



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 15 september 2022 *

”Begäran om förhandsavgörande – Förfaranden för offentlig upphandling –
Direktiv 2014/24/EU – Artikel 57.4 första stycket d – Fakultativa skäl för uteslutning –
Avtal med andra ekonomiska aktörer i syfte att snedvrída konkurrensen –
Direktiv 2014/25/EU – Artikel 36.1 – Proportionalitetsprincipen och principen om
likabehandling av anbudsgivare – Artikel 80.1 – Tillämpning av skäl för uteslutning och
urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU – Anbudsgivare som utgör en ekonomisk
enhet och som har lämnat separata anbud som varken är oberoende eller självständiga –
Nödvändigt att det föreligger tillräckligt sannolika indikationer för att en överträdelse av
artikel 101 FEUF ska anses vara för handen”

I mål C-416/21,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Bayerisches
Oberstes Landesgericht (Regionala överdomstolen i Bayern, Tyskland) genom beslut av den
24 juni 2021, som inkom till domstolen den 7 juli 2021, i målet

Landkreis Aichach-Friedberg,

mot

J. Sch. Omnibusunternehmen,

K. Reisen GmbH,

ytterligare deltagare i rättegången:

E. GmbH & Co. KG,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Lycourgos (referent) samt domarna S. Rodin, J.-C.
Bonichot, L.S. Rossi och O. Spineanu-Matei,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

* Rättegångsspråk: tyska.

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Landkreis Aichach-Friedberg, genom R. Wiemann, Rechtsanwalt,
- J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH, genom J.-R. Eydner och A. Kafedžić, Rechtsanwälte,
- E. GmbH & Co. KG, genom H. Holz, S. Janka och U.-D. Pape, Rechtsanwälte,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek och J. Vlácil, båda i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Santini, avvocato dello Stato,
- Litauens regering, genom K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė och E. Kurelaitytė, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom P. Ondrůšek och G. Wils, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 18.1 och artikel 57.4 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, 2014, s. 65), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 337, 2017, s. 19) (nedan kallat direktiv 2014/24).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Landkreis Aichach-Friedberg (distriktet Aichach-Friedberg, Tyskland) och J. Sch. Omnibusunternehmen (nedan kallat J) och K. Reisen GmbH, angående detta distrikts tilldelning av ett offentligt kontrakt avseende kollektivtrafik med buss.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 93/37/EEG

- 3 Artikel 24 första stycket i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, 1993, s. 54; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) innehöll en förteckning över fakultativa skäl för att utesluta entreprenörer från att delta i ett upphandlingsförfarande.

Direktiv 2014/24

- 4 I skäl 101 första stycket i direktiv 2014/24 anges följande:

”Upphandlande enheter bör dessutom ges möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, exempelvis på grund av att de inte fullgör sina miljörelaterade eller sociala skyldigheter, inklusive bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelse av konkurrensregler eller intrång i immateriella rättigheter ...”

- 5 Enligt artikel 2.1 led 10 i detta direktiv avses med ”ekonomisk aktör”, i den mening som avses i samma direktiv, varje fysisk eller juridisk offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagsammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden.
- 6 Enligt artikel 4 c i nämnda direktiv ska direktivet tillämpas på kontrakt vars uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 221 000 euro, däribland för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter under den centrala nivån och för projekt-tävlingar som anordnas av sådana myndigheter.
- 7 I artikel 18 i samma direktiv, med rubriken ”Principer för upphandling”, föreskrivs följande i punkt 1:
- ”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.
- Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”
- 8 I artikel 57 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Skäl för uteslutning”, föreskrivs följande:

”...

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

...

- 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.

...

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.

...

7. Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel ...”

Direktiv 2014/25/EU

- 9 I artikel 11 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 (EUT L 2014, 94, s. 243), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2364 av den 18 december 2017 (EUT L 337, 2017, s. 17) (nedan kallat direktiv 2014/25), föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Ett nät för transporttjänster ska anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt driftsvillkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, kapacitet som ska finnas tillgänglig eller turtäthet.”

10 I artikel 15 a i direktiv 2014/25 föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på all upphandling som inte ska undantas enligt artiklarna 18–23 eller artikel 34 när det gäller utövande av verksamheten i fråga, och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

a) 443000 EUR för varu- och tjänstekontrakt samt för projekttävlingar.”

11 I artikel 36.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

...”

12 Artikel 80 i direktiv 2014/25 har rubriken ”Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv [2014/24]”. I punkt 1 i denna artikel föreskrivs följande:

”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] 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] enligt de villkor som anges i den artikeln.”

Den tyska lagstiftningen

13 I 1 § i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar) av den 26 juni 2013 (BGBl. 2013 I, s. 1750), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad GWB), föreskrivs följande:

”Avtal mellan företag samt beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som har till syfte eller får som effekt att förebygga, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen är förbjudna.”

14 I 124 § punkt 1 GWB, genom vilken artikel 57.4 i direktiv 2014/24 införlivas med tysk rätt, föreskrivs följande i led 4:

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

...

4. den upphandlande myndigheten förfogar över tillräckligt trovärdiga bevis för att dra slutsatsen att företaget har ingått avtal eller deltagit i samordnade förfaranden med andra företag som syftar till eller får till följd att konkurrensen försvåras, begränsas eller snedvrیدs,

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 15 Den 19 december 2019 offentliggjorde distriktet Aichach-Friedberg ett meddelande om upphandling i syfte att genom ett öppet förfarande tilldela ett offentligt kontrakt avseende kollektivtrafik med buss, vars uppskattade värde översteg det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 4 c i direktiv 2014/24.
- 16 J är en näringsidkare som handlar i eget namn och K. Reisen är ett bolag med begränsat ansvar som ägnar sig åt busstrafik i vilket J är företagsledare och enda delägare.
- 17 Den 27 februari 2020 lämnade både J och K. Reisen in anbud avseende meddelandet om upphandling via samma person, det vill säga J. J:s tillgångar var föremål för ett insolvensförfarande sedan den 1 november 2019. Genom beslut av den 1 december 2019 undantog konkursförvaltaren J:s verksamhet som egenföretagare från detta förfarande. J förklarade i sitt anbud att det varken hade ansökts om eller inletts något insolvensförfarande mot hans företag.
- 18 Den 2 april 2020 informerades J och K. Reisen om att deras anbud hade uteslutits på grund av åsidosättande av konkurrensreglerna, eftersom de hade upprättats av samma person, och att det aktuella kontraktet skulle tilldelas E. GmbH & Co. KG.
- 19 Efter att ha lämnat in en begäran om omprövning, som avslogs, väckte J och K. Reisen talan vid Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern, Tyskland). Genom beslut av den 12 januari 2021 biföll tillsynsnämnden talan och ålade distriktet Aichach-Friedberg att återinföra dessa anbudsgivares anbud i upphandlingsförfarandet i fråga. Enligt tillsynsnämnden omfattas dessa anbudsgivares beteende, mot bakgrund av domen av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), inte av artikel 101 FEUF, eftersom de utgör en ekonomisk enhet.
- 20 Distriktet Aichach-Friedberg överklagade detta beslut till Bayerisches Oberstes Landesgericht (Bayerns regionala överdomstol, Tyskland). Enligt detta distrikt är det oförenligt med de övriga anbudsgivarnas intressen att tillåta två anbudsgivare som utgör en ekonomisk enhet att delta i ett upphandlingsförfarande; detta strider mot principen om likabehandling och konkurrensreglerna, bland annat genom att dessa anbudsgivare kan samordna sina respektive anbud.
- 21 J och K. Reisen anser att med hänsyn till domen av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), är det endast möjligt att utesluta en anbudsgivare på grund av en överträdelse av konkurrensreglerna om den aktuella situationen omfattas av artikel 101 FEUF. Att de skäl för uteslutning som föreskrivs i direktiv 2014/24 anges på ett uttömmande sätt utgör dessutom hinder för att tillämpa principen om likabehandling av anbudsgivare.
- 22 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende angett att J och K. Reisen utgör en ekonomisk enhet, i den mening som avses i EU-domstolens praxis avseende artikel 101 FEUF. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att det för tillämpningen av det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i denna bestämmelse krävs att den upphandlande myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att artikel 101 FEUF har åsidosatts. Den anser att denna fråga ska besvaras jakande, eftersom ett undantag enligt denna bestämmelse i direktiv 2014/24 förutsätter en

överträdelse av en konkurrensrättslig bestämmelse. En sådan överträdelse kan emellertid inte anses föreligga när de berörda företagen utgör en ekonomisk enhet och således kan åberopa det så kallade ”koncernprivilegiet”.

- 23 Den hänskjutande domstolen vill dessutom få klarhet i huruvida uppräknningen av fakultativa skäl för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 utgör hinder för att principen om likabehandling åberopas för att motivera att anbud från två anbudsgivare som bildar en ekonomisk enhet inte ska beaktas.
- 24 Konkret ska det preciseras huruvida den rättspraxis som följer av domen av den 16 december 2008, *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 44 och följande punkter), kan överföras på artikel 57.4 i direktiv 2014/24. I detta avseende anser den hänskjutande domstolen att trots skillnaderna mellan den förteckning över fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 och de skäl som fanns i de tidigare direktiven om offentlig upphandling, utgör principen om likabehandling fortfarande hinder för att beakta anbud som varken är oberoende eller självständiga och som lämnas av anknutna företag.
- 25 Slutligen ska det fastställas huruvida domstolens praxis avseende anbud som varken är självständiga eller oberoende och som lämnas av anknutna anbudsgivare (dom av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324) är tillämplig på anbud som lämnats av anbudsgivare som utgör en ekonomisk enhet. Den hänskjutande domstolen anser, mot bakgrund av denna dom, att principen om likabehandling i än högre grad utgör hinder för att ett kontrakt kan tilldelas anbudsgivare som bildar en ekonomisk enhet och som varken kan lämna oberoende eller självständiga anbud.
- 26 Mot denna bakgrund beslutade Bayerisches Oberstes Landesgericht (Regionala överdomstolen i Bayern) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 tolkas så, att den upphandlande myndigheten måste ha tillräckligt sannolika indikationer för en överträdelse av artikel 101 FEUF av en ekonomisk aktör?

[Om denna fråga besvaras jakande:]

- 2) Ska artikel 57.4 i direktiv 2014/24 tolkas som en uttömmande förteckning av de fakultativa uteslutningsgrunderna, innebärande att principen om likabehandling (artikel 18.1 i direktivet) inte kan förhindra en kontraktstilldelning vid anbud som varken är oberoende eller självständiga?
- 3) Ska artikel 18.1 i direktiv 2014/24 tolkas så, att den utesluter en tilldelning av kontrakt till företag, som bildar en ekonomisk enhet, som vart och ett har lämnat ett anbud?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 27 Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor för att få klarhet i hur artikel 18.1 och artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 ska tolkas inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling av kollektivtrafik med buss.

- 28 Det ska härvidlag erinras om att det av fast rättspraxis framgår att det, enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF, ankommer det på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den har att pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits. EU-domstolen kan dessutom behöva ta hänsyn till unionsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin fråga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 maj 2020, T-Systems Magyarorszá, C-263/19, EU:C:2020:373, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 29 I förevarande fall kan det konstateras att tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på området busstrafik uttryckligen nämns i artikel 11 i direktiv 2014/25 som ett område som direktivet är tillämpligt på. I den mån den upphandlande enheten, genom det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet, avser ett sådant tillhandahållande eller drift av nät, varvid kontraktet överskrider det tröskelvärde som anges i artikel 15 a i direktivet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva, finner domstolen att nämnda kontrakt, med hänsyn till dess syfte, omfattas av nämnda direktivs tillämpningsområde.
- 30 Mot bakgrund av de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i sin begäran om förhandsavgörande ska det för det första påpekas att den bestämmelse som ska tolkas är artikel 36.1 i direktiv 2014/25, enligt vilken upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt. Denna bestämmelse motsvarar i huvudsak bestämmelserna i artikel 18.1 i direktiv 2014/24.
- 31 Vad för det andra gäller de fakultativa skälen för uteslutning, innehåller direktiv 2014/25 inte någon självständig bestämmelse, utan hänvisar i det avseendet till direktiv 2014/24.
- 32 I artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25 föreskrivs särskilt att om medlemsstaterna så begär ska objektiva regler och kriterier för uteslutning och urval av anbudssökande och anbudsgivare i öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden, omfatta de uteslutningskriterier som anges i artikel 57.4 i direktiv 2014/24, ”enligt de villkor som anges i den artikeln”.
- 33 Det ska påpekas att orden ”enligt de villkor som anges i den artikeln” hänvisar till de villkor som nämns i denna artikel 57.4 (se, analogt, dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 33).
- 34 Om det, efter den hänskjutande domstolens prövning, framgår att direktiv 2014/25 är tillämpligt på det upphandlingsförfarande som är aktuellt i det nationella målet, är det av vikt att EU-domstolen, för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts, tolkar artikel 57.4 i direktiv 2014/24, och särskilt första stycket led d i denna bestämmelse, som särskilt avses i begäran om förhandsavgörande, eftersom artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25 gör det möjligt för medlemsstaterna att tillämpa nämnda bestämmelse i sådana förfaranden.

Den första frågan

- 35 Under dessa omständigheter ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, ska tolkas så, att det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket d endast avser fall där det finns tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att ekonomiska aktörer har brutit mot artikel 101 FEUF.

- 36 Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolens frågor om räckvidden av det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket d grundar sig på den omständigheten att 124 § punkt 1 led 4 GWB, genom vilken samma artikel 57.4 första stycket d har införlivats med tysk rätt, återger den formulering av förbudet mot avtal som begränsar konkurrensen som återfinns i 1 § GWB, vilken i huvudsak, i tysk rätt, återger artikel 101 FEUF. Kommissionen har erinrat om att det framgår av domstolens praxis (dom av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 28 och där angiven rättspraxis) att den sistnämnda artikeln inte är tillämplig om de avtal som den förbjuder genomförs av företag som, såsom i förevarande fall, bildar en ekonomisk enhet.
- 37 Det ska inledningsvis erinras om att enligt artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 kan de upphandlande myndigheterna utesluta – eller av medlemsstaterna åläggas att utesluta – en ekonomisk aktör från deltagande i ett upphandlingsförfarande 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.
- 38 Det ska konstateras att denna bestämmelse allmänt avser "[a]vtal med andra ekonomiska aktörer [som ingåtts] i syfte att snedvrیدا konkurrensen". I dess lydelse nämns inte artikel 101 FEUF, och det ska särskilt påpekas att denna bestämmelse, i motsats till sistnämnda artikel, inte nämner något krav på att dessa avtal måste ha ingåtts "mellan företag", i den mening som avses i denna bestämmelse, eller något krav på att dessa avtal "kan påverka handeln mellan medlemsstater".
- 39 Härav följer att artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 hänvisar till fall där ekonomiska aktörer ingår ett konkurrensbegränsande avtal, oavsett vilket, och inte kan begränsas till att enbart gälla de avtal mellan företag som avses i artikel 101 FEUF.
- 40 Vidare bekräftar det underliggande syftet med artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 denna tolkning.
- 41 Domstolen har slagit fast att den upphandlande myndighetens möjlighet, eller till och med skyldighet, att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande är särskilt avsett att ge myndigheten utrymme att bedöma varje enskild ekonomisk aktörs redbarhet och tillförlitlighet. I synnerhet har det fakultativa skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 101 i samma direktiv, sin grund i ett centralt inslag i förhållandet mellan den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet och den upphandlande myndigheten, nämligen pålitligheten hos nämnda aktör, som den upphandlande myndighetens förtroende för denna aktör grundar sig på (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 41).
- 42 Artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 syftar således till att göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att bedöma och beakta varje ekonomisk aktörs redbarhet och tillförlitlighet för att kunna utesluta icke tillförlitliga anbudsgivare, vilka myndigheterna mistänker inte kommer att kunna tillhandahålla de berörda tjänsterna i enlighet med det aktuella upphandlingskontraktet.
- 43 Ett sådant syfte förefaller emellertid skilja sig från det som avses i artikel 101 FEUF. Syftet med denna bestämmelse är nämligen att bestraffa företagens konkurrensbegränsande beteenden och avskräcka dem från sådana beteenden (dom av den 6 oktober 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, punkt 37).

- 44 Syftet med artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 leder således till slutsatsen att denna bestämmelse ska tolkas extensivt, vilket bland annat innebär att avtal mellan ekonomiska aktörer som inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna ska beaktas av de upphandlande myndigheterna inom ramen för det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i denna bestämmelse.
- 45 Vad slutligen gäller det sammanhang i vilket bestämmelsen ingår ska det påpekas att inom ramen för det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket c i direktiv 2014/24 ska begreppet ”fel i yrkesutövningen”, som omfattar varje felaktigt handlande som inverkar på den ekonomiska aktörens trovärdighet, redbarhet eller yrkesmässiga pålitlighet, tolkas extensivt (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 4 juni 2019, Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18, EU:C:2019:476, punkterna 29 och 30).
- 46 Eftersom ett åsidosättande av konkurrensreglerna, såsom framgår av skäl 101 i direktiv 2014/24, mot bakgrund av syftet med artikel 57.4 i detta direktiv, som det redogjorts för i punkt 39 i förevarande dom, kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen, skulle det under dessa omständigheter vara inkonsekvent att ge begreppet ”avtal” i första stycket led d i denna bestämmelse en restriktiv tolkning, så att den enbart omfattar sådana avtal mellan företag som avses i artikel 101 FEUF.
- 47 Detta gäller i än högre grad eftersom begreppet ekonomisk aktör, som definieras i artikel 2.1 led 10 i direktiv 2014/24, inte hänvisar till begreppet företag, i den mening som avses i artikel 101 FEUF.
- 48 Domstolen finner följaktligen att även om förekomsten av ett avtal, i den mening som avses i artikel 101 FEUF, ska anses omfattas av det fakultativa skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24, har sistnämnda bestämmelse likväl en vidare räckvidd som även avser ekonomiska aktörers ingående av konkurrensbegränsande avtal som inte omfattas av artikel 101 FEUF. Enbart den omständigheten att ett sådant avtal mellan två ekonomiska aktörer inte omfattas av denna artikel hindrar således inte att det kan omfattas av detta fakultativa skäl för uteslutning.
- 49 För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar ska det emellertid understrykas att denna bestämmelse i direktiv 2014/24 avser det fall då det finns tillräckliga uppgifter som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att anse att ett avtal har ingåtts mellan två eller flera ekonomiska aktörer i syfte att snedvrیدا konkurrensen, vilket med nödvändighet förutsätter att det föreligger en gemensam vilja hos minst två olika ekonomiska aktörer.
- 50 I förevarande fall ska det anmärkas, såsom Europeiska kommissionen också har påpekat, att det i ett sådant fall som det som är aktuellt i det nationella målet inte kan anses att två ekonomiska aktörer som huvudsakligen agerar via samma fysiska person för att fatta sina beslut kan ingå ”avtal” emellan, eftersom det inte förefaller kunna finnas två skilda viljor som kan förenas. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det, med hänsyn till sambandet mellan J och K. Reisen, är möjligt för dem att ingå sådana avtal i syfte att snedvrیدا konkurrensen. Om så inte är fallet, kan det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24 inte tillämpas på deras situation.
- 51 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 57.4 första stycket d i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, ska tolkas så, att det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket d avser

fall där det finns tillräckligt sannolika indikationer för att det ska kunna slås fast att ekonomiska aktörer har ingått ett avtal som är förbjudet enligt artikel 101 FEUF, men att detta fakultativa skäl för uteslutning inte är begränsat till att enbart gälla de avtal som anges i sistnämnda artikel.

Den andra och den tredje frågan

- 52 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 57.4 i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, ska tolkas så, att artikel 57.4 innehåller en uttömmande reglering av fakultativa skäl för uteslutning, vilket hindrar att principen om likabehandling i artikel 36.1 i direktiv 2014/25 kan utgöra hinder för att upphandlingen i fråga tilldelas ekonomiska aktörer som utgör en självständig enhet, och vars anbud, även om de har ingetts separat, inte är självständiga eller oberoende.
- 53 I det liknande sammanhang som gäller för direktiv 93/37 slog domstolen fast att artikel 24 första stycket i detta direktiv, vilket i likhet med artikel 57.4 i direktiv 2014/24 innehåller en förteckning över fakultativa skäl för uteslutning, skulle anses innehålla en uttömmande förteckning över grunderna för att kunna utesluta en entreprenör från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som, baserat på objektiva faktorer, avser dennes yrkesmässiga förtjänster. Bestämmelsen utgör följaktligen hinder mot att medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna kompletterar förteckningen däri med ytterligare grunder för uteslutning, baserade på kriterier avseende yrkesmässiga förtjänster (dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 43).
- 54 På samma sätt innehåller artikel 57.4 i direktiv 2014/24 en uttömmande uppräkningslista av de fakultativa skäl för uteslutning som kan motivera att en ekonomisk aktör utesluts från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som grundar sig på objektiva omständigheter som rör dennes yrkesmässiga egenskaper samt på en intressekonflikt eller en snedvridning av konkurrensen som uppstår genom dennes deltagande i förberedelserna inför detta förfarande.
- 55 Den omständigheten, som den hänskjutande domstolen har tagit upp, att denna bestämmelse numera omfattar ett större antal fakultativa skäl för uteslutning än de tidigare unionsdirektiven om offentlig upphandling kan inte på något sätt påverka frågan huruvida förteckningen i nämnda bestämmelse ska anses vara uttömmande.
- 56 Med hänsyn till arten av de skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 i direktiv 2014/24, ska det nämligen anses att unionslagstiftaren har intagit samma ståndpunkt vad gäller de olika skäl för uteslutning som anges i de på varandra följande unionsdirektiven om offentlig upphandling och som, såsom domstolen slog fast i punkt 42 i domen av den 16 december 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731), endast beakta de skäl för uteslutning som baserar sig på objektiva konstateranden av faktiska omständigheter eller på ett uppträdande från den berörda ekonomiska aktörens sida av sådant slag att dennes anseende skadas med avseende på den yrkesmässiga hedern eller ekonomiska eller finansiella lämpligheten att utföra de arbeten som omfattas av den offentliga upphandling inom ramen för vilken denne har lämnat anbud, eller, när det gäller kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24, att skapa en situation som i samband med upphandlingsförfarandet i fråga utgör en intressekonflikt eller en snedvridning av konkurrensen, enligt de typfall som avses i artikel 57.4 första stycket e respektive artikel 57.4 första stycket f i det direktivet.

- 57 Den omständigheten att uppräknigen av fakultativa skäl för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24, till vilken det hänvisas i artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, är uttömmande, hindrar emellertid inte att principen om likabehandling, som föreskrivs i artikel 36.1 i sistnämnda direktiv, kan utgöra hinder för att upphandlingskontraktet i fråga tilldelas ekonomiska aktörer som utgör en självständig enhet, och vars anbud, även om de har ingetts separat, inte är självständiga eller oberoende.
- 58 En sådan uttömmande uppräknig utesluter nämligen inte att medlemsstaterna kan bibehålla eller föreskriva materiella bestämmelser som bland annat syftar till att säkerställa att de upphandlande myndigheterna iakttar principen om likabehandling vid offentlig upphandling liksom den princip om öppenhet som denna förutsätter, vilket de är skyldiga att göra under hela förfarandet för offentlig upphandling och som ligger till grund för unionsdirektiven om förfaranden vid offentlig upphandling, iakttas på området för offentlig upphandling, förutsatt att proportionalitetsprincipen respekteras (se, analogt, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 21, och dom av den 8 februari 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punkt 30).
- 59 Vad särskilt gäller anknutna anbudsgivare skulle principen om likabehandling i artikel 36.1 i direktiv 2014/25 åsidosättas om dessa 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 (se, analogt, dom av den 17 maj 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 29).
- 60 Iakttagandet av proportionalitetsprincipen kräver i detta sammanhang att den upphandlande enheten är skyldig att pröva och bedöma de faktiska omständigheterna för att fastställa huruvida kontrollförhållandet mellan två enheter har haft någon konkret inverkan på innehållet i de respektive anbud som de berörda företagen har avgett inom ramen för samma upphandlingsförfarande. För det fall det konstateras att en sådan inverkan föreligger, av vilket slag den än må vara, är detta tillräckligt för att nämnda företag kan uteslutas från det aktuella förfarandet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 32, och dom av den 8 februari 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punkt 38).
- 61 Konstaterandet att förhållandet mellan anbudsgivarna har påverkat innehållet i de anbud som lämnats inom ramen för samma förfarande räcker nämligen för att anbuden inte ska kunna beaktas av den upphandlande enheten, eftersom sådana anbud måste presenteras på ett fullständigt oberoende och självständigt sätt när de kommer från anknutna anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 maj 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 38).
- 62 Dessa överväganden är i än högre grad tillämpliga på situationen för anbudsgivare som inte bara är anknutna till varandra, men som utgör en ekonomisk enhet.
- 63 För det fall att den hänskjutande domstolen efter de kontroller och bedömningar som är nödvändiga kommer fram till att de anbud som är aktuella i det nationella målet inte har lämnats in på ett självständigt och oberoende sätt, utgör artikel 36.1 i direktiv 2014/25 hinder för att tilldela de anbudsgivare som har lämnat sådana anbud det aktuella kontraktet.

- 64 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra och den tredje frågan besvaras enligt följande. Artikel 57.4 i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, ska tolkas så, att denna artikel 57.4 på ett uttömmande sätt reglerar de fakultativa skäl för uteslutning som kan motivera att en ekonomisk aktör utesluts från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som grundar sig på objektiva omständigheter som rör dennes yrkesmässiga egenskap samt på en intressekonflikt eller en snedvridning av konkurrensen som uppstår genom dennes deltagande i förberedelserna inför detta förfarande. Nämnda artikel 57.4 hindrar emellertid inte att principen om likabehandling i artikel 36.1 i direktiv 2014/25 kan utgöra hinder för att upphandlingen i fråga tilldelas ekonomiska aktörer som utgör en självständig enhet, och vars anbud, även om de har ingetts separat, inte är självständiga eller oberoende.

Rättegångskostnader

- 65 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:

- 1) **Artikel 57.4 första stycket 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, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket 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, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2364 av den 18 december 2017,**

ska tolkas enligt följande:

Det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 första stycket d avser fall där det finns tillräckligt sannolika indikationer för att det ska kunna slås fast att ekonomiska aktörer har ingått ett avtal som är förbjudet enligt artikel 101 FEUF, men att detta fakultativa skäl för uteslutning inte är begränsat till att enbart gälla de avtal som anges i sistnämnda artikel.

- 2) **Artikel 57.4 i direktiv 2014/24, i dess lydelse enligt delegerad förordning 2017/2365, jämförd med artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25, i dess lydelse enligt delegerad förordning 2017/2364,**

ska tolkas enligt följande:

Denna artikel 57.4 reglerar på ett uttömmande sätt de fakultativa skäl för uteslutning som kan motivera att en ekonomisk aktör utesluts från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som grundar sig på objektiva omständigheter som rör dennes yrkesmässiga egenskap samt på en intressekonflikt eller en snedvridning av konkurrensen som uppstår genom dennes deltagande i förberedelserna inför detta förfarande. Nämnda artikel 57.4 hindrar emellertid inte att principen om

likabehandling i artikel 36.1 i direktiv 2014/25 i dess lydelse enligt delegerad förordning 2017/2364, kan utgöra hinder för att upphandlingen i fråga tilldelas ekonomiska aktörer som utgör en självständig enhet, och vars anbud, även om de har ingetts separat, inte är självständiga eller oberoende.

Underskrifter