



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mathias Eriksson

Motverkan av samverkan

Upphandlingsrättens förhållande till samverkan
mellan anbudsgivare i upphandlingsförfarandet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: Period 1 HT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och forskningsfrågor	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	13
2 TOLKNING AV UTESLUTNINGSGRUNDEN OCH DESS FÖRHÅLLANDE TILL KONKURRENSRÄTTEN	15
2.1 Uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU	15
2.2 En fördragskonform tolkning av uteslutningsgrunden	17
2.3 Konkurrensrätten och dess samarbetsförbud	20
2.4 Tillåtna och otillåtna samarbeten inom offentlig upphandling	22
2.5 Reflektioner kring tolkningen av uteslutningsgrunden	24
3 LIKABEHANDLINGSPRINCIPEN OCH ANBUDSSAMVERKAN	26
3.1 Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen	26
3.2 Samverkande anknutna anbudsgivare	29
3.3 Oberoende och självständiga anbud	31
3.3.1 Assitur	31
3.3.2 Lloyd's of London	32
3.3.3 Specializoutas transportas	33
3.4 Reflektioner kring likabehandlingsprincipen och samverkan	35
4 BEVIS- OCH UTREDNINGSFRÅGOR	39

4.1	Upphandlande myndigheters utredningsskyldighet	39
4.2	Tillräckligt sannolika indikationer	41
4.3	Upphandlande myndigheters skönsmässiga bedömingutrymme	45
4.4	Reflektioner kring de processuella frågorna	47
5	UPPHANDLINGSRÄTTENS FÖRHÅLLNINGSSÄTT GENTEMOT SAMVERKAN INOM UPPHANDLINGSFÖRFARANDET	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	Offentligt tryck	57
	Litteratur	58
	Övriga källor	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60
	EU-domstolen	60
	Högsta förvaltningsdomstolen	61
	Övriga domstolar	61

Summary

The purpose of this paper has been to study the concrete regulation of and principal approach to collusion between tenderers in public procurement law in a Swedish context. As a basis for the concrete regulation in public procurement law is the facultative exclusion ground in the public procurement act (see 13 kap. 3 § 4 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling). According to the exclusion ground, contracting authorities may exclude tenderers who have entered into agreements aimed at distorting competition. However, the exclusion ground issues uncertainty regarding its coverage of concerted practices and evidentiary requirements. Since the exclusion ground has a close relationship with competition law, these questions have been studied in the light of Article 101 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the Swedish Competition Act (2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579)) which prohibit collusion.

Public procurement law's principal approach to collusion is in turn based on the principle of equal treatment. Regarding the principle of equal treatment and its relation to collusion, this paper focuses on the case law of the Court of Justice of the European Union (ECJ) concerning colluding affiliated companies participating in the same award procedure. The ECJ has constructed a general rule in these situations that tenders are to be drawn up independently, wherefore it is sufficient for exclusion that the affiliation has influenced the tenderer's conduct in the award procedure. Public procurement law, therefore, takes a different approach to collusion than competition law since agreements between affiliated companies in a single economic unit are not considered to distort competition.

The exclusion ground and the principle of equal treatment are also closely connected to competition law when it comes to proving collusion between tenderers. From competition law, the ECJ has gathered support for the view that contracting authorities may use plausible indications to prove collusion. This, however, provides that the indications are objective and consistent and that the tenderers may submit counterevidence. However, a certain aspect of the exclusion ground is that it confers a wide margin of appreciation on contracting authorities. The purpose of the exclusion ground is to enable contracting authorities to assess the reliability of the tenderers and the risk of awarding the contract to an unreliable tenderer. Yet, this margin of appreciation may be limited by the principle of equal treatment's categorical demands.

In summary, public procurement law's approach to collusion between tenderers is affected by the exclusion ground, the principle of equal treatment, and competition law. Yet, it is obvious when studied that there are differences and contradictions between the rules, which follow from the rules' underlying reasons. While the exclusion ground is supposed to bring contracting authorities the possibility to assess tenderers' reliability, the principle of equal

treatment is supposed to guarantee equal opportunities and undistorted competition in the award procedure. Competition law on the other hand is generally designed to address competition concerns on the market as a whole and does not necessarily consider public procurement traits. Even though differences exist, competition law still guides the approach to collusion in a public procurement law context. Likewise, the exclusion ground guides contracting authorities' procedure when the principle of equal treatment commands exclusion of colluding tenderers.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats har varit att utreda upphandlingsrättens konkreta reglering av och principiella förhållningsätt till samverkan mellan anbudsgivare i upphandlingsförfarandet. Utgångspunkten för utredningen av upphandlingsrättens konkreta reglering är den fakultativa uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Uteslutningsgrunden anger att upphandlande myndigheter får utesluta anbudsgivare som har ingått överenskommelser med konkurrensbegränsande syfte. Men uteslutningsgrunden vållar osäkerhet kring hur den ska tillämpas både vad gäller dess tillämpningsområde och dess beviskrav. Till följd av uteslutningsgrundens nära förhållande till konkurrensrätten har frågorna utretts i ljuset av konkurrensrättens samarbetsförbud i artikel 101 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

Upphandlingsrättens principiella förhållningssätt mot samverkan grundar sig i sin tur på likabehandlingsprincipen. Utredningen i den delen tar utgångspunkt i EU-domstolens praxis kring anknutna anbudsgivare som samverkar vid framtagandet av separata anbud. EU-domstolen har uttalat att anbud ska tas fram oberoende och självständigt och att det är tillräckligt att de anknutna anbudsgivarnas förhållande har påverkat utformningen av anbuden för att de inte ska kunna beaktas. Upphandlingsrätten har därmed en annan syn på samverkan än konkurrensrätten, inom vilken samarbeten mellan företag i samma ekonomiska enhet inte anses ha någon konkurrensbegränsande effekt.

Uteslutningsgrunden och likabehandlingsprincipen har också ett nära förhållande till konkurrensrätten i fråga om hur upphandlande myndigheter ska bevisa att anbudsgivare har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. Från konkurrensrätten har EU-domstolen hämtat stöd för att upphandlande myndigheter ska kunna använda sig av indicier för att bevisa otillåten samverkan under förutsättning att indicierna är objektiva och samstämmiga och så länge anbudsgivarna har möjlighet att motbevisa den presumtion som ställs upp. Nämnvärt kring uteslutningsgrunden är att den ger upphandlande myndigheter ett skönsmässigt bedömningsutrymme vid tillämpningen av uteslutningsgrunden. Syftet med bestämmelsen är nämligen att ge upphandlande myndigheter en möjlighet att bedöma anbudsgivarnas pålitlighet och redbarhet. Detta skönsmässiga bedömningsutrymme kan dock behöva stå tillbaka till följd av likabehandlingsprincipens mer kategoriska krav.

Sammantaget påverkas upphandlingsrättens förhållande till samverkan mellan anbudsgivare av uteslutningsgrunden, likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten. Men det blir uppenbart vid en granskning att det finns skillnader och motsättningar mellan de olika delarna, vilket följer av de bakomliggande syftena med de olika bestämmelserna. Medan

uteslutningsgrunden syftar till att ge upphandlande myndigheter ett verktyg att skydda sig mot opålitliga leverantörer är likabehandlingsprincipen en allmän princip som ska säkerställa alla leverantörers lika möjligheter och en sund och effektiv konkurrens. Konkurrensrätten å sin sida är generellt inriktad på företags konkurrensbegränsade agerande på marknaden och tar inte nödvändigtvis hänsyn till upphandlingsförfarandet särskilda karaktär. Trots skillnaderna utgör konkurrensrätten ändå måttstock och vägledning för upphandlingsrättens hantering av samverkan mellan anbudsgivare. På samma sätt är uteslutningsgrunden vägledande för hur uteslutning bör gå till när likabehandlingsprincipen ställer krav på att samverkande anbudsgivare ska uteslutas.

Förord

Med dessa sista ord avslutar jag min studieperiod och tar farväl av juristprogrammet i Lund. Jag går nu från jur.stud. till jur.kand. och minns med värme alla underbara stunder som jag har haft i Lund tillsammans med mina vänner. Den glädje och gemenskap som jag har upplevt tar jag med mig i mitt nästa steg som verksam jurist.

Innan uppsatsen tar vid vill jag tacka min handledare Vilhelm för dina ovärderliga råd. Jag vill även passa på att rikta ett stort tack till min familj som alltid har gjort mer för mig än vad jag någonsin har kunnat begära. Jag vill tacka Bodil för ditt stöd när uppsatsångesten var som störst. Tack Simon för att du med noggrannhet och flit pekade ut alla mina missar och krångliga meningar. Och utan att glömma någon vill jag tacka alla mina vänner som har gjort tiden på juristprogrammet lika oförglömlig som underbar.

Som utlovat vill jag slutligen rikta ett hedersomnämmande till det vinnande quizlaget från min examensfest. Bra jobbat Alice, Azalea, Jacob och Simon.

Den 16 januari 2022
Mathias Eriksson

Förkortningar

EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslag (2017:900)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
ÄLOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Konkurrensbegränsande samarbeten inom offentlig upphandling är ett allvarligt och återkommande problem som underminerar själva syftet med att ha ett öppet och konkurrensdrivet upphandlingsförfarande.¹ När företag samarbetar inom ramen för offentlig upphandling kallas samarbetet ofta för anbudskarteller.² Anbudskarteller kan bestå av leverantörer som på förhand samarbetar kring anbudens utformning, särskilt vad gäller priser. Syftet är att eliminera osäkerheten och på förhand bestämma vem som ska tilldelas kontraktet för att i brist på verklig konkurrens kunna pressa upp priset. Samtidigt vill samarbetsparterna upprätthålla en illusion av att upphandlingen har gått till på ett korrekt sätt.³ Otillåtna samarbeten riskerar att stänga ute hederliga leverantörer från marknaden, särskilt små och medelstora företag, medan upphandlande myndigheter får sina valmöjligheter begränsade. Anbudskarteller beräknas dessutom orsaka högre priser för det offentliga i förhållande till vad som hade gällt under normala marknadsvillkor.⁴

Denna uppsats handlar om hur otillåten samverkan mellan anbudsgivare inom offentliga upphandling regleras och hur upphandlingsrätten förhåller sig till samverkan mellan anbudsgivare. Uppsatsen tar därför utgångspunkt i 13 kap. 3 § fjärde punkten lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I 13 kap. 3 § LOU återfinns de fakultativa uteslutningsgrunderna som reglerar när upphandlande myndigheter får utesluta en anbudsgivare. Uteslutningsgrunden i fjärde punkten stadgar att upphandlande myndigheter får utesluta anbudsgivare som har ingått överenskommelser med konkurrensbegränsande syfte. Det finns dock osäkerhet kring hur uteslutningsgrunden ska tillämpas.⁵ En del av förklaringen till varför bestämmelsen skapar osäkerhet är att den till synes är både restriktivt och extensivt formulerad.⁶ Bestämmelsen är restriktiv i en jämförelse med formuleringarna i artikel 101 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), vilka förbjuder konkurrensbegränsande överenskommelser. Däremot är uteslutningsgrunden extensiv beaktat det till synes lågt ställda beviskravet.⁷ Vidare finns det osäkerhet kring hur bestämmelsen förhåller sig till likabehandlings- och transparensprincipen som återfinns i 4 kap. 1 § LOU. Osäkerheten som skapas

¹ EU-kommissionen, Tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning, C(2021) 1631 slutlig, 15.3.2021 Bryssel, s. 4.

² Konkurrensverket 2020:1, s. 30.

³ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 4; Sánchez Graells, A. (2014), s. 4; OECD (2009), s. 1–2.

⁴ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 4.

⁵ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 330; Sánchez Graells, A. (2014), s. 18–19; Sánchez Graells, A. (2015), s. 470; Hård af Segerstad, V. (2017).

⁶ Koninck, C. de, Ronse, T. & Timmermanns, W. (2015), s. 43.

⁷ Koninck, C. de, Ronse, T. & Timmermanns, W. (2015), s. 43.

av förhållandet blir särskilt tydligt vid en undersökning av hur den särskilda situationen, när anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet samverkar vid framtagandet av separata anbud i samma upphandling, ska hanteras. Det är en situation som återkommande vållar problem för upphandlande myndigheter.⁸

1.2 Syfte och forskningsfrågor

Denna uppsats avser att utreda upphandlingsrättens konkreta reglering av och principiella förhållningssätt till otillåten samverkan mellan anbudsgivare i upphandlingsförfarandet, samt hur de olika delarna interagerar med varandra. Uppsatsen anlägger därför både ett konkret och ett principiellt perspektiv. Utgångspunkt för uppsatsens materiella del är den fakultativa uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU som ger upphandlande myndigheter rätt att utesluta anbudsgivare som har ingått överenskommelser med ett konkurrensbegränsande syfte. Avsikten är att utreda hur uteslutningsgrunden ska tolkas avseende vilka ageranden som kan läggas till grund för uteslutning, hur bedömningen om uteslutning ska göras och vad som krävs för att göra uteslutningsgrunden gällande. Ett annat problemområde som får uppmärksamhet är hur samverkan mellan anknutna anbudsgivare ska hanteras, eftersom frågan kan visa på principiella motsättningarna mellan likabehandlingsprincipen, uteslutningsgrunden och konkurrensrätten. På så sätt utgår uppsatsen från olika problemområden för att urskilja hur de upphandlingsrättsliga principerna, uteslutningsgrunden och konkurrensrätten förhåller sig till varandra. Den principiella ingången består därmed i att försöka utreda hur de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som återfinns i 4 kap. 1 § LOU, särskilt likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, förhåller sig till samverkan mellan anbudsgivare mot bakgrund av principernas bakomliggande syfte. Vidare är syftet att utreda hur principerna förhåller sig till de konkreta bestämmelserna, men även hur de förhåller sig till konkurrensrättens syn på otillåten samverkan.

För att fullgöra uppsatsens syfte kommer följande forskningsfrågor att besvaras. Hur ska uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU tolkas och hur förhåller den sig till konkurrensrättens samarbetsförbud i artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen? Hur förhåller sig likabehandlingsprincipen till frågan om samverkan mellan anbudsgivare och till uteslutningsgrunden och konkurrensrätten? Vilka krav ställs på upphandlande myndigheters utredning och bevisning vid uteslutning av samverkande anbudsgivare och vilka influenser har likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten på frågan? Utifrån vad som framkommer vid utredningen av dessa frågor kommer uppsatsen slutligen att försöka urskilja hur de olika delarna förhåller sig till varandra och hur de formar upphandlingsrättens förhållningssätt mot samverkan inom upphandlingsförfarandet.

⁸ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 17.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsens fokus ligger på samarbeten inom ramen för pågående upphandlingar när det saknas beslut eller domar som har fastställt en konkurrensrättslig överträdelse. Anledningen är att det är i dessa situationer som det råder störst osäkerhet. Om en konkurrensrättslig överträdelse har fastställts är rättsläget okomplicerat och uteslutning kan ske med stöd av både 13 kap. 3 § tredje och fjärde punkten LOU såsom ett allvarligt fel i yrkesutövningen.⁹ I en sådan situation finns inga bevisvärigheter då beslutet eller domen kan läggas till grund för uteslutningen.

Uppsatsen utgår från LOU och behandlar därför inte de andra upphandlingslagarna uttryckligen. De övriga upphandlingslagarna är: lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). I både LUF och LUK återfinns en motsvarande uteslutningsgrund i 13 kap. 4 § fjärde punkten respektive 11 kap. 4 § fjärde punkten LUK. Samma proposition ligger till grund för LOU, LUF och LUK och EU-direktiven för de olika upphandlingslagarna togs fram i anslutning till varandra. I propositionens specialmotiveringar angående uteslutningsgrunderna i LUF och LUK hänvisas det till vad som sagts i anslutning till specialmotiveringen av 13 kap. 3 § LOU.¹⁰ Uteslutningsgrunden bör därför kunna tolkas enhetligt mellan lagarna.¹¹ Men det kan inte uteslutas att det kan uppstå vissa skillnader. LUFS som är något mer speciell och som togs fram några år tidigare än övriga tre upphandlingslagarna saknar dock motsvarande uteslutningsgrund, varför det inte är aktuellt att utreda LUFS i syfte att besvara uppsatsens frågeställningar.

Uppsatsen utgår från upphandlingar som sker över tröskelvärdena enligt 1 kap. 4 § LOU och som därmed regleras av det direktivstyrda området. Upphandlingsförfarandet under tröskelvärdena regleras i 19 kap. LOU. Vad gäller uteslutning i upphandlingar under tröskelvärdena och som därmed befinner sig utanför direktivets tillämpningsområde hänvisar 19 kap. 18 § LOU tillbaka till 13 kap. 3 § LOU och det anges att en leverantör får uteslutas om förutsättningar i 13 kap. är uppfyllda. I och med den lagändring som kommer träda i kraft den 2 februari 2022 flyttas bestämmelsen om uteslutning under tröskelvärdena till 19 kap. 17 § LOU. Ändringen innebär vidare att alla uteslutningsgrunder under tröskelvärdena som motsvarar de i 13 kap. görs fakultativa. Vidare införs en möjlighet att även i övrigt utesluta olämpliga leverantörer.¹² I och med ändringen förtydligas det även i 19 kap. 2 § LOU att de upphandlingsrättsliga principerna äger lika tillämplighet under tröskelvärdena i enlighet med HFD:s praxis.¹³ I HFD 2018 ref. 60 konstaterade HFD bland annat att likabehandlingsprincipen är lika relevant

⁹ Rosén Andersson, H., m.fl., Lagen om offentlig upphandling (17 november 2020 JUNO), kommentaren till 13 kap. 3 §.

¹⁰ Prop. 2015/16:195, s. 1256–1257 och 1359.

¹¹ Jfr C-124/17 *Vossloh Laeis*, EU:C:2018:855, p. 18–19.

¹² Prop. 2021/22:5, s. 203.

¹³ Prop. 2021/22:5, s. 195.

oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte, vilket är grundvalen för EU-rättens tillämpning. Följaktligen bör det som sägs i uppsatsen om uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU vara relevant för uteslutning under tröskelvärdena men det kan inte uteslutas att skillnader som finns kan möjliggöra olika tolkningar och lösningar.

Det kan även konstateras att mekanismen med självsanerande åtgärder inte kommer att diskuteras särskilt i uppsatsen. Självsanerande åtgärder regleras i 13 kap. 5 § LOU och innebär att anbudsgivare som omfattas av en uteslutningsgrund inte ska uteslutas om de har vidtagit självsanerande åtgärder. De självsanerande åtgärderna måste ha vidtagits före beslutet om uteslutning fattas, eftersom det inte är möjligt att vidta självsanerande åtgärder i efterhand och därefter återinträda i upphandlingen.¹⁴ Genom att uppsatsen fokuserar på samverkan inom ramen för den pågående upphandlingen kan självsanerande åtgärder inte få någon effekt i aktuella situationer.

Som en konsekvens av att uteslutningsgrunden hänvisar till konkurrensbegränsande överenskommelser är det oundvikligt att konkurrensrätten berörs. Det konkurrensrättsliga systemet i sig är dock inte tänkt att utgöra huvudfokus för uppsatsen. Konkurrensrättsliga bestämmelser och rättspraxis behandlas därför i anslutning till det upphandlingsrättsliga regelverket i syfte att klargöra i vilka situationer som det kan vara aktuellt att tillämpa uteslutningsgrunden och för att jämföra upphandlingsrättens förhållande till samverkan med konkurrensrättens förhållningssätt.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används den rättsdogmatiska metoden. Det innebär att uppsatsens utgångspunkt är de allmänt accepterade rättskällorna för att fullgöra syftet och besvara de ställda frågorna.¹⁵ Därmed kommer lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den juridiska litteraturen studeras. Dessa källor kommer dock att behöva tolkas för att frågorna ska kunna besvaras. Eftersom LOU utgör Sveriges genomförande av upphandlingsdirektivet¹⁶ har EU-rätten stor relevans för tolkningen av LOU:s regler.¹⁷ I artikel 4.3 fördraget om Europeiska unionen (FEU) fastslås principen om lojalt samarbete som bland annat innebär att medlemsstaterna måste följa EU-rätten och tolka nationella regler i ljuset av EU-rätten.¹⁸ För att kunna tolka och beakta EU-rättens inflytande på ett korrekt sätt används därför den EU-rättsliga metoden. I denna uppsats används den EU-rättsliga metoden som ett verktyg för att hantera EU-rättens inverkan på rättsområdet, eftersom både upphandlingsrätten och konkurrensrätten har sitt ursprung i EU-rätten. Nyttjandet av den EU-rättsliga metoden ska säkerställa en korrekt tolkning av

¹⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1089.

¹⁵ Kleineman, J. (2014), s. 21.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁷ Prop. 2015/16:195, s. 281.

¹⁸ Reichel, J. (2014), s. 112–113.

de EU-rättsliga källorna i förhållande till den svenska rätten. I den EU-rättsliga metoden måste EU-rättens två skikt, primär- och sekundärrätten, samt EU-domstolens tolkningsmetod beaktas.¹⁹

Vad gäller EU-rättens rättskälalära och EU-domstolens tolkningsmetod kan följande sägas. Primärrätten består av fördragen medan sekundärrätten består av lagstiftningsakterna som antas med stöd av fördragen.²⁰ Alla typer av lagstiftningsakter inom EU-rätten måste utgå från fördragen och ska därför tolkas i ljuset av fördragen. Det är EU-domstolen som är ensam uttolkare av fördragen enligt artikel 19 FEU. Utifrån denna roll har EU-domstolen utvecklat de allmänna EU-rättsliga principerna.²¹ EU-domstolen, som har gett de allmänna rättsprinciperna konstitutionell status i nivå med fördragen,²² använder principerna i huvudsak för tre ändamål. För att fylla ut luckor i fördragen och sekundärrätten, för att tolka sekundärrätten så att den överensstämmer med principerna och för att pröva giltigheten av de lagstiftningsakterna som antas.²³ Det kan även konstateras att EU-rättsakternas olika språkversioner äger samma giltighet.²⁴ Att versionerna är lika giltiga innebär att en jämförelse bör göras av samtliga olika språkversioner vid tolkningen av en bestämmelse. Till följd av otillräckliga språkkunskaper i andra språk än svenska och engelska kommer endast de svenska och engelska språkversionerna jämföras i denna uppsats.

EU-domstolen använder en teleologisk tolkningsmetod, vilket innebär att domstolen tolkar en bestämmelse utifrån dess ändamål. Tolkningsmetoden medför att slutsatsen inte alltid är den mest bokstavliga tolkning som finns att tillgå.²⁵ EU-domstolen har själv uttalat tre faktorer som är avgörande vid tolkningen av bestämmelser: dess anda, uppbyggnad och ordalydelse.²⁶ I senare sammanhang har EU-domstolen uttalat att domstolen gör en ”bokstavlig, teleologisk och systematisk tolkning” av den aktuella bestämmelsen.²⁷ Den teleologiska tolkning ska alltså inte enbart förstås som en ändamålstolkning av den enskilda bestämmelsen, utan regeln ska även tolkas i det sammanhang den förekommer, systematiken med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i och de mål som eftersträvas.²⁸ EU-domstolen ser alltså både till ändamålet med bestämmelsen och ändamålet med den rättsliga kontexten.²⁹

Den valda rättsdogmatiska metoden, med stöd från den EU-rättsliga metoden, innebär att uppsatsen avser besvara de tre specifika forskningsfrågorna med

¹⁹ Reichel, J. (2014), s. 109.

²⁰ Se artikel 288–289 FEUF.

²¹ Craig, P. & de Búrca, G. (2015), s. 110–112.

²² C-101/08 *Audiolux*, EU:C:2009:626, s. 63.

²³ Reichel, J. (2014), s. 126.

²⁴ C-283/81 *CILFIT mot Ministero della Sanità*, EU:C:1982:335, p. 18–20. van Gestel, R. & Micklitz, H.-W. (2014), s. 311.

²⁵ Craig, P. & de Búrca, G. (2015), s. 63–64.

²⁶ C-26/62 *Van Gend en Loos*.

²⁷ C-387/19 *RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, EU:C:2021:13, p. 33.

²⁸ C-395/18 *Tim*, EU:C:2020:58, p. 36.

²⁹ Poiares Maduro, M. (2007), 4–5.

stöd utifrån lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den juridiska litteraturen. Utifrån de slutsatser som nås i dessa delar kommer slutligen resultaten att tolkas för att besvara frågan om hur de olika delarna förhåller sig till varandra och formar upphandlingsrättens syn på samverkan inom upphandlingsförfarandet. Mer konkret består uppsatsen i en utredning av vad som följer av uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU, likabehandlingsprincipen och artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen för att sedan försöka analysera hur de olika rättsreglerna förhåller sig till varandra och inverkar på varandra. Utifrån den analysen besvaras frågan om hur samverkan ska hanteras i den upphandlingsrättsliga kontexten.

Utgångspunkten för utredningen av uteslutningsgrunden är lagtexten i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU och den motsvarande bestämmelsen i artikel 57.4 d i upphandlingsdirektivet. Eftersom ordalydelsen öppnar upp för oklarheter används bland annat förarbetena till LOU och upphandlingsdirektivets ingress för att utreda lagstiftarens avsikter vid implementeringen av direktivet och skälen för direktivets utformning. De svenska förarbetenas vägledning på området är begränsade liksom direktivets ingress.³⁰ Vid utarbetandet av LOU har bestämmelserna i sak och terminologi utformats så direktivnära som möjligt. Den direktivnära lagstiftningsteknik som har använts innebär att oklarheter i direktivet har överförts till LOU. De frågor som uppstår som följd har därför överlämnats till rättstillämpningen att lösa.³¹ Eftersom bestämmelsen fortfarande är relativt ny finns det inte mycket praxis ännu. Högsta förvaltningsdomstolen har inte prövat uteslutningsgrunden och EU-domstolen har enbart prövat en fråga i anslutning till uteslutningsgrunden.³² I brist på praxis från högsta instans har jag valt att kolla på några domar från underrätterna för att få inblick i hur uteslutningsgrunden än så länge har tillämpats. Vidare har EU-kommissionen tagit fram en vägledning av uteslutningsgrunden i syfte att vägleda tolkningen och tillämpningen av bestämmelsen.³³ Det bör dock understrykas att EU-kommissionen saknar kompetens att uttala sig bindande om hur EU-rätten ska tolkas eftersom det ligger inom EU-domstolens exklusiva kompetens.³⁴ Det material som finns måste därför tolkas. Tolkningen utgår från EU-domstolens tolkningsmetod.

De grundläggande upphandlingsprinciperna återfinns i 4 kap. 1 § LOU, men ges en generell beskrivning. Det ligger i principernas natur att de inte är konkreta, utan de ger en grund utifrån vilken argument kan hämtas i en viss riktning. Likabehandlingsprincipen kräver att alla anbudsgivare ska ges lika möjligheter, men det saknas ett ramverk för hur bedömningen av om en anbudsgivare har diskriminerats ska göras.³⁵ För att utreda och tolka likabehandlingsprincipen används främst EU-domstolens praxis. För tolkningen av likabehandlingsprincipen och EU-domstolens praxis används

³⁰ Prop. 2015/16:195, s. 426 ff & 733 ff.

³¹ Prop. 2015/16:195, s. 302–303.

³² C-124/17 *Vossloh Laeis*, EU:C:2018:855.

³³ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig.

³⁴ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 14.

³⁵ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 294.

även den juridiska litteraturen. Litteraturen används också för att jämföra olika perspektiv och tolkningar. Den juridiska litteraturens värde ligger i att den mer ingående kan diskutera rättsliga frågor än vad domare kan i sina domskäl. Juridisk litteratur vars analys är byggd på en stark inre logik kan ha en stor betydelse genom att vara vägledande i uttolkningen av gällande rätt.³⁶

Det kan därför konstateras att uppsatsens i hög grad kommer använda utländsk litteratur som diskuterar EU-rättens reglering av upphandlingsrätten. Syftet med det är att hämta vägledning i tolkningen av EU-rätten. Ett annat skäl varför utländsk litteratur används i hög omfattning är bristen på svensk litteratur i ämnet. Den svenska juridiska litteraturen som behandlar offentlig upphandling är relativt begränsad. I stort saknas det ingående juridisk forskning inom upphandlingsrätten. Endast tre rättsvetenskapliga avhandlingar har skrivits om offentlig upphandling i Sverige.³⁷ Det bör noteras att det inte går att använda vad som sägs i den utländska litteraturen okritiskt i förhållande till den svenska regleringen. Men även om litteraturen, som diskuterar hur EU-rätten ska tolkas inte kan tillämpas okritiskt på svenska förhållanden är det en viktig källa för förståelsen av EU-rätten som utgör grunden för den svenska regleringen.

1.5 Disposition

Uppsatsens disposition har delats upp i enlighet med forskningsfrågorna. Respektive fråga utreds och analyseras i var sitt kapitel där förslag på tolkning och lösning presenteras. Syftet med uppdelningen är att tydliggöra vilka problemen är och att diskutera dem koncentrerat.

Den utredande delen inleds i kapitel 2 som behandlar frågan om hur utslutningsgrunden ska tolkas. Kapitlet inleds med en presentation av utslutningsgrunden. Därefter utreds det hur utslutningsgrunden ska tolkas mot bakgrund av konkurrensrättens samarbetsförbud, varför den konkurrensrättsliga regleringen också presenteras. Ett visst utrymme kommer att lämnas åt att redogöra för tillåtna respektive otillåtna samarbeten inom ramen för offentlig upphandling, där några uppmärksammade fall av anbudskarteller återges.

Därefter behandlas samverkan utifrån likabehandlingsprincipen i kapitel 3. Likabehandlingsprincipen, men även transparensprincipen som fungerar som stödprincip åt likabehandlingsprincipen, presenteras och utreds. Likabehandlingsprincipens förhållande till samverkan mellan anbudsgivare utreds främst i anslutning till situationen när företag inom samma ekonomiska enhet samarbetar och lämnar separata anbud i samma upphandling. Frågan är smal men EU-domstolen har i sin praxis gjort uttalanden om hur likabehandlingsprincipen ser på sådan samverkan. Dessutom framgår det att upphandlingsrätten har en annan syn på samverkan än konkurrensrätten i den specifika frågan.

³⁶ Kleineman, J. (2014), s. 33.

³⁷ Upphandlingsrättslig Tidskrift, <<https://www.urt.cc/?q=node/1>>, besökt 1 oktober 2021.

I kapitel 4 redogör uppsatsen för de bevis- och utredningsfrågor som uteslutningsgrunden ger upphov till. Det utreds vad som utgör tillräckligt sannolika indikationer, vad som följer av uteslutningsgrundens fakultativa karaktär och upphandlande myndigheters utredningsskyldighet. Avsikten är att klarlägga vad som krävs för att uteslutning ska kunna ske när kraven i övrigt är uppfyllda. Det framkommer även att kraven på utredningen och bevisningen påverkas av likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten.

Slutligen kommer uppsatsen avslutas i kapitel 5 som innehåller sammanvägande reflektioner där det som framkommit om respektive problemområde kommer knytas samman och diskuteras ur ett övergripande perspektiv. I stället för att besvara mer konkreta frågor ligger fokus på att diskutera hur följderna av systematiken, sammanhanget och de inre och mellanrättsliga motsättningarna bildar ett särskilt upphandlingsrättsligt förhållningssätt till samverkan mellan anbudsgivare.

2 Tolkning av uteslutningsgrunden och dess förhållande till konkurrensrätten

Följande kapitel utreder frågan om hur uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU ska tolkas och vilka ageranden som faller inom dess tillämpningsområde. Utredningen utgår från uteslutningsgrundens ordalydelse. Genom att uteslutningsgrunden hänvisar till överenskommelser med ett konkurrensbegränsande syfte aktualiseras frågor om hur uteslutningsgrunden förhåller sig till konkurrensrätten. Följaktligen utreds det även hur uteslutningsgrunden ska tolkas i förhållande till konkurrensrätten samt vad som följer av konkurrensrättens samarbetsförbud i artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Kapitlet inleds i avsnitt 2.1 med en redogörelse av uteslutningsgrunden och dess generella innebörd. I avsnitt 2.2 utreds frågan om uteslutningsgrundens tolkning i ljuset av artikel 101 FEUF, vilket är en tolkning som EU-kommissionen förespråkar. Även EU-domstolens praxis undersöks där frågan om förhållandet mellan upphandlingsrätten och konkurrensrätten har berörts. I avsnitt 2.3 presenteras det konkurrensrättsliga regelverket och vad som följer av artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Avsnittet redogör för grunderna i den konkurrensrättsliga bedömningen. Vidare i avsnitt 2.4 behandlas olika typer av tillåtna och otillåtna samarbeten inom ramen för offentliga upphandlingar. Syftet är att konkretisera i vilka situationer uteslutningsgrunden kan bli aktuell. Slutligen avslutas kapitlet i avsnitt 2.5 som innehåller reflektioner kring frågan om hur uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU ska tolkas och dess förhållande till konkurrensrätten.

2.1 Uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU

Enligt uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från sin upphandling om ”myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen”. För att bestämmelsen ska kunna tillämpas är det tillräckligt att överenskommelsen har haft syftet att snedvrída konkurrensen. Det finns alltså inget krav på att syftet också ska ha uppnåtts. Innan den nya uteslutningsgrunden tillkom användes den mer generella uteslutningsgrunden för allvarliga fel i yrkesutövningen för att utesluta anbudsgivare som hade ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. Den uteslutningsgrunden

återfanns i 10 kap. 2 § fjärde punkten lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU) och återfinns idag i 13 kap. 3 § tredje punkten LOU.³⁸

Av direktivet framgår att uteslutningsgrunden inte är begränsad till ageranden som är hänförliga till den specifika upphandlingen. Det anges uttryckligen i artikel 57.5 andra stycket att ageranden och försummelser som har inträffat före eller under upphandlingen kan läggas till grund för uteslutning av en leverantör och att upphandlande myndigheter när som helst under förfarandet får utesluta en leverantör som följd. Motsvarande bestämmelse i LOU är något mer kortfattad. I 13 kap. 7 § LOU uttrycks det enbart att upphandlande myndigheter när som helst under en upphandling kan utesluta en leverantör om det visar sig finnas grund för det. Enligt EU-kommissionen innebär detta att uteslutningsgrunden inte bara kan tillämpas för överenskommelser som träffats inom ramen för den aktuella upphandlingen, utan den omfattar även konkurrensbegränsande ageranden i tidigare och parallella förfaranden, inom andra sektorer och upphandlingar.³⁹

Proportionalitetsprincipen ska beaktas i alla skeden av offentliga upphandlingar, men principen är särskilt relevant för de fakultativa uteslutningsgrunderna. I direktivets skäl 101 tredje stycket står det att upphandlande myndigheter vid tillämpningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna bör ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen. Syftet med proportionalitetsprincipen är att säkerställa att beslut och åtgärder står i proportion till ändamålet. Prövningen av om ett beslut eller en åtgärd är proportionerlig består av: 1) ett lämplighetstest, 2) ett nödvändighetstest och 3) en slutlig avvägning. Lämplighetstestet innebär att man prövar huruvida beslutet eller åtgärden är lämplig för att nå det eftersökta ändamålet. Nödvändighetstestet innebär en prövning av om det finns mindre ingripande alternativ att tillgå. Slutligen innebär den slutliga avvägningen att de motstående intressena vägs mot varandra.⁴⁰ Mindre allvarliga fall bör därför, enligt skäl 101, enbart leda till uteslutning under exceptionella omständigheter, men upprepade fall av mindre allvarliga förseelser kan skapa tvivel om leverantörens pålitlighet vilket kan motivera uteslutning. Vid tillämpningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna kolliderar vanligtvis flertalet motstående intressen däribland intresset av att så många leverantörer som möjligt deltar i upphandlingen i syfte att skapa en effektiv konkurrens, leverantörens intresse av att få delta i upphandlingen, den upphandlande myndighetens intresse av att säkerställa att kontraktet tillfaller en pålitlig leverantör samt övriga leverantörers intresse av att konkurrera på lika villkor.⁴¹

³⁸ Se bland annat Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 3725-13, mål nr 3727-13, mål nr 4081-13 och mål nr 5060-13.

³⁹ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 21.

⁴⁰ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 9–10.

⁴¹ Se bland annat C-144/17 *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78, C-395/18 *Tim*, EU:C:2020:58 och C-387/19 *RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, EU:C:2021:13.

2.2 En fördragskonform tolkning av uteslutningsgrunden

I den EU-rättsliga litteraturen har uteslutningsgrundens räckvidd varit föremål för diskussion, eftersom lydelsen i direktivet är snävare än lydelsen i artikel 101 FEUF.⁴² En liknande skillnad återfinns mellan lydelsen i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU och 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Medan uteslutningsgrunden enbart nämner överenskommelser som syftar till att snedvrیدا konkurrensen omfattar lydelsen i konkurrenslagen avtal som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen. I en jämförelse mellan direktivet och artikel 101 FEUF framgår det även att uteslutningsgrunden underlåter att nämna samordnade förfaranden. Denna skillnad återfinns inte mellan uteslutningsgrunden i LOU och konkurrenslagen eftersom samordnade förfarande inte nämns uttryckligen i något av regelverken.

Enligt EU-kommissionen bör det vara möjligt att göra en fördragsenlig tolkning av uteslutningsgrunden i direktivet utifrån artikel 101 FEUF på så sätt att samordnade förfaranden omfattas av uteslutningsgrunden. I andra hand, om en fördragsenlig tolkning inte är möjlig, kan samordnade förfaranden i egenskap av konkurrensrättsliga överträdelser falla in under uteslutningsgrunden för allvarliga fel i yrkesutövningen.⁴³ EU-kommissionens tolkning tycks ligga i linje med EU-domstolens tolkningsmetod som säger att sammanhanget, systematiken och de eftersträvade målen och principerna, utöver ordalydelsen, ska beaktas vid tolkningen av direktivets bestämmelser.⁴⁴ I det hänseendet kan det konstateras att EU-domstolen har slagit fast att upphandlingsdirektivets syfte dels är att säkerställa den fria rörligheten för varor och tjänster, dels att öppna upp offentlig upphandling för en icke snedvriden konkurrens.⁴⁵ Vidare har EU-domstolen upprepade gånger understrukit att likabehandlingsprincipens syfte är att ”främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling”.⁴⁶

Vid framtagandet av det nya direktivet framhölls dessutom förebyggandet av konkurrensbegränsande metoder inom offentlig upphandling som en viktig del av arbetet. Det konstaterades att problemet med konkurrensbegränsande metoder på upphandlingsmarknaderna är stort till följd av otillåten samverkan

⁴² Koninck, C. de, Ronse, T. & Timmermanns, W. (2015), s. 43; EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 16.

⁴³ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 16.

⁴⁴ C-395/18 *Tim*, p. 36.

⁴⁵ C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5, p. 44; C-340/04 *Carbotermo och Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308, p. 58; C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, EU:C:2007:815, p. 40; C-454/06 *Pressetext Nachrichtagentur*, EU:C:2008:351, p. 31.

⁴⁶ C-697/17 *Telecom Italia*, EU:C:2019:599, p. 33. Se även C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, p. 33; C-396/14 *MT Højgaard och Züblin*, EU:C:2016:347; C-496/99 *P Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236, p. 110; C-538/13 *eViglio*, EU:C:2015:166, p. 33.

mellan deltagare. Problemet hade i första hand försökts lösas med stöd av andra regelverk och med tips och råd till upphandlare för hur de skulle utforma upphandlingar så att samverkansmöjligheterna försvårades. Upphandlingslagstiftningen i sig hade inte utformats särskilt för att ta itu med problemet, varför det ifrågasattes om 2004 års direktiv⁴⁷ hade tillräckliga verktyg för att lösa problemen med otillåten samverkan. Därmed identifierades ett behov av att införa starkare skydd mot konkurrensbegränsande metoder i upphandlingslagstiftningen.⁴⁸

I *Vossloh Laeis*⁴⁹ prövade EU-domstolen för första gången en fråga i anslutning till utslutningsgrunden i artikel 57.4 d. Den upphandlande myndigheten utslöt en anbudsgivare som hade fällts av den tyska konkurrensmyndigheten för sin medverkan i en anbudskartell. I avgörandet, som främst handlar om självsanerande åtgärder, diskuterade EU-domstolen skillnaderna mellan upphandlande myndigheters och utredande myndigheters uppgifter och hur de ska göra sina olika bedömningar. När det gäller de fakultativa utslutningsgrunderna ankommer på den upphandlande myndigheten att undersöka och kontrollera huruvida det finns skäl för utslutning. Om det finns skäl för utslutning ska den upphandlande myndigheten även bedöma om anbudsgivaren ifråga har lyckats återupprätta sin tillförlitlighet genom vidtagna självsanerande åtgärder.⁵⁰ Däremot i situationer som det aktuella målet ”där det finns ett särskilt förfarande föreskrivet enligt unionsrätten eller nationell rätt för att beivra vissa överträdelser, eller särskilda organ som har att genomföra undersökningar i detta avseende, ska den upphandlande myndigheten vid bedömningen av bevisen, i princip grunda sig på resultatet av ett sådant förfarande.”⁵¹ Likväl måste hänsyn tas till de olika uppgifter som upphandlande myndigheter och utredande myndigheter har. Utredande myndigheter har som uppgift att utreda omständigheter som kan innebära rättsliga överträdelser och i förekommande fall fastställa ansvaret samt bestraffa det rättsstridiga handlandet. Upphandlande myndigheter ska i stället göra en bedömning av de risker som de kan komma att utsättas för genom att tilldela kontraktet till en anbudsgivare vars pålitlighet och redbarhet kan ifrågasättas.⁵² Det kan även noteras att EU-domstolen i anslutning till den andra frågan konstaterade att ”det inte kan fastställas att det förekommit ett konkurrensbegränsande beteende förrän ett sådant beslut har antagits, vilket kvalificerar de aktuella omständigheterna rättsligt.”⁵³

⁴⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

⁴⁸ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling – med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM[2011]15 slutlig), Bryssel den 27.1.2011, s. 33.

⁴⁹ C-124/17 *Vossloh Laeis*, EU:C:2018:855.

⁵⁰ C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 22–24.

⁵¹ C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 25.

⁵² C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 26.

⁵³ C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 39. Den andra frågan handlade om från vilken händelse som den längsta tillåtna utslutningsperioden ska räknas när en leverantör gjort sig skyldig till ett handlande som utgör skäl för utslutning.

Det faktum att upphandlingsrätten kan behöva tolkas i ljuset av konkurrensrätten för att skapa ett enhetligt utfall mellan regelverken har EU-domstolen sedan tidigare klargjort i *Telecom Italia*.⁵⁴ Det aktuella målet rörde en upphandling som hade genomförts som ett selektivt förfarande där leverantörerna fick ansöka om att få lämna anbud.⁵⁵ Problem uppstod när två av anbudsgivarna som valts ut för att lämna anbud, under perioden mellan fasen för urval av anbudssökande och fasen för inlämnande av anbud, ingick ett fusionsavtal. Koncentrationen av företagen anmäldes till EU-kommissionen som inte hade några invändningar.⁵⁶ En central fråga i målet var om koncentrationen ändå stod i strid med likabehandlingsprincipen genom att den förvärvande anbudsgivaren ökade sin kapacitet och därmed inte längre var identisk i materiellt hänseende vid tiden för ansökan jämfört med tiden för anbudsinlämning.⁵⁷ Med anledning av detta konstaterade EU-domstolen följande:

När det i förevarande fall gäller efterlevnaden av kriteriet som avser att anbudsgivarens fortsatta deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt inte får leda till en försämring av de övriga anbudsgivarnas konkurrenssituation, framhåller domstolen att andra unionsrättsliga bestämmelser än dem som reglerar offentlig upphandling är särskilt avsedda att säkerställa att en fri och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden inte hotas av sådana sammanslagningar som den som är i fråga i det nationella målet. Under förutsättning att en ekonomisk aktörs beteende är förenligt med dessa specifika regler kan dess deltagande i en sådan transaktion sig [SIC!] inte anses kunna leda till en försämring av konkurrenssituationen för de andra anbudsgivarna enbart på grund av att den sammanslagna enheten kommer att ha stärkt ekonomisk och teknisk kapacitet.⁵⁸

EU-domstolen uttalande visar tydligt att det är konkurrensreglerna som är särskilt avsedda att säkerställa en icke snedvriden konkurrens på marknaden. I både *Vossloh Laeis* och *Telecom Italia* har EU-domstolens således låtit konkurrensrättsliga bedömningar vara vägledande för utfallet i upphandlingsrättsliga bedömningar.

Intressant nog kan det påpekas att en tysk domstol, som har begärt förhandsavgörande från EU-domstolen, argumenterar för att artikel 57.4 d i upphandlingsdirektivet ska tolkas så att upphandlande myndigheter måste ha tillräckligt sannolika indikationer på att artikel 101 FEUF har överträtts.⁵⁹ Domstolen motiverar sin ståndpunkt bland annat utifrån det faktum att skäl 101 i direktivet uttrycker att överträdelser av konkurrensregler bör utgöra

⁵⁴ C-697/17 *Telecom Italia*, EU:C:2019:599.

⁵⁵ Jmf 6 kap. 3 § LOU.

⁵⁶ C-697/17 *Telecom Italia*, p. 8–20. Enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ska koncentrationer med en unionsrättslig dimension anmälas till EU-kommissionen som granskar om koncentrationen är förenlig med förordningen och artikel 101 FEUF, se bland annat artikel 4 och 8.

⁵⁷ C-697/17 *Telecom Italia*, p. 32–33, 41–47.

⁵⁸ C-697/17 *Telecom Italia*, p. 48.

⁵⁹ Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*, p. 10–15.

grund för uteslutning.⁶⁰ Med en sådan tolkning ska uteslutningsgrunden alltså tillämpas strikt i enlighet med artikel 101 FEUF. Det innebär också att konkurrensrättsliga undantag såsom överenskommelser inom en ekonomisk enhet inte kan träffas av uteslutningsgrunden, vilket är en viktig del av frågan i förhandsavgörandet.⁶¹ Den tyska domstolens tolkning får även anses innebära att samtliga överträdelser av artikel 101 FEUF kan inkluderas i tolkningen av uteslutningsgrunden. Eftersom målet i skrivande stund är pågående har EU-domstolen ännu inte uttalat sig om saken.

2.3 Konkurrensrätten och dess samarbetsförbud

Artikel 101 FEUF är den bestämmelse inom EU-rätten som förbjuder konkurrensbegränsande överenskommelser mellan företag. Artikeln är uppdelad i tre delar. Första stycket fastställer vad som är otillåtet: ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden”. Detta gäller särskilt överenskommelser som fastställer priser och affärsvillkor, begränsar eller kontrollerar produktion, marknader, utveckling, investeringar eller att marknader eller inköpskällor delas upp. För att ett avtal eller samordnat förfarande ska omfattas av förbudsbestämmelsen måste tre kumulativa villkor vara uppfyllda: 1) det måste föreligga ett avtal eller ett samordnat förfarande mellan två eller flera självständiga företag, 2) avtalet eller förfarandet ska ha som syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen, och 3) ha en märkbar effekt på handeln inom EU.⁶²

Det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet ska förstås i ljuset av konkurrensrättens syfte att bekämpa förfaranden där företag agerar gemensamt med andra företag.⁶³ Enligt EU-domstolen är det tillräckligt att det finns en gemensam vilja i fråga om parternas agerande på marknaden för att det ska anses föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 101 FEUF.⁶⁴ Det samordnade förfarandet utgör i sin tur ”en form av samordning mellan företag som utan att det har lett fram till att det ingåtts ett egentligt avtal medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete”.⁶⁵ Det samordnade förfarandet ska inte likställas med att två eller fler företag agerar parallellt, men att företag uppvisar ett parallellt

⁶⁰ Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*, p. 10.

⁶¹ Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*, p. 16.

⁶² Geradin, D., Layne-Ferrar, A. & Petit, N. (2012), s. 106–107; Jones, A., Sufirin, B. & Dunne, N. (2019), s. 139.

⁶³ Jones, A., Sufirin, B. & Dunne, N. (2019), s. 165–166.

⁶⁴ C-41/69 *Chemiefarma mot kommissionen*, EU:C:1970:71, p. 112,

⁶⁵ C-48/69 *ICI mot kommissionen*, EU:C:1972:70, p. 64.

agerande kan utgöra ett starkt indicium för att det föreligger ett samordnat förfarande.⁶⁶

Att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat är ett alternativt villkor. Vid en prövning prövas först om avtalets syfte, med hänsyn till dess ekonomiska sammanhang, har varit att begränsa konkurrensen. Vissa former av samarbeten anses till sin natur ha ett sådant konkurrensbegränsande syfte att samarbetet automatiskt har en märkbar effekt på konkurrensen. Det är därför inte nödvändigt att undersöka effekten när det kan fastslås att syftet i sig är konkurrensbegränsande. Avtalets syfte utläses ur avtalsklausulernas objektiva syfte och inte utifrån vilka intentioner parterna har haft, det vill säga avtalets subjektiva syfte.⁶⁷ Om ett konkurrensbegränsande syfte inte kan utläsas ur avtalet ska, i andra hand, avtalets inverkan på konkurrensen prövas. Bedömningen av effekten på konkurrensen ska ske mot bakgrund av de faktiska förhållandena under vilken konkurrens skulle uppstå om avtalet inte hade funnits.⁶⁸

Det svenska förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten i 2 kap. 1 § konkurrenslagen har utformats för att överensstämma materiellt med artikel 101.1 FEUF.⁶⁹ Undantaget är att konkurrenslagen inte kräver en märkbar effekt på handeln mellan EU:s medlemsstater. I stället förutsätter den svenska regleringen att konkurrensbegränsningen ska ha en märkbar effekt på den svenska marknaden.⁷⁰ I artikel 3.1 i förordning (EG) 1/2003⁷¹ föreskrivs det att om den nationella konkurrensrätten tillämpas på ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna så ska även artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF) tillämpas. Enligt andra punkten i artikeln får tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte leda till förbud mot avtal som är tillåtna enligt EU-rättens bestämmelser. Det följer alltså av EU-rätten att tolkningen och tillämpningen av artikel 101 FEUF ska ha företräde framför konkurrenslagen när samhandelskravet är uppfyllt. I och med utformningen av konkurrenslagen bör detta faktum inte utgöra något problem i praktiken.

⁶⁶ C-48/69 *ICI mot kommissionen*, p. 64–65.

⁶⁷ C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, EU:C:2009:343, p. 27–30.

⁶⁸ C-56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38.

⁶⁹ 2 kap. 1 § KL har följande lydelse: Sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

⁷⁰ Prop. 2007/08:135, s. 66, 68–69; Carlsson, K. & Bergman, M., *Konkurrenslagen* (31 maj 2021 JUNO), kommentaren till 1 kap. 3 §. Konkurrensverket har i KKVFS 2017:3 angett hur de tolkar kravet på märkbar effekt.

⁷¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Det kan dock inte helt uteslutas att vissa skillnader kan uppstå eller förekomma i rättstillämpningen.⁷²

2.4 Tillåtna och otillåtna samarbeten inom offentlig upphandling

Anbudskarteller utgör mycket allvarliga överträdelser av konkurrensrätten och tillhör därför konkurrensrättens hårda kärna som omfattar de mest skadliga överträdelserna. I anbudskarteller kommer de samarbetande företagen överens om vem som ska vinna olika upphandlingar, vilket sätter konkurrensen ur spel och leder till högre priser för upphandlande myndigheter.⁷³ För att dölja sitt otillåtna samarbete är det vanligt att samtliga kartellmedlemmarna lämnar anbud i upphandlingen. Dessa anbud är dock inte tänkta att vinna och har därför sämre villkor eller högre priser än anbudet som ska vinna. Konkurrensverket erbjuder vägledning i hur man kan upptäcka anbudskarteller och listar ett antal faktorer, bland annat att leverantörerna plötsligt erbjuder märkbart högre priser än i tidigare upphandlingar eller om flera anbudsgivare lämnar liknande priser.⁷⁴

Enligt artikel 101.3 FEUF finns det möjlighet att göra undantag för vissa avtal som omfattas av bestämmelsen i första stycket. Som konstaterats är syftet med konkurrensreglerna att skydda konkurrensen på marknaden, vilket ska öka konsumenternas välfärd och säkerställa en effektiv resursfördelning. Konkurrensbegränsande överenskommelser anses generellt sett motverka detta, men samarbeten kan även medföra olika effektivitetsvinster. När villkoren i artikel 101.3 FEUF är uppfyllda anses de negativa konsekvenserna kompenseras av de positiva genom att konsumenterna kan erbjudas billigare och bättre produkter.⁷⁵ I förhållande till offentlig upphandling kan undantaget komma i fråga för leverantörer som deltar tillsammans när de var för sig saknar tillräcklig kapacitet att delta i upphandlingen och tilldelas kontraktet. Det kan vara fallet när leverantörerna tillverkar olika varor eller levererar olika typer av tjänster och därför inte kan fullgöra hela kontraktet självständigt. Alternativt kan det vara så att volymen som krävs är högre än vad leverantörerna ensamma klarar att leverera. Om inget av företagen kan delta var för sig medför ett samarbete därmed att antalet anbud ökar i upphandlingen vilket anses vara bra för konkurrensen. Denna möjlighet är särskilt viktig för små och medelstora företag.⁷⁶ I LOU regleras det därför att företag kan lämna anbud i grupp, se bland annat 1 kap. 16 §, 4 kap. 5 § och 14 kap. 6 § LOU. I 4 kap. 5 § LOU fastslås det att grupper av leverantörer får delta i upphandlingar och i 14 kap. 6 § LOU framgår det att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet i syfte att uppfylla krav på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

⁷² Carlsson, K. & Bergman, M., Konkurrenslagen (31 maj 2021 JUNO), kommentaren till 1 kap. 3 §.

⁷³ Carlsson, P. (2018), s. 108.

⁷⁴ Konkurrensverket (2015), s. 5–7.

⁷⁵ EU-kommissionen (2004/C 101/08), p. 33–34.

⁷⁶ Konkurrensverket 2020:1, s. 31–32.

Trots att 4 kap. 5 § LOU medger att grupper av leverantörer får lämna anbud så finns risken att ett samarbete står i strid med konkurrensrätten. Det handlar om en balansgång mellan samarbeten som främjar konkurrensen och samarbeten som motverkar konkurrensen. Den avgörande faktorn enligt konkurrensrätten för om det är tillåtet att gemensamt lämna in ett anbud är leverantörernas kapacitet att självständigt lämna anbud. Om två leverantörer som var för sig har tillräcklig kapacitet för att på egen hand ta sig an kontraktet riskerar de att bryta mot konkurrensrätten om de lämnar in ett gemensamt anbud och därmed ingå överenskommelser som begränsar konkurrensen.⁷⁷ Det är därför i regel inte tillåtet för konkurrerande företag att samarbeta. Genom att lämna ett gemensamt anbud när de var för sig hade kunnat lämna anbud minskar antalet anbud och konkurrensen begränsas.⁷⁸ Ett exempel på ett otillåtet anbudssamarbete var anbudssamarbetet mellan Däckia och Euromaster där de två företagen valde att lämna ett gemensamt anbud.⁷⁹ I målet var det ostridigt att Däckia hade kapacitet att lämna ett eget anbud. Euromaster hade visserligen inte egen kapacitet, men domstolen ansåg att Euromaster borde ha valt ett samarbete som var mindre ingripande ur konkurrenshänsyn. Båda fälldes därför för otillåtet anbudssamarbete. Ett annat exempel är ett italienskt fall om avfallshantering där fem leverantörer med en gemensam marknadsandel på över 50 procent i flera år lämnade gemensamma anbud i olika offentliga upphandlingar. De upphandlingar som de vann delade de upp mellan sig till överenskomna priser. Till slut fann den italienska konkurrensmyndigheten att deras gemensamma anbudsgivande resulterade i marknadsuppdelningar i strid med konkurrensreglerna.⁸⁰

Vad gäller anlåtande av underleverantörer så är det tillåtet enligt bland annat 17 kap. 6 LOU. Konkurrensverket varnar dock för att det kan utgöra ett misstänkt agerande att anlita konkurrenter som underleverantörer.⁸¹ Att lägga ut vissa delar av kontraktet på underentreprenad är nämligen ett sätt för den vinnande anbudsgivaren att belöna övriga kartellmedlemmar.⁸² Som exempel nämner Konkurrensverket den uppdragade asfaltkartellen där företag som avstod från att lämna konkurrenskraftiga anbud komparerades av den vinnande anbudsgivaren genom att bland annat få utföra underentreprenader.⁸³ I asfaltkartellen dömdes flera svenska företag för att ha delat upp marknaden mellan sig och fördelat befintliga upphandlingar.⁸⁴ I de flesta upphandlingarna deltog samtliga kartellmedlemmar, men vem som

⁷⁷ Rosén Andersson, H., m.fl., Lagen om offentlig upphandling (17 november 2020 JUNO), kommentaren till 4 kap. 5 §.

⁷⁸ Konkurrensverkets vägledning om samarbeten i upphandlingar <www.konkurrensverket.se/konkurrens/vagledning-inom-konkurrens/>, besökt 2021-10-29.

⁷⁹ Stockholms tingsrätt mål T 18896-10, dom 2014-01-21.

⁸⁰ Konkurrens- och förbrukerstyrelsen (2018), s. 10.

⁸¹ Konkurrensverket, *Ärlighet ska löna sig : Så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*, s. 11–12.

⁸² Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling – med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM[2011]15 slutlig), Bryssel den 27.1.2011, s. 33.

⁸³ Konkurrensverket, *Ärlighet ska löna sig : Så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*, s. 11–12.

⁸⁴ MD 2009:11.

skulle vinna hade bestämts på förhand. Den vinnande leverantören fakturerade sedan övriga leverantörer för diverse arbeten. Ett exempel där leverantörernas överenskommelse inte ansågs konkurrensbegränsande är patent- och marknadsdomstolens prövning av en överenskommelse i en sjukvårdsupphandling från Stockholms län. Inför upphandlingen hade olika anbudsgivare sinsemellan gjort upp om att bli anlitad som underleverantör om den andra parten vann upphandlingen.⁸⁵ Patent- och marknadsdomstolen fann inte att avtalen hade ett konkurrensbegränsande syfte. Bedömningen i målet har dock fått kritik utifrån att omständigheterna anses utgöra skolboksexempel på en underleverantörsuppgörelse i syfte att dela upp marknaden.⁸⁶

2.5 Reflektioner kring tolkningen av uteslutningsgrunden

Även om EU-domstolen inte uttryckligen berörde frågan om tolkningen av uteslutningsgrunden i *Vossloh Laeis*, framgår det av avgörandet att upphandlande myndigheter ska grunda sina bedömningar på de konkurrensrättsliga utredningar och bedömningar som en konkurrensmyndighet har gjort när sådana bedömningar finns. Avgörandet bekräftar därmed indirekt förhållandet till konkurrensrätten. I både *Vossloh Laeis* och *Telecom Italia* har EU-domstolens således låtit konkurrensrättsliga bedömningar vara vägledande för utfallet i en upphandlingsrättslig kontext.

Som framgår ovan är regelverken inte isolerade från varandra utan det finns skäl att inom upphandlingsrätten beakta konkurrensrätten för att säkerställa ett enhetligt utfall mellan regelverken. Det är det konkurrensrättsliga regelverket som är särskilt avsett att säkerställa en fri och icke snedvriden konkurrens, inte upphandlingsreglerna. I det avseendet bör det också erinras att uteslutningsgrunden infördes som ett led i arbetet med att förhindra samverkan och överträdelser av konkurrensreglerna inom offentlig upphandling. Sammanhanget och systematiken bakom uteslutningsgrunden talar därför för att uteslutningsgrunden ska kunna tolkas fördragsenligt med enligt 101 FEUF och i den svenska kontexten i ljuset av 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Det är nämligen de konkurrensrättsliga bestämmelserna som utgör måttstock för vilka ageranden som är konkurrensbegränsande. När upphandlande myndigheter utvärderar omständigheter som eventuellt utgör grund för uteslutning bör det göras mot bakgrund av artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Därmed bör även samordnade förfarande och överenskommelser med ett konkurrensbegränsande resultat kunna läggas till grund för uteslutning.

Samtidigt bör det tas hänsyn till att den bedömning som en upphandlande myndighet gör när myndigheten utreder om det föreligger skäl för uteslutning inte är identisk med den bedömning som Konkurrensverket gör. Som EU-domstolen konstaterade i *Vossloh Laeis* ska upphandlande myndigheter bland

⁸⁵ Patent- och marknadsöverdomstolen mål T 7497-16, dom 2017-04-28.

⁸⁶ Sánchez Graells, A. (2018), s. 552.

annat bedöma risken med att tilldela kontrakt till en opålitlig anbudsgivare. Konkurrensverkets uppgift är att utreda om omständigheterna innebär att aktören har begått en överträdelse av konkurrensreglerna. Den upphandlande myndighetens beslut att utesluta en anbudsgivare till följd av att myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer om att anbudsgivaren har ingått en överenskommelse med konkurrensbegränsande syfte innebär inte att agerandet rättsligt klassificeras som en konkurrensöverträdelse. En fördragkonform tolkning av uteslutningsgrunden innebär således inte att upphandlande myndigheter ska göra samma utredningar och bedömningar som Konkurrensverket. Den upphandlande myndigheten kan inte och behöver inte slå fast att artikel 101 FEUF eller 2 kap. 1 § konkurrenslagen har överträtts. I stället bör den fördragskonforma tolkningen förstås som att upphandlande myndigheter ska ha tillräckligt sannolika indikationer på att den misstänkta överenskommelsen är konkurrensbegränsande i den mening som följer av artikel 101 FEUF och 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

3 Likabehandlingsprincipen och anbudssamverkan

Detta kapitel utgår från likabehandlingsprincipens och transparensprincipens förhållande till samverkan mellan anbudsgivare i upphandlingsförfarandet, men även förhållandet till uteslutningsgrunden. Likabehandlingsprincipen är den avgörande principen medan transparensprincipen agerar stödprincip, vilket framgår i avsnitt 3.1. Principerna kommer främst att undersökas i förhållande till situationen när anknutna anbudsgivare samverkar vid framtagandet av separata anbud. Problemet är smalt men visar på likabehandlingsprincipens särskilda förhållande till samverkan, vilket visar att upphandlingsrättens förhållningssätt till samverkan inte är samma som konkurrensrättens. Som framgår i avsnitt 3.3 har EU-domstolen med stöd av likabehandlingsprincipen ställt upp en generell regel om att anbud ska tas fram oberoende och självständigt. Inom konkurrensrätten anses överenskommelser inom samma ekonomiska enhet inte ha någon konkurrensbegränsande effekt och är därför tillåtna.

I avsnitt 3.1 presenteras likabehandlingsprincipen och transparensprincipen närmre och det redogörs för deras bakgrund och bakomliggande syften. Likabehandlingsprincipens förhållande till den fakultativa uteslutningsgrunden diskuteras också. Därefter, i avsnitt 3.2, introduceras frågorna kring anknutna anbudsgivare som lämnar separata anbud i förhållande till uteslutningsgrunden och hur olika aktörer har tolkat frågorna. Vidare i avsnitt 3.3 redogörs för EU-domstolens praxis genom vilken kravet på att anbud ska upprättas oberoende och självständigt har utvecklats. Även andra viktiga detaljer återfinns i avgörandena angående hur likabehandlingsprincipen ska tolkas i förhållande till samverkan och uteslutning. Slutligen, i avsnitt 3.4, avslutas kapitlet med reflektioner kring likabehandlingsprincipens förhållningssätt gentemot samverkan mellan anbudsgivare.

3.1 Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen

De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna återfinns i 4 kap. 1 § LOU som genomför artikel 18 i direktivet. I paragrafen uttrycks det att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande och genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Eftersom principerna är hämtade från EU-rätten bestäms den närmre innebörden av principerna av EU-domstolens praxis.⁸⁷

I EU-rätten har likabehandlingsprincipen utvecklats ur diskrimineringsförbudet i artikel 18 FEUF och med stöd i

⁸⁷ HFD 2018 ref. 60.

upphandlingsdirektivens bakomliggande syfte. Principen har därför särskilt anpassats till upphandlingsrätten.⁸⁸ Avseende tillämpningen av likabehandlingsprincipen finns det inget förutbestämt ramverk som anger vilka åtgärder som innebär att en leverantör har blivit diskriminerad. Utgångspunkten är i stället att all typ av diskriminering under upphandlingsförfarandet kan innebära en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Alla beslut som fattas under upphandlingsförfarandet måste därför vara förenliga med likabehandlingsprincipen.⁸⁹ Vid tolkningen av direktivet används likabehandlingsprincipen för att både tolka specifika bestämmelser och för att komplettera och fylla ut oreglerade situationer. Uteslutning är ett område där likabehandlingsprincipen särskilt kommer till användning för utfyllande tolkningar.⁹⁰ EU-domstolen har konstaterat vid upprepade tillfällen att likabehandlingsprincipen har som syfte att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan leverantörerna. Alla leverantörer ska därför ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och samma anbudsvillkor ska gälla för alla.⁹¹ Likabehandlingsprincipen har därmed en viktig uppgift att garantera konkurrensen mellan leverantörerna och att dess fördelar bibehålls.⁹²

Transparensprincipen å sin sida har funktion både som självständig princip och som stödprincip åt likabehandlingsprincipen.⁹³ Syftet med transparensprincipen är nämligen att skapa en öppen process med insyn som möjliggör granskning av upphandlingsförfarandet för att bland annat förhindra godtycklighet och favorisering så att likabehandling kan säkerställas.⁹⁴ Transparensprincipen förutsätter följaktligen att upphandlingen är öppen för insyn för samtliga faktiska och potentiella leverantörer. För att upphandlingen ska anses vara öppen för insyn krävs det dels att det råder transparens om själva upphandlingen, dels att det råder transparens inom upphandlingsförfarandet.⁹⁵ Skyldigheten syftar vidare till att garantera varje anbudsgivare och potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att den blir öppen för konkurrens och att det kan kontrolleras att upphandlingsförfarandet förblir opartiskt.⁹⁶

Likabehandlingsprincipens syfte att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens, låg till grund för EU-domstolens slutsats i *Telecom*

⁸⁸ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 293.

⁸⁹ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 294–295.

⁹⁰ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 294–295.

⁹¹ C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, p. 33; C-396/14 *MT Højgaard och Züblin*, EU:C:2016:347; C-496/99 P *Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236, p. 110; C-538/13 *eVigilio*, EU:C:2015:166, p. 33; C-697/17 *Telecom Italia*, EU:C:2019:599, p. 33.

⁹² Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 295.

⁹³ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 319.

⁹⁴ Bovis, C. (2016), s. 35.

⁹⁵ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 319–320; Bovis, C. (2016), s. 35.

⁹⁶ C-324/98 *Teleaustria* EU:C:2000:669, p. 61–62.

Italia.⁹⁷ Trots att likabehandlingsprincipen inte ansågs ha överträtts när två leverantörer ingick en konkurrensrättsligt godkänd sammanslagning, konstaterade EU-domstolen att det inte gick att utesluta att känslig information om upphandlingsförfarandet hann utbytas innan sammanslagningen. Ett sådant informationsutbyte kunde enligt EU-domstolen utgöra en överträdelse av både likabehandlingsprincipen och artikel 101 FEUF. Informationsutbytet kan nämligen ”när anbuderna lämnas in, medföra oberättigade fördelar för den absorberande anbudsgivaren i förhållande till övriga anbudsgivare och därmed nödvändigtvis leda till en försämring av sistnämnda anbudsgivares konkurrenssituation”.⁹⁸ I en situation där anbudsgivare genom samverkan eller informationsutbyte vid anbudsutformningen har erhållit oberättigade fördelar som försätter övriga anbudsgivare i en försämrad konkurrenssituation är upphandlande myndigheter därmed i princip förhindrade från att beakta anbuderna ifråga.⁹⁹

EU-domstolen har också uttalat sig om förhållandet mellan likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och de fakultativa uteslutningsgrunderna, visserligen i förhållande till 2004 års direktiv.¹⁰⁰ I *Michaniki*¹⁰¹ ställde den hänskjutande domstolen frågan om listan på de fakultativa uteslutningsgrunderna var uttömmande. EU-domstolen erinrade att syftet med direktivet är att åstadkomma etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden samt främja utvecklingen av en effektiv konkurrens genom att möjliggöra för så många leverantörer som möjligt att delta. Mot den bakgrunden och beaktat att uteslutningsgrunderna avser leverantörernas yrkesmässiga förtjänster såsom hederlighet, finansiella ställning och solvens ska listan ses som uttömmande för uteslutning på grundval av leverantörernas yrkesmässiga förtjänster. Upphandlande myndigheter är dock skyldiga att följa principerna om likabehandling och transparens genom hela upphandlingsförfarandet, vilket innebär att leverantörernas anbud ska behandlas lika både när de utarbetas och när de prövas. Eftersom upphandlande myndigheters skyldighet att följa de upphandlingsrättsliga principerna är en central del av direktivet, konstaterade domstolen att den uttömmande listan på uteslutningsgrunder inte utgjorde ett hinder för medlemsstaterna att utfärda regler om uteslutning som syftar till att säkerställa efterlevnaden av de upphandlingsrättsliga principerna. Enligt proportionalitetsprincipen får sådana åtgärder dock inte gå utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa ändamålet.¹⁰² EU-domstolens avgörande i *Michaniki* innebär därmed att medlemsstater genom sitt skönsmässiga

⁹⁷ C-697/17 *Telecom Italia*. Se avsnitt 2.2.

⁹⁸ C-697/17 *Telecom Italia*, p. 51.

⁹⁹ C-697/17 *Telecom Italia*, p. 52.

¹⁰⁰ EU-domstolen har dock konstaterat att lydelsen i artikel 57.4 i 2014 års direktiv är tillräckligt nära lydelsen i 45.2 i 2004 års direktiv för att praxis gällande det tidigare direktivet ska anses vägledande för 2014 års direktiv. Se C-41/18 *Meca*, EU:C:2019:507, p. 25.

¹⁰¹ C-213/07 *Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileoarsis och Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731.

¹⁰² C-213/07 *Michaniki*, p. 37–49.

utrymme kan utvidga möjligheterna att utesluta leverantörer med hänvisning till likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.¹⁰³

3.2 Samverkande anknutna anbudsgivare

Som det ovan har konstaterats ska alla beslut som fattas under upphandlingsförfarandet vara förenliga med likabehandlingsprincipen. Av den anledningen har det framhållits att upphandlande myndigheter bör iakttä likabehandlingsprincipen när beslut om uteslutning med stöd av 13 kap. 3 § LOU ska fattas.¹⁰⁴ Samtidigt kan likabehandlingsprincipen komplettera och fylla ut oreglerade situationer.¹⁰⁵ En situation i vilken det är osäkert om uteslutningsgrunden kan tillämpas är när anknutna anbudsgivare samverkar vid framtagandet av separata anbud. Osäkerheten uppstår främst till följd av att samarbeten mellan företag inom en och samma ekonomiska enhet inte träffas av konkurrensreglerna eftersom sådana samarbeten inte anses konkurrensbegränsande.¹⁰⁶ Inom konkurrensrätten läggs ofta större vikt vid ekonomiska realiteter än legala förhållanden, vilket förklarar varför två separata juridiska personer anses utgöra ett bolag inom konkurrensrätten när de ingår i samma ekonomiska enhet.¹⁰⁷

En ekonomisk enhet föreligger när ett dotterbolag ägs till 100 procent av sitt moderbolag och därmed saknar självbestämmanderätt.¹⁰⁸ När ägandet inte omfattar samtliga aktier måste en bedömning göras av de relevanta omständigheterna, där knäckfrågan är om moderbolaget utövar ett avgörande inflytande som förhindrar dotterbolaget från att agera självständigt. Dotterbolagets självständighet kan begränsas bland annat genom att moderbolaget utser styrelsen, tar strategiska beslut eller om dotterbolaget är skyldig att löpande rapportera till moderbolaget.¹⁰⁹ Det är alltså enbart de fall där dotterbolaget saknar självbestämmanderätt och är under moderbolagets avgörande inflytande som bolagen anses utgöra en ekonomisk enhet. När dotterbolaget i stället har ekonomisk frihet och självbestämmanderätt kan avtal mellan moder- och dotterbolaget träffas av konkurrensreglerna. En ekonomisk enhet föreligger till exempel inte när moderbolaget enbart äger en minoritet av aktierna eller om bolaget ägs av två eller fler separata och självständiga bolag.¹¹⁰

EU-kommissionen berör enbart kortfattat frågan om anknutna anbudsgivare i sin vägledning av uteslutningsgrunden, trots att EU-kommissionen anmärker

¹⁰³ Treumer, S. (2016), s. 33–34; C-213/07 *Michaniki*, p. 55–56.

¹⁰⁴ Ulfsdotter Forssell, A. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 13 kap. 3 §, Lexino, 24 mars 2018 (JUNO).

¹⁰⁵ Steinicke, M. & Vesterdorf, P. (2018), s. 294–295.

¹⁰⁶ Geradin, D., Layne-Ferrar, A. & Petit, N. (2012), s. 107; Carlsson, K. & Bergman, M., Konkurrenslagen (31 maj 2021 JUNO), kommentaren till 1 kap. 5 §.

¹⁰⁷ Carlsson, K. & Bergman, M., Konkurrenslagen (31 maj 2021 JUNO), kommentaren till 1 kap. 5 §.

¹⁰⁸ C-73/95 P *Viho mot kommissionen*, EU:C:1996:405, p. 16.

¹⁰⁹ Geradin, D., Layne-Ferrar, A. & Petit, N. (2012), s. 108.

¹¹⁰ Carlsson, K. & Bergman, M., Konkurrenslagen (31 maj 2021 JUNO), kommentaren till 1 kap. 5 §.

på att upphandlande myndigheter ofta tar upp frågan om hur de ska hantera separata anbud från anknutna leverantörer. Enligt EU-kommissionen, som hänvisar till EU-domstolens praxis, kan uteslutning ske om den upphandlande myndigheten misstänker att anbuden har samordnats. Samordnade anbud är nämligen inte oberoende och självständiga och agerandet äventyrar därmed respekten för likabehandlings- och transparensprincipen. Sådan uteslutning får dock inte ske per automatik utan leverantörerna i fråga ska ges möjlighet att visa, på något lämpligt sätt, att deras anbud faktiskt är oberoende och självständiga. I sådant fall har varken konkurrensen eller transparensen i upphandlingsförfarandet snedvridits. Till exempel kan leverantören visa att olika personer har varit involverade i respektive företags arbete med att ta fram anbuden.¹¹¹ Slutligen konstaterar EU-kommissionen att upphandlande myndigheter ”har rätt att bedöma huruvida sådana förklaringar ger tillräckliga bevis för att aktörernas nära förhållande inte har påverkat deras beteende i tilldelningsförfarandet eller innehållet i respektive anbud i den mening som avses i artikel 57.4 d i direktivet samt att besluta huruvida de berörda aktörerna ska tillåtas delta i förfarandet”.¹¹² EU-kommissionen säger inte uttryckligen att uteslutning av anknutna anbudsgivare som samverkar kan ske med stöd av uteslutningsgrunden, utan enbart att bedömningarna kan göras i den mening som avses i artikel 57.4 d. I stället hänvisar EU-kommissionen till likabehandlingsprincipen och EU-domstolens praxis som stöd för att anbud från anknutna anbudsgivare som varken är oberoende eller självständiga kan uteslutas.¹¹³

Frågan huruvida uteslutning av samverkande anknutna anbudsgivare kan ske med stöd av uteslutningsgrunden eller enbart med stöd av likabehandlingsprincipen är aktuell i det pågående målet *J. Sch. Omnibusunternehmen och K. Reisen*,¹¹⁴ som även har diskuterats ovan. I sin begäran argumenterar den hänskjutande domstolen för att uteslutningsgrunden inte ska kunna tillämpas på anbudsgivare i samma ekonomiska enhet eftersom uteslutningsgrunden ska tolkas enhetligt med artikel 101 FEUF. Däremot bedömer den hänskjutande domstolen att likabehandlingsprincipen likväl förhindrar anknutna anbudsgivare från att tilldelas kontrakt när de samverkar eftersom anbud ska vara oberoende och självständigt upprättade.¹¹⁵ Frågan om samarbeten mellan anknutna anbudsgivare har även varit föremål för prövning i de svenska förvaltningsdomstolarna.¹¹⁶ I förvaltningsrätten i Malmös dom i mål nr 849-21 prövade domstolen frågan om förhållandet mellan två anbudsgivare i samma företagsgrupp innebar en snedvridning av konkurrensen och därför skulle ha uteslutits med stöd av 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU eller med stöd av likabehandlingsprincipen. Domstolen ansåg dock att det inte framgick

¹¹¹ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 17–18.

¹¹² EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 18.

¹¹³ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 17–18.

¹¹⁴ Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*.

¹¹⁵ Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*, p. 16 och 27.

¹¹⁶ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Stockholm mål 15167-17 dom 2017-10-18;

Förvaltningsrätten i Malmö mål 13773-18 dom 2019-08-14; Kammarrätten i Göteborg mål 4779-19 dom 2019-11-05.

några indikationer på att förhållandet hade påverkat utformningen av anbudet.

3.3 Oberoende och självständiga anbud

Den praxis som EU-kommissionen hänvisar till i sin vägledning angående anknutna anbudsgivare är EU-domstolens avgöranden i *Assitur*,¹¹⁷ *Lloyd's of London*¹¹⁸ och *Specializoutas transportas*¹¹⁹. Avgörandena, som är hänförliga till 2004 års direktiv som saknar den aktuella uteslutningsgrunden, utgår från situationer där separata anbud från anknutna anbudsgivare har lämnats in i samma upphandling. EU-domstolen har därför låtit likabehandlingsprincipen fylla ut den oreglerade situationen. Kortfattat har EU-domstolen i sin praxis ställt upp en generell regel utifrån likabehandlingsprincipen som gör gällande att anknutna anbudsgivares anbud måste vara oberoende och självständiga och det åligger den upphandlande myndigheten att kontrollera huruvida kontrollförhållandet har haft någon inverkan på anbudens utformning.¹²⁰

3.3.1 Assitur

EU-domstolen diskuterade frågan om leverantörer inom samma ekonomiska enhet som lämnar separata anbud för första gången i *Assitur*. Målet gällde en italiensk bestämmelse som förbjöd bolag från att delta i samma upphandling om det förelåg ett kontrollförhållande där det kontrollerande bolaget på ett eller annat sätt utövade betydande inflytande över det kontrollerade bolaget.¹²¹ Syftet med den italienska bestämmelsen var att förhindra samverkan mellan anknutna anbudsgivare i samma upphandling och på så sätt värna likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Frågan som uppstod var därför om bestämmelsen var förenlig med proportionalitetsprincipen.¹²²

EU-domstolen inledde sina domskäl med att påpeka att EU:s upphandlingsregler har tagits fram med beaktande av EU:s inre marknad inom vilken den fria rörligheten ska säkerställas och konkurrensbegränsningar undanröjas. Det ligger därför, enligt EU-domstolen, i EU:s intresse att så många leverantörer som möjligt lämnar anbud i offentliga upphandlingar.¹²³ Om anknutna företag automatiskt utesluts från upphandlingar kommer EU-rättens effektiva tillämpning således motverkas till följd av att konkurrensen inom EU minskar. En bestämmelse som innebär att anbud från anknutna företag automatiskt utesluts kommer oundvikligen att träffa anbud där kontrollförhållandet inte har påverkat anbudens utformning. Den nationella bestämmelsen i fråga gick därför utöver vad som var nödvändigt för att säkerställa likabehandlingsprincipen och

¹¹⁷ C-538/07 *Assitur*, EU:C:2009:317.

¹¹⁸ C-144/17 *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78.

¹¹⁹ C-531/16 *Specializoutas transportas*, EU:C:2018:324.

¹²⁰ Sánchez Graells, A. (2018), s. 558.

¹²¹ C-538/07 *Assitur*, p. 1–2.

¹²² C-538/07 *Assitur*, p. 20–22.

¹²³ C-538/07 *Assitur*, p. 22–26.

transparensprincipen eftersom den innebar en ovedersäglig presumtion om att anbudet hade upprättats i samverkan. Så är nödvändigtvis inte fallet eftersom det kan förekomma olika företagskonstellationer med olika syften. Förhållandet mellan bolagen kan regleras internt, genom till exempel avtal, så att det föreligger oberoende och sekretess vid framtagandet av anbud i upphandlingar. Därför måste det göras en konkret bedömning av de faktiska omständigheterna för att avgöra om ett kontrollförhållande har inverkat på anbudet eller agerandet i upphandlingsförfarandet. Om det däremot skulle framkomma att kontrollförhållandet har påverkat anbudet, av vilket slag det än må vara, så är det tillräckligt för att utesluta företagen. Följaktligen sammanfattade EU-domstolen att det strider mot EU-rätten att införa en regel om att automatiskt utesluta anbudsgivare mellan vilka det föreligger ett kontrollförhållande, utan att anbudsgivarna ges möjlighet att visa att anknytningen inte har påverkat deras anbud och agerande inom upphandlingsförfarandet.¹²⁴

Sammantaget kom EU-domstolen fram till i *Assitur* att likabehandlingsprincipen utgör hinder för att anknutna anbudsgivare samverkar vid utformningen av separata anbud. Däremot får uteslutning inte ske automatiskt. I avgörandet gjorde EU-domstolen enbart en proportionalitetsbedömning av den nationella regeln och legitimerade därmed syftet att stävja samverkan mellan anknutna anbudsgivare. Problemet var alltså inte uteslutning på den grunden utan att uteslutning skulle ske automatiskt.¹²⁵ Följaktligen gör EU-domstolen en bredare tolkning av vad som utgör skadliga överenskommelser mellan företag i en upphandlingskontext jämfört med normalfallet där överenskommelser mellan företag inom samma ekonomiska enhet inte omfattas av artikel 101 FEUF.¹²⁶ Genom ett funktionsbaserat förhållningssätt jämför EU-domstolen samverkan mellan anknutna anbudsgivare i upphandlingsförfarandet med andra typer av otillåten samverkan. Avgörandet öppnade således för att upphandlingsrätten har ett eget förhållningssätt till samverkan mellan anknutna anbudsgivare som skiljer sig från konkurrensrättens syn på saken.¹²⁷

3.3.2 Lloyd's of London

Avgörandet i *Lloyd's of London* följde resonemanget i *Assitur* och bekräftade EU-domstolens funktionella förhållningssätt vid samverkan mellan anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet.¹²⁸ Upphandlingen i fråga genomfördes av en italiensk miljömyndighet som avsåg upphandla försäkringstjänster. De två anbudsgivarna som målet sedan kom att handla om hade lämnat separata anbud, men de var båda medlemmar av försäkringsorganet Lloyd's of London. Lloyd's of London är en särskild association vars medlemmar består av både juridiska och fysiska personer som bedriver självständig verksamhet i olika syndikat i konkurrens med

¹²⁴ C-538/07 *Assitur*, p. 28–33.

¹²⁵ C-538/07 *Assitur*, p. 22.

¹²⁶ Skovgaard Ølykke, G. (2011), s. 190.

¹²⁷ Skovgaard Ølykke, G. (2011), s. 190.

¹²⁸ Sánchez Graells, A. (2018), s. 556–557.

varandra. Syndikaten saknar dock egen rättskapacitet, vilket medför att de enbart kan handla genom generalagenten i Lloyd's of Londons olika verksamhetsländer. De två syndikatens anbud var därför undertecknade av samma person, det vill säga generaladvokaten för Italien. Av den anledning fann den upphandlande myndigheten att generalagenten med nödvändighet hade kännedom om innehållet i respektive anbud, varför de inte var självständigt upprättade. Följaktligen uteslöts de två syndikaten från upphandlingen.¹²⁹

Avgörandet utgick från 2004 års direktiv varför EU-domstolen prövade frågan jämte uteslutningsgrunderna i artikel 45.2 i 2004 års direktiv. EU-domstolen konstaterade att ingen av uteslutningsgrunderna i 2004 års direktiv omfattade samverkan mellan enheter som är medlemmar av en och samma organisation, eftersom uteslutningsgrunderna enbart avser leverantörernas yrkesmässiga kvalifikationer. Trots att listan på uteslutningsgrunder ska ses som uttömmande konstaterade EU-domstolen att det inte finns något hinder mot att utöver listan på uteslutningsgrunder införa bestämmelser som syftar till att säkerställa likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, förutsatt att proportionalitetsprincipen iakttas. Anledningen är att de två principerna ligger till grund för direktiven.¹³⁰ I det avseendet konstaterade EU-domstolen att det var uppenbart att den nationella lagstiftningen syftade till att värna likabehandlingsprincipen och transparensprincipen genom att ”stävja all potentiell samverkan mellan deltagare i ett och samma förfarande för offentlig upphandling”.¹³¹ Däremot innebär proportionalitetsprincipen i dessa fall, i enlighet med domstolens fasta rättspraxis, ”att en regel om automatisk uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra konkurrenter går utöver vad som är nödvändigt för att förhindra beteenden som innebär samverkan, och således även för att säkerställa tillämpningen av likabehandlingsprincipen och iakttagandet av insynsskyldigheten”.¹³² I stället måste den upphandlande myndigheten konkret pröva om kontrollförhållandet har haft inverkan på innehållet i respektive anbud. Om en sådan inverkan kan konstateras föreligga, av vilket slag det än må vara, är det tillräckligt för att anbudsgivarna ska kunna uteslutas. Omständigheten som det var fråga om i målet, att båda anbuden skrivits under av generalagenten, var dock inte tillräckliga för att motivera uteslutning. Särskilt inte då syndikaten inte hade fått möjlighet att motbevisa påståendena.¹³³

3.3.3 Specializoutas transportas

EU-domstolen behandlade frågan om anknutna företag på nytt i *Specializoutas transportas*. Frågan var även i detta fall hänförlig till 2004 års direktiv. I den aktuella upphandlingen hade två systerbolag lämnat varsitt

¹²⁹ C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 27–28.

¹³⁰ C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 29–30.

¹³¹ C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 31. EU-domstolen hänvisade analogt till sitt resonemang i *Assitur* p. 22.

¹³² C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 35.

¹³³ C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 32–41.

anbud. Moderbolaget, som inte lämnade anbud, ägde 100 respektive 98,2 procent av systerbolagen. Styrelserna i systerbolagen bestod dessutom av samma personer. Det ena systerbolaget hade i sitt anbud även lämnat en försäkran på heder och samvete att anbudsgivaren deltog i upphandlingen på självständig och oberoende grund och att övriga anbudsgivare skulle betraktas som konkurrenter. Målet hänsköts till EU-domstolen bland annat för att få klarhet i om artikel 101 FEUF var tillämplig på en situation som den aktuella.¹³⁴

I avgörandet återupprepade EU-domstolen slutsatsen från *Assitur* att det inte finns något generellt förbud för anknutna företag att lämna anbud i samma upphandling. I stället ligger det i EU:s intresse att så många anbud som möjligt lämnas. Beträffande artikel 101 FEUF underströk EU-domstolen att bestämmelsen inte är tillämplig när avtalet eller förfarandet ifråga genomförs av företag som ingår i samma ekonomisk enhet. Samtidigt framhöll EU-domstolen att artikel 101 FEUF inte behöver prövas, även i en situation där de anknutna företagen inte ingår i samma ekonomisk enhet. I stället menade EU-domstolen att det under alla omständigheter innebär ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen att anknutna anbudsgivare tillåts lämna samordnade eller överenskomna anbud, som varken är oberoende eller självständiga. En sådan samordning av anbuden skulle nämligen innebära att de anknutna anbudsgivarna erhåller oberättigade fördelar gentemot övriga anbudsgivare.¹³⁵ När två eller fler anbudsgivare har en anknytning mellan sig och lämnar separata anbud är det därför tillräckligt att kopplingen mellan anbudsgivarna har påverkat innehållet i anbuden för att de inte ska kunna beaktas. Det följer av att anbud måste tas fram och presenteras på ett fullständigt oberoende och självständigt sätt när de kommer från anknutna anbudsgivare.¹³⁶ Anbuden får dock inte uteslutas automatiskt till följd av att det föreligger ett kontrollförhållande mellan företagen, utan den upphandlande myndigheten måste vidta en kontroll av om anbuden är oberoende.¹³⁷

Avgörandet i *Specializoutas transportas* är intressant eftersom det belyser skillnaden i resultatet mellan tillämpningen av likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten. Den centrala slutsatsen i målet är att anbudssamarbeten mellan anknutna leverantörer måste leda till deras uteslutning oavsett om det är fråga om en ekonomisk enhet eller inte.¹³⁸ Som framgår av avgörandet får anknutna leverantörer inte samordna eller samarbeta vid framtagandet av sina anbud eftersom det skulle medföra oberättigade fördelar genom att deras chanser att tilldelas kontraktet ökar, vilket innebär att anbudsgivarna inte konkurrerar på lika villkor. Upphandlande myndigheter är skyldiga enligt likabehandlingsprincipen att säkerställa ett rättvist upphandlingsförfarande

¹³⁴ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 7–18.

¹³⁵ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 28–29.

¹³⁶ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 38.

¹³⁷ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 37–39. Se även C-144/17 *Lloyd's of London*, p. 38–44 där det faktum att anbuden skrivits under av samma ombud inte var tillräckligt för automatisk uteslutning utan att anbudsgivarna skulle få möjlighet att visa att anbuden tagits fram självständigt i förhållande till varandra.

¹³⁸ Kotsonis, T. (2019), s. 153.

varför anknutna anbudsgivare inte kan tillåtas samordna sina anbud. Artikel 101 FEUF behöver således inte tillämpas, vilket innebär att upphandlingsrätten går utöver konkurrensrätten i frågan.¹³⁹

I den juridiska litteraturen har det konstaterats att avgörandet tillsammans med *Lloyd's of London* konsoliderar upphandlande myndigheters skyldighet att engagera sig i konkurrensrättsligt präglade undersökningar. Upphandlande myndigheter måste nämligen utreda och göra bedömningar av om olika indikationer visar att anbuderna har tagits fram i samverkan eller oberoende och självständigt. I den bemärkelsen är artikel 101 FEUF en relevant måttstock för vad som utgör samverkan, men upphandlingsrätten utvidgar leverantörers skyldighet att agera självständigt även inom ekonomiska enheter när de deltar med separata anbud i upphandlingsförfaranden.¹⁴⁰

Vidare har avgörandet ansetts införa en ny tolkning av det upphandlingsrättsliga begreppet leverantör, som avviker från det konkurrensrättsliga begreppet företag. Trots att begreppen i mångt och mycket är överlappande, finns det en viktig skillnad i att företag inom samma ekonomiska enhet bör betraktas som separata leverantörer inom upphandlingsrätten varför deras anbud ska behandlas på samma sätt som övriga anbud. Varje separat anbud måste därmed vara oberoende och självständigt framtaget oavsett hur förhållandet mellan anbudsgivarna ser ut.¹⁴¹ Denna åtskillnad är dock inte helt oproblematiserad sett ur konkurrerande leverantörers perspektiv. För även om de anknutna leverantörerna inte har samarbetat eller samordnat sina anbud innebär åtskillnaden att den ekonomiska enheten i en sådan situation tillåts lämna in flera anbud och kan således öka sina chanser att tilldelas kontraktet.¹⁴² Så kan vara fallet när en upphandlande myndighet avser teckna ramavtal med exempelvis tre olika anbudsgivare. Leverantörer inom en ekonomisk enhet, som konkurrensrättsligt utgör ett företag, kan då tilldelas flera kontrakt medan enskilda leverantörer enbart kan tilldelas ett kontrakt. I slutändan handlar det om en avvägning mellan att säkerställa så många anbud och ett så rättvist förfarande som möjligt.

3.4 Reflektioner kring likabehandlingsprincipen och samverkan

För att besvara frågan om hur likabehandlingsprincipen förhåller sig till samverkan mellan anbudsgivare kan följande slutsatser dras av ovanstående. Inledningsvis kan det konstateras att likabehandlingsprincipen förhindrar anknutna anbudsgivare från att lämna separata anbud som inte är oberoende och självständiga, eftersom de anknutna anbudsgivarna i så fall skulle erhålla ooberättigade fördelar gentemot övriga anbudsgivare. EU-domstolen är inte tydlig med vad dessa ooberättigade fördelar består utav, utan det framstår som

¹³⁹ Kotsonis, T. (2019), s. 156.

¹⁴⁰ Sánchez Graells, A. (2018), s. 558.

¹⁴¹ Kotsonis, T. (2019), s. 156.

¹⁴² Kotsonis, T. (2019), s. 156.

att EU-domstolen främst gör ett principiellt ställningstagande utifrån likabehandling och transparens. Oavsett anses övriga anbudsgivare försättas i en försämrad konkurrenssituation när anknutna anbudsgivare samverkar, varmed konkurrensen i upphandlingsförfarandet snedvrids. Det är därför tillräckligt att kopplingen mellan anbudsgivarna har påverkat innehållet i anbuden för att de inte ska anses oberoende och självständigt framtagna. I sådant fall kan leverantörernas anbud inte beaktas. Det är alltså inte fråga om en potentiell överträdelse av det konkurrensrättsliga samarbetsförbudet, utan en för upphandlingsrätten särskild ordning för upphandlingsförfarandet. Som EU-domstolen konstaterade i *Specializoutas transportas* är det inte nödvändigt att tillämpa artikel 101 FEUF när anknutna anbudsgivare samverkar eftersom det under alla omständigheter står i strid med likabehandlingsprincipen. Så är även fallet när de anknutna anbudsgivarna inte ingår i samma ekonomiska enhet och konkurrensrätten hade kunnat tillämpas. Enligt EU-domstolen medför likabehandlingsprincipen att det inte är nödvändigt att tillämpa artikel 101 FEUF på situationer av samverkan inom upphandlingsförfarandet. Det måste alltså innebära att upphandlingsrätten har ett eget förhållningssätt till samverkan inom upphandlingsförfarandet, som inte är beroende av det konkurrensrättsliga regelverket.

Artikel 101 FEUF är som sagt inte tillämplig på samarbeten mellan företag inom samma ekonomiska enhet. Om uteslutningsgrunden i artikel 57.4 d och 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU ska tolkas enhetligt med konkurrensrättens samarbetsförbud, som det har argumenterats för ovan, kan uteslutningsgrunden inte tillämpas på samarbeten mellan anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet. EU-kommissionen verkar dock vara av uppfattningen att uteslutningsgrunden kan tillämpas när anknutna anbudsgivare samverkar och att upphandlande myndigheter har rätt att bedöma leverantörernas förklaringar när de upptäcker samordning i den mening som avses i uteslutningsgrunden samt besluta om de berörda aktörerna ska tillåtas delta i förfarandet. Eftersom uteslutning av anknutna anbudsgivare ännu inte har prövats i anslutning till 2014 års direktiv har EU-domstolen inte kunnat bedöma frågan mot bakgrund av uteslutningsgrunden.

Enligt min mening finns det dock övervägande skäl som talar för att uteslutning av samarbetande anknutna anbudsgivare inte kan ske med stöd av uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU. För det första bör uteslutningsgrunden tillämpas i ljuset av samarbetsförbudet i konkurrensrätten. Som det har argumenterats för ovan medför både lydelsen och de bakomliggande syftena att uteslutningsgrunden har tagits fram för att bekämpa konkurrensrättsliga överträdelser inom upphandlingsförfarandet. Det vore därmed ologiskt att frågå konkurrensrättens bedömningar av vad som utgör konkurrensbegränsande överenskommelser, eftersom det skapar oförutsebarhet både för upphandlande myndigheter och leverantörer i fråga när uteslutningsgrunden kan komma att tillämpas. Det kan då bli svårt både för upphandlande myndigheter och leverantörer att avgränsa vilka ageranden som kan träffas av uteslutningsgrunden.

För det andra följer det av skillnaderna mellan uteslutningsgrundens och likabehandlingsprincipens syfte och systematik att uteslutning med stöd av den ena grunden inte är utbytbar mot den andra. EU-domstolens avgörande i *Lloyd's of London* visar, tillsammans med *Michaniki*, att uteslutning antingen kan vara motiverat av uteslutningsgrunderna som är hänförliga till leverantörernas yrkesmässiga kvalifikationer eller så kan uteslutning motiveras av de upphandlingsrättsliga principerna. Trots att listan på fakultativa uteslutningsgrunder är uttömmande för uteslutning på grundval av leverantörernas yrkesmässiga förtjänster, så utgör listan inget hinder mot att införa regler om uteslutning i syfte att säkerställa likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. I *Lloyd's of London* konstaterade EU-domstolen att ingen av uteslutningsgrunderna i 2004 års direktiv syftade till att förhindra samverkan mellan enheter som tillhör samma organisation, eftersom uteslutningsgrunderna enbart avser leverantörernas yrkesmässiga kvalifikationer. Visserligen är uteslutningsgrunden i artikel 57.4 d ny i 2014 års direktiv, men som det har redogjorts för ovan konstaterade EU-domstolen i *Vossloh Laeis* att den upphandlande myndighetens bedömning i anslutning till uteslutningsgrunden syftar till att bedöma de risker som myndigheten tar genom att tilldela kontrakt till en opålitlig aktör.¹⁴³ Det förklarar i sin tur uteslutningsgrundens fakultativa karaktär och att upphandlande myndigheter får utesluta anbudsgivare som har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser oavsett om överenskommelsen är hänförlig till den aktuella upphandlingen eller inte. Uteslutningsgrunden tar alltså sikte på leverantörernas yrkesmässiga kvalifikationer. Uteslutning av samverkande anknutna anbudsgivare motiveras i stället av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen för att det inom upphandlingsförfarandet ska säkerställas lika möjligheter och ett öppet förfarande. Det framstår därför som främmande att samverkan mellan anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet ska betraktas som en belastning på deras yrkesmässiga kvalifikationer när agerandet i alla andra situationer är tillåtet och förenligt med de konkurrensrättsliga reglerna.

Sammantaget överlappar inte likabehandlingsprincipen och uteslutningsgrunden i situationer då anknutna anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet samverkar vid framtagandet av separata anbud. Däremot är båda tillämpbara när det kommer till samverkan mellan anbudsgivare som inte ingår i samma ekonomiska enhet. Att likabehandlingsprincipen inte tillåter samverkan mellan anbudsgivare generellt framgår av EU-domstolens uttalanden i *Specializoutas transportas* men också i *Telecom Italia*. I *Telecom Italia* konstaterade EU-domstolen att informationsutbyte om anbudsförfarandet mellan anbudsgivare kan strida mot såväl likabehandlingsprincipen som artikel 101 FEUF. Ett informationsutbyte med syfte att snedvrیدا konkurrensen bör därför kunna leda till uteslutning med stöd av både likabehandlingsprincipen och uteslutningsgrunden. Skillnaden mellan de två förblir dock syftet bakom uteslutningen. Där likabehandlingsprincipen syftar till att säkerställa lika möjligheter och en

¹⁴³ Se avsnitt 2.2.

sund konkurrens i upphandlingen ämnar uteslutningsgrunden att ge upphandlande myndigheter ett verktyg att skydda sig från opålitliga aktörer.

Därmed uppstår även en praktisk skillnad mellan uteslutning med stöd av uteslutningsgrunden och med stöd av likabehandlingsprincipen. En följd av att uteslutning av anknutna anbudsgivare som har samordnat sina anbud görs med stöd av likabehandlingsprincipen är att den upphandlande myndigheten inte har ett skönsmässigt bedömningsutrymme. I *Specializoutas transportas* menade EU-domstolen att om det visar sig att anbuden inte är oberoende och självständiga så utgör likabehandlingsprincipen hinder mot att anbudsgivarna tilldelas kontrakt. Upphandlande myndigheter får därför inte beakta anbud som har tagits fram i strid med likabehandlingsprincipen. Dessutom är upphandlade myndigheter skyldiga att inta en aktiv roll vid tillämpningen av de upphandlingsrättsliga principerna. Uteslutningsgrunden är däremot fakultativ vilket innebär att upphandlande myndigheter får utesluta anbudsgivare när rekvisiten är uppfyllda men behöver inte göra det, till skillnad från vad som gäller för de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 13 kap. 1 § LOU. Följaktligen påverkar grunden för uteslutning den upphandlande myndighetens handlingsfrihet.

4 Bevis- och utredningsfrågor

De processuella frågorna är en viktig del av uteslutningsgrunden eftersom de utgör förutsättningen för de upphandlande myndigheterna att göra uteslutning gällande. Det går även att se att likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten har inverkan på frågorna om de processuella förutsättningarna. Samtidigt är de upphandlande myndigheternas skönmässiga bedömningsutrymme unikt för uteslutningsgrunden jämfört med likabehandlingsprincipen och konkurrensrätten. Frågorna som väcks är därför avslöjande för hur de olika delarna förhåller sig till varandra.

Avsnittet utreder vad som krävs för att upphandlande myndigheter ska kunna göra uteslutningsgrunden gällande då myndigheten misstänker att anbudsgivare har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. I avsnitt 4.1 behandlas upphandlande myndigheters utredningsskyldighet vid beslut om uteslutning enligt uteslutningsgrunden. Upphandlande myndigheter ska bland annat ge leverantörer möjlighet att yttra sig om skälen för uteslutningen före beslut om uteslutning fattas. Vidare redogör avsnitt 4.2 för beviskravet som följer av lydelsen om tillräckligt sannolika indikationer. Beviskravet tolkas med stöd av EU-domstolens praxis om hur indikationer kan användas som bevisning för att anbud inte är oberoende och självständiga. Därefter, i avsnitt 4.3, behandlas upphandlande myndigheters skönmässiga bedömningsutrymme som följer av uteslutningsgrundens fakultativa karaktär. Slutligen diskuteras de olika delarna tillsammans i avsnitt 4.4.

4.1 Upphandlande myndigheters utredningsskyldighet

Innan beslut om uteslutning fattas måste den upphandlande myndigheten, enligt 13 kap. 4 § LOU, ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över de skäl som ligger till grund för uteslutning. Momentet framhålls som centralt för att myndigheten ska kunna göra en grundlig proportionalitetsbedömning.¹⁴⁴ I propositionen poängteras samtidigt att upphandlande myndigheter inte har en obegränsad skyldighet att utreda samtliga leverantörer i syfte att utesluta varje olämplig leverantör. Utredningen ska säkerställa att de åtgärder som vidtas inte strider mot proportionalitetsprincipen när en leverantör ska uteslutas. Vidare medför utredningsskyldigheten en skyldighet för upphandlande myndigheter att vidta utredningsåtgärder när det uppdragas indikationer på att det föreligger skäl för uteslutning. Förekomsten av sådana indikationer ska i första hand ses som ett skäl för den upphandlande myndigheten att vidta ytterligare utredningsåtgärder.¹⁴⁵ Syftet med utredningsskyldigheten är alltså dels att säkerställa att beslutsunderlaget är tillräckligt underbyggt, dels att den utpekade leverantören genom att få ta del av underlaget ska kunna förstå vad den anklagas för och därmed få möjlighet att motbevisa grunderna för

¹⁴⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1088.

¹⁴⁵ Prop. 2015/16:195, s. 743.

beslutet. Om leverantören sedan inte kan vederlägga eller förklara omständigheterna, eller avstår från att lämna en förklaring överhuvudtaget, får myndigheten utesluta leverantören.¹⁴⁶ EU-kommissionen framhåller å sin sida att den upphandlande myndigheten i sitt beslutsunderlag måste redogöra för varför ett beslut om uteslutning är rättfärdigat. Särskilt måste den upphandlande myndigheten redogöra för omständigheterna utgör tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått ett otillåtet samarbete och hur det påverkar leverantörens pålitlighet.¹⁴⁷

Utöver de krav som ställs i LOU innehåller förvaltningslagen (2017:900) (FL) bestämmelser om myndigheters utredningsskyldighet. Enligt 23 § FL ska en myndighet se till att ett ärende blir utrett i den omfattning som dess beskaffenhet kräver. Enligt andra stycket ska den part som inleder ärendet medverka genom att så långt som möjligt ge in den utredning som parten vill åberopa till stöd. Slutligen enligt tredje stycket ska myndigheten, om det behövs, genom frågor och påpekande verka för att parten förtydligar eller kompletterar framställningen. Paragrafen ger uttryck för officialprincipen och innebär att myndigheten ska leda utredningen samt se till att allt nödvändigt material kommer in.¹⁴⁸ Utredningsansvaret i 23 § FL ska läsas mot bakgrund av 9 § FL som föreskriver att ett ärende ska handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att rättssäkerheten eftersätts. En målsättning med utredningsskyldigheten är att förlägga tyngdpunkten i förvaltningsförfarandet hos första instans så att den enskilde endast i undantagsfall behöver gå till domstol. Utredningen i första instans ska därför vara så fullständig som möjligt. Utredningsskyldighetens syfte är vidare att förverkliga avsikten i den materiella bestämmelsen. Ett ingrepp mot en enskild förutsätter inte enbart en analys av lagregelns kriterier, utan utredning ska även visa att omständigheterna är sådana att kriterierna är uppfyllda. Det är nämligen myndigheten som har det yttersta ansvaret för att underlaget leder till ett materiellt riktigt beslut. Däremot kan omfattningen av myndighetens utredningsskyldighet variera beroende på ärendets karaktär.¹⁴⁹

Hur omfattande utredningsskyldigheten är för upphandlande myndigheter bör kunna bedömas med beaktande av HFD:s avgöranden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 61. I RÅ 2009 ref. 69 konstaterade HFD att officialprincipen måste tillämpas försiktigt av förvaltningsdomstolarna i mål om offentlig upphandling, eftersom dessa mål i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. Mål om offentlig upphandling har nämligen större likheter med mål inom den allmänna processrätten där förhandlingsprincipen tillämpas än de typiska målen i förvaltningsdomstolarna. HFD uttalade med stöd av detta avgörande i HFD 2013 ref. 61 att ”beslut om uteslutning från en offentlig upphandling kan därför inte jämföras med beslut som en myndighet fattar inom ramen för sin tillsynsverksamhet etc.” Även om slutsatsen i målen inte direkt kan överföras

¹⁴⁶ Prop. 2015/16:195, s. 743.

¹⁴⁷ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 21.

¹⁴⁸ Lundmark, J. & Säfsen, M. Förvaltningslagen (augusti 2020 JUNO), kommentaren till 23 §.

¹⁴⁹ Prop. 2016/17:180, s. 148–149.

på utredningsskyldigheten för upphandlande myndigheter, eftersom målen handlar om förvaltningsdomstolarnas roll i överprövningsmål, visar uttalandet att upphandlingsbeslut inte anses lika ingripande som tillsynsbeslut. Följaktligen finns det skäl att anta att upphandlande myndigheters utredning inte behöver vara lika omfattande i jämförelse med andra ingripande myndighetsbeslut, till exempel när Konkurrensverket utreder konkurrensöverträdelser.

EU-domstolen berörde även frågan om upphandlande myndigheters utredningsskyldighet i det ovan diskuterade avgörandet *Specializoutas transportas*. I avgörandet betonade EU-domstolen att det åligger upphandlande myndigheter att inta en aktiv roll vid tillämpningen av de upphandlingsrättsliga principerna. Det innebär att upphandlande myndigheter som får kännedom om omständigheter som medför tvivel om ett anbuds oberoende ska undersöka och utreda alla relevanta omständigheter kring inlämnandet av anbudet. Sådana anbud kan nämligen stå i strid med likabehandlingsprincipen. För detta ändamål ska den upphandlande myndigheten bland annat förelägga den eller de berörda parterna att inkomma med uppgifter och bevis som styrker att anbudet har tagits fram självständigt.¹⁵⁰ Avgörandet ska därför inte enbart tolkas som att upphandlande myndigheter har en skyldighet att utreda förhållandena när tvivelaktiga uppgifter har uppdragats. Utan upphandlande myndigheter är också skyldiga att vidta lämpliga åtgärder för att minimera risken för anbudssamarbeten och därmed aktivt försöka identifiera och utreda misstänkta beteenden.¹⁵¹

4.2 Tillräckligt sannolika indikationer

De olika fakultativa uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § LOU uttrycker beviskraven med skiftande formuleringar vilket är en konstruktion som följer av direktivet.¹⁵² Enligt artikel 57.4 d förutsätter beviskravet i den aktuella uteslutningsgrunden att den upphandlande myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att leverantören har ingått överenskommelser med syfte att snedvrیدا konkurrensen. Terminologin i direktivet har överförs till 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU med enbart några små avvikelser. Regeringen uttrycker dock i propositionen att den skiftande terminologin inte ska tolkas som att beviskravet skiljer sig åt mellan de olika uteslutningsgrunderna. Vad som utgör tillräckliga skäl för uteslutning växlar alltså inte mellan de olika uteslutningsgrunderna. I stället menar regeringen

¹⁵⁰ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 31–33.

¹⁵¹ Kotsonis, T. (2019), s. 157–158.

¹⁵² Exempelvis kräver artikel 57.4 att den upphandlande myndigheten enligt punkten a ”på något lämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2”, enligt punkten c ”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” och enligt den aktuella uteslutningsgrunden i punkten d att ”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”.

att avgörandet i HFD 2013 ref. 61 vad gäller beviskrav och bevisbörda vid uteslutning alltså är vägledande.¹⁵³ Dock öppnar regeringen för att annat kan följa av EU-rätten, eftersom den skiftande begreppsbildningen i direktivet har förts över till LOU för att inte ”äventyra kopplingen till direktivet och EU-domstolens tolkning av detta”.¹⁵⁴

I HFD 2013 ref. 61 prövades frågan om vilket beviskrav som gäller i mål om uteslutning när leverantören har gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen. I avgörandet prövade HFD frågan utifrån ÄLOU och 2004 års direktiv som krävde att det allvarliga felet kunde visas, respektive styrkas, av den upphandlande myndigheten. Eftersom det upphandlingsrättsliga regelverket saknar närmre bestämmelser om beviskrav och bevismedel konstaterade HFD att förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer skulle tillämpas. Inom förvaltningsprocessen varierar beviskravet mellan de olika måltyperna efter deras beskaffenhet. I sin prövning konstaterade HFD därför att upphandlingar är en del av myndigheternas affärsinriktade verksamhet och att offentlig upphandling i princip rör förhållanden mellan enskilda näringsidkare.¹⁵⁵ Beslut som fattas inom ramen för offentlig upphandling kan därför inte jämföras med de beslut som fattas inom ramen för en myndighets tillsynsverksamhet. Därtill ska leverantörens intresse av att inte uteslutas ställas mot den upphandlande myndighetens intresse av att inte behöva sluta avtal med oseriösa leverantörer. En annan viktig aspekt är övriga leverantörers intresse av att få konkurrera på lika villkor. Sammantaget ansåg HFD att det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten har gjort det sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen. Bedömningen av om den upphandlande myndigheten har uppfyllt sin bevisbörda ska ta sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Den upphandlande myndighetens åberopande av Skatteverkets omprövningsbeslut i det aktuella målet, som vid tidpunkten för beslutet inte hade ändrats av högre instans, var därför tillräckligt för att göra det sannolikt att leverantören hade begått allvarliga fel i yrkesutövningen. Avseende frågan om bevismedel konstaterade HFD kort att principen om fri bevisföring gäller.

Regeringens åsikt att beviskravet inte skiftar mellan de olika uteslutningsgrunderna står i kontrast med vad EU-kommissionen framför i sin nyligen framtagna vägledning för uteslutningsgrundens tillämpning. EU-kommissionen menar att den nya uteslutningsgrunden i artikel 57.4 d specifikt har tagits fram för att utöka upphandlande myndigheters möjligheter att hantera situationer där anbudsgivare har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. Den avgörande skillnaden mellan den nya uteslutningsgrunden och den bredare uteslutningsgrunden om allvarliga fel i yrkesutövningen är därför den grad av säkerhet som krävs för att en upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare.¹⁵⁶ EU-kommissionen understryker vidare att de nationella reglerna bör

¹⁵³ Prop. 2015/16:195, s. 1086.

¹⁵⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1086.

¹⁵⁵ Jfr RÅ 2009 ref. 69.

¹⁵⁶ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 17.

överensstämma med ordalydelsen och andan i direktivet som tillåter att uteslutning kan ske med stöd av indikationer, utan att det krävs domar eller beslut. Om EU-lagstiftaren hade krävt att upphandlande myndigheter har sådana definitiva bevis skulle det ha uttryckts i direktivtexten. Därmed strider det i praktiken mot direktivet att kräva att den upphandlande myndigheten har fasta bevis på att leverantören har ingått otillåtna konkurrensbegränsande överenskommelser.¹⁵⁷

De indikationer som de upphandlande myndigheterna bör vara särskilt uppmärksamma på är indikationer som kan kopplas till anbudsgivarnas marknadsagerande, anbudens utformning, erbjudna priser och administrativa detaljer. De upphandlande myndigheterna är dock inte helt fria när de värderar befintliga indikationer utan de måste utvärderas på ett objektiva, försiktigt och proportionerligt sätt.¹⁵⁸ I den juridiska litteraturen har EU-kommissionens hållning problematiserats utifrån oskuldspresumtionen. Med tanke på de negativa konsekvenser som uteslutning kan få för leverantörerna anses det otillräckligt att uteslutning ska kunna ske enbart med stöd av indikationer.¹⁵⁹

EU-domstolen har behandlat frågan om vad som krävs för att visa att anbud inte är oberoende och självständigt framtagna utan framtagna i samverkan i *Specializoutas transportas*.¹⁶⁰ Avgörandet avser inte uteslutningsgrunden utan likabehandlingsprincipens krav på att anbud ska vara just oberoende och självständigt framtagna.¹⁶¹ EU-kommissionen hänvisar likväl till avgörandet för att besvara frågan om hur kravet på tillräckligt sannolika indikationer ska tolkas.¹⁶² För att svara på frågan hänvisade EU-domstolen analogt till sitt avgörande i *Eturas*¹⁶³ som avser tolkningen av artikel 101 FEUF.¹⁶⁴ Det har därför framhållits som rimligt att anta att uttalandena i *Specializoutas transportas* kan tillämpas generellt för bevisning av både konkurrensöverträdelser och anbudssamarbeten inom upphandlingsrätten.¹⁶⁵

Vad gäller bevisningen erinrade EU-domstolen först att i brist på EU-rättsliga bestämmelser ankommer det på medlemsstaterna att fastställa vilka processuella regler det är som ska gälla. Dessa regler måste dock iakttas likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Det innebär dels att rättigheter som bygger på EU-rättsliga bestämmelser inte får behandlas mindre förmånligt än de som bygger på nationella, dels att det inte får vara möjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av EU-rätten.¹⁶⁶ EU-domstolen uttalade därför följande:

¹⁵⁷ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 20–21.

¹⁵⁸ EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 20–21.

¹⁵⁹ Brown, A (2019), s. 52–53.

¹⁶⁰ C-531/16 *Specializoutas transportas*.

¹⁶¹ Se vidare under avsnitt 4.

¹⁶² EU-kommissionen, C(2021) 1631 slutlig, s. 15.

¹⁶³ C-74/14 *Eturas*, EU:C:2016:42.

¹⁶⁴ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 7–9, 27–29 och 37.

¹⁶⁵ Kotsonis, T. (2019), s. 159.

¹⁶⁶ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 36.

Vad avser frågan vilken nivå av bevisning som krävs för att styrka att det föreligger anbud som varken är oberoende eller självständiga konstateras att effektivitetsprincipen kräver att bevisningen för att unionens regler om upphandling har åsidosatts inte bara kan utgöras av direkt bevisning, utan även av indicier, under förutsättning att dessa är objektiva och samstämmiga, och under förutsättning att anknutna anbudsgivare tillåts att anföra bevisning för att vederlägga detta påstående.¹⁶⁷

EU-domstolen hänvisade alltså till sitt avgörande i *Eturas* som stöd för detta uttalande. I *Eturas* konstaterade EU-domstolen att förekomsten av konkurrensbegränsande avtal eller samordnade förfaranden i de flesta fall måste ”härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett, när annan hållbar förklaring saknas”.¹⁶⁸ Oskuldspresumtionen utgör inte ett hinder mot att presumera att en konkurrensöverträdelse har skett med hjälp av objektiva och samstämmiga indicier förutsatt att det finns en möjlighet att motbevisa presumtionen. Det får av den anledningen inte vara orimligt eller orealistiskt svårt att motbevisa presumtionen.¹⁶⁹ Ett exempel på när en presumtion kan ställas upp är när ett företag har deltagit i ett möte mellan kartellmedlemmar. I sådant fall måste företaget bryta presumtionen genom att bevisa att företaget har tagit öppet avstånd från överenskommelsen som träffades på mötet, vilket måste ha uppfattats av övriga deltagare på mötet.¹⁷⁰

Mot bakgrund av ovanstående är det värt att påminna om skillnaden mellan upphandlande myndigheters och utredande myndigheters uppgift. Som EU-domstolen uttryckte i *Vossloh Laeis* ska upphandlade myndigheter undersöka och kontrollera huruvida det finns skäl för uteslutning. Syftet är bland annat att göra en bedömning av de risker som följer av att kontraktet tilldelas en anbudsgivare vars pålitlighet och redbarhet kan ifrågasättas. Konkurrensmyndigheter ska i stället utreda huruvida det faktiskt har skett en konkurrensrättslig överträdelse.¹⁷¹ Om det inte finns något officiellt beslut om att en konkurrensrättslig överträdelse har skett, så måste den upphandlande myndigheten göra en egen bedömning av omständigheterna. Men den upphandlande myndigheten kan inte fastställa att ”det förekommit ett konkurrensbegränsande beteende förrän ett sådant beslut har antagits, vilket kvalificerar de aktuella omständigheterna rättsligt”.¹⁷² Uteslutning av en anbudsgivare med stöd av uteslutningsgrunden innebär alltså inte rättsligt att något konkurrensbegränsande agerande har fastställts. Det är inte heller syftet med uteslutningsgrunden. I det avseendet kan Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål 4355-21, meddelad den 21 oktober 2021, lyftas fram. I målet yrkade klaganden på att den vinnande anbudsgivaren skulle ha uteslutits eftersom denne hade ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. Förvaltningsrätten underströk att frågan huruvida den vinnande

¹⁶⁷ C-531/16 *Specializoutas transportas*, p. 37.

¹⁶⁸ C-74/14 *Eturas*, p. 36.

¹⁶⁹ C-74/14 *Eturas*, p. 37–41.

¹⁷⁰ C-634/13 P *Total Marketing Services mot kommissionen*, EU:C:2015:614, p. 36.

¹⁷¹ C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 22–26.

¹⁷² C-124/17 *Vossloh Laeis*, p. 39.

anbudsgivarens ”samarbete med dess underleverantör strider mot de konkurrensrättsliga reglerna kan inte prövas av förvaltningsrätten”.¹⁷³ Det förvaltningsrätten prövade var i stället om klaganden hade lyckats visa att den upphandlande myndigheten hade haft tillräckligt sannolika indikationer på att den vinnande anbudsgivaren hade ingått någon konkurrensbegränsande överenskommelse med underleverantören.

4.3 Upphandlande myndigheters skönsmässiga bedömningsutrymme

För att fullt ut förstå hur de upphandlande myndigheternas bedömning ska genomföras och vilket syfte som bedömningen har måste uteslutningsgrundens fakultativa karaktär beaktas. Som nyss har konstaterats är syftet med uteslutningsgrunden inte att fastställa att det har skett konkurrensrättsliga överträdelser. EU-domstolen har i två nyliga avgöranden diskuterat innebörden och syftet med att uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 är fakultativa. I skrivande stund har EU-domstolen inte prövat frågan i anslutning till den för uppsatsen aktuella uteslutningsgrunden men EU-domstolen gör uttalanden i avgörandena som gäller generellt för de fakultativa uteslutningsgrunderna.

I *Meca*¹⁷⁴ prövade EU-domstolen artikel 57.4 c och g avseende uteslutning till följd av allvarliga fel i yrkesutövningen och allvarliga fel eller ihållande brister i fullgörandet av ett offentligt kontrakt. Problem uppstod i och med att den vinnande anbudsgivaren (Sirio) tidigare hade haft ett avtal med den upphandlande myndigheten (Neapels kommun) om skolbispisning. Avtalet sades upp efter ett fall av matförgiftning. Parterna låg vid tillfället för upphandlingen i en tvist inför domstol om huruvida den tidigare avtalsuppsägningen var giltig. *Meca* som inte tilldelades kontrakt klagade därför på upphandlingen och menade att Sirio rätteligen borde ha blivit utesluten från att delta i den aktuella upphandlingen till följd av allvarliga fel i yrkesutövningen alternativt brister i utförandet av ett tidigare kontrakt. Neapels kommun och Sirio anförde båda att den aktuella domstolsprocessen förhindrade Neapels kommun från att göra en bedömning av Sirios pålitlighet, vilket följde av den praxis som hade utvecklats i de italienska domstolarna. Frågan som uppstod var om den praxisen medförde att den upphandlande myndighetens skönsmässiga utrymme att besluta om uteslutning enligt artikel 57.4 inskränktes i strid med EU-rätten.¹⁷⁵

Inledningsvis bör det påpekas att artikel 57.7 i direktivet anger att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpningen av uteslutningsgrunderna med hänsyn till EU-rätten. Mot bakgrund av den skrivelsen konstaterade EU-domstolen att medlemsstaterna vid implementeringen inte får ”förvanska de fakultativa skälen för uteslutning som anges i den bestämmelsen eller bortse från de mål eller principer som

¹⁷³ Förvaltningsrätten i Linköping mål 4355-21, dom 2021-10-21, s. 5.

¹⁷⁴ C-41/18 *Meca*, EU:C:2019:507.

¹⁷⁵ C-41/18 *Meca*, p. 6–19.

ligger till grund för vart och ett av dessa skäl”.¹⁷⁶ Därmed måste det beaktas att de fakultativa uteslutningsgrunderna har som särskilt syfte att ge upphandlande myndigheter möjligheten att göra en egen bedömning av anbudsgivarnas redbarhet och pålitlighet, vilket bland annat framgår av skäl 101 till direktivet. De upphandlande myndighetens förtroende för anbudsgivarna är nämligen ett centralt inslag i de fakultativa uteslutningsgrunderna.¹⁷⁷ Mot bakgrund av att artikel 57.5 ger upphandlande myndigheter rätt att utesluta leverantörer när som helst under förfarandet, behöver en upphandlande myndighet därför inte invänta domstolsavgöranden för att fatta beslut om uteslutning. Enligt EU-domstolen har det varit unionslagstiftarens avsikt att ”låta upphandlande myndigheter göra sin egen bedömning av en ekonomisk aktörs handlingar eller försummelser antingen före eller under upphandlingsförfarandet, om något av de fall som avses i artikel 57.4 i direktivet föreligger”.¹⁷⁸ Om upphandlande myndigheter begränsas i sin möjlighet att göra egna bedömningar följer det också att de får en begränsad möjlighet att ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen.¹⁷⁹ Följaktligen drog EU-domstolen slutsatsen att det följer av lydelsen i artikel 57.4 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”.¹⁸⁰ Den nationella bestämmelsen stred därför mot EU-rätten eftersom den upphandlande myndigheten förhindrades att använda sitt utrymme för skönsmässig bedömning.¹⁸¹

I det efterföljande avgörandet i *Delta*¹⁸² gällde frågan också uteslutning till följd av allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av ett offentligt kontrakt. Bakgrunden var att en rumänsk kommun 2014 hade tilldelat ett kontrakt till den företagssammanslutning som Delta var huvudpartner för. Kommunen sa sedan upp kontraktet efter att Deltas företagssammanslutning hade anlitat en underleverantör utan kommunens godkännande och kommunen lämnade samtidigt en formell anmärkning om händelsen på den digitala upphandlingsplattformen i Rumänien. Delta hade kort därefter lämnat anbud i en annan upphandling. Efter att den tidigare förseelsen uppdagats och undersökts valde den upphandlande myndigheten CNAIR att utesluta Delta från upphandlingen. Den hänskjutande domstolen ställde sin fråga till EU-domstolen för att få klarhet i om anlitaandet av en underleverantör utan tillstånd var en sådan allvarlig omständighet som avsågs i bestämmelsen.¹⁸³

EU-domstolen bekräftade sitt tidigare avgörande i *Meca* och underströk att det framgår av ordalydelsen i artikel 57.4 att unionslagstiftarens avsikt, gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna, har varit att ”det ankommer på

¹⁷⁶ C-41/18 *Meca*, p. 33.

¹⁷⁷ C-41/18 *Meca*, p. 29–30.

¹⁷⁸ C-41/18 *Meca*, p. 31.

¹⁷⁹ C-41/18 *Meca*, p. 32.

¹⁸⁰ C-41/18 *Meca*, p. 34.

¹⁸¹ C-41/18 *Meca*, p. 36–41.

¹⁸² C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, EU:C:2019:826.

¹⁸³ C-267/18 *Delta*, p. 9–23.

den upphandlande myndigheten, och ingen annan, att vid urvalet av anbudsgivare bedöma huruvida en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande”.¹⁸⁴ Det särskilda syftet med att upphandlande myndigheter får utesluta leverantörer från en upphandling är nämligen att de ska få göra en bedömning av leverantörernas redbarhet och pålitlighet. Den upphandlande myndighetens förtroende för leverantörerna utgör ett centralt inslag i parternas förhållande som baseras på leverantörernas pålitlighet.¹⁸⁵ EU-domstolen konstaterade därför att säkerställandet av förtroendeförhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den utpekade anbudsgivaren förutsätter att den upphandlande myndigheten inte blir bunden av den bedömning som en annan upphandlande myndighet har gjort. Den upphandlande myndigheten måste i det avseendet kunna göra en egen proportionalitetsbedömning. Proportionalitetsprincipen förutsätter i sin tur att den upphandlande myndigheten gör en egen prövning och bedömning av de faktiska omständigheterna, samt att oegentligheten har varit tillräckligt allvarlig för att motivera åtgärden. Följaktligen kan en upphandlande myndighet inte automatiskt lägga en annan upphandlande myndighets bedömning till grund för sitt eget beslut. Den upphandlande myndigheten ska i stället göra en egen omsorgsfull och opartisk bedömning av de aktuella bristerna, baserat på relevanta omständigheter och beaktat proportionalitetsprincipen.¹⁸⁶ EU-domstolen besvarade således frågan genom att konstatera att de aktuella omständigheterna utgjorde en sådan allvarlig brist som avses i artikeln om ”den upphandlande myndighet som organiserar det senare upphandlingsförfarandet anser att ett sådant anlåtande av underleverantör medför att förtroendeförhållandet med den aktuella ekonomiska aktören upphör”.¹⁸⁷

4.4 Reflektioner kring de processuella frågorna

Anbudssamarbeten och anbudskarteller är till sin natur svåra att upptäcka. Samtidigt medför det betydande samhällskostnader att de förblir oupptäckta. När det framkommer indikationer på att anbudsgivare har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser är det rimligt att uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU kan tillämpas. En fråga som uppstår är därför hur kravet på tillräckligt sannolika indikationer ska tolkas. Ska uteslutningsgrunden anses ha samma beviskrav som övriga fakultativa uteslutningsgrunder som de svenska förarbetena ger uttryck för eller har uteslutningsgrunden ett lägre beviskrav än de andra som EU-kommissionen menar? Därutöver tillkommer övriga faktorer att beakta såsom upphandlande myndigheters skönsrättiga bedömningsutrymme, utredningsskyldigheten och möjligheten för leverantörer att framföra motbevisning.

¹⁸⁴ C-267/18 *Delta*, p. 25.

¹⁸⁵ C-267/18 *Delta*, p. 26.

¹⁸⁶ C-267/18 *Delta*, p. 27–30.

¹⁸⁷ C-267/18 *Delta*, p. 38.

I min mening finns det få skäl att frångå regeringens bedömning av beviskravet i propositionen. Beviskravet som ställs upp i HFD 2013 ref. 63, att upphandlande myndigheter ska göra det sannolikt att grund för uteslutning föreligger, bör fortsatt vara vägledande. Med den ordningen krävs det alltså att den upphandlande myndigheten lägger fram bevisning om indikationer som gör det sannolikt att anbudsgivaren har ingått någon konkurrensbegränsande överenskommelse. Vad EU-kommissionen framför i sin vägledning bör inte ändra på den saken, trots att uppfattningen är att den nya uteslutningsgrunden kräver lägre grad av säkerhet än den sedan tidigare befintliga uteslutningsgrunden för allvarliga fel i yrkesutövningen. För det första är EU-kommissionens uttalanden inte bindande. För det andra tycks EU-kommissionen främst vara fokuserad på att säkerställa att direktivets anda och uppbyggnad bevaras, genom att uteslutning ska kunna ske om det finns samstämmiga och objektiva indikationer. EU-kommissionens uttalanden måste läsas mot bakgrund av att de är generella för hela unionen, inom vilken strängare och lättare beviskrav kan förekomma. Uttalanden behöver därför inte nödvändigtvis vara avgörande för svenska förhållanden där indikationer redan kan läggas till grund för bedömningen. För det tredje anger artikel 57.7 i direktivet att medlemsstaterna med hänsyn till unionsrätten ska fastställa villkoren för tillämpningen av denna artikel. Så länge beviskravet enligt HFD 2013 ref. 63 inte bortser från de mål eller principer som ligger till grund för uteslutningsgrunden bör beviskravet inte stå i strid med EU-rätten. Enligt beviskravet behöver upphandlande myndigheter enbart göra det sannolikt att konkurrensbegränsande överenskommelse har ingåtts, varför den svenska processuella ordningen inte kräver fasta bevis för uteslutningsgrundens tillämpning. I brist på EU-rättsliga förfaranderegler råder nationell processuell autonomi, under förutsättning av likvärdighets- och effektivitetsprincipen följs. Kravet på att indicier ska kunna beaktas följer av effektivitetsprincipen. Eftersom den svenska regleringen medger sådan bevisning är det svårt att se hur beviskravet som följer av HFD 2013 ref. 63 skulle strida mot likvärdighets- och effektivitetsprincipen, eller mot uteslutningsgrundens bakomliggande mål och principer. Sammantaget bör HFD 2013 ref. 63 fortsatt anses vara vägledande i frågan om uteslutningsgrundens beviskrav.

Däremot finns det skäl att beakta EU-domstolens praxis om hur indikationer kan läggas till grund för bedömningen. EU-domstolens avgöranden i *Specializoutas transportas* och *Eturas* är vägledande för hur indikationerna ska bedömas. Särskilt bör det understrykas att en presumtion ska kunna härledas ur indikationer som tillsammans gör att annan hållbar förklaring saknas. Som konkret exempel på en situation där olika indicier tillsammans bör kunna tolkas som tillräckliga bevis kan följande exempel användas, där omständigheter har hämtats från ett verkligt exempel.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Exemplet bygger på ett verkligt fall som jag personligt arbetat med. Omständigheterna har ändrats för att parterna inte ska gå att identifiera och för att tydligare illustrera hur en upphandlande myndighet kan ställas inför situationen att behöva överväga tillämpning av uteslutningsgrunden.

Upphandlingen i exemplet gäller en ramavtalsupphandling där två anbudsgivare ska tilldelas kontrakt. Anbuderna ska utvärderas utifrån utvärderingskriteriet lägsta pris. Till sina anbud ska leverantörerna även bifoga dokument där de intygar och redogör för sitt miljö- och kvalitetsledningsarbete. Vid anbudsvärderingen upptäcks att två av anbudsgivarna (anbudsgivare A och B) har lämnat anbud med nästintill identiska priser och priskalkyler. Anbudsgivare A erbjuder ett timpris om 105 kr medan anbudsgivare B erbjuder ett timpris om 105,50 kr. Prislister för olika tillägsarbeten är samstämmiga. Vidare har A och B lämnat in dokument med nästintill identiskt innehåll, utformning, formatering och grafisk design. Formuleringarna om hur de arbetar med miljö och kvalitetsledning är identiska. Deras inskickade utbildningsintyg för offererad personal har utfärdats av samma utbildningsföretag och intygen skrevs under samma dag och på samma ort. Vid en granskning av anbudsgivarnas organisationer framgår det att anbudsgivarnas styrelser består av samma personer och ordföranden är ordförande i båda företagen. Ordföranden är dessutom VD för anbudsgivare A medan en annan styrelseledamot är VD för anbudsgivare B. Anbudsgivarna är dock bolagsrättsligt självständiga och det saknas ett kontrollförhållande mellan dem.

I enlighet med EU-domstolens praxis finns det enligt min mening god grund för att beakta de ovanstående indicierna som samstämmiga och objektiva och det bör därmed vara möjligt att ställa upp en presumtion om att det är fråga om ett otillåtet samarbete. Omständigheterna är sådana att det är svårt att finna andra hållbara förklaringar än att det rör sig om ett anbudssamarbete vars syfte är konkurrensbegränsande. De offererade priserna tyder på att företagen mellan sig har gjort upp om vem som i första hand ska vinna upphandlingen, varmed konkurrensen snedvrids. De andra omständigheterna pekade tydligt mot att det finns en relation mellan företagen och att de även i övrigt har samarbetat. Därutöver, om syftet med uteslutningsgrundens fakultativa karaktär ska beaktas, ger omständigheterna klart stöd för den upphandlande myndigheten att göra bedömningen att anbudsgivarnas pålitlighet och redbarhet kan ifrågasättas. Därmed rubbas också det förtroendeförhållande som är ett centralt inslag i de fakultativa uteslutningsgrunderna. Så till vida att anbudsgivarna inte hade kunnat producera bevisning som kan omkullkasta presumtionen, är det enligt min mening rimligt att beviskravet ska anses uppfyllt i exemplet och för liknande fall.

Det ovasagda ger skäl att även diskutera hur uteslutningsgrundens fakultativa karaktär inverkar på bevisfrågan. Syftet med uteslutningsgrundernas fakultativa karaktär är att ge upphandlande myndigheter möjligheten att bedöma de risker som förknippas med leverantörernas pålitlighet och redbarhet. Av den anledningen ankommer det på de upphandlande myndigheterna och ingen annan att göra en bedömning av om omständigheterna ger skäl för uteslutning. Det framstår som en rimlig följd att upphandlande myndigheters möjlighet att göra uteslutningsgrunden gällande, påverkas av att de upphandlande myndigheterna har ett skönsmissigt bedömningsutrymme avseende deras uppfattning av leverantörernas pålitlighet och redbarhet. Samtidigt är det inte helt tydligt

vilken betydelse det ska få för den aktuella uteslutningsgrunden. Den aktuella uteslutningsgrunden skiljer sig från till exempel uteslutningsgrunden för allvarliga fel i yrkesutövningen. Vad som kan utgöra allvarliga fel i yrkesutövningen kan variera stort och behöver inte nödvändigtvis vara lagstridigt. I fallet *Delta* gav EU-domstolen den upphandlande myndigheten stor frihet att själv avgöra om anlitaandet av en underleverantör på eget bevåg utgjorde en sådan allvarlig förseelse som rubbade förtroendet.

Syftet med uteslutningsgrunden är inte att fastställa huruvida en konkurrensrättslig överträdelse har begåtts, men bedömning måste göras i ljuset av konkurrensrätten. För den upphandlande myndigheten är pålitligheten av central betydelse. Samtidigt måste bedömningen av pålitligheten grunda sig på objektiva omständigheter och inte subjektiva och godtyckliga grunder. En överenskommelse som inte sannolikt utgör en konkurrensbegränsande överenskommelse kan inte läggas till grund för uteslutning bara för att den upphandlande myndigheten i fråga inte anser leverantören pålitlig. Myndighetens skönsmässiga bedömningsutrymme bör därför inte anses medföra ett lägre beviskrav. I förhållande till ett redan lågt ställt beviskrav och att det inte behöver fastställas att en konkurrensrättslig överträdelse har skett är det viktigt att skälen för uteslutning grundar sig på objektiva och samstämmiga indikationer.

Däremot borde utrymmet för skönsmässiga bedömningar få betydelse för de upphandlande myndigheternas beslut att utesluta en anbudsgivare när tillräckligt sannolika indikationer föreligger. Proportionalitetsbedömningen som har en särskild roll vid tillämpningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna innebär bland annat en prövning av om åtgärden är motiverad utifrån de motstående intressena. När en upphandlande myndighet har tillräckligt sannolika indikationer på att en konkurrensbegränsande överenskommelse har ingåtts bör syftet med det skönsmässiga utrymmet, i stället för att påverka beviskravet, medföra att upphandlande myndigheters intresse ges stor tyngd i en proportionalitetsbedömning av uteslutningen. Vidare bör det anses stå klart vara att upphandlande myndigheter genom sitt skönsmässiga bedömningsutrymme inte behöver invänta en utredning eller beslut från Konkurrensverket. Dessutom, om det skulle finnas en utredning pågående hos Konkurrensverket, eller en pågående rättsprocess, behöver den upphandlande myndigheten inte invänta resultatet av den processen. Det ankommer nämligen på de upphandlande myndigheterna och ingen annan att göra en bedömning av om det föreligger skäl för uteslutning.

Utredningsskyldigheten och kravet på att leverantörerna ska få möjlighet att motbevisa de omständigheter som den upphandlande myndigheten lägger till grund för sitt beslut om uteslutning, väger upp för ett annars lågt ställt beviskrav och det skönsmässiga utrymme som de upphandlande myndigheterna erhåller. Samtidigt innebär utredningsskyldigheten och krav på att upphandlande myndigheter intar en aktiv roll i att säkerställa likabehandlingsprincipen och att övriga leverantörers intresse att konkurrera på lika villkor iakttas.

5 Upphandlingsrättens förhållningssätt gentemot samverkan inom upphandlingsförfarandet

Införandet av den nya uteslutningsgrunden tillsammans med EU-domstolens praxis visar att upphandlingsrätten ser ökade influenser från konkurrensrätten. Samtidigt framgår det att upphandlingsrätten har ett speciellt förhållande till den konkurrens som upphandlingsförfarandet i sig ska garantera. Därmed råder inte full enighet mellan de två rättsområdena utan det uppstår även konflikter i samband med att de närmar sig varandra. Följderna syns inte bara i konflikter mellan upphandlingsrätten och konkurrensrätten, utan även inom upphandlingsrätten. Uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU är ett uttryck för en bestämmelse inom upphandlingsrätten som följer av ett ökat fokus på konkurrensrättsliga intressen inom upphandlingsrätten. Av naturliga skäl uppstår det friktion med upphandlingsrättens grundläggande principer genom att upphandlingsrättens underliggande drivkrafter inte är identiska med konkurrensrättens.

Som konstaterat har uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU tillkommit till följd av ett ökat fokus på att förhindra konkurrensrättsliga överträdelse inom ramen för offentlig upphandling. Särskilt har uteslutningsgrunden tagits fram för att motverka problemen med otillåten samverkan inom offentlig upphandling. Genom införandet av bestämmelsen finns en förhoppning att detta kan bidra till upprätthållandet av en sund konkurrens på upphandlingsmarknaden. Det intressanta med uteslutningsgrunden, vilket är gemensamt med övriga uteslutningsgrunder, är att den fokuserar på leverantörernas ageranden på marknaden, vilket skiljer sig från upphandlingslagstiftningen i stort som reglerar myndigheternas förfarande vid upphandlingar. Genom bestämmelsen införlivas konkurrensrättsliga bedömningar i upphandlingsrätten, vilka ankommer på upphandlande myndigheter att genomföra. Om en upphandlande myndighet således finner att det finns tillräckligt sannolika indikationer på att en anbudsgivare har ingått överenskommelser med ett konkurrensbegränsande syfte, har den upphandlande myndigheten möjlighet att utesluta anbudsgivaren.

Samtidigt saknar upphandlande myndigheter kompetens att rättsligt kvalificera leverantörers agerande som konkurrensöverträdelse. Det finns alltså en avgörande skillnad mellan uteslutningsgrunden och konkurrensrätten. Även om de delar ett gemensamt intresse och mål att motverka konkurrensbegränsande samverkan mellan företag är det enbart konkurrensrätten som har det som huvudsyfte. Det är konkurrensrätten som är särskilt avsedd att säkerställa en fri och icke snedvriden konkurrens på

marknaden. Upphandlingsrätten är begränsad till upphandlingsförfarandet och ska se till så att offentlig upphandling öppnas upp för en effektiv och sund konkurrens, vilket enligt skäl 2 till direktivet bland annat tjänar syftet att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. Men detta är främst tänkt att säkerställas genom att upphandlande myndigheters agerande inte snedvrider konkurrensen. Följaktligen förblir uteslutningsgrunden ett något udda verktyg för upphandlande myndigheter.

De fakultativa uteslutningsgrunderna har som inneboende syfte att ge upphandlande myndigheter möjlighet att bedöma leverantörers pålitlighet och redbarhet. Tanken är därmed att de ska säkerställa upphandlande myndigheters intresse av att slippa tilldela kontrakt till opålitliga aktörer. Som HFD har konstaterat gäller offentlig upphandling i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. Detta syfte bakom uteslutningsgrunden både förklarar och rättfärdigar att upphandlande myndigheter genom uteslutningsgrunden kan utesluta leverantörer som ingår otillåtna samarbeten inom upphandlingar, trots att leverantörernas agerande inte rättsligt har kvalificerats som konkurrensöverträdelser. Vid beslut om uteslutning står därför myndigheters intresse mot de uteslutna leverantörernas intresse. Följaktligen tecknas en bild av en större grad av frihet för de upphandlande myndigheterna vid nyttjandet av uteslutningsgrunden än vad som gäller inom ramen för konkurrensrätten. Detta utrymme måste ses i förhållande till beviskravet om tillräckligt sannolika indikationer som innebär att upphandlande myndigheter enbart behöver göra gällande att det är sannolikt att leverantörerna har ingått konkurrensbegränsande överenskommelser. Uteslutningsgrunden visar därmed att upphandlingsrättens syn på otillåtna samverkan är sträng, vilket ställer hårdare krav på leverantörerna.

Samtidigt kvarstår faktum att konkurrensrätten utgör ledstjärna för uteslutningsgrunden både vad gäller tillämpningsområdet och hur samverkan kan upptäckas och göras gällande. Uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § fjärde punkten LOU bör tolkas i ljuset av konkurrensrättens reglering av otillåtna samarbeten. Även om upphandlande myndigheter har en viss frihet genom beviskravet och bestämmelsens fakultativa karaktär står det klart att den konkurrensrättsliga regleringen är vägledande. Upphandlande myndigheter måste därför genomföra sina bedömningar i enlighet med konkurrensrätten och kan inte på godtyckliga grunder finna att en överenskommelse är konkurrensbegränsande.

Det är därför intressant att likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, genom sina krav på att anbud ska tas fram oberoende och självständigt av anbudsgivaren, i direkt motsättning med konkurrensrätten skapar ett eget förhållande till konkurrensen inom upphandlingsförfarandet. Som det har framkommit ovan utgör likabehandlingsprincipen hinder mot att anbudsgivare inom samma ekonomiska enhet samverkar när de tar fram separata anbud. För likabehandlingsprincipen är det då tillräckligt att ett kontrollförhållande mellan anbudsgivarna har påverkat innehållet i respektive anbud för att de

inte ska kunna beaktas. Detta står i klar kontrast med konkurrensrätten som gör undantag för samverkan inom ekonomiska enheter utifrån den ekonomiska realiteten att koncernbolagen inte konkurrerar med varandra varför konkurrensen inte kan snedvridas av deras samarbeten. Likabehandlingsprincipen, som bland annat ska säkerställa en sund och effektiv konkurrens i upphandlingsförfarandet, bygger däremot på icke-diskrimineringsprincipen. Innebörden är att likabehandlingsprincipen ska garantera likabehandling av leverantörerna så att de ges lika möjligheter när de konkurrerar om ett offentligt kontrakt. Samtidigt innebär transparensprincipen att upphandlande myndigheter ska garantera öppenhet i upphandlingsförfarandet och insyn så att godtycke kan förhindras.

Därmed finns det skäl för den uppfattning som har redogjorts för ovan, att upphandlingsrättens förståelse av begreppet leverantör skiljer sig från konkurrensrättens tolkning av begreppet företag. Alla leverantörer som lämnar anbud i en offentlig upphandling ska följaktligen betraktas som självständiga leverantörer för vilka samma krav om oberoende och självständigt upprättade anbud gäller. När olika anbudsgivare på ett otillåtet sätt samverkar vid utformningen av sina anbud försätts övriga anbudsgivare i en sämre konkurrenssituation genom att de samverkande anbudsgivarna har tillgång till mer information än övriga anbudsgivare. De samverkande anbudsgivarna har därmed befunnit sig i en mindre osäker situation vid framtagandet av anbuden än övriga.

Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen borde även, mot bakgrund av ovanstående, ha en större verkan. Nämligen att principerna utgör hinder mot all samverkan mellan anbudsgivare inom upphandlingsförfarandet oavsett relationen mellan anbudsgivarna. Som stöd för denna tes ligger EU-domstolens avgörande i *Telecom Italia* där EU-domstolen diskuterade ett potentiellt informationsutbyte som förekommit mellan två anbudsgivare i samband med att de förhandlade om koncentrationen. Enligt EU-domstolen skulle ett sådant informationsutbyte, i strid med likabehandlingsprincipen, medföra ooberättigade fördelar för de två anbudsgivarna och försämra övriga anbudsgivares konkurrenssituation. Men eftersom anbudsgivarna vid tillfället för det potentiella informationsutbytet var självständiga företag utgjorde informationsutbytet även potentiellt en överträdelse av artikel 101 FEUF. Sådana omständigheter är enligt EU-domstolen i princip tillräckliga för att anbuden från anbudsgivarna inte ska kunna beaktas. Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen innebär således generella förbud mot all samverkan mellan leverantörer kring utformningen av anbud. Anbuden måste tas fram oberoende och självständigt. Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen skapar därmed ett för upphandlingsrätten självständigt samverkansförbud.

En följd effekt av det måste ofrånkomligen bli den att upphandlande myndigheter inte behöver använda uteslutningsgrunden för att utesluta anbudsgivare som samverkar i den aktuella upphandlingen. Därmed behöver upphandlande myndigheter inte göra bedömningar av konkurrensrättslig karaktär avseende om det finns någon överenskommelse med

konkurrensbegränsande syfte. I stället är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör gällande att samverkan mellan anbudsgivarna har inverkat på anbudens utformning.

En sådan tolkning av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen ger alltså upphov till motsättningar till uteslutningsgrunden. Ett upphandlingsrättsligt samverkansförbud baserat på de grundläggande principerna måste anses äga företräde framför uteslutningsgrunden. Följden blir då inte bara att bedömning snarare utgår från om samverkan har påverkat anbudet och försatt övriga anbudsgivare i en försämrad konkurrenssituation, utan de upphandlande myndigheternas fakultativa utrymme blir åsidosatt av likabehandlingsprincipens kategoriska krav. Denna konsekvens kan vid ett första ögonblick anses negativ för de upphandlande myndigheterna, men borde betraktas som en självklarhet beaktat övriga leverantörers intresse av att konkurrera på lika villkor. Om en upphandlande myndighet har tillräckligt stöd för att två eller fler anbudsgivare har upprättat sina anbud i samverkan framstår det som märkligt om den upphandlande myndigheten i den aktuella upphandlingen med stöd av uteslutningsgrundens fakultativa karaktär inte skulle välja att utesluta anbudsgivarna. Likabehandlingsprincipens krav garanterar då att en effektiv och sund konkurrens upprätthålls inom upphandlingsförfarandet.

Det bör dock inte uteslutas att uteslutningsgrunden kan ha en bredare tillämpning på samverkan i upphandlingsförfarandet än likabehandlingsprincipen. Ta ett exempel där två anbudsgivare kommer överens om att den ena anbudsgivaren inte lämnar anbud i upphandling X om den andra anbudsgivaren inte lämnar anbud i upphandlingen Y. Anbudsgivarna samarbetar inte på något annat sätt vid framtagandet av sina anbud. Det är i en sådan situation inte självklart att likabehandlingsprincipen skulle kunna användas för att utesluta anbudsgivaren. Anbudsgivaren tycks inte erhålla några oberättigade fördelar som inte de andra potentiella anbudsgivarna också erhåller. Däremot är det uppenbart ett fall av marknadsuppdelning med konkurrensbegränsande syfte, vilket klart träffas av uteslutningsgrunden. Skadan, till följd av en minskad konkurrens, tycks främst påverka den upphandlande myndigheten som får minskade valmöjligheter. Om upphandlingen genomförs i en bransch med lågt konkurrenstryck är det sannolikt att överenskommelsen leder till ett ökat pris. Sammantaget har uteslutningsgrunden ett större potentiellt användningsområde än likabehandlingsprincipen när det kommer till att skydda upphandlande myndigheter.

Vidare möts uteslutningsgrunden och uteslutning med stöd av likabehandlingsprincipen i frågan om hur uteslutning ska göras gällande. Båda aktualiseras när den upphandlande myndigheten erhåller indikationer om att anbudsgivare begär otillåten samverkan inom upphandlingsförfarandet. Det är också här som förhållandet till konkurrensrätten återigen gör sig gällande. EU-domstolen hänvisade i frågan om vilken bevisning som krävs för att styrka att det föreligger anbud som varken är oberoende eller självständigt framtagna till ett av sina avgöranden

som svarar på hur konkurrensrättsliga överenskommelser ska bevisas. Konkurrensrättens syn på hur indikationer ska kunna användas för att styrka otillåten samverkan är därför gemensam för både uteslutningsgrunden och uteslutning med stöd av likabehandlingsprincipen. Även om upphandlingsrätten antar ett eget förhållande till samverkan inom upphandlingsförfarandet finns det fortsatt en koppling till konkurrensrätten till följd av att det är fråga om att få bukt med liknande oönskat agerande.

Även i övrigt bör uteslutning med stöd av likabehandlingsprincipen tolkas analogt med de förutsättningar som gäller för uteslutningsgrunden. Som EU-domstolen konstaterar kan samverkan inte presumeras utan att det finns konkreta indikationer samtidigt som leverantörerna i fråga måste få möjlighet att motbevisa den presumtion som ställs upp genom de objektiva och samstämmiga indikationerna. I det avseendet bör uteslutning med stöd av likabehandlingsprincipen genomföras med beaktande av 13 kap. 4 § LOU och förvaltningslagens reglering av myndigheters utredningsskyldighet. Här kan även EU-kommissionens uttalanden i anslutning till frågor om samverkan mellan anknutna anbudsgivare erinras. EU-kommissionen framhåller nämligen att upphandlande myndigheter ska ha rätt att bedöma leverantörernas förklaringar och bevis om att anknytningen mellan dem inte har påverkat utformningen av anbudet, i enlighet med vad som gäller för uteslutningsgrunden. Därmed har de upphandlande myndigheterna även rätt att besluta huruvida de berörda anbudsgivarna ska tillåtas delta i förfarandet efter att de har inkommit med sin bevisning. Uteslutningsgrunden och de relevanta bestämmelserna i 13 kap. LOU utgör därför vägledning för hur myndigheten bör agera vid fall av otillåten samverkan inom en upphandling. I och med att likabehandlingsprincipen är en allmän princip saknas det tydliga ramar för hur den ska göras gällande, vilket kompletteras av uteslutningsgrunden och utredningsskyldigheten.

Sammanfattningsvis framgår det att upphandlingsrätten har ett nära förhållande till konkurrensrätten i fråga om otillåten samverkan mellan anbudsgivare. Konkurrensrätten fungerar på många sätt som vägledning och måttstock för hur samverkan ska bedömas och hur samverkan kan styrkas. När upphandlande myndigheter gör bedömningar i anslutning till uteslutningsgrunden eller om anbud är oberoende och självständigt framtagna, följer det att upphandlande myndigheter måste göra mer eller mindre konkurrensrättsligt betingade undersökningar. Trots denna närhet mellan regelverken och strävan efter liknande mål förekommer dock skillnader där upphandlingsrätten, som ett specialområde jämfört med konkurrensrättens mer universella fokus på samtliga företags ageranden på marknaden, har utvecklat ett eget förhållningssätt till samverkan i upphandlingsförfarandet. Denna särart i upphandlingsrätten angående synen på samverkan mellan leverantörer inom samma ekonomiska enhet kan te sig märklig ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. I stället för att ta hänsyn till ekonomiska realiteter likt konkurrensrätten, tycks upphandlingsrätten ta ett mer principiellt förhållningssätt i saken där lika möjligheter och öppenhet ges betydande värde. Saken anses till och med så viktig, trots att agerandet inte konkurrensrättsligt klassificeras som konkurrensbegränsande, att det

konkurrensbetingade intresset av att ha så många anbudsgivare som möjligt frångås i förmån för principen att alla anbud ska upprättas självständigt och oberoende.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Danmark

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018), *Joint bidding under competition law – Guidelines*.

Europeiska unionen

EU-kommissionen, Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag (Text av betydelse för EES), OJ C 101, 27.4.2004, s. 97–118.

EU-kommissionen, Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling – med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM[2011]15 slutlig), Bryssel den 27.1.2011.

EU-kommissionen, Tillkännagivande om verktyg för att bekämpa otillåten samverkan vid offentlig upphandling och om vägledning om att tillämpa detta som skäl för uteslutning, C(2021) 1631 slutlig, 15.3.2021 Bryssel.

OECD

OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Helping Governments to Obtain Best Value for Money (2009). Tillgänglig via <oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>, senast uppdaterad 7 maj 2012.

Sverige

Konkurrensverket 2020:1, Korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling.

Konkurrensverket (2015), Ärlighet ska löna sig - så upptäcker och förebygger du anbudskarteller.

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 2015:2016:195 Nytt regelverk om upphandling.

Prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning - ny förvaltningslag.

Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk.

Litteratur

- Bovis, Christopher (2016) 'The principles of public procurement regulation' i; Bovis, C. (red.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Edward Elgar Publishing.
- Brown, Adrian (2019), 'When may an economic operator be excluded from public tenders due to its previous infringement of competition law? Vossloh Laseis gmbH v Stadtwerke München GmbH (C-124/17)', *Public Procurement Law Review*, 2019, 2, s. 47–53.
- Carlsson, Kenny & Bergman, Mats. Konkurrenslagen (31 maj 2021 JUNO). NJ lagkommentar, version 2F.
- Craig, Paul & De Búrca, Gráinne (2015), *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, 6. uppl.
- Geradin, Damien, Layne-Ferrar, Anne & Petit, Nicolas (2012), *EU Competition Law and Economics*. Oxford Competition Law.
- van Gestel, Rob and Micklitz, Hans-Wolfgang (2014), 'Why methods matter in European Legal Scholarship', *European Law Journal*, vol. 20, nr 3, s. 292–316.
- Hård af Segerstad, Viktor. (2017) 'Nya regler om uteslutning - förenkling eller förvirring?', *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 4/2017, s. 215–227.
- Jones, Alison, Sufrin, Brenda & Dunne, Niamh (2019), *Jones & Sufrin's EU Competition Law - Text, Cases, and Materials*. Oxford Competition Law, 7 uppl.
- Karlsson, Per (2018), 'Konkurrensrättens inverkan på offentlig upphandling', *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 3/2018, s. 107–124.
- Kleineman, Jan (2014), 'Rättsdogmatisk metod' i; Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur s. 21–45.
- de Koninck, Constant, Ronse, Thierry & Timmermans, William (2015), *European public procurement law: the Public sector procurement directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*. Kluwer Law International, 2. uppl.
- Kotsonis, Tortis (2019), 'Public procurement law concerns and competition law principles: some further reflections on tender co-ordination by affiliated entities in light of Specializuotas transportas (C-531/16)', *Public Procurement Law Review*, 2019, 4, s. 153–160.
- Lundmark, Johan & Säfsten, Mathias. Förvaltningslagen (augusti 2020 JUNO), NJ lagkommentar, version 1.

Poiares Pessoa Maduro, Luis Miguel (2007), 'Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism', *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol 1, nr 2.

Reichel, Jane (2014), 'EU-rättslig metod' i; Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur s. 109–140.

Rosén Andersson, Helena, m.fl., Lagen om offentlig upphandling (17 nov. 2020 JUNO). NJ lagkommentar, version 3.

Sánchez Graells, Albert (2014), 'Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement', i; Racca, Gabriella & Yukins, Christopher (red.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant. Tillgänglig via SSRN <>.

Sánchez Graells, Albert (2015), *Public procurement and the EU competition rules*. Hart Publishing, 2. uppl.

Sánchez Graells, Albert (2018), 'Competition and Public Procurement', *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, nr 8, s. 551–559.

Skovgaard Ølykke, Grith. (2011), 'How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context?', *Public Procurement Law Review*, 2011, 6, s. 179–192.

Steinicke, Michael. & Vesterdorf, Peter. (2018), *EU Public Procurement Law : Brussels commentary*. Nomos.

Treumer, Steen. (2016), 'Exclusion, Qualification and Selection of Candidates and Tenderers in EU Procurement' i; Burgi, Martin, Trybus, Martin & Treumer, Steen (red.), *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*. DJØF Publishing s. 15–39.

Ulfsdotter Forssell, Anna. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 13 kap. 3 §, Lexino, 24 mars 2018 (JUNO).

Övriga källor

Konkurrensverket, Vägledning om samarbeten i upphandlingar, <www.konkurrensverket.se/konkurrens/vagledning-inom-konkurrens/>, besökt 2021-10-29.

Upphandlingsrättslig Tidskrift, under fliken ”Om UrT”, <<https://www.urt.cc/?q=node/1>>, besökt 2021-10-01.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

C-56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38.

C-41/69 *Chemiefarma mot kommissionen*, EU:C:1970:71.

C-48/69 *ICI mot kommissionen*, EU:C:1972:70.

C-283/81 *CILFIT mot Ministero della Sanità*, EU:C:1982:335.

C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257.

C-73/95 P *Viho mot kommissionen*, EU:C:1996:405.

C-324/98 *Teleaustria* EU:C:2000:669.

C-496/99 P *Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236.

C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5.

C-340/04 *Carbotermo och Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308.

C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, EU:C:2007:815.

C-454/06 *Pressetext Nachrichtagentur*, EU:C:2008:351, p. 31.

C-213/07 *Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileoarsis och Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731.

C-538/07 *Assitur*, EU:C:2009:317.

C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, EU:C:2009:343.

C-101/08 *Audiolux*, EU:C:2009:626.

C-538/13 *eViglio*, EU:C:2015:166.

C-634/13 P *Total Marketing Services mot kommissionen*, EU:C:2015:614.

C-74/14 *Eturas*, EU:C:2016:42.

C-396/14 *MT Højgaard och Züblin*, EU:C:2016:347.

C-531/16 *Specializoutas transportas*, EU:C:2018:324.

C-124/17 *Vossloh Laeis*, EU:C:2018:855.

C-144/17 *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78.

C-697/17 *Telecom Italia*, EU:C:2019:599.

C-41/18 *Meca*, EU:C:2019:507.

C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, EU:C:2019:826.

C-395/18 *Tim*, EU:C:2020:58.

C-387/19 *RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, EU:C:2021:13.

Begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande i C-416/21 *J. Sch Omnibusunternehmen och K. Reisen*.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2009 ref. 69.

HFD 2013 ref. 61.

HFD 2018 ref. 60.

Övriga domstolar

Allmänna domstolar

Stockholms tingsrätt mål T 18896-10, dom 2014-01-21.

Förvaltningsdomstolar

Förvaltningsrätten i Linköping mål 4355-21, dom 2021-10-21.

Förvaltningsrätten i Malmö mål 849-21, dom 2021-07-16.

Förvaltningsrätten i Malmö mål 13773-18, dom 2019-08-14.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål 15167-17, dom 2017-10-18.

Kammarrätten i Göteborg mål 4779-19, dom 2019-11-05.

Kammarrätten i Stockholm mål 3725-13, dom 2013-12-03.

Kammarrätten i Stockholm mål 3727-13, dom 2013-12-02.

Kammarrätten i Stockholm mål 4081-13, dom 2013-12-04.

Kammarrätten i Stockholm mål 5060-13, beslut 2013-12-02.

Specialdomstolar

MD 2009:11.

Patent- och marknadsöverdomstolen mål T 7497-16, dom 2017-04-28.