



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 16 maj 2018¹

Mål C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
mot
Stadtwerke München GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Vergabekammer Südbayern (Upphandlingsnämnden i södra Bayern, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Förfarande – Direktiv 2014/24/EU och 2014/25/EU – Skäl för uteslutning – Den ekonomiska aktörens skyldighet att samarbeta med den upphandlande myndigheten för att styrka sin tillförlitlighet innan uteslutningsperioden har löpt ut – Begreppet ’utredande myndigheter’ – Beräkning av den längsta tillåtna perioden för uteslutning”

1. En ekonomisk aktör får tillfälligt uteslutas från offentliga upphandlingsförfaranden om denne har gjort sig skyldig till någon av de handlingar som anges i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU.² Uteslutningsperioden får emellertid kortas ned om aktören kan styrka för den upphandlande myndigheten att denne trots sitt tidigare felaktiga handlande har lyckats bättra sig.
2. För att på nytt bevisa sin tillförlitlighet krävs det enligt punkt 6 i den artikeln att den ekonomiska aktören bland annat ”har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de *utredande myndigheterna*”.³ Om tolkningen av det sistnämnda uttrycket handlar till stor del denna tvist.
3. När direktiv 2014/24 införlivades med den nationella rätten, föreskrev den tyska lagstiftaren att ett sådant samarbete, förutom med de utredande myndigheterna, även ska ske med den upphandlande myndigheten.
4. Mot denna bakgrund har Vergabekammer Südbayern (Upphandlingsnämnden i södra Bayern, Tyskland) beslutat att ställa två frågor till domstolen som den hittills inte har besvarat:
 - Är det krav på samarbete (med den upphandlande myndigheten) som den nationella lagstiftaren har lagt till förenligt med unionsrätten?
 - Från och med vilken tidpunkt ska den längsta tillåtna uteslutningsperiod (tre år) som föreskrivs i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 börja löpa? I bestämmelsen anges att om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen ska utgångspunkten vara ”dagen för relevant händelse”.

1 Originalspråk: spanska.

2 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, 2014, s. 65).

3 Min kursivering.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2014/24

5. I skäl 102 anges följande:

”Man bör dock kunna ta hänsyn till möjligheten att ekonomiska aktörer kan vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel och för att effektivt förhindra att de upprepas. Dessa åtgärder kan bland annat bestå i 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. Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder. Ekonomiska aktörer bör ha möjlighet att begära att de efterlevnadsåtgärder som vidtagits för att eventuellt ge en berörd aktör tillträde till upphandlingsförfarandet granskas. Det bör emellertid vara medlemsstaternas sak att avgöra närmare formella och materiella villkor som är tillämpliga i sådana fall. I synnerhet bör de fritt kunna bestämma om de vill överlåta till de enskilda upphandlande myndigheterna att göra de relevanta bedömningarna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå denna uppgift.”

6. I artikel 57 (”Skäl för uteslutning”) föreskrivs följande:

”1. Den upphandlande myndigheten ska utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande om den, genom kontroll i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61, har fastställt eller på annat sätt får kännedom om att den ekonomiska aktören har varit föremål för en lagakraftvunnen dom på en av följande grunder:

- a) Deltagande i en kriminell organisation ...
- b) Bestickning ...
- c) Bedrägeri ...
- d) Terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet ... eller anstiftan av eller medhjälp till eller försök att begå ett brott ...
- e) Penningtvätt eller finansiering av terrorism ...
- f) Barnarbete och andra former av människohandel ...

...

2. En ekonomisk aktör ska uteslutas från att delta i ett upphandlingsförfarande om den upphandlande myndigheten har kännedom om att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter när det gäller att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter och när detta har fastställts genom ett domstolsavgörande eller ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan ...

Dessutom får de upphandlande myndigheterna utesluta, eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta, en ekonomisk aktör från deltagande i ett upphandlingsförfarande om de på något lämpligt sätt kan påvisa att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter när det gäller att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter.

Denna punkt ska inte längre tillämpas när den ekonomiska aktören har fullgjort sina skyldigheter genom att betala eller ingå en bindande överenskommelse i syfte att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter som förfallit till betalning, i förekommande fall inklusive upplupen ränta eller böter.

...

4. En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i någon av följande situationer:

- a) Om den upphandlande myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2.
- b) Om en ekonomisk aktör befinner sig i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar.
- c) Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas.
- 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 snedvrída konkurrensen.
- e) Om en intressekonflikt i den mening som avses i artikel 24 inte kan avhjälpas effektivt genom andra, mindre ingripande åtgärder.
- f) Om en snedvridning av konkurrensen genom en ekonomisk aktörs tidigare deltagande i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, enligt artikel 41, inte kan avhjälpas genom andra, mindre ingripande åtgärder.
- g) Om en ekonomisk aktör har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller ett tidigare koncessionskontrakt, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid, lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.
- h) Om en ekonomisk aktör i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte föreligger något skäl för uteslutning eller av att urvalskriterierna har uppfyllts, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande handlingar som krävs enligt artikel 59.
- i) Om en ekonomisk aktör otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller tillägna sig konfidentiell information som kan ge aktören otillbörliga fördelar i upphandlingsförfarandet eller av oaktsamhet lämna vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om uteslutning, urval eller tilldelning.

Trots vad som sägs i led b i första stycket får medlemsstaterna kräva att, eller föreskriva möjligheten att, den upphandlande myndigheten inte utesluter en ekonomisk aktör i någon av de situationer som avses i den punkten om den upphandlande myndigheten har fastställt att den ekonomiska aktören i fråga kommer att kunna fullgöra kontraktet, med beaktande av tillämpliga nationella regler och åtgärder avseende fortsatt verksamhet vid de situationer som avses i led b.

...

6. 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 upphandlingsförfarandet.

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 personalmässiga 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 lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlings- eller koncessionstilldelningsförfaranden 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.

7. 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 lagakraftvunna 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.”

2. Direktiv 2014/25/EU⁴

7. I artikel 77 (”Kvalificeringssystem”) föreskrivs följande:

”1. Upphandlande enheter som så önskar får upprätta och förvalta ett kvalificeringssystem för ekonomiska aktörer.

Upphandlande enheter som upprättar eller förvaltar ett kvalificeringssystem ska garantera att ekonomiska aktörer när som helst kan ansöka om att bli kvalificerade.

2. Ett system enligt punkt 1 kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

Den upphandlande enheten ska fastställa objektiva regler och kriterier för uteslutning och urval av ekonomiska aktörer som ansöker om kvalificering och objektiva kriterier och regler för driften av kvalificeringssystemen som exempelvis omfattar registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar samt systemets varaktighet.

⁴ 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, 2014, s. 243).

Om kriterierna och reglerna omfattar tekniska specifikationer ska artiklarna 60–62 tillämpas. Kriterierna och reglerna får uppdateras vid behov.

...”

8. Artikel 80 (”Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU”) har följande lydelse:

”1. Objektiva regler och kriterier för uteslutning och urval av ekonomiska aktörer som ansöker om kvalificering i ett kvalificeringssystem och objektiva regler och kriterier för uteslutning och urval av anbudssökande och anbudsgivare i öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden, i konkurrenspräglade dialoger eller i innovationspartnerskap får innefatta de skäl för uteslutning som anges i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU enligt de villkor som anges i den artikeln.

Om den upphandlande enheten är en upphandlande myndighet ska dessa kriterier och regler innefatta de skäl för uteslutning som anges i artikel 57.1 och 57.2 i direktiv 2014/24/EU enligt de villkor som anges i den artikeln.

Om medlemsstaterna så begär ska dessa kriterier och regler också innefatta de skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU enligt de villkor som anges i den artikeln.

...”

B. Nationell rätt. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar).⁵

9. 124 § har följande lydelse:

”(1) Med iakttagande av proportionalitetsprincipen får de upphandlande myndigheterna när som helst utesluta ett företag från att delta i ett offentligt upphandlingsförfarande om

...

3. företaget inom ramen för sin verksamhet bevisligen har begått ett allvarligt fel som innebär att dess redbarhet kan ifrågasättas ...
4. den upphandlande myndigheten förfogar över tillräckligt trovärdiga bevis för att dra slutsatsen att företaget har ingått avtal med andra företag som syftar till eller får till följd att konkurrensen försvåras, begränsas eller snedvrids.

...”

10. I 125 § föreskrivs följande:

”(1) De upphandlande myndigheterna får inte utesluta ett företag som omfattas av något av de skäl för uteslutning som avses i 123 § eller 124 § från deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande om företaget har kunnat bevisa att

1. det har ersatt eller åtagit sig att ersätta de skador som orsakats av brottet eller felet,

⁵ I den lydelse som offentliggjordes den 26 juni 2013 (BGBl. I, s. 1750, 3245), senast ändrad genom lag av den 13 oktober 2016 (BGBl. I, s. 2258). Nedan kallad GWB.

2. har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna och med den upphandlande myndigheten, och
3. har vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller fel.

...”

11. 126 § har följande lydelse:

”Om ett företag som omfattas av ett skäl för uteslutning inte har vidtagit någon åtgärd eller har vidtagit otillräckliga åtgärder för rättelse enligt 125 § får det

1. beträffande det skäl för uteslutning som avses i 123 §, uteslutas från deltagande i offentliga upphandlingsförfaranden i högst fem år från den dag då den lagakraftvunna domen meddelades,
2. beträffande det skäl för uteslutning som avses i 124 §, uteslutas från deltagande i offentliga upphandlingsförfaranden i högst tre år från dagen för relevant händelse.”

II. Bakgrund

12. Stadtwerke München GmbH (nedan kallad Stadwerke München eller den upphandlande myndigheten) införde år 2011 ett ”kvalificeringssystem”, i den mening som avses i artikel 77 i direktiv 2014/25, i syfte att välja ut företag för leverans av järnvägsmaterial.⁶

13. Den 4 november 2016 uteslöts bolaget Vossloh Laeis GmbH från systemet, på grund av att Bundeskartellamt (den federala konkurrensmyndigheten) hade utfärdat ett bötesföreläggande mot bolaget den 9 mars 2016, med anledning av att det under flera års tid hade deltagit i en kartell som var aktiv fram till våren 2011.

14. En av dem som drabbades av den otillåtna samverkan mellan företagen som ingick i kartellen var Stadtwerke München, som av detta skäl väckte civilrättslig skadeståndstalan mot Vossloh Laeis.

15. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande hade Vossloh Laeis inte samarbetat med den upphandlande myndigheten för att klargöra överträdelserna av de konkurrensrättsliga bestämmelserna.

- Närmare bestämt hade Vossloh Laeis inte vänt sig till den upphandlande myndigheten efter det att överträdelserna blivit kända år 2011 och bolaget hade inte heller tagit några initiativ för att de faktiska omständigheterna skulle kunna klargöras på ett omfattande sätt.
- Först år 2016 upphörde Vossloh Laeis med att förneka för den upphandlande myndigheten att bolaget hade deltagit i den relevanta konkurrensbegränsande samverkan. Bolaget klargjorde emellertid att det hade begärt omprövning av bötesföreläggandet och beskrev de organisatoriska och personalmässiga åtgärder som det hade vidtagit för att klargöra omständigheterna och förhindra att de upprepades i framtiden. Vossloh Laeis förklarade även att det skulle ersätta den skada som uppstått på grund av det konkurrensbegränsande beteendet.

16. Trots det gick Vossloh Laeis inte med på att vidarebefordra bötesföreläggandet till den upphandlande myndigheten så att den kunde granska det. Bolaget gick inte heller med på att samarbeta för att klargöra överträdelserna, eftersom det ansåg att det var tillräckligt att samarbeta med Bundeskartellamt.

⁶ Senare avskaffades kvalificeringssystemet i fråga, genom beslut av den 28 december 2016.

17. Den hänskjutande domstolen har inte ifrågasatt (eftersom det framgick av själva bötesföreläggandet) att Vossloh Laeis obegränsat och utan avbrott har samarbetat med Bundeskartellamt under förfarandet vid den myndigheten.

18. Den upphandlande myndigheten ansåg inte att Vossloh Laeis förklaringar var tillräckliga för att bevisa att bolaget hade vidtagit tillräckliga åtgärder för att rätta felen i den mening som avses i 125 § GWB. Därför meddelade den upphandlande myndigheten Vossloh Laeis den 4 november 2016 att bolaget slutgiltigt uteslöts från kvalificeringssystemet med omedelbar verkan.

19. Vossloh Laeis överklagade detta beslut till Vergabekammer Südbayern (Upphandlingsnämnden i södra Bayern), som har hänskjutit nedanstående tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande.

III. Tolkningsfrågor

20. Tolkningsfrågorna har följande lydelse:

- a) Är en nationell bestämmelse, enligt vilken det för att en ekonomisk aktör med framgång ska kunna rätta fel i ett upphandlingsförfarande (Selbstreinigung) krävs att denne, genom ett aktivt samarbete inte enbart med de utredande myndigheterna utan även med den upphandlande myndigheten, på ett uttömmande sätt klargör de förhållanden och omständigheter som har samband med brottet eller det allvarliga felet i fråga och den skada som detta har orsakat, förenlig med kraven i artikel 80 i direktiv 2014/25/EU jämförd med artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24/EU?
- b) Om tolkningsfråga a besvaras nekande: Ska artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24/EU i detta sammanhang tolkas så, att den aktuella ekonomiska aktören för att med framgång kunna rätta fel i ett upphandlingsförfarande i vart fall i detta hänseende gentemot den upphandlande myndigheten är skyldig att klargöra de faktiska omständigheterna så att den kan bedöma huruvida de åtgärder som vidtagits för att rätta felen (tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder och ersättning för skador) är lämpade och tillräckliga?
- c) För de frivilliga skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU utgör, enligt artikel 57.7 i samma direktiv, den längsta tillåtna perioden eller fristen för ett uteslutande tre år från dagen för den relevanta händelsen. Ska den relevanta händelsen redan anses föreligga när skälen för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU är uppfyllda eller är den tidpunkt när myndigheten har säkerställt och tillförlitlig kunskap om att skälen för uteslutning föreligger avgörande?
- d) När rekvisitet för uteslutning i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU är uppfyllda genom att en ekonomisk aktör deltar i en kartell, utgör den relevanta händelsen i den mening som avses i artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU således upphörandet av deltagandet i kartellen eller myndighetens förvärvande av säkerställd och tillförlitlig kunskap om deltagandet i kartellen?"

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas ståndpunkter

21. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 10 mars 2017.

22. Skriftliga yttranden har inkommit från Vossloh Laeis, Stadtwerke München, den tyska, den grekiska, den ungerska och den polska regeringen samt kommissionen, vilka, med undantag av Stadtwerke München och den polska regeringen, närvarade vid förhandlingen den 21 februari 2018.

V. Bedömning

23. Även om ingen av parterna har ifrågasatt det, bör det inledningsvis påpekas att Vergabekammer Südbayerns (Upphandlingsnämnden i södra Bayern) kvalificering som domstol, i den mening som avses i artikel 267 FEUF, har slagits fast av EU-domstolen i dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen.⁷

24. De fyra tolkningsfrågor som har ställts i förevarande mål kan slås samman till två. Med den första och den andra frågan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det samarbete som krävs enligt artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 (för att styrka tillförlitligheten hos en ekonomisk aktör som omfattas av något av de skäl för uteslutning som föreskrivs i punkterna 1 och 4 i den bestämmelsen), enbart ska vara med ”de utredande myndigheterna” eller även med den upphandlande myndigheten, när det, beträffande det sistnämnda fallet, föreskrivs i den nationella lagstiftningen i en medlemsstat.

25. De två övriga frågorna har att göra med den uteslutningsperiod som får tillämpas på en ekonomisk aktör som inte har vidtagit de åtgärder för att rätta fel som föreskrivs i artikel 57.6 i direktiv 2014/24. Det ska närmare bestämt klargöras vilken den ”relevanta händelse” är som nämns i punkt 7 i den bestämmelsen, från och med vilken uteslutningsperioden ska börja löpa.

A. Begreppet ”utredande myndigheter” i den mening som avses i artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 (den första och den andra frågan)

1. Sammanfattning av parternas argument

26. Vossloh Laeis har gjort gällande att den tyska lagstiftaren genom att kräva ett aktivt samarbete med den upphandlande myndigheten, har infört ett villkor utöver rättelsen av fel, eftersom det i artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 enbart anges att det aktiva samarbetet ska ske med de utredande myndigheterna.

27. Enligt Vossloh Laeis avses i unionsrätten med ”upphandlande myndighet” och ”utredande myndighet” olika aktörer med olika uppgifter: den förstnämnda tilldelar offentliga kontrakt medan den sistnämnda har till uppgift att utreda brott eller eventuella fel överlag.

28. Vossloh Laeis menar att artikel 57 i direktiv 2014/24 skiljer mellan åtgärder för att rätta fel som vidtas av den ekonomiska aktören, å ena sidan, och bevis om att detta har skett, å den andra. Bestämmelsens logik ligger i att den ekonomiska aktören ska vidta de åtgärder för att rätta fel som krävs och därefter, om denne deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande (oavsett om det rör sig om tilldelning eller förkvalificering), bevisa för den upphandlande myndigheten att åtgärderna har gett resultat. Enligt Vossloh Laeis har den tyska lagstiftaren frångått denna modell genom att dubblera kravet på samarbete, i strid med direktiv 2014/24.

29. Vossloh Laeis uppfattning delas i stort sett av den grekiska regeringen.

30. Stadtwerke München och den tyska och den ungerska regeringen anser däremot att det inte är något problem att den tyska lagstiftaren inte har införlivat lydelsen av artikel 57.6 i direktiv 2014/24 ordagrant. Genom att lägga till hänvisningen till den upphandlande myndigheten har lagstiftaren beaktat att uttrycket ”utredande myndigheter” i tysk rätt kan tolkas som att det enbart avser de myndigheter som har till uppgift att beivra brott. För att undvika ett otillräckligt införlivande var det nödvändigt att detta uttryck användes i vidast möjliga betydelse, vilket föranledde den nationella

⁷ Mål C-292/15, EU:C:2016:817, punkt 29.

lagstiftaren att precisera att den ekonomiska aktören är skyldig att samarbeta både med de ”utredande myndigheterna” i egentlig mening och med den upphandlande myndigheten, i egenskap av ”utredande myndighet” i en vidare bemärkelse. Den sistnämnda myndigheten ”utreder” också när den i enlighet med artikel 57.5 och 57.6 i direktiv 2014/24 undersöker om en anbudsgivare omfattas av ett frivilligt skäl för uteslutning eller om den uppfyller kraven på rättelse av fel.

31. Likväl nyanserade den tyska regeringens företrädare sin inledande ståndpunkt vid förhandlingen och klargjorde att syftet med att hänvisa till både de utredande myndigheterna och den upphandlande myndigheten i den nationella lagstiftningen, inte var att föreskriva samma skyldighet två gånger.

32. Stadtwerke München anser att även om det skulle slås fast att utvidgningen av samarbetskyldigheten inte har stöd i artikel 57.6 i direktiv 2014/24, utgör unionsrätten inte hinder för att medlemsstaterna beslutar om strängare åtgärder rörande detta. Detta följer av andemeningen och syftet med skälen för uteslutning vid offentlig upphandling och av deras funktion.

33. I linje med detta har Stadtwerke München påpekat att den lösning som den nationella lagstiftaren har valt är öppen och icke-diskriminerande. Dessutom förbjuder direktivet inte uttryckligen att strängare åtgärder vidtas. Avslutningsvis anser Stadtwerke München att det även är nödvändigt att de upphandlande myndigheterna deltar i processen med att rätta fel, eftersom det ankommer på dem att pröva om de ekonomiska aktörerna ska uteslutas från förfarandet och, om så är fallet, även pröva de åtgärder för att rätta fel som har vidtagits.

34. Kommissionen anser att till skillnad från begreppet ”upphandlande myndighet” i artikel 2.1 i direktiv 2014/24, har begreppet ”utredande myndighet” inte definierats, varken i det direktivet eller i direktiv 2014/25. Kommissionen menar att även om samma myndighet kan agera både som upphandlande och som utredande myndighet, förefaller det inte som om hänvisningen till den sistnämnda i artikel 57.6 i direktiv 2014/24 syftar på den upphandlande myndigheten.

35. Enligt kommissionen följer det av en systematisk tolkning av bestämmelsen att utöver samarbetet med de utredande myndigheterna, finns det även en skyldighet att samarbeta med den upphandlande myndigheten, även om den skyldigheten är av en annan karaktär. Under alla förhållanden bör samarbetet med de två myndigheterna inte leda till en dubblering eller upprepning av samma skyldigheter.

36. Kommissionen anser även att var och en av de typer av samarbete som krävs med respektive myndighet har sina särdrag, vilket innebär att de inte är identiska. Det syfte som de utredande myndigheterna har när de genomför sina förfaranden (för att uppdaga brott) skiljer sig från den prövning som de upphandlande myndigheterna ska göra (för att försäkra sig om att en ekonomisk aktör är tillförlitlig). I det förstnämnda fallet handlar det om att avgöra huruvida de berörda parterna bär ansvar för tidigare händelser. I det sistnämnda fallet handlar det om att pröva vilka risker det kan medföra i framtiden att tilldela en viss anbudsgivare ett offentligt kontrakt.

2. Bedömning

37. Artikel 57 i direktiv 2014/24 innehåller ett antal skäl för uteslutning av ekonomiska aktörer i offentliga upphandlingsförfaranden. Punkt 1 innehåller de tvingande skälen (”den upphandlande myndigheten *ska utesluta*”) och punkt 4 de frivilliga (”en upphandlande myndighet *får utesluta*”).

38. Bland dessa frivilliga skäl återfinns sådan konkurrensbegränsande samverkan som avses i punkt 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 snedvrیدا konkurrensen”, får den utesluta aktören från upphandlingsförfarandet.

39. Om denna uteslutning inte har fastställts i en lagakraftvunnen dom – då uteslutningen ska gälla så länge som fastställs i domen – får den berörda ekonomiska aktören använda sig av den möjlighet som ges i artikel 57.6 i direktiv 2014/24, det vill säga att avbryta den *normala* uteslutningsperioden⁸ innan den har löpt ut.

40. För att kunna använda sig av denna möjlighet måste aktören i fråga ”trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning” (artikel 57.6 första stycket i direktiv 2014/24) bevisa att de åtgärder denne har vidtagit i efterhand gör den ”tillförlitlig”. För att ”bevisa dennes tillförlitlighet” (*ibid.*), får han ”lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga” (*ibid.*) i detta sammanhang.

41. När den upphandlande myndigheten bedömer denna tillförlitlighet måste den följa de riktlinjer som återfinns i det andra stycket i punkt 6. Tillförlitligheten får bara anses bevisad om den ekonomiska aktören har a) ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av det brott eller det allvarliga fel som föranledde uteslutningen, b) klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och c) vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

42. Den hänskjutande domstolens tvivel rör bara det andra av dessa villkor och det beror på den bristande överensstämelsen mellan artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 (enligt vilket den ekonomiska aktören ska bevisa att denne ”har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna”) och 125.1.2 § GWB (enligt vilken det aktiva samarbetet ska ske med ”de utredande myndigheterna och [med] den upphandlande myndigheten”).

43. Hänvisningen till den ”upphandlande myndigheten” har enligt Stadtwerke München fogats till unionslagstiftarens hänvisning till de ”utredande myndigheterna” för att undvika en restriktiv tolkning av artikel 57.6 i direktiv 2014/24 som begränsar den ekonomiska aktörens skyldighet att samarbeta till att endast omfatta de ”utredande myndigheterna”, i egentlig mening (det vill säga de organ som utreder brott eller allvarliga fel), och bortser från att den upphandlande myndigheten också *utreder*, i vid bemärkelse, när den undersöker om en ekonomisk aktör omfattas av något skäl för uteslutning eller trots det har kunnat bevisa sin tillförlitlighet.

44. Jag anser emellertid att det inte finns någon risk för missförstånd på grund av den påstådda otydligheten i artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 i dess olika språkversioner.

45. I den tyska versionen används uttrycket ”Ermittlungsbehörde”, vilket exakt motsvarar de som används i den spanska (”autoridades investigadoras”), den engelska (”investigating authorities”), den franska (”autorités chargées de l’enquête”), den italienska (”autorità investigative”), den portugisiska (”autoridades responsáveis pelo inquérito”) och den nederländska (”onderzoekende autoriteiten”) språkversionen. I samtliga dessa betecknas för övrigt de organ som tilldelar offentliga kontrakt och anordnar upphandlingsförfaranden med uttryck som också är otvetydiga: ”poder adjudicador”, i den spanska, och ”öffentliche Auftraggeber”, i den tyska.

46. Problemet ligger således inte i att de uttryck som används i artikel 57 i direktiv 2014/24 för att beteckna olika *organ* skulle vara otydliga. I själva verket har de upphandlande myndigheterna enligt denna bestämmelse vissa utredande *uppgifter*. Några exempel följer här:

- Enligt punkt 1 ska den upphandlande myndigheten utesluta en ekonomisk aktör ”om den ... har fastställt eller ... får kännedom om att den ekonomiska aktören har varit föremål för en lagakraftvunnen dom på [vissa] grunder”.

⁸ Den längsta tillåtna perioden för uteslutning enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24, om det inte finns någon lagakraftvunnen dom där den har fastställts, ska vara fem eller tre år, beroende på vilka omständigheter som föreligger enligt den bestämmelsen.

- I linje med detta hänvisas det i punkt 2 andra stycket till den omständigheten att de upphandlande myndigheterna ”på något lämpligt sätt *kan påvisa* att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter när det gäller att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter”.
- Avslutningsvis finns det andra omständigheter som anges i punkt 4 som kräver en viss *utredande verksamhet*⁹ från den upphandlande myndighetens sida. Enligt punkt 4 c kan den upphandlande myndigheten ”på lämpligt sätt ... *visa* att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas”.

47. Jag anser inte att utövandet av dessa uppgifter innebär att den upphandlande myndigheten blir en av de ”utredande myndigheter” som avses i artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24.

48. Den upphandlande myndigheten måste emellertid av nödvändighet bedriva en utredande verksamhet (i den ovan beskrivna meningen) för att klarlägga om något av de skäl för uteslutning som avses i artikel 57.1 och 57.4 i direktiv 2014/24 föreligger. Syftet med punkt 6 i den bestämmelsen är inte att den upphandlande myndigheten under alla förhållanden *själv ska avgöra* om det föreligger skäl för uteslutning, utan att den, efter att den ekonomiska aktören har uteslutits, ska *värdera den bevisning som har lagts fram av* en aktör som gör gällande att den bättrat sig.

49. Den upphandlande myndighetens uppgift vid denna bevisvärdering är således *passiv*, jämfört med den *aktiva* uppgift som den ekonomiska aktören har. Den ekonomiska aktören ska lägga fram den bevisning som den upphandlande myndigheten ska uttala sig om, utan att det för den skall krävs att myndigheten under alla förhållanden ska undersöka (eller utreda) aktörens agerande.

50. Den ekonomiska aktör som anser sig ha bättrat sig, ska bland annat bevisa att denne ”har klaggjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna”. Naturligtvis är det för den upphandlande myndigheten som den ekonomiska aktören måste bevisa detta, det vill säga för den enhet som efter att ha värderat bevisningen ska avgöra om den ekonomiska aktören i tillräcklig mån har styrkt sin tillförlitlighet och därmed på nytt kan få delta i upphandlingsförfaranden.

51. Generellt sett sammanfaller således inte de ”utredande myndigheter” som avses i artikel 57.6 andra stycket i direktiv 2014/24 med de upphandlande myndigheterna. För de sistnämnda ska anbudsgivaren (eller, som i det här aktuella fallet, det företag som vill omfattas av ett klassificeringssystem) bevisa att den aktivt och på ett uttömmande sätt har samarbetat med de utredande myndigheterna för att klargöra förhållandena. Detta samarbete måste emellertid av nödvändighet ske med ett annat organ än den upphandlande myndigheten. I annat fall skulle förhållandena ha varit allmänt kända för den sistnämnda myndigheten och inte krävt någon bevisning.

52. Tidsföljden för de åtgärder som nämns i artikel 57.6 ger stöd för denna slutsats. Det som den ekonomiska aktören ska bevisa för den upphandlande myndigheten är förhållanden som förelegat tidigare, det vill säga före den tidpunkt då den ekonomiska aktören begär att den upphandlande myndigheten ska slå fast att denne har bättrat sig.

53. Den ekonomiska aktören måste ha ersatt eller åtagit sig att ersätta skadorna och vidtagit lämpliga åtgärder för att förhindra nya överträdelser. Av samma skäl ska klargörandena (rörande förhållandena och omständigheterna kring det handlande som föranlett uteslutningen) ha skett för en myndighet som inte kan vara den upphandlande myndigheten, för vilken det bara ska bevisas att detta klargörande – exempelvis att skadorna har ersatts eller att lämpliga åtgärder har vidtagits – redan hade skett.

⁹ Jag använder detta adjektiv i dess processuella betydelse, det vill säga den som innebär ett förfarande där utredaren på eget initiativ driver utredningen framåt och inhämtar bevis som talar för eller emot ett sådant agerande.

54. Detta är enligt min uppfattning den rimligaste tolkningen av artikel 57.6 i direktiv 2014/24. Det rör sig just om den tolkning som bäst passar in på ett fall som detta, i vilket det agerande som föranledde uteslutningen (bolagets deltagande i en kartell) hade bedömts och för vilket sanktionsåtgärder vidtagits av en "utredande myndighet", nämligen Bundeskartellamt (den tyska konkurrensmyndigheten).

55. Det finns i ett sådant här fall ingen poäng med att dubblera samarbetskyldigheten och föreskriva att samarbete även ska ske med den upphandlande myndigheten, vilket skulle ha varit fallet om en ekonomisk aktör som vill få upprättelse efter att ha uteslutits, skulle ha varit tvungen att klargöra samma förhållanden och omständigheter för två olika myndigheter.

56. Det skulle emellertid kunna göras gällande (vilket Stadtwerke München har gjort) att unionsrätten inte utgör hinder för att medlemsstaterna inför strängare kriterier för att de ekonomiska aktörerna ska kunna bevisa att de blivit tillförlitliga under uteslutningsperioden. Det skulle således kunna krävas att de även ska samarbeta med den upphandlande myndigheten och inte bara med de utredande myndigheterna.

57. Det finns starka argument för denna ståndpunkt. Medlemsstaterna ska enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24 "fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel". Vidare har domstolen,¹⁰ vad beträffar de frivilliga skälen för uteslutning,¹¹ slagit fast att avsikten med direktivet om offentlig upphandling "[inte] är att de grunder för uteslutning som anges däri ska tillämpas på ett enhetligt sätt inom unionen. Medlemsstaterna har nämligen möjlighet att inte alls tillämpa dessa uteslutningsgrunder eller att införliva dem med den nationella lagstiftningen mer eller mindre rigoröst i olika fall beroende på nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär".

58. Enligt min mening skulle det bara vara möjligt om det hade rört sig om ett annat samarbete än det som krävs med de utredande myndigheterna. Det skulle således kunna uppfattas så, att det samarbete med den upphandlande myndigheten som avses i 125.1.2 § GWB inte har samma syfte som det som krävs av den ekonomiska aktören i förhållande till de utredande myndigheterna, utan att det rör ageranden som enbart den upphandlande myndigheten får bedöma och pröva huruvida de utgör grund för uteslutning.

59. En sådan tolkning skulle göra bestämmelsen i 124.4 GWB¹² begriplig eftersom en ekonomiska aktören ska samarbeta aktivt med den upphandlande myndigheten för att i) klargöra de förhållanden och omständigheter som kan ha fått den upphandlande myndigheten att dra slutsatsen att skälet för uteslutning, som det ankommer på myndigheten att pröva, är tillämpligt, och ii) övertyga myndigheten om att denne trots detta kan bättra sig.

60. Om den nationella bestämmelsen i stället skulle tolkas så, att den ekonomiska aktören ska samarbeta med den upphandlande myndigheten och med de utredande myndigheterna på samma sätt (en dubblering) för att klargöra samma förhållanden och omständigheter kring samma skäl för uteslutning, så skulle det leda till ett resultat som jag inte anser är förenligt med artikel 57.6 i direktiv 2014/24:

- Det skulle innebära att det förelåg dubbla skyldigheter gentemot organ som har olika uppgifter, vilket de utredande och de upphandlande myndigheterna har.

10 Dom av den 20 december 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000)*, punkt 31.

11 Den syftar på de skäl som återfinns i artikel 45.2 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 (EUT L 134, 2004, s. 114). Jag vill emellertid erinra om att artikel 57.6 i direktiv 2014/24 hänvisar till "de situationer som avses i punkterna 1 och 4 [i samma artikel 57]", det vill säga till både de tvingande och de frivilliga skälen för uteslutning.

12 Det är enligt den bestämmelsen möjligt att utesluta ett företag om den upphandlande myndigheten förfogar över tillräckligt trovärdiga bevis för att dra slutsatsen att företaget har ingått konkurrensbegränsande avtal.

- Den ekonomiska aktören skulle kunna försättas i en situation där den nästan inte kan försvara sig, om den upphandlande myndigheten, under de omständigheter som är i fråga i förevarande mål, gör gällande att den har lidit skada till följd av överträdelsen som gjorde att aktören uteslöts, och yrkar ersättning för denna skada.¹³

61. Om det skulle vara fråga om sådana dubbla skyldigheter skulle det innebära att man bortser från de skillnader som finns mellan de uppgifter som de utredande myndigheterna har på konkurrensområdet och de upphandlande myndigheternas uppgifter. Om en upphandlande myndighet skulle ges möjlighet att pröva huruvida de handlingar som den anser sig ha lidit skada av har klagjorts tillräckligt och inte bara att undersöka om den ekonomiska aktören på ett uttömmande vis har samarbetat med de utredande myndigheterna för att klargöra dem, är det inte säkert att den skulle ha de bästa förutsättningarna att med den neutralitet och opartiskhet som krävs, pröva den ekonomiska aktörens begäran om återupprättelse.

B. Begreppet ”relevant händelse” i den mening som avses i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 (den tredje och den fjärde frågan)

62. Enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24 ska medlemsstaterna ”fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 6 för att visa sin tillförlitlighet”.

63. Medlemsstaterna åtnjuter emellertid inte någon oinskränkt frihet beträffande detta, eftersom det i samma bestämmelse föreskrivs vissa gränser för hur lång den längsta tillåtna perioden får vara. Närmare bestämt:

- Om perioden för uteslutning har fastställts i en lagakraftvunnen dom ska det som anges i domen under alla förhållanden gälla.
- Om det finns en lagakraftvunnen dom men perioden för uteslutning inte har fastställts där, får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades, när det rör sig om tvingande skäl för uteslutning (de skäl som avses i punkt 1 i samma artikel).
- Om det inte finns någon lagakraftvunnen dom eller om den längsta tillåtna perioden inte fastställs i den lagakraftvunna domen, får den inte överskrida ”tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 4” (frivilliga skäl för uteslutning).

64. Den sistnämnda preciseringen handlar den hänskjutande domstolens två avslutande frågor, vilka syftar till att få begreppet ”relevant händelse” klarlagt.

1. Sammanfattning av parternas ståndpunkter

65. Vossloh Laeis har gjort gällande att begreppet i fråga syftar på den tidpunkt då skälet för uteslutning objektivt sett föreligger. Om lagstiftaren hade velat utgå från när den upphandlande myndigheten subjektivt sett får kännedom om händelsen så hade den enligt Vossloh Laeis uttryckt det. Samma slutsats kan enligt Vossloh Laeis dras om en systematisk tolkning görs av bestämmelsen. I annat fall skulle tidpunkten nämligen vara beroende av varje upphandlande myndighet, vilket skulle strida mot rättssäkerheten.

¹³ Det samarbete med den upphandlande myndigheten som krävs av den ekonomiska aktören skulle kunna vara till men för denne om båda två, såsom här är fallet, är parter i en civilrättslig process som den upphandlande myndigheten har inlett på grund av att den anser att den lidit skada av anbudsgivarens agerande (deltagande i en kartell) som medför uteslutning, med avseende på vilket den sistnämnde har för avsikt att bättra sig.

66. Enligt Stadtwerke München är det inte den tidpunkt då handlingen som föranleder den frivilliga uteslutningen begås (eller upphör) som är avgörande, utan den tidpunkt då alla villkor för uteslutning är uppfyllda, vilka innefattar den subjektiva aspekten (att den upphandlande myndigheten har kännedom om skälet). Det skulle innebära att den relevanta händelsen normalt sett skulle vara den tidpunkt då den upphandlande myndigheten förfogar över tillförlitlig information om att det föreligger ett skäl för uteslutning.

67. Den tyska och den ungerska regeringen instämmer i allt väsentligt med detta synsätt. Den ”relevanta händelsen” bestäms enligt dem av den tidpunkt då den upphandlande myndigheten förfogar över säker och tillförlitlig information om att skäl för uteslutning föreligger, vilket enligt den ungerska regeringen är den tidpunkt då det finns en lagakraftvunnen dom rörande detta.

68. Den grekiska regeringen anser att det som föreskrivs i artikel 25.2 i förordning (EG) nr 1/2003¹⁴ bör tillämpas på området offentlig upphandling, för att det inte ska finnas några skillnader i förhållande till det förvaltningsrättsliga eller straffrättsliga förfarandet i fråga. Av detta drar den grekiska regeringen slutsatsen att det ”relevanta” är när den händelse inträffade som föranledde uteslutningen, och inte när den kom till den upphandlande myndighetens kännedom.

69. Den polska regeringen, som bara har yttrat sig beträffande denna fråga, anser att den ”relevanta händelsen” inträffade när den överenskommelse ingicks som syftade till att snedvrida konkurrensen. Om det inte går att fastställa när överenskommelsen ingicks, får man enligt den polska regeringen utgå från tidpunkten när den händelse inträffade som gjorde att det kunde anses sannolikt att överenskommelsen ingåtts (vilket till exempel skulle kunna vara den dag då det upphandlingsförfarande avslutades i vilket det uppdagades att de deltagande ekonomiska aktörerna hade försökt att snedvrida konkurrensen).

70. Kommissionen anser att tre olika tidpunkter skulle kunna beaktas: 1) Tidpunkten för det agerande som utgjorde skäl för uteslutning. 2) Den tidpunkt då kriterierna för ett av dessa skäl är uppfyllda, vilket vad gäller punkterna c och d i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 är den tidpunkt då den upphandlande myndigheten kan visa att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till ett fel eller då den har tillräckligt sannolika indikationer. 3) Den tidpunkt då den utredande myndigheten genom ett lagakraftvunnet beslut har slagit fast det otillbörliga beteendet.

71. Enligt kommissionen talar rättssäkerhetsskäl (som är orsaken till att skälen för uteslutning har tidsbegränsats) för att det första av dessa tre alternativ ska väljas. Risken för att det offentliga kontraktet ska tilldelas någon som har gjort sig skyldig till fel i sin yrkesutövning (vilken just är orsaken till skälen för uteslutning i direktiv 2014/24), talar emellertid för att det andra alternativet ska väljas.

72. Vid förhandlingen pekade kommissionen på bestämmelserna om unionsinstitutionernas offentliga upphandlingar, bland annat artikel 106.14 och 106.15 i förordning (EU, Euratom) nr 966/2012,¹⁵ vilka den anser kan användas för att tolka artikel 57 i direktiv 2014/24, eftersom det måste råda en viss samstämmighet mellan den sistnämnda artikeln och de förstnämnda bestämmelserna. Av detta drog kommissionen i korthet slutsatsen att den längsta period under vilken en ekonomisk aktör får uteslutas är tre år från och med den tidpunkt då en utredande myndighet fattade det slutliga sanktionsbeslutet.

¹⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

¹⁵ Europaparlamentets år rådets förordning (EU, Euratom) av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EUT L 298, 2012, s. 1), ändrad genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 2015/1929 av den 28 oktober 2015 (EUT L 286, 2015, s. 1).

2. Bedömning

73. Som jag tidigare har påpekat utgår artikel 57.7 *in fine* i direktiv 2014/24 från ”dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 4”, för att fastställa när den längsta tillåtna uteslutningsperioden börjar när den inte har fastställts i en lagakraftvunnen dom.¹⁶ I princip omfattar detta begrepp således det beteende eller den omständighet som beskrivs i de olika fall som avses i artikel 57.4.

74. Den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt är emellertid huruvida uteslutningsperioden ska börja räknas från och med den tidpunkt då beteendet eller omständigheten i fråga faktiskt uppkommer eller från och med den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har säkerställt och tillförlitlig kunskap om att beteendet eller omständigheten föreligger.

75. Parterna i förevarande mål har omväxlande förespråkat en objektiv tolkning, som tar fasta på när den ”relevanta händelsen” inträffade, och en subjektiv tolkning, som bygger på när den upphandlande myndigheten fick kännedom om händelsen.

76. Kommissionen har påpekat att medan det förstnämnda perspektivet prioriterar skyddet för rättssäkerheten, gynnar det sistnämnda skyddet mot den risk det innebär att i upphandlingsförfaranden godkänna anbudsgivare som omfattas av skäl för uteslutning.

77. För att svara den hänskjutande domstolen är det emellertid inte nödvändigt att göra en uttömmande analys av bestämmelserna kring uteslutningsperiodernas längd i direktiv 2014/24, utan det räcker att se till det konkreta skälet för uteslutning som målet rör.

78. I förevarande mål har Vossloh Laeis deltagit i en kartell, vilket har slagits fast och för vilket sanktionsåtgärder har vidtagits av den tyska konkurrensmyndigheten, och tvisten handlar därför om huruvida treårsperioden ska börja löpa i) när detta deltagande inträffade eller upphörde (objektivt synsätt) eller ii) när myndigheterna, antingen den utredande eller den upphandlande, fick tillförlitlig kännedom om det konkurrensbegränsande beteendet eller vidtog sanktionsåtgärder för det (subjektivt synsätt).

79. Den grekiska regeringen anser att det är relevant att se till formuleringen i artikel 25.2 i förordning nr 1/2003 när det gäller från och med vilken tidpunkt preskriptionstiden för överträdelser inom konkurrensområdet ska börja löpa. Denna preskriptionstid ”skall räknas från och med den dag då överträdelserna begicks. Vid fortsatta eller upprepade överträdelser skall dock tiden räknas från och med den dag då överträdelserna upphörde”.

80. Om unionslagstiftaren har valt att ge företräde åt överträdarens rättssäkerhet framför verkan av kommissionens behörighet att besluta om sanktioner, är det således möjligt att tillämpa samma kriterium på den tidpunkt från och med vilken uteslutningsperioden ska börja löpa vid offentliga upphandlingsförfaranden.

81. Jag anser emellertid att detta synsätt är ofullständigt. Ska en sådan analogi tillämpas måste det ske fullt ut, vilket innebär att den längsta tillåtna perioden för uteslutning, när den väl har börjat löpa, kan avbrytas – precis som när det gäller preskription av konkurrensbegränsande beteenden.¹⁷ Den skulle således kunna vara längre än de tre år som uttryckligen föreskrivs i artikel 57.7 i direktivet.¹⁸

16 Det finns fall där det kan finnas någon typ av domstolsavgörande (exempelvis vid insolvens- eller likvidationsförfaranden; vilket är fallet i punkt b), medan det i andra fall kan konstateras att det föreligger ett skäl för uteslutning utan att det behöver finnas något sådant avgörande (till exempel om den ekonomiska aktören har försökt tillägna sig konfidentiell information, vilket är fallet i punkt i).

17 I artikel 25.3 och 25.5 i förordning nr 1/2003 föreskrivs att ”[p]reskriptionstiden för åläggande av böter eller föreläggande av viten skall avbrytas av åtgärder som vidtas av kommissionen eller av en medlemsstats konkurrensmyndighet i syfte att undersöka eller ingripa mot överträdelser. Avbrottet i preskriptionstiden skall gälla från och med den dag då minst ett företag eller en företagssammanslutning som har deltagit i överträdelserna underrättas om åtgärden ... Efter varje avbrott skall preskriptionstiden börja löpa på nytt”.

18 En bestämmelse som till skillnad från artikel 106 i förordning nr 966/2012 inte föreskriver någon uttrycklig preskriptionstid för uteslutning.

82. Jag anser därför att det går att komma fram till en lösning på analog väg, men att det ska ske genom att tillämpa denna metod för att införliva bestämmelsen med avseende på det övriga innehållet i bestämmelsen. Där betonas att när det tvingande skälet för uteslutning utgörs av ett konkurrensbegränsande beteende som slagits fast i en dom i vilken uteslutningsperiodens längd inte har fastställts, är det just från och med dagen för *domen* som den femåriga uteslutningsperioden ska börja räknas.

83. Samma kriterium kan enligt min uppfattning utan större svårigheter tillämpas när det rör sig om konkurrensbegränsande beteenden, vars förekomst bara kan anses styrkt (på grund av oskuldspreskriptionen) i ett avgörande, oavsett om det meddelas av en domstol eller en myndighet. I ett sådant fall, vilket är vad som föreligger här, är det dagen för det avgörandet (som fungerar som *dom* i oegentlig mening) som utgör den "relevanta händelsen" då beräkningen av den treåriga uteslutningsperioden ska börja.

84. Under sådana omständigheter som i förevarande mål, utgörs den "relevanta händelsen" i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 således inte av det konkurrensbegränsande beteendet i sig, utan av det rättsliga konstaterandet att beteendet föreligger, eller, om man så vill, av den rättsliga kvalificeringen av en handling, för vilken, såsom utgörande ett rättsstridigt beteende, myndigheten redan har vidtagit sanktionsåtgärder.

85. Om det har funnits ett avgörande där det uttryckligen har slagits fast att en ekonomisk aktör har deltagit i en kartell, utgörs med andra ord den "relevanta händelse" från och med vilken den upphandlande myndigheten – som har till uppgift eller i förekommande fall ges behörighet att utesluta den ekonomiska aktören – ska börja räkna den längsta tillåtna perioden för uteslutning, inte av det överträdande företagets materiella handlande i egentlig mening utan av kvalificeringen av handlandet som konkurrensbegränsande beteende och vidtagandet av sanktionsåtgärder.

86. Enligt min uppfattning, vilken sammanfaller med den ungerska regeringens och med den som kommissionen gav uttryck för vid förhandlingen, är det den faktorn som ska vara den "relevanta" för den upphandlande myndigheten när den ska fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden för den berörda ekonomiska aktören. Mot bakgrund av den sanktion som konkurrensmyndigheten har beslutat om, har den upphandlande myndigheten i rättsligt hänseende redan fått kännedom om att det föreligger ett handlande som kan föranleda uteslutning. Uteslutningsperioden börjar löpa vid den tidpunkten, det vill säga från och med den dag då sanktionsbeslutet i fråga antogs.

VI. Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska lämna följande svar till Vergabekammer Südbayern (Upphandlingsnämnden i södra Bayern, Tyskland):

"1. Artikel 80 i 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, jämförd med artikel 57.6 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG,

- utgör hinder för att en ekonomisk aktör som vill bevisa sin tillförlitlighet trots att det föreligger ett relevant skäl för uteslutning, måste samarbeta aktivt med den upphandlande myndigheten för att på ett uttömmande sätt klargöra förhållanden och omständigheter under vilka denne har medverkat i överenskommelser som syftat till att snedvrída konkurrensen, när samma aktör redan har samarbetat aktivt, för att på ett uttömmande sätt klargöra omständigheterna, med den konkurrensmyndighet som utredde och vidtog sanktionsåtgärder för dessa förhållanden,

- utgör inte hinder för en medlemsstat att kräva ett sådant aktivt samarbete med den upphandlande myndigheten, som villkor för att den ekonomiska aktören ska kunna bevisa sin tillförlitlighet och inte uteslutas från upphandlingsförfarandet, när det rör sig om överträdelser vars förhållanden och omständigheter ska preciseras av den upphandlande myndigheten själv.
2. När en ekonomisk aktör omfattas av det skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24, på grund av att denne har ingått överenskommelser som syftar till att snedvrída konkurrensen som redan har blivit föremål för ett sanktionsbeslut, ska den längsta tillåtna perioden för uteslutning räknas från och med dagen för det beslutet.”