

Klimat- och näringslivsdepartementet
kn.remissvar@regeringskansliet.se
kopia: kn.mk@regeringskansliet.se

KN2023/03687

Promemorian Nya bestämmelser i anslutning till konkurrensregelverket

Förvaltningsrätten i Stockholm har anmodats att svara på en remittering av rubricerad PM.

1. Inledning

I den remitterade promemorian lämnas förslag till författningsändringar som kompletterar två EU-förordningar, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (Förordningen om digitala marknader), nedan DMA-förordningen, samt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2560 av den 14 december 2022 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden, nedan FSR-förordningen. I promemorian lämnas även förslag till följd av nya s.k. gruppundantag.

Förvaltningsrätten i Stockholm berörs i sin verksamhet inte direkt av förslagen på konkurrensområdet och förslagen rörande gruppundantagen.

Förvaltningsrätten i Stockholm är, tillsammans med övriga förvaltningsrätter i landet, första instans i mål om överprövning av upphandlingar. FSR-förordningen innehåller bestämmelser på upphandlingsområdet. Enligt promemorian ska dessa förordningsbestämmelser kompletteras med bestämmelser som rör just överprövning i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).

Med de utgångspunkter som förvaltningsrätten har att beakta i sin verksamhet har förvaltningsrätten valt att i det följande i första hand fokusera på de delar av promemorian som rör FSR-förordningen och upphandling.

2. Sammanfattning av förvaltningsrättens inställning till promemorians förslag, bedömningar och överväganden gällande FSR-förordningen

Förvaltningsrätten *tillstyrker* promemorians förslag (avsnitt 5.4) att det ska införas bestämmelser i LOU, LUF och LUK som möjliggör en rättslig kontroll av om en upphandlande myndighet eller enhet på ett korrekt sätt har uppfyllt de skyldigheter som följer av artiklarna 29.3, 29.4 och 31.2 i FSR-förordningen och att det ska göras genom överprövning i förvaltningsdomstol.

Förvaltningsrätten *avstyrker* promemorians förslag till utformning av lagtext i 20 kap. 6 § LOU och motsvarande paragrafer i övriga berörda lagar.

Förvaltningsrätten *instämmer* i promemorians bedömning (avsnitt 5.4) att det inte behövs några bestämmelser om överprövning av avtals giltighet till följd av FSR-förordningen.

Förvaltningsrätten *instämmer* i promemorians bedömning (avsnitt 7.2) att det inte behövs några övergångsbestämmelser.

Förvaltningsrätten anser att det är viktigt att frågan vilka rättsmedel som står till buds för berörda leverantörer i olika situationer belyses ytterligare i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Förvaltningsrätten anser att det är önskvärt att det förtydligas i det fortsatta lagstiftningsarbetet vilka upphandlingar som träffas av artikel 29 i FSR-förordningen – i vilka upphandlingar finns det en skyldighet för berörda aktörer att lämna in respektive hantera en försäkrans.

Förvaltningsrätten har avslutningsvis ett par synpunkter av redaktionell karaktär.

3. Förslaget till ändring av 20 kap. 6 § LOU och LUF samt 16 kap. 6 § LUK

3.1 Det bör införas bestämmelser om överprövning och det behövs inte några övergångsbestämmelser

Förvaltningsrätten *tillstyrker* förslaget att det ska införas bestämmelser i upphandlingslagarna om en möjlighet att begära överprövning av ett beslut om bl.a. förkastande av anbud enligt vissa artiklar i FSR-förordningen.

När upphandlingslagarna ändras brukar det regelmässigt föreskrivas att de nya bestämmelserna inte ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. De ändringar av upphandlingslagarna som nu föreslås ska emellertid komplettera en EU-förordning som redan har trätt i kraft och dessutom redan ska tillämpas av berörda upphandlande myndigheter och enheter. Mot den bakgrunden *instämmer* förvaltningsrätten i promemorians bedömning att några övergångsbestämmelser inte behövs i detta fall.

3.2 Utformningen av bestämmelserna i 20 kap. 6 § LOU

Förvaltningsrätten *avstyrker* promemorians förslag till utformning av 20 kap. 6 § LOU och motsvarande paragraf i de övriga upphandlingslagarna.

Så som förslaget är utformat ska rätten ingripa om den upphandlande myndigheten har "brutit" mot tre angivna artiklar i FSR-förordningen, bl.a. artikel 29.4. Artikel 29.4 riktar sig till kommissionen och innebär inte i sig

några skyldigheter för den upphandlande myndigheten eller enheten. En upphandlande myndighet eller enhet kan alltså inte ”bryta” mot artikel 29.4 i FSR-förordningen.

Lämpligheten av den lagstiftningsteknik som har valts, dvs. att lägga in en hänvisning till ett antal artiklar, kan ifrågasättas. Förslaget innebär också, enligt förvaltningsrättens uppfattning, att artikelbestämmelserna ges en omotiverad tyngd i paragrafen.

Det kan vidare inte uteslutas att EU-lagstiftaren framöver kommer att utfärda fler förordningar som innebär skyldigheter för upphandlande myndigheter och enheter. Den föreslagna lagstiftningstekniken kan då innebära svårigheter. Det är, enligt förvaltningsrättens mening, bättre att redan nu ta höjd för att fler förordningar kan tillkomma. Det kan man göra genom att behandla bestämmelserna om överprövning i förhållande till FSR-förordningen i en egen paragraf.

3.3 Vad kan överprövas?

På sidan 67 i promemorian och i författningskommentaren till 20 kap. 6 § LOU anges i punktform vad en överprövning enligt de föreslagna nya bestämmelserna är begränsad till.

Enligt förvaltningsrättens mening bör den övergripande frågan i ett mål om överprövning av det här slaget vara om den upphandlande myndigheten eller enheten på ett korrekt sätt har uppfyllt de skyldigheter som följer av de aktuella artiklarna i FSR-förordningen. Förvaltningsrätten noterar att det saknas viktiga beståndsdelar i den aktuella punktlistan. Utformningen av punktlistan bör ses över i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

4. Det behövs inte några bestämmelser om ogiltighet av avtal

I promemorian (avsnitt 5.4) görs bedömningen att en överprövning av en upphandling enligt FSR-förordningens regler inte ska leda till att ett avtal förklaras ogiltigt.

I upphandlingslagarnas kapitel om överprövning regleras två slag av överprövning – överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet (se t.ex. 20 kap. 4 § LOU). Det blir därför fel att, som görs i promemorian, beskriva det som att ”en överprövning av upphandling” inte ska kunna leda till att ”ett avtal förklaras ogiltigt”.

Ett mer korrekt sätt att beskriva det som promemorian vill uttrycka är att det inte finns skäl att införa några bestämmelser om att ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt på den grunden att den upphandlande myndigheten eller enheten inte har tillämpat FSR-förordningen korrekt i den bakomliggande upphandlingen av avtalet.

I sak instämmer förvaltningsrätten i promemorians bedömning. Det finns inte skäl att införa några sådana bestämmelser.

5. Vilka rättsmedel står till buds för en leverantör som vill invända mot beslut enligt förordningen?

När kommissionen fattar ett beslut enligt artikel 29.4 i FSR-förordningen om att ogiltigförklara ett anbud eller ett beslut enligt artikel 31.2 om förbud mot tilldelning av kontrakt får detta uppenbara rättsverkningar för den berörda

leverantören. Det framgår inte direkt av FSR-förordningens bestämmelser vilka rättsmedel som står till buds för en leverantör som vill få en rättslig prövning av kommissionens beslut. I skäl 72 i förordningen anges dock att akter som antas av kommissionen enligt förordningen kan prövas av EU-domstolen enligt artikel 263 i EUF-fördraget. Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet klargöras vilka rättsmedel som står till buds och hur en leverantör som vill använda dem ska gå till väga.

6. Det bör klargöras vilka upphandlingar som omfattas av artikel 29.1 i FSR-förordningen

I artikel 28 i FSR-förordningen anges vissa tröskelvärden för när ett anmälningsskyldigt utländskt ekonomiskt bidrag i ett offentligt upphandlingsförfarande ska anses förekomma. När villkoren för anmälan av ekonomiska bidrag är uppfyllda ska, enligt artikel 29.1 i förordningen, de ekonomiska aktörer som deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande anmäla alla utländska ekonomiska bidrag till den upphandlande myndigheten eller enheten. ”I alla andra fall”, sägs det vidare i artikeln, ska de ekonomiska aktörerna i en försäkran förteckna alla utländska ekonomiska bidrag som mottagits och bekräfta att de utländska ekonomiska bidrag som mottagits inte är anmälningsskyldiga.

Tröskelvärdena i artikel 28 i FSR-förordningen utgår från det uppskattade värdet av upphandlingen. Det grundläggande tröskelvärdet i artikel 28.1 i förordningen anges till 250 miljoner EUR. Det kommer således i praktiken endast vara i ett mindre antal upphandlingar som leverantörerna är anmälningsskyldiga.

Innebörden av uttrycket ”i alla andra fall” i artikel 29.1 är enligt förvaltningsrättens mening oklar och något förtydligande ges inte i promemorian.

Bestämmelsen skulle kunna läsas som att det finns en skyldighet att lämna in en försäkran även i sådana upphandlingar där tröskelvärdet inte uppnås. Som förvaltningsrätten har uppfattat det är emellertid avsikten att uttrycket ”i alla andra fall” i artikel 29.1 ska syfta på definitionen i artikel 28.1 b i förordningen. Bestämmelsen ska alltså läsas som att varken en anmälan eller en försäkran ska lämnas in vid upphandlingar vars uppskattade värde understiger 250 miljoner euro, om inte kommissionen efterfrågar det enligt andra bestämmelser. Se särskilt artikel 5.2 i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2023/1441 om närmare bestämmelser för kommissionens förfaranden enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2560 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden.

Mot bakgrund av den otydliga utformningen av artikel 29.1 i FSR-förordningen bör det klargöras i det fortsatta lagstiftningsarbetet vilka upphandlingar som träffas av artikeln.

7. Ett par synpunkter av redaktionell karaktär

Förvaltningsrätten har ett par synpunkter av redaktionell karaktär. De anges nedan.

- Den rättsliga kontrollen av beslut under ett upphandlingsförfarande görs genom överprövning. Rubriken till avsnitt 5.4 i promemorian är därför felaktig eftersom målen inte initieras genom överklaganden.
- LUF gäller för *upphandling* som görs av en upphandlande enhet, se 1 kap. 2 § LUF. På samma sätt gäller LUK gäller för *upphandling* av

byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, se 1 kap. 2 § LUK.
Förslaget till ny 1 kap. 3 a § i båda lagarna bör därför justeras så att det anges att "[b]estämmelser om *upphandling*" även finns i FSR-förordningen. Ordet "offentlig" bör alltså utgå.

Detta yttrande har beslutats av chefsrådmannen Caroline Dyrefors Grufman efter föredragning av rådmannen Jonatan Wahlberg.

Caroline Dyrefors Grufman

Jonatan Wahlberg