

Stockholm den 12 april 2024

R-2024/0091

Till Finansdepartementet

Fi2024/00067

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 12 januari 2024 beretts tillfälle att yttra sig över promemorian Anpassningar av upphandlingslagstiftningen med anledning av EU:s IPI-förordning.

Advokatsamfundet, som i detta remissyttrande använder sig av de förkortningar som anges i promemorian, noterar att denna enbart avser förändringar med anledning av IPI-förordningen. Eftersom promemorian emellertid föreslår att ändringarna utformas så att de får generell räckvidd, har Advokatsamfundet på motsvarande sätt i remissyttrandet utgått från förslagets generella räckvidd.

Sammanfattning

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag avseende upplysningsbestämmelser, rättsmedel och tillsyn såsom förslagen nu är utformade. Advokatsamfundet anser att promemorians förslag i den här delen kan få mer långtgående effekter än vad som förutses i promemorian. Den centrala begreppsbildningen i förslaget är otydlig, vilket riskerar leda till rättsosäkerhet och ineffektivitet vid tillämpningen av de föreslagna bestämmelserna, liksom vid tillsynen av det upphandlingsrättsliga regelverket. Detta kan drabba såväl de upphandlande myndigheterna som leverantörerna. Samtidigt är det oklart hur förslaget förhåller sig till unionsrätten i övrigt och till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Advokatsamfundet anser därför att promemorians förslag måste utredas vidare innan



de kan läggas till grund för lagstiftning. Advokatsamfundet tillstyrker dock förslaget om att rätta 16 kap. 21 § LUK och föreslagna ändringar i lagen om kollektivtrafik.

Synpunkter

Förslaget om att anpassningarna bör vara generella

Centralt i promemorians förslag är, såsom nämnts, att ändringarna i upphandlingslagstiftningen föreslås vara av generell räckvidd och därför ska omfatta alla unionsrättsliga bestämmelser om upphandling. Advokatsamfundet delar promemorians bedömning att mängden unionsrättsliga bestämmelser av betydelse för upphandlingslagstiftningen, har ökat väsentligt under de senaste åren och utvecklingen ser ut att fortsätta. Mot denna bakgrund är det därför avgörande att regelmassan avgränsas tydligt; det bör vara enkelt för upphandlande myndigheter och enheter (nedan gemensamt kallade ”upphandlande myndigheter”) samt leverantörer att identifiera de relevanta reglerna på ett enhetligt sätt. Promemorian har föreslagit att begreppet *unionsrättslig bestämmelse om upphandling* bör användas för att avgränsa vilka regler som är aktuella.

Advokatsamfundet anser emellertid att det föreslagna begreppet är alltför oklart och att promemorians förslag därför kan ha mer långtgående effekter än vad som avsetts. Som följer av promemorian ska begreppet användas för att definiera Konkurrensverkets tillsynsområde, vilka överträdelse som kan leda till ingripande i upphandlingen av en förvaltningsdomstol, liksom vilka överträdelse som kan leda till att skadestånd döms ut till en skadelidande leverantör. Detta innebär att förslaget kommer ha mer än rent informativa effekter. Utifrån detta anser Advokatsamfundet att det är motiverat att ange vilka unionsrättsliga bestämmelser som avses, eller i vart fall hur sådana regler identifieras. Såsom förslaget är formulerat är det dock mycket svårt att identifiera vilka specifika bestämmelser som avses.

Promemorian anger visserligen (s. 23) att begreppet ska omfatta bestämmelser om offentlig upphandling som förekommer i EU-förordningar och som gäller för upphandlingar enligt LOU, LUK och LUF. Såsom Advokatsamfundet förstår vad som anges i detta avseende i promemorian, kan i princip alla bestämmelser i EU-förordningar som har någon form av inverkan på en upphandling enligt direktiven därmed falla in under den här definitionen. I promemorian (s. 25) anges vidare, i avsnittet om rättsmedel, att det avgörande för huruvida en bestämmelse är att se som



en unionsrättslig bestämmelse om upphandling är om den förekommer i en EU-förordning och gäller förfaranderegler vid upphandling enligt LOU-, LUF-, eller LUK-direktiven. Advokatsamfundet anser att ingen av dessa definitioner med erforderlig tydlighet anger vad som är en unionsrättslig bestämmelse om upphandling. Eftersom promemorians definition av begreppet enbart omfattar bestämmelser i förordningar, bör det i vart fall i lagtexten förtydligas att bestämmelser i andra former av rättsakter inte omfattas av begreppet.

I någon mån är det – i linje med vad som anförs i promemorian – en avvägningsfråga huruvida det är lämpligt eller inte att direkt i lagtexten ange vilka unionsrättsliga bestämmelser som avses med den föreslagna formuleringen. Att ange detta i lagtexten är ett av flera alternativ för att tydliggöra de bestämmelser som avses. Andra alternativ kan till exempel vara att i förarbetena eller i en särskild bilaga ange vilka dessa är. Förarbetena bör under alla förhållanden i vart fall ge ledning kring hur dessa bestämmelser identifieras och regleringen därmed ska tolkas.

Det finns ett flertal existerande förordningar (och förslag till sådana) som innehåller bestämmelser om offentlig upphandling, framför allt avseende uteslutning ur upphandlingsförfaranden. Till synes omfattas sådana bestämmelser av det av promemorian valda begreppet. En övergripande trend inom det unionsrättsliga området tycks vara att allt fler förordningar sanktioneras med krav på att upphandlande myndigheter ska, eller i vart fall ska kunna, utesluta leverantörer som inte uppfyller angivna krav. Dessa regler skiljer sig åt till utformning och syfte och kan därför kräva olika tillämpningsbestämmelser.

Utöver detta bör det särskilt poängteras att många av de unionsrättsliga bestämmelser som kan sägas avse upphandling, inte uttryckligen förhåller sig till de upphandlingsrättsliga principerna eller saknar nödvändiga tillämpningsregler i svensk rätt. Advokatsamfundet konstaterar att exempelvis artikel 60(3) i den föreslagna förordningen om transport av avfall (2021/0367 [COD]) innehåller en skyldighet om att överträdelse av förordningen ska kunna leda till uteslutning från offentliga upphandlingsförfaranden. Förslaget saknar därvid reglering av hur länge en sådan uteslutning ska gälla, liksom om hur uteslutningsgrunden förhåller sig till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i övrigt. Ytterligare relevanta frågor är exempelvis hur uteslutningsgrunderna i unionsrättsliga bestämmelser om upphandling förhåller sig till det s.k. self-cleaning-institutet i 13 kap. 5 § LOU, och vilka

möjligheter en leverantör har att motbevisa ett påstående om att grund för uteslutning föreligger.

Utformningen av de upphandlingsrelaterade bestämmelserna skiljer sig dock från förordning till förordning, där vissa bestämmelser med högre detaljgrad anger hur dessa ska tillämpas. Detta medför i sig att en generell anpassning till den här relativt stora regelmassan, kan leda till väsentliga tillämpningssvårigheter för såväl de upphandlande myndigheterna som för domstolarna. I förlängningen kan sådana tillämpningssvårigheter också leda till att praxis utvecklar sig olika och inkongruent från enhet till enhet, liksom från domstol till domstol. En sådan utveckling vore framför allt till leverantörernas nackdel, eftersom de därmed skulle riskera att drabbas av minskad förutsägbarhet och ökad rättsosäkerhet.

Mot bakgrund av promemorians förhållandevis begränsade omfattning, är det påkallat att utreda förslaget i den här delen vidare för att därigenom ta fram förslag på mer exakta definitioner av den föreslagna begreppsbildningen. En sådan mer genomgripande utredning bör bland annat syfta till att undersöka huruvida särskilda anpassningar krävs för att de unionsrättsliga bestämmelserna om upphandling ska kunna tillämpas effektivt i svensk rätt. Advokatsamfundet anser därför att promemorians förslag bör utredas vidare i den här delen. I synnerhet bör närmare utredas (i) vilka unionsrättsliga bestämmelser som omfattas av förslaget, (ii) huruvida existerande eller planerade unionsrättsliga bestämmelser om upphandling behöver särskilda tillämpningsregler eller anpassningar i övrigt till svensk rätt på individuell nivå, samt (iii) vilka konsekvenser förslaget kan få för rättstillämpningen.

Förslaget avseende rättsmedel

Som nämnts innefattar promemorian ett förslag om att en upphandlande myndighets överträdelse av unionsrättsliga bestämmelser om upphandling ska kunna föranleda att en upphandling rättas eller görs om, efter ansökan om överprövning, och att skadestånd döms ut till en skadelidande leverantör. Advokatsamfundet välkomnar promemorians initiativ att förtydliga vilka regler rättsmedlen enligt upphandlingslagarna omfattar.

Den avsaknad av tillämpningsregler i förhållande till de specifika bestämmelserna kan, som konstaterats, förväntas medföra svårigheter för de upphandlande myndigheter som ska tillämpa reglerna. I praktiken medför förslaget bland annat att en leverantör



som anser sig ha felaktigt drabbats av exempelvis en IPI-åtgärd, eller anser att en annan anbudsgivare borde ha uteslutits, kommer att kunna begära överprövning eller skadestånd. Sådana rättsprocesser leder naturligtvis till förluster i form av tidsutdräkt och kostnader för de upphandlande myndigheterna. För att kunna minska risken för sådana rättsprocesser, har de upphandlande myndigheterna ett tungt vägande intresse i att effektivt kunna identifiera och tillämpa de relevanta rättsreglerna i varje enskilt fall. Det här arbetet torde dock försvåras av att det är otydligt vilka de relevanta bestämmelserna är. Detta i sin tur riskerar leda till att antalet processer blir fler än vad som annars varit fallet.

Även för leverantörerna kan regleringen vålla problem. En överprövnings- eller skadeståndsprocess som innefattar unionsrättsliga bestämmelser kommer dock, med promemorians förslag, i första hand behöva omfatta utredning kring huruvida bestämmelsen i fråga är att klassificera som en unionsrättslig bestämmelse om upphandling eller inte. I många fall torde det vara uppenbart, men i vissa fall kommer det att vara mindre tydligt huruvida något utgör en sådan bestämmelse som avses eller ej. I dessa fall kommer det i princip att ankomma på leverantören att visa att bestämmelsen är upphandlingsrättslig. Det kan ifrågasättas om den lämpligaste vägen framåt därvid är att lägga bördan för att så är fallet på leverantören. En sådan reglering kan dessutom förväntas försvåra tillämpningen av unionsrätten.

Förslaget om att Konkurrensverkets tillsyn bör omfatta unionsrättsliga bestämmelser

Promemorian föreslår att Konkurrensverkets tillsynsområde för upphandlingslagarna även ska omfatta unionsrättsliga bestämmelser om upphandling.

Advokatsamfundet konstaterar att det som utgångspunkt är Europeiska kommissionen som ansvarar för att upprätthålla medlemsstaternas efterlevnad av förordningar, i enlighet med artikel 258 i funktionsfördraget. Bland annat IPI-förordningen innehåller därutöver bestämmelser om att upphandlande myndigheter ska rapportera till Europeiska kommissionen om tillämpningen av IPI-åtgärder, för att underlätta kommissionens tillsyn. Motsvarande bestämmelser torde återfinnas i andra förordningar. Den föreslagna regleringen kommer således innebära att Konkurrensverkets tillsyn delvis kommer överlappa den tillsyn som enligt fördragen huvudsakligen ska utövas av Europeiska kommissionen. Den nu föreslagna ordningen kan därför medföra svårigheter för Konkurrensverket att avgöra när verket bör ingripa



eller när det bör avvakta ett ingripande från Europeiska kommissionen. Den osäkerhet som denna ottydlighet innebär, kan skapa merkostnader för Konkurrensverket och bidra till större rättsosäkerhet generellt. Det kan vidare förväntas skapa bristande effektivitet i tillsynen. Sådana brister drabbar såväl leverantörer som det allmänna intresset av att ett väl fungerande upphandlingsregelverk förhindrar korrupcion och icke ändamålsenlig användning av offentliga resurser. Advokatsamfundet anser därför, som angetts ovan, att det tydligare framgår vilka unionsrättsliga bestämmelser som är aktuella.

Hur dessa bestämmelser utformas och motiveras är också av betydelse för de upphandlande myndigheterna, och till viss del också för leverantörerna. Konkurrensverkets tillsyn är en viktig del av upprätthållandet av upphandlingslagarna och bidrar till rättsutvecklingen på området. Om tillsynsmyndigheten inte så effektivt som möjligt kan fullgöra sina uppgifter, skadar detta de nu nämnda intressena.

De ovan nämnda oklarheterna om vad som utgör en unionsrättslig bestämmelse om upphandling försvårar också Konkurrensverkets föreslagna tillsynsuppdrag. I likhet med förslaget avseende rättsmedel, kan nämligen Konkurrensverket utifrån promemorians förslag behöva lägga resurser på att identifiera vilka unionsrättsliga bestämmelser som avser upphandling. Hur den här gränsdragningen ska göras är utifrån promemorians förslag för övrigt inte klarlagt. En förhållandevis stor och svåröverblickbar regelmassa inom unionsrätten kan ha betydelse för hur upphandlande myndigheter utformar sina upphandlingar och vilka krav som ställs, utan att för den sakens skull nödvändigtvis vara en bestämmelse om upphandling.

Förslaget om att införa upplysningsbestämmelser i upphandlingslagarna

Advokatsamfundet ställer sig tveksamt till promemorians förslag om att införa bestämmelser som anger att det kan finnas unionsrättsliga bestämmelser om upphandling som ska ges företräde framför nationell rätt.

Det kan finnas ett visst värde i att i en portalbestämmelse uppmärksamma framför allt upphandlande myndigheter på att bestämmelser av direkt betydelse för tillämpningen av upphandlingslagarna även finns i annan lagstiftning. Sådana bestämmelser kan underlätta tillämpningen av de relevanta reglerna överlag och därför underlätta regel efterlevnaden. Advokatsamfundet ifrågasätter dock huruvida den av promemorian föreslagna formuleringen skulle bidra till det ändamålet.



Den föreslagna formuleringen är mycket vag. För den som inte redan känner till vilka bestämmelser i unionsrätten som är av betydelse för offentlig upphandling, ger inte upplysningen någon sådan konkret hänvisning som låter tillämparen identifiera vilka regler den måste känna till. Som poängterats ovan, är unionsrätten tämligen svåröverblickbar för den som saknar förkunskaper på området. Det faktum att lokutionen *kan* används, indikerar också att det inte är säkert att några relevanta unionsrättsliga bestämmelser om upphandling finns eller kan bli tillämpliga i det enskilda fallet. Som förslaget nu är formulerat, utgör den huvudsakligen en påminnelse om existensen av principen om unionsrättens företräde. Denna princip är emellertid så pass väl förankrad i den svenska rättsordningen att en hänvisning till den i lagtexten bedöms som överflödig. Sammantaget leder detta till att den föreslagna portalparagrafen inte fyller sin funktion om att uppmärksamma tillämparen på unionsrättens betydelse.

Trots svårigheterna med att ange vilka unionsrättsliga bestämmelser om upphandling som är aktuella i det här fallet, bedömer Advokatsamfundet att en sådan utformning vore att föredra. Den föreslagna bestämmelsen, eller förarbetena till denna, bör därför ange vilka förordningar som är av väsentlig betydelse för tillämpningen av upphandlingslagarna. Advokatsamfundet anser att en redogörelse för vilka regler som utgör upphandlingsrättsliga bestämmelser om upphandling inte behöver vara uttömmande för att ha en upplysande funktion i allmänhet, utan kan vara exemplifierande. Om inte annat bör det tydligt framgå av förarbetena hur det ska bestämmas vilka dessa unionsrättsliga bestämmelser är.

Konsekvensanalysen

Advokatsamfundet delar promemorians bedömning att konsekvenserna med anledningen av IPI-förordningen och relaterade åtgärder torde vara begränsade för upphandlande myndigheter å ena sidan och domstolar å den andra sidan. I praktiken medför dock utformningen av förslaget att anpassningarna med anledning av IPI-förordningen får begränsad betydelse; i stället läggs tonvikten vid anpassningar till unionsrättsliga bestämmelser som helhet. Advokatsamfundet anser att konsekvensanalysen därför likaledes borde ha utgått från det förslag som promemorian rent faktiskt lagt fram.



Följden av detta är att konsekvensanalysen sannolikt inte redogör för de effekter promemorians förslag kommer att ha för de relevanta aktörerna i praktiken. Advokatsamfundet utgår exempelvis från att det kommer att uppstå vissa svårigheter att identifiera och tillämpa de unionsrättsliga bestämmelser som är relevanta för en viss upphandling, inte minst som dessa kan skilja sig från en upphandling till en annan, även om dessa genomförs av samma upphandlande myndighet. Med hänsyn till att bestämmelserna föreslås kunna ligga till grund för överprövning av upphandlingen och skadeståndsanspråk, anser Advokatsamfundet att det är av stor vikt, framför allt för de upphandlande myndigheterna, att en noggrann analys genomförs i fråga om de konsekvenser som förslaget kan komma att medföra om det genomförs.

Mot ovanstående bakgrund, avstyrker alltså Advokatsamfundet promemorians förslag avseende upplysningsbestämmelser, rättsmedel och tillsyn såsom de nu är utformade. Advokatsamfundet anser därvid att regeringen bör initiera en mer genomgripande utredning avseende de frågor som promemorian behandlar.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander