

Sammanfattning

Utredningen har haft i uppdrag att lämna förslag på hur upphandlingslagarna bör ändras för att vara förenliga med EU-rätten, med avseende på EU-domstolens avgöranden i målen C-652/22, Kolin, och C-266/22, Qingdao. I uppdraget har även ingått att förslagen ska göra det möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden.

Av EU-domstolens avgöranden i de nämnda målen framgår att det finns en betydande skillnad mellan leverantörer från EU eller från tredjeländer som har avtal om tillträde till unionens upphandlingsmarknad å ena sidan, och leverantörer från tredjeländer som inte har något sådant avtal med unionen å andra sidan. Med tredjeland avses en stat utanför EU. Bland annat är leverantörer från tredjeland som saknar avtal med EU inte garanterade tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen och får därför uteslutas. De kan inte heller åberopa de rättigheter som följer av LOU-direktivet och LUF-direktivet. Vidare framgår av avgörandena att frågor som rör tredjelandslleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden faller inom ramen för EU:s gemensamma handelspolitik, vilket innebär att det endast är unionen som får lagstifta på området.

I de svenska upphandlingslagarna görs ingen skillnad mellan leverantörer beroende på deras ursprung, utan lagstiftningen innebär att alla leverantörer ska behandlas på samma sätt. Den svenska lagstiftningen ger därtill tredjelandslleverantörer möjlighet att åberopa de rättigheter som följer av LOU- och LUF-direktiven. Enligt utredningens mening innebär det att Sverige har antagit nationell lagstiftning på ett område som faller inom EU:s exklusiva befogenhet att besluta om. De svenska lagarna LOU och LUF behöver därför ändras för att vara förenliga med EU-rätten.

Utredningen gör vidare bedömningen att EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao om tredjelandslleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen torde gälla även i fråga om upphandling av koncessioner och anser därför att även LUK bör ändras på samma sätt som LOU och LUF för att lagen ska vara förenlig med EU-rätten.

Beträffande upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet är rättsläget mer svårbedömt och det framstår inte som självklart att de uttalanden som EU-domstolen gjort i Kolin och Qingdao har någon påverkan på de upphandlingsförfaranden som regleras av LUFSDirektivet. Utredningen gör dock bedömningen att EU-domstolens uttalanden i rättsfallen sannolikt gäller också för sådana upphandlingsförfaranden som regleras av LUFSDirektivet. Utredningen anser därför att även LUFSDirektivet bör ändras på i huvudsak samma sätt som de övriga upphandlingslagarna.

Mot den bakgrunden föreslås i promemorian att de fyra upphandlingslagarna ska föras med nya undantagsbestämmelser.

Av förslagen till ändringar i LOU, LUF och LUK följer att lagarna inte ska gälla i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av EU som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

I LUFSDirektivet föreslås en motsvarande bestämmelse, men med en lite annan utformning. Den syftar bland annat till att markera att det i fråga om LUFSDirektivet inte finns samma koppling till EU:s frihandelsavtal. Detta eftersom kontrakt som täcks av LUFSDirektivet inte omfattas av tillämpningsområdet för det s.k. GPA-avtalet och, såvitt utredningen kunnat utröna, inte heller av några andra liknande avtal som avser tillträdet till unionens upphandlingsmarknad, förutom EES-avtalet.

Genom de föreslagna bestämmelserna överlämnas det till den upphandlande myndigheten eller enheten att bedöma om tredjelandslleverantörer ska tillåtas delta i en upphandling, och om detta tillåts, huruvida resultatet av jämförelsen mellan deras anbud och de som lämnats av andra leverantörer i så fall ska justeras. Upphandlande myndigheter och enheter får på så sätt en möjlighet att ta hänsyn till leverantörernas nationalitet och välja bort sådana som har sitt ursprung i stater utan avtal om tillträde till unionens upphandlingsmarknad. Detta ökar möjligheterna att välja bort

leverantörer från antagonistiska stater. Det innebär dessutom att leverantörer från stater som saknar avtal om tillträde till EU:s upphandlingsmarknad inte längre kommer omfattas av de förfaranden för överprövning och prövning av rätten till skadestånd som följer av upphandlingslagarna.

I alla fyra upphandlingslagar finns idag undantag från förvaltningslagens regler om bland annat partsinsyn och kommunikering. Enligt förslagen i promemorian ska dessa regler fortsatt gälla även i de fall tredjelandslleverantörer inte omfattas av lagarnas tillämpningsområde i övrigt. Syftet med detta är att tredjelandslleverantörer genom de lagändringar som föreslås inte ska komma i en mer fördelaktig ställning i dessa avseenden än vad som är fallet idag.

I promemorian finns även en redogörelse för befintliga regler, principer och rättsmedel i nationell rätt som enligt utredningens mening kan bli tillämpliga i förhållande till de tredjelandslleverantörer som undantas från upphandlingslagarnas tillämpningsområde. I den delen redogörs också för Europakonventionens och EU-rättens regler om rätten till domstolsprövning och ett effektivt rättsmedel samt vilken påverkan dessa potentiellt kan få i förhållande till nämnda tredjelandslleverantörer.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2027.