

Mål C-416/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i den Europeiska unionens domstols arbetsordning

Datum för ingivande:

7 juli 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

24 juni 2021

Svarande och klagande:

Landkreis A-F

Sökande och motparter:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Fråga i målet vid den nationella domstolen

Rättsmedel mot uteslutningen av två anknutna anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande på grund av åsidosättande av kravet på sekretess gentemot konkurrenter samt på grund av snedvridning av konkurrensen.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG; artikel 267 FEUF

Frågor som hänskjuts för förhandsavgörande

1. Ska artikel 57.4 d) i direktiv 2014/24/EU tolkas så, att den upphandlande myndigheten måste ha tillräckligt sannolika indikationer för en överträdelse av artikel 101 FEUF av en ekonomisk aktör?
2. Ska artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU 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/EU tolkas så, att den utesluter en tilldelning av kontrakt till företag, som bildar en ekonomisk enhet, som vart och ett har lämnat ett anbud?

Frågorna 2 och 3 behöver endast besvaras om fråga 1 besvaras jakande.

Anförd gemenskapslagstiftning

Europaparlamentet 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): artikel 18.1 och artikel 57.4.

Anförd nationell lagstiftning

Lagen mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ”GWB”), 1, 97 och 124 §§:

1 § Förbud mot konkurrensbegränsande avtal

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

97 § Principer för offentlig upphandling

(1) Offentlig upphandling och koncessioner tilldelas i konkurrens och genom transparenta förfaranden. Principerna för en sund ekonomisk förvaltning och proportionalitet ska bevaras.

(2) Deltagarna i ett upphandlingsförfarande ska behandlas lika, såvida inte en särbehandling uttryckligen krävs eller är tillåten enligt denna lag.

124 § Fakultativa skäl till uteslutning

(1) Upphandlande myndigheter kan med beaktande av proportionalitetsprincipen när som helst under upphandlingsförfarandet utesluta ett företag från deltagandet i ett upphandlingsförfarande om

...

2. ... det har ansökts om eller inletts ett insolvensförfarande eller motsvarande förfarande mot företagets tillgångar, ...
3. företaget gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas; ...
4. den upphandlande myndigheten har tillräckliga bevis för att företaget har ingått avtal eller har samordnat förfaranden med andra företag, som har till syfte eller får som effekt att förebygga, begränsa eller snedvrída konkurrensen,

...

8. företaget har lämnat oriktiga uppgifter i allvarlig omfattning eller undanhållit uppgifter som avser skälen för uteslutning eller urvalskriterierna
- ...

Kort redogörelse för sakförhållandena och förfarandet

- 1 Landkreis A-F, en kommun, har för avsikt att tilldela busstransporttjänster genom ett öppet förfarande. Det uppskattade kontraktsvärdet överskrider tröskelvärdet enligt artikel 4 c) i direktiv 2014/24/EU. Enligt meddelandet om upphandling är priset inte det enda tilldelningskriteriet, alternativa anbud är inte tillåtna.
- 2 Flera anbud inkom i rätt tid, bland annat från de båda sökandena. J. Sch. Omnibusunternehmen, är en näringsidkare vars firma är registrerad i handelsregistret. K. Reisen GmbH, är ett bolag med begränsat ansvar vars företagsledare och enda bolagsman är anbudsgivaren för J. Sch. Omnibusunternehmen. Genom beslut den 1 november 2019 inleddes ett insolvensförfarande mot J. Sch. Omnibusunternehmens tillgångar. Insolvensförvaltaren har skriftligen den 1 december 2019 godkänt att J. Sch. Omnibusunternehmen driver egen rörelse. Anbuderna från J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH, daterade den 27 februari 2020, lämnades av samma person och den som avgav förklaringen uppgavs vara J. Sch. Omnibusunternehmen. J. Sch. Omnibusunternehmen uppgav i sitt anbud bland annat att det varken hade ansökts om eller inletts något insolvensförfarande mot företagets tillgångar.
- 3 Den 2 april 2020 informerades J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH om att deras anbud hade uteslutits på grund av åsidosättande av kravet på

sekretess gentemot konkurrenter samt på grund av snedvridning av konkurrensen, eftersom anbudet lämnats av samma person.

- 4 J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH överklagade uteslutningen och fick rätt. Landkreis A.-F överklagade i sin tur detta beslut till den hänskjutande domstolen.

Parternas huvudargument i det nationella målet

- 5 J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH gör gällande att de varken har åsidosatt kravet på sekretess gentemot konkurrenter eller att de har snedvridit konkurrensen. Eftersom J. Sch. Omnibusunternehmen utövar ett omfattande inflytande och fullständig kontroll över K. Reisen GmbH utgör J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH ett enda företag utan någon inhemsk konkurrens. En icke-existerande konkurrens kan inte begränsas eller snedvridas. Konkurrensbestämmelserna i 97 § stycke 1 GWB är inte tillämpliga på företag som bildat en ekonomisk enhet. Anbudet från sökandena ska betraktas som flera (huvud-)anbud från en och samma anbudsgivare. Detta utesluts inte i anbudshandlingarna i det förevarande fallet. I ett sådant fall finns ingen risk för snedvridning av konkurrensen och i vart fall är det oproblematiskt när anbudet skiljer sig åt inte bara vad gäller pris utan även rent faktamässigt och tekniskt. Detta krav uppfylls här, eftersom anbudet innehåller olika fordonskombinationer.
- 6 Landkreis A-F har framför allt åberopat EU-domstolens dom av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). I den dom gjorde domstolen skillnad på två kategorier. Endast för det andra fallet, att de inblandade företagen inte bildat en ekonomisk enhet, har domstolen (punkten 29) påpekat att likabehandlingsprincipen i artikel 2 i direktiv 2004/18 åsidosätts om anbudsgivare som är anknutna till varandra tillåts 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 oövertäglig fördel gentemot övriga anbudsgivare. Det efterföljande tillägget att det är härvid inte nödvändigt att pröva huruvida den omständigheten, att anbud inges på ett sådant sätt, även utgör ett beteende som strider mot artikel 101 FEUF understryker tydligt att uttalandena i punkten 29 endast gäller för det fall att det inte är fråga om en ekonomisk enhet.
- 7 I förevarande fall bildar J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH en ekonomisk enhet och de har inte skapat sig en oövertäglig fördel. Av likabehandlingsprincipen, enligt vilken icke-likvärdighet inte ska behandlas likvärdigt, framgår att anbudsgivare som haft lov att göra en avstämning inte får uteslutas.
- 8 Landkreis A-F har särskilt anfört att syftet med offentlig upphandling är säkerställa en verklig konkurrens mellan de anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet och att anbudsgivarna har en rätt till att få avge sina anbud utan att känna till vilka anbud som övriga anbudsgivare lämnat. Att frånga denna princip när två anbudsgivare bildar en ekonomisk enhet innebär att övriga

anbudsgivares intressen inte beaktas. Anbudsgivarna som bildar en ekonomisk enhet gynnas framför övriga anbudsgivare utan någon juridiskt hållbar grund, vilket leder till ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen som i sin tur innebär en kränkning respektive snedvridning av den konkurrens som ska skyddas. Företagen som bildat den ekonomiska enheten skulle kunna skaffa sig en fördel genom att lämna in samordnade anbud i syfte att bevisa olika lämplighetskrav som anges i anbudsinfordran. Skulle en anbudsgivare från den ekonomiska enheten uteslutas på grund av bristande lämplighet, så kvarstår den andra anbudsgivaren från den ekonomiska enheten med det samordnade anbudet i konkurrensen. Beträffande de avtal och samordnade förfaranden som anges i 124 § stycke 1 punkt 4 GWB handlar det inte bara om att skydda konkurrensen mellan företag som är involverade i sådana avtal och samordnade förfaranden.

- 9 Inte heller stödjer Specializuotas transportas-domen J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH:s uppfattning. Tvärtom skulle en tilldelning av kontraktet till J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH utgöra ett åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet. Det är i vilket fall som helst fråga om ett otillåtet dubbelt anbud.

Kort redogörelse för sakförhållandena och förfarandet

- 10 Enligt artikel 57.4 d) i direktiv 2014/24/EU kan en upphandlande myndighet utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet 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. Enligt första meningen i skäl 101 bör upphandlande myndigheter ges möjligheten att utesluta ekonomiska aktörer som på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler, har visat sig opålitliga.
- 11 Vid genomförandet av ovan nämnda bestämmelse har den tyska lagstiftaren tagit in formuleringen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 124 stycke 1 punkt 4, som huvudsakligen motsvarar artikel 101 FEUF.
- 12 Artikel 101 FEUF är inte tillämplig om avtalen eller förfarandena som förbjuds enligt artikeln tillämpas av företag som bildar en ekonomisk enhet (EU-domstolens domar Specializuotas transportas, punkt 28 och där angiven rättspraxis, och av den 12 juli 1984, Hydrotherm, C-170/83, EU:C:1984:271, punkt 11).
- 13 Den hänskjutande domstolen anser att J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen GmbH bildar en ekonomisk enhet. Två ekonomiska aktörer är att betrakta som en ekonomisk enhet, alltså som ett företag i den mening som avses i artikel 101 FEUF, när dotterbolaget trots att det utgör en egen juridisk person inte självständigt bestämmer sitt marknadsbeteende, utan i allt väsentligt följer moderbolagets instruktioner, särskilt på grund av de ekonomiska, organisatoriska och rättsliga kopplingarna som binder samman de båda rättssubjekten (jämför EU-

domstolens domar av den 27 januari 2021, Goldman Sachs, C-595/18, EU:C:2021:73, punkt 31, och av den 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/kommissionen och kommissionen/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 och C-294/13 P, EU:C:2015:416, punkten 75 och där angiven rättspraxis). Att moderbolaget här inte är ett bolag, utan en registrerad näringsidkare, leder inte till någon annan bedömning.

- 14 Mot denna bakgrund uppkommer frågan för den hänskjutande domstolen om artikel 57.4 d) i direktiv 2014/24/EU ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten måste ha tillräckligt sannolika indikationer för en överträdelse av artikel 101 FEUF.
- 15 Den hänskjutande domstolen är av uppfattningen att fråga 1 ska besvaras jakande, eftersom åsidosättandet av konkurrensregler omnämns i skäl 101.
- 16 En överträdelse av kravet på sekretess gentemot konkurrenter kan endast ligga till grund för en uteslutning enligt denna bestämmelse om det står i strid med en konkurrensrättslig bestämmelse. Detta är uteslutet om de inblandade företagen står under det så kallade koncernprivilegiet i konkurrensrätten.
- 17 I förevarande fall anser den hänskjutande domstolen att en uteslutning på grund av ett allvarligt fel i yrkesutövningen (artikel 57.4 c) i direktiv 2014/24/EU), som omnämns som en ”uppsamlingsbestämmelse” i litteraturen, inte heller kommer i fråga.
- 18 Förvisso kan anbudsgivare som bildar en ekonomisk enhet och som var och en lämnar ett anbud skaffa sig oövertäglig fördelar gentemot övriga anbudsgivare. En anbudsgivare som består av en ekonomisk enhet som var och en avger ett anbud har vad gäller de anbudsgivarrelaterade skälen för uteslutning och urvalskriterierna en bättre chans att få kontraktet tilldelat till sig jämfört med en anbudsgivare som avger flera huvudanbud. Som exempel är det i förevarande fall med hänsyn till det inledda insolvensförfarandet möjligt med en uteslutning av J. Sch. Omnibusunternehmen enligt 124 § stycke 4 punkt 2 eller åttonde punkten GWB, medan anbudet från K. Reisen GmbH som samordnats med J. Sch. Omnibusunternehmen fortsatt kan beaktas – med reservation för uteslutning på annan grund. Enligt den hänskjutande domstolen ska detta faktum dock beaktas vid besvarandet av fråga 2.
- 19 Den hänskjutande domstolen har ställt frågorna 2 och fråga 3 för att få klarhet i huruvida förteckningen av de fakultativa skälen för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU förhindrar en tillämpning av likabehandlingsprincipen i syfte att motivera att anbud från två anbudsgivare som bildar en ekonomisk enhet inte kan beaktas på grund av en överträdelse av kravet på sekretess gentemot konkurrenter.
- 20 Fråga 2 syftar därmed till att klargöra om EU-domstolens praxis (dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, punkterna 44 och 45) är tillämplig på artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU.

- 21 Enligt EU-domstolens praxis avseende direktiv 2004/18/EG ska artikel 2 i det direktivet tolkas så att en tilldelning inte kan ske till en anbudsgivare vars anknytningar till varandra har påverkat innehållet i de anbud som givits in i samma förfarande. Anbudet måste lämnas på ett oberoende och självständigt sätt om de kommer från anknutna anbudsgivare (domen *Specializuotas transportas*, punkterna 38 och 39). Den hänskjutande domstolen förstår det som att den upphandlande myndigheten inte kan göra någon skönsmässig bedömning, till skillnad från vad som gäller i artikel 57.4 i direktiv 2013/24/EU ("kan").
- 22 En uteslutning – med stöd av principerna i 97 styckena 1 och 2 i GWB – kan i sådana fall som det i det nationella målet dock endast beaktas om förteckningen av de fakultativa skälen för uteslutning inte är uttömmande och som då skulle utgöra skäl mot en uteslutning.
- 23 EU-domstolen har fastställt att den uttömmande förteckningen av de skäl för uteslutning som beror på avsaknad av yrkeskunskap i artikel 24.1 i direktiv 93/7/EEG inte utesluter att medlemsstaterna har en möjlighet att upprätthålla eller anta materiella bestämmelser genom vilka det ska säkerställas att likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet som följer av denna upprätthålls på den offentliga upphandlingsområdet. Dessa principer ska den upphandlande myndigheten följa vid varje förfarande för tilldelning av ett sådant kontrakt (domen *Michaniki*, punkterna 44 och 45). EU-domstolen har även klargjort att likabehandlingsprincipen i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG åsidosätts om det skulle vara tillåtet att anknutna anbudsgivare kan inkomma med samordnade eller överenskomna anbud, det vill säga anbud som varken är oberoende eller självständiga och därigenom möjligen skapa sig ooberättigade fördelar gentemot andra anbudsgivare (domen *Specializuotas transportas*, punkt 29), även om artikel 45.2 i det direktivet också innehöll en förteckning av fakultativa skäl för uteslutning. EU-domstolen har i ett förhandsavgörande som berörde direktiv 2014/24/EU hänvisat till denna rättspraxis (dom av den 11 juli 2019, *Telecom Italia*, C-697/17, EU:C:2019:599, punkterna 51 och 52).
- 24 De tveksamheter som ligger till grund för de frågor som den hänskjutande domstolen ställer beror dock på bestämmelsernas systematik. De skäl för uteslutning som anges i e) och f) i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU, som inte är kopplade till en överträdelse av företaget utan till en intressekonflikt och en snedvridning av konkurrens på grund av en tidigare integrering av företaget, har varken förutsetts i artikel 24.1 i direktiv 93/37/EEG eller i artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG. I litteraturen argumenteras det därför för att EU-lagstiftaren genom direktiv 2014/24/EU har reglerat en uteslutning på grund av likabehandling och öppenhet. Det stämmer att EU-domstolen ur likabehandlings- och öppenhetsprinciperna härleder att den upphandlande myndigheten måste pröva om det finns några intressekonflikter och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och åtgärda intressekonflikter (dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 43). Genom artiklarna 57.4 och 58) och artikel 41 i direktiv 2014/24/EU har EU-lagstiftaren adresserat EU-domstolens rättspraxis – som också den grundas på likabehandlingsprincipen – avseende personer som

varit involverade redan vid förberedelsen av upphandlingsförfarandet (dom av den 3 mars 2005, *Fabrimcom*, C-21/03, EU:C:2005:127, punkt 26 och följande punkter). Med tanke på att EU-domstolen betonat betydelsen av likabehandlingsprincipen och med tanke på de skyldigheter som åligger den upphandlande myndigheten tenderar den hänskjutande domstolen dock att vara av uppfattningen att det oberoende av utvidgningen av förteckningen över de fakultativa skälen för uteslutning i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU fortsatt är så att likabehandlingsprincipen står i strid med ett beaktande av anbud från samordnade företag, som varken är oberoende eller självständiga. Även om det bör beaktas att den upphandlande myndigheten enligt skäl 101 i direktiv 2014/24/EU vid tillämpning av dessa – enbart – fakultativa skäl för uteslutning särskilt ska beakta proportionalitetsprincipen, tenderar den hänskjutande domstolen till att anse att fråga 2 ska besvaras nekande.

- 25 Att nationell rättspraxis tolkar de nationella bestämmelserna om tvingande och fakultativa skäl för uteslutning som en uttömmande förteckning som följer av lagstiftningssystematiken är enligt den hänskjutande domstolens uppfattning förenligt med EU-domstolens rättspraxis (domen *Michaniki*, punkt 43). Det utesluter inte att likabehandlingsprincipen tillämpas för att motivera att anbud som lämnats av två anbudsgivare som har samordnat eller kommit överens om sina anbud inte beaktas.
- 26 Fråga 3 tar sikte på frågan om domen *Specializuotas transportas*, som uttryckligen behandlar samordnade anbudsgivare som inte bildar en ekonomisk enhet och enligt vilken anbud måste lämnas oberoende och självständigt, även är tillämplig på anbud från anbudsgivare som utgör en ekonomisk enhet.
- 27 Den hänskjutande domstolen är av uppfattningen att likabehandlingsprincipen med rätta hindrar en kontraktstilldelning till anbudsgivare som bildar en ekonomisk enhet och varken kan lämna oberoende eller självständiga anbud. Det skulle inte vara logiskt att endast kunna tilldela kontrakt till samordnade företag som inte utgör ekonomiska enheter om deras anbud faktiskt är oberoende och självständiga, medan företag som bildar ekonomiska enheter och därmed inte kan uppfylla detta krav kan tilldelas ett kontrakt.
- 28 Den hänskjutande domstolen föreslår därför att fråga 3 ska besvaras jakande.