Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 22 november 2017 [1]

Mål C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
”Ecoservice projektai” UAB, tidigare ”Specializuotas transportas” UAB
Intervenienter:
”VSA Vilnius” UAB,
”Švarinta” UAB,
”Specialus autotransportas” UAB,
”Ecoservice” UAB

(begäran om förhandsavgörande från Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2004/18/EG – Förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster – Likabehandling – Öppenhet – Verklig konkurrens mellan anbudsgivarna – Anknytning mellan anbudsgivare som lämnar självständiga anbud i samma förfarande – Anknutna anbudsgivares upplysningsskyldighet – Den upphandlande myndighetens och den nationella domstolens skyldigheter”

1. När två eller flera anbudsgivare som har viss anknytning till varandra lämnar anbud i ett offentligt upphandlingsförfarande, kan det finnas misstanke om att de handlar på ett samordnat sätt (eller till och med gör sig skyldiga till konkurrensbegränsande samverkan) och åsidosätter principen om öppenhet och andra unionsrättsliga regler eller principer som ska gälla vid sådana förfaranden.

2. Det är i ett sådant sammanhang som Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) har ställt sina tolkningsfrågor, med anledning av att bland annat två bolag som är dotterbolag till ett tredje har velat tilldelas kontraktet för insamling och transport av avfall i en kommun i landet.

3. Med sina frågor vill den hänskjutande domstolen i korthet få klarhet i om dessa anbudsgivare är skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem, även om det inte finns någon särskild bestämmelse om detta, och hur den upphandlande myndigheten ska förfara om den får kännedom om att det finns sådana band.

4. Tolkningsfrågorna ger således domstolen tillfälle att komplettera sin praxis rörande principerna om likabehandling och öppenhet vid förfaranden som omfattas av direktiv 2004/18/EG, [2] när de som deltar i dessa förfaranden ingår i samma koncern.

1 Originalspråk: spanska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/18

5. Skäl 46 har följande lydelse:

”Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra …”

6. Artikel 2 har följande lydelse:

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

7. I artikel 45.2 föreskrivs följande:

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

a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,

d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

e) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,

f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,

g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.”

2. Direktiv 89/665/EEG[3]

8. I artikel 1.1 tredje stycket föreskrivs följande:

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

9. I artikel 2.1 b föreskrivs följande:

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

…

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

Nationell rätt

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republiken Litauens lag om offentlig upphandling)[4]

10. Artikel 3.1 har följande lydelse:

”I förfaranden för upphandling och kontraktstilldelning ska den upphandlande myndigheten försäkra sig om att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet iakttas.”

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Republiken Litauens konkurrenslag)[5]

11. Artikel 3.14 har följande lydelse:

”[Med] ’grupp av anknutna ekonomiska aktörer’ [avses] två eller flera ekonomiska aktörer som genom att de kontrollerar eller äger varandra och har möjlighet att samverka, anses utgöra en enda ekonomisk aktör vid beräkning av deras bruttointäkt och marknadsandel. Om inte motsatsen bevisas, ska en ekonomisk aktör och

…

3 Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31).

4 Lag av den 13 augusti 1996 (Žin., 1996, nr 84-2000).

5 Lag av den 23 mars 1999 (Žin., 1999, nr 30-856).

2) ekonomiska aktörer som förvaltas gemensamt med den förstnämnda aktören eller som delar administrativa tjänster med denne och vars tillsynsorgan, styrelse eller annat lednings- eller tillsynsorgan består av minst hälften av de medlemmar som ingår i den förstnämnda ekonomiska aktörens organ,

3) de ekonomiska aktörer i vilka den förstnämnda ekonomiska aktören äger minst en tredjedel av kapitalet eller innehar en tredjedel av de sammanlagda rösträttigheterna eller som är skyldiga att samordna sina ekonomiska beslut med den förstnämnda aktören, är ansvariga gentemot denne för fullgörelsen av sina skyldigheter gentemot tredje man, ska överföra hela eller delar av sin vinst till denne eller som har gett denne tillstånd att använda sig av minst en tredjedel av deras tillgångar,

… anses utgöra en grupp av anknutna ekonomiska aktörer.”

12. I artikel 5.1 föreskrivs följande:

”1. Avtal som har till syfte att begränsa eller som begränsar eller kan begränsa konkurrensen, bland annat

1) avtal där priset på vissa varor eller andra köpe- eller försäljningsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

… är förbjudna och ogiltiga från och med att de ingås.”

II. Faktiska omständigheter

13. Den 9 juli 2015 offentliggjorde Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Regionen Šiauliais centrum för avfallshantering, Litauen; nedan kallad den upphandlande myndigheten) en öppen anbudsinfordran avseende tillhandahållande av tjänster i fråga om insamling och transport av kommunalt avfall i kommunen Šiauliai.

14. Enligt upplysningarna i beslutet att begära förhandsavgörande angavs det i anbudsinfordran att det var förbjudet att lämna alternativa anbud. [6]

15. Fyra anbudsgivare lämnade anbud:

A) Specialus autotransportas UAB (nedan kallad anbudsgivare A).

B) Specializuotas transportas UAB (nedan kallad anbudsgivare B).

C) Ekonovus UAB.

D) Konsortiet VSA Vilnius UAB (nedan kallat VSA Vilnius) och Švarinta UAB.

16. Anbudsgivare A och anbudsgivare B är båda dotterbolag till bolaget Ecoservice UAB (nedan kallat Ecoservice). [7]

6 I det skriftliga yttrandet från anbudsgivare B (punkt 34) återges punkt 39 i förfrågningsunderlaget, som innehöll detta förbud.

7 Enligt beslutet att begära förhandsavgörande (punkt 10 i den franska versionen), äger moderbolaget 100 respektive 98,12 procent av aktierna i anbudsgivare A och anbudsgivare B, vars styrelser består av samma personer.

17. Tillsammans med anbudet [8] ingav anbudsgivare B en frivillig försäkran på heder och samvete med innebörden att bolaget deltog i upphandlingen på självständig grund och oberoende av eventuella andra ekonomiska aktörer med band till bolaget, och anbudsgivare B uppmanade den upphandlande myndigheten att behandla samtliga övriga anbudsgivare som konkurrenter. Dessutom utfäste sig anbudsgivare B att på begäran av den upphandlande myndigheten tillhandahålla en förteckning över ekonomiska aktörer med band till bolaget.

18. Den upphandlande myndigheten avvisade anbudsgivare A:s anbud på grund av att det inte uppfyllde ett av villkoren i förfrågningsunderlaget. [9] Anbudsgivare A överklagade inte det beslutet. [10]

19. Kontraktet tilldelades slutligen anbudsgivare B.

20. VSA Vilnius ingav ett klagomål till den upphandlande myndigheten och hävdade att anbuden från anbudsgivare A och anbudsgivare B inte hade bedömts på vederbörligt sätt och att principerna om öppenhet och likhet inför lagen hade åsidosatts.

21. Efter det att klagomålet hade avslagits väckte VSA Vilnius talan mot beslutet i domstol. [11] Talan bifölls i allt väsentligt av Šiaulių apygardos teismas (Regiondomstolen i Šiauliai, Litauen) i dom av den 18 januari 2016, vilken fastställdes av Lietuvos apeliacinis teismas (appellationsdomstol, Litauen) i beslut av den 5 april 2016.

22. Den upphandlande myndigheten och anbudsgivare B har överklagat beslutet till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen), som har begärt detta förhandsavgörande.

III. Frågor som har hänskjutits för ett förhandsavgörande

23. Frågorna har följande lydelse:

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

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

2) Om den första frågan ska besvaras

8 Anbudsgivare B hänvisade i sitt anbud till en underentreprenör som också är dotterbolag till Ecoservice och vars styrelse består av samma fysiska personer som styrelserna för anbudsgivarna A och B.

9 Närmare bestämt på grund av att anbudsgivaren inte uppfyllde kravet att vid tillhandahållandet av tjänsten använda fordon med motorer som lägst följde standarden Euro V.

10 När domstolen i första instans senare biföll ett överklagande från en oberoende anbudsgivare, överklagade anbudsgivare A emellertid den domen.

11 I sin stämningsansökan hävdade Ecoservice att anbudsgivare A och anbudsgivare B skulle anses som anknutna företag i den mening som avses i artikel 3.14 i konkurrenslagen och att deras anbud skulle anses som alternativa. Dessa bolag hade enligt Ecoservice deltagit i upphandlingen utan att i verklig mening konkurrera med varandra och samordning hade förekommit. Med tanke på att det enligt upphandlingsvillkoren inte var tillåtet att lämna alternativa anbud, ansåg klaganden att dessa anbud skulle avvisas.

a) jakande (det vill säga om anbudsgivare under alla omständigheter är skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om sina band), utgör då underlåtenhet i ett sådant fall att fullgöra denna skyldighet, eller att fullgöra den på vederbörligt sätt, tillräcklig grund för att den upphandlande myndigheten eller en överprövningsinstans (en domstol) ska kunna göra bedömningen att anbudsgivare som är anknutna till varandra som har lämnat var sitt anbud i en och samma offentliga upphandling deltar i denna utan att i verklig mening konkurrera med varandra (och att de försöker ge sken av att konkurrera med varandra)?

b) nekande (det vill säga om anbudsgivare inte har någon ytterligare skyldighet att redovisa sina band utöver vad som föreskrivs i lagstiftning eller i upphandlingsvillkoren), ska då den risk som det innebär att anknutna ekonomiska aktörer deltar och risken för konsekvenserna därav bäras av den upphandlande myndigheten, om denna inte angav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna hade en sådan upplysningsskyldighet?

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

a) den upphandlande myndigheten, om den under upphandlingsförfarandet på något sätt får kännedom om att det mellan vissa anbudsgivare föreligger väsentliga band (kopplingar), har en skyldighet att – oberoende av dess egen bedömning av den omständigheten och (eller) av andra omständigheter (exempelvis att de berörda anbudsgivarnas anbud skiljer sig formellt och materiellt åt eller att en anbudsgivare offentligt har utfäst sig att konkurrera på rättvisa villkor med övriga anbudsgivare) – vända sig enskilt till de anknutna anbudsgivarna och begära att de klargör huruvida, och på vilket sätt, deras personliga ställning är förenlig med en fri och rättvis konkurrens mellan anbudsgivare?

b) en domstol, i fall där den upphandlande myndigheten har underlåtit att fullgöra denna skyldighet (förutsatt således att den verkligen har en sådan skyldighet), har tillräcklig grund för att slå fast att den upphandlande myndighetens handlande är rättsstridigt på grund av dess underlåtenhet att säkerställa öppenhet och objektivitet i förfarandet och på grund av dess underlåtenhet att begära in upplysningar från klaganden eller på eget initiativ fatta beslut om den inverkan som anknutna aktörers personliga ställning skulle kunna få på upphandlingens resultat?

4) Ska de bestämmelser som det hänvisas till i den tredje frågan och artikel 101.1 FEUF (tillsammans eller var för sig, men inte begränsat till dessa bestämmelser), mot bakgrund av EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), dess dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42), och dess dom av den 21 juli 2016, VM Remonts (C-542/14, EU:C:2016:578), förstås och tolkas på så sätt att

a) det i ett fall där en anbudsgivare (klaganden) i en offentlig upphandling har fått kännedom om att det lägsta anbudet, lämnat av en av två anknutna anbudsgivare (anbudsgivare A), inte har antagits och om att den andra anknutna anbudsgivaren (anbudsgivare B) har tilldelats kontraktet, och där den upphandlande myndigheten med beaktande av detta och av övriga omständigheter rörande dessa anbudsgivare och deras deltagande i upphandlingen (bland annat att anbudsgivare A och anbudsgivare B har samma styrelse, att de har samma moderbolag, vilket inte deltog i upphandlingen, att anbudsgivare A och anbudsgivare B inte upplyste den upphandlande myndigheten om sina band och inte enskilt tillhandahöll ytterligare klargöranden om dessa band, bland annat eftersom de inte fick några frågor om detta, att anbudsgivare A i sitt anbud redovisade motsägelsefulla uppgifter om huruvida det föreslagna transportmedlet (sopbilar) uppfyllde Euro V-villkoret i anbudsinfordran och att den anbudsgivare som hade lagt det lägsta anbudet – vilket inte antogs på grund av de brister som

det befanns vara behäftat med – först inte bestred den upphandlande myndighetens beslut men sedan överklagade den dom som hade meddelats av domstolen i första instans och därvid bland annat [ifrågasatte] lagenligheten av beslutet att inte anta dess anbud) inte vidtog någon åtgärd, förhåller sig på det sättet att ovanstående uppgifter i sig utgör tillräcklig grund för ett yrkande till en överprövningsinstans med innebörden att denna instans ska slå fast att den upphandlande myndighetens handlande är rättsstridigt på grund av dess underlåtenhet att säkerställa öppenhet och objektivitet i förfarandet och på grund av dess underlåtenhet att kräva att klaganden skulle tillhandahålla konkreta bevis för att anbudsgivare A och anbudsgivare B agerade illojalt?

b) anbudsgivare A och anbudsgivare B inte kan anses ha styrkt för den upphandlande myndigheten att de deltog i upphandlingen i verklig mening och på rättvisa villkor enbart med hänvisning till att anbudsgivare B frivilligt ingav en försäkran om att bolaget deltog i upphandlingen i verklig mening, att anbudsgivare B tillämpade de kvalitetsstandarder för ledarskap som gäller för deltagande i offentlig upphandling och att de anbud som dessa båda anbudsgivare lämnade inte var formellt och materiellt identiska?

5) Är det i princip möjligt att pröva åtgärder vidtagna av ekonomiska aktörer som är anknutna till varandra (i så måtto att båda är dotterbolag till samma bolag) och som deltar var för sig i en och samma upphandling – vars värde överstiger gränsen för att det ska anses utgöra en internationell upphandling och där sätet för den upphandlande myndigheten samt den plats där tjänsterna ska tillhandahållas inte ligger särskilt långt från en annan medlemsstat (Republiken Lettland) – mot bakgrund av artikel 101 FEUF och EU-domstolens praxis rörande tolkningen av den artikeln, bland annat med hänsyn tagen till att en av dessa ekonomiska aktörer frivilligt har tillkännagett sin avsikt att konkurrera på rättvisa villkor?”

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas argument

24. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 18 oktober 2016.

25. VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (tidigare anbudsgivare B), den litauiska och den tjeckiska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Det ansågs inte nödvändigt att hålla muntlig förhandling.

26. Den upphandlande myndigheten har inte uttalat sig konkret om var och en av de fem frågorna från den hänskjutande domstolen, utan endast förklarat att den kände till att anbudsgivarna var anknutna till varandra, eftersom det var allmänt känt, och att den inte vid något tillfälle blev vilseledd då den fattade sina beslut.

27. Även om det fanns en koppling mellan anbudsgivarna, vilket inte behöver innebära att de inte konkurrerar, förelåg det enligt den upphandlande myndigheten i förevarande fall ett antal objektiva omständigheter som gjorde att slutsatsen kunde dras att de konkurrerade med varandra.

28. Vad beträffar den första frågan anser samtliga parter, med undantag av VSA Vilnius, att den ska besvaras nekande. De gör i korthet gällande att varken FEUF eller direktiv 2004/18 hindrar att anknutna företag lämnar anbud och de utesluter inte heller att en anbudsgivare lämnar flera anbud. Inte heller föreskrivs det i unionsrätten något förfarande för att aktörerna ska få information om de andra anbudsgivarnas identitet, vilket skulle göra det möjligt för dem att kontrollera eventuella band mellan dem och uppmärksamma den upphandlande myndigheten på detta. Vad beträffar principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering, kan de inte tolkas så att anbudsgivarna är skyldiga att på eget initiativ redovisa sina ömsesidiga band, men däremot att de ska lämna de upplysningar som den upphandlande myndigheten kräver.

29. VSA Vilnius anser däremot att den första frågan ska besvaras jakande, vilket innebär att det har tagit fasta på det första alternativet i den andra frågan. Enligt VSA Vilnius skulle det vara orimligt om anbudsgivarna inte fick motbevisa presumtionen om samverkan på grund av att de inte redogjort för anknytningen dem emellan. Deras passivitet eller avsaknad av upplysningar rörande detta skulle emellertid, tillsammans med andra indicier eller kompletterande bevis, kunna tolkas som tecken på att de inte konkurrerat med varandra.

30. Vad beträffar den andra delen av den andra frågan anser Ecoservice projektai och den litauiska regeringen att den ska besvaras jakande och de har framhållit den upphandlande myndighetens skyldighet att säkerställa, inte enbart det formella, utan även det materiella iakttagandet av de principer som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18.

31. VSA Vilnius menar att den upphandlande myndigheten bara bör ta risken att låta anknutna anbudsgivare delta, om den samtidigt som den på annat sätt fått kännedom om denna anknytning inte vidtar åtgärder för att undersöka omständigheterna kring dessa anbudsgivares deltagande.

32. Kommissionen anser att om den upphandlande myndigheten inte kan styrka att en anbudsgivare har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, får den inte hindra den anbudsgivaren från att delta i förfarandet.

33. Parterna har granskat den tredje, den fjärde och den femte frågan i förening.

34. Ecoservice projektai anser att den upphandlande myndigheten bara ska begära upplysningar från anbudsgivarna om den har anledning att betvivla att de deltar i förfarandet på ett konkurrensbaserat sätt och att de omständigheter som nämns i den fjärde frågan inte är tillräckliga för att slå fast att den upphandlande myndigheten har handlat rättsstridigt. Enligt Ecoservice projektai rättfärdigar inte artikel 101 FEUF att handlingar som företas av anknutna anbudsgivare som var och en för sig deltar i förfarandet granskas.

35. VSA Vilnius är av motsatt uppfattning. VSA Vilnius menar bland annat att de upphandlande myndigheterna enligt domstolen ska spela en aktiv roll när det gäller tillämpningen av de principer som styr offentlig upphandling. Denna skyldighet innebär att de upphandlande myndigheterna ska tillfråga anbudsgivarna på vilket sätt de deltar i förfarandet. I annat fall skulle bevisbördan för att en anbudsgivare har handlat illojalt på ett omotiverat sätt falla på de andra anbudsgivarna. Enligt VSA Vilnius ankommer det på de anknutna anbudsgivarna att bevisa att det föreligger en verklig konkurrens, även om den upphandlande myndigheten är skyldig att kräva att de klargör eventuella frågor rörande karaktären av deras deltagande i förfarandet.

36. Den litauiska regeringen anser att den upphandlande myndigheten är skyldig att aktivt kontrollera om förfarandet genomförs på ett öppet sätt. När det gäller anknutna anbudsgivare ska den kontrollera om anknytningen påverkar innehållet i deras respektive anbud. Om det finns objektiva faktorer som gör att öppenheten i förfarandet kan ifrågasättas, bör den upphandlande myndigheten granska alla relevanta omständigheter och, när tiden är inne, begära upplysningar från parterna.

37. Den litauiska regeringen anser även att om den upphandlande myndigheten inte skulle vidta åtgärder för att säkerställa öppenheten skulle dess handlande vara rättsstridigt i två fall: om den trots att den har kännedom om, eller kunde haft kännedom om, att två anknutna anbudsgivare fick delta, inte har vidtagit åtgärder för att försäkra sig om att deras respektive anbud är oberoende av varandra och om den trots att den vidtagit sådana åtgärder senare konstaterar att de inte har varit tillräckliga.

38. Avslutningsvis menar den litauiska regeringen att det av omständigheterna i det aktuella fallet framgår att de anknutna anbudsgivarna utgör en ”ekonomisk enhet”, vilket innebär att artikel 101 FEUF inte är tillämplig.

39. Enligt den tjeckiska regeringen räcker det inte att det finns en anknytning mellan anbudsgivarna för att de ska få uteslutas från förfarandet. Det avgörande är om anknytningen kan påverka resultatet av upphandlingen, vilket innebär att den upphandlande myndigheten måste granska anbudsgivarnas specifika förhållanden. Eftersom konkurrensskyddet vid offentlig upphandling säkerställs genom sekundärrätten, är det inte nödvändigt att beakta artikel 101 FEUF.

40. Kommissionen gör gällande att de upplysningar som den upphandlande myndigheten enligt artikel 2004/18 får anmoda anbudsgivarna att lämna, inte innefattar någon förklaring om deras anknytning till andra anbudsgivare, även om den är skyldig att kontrollera att det inte föreligger några andra grunder för uteslutning. Vad beträffar den praxis vid EU-domstolen som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i den tredje och den fjärde frågan, anser kommissionen att den inte är relevant för att besvara de tolkningsfrågor som ställts.

41. Avseende artikel 101 FEUF anser kommissionen att den inte är tillämplig på överenskommelser eller samordnade förfaranden mellan ett moderbolag och dess dotterbolag, eller mellan dotterbolag i samma koncern, och inte heller på moderbolag som har ett avgörande inflytande över dotterbolagen. Under de omständigheter som föreligger i det aktuella målet, med förbehåll för vad den hänskjutande domstolen kommer fram till, utgör anbudsgivarna A och B en ekonomisk enhet, vilket innebär att den bestämmelsen inte är tillämplig.

V. Bedömning

42. Frågorna från Lietuvos Aukščiausiasis Teismas kan slås samman på det sätt som jag nämnt i början av detta förslag till avgörande:

– För det första (den första och den andra frågan) ska det prövas huruvida anbudsgivare som är anknutna till varandra och som var och en lämnar anbud, är skyldiga att under alla förhållanden göra den upphandlande myndigheten uppmärksam på anknytningen och om så är fallet, vilka konsekvenser det får om de inte gör det.

– För det andra (den tredje, den fjärde och den femte frågan) ska det klargöras hur den upphandlande myndigheten – och eventuellt den domstol som prövar dess beslut – ska förfara om den får kännedom om att det finns väsentliga band mellan vissa anbudsgivare.

A. Anbudsgivarnas skyldighet att upplysa den upphandlande myndigheten om att de har anknytning till andra anbudsgivare (den första och den andra frågan)

43. Den hänskjutande domstolen vill till att börja med veta om anbudsgivare som är anknutna till varandra och som deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande är skyldiga att upplysa om denna omständighet ”även i fall där den upphandlande myndigheten inte har ställt frågor enskilt till dem om detta, oberoende av huruvida en sådan skyldighet föreskrivs i de nationella bestämmelser som reglerar offentlig upphandling”. [12]

44. Naturligtvis är den underförstådda premissen i frågan – och i allmänhet i parternas yttranden – att det inte utan vidare går att förbjuda att anknutna anbudsgivare lämnar egna anbud i ett förfarande av det här slaget. Detta slog domstolen fast i domen Assitur, [13] och denna premiss är oomtvistad.

12 Den första frågan andra stycket *in fine*.

13 Dom av den 19 maj 2009 (C-538/07, EU:C:2009:317), punkt 28. ”Det skulle … motverka en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten att systematiskt utesluta anknutna företag från rätten att delta i samma förfarande för offentlig upphandling. En sådan lösning skulle nämligen i betydande mån minska konkurrensen inom gemenskapen.”

45. Mot bakgrund av denna premiss föreskrivs det inte i direktiv 2004/18 (och inte heller i den litauiska lagen om offentlig upphandling) någon skyldighet att upplysa om en sådan anknytning, vilket samtliga parter också är eniga om.

46. Det är bara VSA Vilnius som gör gällande att det föreligger en sådan skyldighet, indirekt eller underförstått, på grund av behovet av att motbevisa presumtionen att banden mellan anbudsgivare, till följd av den bristande självständighet som de innebär, kan utgöra ett hot mot insynen i upphandlingsförfarandena och snedvrida konkurrensen.

47. Jag vill redan här påpeka att en allvarlig invändning kan göras mot VSA Vilnius ståndpunkt, eftersom domstolen har slagit fast att just ”principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter”. [14]

48. Ett *krav* (skyldigheten att upplysa om band mellan bolag) som inte finns med i förfrågningsunderlaget, inte föreskrivs i nationell lag och inte finns med i direktiv 2004/18, skulle knappast klara öppenhetstestet. Svaret på den första tolkningsfrågan borde således vara att i avsaknad av uttryckliga (unionsrättsliga eller nationella) bestämmelser, är anknutna anbudsgivare inte skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem.

49. Kan det, i linje med VSA Vilnius ståndpunkt, [15] göras gällande att denna skyldighet följer av domstolens praxis rörande offentlig upphandling, även om den inte är uttrycklig?

50. Jag anser inte det, eftersom domstolen har slagit fast att företag som är integrerade i företagskonstellationer ”i någon mån självständigt [kan] fastställa sin affärsstrategi och bedriva sin affärsverksamhet, bland annat när det gäller deltagande i offentlig upphandling” och att förhållandet mellan sådana företag kan ”regleras genom särskilda bestämmelser, exempelvis i avtalsform, som kan garantera såväl oavhängighet som sekretess vid utarbetandet av anbud som de aktuella företagen samtidigt avger inom ramen för samma anbudsförfarande”. [16]

51. Av dessa konstateranden anser jag att slutsatsen kan dras att i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse som tvingar dem, är det inte nödvändigt att anknutna företag informerar den upphandlande myndigheten om banden mellan företagen om de anser att anbuden är självständiga.

52. Om VSA Vilnius resonemang skulle godtas skulle dessutom skyldigheten – hypotetiskt sett – inte bero på att det finns ett ”*klart* definierat villkor” i förfrågningsunderlaget, vilket det enligt domstolen ska göra, utan det skulle vara en skyldighet som mer eller mindre kan härledas från tolkningen av unionsrätten och som ekonomiska aktörer inte nödvändigtvis måste känna till. [17]

53. Problemet skulle kanske kunna betraktas ur en annan synvinkel, eftersom det i det aktuella förfrågningsunderlaget uttryckligen angavs [18] att alternativa anbud från en och samma anbudsgivare var förbjudna. [19]

14 Dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), punkt 37.

15 Punkt 18 i dess skriftliga yttrande.

16 Dom av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), punkt 31.

17 Omdömet hos en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har domstolen till exempel behandlat i dom av den 4 december 2003, EVN och Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651), punkt 57.

18 Se punkt 14 i detta förslag till avgörande. Den hänskjutande domstolen har tagit upp detta förbud i punkt 18 i beslutet att begära förhandsavgörande (enligt den franska versionen av detta).

19 Beträffande alternativa anbud, se exempelvis Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell, London, 3 uppl., 2014, 7–246–7–251.

54. Skulle slutsatsen av detta förbud kunna dras att anbudsgivarna A och B var skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem? Var de till och med, oavsett vilken anknytning de har till varandra, tvungna att bevisa att de båda anbuden var självständiga och inte kunde anses vara alternativa? [20]

55. I själva verket följer den punkten i förfrågningsunderlaget artikel 24.2 i direktiv 2004/18 som är tillämplig på offentliga tjänstekontrakt, där följande föreskrivs: ”En upphandlande myndighet skall i meddelandet om upphandling ange huruvida den godkänner alternativa anbud eller inte. Om detta inte anges är alternativa anbud inte tillåtna.” [21] Alternativa anbud kan således i princip anses uteslutna, [22] om inte den upphandlande myndigheten tillåter dem i vissa upphandlingar.

56. Jag har emellertid svårt att se att det från förbudet mot att lämna alternativa anbud, oavsett om det framgår av förfrågningsunderlaget (vilket var fallet här) eller inte, skulle kunna härledas en underförstådd skyldighet för anknutna anbudsgivare att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan bolagen.

57. Detta förbud skulle på sin höjd tvinga anknutna anbudsgivare att bevisa att deras anbud inte bara var ett alternativ till en konkurrents anbud. Det skulle således inte handla om att uppfylla den allmänna skyldigheten att upplysa om deras ställning som anknutna företag, eftersom det inte finns någon sådan skyldighet i unionsrätten. Direktiv 2004/18 hindrar i princip inte att anknutna ekonomiska aktörer deltar i ett och samma upphandlingsförfarande, utan bara när det ”finns [en] faktisk risk att det uppstår beteenden som kan hota insynen och snedvrida konkurrensen mellan anbudsgivarna”. [23]

58. Enligt detta resonemang skulle förbudet mot att lägga fram alternativa anbud i förfrågningsunderlaget endast i sådana ytterlighetsfall medföra att anbudsgivarna måste upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem, för att undanröja den risken.

59. Denna tolkning av direktiv 2004/18 får emellertid begränsade praktiska konsekvenser för lösningen av den aktuella tvisten, av två skäl.

60. För det första försäkrade anbudsgivare B i sin frivilliga försäkran på heder och samvete att bolaget deltog i upphandlingen på självständig grund och oberoende av eventuella andra ekonomiska aktörer med band till bolaget, och uppmanade den upphandlande myndigheten att behandla samtliga övriga anbudsgivare som konkurrenter. Att anbudsgivare A inte uttryckligen nämndes i denna försäkran saknar betydelse i detta sammanhang, eftersom anknytningen mellan de båda bolagen var allmänt känd enligt den upphandlande myndigheten. [24] Det viktiga är enligt min uppfattning att när anbudsgivare B försäkrade att dess anbud var självständigt, kan det uppfattas som att denne försökte uppfylla det villkor i förfrågningsunderlaget som förbjöd alternativa anbud.

20 Det görs i Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2 uppl., 2015, s. 341, gällande att grundregeln inom detta område är att en och samma enhet inte får lämna flera anbud. En naturlig följd av en sådan regel skulle vara att förbudet även omfattar enheter som ingår i samma koncern.

21 Enligt punkt 1 i samma artikel får alternativa anbud endast läggas fram om kriteriet för kontraktstilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

22 Se Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, vol. 7–247.

23 Dom av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), punkt 30.

24 Andra stycket i dess skriftliga yttrande.

61. För det andra skulle syftet med att upplysa den upphandlande myndigheten vara att den skulle få kännedom om de band som fanns mellan anbudsgivarna, för att närmare kunna granska deras anbud och se om det förelåg någon samordning. Eftersom den upphandlande myndigheten som nämnts själv medger att den i det här fallet kände till de banden, eftersom de var allmänt kända, och att den utan svårighet har kunnat konstatera att de båda aktörerna verkligen konkurrerade med varandra genom sina anbud (som hade olika innehåll),[25] var en sådan upplysning överflödig.

62. Oavsett dessa konkreta förhållanden, som har ett nära samband med de faktiska omständigheterna, anser jag i det här sammanhanget att en sådan tolkning av direktiv 2004/18 skulle vara något konstlad och inte uppfylla kravet på att de materiella och formella villkoren för deltagande i upphandlingsförfaranden ska vara klart definierade, som följer av domstolens praxis.[26]

63. Således föreslår jag att den första tolkningsfrågan ska besvaras så att artiklarna 45 FEUF och 56 FEUF och artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så att i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller en särskild föreskrift i upphandlingsvillkoren, är anbudsgivare som är anknutna till varandra och som lämnar separata anbud inte skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem.

64. Vad beträffar den andra frågan kan svaret på den härledas från den första. Om så är fallet (avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller en särskild föreskrift i upphandlingsvillkoren), är det enligt den hänskjutande domstolen den upphandlande myndigheten själv som ”ska bära den risk som det innebär att anknutna ekonomiska aktörer deltar och risken för konsekvenserna därav”.

65. Jag anser emellertid att det inte handlar om att den upphandlande myndigheten ska *bära en risk*, utan att den är skyldig att säkerställa att anbudsgivarna behandlas lika och att det finns en öppenhet i förfarandet. Då den fullgör denna skyldighet ska den förhindra att de anknutna anbudsgivarnas deltagande är till men för de övriga anbudsgivarna och snedvrider den konkurrens som ska råda mellan dem. Vilket har skett i det här fallet, enligt den hänskjutande domstolen.

B. Den upphandlande myndighetens skyldigheter när det finns en anknytning mellan anbudsgivare (den tredje, den fjärde och den femte frågan)

66. Jag anser liksom kommissionen att den tredje, den fjärde och den femte frågan kan besvaras tillsammans, även om den omformulering som jag föreslår inte helt sammanfaller med kommissionens.[27]

67. Enligt min uppfattning vill den hänskjutande domstolen med dessa frågor få klarhet i huruvida den upphandlande myndigheten, under de omständigheter som är i fråga i förevarande mål, är skyldig att kräva att de anknutna anbudsgivarna ska bevisa att deras situation inte strider mot konkurrensprincipen. Den vill även veta om det räcker att den upphandlande myndigheten förhåller sig passiv för att slå fast att dess agerande i förfarandet är rättsstridigt.

68. Det råder inget tvivel om, inte bara att anbudsgivare A och anbudsgivare B var rättsliga aktörer som hade anknytning till varandra, utan även att denna anknytning, enligt den upphandlande myndigheten, var allmänt känd (och att den därför inte ansåg att det var nödvändigt att kräva att de skulle redovisa detta).

25 Fjärde stycket i dess skriftliga yttrande.

26 Jag hänvisar åter till dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), punkt 37.

27 Kommissionen anser att de tre frågorna bör omformuleras så att ”den nationella domstolen vill veta om artikel 101 FEUF är tillämplig i detta mål och om artikel 101 FEUF (om den är tillämplig), bestämmelserna i direktiven 89/665/EG och 2004/18/EG och domstolens praxis, närmare bestämt domarna eVigilo, Eturas och VM Remonts, ska tolkas så att den upphandlande myndigheten ska fortsätta att undersöka om det finns band mellan två anbudsgivare när det gäller det mål som är föremål för prövning i den nationella domstolen” (punkt 42 i kommissionens skriftliga yttrande).

69. Allt tyder också på att de båda anbudsgivarna, A och B, utgör en ekonomisk enhet i egenskap av dotterbolag till ett och samma moderbolag, under sådana omständigheter att det kan presumeras att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande över dem. [28] Om så är fallet är det tillräckligt för att dra slutsatsen att artikel 101 FEUF inte är tillämplig i förevarande mål, vilket merparten av parterna har påpekat.

70. Det följer av domstolens praxis att den artikeln inte är tillämplig om de avtal eller förfaranden som förbjuds där genomförs av företag som bildar en ekonomisk enhet. [29]

71. Den konkurrens som den är avsedd att skydda i samband med upphandlingsförfaranden är inte i första hand den (allmänna) konkurrensen mellan självständiga ekonomiska aktörer på den inre marknaden, utan den (mer specifika) konkurrens som ska råda vid förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt. [30] Det som i det sistnämnda fallet i själva verket är av betydelse är att de olika anbuden *verkligen* är oberoende av varandra och att de skiljer sig åt (vilket gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att välja det anbud som bäst gynnar allmänintresset), oberoende av om de ekonomiska aktörer som deltar är självständiga eller har anknytning till varandra. Såsom den tjeckiska regeringen har påpekat [31] är det av den anledningen som konkurrensskyddet vid upphandlingsförfaranden framför allt ska sökas i sekundärrätten, i det här fallet i direktiv 2004/18. [32]

72. Att artikel 101 FEUF inte är tillämplig i förevarande fall innebär emellertid inte att den rättspraxis som den hänskjutande domstolen hänvisar till i sin tredje och sin fjärde fråga är irrelevant.

73. Även om målet eVigilo [33] handlade om en intressekonflikt mellan den upphandlande myndigheten och de experter som hade utvärderat anbuden, gjorde domstolen där ett principiellt uttalande som kan tillämpas på förevarande mål. Domstolen slog fast att om det framläggs objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos en expert kan ifrågasättas, ”ankommer det … på den upphandlande myndigheten att undersöka samtliga relevanta omständigheter som legat till grund för kontraktstilldelningsbeslutet för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Detta innefattar i förekommande fall föreläggande till parterna om att dessa ska inkomma med vissa uppgifter och bevis”. [34]

74. Denna skyldighet, erinrade domstolen om, är en följd av den ”aktiva roll” som den upphandlande myndigheten ska ha vid tillämpningen av principerna för tilldelning av offentliga kontrakt, eftersom den ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt sätt och förfara på ett öppet sätt, enligt artikel 2 i direktiv 2004/18. [35] Denna skyldighet – påpekar domstolen – ”är central i direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling (se dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45)”. [36]

28 Se bland annat dom av den 16 juni 2016, Evonik Degussa och AlzChem/kommissionen (C-155/14 P, EU:C:2016:446), punkt 28.

29 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 maj 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225), punkt 19, och dom av den 11 april 1989, Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140), punkt 35.

30 Det kan naturligtvis förekomma samordning mellan företag som inte har någon anknytning till varandra och som just syftar till att snedvrida konkurrensen vid offentliga upphandlingsförfaranden, där företagen kommer överens om att inte delta eller att göra det på villkor som de har enats om på ett rättsstridigt sätt.

31 Punkt 10 i dess skriftliga yttrande.

32 Som jag tidigare har påpekat hindrar detta direktiv i princip inte att anknutna anbudsgivare deltar.

33 Dom av den 12 mars 2015, C-538/13, EU:C:2015:166.

34 Dom av den 12 mars 2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166), punkt 44.

35 *Ibidem*, punkt 42.

36 *Ibidem*, punkt 43.

75. Vad beträffar domarna Eturas m.fl.[37] och VM Remonts m.fl.,[38] handlar de såsom kommissionen har påpekat[39] om en prissamordning mellan självständiga företag och om en anbudsgivares ansvar för en oberoende tjänsteleverantörs handlande, som tillhandahöll anbudsgivaren tjänster. Trots det kan vissa av uttalandena i de domarna, som rörde bevisningen för att det förekommit en samordning, vara användbara i förevarande mål.

76. Till exempel slog domstolen i den förstnämnda domen fast att ”[e]nligt effektivitetsprincipen kan bevisningen för att unionens konkurrensrätt har åsidosatts … inte bara utgöras av direkt bevisning, utan även av indicier, under förutsättning att dessa är objektiva och samstämmiga”.[40] I den sistnämnda domen fann domstolen att i avsaknad av unionsbestämmelser rörande bevisning omfattas ”reglerna om bevisvärdering och om beviskrav … av medlemsstaternas processuella autonomi”.[41]

77. Tillämpas denna praxis på de aktuella förhållandena i det nationella målet, kan det konstateras att om den upphandlande myndigheten upptäcker att anknutna aktörer deltar i förfarandet, bör den ”aktiva roll” som den förväntas ha för att säkerställa att det råder en verklig konkurrens mellan anbudsgivarna, normalt föranleda den att försäkra sig om att deras anbud är oavhängiga.[42]

78. En sådan förebyggande åtgärd utgör sammanfattningsvis bara en av de åtgärder som syftar till att ”undersöka samtliga relevanta omständigheter … för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Detta innefattar i förekommande fall förelägganden till parterna om att dessa ska inkomma med vissa uppgifter och bevis”.[43]

79. Den upphandlande myndigheten får emellertid i fall som det här aktuella avstå från att begära att de anknutna anbudsgivarna, för att använda sig av formuleringen i den hänskjutande domstolens fråga, ”klargör huruvida, och på vilket sätt, deras personliga ställning är förenlig med en fri och rättvis konkurrens mellan anbudsgivare”. Att förelägga ”parterna om att dessa ska inkomma med vissa uppgifter och bevis” kan naturligtvis vara relevant, om den information och den bevisning som den upphandlande myndigheten förfogar över inte räcker för att den ska kunna bilda sig en uppfattning om risken för att anbuden inte är oavhängiga utan snedvrider konkurrensen.

80. Vad som är viktigt är således i första hand inte att den upphandlande myndigheten vänder sig till de anknutna anbudsgivarna och begär att de ska informera om sina förbindelser och inhämtar deras synpunkter gällande iakttagandet av principen om konkurrens mellan anbudsgivare. Det avgörande är i stället att den upphandlande myndigheten får möjlighet att utesluta att de anknutna aktörernas deltagande i samma förfarande medför en konkurrensrisk. Den kan naturligtvis komma fram till det genom att uppmana dem att lämna sådan information eller inkomma med sådana synpunkter, men även genom att använda sig av uppgifter som redan finns att tillgå i förfarandet, vilket innebär att den inte behöver vända sig till anbudsgivarna.

81. Det följer även av domstolens praxis att ”för att klargöra huruvida det aktuella kontrollförhållandet har haft någon inverkan på innehållet i de respektive anbud som de berörda företagen har lämnat inom ramen för samma förfarande för offentlig upphandling, [är det] nödvändigt att det sker en prövning och bedömning av de faktiska omständigheterna, vilket ankommer på de upphandlande myndigheterna”.[44]

37 Dom av den 21 januari 2016, C-74/14, EU:C:2016:42.

38 Dom av den 21 juli 2016, C-542/14, EU:C:2016:578.

39 Punkterna 46 och 47 i dess skriftliga yttrande.

40 Dom av den 21 januari 2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42), punkt 37.

41 Dom av den 21 juli 2016, VM Remonts m.fl. (C-542/14, EU:C:2016:578), punkt 21.

42 Mångfalden av anbud syftar till att öka konkurrenstrycket bland anbudsgivarna, så att vart och ett av anbuden verkligen kan ”bemötas” (för att använda sig av ett uttryck från konkurrensrätten) av de övriga anbudsgivarna och kontraktet tilldelas den som bäst förtjänar det på egna meriter.

43 Dom av den 12 mars 2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166), punkt 44.

44 Dom av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), punkt 32.

82. Enligt vad den upphandlande myndigheten har uppgett i sitt skriftliga yttrande har den på grundval av sin prövning och bedömning av de faktiska omständigheterna, trots att det var allmänt känt att anbudsgivarna A och B var anknutna till varandra, kunnat utesluta att deras respektive anbud inte konkurrerade med varandra med stöd av ett antal objektiva faktorer:

– Den omständigheten att en av de anknutna anbudsgivarna avgav en frivillig försäkran om att dess anbud var självständigt, innebar ”ett lojalt beteende som var förenligt med bestämmelserna” i den nationella lagstiftningen.

– De anknutna anbudsgivarnas anbud skilde sig åt till såväl form som innehåll.

– Anbudet från anbudsgivare A avvisades ”på ett sätt som var helt oberoende av dess vilja, det vill säga på initiativ av den upphandlande myndigheten”. [45]

83. På grundval av de uppgifter som den hade tillgång till fann den upphandlande myndigheten att det inte fanns någon risk för snedvridning av konkurrensen mellan anbudsgivare A och anbudsgivare B. Den konstaterade vidare att om den hade upptäckt att dessa ”hade betett sig på ett sätt som visade att de inte ville vinna upphandlingen” skulle den omständigheten ”ha kunnat utgöra ett indicium som skulle kunna få myndigheten att utreda deras anknytning och eventuellt slå fast att deras beteende under upphandlingsförfarandet kunde anses utgöra ett samordnat förfarande”. [46]

84. Det kan diskuteras om den information som den upphandlande myndigheten hade tillgång till var tillräcklig för att utesluta att det förelåg en risk för att anbudsgivarna inte konkurrerade, men det rör sig om en bedömning som det under alla förhållanden ankommer på myndigheten att göra, och därefter eventuellt på den nationella domstol som överprövar dess beslut.

85. Enligt min uppfattning bör EU-domstolen inte ingripa i tvisten kring vilket bevisvärde de indicier ska ha som den hänskjutande domstolen räknar upp i punkterna a och b i den fjärde frågan. Det är en bedömning av de faktiska omständigheterna och en värdering av den bevisning som föreligger i målet som det uteslutande ankommer på den hänskjutande domstolen att göra, på grundval av reglerna om en sund prövning och med tillämpning av dess nationella bestämmelser om bevisning. [47]

86. För att återgå till frågan huruvida den upphandlande myndigheten måste vända sig till de anknutna aktörerna på det ovan beskrivna sättet, anser jag att den ska besvaras nekande, såväl generellt som i det här enskilda fallet. Allt är beroende av huruvida det bevismaterial som finns att tillgå är tillräckligt och därmed av den objektiva grunden för den upphandlande myndighetens beslut att låta de anknutna anbudsgivarna delta i förfarandet, vilket det i slutändan ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

45 Fjärde stycket i den upphandlande myndighetens skriftliga yttrande.

46 Sjätte stycket i den upphandlande myndighetens skriftliga yttrande. I samma stycke anger den upphandlande myndigheten att samordnade förfaranden inte bara kan förekomma mellan anknutna aktörer, utan även mellan aktörer som formellt sett konkurrerar men som ingår avtal med varandra som är förbjudna enligt konkurrensrätten.

47 Jag hänvisar till dom av den 21 juli 2016, VM Remonts m.fl. (C-542/14, EU:C:2016:578), som återges i punkt 76.

VI. Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) har ställt på följande sätt:

Artiklarna 45 FEUF och 56 FEUF samt artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, ska tolkas på följande sätt under sådana omständigheter som dem som föreligger i det nationella målet:

1. I avsaknad av en uttrycklig bestämmelse eller en särskild föreskrift i de villkor som gäller för tilldelningen av ett tjänstekontrakt, är anbudsgivare som är anknutna till varandra och som lämnar separata anbud i ett och samma förfarande inte skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om banden mellan dem.

2. Den upphandlande myndigheten är skyldig att anmoda dessa anbudsgivare att lämna den information som den anser nödvändig, om den mot bakgrund av det bedömningsunderlag som finns i det aktuella förfarandet hyser tvivel om huruvida det finns en risk för att deras samtidiga deltagande minskar öppenheten och snedvrider konkurrensen mellan dem som vill tillhandahålla tjänsten.