligt kommissionens uppfattning, är de enklaste för upphandlingsansvariga att använda under hela tilldelningsförfarandet för att avskräcka från, upptäcka och ta itu med otillåten samverkan. Dessa råd återspeglar det värdefulla arbete som utförts på senare år av organisationer och tjänster som OECD, Olaf eller nationella konkurrensmyndigheter, och som har gett upphandlingsansvariga omfattande och lättillgänglig vägledning och god praxis om hur man bekämpar otillåten samverkan.

5.1 De tillämpliga rättsliga bestämmelserna och hur de genomförts hittills

Otillåten samverkan mellan ekonomiska aktörer är förbjudet i EU-rätten enligt artikel 101 i EUF-fördraget ⁽²⁵⁾, där det står följande:

"1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden ..."

När otillåten samverkan (potentiellt) inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna, kan det ändå leda till åtal enligt nationella konkurrensregler.

⁽²¹⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser.

⁽²²⁾ Se fotnot 18.

⁽²³⁾ Se skäl 128 i direktiv 2014/24/EU.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

⁽²⁵⁾ Den 8 april 2020 antog kommissionen ett meddelande om en "Tillfällig ram för bedömning av antitrustfrågor i samband med företagssamarbete vid nödsituationer som orsakas av det pågående covid-19-utbrottet" (C(2020) 3200 final). Det handlar om hur man, ur konkurrenslagstiftningens synvinkel, ska hantera möjliga former av samarbete mellan företag för att trygga försörjning och lämplig fördelning av väsentliga bristprodukter och bristtjänster under covid-19-utbrottet.

Innan 2014 års uppsättning med direktiv om offentlig upphandling började gälla kunde anbudsgivare som ingick otillåten samverkan uteslutas från anbudsproceduren grundat på artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG, förutsatt att de enligt lagkraftvunnen dom hade dömts för brott mot yrkesetikern (artikel 45.2 c) eller att de gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen som på något sätt kunde styrkas av den upphandlande myndigheten (artikel 45.2 d) ⁽²⁶⁾. När de upphandlande myndigheterna tillämpade det sistnämnda valfria skälet för uteslutning kunde de ta med en överträdelse av konkurrensreglerna, till exempel otillåten samverkan, som exempel för att motivera en sådan uteslutning, förutsatt att villkoren i denna artikel var uppfyllda ⁽²⁷⁾.

I 2014 års direktiv om offentlig upphandling ändrades uteslutningsreglerna genom att det infördes nya obligatoriska och valfria skäl för uteslutning, möjlighet för ekonomiska aktörer att åberopa åtgärder för "självsanering" och en längsta tid för uteslutning. Där fastställdes för första gången uttryckligen att otillåten samverkan är ett skäl som valfritt kan användas för att utesluta ekonomiska aktörer från tilldelningsproceduren. Mer specifikt föreskrivs det i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU (direktivet) att en upphandlande myndighet kan utesluta eller bli ålagd av en medlemsstat att utesluta en ekonomisk aktör från ett anbudsprocedure:

"d) Om den upphandlande myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att en ekonomisk aktör har ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvräta konkurrensen."

Detta valfria skäl för uteslutningen återspeglas också i artikel 38.7 e i direktiv 2014/23/EU om koncessioner, och kan tillämpas på upphandlingar som omfattas av direktiv 2014/25/EU om allmännyttiga företag, genom dess artikel 80.1 ⁽²⁸⁾.

I artikel 57.6 i direktivet införs rätten för den ekonomiska aktören att använda sig av det som allmänt brukar kallas åtgärder för "självsanering" (analyseras vidare i avsnitt 5.7), då följande föreskrivs:

"En ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1 och 4 får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från upphandlingsproceduren."

I detta syfte ska den ekonomiska aktören bevisa att denne har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller det allvarliga felet i fråga, att denne har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

De åtgärder som vidtagits av den ekonomiska aktören ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga. Om åtgärderna anses vara otillräckliga ska den ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet.

En ekonomisk aktör som genom en lagkraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlings- eller koncessionstilldelningsproceduren ska under den period som uteslutningen gäller, enligt domen i den medlemsstat där domen är giltig, inte ha rätt att utnyttja den möjlighet som anges i denna punkt."

Slutligen framgår följande av artikel 57.7 i direktivet:

"Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 6 för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagkraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i punkt 1 och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 4."

⁽²⁶⁾ Dessa skäl för uteslutning var också tillämpliga enligt direktiv 2004/17/EG, i enlighet med dess artikel 54.4.

⁽²⁷⁾ Se domstolens beslut av den 4 juni 2019 i mål C-425/18, CNS, punkterna 18 och 33.

⁽²⁸⁾ Hänvisningar i avsnitt 5 i detta tillkännagivande som görs enbart till direktiv 2014/24/EU eller bestämmelserna där bör uppfattas som att de även omfattar motsvarande bestämmelser i direktiven 2014/23/EU och 2014/25/EU.

Medlemsstaterna har rapporterat åtskilliga fall där upphandlande myndigheter rådfrågat den nationella konkurrensmyndigheten om hur de ska hantera misstänkta anbud. I en del medlemsstater har upphandlande myndigheter faktiskt bestämt att utesluta ekonomiska aktörer vid misstanke om otillåten samverkan. Det går dock inte att dra några slutsatser av informationen om sådana uteslutningar, eftersom de upphandlande myndigheterna i de flesta medlemsstater inte måste rapportera dessa beslut till sina länders centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheter.

I ett antal medlemsstater har fall som rör genomförandet av uteslutningsskålet också kommit upp i de nationella domstolarna.

I direktiven behandlas inte specifikt vad som blir följden vare sig när en upphandlande myndighets beslut att utesluta en ekonomisk aktör blir föremål för framgångsrik rättslig prövning, eller när en nationell konkurrensmyndighet fattar ett motstridigt beslut i ärendet efter att beslutet om tilldelning har tagits. Sådana konsekvenser är upp till medlemsstaterna att avgöra.

5.2 Vad som omfattas vid uteslutning där skålet är otillåten samverkan: samordnade förfaranden och samband med uteslutning där skålet är allvarliga fel i yrkesutövningen

Möjligheten att utesluta en ekonomisk aktör för misstänkt otillåten samverkan anses i direktivet inte som en straffpåföljd för aktörens beteende före eller under tilldelningsförfarandet. Det fungerar mer som ett sätt att säkerställa att principerna om likabehandling och likvärdiga konkurrensvillkor följs vid tilldelningsförfarandet, och även att den blivande entreprenören är redbar, tillförlitlig och lämplig att utföra kontraktet ⁽²⁹⁾.

När det gäller vilken typ av beteende som uteslutningsskålet omfattar, har skillnader i formulering mellan artikel 57.4 d i direktivet och artikel 101 i EUF-fördraget orsakat tveksamheter om vilka olagliga metoder som den upphandlande myndigheten ska beakta för att kunna tillämpa uteslutningsskålet.

I artikel 57.4 d i direktivet står det bara om "överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen", medan artikel 101 i EUF-fördraget omfattar "avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden". Om direktivet tolkas på ett sätt som stämmer överens med fördraget bör medlemsstaterna när de införlivar direktivet i sin nationella lagstiftning kunna se det som att det inte bara är vid överenskommelser, utan även vid samordnade förfaranden vid offentlig upphandling i syfte att snedvrیدا konkurrensen, som det kan bli aktuellt att tillämpa detta skäl för uteslutning. Alternativt skulle medlemsstaterna kunna se dessa andra former av överträdelser av konkurrensreglerna som fall av allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket motiverar att en ekonomisk aktör eventuellt utesluts enligt artikel 57.4 c i direktivet ⁽³⁰⁾.

Vissa frågor kan uppkomma om vad det är för skillnad mellan uteslutning av skålet otillåten samverkan enligt artikel 57.4 d i direktivet, och uteslutning av skålet allvarligt fel i yrkesutövningen enligt artikel 57.4 c. Men som nämns ovan fungerade den senare bestämmelsen, till dess att direktiven från 2014 trädde i kraft, som grund för att utesluta en ekonomisk aktör från tilldelningsförfarandet i händelse av överträdelse av konkurrensreglerna ⁽³¹⁾. Båda uteslutningsskälen kan fortfarande tjäna samma syfte (en möjlighet som bekräftas av skäl 101 i direktivet, där överträdelser av konkurrensregler uttryckligen räknas som ett fall av allvarligt fel i yrkesutövningen), och båda är alternativ för de upphandlande myndigheterna och har exakt samma verkan, nämligen att en anbudsgivare utesluts från förfarandet. Skålet otillåten samverkan i artikel 57.4 d lades till som ett mer specifikt verktyg för att ge de upphandlande myndigheterna fler möjligheter att bemöta situationer med otillåten samverkan. Den viktigaste skillnaden mellan de två bestämmelserna verkar vara hur säker den upphandlande myndigheten behöver vara för att kunna utesluta en anbudsgivare från förfarandet. För att kunna använda sig av artikel 57.4 c behöver den upphandlande myndigheten "på lämpligt sätt [...] visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen". Enligt artikel 57.4 d får däremot den upphandlande myndigheten överväga att utesluta en anbudsgivare redan om det finns "tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att en ekonomisk aktör har ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen". Det är upp till den upphandlande myndigheten att bedöma från fall till fall vilket av de två skälen som kan anses tillämpligt, då uppfattningen måste bli att det inte är något i direktivet som hindrar en upphandlande myndighet från att utesluta en anbudsgivare från förfarandet av fler än ett skäl.

⁽²⁹⁾ Se skäl 101 i direktivet.

⁽³⁰⁾ Bekräftas i skäl 101 i direktivet.

⁽³¹⁾ Se det nämnda beslutet från EU-domstolen i målet CNS, punkterna 18 och 33.

5.3 De upphandlande myndigheternas befogenhet att tillämpa uteslutningsskålet: utrymme för skönsmässig bedömning och begränsningar av gottfinnandet

Artikel 57.4 i direktivet ger de upphandlande myndigheterna stort utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida de ska utesluta en anbudsgivare från förfarandet när det finns tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan.

I artikel 57.4 d ges inga vidare specifikationer eller antydningar om exakt vad som skulle kunna vara en indikation eller hur man kan anse den tillräckligt sannolik för att utesluta anbudsgivaren. EU-lagstiftarens avsikt verkar ha varit, utan att föreskriva för mycket, att de upphandlande myndigheterna ska kunna bedöma från fall till fall om villkoren för att utesluta en anbudsgivare av det skålet är uppfyllda⁽³²⁾. Att uteslutningsskålet är så valfritt till sin karaktär innebär att de upphandlande myndigheterna får behålla en anbudsgivare i ett tilldelningsförfarande även om de har tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan (såvida de inte måste utesluta anbudsgivaren enligt sin nationella lagstiftning – se nedan).

Domstolen har därefter bekräftat att det enligt 57.4 i direktivet är den upphandlande myndigheten (och inte någon annan nationell instans eller nationellt organ) som oberoende ska bedöma om en ekonomisk aktör måste uteslutas från ett visst tilldelningsförfarande⁽³³⁾. Som domstolen mycket målmedvetet uttrycker det: "Det särskilda syftet med att upphandlande myndigheter ska ha nyss nämnda möjlighet att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande är att de ska kunna bedöma varje anbudsgivares redbarhet och pålitlighet", särskilt för att för att kunna säkerställa "pålitligheten hos nämnda aktör [som tilldelats kontraktet], som den upphandlande myndighetens förtroende för denna aktör grundar sig på"⁽³⁴⁾.

De upphandlande myndigheterna har stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att utesluta en anbudsgivare för misstänkt otillåten samverkan. Det finns emellertid vissa gränser som fastställs i direktivet.

För det första får medlemsstaterna, när de införlivar direktivet i sin nationella lagstiftning, göra sina upphandlande myndigheter skyldiga att tillämpa de valfria uteslutningsskäl som föreskrivs i artikel 57.4 i direktivet och, vad gäller artikel 57.4 d, att utesluta en anbudsgivare från tilldelningsförfarandet om de har tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan⁽³⁵⁾.

Enligt artikel 57.7 i direktivet har dessutom medlemsstaterna rätt att specificera villkoren för att genomföra denna artikel, i linje med EU-lagstiftningen, för att särskilt säkerställa att de upphandlande myndigheterna nationellt intar en konsekvent inställning till problemet. I skäl 102 i direktivet medges medlemsstaternas möjlighet att sätta upp sådana villkor just när det gäller att bedöma åtgärder för "självsanering" som en anbudsgivare anför. Sådana villkor bör dock inte ändra, modifiera, utöka eller begränsa omfattningen av eller resonemanget bakom de uteslutningsskäl som fastställs i punkt 4 i artikeln, begränsa de upphandlande myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning eller påverka eller åsidosätta deras beslut. Syftet med villkoren är att på nationell nivå fastställa under vilka förhållanden upphandlande myndigheter kan utöva de befogenheter de har enligt direktivet⁽³⁶⁾.

För det andra kan en anbudsgivare enligt artikel 57.6 i direktivet bevisa sin tillförlitlighet genom att till den upphandlande myndigheten lämna sådana bevis som omnämns i den punkten, på att den har vidtagit tillräckliga efterlevnadsåtgärder (eller åtgärder för "självsanering") för att åtgärda de negativa effekterna av sitt allvarliga fel. I skäl 102 i direktivet föreskrivs följande:

"Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder."

Den upphandlande myndigheten måste utreda sådana bevis med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet, och ge en motivering när den avgör att bevisen inte är tillräckliga för att anbudsgivaren ska få fortsätta delta i förfarandet.

⁽³²⁾ Se EU-domstolens dom av den 24 oktober 2018 i mål C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, punkt 23, domen av den 19 juni 2019 i mål C-41/18, Meca srl, punkterna 28 och 31, samt domen av den 3 oktober 2019 i mål C-267/18, Delta Antrepriză, punkterna 25 till 29.

⁽³³⁾ Se domen i målet Vossloh Laeis, punkt 23, domen i målet Meca, punkterna 28, 31 och i synnerhet 34, domen i målet Delta Antrepriză, punkterna 25 och 27, beslutet i målet CNS, punkterna 34 och 35, samt Europeiska unionens domstols beslut av den 20 november 2019 i mål C-552/18, Indaco, punkt 24.

⁽³⁴⁾ Se domen i målet Delta Antrepriză, punkt 26.

⁽³⁵⁾ De svar som kommissionen fick på sitt frågeformulär från februari 2019 visar att de flesta medlemsstaterna när de införlivade 2014 års direktiv valde att låta uteslutningsskålet vara valfritt för sina upphandlande myndigheter.

⁽³⁶⁾ Se domen i målet Meca, punkt 33, och domen i målet Delta Antrepriză, punkterna 25 och 27. Domstolen kräver att sådana villkor iaktar uteslutningsskålens *utmärkande egenskaper* och *syftet med och principerna bakom* dem. Se även beslutet i målet Indaco, punkterna 23 och 25, samt Europeiska unionens domstols dom av den 30 januari 2020 i mål C-395/18, Tim, punkt 36.

För det tredje gäller proportionalitetsprincipen, som omfattar alla faser i tilldelningsförfarandet, även den fas då man bedömer potentiella fall av otillåten samverkan. Detta bekräftas av skäl 101 i direktivet, där det står följande:

”Vid tillämpning av fakultativa skäl för uteslutning bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen.”

Den upphandlande myndigheten måste också utöva proportionalitet när den bedömer de åtgärder för ”självsanering” som den berörda anbudsgivaren anför. I artikel 57.6 i direktivet föreskrivs följande:

”De åtgärder som vidtagits av den ekonomiska aktören ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga.”

Enligt proportionalitetsprincipen, när det gäller att tillämpa detta uteslutningsskäl, måste den upphandlande myndigheten göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiska aktören⁽³⁷⁾, oberoende av beslut som tagits tidigare av andra myndigheter (se avsnitt 5.4) och med respekt för aktörens rätt att anföra åtgärder för ”självsanering” (se avsnitt 5.7).

För det fjärde blir den upphandlande myndigheten ytterligare begränsad i sin skönsmässiga bedömning av om en aktör ska uteslutas från tilldelningsförfarandet, genom att beslutet behöver vara väl dokumenterat och ordentligt motiverat. Om åtgärder för ”självsanering” anförs står följande i artikel 57.6 i direktivet:

”Om åtgärderna anses vara otillräckliga ska den ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet.”

Ett ordentligt motiverat beslut skulle avsevärt minska risken för att den berörda ekonomiska aktören framgångsrikt får saken rättsligt prövad.

I allmänhet måste upphandlande myndigheter i alla faser i tilldelningsförfarandet hålla sig medvetna om att man genom att utesluta en ekonomisk aktör från förfarandet effektivt begränsar konkurrensen och valmöjligheterna för den offentliga inköparen. Det är en åtgärd som ska vidtas med försiktighet (särskilt i sektorer där det finns ett begränsat antal ekonomiska aktörer) och bara om det inte går att förvissa sig om den blivande entreprenörens redbarhet och tillförlitlighet genom andra och mindre drastiska åtgärder.

5.4 Begreppet ”tillräckligt sannolika indikationer”: omständigheter som kan betraktas som indikationer, vad som utgör ”indikationer” i motsats till ”bevis” och hur aktörer som ansöker om förmånlig behandling ska hanteras

Såsom nämns i avsnitt 5.3 anges det inte i direktiven vad som ska betraktas som ”tillräckligt sannolika indikationer” som gör det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta en ekonomisk aktör från tilldelningsförfarandet på grund av otillåten samverkan.

I allmänhet kan det därför ses som att en upphandlande myndighet, när den undersöker möjligheten att utesluta en anbudsgivare från ett pågående tilldelningsförfarande på grund av misstänkt otillåten samverkan, enligt direktivet har rätt att göra en bedömning av alla fakta som kan leda till att anbudsgivarens tillförlitlighet i egenskap av potentiell framtida entreprenör ifrågasätts. Den upphandlande myndigheten kan till exempel anse att det är en potentiell sannolik indikation om en anbudsgivare redan har ingått ett underleverantörsavtal med en annan anbudsgivare i samma förfarande eller om denne har beställt det material som behövs för att fullgöra kontraktet i fråga i god tid innan utvärderingen av anbudet slutförs. Upphandlande myndigheter bör även bedöma (med hjälp av tillgängliga analysmetoder eller på grundval av förteckningar över indikatorer på så kallade röda flaggor) följande:

- Det övergripande marknadsbeteendet hos anbudsgivare som deltar i förfarandet (t.ex. om de aldrig lämnar anbud i samma tilldelningsförfarande, endast lämnar anbud i vissa regioner eller verkar turas om att delta i tilldelningsförfaranden).
- Utformningen av anbudstexten (t.ex. samma skrivfel eller fraser i olika anbud eller kommentarer som lämnats kvar av misstag i texten och som tyder på otillåten samverkan mellan anbudsgivare).
- De priser som erbjuds i tilldelningsförfarandet (t.ex. anbudsgivare som erbjuder ett högre pris än i tidigare liknande förfaranden eller som erbjuder överdrivet höga eller låga priser).
- Administrativa uppgifter (t.ex. anbud som lämnas in av samma företagsföreträdare)⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Se beslutet i målet CNS, punkt 34.

⁽³⁸⁾ En översikt över vanliga ”röda flaggor” finns i bilagan till denna vägledning.

Upphandlande myndigheter måste på ett försiktigt och proportionerligt sätt bedöma om de indikationer på otillåten samverkan som upptäckts i ett pågående tilldelningsförfarande är tillräckligt sannolika för att man ska kunna utesluta en anbudsgivare, med beaktande av fakta och på ett sätt som undviker presumtioner. Det skulle exempelvis vara svårt att motivera att två anbudsgivare utesluts från ett tilldelningsförfarande enbart på grund av att de lämnat in sitt anbud elektroniskt med några minuters skillnad.

När det gäller vissa mer specifika frågor om vad som skulle kunna tolkas som en tillräckligt sannolik indikation vid tillämpningen av direktivet bör följande beaktas:

För det första kan direktiven, mot bakgrund av analysen i avsnitt 5.3, anses ge medlemsstaterna möjlighet att införa nationella regler eller riktlinjer om vad en upphandlande myndighet kan anse som "tillräckligt sannolika indikationer" för att det ska föreligga skäl för uteslutning. Såsom redan nämnts bör de nationella reglerna emellertid överensstämma med ordalydelsen och andan i direktivet, som endast kräver "indikatorer" på deltagande i olagliga överenskommelser som snedvrider konkurrensen i ett tilldelningsförfarande till skillnad från formella bevis, till exempel ett domstolsavgörande som bekräftar sådant deltagande. Om EU-lagstiftaren krävde bevis för att detta skäl för uteslutning skulle kunna tillämpas skulle det ha återspeglats i texten, såsom är fallet med artiklarna 26.4 b och 35.5 i direktivet. Domstolen har också bekräftat att bevisningen för en överträdelse av EU:s regler om offentlig upphandling, till exempel konkurrensbegränsande beteende "inte bara kan utgöras av direkt bevisning, utan även av indicier, under förutsättning att dessa är objektiva och samstämmiga, och under förutsättning att anknutna anbudsgivare tillåts att anföra bevisning för att vederlägga detta påstående" ⁽³⁹⁾.

I praktiken innebär det att upphandlande myndigheter inte är skyldiga att ha bevis på otillåten samverkan i ett pågående tilldelningsförfarande, eftersom det skulle strida mot direktivets ordalydelse. Nationell lagstiftning som kräver att det finns ett beslut av en konkurrensmyndighet eller ett domstolsavgörande där det bekräftas att aktören i fråga har samverkat på ett otillåtet sätt under ett pågående tilldelningsförfarande innan den upphandlande myndigheten kan förkasta ett anbud i enlighet med artikel 57.4 d kan vara oförenligt med direktivet, eftersom ett sådant beslut i själva verket utgör bevis för otillåten samverkan ⁽⁴⁰⁾. Det skulle på ett otillbörligt sätt begränsa de upphandlande myndigheternas befogenhet enligt direktivet att utesluta en anbudsgivare på grundval av tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan, i stället för bevis. En möjlig indikation på otillåten samverkan kan vara att den upphandlande myndigheten får kännedom om att en utredning som inletts av konkurrensmyndigheten eller om att aktörens ledning har bötfällts för misstänkt otillåten samverkan, antingen i det pågående tilldelningsförfarandet eller i andra tilldelningsförfaranden.

För det andra har den upphandlande myndigheten, när den bedömer en anbudsgivares redbarhet eller tillförlitlighet i den mening som avses i artikel 57.4 d i direktivet, rätt att beakta alla omständigheter som tyder på att anbudsgivaren har agerat på ett konkurrensbegränsande sätt, oavsett om det rör sig om det pågående tilldelningsförfarandet eller ett annat, tidigare eller pågående, förfarande. I artikel 57.4 d i direktivet anges inte huruvida de omständigheter som ger upphov till tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan måste avse det pågående tilldelningsförfarandet eller om de kan avse andra (tidigare eller pågående) förfaranden, förfaranden inom en annan ekonomisk sektor eller upphandlingsförfaranden i den privata sektorn. Tvärtom bekräftas det uttryckligen i artikel 57.5 andra stycket i direktivet att den upphandlande myndigheten får beakta "handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet". En upphandlande myndighet kan således, när den bedömer en anbudsgivares tillförlitlighet inom ramen för det pågående förfarandet, beakta ett tidigare beslut av en annan upphandlande myndighet om att utesluta en aktör från ett tilldelningsförfarande, ett beslut av en konkurrensmyndighet eller ett avgörande från en nationell domstol, enligt vilket aktören eller en medlem i dess ledning eller personal har befunnits skyldig till otillåten samverkan i samband med tidigare tilldelningsförfaranden ⁽⁴¹⁾. En aktörs inblandning i ett tidigare fall av otillåten samverkan utgör emellertid inte i sig ett skäl för att utesluta aktören i ett pågående tilldelningsförfarande, eftersom andra myndigheters beslut i tidigare ärenden, i enlighet med domstolens rättspraxis ⁽⁴²⁾, inte påverkar den upphandlande myndighetens bedömning. Detsamma gäller om en anbudsgivare i ett tidigare ärende misstänktes för otillåten samverkan, men misstankarna avfärdades eller anbudsgivaren

⁽³⁹⁾ Se domstolens dom av den 17 maj 2018 i målet C-531/16, Ecoservice projektai, punkt 37.

⁽⁴⁰⁾ I sin nyligen avkunnade dom av den 11 juni 2020 i målet C-472/19, Vert Marine, underströk domstolen även att de genomförandebestämmelser som medlemsstaterna inför ska vara förenliga med tidsfristerna i tilldelningsförfaranden, för att direktivets bestämmelser inte ska förlora sitt innehåll (se punkterna 36 och 38 i domen).

⁽⁴¹⁾ Trots att de upphandlande myndigheterna inte är bundna av beslut som fattats i utlandet, kan de även beakta fall där den ekonomiska aktören varit inblandad i otillåten samverkan i ett annat land.

⁽⁴²⁾ Se domen i målet Delta Antrepriza, punkt 27, och beslutet i målet CNS, punkt 34.

trots detta stannade kvar i tilldelningsförfarandet. Den upphandlande myndigheten är inte bunden av något sådant tidigare beslut när den genomför sitt tilldelningsförfarande ⁽⁴³⁾. Den har emellertid rätt att överväga att utesluta en anbudsgivare från tilldelningsförfarandet om dennes tidigare beteende ger upphov till trovärdiga och motiverade tvivel hos den upphandlande myndigheten om anbudsgivarens redbarhet och tillförlitlighet i det pågående tilldelningsförfarandet.

Såsom nämns i avsnitt 5.3 måste den upphandlande myndigheten motivera hur den har kommit fram till sitt slutliga beslut om att utesluta den berörda aktören från tilldelningsförfarandet, och särskilt hur specifika omständigheter bedömdes utgöra tillräckligt sannolika indikationer på otillåten samverkan för att ge anledning att ifrågasätta anbudsgivarens tillförlitlighet i det pågående tilldelningsförfarandet. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en väl underbyggd bedömning ska en ekonomisk aktör på begäran informera den upphandlande myndigheten om eventuella tidigare beslut från en konkurrensmyndighet eller domstol där det fastställs att aktören har ägnat sig åt otillåten samverkan. Denna information efterfrågas genom det frågeformulär som ingår i det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet eller liknande nationella formulär, som aktörer vanligtvis måste lämna in tillsammans med sitt anbud ⁽⁴⁴⁾. Om en ekonomisk aktör undanhåller den upphandlande myndigheten den information som krävs för att kontrollera att det inte föreligger något skäl för uteslutning, har myndigheten enligt artikel 57.4 h i direktivet rätt att utesluta aktören från tilldelningsförfarandet.

För det tredje finns det fall där ekonomiska aktörer som har erkänt att de tidigare har ägnat sig åt otillåten samverkan och har samarbetat med en konkurrensmyndighet, antingen som en aktör som ansökt om förmånlig behandling eller immunitet och/eller inom ramen för ett förlikningsförfarande. Frågan uppkommer då huruvida det i nationell rätt kan föreskrivas att ett sådant tidigare samarbete automatiskt berövar de upphandlande myndigheterna möjligheten att betrakta den tidigare otillåtna samverkan som en tillräckligt sannolik indikation på otillåten samverkan för att utesluta anbudsgivaren från tilldelningsförfaranden som genomförs efter det att konkurrensmyndigheten har offentliggjort sitt beslut.

Innan denna fråga kan besvaras bör det noteras att följande gäller i de flesta jurisdiktioner:

- Ett beslut om förmånlig behandling eller förlikning förutsätter att den berörda aktören medger sitt deltagande i en olaglig överenskommelse om otillåten samverkan.
- Det kan vara så att en aktör som utreddes för otillåten samverkan och slutligen valde att hantera ärendet genom förlikning, inledningsvis vägrade att samarbeta med konkurrensmyndigheten och undergrävde eller hindrade utredningen. Det är motsatsen till vad som förväntas av aktören enligt artikel 57.6 i direktivet för att denna åter ska betraktas som en tillförlitlig framtida entreprenör.
- Slutligen krävs det vid förlikning i dessa ärenden inget åtagande från aktörens sida om att undvika liknande praxis i framtiden eller att vidta särskilda åtgärder. Aktören åtar sig inte, eller garanterar inte, att den kommer att vidta särskilda åtgärder (åtgärder för "självsanering") för att återställa sin tillförlitlighet och redbarhet i den mening som avses i direktivet. Konkurrenslagstiftning föreskriver i allmänhet inte att en aktör ska uteslutas från framtida offentliga tilldelningsförfaranden som en påföljd för sitt konkurrensbegränsande beteende.

Mot bakgrund av ovanstående bör man göra en åtskillnad mellan två situationer: å ena sidan, ett eller flera tilldelningsförfaranden som varit föremål för en utredning och ett beslut av den nationella konkurrensmyndigheten och som omfattade en ansökan om förmånlig behandling eller förlikning, å andra sidan andra tilldelningsförfaranden som genomförs efter det att ovannämnda beslut har offentliggjorts.

- I det första fallet bör det i allmänhet stå medlemsstaterna fritt att besluta att helt eller delvis undanta personer som ansökt om förmånlig behandling, immunitet eller förlikning från alla påföljder i samband med det eller de tilldelningsförfaranden som omfattas av den ansökan, och där otillåten samverkan mellan de berörda aktörerna har konstaterats och lett till påföljder genom ett beslut av den nationella konkurrensmyndigheten ⁽⁴⁵⁾. Det skulle kunna garantera att de

⁽⁴³⁾ Såvida det inte föreligger ett beslut om att utesluta aktören från alla tilldelningsförfaranden under en viss period (se avsnitt 5.9).

⁽⁴⁴⁾ Se domen i målet Delta Antrepriza, punkt 36.

⁽⁴⁵⁾ I direktiv (EU) 2019/1 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad fastställs det i artikel 23.1 att medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att nuvarande och tidigare ledare, direktörer och andra medarbetare i företag som ansöker om befrielse från sanktionsavgifter hos konkurrensmyndigheter skyddas helt från sanktioner som åläggs i administrativa förfaranden och icke-straffrättsliga rättsliga förfaranden, i samband med deras deltagande i den kartell som ansökan om befrielse från sanktionsavgifter avser, för överträdelse av nationell rätt som i huvudsak har samma syfte som artikel 101 i EUF-fördraget. I skäl 64 bekräfts att denna bestämmelse även omfattar nationell rätt om uppgjorda anbud. I kommissionens tillkännagivande från 2006 om immunitet mot böter begränsas också immuniteten till "böter som annars skulle ha ålagts ett företag som meddelar sitt deltagande i en misstänkt kartell".

system för förmånlig behandling eller förlikning som införts av medlemsstaterna fungerar effektivt, eftersom det skulle kunna skapa ett mycket starkt incitament för aktörer att träda fram och avslöja fall av otillåten samverkan om den aktör som medger att den deltar i otillåten samverkan undantas från de allvarliga konsekvenser som föreskrivs i nationell lagstiftning.

Ovanstående bör också vara möjligt när ett tilldelningsförfarande som påverkas av den överenskommelse om otillåten samverkan för vilken den nationella konkurrensmyndigheten beslutade om påföljder fortfarande pågår när konkurrensmyndigheten offentliggör sitt beslut. Utan hinder av de upphandlande myndigheternas befogenheter enligt artikel 57.4 d i direktivet kan det hävdas att en ekonomisk aktör som har erkänt sitt deltagande i otillåten samverkan, samarbetat med konkurrensmyndigheten, betalat de böter som ålagts och vidtagit lämpliga åtgärder för att återställa sin tillförlitlighet kan anses uppfylla villkoren för "självsanering" i enlighet med artikel 57.6 i direktivet. Följaktligen skulle det kunna anses oproportionerligt om en upphandlande myndighet utesluter den aktören från ett pågående tilldelningsförfarande för vilket aktörens åtgärder för "självsanering" delvis redan återspeglades i den nationella konkurrensmyndighetens respektive beslut.

- I det andra fallet finns det emellertid ingenting i direktivet som kan tolkas som att medlemsstaterna får införa en obligatorisk, allmän och obegränsad presumtion om tillförlitlighet för sådana aktörer och/eller ålägga upphandlande myndigheter att automatiskt godta deras deltagande i tilldelningsförfaranden som genomförs eller avslutas efter det att ett beslut av den nationella konkurrensmyndigheten har offentliggjorts. Det skulle i praktiken strida mot de upphandlande myndigheternas särskilda utrymme för fri bedömning (som föreskrivs i direktivet och som konsekvent bekräftats av domstolen, vilket diskuterats ovan) när det gäller att försäkra om att anbudsgivaren är tillförlitlig, bland annat genom att eventuellt begära bevis på de åtgärder för "självsanering" som föreskrivs i artikel 57.6 och bedöma om de åtgärder som föreslagits av aktören ska anses tillräckliga för att anbudsgivaren ska få stanna kvar i tilldelningsförfarandet ⁽⁴⁶⁾. Såsom domstolen också betonade ⁽⁴⁷⁾ kan en sådan garanti för deltagande i framtida tilldelningsförfaranden till och med anses strida direkt mot bestämmelsen om "självsanering" i artikel 57.6 (eller t.o.m. göra den verkningslös), eftersom en ekonomisk aktör med garanterad tillgång till framtida tilldelningsförfaranden inte skulle ha något som helst incitament att vidta åtgärder för att återställa sin tillförlitlighet.

En upphandlande myndighets rätt att bedöma risken för otillåten samverkan när en anbudsgivare som tidigare har ansökt om förmånlig behandling eller gjort en förlikning i ett fall av otillåten samverkan deltar i ett pågående tilldelningsförfarande, balanseras väl mot skyldigheten att på ett proportionerligt sätt bedöma de bevis som aktören får lägga fram enligt artikel 57.6 rörande de åtgärder som den vidtagit för att återställa sin tillförlitlighet. Om den upphandlande myndigheten beslutar sig för att utesluta anbudsgivaren, trots de åtgärder för "självsanering" som den fått kännedom om, ska den upphandlande myndigheten motivera varför dessa åtgärder ansågs otillräckliga för att anbudsgivaren skulle få stanna kvar i tilldelningsförfarandet.

5.5 Närstående företag som deltar i samma tilldelningsförfarande: rätten för aktörer som kan misstänkas för otillåten samverkan att bevisa sitt oberoende när de lämnar anbud

Upphandlande myndigheter tar ofta upp frågan om hur de ska hantera en situation då de inom ramen för ett och samma tilldelningsförfarande mottar separata anbud från ekonomiska aktörer som på något sätt är närstående (t.ex. företag som ingår i samma koncern, företag som är dotterbolag respektive moderbolag till varandra, företag som delar styrelsemedlemmar eller juridiska ombud eller företaget som innehar aktier i samma tredje bolag). En upphandlande myndighet misstänker kanske att anbud som lämnas av närstående anbudsgivare kan ha samordnats (dvs. att de varken är självständiga eller oberoende), vilket äventyrar respekten för principerna om öppenhet och likabehandling av anbudsgivare ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Se domen i målet Vossloh-Laeis, punkt 32.

⁽⁴⁷⁾ Se beslutet i målet Indaco, punkt 27.

⁽⁴⁸⁾ Se domen i målet Ecoservice projektai, punkt 29. Så kan vara fallet, särskilt när det finns indikationer på att det ena företaget har privilegierad tillgång till den metod som används för att utarbeta det andra företagens anbud eller på att det förekommer någon form av samordning när de utarbetar sina anbud eller väljer prissättningsstrategi.

Enligt domstolens rättspraxis ⁽⁴⁹⁾ ska den upphandlande myndigheten undvika att göra generella presumtioner som skulle kunna leda till att sådana anbud automatiskt förkastas ⁽⁵⁰⁾. I stället bör den ge de berörda aktörerna en möjlighet att, på det sätt de själva väljer, visa att deras anbud verkligen är oberoende och inte äventyrar öppenheten eller snedvrider konkurrensen i tilldelningsförfarandet ⁽⁵¹⁾. Det kan exempelvis röra sig om fakta som styrker att respektive anbud har utarbetats självständigt, att olika personer deltog i utarbetandet av anbuden osv.

Den upphandlande myndigheten har rätt att bedöma huruvida sådana förklaringar ger tillräckliga bevis för att aktörernas nära förhållande inte har påverkat deras beteende i tilldelningsförfarandet eller innehållet i respektive anbud i den mening som avses i artikel 57.4 d i direktivet samt att besluta huruvida de berörda aktörerna ska tillåtas delta i förfarandet.

5.6 Gemensamma anbud och anlitande av underleverantörer: en noggrann men balanserad bedömning från den upphandlande myndighetens sida

I vissa fall fattar den upphandlande myndigheten misstanke mot gemensamma anbud, särskilt om medlemmarna i den företagsgrupp som lämnar ett gemensamt anbud enkelt hade kunnat lämna ett eget anbud (eller t.o.m. förväntades göra det). Ett antal medlemsstater har vidtagit särskilda åtgärder på detta område och ger råd till ekonomiska aktörer om hur de kan lämna gemensamma anbud utan att anklagas för potentiellt konkurrensbegränsande beteende ⁽⁵²⁾.

Den upphandlande myndigheten har enligt direktivet ett tillräckligt utrymme för bedömning för att avgöra om ett gemensamt anbud äventyrar det korrekta genomförandet av tilldelningsförfarandet, och särskilt om det finns indikationer på otillåten samverkan som skulle kunna ge anledning till utslutning i enlighet med artikel 57.4 d i direktivet. När den upphandlande myndigheten behandlar sådana frågor måste den dock göra en avvägning mellan att undvika risker för konkurrensen som kan uppkomma genom gemensamma anbud ⁽⁵³⁾ och att respektera aktörers rätt att lämna gemensamma anbud (som bekräftas i artiklarna 2.1.10, 19.2 och 63.1 i direktivet). Man bör komma ihåg att företag ofta betraktar strategiska partnerskap eller samarbete som en central aspekt av sin tillväxtstrategi. Ekonomiska aktörer har rätt att göra legitima affärsval när det gäller den verksamhet de kommer att bedriva, och de upphandlande myndigheterna bör inte begränsa denna rätt i sig utan i stället bedöma riskerna för otillåten samverkan från fall till fall.

Ett liknande tillvägagångssätt krävs när det gäller anlitande av underleverantörer: den upphandlande myndigheten bör noggrant bedöma fall där en föreslagen underleverantör enkelt kunde ha deltagit i tilldelningsförfarandet och fullgjort kontraktet på egen hand. När två anbudsgivare anger varandra som underleverantör kan den upphandlande myndigheten också se detta som en potentiell indikation på otillåten samverkan som behöver bedömas enligt artikel 57 i direktivet, detta eftersom parterna ofta känner till varandras ekonomiska anbud i samband med sådana underleverantörsavtal, varför det kan ifrågasättas om parterna agerar på ett oberoende sätt när de utformar sina egna anbud. Trots att underleverantörsavtal såsom de som nämns ovan kan betraktas som en "röd flagga" som tyder på potentiell otillåten samverkan, bör de upphandlande myndigheterna undvika generella presumtioner om att det faktum att den utvalda anbudsgivaren anlitar en annan anbudsgivare i samma förfarande som underleverantör utgör otillåten samverkan mellan de berörda ekonomiska aktörerna utan att ge dessa aktörer möjlighet att framföra argument för att bevisa motsatsen ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Se domstolens dom av den 16 december 2008 i målet C-213/07, *Michaniki*, punkterna 42, 43 och 62, domen av den 19 maj 2009 i målet C-538/07, *Assitur*, punkterna 30 och 32, domen av den 8 februari 2018 i målet C-144/17, *Lloyd's of London*, punkterna 35, 36 och 38 samt domen i målet *Ecoservice* projektai, punkt 38.

⁽⁵⁰⁾ Särskilt mot bakgrund av domstolens erkännande att närstående aktörers företagsstrukturer kan omfatta arrangemang som garanterar oberoende och sekretess vid utarbetandet av anbud för samma förfarande (se domen i målet *Lloyd's of London*, punkt 37, och domen i målet *Assitur*, punkt 31).

⁽⁵¹⁾ Se domen i målet *Lloyd's of London*, punkt 36, och domen i målet *Assitur*, punkt 30.

⁽⁵²⁾ I enlighet med de riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal som antogs av kommissionen i januari 2011 (se [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=SV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=SV)).

⁽⁵³⁾ En allmänt öppen marknad och ett stort antal anbud som mottagits i ett visst tilldelningsförfarande kan anses begränsa risken för att ett gemensamt anbud skulle kunna begränsa konkurrensen.

⁽⁵⁴⁾ Se domstolens dom av den 22 oktober 2015 i målet C-425/14, *Impresa Edilux*, punkt 39.

5.7 Åtgärder för "självsanering" för ekonomiska aktörer i den mening som avses i artikel 57.6 i direktivet: aktörernas rätt att bevisa sin tillförlitlighet och de upphandlande myndigheternas behov av att göra en proportionerlig bedömning av de argument som framförs

Såsom nämns i avsnitt 5.3 ger artikel 57.6 i direktivet ekonomiska aktörer som befinner sig i en situation som motiverar deras uteslutning rätt att bevisa sin tillförlitlighet trots att det finns skäl för uteslutning ⁽⁵⁵⁾.

I artikel 57.6 anges de åtgärder för så kallad självsanering som ekonomiska aktörer kan göra den upphandlande myndigheten uppmärksam på i detta syfte. I skäl 102 i direktivet ges exempel på dessa åtgärder, särskilt personella och organisatoriska åtgärder som att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga uppträdandet, lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler.

I samma skäl hänvisas till möjligheten för medlemsstaterna att, enligt artikel 57.7 i direktivet, "avgöra närmare formella och materiella villkor som är tillämpliga i sådana fall". Det inbegriper möjligheten att på nationell nivå tillhandahålla detaljerade kriterier eller riktlinjer för hur de upphandlande myndigheterna ska tillämpa bestämmelserna om "självsanering" i praktiken. Såsom diskuteras i avsnitt 5.3 bör dock sådana nationella bestämmelser som införs enligt artikel 57.7 i direktivet vara förenliga med tillämpningsområdet och resonemanget i respektive bestämmelser i direktivet, utan att man ifrågasätter aktörens rätt att lägga fram argument om "självsanering" eller den upphandlande myndighetens utrymme att fritt bedöma dem ⁽⁵⁶⁾. Medlemsstaterna får också välja att överlåta bedömningen av åtgärderna för "självsanering" till andra myndigheter än den upphandlande myndigheten, antingen på central eller på decentraliserad nivå. I sådana fall måste de dock se till att villkoren och målen för "självsaneringssystemet" uppfylls, särskilt när det gäller att genomföra en korrekt och snabb utvärdering av de åtgärder för "självsanering" för vilka aktören har lagt fram bevis ⁽⁵⁷⁾.

De exakta uppgifter eller bevis som den ekonomiska aktören kan lämna in för bedömning till den upphandlande myndigheten varierar från fall till fall. Mot bakgrund av proportionalitetsprincipen bör det vara möjligt att kräva att aktören ska visa att han har vidtagit de åtgärder enligt artikel 57.6 andra stycket som är tillämpliga i det enskilda fallet. Exempelvis måste aktören bevisa att han har betalat eller åtagit sig att betala skadestånd för sitt olagliga beteende endast om det finns en fordran mot honom. Det kan dessutom finnas fall där åtgärder som endast avser personal kan vara tillräckliga för att övertyga den upphandlande myndigheten om aktörens tillförlitlighet, utan att det krävs andra tekniska eller organisatoriska åtgärder.

Enligt direktivet ska upphandlande myndigheter bedöma de argument som framförts av den berörda ekonomiska aktören innan de beslutar om de ska utesluta denne från förfarandet. Det gäller även när de anser att de har bevis för att aktören har ägnat sig åt otillåten samverkan. Såsom domstolen har bekräftat ⁽⁵⁸⁾ anges det inte i direktivet huruvida anbudsgivaren ska lämna förklaringar eller bevis om åtgärder för "självsanering" på eget initiativ eller på begäran av den upphandlande myndigheten. I avsaknad av en uttrycklig bestämmelse och mot bakgrund av artikel 57.7, såsom nämnts ovan, är det upp till medlemsstaterna att avgöra om upphandlande myndigheter bör be aktörerna att lämna dessa förklaringar innan de fattar ett beslut, eller om det ska lämnas åt aktören att göra detta på eget initiativ. Om det i nationell lagstiftning föreskrivs att en anbudsgivare självmant ska lämna in bevis för åtgärder för "självsanering" senast tillsammans med sitt anbud, måste den upphandlande myndigheten informera anbudsgivarna om detta krav på ett klart och precist sätt när förfarandet inleds ⁽⁵⁹⁾. Mot bakgrund av domstolens rättspraxis ⁽⁶⁰⁾ är det under alla omständigheter lämpligt att upphandlande myndigheter i sina upphandlingsdokument klart och tydligt anger vilka uppgifter som de ekonomiska aktörerna måste inkludera i sina anbud, inbegripet uppgifter om kopplingar till eller överenskommelser med andra anbudsgivare och eventuella åtgärder för "självsanering" som har vidtagits till följd av en tidigare överträdelse av konkurrensreglerna. Ett krav på att informera om sådana överenskommelser och om eventuella åtgärder för "självsanering" ingår redan i det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet eller liknande nationella formulär, som aktören i allmänhet är skyldig att lämna in tillsammans med sitt anbud.

⁽⁵⁵⁾ I sin dom i målet *Vert Marine* (punkt 17) och i sin dom av den 14 januari 2021 i målet C-387/19, *RTS*, punkterna 26 och 48, bekräftade domstolen att medlemsstaterna måste garantera denna rätt när de införlivar direktiven.

⁽⁵⁶⁾ Se domen i målet *Vert Marine*, punkt 24.

⁽⁵⁷⁾ Se domen i målet *Vert Marine*, punkterna 28, 33, 35 och 36.

⁽⁵⁸⁾ Se domen i målet *RTS*, punkt 33.

⁽⁵⁹⁾ Se domen i målet *RTS*, punkterna 36 och 42.

⁽⁶⁰⁾ Se domen i målet *Ecoservice projektai*, punkterna 23 och 25.

Artikel 57.6 i direktivet ger inte bara en ekonomisk aktör rätt att lägga fram bevis som kan göra det möjligt för denne att stanna kvar i tilldelningsförfarandet. Denna artikel ger också den upphandlande myndigheten möjlighet att inte utesluta en aktör som i tillräcklig utsträckning har bemött farhågorna om sitt tidigare beteende i tilldelningsförfaranden. Den enda begränsningen av aktörens rätt att lämna bevis om åtgärder för "självsanering" är att detta inte gäller så länge aktören fortfarande är utesluten från tilldelningsförfaranden under en viss tidsperiod som har fastställts genom en lagakraftvunnen dom i den medlemsstat där denna dom är giltig (se avsnitt 5.9) ⁽⁶¹⁾. Följaktligen hindrar denna bestämmelse inte en upphandlande myndighet från att behålla en ekonomisk aktör i förfaranden, när denne under förfarandets gång erkänt olagliga överenskommelser med andra anbudsgivare, aktivt samarbetat med den upphandlande myndigheten för att klargöra situationen och vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att förhindra ytterligare felaktigt beteende.

Under ett tilldelningsförfarande bedömer den upphandlande myndigheten alla åtgärder för "självsanering" som meddelas av en aktör som tidigare har befunnits samverka på ett otillåtet sätt med andra aktörer, och myndigheten ska då ta hänsyn till alla bevis som aktören lagt fram ⁽⁶²⁾. Såsom nämns i avsnitt 5.3 ska den upphandlande myndigheten bedöma de bevis som aktören lagt fram på ett proportionerligt sätt, dvs. med beaktande av allvaret och de särskilda omständigheterna i ärendet ⁽⁶³⁾ samt de specifika åtgärder som aktören vidtagit för att återställa sin tillförlitlighet ⁽⁶⁴⁾.

Detta gäller även aktörer som varit inblandade i tidigare fall av otillåten samverkan och som deltagit i ett program för förmånlig behandling eller immunitet och/eller förlikning (se avsnitt 5.4). Med tanke på hur viktiga program för förmånlig behandling är för att motverka karteller och behovet av att erbjuda dem som ansöker om förmånlig behandling rättssäkerhet och insyn när det gäller villkoren för förmånlig behandling, bör medlemsstaterna uppmuntra upphandlande myndigheter att säkerställa en proportionerlig behandling av sådana aktörer när de bedömer de ändamålsenliga åtgärder för "självsanering" som de vidtagit för att garantera sin tillförlitlighet och redbarhet. Domstolen har redan slagit fast att "[a]nbudsgivarens överlämnande till den upphandlande myndigheten av det beslut i vilket det konstateras att den förstnämnde överträtt konkurrensreglerna, men att förmånlig behandling har beviljats anbudsgivaren därför att denne samarbetat med konkurrensmyndigheten, bör vara tillräckligt för att visa för den upphandlande myndigheten att nämnde aktör har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med konkurrensmyndigheten" i enlighet med artikel 57.6 i direktivet ⁽⁶⁵⁾.

Om den upphandlande myndigheten kommer fram till att de åtgärder för vilka den ekonomiska aktören har lämnat bevis inte är tillräckliga för att styrka dennes redbarhet, ska myndigheten ange skälen till sitt beslut.

Ett nära samarbete mellan den upphandlande myndigheten och andra myndigheter, såsom konkurrensmyndigheten, myndigheter med ansvar för nationella företagsregister osv., gör det lättare att bedöma åtgärder för "självsanering". Dessa myndigheter kan, beroende på omständigheterna i varje enskilt fall, ge värdefulla råd om effekterna av dessa åtgärder och den information (med vederbörlig hänsyn till EU:s ⁽⁶⁶⁾ och landets nationella dataskyddslagstiftning) som krävs för att den upphandlande myndigheten ska kunna bedöma om aktören till exempel har samarbetat med konkurrensmyndigheten i ett tidigare ärende på ett tillräckligt och aktivt sätt, om de personer som tidigare varit inblandade i otillåten samverkan har ersatts eller om de böter eller skadestånd som ålagts har betalats på ett korrekt sätt. För att tilldelningsförfarandena ska kunna slutföras inom rimlig tid bör myndigheterna sträva efter att snabbt genomföra ett sådant samarbete, med bästa möjliga utnyttjande av tillgängliga resurser.

5.8 Vikten av att upphandlande myndigheter informerar och/eller söker bistånd från konkurrensmyndigheten eller andra berörda centrala myndigheter

Direktiven kräver inte att den upphandlande myndigheten ska rådfråga den nationella centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheten innan den beslutar sig för att utesluta en ekonomisk aktör från ett tilldelningsförfarande. Det är emellertid i allmänhet tillrådligt för upphandlande myndigheter att använda sig av allt tillgängligt bistånd så snart de upptäcker ett misstänkt anbud. Expertrådgivning från dessa myndigheter kan underlätta den övergripande bedömningen av ärendet och hjälpa den upphandlande myndigheten att korrekt motivera de val som gjorts, vilket på ett väsentligt sätt kan minska risken för att en överklagan av det slutliga beslutet ska gillas. Särskilt för mindre upphandlande myndigheter med begränsade resurser kan bistånd från centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheter visa sig vara nödvändigt

⁽⁶¹⁾ Såsom domstolen nyligen klargjorde har den ekonomiska aktören rätt att lägga fram bevis på åtgärder för "självsanering" för att visa sin tillförlitlighet så länge som uteslutningen under en viss period inte har bekräftats genom en lagakraftvunnen dom (se domen i målet *Vert Marine*, punkt 18).

⁽⁶²⁾ Se domen i målet *Vossloh Laeis*, punkt 23.

⁽⁶³⁾ Se bl.a. domen i målet *Tim*, punkt 50.

⁽⁶⁴⁾ Exempelvis särskilda åtgärder som har vidtagits för att ersätta personer som varit inblandade i otillåten samverkan eller, om detta inte har gjorts vid tidpunkten för tilldelningsförfarandet, åtgärder som har vidtagits för att se till att dessa personer inte kan göra så att aktören deltar i ytterligare olagligt konkurrensbegränsande beteende. Se domen i målet *Delta Antrepriza*, punkt 37.

⁽⁶⁵⁾ Se domen i målet *Vossloh Laeis*, punkt 31.

⁽⁶⁶⁾ Se fotnot 18.

för att hantera fall av otillåten samverkan, särskilt när detta bistånd ges i form av råd om indikationer som den upphandlande myndigheten upptäckt eller i form av hjälp med att bedöma de åtgärder för "självsanering" för vilka anbudsgivare har lämnat bevis. När det gäller det sistnämnda anges det uttryckligen i skäl 102 i direktivet att medlemsstaterna kan anförtro en annan myndighet att bedöma de bevis på åtgärder för "självsanering" som en anbudsgivare som misstänks för otillåten samverkan har lämnat för att visa sin tillförlitlighet. Såsom nämns i avsnitten 5.3 och 5.4 bör det faktum att nationella centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheter deltar i bedömningen av ett fall av eventuell otillåten samverkan inte påverka den upphandlande myndighetens befogenhet att fatta ett slutgiltigt beslut om att utesluta en anbudsgivare från ett tilldelningsförfarande.

Ett smidigt och effektivt samarbete mellan en upphandlande myndighet som genomför ett tilldelningsförfarande och de nationella centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheterna för att hantera ett misstänkt fall av otillåten samverkan kräver att båda sidor erkänner vikten av att ta itu med problemet, utnyttjar alla tillgängliga resurser och utbyter information i god tid. Redan innan tilldelningsförfarandet inleds bör de upphandlande myndigheterna ha kontaktpunkter hos den centrala nationella upphandlingsmyndigheten och/eller konkurrensmyndigheten som de kan vända sig till direkt om de fattar misstankar under förfarandet. De centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheterna bör sträva efter att så snart som möjligt besvara förfrågningar om hjälp och råd från en upphandlande myndighet. De båda sidorna bör vara beredda att vid behov dela med sig av alla upplysningar som kan vara avgörande för att upptäcka och bedöma fall av otillåten samverkan⁽⁶⁷⁾. Även om de upphandlande myndigheterna inte samråder med sina centrala upphandlings- eller konkurrensmyndigheter rekommenderas det starkt att de underrättar dessa myndigheter om misstänkta fall av otillåten samverkan som har utretts liksom om alla slutliga beslut som fattats om att utesluta ekonomiska aktörer från tilldelningsförfaranden.

Sist men inte minst bör alla kontakter mellan den upphandlande myndigheten och andra myndigheter, under perioden mellan det att ett misstänkt fall av otillåten samverkan upptäcks och (om så är möjligt enligt nationell lagstiftning) den ekonomiska aktören ombeds lämna förtydliganden, vara belagda med strikt sekretess och inte avslöjas för den misstänkta anbudsgivaren eller för andra deltagare i tilldelningsförfarandet. Annars finns en betydande risk för att otillåtet samverkande anbudsgivare olagligen bortskaffar bevis för sin överenskommelse så snart de får kännedom om de åtgärder som vidtagits mot dem, vilket berövar de verkställande myndigheterna värdefull bevisning i en framtida utredning.

5.9 Fastställande av villkoren för att utesluta en ekonomisk aktör enligt artikel 57.7 i direktivet

Såsom redan nämnts⁽⁶⁸⁾ ger artikel 57.7 i direktivet medlemsstaterna möjlighet att fastställa villkor för tillämpning av denna artikel. Dessa villkor kan omfatta fastställande av den längsta period under vilken en ekonomisk aktör inte får delta i något förfarande för offentlig upphandling, kriterier eller exempel på vad som kan anses utgöra en omständighet som motiverar en sådan uteslutning och det nationella organ som ska vara behörigt att tillämpa en sådan uteslutning (vilket bekräftas i skäl 102 i direktivet). I artikel 57.7 föreskrivs att om perioden för uteslutning från tilldelningsförfaranden inte har fastställts genom lagakraftvunnen dom får den inte överstiga tre år från dagen för den relevanta händelsen i de fall som avses i artikel 57.4. I nyligen fastställd rättspraxis⁽⁶⁹⁾ klargjorde domstolen att "dagen för relevant händelse" för att fastställa utgångspunkten för beräkningen av uteslutningsperioden ska beräknas från den dag då den ekonomiska aktörens olagliga beteende blev föremål för ett beslut av en behörig myndighet, utan hänsyn till när de händelser som gav upphov till domen ägde rum.

Direktivet hindrar inte medlemsstaterna från att ange att en uteslutning under en viss period, enligt villkoren i artikel 57.7, får tillämpas av en upphandlande myndighet för dess egna framtida tilldelningsförfaranden, eller av ett annat organ (såsom den nationella konkurrensmyndigheten, den centrala upphandlingsmyndigheten eller ett särskilt organ som inrättats för detta ändamål) med ett mer allmänt tillämpningsområde.

Enligt artikel 57.7 gäller den längsta tillåtna uteslutningsperioden på tre år endast om uteslutningsperioden inte har fastställts tidigare genom en lagakraftvunnen dom. Det hindrar inte att den nationella lagstiftningen tillåter rättsliga myndigheter att överväga att tillämpa en ännu längre uteslutningsperiod i en lagakraftvunnen dom i ett fall av otillåten samverkan, beroende på dess allvar.

⁽⁶⁷⁾ Med förbehåll för de villkor som anges i EU-rätten och i nationell rätt (särskilt artikel 31 i direktiv (EU) 2019/1).

⁽⁶⁸⁾ Se avsnitten 5.1 och 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Se domen i målet *Vossloh Laeis*, punkterna 37, 38 och 41.

Om en ekonomisk aktör som har uteslutits från tilldelningsförfaranden under en viss period enligt artikel 57.7 i direktivet lämnar ett anbud under uteslutningsperioden ska den upphandlande myndigheten, utan att det behövs någon ytterligare bedömning, automatiskt förkasta anbudet. När uteslutningsperioden för en ekonomisk aktör har löpt ut får en upphandlande myndighet fortfarande besluta att utesluta aktören från ett tilldelningsförfarande, dock endast om villkoren för tillämpning av artikel 57.4 d är uppfyllda.

Slutligen avser beslut om uteslutning på grund av otillåten samverkan endast den ekonomiska aktör som befinns ha ägnat sig åt otillåten samverkan – inte andra ekonomiska aktörer som på något sätt är närstående denna aktör (såsom moderbolag, andra bolag som tillhör samma koncern eller dotterbolag till de uteslutna bolagen) och som inte deltog i tilldelningsförfarandena i fråga. Det påverkar naturligtvis inte en upphandlande myndighets rätt att från ett tilldelningsförfarande utesluta ekonomiska aktörer som befinner sig i någon av de situationer som motiverar uteslutning enligt direktiven.

BILAGA

Metoder och tips för att effektivt motverka otillåten samverkan vid offentlig upphandling**1. Inledning**

Alla ansträngningar för att säkerställa verklig konkurrens och bästa valuta för pengarna vid offentliga inköp förutsätter att alla som på något sätt deltar i upphandlingar – och särskilt de upphandlingsansvariga – är fullt medvetna om ett mycket enkelt faktum: oavsett hur väl ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt anordnas och genomförs kommer det inte att leda till bästa möjliga resultat för den offentliga upphandlaren om anbudsgivarna i förväg har kommit överens om vem bland dem som ska tilldelas kontraktet. Otillåten samverkan mellan anbudsgivare innebär att medborgarna inte får bästa möjliga produkt eller tjänst till bästa möjliga pris, till men för allmänintresset.

Den upphandlingsansvarige, dvs. den person som leder tilldelningsförfarandet, spelar en central roll när det gäller att minimera risken för otillåten samverkan vid offentlig upphandling och ta itu med otillåten samverkan när sådan förekommer. Det är den person som har störst möjlighet att begränsa risken när förfarandet förbereds, upptäcka otillåten samverkan vid bedömningen av anbuden och använda de verktyg som tillhandahålls i EU-lagstiftningen och nationell lagstiftning för att aktivt hantera problemet och säkerställa att tilldelningsförfarandet är konkurrenskraftigt och rättvist. Den upphandlingsansvarige arbetar redan ofta under besvärliga förhållanden och med snäva tidsfrister och ombes dessutom att ta detta ytterligare steg, och göra denna ytterligare ansträngning, för att se till att offentliga medel används på rätt sätt.

För att hjälpa upphandlingsansvariga med denna uppgift har kommissionen sammanställt en kortfattad uppsättning av råd om hur man kan

- utforma tilldelningsförfaranden på ett sätt som avskräcker från otillåten samverkan (avsnitt 2 i bilagan),
- upptäcka potentiell otillåten samverkan vid utvärderingen av anbud (avsnitt 3 i bilagan), och
- hantera misstänkt otillåten samverkan (avsnitt 4 i bilagan).

Mer ingående råd finns i den detaljerade vägledning som offentliggjorts av OECD ⁽¹⁾ och Olaf ⁽²⁾ samt av EU-medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter.

2. Råd om hur du kan utforma tilldelningsförfaranden på ett sätt som avskräcker från otillåten samverkan mellan anbudsgivare

- När du utformar din övergripande upphandlingsstrategi och tilldelningsförfaranden bör du **sträva efter att få så många anbudsgivare att delta som möjligt**, både från ditt land och från utlandet.

När det är lättare för ekonomiska aktörer att delta ökar konkurrensen, vilket minskar risken för otillåten samverkan. Dessutom minskar risken för otillåten samverkan inom koncentrerade sektorer, där ett litet antal nationella ekonomiska aktörer är verksamma, om ekonomiska aktörer från utlandet deltar.

- När du vet vad ditt kontrakt ska omfatta, och innan du planerar och inleder tilldelningsförfarandet, bör du göra en **grundlig undersökning av marknaden** för den tjänst eller produkt som ska upphandlas.
 - Försök att skaffa så mycket information som möjligt om vad som finns tillgängligt på marknaden, vilka specifikationer som kan erbjudas, vilka aktörer som är verksamma inom sektorn, vilka priser som tas ut i liknande fall (både för offentlig och privat upphandling av samma slag), entreprenörens förväntade kostnader osv.
 - Om du inte har en tydlig uppfattning om den förväntade verkliga marknadskostnaden för den tjänst, den vara eller det arbete du avser att upphandla kommer du inte att kunna bedöma hur lämpliga eller rimliga anbuden är, eller om det pris som erbjuds har manipulerats.
 - Använd internet för att undersöka marknaden, din nationella databas för elektronisk upphandling för att hitta exempel på tidigare inköp av samma eller liknande slag och officiella yrkesregister för att se vilka entreprenörer som är certifierade.
 - Diskutera frågan med kollegor på din arbetsplats eller vid andra upphandlande myndigheter som nyligen köpt in samma produkt eller tjänst och dra nytta av deras erfarenheter.
 - Kom ihåg att det inte finns någon regel som förbjuder upphandlingsansvariga att genomföra grundliga marknadsundersökningar, vilket ju är en självklarhet för alla som gör privata inköp.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

- När du planerar dina inköp ska du **om möjligt undvika förutsägbarhet** eller upprepning i de tilldelningsförfaranden som du genomför ofta.

Kunskap eller visshet om att du under de kommande åren kommer att inleda tilldelningsförfaranden var sjätte månad för samma mängd av ett visst arbete, en viss produkt, en viss tjänst eller en viss leverans med samma beräknade budget och enligt samma avtalsvillkor underlättar i hög grad otillåten samverkan, eftersom samverkande ekonomiska aktörer då vet att det kommer att finnas tillräckligt många kontrakt för alla. Det är visserligen bra att informera marknaden om dina behov på medellång till lång sikt i förväg, men försök att organisera dina inköp på ett tillräckligt varierat sätt när det gäller tidpunkt, kvantitet och budget. Det gör det svårt för samverkande aktörer att dela upp marknaden mellan sig på ett "rättvist" sätt.

- **Planera och inled dina tilldelningsförfaranden i tillräckligt god tid**, så att du har tillräckligt med tid för att utvärdera anbudet ordentligt och ta itu med misstänkta fall av otillåten samverkan utan att tidsfristerna för att avsluta förfarandet överskrids.
- Om det är möjligt och lämpligt för ditt inköp, bör du **överväga att göra centrala inköp**. Det kan ge ytterligare garantier för att de resurser och den kunskap som krävs för att upptäcka otillåten samverkan finns tillgängliga.

Centrala inköp sker vanligen i form av ramavtal. Trots att denna metod har avsevärda fördelar för både den upphandlande myndigheten och aktörerna (den kan vara särskilt användbar för att tillgodose allmänhetens behov och garantera en snabb försörjning) kan den i vissa fall ha negativa effekter som kan uppmuntra till otillåten samverkan. Ett ramavtal begränsar i princip konkurrensen inom en sektor, eftersom ingen annan än ramentreprenörerna under upp till fyra år kommer att kunna lämna anbud på ett specifikt kontrakt (eller "avropsavtal") inom ramavtalet. Bristen på nya marknadsaktörer under denna period kan öka risken för otillåten samverkan mellan ramentreprenörerna, särskilt för ramavtal där entreprenörerna återigen förväntas konkurrera om de specifika kontrakten.

- Utforma och genomför varje tilldelningsförfarande på ett sätt som **uppmuntrar största möjliga antal ekonomiska aktörer att delta**.
 - Fastställ tydliga, rimliga, heltäckande och lättbegripliga tekniska specifikationer och urvalskriterier som står i proportion till det arbete, den tjänst eller den vara som ska upphandlas och som uppfyller europeiska och nationella krav.
 - Undvik villkor som är onödiga, alltför komplicerade, irrelevanta eller diskriminerande (dvs. som gynnar eller missgynnar vissa aktörer), som begränsar konkurrensen och som, i slutändan, kan leda till misstankar om att tilldelningsförfarandet inte är objektivt och att den upphandlande myndigheten inte är tillförlitlig som potentiell framtida kund.
 - Använd tilldelningskriterier som baseras på kvalitet: att enbart använda priset som tilldelningskriterium underlättar otillåten samverkan, eftersom resultatet av utvärderingen blir mer förutsägbart och lättare kan manipuleras. Om anbudet bedöms på grundval av kvalitetskriterier blir det svårare för samverkande aktörer att manipulera dem, eftersom det inte är enkelt att förutse hur utvärderingskommittén kommer att bedöma dem.
 - Om möjligt bör du försöka hitta innovativa lösningar på dina behov. Medlemmar i en grupp som ägnar sig åt otillåten samverkan, som vanligtvis förlitar sig på stabila och förutsägbara offentliga inköp, kan ofta inte garantera tillhandahållandet av innovativa tjänster eller varor, till skillnad från nya marknadsaktörer som kommer in på marknaden just för att tillgodose detta behov. Det minskar dramatiskt vissheten om att en medlem i en samverkande grupp kommer att tilldelas ett kontrakt.
 - Ge aktörerna tillräckligt med tid för att förbereda och lämna sitt anbud: oavsett vilken minimitid som föreskrivs i EU-direktiven eller i nationell lagstiftning kan du fastställa en längre tidsfrist för inlämning av anbud som tar hänsyn till hur komplex den tjänst eller vara som ska tillhandahållas är.
 - Ta inte ut avgifter från aktörerna för tillgång till information om tilldelningsförfarandet.
 - Utnyttja elektronisk upphandling fullt ut. Det gör det mycket lättare för anbudsgivare att få tillgång till information och lämna anbud.

- Offentliggör informationen och meddelandet om upphandling så brett som möjligt, och undvik att offentliggöra dem under semesterperioder, eftersom aktörerna då får mindre tid på sig att utarbeta sitt anbud.
- Försök att avsluta förfarandet så snabbt som möjligt och begränsa i möjligaste mån perioden mellan tidsfristen för inlämning av anbud och beslutet om tilldelning. Det uppmuntrar ekonomiska aktörer att delta och ger samtidigt anbudsgivarna mindre tid att inrätta arrangemang för otillåten samverkan (t.ex. att förhandla om att en anbudsgivare ska dra sig ur förfarandet i utbyte mot att få del av kontraktet i egenskap av underleverantör).
- Använd metoder som **gör de ekonomiska aktörerna mer medvetna om potentiella konsekvenser och avskräcker från otillåten samverkan**.
 - Inkludera bestämmelser och klausuler i upphandlingsdokumenten, såsom
 - ett krav på att anbudsgivarna ska intyga att de har utarbetat sitt anbud oberoende av andra anbudsgivare,
 - påföljder för blivande entreprenörer om det konstaterats att de har ägnat sig åt otillåten samverkan i samband med tilldelningsförfarandet, eller en uttrycklig möjlighet för den upphandlande myndigheten att säga upp kontraktet eller begära skadestånd av detta skäl,
 - information om eventuella påföljder för otillåten samverkan i nationell lagstiftning (t.ex. uteslutning från offentliga upphandlingar under en viss period eller böter enligt konkurrenslagstiftningen).
 - Kräv att anbudsgivarna, i enlighet med de villkor som föreskrivs i nationell lagstiftning, så snart som möjligt under förfarandet ska ange om de avser att lägga ut en del av kontraktet på underentreprenad.
 - Överväg noga vilken information som ska lämnas ut under tilldelningsförfarandet. Du behöver inte gå utöver vad som krävs enligt europeisk och nationell lagstiftning. Undvik om möjligt att avslöja information (t.ex. vem som lämnat ett anbud, för vilket pris, närmare uppgifter om förfarandet osv.) som skulle kunna underlätta kontakt mellan aktörer eller göra det möjligt för samverkande aktörer att enkelt kontrollera om alla har följt villkoren i deras olagliga överenskommelse när de deltar i tilldelningsförfaranden.

3. Råd om hur du upptäcker potentiell otillåten samverkan vid utvärderingen av anbud

- **Ta den tid som behövs för att granska de anbud som lämnats in under förfarandet i detalj.** Otillåten samverkan upptäcks ofta på grund av små detaljer som vanligtvis inte uppmärksammas, men som kan utgöra sannolika indikationer på att olika anbud har utarbetats av samma person eller samordnats av anbudsgivarna. Håll utkik efter
 - identiska fel eller stavfel i olika anbud,
 - olika anbud som innehåller liknande handstil eller typsnitt,
 - anbud som lämnas in på papper med en annan anbudsgivares brevhuvud eller kontaktuppgifter,
 - olika anbud med identiska felberäkningar eller identiska metoder för att uppskatta kostnaden för vissa poster,
 - olika anbud som lämnas in av samma person eller personer med samma kontaktuppgifter.
- **Ägna extra uppmärksamhet åt anbud som ligger långt under de miniminormer som krävs i upphandlingsdokumentet**, som till stor del är ofullständiga eller som kommer från en aktör som uppenbarligen inte är lämpad att fullgöra kontraktet.

Sådana anbud tyder på att det kan finnas ett arrangemang om otillåten samverkan som omfattar inlämning av så kallade kompletterande anbud (dvs. anbud som inte har någon möjlighet eller som inte är avsedda att vinna kontraktet) för att manipulera bedömningen och uppnå önskat resultat.
- **Granska noggrant de priser som anbudsgivarna erbjuder**, särskilt priser som inte är rimliga eftersom de antingen är alltför låga eller alltför höga i förhållande till den uppskattade kostnaden för kontraktet, utan att det finns någon tydlig förklaring till varför. Håll utkik efter
 - indikationer som tyder på att företagen samordnar sina priser, till exempel samma prisökningar som inte kan förklaras av ökade marknadskostnader eller avsaknad av rabatter, särskilt på en marknad där rabatter tidigare har erbjudits,
 - en stor skillnad mellan priset på ett vinnande anbud och andra anbud,

- ett anbud som har ett betydligt högre pris för ett visst kontrakt än samma anbudsgivares anbud för ett annat, liknande kontrakt,
 - betydande prissänkningar jämfört med tidigare priser efter det att en ny eller infrekvent ekonomisk aktör lämnat ett anbud, vilket innebär att den nya aktören kan ha stört en befintlig kartell,
 - lokala leverantörer som erbjuder högre priser för lokal leverans än för leverans till platser längre bort,
 - lokala och icke-lokala företag som erbjuder liknande leveranskostnader,
 - samma pris från de flesta anbudsgivare,
 - anbudsgivare som erbjuder väldigt olika priser vid liknande förfaranden.
- **Om möjligt bör du kontrollera** (med hjälp av databaser för elektronisk upphandling, såsom nationella register över kontrakt, eller andra tillgängliga it-verktyg) **om de anbud du fått in överensstämmer med ett anbudsmönster** som baseras på tidigare, liknande tilldelningsförfaranden. Sådana mönster kan ses som en indikation på en överenskommelse om otillåten samverkan. För att upptäcka sådana mönster bör du kontrollera
- hur ofta de ekonomiska aktörerna vinner eller förlorar kontrakt,
 - aktörer som genomgående erbjuder höga priser i vissa förfaranden och låga priser i andra för samma typ av varor, arbete eller tjänster,
 - om samma aktör alltid erbjuder det lägsta priset,
 - aktörer som lämnar anbud som endast vinner i vissa geografiska områden,
 - aktörer som regelbundet lämnar anbud men som inte lämnar anbud i ditt förfarande, trots att de förväntades delta,
 - aktörer som oväntat drar tillbaka sina anbud under förfarandet,
 - aktörer som alltid lämnar anbud men aldrig vinner,
 - aktörer som turas om att vinna kontraktet.
- **Utnyttja möjligheterna i EU:s och din nationella lagstiftning för att när som helst under förfarandet få information om en anbudsgivares avsikt att lägga ut en del av kontraktet på underentreprenad och, om så är fallet, till vilket företag.**
- Troliga tecken på otillåten samverkan är när den utvalda anbudsgivaren lägger ut arbete på underentreprenad till anbudsgivare vars anbud förkastats för samma kontrakt, eller när den utvalda anbudsgivaren inte undertecknar kontraktet och senare dyker upp som underleverantör till den anbudsgivare som slutligen tilldelades kontraktet.
- **Var uppmärksam på anbud som lämnas in av ett konsortium av ekonomiska aktörer** som skulle ha kunnat lämna anbud på egen hand eller hade förväntats göra det.
- Ett gemensamt anbud kan vara ett legitimt affärsval, beroende på de specifika marknadsvillkoren för upphandlingen. Det kan också vara en nödvändighet om aktörerna endast kan uppfylla urvalskriterierna eller har större chans att vinna kontraktet genom att lämna anbud som ett konsortium. Om inget av ovanstående verkar vara fallet bör du noggrant bedöma om ett gemensamt anbud kan vara ett tecken på otillåten samverkan.
- **Var också uppmärksam på anbud som lämnas in under tilldelningsförfarandet av ekonomiska aktörer som på något sätt är närstående** (t.ex. anbud som lämnas av moderbolaget och dess dotterbolag eller av två företag som tillhör samma koncern).
- Trots att det inte nödvändigtvis är så att sådana närstående företag har haft insyn i utarbetandet av varandras anbud eller att de har samverkat, kan anbud från närstående företag omfatta en överenskommelse om otillåten samverkan. Du kan därför behöva försäkra dig om att alla anbud har utarbetats på ett helt oberoende sätt.
- **Uppmärksamma särskilt anbud som lämnats in av ekonomiska aktörer som tidigare har uteslutits av din upphandlande myndighet eller en annan upphandlande myndighet på grund av otillåten samverkan, eller som tidigare har befunnits skyldiga till otillåten samverkan av en nationell konkurrensmyndighet.**

Detta leder visserligen inte automatiskt till att anbudsgivaren utesluts från ett pågående tilldelningsförfarande, men under vissa omständigheter kan det betraktas som en tillräckligt sannolik indikation på otillåten samverkan. Det finns inget som hindrar dig från att också beakta fall av otillåten samverkan som upptäckts utomlands och som rör samma ekonomiska aktör. Det säger sig självt att om den ekonomiska aktören har uteslutits från alla tilldelningsförfaranden i ditt land under en viss period och lämnar ett anbud under denna period, så måste du utesluta denne från ditt tilldelningsförfarande utan att bedöma det inlämnade anbudet.

4. Råd om hur du kan hantera fall av misstänkt otillåten samverkan

- Om du har kommit fram till att det finns tillräckligt sannolika indikationer på att ett antal ekonomiska aktörer har samverkat för att begränsa konkurrensen eller på förhand fastställa vem som ska vinna ett tilldelningsförfarande, **har du enligt EU-lagstiftningen rätt att överväga att utesluta de berörda anbudsgivarna från tilldelningsförfarandet.**
 - Innan du fattar ett sådant beslut bör du göra en grundlig bedömning av indikationerna och dokumentera dina resultat (inklusive alla relaterade kontakter).
 - Ta hänsyn till aspekter såsom arten och allvaret i de omständigheter som föranledde dig att misstänka att det förekommit otillåten samverkan, eventuella förklaringar från anbudsgivaren (se nedan) och situationen på marknaden inom sektorn i fråga.
 - Överväg att endast utesluta anbudsgivare som utgör ett verkligt hot mot konkurrensen, till exempel endast de anbudsgivare som tog initiativ till eller var ledare för den otillåtna samverkan.
 - Tänk på att varje "röd flagga" som tyder på otillåten samverkan kan ha en rimlig förklaring som du måste ta hänsyn till innan en anbudsgivare utesluts från förfarandet.
- Utnyttja de möjligheter som finns i EU-rätten och i nationell lagstiftning för att **låta anbudsgivarna lämna förtydliganden om sitt anbud**, särskilt när det gäller de aspekter som gett upphov till misstankar om otillåten samverkan.

Anbudsgivare som misstänks ha samverkat i samband med ett tilldelningsförfarande har enligt EU-lagstiftningen rätt att lägga fram argument för att få stanna kvar i förfarandet. De kan bland annat lägga fram bevis för att de har vidtagit åtgärder för att återställa sin tillförlitlighet (om de uteslutits från ett tidigare förfarande eller befunnits skyldiga till otillåten samverkan av en nationell konkurrensmyndighet) eller att deras deltagande i förfarandet inte äventyrar den nödvändiga genuina konkurrensen. Om du anser att anbudsgivarens argument eller åtgärder för "självsanering" som vidtagits i enlighet med EU-direktiven eller nationell lagstiftning är tillräckliga för att visa anbudsgivarens tillförlitlighet, måste du låta anbudsgivaren stanna kvar i förfarandet. Det ökar konkurrensen, särskilt när det gäller koncentrerade marknader där få ekonomiska aktörer är verksamma.

- När du mottar och bedömer sådana argument bör du inte på ett direkt sätt anklaga anbudsgivarna för otillåten samverkan eller ens antyda att du kan tänkas göra detta. Det kan få anbudsgivare att på olaglig väg förstöra bevis som kan vara användbara i förfarandet.
- Respektera principen om likabehandling av anbudsgivare (dvs. ge alla berörda anbudsgivare samma möjlighet att bemöta eventuella farhågor om deras anbud) men diskutera aldrig dina farhågor med samtliga anbudsgivare i grupp.
- När du bedömer de givna förklaringarna bör du ta hänsyn till eventuella påståenden som kan bekräfta dina misstankar, till exempel att anbudsgivarna motiverar sina priser genom att hänvisa till "priser som föreslagits av branschen", "standardpriser på marknaden" eller "industriprislistor", att de anger att de inte säljer inom ett visst område eller till vissa kunder utan att lämna någon rimlig förklaring, eller att de använder samma argument, eller till och med samma terminologi, som andra anbudsgivare när de förklarar det pris de erbjuder.
- Granska anbudsgivarnas argument på ett proportionerligt sätt och med ett öppet sinne.
- **Kontakta din nationella konkurrensmyndighet och/eller centrala upphandlingsmyndighet** (eller en annan behörig myndighet, beroende på vilka arrangemang som finns på nationell nivå), särskilt om du är tveksam och för att få råd och experthjälp i frågan.
 - Om en sådan finns tillgänglig kan du också överväga att be din juridiska avdelning eller revisionsavdelning om råd.

-
- Iaktta sekretess vid dessa kontakter och informera varken den misstänkta anbudsgivaren eller andra anbudsgivare om dem, för att undvika att ge anbudsgivare som ägnar sig åt otillåten samverkan tid att på olaglig väg förstöra bevis innan konkurrensmyndigheten beslutar sig för att ingripa.
 - Om du beslutar dig för att utesluta en anbudsgivare av detta skäl bör du **informera din nationella konkurrensmyndighet och/eller din centrala upphandlingsmyndighet** och lämna så detaljerade uppgifter som möjligt. Då kan dessa eventuellt följa upp ärendet och, mer allmänt, hålla reda på hur upphandlande myndigheter på nationell nivå använder detta skäl för uteslutning.
-