



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
föredraget den 11 maj 2023<sup>1</sup>

## Mål C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, SA,  
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A**  
**mot**  
**Toscca - Equipamentos em Madeira Ld<sup>a</sup>,  
ytterligare deltagare i rättegången:  
Mota-Engil Railway Engineering, SA**

(begäran om förhandsavgörande från Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen, Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/24/EU – Offentlig upphandling – Fakultativa skäl för uteslutning – Artikel 57.4 d – Uteslutning av en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande – Påföljd för konkurrensbegränsande förfaranden – Automatisk uteslutning på grundval av ett tidigare beslut av en konkurrensmyndighet – Den upphandlande myndighetens befogenhet att bedöma huruvida skälet för uteslutning föreligger – Artikel 57.6 – Huruvida anbudsgivaren är lämplig och tillförlitlig – Motivering – Konkurrensbegränsande förfaranden som upptäcks inom ramen för själva anbudsörfarandet”

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande har domstolen ombetts att tolka artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU,<sup>2</sup> enligt vilken upphandlande myndigheter får utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande om denna ekonomiska aktör har ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer för att snedvrیدا konkurrensen.

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en tvist som gäller tilldelning av ett kontrakt till ett företag som tidigare påförts en påföljd för att ha samrått med andra företag för att genomföra konkurrensbegränsande beteenden (överenskommelser om priser och uppdelning av marknaden).

<sup>1</sup> Originalspråk: spanska.

<sup>2</sup> 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. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

#### 1. Direktiv 2014/24

3. I artikel 56 ("Allmänna principer") föreskrivs följande:

"1. Kontrakt ska tilldelas på grundval av de kriterier som fastställs i enlighet med artiklarna 67–69, under förutsättning att den upphandlande myndigheten i enlighet med artiklarna 59–61 har kontrollerat att samtliga följande villkor är uppfyllda:

...

b) Anbudet lämnas av en anbudsgivare som inte är utesluten i enlighet med artikel 57 ..."

4. I artikel 57 ("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.

...

5. ...

När som helst under förfarandet får de upphandlande myndigheterna utesluta eller åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör om det visar sig att denne, med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet, befinner sig i någon av de situationer som avses i punkt 4.

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/EU<sup>3</sup>

5. 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.

...”

<sup>3</sup> 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).

## **B. Portugisisk rätt**

### *1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*<sup>4</sup>

6. Artikel 55 ("Hinder") har följande lydelse:

"Följande enheter får inte vara anbudssökande, anbudsgivare eller ingå i en grupp:

...

c) enheter som har ålagts en påföljd på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen och som under tiden inte har bättrat sig, när det gäller fysiska personer, eller, när det gäller juridiska personer, de vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan har varit föremål för en sådan administrativ påföljd och fullgör sina uppgifter.

...

f) enheter som har ålagts den accessoriska påföljden om förbud mot att delta i sådana upphandlingsförfaranden som avses i speciallagstiftningen, särskilt i påföljdsbestämmelser på området för ... konkurrens, ... under den period som anges i påföljdsbeslutet."

7. I artikel 70.2 ("Utvärdering av anbud") föreskrivs följande:

"2 – Anbud ska uteslutas om det vid utvärderingen av dem framgår

...

g) starka indikationer på handlingar, avtal, förfaranden eller uppgifter som kan snedvrیدا konkurrensen."

### *2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência (konkurrenslagen)*<sup>5</sup>

8. I artikel 71 ("Accessoriska påföljder") föreskrivs i punkt 1 b att om överträdelsens allvar och oaktsamheten hos den aktör som gjort sig skyldig till överträdelsen motiverar det, kan Autoridade de Concorrência (nedan kallad konkurrensmyndigheten), utöver böter, ålägga aktören den accessoriska påföljden att frånta aktören rätten att delta i vissa förfaranden för offentlig upphandling, förutsatt att det handlande som utgör den överträdelse för vilken böter åläggs har ägt rum samtidigt som eller som en följd av det relevanta förfarandet.

<sup>4</sup> Lagdekret nr 18/2008, (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) (Diário da República nr 20/2008, Serie I, 29 januari 2008), i dess lydelse efter omarbetningen genom Decreto-lei nr 111-B/2017 av den 31 augusti (nedan kallat lagdekret nr 111-B/2017) (Diário da República nr 168/2017, tillägg nr 2, Serie I, av den 31 augusti 2017).

<sup>5</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (lag nr 19/2012 av den 8 maj 2012 om godkännande av det nya regelverket på konkurrensrättens område) (Diário da República, 1:a serien, nr 89, av den 8 maj 2012).

## II. Bakgrund, det nationella målet och tolkningsfrågorna

9. Den 18 januari 2019 inledde Infraestruturas de Portugal SA (nedan kallat Infraestruturas) ett upphandlingsförfarande för tilldelning av ett kontrakt för inköp av kreosotbehandlade syllar och sliprar till ett grundpris på 2 979 200 euro.<sup>6</sup>

10. Bolaget Toscca – Equipamentos de Madeira, Lda. (nedan kallat Toscca) och Futrifer, Indústrias Ferroviárias SA (nedan kallat Futrifer) deltog och lämnade var sitt anbud.

11. Den 12 juni 2019 ålade konkurrensmyndigheten Futrifer att betala böter för överträdelse av konkurrensreglerna vid ett antal upphandlingsförfaranden<sup>7</sup> åren 2014 och 2015.<sup>8</sup>

12. Konkurrensmyndigheten fann nämligen att Futrifer och andra företag i branschen hade samrätt för att fastställa priser och dela upp marknaden för underhåll av järnvägsnätet mellan sig, i strid med artikel 9.1 i lag nr 19/2012 och artikel 101.1 FEUF.

13. I sitt beslut fann konkurrensmyndigheten att det, med hänsyn till omständigheterna i ärendet och Futrifers förlikningsyrkande, saknades skäl att ålägga Futrifer den accessoriska påföljd om förbud mot att ingå avtal som föreskrivs i artikel 71.1 b i lag nr 19/2012.<sup>9</sup>

14. Den 27 juli 2019 tilldelade Infraestruturas Futrifer det aktuella kontraktet.

15. Toscca överklagade detta beslut till Tribunal administrativo e fiscal de Viseu (Förvaltnings- och skattedomstolen i Viseu, Portugal) (nedan kallad Förvaltningsdomstolen i Viseu). Toscca yrkade att tilldelningsbeslutet skulle ogiltigförklaras, att Futrifers anbud skulle förkastas och att Toscca skulle tilldelas kontraktet. Till stöd för sitt överklagande åberopade Toscca särskilt det beslut genom vilket konkurrensmyndigheten ålade Futrifer en påföljd.

16. Domstolen i första instans avslog Tosccas överklagande med motiveringen att artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling endast är tillämplig när det inom ramen för det omtvistade förfarandet visats att det finns indikationer på en snedvridning av konkurrensen.

17. Toscca överklagade domen från Förvaltningsdomstolen i Viseu till Tribunal central administrativo norte (Norra centrala förvaltningsdomstolen, Portugal). Genom dom av den 29 maj 2020 upphävde denna domstol den överklagade domen, med motiveringen att den tolkning av artikel 70.2 g i lagen om upphandling som gjorts i första instans var felaktig, och förpliktade Infraestruturas att tilldela Toscca kontraktet.

18. Infraestruturas och Futrifer överklagade denna dom till Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen, Portugal), som upphävde domen på grund av bristande motivering och beslutade att hänskjuta målet till Tribunal central administrativo norte (Norra centrala förvaltningsdomstolen).

<sup>6</sup> Förfarande 2019/S 015–030671, offentliggjort i tillägg till EUT den 22 januari 2019 (EUT S 15, 2019, s. 1).

<sup>7</sup> Det rörde sig om förfaranden som genomfördes av ett offentligt företag för att upphandla underhållstjänster för utrustning och spår i det portugisiska järnvägsnätet.

<sup>8</sup> Ärende PRC/2016/6. För Futrifer gällde det det ”slutliga beslutet i ett förlikningsförfarande (offentlig version)”.

<sup>9</sup> Punkt 231 och följande punkter i beslutet av den 12 juni 2019.

19. Den 2 juni 2021 meddelade Tribunal central administrativo norte (Norra centrala förvaltningsdomstolen, Portugal) en dom genom vilken den återigen upphävde domen i första instans och förpliktade Infraestruturas att tilldela Toscca kontraktet.

20. Infraestruturas och Futrifer har hänvisat till domen av den 2 juni 2021 vid Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen), som har hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Är det skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU endast en fråga för den upphandlande myndighetens beslut (*reserva de decisão*)?”
- 2) Kan den nationella lagstiftaren helt ersätta det beslut som den upphandlande myndigheten ska fatta med stöd av artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU med ett allmänt beslut om en accessorisk påföljd vilket fattas av konkurrensmyndigheten och som består i ett förbud mot att under en viss period delta i upphandlingsförfaranden, inom ramen för åläggande av böter för överträdelse av konkurrensreglerna?
- 3) Ska den upphandlande myndighetens beslut om den ekonomiska aktörens ’tillförlitlighet’ med avseende på efterlevnaden (eller den bristande efterlevnaden) av konkurrensrättsliga bestämmelser utanför det konkreta upphandlingsförfarandet förstås på så sätt att det är nödvändigt att göra en bedömning som grundar sig på lämpligheten hos denna ekonomiska aktör, vilket utgör ett konkret uttryck för rätten till god förvaltning enligt artikel 41.2 [c] i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?
- 4) Är den lösning som valts i portugisisk rätt genom artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling, enligt vilken uteslutning av en ekonomisk aktör från ett upphandlingsförfarande grundat på en överträdelse av konkurrensreglerna som skett utanför det konkreta upphandlingsförfarandet är beroende av det beslut som konkurrensmyndigheten fattat inom ramen för åläggandet av en accessorisk påföljd i form av ett förbud mot att ingå avtal, och det är konkurrensmyndigheten själv som bedömer om de självsanerande åtgärder som vidtagits är relevanta i denna kontext, förenlig med unionsrätten, och särskilt med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU?
- 5) Är den lösning som valts i portugisisk rätt genom artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling, som begränsar möjligheten att utesluta ett anbud på grund av allvarliga indikationer på handlingar, avtal, beteenden eller uppgifter som kan snedvrída konkurrensen till det konkreta upphandlingsförfarande i vilket sådana beteenden konstateras, förenlig med unionsrätten, och särskilt med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24/EU?”

### III. Förfarandet vid EU-domstolen

21. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 2 februari 2022.

22. Futrifer, Toscca, den tjeckiska, den ungerska och den portugisiska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

23. Alla dessa parter utom den tjeckiska och den ungerska regeringen deltog vid förhandlingen den 7 mars 2023.

## IV. Bedömning

### A. Inledande synpunkter

#### 1. Tillämpliga bestämmelser

24. Den hänskjutande domstolen har endast begärt en tolkning av direktiv 2014/24, utan att hänvisa till direktiv 2014/25. Sistnämnda direktiv reglerar offentliga kontrakt som ingås av upphandlande myndigheter med verksamhet inom vatten-, energi-, *transport-* och postsektorerna.

25. Det aktuella kontraktet avser tillhandahållande av delar av järnvägsinfrastrukturen inom järnvägssektorn, det vill säga en transportsektor. När domstolen ställde frågor var de intervenienter som yttrade sig vid förhandlingen eniga om att detta avtal omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/25, som är särskilt tillämpligt på ”verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter” (artikel 11).

26. Det ankommer under alla omständigheter på den hänskjutande domstolen att utifrån det omtvistade avtalets villkor fastställa huruvida avtalet omfattas av direktiv 2014/24, eller snarare av direktiv 2014/25, vilket allt verkar tyda på.

27. Det står klart att betydelsen av de olika direktiven rent praktiskt inte avsevärt skiljer sig åt vad gäller den omtvistade punkten: även om direktiv 2014/25 är tillämpligt hänvisas det i artikel 80 i detta direktiv till ”skäl för uteslutning som anges i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU enligt de villkor som anges i den artikeln”.<sup>10</sup>

28. Tillämpningen av direktiv 2014/25 skulle emellertid kunna få en viss inverkan på medlemsstaternas (omdebatterade) ”möjlighet” att införliva de fakultativa skälen för uteslutning med sin nationella lagstiftning, såsom jag kommer att förklara nedan.<sup>11</sup>

29. Efter att ha gjort dessa preciseringar kommer jag fortsättningsvis att hänvisa till artikel 57 i direktiv 2014/24.

#### 2. Införlivande av artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 med portugisisk rätt

30. Kommissionens skriftliga yttrande ledde till en diskussion, som fortsatte vid förhandlingen, om medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att inte införliva de fakultativa skälen för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24.

31. Kommissionen har utvecklat sin argumentation på följande sätt:

- Av artikel 57.4 och skäl 101 i direktiv 2014/24 framgår att lagstiftaren inte haft för avsikt att ge medlemsstaterna frihet att välja huruvida de ska införliva de nio skäl för uteslutning som artikeln innehåller. Detta alternativ ges till de upphandlande myndigheterna, om inte

<sup>10</sup> Se, analogt, dom av den 10 november 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, punkterna 39 och 40).

<sup>11</sup> Punkt 46 nedan.

medlemsstaterna förpliktar dem att tillämpa dem. Omvänt har medlemsstaterna inte möjlighet att undandra sig införlivandet av ett eller flera av dessa skäl.

- Det fakultativa skäl för uteslutning som avser förekomsten av överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrída konkurrensen har inte införlivats med portugisisk rätt.

32. Det problem som kommissionen har tagit upp skulle kunna behandlas inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande om det andra av dessa påståenden vore riktigt: om ett fakultativt skäl för uteslutning inte har införlivats med nationell rätt, ska det bedömas om domstolens nu gällande praxis<sup>12</sup> avseende medlemsstaternas möjlighet att införliva eller inte införliva denna kategori av skäl för uteslutning kräver justeringar eller till och med korrigerings.

33. Av de skäl jag kommer att ange nedan anser jag att kommissionens andra påstående (som får stöd av vissa skriftliga yttranden som lämnats in under förfarandet för förhandsavgörande) inte stämmer överens med verkligheten.

34. Genom lagdekret nr 111-B/2017 ändrades lagen om offentlig upphandling i syfte att införliva direktiven 2014/24 och 2014/25. I artikel 1 i lagdekretet anger den portugisiska lagstiftaren uttryckligen att det genom detta lagdekret ”sker införlivande” av, bland annat, direktiven 2014/24 och 2014/25.<sup>13</sup>

35. De skäl för uteslutande (”hinder”) som anges i lagen om offentlig upphandling i dess nya lydelse räknas upp i artikel 55.1 a–l i den lagen, vilka, med vissa nyanseringar, återspeglar motsvarande skäl i artikel 57.1 och 57.4 i direktiv 2014/24.

36. Vad gäller det omtvistade skälet för uteslutning anges följande i artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling: ”Följande enheter får inte vara anbudssökande: ... enheter som har ålagts den accessoriska påföljden om förbud mot att delta i sådana upphandlingsförfaranden som avses i speciallagstiftningen, särskilt i påföljdsbestämmelser på området för ... konkurrens, ... under den period som anges i påföljdsbeslutet”.

37. Dessutom innehåller lagen om offentlig upphandling en annan bestämmelse (artikel 70.2 g) som föreskriver att anbud ska förkastas om en analys av dem ger ”starka indikationer på handlingar, avtal, förfaranden eller uppgifter som kan snedvrída konkurrensen”.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Den ståndpunkt som intogs i domen av den 19 juni 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 33) (nedan kallad domen Meca); och domen av den 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 34) bekräftas i domen av den 3 juni 2021, Rad Service m.fl. (C-210/20, EU:C:2021:445, punkt 28), på följande sätt: ”Enligt artikel 57.4 och 57.7 i direktiv 2014/24 får medlemsstaterna ... välja att inte tillämpa de icke obligatoriska uteslutningsgrunder som anges där eller att införliva dem med den nationella lagstiftningen i en grad av strikthet som kan variera från fall till fall beroende på nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär.”

<sup>13</sup> Det är irrelevant för det aktuella fallet att vissa bestämmelser i den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling bibehölls oförändrade i lagdekret nr 111-B/2017.

<sup>14</sup> Det är denna bestämmelse som Tosca har åberopat i sitt skriftliga yttrande för att hävda att ”den portugisiska lagstiftaren har *införlivat* artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 *med bibehållande av* ordalydelsen i artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling (nu i dess lydelse efter 2017 års omarbetsning)”. Min kursivering.



38. Mot bakgrund av dessa två bestämmelser är det svårt för mig att förstå vissa påståenden i Futrifers och den portugisiska regeringens skriftliga yttranden (den portugisiska regeringen yttrade sig i tvetydiga ordalag, som inte klargjordes vid förhandlingen)<sup>15</sup> om att artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 inte hade införlivats i lagen om offentlig upphandling.

39. En genomläsning av dessa två bestämmelser i lagen om offentlig upphandling visar enligt min mening att den portugisiska lagstiftaren otvivelaktigt hade för avsikt att införa (eller behålla)<sup>16</sup> bestämmelsen i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 i sin rättsordning. Både direktiv 2014/24 och de två ovannämnda nationella bestämmelserna syftar till att på området för offentlig upphandling bekämpa ekonomiska aktörers överenskommelser som syftar till att snedvrída konkurrensen.

40. Det skulle vara annorlunda om den portugisiska lagstiftaren, genom att reglera detta skäl för uteslutning på det sätt som den gjort strikt hade följt artikel 57.4 d i direktiv 2014/24, eller tvärtom hade valt lösningar som förvränger det, avviker från dess grundläggande principer eller otillbörligen inskränkte dess tillämpningsområde.

41. EU-domstolen har vid upprepade tillfällen funnit att "... en medlemsstat som beslutar att införa ett av de fakultativa skälen för uteslutning enligt direktiv 2014/24 är skyldig att iaktta dess utmärkande egenskaper, så som de beskrivs i direktivet. Det förhållandet att det i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 anges att medlemsstaterna ska 'fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel' 'med hänsyn till unionsrätten' innebär att medlemsstaterna inte kan förvanska de fakultativa skälen för uteslutning som anges i den bestämmelsen eller bortse från de mål eller principer som ligger till grund för vart och ett av dessa skäl."<sup>17</sup>

42. Av de skäl som jag kommer att förklara nedan anser jag att de portugisiska bestämmelserna, genom att föra in innehållet i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 i den portugisiska rättsordningen, har genomfört ett införlivande som inte är helt i linje med direktivet: Särskilt artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling begränsar på ett otillbörligt sätt den upphandlande myndighetens befogenheter att utesluta anbudsgivare som deltar i karteller genom att kräva att deras beteende tidigare har varit föremål för en accessorisk påföljd med förbud att delta i förfaranden för offentlig upphandling vilken har ålagts av konkurrensmyndigheten.

43. Att så skulle vara fallet, såsom jag anser, betyder emellertid inte att ett införlivande inte har skett, utan att införlivandet är bristfälligt. Denna brist skulle för övrigt eventuellt kunna avhjälpas genom en mer *generös* tolkning av artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling, det vill säga i enlighet med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 (direktivkonform tolkning).<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Punkterna 80–84 i dess skriftliga yttrande. Jämförda med föregående punkter understryker de i korthet att den portugisiska lagstiftaren, genom artikel 70 jämförd med artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling har införlivat det omtvistade skälet för uteslutning. Den portugisiska regeringen har uttryckt detta mycket tydligt i punkt 71 i sitt yttrande: "bestämmelserna i artiklarna 55.1 f och 70.2 g i lagen om offentlig upphandling är fullt förenliga med vad som föreskrivs i direktiv 2014/24, särskilt vad som föreskrivs i artikel 57.4 d i detta direktiv."

<sup>16</sup> För att uppfylla skyldigheten att införliva ett direktivs bestämmelser med nationell rätt är det tillräckligt att den nationella lagstiftningen redan innehåller de bestämmelser genom vilka dessa bestämmelser införlivas i materiellt hänseende. Anpassningen av nationell rätt till ett direktiv kräver inte nödvändigtvis att dess innehåll formellt och ordagrant antas i lagstiftning efter att detta direktiv antagits. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juni 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) (C-303/20, EU:C:2021:479, punkterna 33–36). I synnerhet framgår av artikel 35 att vid bedömningen av "huruvida en nationell lagstiftning på ett tillräckligt sätt genomför de skyldigheter som följer av ett visst direktiv, inte bara ska beaktas de bestämmelser som specifikt har antagits för att införliva detta direktiv, utan även samtliga rättsregler som är tillgängliga och tillämpliga".

<sup>17</sup> Domen Meca, punkt 33.

<sup>18</sup> Detta tycks ha varit den uppfattning som Tribunal central administrativo norte (Norra centrala förvaltningsdomstolen, Portugal) intog i sin dom av den 29 maj 2020, när den biföll Tosccas överklagande. Detta framgår av Infraestruturas argumentation som återges i punkt 7 i beslutet om hänskjutande: den domstolen anser att artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling "med nödvändighet även omfattar *tidigare fall* av tecken på konkurrensbegränsande beteenden från konkurrenter som inte förekommer eller anges i konkurrentens anbud" (min kursivering).

44. Jag anser inte att förevarande begäran om förhandsavgörande är lämplig för att åter ta upp diskussionen om medlemsstaternas befogenhet att inte anta de fakultativa skälen för uteslutning i nationell rätt, när den portugisiska lagstiftaren just har valt den motsatta lösningen (även om denna lösning inte är tillfredsställande ur ett unionsrättsligt perspektiv).

45. I domstolens hittills meddelade rättspraxis avseende medlemsstaternas befogenheter i detta hänseende bortser domstolen naturligtvis inte från att det är obligatoriskt (artikel 288 FEUF) för medlemsstaten att iaktta det resultat som ska uppnås genom ett direktiv. Utifrån detta har domstolens olika dömande sammansättningar ansett att genomförandet av direktiv 2014/24, vad gäller de fakultativa skälen för uteslutning, har iakttagits på de villkor som anges ovan.<sup>19</sup>

46. Det skulle dessutom vara särskilt svårt att återuppta den ovannämnda diskussionen med tanke på att dess resultat

- skulle kunna innebära att fakultativa skäl för uteslutning omvandlades till obligatoriska skäl för uteslutning som inte omfattas av sådana befogenheter för medlemsstaterna som avses i artikel 57.7 i direktiv 2014/24, och
- skulle kunna orsaka i splittring den enhetliga ordning som ligger till grund för hänvisningen till direktiv 2014/24 i bestämmelserna om skäl för uteslutning i direktiv 2014/25. Enligt artikel 80.1 tredje stycket i direktiv 2014/25 omfattar kriterierna och reglerna för uteslutning av sökande de fakultativa skäl som anges i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 *om medlemsstaterna så kräver*.

### ***B. Den första tolkningsfrågan***

47. Den hänskjutande domstolen vill veta om den grund för uteslutning som avses i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 endast är en fråga för den upphandlande myndighetens beslut.

48. Frågan har redan besvarats av EU-domstolen: Det ”framgår ... av lydelsen i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 att unionslagstiftarens avsikt har varit att det ankommer på den upphandlande myndigheten, och ingen annan, att vid urvalet av anbudsgivare bedöma huruvida en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande.”<sup>20</sup>

49. Detta uttalande från EU-domstolen är förenligt med artikel 56.1 b i direktiv 2014/24: den upphandlande myndigheten ska kontrollera att ”anbudet lämnas av en anbudsgivare som inte är utesluten i enlighet med artikel 57”. Det ankommer således under alla omständigheter på den upphandlande myndigheten att avgöra om en anbudsgivare ska uteslutas från upphandlingsförfarandet.

50. Det kategoriska uttalandet ovan ska emellertid nyanseras när den behöriga myndigheten tidigare i ett slutligt beslut har konstaterat ett beteende som är oförenligt med tillträde till upphandlingsförfaranden eller förbjuder anbudsgivaren att delta i dessa förfaranden.

<sup>19</sup> Se fotnot 12 ovan.

<sup>20</sup> Domen Meca, punkt 34.

51. I det sammanhang där frågan ställs (det vill säga vid konkurrensbegränsande beteenden som läggs en anbudsgivare till last) finns det tre möjliga scenarier:

- Om denna aktör genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlingsförfaranden (artikel 57.6 sista stycket i direktiv 2014/24), på grund av konkurrensbegränsande beteenden,<sup>21</sup> ska den upphandlande myndigheten iakttä ett sådant förbud. Den ekonomiska aktör som omfattas av ett sådant avgörande har inte rätt att åberopa möjligheten att visa sin tillförlitlighet (självsanerande åtgärder eller *self cleaning*) under den uteslutningsperiod som följer av domen i den medlemsstat där domen är verkställbar.<sup>22</sup>
- När beslutet om förbud att delta inte har fattats genom en lagakraftvunnen dom, utan genom ett beslut av konkurrensmyndigheten, är förbudet inte ofrånkomligen bindande för den upphandlande myndigheten: den kan kontrollera om denna aktör har vidtagit de korrigerande åtgärder som jag har nämnt ovan och trots allt tillåta aktören att delta i upphandlingsförfarandet.
- Detsamma gäller i synnerhet om konkurrensmyndigheten inte hade utfärdat ett förbud mot att delta i upphandlingen, utan hade påfört den ekonomiska aktören en påföljd för konkurrensbegränsande samverkan.

52. Jag kommer att behandla det andra och det tredje fallet som jag just har redogjort för inom ramen för bedömningen av de efterföljande tolkningsfrågorna. För att besvara den första frågan, i sådana breda ordalag som den är formulerad, anser jag att ett svar som anger den allmänna regeln är tillräckligt, utan att det påverkar de undantag som följer av själva direktivet 2014/24.

### ***C. Den andra tolkningsfrågan***

53. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida den nationella lagstiftaren, inom ramen för artikel 57.4 d i direktiv 2014/24, kan "helt ersätta det beslut som den upphandlande myndigheten ska fatta" med annat beslut av konkurrensmyndigheten som ålägger en aktör ett förbud mot att delta i upphandlingsförfaranden som en accessorisk påföljd.

54. Enligt lag nr 19/2012 är det tillåtet för konkurrensmyndigheten att, utöver böter, ålägga aktörer som är inblandade i konkurrensbegränsande förfaranden en accessorisk påföljd<sup>23</sup> avseende förbud mot att delta i offentliga upphandlingsförfaranden under en viss period (artikel 71.1 b).

55. Såsom jag redan har förklarat beslutade konkurrensmyndigheten uttryckligen att det inte fanns anledning att ålägga Futrifer den accessoriska påföljden.

<sup>21</sup> Förbudet mot att ingå avtal kan ha meddelats genom en lagakraftvunnen dom med anledning av brott som begåtts inom andra områden av rättsordningen. Jag hänvisar nu till sådana förbud som beslutats av en konkurrensmyndighet, vilket var fallet i förevarande mål.

<sup>22</sup> Beträffande tolkningen av motsvarande bestämmelse i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1), se dom av den 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punkt 20).

<sup>23</sup> I lag nr 19/2012 beskrivs detta förbud som en "påföljd". Det ger således inte upphov till någon diskussion om dess rättsliga karaktär, vilket är en fråga i andra rättsordningar.

## 1. *Avvisning*

56. Utifrån denna utgångspunkt är den hänskjutande domstolens fråga hypotetisk i förhållande till det aktuella målet, även om den ur andra perspektiv och rent allmänt kan vara intressant.

57. Frågan skulle vara meningsfull om det, vid ett beslut av konkurrensmyndigheten om ett förbud mot att ingå avtal, skulle vara nödvändigt att undersöka, såsom den hänskjutande domstolen begär, i vilken utsträckning detta beslut är tillräckligt för att "ersätta" den upphandlande myndighetens (senare) beslut.

58. När det i förfarandet mot Futrifer tvärtom är ostridigt att konkurrensmyndigheten medvetet inte har ålagt Futrifer en accessorisk påföljd, kan jag inte se vilken nytta det skulle ha för denna tvist att uttala sig om följderna av ett sådant (obefintligt) förbud.

59. Den andra tolkningsfrågan kan därför inte tas upp till prövning.<sup>24</sup>

## 2. *Prövning i sak, i andra hand*

60. För det fall domstolen inte delar min uppfattning och skulle välja att pröva denna tolkningsfråga i sak, kommer jag att redogöra för min ståndpunkt i detta avseende.

61. Enligt min mening<sup>25</sup> är konkurrensmyndighetens beslut som förbjuder en aktör att delta i upphandlingsförfaranden inte bindande för den upphandlande myndigheten till den grad att det "helt ersätter dess beslut" (bortsett från de fall då förbudet att delta har fastställts i en lagakraftvunnen dom).

62. Även i ett sådant fall kan den upphandlande myndigheten nämligen kontrollera om den ekonomiska aktören som är föremål för en påföljd har vidtagit de korrigerande åtgärder som avses i artikel 57.6 i direktiv 2014/24 och trots allt tillåta att denne deltar i upphandlingsförfarandet.

63. Det ska erinras om att den ekonomiska aktören har en otvetydig rätt att visa sin tillförlitlighet genom dessa korrigerande åtgärder, vilket är en rättighet som följer direkt av artikel 57.6 i direktiv 2014/24.<sup>26</sup>

64. Den lösning som jag föreslår (att överlåta åt den upphandlande myndigheten att kontrollera de korrigerande åtgärderna, trots konkurrensmyndighetens meddelade förbud att ingå avtal) gör det möjligt att hitta en balans mellan två strategier:

- Dels den som syftar till att skydda den upphandlande myndighetens egna befogenheter; den ska vara fri att bedöma anbudssökandens tillförlitlighet utan att nödvändigtvis vara bunden av andra offentliga organs bedömningar.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Futrifer anser att begäran om förhandsavgörande ska avvisas i sin helhet, eftersom ingen av frågorna, som Futrifer anser vara allmänna och hypotetiska, är relevanta för avgörandet av tvisten. Kommissionen har mer kortfattat kritiserat den omständigheten att den nationella domstolen "förefaller uppmana domstolen att uttala sig extensivt och nästan abstrakt om införlivandet av direktiv 2014/24", men har inte lyckats bestrida att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. För min del anser jag att Futrifers kritik är korrekt vad gäller den andra och den fjärde tolkningsfrågan.

<sup>25</sup> Se punkterna 50 och 51 ovan.

<sup>26</sup> Dom av den 14 januari 2021, RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punkt 48).

<sup>27</sup> Jag hänvisar till mitt förslag till avgörande i målet Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punkt 30).

- Dels den som respekterar uppgifterna hos de offentliga myndigheter som har till uppgift att konkret beivra konkurrensbegränsande beteenden.<sup>28</sup> Den upphandlande myndigheten ska beakta dessa myndigheters beslut, eftersom, trots allt, ”det inte kan fastställas att det förekommit ett konkurrensbegränsande beteende förrän ett sådant beslut har antagits, vilket kvalificerar de aktuella omständigheterna rättsligt”.<sup>29</sup>

65. Dock är det visserligen så att medlemsstaterna, såsom domstolen har slagit fast mot bakgrund av skäl 102 i direktiv 2014/24,<sup>30</sup> har ”ett stort utrymme för skönsässig bedömning när det gäller definitionen av vilka myndigheter som ska bedöma lämpligheten hos korrigerande åtgärder. I detta avseende ... medlemsstaterna kan anförtro denna bedömning till varje annan myndighet än den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten.”<sup>31</sup>

66. Sammanfattningsvis får den upphandlande myndigheten vid bedömningen av om bestämmelserna i artikel 57.4 d ska tillämpas göra något av följande:

- I avsaknad av föregående beslut från andra myndigheter kan den själv utesluta en ekonomisk aktör beträffande vilken det finns tillräckligt sannolika indikationer på att denne har ingått överenskommelser med andra aktörer i syfte att snedvrیدا konkurrensen.
- När det väl har konstaterats av den berörda myndigheten att dessa överenskommelser begränsar konkurrensen,<sup>32</sup> oavsett om denna myndighet har beslutat om förbud mot att delta i upphandlingsförfaranden, kan den bedöma huruvida anbudsgivarens eller anbudssökandens korrigerande åtgärder visar dennes tillförlitlighet och denne således inte ska uteslutas från upphandlingsförfarandet enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24. En medlemsstat får dock anförtro bedömningen av korrigerande åtgärder åt en annan myndighet än den upphandlande myndigheten. I det fallet måste upphandlande myndigheten följa denna bedömning.

#### **D. Den tredje tolkningsfrågan**

67. I den tredje tolkningsfrågan förefaller två frågeställningar i själva verket föreligga samtidigt:

- För det första om ”den upphandlande myndighetens beslut om den ekonomiska aktörens ’tillförlitlighet’ med avseende på efterlevnaden (eller den bristande efterlevnaden) av konkurrensrättsliga bestämmelser” kan fattas ”utanför det konkreta upphandlingsförfarandet”.
- För det andra om denna bedömning av den ekonomiska aktörens relativa lämplighet ska vara ”tillräckligt motiverad” genom en ”självständig bedömning” av den upphandlande myndigheten som kan bestridas av andra konkurrenter.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Dom av den 24 oktober 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855) (nedan kallad domen Vossloh Laeis, punkterna 25 och 26).

<sup>29</sup> Domen Vossloh Laeis, punkt 39.

<sup>30</sup> ”I synnerhet bör [medlemsstaterna] 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.”

<sup>31</sup> Dom av den 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punkt 29).

<sup>32</sup> När det gäller förhållandet mellan konkurrensmyndighetens och de upphandlande myndigheternas beslut, se punkterna 25–33 i domen Vossloh Laeis.

<sup>33</sup> Beslutet om hänskjutande, punkt 2.2.6 tredje stycket.

68. Återigen är den premiss som denna fråga tycks utgå ifrån att den upphandlande myndighetens beslut föregicks av den accessoriska åtgärden (förbud att ingå avtal) som hade vidtagits av konkurrensmyndigheten. Mot denna bakgrund önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida de skäl som ligger till grund för den accessoriska åtgärden är ”av samma typ och art” som den ”bedömning av tillförlitlighet” som den upphandlande myndigheten ska göra.<sup>34</sup>

69. Om frågan förstås på detta sätt stöter den på samma problem kring möjligheten att ta upp den till sakprövning (på grund av deras hypotetiska karaktär) som den som redan har nämnts vad gäller den andra frågan. Den hänskjutande domstolen har i sin argumentation hänvisat till möjligheten för den upphandlande myndigheten att besluta att godta en ekonomisk aktörs lämplighet trots att denne har blivit föremål för påföljder för konkurrensbegränsande samverkan, utan att förbudet att ingå avtal ingår bland dessa påföljder.<sup>35</sup>

70. Jag kommer att besvara de två frågorna på grundval av den hänskjutande domstolens ovan angivna synsätt.

### 1. Den upphandlande myndighetens bedömning av tillförlitlighet eller lämplighet

71. Svaret på denna del av tolkningsfrågan följer i själva verket av det svar som jag redan har gett beträffande de två föregående frågorna. Den upphandlande myndigheten behåller till fullo sin befogenhet att efter konkurrensmyndighetens beslut bedöma anbudsgivarens eller anbudssökandens tillförlitlighet i enlighet med vad som anges ovan.

72. I skäl 101 i direktiv 2014/24 anges följande: ”De upphandlande myndigheterna bör dessutom ges möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, exempelvis på grund av att de ... gör sig skyldiga till *andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler*”.<sup>36</sup> I andra stycket i samma skäl nämns uppträdande i samband med tidigare kontrakt ”som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet”.<sup>37</sup>

73. Det var utan att överdriva som EU-domstolen utifrån detta skäl fann följande: ”det särskilda syftet med att upphandlande myndigheter ska ha möjlighet att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande är att de ska kunna bedöma varje anbudsgivares redbarhet och pålitlighet”.<sup>38</sup>

74. De fakultativa skälen för uteslutning gör det möjligt för medlemsstaterna att tillgodose mål av allmänintresse och de syftar under alla förhållanden till att försäkra sig om att det anbudsgivande företaget är tillförlitligt,<sup>39</sup> iakttar omsorg och är seriöst samt att det betar sig korrekt mot sina anställda.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Enligt den hänskjutande domstolen har i förevarande mål ”den upphandlande myndigheten inte visat något intresse av att göra en egen bedömning av anbudsgivarens ’tillförlitlighet’ ... Tvärtom har den intagit ståndpunkten att den inte behöver göra en sådan bedömning, eftersom den redan ingår i beslutet av konkurrensmyndigheten” (punkt 2.2.6 femte stycket i beslutet om hänskjutande).

<sup>35</sup> Detta tycks framgå, om än otydligt, av punkt 2.2.6 i beslutet om hänskjutande.

<sup>36</sup> Min kursivering.

<sup>37</sup> Se domen Meca, punkt 30.

<sup>38</sup> *Ibidem*, punkt 29.

<sup>39</sup> Jag har redan i mitt förslag till avgörande i målet Delta Antrepriză de Construcții y Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punkt 28) angett att ”I direktiv 2014/24 finns pålitligheten med som ett centralt inslag i förhållandet” mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna.

<sup>40</sup> Dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), punkterna 29, 31 och 32.

75. Domstolen har särskilt konstaterat följande när det gäller ”syftet med artikel 57.4 i direktiv 2014/24”: ”Möjligheten, eller skyldigheten, för den upphandlande myndigheten att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande är särskilt avsett att ge myndigheten utrymme att bedöma varje ekonomisk aktörs redbarhet och tillförlitlighet.”<sup>41</sup>

76. En korrekt tolkning av artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 kräver dessutom att kontrollen av anbudsgivarens redbarhet och pålitlighet omfattar dennes *tidigare* konkurrensbegränsande beteenden och inte enbart de konkurrensbegränsande överenskommelser som har ingåtts under det ”konkreta” upphandlingsförfarande som den upphandlande myndigheten ska pröva.

77. Detta följer särskilt av artikel 57.5 andra stycket i direktiv 2014/24, enligt vilken de upphandlande myndigheterna får utesluta en ekonomisk aktör om det visas ”att denne, med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet, befinner sig i någon av de situationer som avses i punkt 4”.<sup>42</sup>

78. Det ska här tilläggas att den upphandlande myndigheten alternativt kan tillämpa artikel 57.4 c i direktiv 2014/24 och som grund för sitt beslut att utesluta anbudsgivaren ange den omständigheten att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen.

79. Begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket enligt portugisisk rätt utgör grund för uteslutning,<sup>43</sup> kan även omfatta konkurrensbegränsande beteenden, även om det för sådana beteenden finns en särskild typ av uteslutning: detta bekräftas av ovannämnda skäl 101 i direktiv 2014/24, i vilket överträdelser av konkurrensregler (i linje med vad domstolen slagit fast med avseende på det tidigare direktivet)<sup>44</sup> anses som en typ av allvarligt fel i yrkesutövningen.<sup>45</sup>

80. Såsom påpekades vid förhandlingen innebär visserligen denna möjlighet en viss överlappning mellan de två fakultativa skälen för uteslutning. Jag anser emellertid att den, eftersom den är utformad som ett komplement, på ett lämpligt sätt tjänar syftet med direktiv 2014/24.

81. När det gäller artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 är det logiska att den upphandlande myndigheten åberopar detta skäl för uteslutning. Vad gäller andra beteenden som, även om de strider mot konkurrensreglerna, inte har karaktären av ”överenskommelser med andra aktörer”, går det att använda sig av det mer allmänna uttrycket i punkt c.

82. Även om syftet är att ge den upphandlande myndigheten största möjliga förmåga att bedöma anbudsgivarnas och anbudssökandenas tillförlitlighet, ser jag inga skäl till att begränsa dess befogenheter genom att fastställa vilka ”överträdelser av konkurrensregler” som har begåtts. Enligt skäl 101 i direktiv 2014/24 är det, återigen, tillåtet att använda artikel 57.4 c och d i direktivet enligt vad som anges ovan. Det ger således upphov till ett regelverk som, av den som tolkar det, ska tillämpas genom att den regel som är mest lämplig med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall tillämpas.

<sup>41</sup> Dom av den 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 41).

<sup>42</sup> Min kursivering.

<sup>43</sup> I artikel 55.1 c i lagen om offentlig upphandling föreskrivs ett förbud mot att lämna anbud för en fysisk eller juridisk person som har ådömts en administrativ påföljd för allvarligt fel i yrkesutövningen.

<sup>44</sup> Beslut av den 4 juni 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), angående artikel 45.2 första stycket d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

<sup>45</sup> När det gäller ”Vad som omfattas vid uteslutning där skälet är otillåten samverkan: samordnade förfaranden och samband med uteslutning där skälet är allvarliga fel i yrkesutövningen”, är det lämpligt att läsa punkt 5.2 i kommissionens tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning (2021/C-91/01).

## 2. Motiveringsskyldighet

83. Den upphandlande myndigheten är skyldig att ”göra en konkret och individuell bedömning av den berörda enhetens inställning”.<sup>46</sup> Denna bedömning ska ta sig uttryck i en motivering av den antagna rättsakten som gör det möjligt för dem som rättsakten riktar sig till och för eventuella konkurrenter att väcka talan mot rättsakten vid domstol.<sup>47</sup>

84. När (såsom i förevarande fall) en av konkurrenterna har gjort gällande att en annan konkurrent omfattas av ett skäl för uteslutning enligt artikel 57.4 d i direktiv 2014/24, ska den upphandlande myndigheten konkret förklara varför den godtar den anbudssökandens tillförlitlighet. I förekommande fall ska motiveringen utsträckas till att omfatta bedömningen av de korrigerande åtgärder som den anbudsgivare som fått en påföljd har visat.<sup>48</sup>

85. Motiveringsskyldigheten kan uppfyllas om den upphandlande myndigheten, direkt eller genom hänskjutande, ansluter sig till de argument som den branschspecifika myndigheten har beaktat (i detta fall konkurrensmyndigheten) när den förklarar att en aktör har samrått med andra för att snedvrída konkurrensen.

### E. Den fjärde tolkningsfrågan

86. Den hänskjutande domstolen tvivlar på att ”den lösning som valts i portugisisk rätt genom artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling” är förenlig med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24.

87. Den hänskjutande domstolens tolkning av denna bestämmelse i lagen om offentlig upphandling (som EU-domstolen måste följa, eftersom den kommer från den högsta instansen i de portugisiska förvaltningsdomstolarna) är följande: när uteslutningen av en ekonomisk aktör beror på ”en överträdelse av konkurrensreglerna som skett utanför det konkreta upphandlingsförfarandet”, innebär artikel 55.1 f i lagen om offentlig upphandling att uteslutningen är beroende av vad konkurrensmyndigheten beslutar ”inom ramen för åläggandet av en accessorisk påföljd i form av ett förbud mot att ingå avtal”. Den hänskjutande domstolen har tillagt att konkurrensmyndigheten i detta förfarande bedömer relevansen av de korrigerande åtgärder som vidtagits.

88. Av samma skäl som anfördes vid bedömningen av den andra tolkningsfrågan<sup>49</sup> är denna fråga hypotetisk, eftersom:

- konkurrensmyndigheten uttryckligen inte tillämpade den accessoriska påföljden, till följd av Futrifers handlande.

<sup>46</sup> Dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 157), med hänvisning till domen av den 9 november 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

<sup>47</sup> *Ibid* punkt 120.

<sup>48</sup> Enligt artikel 57.6 tredje stycket i direktiv 2014/24 gäller följande: ”Om åtgärderna [som vidtas av de ekonomiska aktörerna] anses vara otillräckliga ska den ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet.” Denna bestämmelse hindrar emellertid inte att motiveringen fungerar åt andra hållet, om en annan konkurrerande aktör kräver det för att försvara uteslutningen av denne.

<sup>49</sup> Skillnaden jämfört med den andra tolkningsfrågan ligger i att den hänskjutande domstolen nu har fäst uppmärksamheten vid att konkurrensmyndigheten enligt portugisisk rätt, när påföljden om förbud mot att ingå avtal väl har ålagts, även är behörig att besluta om upprättelse för den ekonomiska aktör som uteslutits.



- det inte heller framgår av handlingarna i målet att någon av de aktuella aktörerna, för att övervinna ett (obefintligt) förhandsförbud mot att ingå avtal, skulle ha åberopat vidtagandet av de korrigerande åtgärder som avses i artikel 57.6 i direktiv 2014/24.

89. Den hänskjutande domstolens frågor överskrider således gränserna för tvisten, mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i målet, och kräver i praktiken ett rådgivande yttrande från EU-domstolen i frågor som inte har något att göra med dessa faktiska omständigheter.

90. För att undgå problemet med rättegångshinder skulle frågan kunna omformuleras på så sätt att den uppkommer för det fall att konkurrensmyndigheten fastställer att den konkurrensbegränsande överenskommelsen är fastställd och ålägger böter som påföljd för detta, men utan att lägga till förbudet mot att ingå avtal.

91. Under alla omständigheter är mitt förslag till svar, oavsett om det ges enligt denna omformulering eller i andra hand, inspirerat av de överväganden jag gjort ovan. Jag föreslår följande svar:

- En nationell bestämmelse (eller tolkning av denna) som, som ett nödvändigt villkor för dess tillämpning, kräver att en konkurrensmyndighet först uttalar sig, skulle inte vara förenlig med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24.
- Medlemsstaterna får anförtro bedömningen av korrigerande åtgärder åt andra myndigheter än de upphandlande myndigheterna, såsom konkurrensmyndigheten. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida så är fallet enligt portugisisk rätt och, om så är fallet, kontrollera att ”det nationella system som inrättats för detta ändamål uppfyller samtliga krav som uppställs i artikel [57.6 i direktiv 2014/24]”.<sup>50</sup>

## ***F. Den femte tolkningsfrågan***

92. Den hänskjutande domstolen har uppmärksammat artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling och frågat om dess innehåll är förenligt med artikel 57.4 d i direktiv 2014/24.

93. Den hänskjutande domstolens tolkning av denna artikel i lagen om offentlig upphandling föranleder den att konstatera att artikeln ”begränsar möjligheten att utesluta ett anbud på grund av allvarliga indikationer på handlingar, avtal, beteenden eller uppgifter som kan snedvrída konkurrensen till det konkreta upphandlingsförfarande i vilket sådana beteenden konstateras”.

94. Artikel 70 i lagen om offentlig upphandling inträder, åtminstone enligt dess ordalydelse, i ett senare skede av upphandlingsförfarandet: medan artikel 55 tillämpas under den inledande fasen (val av aktör på grundval av kvalitativa kriterier), hänför sig artikel 70 till den efterföljande fasen (bedömning av inlämnade anbud). För att nå fram till denna andra fas har anbudsgivaren eller anbudssökanden logiskt sett varit tvungen att lyckas i den första fasen, det vill säga inte först ha uteslutits från förfarandet.

95. Det finns inget att invända emot den nationella bestämmelsen om dess tolkning ändå inte påverkar den upphandlande myndighetens befogenhet att konstatera att en anbudsgivare, före det specifika upphandlingsförfarande som den ska genomföra, har gjort sig skyldig till konkurrensbegränsande beteenden som är avgörande för uteslutningen.

<sup>50</sup> Dom av den 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punkterna 31 och 38 samt punkt 2 i domslutet).

96. Det finns med andra ord inte någon bestämmelse i direktiv 2014/24 som åsidosätts om artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling begränsar sig till att tillåta den upphandlande myndigheten att ensam utesluta en anbudsgivares anbud när den konstaterar att anbudet är ett resultat av samordnade förfaranden inom ramen för själva upphandlingsförfarandet.<sup>51</sup>

97. Ordalydelsen i artikel 57.4 d i direktiv 2014/24 är tillräckligt bred för att omfatta alla möjligheter för den upphandlande myndigheten att få kännedom om en anbudsgivares beteende som syftar till att snedvrیدا konkurrensen.

98. I förslaget till avgörande i målet Vossloh Laeis hävdade jag att de upphandlande myndigheterna enligt artikel 57 i direktiv 2014/24 tillerkänns vissa utredande uppgifter,<sup>52</sup> vilket även domstolen fann i domen i det målet.<sup>53</sup>

99. Genom att använda sig av dessa uppgifter har de upphandlande myndigheterna befogenhet att upptäcka om anbudsgivarna inom ramen för det pågående upphandlingsförfarandet har ingått överenskommelser som snedvrیدer konkurrensen. Det är möjligt att det, såsom kommissionen har påpekat, är svårt för den upphandlande myndigheten att själv visa ett konkurrensbegränsande beteende. Förutom att dessa svårigheter inte är oöverstigliga i praktiken, motiverar de inte en begränsning av den upphandlande myndighetens befogenhet att göra en bedömning av den konkurrensbegränsande samverkan som den själv prövar.

## V. Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska förklara att den andra och den fjärde frågan inte kan tas upp till sakprövning och ge Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen, Portugal) följande svar:

Artikel 57.4 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

ska tolkas på följande sätt:

- Den upphandlande myndigheten ska pröva det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i denna bestämmelse utan att vara bunden av andra myndigheters beslut, såvida inte en aktör genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlingsförfaranden, under den uteslutningsperiod som följer av nämnda dom i den medlemsstat där domen är verkställbar.
- Den upphandlande myndigheten ska, direkt eller genom hänvisning, motivera skälen till att den tillåter en anbudsgivare som tidigare har blivit föremål för påföljder på grund av att den gjort sig skyldig till konkurrensbegränsande beteenden att delta i upphandlingsförfarandet.
- Den utgör inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får förkasta ett anbud på grund av att det finns starka indikationer på att det föreligger

<sup>51</sup> Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida artikel 70.2 g i lagen om offentlig upphandling dessutom kan tolkas på det sätt som jag anger i fotnot 18.

<sup>52</sup> C-124/17, EU:C:2018:316, punkterna 46–49.

<sup>53</sup> Domen Vossloh Laeis, punkt 24 och följande punkter.

handlingar, överenskommelser, förfaranden eller uppgifter som, inom ramen för det konkreta upphandlingsförfarande där dessa beteenden upptäcks, kan snedvrída konkurrensreglerna.

I andra hand föreslår jag att domstolen besvarar den andra och den fjärde tolkningsfrågan på följande sätt:

- När en konkurrensmyndighet har ålagt en ekonomisk aktör en accessorisk påföljd om förbud mot att delta i upphandlingsförfaranden under en bestämd tidsperiod, behåller den upphandlande myndigheten möjligheten att inte utesluta aktören från upphandlingsförfarandet, om de omständigheter som avses i artikel 57.6 i direktiv 2014/24 föreligger.
- En ekonomisk aktör har rätt att lämna bevis för att den har vidtagit tillräckliga åtgärder för att visa sin tillförlitlighet i den mening som avses i artikel 57.6 i direktiv 2014/24, vilket den upphandlande myndigheten (eller den myndighet som är behörig för detta ändamål enligt nationell rätt) ska utvärdera, inbegripet när en konkurrensmyndighet har ålagt aktören en accessorisk påföljd om förbud mot att delta i upphandlingsförfaranden.