



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 17 maj 2018*

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2004/18/EG – Förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster – Anknytning mellan anbudsgivare som har lämnat separata anbud avseende samma upphandling – Den upphandlande myndighetens och den nationella domstolens skyldigheter”

I mål C-531/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen) genom beslut av den 11 oktober 2016, som inkom till domstolen den 18 oktober 2016, i målet

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras.

”Ecoservice projektai” UAB, tidigare ”Specializuotas transportas” UAB

ytterligare deltagare i rättegången:

”VSA Vilnius” UAB,

”Švarinta” UAB,

”Specialus autotransportas” UAB,

”Ecoservice” UAB,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna C. Vajda, E. Juhász (referent), K. Jürimäe och C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, genom L. Songaila, advokatas,

* Rättegångsspråk: litauiska.

- ”Ecoservice projektai” UAB, genom J. Elzbergas, advokatas, biträdd av V. Mitrauskas,
- ”VSA Vilnius” UAB, genom D. Krukonis, advokatas,
- ”Švarinta” UAB, genom K. Smaliukas, advokatas,
- Litauens regering, genom D. Kriauciūnas, G. Taluntyté och R. Butvydyté, samtliga i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, T. Müller och J. Vlácil, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom A. Tokár och A. Steiblyté, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 22 november 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 45, 56 och 101 FEUF, artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 2004, 134, s. 114), och artikel 1.1 tredje stycket och artikel 2.1 b i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan ”VSA Vilnius” UAB och Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Regionen Šiauliais center för avfallshantering, Litauen). Målet rör detta centers upphandling av tjänster i fråga om insamling och transport av kommunalt avfall i kommunen Šiauliai till detta center.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 89/665

- 3 I artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av [unionslagstiftningen] om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.”

- 4 Av artikel 2.1 b i direktivet framgår följande:

”Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

...

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfördan, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

...”

Direktiv 2004/18

5 Artikel 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

6 I artikel 45.2 i direktivet föreskrivs följande:

”En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

- a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiketen,
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,
- e) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 7 Den 9 juli 2015 offentliggjorde Regionen Šiauliais center för avfallshantering en öppen anbudsinfördan avseende insamling och transport av kommunalt avfall i kommunen Šiauliai till detta center.
- 8 Fyra anbudsgivare lämnade anbud, nämligen ”Specializuotas transportas” UAB (nedan kallad anbudsgivare B), ”Ekonovus” UAB, ”Specialius autotransportas” UAB (nedan kallad anbudsgivare A) och ett konsortium bestående av VSA Vilnius och ”Švarinta” UAB.

- 9 Anbudsgivare A och B är dotterbolag till bolaget "Ecoservice" UAB, som äger 100 respektive 98,12 procent av andelarna i dessa två bolag. Styrelserna för anbudsgivare A och B består av samma fysiska personer.
- 10 I den nationella lagstiftning som var tillämplig vid tidpunkten för offentliggörandet av anbudsinfordran föreskrivs inte någon uttrycklig skyldighet för anbudsgivaren att uppge sin anknytning till andra aktörer som deltar i samma anbudsförfarande och inte heller någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera, bedöma eller ta hänsyn till sådan anknytning i sina beslut. Förfrågningsunderlaget föreskrev inte heller några sådana skyldigheter.
- 11 Tillsammans med anbudet ingav anbudsgivare B emellertid en försäkran på heder och samvete med innebörden att bolaget deltog i upphandlingen på självständig grund och oberoende av eventuella andra ekonomiska aktörer med anknytning till bolaget, och anbudsgivare B uppmanade den upphandlande myndigheten att behandla samtliga övriga anbudsgivare som konkurrenter. Dessutom utfäste sig anbudsgivare B att på begäran av den upphandlande myndigheten tillhandahålla en förteckning över ekonomiska aktörer med anknytning till bolaget.
- 12 Den 24 september 2015 beslöt den upphandlande myndigheten att inte anta anbudet från anbudsgivare A, eftersom två av bolagets insamlingsfordon inte hade motorer som motsvarade den kvalitetsstandard som krävs. Anbudsgivare A bestred inte detta beslut.
- 13 Den 22 oktober 2015 meddelade den upphandlande myndigheten anbudsgivarna hur anbuderna rangordnats och angav att kontraktet tilldelats anbudsgivare B.
- 14 VSA Vilnius, som rangordnats närmast efter anbudsgivare B, ingav ett klagomål till den upphandlande myndigheten. Bolaget gjorde gällande en felaktig utvärdering av anbudsgivarnas anbud och åsidosättande av principerna om likabehandling och insyn. VSA Vilnius ansåg att anbudsgivarna A och B hade agerat som en koncern av närstående bolag, och att deras anbud var alternativa anbud, trots att meddelandet om upphandling innehöll ett förbud mot alternativa anbud, varför anbuderna från anbudsgivarna A och B borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten.
- 15 VSA Vilnius anförde klagomål till den upphandlande myndigheten som avsåg detta klagomål. VSA Vilnius väckte talan mot detta beslut vid Šiaulių apygardos teismas (regional domstol i Šiauliai, Litauen). Genom dom av den 18 januari 2016 ogiltigförklarade den domstolen den upphandlande myndighetens beslut avseende rangordningen av anbuderna och dess beslut att tilldela anbudsgivare B kontraktet. Den 5 april 2016 fastställde Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) denna dom.
- 16 Domstolarna i första och andra instans slog fast att den upphandlande myndigheten, trots att den kände till anknytningen mellan anbudsgivare A och anbudsgivare B, inte gjort något försök att bedöma huruvida denna anknytning påverkade konkurrensen mellan dessa anbudsgivare. Anbudsgivarna A och B hade kännedom om att båda två deltog i samma anbudsförfarande. De borde därför ha underrättat den upphandlande myndigheten om sina inbördes band, trots att den nationella lagstiftningen inte föreskriver en sådan skyldighet. Anbudsgivare B:s försäkran på heder och samvete räcker inte som bevis på att denna skyldighet uppfyllts på korrekt sätt.
- 17 VSA Vilnius och anbudsgivare B väckte därefter talan vid den hänskjutande domstolen.

18 Mot denna bakgrund beslutade Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska den fria rörligheten för personer och tjänster enligt artikel 45 FEUF respektive artikel 56 FEUF, de principer om anbudsgivarnas likvärdighet och om öppenhet som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 och den av de ovannämnda principerna följande principen om fri och rättvis konkurrens mellan ekonomiska aktörer (tillsammans eller var för sig, men inte begränsat till dessa bestämmelser) förstås och tolkas på så sätt att de innebär att

anbudsgivare som är anknutna till varandra – vilkas ekonomiska, ledningsmässiga, finansiella eller andra band kan skapa tvivel om deras oberoende och om skyddet av konfidentiell information och/eller kan skapa förutsättningar (möjlighet) för dem att åtnjuta fördelar jämfört med andra anbudsgivare – som har beslutat att lämna separata (oberoende) anbud i en och samma offentliga upphandling under alla omständigheter är skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om anknytningen mellan dem, även i fall där den upphandlande myndigheten inte har ställt frågor enskilt till dem om detta, oberoende av huruvida en sådan skyldighet föreskrivs i de nationella bestämmelser som reglerar offentlig upphandling?

2) Om den första frågan ska besvaras

- a) jakande (det vill säga om anbudsgivare under alla omständigheter är skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om sina band), utgör då underlåtenhet i ett sådant fall att fullgöra denna skyldighet, eller att fullgöra den på vederbörligt sätt, tillräcklig grund för att den upphandlande myndigheten eller en överprövningsinstans (en domstol) ska kunna göra bedömningen att anbudsgivare som är anknutna till varandra som har lämnat var sitt anbud i en och samma offentliga upphandling deltar i denna utan att i verklig mening konkurrera med varandra (och att de försöker ge sken av att konkurrera med varandra)?
- b) nekande (det vill säga om anbudsgivare inte har någon ytterligare skyldighet att redovisa sina band utöver vad som föreskrivs i lagstiftning eller i upphandlingsvillkoren), ska då den risk som det innebär att anknutna ekonomiska aktörer deltar och risken för konsekvenserna därav bäras av den upphandlande myndigheten, om denna inte angav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna hade en sådan upplysningsskyldighet?

3) Oberoende av hur den första frågan besvaras: Ska de bestämmelser som avses i den första frågan samt artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 och artikel 2.1 b i det direktivet (tillsammans eller var för sig, men inte begränsat till dessa bestämmelser), mot bakgrund av EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), förstås och tolkas på så sätt att

- a) en upphandlande myndigheten, om den under upphandlingsförfarandet på något sätt får kännedom om att det mellan vissa anbudsgivare föreligger väsentliga band (kopplingar), har en skyldighet att – oberoende av dess egen bedömning av den omständigheten och (eller) av andra omständigheter (exempelvis att de berörda anbudsgivarnas anbud skiljer sig formellt och materiellt åt eller att en anbudsgivare offentligt har utfäst sig att konkurrera på rättvisa villkor med övriga anbudsgivare) – vända sig enskilt till de anknutna anbudsgivarna och begära att de klargör huruvida, och på vilket sätt, deras personliga ställning är förenlig med en fri och rättvis konkurrens mellan anbudsgivare?
- b) en domstol, i fall där den upphandlande myndigheten har underlåtit att fullgöra denna skyldighet (förutsatt således att den verkligen har en sådan skyldighet), har tillräcklig grund för att slå fast att den upphandlande myndighetens handlande är rättsstridigt på grund av dess underlåtenhet att säkerställa öppenhet och objektivitet i förfarandet och på grund av dess underlåtenhet att begära in upplysningar från klaganden eller på eget initiativ fatta beslut om den inverkan som anknutna aktörers personliga ställning skulle kunna få på upphandlingens resultat?

- 4) Ska de bestämmelser som det hänvisas till i den tredje frågan och artikel 101.1 FEUF (tillsammans eller var för sig, men inte begränsat till dessa bestämmelser), mot bakgrund av EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), dess dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42), och dess dom av den 21 juli 2016, VM Remonts m.fl. (C-542/14, EU:C:2016:578), förstås och tolkas på så sätt att
- a) det i ett fall där en anbudsgivare (klaganden) i en offentlig upphandling har fått kännedom om att det lägsta anbudet, lämnat av en av två anknutna anbudsgivare (anbudsgivare A), inte har antagits och om den andra anknutna anbudsgivaren (anbudsgivare B) har tilldelats kontraktet, och där den upphandlande myndigheten med beaktande av detta och av övriga omständigheter rörande dessa anbudsgivare och deras deltagande i upphandlingen (bland annat att anbudsgivare A och anbudsgivare B har samma styrelse, att de har samma moderbolag, vilket inte deltog i upphandlingen, att anbudsgivare A och anbudsgivare B inte upplyste den upphandlande myndigheten om sina band och inte enskilt tillhandahöll ytterligare klagöranden om dessa band, bland annat eftersom de inte fick några frågor om detta, att anbudsgivare A i sitt anbud redovisade motsägelsefulla uppgifter om huruvida det föreslagna transportmedlet (sopbilar) uppfyllde Euro V-villkoret i anbudsinfördran och att den anbudsgivare som hade lagt det lägsta anbudet – vilket inte antogs på grund av de brister som det befanns vara behäftat med – först inte bestred den upphandlande myndighetens beslut men sedan överklagade den dom som hade meddelats av domstolen i första instans och därvid bland annat [ifrågasatte] lagenligheten av beslutet att inte anta dess anbud) inte vidtog någon åtgärd, förhåller det sig på det sättet att ovanstående uppgifter i sig utgör tillräcklig grund för ett yrkande till en överprövningsinstans med innebörden att denna instans ska slå fast att den upphandlande myndighetens handlande är rättsstridigt på grund av dess underlåtenhet att säkerställa öppenhet och objektivitet i förfarandet och på grund av dess underlåtenhet att kräva att klaganden skulle tillhandahålla konkreta bevis för att anbudsgivare A och anbudsgivare B agerade illojalt?
 - b) anbudsgivare A och anbudsgivare B inte kan anses ha styrkt för den upphandlande myndigheten att de deltog i upphandlingen i verklig mening och på rättvisa villkor enbart med hänvisning till att anbudsgivare B frivilligt ingav en försäkran om att bolaget deltog i upphandlingen i verklig mening, att anbudsgivare B tillämpade de kvalitetsstandarder för ledarskap som gäller för deltagande i offentlig upphandling och att de anbud som dessa båda anbudsgivare lämnade inte var formellt och materiellt identiska?
- 5) Är det i princip möjligt att pröva åtgärder vidtagna av ekonomiska aktörer som är anknutna till varandra (i så måtto att båda är dotterbolag till samma bolag) och som deltar var för sig i en och samma upphandling – vars värde når upp till värdet för en internationell upphandling och där sätet för den upphandlande myndigheten samt den plats där tjänsterna ska tillhandahållas ligger nära en annan medlemsstat (Republiken Lettland) – mot bakgrund av artikel 101 FEUF och EU-domstolens praxis rörande tolkningen av den artikeln, bland annat med hänsyn till att en av dessa ekonomiska aktörer frivilligt har tillkännagett sin avsikt att konkurrera på rättvisa villkor?"

Prövning av tolkningsfrågorna

- 19 Inledningsvis bör det noteras att den hänskjutande domstolen i sina tolkningsfrågor har hänvisat till artiklarna 45 och 56 FEUF. Den har dock inte förklarat varför dessa artiklar måste tolkas för att dessa frågor ska kunna besvaras. Dessutom framgår det av beslutet om hänskjutande att direktiv 2004/18 är relevant för lösningen av tvisten i målet vid den nationella domstolen. Under dessa omständigheter saknas det anledning att tolka artiklarna 45 och 56 FEUF.

Frågorna 1 och 2

- 20 Genom frågorna 1 och 2 vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att denna bestämmelse, i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller ett särskilt angivet villkor i anbudsinfordran eller i det förfrågningsunderlag som reglerar upphandlingsvillkoren, innebär att anbudsgivare som har band sinsemellan, och som lämnar separata anbud i ett och samma förfarande, är skyldiga att på eget initiativ upplysa den upphandlande myndigheten om dessa band.
- 21 I detta avseende ska det inledningsvis erinras om att unionsrätten, i synnerhet direktiv 2004/18, inte innehåller något generellt förbud för företag som har band sinsemellan att lämna anbud i ett förfarande för offentlig upphandling. Det framgår vidare av rättspraxis att med hänsyn till unionens intresse av att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbuds förfarande skulle det motverka en effektiv tillämpning av unionsrätten att systematiskt utesluta anknutna företag från rätten att delta i samma förfarande för offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkterna 26 och 28).
- 22 Domstolen har även understrukt att det kan förekomma olika typer av företagskonstellationer som kan ha olika syften och som inte nödvändigtvis hindrar de kontrollerade företagen från att i någon mån självständigt fastställa sin affärsstrategi och bedriva sin affärsverksamhet, bland annat när det gäller deltagande i offentlig upphandling. För övrigt kan förhållandet mellan företag i en koncern regleras genom särskilda bestämmelser, exempelvis i avtalsform, som kan garantera såväl oavhängighet som sekretess vid utarbetandet av anbud som de aktuella företagen samtidigt avger inom ramen för samma anbuds förfarande (dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 31).
- 23 Vad vidare gäller frågan huruvida anknutna anbudsgivare, i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller ett särskilt angivet villkor i anbudsinfordran eller i det förfrågningsunderlag som reglerar villkoren för en upphandling, ändå är skyldiga att på eget initiativ upplysa den upphandlande myndigheten om denna anknytning, ska det påpekas att EU-domstolen har slagit fast att principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren för att delta i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggjorda, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla, så att de vet exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter (dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 37 och där angiven rättspraxis).
- 24 En skyldighet för anbudsgivare att på eget initiativ deklarerat sina band till andra anbudsgivare, trots att en sådan skyldighet varken förekommer i den tillämpliga nationella lagstiftningen eller i anbudsinfordran och inte heller i förfrågningsunderlaget, kan dock inte anses utgöra ett klart definierat villkor, i den mening som avses i den rättspraxis som det hänvisas till i föregående punkt. I så fall skulle det nämligen vara svårt för en anbudsgivare att bestämma den exakta räckvidden av en sådan skyldighet, och detta särskilt som det ligger i anbuds förfarandets natur att det inte alltid är möjligt att få reda på exakt vilka andra anbudsgivare som deltar i samma förfarande före sista dagen för att lämna anbud.
- 25 Det bör dessutom påpekas att den upphandlande myndigheten, i avsaknad av en skyldighet för anbudsgivare att underrätta den upphandlande myndigheten om deras eventuella band till andra anbudsgivare, under hela förfarandet måste behandla den berörda anbudsgivarens anbud som ett anbud som uppfyller villkoren i direktiv 2004/18, om det inte föreligger några tecken på att anknutna anbudsgivare har samordnat eller kommit överens om sina respektive anbud.
- 26 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att denna bestämmelse, i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller ett särskilt angivet villkor i anbudsinfordran eller i det förfrågningsunderlag som

reglerar upphandlingsvillkoren, innebär att anknutna anbudsgivare som lämnar separata anbud i ett och samma förfarande, inte är skyldiga att på eget initiativ upplysa den upphandlande myndigheten om denna anknytning.

Frågorna 3–5

- 27 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje, den fjärde och den femte tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida, under sådana omständigheter som dem i det nationella målet, artikel 101 FEUF är tillämplig, och huruvida artikel 2 i direktiv 2004/18 och artikel 1.1 tredje stycket och artikel 2.1 b i direktiv 89/665 ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, om den hyser tvivel om huruvida vissa anbudsgivares anbud är oberoende, är skyldig att kontrollera, i förekommande fall genom att begära kompletterande upplysningar från anbudsgivarna, om deras anbud verkligen är oberoende och, om så inte är fallet, om den upphandlande myndighetens passivitet kan göra att det anbudsförfarande som inletts ska anses ha genomförts på ett felaktigt sätt.
- 28 Vad beträffar artikel 101 FEUF ska det erinras om att denna artikel inte är tillämplig om de avtal eller förfaranden som förbjuds där genomförs av företag som bildar en ekonomisk enhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 maj 1988, *Bodson*, 30/87, EU:C:1988:225, punkt 19, och dom av den 11 april 1989, *Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro*, 66/86, EU:C:1989:140, punkt 35). Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida anbudsgivare A och B utgör en ekonomisk enhet.
- 29 För det fall att de berörda bolagen inte utgör en ekonomisk enhet på grund av att moderbolaget inte utövar ett avgörande inflytande över sina dotterbolag, ska det påpekas att det under alla omständigheter skulle innebära ett åsidosättande av den princip om likabehandling som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18 om anknutna anbudsgivare skulle tillåtas att lämna samordnade eller överenskomna anbud, det vill säga anbud som varken är oberoende eller självständiga, vilket skulle leda till att dessa anbudsgivare på så sätt får oberättigade fördelar gentemot övriga anbudsgivare. Det är härvid inte nödvändigt att pröva huruvida den omständigheten att anbud inges på ett sådant sätt även utgör ett beteende som strider mot artikel 101 FEUF.
- 30 Följaktligen är det inte nödvändigt att tillämpa och tolka artikel 101 FEUF i förevarande mål för att frågorna 3–5 ska kunna besvaras.
- 31 Vad avser de skyldigheter som åligger de upphandlande myndigheterna enligt ovannämnda artikel 2 i direktiv 2004/18 har domstolen redan förklarat att dessa myndigheter ska ha en aktiv roll vid tillämpningen av de principer för kontraktstilldelning som anges i nämnda artikel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 42).
- 32 Denna skyldighet för de upphandlande myndigheterna är central i direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling, och EU-domstolen har därför slagit fast att den upphandlande myndigheten under alla omständigheter är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter hos en expert från den upphandlande myndigheten och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka sådana intressekonflikter samt att åtgärda dessa (dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 43).
- 33 Denna rättspraxis är, med hänsyn till vad som konstaterats i punkt 29 i förevarande dom, överförbar på sådana situationer som dem som är i fråga i det nationella målet, som kännetecknas av att anknutna anbudsgivare deltar i ett anbudsförfarande. Om en upphandlande myndighet får kännedom om objektiva omständigheter som medför att det kan ifrågasättas huruvida ett anbud är självständigt och oberoende, ankommer det således på denna myndighet att undersöka samtliga relevanta omständigheter som lett till att det aktuella anbudet lämnades för att förhindra och upptäcka fel som

begåtts under anbudsförfarandet samt att åtgärda dessa. Detta innefattar i förekommande fall förelägganden till parterna om att de ska inkomma med vissa uppgifter och bevis (se, analogt, dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 44).

- 34 Vad gäller frågan vilken bevisning som krävs för att visa att anknutna anbudsgivares anbud är – eller inte är – oberoende och självständiga, framgår det av beslutet om hänskjutande att den hänskjutande domstolen särskilt vill få klarhet i huruvida alla typer av bevisning kan beaktas eller om endast direkta bevis får beaktas i det rättsliga förfarandet.
- 35 I den tredje och den fjärde tolkningsfrågan hänvisas det till artikel 1.1 tredje stycket och artikel 2.1 b i direktiv 89/665. I dessa bestämmelser uppställs emellertid endast krav på att medlemsstaterna ska införa snabba och effektiva rättsmedel vad gäller offentlig upphandling. Varken dessa bestämmelser i direktiv 89/665 eller någon annan bestämmelse i samma direktiv eller i direktiv 2004/18 innehåller bestämmelser om bevisföring och bevisvärdering vad avser överträdelse av unionens bestämmelser om offentlig upphandling.
- 36 Mot denna bakgrund och med hänsyn till domstolens fasta praxis ankommer det, i avsaknad av unionsbestämmelser på området, på varje medlemsstat att fastställa regler för det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som syftar till att skydda de rättigheter som följer av den nationella rättsordningen (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 39 och där angiven rättspraxis).
- 37 Vad avser frågan vilken nivå av bevisning som krävs för att styrka att det föreligger anbud som varken är oberoende eller självständiga konstateras att effektivitetsprincipen kräver att bevisningen för att unionens regler om upphandling har åsidosatts 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 (se, analogt, dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, punkt 37).
- 38 I ett sådant fall som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen räcker det i princip att konstatera att kopplingarna mellan anbudsgivarna påverkat innehållet i deras anbud i samma förfarande för att dessa anbud inte ska behöva beaktas av den upphandlande myndigheten, eftersom anbud måste presenteras på ett fullständigt oberoende och självständigt sätt när de kommer från anknutna anbudsgivare. För att den upphandlande myndigheten automatiskt ska kunna utesluta dessa anbud från anbudsförfarandet är det däremot inte tillräckligt att det blott konstateras att det mellan de berörda företagen föreligger ett kontrollförhållande på grund av ägarskap eller rösträtt av en viss omfattning på bolagsstämmor, utan att det provas huruvida detta förhållande konkret medför att nämnda anbud inte är oberoende (se, analogt, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 32).
- 39 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen göra de kontroller och bedömningar som är nödvändiga i detta hänseende, med beaktande av de omständigheter som anges i fråga 4 a och med beaktande av bevisvärdet av en spontan förklaring som har lämnats av en anbudsgivare, som avses i fråga 4 b. För det fall att ovannämnda domstol, till följd av dessa kontroller och bedömningar, kommer fram till slutsatsen att de i målet vid den nationella domstolen aktuella anbuden inte har presenterats på ett självständigt och oberoende sätt, ska det erinras om att artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den utgör hinder för att tilldela den anbudsgivare som har lämnat ett sådant anbud kontraktet.

40 Mot bakgrund av vad som har anförts ovan ska frågorna 3–5 besvaras enligt följande. Artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, om den förfogar över upplysningar som medför att det kan ifrågasättas huruvida vissa anbudsgivares anbud är oberoende och självständiga, är skyldig att kontrollera, i förekommande fall genom att begära kompletterande upplysningar från anbudsgivarna, om deras anbud faktiskt är oberoende och självständiga. Om det visar sig att dessa erbjudanden inte är oberoende och självständiga, utgör artikel 2 i direktiv 2004/18 hinder mot att tilldela en anbudsgivare som har lämnat ett sådant anbud kontraktet.

Rättegångskostnader

41 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så att

- denna bestämmelse, i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller ett särskilt angivet villkor i anbudsinfordran eller i det förfrågningsunderlag som reglerar upphandlingsvillkoren, innebär att anknutna anbudsgivare som lämnar separata anbud i ett och samma förfarande, inte är skyldiga att på eget initiativ upplysa den upphandlande myndigheten om denna anknytning, och att
- den upphandlande myndigheten, om den förfogar över upplysningar som medför att det kan ifrågasättas huruvida vissa anbudsgivares anbud är oberoende och självständiga, är skyldig att kontrollera, i förekommande fall genom att begära kompletterande upplysningar från anbudsgivarna, om deras anbud faktiskt är oberoende och självständiga. Om det visar sig att dessa erbjudanden inte är oberoende och självständiga, utgör artikel 2 i direktiv 2004/18 hinder mot att tilldela en anbudsgivare som har lämnat ett sådant anbud kontraktet.

Underskrifter