

Från: Danijela Arsic <danijela.arsic@regeringskansliet.se>
Skickat: den 14 januari 2026 09:30
Till: info@adda.se; almega.epost@almega.se; registrator; arbetsmiljoverket; kommun@arjeplog.se; attunda tingsratt; bolagsverket@bolagsverket.se; boras.stad@boras.se; boras tingsratt; info@byggforetagen.se; domstolsverket@dom.se; huvudregistrator; info@eskilstuna.se; info@foretagarna.se; registrator; exp-hkv; huvudkontoret; forvaltningsrattenigoteborg; forvaltningsrattenilulea; forvaltningsrattenimalmo; stadsledningskontoret@stadshuset.goteborg.se; kommunen@haparanda.se; kontaktcenter@helsingborg.se; kommun@herjedalen.se; registrator; kommun@jokkmokk.se; kontaktcenter@jonkoping.se; kommun@kalmar.se; registratur; kammarratten goteborg; karlskrona.kommun@karlskrona.se; kommun@kiruna.se; registrator; konkurrensverket; info@lo.se; lfv@lfv.se; lulea.kommun@lulea.se; malmstad@malmo.se; registrator; registrator@mcf.se; info@nacka.se; kommun@pitea.se; registrator kansli; pts; Regelrådet; regionnorrbottn@norrbottn.se; region@skane.se; kontakt@regionstockholm.se; regionen@regionvasterbotten.se; regionen@regionorebrolan.se; sida; info@sinfra.se; sjofartsverket@sjofartsverket.se; registrator; kundtjanst@skelleftea.se; kommun@smedjebacken.se; kommunen@staffanstorp.se; kommunstyrelsen@stockholm.se; ks@storuman.se; kommun@stromsund.se; kontakt@sundsvall.se; svea hovratt; registrator@svk.se; remisser@svensktnaringsliv.se; info@advokatsamfundet.se; kansli@saco.se; info@skr.se; soi@soi.se; info@swedavia.se; sakerhetspolisen@sakerhetspolisen.se; registrator; jouren@techsverige.se; info; trafikverket; ti@transparency.org; info@transportforetagen.se; tullverket; registrator; uppsala.kommun@uppsala.se; kommun@vanersborg.se; info@vaxjo.se; kundcenter@ostersund.se

Kopia: Danijela Arsic; Sofie Furberg; regeringkansliet@atta45.se
Ämne: [extern] Remiss av bokstavsutredningen Tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden (Ds 2025:29)
Bifogade filer: Remissmissiv.pdf

Uppföljningsflagga: Följ upp
Flagga: Har meddelandeflagga

Kategorier: Rigmor
AppServerName: public360_prod
DocumentID: RR 2026-9:01
DocumentIsArchived: -1

Remiss av bokstavsutredningen Tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden (Ds 2025:29)

Pressmeddelande- [Regeringen går vidare med ändrade upphandlingsregler för att skydda Sverige från antagonistiska stater - Regeringen.se](#)

Länk: [Remiss av bokstavsutredningen Tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden - Regeringen.se](#)

Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet **senast den 14 april 2026**. Svaren bör lämnas per e-post till fi.remissvar@regeringskansliet.se och med kopia till sofie.furberg@regeringskansliet.se. Ange diarienummer Fi2025/02153 och remissinstansens namn i ämnesraden på e-postmeddelandet.

Danijela Arsic

Kanslisekreterare

Finansdepartementet

Avdelningen för offentlig förvaltning

103 33 Stockholm

Mobil 0702755296

danijela.arsic@regeringskansliet.se

www.regeringen.se



Finansdepartementet

Avdelningen för offentlig förvaltning

Enheten för offentlig upphandling

Sofie Furberg

08-405 53 75

076-722 35 88

**Remiss av bokstavsutredningen Tredjelandslieferantörers
tillträde till upphandlingsförfaranden (Ds 2025:29)**

Remissinstanser

1. Adda AB
2. Almega
3. Arbetsförmedlingen
4. Arbetsmiljöverket
5. Arjeplogs kommun
6. Attunda tingsrätt
7. Bolagsverket
8. Borås kommun
9. Borås tingsrätt
10. Byggföretagen
11. Domstolsverket
12. Ekobrottsmyndigheten
13. Eskilstuna kommun
14. Företagarna
15. Försvarets materielverk
16. Försvarsmakten
17. Försäkringskassan
18. Förvaltningsrätten i Göteborg
19. Förvaltningsrätten i Luleå

20. Förvaltningsrätten i Malmö
21. Göteborgs kommun
22. Haparanda kommun
23. Helsingborgs kommun
24. Härjedalens kommun
25. Inspektionen för strategiska produkter
26. Jokkmokks kommun
27. Jönköpings kommun
28. Kalmars kommun
29. Kammarkollegiet
30. Kammarrätten i Göteborg
31. Karlskronas kommun
32. Kiruna kommun
33. Kommerskollegium
34. Konkurrensverket
35. Landsorganisationen (LO)
36. Luftfartsverket
37. Luleå kommun
38. Malmö kommun
39. Migrationsverket
40. Myndigheten för civilt försvar
41. Nacka kommun
42. Piteå kommun
43. Polismyndigheten
44. Post- och telestyrelsen
45. Regelrådet
46. Region Norrbotten
47. Region Skåne
48. Region Stockholm
49. Region Västerbotten

50. Region Örebro
51. Sida
52. Sinfra
53. Sjöfartsverket
54. Skatteverket
55. Skellefteå kommun
56. Smedjebackens kommun
57. Staffanstorps kommun
58. Stockholms kommun
59. Storumans kommun
60. Strömsunds kommun
61. Sundsvalls kommun
62. Svea hovrätt
63. Svenska kraftnät
64. Svenskt näringsliv
65. Sveriges advokatsamfund
66. Sveriges akademikers centralorganisation (Saco)
67. Sveriges Kommuner och Regioner
68. Sveriges offentliga inköpare
69. Swedavia AB
70. Säkerhetspolisen
71. Södertörns högskola
72. Tech Sverige
73. Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)
74. Trafikverket
75. Transparency international
76. Transportföretagen
77. Tullverket
78. Upphandlingsmyndigheten
79. Uppsala kommun

80. Vänersborgs kommun

81. Växjö kommun

82. Östersunds kommun

Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet **senast den 14 april 2026**. Svaren bör lämnas per e-post till fi.remissvar@regeringskansliet.se och med kopia till sofie.furberg@regeringskansliet.se. Ange diarienummer Fi2025/02153 och remissinstansens namn i ämnesraden på e-postmeddelandet.

Svaret bör lämnas i två versioner: den ena i ett bearbetningsbart format (t.ex. Word), den andra i ett format (t.ex. pdf) som följer tillgänglighetskraven enligt lagen (2018:1937) om tillgänglighet till digital offentlig service. Remissinstansens namn ska anges i namnet på respektive dokument.

Remissvaren kommer att publiceras på regeringens webbplats.

I remissen ligger att regeringen vill ha synpunkter på förslagen eller materialet i promemorian. Om remissen är begränsad till en viss del av promemorian, anges detta inom parentes efter remissinstansens namn i remisslistan. En sådan begränsning hindrar givetvis inte att remissinstansen lämnar synpunkter också på övriga delar.

Myndigheter under regeringen är skyldiga att svara på remissen. En myndighet avgör dock på eget ansvar om den har några synpunkter att redovisa i ett svar. Om myndigheten inte har några synpunkter, räcker det att svaret ger besked om detta.

För **andra remissinstanser** innebär remissen en inbjudan att lämna synpunkter.

Promemorian kan laddas ned från Regeringskansliets webbplats www.regeringen.se.

Remissinstanserna kan utan kostnad beställa tryckta exemplar av promemorian via ett [beställningsformulär hos Åtta45](#).

Råd om hur remissyttranden utformas finns i Statsrådsberedningens promemoria [Svara på remiss \(SB PM 2021:1\)](#). Den kan laddas ned från Regeringskansliets webbplats www.regeringen.se.

Andreas Hamrén
Departementsråd

Kopia till

Åtta45, e-postadress: regeringskansliet@atta45.se

Tredjelandslieferantörens tillträde till upphandlingsförfaranden

Ds 2025:29



Regeringskansliet
Finansdepartementet

SOU och Ds finns på [regeringen.se](https://www.regeringen.se) under Rättsliga dokument.

Svara på remiss

Statsrådsberedningen, SB PM 2021:1.

Information för dem som ska svara på remiss finns tillgänglig på [regeringen.se/remisser](https://www.regeringen.se/remisser).

Omslag: Regeringskansliets standard

Tryck och remisshantering: Åtta45, Stockholm 2025

ISBN 978-91-525-1413-9 (tryck)

ISBN 978-91-525-1414-6 (pdf)

ISSN 0284-6012

Till statsrådet Erik Slottner

Statsrådet Erik Slottner beslutade den 19 maj 2025 att ge chefsrådmannen Anneli Berglund Creutz i uppdrag att biträda Finansdepartementet med att lämna förslag på hur upphandlingslagarna bör ändras för att lagarna ska vara förenliga med de krav som följer av EU-rätten, med avseende på två avgöranden från EU-domstolen som meddelades under 2024 och 2025 (Fi 2025:B). Förslagen ska även göra det möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden.

Specialistföredraganden Jakob Franzén och juristen Hannes Grufman har arbetat som sekreterare i uppdraget. Uppdraget har bedrivits utan särskild expert- eller referensgrupp, men utredningen har under arbetets gång inhämtat synpunkter från Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, Kommerskollegium, Försvarets materielverk, Säkerhetspolisen och Sveriges Kommuner och Regioner. Anneli Berglund Creutz svarar som utredare ensam för innehållet i promemorian.

Bokstavsutredningen, som varit en s.k. snabbspårsutredning, överlämnar promemorian *Tredjelandslleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden* (Ds 2025:29). Uppdraget är med detta slutfört.

Stockholm i november 2025.

Anneli Berglund Creutz

/Jakob Franzén
Hannes Grufman

Innehåll

Förkortningslista	9
Sammanfattning	13
1 Författningsförslag.....	17
1.1 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling	17
1.2 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.....	18
1.3 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner	19
1.4 Förslag till lag om ändring av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet	20
2 Utredningens uppdrag och arbete.....	21
2.1 Uppdraget.....	21
2.2 Arbetet.....	22
3 Termer och begrepp.....	23
4 Gällande rätt.....	27
4.1 Unionsrättens förhållande till nationell rätt.....	27
4.2 EUF-fördragets betydelse för upphandlingsområdet	28
4.3 Direktiv, förordningar och lagar på upphandlingsområdet	29

4.4	Grundläggande upphandlingsrättsliga principer.....	30
4.5	Direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar	31
4.6	Uteslutning av leverantörer	31
4.7	Utvärdering av anbud.....	32
4.8	Leverantörers tillgång till rättsmedel	33
4.8.1	Rättsmedelsdirektiven	33
4.8.2	Upphandlingslagarnas bestämmelser om rättsmedel	34
4.9	Leverantörer och varor med ursprung i tredjeland.....	35
4.9.1	Unionsrättsliga bestämmelser	35
4.9.2	Bestämmelser om leverantörer och varor med ursprung i tredjeland i svensk rätt.....	37
4.9.3	IPI-förordningen.....	38
4.9.4	GPA-avtalet och frihandelsavtal	39
4.10	Möjligheten att beakta säkerhetsaspekter i upphandlingsförfaranden	41
4.10.1	Säkerhetsskyddslagen och säkerhetsskyddsförordningen	41
4.10.2	Undantag kopplade till försvar och säkerhet i LOU, LUF och LUK	43
4.10.3	Undantag för upphandling som avser krigsmateriel m.m. i LUFs-direktivet och LUFs.....	45
4.10.4	Möjligheten att beakta säkerhetsaspekter enligt LUFs	46
4.10.5	Undantag för kontrakt som tilldelas enligt internationella regler eller med koppling till EUF-fördraget	47
5	EU:s inre marknad, gemensam handelspolitik och internationella avtal	49
5.1	Principen om tilldelade befogenheter	49
5.2	EU:s inre marknad.....	49
5.3	Den gemensamma handelspolitiken.....	50

5.4	EU:s åtgärder för att stärka unionens säkerhet, konkurrenskraft och den inre marknaden.....	51
5.5	EU:s och medlemsstaternas befogenhet att ingå internationella avtal.....	54
6	EU-domstolens avgöranden i målen Kolin och Qingdao.....	57
6.1	EU-domstolens dom i mål C-652/22, Kolin.....	57
6.1.1	Bakgrunden till domstolens prövning.....	57
6.1.2	Första steget i domstolens prövning.....	57
6.1.3	Andra steget i domstolens prövning.....	59
6.2	EU-domstolens dom i mål C-266/22, Qingdao.....	61
6.2.1	Bakgrunden till domstolens prövning.....	61
6.2.2	Första steget i domstolens prövning.....	62
6.2.3	Andra steget i domstolens prövning.....	62
6.3	Slutsatser av domstolens avgöranden.....	63
6.4	Kommissionens Q&A.....	65
7	Internationell utblick.....	71
7.1	Österrike.....	71
7.2	Danmark.....	72
7.3	Finland.....	73
7.4	Polen.....	74
8	Behovet av lagändringar.....	77
8.1	LOU och LUF bör ändras för att vara förenliga med EU-rätten.....	77
8.2	Även LUK bör ändras för att vara förenlig med EU-rätten.....	82
8.3	Ändringar bör göras även i LUFS.....	84
8.4	Lagändringarna bör även avse icke-direktivstyrd upphandling.....	89

9	Utredningens förslag	91
9.1	Utgångspunkter för förslagen	91
9.1.1	EU-domstolens avgöranden styr vilka lagstiftningsåtgärder som kan vidtas.....	91
9.1.2	Tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU får inte ges de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven	91
9.1.3	Tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal ska inte få tillgång till upphandlingslagarnas rättsmedel	93
9.2	Alternativ reglering som övervägts.....	94
9.2.1	Ett undantag från bestämmelserna om de grundläggande principerna för upphandling	95
9.2.2	En ändring av leverantörsbegreppet.....	96
9.2.3	Nya uteslutningsgrunder	98
9.2.4	Ett undantag från upphandlingslagarnas tillämpningsområde.....	100
9.3	Förslag till nya undantagsbestämmelser	101
9.4	Bestämmelserna om undantag från förvaltningslagens regler om sekretess, partsinsyn och kommunikering ska fortsatt gälla	108
10	Andra överväganden	111
10.1	Hur avgörs vem som är tredjelandsleverantör?	111
10.2	Underleverantörer, byggtreprenader, varor och tjänster från tredjeland	112
10.3	Lagen om valfrihetssystem och behovet av följdändringar i andra lagar	117
10.4	Upphandlingsförordningen	119
11	Vad gäller om upphandlingslagarna inte är tillämpliga?	123
11.1	Några utgångspunkter.....	123

11.2	Upphandlingsärendenas särskilda karaktär och frågan om myndighetsutövning.....	124
11.3	Lagar och principer som kan bli tillämpliga	125
11.3.1	Regeringsformen	125
11.3.2	Förvaltningslagen	127
11.4	Rättsmedel som kan bli tillgängliga för en tredjelandsleverantör	129
11.4.1	Överklagande enligt förvaltningslagens bestämmelser	129
11.4.2	Rätten till domstolsprövning och ett effektivt rättsmedel.....	131
11.4.3	Skadeståndsregler	137
11.4.4	Utredningens bedömning om vilka rättsmedel som kan bli tillgängliga för en tredjelandsleverantör	143
12	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser	149
13	Konsekvenser	153
13.1	Syfte, alternativa lösningar och förslagets förenlighet med EU-rätten	153
13.2	Hur många upphandlingar berörs av utredningens förslag?.....	154
13.3	Konsekvenser för staten, kommuner och regioner	157
13.4	Konsekvenser för företag	162
13.5	Rättssäkerhet	163
13.6	Handelspolitiska, säkerhetspolitiska och utrikespolitiska effekter.....	164
13.7	Övriga konsekvenser	165
14	Författningskommentar	167
14.1	Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling	167

14.2	Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna	169
14.3	Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.....	170
14.4	Förslaget till lag om ändring av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet	170
Bilaga 1	Utredningsuppdrag.....	173

Förkortningslista

1992 års LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
2004 års LOU-direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
2007 års LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
2007 års LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

EU:s upphandlingsdirektiv	EU:s fyra direktiv om upphandling, dvs. LOU-direktivet, LUF-direktivet, LUK-direktivet och LUFSDirektivet
FL	Förvaltningslagen (2017:900)
GPA-avtalet	WTO:s avtal om offentlig upphandling (Agreement on Government Procurement)
IPI-förordningen	Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2022/1031 av den 23 juni 2022 om tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer till unionens marknader för offentlig upphandling och koncession och förfaranden till stöd för förhandlingar om tillträde för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till tredjeländers marknader för offentlig upphandling och koncession (Instrumentet för internationell upphandling)
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG.

LUF	Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUF-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
LUFS	Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUFS-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG
LUK	Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LUK-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

RF	Regeringsformen (kungörelse [1974:152] om beslutad ny regeringsform)
Rättsmedelsdirektiven	Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet) och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet)
WTO	World Trade Organization
Ändringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

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 tredjelandslieferantörers 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 tredjelandslieferantörer 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 LUFs-direktivet. Utredningen gör dock bedömningen att EU-domstolens uttalanden i rättsfallen sannolikt gäller också för sådana upphandlingsförfaranden som regleras av LUFs-direktivet. Utredningen anser därför att även LUFs bör ändras på i huvudsak samma sätt som de övriga upphandlingslagarna.

Mot den bakgrunden föreslås i promemorian att de fyra upphandlingslagarna ska förses 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 LUFs föreslås en motsvarande bestämmelse, men med en lite annan utformning. Den syftar bland annat till att markera att det i fråga om LUFs inte finns samma koppling till EU:s frihandelsavtal. Detta eftersom kontrakt som täcks av LUFs-direktivet 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 tredjelandsleverantörer inte omfattas av lagarnas tillämpningsområde i övrigt. Syftet med detta är att tredjelandsleverantörer 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 tredjelandsleverantörer 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 tredjelandsleverantörer.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2027.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs¹ att det i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ska införas en ny paragraf, 3 kap. 29 §, och närmast före 3 kap. 29 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

Leverantörer från tredjeland

29 §

Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2027.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2023/2495.

1.2 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs¹ att det i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ska införas en ny paragraf, 3 kap. 34 §, och närmast före 3 kap. 34 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

Leverantörer från tredjeland

34 §

Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2027.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2023/2496.

1.3 Förslag till lag om ändring av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs¹ att det i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ska införas en ny paragraf, 3 kap. 37 §, och närmast före 3 kap. 37 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

Leverantörer från tredjeland

37 §

Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2027.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2023/2497.

1.4 Förslag till lag om ändring av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs¹ att det i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska införas en ny paragraf, 1 kap. 10 a §, och närmast före 1 kap. 10 a § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

Leverantörer från tredjeland

10 a §

Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av en internationell överenskommelse.

Trots vad som anges i första stycket gäller 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2027.

¹Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2023/2510.

2 Utredningens uppdrag och arbete

2.1 Uppdraget

Utredningen har i uppdrag att lämna förslag på hur upphandlingslagarna bör ändras för att lagarna ska vara förenliga med EU-rätten, med avseende på EU-domstolens domar den 22 oktober 2024 i mål C-652/22, Kolin, och den 13 mars 2025 i mål C-266/22, Qingdao.

I de svenska upphandlingslagarna görs det ingen uttrycklig skillnad mellan å ena sidan leverantörer från EU och länder med vilka EU har frihandelsavtal och å andra sidan leverantörer från sådana tredjeländer med vilka det inte finns sådana frihandelsavtal. I ljuset av EU-domstolens domar är det sannolikt att Sverige inte enbart har gjort en överimplementering, utan en felaktig implementering, av de direktiv som i svensk rätt genomförs genom LOU respektive LUF. Dessa lagar behöver därför ändras och utredningen behöver ta ställning vad som är det mest ändamålsenliga sättet. Utredningen ska också överväga om motsvarande ändringar bör göras i LUK och LUFFS.

Utredningen ska även analysera hur förslagen påverkar förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden. En konsekvens av de svenska upphandlingslagarna är bland annat att leverantörer från t.ex. antagonistiska stater kan delta i svenska upphandlingar som rör kritisk infrastruktur eller försörjningsberedskap. Dessa leverantörer kan då få tillgång till skyddsvärda intressen eller uppgifter. Med tanke på det försämrade omvärldsläget är det av stor vikt att lagstiftningen även justeras för att bättre ta hänsyn till risker kopplade till nationell säkerhet. Utredningen ska

också bedöma hur förslagen ska tillämpas i förhållande till underleverantörer. Hänsyn ska särskilt tas till säkerhets- och handelspolitiska perspektiv.

I uppdraget ingår också att bedöma och redovisa offentlig-finansiella, samhällsekonomiska och andra effekter av förslagen samt att belysa konsekvenserna av de förslag som lämnas.

Uppdragsbeskrivningen i sin helhet framgår av bilaga 1.

2.2 Arbetet

Arbetet inleddes den 2 juni 2025 och initialt analyserades det relevanta EU-rättsliga regelverket i form av fördrag och upphandlingsdirektiv samt hur EU-rätten genomförts i den svenska upphandlingslagstiftningen. Därefter har domarna i Kolin och Qingdao djupanalyserats och behovet av lagändringar övervägts, först vad gäller LOU och LUF. Utredningen har sedan analyserat behovet av ändringar i LUK och LUF samt ytterligare ett antal kringliggande frågor.

Ett perspektiv som utredningen har haft är intresset av att ge upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden. Utredningen har identifierat flera tänkbara lagstiftningskonstruktioner och resonerat kring vilken som är mest ändamålsenlig utifrån uppdraget. I arbetet har också potentiella konsekvenser av olika lagstiftningslösningar övervägts samt vilka för- och nackdelar dessa lösningar har.

Utredningen har under arbetets gång haft möten med företrädare för Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, Kommerskollegium, Försvarets materielverk, Säkerhetspolisen och Sveriges Kommuner och Regioner. Utredningen har av dessa bland annat fått synpunkter på bedömningar och tillgång till statistik.

Vidare har för uppdraget relevant arbete inom Regeringskansliet beaktats, exempelvis det som genomförs inom ramen för den översyn av upphandlingsdirektiven som Europeiska kommissionen påbörjat. Utredningen har även tagit del av betänkandet *Säkerhetsskyddslagen – ytterligare kompletteringar* (SOU 2025:42) som överlämnades i april 2025.

3 Termer och begrepp

Den svenska och den EU-rättsliga lagstiftningen på upphandlingsområdet innehåller en lång rad termer och begrepp. I utredningen förekommer referenser till samtliga EU:s fyra upphandlingsdirektiv och de fyra svenska upphandlingslagarna. Därutöver refereras till avgöranden från EU-domstolen och andra källor så som kommissionens vägledningar. I flera av dessa källor används olika termer, formuleringar eller förkortningar för att beskriva samma saker.

För att underlätta för läsaren redovisas i detta avsnitt några av de termer och begrepp som förekommer i utredningen som det finns särskilda skäl att beskriva närmare hur de används och varför. Utöver det finns en lista över förkortningar på s. 9.

Leverantör eller ekonomisk aktör

I EU:s upphandlingsdirektiv finns en definition av termen ”ekonomisk aktör”, som är en samlande benämning för de som erbjuder sig att på marknaden leverera varor, tillhandahålla tjänster eller utföra byggentreprenader eller byggnadsverk. Detta inbegriper också grupper av sådana personer och/eller enheter samt tillfälliga företagssammanslutningar.⁵

I de svenska upphandlingslagarna används i stället termen ”leverantör” då den ansetts mer väl inarbetad i en svensk kontext. Betydelsen av de båda termerna är dock densamma.⁶ I utredningen används därför termen leverantör, utom i de fall rättsakter, EU-domstolens praxis eller andra källor återges mer ordagrant.

⁵ Artikel 2.1.10 LOU-direktivet, artikel 2.6 LUF-direktivet, artikel 5.2 LUK-direktivet och artikel 1.14 LUFFS-direktivet.

⁶ Prop. 2015/16:195 s. 341 f.

Upphandlande myndighet eller upphandlande enhet

De organisationer som omfattas av en skyldighet att genomföra upphandlingar beskrivs på olika sätt i upphandlingslagarna. I LOU och LOU-direktivet benämns de upphandlande myndigheter och i LUF och LUF-direktivet kallas de upphandlande enheter.⁷

Upphandlande myndigheter är statliga och kommunala myndigheter. I begreppet ingår också beslutande församlingar i kommuner och regioner, offentligt styrda organ och sammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller offentligt styrda organ.⁸

Den som ska tillämpa LUF och genomför upphandling inom försörjningssektorerna kallas i stället upphandlande enhet. En upphandlande enhet kan vara en myndighet. Det kan också vara ett företag som en myndighet utövar bestämmande inflytande över eller ett företag vilket bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde med stöd av ensamrätt eller en särskild rättighet som beviljats enligt lag eller annan författning.⁹

Upphandling enligt LUK och LUF kan göras både av upphandlande myndigheter eller enheter. Definitionen upphandlande enhet i LUK skiljer sig något från den i LUF. För att det ska vara fråga om en upphandlande enhet enligt LUK ska organisationen bedriva sådan verksamhet som anges i bilaga 2 till LUK, och dessa skiljer sig något från de verksamheter som anges i LUF.¹⁰

I utredningen finns i allmänhet inga skäl att skilja mellan upphandlande myndigheter och enheter. I syfte att förenkla läsbarheten används därför i huvudsak termen *upphandlande myndighet* som benämning för den organisation som genomför upphandlingar om inte lagtext, praxis eller andra källor återges mer ordagrant eller det finns andra skäl att göra en åtskillnad.

⁷ 1 kap. 22 § LOU, artikel 1.1 och 2.1.1 LOU-direktivet, 1 kap. 22 § LUF och artikel 4 LUF-direktivet.

⁸ 1 kap. 22 § LOU och 1 kap. 23 § LUF.

⁹ 1 kap. 22 § LUF.

¹⁰ 1 kap. 20 LUK.

GPA-avtalet

I utredningen finns på flera ställen skäl att hänvisa till Världshandelsorganisationens (WTO:s) avtal om offentlig upphandling Agreement on Government Procurement (GPA). Ibland brukar detta avtal benämnas *WTO-avtalet* och ibland *GPA-avtalet*. I Kolin använder EU-domstolen *WTO-avtalet* och i Qingdao används *GPA-avtalet*. När avtalet beskrivs i IPI-förordningen används formuleringen *WTO-avtalet om offentlig upphandling*. Bland de svenska myndigheter som arbetar med upphandlings- eller handelsrelaterade frågor synes *GPA-avtalet* användas mest. En fördel med den benämningen är att man snabbt blir varse att det rör sig specifikt om WTO:s avtal om just offentlig upphandling och inte någon av WTO:s andra överenskommelser som reglerar internationell handel, t.ex. GATT, GATS eller TRIPS.¹¹

I utredningen används därför i huvudsak benämningen *GPA-avtalet*, om inte rättsakter, praxis eller någon annan källa återges mer ordagrant och dessa refererar till avtalet på annat sätt.

Tredjelandslieferantör från en stat utan frihandelsavtal med EU

Utöver *GPA-avtalet* finns flera frihandelsavtal mellan EU och andra stater utanför unionen som innehåller regler om offentlig upphandling (se avsnitt 4.9.4). Både i *GPA-avtalet* och i frihandelsavtalen finns bestämmelser som innebär att leverantörer från den stat som slutit avtalet med EU ska beviljas tillträde till unionens marknad för offentlig upphandling enligt vissa villkor.

En viktig fråga i utredningen är hur man ska behandla leverantörer från dessa s.k. "tredjeländer" när staten i fråga inte omfattas av *GPA* och saknar ett sådant frihandelsavtal som reglerar tillträdet till EU:s upphandlingsmarknad. *Tredjeland* är den term som används i både upphandlingsdirektiven och LUF för att beskriva en stat utanför EU.¹² I utredningen används av förenklingsskäl oftast formuleringen *tredjelandslieferantör från en stat utan frihandelsavtal med EU* för att beskriva leverantörerna i

¹¹ WTO-avtalen *General Agreement on Tariffs and Trade*, *General Agreement on Trade in Services* och *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

¹² I LUFs-direktivets svenska översättning används den särskrivna termen *tredje land*.

fråga. Denna formulering innefattar då både tredjelandsleverantörer från stater som saknar frihandelsavtal som reglerar tillträdet till EU:s upphandlingsmarknad och som inte heller omfattas av GPA-avtalet. Termen "frihandelsavtal" ska i dessa fall alltså förstås som att den innefattar GPA, även om det avtalet inte fullt ut går att jämföra med frihandelsavtal i traditionell bemärkelse eftersom det specifikt reglerar upphandling.

I vissa fall förekommer dock andra formuleringar när praxis eller någon annan källa refereras mer ordagrant eller när det finns skäl att välja en annan formulering. Ett exempel är att upphandlingar som täcks av LUFSDirektivet inte omfattas av GPA-avtalets tillämpningsområde. Därför passar det ofta bättre att enbart använda uttrycket *tredjelandsleverantör* i de sammanhang där resonemang förs kring upphandling som omfattas av LUFSDirektivet.

4 Gällande rätt

4.1 Unionsrättens förhållande till nationell rätt

Förhållandet mellan unionsrätten och de nationella rättsordningarna behandlas inte uttryckligen i EU:s grundfördrag. Genom rättspraxis har emellertid unionsrätten utvecklats till ett överordnat rättssystem som utgör en integrerad del av de nationella rättssystemen och som skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda. En betydande del av unionsrätten är därför direkt tillämplig i medlemsstaterna. Detta gäller bland annat EU- och EUF-fördragen.¹³ Även EU-förordningar är direkt tillämpliga i alla medlemsstater från den dagen då de träder i kraft. De ska inte införlivas i nationell rätt, utan ger upphov till rättigheter och skyldigheter i alla medlemsstater simultant, automatiskt och enhetligt.

Genom artikel 4.3 i EU-fördraget fastslås den s.k. lojalitetsprincipen. Enligt denna princip är medlemsstaterna och unionens institutioner förpliktade att samarbeta lojalt med varandra. Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter fullgörs. Förpliktelsen innebär bland annat en skyldighet för medlemsstaterna att inte anta nationella bestämmelser som strider mot unionsrätten eller låta sådana bestämmelser vara i kraft. Vidare följer av lojalitetsprincipen att medlemsstaterna är skyldiga att anpassa sina nationella bestämmelser och hur nationella myndigheter och organ agerar så att de står i överensstämmelse med unionsrätten. EU-domstolen har slagit fast att denna skyldighet ska iaktas av alla statliga organ. Detta gäller såväl den lagstiftande, verkställande och dömande makten, som för statliga företag,

¹³ Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionsätt. I fortsättningen benämnda EU-fördraget och EUF-fördraget.

myndigheter på alla nivåer samt enskilda organ till vilka staten delegerat myndighetsutövning.¹⁴

Av EU-domstolens praxis följer också att nationella domstolar och myndigheter är skyldiga att tolka nationell lagstiftning med hänsyn tagen till relevanta bestämmelser i unionsrätten. Nationell rätt ska alltså tolkas och tillämpas så att den stämmer överens med unionsrätten (s.k. konform tolkning).¹⁵

I EU- och EUF-fördragen regleras inte endast förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Vissa bestämmelser medför även skyldigheter och rättigheter för enskilda. EU-domstolen har slagit fast att unionsrättsliga regler, bland annat vissa fördragsbestämmelser, kan ha direkt effekt. Även bestämmelser i direktiv kan ha direkt effekt om de inte genomförts i tid eller på ett felaktigt sätt. Bestämmelser med direkt effekt ger upphov till rättigheter för enskilda som det ankommer på de nationella domstolarna att skydda.¹⁶ För att en bestämmelse ska ha direkt effekt krävs att den är ovillkorlig, klar och precis.

Om det förekommer bestämmelser i medlemsstaterna som strider mot unionsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt gäller att de unionsrättsliga bestämmelserna har företräde framför de nationella. Nationella domstolar och andra myndigheter ska då bortse från de nationella bestämmelserna och i stället tillämpa de unionsrättsliga. Unionsrättsliga bestämmelsers företräde och direkta effekt innebär emellertid inte att medlemsstaterna befrias från skyldigheten att upphäva bestämmelser i den interna rättsordningen som är oförenliga med unionsrätten.¹⁷

4.2 EUF-fördragets betydelse för upphandlingsområdet

EU:s regelverk gällande offentlig upphandling grundar sig på EUF-fördragets bestämmelser om de grundläggande friheterna och de allmänna principer som kan härledas från dessa. Fördraget utgör en

¹⁴ Se t.ex. Foster m.fl. mot British Gas plc, C-188/89, EU:C:1990:313, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513 och Elaine Farrell, C-413/15, EU:C:2017:745.

¹⁵ Von Colson, C-14/83, EU:C:1984:153, Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395 och Pfeiffer m.fl., C-397/01, EU:C:2004:584.

¹⁶ Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen, C-26/62, EU:C:1963:1.

¹⁷ Kommissionen mot Grekland, C-290/94, EU:C:1996:265, punkt 29.

del av EU:s primärrätt, vilket innebär att det tillhör den högsta normhierarkiska nivån inom EU:s lagstiftning.

Offentlig upphandling som genomförs av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste således överensstamma med reglerna i fördraget, och då främst bestämmelserna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav. Bland dessa finns principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.¹⁸ Merparten av regleringen av offentlig upphandling inom EU återfinns dock i sekundärrätten, främst i form av direktiv, men även i form av förordningar.

4.3 Direktiv, förordningar och lagar på upphandlingsområdet

Det finns ett flertal EU-direktiv gällande upphandling som har genomförts i svensk rätt. Upphandlingsdirektiven fungerar som ett ramverk, som ska genomföras i den nationella lagstiftningen. De lagar som genomför direktiven får inte tillämpas eller utvecklas på ett sätt som medför att ändamålen med den unionsrättsliga regleringen på upphandlingsområdet förfelas eller urholkas. Det är medlemsstaternas uppgift att se till att unionsrätten får avsedd effekt. Denna skyldighet gäller inte bara för den svenska lagstiftaren, utan även för upphandlande myndigheter och nationella domstolar (se avsnitt 4.1).

Upphandlingsdirektiven är genomförda i svensk rätt huvudsakligen genom de fyra s.k. upphandlingslagarna.

- Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).
- Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) reglerar upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den

¹⁸ Se t.ex. skäl 1 i LOU-direktivet och skäl 2 i LUF-direktivet.

26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet).

- Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).
- Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS) genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (LUFS-direktivet).

Utöver de fyra nämnda upphandlingsdirektiven finns dessutom direktiv som avser de rättsmedel som kan aktualiseras vid upphandlingsförfaranden (se avsnitt 4.8.1). Under senare år har det även tillkommit ett antal EU-förordningar som innehåller bestämmelser om offentlig upphandling. En förordning som är av särskilt intresse för denna utredning är den s.k. IPI-förordningen¹⁹ som bland annat rör tillträdet till EU:s upphandlingsmarknad för leverantörer från tredjeländer (se avsnitt 4.9.3).

4.4 Grundläggande upphandlingsrättsliga principer

Upphandlande myndigheter ska enligt upphandlingslagarna behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.²⁰ Principerna är av central betydelse vid genomförande av

¹⁹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1031 av den 23 juni 2022 om tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer till unionens marknader för offentlig upphandling och koncession och förfaranden till stöd för förhandlingar om tillträde för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till tredjeländers marknader för offentlig upphandling och koncession (Instrumentet för internationell upphandling – IPI).

²⁰ 4 kap. 1 § LOU, 4 kap. 1 § LUF, 4 kap. 1 § LUK och 1 kap. 11 § LUFS.

upphandlingar och görs ofta gällande i överprövnings- och skadeståndsprocesser enligt upphandlingslagarna.

4.5 Direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar

I upphandlingsdirektiven finns ekonomiska gränsvärden i form av s.k. tröskelvärden. Det finns olika tröskelvärden beroende på vem som upphandlar och vad som upphandlas. Tröskelvärdenas funktion är att ange en nedre gräns för direktivens tillämpning. De fyra upphandlingslagarna innehåller bestämmelser om både upphandlingar vars beräknade värde överstiger tröskelvärdena och därmed omfattas av upphandlingsdirektiven (s.k. direktivstyrd upphandling) och upphandlingar vars beräknade värde underskrider tröskelvärdena (s.k. icke-direktivstyrd upphandling).

I enlighet med upphandlingsdirektiven görs i LOU, LUF och LUK också skillnad mellan tjänster som fullt ut omfattas av direktiven och tjänster för vilka endast vissa bestämmelser i direktiven är tillämpliga (s.k. sociala tjänster och andra särskilda tjänster). I LUF görs i enlighet med LUF-direktivet på motsvarande sätt skillnad mellan A-tjänster och B-tjänster. Sociala tjänster och andra särskilda tjänster respektive B-tjänster är sådana tjänster som bedömts vara mindre lämpliga för gränsöverskridande handel.

De upphandlingar som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområden regleras i särskilda kapitel i respektive upphandlingslag.²¹ Kapitlen omfattar dels upphandlingar vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde, däribland s.k. direktupphandlingar, dels upphandlingar som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster respektive B-tjänster, oavsett värde.

4.6 Uteslutning av leverantörer

I upphandlingslagarna finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer.

²¹ 19 kap. och 19 a kap. LOU och LUF, 15 kap. LUK samt 15 kap. och 15 a kap. LUF.

För direktivstyrda upphandlingar finns obligatoriska uteslutningsgrunder, enligt vilka en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör som har gjort sig skyldig till vissa allvarliga brott eller som inte har fullgjort sin skyldighet att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter.²²

En upphandlande myndighet får även tillämpa s.k. frivilliga uteslutningsgrunder och då utesluta en leverantör på grund av vissa andra missförhållanden i leverantörens verksamhet, t.ex. om leverantören är i konkurs eller har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

För de icke-direktivstyrda upphandlingarna som regleras i 19 kap. LOU och LUF samt i 15 kap. LUF är samtliga uteslutningsgrunder fakultativa. Det föreskrivs alltså inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att utesluta leverantörer på grund av bristande lämplighet. En leverantör får vid sådana upphandlingar uteslutas även på andra grunder än de som finns angivna i det direktivstyrda regelverket, under förutsättning att det sker i överensstämmelse med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.²³

4.7 Utvärdering av anbud

I LOU och LUF finns bestämmelser som reglerar frågan om tilldelning av kontrakt och utvärdering av anbud. En upphandlande myndighet eller enhet ska utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utifrån förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris (16 kap. LOU och 15 kap. LUF). Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som, inom upphandlingsregelverkets ramar, ska avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Myndigheten eller enheten avgör utifrån omständigheterna i det enskilda fallet vilken grund för utvärdering som bör användas.

Även i LUK och LUF finns bestämmelser om tilldelning av kontrakt och utvärdering av anbud som delvis stämmer överens med bestämmelserna i LOU och LUF (13 kap. i LUK och LUF).

²² 13 kap. i LOU och LUF respektive 11 kap. i LUK och LUF.

²³ 19 kap. 17 § LOU, 19 kap. 17 § LUF och 15 kap. 16 § LUF.

4.8 Leverantörers tillgång till rättsmedel

4.8.1 Rättsmedelsdirektiven

Vilka rättsmedel som finns att tillgå för leverantörer som anser sig ha blivit felaktigt behandlande vid upphandlingar inom LOU-direktivets respektive LUF-direktivets tillämpningsområde följer av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet) och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet). De båda rättsmedelsdirektiven har ändrats främst genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet). Genom en senare ändring av rättsmedelsdirektiven har dessa gjorts tillämpliga även på upphandlingar som omfattas av LUK-direktivet.²⁴

För upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet regleras i stället tillgången till rättsmedel direkt genom LUF-direktivet. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i ändringsdirektivet.

Av artikel 1.1 i första och andra rättsmedelsdirektiven framgår bland annat att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets eller enhets beslut gällande avtal som omfattas av LOU-, LUF- eller LUK-direktiven kan prövas effektivt, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

Enligt artikel 1.3 i första och andra rättsmedelsdirektiven ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena är tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, men åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och

²⁴ Se artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet.

som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

Av artikel 2 i båda direktiven framgår att vissa rättsmedel är obligatoriska. Bland annat ska beslut som är olagliga kunna åsidosättas (artikel 2.1 b) och en leverantör som har, eller har haft, intresse av att få ett kontrakt ska kunna få ersättning av den upphandlande myndigheten för skador som har uppstått till följd av överträdelse av upphandlingslagstiftningen (artikel 2.1 c i första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.1 d i andra rättsmedelsdirektivet). Motsvarande bestämmelser finns i artiklarna 55 och 56 i LUFSDirektivet.

4.8.2 Upphandlingslagarnas bestämmelser om rättsmedel

Rättsmedelsdirektiven har genomförts i svensk rätt genom ett antal bestämmelser i LOU, LUF och LUK. LUFSDirektivets bestämmelser om rättsmedel har i sin tur genomförts i LUFSD.

I huvudsak är bestämmelserna om rättsmedel i upphandlingslagarna likalydande. Av dessa framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör. Ansökan om överprövning görs hos förvaltningsrätt. De allmänna bestämmelserna om talerätt anger att sökande ska vara en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.²⁵

Domstolens överprövning tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat, utan enbart på om den upphandlande myndigheten handlat formellt korrekt och följt upphandlingslagarnas principer och förfaranderegler. Domstolen kan vidta åtgärder om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i den aktuella upphandlingslagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. De åtgärder som domstolen i sådana fall kan besluta om är att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter rättelse.²⁶

²⁵ 20 kap. 4 och 5 §§ LOU och LUF respektive 16 kap. 4 och 5 §§ LUK och LUFSD.

²⁶ 20 kap. 6 § LOU och LUF respektive 16 kap. 6 § LUK och LUFSD.

Vidare finns bestämmelser som anger att upphandlande myndigheter som inte följer bestämmelserna i lagarna ska ersätta den skada som därigenom uppkommer för en leverantör. En sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol.²⁷

Sedan juli 2025 gäller enligt samma bestämmelser i LOU, LUF och LUK att domstolen, vid en överprövningsprocess, även kan vidta åtgärder om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon *unionsrättslig bestämmelse* om upphandling. Därtill kan också skadestånd aktualiseras av samma skäl. Dessa ändringar gjordes med anledning av IPI-förordningen och genom anpassningen säkerställs tillgången till rättsmedel för de leverantörer som har rätt till detta enligt förordningen.²⁸ IPI-förordningen ska dock inte tillämpas på upphandlingsförfaranden som omfattas av LUFs-direktivet. LUFs har därför inte genomgått motsvarande ändring som övriga upphandlingslagar i detta avseende.²⁹

4.9 Leverantörer och varor med ursprung i tredjeland

4.9.1 Unionsrättsliga bestämmelser

EES-avtalet är ett frihandelsavtal som gäller för EU:s medlemsstater samt Island, Lichtenstein och Norge. Avtalet ger företag i de deltagande staterna tillträde till EU:s inre marknad. All relevant EU-lagstiftning på området för den inre marknaden är integrerad med EES-avtalet så att den gäller inom hela EES-området. Medlemsstaterna är till följd av EES-avtalet skyldiga att tillämpa upphandlingslagstiftningen inte bara i förhållande till andra medlemsstater, utan även i förhållande till alla EES-stater.³⁰ Leverantörer och varor med ursprung i t.ex. Norge omfattas således i huvudsak av samma rättigheter och reglering som om de hade sitt ursprung i en EU-medlemsstat.

EU är därutöver i förhållande till vissa tredjeländer bunden av andra internationella avtal som på ett ömsesidigt och likvärdigt sätt garanterar tillträde till offentliga upphandlingar i dessa tredjeländer

²⁷ 20 kap. 20 och 21 §§ LOU och LUF respektive 16 kap. 20 och 21 §§ i LUK och LUFs.

²⁸ Prop. 2024/25:116 s. 28–30.

²⁹ Prop. 2024/25:116 s. 23.

³⁰ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 389.

för leverantörer i unionen och för leverantörer i nämnda tredjeländer att delta i offentliga upphandlingar inom unionen. Bland dessa avtal finns GPA-avtalet.

GPA-avtalets syfte är att fastställa en multilateral ram med balanserade rättigheter och skyldigheter i samband med offentlig upphandling för att liberalisera och öka världshandeln.³¹ Av LOU- och LUF-direktiven framgår att för kontrakt som omfattas av de bilagor till GPA-avtalet som anges i respektive direktiv, de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till avtalet, samt av andra relevanta internationella avtal som unionen är bunden av, bör upphandlande myndigheter och enheter fullgöra skyldigheterna enligt dessa avtal genom att tillämpa direktiven på ekonomiska aktörer i tredjeländer som är parter i avtalen.³²

LUK-direktivet saknar motsvarande formuleringar men refererar till GPA-avtalet bland annat genom att det av skälen till direktivet framgår att tilldelningskriterier eller villkor för utförande av koncessioner som rör sociala aspekter av produktionsprocessen inte bör väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från tredjeländer som är parter i avtalet eller de frihandelsavtal unionen är part i. Därutöver fastställs tröskelvärdena i LUK-direktivet i förhållande till GPA-avtalets tröskelvärden.³³

När det gäller LUF-direktivet framgår däremot att kontrakt som täcks av direktivet *inte* omfattas av tillämpningsområdet för GPA-avtalet.³⁴

I artikel 25 i LOU-direktivet och artikel 43 i LUF-direktivet finns i stort sett likalydande bestämmelser som återspeglar de åtaganden som unionen har gjort genom GPA-avtalet och olika internationella frihandelsavtal. Av artiklarna framgår att upphandlande myndigheter och enheter ska bevilja byggentreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer från de parter som har undertecknat nämnda avtal *en behandling som inte är mindre gynnsam* än den som beviljas byggentreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen. Bestämmelserna medför alltså en rätt

³¹ Se preambeln till GPA-avtalet.

³² Skäl 17 i LOU-direktivet och skäl 27 i LUF-direktivet.

³³ Skäl 65 och artikel 9 i LUK-direktivet.

³⁴ Skäl 18 i LUF-direktivet. Jfr. även artikel III i GPA-avtalet i dess nu gällande lydelse samt avsnitt 1.2.3 i kommissionens meddelande *Vägledning om tillträde för anbudsgivare och varor från tredjeländer till EU:s upphandlingsmarknad*, C(2019) 5494 final.

för leverantörer från tredjeländer som har avtal med unionen att behandlas lika som leverantörer från unionen. LUK- och LUFSDirektiven innehåller inga bestämmelser som motsvarar nämnda artikel 25 och artikel 43.

I artikel 85 LUF-direktivet finns bestämmelser som innebär att en upphandlande enhet i vissa fall får och i andra fall – vid likvärdiga anbud – ska gynna anbud som omfattar varor med ursprung i unionen eller i ett tredjeland som ingått avtal om jämförbart och faktiskt marknadstillträde med unionen. Denna artikel omfattar alltså inte leverantörens ursprung, utan gäller även om leverantören är från ett unionsland, men varorna i anbudet kommer från ett tredjeland utan avtal om marknadstillträde med unionen. LOU-, LUK- och LUFSDirektiven saknar motsvarande bestämmelser om varors ursprung.

4.9.2 Bestämmelser om leverantörer och varor med ursprung i tredjeland i svensk rätt

Bestämmelserna i artikel 25 LOU-direktivet och 43 LUF-direktivet har inte införlivats i de svenska upphandlingslagarna.

I propositionen som låg till grund för 1992 års LOU finns ett kortfattat avsnitt i vilket behovet av särskilda tredjelandregler diskuteras.³⁵ Resonemanget gäller dock anbud som består av varor eller tjänster med ursprung utanför dåvarande EG (jfr 18 kap. LUF angående varor med ursprung i tredjeland). Frågan om leverantörers ursprung behandlas inte närmare. Slutsatsen i propositionen är att det inte behövs särskilda regler om prövning av anbud från leverantörer som är etablerade utanför EES. I betänkandet som låg till grund för 2007 års LOU och LUF angavs att lagstiftningen om offentlig upphandling är generell och att samma regler som gäller i förhållande till medlemsstater gäller vid upphandling från företag i medlemsstaterna och tredje land. Det ansågs därför inte finnas något behov av att införa upphandlingsdirektivens bestämmelser om GPA-avtal i de nya lagarna.³⁶ I den efterföljande propositionen nämns saken inte alls.

I förarbetena till nu gällande LOU och LUF, konstaterade regeringen att motsvarande bestämmelser i de äldre

³⁵ Prop. 1992/93:88 s. 53.

³⁶ SOU 2005:22 s. 203–204 och s. 403.

upphandlingsdirektiven inte tidigare tagits in i lagarna. Vidare angavs även där att upphandlingslagstiftningen är generell och att samma regler som gäller i förhållande till medlemsstater också gäller vid upphandling från företag i medlemsstater och tredjeland. Det uttalades även att de nya upphandlingslagarna inte medger att leverantörer i tredjeland behandlas sämre än leverantörer i EU. Regeringen ansåg därför att det inte fanns något behov av att föra in bestämmelserna om GPA-avtalet och andra internationella avtal i de nya lagarna.³⁷

När det gäller reglerna om anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland som återfinns i artikel 85 i LUF-direktivet införlivades dessa i svensk lagstiftning redan genom 2007 års LUF och överfördes i sak oförändrade till den nu gällande lagen (18 kap. LUF).³⁸

4.9.3 IPI-förordningen

Sedan den 29 augusti 2022 gäller IPI-förordningen inom EU. Av artikel 1.2 i förordningen framgår att den är tillämplig på förfaranden för offentlig upphandling som omfattas av LOU-, LUF- och LUK-direktiven.

Av skäl 3 i förordningen framgår att tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer till unionens marknader för offentlig upphandling eller koncession omfattas av EU:s gemensamma handelspolitik. Den gemensamma handelspolitiken omfattas av EU:s exklusiva befogenhet (artikel 3.1 e EUF-fördraget), vilket innebär att endast EU kan lagstifta och anta bindande rättsakter på området.

Syftet med IPI-förordningen är att förbättra tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till marknader för offentlig upphandling och koncession i tredjeländer.³⁹

Förordningen ger en möjlighet för Europeiska kommissionen (kommissionen) att anta s.k. IPI-åtgärder gentemot ett tredjeland i syfte att begränsa tillträdet för ekonomiska aktörer, varor eller tjänster från det landet till upphandlingsförfaranden i unionen.⁴⁰

³⁷ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 474–475 och del 2 s. 872.

³⁸ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 873–874.

³⁹ Artikel 1.1 första stycket IPI-förordningen.

⁴⁰ Artikel 1.1 andra stycket IPI-förordningen.

Kommissionen har möjlighet att anta två olika IPI-åtgärder.⁴¹ Den kan antingen besluta att begränsa tillträdet till förfaranden för offentlig upphandling genom att kräva att upphandlande myndigheter eller enheter inför en poänganpassning för anbud som lämnas av ekonomiska aktörer med ursprung i det aktuella tredjelandet, eller så kan kommissionen besluta att begränsa tillträdet till förfaranden för offentlig upphandling genom att kräva att upphandlande myndigheter eller enheter utesluter anbud från ekonomiska aktörer från aktuellt tredjeland.⁴²

Åtgärder som antas enligt IPI-förordningen kan endast tillämpas på ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer som inte omfattas av något internationellt åtagande från EU om marknadstillträde, dvs. GPA-avtalet eller andra avtal som har ingåtts med EU som inkluderar åtaganden om tillträde till marknaderna för offentlig upphandling eller koncession (se skäl 10 i förordningen).

I skäl 10 i IPI-förordningen anges också att ekonomiska aktörer från tredjeländer som inte har något avtal om öppnande av unionens upphandlingsmarknad, eller vars varor, tjänster och byggtreprenader inte omfattas av ett sådant avtal, saknar ett säkrat tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen och kan uteslutas.

De svenska upphandlingslagarna har genomgått vissa anpassningar till följd av IPI-förordningen. Bland annat genom att paragraferna som avser rättsmedel anpassats så att de numera även omfattar ekonomiska aktörer som påverkas av förordningen (se avsnitt 4.8.2). Någon särskild anpassning till följd av vad som framgår om att ekonomiska aktörer från tredjeländer saknar tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen och därmed kan uteslutas har emellertid inte vidtagits.

4.9.4 GPA-avtalet och frihandelsavtal

EU har genom GPA-avtalet och olika frihandelsavtal åtagit sig att bevilja tillträde till sin marknad för offentlig upphandling för vissa byggtreprenader, varor och tjänster och leverantörer i flera tredjeländer.

⁴¹ Artikel 6.6 IPI-förordningen.

⁴² Artikel 6.6 a och 6.6 b IPI-förordningen.

GPA-avtalet är uppdelat i två huvuddelar. Den ena delen innehåller själva regelverket med dess principer och förfaranden. Den andra delen innehåller förteckningar över vad som omfattas för varje part. Artikel IV i avtalet som rör icke-diskriminering är av särskild betydelse. Av artikeln framgår i huvudsak ett förbud mot diskriminering av leverantörer, varor och tjänster från andra parter i avtalet. I förteckningarna går det att utläsa vilka upphandlande myndigheter och enheter samt typer av upphandlingar som omfattas av avtalet för respektive part. Förteckningarna över omfattning anges i EU:s bilagor till tillägg I till GPA-avtalet. Vidare framgår de tröskelvärden som måste överskridas för att upphandlingsförfaranden ska omfattas av avtalet.

I artikel III i GPA-avtalet finns undantag som bland annat avser försvars- och säkerhetsområdet. Av första punkten i artikeln framgår att ingenting i avtalet ska tolkas som att det hindrar någon part från att vidta åtgärder eller undanhålla information som parten anser nödvändig för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen avseende anskaffning av vapen, ammunition eller krigsmateriel, eller avseende anskaffningar som är oundgängliga för rikets säkerhet eller för försvarsändamål (jfr vad som anges under 4.9.1 om att kontrakt som täcks av LUFSDirektivet inte omfattas av tillämpningsområdet för GPA-avtalet).

Utöver GPA-avtalet finns regler om offentlig upphandling i flera av EU:s andra frihandelsavtal, exempelvis i frihandelsavtalet med Storbritannien. De flesta av dessa bygger på en liknande struktur som GPA-avtalet. Noterbart är att GPA-avtalet och frihandelsavtalens tillämplighet är beroende av exempelvis vilken upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar, vad som upphandlas och till vilket värde. Avtalen är därför inte nödvändigtvis tillämpliga, även om det i upphandlingsförfarandet ingår leverantörer från ett land som omfattas av avtalen.

Genom webbplatsen Access2Markets⁴³ och dess verktyg Procurement for Buyers som tillhandahålls av EU-kommissionen kan upphandlande myndigheter i EU:s medlemsstater få information om vilka leverantörer från tredjeländer som är berättigade att delta i upphandlingsförfaranden i unionen på grundval av bestämmelserna i GPA-avtalet och olika frihandelsavtal

⁴³ Kommissionens webbplats, <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/home> (oktober 2025).

som EU ingått. Det bör dock observeras att uppgifterna på webbplatsen inte är bindande i det avseendet att kommissionen inte tar ansvar för eventuella oavsiktliga felaktigheter eller utelämnanden.

4.10 Möjligheten att beakta säkerhetsaspekter i upphandlingsförfaranden

4.10.1 Säkerhetsskyddslagen och säkerhetsskyddsförordningen

Säkerhetsskyddslagen (2018:585) tillämpas vid vissa upphandlingar där upphandlingsföremålet är av säkerhetskänslig karaktär oavsett vilken upphandlingslag det rör sig om. Lagen gäller för den som till någon del bedriver verksamhet som är av betydelse för Sveriges säkerhet eller som omfattas av ett för Sverige förpliktigande internationellt åtagande om säkerhetsskydd (säkerhetskänslig verksamhet).⁴⁴ Med säkerhetsskydd avses skydd av säkerhetskänslig verksamhet mot spioneri, sabotage, terroristbrott och andra brott som kan hota verksamheten samt skydd i andra fall av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.⁴⁵ Den som till någon del bedriver säkerhetskänslig verksamhet (verksamhetsutövare) ska utreda behovet av säkerhetsskydd (säkerhetsskyddsanalys).⁴⁶

En verksamhetsutövare som avser att genomföra en upphandling med en annan aktör ska ingå ett säkerhetsskyddsavtal med aktören, om aktören genom förfarandet kan få tillgång till säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter i säkerhetsklassen konfidentiell eller högre, eller annan säkerhetskänslig verksamhet av motsvarande betydelse för Sveriges säkerhet. Verksamhetsutövaren ska även ingå ett säkerhetsskyddsavtal med en underleverantör som anlitas för att fullgöra den andra aktörens förpliktelse, om underleverantören genom sitt uppdrag kan få en sådan tillgång till den säkerhetskänsliga verksamheten.⁴⁷

⁴⁴ 1 kap. 1 § säkerhetsskyddslagen.

⁴⁵ 1 kap. 2 § säkerhetsskyddslagen.

⁴⁶ 2 kap. 1 § säkerhetsskyddslagen.

⁴⁷ 4 kap. 1 § säkerhetsskyddslagen.

Ett säkerhetsskyddsavtal ska innehålla de krav på motparten som behövs för att kraven på säkerhetsskydd ska kunna tillgodoses.⁴⁸ Med säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter avses uppgifter som rör säkerhetskänslig verksamhet och som därför omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) eller som skulle ha omfattats av sekretess enligt den lagen, om den hade varit tillämplig.⁴⁹ Att krav inte ställs på säkerhetsskyddsavtal för alla upphandlingar eller kontraktssituationer vid säkerhetskänslig verksamhet innebär inget hinder mot att sådana avtal ändå ingås när det till exempel gäller en upphandling där det förekommer säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter i den lägsta säkerhetsskyddsklassen, benämnd begränsat hemlig.⁵⁰

Beträffande annan säkerhetskänslig verksamhet av motsvarande betydelse för Sveriges säkerhet, kan det vara fråga om t.ex. upphandling av informationssystem eller andra elektroniska kommunikationslösningar som avser vitala funktioner för samhället och som medför höga krav på tillgänglighet och riktighet. Det kan även gälla situationer där leverantören ska delta i säkerhetskänslig verksamhet i övrigt. Detta kan vara fallet på t.ex. kärnkraftverk och flygplatser där den säkerhetskänsliga verksamheten enbart i begränsad omfattning avser säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.⁵¹

Den som genom en anställning eller på något annat sätt ska delta i säkerhetskänslig verksamhet ska med vissa undantag säkerhetsprövas. Säkerhetsprövningen syftar till att klarlägga om en person kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i säkerhetsskyddslagen och i övrigt pålitlig från säkerhetssynpunkt. Prövningen ska göras innan deltagandet i den säkerhetskänsliga verksamheten påbörjas.⁵²

Utöver kraven på att ingå säkerhetsskyddsavtal vid upphandlingar som regleras genom säkerhetsskyddslagen finns dessutom en bestämmelse i säkerhetsskyddförordningen (2021:955) av vilken det följer att säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter inte får lämnas till en utländsk leverantör om inte Sverige på nationell nivå har ingått ett internationellt

⁴⁸ 4 kap. 3 § säkerhetsskyddslagen.

⁴⁹ 1 kap. 2 § säkerhetsskyddslagen.

⁵⁰ Prop. 2017/18:89 s. 141.

⁵¹ Prop. 2017/18:89 s. 141.

⁵² 3 kap. 1–3 §§ säkerhetsskyddslagen.

säkerhetsskyddsåtagande, ett s.k. General Security Agreement (GSA), med det andra landet i vilket leverantören har sitt säte. Vidare ska leverantören ha godkänts genom en kontroll enligt den andra statens säkerhetsskyddslagstiftning.⁵³

Internationella säkerhetsskyddsåtaganden ingås av regeringen. Avtalen är traktat och folkrättsligt bindande för Sverige.⁵⁴ Varje internationellt säkerhetsskyddsåtagande är unikt och utformat utifrån parternas lagstiftning och behov. Några saker som brukar vara gemensamma är att de innehåller reglering om att parterna ska bistå varandra med säkerhetsintyg, vilket innebär att behörig företrädare i ett land intygar att en person med hemvist i det landet har genomgått och godkänts i en säkerhetsprövning. Vidare brukar det även finnas regler om att säkerhetsgodkännanden av verksamhetsställen ska utfärdas.⁵⁵

Många av de internationella säkerhetsskyddsåtagandena som Sverige ingått med andra länder är begränsade till att endast gälla försvars- och säkerhetsområdet, men vissa av dem utgörs av GSA som utformats mer generellt och omfattar även civil verksamhet. För att avgöra om en upphandling omfattas av ett visst GSA måste en tolkning göras i varje enskilt fall.⁵⁶

I punkt 6 i övergångsbestämmelserna till säkerhetsskydds-förordningen finns ett undantag från bestämmelsen i förordningen som reglerar skyldigheten att inte lämna ut säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter utan ett tillämpligt GSA. Undantaget innebär att bestämmelsen inte behöver tillämpas förrän den 1 januari 2028. Regeln har emellertid trots det relevans redan i dagsläget, bland annat för pågående eller kommande upphandlingar ifall uppdraget ska fortlöpa efter den 1 januari 2028.

4.10.2 Undantag kopplade till försvar och säkerhet i LOU, LUF och LUK

Det finns i LOU, LUF och LUK bestämmelser om undantag från lagarnas tillämpningsområden kopplade till upphandling som rör

⁵³ 3 kap. 9 § andra stycket säkerhetsskyddsförordningen.

⁵⁴ SOU 2015:25 s. 174.

⁵⁵ Säkerhetspolisens vägledning i säkerhetsskydd, *Skyldigheter vid exponering av säkerhets känslig verksamhet*, version april 2023, s. 35.

⁵⁶ Upphandlingsmyndighetens webbplats, Deltagande av utländska medborgare och leverantörer (oktober 2025).

försvar eller säkerhet. I LOU och LUF finns undantag för upphandlingar som omfattas av LUF eller för vilka vissa undantag enligt LUF är tillämpliga. För upphandlingar av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet är LUK tillämplig och inte LUF, men sådana upphandlingar är undantagna från tillämpningen av LUK i vissa fall, bland annat när det gäller koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet som en regering tilldelas av en annan regering avseende tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär.⁵⁷

I samtliga tre lagar finns undantagsbestämmelser kopplade till skyddet för Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.⁵⁸ När det gäller LOU och LUF avser bestämmelserna sådana fall då ett kontrakt inte omfattas av LUF, eller något av undantagen i LUF, men det finns väsentliga säkerhetsintressen som gör att det ändå är olämpligt att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. En till stor del motsvarande bestämmelser finns i LUK och avser situationer som inte omfattas av i lagen angivna undantag för upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet samt för när fullgörandet av koncessionen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen. Om det går att uppnå skyddet genom mindre ingripande åtgärder som till exempel genom att ingå ett säkerhetsskyddsavtal med berörda leverantörer enligt säkerhetsskyddslagen får undantagen inte tillämpas.⁵⁹

Utöver vad som nämnts ovan finns ytterligare undantagsbestämmelser, vilka är kopplade till sekretess och Sveriges väsentliga intressen i LOU, LUF och LUK.⁶⁰ Dessa riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse, exempelvis vissa säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Även då gäller att undantag bara får göras om det inte är möjligt att garantera det skydd som behövs genom mindre ingripande åtgärder, exempelvis genom att ingå säkerhetsskyddsavtal.⁶¹

⁵⁷ 3 kap. 3 § LOU, 3 kap. 1 § LUF och 3 kap. 1 § LUK.

⁵⁸ 3 kap. 4 § LOU, 3 kap. 2 § LUF samt 3. kap 1 och 3 §§ LUK.

⁵⁹ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 954 och 1 321.

⁶⁰ 3 kap. 5 § LOU, 3 kap. 3 § LUF och 3 kap. 2 § LUK.

⁶¹ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 955.

4.10.3 Undantag för upphandling som avser krigsmateriel m.m. i LUFS-direktivet och LUFS

Regeringen får enligt 1 kap. 9 § LUFS i enskilda fall, när andra angivna undantag inte är tillämpliga, besluta om de undantag från bestämmelserna i lagen som är nödvändiga med hänsyn till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen i fråga om upphandling som avser sådan tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel som omfattas av artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Försvarmakten och Försvarets materielverk får under vissa förutsättningar också besluta om sådana undantag.⁶²

I artikel 346.1 b anges att varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sin väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

EU-domstolen har slagit fast att undantaget i artikel 346 ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den medlemsstat som avser att tillämpa undantaget att visa att åtgärden är proportionerlig och nödvändig.⁶³

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från 2006 uttalat sig om tillämpningen av dåvarande artikel 296 EG-fördraget (numera artikel 346 EUF-fördraget).⁶⁴ I tolkningsmeddelandet anges att det när det gäller försvarsupphandlingar endast är möjligt för medlemsstaterna att förena sina befogenheter på säkerhetsområdet med sina skyldigheter enligt fördraget genom att – för varje upphandlingskontrakt – mycket ingående analysera om ett undantag från gemenskapsbestämmelserna är berättigat eller inte. Sådana bedömningar som görs från fall till fall måste vara särskilt stränga för gränsfall avseende tillämpningen av artikel 296 i EG-fördraget när användningen av undantaget kan vara kontroversiellt.⁶⁵

Det finns ytterligare undantag från lagens tillämpningsområde. I 1 kap. 10 § LUFS anges bland annat att lagen inte gäller för kontrakt för vilka tillämpningen av lagen skulle kräva att en upphandlande

⁶² Genom 1 kap. 9 § LUFS genomförs endast artikel 346.1 b.

⁶³ Se t.ex. *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, EU:C:2012:324.

⁶⁴ Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar (Kommissionens tolkningsmeddelande), KOM(2006) 779 slutlig av den 7 december 2006.

⁶⁵ Kommissionens tolkningsmeddelande, s. 8.

myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen, som avser underrättelseverksamhet och även, på samma sätt som i LUK, för kontrakt som en regering tilldelas av en annan regering. Bestämmelsen genomför artikel 13 i LUFSDirektivet. Artikel 13 a i LUFSDirektivet reglerar skyddet för information vars avslöjande en medlemsstat anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Detta skyddsintresse framgår också av artikel 346.1 a EUF-fördraget där det anges att ingen medlemsstat ska vara förpliktigad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

4.10.4 Möjligheten att beakta säkerhetsaspekter enligt LUFSDirektivet

Det finns större möjligheter att beakta säkerhetsaspekter för upphandlande myndigheter och enheter enligt LUFSDirektivet jämfört med de övriga upphandlingslagarna. I LUFSDirektivet finns en uteslutningsgrund som uttryckligen är kopplad till Sveriges säkerhet. En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören, på grundval av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, har kunnat konstateras inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera Sveriges säkerhet.⁶⁶

Risker för en medlemsstats säkerhet kan enligt skälen till LUFSDirektivet hänföra sig till vissa särdrag hos de produkter som den ekonomiska aktören levererat eller till dess andelsägarstruktur. En ekonomisk aktörs tillförlitlighet avhänger vidare särskilt förmågan att svara upp till den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet och informationssäkerhet.⁶⁷ I detta avseende konstateras att det i LUFSDirektivet också, till skillnad från de övriga upphandlingslagarna, finns bestämmelser enligt vilka upphandlande myndigheter och enheter får ställa vissa krav på leverantörer avseende informationssäkerhet och försörjningstrygghet (se 7 kap. 13–18 §§).

Vad gäller informationssäkerhet uttrycks den generella principen i 7 kap. 13 § LUFSDirektivet att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att ställa krav på informationssäkerhet i upphandlingens alla

⁶⁶ 11 kap. 2 § första stycket 5 LUFSDirektivet.

⁶⁷ Skäl 65 och 67 till LUFSDirektivet.

steg fram till dess att tilldelningsbeslutet har fattats.⁶⁸ Bestämmelsen ger upphandlande myndigheter eller enheter möjlighet att ställa krav på leverantörer för att skydda *säkerhetskyddsklassificerade uppgifter*. Med säkerhetskyddsklassificerade uppgifter avses enligt LUF information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till Sveriges säkerhet enligt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk.⁶⁹

Av 7 kap. 17 § LUF framgår en icke-uttömmande uppräkningslista av krav som får ställas på anbuderna avseende försörjningstrygghet.

4.10.5 Undantag för kontrakt som tilldelas enligt internationella regler eller med koppling till EUF-fördraget

Enligt artikel 17 LOU-direktivet ska direktivet bland annat inte tillämpas på offentliga kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter och som den upphandlande myndigheten är skyldig att tilldela enligt andra upphandlingsförfaranden än de som förskrivs i direktivet, som fastställs exempelvis genom ett internationellt avtal som i överensstämmelse med fördragen har ingåtts mellan en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer eller genom en internationell organisation. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 27 LUF-direktivet men saknas i LUK-direktivet. Artiklarna i fråga är införlivade i LOU och LUF.⁷⁰

I artikel 12 LUF-direktivet anges bland annat att direktivet inte ska tillämpas på kontrakt som omfattas av särskilda förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en eller flera medlemsstater och ett eller flera tredjeländer, samt särskilda förfaranderegler som tillämpas av en internationell organisation som gör inköp för sitt eget bruk, och inte heller kontrakt som måste tilldelas av en medlemsstat i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

⁶⁸ Prop. 2010/11:150 s. 380.

⁶⁹ 2 kap. 22 § LUF.

⁷⁰ 3 kap. 7 och 9 §§ LOU och 3 kap. 6 och 8 §§ LUF.

I förarbetena till den svenska bestämmelse som genomför artikeln (1 kap. 8 § LUFSS) anges att det inte framgår av direktivet vilka kvalitativa krav som ställs på de särskilda förfarandereglerna som anges i artikeln, men att det borde avse ett antal uttryckliga regler som åtminstone berör tilldelning av kontrakt, anskaffningsprocessen och allmänna principer. Vidare anges att en sådan internationell överenskommelse som avses i artikeln bland annat kan vara ett så kallat Memorandum of understanding (MoU, samförståndsavtal) slutet mellan stater.⁷¹

Av artikel 2 LUFSS-direktivet följer vidare att kontrakt som kan undantas med stöd av artiklarna 36, 51, 52, 62 och 346 i EUF-fördraget faller utanför direktivets tillämpningsområde. I dessa artiklar föreskrivs specifika undantag från tillämpningen av EUF-fördragets principer och följaktligen från tillämpningen av den sekundärlagstiftning som utgår från dem. Därmed får ingen bestämmelse i direktivet förbjuda att åtgärder införs eller tillämpas som skulle visa sig vara nödvändiga för att skydda de intressen som erkänns som berättigade enligt dessa bestämmelser i fördraget. Artikel 2 genomförs genom 1 kap. 7 § LUFSS. De intressen som erkänns som berättigade är bland annat sådana som hänför sig till allmän ordning och allmän säkerhet.⁷²

Bestämmelserna i EUF-fördraget som medger undantag från fördragets bestämmelser ska tillämpas restriktivt och den upphandlande myndighet eller enhet som avser att stödja sig på ett undantag ska kunna visa att förutsättningar föreligger som motiverar undantaget.⁷³

⁷¹ Prop. 2010/11:150 s. 159.

⁷² Prop. 2010/11:150 s. 156.

⁷³ Prop. 2010/11:150 s. 156–157.

5 EU:s inre marknad, gemensam handelspolitik och internationella avtal

5.1 Principen om tilldelade befogenheter

Samarbetet inom EU vilar på principen om tilldelade befogenheter. Med detta avses att unionen endast har de befogenheter som medlemsstaterna tilldelat den i fördragen för att nå de gemensamma mål som fastställs där. De befogenheter som inte har tilldelats unionen i fördragen tillhör medlemsstaterna. EUF-fördraget innehåller i de inledande artiklarna en befogenhetskatalog som till viss del upprepas i vissa materiella bestämmelser i fördragen. Den uppräknningen är tillämplig på unionens interna och externa befogenheter.

Unionens befogenheter kan i princip delas in i tre kategorier. Dessa utgörs av befogenheter som tilldelats unionen ensam (exklusiv befogenhet), befogenheter som delas mellan EU och medlemsstaterna (delad befogenhet) eller befogenhet som i huvudsak omfattas av medlemsstaternas befogenhet (stödjande, samordnande eller kompletterande åtgärder).

5.2 EU:s inre marknad

EU:s medlemsstater samt EES-länderna Norge, Island och Liechtenstein utgör tillsammans EU:s inre marknad. De tre senare länderna ingår i samarbetet genom EES-avtalet (se avsnitt 4.9.1).

Den inre marknaden är en av de mest centrala delarna av unionen. I artikel 26.2 EUF-fördraget definieras den som ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital är

säkerställd. Syftet med den inre marknaden är alltså att undanröja handelshinder mellan medlemsstaterna och premiera fri rörlighet inom hela EU för varor, tjänster, personer och kapital. Fri rörlighet av de s.k. fyra friheterna räknas till en av de grundläggande rättigheterna inom unionsrätten. En grundprincip som följer av detta är att likabehandling och likvärdiga möjligheter till marknadstillträde oavsett nationalitet ska säkerställas. Det framgår av artikel 18 EUF-fördraget. När det gäller offentlig upphandling innebär detta bland annat att leverantörer ska kunna konkurrera på lika villkor inom hela EU.

Av artikel 4.2 a EUF-fördraget framgår att EU och medlemsstaterna har delad befogenhet på den inre marknaden. Det innebär som utgångspunkt att medlemsstaterna får utöva sin befogenhet om och i den mån EU inte utövar sin befogenhet (artikel 2.2 EUF-fördraget).

Under lång tid dominerade de handelsekonomiska övertågandena utvecklingen av den inre marknaden. Tullarna mellan medlemsstaterna avskaffades och såväl unionens rättsregler som rättspraxis fokuserade främst på att undanröja olika typer av handelshindrande, nationella bestämmelser med en diskriminerande udd mot varor, tjänster och arbetstagare från andra medlemsstater. EU-domstolen har spelat en stor roll i detta arbete. Med en ökad integration, införandet av unionsmedborgarskapet och unionens utvidgade kompetenser, exempelvis på området för frihet, säkerhet och rättvisa, samt den monetära unionen, har emellertid i stigande grad även tidigare accepterade, icke-diskriminerande nationella regleringar med handelshindrande eller rörelsehämmande effekter kommit att ifrågasättas. Numera ställs väsentligt större krav än tidigare på gemensam inre marknadslagstiftning utformad på EU-planet.⁷⁴

5.3 Den gemensamma handelspolitiken

EU:s gemensamma handelspolitik faller, till skillnad från den inre marknaden, under EU:s exklusiva befogenhet (artikel 3.1 e EUF-fördraget). Det innebär att medlemsstaterna helt har överfört beslutandekompetens att hantera dessa frågor till EU. I artikel 207

⁷⁴ Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder* (2022, JUNO), s. 297–298.

EUF-fördraget regleras den gemensamma handelspolitiken närmare. Den gemensamma handelspolitiken ska grunda sig på enhetliga principer, särskilt när det gäller ändring av tullsatser och ingående av tull- och handelsavtal som rör utbyte av varor och tjänster samt handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter, utländska direktinvesteringar, enhetlighet i fråga om liberaliseringsåtgärder, exportpolitik och handelspolitiska skyddsåtgärder, inbegripet åtgärder vid dumpning och subventioner. Den gemensamma handelspolitiken ska föras inom ramen för principerna och målen för EU:s yttre åtgärder, vilket innebär att den avser politiken vid handeln med tredjeländer, och inte handeln på den inre marknaden.⁷⁵

Vad som kan sägas omfattas av den gemensamma handelspolitiken, och därmed hör till EU:s exklusiva kompetens, har varit föremål för EU-domstolens prövning i flera fall. I EU-domstolens plenumyttrande över ett frihandelsavtal mellan EU och Singapore prövades om ett sådant avtal kunde ingås av EU ensamt eller om det även måste ingås av var och en av unionens medlemsstater. Frågan som yttrandet rörde var alltså om unionen hade exklusiv befogenhet att ingå avtalet, eller om det i stället rådde gemensam befogenhet mellan unionen och medlemsstaterna. Frihandelsavtalet innehöll ett kapitel rörande parternas reglering av offentlig upphandling som angav att vardera parten skulle ge leverantörer av varor och tjänster från den andra parten en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas inhemska leverantörer. Av domstolens yttrande framgår att denna typ av reglering är ägnad att direkt och omedelbart påverka utbytet av varor och tjänster mellan parterna och därför omfattas av unionens exklusiva befogenhet.⁷⁶ Samma slutsats har därefter kommit till uttryck i EU-domstolens dom i Kolin.⁷⁷

5.4 EU:s åtgärder för att stärka unionens säkerhet, konkurrenskraft och den inre marknaden

I en tid av ökad global instabilitet har EU vidtagit flera åtgärder som ett led i att stärka EU:s säkerhet, konkurrenskraft och trygga den

⁷⁵ Daiichi Sankyo och Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, punkt 50.

⁷⁶ Yttrande 2/15 (Frihandelsavtal med Singapore), av den 16 maj 2017, EU:C:2017:376, punkt 75–77.

⁷⁷ Kolin, punkt 57. Se även Qingdao, punkt 60.

inre marknaden. I de politiska riktlinjerna för kommissionen 2024–2029 tillkännagav dess ordförande Ursula von der Leyen en översyn av LOU-, LUF- och LUK-direktiven som bland annat ska göra det möjligt att ge europeiska produkter företräde vid offentlig upphandling i vissa strategiska sektorer och ge försörjningstrygghet för kritiska tekniklösningar, produkter och tjänster. Den översynen är nu påbörjad. I samma tillkännagivande påpekades också behovet av en ny industristrategi för EU med en bättre samordning, mer investeringar, mer innovation och ett djärvare utnyttjande av den inre marknaden samt de ekonomiska och handelspolitiska verktygen.⁷⁸

Vidare finns i kommissionens strategi för den inre marknaden från maj 2025 förslag på en rad åtgärder som bland annat består i att se över ramen för offentlig upphandling och att i samordning med denna översyn även se över LUF-direktivet för att förenkla och harmonisera regler och förfaranden samt för att ta hänsyn till en eventuellt europeisk preferens.⁷⁹

Därtill har kommissionen nyligen avslutat en utvärdering av LOU-, LUF- och LUK-direktiven. Av utvärderingen framgår bland annat att bevis som samlats in under den utvärderade perioden understryker behovet av tydlighet i direktiven avseende tillträde för sådana tredjelandslieferantörer som saknar garanterad tillgång till EU:s marknader för offentlig upphandling samt att upphandlande myndigheter ofta upplever osäkerhet kring hur ursprunget för den leverantören ska fastställas. Dessa svårigheter förvärras ytterligare vid bedömningen av ursprunget för de varor eller tjänster som ingår i anbudet och trots att LUF-direktivet innehåller en möjlighet att begränsa från vilka länder varor och tjänster får komma, visar samråd med både upphandlande myndigheter och leverantörer att den möjligheten sällan utnyttjas.⁸⁰

I juni 2025 presenterade kommissionen ett s.k. omnibuspaket om försvarsberedskap (Defence Readiness Omnibus) som syftar till att

⁷⁸ Se Mission Letter from Ursula von der Leyen to Stéphane Séjourné och Europeiska kommissionen.

⁷⁹ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén: ”Den inre marknaden: vår europeiska hemmamarknad i en osäker värld - En strategi för att göra den inre marknaden enkel, smidig och stark”, COM(2025) 500 final av den 21 maj 2025, s. 6.

⁸⁰ Commission Staff Working Document, Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities, SWD(2025) 332 final av den 14 oktober 2025, s. 10.

främja EU:s försvarsberedskap och industriuppbyggnad. I paketet ingår bland annat förslag på att förenkla bestämmelserna om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet genom ändringar av LUFSDirektivet. Vidare planeras en fullständig översyn av direktivet till 2026.⁸¹

Utöver de ovan angivna åtgärderna gäller sedan 2022 den tidigare nämnda IPI-förordningen, vars syfte bland annat är att förbättra tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till marknader för offentlig upphandling och koncession i tredjeländer. Samtidigt ger IPI-förordningen också EU en möjlighet att anta åtgärder gentemot ett tredjeland i syfte att begränsa tillträdet för ekonomiska aktörer, varor eller tjänster från det landet till upphandlingsförfaranden i unionen. En sådan åtgärd har vidtagits mot Kina i fråga om medicintekniska produkter.⁸²

En liknande rättsakt är den s.k. FSR-förordningen⁸³ som tar sikte på utländska subventioner som snedvrider konkurrensen på den inre marknaden. Enligt förordningen har kommissionen befogenhet att undersöka ekonomiska bidrag som lämnats av länder utanför EU till företag som är verksamma inom EU och om kommissionen bedömer att ett ekonomiskt bidrag snedvrider den inre marknaden kan kommissionen besluta om åtgärder för att avhjälpa dessa effekter. Detta kan påverka vissa upphandlingar genom att kommissionen ska pröva om avtal får tilldelas mot bakgrund av att leverantörer eller underleverantörer har fått utländska subventioner.

Vidare har EU antagit flera stora paket med sanktioner mot Ryssland och Belarus med anledning av Rysslands fullskaliga invasion av Ukraina. Sanktionerna innebär bland annat att offentliga kontrakt inte får tilldelas ryska företag och ett förbud mot att köpa,

⁸¹ Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, Omnibuspaket om försvarsberedskap, COM(2025) 820 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiven 2009/43/EG och 2009/81/EG vad gäller förenkling av överföringar inom EU av försvarsrelaterade produkter och förenkling av säkerhets- och försvarsupphandling, COM(2025) 823 final samt Försvarsdepartementets faktabromemoria av den 5 augusti 2025, FPM-nr: 58.

⁸² Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2025/1197 av den 19 juni 2025 om införande av en åtgärd enligt instrumentet för internationell upphandling för att begränsa tillträdet för ekonomiska aktörer och medicintekniska produkter med ursprung i Folkrepubliken Kina till Europeiska unionens marknad för offentlig upphandling av medicintekniska produkter i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1031.

⁸³ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2560 av den 14 december 2022 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden.

importera och transportera vissa varor och tjänster från Ryssland och Belarus.⁸⁴

5.5 EU:s och medlemsstaternas befogenhet att ingå internationella avtal

EU:s befogenhet att ingå internationella avtal följer av artikel 216 EUF-fördraget. Utgångspunkten är att unionen får ingå avtal med ett eller flera tredjeländer eller internationella organisationer, om fördragen föreskriver detta. Samma artikel anger också att unionen får ingå sådana avtal

- när det är nödvändigt att ingå ett avtal för att inom ramen för unionens politik förverkliga något av de mål som avses i fördragen,
- när det föreskrivs i någon av unionens rättsligt bindande akter, eller
- när ingående av ett avtal kan komma att inverka på gemensamma regler eller räckvidden för dessa.

När EU har exklusiv extern befogenhet är det endast EU som får förhandla och ingå internationella avtal. Så var t.ex. fallet i fråga om det ovan angivna frihandelsavtalet med Singapore (se avsnitt 5.2). I artikel 3.1 EUF-fördraget återfinns de politikområden som omfattas av EU exklusiva befogenhet att ingå internationella avtal. Det framgår därutöver av artikel 3.2 att EU har exklusiv befogenhet att ingå ett internationellt avtal

- om ingåendet av avtalet föreskrivs i en unionslagstiftningsakt,
- om ingåendet av avtalet är nödvändigt för att unionen ska kunna utöva sin befogenhet internt, eller
- i den mån ingåendet av avtalet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa.

⁸⁴ Se artikel 5k i Rådets förordning (EU) nr 833/2014 om restriktiva åtgärder mot bakgrund av Rysslands åtgärder som destabiliserar situationen i Ukraina i dess konsoliderade version samt information på Upphandlingsmyndighetens webbplats: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstifning/andra-regler-som-kan-bli-aktuella/eu-forordningar-med-bestammelser-om-offentlig-upphandling/sanktioner-paverkan-upphandling/> (september 2025).

Enligt EU-domstolen måste bedömningen att EU:s befogenhet är exklusiv enligt den tredje strecksatsen grundas på en konkret bedömning av förhållandet mellan det planerade internationella avtalet och gällande unionsrätt, av vilken det framgår att ett sådant avtal kan påverka unionens gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa.⁸⁵

På områden med delad extern befogenhet har både unionen och medlemsstaterna befogenhet att ingå internationella avtal. Unionen har delad befogenhet med medlemsstaterna om den genom fördragen tilldelas en befogenhet som inte omfattas av de områden som avses i artiklarna 3 (exklusiv befogenhet) och 6 (stödjande, samordnande och kompletterande befogenhet) EUF-fördraget. Den delade befogenheten framgår till viss del av artikel 4 EUF-fördraget där ett antal huvudområden räknas upp, exempelvis den inre marknaden, energi och området med frihet, säkerhet och rättvisa.

Om ett internationellt avtal helt eller delvis faller inom de områden där befogenheten är delad mellan unionen och medlemsstaterna ingås avtalet normalt av både unionen och medlemsstaterna, ett så kallat blandat avtal.

⁸⁵ Kommissionen mot rådet, C-114/12, EU:C:2014:2151, punkt 74.

6 EU-domstolens avgöranden i målen Kolin och Qingdao

6.1 EU-domstolens dom i mål C-652/22, Kolin

6.1.1 Bakgrunden till domstolens prövning

Bakgrunden till EU-domstolens prövning i målet var ett upphandlingsförfarande för byggandet av järnvägsinfrastruktur i Kroatien som initierades av det statsägda bolaget HŽ Infrastruktura d.o.o. Kontraktet tilldelades ett konsortium baserat inom EU, Strabagkonsortiet. Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ, ett turkiskt bolag som också var anbudsgivare i upphandlingen, angrep beslutets laglighet och saken kom så småningom att bli föremål för prövning i den kroatiska appellationsdomstolen för förvaltningsmål.

Appellationsdomstolen begärde att EU-domstolen genom förhandsavgörande skulle förtydliga under vilka omständigheter en upphandlande enhet får begära att anbudsgivare inkommer med rättelser eller klarlägganden av sitt ursprungliga anbud efter det att tidsfristen för inlämning av anbud gått ut. Tolkningsfrågorna avsåg LUF-direktivet, och närmare bestämt artiklarna 36 och 76 som reglerar de grundläggande principerna för upphandling och tilldelning av kontrakt.

6.1.2 Första steget i domstolens prövning

EU-domstolen prövade i ett första steg om en talan mot ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt som väckts av en ekonomisk aktör från ett tredjeland kan prövas enligt de regler om offentlig

upphandling som unionslagstiftaren har infört. Av domstolens avgörande i denna del framgår bland annat följande.

I förhållande till vissa tredjeländer är EU bunden av internationella avtal som på ett ömsesidigt och likvärdigt sätt garanterar tillträde till offentlig upphandling i dessa tredjeländer för ekonomiska aktörer i unionen, och för ekonomiska aktörer i nämnda tredjeländer att delta i offentliga upphandlingar inom unionen. Artikel 43 i LUF-direktivet återspeglar dessa internationella åtaganden då det i artikeln anges att medlemsstaterna ska bevilja ekonomiska aktörer från tredjeländer som är parter i ett sådant avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas ekonomiska aktörer i unionen. Rätten till en inte mindre gynnsam behandling innebär att ekonomiska aktörer från tredjeländer med denna typ av avtal kan åberopa bestämmelserna i direktivet

Det finns visserligen inte något som hindrar ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal att delta i upphandlingsförfaranden som regleras av direktivet, såvida unionen inte vidtagit några uteslutningsåtgärder. Men unionsrätten utgör ett hinder mot att sådana aktörer åberopar direktivet och kräver att deras anbud ska behandlas lika i förhållande till anbud som lämnats av anbudsgivare i medlemsstaterna och anbudsgivare från sådana tredjeländer som avses i artikel 43 i direktivet, dvs. tredjeländer med avtal.

Reglerna om offentlig upphandling i LUF-direktivet har införts för att säkerställa en icke-snedvriden konkurrens för vilken principen om likabehandling utgör grunden. Om ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal skulle omfattas av tillämpningsområdet för reglerna skulle det få till följd att sådana aktörer gavs en rätt till en inte mindre gynnsam behandling i strid med artikel 43. En sådan rätt är nämligen begränsad till ekonomiska aktörer från tredjeländer som ingått ett sådant internationellt avtal med unionen som avses i artikeln.

Den rätt som ”alla intresserade ekonomiska aktörer” har att lämna ett anbud efter en anbudsinfordran enligt artikel 45.1 i direktivet omfattar således inte ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal. Denna rätt innebär inte heller att sådana aktörer har möjlighet åberopa direktivet när de tillåtits att delta i ett sådant upphandlingsförfarande.

Enligt domstolen ska LUF-direktivet därför förstås så att ekonomiska aktörer i nämnda tredjeländer inte är garanterade

tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen och att dessa aktörer får uteslutas från sådana förfaranden, vilket också framgår av skäl 10 i IPI-förordningen.

Domstolen konstaterade att Turkiet inte ingått något sådant internationellt avtal med unionen som avses i artikel 43 som ger turkiska ekonomiska aktörer tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen på ett likvärdigt sätt med ekonomiska aktörer från unionen. När en upphandlande enhet godtagit att en turkisk ekonomisk aktör deltar i ett förfarande för offentlig upphandling som regleras av LUF-direktivet, kan denna aktör därför inte åberopa artiklarna 36 och 76 i direktivet för att angripa beslutet om tilldelning av det aktuella kontraktet.

6.1.3 Andra steget i domstolens prövning

I ett andra steg gick EU-domstolen vidare till att pröva om de frågor som ställts om tolkningen av artiklarna i LUF-direktivet ändå kunde tas upp till prövning på grund av att bestämmelserna i kroatisk lagstiftning som införlivar artiklarna kan tolkas så att de är tillämpliga utan åtskillnad mellan anbudsgivare från unionen och anbudsgivare från tredjeländer och att den berörda turkiska ekonomiska aktören därför ändå skulle kunna åberopa dem. Av domstolens avgörande i denna del framgår bland annat följande.

Den gemensamma handelspolitiken enligt artikel 207 EUF-fördraget är ett område där unionen enligt artikel 3.1 e EUF-fördraget har exklusiv befogenhet. Denna politik avser handel med tredjeländer och omfattar varje unionsrättsakt som har till huvudsakligt syfte att främja, underlätta eller reglera handeln och direkt och omedelbart påverkar denna. Samtliga rättsakter med allmän giltighet som har till specifikt till syfte att fastställa hur ekonomiska aktörer från ett tredjeland kan delta i upphandlingsförfaranden i unionen är ägnade att direkt och omedelbart påverka utbytet av varor och tjänster mellan detta tredjeland och unionen och omfattas därför av unionens exklusiva befogenhet enligt artikel 3.1 e EUF-fördraget.

Domstolen tillägger därefter att den gemensamma handelspolitiken förvisso inte omfattar internationella avtal på transportområdet och den kan således inte helt omfatta frågan om

ekonomiska aktörers tillträde till de sektorspecifika offentliga upphandlingar som avses i LUF-direktivet. Ingåendet av ett avtal som garanterar ekonomiska aktörer från ett tredjeland tillträde till sådana sektorspecifika offentliga upphandlingar omfattas emellertid enligt domstolen av en annan av unionens exklusiva befogenheter, nämligen den i artikel 3.2 EUF-fördraget. Det är således endast unionen som får anta en rättsakt med allmän giltighet som reglerar tillträdet till upphandlingsförfaranden för ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal med unionen som garanterar lika och ömsesidigt tillträde till offentliga upphandlingar. Unionen har dock inte bemyndigat medlemsstaterna att lagstifta eller anta rättsligt bindande akter i detta avseende. Det finns ännu inte heller några sådana rättsakter antagna av unionen som medlemsstaterna skulle kunna genomföra.

Enligt domstolen ankommer det i dessa situationer i stället på den upphandlande enheten att bedöma om ekonomiska aktörer från ett tredjeland utan avtal ska tillåtas att delta i ett upphandlingsförfarande. Om sådana aktörer tillåts delta är det också upp till den upphandlande enheten att bedöma ifall resultatet av jämförelsen mellan deras anbud och de anbud som lämnas av andra ekonomiska aktörer ska justeras. Den upphandlande enheten får därför i upphandlingsdokumenten ange sätt att behandla anbudsgivare som avspeglar den objektiva skillnaden mellan, å ena sidan, dessa ekonomiska aktörers rättsliga ställning och, å andra sidan, den rättsliga ställning för ekonomiska aktörer i unionen och från tredjeländer som ingått avtal med unionen.

Nationella myndigheter kan inte tolka de nationella bestämmelser som införlivar LUF-direktivet så att de även är tillämpliga på ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal. En sådan tolkning skulle nämligen åsidosätta unionens exklusiva befogenhet på detta område.

Även om det är tänkbart att sätten för att behandla sådana aktörer måste uppfylla vissa krav, såsom kraven på öppenhet och proportionalitet, kan en talan som väcks av en av dem om att den upphandlande enheten har åsidosatt dessa krav endast prövas mot bakgrund av nationell rätt och inte mot bakgrund av unionsrätten.

EU-domstolen konstaterade mot den bakgrunden att nationella myndigheter inte har befogenhet att göra de nationella bestämmelser som införlivar LUF-direktivet tillämpliga på tredjelandsaktörer utan

avtal som en upphandlande enhet tillåtit att delta i ett upphandlingsförfarande i den berörda medlemsstaten.

Domstolen gjorde slutligen bedömningen att tolkningen av artiklarna 36 och 76 i LUF-direktivet inte på något sätt kunde vara relevant för att avgöra det nationella målet och avvisade begäran om förhandsavgörande.

6.2 EU-domstolens dom i mål C-266/22, Qingdao

6.2.1 Bakgrunden till domstolens prövning

Bakgrunden till EU-domstolens prövning i målet var ett upphandlingsförfarande i Rumänien som genomfördes av Autoritatea pentru Reformă Feroviară (ARF). Upphandlingsförfarandet avsåg tåg med tillhörande underhålls- och reparations-tjänster. De ekonomiska aktörerna CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd och Astra Vagoane Călători SA (sammanslutningen) och Alstom Ferroviaria SpA (Alstom Ferroviaria) lämnade in anbud. ARF beslutade att tilldela Alstom Ferroviaria kontraktet och uteslöt sammanslutningen. Skälet för uteslutningen var att det ledande bolaget i sammanslutningen, CRRC Qingdao Sifang, inte bedömdes omfattas av begreppet ekonomisk aktör enligt rumänsk upphandlingslagstiftning eftersom bolaget hade sitt säte i Kina. Av nämnda lagstiftning följde nämligen att ekonomiska aktörer från ett tredjeland utan avtal med unionen som garanterar lika och ömsesidigt tillträde till offentliga upphandlingar, exempelvis Kina, skulle uteslutas.

Sammanslutningen överklagade beslutet om uteslutning som så småningom blev föremål för prövning i Appellationsdomstolen i Bukarest. Domstolen begärde förhandsavgörande från EU-domstolen och ställde frågor bland annat angående om principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet utgör hinder för att en anbudsgivare utesluts på grundval av en rättsakt som har trätt i kraft där det fastställts en ny bestämmelse som medför en ändring av definitionen av begreppet ekonomisk aktör, efter offentliggörandet av meddelandet om upphandling avseende det upphandlingsförfarande som den aktören deltar i.

Tolkningsfrågorna avsåg LOU-direktivet och en artikel av central betydelse var artikel 25 som behandlar villkor som rör GPA-avtalet och andra internationella avtal.

6.2.2 Första steget i domstolens prövning

EU-domstolen prövade inledningsvis huruvida tolkningsfrågorna kunde tas upp till prövning. ARF och Alstom Ferroviaria hävdade att så inte var fallet. ARF påpekade i detta avseende att Kina, där CRRC Qingdao Sifang är etablerat, saknar avtal med EU som ger tillträde till upphandlingsförfaranden och därmed inte omfattas av tillämpningsområdet för LOU-direktivet.

Domstolen konstaterade emellertid att det inte var uppenbart att den tolkning av unionsrätten som begärts saknade samband med de verkliga omständigheterna, saken i det nationella målet eller att den avsåg en hypotetisk fråga. Domstolen tog därför, till skillnad från i Kolin, upp frågorna till sakprövning.

Av domstolens resonemang i denna del framgår att de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling inte kan tillämpas på ett anbud som lämnats av en ekonomisk aktör från ett tredjeland utan avtal med unionen som garanterar lika och ömsesidigt tillträde till offentliga kontrakt.

6.2.3 Andra steget i domstolens prövning

EU-domstolen prövade de hänskjutna frågorna gemensamt. Av domstolens avgörande i denna del framgår bland annat följande.

Det aktuella upphandlingsföremålet omfattas inte av LOU-direktivet som det hänvisats till i begäran om förhandsavgörande, utan av tillämpningsområdet för LUF-direktivet. Artikel 25 i LOU-direktivet har motsvarande lydelse som artikel 43 i LUF-direktivet. Omständigheten att upphandlingsförfarandet inte kan omfattas av LOU-direktivet utan av LUF-direktivet har därför ingen betydelse för prövningen av de frågor som ställts. Prövningen görs mot bakgrund av båda artiklarna.

Artikel 25 i LOU-direktivet återspeglar samma internationella åtaganden som artikel 43 i LUF-direktivet, vad gäller avtal som på ett ömsesidigt och likvärdigt sätt garanterar tillträde till offentlig

upphandling i tredjeländer för ekonomiska aktörer i unionen, och för ekonomiska aktörer i nämnda tredjeländer att delta i offentliga upphandlingar inom unionen. Kina har inte ingått ett sådant avtal med unionen.

Utöver vad som framgår av Kolinmålet konstaterade EU-domstolen att det inte finns någon unionsrättslig bestämmelse som föreskriver att ekonomiska aktörer från ett tredjeland utan avtal med unionen som garanterar lika och ömsesidigt tillträde till offentliga upphandlingar ska tillåtas att delta i offentliga upphandlingsförfaranden eller uteslutas från dessa förfaranden. Mot bakgrund av de regler enligt vilka det är förbjudet för medlemsstaterna att lagstifta på området för den gemensamma handelspolitiken om unionen inte har gett sitt bemyndigande eller antagit någon rättsakt som ska genomföras, är det inte möjligt att tillämpa den i målet aktuella nationella lagstiftningen, enligt vilken den upphandlande enheten är skyldig att utesluta dessa ekonomiska aktörer.

Sammanfattningsvis besvarade EU-domstolen tolkningsfrågorna enligt följande. Artikel 3.1 e EUF-fördraget jämförd med artikel 2.1 EUF-fördraget ska tolkas så att den utgör hinder för att en upphandlande myndighet i en medlemsstat, i avsaknad av en unionsrättsakt som tillåter eller förbjuder tillträde till offentliga upphandlingar för ekonomiska aktörer från ett tredjeland som inte har ingått ett sådant internationellt avtal med unionen som avses i artikel 25 i LOU-direktivet, utesluter en ekonomisk aktör från ett sådant tredjeland på grundval av en lagstiftningsakt som denna medlemsstat har antagit utan att ha getts befogenhet till detta av unionen.

6.3 Slutsatser av domstolens avgöranden

EU-domstolens avgöranden i de båda målen innehåller ett flertal uttalanden som är av betydelse för hur tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med unionen ska behandlas i upphandlingsförfaranden.

För det första framgår att tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med EU inte är garanterade tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen. De kan därmed också uteslutas

från sådana förfaranden.⁸⁶ Det finns visserligen inget som hindrar att tredjelandslieferantörer från stater utan avtal tillåts delta i ett upphandlingsförfarande, såvida inte EU vidtagit några uteslutningsåtgärder mot landet i fråga.⁸⁷ Men inga av de unionsrättsliga bestämmelser som följer av LOU- och LUF-direktiven kan tillämpas på ett sådant anbud.⁸⁸

Om tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal tillåts delta i en upphandling kan de inte åberopa de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven och kräva att deras anbud behandlas lika i förhållande till anbud som lämnats av leverantörer från EU eller tredjeland som har avtal med unionen.⁸⁹ Eftersom tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal inte kan åberopa de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven kan en talan som väcks av en sådan leverantör inte heller prövas mot bakgrund av unionsrätten, utan endast mot sådana principer som följer av nationell rätt.⁹⁰

Vidare framgår av avgörandena att frågor som rör tredjelandslieferantörers tillträde till upphandlingsförfaranden faller inom ramen för EU:s gemensamma handelspolitik och därmed också inom unionens exklusiva befogenhet. Det innebär att endast unionen får lagstifta på området, antingen genom att införa ett system som garanterar tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal likvärdigt tillträde till upphandlingsförfaranden inom unionen, ett system för att utesluta dessa aktörer eller ett system enligt vilket resultatet av jämförelsen mellan deras anbud och andra leverantörers anbud justeras. Någon sådan unionsrättslig lagstiftning finns emellertid inte. Nationell reglering som ger tredjelandslieferantörer samma rättigheter som leverantörer från unionen strider därmed mot EU-rätten och är inte tillåten. Detsamma gäller nationell reglering som innebär en skyldighet att utesluta tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med EU från upphandlingsförfaranden eller som anger principer för hur deras anbud ska värderas i jämförelse med anbud från andra leverantörer.⁹¹ I Qingdao slog domstolen dessutom fast att det, mot

⁸⁶ Kolin, punkt 47 och Qingdao, punkt 59.

⁸⁷ Kolin, punkt 45.

⁸⁸ Qingdao, punkt 46.

⁸⁹ Kolin, punkt 45 och Qingdao, punkt 59.

⁹⁰ Kolin, punkt 66 och Qingdao, punkt 66.

⁹¹ Kolin, punkterna 55–62 och Qingdao, punkterna 60–62.

bakgrund av förbudet för medlemsstaterna att lagstifta på området för den gemensamma handelspolitiken, inte var möjligt att tillämpa den nationella reglering som föreskrev att tredjelandsleverantörer skulle uteslutas.⁹²

Avslutningsvis konstateras att EU-domstolen anger att det är upp till de upphandlande myndigheterna att bedöma om tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal ska tillåtas delta i ett upphandlingsförfarande och, om det tillåts, huruvida resultatet av jämförelsen mellan deras anbud och de anbud som lämnas av andra ekonomiska aktörer ska justeras.⁹³

6.4 Kommissionens Q&A

Kommissionen publicerade den 22 maj 2025 en Q&A (frågor och svar) i form av ett s.k. ”non-paper” benämnt *Participation in the EU procurement market of bidders from non-covered third countries in view of the recent Court of Justice case-law (Judgements in cases C-652/22, Kolin, and C-266/22, Qingdao)*.⁹⁴ Dokumentet är framtaget som ett svar på frågor från olika intressenter angående förutsättningarna för tredjelandsleverantörer att delta i upphandlingar på unionens upphandlingsmarknad i ljuset av EU-domstolens domar.

I detta avsnitt sammanfattas valda frågor och svar av relevans för den fortsatta analysen. Det ska noteras att det som anges i kommissionens dokument inte är bindande eftersom tolkningen av unionsrätten slutligen ankommer på EU-domstolen.

Vad gäller om det i praktiken saknas reciprocitet (ömsesidighet) i vissa fall med tredjeländer som har ingått ett avtal med EU? Bör en upphandlande myndighet även utesluta sådana anbudsgivare?

Om ett visst upphandlingsförfarande omfattas av unionens internationella åtaganden behöver upphandlande myndigheter inte pröva huruvida tillträde till det aktuella tredjelandets

⁹² Qingdao, punkt 64.

⁹³ Kolin, punkt 63 och Qingdao, punkt 63.

⁹⁴ Kommissionens webbplats: <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/resources/qa-participation-eu-procurement-market-bidders-non-covered-third-countries-cases-c-65222> (oktober 2025).

upphandlingsmarknad har beviljats på ett ömsesidigt och likvärdigt sätt. När det gäller ömsesidighet och likvärdighet i marknadstillträde har leverantörer från ett tredjeland med vilket EU har internationella åtaganden – såsom parter i GPA-avtalet eller i ett bilateralt avtal med upphandlingsåtaganden – tillförsäkrats tillträde till EU:s upphandlingsmarknad i den utsträckning som följer av unionens åtaganden i dessa avtal.⁹⁵

Kan EU-domstolens slutsatser i Kolin tillämpas även i fråga om varor och tjänster från tredjeland utan avtal?

EU-domstolen behandlar endast frågan om leverantörer från tredjeländer utan avtal med EU ska få tillträde till unionens upphandlingsmarknad och uttalar sig inte om tillträde för varor eller tjänster med ursprung i sådana tredjeländer.⁹⁶

Är det korrekt att tolka avgörandet som att det inte påverkar förfaranden under EU:s tröskelvärden?

EU:s gemensamma handelspolitik, som utgör kärnan i domstolens resonemang, är inte föremål för några tröskelvärden eller beroende av existensen av ett gränsöverskridande intresse. Därför är principerna i Kolin tillämpliga på varje offentligt upphandlingsförfarande, oberoende av tröskelvärden och anbudets värde.⁹⁷

Hur ska avgörandet tolkas när det gäller medlemmar i konsortier?

EU-domstolen uttalar sig inte uttryckligen om konsortier eller medlemmar i konsortier från tredjeländer utan avtal som lämnar anbud i upphandlingar. Det ankommer därför på varje upphandlande myndighet att från fall till fall avgöra om leverantörer från sådana tredjeländer ska tillåtas delta i en upphandling, antingen i eget namn eller som medlemmar i ett konsortium. I det avseendet kan artikel 3

⁹⁵ Punkt 1.3 i kommissionens Q&A.

⁹⁶ Punkt 1.4. i kommissionens Q&A.

⁹⁷ Punkt 1.5. i kommissionens Q&A.

i IPI-förordningen och punkt 1 i IPI-riktlinjerna⁹⁸ användas som inspiration för att fastställa en leverantörs ursprung.⁹⁹

Hur ska avgörandet tolkas när det gäller underleverantörer och användningen av annans kapacitet?

Domstolen uttalar sig inte uttryckligen om underleverantörer eller om användningen av kapaciteten hos företag från tredjeland utan avtal. Det ankommer på varje upphandlande myndighet eller enhet att från fall till fall avgöra huruvida anbud som föreslår underleverantörer från sådana länder ska tillåtas i ett visst upphandlingsförfarande. Det är även upp till varje upphandlande myndighet eller enhet att besluta om anbud som bygger på kapaciteten hos företag från tredjeländer utan avtal ska godtas.¹⁰⁰

Behöver nationell lagstiftning ändras med anledning av Kolin-domen, eller är detta helt förbjudet på grund av EU:s exklusiva kompetens?

I den utsträckning en medlemsstats nationella lagstiftning innehåller bestämmelser som rör tillträde, eller avsaknad av tillträde, till offentlig upphandling inom EU för tredjelandsleverantörer från stater utan avtal bör sådan lagstiftning ändras på lämpligt sätt för att ta domen i beaktande eftersom sådana bestämmelser antagits utan hänsyn till unionens exklusiva kompetens på området. Under tiden kan dessa nationella bestämmelser – antagna i strid med EU:s exklusiva behörighet – inte tillämpas.¹⁰¹

Bör särskilda nationella regler införas i syfte att säkerställa rättsligt skydd för ekonomiska aktörer från tredjeland som inte omfattas av något avtal?

Medlemsstaterna får inte lagstifta eller anta rättsligt bindande rättsakter med allmän tillämpning som reglerar tillträdet till EU:s

⁹⁸ Meddelande från kommissionen, *Riktlinjer för att underlätta upphandlande myndigheters och upphandlande enheters samt ekonomiska aktörers tillämpning av IPI-förordningen (2023/C 64/04)*.

⁹⁹ Punkt 2.1. i kommissionens Q&A.

¹⁰⁰ Punkt 2.2. i kommissionens Q&A.

¹⁰¹ Punkt 3.1. i kommissionens Q&A.

upphandlingsmarknad för tredjelandsleverantörer från stater utan avtal. Nationella bestämmelser som syftar till att säkerställa rättsligt skydd för tredjelandsleverantörer från stater utan avtal får inte bygga på införlivandet av de principer som fastställs i rättsmedelsdirektiven.¹⁰²

Bör den upphandlande myndighetens beslut angående hur tredjelandsleverantörer ska behandlas fattas från fall till fall, eller kan myndigheten exempelvis fastställa interna riktlinjer för sina beslut?

Medlemsstaters myndigheter kan inte anta några regler med generell tillämplighet för hur tredjelandsleverantörer från stater utan avtal med EU ska behandlas. Detsamma gäller regler som avser vilket rättsligt skydd sådana leverantörer ska ges och alla andra villkor som rör deras tillträde till EU:s upphandlingsmarknad. Enskilda upphandlande myndigheter får fatta beslut angående sina egna upphandlingsförfaranden avseende dessa tredjelandsleverantörer, antingen utifrån en bedömning från fall till fall eller genom ett icke-bindande enhetligt förfarandesätt.¹⁰³

Får en upphandlande myndighet tillämpa samma anbuds villkor för tredjelandsleverantörer som omfattas av EU:s internationella avtal och för sådana utan avtal?

En upphandlande myndighet kan välja att tillämpa samma anbuds villkor för anbud som kommer från leverantörer från tredjeland utan avtal och behandla dem likvärdigt med anbud från en medlemsstat eller ett tredjeland med avtal. Tredjelandsleverantörer utan avtal har dock inte rätt att få sin sak prövad i enlighet med den nationella lagstiftning som införlivar EU-rätten.¹⁰⁴

¹⁰² Punkt 3.2. i kommissionens Q&A.

¹⁰³ Punkt 4.2. i kommissionens Q&A.

¹⁰⁴ Punkt 5.1. i kommissionens Q&A.

Förhindrar unionsrätten en upphandlande myndighet att behandla ett anbud som lämnats av en tredjelandslieferantör från en stat utan avtal med EU mindre förmånligt även om det inte angetts i upphandlingsdokumenten?

Unionsrätten omfattar för närvarande inte sådana tredjelandslieferantörer. Den enda rättsliga regleringen för hur de ska behandlas följer av nationell lagstiftning som inte utgör ett införlivande av EU-rätten.¹⁰⁵

Bör upphandlande myndigheter ange i upphandlingsdokumenten om de tillåter att tredjelandslieferantörer från stater utan avtal deltar i upphandlingen?

Upphandlande myndigheter kan välja att ange att de tillåter tredjelandslieferantörer från stater utan avtal att delta i en upphandling och vad som i så fall gäller för sådana anbud. Men den upphandlande myndigheten kan också välja att inte tillkännage det på förhand och har ändå kvar möjligheten att antingen acceptera eller utesluta ett sådant anbud under alla delar av upphandlingsförfarandet.¹⁰⁶

Får tredjelandslieferantörer från stater utan avtal åberopa nationella bestämmelser som grundar sig på EU:s upphandlingsrätt i en överklagandeprocess?

Nationella bestämmelser som genomför EU:s upphandlingslagar får inte tolkas som att de är tillämpliga även på tredjelandslieferantörer från stater utan avtal med EU. En talan från sådana leverantörer, med påstående om att den upphandlande myndigheten eller enheten har åsidosatt vissa krav, kan endast prövas mot bakgrund av nationell rätt och inte mot bakgrund av EU-rätten.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Punkt 5.2. i kommissionens Q&A.

¹⁰⁶ Punkt 5.3. i kommissionens Q&A.

¹⁰⁷ Punkt 6.1. i kommissionens Q&A.

Hur bör krav på transparens och proportionalitet samt överträdelser av sådana principer tolkas enbart med utgångspunkt i nationell rätt?

Tredjelandsleverantörer från stater utan avtal åtnjuter inga rättigheter som följer av EU:s upphandlingsrätt. Det inkluderar de krav på transparens och proportionalitet som fastställts i EU-rätten och införlivats i den nationella rättsordningen. Det står de behöriga nationella myndigheterna fritt att identifiera andra nationella bestämmelser, vilka inte genomför EU:s upphandlingsrätt, som tredjelandsleverantörer utan avtal kan åberopa.¹⁰⁸

Vad bör medlemsstaterna vidta för åtgärder för att uppfylla skyldigheten att säkerställa tillgång till domstolsprövning enligt Europakonventionen (EKMR), om leverantörer från tredjeländer utesluts och inte kan åberopa EU:s rättsmedelsdirektiv? Skulle nationell lagstiftning som ger dessa leverantörer tillgång till domstol anses vara oförenlig med unionsrätten (exklusiv kompetens)?

Ingenting i Kolin- domen rör tillgång till rättslig prövning eller rätten till en rättvis rättegång. Domen avser i stället enbart de materiella rättigheter avseende tillgång till upphandlingsförfaranden och rättsmedel som leverantörer kan åtnjuta uteslutande enligt nationell rätt.

Ekonomiska aktörer från tredjeländer utan avtal åtnjuter inte de rättigheter som följer av EU:s upphandlingsrätt, särskilt inte rättsmedelssystemet som grundar sig på bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven, och som har införlivats i nationell rätt. Nationella prövningsorgan kan identifiera andra nationella bestämmelser som kan vara tillämpliga i sådana fall. Följaktligen skulle varje eventuell fråga om förenlighet med EKMR enbart avse nationell rätt och sakna koppling till någon form av tillämpning av unionsrätten från en medlemsstats sida.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Punkt. 6.2. i kommissionens Q&A.

¹⁰⁹ Punkt 6.5. i kommissionens Q&A.

7 Internationell utblick

Hur tillträdet till upphandlingsförfaranden för tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med unionen regleras genom nationell lagstiftning varierar mellan EU:s medlemsstater. Nedan följer en översiktlig beskrivning av relevanta regleringar i fyra medlemsstater.

7.1 Österrike

Av upphandlingslagstiftningen i Österrike framgår att upphandlingsförfaranden inom den s.k. klassiska sektorn, dvs. den som styrs av LOU-direktivet, bland annat ska genomföras med beaktande av EU-rättens principer, till exempel principerna om likabehandling och transparens. Det påverkar dock inte sådan olika behandling av anbudssökande och anbudsgivare som är tillåten enligt folkrätten.¹¹⁰ Motsvarande reglering finns för upphandlingar inom försörjningssektorerna och av koncessioner.¹¹¹ Denna lagstiftning fanns i Österrike redan innan EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao.

Av ett cirkulär från Bundesministerium für Justiz (den österrikiska motsvarigheten till Justitiedepartementet) om den upphandlingsrättsliga ställningen för leverantörer från tredjeländer utan frihandelsavtal med EU framgår bland annat följande.

Det ankom innan EU-domstolens avgörande i Kolin på upphandlande myndigheter och enheter att fatta beslut om tillträde till upphandlingar för leverantörer från tredjeländer. Om en sådan leverantör medgavs tillträde bedömdes denna därigenom få samma rättigheter som leverantörer inom EES-området. Efter EU-

¹¹⁰ § 20 Bundesvergabegesetz 2018.

¹¹¹ § 193 Bundesvergabegesetz 2018 och § 14 Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018.

domstolens avgörande i Kolin ändrades denna bedömning till att leverantörer från tredjeländer inte har rätt till likabehandling enligt upphandlingsdirektiven även om de tillåts att delta i ett upphandlingsförfarande. Eftersom de österrikiska upphandlingslagarna genomför rättsakter från unionen kan tredjelandslieferantörer inte åberopa upphandlingsrättsliga bestämmelser och principer. De bedöms även sakna tillgång till rättsmedel. Det har lämnats till den nationella rättstillämpningen att klargöra vilka rättsmedel på nationell nivå som leverantörerna i fråga kan göra gällande.¹¹²

Enligt Bundesministerium für Justiz bedömning är EU-domstolens uttalanden i Kolin därutöver tillämpliga på upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. Bundesministerium für Justiz har preliminärt gjort bedömningen att leverantörer från tredjeländer i princip inte har några rättigheter enligt lagen och att de även saknar tillgång till rättsmedel, men nämner också att en diskussion pågår mellan medlemsstaterna och kommissionen om denna fråga.¹¹³

Upphandlande myndigheter och enheter i Österrike hänvisas till kommissionens sökverktyg Access2Markets för att få en överblick över vilka länder vars företag har rätt att delta i ett upphandlingsförfarande.¹¹⁴

7.2 Danmark

Av den danska upphandlingslagstiftningen framgår att en beställare vid upphandling inom den klassiska sektorn ska följa principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet. En beställare får inte ge ekonomiska aktörer från Danmark en mindre gynnsam behandling än ekonomiska aktörer från utlandet eller ekonomiska aktörer från EU och EES-området en mindre gynnsam behandling än ekonomiska aktörer från Danmark. Ekonomiska aktörer från andra länder än dessa får inte behandlas sämre än de ovan nämnda

¹¹² Uppgifter från cirkulär från Bundesministerium für Justiz (Cirkuläret) som finns tillgängligt på ministeriets hemsida: Rundschreiben EuGH Urteil (2).pdf (september 2025) s. 8 f.

¹¹³ Cirkuläret s. 10–11.

¹¹⁴ Cirkuläret s. 10.

ekonomiska aktörerna om det följer av internationella förpliktelser som åligger Danmark eller EU.¹¹⁵

Vidare kan nämnas att det åligger upphandlande myndigheter att utesluta företag från länder som finns på EU:s lista över icke-samarbetsvilliga skattejurisdiktioner med vilka EU inte har ingått ett bindande handelsavtal. Den danska myndigheten Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anser emellertid att denna rättsliga reglering inte är förenlig med EU-rätten efter EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao och ett förfarande för att upphäva bestämmelsen har påbörjats.¹¹⁶

7.3 Finland

Av den finska lagen om offentlig upphandling och koncession framgår att upphandlande enheter ska behandla deltagare i upphandlingsförfaranden och andra leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och med beaktande av proportionalitetskraven.¹¹⁷ Vid upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för GPA-avtalet ska på anbudsgivare och anbud från andra avtals slutande stater tillämpas samma villkor som de som tillämpas på anbudsgivare och anbud från Finland och andra medlemsstater i Europeiska unionen.¹¹⁸ Motsvarande rättsliga reglering finns avseende upphandling och koncession inom försörjningssektorerna.¹¹⁹ Av lagarna i fråga framgår också att påföljder kan bli aktuella om det vid en upphandling har förfarits i strid med lagen, Europeiska unionens lagstiftning eller GPA-avtalet.¹²⁰

När det gäller upphandling på försvars- och säkerhetsområdet framgår av den finska lagstiftningen bland annat att upphandlande enheter ska behandla deltagarna i upphandlingsförfaranden i enlighet med principerna som det hänvisas till i de andra ovan nämnda lagarna om inte något annat följer statens väsentliga

¹¹⁵ 2 och 3 §§ Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (Udbudsloven).

¹¹⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens webbplats, <https://kfst.dk/nyheder/kfst/oknyheder/2025/20250714-udbudslovens-134-a-forventes-ophaevet> (september 2025).

¹¹⁷ 3 § lagen om upphandling och koncession (1397/2016).

¹¹⁸ 19 § lagen om upphandling och koncession.

¹¹⁹ 3 och 29 §§ lagen om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (1398/2016).

¹²⁰ 154 och 169 §§ lagen om upphandling och koncession och 128 § lagen om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

säkerhetsintressen enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget.¹²¹ De påföljder som kan bli aktuella är hänförliga till om det vid en upphandling har förfarits i strid med lagen, bestämmelser som utfärdats med stöd av lagen eller Europeiska unionens lagstiftning.¹²²

7.4 Polen

Av den polska upphandlingslagstiftningen som införlivar LOU-direktivet, LUF-direktivet och LUFSS-direktivet (Prawo zamówien publicznych) framgår att beställaren ska förbereda och genomföra upphandlingsförfarandet på ett sätt som säkerställer rättvis konkurrens och likabehandling av entreprenörer, är transparent och proportionerligt.¹²³ Motsvarande reglering finns gällande upphandling av koncessioner.¹²⁴

Den polska lagstiftningen har ändrats med anledning av EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao. Det handlar bland annat om ny reglering gällande upphandling inom den klassiska sektorn och försörjningssektorerna, samt av koncession enligt vilka leverantörer från tredjeländer som har frihandelsavtal med EU ska behandlas på samma sätt som leverantörer inom unionen.¹²⁵

I det lagstiftningsarbetet har bedömningen gjorts att det enligt EU-domstolens avgöranden krävs att den upphandlande myndigheten uttryckligen fattar beslut om huruvida leverantörer från tredjeländer utan frihandelsavtal med EU tillåts att delta. Det har därför införts ny reglering enligt vilken den upphandlande myndigheten får specificera att sådana leverantörer tillåts att delta i ett upphandlingsförfarande.¹²⁶

När det gäller upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet gällde tidigare att endast anbudsgivare får delta som har sitt säte eller hemvist inom EU, EES-området eller ett i land med vilket EU eller

¹²¹ 2 § lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (1531/2011).

¹²² 96 § lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

¹²³ Artikel 16 Prawo zamówień publicznych.

¹²⁴ Artikel 12 Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

¹²⁵ Artikel 16a. Prawo zamówień publicznych och Artikel 12a. Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, och Dokumentet "1302-uzasadnienie.docx" tillgängligt på polska parlamentets underhus webbplats, www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/druk.xsp?nr=1302 (september 2025), s.1–6 och 13–15.

¹²⁶ Artikel 16b. Prawo zamówień publicznych och Artikel 12b. Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, och 1302-uzasadnienie.docx, s. 6–7 och 13–16.

Polen har ingått ett internationellt avtal som tillåter deltagande i sådana upphandlingar.¹²⁷ Denna reglering fanns redan innan EU-domstolens avgöranden och ett tillägg har nu införts enligt vilket upphandlande myndigheter får tillåta leverantörer från andra stater att delta i upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.¹²⁸

Vad gäller rättsmedel har det införts tillägg som föreskriver att rättsmedel inte är tillgängliga för leverantörer från tredjeländer som inte är parter i internationella avtal.¹²⁹

¹²⁷ Artikel 404 Prawo zamówień publicznych.

¹²⁸ Artikel 404 Prawo zamówień publicznych och 1302-uzasadnienie.docx, s. 10.

¹²⁹ Artikel 505 Prawo zamówień publicznych och Artikel 54 Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, och 1302-uzasadnienie.docx, s. 11 och 16.

8 Behovet av lagändringar

8.1 LOU och LUF bör ändras för att vara förenliga med EU-rätten

Bedömning

LOU och LUF är inte förenliga med EU-rätten. Lagarna bör därför ändras.

Skälen för utredningens bedömning

Den svenska lagstiftningen i ljuset av EU-rätten och EU-domstolens avgöranden

Frågan om hur tredjelandsleverantörer ska behandlas har som framgår ovan (avsnitt 4.9.2) inte berörts i någon större utsträckning i förarbetena till upphandlingslagarna. I propositionen som låg till grund för 1992 års LOU finns ett kortfattat avsnitt i vilket behovet av särskilda tredjelandsregler diskuteras, med slutsatsen att det inte behövdes särskilda regler om prövning av anbud från leverantörer som är etablerade utanför EES.¹³⁰ I de förarbeten som ligger till grund för nu gällande lagstiftning anges att upphandlingslagstiftningen är generell, att den ska tillämpas på samma sätt oavsett leverantörens ursprung och att det inte finns något utrymme för att behandla leverantörer från tredjeland sämre än sådana från EU.¹³¹

Den svenska lagstiftningen innehåller alltså inga särskilda bestämmelser om tredjelandsleverantörers ställning, utan de tillåts

¹³⁰ Prop. 1992/93:88 s. 53.

¹³¹ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 474 f. och del 2 s. 872.

delta på samma villkor som leverantörer från EU och från stater som omfattas av GPA-avtalet eller något frihandelsavtal. Det synsättet är inte unikt för Sverige utan tycks ha förekommit även i andra EU-medlemsstater, bland annat i Kroatien, som är det land vars lagstiftning aktualiserades i Kolin.¹³² Även i Österrike har ett liknande synsätt funnits, med skillnaden att man där förvisso inte ansett att upphandlingsdirektivens principer automatiskt är tillämpliga för tredjelandsleverantör från en stat utan frihandelsavtal med EU, men att sådana leverantörer ändå kan åberopa direktiven om de tillåts delta i en upphandling.¹³³

Det har emellertid redan innan avgörandena i Kolin och Qingdao funnits omständigheter som talat för att tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal inte ska anses ha samma rättsliga ställning som leverantörer från EU och från stater med avtal. I kommissionens meddelande *Vägledning om tillträde för anbudsgivare och varor från tredjeländer till EU:s upphandlingsmarknad*¹³⁴ anges att leverantörer från tredjeländer som inte har något avtal om öppnande av EU:s upphandlingsmarknad eller vars varor, tjänster och byggentreprenader inte omfattas av något avtal, inte har tillgång upphandlingsförfaranden i EU och att de därmed får uteslutas. Detta utgör förvisso ett icke bindande uttalande, men samma utgångspunkt har därefter också kommit till uttryck i IPI-förordningen (skäl 10) som hänvisar till kommissionens meddelande. Det som framgår av kommissionens meddelande och IPI-förordningen har nu bekräftats genom EU-domstolens praxis.

Även om det inte kommer till direkt uttryck i regleringen i upphandlingsdirektiven framstår detta synsätt inte som allt för långsökt. EU:s upphandlingsdirektiv tar sin utgångspunkt i EUF-fördraget och dess bestämmelser om fri rörlighet på den inre marknaden samt de principer som härleds därifrån, t.ex. den om likabehandling. Dessa bestämmelser och principer styr handeln mellan staterna inom unionen. Tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven kan sedan utvidgas genom frihandelsavtal eller andra avtal om marknadstillträde. Genom avtalen kommer tredjelandsleverantörer i åtnjutande av samma rättigheter som leverantörer från EU, enligt de villkor som anges i respektive avtal.

¹³² Se punkt 51 i generaladvokatens förslag till avgörande i Kolin.

¹³³ Se punkt 26 i generaladvokatens förslag till avgörande i Kolin.

¹³⁴ Meddelande från kommissionen C(2019) 5494 final.

Under de förutsättningarna är det naturligt att leverantörer från tredjeländer som saknar frihandelsavtal inte kan åberopa samma rättigheter. I annat fall skulle frihandelsavtalen knappast fylla någon funktion i det aktuella avseendet.

LOU- och LUF-direktiven är felaktigt införlivade och bör ändras

I utredningens uppdragsbeskrivning anges att det i ljuset av EU-domstolens domar i Kolin och Qingdao är sannolikt att Sverige gjort en felaktig implementering av LOU- och LUF-direktiven och att LOU och LUF därför behöver ändras. Utredningen instämmer i den uppfattningen.

Av artikel 25 i LOU-direktivet och artikel 43 i LUF-direktivet framgår att upphandlande myndigheter ska bevilja bland annat leverantörer från de parter som har undertecknat GPA-avtalet och olika frihandelsavtal som EU är bunden av *en behandling som inte är mindre gynnsam* än den som beviljas leverantörer i unionen.¹³⁵ Bestämmelserna medför således en rätt för leverantörer från tredjeländer som har avtal med unionen att behandlas lika som leverantörer från unionen. De får alltså inte diskrimineras. Motsatsvis får därmed förstås att tredjelandsleverantörer från stater utan avtal med EU inte har en sådan rätt till likabehandling.

Det står genom EU-domstolens tolkning av de nämnda artiklarna klart att det finns en betydande skillnad mellan å ena sidan leverantörer från EU samt tredjeländer som har avtal om tillträde till unionens upphandlingsmarknad och å andra sidan tredjelandsleverantörer från stater utan avtal. Bland annat har tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal eller motsvarande inte något garanterat tillträde till upphandlingsförfaranden i EU och de kan inte åberopa de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven. De unionsrättsliga bestämmelserna om upphandling som följer av LOU- och LUF- direktiven kan inte heller i något annat avseende tillämpas på ett anbud som lämnas av en sådan leverantör.

Svenska myndigheter och domstolar har en skyldighet att tolka och tillämpa nationell rätt så att den stämmer överens med EU-

¹³⁵ I direktiven används termerna ekonomisk aktör i stället för leverantör och WTO-avtalet i stället för GPA-avtalet, se utredningens avsnitt 3.

rätten. Frågan är då om det kan anses möjligt att tolka och tillämpa LOU och LUF på ett sätt som är förenligt med EU-rätten så som den kommer till uttryck i Kolin och Qingdao.

I de svenska upphandlingslagarna görs ingen skillnad mellan leverantörer beroende på ursprung. Som leverantör betraktas enligt definitionen i upphandlingslagarna den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Upphandlande myndigheter har alltså inget lagstöd för att begränsa leverantörers rätt att delta i upphandlingsförfaranden med hänvisning till ursprung. Myndigheterna är i stället ålagda att följa de grundläggande principerna för upphandling som kommer till uttryck genom 4 kap. 1 §§ LOU och LUF gentemot alla leverantörer, vilket resulterar i samma rättigheter oavsett vilket land leverantören kommer ifrån. Det framgår inte på något sätt av lagarna att skyldigheten att tillämpa de grundläggande upphandlingsprinciperna och de rättigheter som principerna medför är begränsade till att endast gälla leverantörer från EU-länder och tredjeländer som har frihandelsavtal eller andra avtal om marknadstillträde med unionen. Detsamma gäller i fråga om rätten till rättsmedel, som exempelvis leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingar eller av avtals giltighet.¹³⁶ Följden av detta är att leverantörer från alla stater är garanterade tillträde till upphandlingsförfaranden i Sverige på samma villkor och därmed också har en rätt att bli behandlade på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Under dessa förutsättningar anser utredningen att den befintliga regleringen i LOU och LUF utgör ett felaktigt införlivande av direktiven. Lagstiftningen går enligt utredningens bedömning inte heller att tolka på ett sätt som står i överensstämmelse med EU-domstolens avgöranden eftersom det skulle innebära en begränsning av de rättigheter som följer av lagarna i förhållande till tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal på ett sätt som inte är förenligt med lagtextens nuvarande utformning.

När det gäller s.k. direkt effekt noteras att direktivbestämmelserna förvisso ger leverantörer som omfattas av GPA-avtalet och motsvarande avtal en rätt till likabehandling. Bestämmelserna kan enligt utredningen dock knappast anses ge upphov till några rättigheter som kan åberopas av enskilda när det

¹³⁶ Se 20 kap. i LOU och LUF, 16 kap. i LUK och LUF5.

kommer till frågan om behandlingen av tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU. Att en enskild med framgång skulle kunna åberopa direkt effekt av direktivbestämmelserna i det avseendet framstår därför inte som troligt.

Vidare följer av EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao att det inte är tillåtet för medlemsstaterna att anta lagstiftning som rör tillträdet till upphandlingsförfaranden inom unionen för tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU, eftersom detta faller inom ramen för unionens exklusiva befogenhet att reglera. Den svenska lagstiftningen ger sådant tillträde och är således även av detta skäl oförenlig med EU-rätten. Som utredningen tolkar domstolens uttalanden i Qingdao får sådan nationell lagstiftning som antagits i strid med EU:s exklusiva befogenhet inte tillämpas.¹³⁷

Sverige kan till följd av den s.k. lojalitetsprincipen som medlemsstat i EU inte låta bestämmelser som står i strid med EU-rätten fortsatt vara i kraft. Vidare följer av lojalitetsprincipen att medlemsstaterna är skyldiga att anpassa sina nationella bestämmelser och hur nationella myndigheter och organ agerar så att de står i överensstämmelse med unionsrätten (se avsnitt 4.1). LOU och LUF bör således ändras.

Slutligen kan tilläggas att en ändring av lagstiftningen som på ett tydligt sätt reglerar i vilken utsträckning de aktuella tredjelandsleverantörerna har tillträde till upphandlingsförfaranden i Sverige också medför fördelar ur ett rättssäkerhetsperspektiv, i jämförelse med alternativet att låta lagarna förbli oförändrade och förlita sig på att myndigheter och domstolar gör direktivkonforma tolkningar i den mån det skulle anses vara möjligt.

¹³⁷ Qingdao, punkt 64. Se även punkt 3.1. i kommissionens Q&A.

8.2 Även LUK bör ändras för att vara förenlig med EU-rätten

Bedömning

EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao om tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen torde gälla även i fråga om upphandling av koncessioner. Även LUK bör därför ändras för att lagen ska vara förenlig med EU-rätten.

Skälen för utredningens bedömning

Utredningen ska enligt uppdragsbeskrivningen överväga om ändringar motsvarande de som behövs i LOU och LUF även behöver göras i LUK.

LUK-direktivet saknar uttryckliga bestämmelser om att leverantörer från tredjeländer som har avtal med unionen ska behandlas lika som leverantörer från unionen, motsvarande de som finns i artikel 25 och 43 i LOU- och LUF-direktiven. Det skulle därför kunna tänkas att EU-rätten tillåter nationell reglering som ger tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal likvärdigt tillträde till upphandlingsförfaranden när det gäller koncessioner. Utredningen ser dock invändningar mot en sådan slutsats.

Av Kolin framgår att samtliga rättsakter med allmän giltighet som har till specifikt syfte att fastställa hur ekonomiska aktörer från ett tredjeland kan delta i upphandlingsförfaranden i unionen är ägnade att direkt och omedelbart påverka utbytet av varor och tjänster mellan detta tredjeland och unionen. De omfattas därför av unionens exklusiva befogenhet enligt artikel 3.1 e EUF-fördraget, det vill säga befogenheten på området för den gemensamma handelspolitiken.¹³⁸ EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao avser förvisso LOU- och LUF-direktiven. Utredningen konstaterar dock att LUK-direktivet reglerar *upphandlingsförfaranden* avseende tilldelning av koncessioner i unionen. Reglering av tredjelandsleverantörers tillträde till sådana förfaranden torde följaktligen också ligga inom

¹³⁸ Kolin, punkt 57. Ett motsvarande resonemang finns i Qingdao, punkt 60.

den gemensamma handelspolitikens område. Utredningen anser redan mot denna bakgrund att nationell reglering som ger tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal likvärdigt tillträde till upphandlingsförfaranden avseende koncessioner sannolikt innebär ett otillåtet intrång i EU:s exklusiva befogenhet.

Utredningen konstaterar vidare att LUK-direktivet har stora likheter med LOU- och LUF-direktiven såvitt avser utformning och tillämpning i övrigt. Bland annat är de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som ska tillämpas desamma oavsett vilket av upphandlingsdirektiven det rör sig om.¹³⁹ Det skulle framstå som märkligt om principerna trots allt skulle vara möjliga att åberopa av en sådan tredjelandsleverantör när det gäller upphandling av en koncession, men inte vid upphandling enligt LOU eller LUF.

Vidare framgår av GPA-avtalet att dess förbud mot diskriminering av leverantörer, varor och tjänster¹⁴⁰ gäller alla typer av upphandlingar som täcks av förteckningarna i bilagorna till EU:s tillägg I till GPA-avtalet. Vissa av dessa förteckningar reglerar upphandling av koncessioner.

LUK-direktivet refererar dessutom till GPA-avtalet bland annat genom att tröskelvärdena i direktivet fastställs i förhållande till GPA:s tröskelvärden och genom att det av skälen till direktivet framgår att vissa tilldelningskriterier inte bör väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från tredjeländer som är parter i avtalet eller de frihandelsavtal unionen är part i (se avsnitt 4.8.1). Frågan om hur tredjelandsleverantörer ska behandlas vid upphandling av koncessioner är alltså, liksom för upphandlingar enligt LOU- och LUF-direktiven, reglerad genom GPA-avtalet och avtalet är kopplat till LUK-direktivet bland annat genom regleringen av tröskelvärdena. Enligt utredningen framstår det därför som rimligt att tolka LUK-direktivet på samma sätt som LOU- och LUF-direktiven när det gäller tredjelandsleverantörers tillträde till unionens marknad för upphandling.

Stöd för denna tolkning finns även i IPI-förordningen. Där framgår att, i enlighet med bland annat LUK-direktivet, saknar tredjelandsleverantörer utan frihandelsavtal med EU säkrat tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen (se skäl 10 i IPI-

¹³⁹ Se artikel 18 i LOU-direktivet, artikel 36 i LUF-direktivet och artikel 3 i LUK-direktivet.

¹⁴⁰ Se artikel IV i GPA-avtalet.

förordningen). I IPI-förordningen jämföras alltså LUK-direktivet med LOU- och LUF-direktiven i detta avseende.

Mot denna bakgrund gör utredningen bedömningen EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao om tredjelandslieferantörers tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen har relevans även i fråga om upphandling av koncessioner.

Det innebär att utredningen anser att även LUK strider mot EU-rätten i detta avseende och bör ändras på samma sätt som LOU och LUF.

8.3 Ändringar bör göras även i LUF

Bedömning

LUF bör ändras på i huvudsak motsvarande sätt som övriga upphandlingslagar.

Skälen för utredningens bedömning

Är EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao tillämpliga på upphandlingsförfaranden som regleras av LUF-direktivet?

Enligt uppdragsbeskrivningen ska utredningen överväga om ändringar motsvarande de som görs i LOU och LUF även bör göras i LUF.

LUF-direktivet saknar bestämmelser som motsvarar de i artiklarna 25 och 43 i LOU- och LUF-direktiven. LUF-direktivet omfattas vidare inte, till skillnad från de andra upphandlingsdirektiven, av IPI-förordningens tillämpningsområde.¹⁴¹

Därutöver skiljer sig LUF-direktivet från de andra direktiven på så sätt att det av skältexten i direktivet framgår att upphandlingar av vapen, ammunition och krigsmateriel som görs av upphandlande myndigheter eller enheter som är verksamma på försvarsområdet är undantagna från tillämpningsområdet för GPA-avtalet. Inte heller

¹⁴¹ Artikel 1.2 IPI-förordningen.

övriga kontrakt som täcks av LUFSDirektivet omfattas av avtalets tillämpningsområde (skäl 18 första stycket).

Vidare framgår att detta också innebär att medlemsstaterna, när det specifikt handlar om försvars- och säkerhetsmarknaderna, behåller befogenheten att avgöra huruvida deras upphandlande myndigheter eller enheter ska få tillåta att ekonomiska aktörer från tredje land deltar i upphandlingsförfarandena. Enligt utredningens bedömning synes det därmed finnas ett större utrymme att anta nationell reglering om tillträdet för tredjelandsleverantörer till upphandlingar som omfattas av LUFSDirektivets tillämpningsområde än vad som är fallet med de andra direktiven (skäl 18 andra stycket).

Dessa skillnader jämfört med de övriga direktiven medför att det inte framstår som självklart om de uttalanden som EU-domstolen gjort i Kolin och Qingdao har någon påverkan på de upphandlingsförfaranden som regleras av LUFSDirektivet. Samma sak gäller följaktligen frågan om LUFSD står i strid med EU-rätten i ljuset av rättsfallen.

Samtidigt kan konstateras att LUFSDirektivet är mycket likt övriga upphandlingsdirektiv när det gäller utformning och tillämpning i övrigt. I preambeln till direktivet hänvisas särskilt till artiklarna 47.2, 55 och 95 i fördraget om upprättande av europeiska gemenskapen som rättslig grund. I de övriga upphandlingsdirektiven hänvisas till motsvarande artiklar i EUF-fördraget (artiklarna 53.1, 62 och 114). Vidare är ett av syftena med direktivet att upprätta en *europeisk* marknad för försvarsmateriel och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna ska som regel tillämpas vid upphandlingar som genomförs enligt direktivet.¹⁴² Dessa principer är ytterst ett utflöde av EUF-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och syftar till att säkerställa förverkligandet av den EU-gemensamma marknaden (se avsnitt 5.2). Även LUFSDirektivet har alltså ett inre marknads-perspektiv och vilar på samma rättsliga grund som de övriga upphandlingsdirektiven. Det finns med den utgångspunkten inget som talar för att leverantörer från tredjeländer som står utanför den inre marknaden omfattas av eller borde vara tillförsäkrade en bättre ställning enligt LUFSDirektivet än enligt de övriga upphandlingsdirektiven.

¹⁴² Se skäl 2 och artikel 4 i LUFSDirektivet.

I likhet med hur utredningen har resonerat kring LUK konstateras dessutom att det av EU-domstolens uttalanden framgår att *samtliga* rättsakter med allmän giltighet som har till specifikt syfte att fastställa hur ekonomiska aktörer från ett tredjeland kan delta i upphandlingsförfaranden i unionen är ägnade att direkt och omedelbart påverka utbytet av varor och tjänster mellan detta tredjeland och unionen. Sådana rättsakter omfattas därför av unionens exklusiva befogenhet inom området för den gemensamma handelspolitiken. LUFSDirektivet reglerar precis som de övriga upphandlingsdirektiven upphandlingsförfaranden i unionen. Reglering som avser tredjelandslieferantörers tillträde till upphandlingsförfaranden i unionen inom det område som regleras genom LUFSDirektivet torde alltså ligga inom EU:s exklusiva befogenhet. Enligt utredningens bedömning bör det således inte heller finnas skäl att göra någon skillnad mellan upphandlingsdirektiven i det avseendet.

Mot denna bakgrund gör utredningen bedömningen att EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao sannolikt gäller även för sådana upphandlingsförfaranden som regleras av LUFSDirektivet.

Som angetts ovan synes det i enlighet med vad som framgår av skäl 18 andra stycket i direktivet förvisso finnas ett större utrymme för medlemsstaterna att anta nationell reglering om tillträdet för tredjelandslieferantörer till upphandlingar som omfattas av LUFSDirektivets tillämpningsområde än vad som är fallet med de andra direktiven. Enligt utredningens tolkning torde det dock röra sig som en möjlighet för medlemsstaterna att begränsa upphandlande myndigheters utrymme att tillåta att tredjelandslieferantörer deltar i upphandlingsförfaranden, snarare än en möjlighet för medlemsstater eller dess upphandlande myndigheter att tillerkänna sådana leverantörer de rättigheter som tillkommer leverantörer från EU eller EES-området.

Sammantaget gör utredningen därför bedömningen att LUFSDirektivet bör uppfattas på samma sätt som övriga upphandlingsdirektiv i det avseendet att tredjelandslieferantörer som utgångspunkt inte kan göra gällande några rättigheter enligt direktivet. Det motsvarar också den bedömning som gjorts i Österrike (se avsnitt 7.1).

Behovet av ändringar i LUF5

Leverantörer definieras i LUF5 på samma sätt som i övriga upphandlingslagar och det görs ingen skillnad mellan tredjelandsleverantörer jämfört med leverantörer från EU och EES-området. Upphandlande myndigheter är ålagda att följa de grundläggande principerna för upphandling enligt 1 kap. 11 § LUF5. Någon begränsning gällande de rättigheter som följer av dessa principer eller lagens reglering om tillgängliga rättsmedel i förhållande till leverantörer från tredjeländer finns inte. Utifrån slutsatsen ovan att uttalandena i Kolin och Qingdao gäller även för upphandlingsförfaranden som regleras av LUF5-direktivet bör LUF5 ändras på i huvudsak motsvarande sätt som LOU, LUF och LUK.

Enligt uppdragsbeskrivningen ska utredningen dessutom analysera hur förslagen påverkar förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden. Förslagen ska göra det möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att välja bort leverantörer från t.ex. antagonistiska stater i upphandlingsförfaranden. Detta är av uppenbara skäl ett intresse som väger tungt vid upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Det finns förvisso reglering i LUF5 som ger större möjligheter att ta säkerhetsaspekter i beaktande än vad som gäller enligt de övriga upphandlingslagarna (se avsnitt 4.10.4). Det går exempelvis att utesluta leverantörer som har kunnat konstaterats inte vara så tillförlitliga som krävs för att inte riskera Sveriges säkerhet. Vidare torde det vid upphandling enligt LUF5 ofta krävas att leverantörerna ingår säkerhetsskyddsavtal. Om säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter ska lämnas till en utländsk leverantör krävs dessutom, i vart fall från och med den 1 januari 2028, att Sverige ingått ett GSA med det land i vilket leverantören har sitt säte samt att leverantören har godkänts genom en kontroll enligt den andra statens säkerhetsskyddslagstiftning (se avsnitt 4.10.1).

Samtliga dessa möjligheter kan minska eller undanröja risken att leverantörer från antagonistiska stater tilldelas kontrakt. Det ger dock inte upphandlande myndigheter möjlighet att utestänga leverantörer från sådana stater från att lämna anbud. En ändring av

LUFS motsvarande vad som föreslås för övriga upphandlingslagar skulle enligt utredningens bedömning ge bättre möjligheter för upphandlande myndigheter i det avseendet. Även om slutsatserna i Kolin och Qingdao inte skulle vara tillämpliga på upphandlingsförfaranden som regleras av LUFS-direktivet finns således också andra skäl som talar för att LUFS borde ändras så att inte tredjelandsleverantörer som utgångspunkt tillåts delta i upphandlingar på samma villkor som leverantörer från EU och EES.

Sett i relation till regleringen i säkerhetsskyddsförordningen angående GSA har dessutom en i huvudsak likalydande ändring i upphandlingslagarna ytterligare en fördel om det kan möjliggöra att tredjelandsleverantörer stängs ute från att delta i upphandlingar baserat på var leverantören har sitt ursprung, utan att detta riskerar att stå i strid med upphandlingslagarnas bestämmelser om bland annat likabehandling och icke-diskriminering. Det minskar således risken för en krock mellan säkerhetsskyddsregleringen och upphandlingslagstiftningen.

En potentiellt negativ konsekvens av att ändra LUFS så att tredjelandsleverantörer inte tillåts delta på samma villkor som leverantörer från EU och EES-området är att det riskerar att medföra att viktiga leverantörer inom försvars- och säkerhetsområdet som svenska upphandlande myndigheter önskar få in anbud från i upphandlingsförfaranden väljer att avstå från att lämna anbud. Denna konsekvens aktualiseras i och för sig i fråga om alla de fyra upphandlingslagarna, men blir särskilt relevant att överväga för det fall att det skulle finnas ett utrymme att lämna LUFS oförändrad. Utredningen gör dock bedömningen att fördelarna med en ändring av LUFS som i huvudsak motsvarar det som behövs i övriga upphandlingslagar överväger nämnda konsekvens. Vidare skulle det framstå som märkligt om leverantörer från tredjeländer skulle ha en mer fördelaktig ställning i LUFS än i de övriga upphandlingslagarna och därtill talar även intresset av att det upphandlingsrättsliga regelverket är tydligt och enhetligt för att reglerna gällande tredjelandsleverantörer i LUFS så långt som möjligt bör motsvara de i LOU, LUF och LUK.

Utredningen anser därför att det finns skäl att ändra lagen.

8.4 Lagändringarna bör även avse icke-direktivstyrd upphandling

Bedömning

De lagändringar som föreslås bör även avse upphandlingar inom det icke-direktivstyrda området.

Skälen för utredningens bedömning

Som framgår ovan (avsnitt 4.5) finns tröskelvärden som avgör om en upphandling faller inom eller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Reglerna om tröskelvärden bygger på tanken att upphandlingar vars värde understiger en viss nivå inte påverkar konkurrensen och den fria rörligheten inom unionen i sådan grad att de behöver omfattas av direktivens bestämmelser om hur upphandlingar ska gå till (icke-direktivstyrd upphandling).

EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao handlar om hur LOU- och LUF-direktiven ska tillämpas och anger att tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU inte kan åberopa direktivens bestämmelser. En naturlig tanke är därför att avgörandena inte borde ha någon inverkan på icke-direktivstyrda upphandlingar eftersom dessa redan, per definition, faller utanför den reglering som finns i direktiven. Utredningen behöver därför ta ställning till om de lagändringar som föreslås bör avse även det icke-direktivstyrda området.

Att en upphandling inte är direktivstyrd innebär inte att kontrakt med ett värde under tröskelvärdena alltid faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. Enligt EU-domstolens praxis gäller nämligen de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna också för kontrakt under tröskelvärdena, när sådana kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse.¹⁴³

Så som den svenska lagstiftningen har utformats görs dessutom ingen skillnad avseende de grundläggande principernas tillämpning

¹⁴³ Se t.ex. Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, punkt 19–21, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 36 och Kommissionen mot Irland, C-226/09, EU:C:2010:697, punkt 31.

utifrån om upphandlingen faller inom eller utom det direktivstyrda området. Principerna gäller alltså även när det handlar om icke-direktivstyrd upphandling. Det medför att EU-domstolens uttolkning av principerna får genomslag även vid icke-direktivstyrda upphandlingar utan ett gränsöverskridande intresse.¹⁴⁴

Redan av dessa skäl är det utredningens bedömning att det vore lämpligt att låta de lagändringar som föreslås gälla även upphandlingar inom det icke-direktivstyrda området. Det följer också den lagstiftningsmodell som tidigare tillämpats för de icke-direktivstyrda upphandlingarna.

Utöver detta konstateras att EU-domstolens avgöranden tar sin utgångspunkt i att frågor som rör EU:s gemensamma handelspolitik inte kan regleras av medlemsstaterna själva utan särskilt bemyndigande. För att något ska anses utgöra handelspolitik uppställs inga tröskelvärden eller krav på gränsöverskridande intressen. Det är därför sannolikt att de slutsatser som kan dras av de båda avgörandena gäller oavsett direktivens tröskelvärden och värdet på anbudet. Detta synsätt bekräftas i kommissionens Q&A (se avsnitt 6.4). Det innebär i så fall att det inte heller är möjligt för unionens medlemsstater att ha nationell reglering som garanterar tredjelandslieferantörer tillträde till upphandlingsförfaranden, även om själva upphandlingen som sådan faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde.

Sammanfattningsvis anser utredningen därför att de lagändringar som föreslås även bör avse det icke-direktivstyrda området.

¹⁴⁴ HFD 2018 ref. 60 och prop. 2021/22:5 s. 163.

9 Utredningens förslag

9.1 Utgångspunkter för förslagen

9.1.1 EU-domstolens avgöranden styr vilka lagstiftningsåtgärder som kan vidtas

EU-domstolen har genom sina uttalanden i Kolin och Qingdao gjort klart att frågor som rör tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden faller inom ramen för EU:s gemensamma handelspolitik. Det innebär att det endast är EU som har befogenhet att anta en rättsakt med allmän giltighet som reglerar tillträdet till upphandlingsförfaranden inom unionen för tredjelandsleverantörer som saknar frihandelsavtal med unionen.¹⁴⁵ Någon sådan unionsrättslig lagstiftning finns inte¹⁴⁶ och EU har inte bemyndigat medlemsstaterna att själva anta sådana regler. Detta får betydelse för vilka lagstiftningsåtgärder som är möjliga att vidta.

9.1.2 Tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU får inte ges de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven

Som framgått behöver den svenska lagstiftningen ändras bland annat eftersom den garanterar alla leverantörer tillträde till upphandlingsförfaranden på lika villkor. Tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU ges därmed möjlighet att

¹⁴⁵ Kolin, punkt 61.

¹⁴⁶ Det finns dock rättsakter riktade mot vissa specifika stater i form av IPI-åtgärden mot medicintekniska produkter från Kina och sanktionerna mot Ryssland och Belarus (se avsnitt 5.4).

åberopa de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven, vilket inte är förenligt med EU-rätten.¹⁴⁷

Samtidigt är det när gäller LOU, LUF och LUK, på grund av EU:s exklusiva befogenhet, inte möjligt att införa ett generellt förbud som utesluter tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal från att delta i upphandlingar.¹⁴⁸ Beträffande LUF är förutsättningarna annorlunda i detta avseende eftersom det enligt LUF-direktivet synes finnas ett större utrymme för medlemsstaterna att anta nationell reglering om tillträdet för tredjelandsleverantörer till upphandlingar som omfattas av direktivet (se avsnitt 8.3 och 9.2.3).

Som utredningen tolkar EU-domstolens avgöranden går det inte heller att lagstifta om villkor för tredjelandsleverantörernas deltagande, att anta några bindande regler för hur myndigheterna ska göra denna bedömning eller för hur en särbehandling av tredjelandsleverantörer ska gå till. I stället ankommer det på de upphandlande myndigheterna att själva bedöma om tredjelandsleverantörer utan frihandelsavtal ska få delta i en upphandling, på vilka villkor och om deras anbud i så fall ska behandlas mindre gynnsamt än motsvarande anbud från en leverantör med hemvist inom EU.¹⁴⁹

Att det är uteslutet att ge en tredjelandsleverantör utan frihandelsavtal en bättre behandling än leverantörer från EU eller tredjelandsleverantörer som omfattas av ett frihandelsavtal med unionen torde stå klart utifrån de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Att göra det skulle kränka rätten till likvärdig och icke-diskriminerande behandling för de leverantörer som omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Det saknas således behov av förtydligande reglering av detta.

¹⁴⁷ Kolin, punkt 45 och Qingdao, punkt 59.

¹⁴⁸ Qingdao, punkt 64.

¹⁴⁹ Kolin, punkt 63.

9.1.3 Tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal ska inte få tillgång till upphandlingslagarnas rättsmedel

EU-domstolen gör vare sig i Kolin eller Qingdao några uttryckliga uttalanden om rättsmedelsdirektivens tillämpning i förhållande till tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med unionen. Frågan är därför om sådana leverantörer omfattas av rättsmedelsdirektivens tillämpningsområde eller ej, och i förlängningen om de ska kunna åberopa de möjligheter till överprövning och skadestånd som följer av direktiven så som de införlivats i den svenska lagstiftningen.

I denna del finns skäl att fästa uppmärksamheten vid de uttalanden som EU-domstolen gör om möjligheten för en tredjelandsleverantör från en stat utan frihandelsavtal att få en talan om överträdelse av någon av de grundläggande upphandlingsrättsligapinciperna prövad. Av domstolens avgöranden framgår att en sådan talan endast kan prövas mot bakgrund av nationell rätt, och inte mot bakgrund av unionsrätten.¹⁵⁰

Rättsmedelsdirektiven utgör en del av unionsrätten. Till följd av detta måste enligt utredningens bedömning tredjelandsleverantörer utan avtal anses exkluderade även från möjligheten att väcka talan enligt de bestämmelser i svensk rätt som genomför nämnda direktiv, dvs. de regler om överprövning och skadestånd som finns i 20 kap. LOU och LUF samt i 16 kap. LUK.

Ytterligare stöd för att tredjelandsleverantörerna i fråga ska exkluderas från rättsmedlen i direktiven och i upphandlingslagarna finns i rättsmedelsdirektivens utformning. I direktiven framgår att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets eller enhets beslut om kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt när det görs gällande att beslutet *innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt* (artiklarna 1.1 i första och andra rättsmedelsdirektiven). Av skäl 1 i ändringsdirektivet framgår vidare att syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa en effektiv tillämpning av

¹⁵⁰ Kolin, punkterna 65 och 66 samt Qingdao, punkt 66.

2004 års LOU- respektive LUF-direktiv.¹⁵¹ Som EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao får förstås kan ett beslut att utesluta eller särbehandla en tredjelandsleverantör från en stat utan frihandelsavtal med unionen knappast anses innebära en överträdelse av unionsrätten. En sådan leverantör kan nämligen inte åberopa upphandlingsdirektiven. Unionslagstiftaren har inte heller antagit några andra rättsakter som avser tillträdet till upphandlingsförfaranden inom unionen för tredjelandsleverantörer, förutom den tidigare nämnda IPI-åtgärden avseende medicintekniska produkter från Kina samt sanktioner mot Ryssland och Belarus.

Mot denna bakgrund anser utredningen att den svenska lagstiftningen bör utformas så att de tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU som vill föra talan mot en upphandlande myndighets beslut inte kan få en prövning enligt sådana nationella regler som utgör ett införlivande av unionsrätten. Det innebär att leverantörer från tredjeland utan avtal inte kan tillåtas få tillgång till de förfaranden för överprövning och prövning av rätten till skadestånd som följer av LOU, LUF och LUK.¹⁵²

Som framgår ovan (avsnitt 8.3) är det inte lika klart att EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao kan utsträckas till att omfatta även upphandlingar som styrs av LUF-direktivet. Enligt utredningens uppfattning finns det dock, som tidigare angetts, inget som talar för att tredjelandsleverantörer skulle vara tillförsäkrade en mer fördelaktig ställning vid upphandlingar enligt LUF jämfört med upphandlingar enligt övriga upphandlingslagar. Lagstiftningen bör därför få i huvudsak samma utformning i detta avseende i samtliga fyra upphandlingslagar.

9.2 Alternativ reglering som övervägts

I detta avsnitt redogörs för de alternativ som övervägts för att åstadkomma de ändringar av upphandlingslagarna som är nödvändiga för att dessa ska harmoniera med EU-rätten och ge möjlighet att välja bort leverantörer från t.ex. antagonistiska stater.

¹⁵¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁵² Se även motsvarande resonemang i kommissionens Q&A, punkt 6.5.

Vidare redovisas vilka för- och nackdelar med respektive alternativ som utredningen identifierat samt varför det alternativ som utredningen föreslår bedöms vara lämpligast.

9.2.1 Ett undantag från bestämmelserna om de grundläggande principerna för upphandling

De bestämmelser som är i huvudsakligt fokus vid EU-domstolens prövning i Kolin och Qingdao är artikel 25 i LOU-direktivet och artikel 43 i LUF-direktivet. Artiklarna har följande lydelse.

Artikel 25 LOU-direktivet

I den mån de omfattas av bilagorna 1, 2, 4 och 5 samt de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till WTO-avtalet och av andra internationella avtal som unionen är bunden av ska de upphandlande myndigheterna bevilja byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer från de parter som har undertecknat dessa avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen.

Artikel 43 LUF-direktivet

I den mån de omfattas av bilagorna 3, 4 och 5 samt de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till WTO-avtalet och andra internationella avtal som unionen är bunden av, ska upphandlande enheter i den mening som avses i artikel 4.1 a bevilja byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer som har undertecknat dessa avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen.

Artiklarna är inte införlivade i LOU och LUF då den svenska lagstiftaren tidigare inte sett ett sådant behov (se avsnitt 4.8.2).

Ett alternativ när den svenska lagstiftningen ska ändras skulle kunna vara att genomföra nämnda artiklar i svensk rätt på ett sätt som ligger nära deras ordalydelse. Det är också den lösning som valts i flera av de länder som utredningen undersökt i den internationella utblicken (se avsnitt 7). Om det alternativet väljs framstår det som naturligt att göra ändringar eller tillägg i de bestämmelser i upphandlingslagarna som avser de grundläggande principerna för upphandlingsförfaranden (4 kap. 1 §§ LOU, LUF och LUK samt 1 kap. 11 § LUF). Detta eftersom reglerna skulle avse på vilka villkor behandlingen av en tredjelandslieferantör får avvika från de

grundläggande principer som normalt gäller vid ett upphandlingsförfarande.

Två alternativ gällande den konkreta utformningen av regleringen framträder då som logiska. Det ena är att i paragraferna ange att principerna endast omfattar leverantörer från EU och tredjeländer som har frihandelsavtal med unionen. Det skulle därigenom motsatsvis följa att leverantörer från tredjeländer utan frihandelsavtal inte omfattas av principerna. Det andra alternativet är att i lagtexten ange att tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU inte omfattas av principerna.

Att införa reglering i anslutning till de bestämmelser som innehåller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna medför enligt utredningens bedömning emellertid flera nackdelar. Den första är att det inte räcker med en reglering som enbart tar sikte på under vilka villkor en upphandlande myndighet får avvika från de grundläggande principerna för att på ett heltäckande sätt anpassa lagstiftningen till EU-domstolens praxis. Det skulle därutöver behövas reglering i de kapitel i respektive upphandlingslag som avser rättsmedel eftersom tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU inte ska kunna åberopa de möjligheter till överprövning och skadestånd som finns i lagarna. Annars torde rättsmedlen alltjämt vara tillgängliga för tredjelandsleverantörer.

Utredningen utesluter inte heller att det också skulle krävas ytterligare kompletterande reglering i upphandlingslagarna för att säkerställa att de rättigheter som följer av respektive lag inte blir tillämpliga på de aktuella tredjelandsleverantörerna. Att kartlägga alla dessa potentiella ändringsbehov genom att sortera ut vilka bestämmelser i den omfattande reglering som finns i varje upphandlingslag som eventuellt ger de aktuella leverantörerna sådana rättigheter och därtill avgöra om reglerna utgör ett införlivande av unionsrätten, eller utgör enbart nationell rätt, framstår som mycket komplext.

9.2.2 En ändring av leverantörsbegreppet

Begreppet leverantör definieras i upphandlingslagarna som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (1 kap. 16 § LOU, 1 kap. 15 § LUF, 1 kap. 16 §

LUK och 2 kap. 16 § LUFs). I de delar av upphandlingslagarna som avser principerna för upphandling (4 kap. LOU, LUF och LUK samt 1 kap. 11 § LUFs) anges bland annat att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Vidare bygger rätten till överprövning och skadestånd enligt lagarna på att en leverantör anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Att någon betraktas som leverantör är alltså centralt för att denne ska erhålla de rättigheter som följer av lagarna.

En möjlig lösning skulle därför kunna vara att ändra leverantörsbegreppet i upphandlingslagarna så att det endast omfattar leverantörer från Sverige, andra EU-länder och sådana länder som har frihandelsavtal med unionen eller motsvarande åtaganden. På så sätt skulle det som föreskrivs om hur leverantörer ska behandlas och rätten till rättsmedel i upphandlingslagarna inte gälla för tredjelandsleverantörer från stater som saknar frihandelsavtal eller motsvarande åtaganden. Den lösningen skulle undanta de berörda tredjelandsleverantörerna från tillämpningsområdet för samtliga bestämmelser i lagarna där leverantören är föremålet för regeln i fråga. Det liknar den lösning som valts i Rumänien och som prövades i Qingdao. En väsentlig skillnad skulle emellertid vara att tredjelandsleverantörerna inte utesluts från att delta i upphandlingsförfaranden i Sverige helt och hållet, utan endast från upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Det skulle därmed vara upp till de upphandlande myndigheterna att avgöra om leverantörerna tillåts delta i upphandlingen eller ej, vilket är förenligt med EU-domstolens praxis.

Enligt utredningens bedömning finns det dock flera skäl som talar emot en sådan lösning. För det första utgör användningen av begreppet leverantör redan idag en avvikelse från de begrepp som finns i upphandlingsdirektiven. Där används i stället "ekonomisk aktör". Även om vi i Sverige valt begreppet leverantör i stället för ekonomisk aktör är emellertid definitionen av begreppet densamma (se avsnitt 3). Att ändra begreppets definition så att det inte längre överensstämmer med direktivens definition framstår enligt utredningens mening som olämpligt.

För det andra skulle en ändring av leverantörsbegreppet vara ett sätt att indirekt ändra lagarnas tillämpningsområde som avviker från befintlig systematik. I lagarna finns redan bestämmelser som anger i vilka situationer de ska tillämpas och vilka undantag från deras

tillämpningsområden som får göras i olika situationer.¹⁵³ Att då införa en regel som avser ett undantag från tillämpningsområdet genom en definition framstår som en mindre lämplig lösning.

9.2.3 Nya uteslutningsgrunder

Nya uteslutningsgrunder i LOU, LUF och LUK

Det är som tidigare nämnts inte möjligt att genom lagstiftning införa ett generellt förbud för tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU att delta i upphandlingar. Det är följaktligen enligt utredningens bedömning inte förenligt med EU-rätten att införa en ny uteslutningsgrund i LOU, LUF och LUK, enligt vilken det är obligatoriskt att utesluta sådana leverantörer ur upphandlingsförfaranden.

Ett generellt förbud är enligt utredningens mening inte heller önskvärt då upphandlande myndigheter normalt sett bör vilja ha anbud från så många leverantörer som möjligt i syfte att ta tillvara marknadskonkurrensen på bästa sätt. Ur ett frihandels- och konkurrensperspektiv är det då bättre att lagstiftningen i så stor utsträckning som möjligt tillåter anbud från leverantörer i alla stater, när det är lämpligt med hänsyn till upphandlingen i fråga. I vissa upphandlingar kan det därtill vara så att de varor som ska köpas in i princip uteslutande tillverkas i stater som inte ingått frihandelsavtal med unionen. Det vore då olyckligt om det inte gick att ta in anbud från leverantörer i dessa stater.

Det kan däremot övervägas att införa en fakultativ uteslutningsgrund, enligt vilken upphandlande myndigheter får utesluta tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU ur upphandlingsförfaranden. Detta vore enligt utredningens bedömning tydligt och skulle passa in i upphandlingslagarnas systematik. Det finns redan flera fakultativa uteslutningsgrunder i samtliga upphandlingslagar som upphandlande myndigheter har att förhålla sig till (se t.ex. 13 kap. 3 § LOU och 13 kap. 4 § LUF). En ytterligare uteslutningsgrund skulle därför inte framstå som avvikande.

Utredningen bedömer dock att detta alternativ har flera nackdelar. För det första skulle det krävas ytterligare bestämmelser

¹⁵³ 1 kap. 2 §§ och 3 kap i LOU, LUF och LUK samt 1 kap. 2 och 7–10 §§ LUFs.

som anger att tredjelandsleverantörer inte omfattas av de upphandlingsrättsliga principerna eller rättsmedlen i lagarna. Detta för att tydliggöra att tredjelandsleverantörer inte kan åberopa de rättigheter som följer av direktiven, oavsett om de tillåts delta i ett upphandlingsförfarande eller ej. Det riskerar att bli svåröverblickbart.

Utredningen anser dessutom att det är osäkert om en fakultativ uteslutningsgrund skulle vara godtagbar ur ett EU-rättsligt perspektiv, eller om en sådan skulle innebära ett otillbörligt intrång på EU:s exklusiva befogenhet att anta reglering gällande den gemensamma handelspolitiken.

Sammanfattningsvis framstår, enligt utredningens mening, inte en fakultativ uteslutningsgrund i LOU, LUF och LUK som lämplig.

Särskilt om nya uteslutningsgrunder i LUF5

Som tidigare angetts är det inte helt självklart att principerna i Kolin och Qingdao kan uträckas till att omfatta upphandlingar som omfattas av LUF5-direktivet. Anläggs utgångspunkten att så inte är fallet, och att medlemsstaterna därmed har frihet att anta nationell reglering som ger tredjelandsleverantörer tillgång till de principer och rättigheter som följer av direktivet bör det inte finnas några hinder mot att införa en fakultativ uteslutningsgrund i LUF5. Det är i så fall också möjligt att ge tredjelandsleverantörer tillgång till rättsmedlen enligt LUF5. En fördel med detta är att det i lägre grad riskerar att avskräcka tredjelandsleverantörer som upphandlande myndigheter och enheter önskar få anbud ifrån, än en lösning där leverantörerna i fråga är utestängda från tillgången till rättsmedel och inte omfattas av de upphandlingsrättsliga principerna. Samtidigt skulle det också ge större möjligheter än idag att stänga ute leverantörer från antagonistiska stater från upphandlingsförfaranden.

Utredningen har emellertid gjort bedömningen att även LUF5-direktivet bör uppfattas på så sätt att tredjelandsleverantörer inte kan göra gällande några rättigheter enligt direktivet (se avsnitt 8.3). Att införa en särskild reglering i LUF5 som avviker från regleringen i övriga upphandlingslagar framstår därför inte som motiverat. Därutöver talar intresset av att inte ge leverantörer från tredjeländer

en bättre ställning i LUFSS än i de övriga upphandlingslagarna och av att det upphandlingsrättsliga regelverket är tydligt och enhetligt emot en sådan särreglering.

Utredningen bedömer därför att det inte är lämpligt med en fakultativ uteslutningsgrund i LUFSS.

Medlemsstaterna har vidare som framgår av skäl 18 i LUFSS-direktivet befoget att avgöra huruvida deras upphandlande myndigheter eller enheter ska få tillåta att ekonomiska aktörer från tredje land deltar i upphandlingsförfaranden. Utifrån skältextens ordalydelse torde det därmed vara förenligt med EU-rätten att införa en ny uteslutningsgrund i LUFSS, enligt vilken det är obligatoriskt att utesluta tredjelandsleverantörer ur upphandlingsförfaranden. Utredningen konstaterar att en sådan lösning inte har behandlats i tidigare förarbeten.

Alternativet att helt stänga ute tredjelandsleverantörer från samtliga upphandlingar framstår dock av samma skäl som anförts ovan när det gäller de övriga upphandlingslagarna som mindre välvägt ur ett frihandels- och konkurrensperspektiv. Utredningen konstaterar vidare även i detta fall att intresset av att upphandlingslagarna är enhetliga och tydliga talar emot en sådan lösning. Mot den bakgrunden lämnas inget sådant förslag, även om det skulle vara möjligt med hänsyn till LUFSS-direktivets utformning.

9.2.4 Ett undantag från upphandlingslagarnas tillämpningsområde

Ytterligare ett alternativ som övervägts är en reglering som klargör att upphandlingslagarna överhuvudtaget inte gäller i förhållande till tredjelandsleverantörer från stater som saknar frihandelsavtal med EU. Det kan åstadkommas genom ett undantag i respektive upphandlingslag som anger att lagen inte är tillämplig i förhållande till tredjelandsleverantörer, förutom om det finns frihandelsavtal eller andra internationella åtaganden som kräver detta. Enligt utredningen är det lämpligast av de lagstiftningslösningar som övervägts. Skälen för detta utvecklas nedan.

9.3 Förslag till nya undantagsbestämmelser

Förslag

Det ska införas bestämmelser i LOU, LUF och LUK som anger att lagarna inte gäller i förhållande till tredjelandsleverantörer, förutom om det krävs på grund av ett avtal som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

I LUFS ska det införas en bestämmelse som anger att lagen inte gäller i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av en internationell överenskommelse.

Skälen för utredningens förslag

Varför är ett undantag från lagarnas tillämpningsområde den lämpligaste lösningen?

Enligt utredningens bedömning är en reglering som undantar tredjelandsleverantörer från upphandlingslagarnas tillämpningsområde det alternativ som framstår som lämpligast.

Av bestämmelserna ska framgå att undantaget gäller i förhållande till tredjelandsleverantörer, förutom om det finns frihandelsavtal eller andra åtaganden som ger tredjelandsleverantörerna tillträde till EU:s upphandlingsmarknad.

Ett sådant undantag medför att ingen av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna blir tillämpliga i förhållande till tredjelandsleverantörerna i fråga och inte heller några av de nationella regler som utgör ett införlivande av upphandlingsdirektiven. Det utesluter också möjligheten för tredjelandsleverantörerna att åberopa de rättsmedel som införlivats i den svenska lagstiftningen som en följd av rättsmedelsdirektiven.

Med denna lösning får tredjelandsleverantörer inte tillträde till upphandlingsförfaranden i Sverige på samma villkor som andra leverantörer som de har enligt nu gällande lagstiftning. Samtidigt riskerar man inte att inkräkta på EU:s exklusiva befogenhet genom att generellt utesluta dessa leverantörer från deltagande i

upphandlingar i Sverige eller genom att införa särskilda villkor för detta.

I stället överlämnas det till den upphandlande myndigheten att bedöma om tredjelandsleverantörer 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 får på så sätt en möjlighet att ta hänsyn till leverantörernas nationalitet och välja bort sådana som har sitt ursprung i stater som inte omfattas av GPA-avtalet, något motsvarande frihandelsavtal eller från stater vars avtal inte omfattar upphandlingen i fråga. Detta ökar också möjligheterna att välja bort leverantörer från antagonistiska stater, under förutsättning att dessa stater inte omfattas av något tillämpligt avtal som ger tillträde till EU:s upphandlingsmarknad.

Genom att undanta tredjelandsleverantörerna från lagarnas tillämpningsområde blir det också direkt tydligt för alla som berörs av eller ska tillämpa lagarna att de inte omfattar tredjelandsleverantörerna i fråga till någon del. Det krävs då inte, vare sig från lagstiftarens sida, eller för de myndigheter och domstolar som har att tillämpa lagen, någon särskild bedömning av vilka regler i upphandlingslagarna som kan härledas från EU-rätten och upphandlingsdirektiven. Utredningen anser att det är en stor fördel jämfört med övriga lösningsalternativ.

Alternativet innebär också att det inte behöver införas bestämmelser som reglerar vad som gäller i fråga om de upphandlingsrättsliga principerna på ett ställe och därutöver läggs till eller ändras bestämmelser i kapitlen om rättsmedel eller andra delar av lagarna.

Förslaget lägger tveklöst ett stort ansvar på upphandlande myndigheter. Enligt utredningen är dock detta svårt att undvika utifrån det rådande rättsläget där det saknas detaljerad EU-rättslig reglering på området och inget bemyndigande lämnats till unionens medlemsstater att anta nationella bestämmelser, förutom i viss utsträckning vad avser LUFs.

Placering av bestämmelserna

Upphandlingslagarna är utformade på så sätt att det i första kapitlet i respektive lag finns en grundläggande bestämmelse om lagens tillämpningsområde som anger vilken typ av upphandling lagen avser. Det framgår att LOU gäller för offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn, LUF upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna, LUK upphandling av koncessioner och LUFSS upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (1 kap. 2 §§ LOU, LUF, LUK och LUFSS). Vidare finns i samma paragrafer, utom i LUFSS, även en definition av begreppet upphandling. Ett alternativ skulle därför kunna vara att komplettera första kapitlet i lagarna så att det framgår att de som utgångspunkt inte gäller i förhållande till tredjehandsleverantörer. En fördel med detta är att man på så sätt redan i lagens inledande bestämmelser får klart för sig att tillämpningsområdet inte omfattar tredjehandsleverantörerna i fråga. Detta till skillnad från om regleringen införs längre fram i respektive lag.

De nämnda paragraferna i 1 kap. upphandlingslagarna genomför artiklarna 1.1 och 1.2 i LOU-, LUF- och LUK-direktiven samt artiklarna 2 och 15–17 i LUFSS-direktivet. Dessa artiklar ringar bland annat in vilket område eller sektor direktiven gäller för, men innehåller inga undantagsbestämmelser. Undantag från direktivens tillämpningsområden finns i stället samlade i senare avsnitt i direktiven. Ur ett systematiskt perspektiv kan det därför ifrågasättas om paragraferna i 1 kap. är den bästa platsen att införa den föreslagna regleringen. Utredningen föreslår därför i stället att en ny undantagsparagraf tas in i respektive upphandlingslag i de delar av lagarna i som redan innehåller undantag från deras tillämpningsområden och som införlivar de undantagsbestämmelser som finns i direktiven. Dessa återfinns i 3 kap. LOU, LUF och LUK samt i 1 kap. 7–10 §§ LUFSS under rubriken ”Undantag från lagens tillämpningsområde”.

Vad gäller undantagsbestämmelsernas placering i LOU, LUF och LUK anser utredningen de ska placeras sist i respektive kapitel. Det rör sig om sig om särskilda undantag som också är riktade specifikt mot leverantörer på ett annat sätt än de övriga undantagen i kapitlen. De övriga särskilda undantagen i respektive kapitel återfinns vidare i slutet av kapitlen och är i huvudsak uppställda i enlighet med

ordningen i bakomliggande artiklar i upphandlingsdirektiven (artiklarna 10 LOU-direktivet, 21 LUF-direktivet och 10 LUK-direktivet). Bestämmelsernas mest naturliga placering är alltså sist i kapitlen, eftersom det passar väl med hänsyn till kapitlens systematik. Ett annat skäl som talar för placeringen är att det innebär minsta möjliga förändring i kapitlens befintliga disposition.

När det gäller LUF är ingen av undantagsbestämmelserna i 1 kap. 7–10 §§ riktad specifikt mot leverantörer på samma sätt som den föreslagna särskilda undantagsbestämmelsen. De särskilda undantagen i 1 kap. 10 § räknas vidare upp i samma ordning som i den bakomliggande artikeln i LUF-direktivet (artikel 13). Utredningen gör en motsvarande bedömning som ovan om att en placering av bestämmelsen sist bland undantagen i LUF passar bäst med hänsyn till systematiken och dispositionen.

Den närmare utformningen av bestämmelserna i LOU, LUF och LUK

Av de nya undantagsbestämmelserna i LOU, LUF och LUK ska det framgå att lagarna inte gäller 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. Eftersom upphandlingsdirektiven i nu relevanta delar, såväl som avgörandena i Kolin och Qingdao, refererar till GPA-avtalet samt olika handelsavtal bör lagtexten i LOU, LUF och LUK utformas i enlighet med detta och också referera till *avtal* som slutits av EU. Eftersom frihandelsavtal som reglerar tillträdet för tredjelandsleverantörer till EU:s upphandlingsmarknad tillhör unionens exklusiva befogenhet finns, enligt utredningens bedömning, inget skäl att i dessa lagar nämna avtal eller andra åtaganden som görs av Sverige som stat.

Av GPA-avtalet och ovan nämnda frihandelsavtal mellan EU och tredjeländer följer att avtalens tillämplighet är beroende av exempelvis vilken upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar, vad som upphandlas och till vilket värde. Alla upphandlingar täcks således inte av avtalen även om ett sådant finns, och därmed inte heller av avtalens regler om likabehandling (se avsnitt 4.9.4). Så kan t.ex. vara fallet om kontraktet inte når över ett visst tröskelvärde. Om upphandlingen i fråga exempelvis inte finns

uppräknad eller inte överskrider de tröskelvärden som anges i den förteckning över vad som omfattas för varje part blir alltså de undantagsbestämmelser som utredningen nu föreslår tillämpliga i förhållande till tredjelandsleverantören, även om den stat som leverantören har sitt ursprung i har ett frihandelsavtal med EU. Undantaget från upphandlingslagarnas tillämpningsområde kan med andra ord bli aktuellt både i förhållande till tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU, och även i förhållande till tredjelandsleverantörer från en stat som förvisso har frihandelsavtal, men där avtalet av något skäl inte omfattar upphandlingen i fråga. Med den valda formuleringen som pekar på de avtal som slutits av EU omfattas båda situationerna, samtidigt som lagtexten blir relativt tydlig och enkel jämfört med om man skulle tynga bestämmelserna genom att reglera dessa situationer i detalj. Samtidigt får den anses göra tillräckligt klart att innehållet och villkoren i det avtal som är aktuellt måste kontrolleras för att avgöra om undantagsbestämmelsen är tillämplig eller ej.

Förutsatt att ett upphandlingsförfarande vid en sådan kontroll visar sig träffas av tillämpningsområdet för ett frihandelsavtal bör enligt utredningens mening inte några ytterligare bedömningar kunna begäras från den upphandlande myndighetens sida. Den upphandlande myndigheten bör i stället kunna utgå ifrån att upphandlingslagen ska tillämpas i förhållande till leverantörer från det tredjelandet under upphandlingsförfarandet utan att det t.ex. ska krävas att myndigheten gör en bedömning av om reciprocitet föreligger i den bemärkelsen att tillträde till det tredjelandets upphandlingsmarknad faktiskt har beviljats på ett ömsesidigt och likvärdigt sätt.¹⁵⁴

Genom verktyget *Procurement for Buyers* som tillhandahålls på kommissionens webbplats *Access2Markets* kan upphandlande myndigheter få närmare information om respektive avtals tillämpningsområde.

Den närmare utformningen av bestämmelserna i LUF

När det gäller LUF finns inte samma koppling till sådana avtal som ger tillträde till unionens upphandlingsmarknad eftersom kontrakt

¹⁵⁴ Se punkt 1.3. i kommissionens Q&A.

som täcks av LUFSS-direktivet inte omfattas av GPA-avtalets tillämpningsområde. EES-avtalet ger leverantörer från de avtalsslutande länderna tillträde till EU:s inre marknad och till unionens upphandlingsmarknad på försvars- och säkerhetsområdet.¹⁵⁵ Såvitt utredningen kunnat utröna finns inte några andra frihandelsavtal ingångna av vare sig EU eller av Sverige som avser sådana upphandlingar som omfattas av LUFSS och LUFSS-direktivet. Det framstår dock inte som uteslutet att sådana avtal skulle kunna komma att ingås framöver, i vart fall mellan EU och tredjeland. I detta sammanhang kan noteras att visst utrymme för att göra undantag från LUFSS-direktivets tillämpningsområde med hänsyn till internationella avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en eller flera medlemsstater och ett eller flera tredjeländer redan finns enligt artikel 12 i direktivet. Enligt den bestämmelsen handlar det dock om en möjlighet att göra upphandlingar utanför direktivet, snarare än att tredjelandsleverantörer ges tillträde till EU:s upphandlingsmarknad.

När det gäller Sveriges möjligheter att ingå egna frihandelsavtal eller motsvarande överenskommelser inom försvars- och säkerhetsområdet som ger tredjelandsleverantörer tillträde till den svenska upphandlingsmarknaden och upphandlingsförfaranden enligt LUFSS kan utredningen inte med säkerhet utesluta att ett sådant utrymme finns. Avgörande för den frågan är enligt utredningens bedömning om ingåendet av ett sådant avtal kan sägas falla under EU:s exklusiva befogenhet på det handelspolitiska området. Utredningen bedömer att det förhåller sig så att detta omfattas av EU:s exklusiva befogenhet. Om så är fallet bör det inte finnas någon möjlighet för Sverige som stat att ingå avtal, utan eventuella avtal måste ingås av EU.¹⁵⁶ Frågan går emellertid inte att med säkerhet besvara utan ytterligare vägledning från EU. Utredningen kan därmed inte utesluta att det finns ett visst utrymme för Sverige att ingå exempelvis en bilateral internationell överenskommelse om tillträde till den svenska upphandlingsmarknaden som regleras av LUFSS för leverantörer från ett tredjeland.

¹⁵⁵ Gemensamma EES-kommitténs beslut nr 129/2013 av den 14 juni 2013 om ändring av bilaga XVI (offentlig upphandling till EES-avtalet).

¹⁵⁶ Kolin, punkt 56–57.

Mot den bakgrunden anser utredningen att det finns skäl att utforma författningstexten i LUF på ett annat sätt än i de övriga upphandlingslagarna. I LUF hänvisas därför till det bredare begreppet *internationell överenskommelse*. Detta dels för att markera att det inte finns samma koppling till GPA-avtalet och andra frihandelsavtal, dels för att lämna utrymme för att det på försvars- och säkerhetsområdet inte kan uteslutas att det skulle kunna bli fråga om en överenskommelse som ingåtts av Sverige som part, och inte av EU. På så sätt ger lagstiftningen utrymme för den oklarhet som råder.

Användningen av begreppet tredjeland

Angående begreppet ”tredjeland” gör utredningen bedömningen att det kan användas i samtliga upphandlingslagar utan att definieras närmare. Ett resonemang kring begreppet fördes i samband med att artikel 85 i LUF-direktivet, som avser varor med ursprung i tredjeland, införlivades i 18 kap. LUF. Lagrådet ansåg då att begreppet ”stat utanför Europeiska unionen” borde användas i stället eftersom ”tredjeland” förekommer även i andra lagar med en annan betydelse. Regeringen ansåg emellertid att det inte fanns något utrymme för missförstånd vad gäller bestämmelsernas tillämpningsområde och påpekade att begreppet används i den gängse betydelsen, dvs. en stat utanför Europeiska unionen.¹⁵⁷ Enligt utredningens mening gör sig samma resonemang gällande nu. Det är dessutom en fördel om samma term som redan finns i LUF används även i övriga upphandlingslagar när den har samma betydelse.

¹⁵⁷ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 874.

9.4 Bestämmelserna om undantag från förvaltningslagens regler om sekretess, partsinsyn och kommunikering ska fortsatt gälla

Förslag

De undantag från förvaltningslagens regler om partsinsyn och kommunikering som finns i LOU, LUF, LUK och LUFSS ska gälla även när tredjelandsleverantörer inte omfattas av lagarnas tillämpningsområde i övrigt.

I LUFSS ska därutöver även undantaget från förvaltningslagens regel om muntligt uppgiftslämnande gälla.

Skälen för utredningens förslag

Partsinsyn och kommunikering i upphandlingslagarna; bakgrund och nuvarande ordning

I 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, finns en särskild bestämmelse om sekretess i upphandlingsärenden. Av denna följer att sekretessen för uppgifter i anbud och liknande är absolut mot alla andra än anbudsgivaren själv fram till dess att ett tilldelningsbeslut har fattats.¹⁵⁸

Enligt huvudregeln om partsinsyn i 10 § förvaltningslagen (2017:900), FL, gäller att den som är part i ett ärende har rätt att ta del av allt material som tillförts ärendet. Rätten att ta del av uppgifter gäller dock med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL.

I den sistnämnda bestämmelsen finns en reglering som enligt förarbetena till FL kan beskrivas som en kollisionsnorm. Den anger vad som ska gälla vid en konflikt mellan regler om partsinsyn och sekretess. Av denna följer att sekretess som huvudregel inte hindrar att den som är part i ett ärende inför en myndighet och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av handling eller annat material i ärendet. En handling i ett ärende får dock inte lämnas ut till en part om det med hänsyn till ett allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att en sekretessbelagd

¹⁵⁸ Prop. 2017/18:235 s. 129.

uppgift i handlingen inte röjs. I sådana fall ska myndigheten i stället lämna parten upplysningar om innehållet i handlingen, om det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda. Möjligheten att begränsa en parts rätt att ta del av handlingarna i ett ärende är alltså mycket liten, om förfaranderegleringen ger parten rätt till partsinsyn.¹⁵⁹

I den äldre förvaltningslagen (1986:223) gällde inte reglerna om partsinsyn (16 §) och kommunikering (17 §) i ärenden om upphandling. Tillämpningen av dessa bestämmelser var nämligen avhängiga att det var fråga om ärenden avseende myndighetsutövning mot någon enskild. Upphandling ansågs, och anses fortfarande inte, utgöra myndighetsutövning.¹⁶⁰ I samband med ändringar vid införandet av nu gällande FL genom vilka begreppet myndighetsutövning togs bort bedömde regeringen det vara av största vikt att denna ordning inte skulle rubbas. Undantag i upphandlingslagarna från partsinsyn infördes därför.¹⁶¹ Reglerna om partsinsyn (10 §) och kommunikering (25 §) i FL är således inte tillämpliga vid upphandlingar. I LUFSS gäller dessutom undantag från bestämmelsen 24 § FL om muntligt uppgiftslämnande.¹⁶²

Nuvarande ordning får inte riskera att rubbas

Tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal eller motsvarande åtaganden ska enligt utredningens förslag undantas från upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Mot den bakgrunden uppstår frågan om de då kommer att omfattas av rätten till partsinsyn och kommunikeringsskyldigheten enligt FL hos upphandlande myndigheter. En sådan ordning är inte önskvärd. Det skulle placera tredjelandslieferantörer i en mer fördelaktig ställning i detta avseende än vad som är fallet idag. Det finns även en viss risk att leverantörer från antagonistiska stater skulle kunna dra fördel av detta och på så sätt exempelvis få del av uppgifter som annars omfattas av sekretess.

¹⁵⁹ Prop. 2017/18:235 s. 128–129.

¹⁶⁰ Se vidare avsnitten 11.2 och 11.3.2.

¹⁶¹ Prop. 2017/18:235 s. 128–130 och prop. 2016/17:180 s. 54.

¹⁶² 1 kap. 3 a § LOU, 1 kap. 3 a § LUF, 1 kap. 3 a § LUK och 1 kap. 3 a § LUFSS.

Utredningen föreslår därför att undantagen från bestämmelserna om partsinsyn i 10 § FL och kommunikering i 25 § FL i upphandlingslagarna fortsättningsvis ska gälla för tredjelandsleverantörer. Detta regleras enklast och tydligast genom att det införs ett andra stycke i de föreslagna paragraferna.

När det gäller LUFSS omfattar regeln om undantag från FL även bestämmelsen i 24 § FL om muntligt uppgiftslämnande. Utredningen ser inget skäl att göra en annan bedömning när det gäller den bestämmelsen. I LUFSS ska därför även undantaget från 24 § FL fortsatt gälla.

10 Andra överväganden

10.1 Hur avgörs vem som är tredjelandsleverantör?

Bedömning

I upphandlingslagarna bör inte införas någon reglering om hur en leverantörs ursprung bestäms.

Vägledning för frågan om en leverantör är från tredjeland kan hämtas i IPI-förordningen.

Skälen för utredningens bedömning

För att avgöra om de undantagsbestämmelser som utredningen föreslår träffar en viss leverantör behöver upphandlande myndigheter bedöma om leverantören är från ett tredjeland. Att avgöra vad som utgör ett tredjeland bör enligt utredningen inte utgöra något problem. Med detta avses som framgått en stat utanför EU. Det som kan bli mer komplicerat är att avgöra om leverantören ska anses vara *från* en sådan stat, dvs. var leverantören har sitt ursprung. Några regler för ursprungsbestämning i det avseendet finns inte i upphandlingsdirektiven och EU-domstolen ger ingen vägledning i den frågan i Kolin och Qingdao. Inte heller regleringen i 18 kap. LUF som avser anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland ger någon direkt vägledning eftersom den hänvisar till EU:s tullkodexförordning¹⁶³, vars bestämmelser inte kan appliceras på ursprungsbestämning av leverantörer.

¹⁶³ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013 om fastställande av en tullkodex för unionen.

Enligt utredningen saknas det mot den bakgrunden, och med hänsyn till EU:s exklusiva befogenhet på handelspolitikens område, möjlighet att införa någon reglering om ursprungsbestämningen i svensk lagstiftning.

Utredningen anser emellertid att upphandlande myndigheter och andra som ska tillämpa den föreslagna regleringen bör kunna hämta vägledning från bestämmelserna om ursprungsbestämning i IPI-förordningen, vilken EU-domstolen också refererar till ett flertal gånger i Kolin. Av förordningen framgår bland annat att ursprunget för en leverantör, som är en juridisk person, ska anses vara det land där den juridiska personen har bildats eller på annat sätt organiserats och inom vars territorium den juridiska personen har faktisk affärsverksamhet. Om den juridiska personen inte utövar faktisk affärsverksamhet inom territoriet för det land där den har bildats eller på annat sätt organiserats får man i stället utgå från ursprunget för de personer som styr den juridiska personen (artikel 3.1 IPI-förordningen).

I samma artikel finns även bestämmelser som kan tjäna som vägledning för att avgöra om ett konsortium som består av flera ekonomiska aktörer ska betraktas som en tredjelandsleverantör när en sådan sammanslutning lämnar anbud i en upphandling (artikel 3.2 IPI-förordningen).

10.2 Underleverantörer, byggentreprenader, varor och tjänster från tredjeland

Bedömning

De lagförslag som lämnas gäller inte i förhållande till underleverantörer eller när en anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet.

Det bör inte införas nationell reglering som ger möjlighet att välja bort ett anbud på grund av att det i anbudet ingår byggentreprenader, varor eller tjänster från tredjeland som saknar frihandelsavtal med EU.

Skälen för utredningens bedömning

Underleverantörer och åberopande av annans kapacitet

I utredningens uppdrag ingår att bedöma hur de förslag som läggs fram ska tillämpas i förhållande till underleverantörer.

Rätten att använda underleverantörer för att genomföra upphandlade kontrakt är vidsträckt. Av artikel 63.1 i LOU-direktivet följer att en anbudsgivare har rätt att förlita sig på andra enheters kapacitet för att klara kvalificeringskraven. Det framgår uttryckligen att denna rätt gäller oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. I artikel 79 i LUF-direktivet, artikel 38 i LUK-direktivet och artiklarna 41 samt 42 i LUFSDirektivet finns liknande reglering. EU-domstolen har avseende motsvarande reglering i 2004 års LOU-direktiv anfört att den ger i princip oinskränkt möjlighet för anbudsgivare att anlita underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt.¹⁶⁴ I artikel 71 i LOU-direktivet, artikel 88 i LUF-direktivet och artikel 42 i LUK-direktivet finns bestämmelser om specifika åtgärder som kan vidtas för att kontrollera och vid behov begära att underleverantörer byts ut i de fall det visar sig föreligga skäl för uteslutning.

Även i LUFSDirektivet finns den typen av bestämmelser, exempelvis i artiklarna 7 och 21. Det bör dock nämnas att LUFSDirektivets reglering i viss mån ser annorlunda ut. Det finns exempelvis bestämmelser om konkurrensättning av underentreprenad i Avdelning III i direktivet.

Underleverantörer ges emellertid vare sig enligt upphandlingsdirektiven eller upphandlingslagarna uttryckligen någon självständig rättslig ställning. Det framgår inte att de kan åberopa några rättigheter enligt direktiven, så som de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, och inte heller att de kan ansöka om överprövning. Dessa rättigheter tillkommer endast den som är leverantör. Underleverantörer har inte heller några direkta skyldigheter enligt den befintliga regleringen. I stället ankommer det på den huvudsakliga leverantören och upphandlande myndigheter att se till att underleverantörer uppfyller de krav som finns i upphandlingsdirektiven och lagarna. Det finns inte några krav som

¹⁶⁴ Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 33.

avser underleverantörens ursprung och det saknas reglering som anger att upphandlande myndigheter kan utesluta en leverantör från en upphandling enbart med hänvisning till att denne avser använda en underleverantör från ett tredjeland utan frihandelsavtal med EU.

Redan av dessa skäl framstår det som mycket tveksamt om de slutsatser som kan dras av EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao kan utsträckas till att omfatta underleverantörer.

Domstolen uttalar sig inte heller om underleverantörer. Avgörandena rör enbart den rättsliga ställningen för leverantörer från tredjeland. Underleverantörer nämns dessutom inte uttryckligen i artiklarna 25 i LOU-direktivet och 43 i LUF-direktivet som är föremål för domstolens prövning. Dessa artiklar avser byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer (leverantörer). Det ger ytterligare stöd för bedömningen att slutsatserna i rättsfallen inte kan utsträckas till att omfatta även underleverantörer.

Enligt utredningens mening gör sig samma synsätt gällande vad avser den närliggande frågan om en leverantör som återoppar kapaciteten hos ett företag från tredjeland.

Kommissionen har som tidigare nämnts (se avsnitt 6.4) i sin Q&A förvisso angett att det är upp till den upphandlande myndigheten att från fall till fall avgöra om den ska godta anbud i vilka det ingår underleverantörer från tredjeländer utan frihandelsavtal med EU eller anbud som bygger på att anbudsgivaren återoppar kapaciteten hos en enhet från ett sådant tredjeland. Samtidigt understryker också kommissionen att EU-domstolen inte uttryckligen uttalar sig om underleverantörer eller användningen av andras ekonomiska kapacitet. Det är således oklart hur kommissionens Q&A i denna del ska förstås. Vidare är kommissionens uttalanden inte bindande. Enligt utredningen kan de i vart fall inte tas till intäkt för att en upphandlande myndighet har rätt att välja bort anbud från leverantörer enbart för att dessa avser att använda sig av en underleverantör från tredjeland utan frihandelsavtal med EU, när domstolen överhuvudtaget inte berört den frågan.

Sammanfattningsvis gör utredningen alltså bedömningen att det inte går att utsträcka de slutsatser som följer av Kolin och Qingdao till att även omfatta underleverantörer eller återopande av annans kapacitet. Följaktligen får de lagförslag som nu lämnas ingen

påverkan på möjligheten att använda sig av underleverantörer eller att åberopa annans kapacitet.

Byggentreprenader, varor och tjänster från tredjeland

Utöver ett förbud mot diskriminering av leverantörer framgår av artikel 25 i LOU-direktivet och artikel 43 i LUF-direktivet ett motsvarande förbud mot diskriminering av *byggentreprenader, varor och tjänster* från tredjeland som omfattas av GPA-avtalet eller motsvarande avtal. Även om det inte anges i uppdragsbeskrivningen anser utredningen därför att det finns skäl att överväga om EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao har betydelse för anbud som innehåller byggentreprenader, varor eller tjänster med ursprung i tredjeland, oavsett vilket ursprung leverantören har.

Till att börja med ska framhållas att den grundläggande bestämmelsen i artikel 34 i EUF-fördraget om fri rörlighet för varor inte enbart är tillämplig för varor med ursprung inom EU, utan på alla varor som är i fri omsättning inom unionen. En vara som kommer från ett tredjeland anses i allmänhet ha trätt i fri omsättning när den har genomgått erforderliga importformaliteter, tillämpliga tullavgifter eller motsvarande avgifter har erlagts, samt när den uppfyller samtliga krav för laglig marknadsföring i importmedlemsstaten (artikel 29 EUF-fördraget). En vara från ett tredjeland som lagligen har importerats till ett EU-land, och som uppfyller alla krav för försäljning på det landets marknad utgör således en vara i fri omsättning i unionen, vilket medför att övriga medlemsstater inte får begränsa dess tillträde till sina respektive marknader. Någon möjlighet att diskriminera varor från tredjeland som redan importerats till EU på ett lagligt sätt finns således inte annat än om det är motiverat med hänsyn till vissa tvingande samhällsintressen så som t.ex. allmän moral, ordning, säkerhet eller skydd för liv och hälsa (artikel 36 EUF-fördraget).¹⁶⁵

Frågan är då om EU-domstolens avgöranden kan tolkas på så sätt att artikel 25 och 43 i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet under vissa förutsättningar medger en möjlighet att särbehandla anbud som innefattar byggentreprenader, varor och tjänster när

¹⁶⁵ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement Volume 2*, 3 u., Sweet & Maxwell, 2018, s. 884–885.

exempelvis varorna i fråga har sitt ursprung direkt i ett tredjeland som saknar frihandelsavtal med EU, dvs. när de inte redan är i fri omsättning inom unionen.

I likhet med vad som gäller underleverantörer uttalar sig EU-domstolen i Kolin och Qingdao emellertid inte i den frågan, utan avgörandena avser enbart den rättsliga ställningen för tredjelandsleverantörer. Redan mot denna bakgrund finns anledning att vara försiktig med att tolka domstolens uttalanden som att de skulle medge att även anbud som innehåller exempelvis varor med ursprung i tredjeland kan särbehandlas. Här ska också noteras att LUK- och LUF-direktiven inte innehåller några bestämmelser motsvarande de i nämnda artikel 25 och 43. För upphandlingar av koncessioner och på försvars- och säkerhetsområdet finns därför ännu större skäl till försiktighet.

Vidare kan konstateras att EU för upphandling inom försörjningssektorerna har särskilda regler för anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland genom artikel 85 och 86 LUF-direktivet. Artikel 85 är införlivad i svensk lag genom 18 kap. LUF.¹⁶⁶ EU-lagstiftaren har alltså sett ett behov av särreglering angående under vilka förutsättningar anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland kan särbehandlas negativt. Enligt utredningen talar detta emot att man kan se det som anges i artikel 25 och 43 i LOU- och LUF-direktiven som en självständig rättslig grund för att särbehandla anbud som innefattar byggtreprenader, varor och tjänster från tredjeland. När EU har nyttjat sin lagstiftningsbefogenhet på det sätt som gjorts i LUF-direktivet ser utredningen inte någon möjlighet att anta ytterligare regler bestämmelser i svensk rätt utöver de som redan införts i 18 kap. LUF i syfte att införliva LUF-direktivet.

Enligt utredningens uppfattning får det dessutom numera anses klarlagt att alla rättsakter som är ägnade att direkt och omedelbart påverka utbytet av varor och tjänster mellan tredjeland och unionen omfattas av EU:s gemensamma handelspolitik, vilket innebär att Sverige inte kan införa någon egen reglering i det avseendet i någon av upphandlingslagarna utan att riskera att inkräkta på unionens exklusiva lagstiftningsbefogenhet.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Vad gäller artikel 86 har bedömningen gjorts att den inte kräver något införlivande i svensk lag bland annat med hänsyn till att den framför allt riktar sig till kommissionen, se prop. 2015/16:195 del 2 s. 872–875.

¹⁶⁷ Se Kolin, punkt 56 och 57 samt däri angivna hänvisningar.

Det bör därmed inte införas nationell reglering som ger möjlighet att välja bort ett anbud på grund av att det i anbudet ingår byggtreprenader, varor eller tjänster från tredjeland som saknar frihandelsavtal med EU.

10.3 Lagen om valfrihetssystem och behovet av följdändringar i andra lagar

Bedömning

Det finns inte behov av ändringar i lagen om valfrihetssystem till följd av Kolin och Qingdao.

Det finns inte behov av några följdändringar i lagar som hänvisar till upphandlingslagarna med anledning av utredningens förslag.

Skälen för utredningens bedömning

Lagen om valfrihetssystem

Det finns författningar som är närliggande de fyra upphandlingslagarna som inte omnämns i utredningens uppdragsbeskrivning, men som förts på tal av flera av de myndigheter och aktörer som utredningen hämtat in synpunkter från.

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) är en sådan författning. LOV är tillämplig när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller vissa tjänster inom hälsovård och socialtjänster. Med valfrihetssystem avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med.¹⁶⁸ Leverantörer kan ansöka om att delta i ett valfrihetssystem och upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga

¹⁶⁸ 1 kap. 1 § LOV.

principerna.¹⁶⁹ Lagen har vissa likheter med LOU, LUF, LUK och LUF5, framför allt LUK.

Vid tillkomsten av LOV gjorde regeringen bedömningen att kontrakt inom valfrihetssystem enligt LOV skulle anses utgöra tjänstekoncessioner.¹⁷⁰ I ett senare förarbete till LOU, LUF och LUK bedömdes det emellertid finnas skäl som talar för att ett valfrihetssystem inte ska anses utgöra en upphandlingsrättslig anskaffning, vare sig genom koncession eller genom något annat kontrakt.¹⁷¹ I den senare genomförda *Välfärdsutredningen* utreddes valfrihetssystemets förhållande till upphandlingsdirektiven. Utredningen kom fram till att avtal som ingår i ett valfrihetssystem enligt LOV inte utgör tjänstekoncessioner och att valfrihetssystem enligt lagen inte omfattas av upphandlingsdirektiven.¹⁷² Utredningen hänvisade bland annat till att det genom EU-domstolens praxis står klart att system där avtal ingås med alla aktörer som uppfyller de fastställda kraven, utan att något urval sker, och där det är möjligt att ansluta till systemet under hela dess giltighetstid, inte är ett offentligt kontrakt i den mening som avses i 2004 års LOU-direktiv, och därför inte utgör upphandling.¹⁷³

Av skäl 4 i LOU-direktivet framgår vidare att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem. En motsvarande formulering återfinns i skäl 13 i LUK-direktivet av vilken följer att auktorisationssystem inte bedöms utgöra koncessioner.

Utredningen konstaterar mot den bakgrunden att valfrihetssystem är auktorisationssystem och att LOV alltså inte omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Någon anpassning av LOV för att lagen ska vara förenlig med EU-rätten i förhållande till direktiven krävs således inte. Om föremålet för ett auktorisationsförfarande är av gränsöverskridande intresse ska det i och för sig enligt EU-domstolens praxis omfattas av de grundläggande reglerna i EUF-föredraget, särskilt principen om

¹⁶⁹ 1 kap. 2 § LOV samt exempelvis 2 kap. 1 § LOV och 3 kap. 2 § LOV.

¹⁷⁰ Prop. 2008/09:29 s. 55–57.

¹⁷¹ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 354–356.

¹⁷² SOU 2016:78 s. 565–574.

¹⁷³ SOU 2016:78 s. 572–573 och C-410/14, Falk Pharma, EU:C:2016:399.

förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn som innebär krav på ändamålsenligt offentliggörande.¹⁷⁴ Detta skulle kunna tala för att LOV bör ses på samma sätt som upphandlingar inom det icke-direktivstyrda området (se avsnitt 8.4) och därmed ändras på ett liknande sätt som upphandlingslagarna. Utredningen konstaterar emellertid att EU-domstolens uttalanden i Kolin och Qingdao avser *upphandling* samt möjligheten att anta rättsakter och ingå internationella avtal som reglerar *upphandlingsförfaranden*. Att under de förutsättningarna utsträcka slutsatserna från rättsfallen till att omfatta auktorisationssystem, som inte utgör vare sig ett förfarande för upphandling eller ingående av koncessionsavtal, är enligt utredningens mening en allt för långtgående tolkning. Samma sak torde även gälla andra lagar som avser auktorisationssystem som exempelvis lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

Sammanfattningsvis anser utredningen därför att det inte finns något behov av ändringar i LOV till följd av Kolin och Qingdao.

Behovet av följdändringar i andra lagar

Utredningen konstaterar slutligen att det finns ett flertal lagar som hänvisar till de fyra upphandlingslagarna i olika avseenden, däribland lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, ellagen (1997:857), lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

Enligt utredningens bedömning finns inget behov av följdändringar i dessa eller någon annan lag med anledning av utredningens förslag.

10.4 Upphandlingsförordningen

Det finns inte behov av ändringar i upphandlingsförordningen till följd av Kolin och Qingdao.

¹⁷⁴ Falk Pharma, punkt 44.

Skälen för utredningens bedömning

I upphandlingsförordningen (2016:1162) finns bestämmelser som kompletterar LOU, LUF, LUK och LUF.S.¹⁷⁵ Förordningen innehåller till stor del bestämmelser om annonsering. Det ges bland annat anvisningar i 5 a § om den information som en annons om anbudsinfördran enligt upphandlingslagarna ska innehålla. Utredningen har övervägt om det bör tas in en regel i upphandlingsförordningen om att upphandlande myndigheter i en annons om upphandling ska ange huruvida tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU tillåts att delta i upphandlingen eller inte. En sådan anvisning skulle kunna innebära fördelar både för upphandlande myndigheter och leverantörer ur tydlighetssynpunkt.

Utredningen konstaterar dock att det följer av Kolin och Qingdao att unionen har exklusiv befogenhet när det gäller rättsakter med allmän giltighet med syftet att fastställa villkoren för uteslutning eller tillträde till upphandlingsförfaranden i EU för leverantörer från tredje land.¹⁷⁶ En reglering som den beskrivna riskerar att på ett indirekt sätt fastställa villkoren för tillträde till upphandlingsförfaranden för tredjelandsleverantörer på ett sätt som är oförenligt med EU-rätten, t.ex. om en underlåtenhet att ange huruvida tredjelandsleverantörer tillåts delta skulle komma att ses som ett tyst godkännande av att sådana deltar i upphandlingen.

Vidare kan lämpligheten av att införa en sådan bestämmelse ifrågasättas eftersom det riskerar att minska konkurrensen på ett onödigt sätt om upphandlande myndigheter alltid behöver låsa sig vid en viss uppfattning gällande tredjelandsleverantörers deltagande tidigt i upphandlingsförfarandet. I stället bör upphandlande myndigheter ofta ha ett intresse av att ta del av så många anbud som möjligt, och först därefter bestämma sig om eventuella anbud från tredjelandsleverantörer ska väljas bort. Utredningen utesluter i och för sig inte att ett sådant agerande kan medföra risker (se avsnitt 11.4.3 under rubriken *Skadestånd enligt den allmänna avtalsrätten och culpa in contrahendo*), men anser trots allt att det bör vara upp till den upphandlande myndigheten att i så fall avgöra hur den eventuella risken ska hanteras. Detta gäller särskilt då någon rättspraxis om hur

¹⁷⁵ 1 § upphandlingsförordningen.

¹⁷⁶ Kolin punkt 57 och Qingdao punkt 60.

tredjelandslieferantörerna ska behandlas ännu inte hunnit bildas och de påtalade riskerna kanske aldrig ens kommer att aktualiseras.

Enligt utredningen är en reglering i upphandlingsförordningen i linje med vad som diskuterats ovan inte är lämplig och utredningen anser inte heller att det i övrigt finns något behov av ändringar i förordningen.

11 Vad gäller om upphandlingslagarna inte är tillämpliga?

11.1 Några utgångspunkter

EU-domstolen har genom sina avgöranden i Kolin och Qingdao slagit fast att tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU inte kan åberopa de rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven. Vidare slår domstolen fast att även om det är tänkbart att sätten att behandla tredjelandsleverantörer måste uppfylla vissa krav kan en talan om att den upphandlande myndigheten åsidosatt dessa, som väcks av en sådan leverantör, endast prövas mot bakgrund av nationell rätt och inte mot bakgrund av unionsrätten. De krav som nämns som tänkbara i domarna är kraven på öppenhet, proportionalitet, rättssäkerhetsprincipen och principen om berättigade förväntningar.¹⁷⁷ Utredningen har som framgått (avsnitt 9.1.3) bedömt att det också innebär att de aktuella tredjelandsleverantörerna inte heller kan få tillgång till de rättsmedel som finns i upphandlingslagarna.

Som en konsekvens av detta uppkommer flera följdfrågor. Däribland vilka krav som i så fall kan ställas på upphandlande myndigheter när det gäller behandlingen av tredjelandsleverantörerna och vilka eventuella rättigheter enligt nationell rätt sådana leverantörer kan åberopa. Men även frågan om vilka rättsmedel enligt nationell rätt som finns att tillgå för en tredjelandsleverantör som anser sig blivit felaktigt behandlad.

Det finns flera omständigheter som gör bedömningen av de angivna frågorna komplicerad. En av dessa består i att EU-domstolen nämner vissa krav som *tänkbart* kan behöva uppfyllas vid behandlingen av tredjelandsleverantörerna. Domstolen verkar alltså

¹⁷⁷ Kolin, punkt 66 och Qingdao, punkt 66.

anse att tredjelandsleverantörerna kan tillerkännas något slags rättsligt skydd. Domstolen preciserar dock inte detta närmare och räknar dessutom upp kraven på ett sätt som inte framstår som uttömmande.

En annan komplikation följer av uttalandet om att prövningen inte kan ske mot bakgrund av unionsrätten. Det framstår därmed som att de krav som kan behöva iakttas uteslutande måste ha sitt ursprung i nationell rätt för att kunna tillämpas i förhållande till tredjelandsleverantörer. En sådan uppdelning låter sig inte alltid med självklarhet göras då EU-rätten och dess principer i många fall sedan länge är en integrerad del av svensk rätt.

Det är inte aktuellt att lämna förslag på ett nytt nationellt regelverk med principer och rättsmedel som ska gälla i förhållande till tredjelandsleverantörer. En sådan reglering skulle riskera att inkräkta på EU:s exklusiva befogenhet på den gemensamma handelspolitikens område.¹⁷⁸ I stället består utredningens analys i denna del i att identifiera redan befintliga regler, principer och rättsmedel i nationell rätt som potentiellt kan bli tillämpliga. Ett sådant synsätt överensstämmer också med de uttalanden kommissionen gör i sin Q&A (se avsnitt 6.4).¹⁷⁹

I kapitlet redogörs också för EKMR:s och EU-rättens bestämmelser om rätt till domstolsprövning och ett effektivt rättsmedel samt vilken påverkan dessa potentiellt kan få när det gäller de aktuella frågeställningarna. Utredningen redovisar även vissa bedömningar och slutsatser. Det slutliga avgörandet av vilka lagar, principer och rättsmedel som gäller i förhållande till tredjelandsleverantörer måste emellertid ofrånkomligen ytterst överlämnas till rättstillämpningen.

11.2 Upphandlingsärendenas särskilda karaktär och frågan om myndighetsutövning

En särskild svårighet när det gäller att identifiera de regler i nationell rätt som kan bli tillämpliga i förhållande till tredjelandsleverantörer är att ett upphandlingsförfarande inte helt självklart kan kategoriseras som antingen offentlighetsrättsligt eller civilrättsligt. Det

¹⁷⁸ Kolin, punkt 57.

¹⁷⁹ Punkt 6.1. och 6.5. i kommissionens Q&A.

innebär att det i vissa fall är osäkert vilken lagstiftning som är tillämplig när ett visst förhållande inte regleras i upphandlingslagarna. Saken har varit föremål för diskussion i doktrinen, där det framförts olika uppfattningar. Detsamma gäller den sammanhängande frågan om huruvida upphandling kan kategoriseras som myndighetsutövning eller ej.¹⁸⁰ När det gäller den frågan får det dock numera anses stå klart att åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar inom ramen för tilldelning av kontrakt eller koncessioner inte utgör myndighetsutövning.¹⁸¹

11.3 Lagar och principer som kan bli tillämpliga

11.3.1 Regeringsformen

Grundläggande principer för offentlig förvaltning

Det finns flera bestämmelser i regeringsformen (RF) som innehåller grundläggande principer för offentlig förvaltning, vilka är av betydelse för handläggningen av ärenden om upphandling. RF utgör i dessa delar inget införlivande av EU-rätten och bestämmelserna bör därför vara tillämpliga gentemot tredjelandsleverantörer även om dessa inte omfattas av upphandlingslagarna.

Enligt 1 kap. 1 § tredje stycket gäller att den offentliga makten utövas under lagarna (legalitetsprincipen). Detta innebär bland annat att en statlig myndighet eller kommun är skyldig att följa gällande lagstiftning vid utövandet av sina befogenheter och all sin verksamhet.

Enligt 1 kap. 9 § RF ska domstolar och förvaltningsmyndigheter samt andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Kravet på saklighet och opartiskhet gäller även privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som har överlämnats till dem.¹⁸² Kravet på saklighet – objektivitetsprincipen – har bland annat ansetts innebära att myndigheternas avgöranden

¹⁸⁰ Se SOU 2015:12 s. 88–91 och däri angivna hänvisningar.

¹⁸¹ Se prop. 2016/17:180 s. 54, prop. 2006/07:128 del 1 s. 142–143 och Lagrådets yttrande med anledning av den lagrådsremiss som föregick förslaget, a. prop. del 2 s. 598.

¹⁸² Prop. 2009/10:80 s. 247.

måste grundas enbart på hänsyn som enligt olika författningar får beaktas. Andra intressen får inte vägleda myndigheterna och godtycke i förvaltningen är förbjudet.¹⁸³ Principen ska iakttas vid exempelvis upphandling.¹⁸⁴ Kravet på allas likhet inför lagen innebär ett skydd mot godtycke och diskriminering.¹⁸⁵ En annan innebörd av kravet på likabehandling är kravet på konsekvens.¹⁸⁶ En upphandlande myndighet eller enhet vars verksamhet styrs av objektivitetsprincipen och som förespråkar en viss principiell tolkning av upphandlingslagstiftningen i ett fall torde mot bakgrund av denna princip vara skyldig att hålla fast vid denna tolkning i ett annat fall.¹⁸⁷

Kan tredjelandsleverantörer angripa ett beslut med stöd av regeringsformen?

Det finns flera exempel på rättspraxis där 1 kap. 9 § RF har tillämpats. I HFD 2011 ref. 10 upphävdes ett beslut om statsbidrag till trossamfund vid rättsprövning. Skälen för avslag hade inte redovisats i det klandrade beslutet. Högsta förvaltningsdomstolen fann att detta innebar att beslutet stod i strid med 1 kap. 9 § RF. Att skälen för avslag redovisas i ett beslut är en förutsättning för att det ska gå att kontrollera att ovidkommande hänsyn inte tagits vid beslutsfattandet fastslog domstolen. I rättsfallet RÅ 81 2:25 bedömdes en kommunstyrelse ha agerat i strid mot kraven på saklighet och opartiskhet i 1 kap. 9 § RF genom ett beslut om ekonomiska sanktioner mot ett företag och undantag från upphandlingsreglementet avsett att slå mot företaget. Beslutet undanröjdes därför. Det finns ytterligare exempel från både allmän domstol och förvaltningsdomstol.¹⁸⁸

Det står enligt utredningens mening därmed klart att det under vissa förutsättningar är möjligt att angripa olika typer av beslut med utgångspunkt i 1 kap. 9 § RF. Det saknas emellertid praxis till stöd för slutsatsen att en tredjelandsleverantör har möjlighet att angripa

¹⁸³ Lerwall, Lotta, JO och 1 kap. 9 § Regeringsformen, i JO – *Lagens väktare*, 2009, s. 233.

¹⁸⁴ Eka, Anders, m.fl. *Regeringsformen – med kommentarer*, 2018, s. 65. Se även exempelvis RÅ 81 2:25.

¹⁸⁵ Bull, Thomas, m.fl. *Regeringsformen*, upplaga 3, 2015 s. 53.

¹⁸⁶ Von Essen, Ulrik, *Arbete i offentlig förvaltning*, 2024, s. 106.

¹⁸⁷ SOU 2018:44 s. 198.

¹⁸⁸ Se till exempel RÅ 1999 ref. 76 och NJA 1987 s. 459.

beslut i ett upphandlingsförfarande med stöd av 1 kap. 9 § RF. Enligt utredningens bedömning är det tänkbart, men frågan måste överlämnas till rättstillämpningen att avgöra.

11.3.2 Förvaltningslagen

Förvaltningslagens tillämplighet i upphandlingsärenden

Förvaltningslagen (FL) är den huvudsakliga lag som reglerar handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndigheterna. Begreppet *ärende* i förvaltningsrättsliga sammanhang är svårt att definiera på ett uttömmande sätt och det finns ingen definition av begreppet i FL. Enligt förarbetena till lagen karakteriseras verksamhet som innefattar handläggning av ett ärende av att detta avslutas med ett beslut.¹⁸⁹ Flera av bestämmelserna i FL är endast tillämpliga på handläggning av ärenden. Det får anses klarlagt att en myndighets handläggning av en upphandling sker inom ramen för ett ärende i den betydelse begreppet har i förvaltningsrättsliga sammanhang.¹⁹⁰ FL är dock inte tillämplig i ärenden om upphandling hos kommunala och statliga bolag.¹⁹¹

Av 4 § FL framgår att om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från FL, tillämpas den bestämmelsen. Detta ger uttryck för subsidiaritetsprincipen. Frågan om en bestämmelse i en specialförfattning innebär en avvikelse från lagen får enligt förarbetena till lagen avgöras med tillämpning av sedvanliga tolkningsmetoder. Av särskild betydelse bör då ofta vara vilket syfte specialregleringen har och hur fullständigt den reglerar förfarandet.¹⁹² Det bör typiskt sett bara vara avvikelser som klart framgår av den speciella lagen eller förordningen som på denna grund gäller framför FL.¹⁹³ I den utsträckning handläggning av en viss aspekt av en upphandling är reglerad i upphandlingslagstiftningen ska alltså den bestämmelsen tillämpas i stället för motsvarande regel i FL.

¹⁸⁹ Prop. 2016/17:180 s. 52.

¹⁹⁰ SOU 2018:44 s. 200 och prop. 2016/17:180 s. 54.

¹⁹¹ Prop. 2017/18 :235 s. 129.

¹⁹² Prop. 2016/17:180 s. 288.

¹⁹³ Prop. 2016/17:180 s. 38.

Förvaltningslagens grundläggande principer om god förvaltning

I 5–8 §§ FL finns bestämmelser om grunderna för god förvaltning. I 5 § anges att en myndighet endast får vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen samt i sin verksamhet ska vara saklig och opartisk. Bestämmelsen ger i dessa delar uttryck för legalitetsprincipen och objektivitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen kommer också till uttryck i paragrafen. Principen kan förenklat sägas innebära att en ingripande åtgärd ska vara ägnad att tillgodose det åsyftade ändamålet, vara nödvändig för att uppnå detta ändamål och medföra fördelar som står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar.¹⁹⁴

Kan förvaltningslagens principer och bestämmelser tillämpas i förhållande till tredjelandsleverantörer?

Med de förslag som utredningen lämnar kommer upphandlingslagarna inte gälla i förhållande till leverantörer från tredjeland, såvida inte dessa omfattas av ett frihandelsavtal eller någon motsvarande internationell överenskommelse som kräver att de ska behandlas på samma sätt som leverantörer från EU.

Eftersom myndigheters handläggning av upphandlingar sker inom ramen för ett ärende bör utgångspunkten, enligt utredningens mening, då vara att FL:s bestämmelser gäller i stället för regleringen i upphandlingslagarna. En förutsättning är dock att den som genomför upphandlingen är att kategorisera som en förvaltningsmyndighet. Handlar det däremot inte om en förvaltningsmyndighet kan FL inte tillämpas.

Genom införandet av nu gällande förvaltningslag utvidgades lagens tillämpningsområde på så sätt att dess bestämmelser om ärendehandläggning inte längre begränsar sig till ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda. Den tidigare diskussionen om huruvida upphandling utgör myndighetsutövning får därmed anses överspelad när det gäller dess betydelse för frågan om förvaltningslagens tillämplighet.

Att FL är det primära regelverk som träder in när det inte finns någon reglering i upphandlingslagarna får också anses framgå genom att det i lagarna ansetts nödvändigt att ta in undantag som anger att

¹⁹⁴ Prop. 2016/17:180 s. 60-61.

upphandlande myndigheter i vissa fall inte ska tillämpa FL:s regler (se t.ex. 1 kap. 3 a § LOU).

11.4 Rättsmedel som kan bli tillgängliga för en tredjelandsleverantör

11.4.1 Överklagande enligt förvaltningslagens bestämmelser

Möjligheten att överklaga innan rättsmedelsdirektiven införlivades

Rättsmedlen i upphandlingslagarna infördes i samband med att Sverige skulle inträda i EU. Dessförinnan gällde upphandlingsförordningen (1986:366) som gav ett visst rättsligt ramverk för upphandlingsprocessen. Beslut i upphandlingsärenden enligt förordningen fick inte överklagas.¹⁹⁵

Med anledning av de krav som ställdes genom Sveriges undertecknade av EES-avtalet infördes 1992 års LOU.¹⁹⁶ I förarbetena till den lagen anges att rättsmedelsdirektiven leder till att det även i Sverige måste öppnas upp för en möjlighet till överprövning och eventuellt skadestånd vid felaktiga upphandlingar.¹⁹⁷ I samtliga efterföljande upphandlingslagar har rättsmedlen alltid utgjort en implementering av bestämmelser i EU-direktiv. Möjligheten till överprövning och rätten till skadestånd vid felaktiga upphandlingar har med andra ord sitt ursprung i EU-rätten och det gick i princip inte att överklaga beslut i upphandlingsärenden innan upphandlingslagarna infördes, med undantag för att kommunala upphandlingsbeslut under vissa förutsättningar kunde överklagas genom laglighetsprövning.¹⁹⁸

¹⁹⁵ 16 § upphandlingsförordningen (1986:366).

¹⁹⁶ Prop. 1992/93:88 s. 1.

¹⁹⁷ Prop. 1992/93:88 s. 38.

¹⁹⁸ Prop. 1992/93:88 s. 36 och 46.

Huvudregeln är att myndighetsbeslut överklagas till förvaltningsdomstol

Huvudregeln är att myndighetsbeslut överklagas till allmän förvaltningsdomstol, dvs. till förvaltningsrätt som första instans. Det framgår av den allmänna forumregeln i 40 § FL. I många lagar som reglerar ett speciellt område inom förvaltningsrätten finns emellertid också egna forumregler som anger att ett beslut ska överklagas till – eller att ansökan om prövning ska göras hos – förvaltningsdomstol.¹⁹⁹

I några fall överklagas i stället beslut till närmaste högre förvaltningsmyndighet eller till regeringen. Även kommunallagen (2017:725) innehåller särskilda bestämmelser om överklagande (laglighetsprövning) av vissa kommunala beslut. Den senare typen av särreglering saknar betydelse för de frågor som nu är föremål för bedömning och blir knappast aktuell att tillämpa i förhållande till en tredjelandsleverantör, eftersom det förutsätter att den klagande är medlem av en kommun eller region.²⁰⁰

När ett överklagande väl inkommit till förvaltningsdomstol är förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, tillämplig vid handläggningen av målet. Även i FPL (2 §) finns emellertid en subsidiaritetsregel som innebär att lagen inte tillämpas om det finns avvikande bestämmelser i annan lag eller författning, exempelvis upphandlingslagarna.

Förutsättningar för överklagande enligt förvaltningslagen

I 41 § FL anges att ett beslut får överklagas om beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt. Bestämmelsen infördes när den nu gällande förvaltningslagen trädde i kraft och innebär att det numera finns en allmän regel om förvaltningsbesluts överklagbarhet. Det fanns inte i den äldre förvaltningslagen. Som skäl för införandet angav regeringen bland annat att överklagandeinstitutet är av grundläggande betydelse för den enskildes rättsskydd och att den då gällande förvaltningslagens avsaknad av allmänna bestämmelser om vilka beslut som får

¹⁹⁹ Se t.ex. lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga och lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård.

²⁰⁰ 1 kap. 5 § och 13 kap. 1 § kommunallagen (2017:725).

överklagas minskade förutsebarheten och inte sällan ledde till tillämpningssvårigheter.²⁰¹

En första förutsättning för överklagbarhet är att det rör sig om ett förvaltningsbeslut. Avgörande när det gäller frågan om en myndighets ställningstagande ska betraktas som ett förvaltningsbeslut eller inte är om det är avsett att vara handlingsdirigerande. Det är alltså uttalandets syfte och innehåll som avgör dess karaktär av förvaltningsbeslut, inte dess yttre form. I praxis har ganska låga krav ställts för att ett ställningstagande ska anses utgöra ett förvaltningsbeslut och i vissa fall är detta endast underförstått.²⁰²

Vidare ger bestämmelsen uttryck för de principer som tillkommit genom Högsta förvaltningsdomstolens praxis vilka innebär att det är ett besluts faktiska verkningar som är avgörande för bedömningen av beslutets överklagbarhet.²⁰³ Beslutets påverkan får inte heller vara obetydlig.

Bestämmelsen i 41 § FL påverkar inte tillämpningen av sådana särskilda bestämmelser i specialförfattningar som anger vilka beslut enligt specialförfattningen som är överklagbara. Om en sådan överklagandebestämmelse inte innehåller någon uttömmande uppräknings av överklagbara beslut, till exempel om det endast allmänt anges att beslut enligt lagen får överklagas, får frågan om överklagbarhet avgöras med ledning av Högsta förvaltningsdomstolens praxis.²⁰⁴

11.4.2 Rätten till domstolsprövning och ett effektivt rättsmedel

Rätten till domstolsprövning enligt Europakonventionen

EKMR gäller som svensk lag sedan 1995.²⁰⁵ Av 2 kap. 19 § RF följer att en lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av konventionen.

²⁰¹ Prop. 2016/17:180 s. 252.

²⁰² Lundmark & Säfsten, Förvaltningslagen (26 aug. 2024, version 1C, JUNO), kommentaren till 41 §.

²⁰³ Prop. 2016/17:180 s. 252–253.

²⁰⁴ Prop. 2016/17:180 s. 254.

²⁰⁵ Se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Enligt artikel 6.1 i EKMR ska var och en vid prövningen av hans eller hennes civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse för brott vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats genom lag.

Innebörden av uttrycket civila rättigheter och skyldigheter har över tid utvecklats genom Europadomstolens praxis. Uttrycket omfattar inte enbart civilrättsligt grundade anspråk utan täcker även rättigheter och skyldigheter som kan grundas på offentligrättsliga föreskrifter. Avgörande för bedömningen är rättighetens materiella innehåll snarare än klassificeringen i nationell rätt.²⁰⁶

Av Europadomstolens praxis följer att artikel 6.1 i EKMR är tillämplig under förutsättning bland annat att det föreligger en reell och seriös tvist, att tvisten gäller en rättighet eller skyldighet som – på åtminstone rimliga grunder – kan hävdas ha sin grund i nationell rätt och att denna rättighet eller skyldighet, vid en på konventionen grundad tolkning, kan karaktäriseras som civil. Det är således en prövning i flera steg som ska göras.²⁰⁷

Bedömningen av om en tvist är reell och seriös ska göras mot bakgrund av de regler som enligt nationell rätt gäller för den rättighet eller skyldighet som tvisten avser. Det finns en presumtion för att uppkomna tvister är reella och seriösa. Detta innebär att en domstol enbart i klara fall kan dra slutsatsen att en tvist inte är reell och seriös.

Twisten måste också avse en rättighet eller skyldighet som följer av nationell rätt. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om den rättighet eller skyldighet som en enskild gör gällande följer av de bestämmelser som är tillämpliga i det enskilda fallet. Avgörande vid denna bedömning är inte innehållet i de föreskrifter som är tillämpliga. Det måste också vägas in om tillämpningen av dem innebär att den som uppfyller vissa kriterier i praktiken har en rätt till ett visst stöd eller en förmån. Är det fråga om en förmån som beviljas efter rent skönsmässiga överväganden handlar det inte om en rättighet. Annorlunda förhåller det sig när en myndighet visserligen har stor frihet att efter en lämplighetsbedömning avgöra om t.ex. ett ekonomiskt bidrag ska beviljas, men prövningen också innefattar en tillämpning av vissa

²⁰⁶ Prop. 2016/17:180 s 43.

²⁰⁷ Se HFD 2019 ref. 10 med däri hänvisad praxis.

övergripande rättsliga regler eller principer.²⁰⁸ Rättigheter eller skyldigheter som inte finns enligt den nationella rätten kan inte skapas genom ett åberopande av artikel 6.1 EKMR. Det finns därför inte heller någon presumtion för att det föreligger en viss rättighet eller skyldighet enligt inhemsk rätt. Om en materiell rättighet eller skyldighet uttryckligen utesluts i den nationella rätten kan en enskild alltså inte med framgång hävda att en sådan finns. Detsamma gäller om det av lagens syften följer att en sådan rättighet eller skyldighet inte varit avsedd att finnas.²⁰⁹

Först när det har konstaterats att en tvist avser en rättighet eller skyldighet enligt nationell rätt uppkommer frågan om denna till sin karaktär är civil. Avseende denna prövning har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att så bör anses vara fallet om det inte finns klart stöd för en annan bedömning. Det finns således en presumtion för att en konstaterad rättighet eller skyldighet är av civil karaktär.²¹⁰

I den äldre förvaltningslagen (1986:223) fanns en särskild bestämmelse i 3 § andra stycket som klargjorde att lagens bestämmelser om överklagande alltid skulle tillämpas om det behövs för att tillgodose rätten till domstolsprövning av civila rättigheter eller skyldigheter enligt EKMR. Bestämmelsen utmönstrades vid införandet av nu gällande FL då det inte ansågs nödvändigt med en sådan upplysning. Kravet gäller emellertid, med företräde framför både lag och förordning, trots att någon särskild upplysning om det inte lämnas i nu gällande FL.²¹¹

Rätten till ett effektivt rättsmedel enligt Europakonventionen

Enligt artikel 13 i EKMR ska var och en, vars i konventionen angivna fri- och rättigheter kränkts, ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet, och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet. I konventionen ställs inte upp några specifika krav på formerna för dessa rättsmedel och omfattningen av statens förpliktelser varierar

²⁰⁸ Se HFD 2019 ref. 10, HFD 2019 ref. 43 och HFD 2016 ref. 49.

²⁰⁹ HFD 2019 ref. 10.

²¹⁰ HFD 2019 ref. 10 och de däri hänvisade rättsfallen HFD 2011 ref. 22, HFD 2016 ref. 49 och HFD 2018 ref. 46.

²¹¹ Prop. 2016/17:180 s. 45.

beroende på karaktären av det klagomål som ska bedömas. Det är i första hand respektive konventionsstat som ska fastställa de närmare villkoren. Det finns dock vissa grundläggande krav. I fråga om pågående överträdelse är en utgångspunkt att ett effektivt rättsmedel ska syfta till att få överträdelsen att upphöra. Det står vidare klart att ett rättsmedel vid en överträdelse av konventionens rättigheter måste innebära att de nationella myndigheterna åtminstone i sak erkänner överträdelsen samt att den enskilde ges tillräcklig och adekvat gottgörelse. Omständigheterna kan vidare vara sådana att flera rättsmedel sammantagna uppfyller kraven, trots att rättsmedlen var för sig inte gör det. I mål om långsam handläggning har det t.ex. lyfts fram att ett effektivt rättsmedel kan utgöras dels av rättsmedel avsedda att förebygga en påstådd överträdelse av konventionens rättigheter eller att se till att en pågående överträdelse inte fortsätter, dels av rättsmedel som kan ge fullgod eller adekvat kompensation. Ett rättsmedel kan alltså aktualiseras innan en överträdelse har avslutats och vara preventivt eller påskyndande. Andra rättsmedel kan vara uteslutande kompensatoriska.²¹²

En given utgångspunkt är att det i Sverige ska finnas ett regelverk och en tillämpning av det som lever upp till kraven i EKMR. Till exempel finns det i FL, rättegångsbalken och annan lagstiftning ett antal regler som är avsedda att tillförsäkra en effektiv och rättssäker handläggning av mål och ärenden hos förvaltningsmyndigheter och i domstol. Som utgångspunkt bör tillgången till rättsmedel finnas i eller i anslutning till det förfarande där en överträdelse har inträffat.²¹³

Sammanfattningsvis kan sägas följande om hur man ska bedöma vad som är ett effektivt rättsmedel.

1. Rättsmedlet ska vara tillgängligt och praktiskt möjligt för den enskilde att använda och erbjuda reella möjligheter till prövning av den aktuella frågan.
2. Rättsmedlet ska vara ägnat att leda till rättelse och ge rimliga utsikter till framgång. Ett rättsmedel måste alltså inte garantera framgång för att det ska betraktas som effektivt.

²¹² Se prop. 2017/18:7 s. 11–12 med däri hänvisad praxis.

²¹³ Se prop. 2017/18:7 s. 12.

3. Det prövande organets befogenheter och de rättssäkerhetsgarantier som gäller vid förfarandet inför det prövande organet ska vidare vara tillräckliga. Något krav på att prövningen måste ske av en domstol finns inte. Administrativa rättsmedel kan alltså vara tillräckliga för att uppfylla konventionens krav.
4. Prövningen ska leda till beslut i rimlig tid och beslutet ska fattas medan det fortfarande kan få en praktisk effekt.
5. Slutligen måste det beslut som prövningen utmynnar i vara verkställbart.

En enskild ska alltid ha tillgång till nationella rättsmedel som uppfyller punkterna 1–5, om han eller hon på rimliga grunder kan göra gällande att en överträdelse av konventionens rättigheter har skett.²¹⁴

Rätten till effektiva rättsmedel är emellertid ingen självständig rättighet utan måste läsas tillsammans med EKMR i övrigt. Det innebär att klagomål som inte rör de materiella rättigheterna, t.ex. om rätt till domstolsprövning, inte heller kan grunda en särskild rätt till effektiva rättsmedel. Samtidigt innebär kravet på tillgång till ett effektivt rättsmedel att den som på rimliga grunder påstår sig ha blivit utsatt för konventionsöverträdelse (arguable claim) ska ha möjlighet att få sitt påstående prövat, även om det i slutänden visar sig att det inte har skett någon överträdelse.²¹⁵

En särskild typ av rättsmedel är möjligheten att ge monetär kompensation till någon som har utsatts för en överträdelse av sina rättigheter enligt konventionen. Det är en form av kompensatoriskt rättsmedel. Förutom i skadeståndslagen (1972:207) finns det i speciallagstiftning flera exempel på ersättningsmöjligheter som kan utgöra effektiva rättsmedel vid överträdelser av EKMR:s rättigheter.²¹⁶

²¹⁴ SOU 2020:44 s. 164 och prop. 2017/18:7 s. 17.

²¹⁵ SOU 2020:44 s. 164–165 och prop. 2017/18 :7 s. 10.

²¹⁶ Prop. 2017/18:7 s. 13.

Rätten till effektiva rättsmedel enligt EU-fördraget och EU:s rättighetsstadga

Utöver de redovisade reglerna i EKMR finns en uttrycklig bestämmelse i EU-fördraget om rätt till effektiva rättsmedel (artikel 19.1) och sedan ikraftträdandet av Lissabonfördraget år 2009 gäller också Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU:s rättighetsstadga).

EU:s rättighetsstadga riktar sig till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten (artikel 51.1). Av EU-domstolens praxis framgår att detta innebär att de grundläggande rättigheterna i stadgan måste iaktas inte bara vid tillämpning av genomförandelagstiftning utan så snart nationell lagstiftning omfattas av unionsrättens tillämpningsområde.²¹⁷ Enligt artikel 6.1 i EU-fördraget har stadgan samma rättsliga värde som fördragen.

I artikel 47 i stadgan finns en bestämmelse om rätt till ett effektivt rättsmedel och till en rättvis rättegång inför en oavhängig och opartisk domstol. Enligt förklaringen till artikel 47 i stadgan motsvarar första stycket artikel 13 i EKMR och andra stycket motsvarar artikel 6.1 i EKMR. Principen om ett effektivt domstolsskydd i artikel 47 ska tolkas på så sätt att det inte är uteslutet att den åberopas av juridiska personer.²¹⁸ Artikelns tillämplighet på alla beslut eller åtgärder som aktualiserar unionsrättsliga rättigheter. De rättigheter som enligt unionsrätten tillkommer en leverantör vid upphandling omfattas följaktligen normalt sett av stadgans tillämpningsområde.²¹⁹

Enligt EU-domstolens rättspraxis ankommer det på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter vid tilldelningar av kontrakt som omfattas av EU-fördraget.²²⁰

Rättsmedlen får varken vara mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter (effektivitetsprincipen). Vidare följer av EU-domstolens

²¹⁷ Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105.

²¹⁸ DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland, C-279/09, EU:C:2010:811.

²¹⁹ Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 33.

²²⁰ Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, och Borelli, C-97/91, EU:C:1992:491.

praxis att en talan om fastställelse av skadeståndsskyldighet kan utgöra ett rättsligt förfarande som ger ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt EU-rätten.²²¹

11.4.3 Skadeståndsregler

De huvudsakliga reglerna om skadestånd för fel som begåtts av en myndighet vid ett förfarande för offentlig upphandling finns i upphandlingslagarna.²²² Där framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i respektive lag, eller unionsrättsliga bestämmelser om upphandling, ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.²²³ Vidare framgår att rätten till skadestånd även inbegriper kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna har försämrat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet. Skadeståndsreglerna i upphandlingslagarna har sitt ursprung i rättsmedelsdirektiven och LUFs-direktivet (se avsnitt 4.8.1).

Eftersom en tredjelandsleverantörs talan om att en upphandlande myndighet gjort fel i en upphandling inte kan prövas mot bakgrund av unionsrätten annat än om det finns ett avtal om marknadstillträde finns inte skäl att här uppehålla sig vid skadeståndsreglerna i upphandlingslagarna. I stället måste det undersökas vilka andra regler om skadestånd som potentiellt kan aktualiseras i en sådan situation. Flera sådana finns i skadeståndslagen.

Allmänt om skadeståndslagen

Skadeståndslagen har en allmängiltig karaktär och kan beskrivas som en sorts ramlagstiftning. Tillämpningen av bestämmelserna i lagen bygger till stor del på rättspraxis. Bestämmelserna är generella och när de tillämpas i ett konkret fall måste de fyllas ut genom tolkning av de allmänt utformade begrepp som används i lagen. Vidare ska flera allmänt erkända men inte kodifierade skadeståndsrättsliga grundsatsar tillämpas, t.ex. de om skyddat intresse och adekvat

²²¹ Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163. Se även HFD 2012 ref. 29 som redogörs för i avsnitt 11.4.1.

²²² 20 kap. 20 §§ LOU och LUF samt 16 kap. 20 §§ LUK och LUFs.

²²³ I LUFs saknas formuleringen som rör unionsrättsliga bestämmelser.

kausaltet.²²⁴ Skadeståndslagen är nationell lagstiftning och utgör inte ett införlivande av någon EU-rättsakt.

Skadeståndslagen är i första hand avsedd för utomobligatoriska förhållanden, dvs. när det inte finns något avtalsförhållande mellan den som lidit skada och den som den skadelidande kräver skadestånd av. Lagen är också subsidiär i förhållande till skadeståndsrättslig speciallagstiftning. Dess bestämmelser utgör således de grundregler som gäller i den mån inte annat följer av lag, avtal eller allmänna rättsgrundsatser i det enskilda fallet.²²⁵ Att lagen är subsidiär innebär dock inte alltid att skadeståndsrättslig speciallagstiftning är exklusiv i förhållande till skadeståndslagens regler. Allmänt kan sägas att när det gäller speciallagstiftning om strikt ansvar utanför kontraktsförhållanden tillåter man normalt den skadelidande att i stället åberopa skadeståndslagens regler om den skadelidande kan vinna på det.²²⁶

I skadeståndslagen är det framför allt tre bestämmelser som bedöms vara av särskilt intresse i det nu aktuella sammanhanget. Det är 3 kap. 2, 3 och 4 §§, som alla avser skadeståndsansvar för staten eller kommuner. Vad som sägs om kommun i bestämmelserna gäller också regioner och kommunalförbund.²²⁷

Skadeståndsansvar vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning

I 3 kap. 2 § skadeståndslagen regleras det allmännas skadeståndsansvar vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Bestämmelsen skulle således i teorin kunna bli tillämplig om en upphandlande myndighet begått ett fel inom ramen för en upphandlingsprocess. Ett rekvisit som måste vara uppfyllt för att bestämmelsen ska vara tillämplig är dock att det är fråga om ”myndighetsutövning”. Det har som framgått tidigare funnits en diskussion om huruvida upphandling utgör myndighetsutövning eller inte. Det får emellertid numera anses vara klarlagt att åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar inom ramen för tilldelning av kontrakt eller koncessioner inte utgör

²²⁴ Prop. 2021/22:229 s. 15.

²²⁵ Se prop. 2021/22:229 s. 15.

²²⁶ Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen En kommentar* (8 maj 2025, Version 8B, JUNO), 1 kap. 1 §, under 1:1.2.

²²⁷ Se t.ex. prop. 2021/22:229 s. 56.

myndighetsutövning (se avsnitt 11.2). Det framstår därför, enligt utredningens mening, som osannolikt att bestämmelsen skulle kunna åberopas med framgång av en tredjelandsleverantör som anser att denne lidit skada på grund av en upphandlande myndighets felaktiga agerande i ett upphandlingsförfarande.

Skadeståndsansvar vid felaktig myndighetsinformation

Enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen ansvarar det allmänna även för ren förmögenhetsskada vid lämnande av felaktig information i vissa fall. För att skadeståndsansvar ska inträda krävs att informationen lämnats av en myndighet. Vidare krävs att fel eller försummelse från det allmännas sida kan visas samt att särskilda skäl föreligger. Enligt paragrafens andra mening ska vid prövningen om särskilda skäl föreligger speciellt beaktas upplysningarnas eller rådets art, sambandet med myndighetens verksamhetsområde och omständigheterna när de lämnades.

Bestämmelsen tillämpades i NJA 2013 s. 909 där en upphandlande myndighet felaktigt gav en leverantör besked om att leverantören inte behövde inkomma med en kopia på yrkeslegitimation då myndigheten redan kände till att sådan fanns. Eftersom bevis på legitimation utgjorde ett obligatoriskt krav i upphandlingen blev den upphandlande myndigheten i en senare överprövning tvungen att förkasta anbudet. Leverantören väckte talan om skadestånd under påståendet att denne gått miste om avtalet på grund av myndighetens felaktiga upplysning. Talan väcktes senare än den ettåriga preskriptionsfrist som gäller för överträdelser av LOU. Leverantörens talan grundade sig emellertid på 3 kap. 3 § skadeståndslagen. För en talan grundad på den bestämmelsen råder den allmänna preskriptionstiden om 10 år. Högsta domstolen konstaterade i en mellandom att skadeståndsregeln i LOU inte är exklusiv och att skadeståndslagens bestämmelse var tillämplig i den aktuella situationen. Efter att Högsta domstolen dömt i mellandomen återförvisades målet av Svea hovrätt till tingsrätten som prövade målet i sak och kom fram till att någon skadeståndsskyldighet i enlighet med 3 kap. 3 § skadeståndslagen inte förelåg.

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att 3 kap. 3 § skadeståndslagen under vissa förutsättningar skulle kunna aktualiseras för en tredjelandsleverantör som anser sig blivit felaktigt behandlad av en upphandlande myndighet i ett upphandlingsförfarande. Felet måste dock vara av det specifika slaget att det handlar om att oriktig information lämnats och det måste vara en myndighet som lämnat informationen. Bestämmelsen kan således inte tillämpas när den som genomför upphandlingen exempelvis är ett statligt ägt bolag.

Skadeståndsansvar vid överträdelse av regeringsformen eller Europakonventionen

I 3 kap. 4 § skadeståndslagen regleras det allmännas ansvar vid överträdelser av RF eller EKMR. Enligt paragrafen ska staten eller en kommun ersätta skada som uppkommit till följd av överträdelser dels av de grundläggande fri- och rättigheterna i 2 kap. RF (s.k. grundlagsansvar), dels enligt EKMR (s.k. konventionsansvar). Av andra stycket följer att skadestånd endast ska betalas i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.

En förutsättning för att skadestånd ska komma i fråga enligt bestämmelsen är skada har uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt RF eller EKMR har överträtts. Det ska alltså klart framgå att det är fråga om en rättighet som skyddas av RF eller EKMR och rättigheten ska ha överträtts. Att ge en uttömmande uppräkningslista av alla förhållanden som skulle kunna komma i fråga i det avseendet är inte möjligt. I svensk rättspraxis är det hittills framför allt artikel 6 (rätten till en rättvis rättegång), artikel 8 (rätt till skydd för privat- och familjeliv) och artikel 1 i första tilläggsprotokollet (skydd för egendom) som aktualiserats när det gäller konventionsskadestånd.

Även juridiska personer kan vara berättigade skadestånd enligt bestämmelsen, även om många av reglerna i RF och EKMR tar sikte på individen som skyddsobjekt.²²⁸

Av nödvändighetsrekvisitet i andra stycket följer att rätten till skadestånd enligt regeln är sekundär. Man måste alltså först pröva om det finns andra rättsmedel som kan ge den skadelidande en

²²⁸ Prop. 2017/18:7 s. 35 och prop. 2021/22:229 s. 44–45.

godtagbar kompensation. Om ett eller flera effektiva rättsmedel redan har tillhandahållits är det som regel inte nödvändigt med ytterligare ett rättsmedel i form av skadestånd.

Sammanfattningsvis kan konstateras att 3 kap. 4 § skadeståndslagen under vissa förutsättningar skulle kunna aktualiseras för en tredjelandsleverantör som anser sig blivit felaktigt behandlad av en upphandlande myndighet i ett upphandlingsförfarande. Men det kan endast komma i fråga om det inte finns något annat rättsmedel som ger leverantören godtagbar kompensation.

Skadestånd enligt EU:s rättighetsstadga

Om det allmänna kränker en enskilds rättigheter som är skyddade enligt EU:s rättighetsstadga och därigenom orsakar skada bör den enskilde ha rätt till skadestånd enligt samma regler som i övrigt gäller för enskildas rätt till skadestånd vid överträdelser av EU:s primärrätt.²²⁹ Vad som mer i detalj gäller om statens ansvar i sådana fall är till stor del oklart då det saknas rättspraxis som belyser saken. Med utgångspunkt i att tredjelandsleverantörer inte kan få en talan prövad mot bakgrund av unionsrätten framstår det dock i princip som uteslutet att skadestånd på denna grund skulle kunna komma i fråga.

Skadestånd enligt den allmänna avtalsrätten och culpa in contrahendo

Utöver de bestämmelser som reglerar staten och kommunernas skadeståndsansvar som redogjorts för ovan bör slutligen nämnas de möjligheter till skadestånd enligt allmänna avtalsrättsliga principer som skulle kunna bli aktuella. Vid den undersökningen framstår det i sin tur som naturligt att titta på vad som gäller vid utomkontraktuella förhållanden, dvs. när något avtal inte ingåtts mellan parterna. Det bör ligga närmast till hands att det är under tiden innan avtal ingåtts i ett upphandlingsförfarande som en tredjelandsleverantör skulle kunna anse att en felaktighet begåtts, t.ex. genom att leverantören inte tillåtits delta i upphandlingen,

²²⁹ Prop. 2021/22:229 s. 19–20.

uteslutits på felaktiga grunder eller att utvärderingen av anbuderna på något sätt gått felaktigt till.

Den reglering som finns avseende den allmänna avtalsrätten återfinns i huvudsak i avtalslagen (lagen [1915:218] om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område). En stor del av den allmänna avtalsrätten är emellertid inte reglerad genom lag. I stället följer den av allmänna avtalsrättsliga principer och rättspraxis. En av dessa principer är den om culpa in contrahendo. Någon annan avtalsrättslig regel eller princip som skulle kunna vara av intresse i det nu aktuella sammanhanget har utredningen inte identifierat.

Ansvar enligt principen om culpa in contrahendo inträder redan innan ett avtal ingåtts, när en part uppsåtligt eller av vårdslöshet orsakar motparten onödiga förhandlingskostnader, t.ex. genom att inleda och fortsätta förhandlingar utan avsikt att ingå ett avtal.²³⁰ Om detta visar sig vara fallet kan ansvar för ren förmögenhetsskada enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen föreligga. Enligt detta lagrum ersätts ren förmögenhetsskada vid brott. Av rättspraxis, förarbeten och litteratur framgår dock att 2 kap. 2 § skadeståndslagen inte ska läsas e contrario. Det är med andra ord möjligt att få skadestånd för ren förmögenhetsskada enligt bestämmelsen även när det inte begåtts något brott, om en förhandlande part agerat klandervärt, t.ex. genom att vilseleda motparten avsiktligt eller vårdslöst. Det som ersätts vid fall av culpa in contrahendo är det negativa kontraktsintresset.²³¹

I det här sammanhanget finns dock skäl att nämna Högsta domstolens avgörande i NJA 1998 s. 873. I målet uttalade domstolen att det med tanke på den uppbyggnad LOU har fått ligger nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den som upphandlar och presumtiva anbudsgivare redan i och med att upphandlingen inleds. Vidare fann domstolen att en anbudsgivare som har rätt till skadestånd ska försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt, dvs. ersättas för det positiva kontraktsintresset. Eftersom målet gällde tillämpningen av LOU är det oklart vilken bärning domstolens uttalanden har för det fall att en tredjelandslieferantör gör gällande att denne har rätt till skadestånd.

²³⁰ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt* (2022, JUNO), s. 91.

²³¹ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt* (2022, JUNO), s. 90–95, Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen En kommentar* (Version 8B, Juno), 2 kap. 2 §, NJA 1963 s. 105 och NJA 1990 s. 745.

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte framstår som uteslutet att en tredjeldsleverantör med framgång skulle kunna göra gällande en rätt till skadestånd enligt den allmänna avtalsrätten med stöd av principen om culpa in contrahendo. Det skulle kunna bli aktuellt om den upphandlande myndigheten först tillåter tredjeldsleverantörer att lämna anbud i upphandlingen för att därefter utesluta leverantören på grund av att denne är från tredjeland, eller om myndigheten i upphandlingsdokumenten felaktigt anger att tredjeldsleverantörer tillåts delta trots att det inte varit avsikten.

11.4.4 Utredningens bedömning om vilka rättsmedel som kan bli tillgängliga för en tredjeldsleverantör

Kommer tredjeldsleverantörer kunna överklaga enligt förvaltningslagens regler?

Som framgått bedömer utredningen att FL:s bestämmelser som utgångspunkt bör vara tillämpliga i förhållande till tredjeldsleverantörer när upphandlingslagarna inte gäller, under förutsättning att den som genomför upphandlingen är en förvaltningsmyndighet. För att rätt till domstolsprövning av förvaltningsdomstol ska föreligga finns dock som angetts ytterligare ett antal förutsättningar som måste vara uppfyllda.

Till att börja med måste det finnas något som kan betraktas som ett förvaltningsbeslut att klaga på. I slutskedet av ett upphandlingsförfarande fattas som regel ett tilldelningsbeslut, enligt vilket en eller flera leverantörer tilldelas ett kontrakt eller ramavtal. Enligt utredningens uppfattning är det rimligt att tänka sig att i vart fall tilldelningsbeslutet uppfyller kriterierna för att betraktas som ett förvaltningsbeslut.

Under upphandlingsförfarandet vidtar den upphandlande myndigheten också ett antal andra åtgärder så som att exempelvis utesluta leverantörer, bedöma om dessa är kvalificerade samt utvärdera anbuden. Möjligen kan även flera av dessa åtgärder anses uppfylla kriterierna för att betraktas som förvaltningsbeslut. Ett sådant resonemang fördes av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2012 ref. 28. Domstolen konstaterade att det förfarande som aktualiserades i målet innefattade flera beslut och ansåg att den

offentligrättsliga karaktären av ett beslut att anta ett anbud enligt den EU-förordning som var föremål för prövning medförde att det kunde överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Rättsläget när det gäller frågan om ett tilldelningsbeslut ska anses utgöra ett förvaltningsbeslut får dock anses oklart, bland annat med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2012 ref. 29. I det fallet kom domstolen fram till att ett beslut om tilldelning av avtal i en tjänstkoncession var av privaträttslig karaktär och därmed inte kunde överklagas enligt FL:s bestämmelser. Omständigheterna i det senare avgörandet har många likheter med den situation som en tredjelandslieferantör skulle kunna komma att befinna sig i om dessa utesluts från upphandlingslagarnas tillämpningsområde och om Högsta förvaltningsdomstolens slutsatser skulle överföras rakt av på den situationen skulle utfallet vara att sådana leverantörer får nöja sig med en eventuell skadeståndstalan. Det förtjänar dock att påpekas att domstolens avgörande tillkom innan nu gällande FL:s allmänna regel om förvaltningsbesluts överklagbarhet infördes och att upphandling av koncessioner numera också omfattas av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om överprövning.

För rätt till domstolsprövning enligt FL:s regler krävs vidare att beslutet ska påverka den enskilde på ett sätt som inte är obetydligt. Enligt utredningens uppfattning torde det kravet sannolikt vara uppfyllt för merparten av de åtgärder under ett upphandlingsförfarande som skulle kunna betraktas som ett förvaltningsbeslut.

Slutligen krävs att rätten att överklaga inte är reglerad i specialförfattning. Genom rättsmedelsdirektivens införlivande i upphandlingslagarna finns sådan specialförfattning som ger leverantörer en exklusiv rätt att begära överprövning av en upphandling så snart denne anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om en sådan rätt inte föreligger för att upphandlingslagarnas regler inte gäller i förhållande till tredjelandslieferantörer i enlighet med de förslag som presenterats är det enligt utredningens bedömning rimligt att utgå ifrån att saken inte längre kan betraktas som reglerad i specialförfattning. Man får då i stället får falla tillbaka på FL:s överklagandebestämmelser.

Sammanfattningsvis konstaterar utredningen att flertalet av de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet under ett upphandlingsförfarande potentiellt utgör sådana förvaltningsbeslut

som en tredjelandsleverantör som anser sig ha blivit felaktigt behandlad skulle kunna överklaga enligt FL:s regler.

Kan tredjelandsleverantörer ha rätt till domstolsprövning enligt Europakonventionen?

Oavsett hur man ser på frågan om en tredjelandsleverantörs möjlighet att överklaga enligt FL:s bestämmelser måste det beaktas att en rätt till domstolsprövning i vissa situationer kan föreligga med grund i EKMR. Många av de frågor som måste avgöras innan det blir aktuellt att pröva om en sådan rätt finns är förknippade med stor osäkerhet. Om en rätt till domstolsprövning för tredjelandsleverantörer finns redan enligt reglerna i FL blir det inte aktuellt att göra några överväganden gällande EKMR i överklagbarhetsfrågan.

Skulle tredjelandsleverantörernas rätt till domstolsprövning enligt artikel 6.1 EKMR trots allt bli föremål för prövning förtjänar det dock att nämnas att frågan om huruvida en leverantörs rättigheter i ett upphandlingsförfarande är att betrakta som civila rättigheter i den mening som avses i EKMR inte har något självklart svar. EU-domstolen har t.ex., utan några närmare resonemang specifikt kring frågan om civila rättigheter, tillämpat artikel 6.1 i ett förhandsavgörande rörande processrättsliga rättigheter för en sökande leverantör i en nationell överprövningsprocess av en offentlig upphandling.²³² Europadomstolen har å sin sida kommit till olika slutsatser och i ett mål funnit att leverantörers klagomål i nationella instanser angående påstådd diskriminering av religiösa skäl vid ett upphandlingsförfarande berörde deras civila rättigheter enligt artikel 6.1, men i ett annat fall ansett att leverantörers ställning i ett upphandlingsförfarande enligt en upphandlingslag inte utgjorde en civil rättighet.²³³ Skillnaden i utfallet mellan de två målen i Europadomstolen bestod i huvudsak i att det i det förstnämnda fallet ansågs finnas en rättighet att inte bli diskriminerad som kunde härledas ur nationell rätt, medan någon rätt att tilldelas ett kontrakt enligt nationell rätt inte fanns i det sistnämnda fallet. I stället hade myndigheterna ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning vid sitt beslutsfattande.

²³² Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punkt 44–46.

²³³ Tinelly & Sons Ltd och McElduff m.fl. mot Förenade kungariket, punkt 61–63 (appl. nr 62/1997/846/1052–1053) och Marti m.fl. mot Schweiz (appl. nr. 36308/97).

Med den utgångspunkten kan det resoneras på så sätt att tredjelandsleverantörer, om dessa utesluts från upphandlingslagarnas tillämpningsområde, inte längre har några direkta rättigheter i upphandlingsförfaranden grundade i nationell rätt. I så fall finns sannolikt inte heller någon rätt till domstolsprövning med stöd av artikel 6.1 EKMR i de flesta fall. Men om det handlar om ett mer uppenbart fall av exempelvis diskriminering så kan en sådan rätt ändå föreligga med stöd av andra bestämmelser, till exempel de i RF.

Sammanfattningsvis får utredningen nöja sig med att konstatera att en tredjelandsleverantör som inte anses ha rätt att överklaga enligt FL:s regler potentiellt skulle kunna härleda en rätt till domstolsprövning ur artikel 6.1 EKMR. Hur en sådan prövning skulle utfalla i praktiken är dock förknippat med så många osäkerhetsfaktorer och beror i så hög grad på omständigheterna i det enskilda fallet att det inte går att dra några säkra slutsatser om saken.

Tredjelandsleverantörers rätt till ett effektivt rättsmedel

Som framgår ovan ska en enskild alltid ha tillgång till ett effektivt rättsmedel om han eller hon på rimliga grunder kan göra gällande att en överträdelse av rättigheterna i EKMR har ägt rum. Hur en bedömning av frågan om en överträdelse ägt rum skulle utfalla om den väcktes av en tredjelandsleverantör får som angetts betraktas som högst osäkert. Om en tredjelandsleverantör i det enskilda fallet skulle anses ha en sådan rätt till effektiva rättsmedel som följer av EKMR konstateras att det i enlighet med den analys som utredningen gjort kan finnas tillgång till sådana rättsmedel enligt nationell lagstiftning. Ett rättsmedel kan vara att överklaga enligt FL:s bestämmelser. Ett annat kan vara möjligheten att väcka talan enligt skadeståndslagens regler. Att på förhand avgöra om dessa rättsmedel är tillämpliga och att betrakta som effektiva låter sig dock knappast göras. Här kan man tänka sig olika bedömningar av rättsmedlets effektivitet beroende vilken skada tredjelandsleverantören har lidit och även beroende på vilka rättsföljder som kan aktualiseras vid bifall av ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2012 ref. 29 ansett att i vart fall de EU-rättsliga krav på ett effektivt rättsmedel som skulle kunna aktualiseras när LOU inte är tillämplig, och en möjlighet till

överklagande inte heller föreligger enligt FL, får anses tillgodosedda genom möjligheten att föra en skadeståndstalan. Utifrån domstolens resonemang skulle man alltså kunna hävda att frågan om tillgång till ett effektivt rättsmedel i många fall kan anses löst så länge en tredjelandsleverantör har möjlighet att väcka en skadeståndstalan. Som framgår i redogörelsen ovan framstår dock möjligheterna till skadestånd i de nu aktuella situationerna som begränsade. Det skulle därmed kunna ifrågasättas om skadestandsreglerna verkligen utgör ett effektivt rättsmedel i alla situationer.

När det gäller den rätt till ett effektivt rättsmedel som följer av EU-fördraget och EU:s rättighetsstadga är utredningens uppfattning att den knappast kan anses ha någon relevans för det fall en tredjelandsleverantör gör gällande att det begåtts ett fel inom ramen för ett upphandlingsförfarande. En förutsättning för att rätten till effektivt rättsmedel ska kunna göras gällande enligt dessa bestämmelser är nämligen att det skett en kränkning av de unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheterna. Eftersom en tredjelandsleverantör från en stat utan frihandelsavtal eller andra internationella överenskommelser som ger tillträde till EU:s upphandlingsmarknad inte kan få en talan prövad mot bakgrund av unionsrätten bör en sådan leverantör därmed inte heller kunna påstå att det skett någon kränkning av de rättigheter som följer av unionsrätten.

12 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Förslag och bedömning

Författningsförslagen ska träda i kraft den 1 januari 2027.
Det bör inte införas några övergångsbestämmelser.

Skälen för utredningens förslag och bedömning

Ikraftträdande

De författningsändringar som föreslås är i huvudsak en följd av att den svenska lagstiftningen bedöms stå i strid med EU-rätten. Ändringarna bör därför träda i kraft så snart som möjligt. Med beaktande av tid för remittering av förslagen, beredning i Regeringskansliet och behandling i riksdagen bedöms ett ikraftträdande före den 1 januari 2027 inte som realistiskt.

Som en följd av ändringarna kan framför allt upphandlande myndigheter vilja göra vissa anpassningar i sin verksamhet i form av uppdatering av rutiner och dokument. Det kan exempelvis handla om att ta fram nya upphandlingsdokument av vilka det framgår huruvida tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med EU tillåts delta och i så fall vilka villkor som gäller för dessa anbud. Vidare kan både de upphandlande myndigheterna själva, och sådana myndigheter och organisationer som har i uppdrag att ge andra stöd på upphandlingsområdet, vilja ta fram icke-bindande vägledning angående hur frågan om tredjelandslieferantörer kan hanteras. Utredningen bedömer att även dessa behov kan tillgodoses med en ikraftträdandetidpunkt den 1 januari 2027.

Övergångsbestämmelser

Huvudregeln inom förvaltningsrätten är att den lag som gäller vid tidpunkten för prövningen ska tillämpas, om inget annat föreskrivs.²³⁴ Om det inte införs några övergångsbestämmelser till den reglering som utredningen föreslår kommer reglerna därmed att bli tillämpliga på upphandlingsförfaranden den dag då de träder i kraft. Detta gäller såväl i påbörjade upphandlingar som i pågående domstolsprocesser.

Det kan finnas upphandlande myndigheter som efter ikraftträdandet väljer att utesluta tredjelandslieferantörer som lämnat anbud i redan påbörjade upphandlingar, vilket skulle kunna ge upphov till skadeståndsanspråk från leverantören (se avsnitt 11.4.3). Det kommer därför vara viktigt hur upphandlande myndigheter hanterar den typen av situationer i anslutning till att reglerna träder i kraft. Situationen kan också uppstå att ett mål om överprövning eller skadestånd har anhängiggjorts i domstol av en tredjelandslieferantör enligt nu gällande lagstiftning, men att upphandlingslagen efter ikraftträdandet inte längre gäller i förhållande till den leverantören. Enligt utredningens bedömning torde sådana mål inte kunna prövas i sak.

Övergångsbestämmelser skulle således kunna vara lämpliga för att reglera tillämpningen under en övergångsperiod. EU-domstolen har emellertid genom sina avgöranden i Kolin och Qingdao klargjort hur LOU- och LUF-direktiven ska tolkas. Som framgått är utredningens uppfattning att det innebär att både LOU och LUF strider mot EU-rätten. Som också framgått är bedömningen att samma sak torde gälla LUK samt sannolikt gäller även i fråga om LUF5.

Enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 i EU-fördraget är medlemsstaterna förpliktigade att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter fullgörs. Det innebär att Sverige är skyldigt att se till att otillåtna följdverkningar av en överträdelse av unionsrätten upphör (se avsnitt 4.1). Övergångsbestämmelser som förlänger perioden då svensk rätt inte överensstämmer med EU-rätten riskerar således att strida mot EU-rättsliga principer och kan leda till överträdelseförfaranden mot Sverige. Det är under dessa

²³⁴ SB PM 2025:4, *Myndigheternas föreskrifter*, s. 49.

förutsättningar enligt utredningens mening inte lämpligt att besluta några övergångsbestämmelser.

Utredningen noterar vidare att EU-domstolen i Qingdao dessutom uttalar att om en medlemsstat lagstiftat om att upphandlande myndigheter har en skyldighet att utesluta tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal, dvs. inom det område som omfattas av EU:s exklusiva kompetens, så är det inte möjligt att tillämpa dessa bestämmelser.²³⁵ Mot den bakgrunden kan behovet av övergångsbestämmelser också ifrågasättas.

Utredningen anser därför sammanfattningsvis att det inte bör införas några övergångsbestämmelser.

²³⁵ Qingdao, punkt 64. Se även punkt 3.1. i kommissionens Q&A.

13 Konsekvenser

13.1 Syfte, alternativa lösningar och förslagens förenlighet med EU-rätten

Utredningens uppdrag är att analysera EU-domstolens domar i Kolin och Qingdao och ta ställning till hur upphandlingslagarna bör ändras för att vara förenliga med EU-rätten. Vidare ska utredningen analysera hur förslagen påverkar förutsättningarna för upphandlande myndigheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden. Förslagen ska göra det möjligt för upphandlande myndigheter att välja bort t.ex. leverantörer från antagonistiska stater.

Som framgår i avsnitt 8.1 och 8.2 gör utredningen bedömningen att LOU, LUF och LUK inte är förenliga med EU-rätten. Det är därför nödvändigt att genomföra en förändring.

I avsnitt 9.2 redogörs för de alternativa lösningar som utredningen har övervägt, för- och nackdelar med respektive alternativ samt varför det förslag som lagts fram bedöms lämpligast.

När det gäller LUFSS är det något mer osäkert om EU-domstolens avgöranden ska tolkas som att den svenska lagstiftningen är oförenlig med EU-rätten. Utredningen har dock gjort bedömningen att det är sannolikt att man ska se på LUFSS-direktivet på samma sätt som övriga upphandlingsdirektiv vad avser tredjelandsleverantörernas rättsliga ställning. Utöver det finns andra skäl för att även LUFSS bör ändras. Detta utvecklas i avsnitt 8.3. Även när det gäller LUFSS framgår de olika alternativ som har övervägts, för- och nackdelarna med dessa samt varför det förslag som lagts fram bedöms vara lämpligast av avsnitt 9.2.

Utredningen har vid utformningen av förslagen i samtliga upphandlingslagar beaktat att lagstiftningen inte får stå i strid med

EU:s exklusiva befogenhet att lagstifta på området för unionens gemensamma handelspolitik. Enligt utredningen är förslagen i det avseendet, och i övrigt, förenliga med EU-rätten. Utredningen har även beaktat att förslagen ska vara förenliga med GPA-avtalet och relevanta frihandelsavtal. När det gäller LUFSS har det tagits höjd för att det finns en viss osäkerhet när det gäller frågan om medlemsstaternas möjlighet att ingå egna överenskommelser om tillträde till sina nationella upphandlingsmarknader som regleras av LUFSS-direktivet.

13.2 Hur många upphandlingar berörs av utredningens förslag?

Det finns ingen tillgänglig statistik över hur vanligt förekommande det är att leverantörer från tredjeländer utan frihandelsavtal eller andra internationella överenskommelser som garanterar tillträde till unionens upphandlingsmarknad är anbudsgivare eller anbudsökande i svenska upphandlingar. Det finns emellertid statistik som indikerar att det sannolikt är en mycket liten andel av det totala antalet upphandlingar som genomförs i Sverige som berörs av utredningens förslag.

Under 2023 annonserades 17 025 upphandlingar i Sverige. Året innan låg siffrorna på ungefär på samma nivå och 2021 något högre. Av upphandlingarna var ungefär hälften direktivsstyrda. Den absoluta majoriteten gjordes enligt LOU (86,9 %), ungefär en tiondel enligt LUF (11,5 %) och knappt 2 procent enligt de övriga upphandlingslagarna LUK (1 %) och LUFSS (0,6 %). Direktupphandlingar och förfaranden som genomförts i enlighet med andra regelverk, t.ex. LOV, ingår inte i statistiken.²³⁶

Tabell 13.1 Annonserade upphandlingar i Sverige

2021	2022	2023
18 424	17 179	17 025

Källa: Upphandlingsmyndigheten

²³⁶ Upphandlingsmyndighetens webbplats, oktober 2025.

Enligt uppgifter från Upphandlingsmyndigheten som utredningen fått sammanställda var 94 procent av de 8 036 leverantörer som tilldelades kontrakt i upphandlingar år 2023 registrerade i Sverige med ett svenskt organisationsnummer.²³⁷ De två åren dessförinnan låg den siffran på 95 procent. När det gäller de kvarvarande 5–6 procenten leverantörer som tilldelades kontrakt saknade dessa ett korrekt angivet svenskt organisationsnummer. Det kan bero på att företaget i fråga är ett utländskt företag, men även på att ett felaktigt organisationsnummer för leverantören har angetts i efterannonser. Det går därmed inte med säkerhet att säga att den kvarvarande andelen av leverantörerna är utländska. När 2024 års statistik är sammanställd kommer Upphandlingsmyndigheten även ha motsvarande uppgifter för de leverantörer som inte tilldelats kontrakt. Den statistiken har inte varit tillgänglig för utredningen.

Tabell 13.2 Kontrakt som tilldelats leverantörer med svenskt organisationsnummer, respektive utan svenskt organisationsnummer

	2021		2022		2023	
	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Med svenskt organisationsnummer	8 763	95%	8 317	95%	7 579	94%
Utan korrekt svenskt organisationsnummer	464	5%	424	5%	457	6%
Totalsumma	9 227	100%	8 741	8 741	8 036	100%

Källa: Upphandlingsmyndigheten

Av en rapport från Europeiska revisionsrätten framgår att de gränsöverskridande kontrakt i EU som upphandlande myndigheter tilldelade företag utanför sin egen medlemsstat stod för omkring 5 procent av alla upphandlingskontrakt under perioden 2011–2021.²³⁸ I Sverige låg siffran enligt samma rapport strax under

²³⁷ Statistikuppgifterna är baserade på de upphandlingar där information finns om identifikationsnummer för leverantören (svenskt organisationsnummer, motsvarande utländska ID-nummer eller felaktiga data). För en del upphandlingar saknas uppgifter om vem som tilldelats kontraktet helt i efterannonser. Dessa ingår inte i statistiken.

²³⁸ Här avses direkt gränsöverskridande kontrakt som tilldelas ett företag utanför den egna staten. Det innefattar inte indirekt gränsöverskridande kontrakt som sker genom konsortier av parter från olika medlemsstater eller genom utländska företags lokala dotterbolag.

5 procent.²³⁹ Liknande siffror förekommer även i den utvärdering av upphandlingsdirektiven som kommissionen nyligen publicerat. Där anges att ungefär 4 procent av det tilldelade värdet och endast 2 procent av antalet kontrakt tilldelas direkt till företag etablerade i andra EU-medlemsstater eller tredjeländer.²⁴⁰

Utredningen konstaterar att dessa uppgifter stämmer väl överens med de från Upphandlingsmyndigheten. Det får därmed anses rimligt att utgå ifrån att andelen utländska leverantörer som tilldelas kontrakt i Sverige inte uppgår till mer än ca 5 procent.

Att hitta statistik som närmare ringar in det totala antalet utländska anbudsgivare i svenska upphandlingsförfaranden är svårare. I en rapport från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket från 2020 anges att antalet anbudsgivare i upphandlingar totalt i Sverige år 2019 uppgick till 14 992. Av dessa var 83 utländska juridiska personer. Det motsvarar ca 0,55 procent av det totala antalet anbudsgivare. Dessa stod för ca 0,5 procent av de 61 302 anbud som lämnades under året enligt statistiken.²⁴¹ Det ska här understrykas att med utländsk juridisk person avses inte enbart tredjelandsleverantörer, utan också sådana från andra EU-länder.

I en studie från kommissionen om gränsöverskridande handel under perioden 2016–2019 finns uppgifter som indikerar andelen tredjelandsleverantörer som vinner en upphandling i Sverige med ett kontraktsvärde mellan 1 000 euro – 200 miljoner euro, sett i relation till det totala antalet sådana kontrakt som tilldelas leverantörer utanför Sveriges gränser, uppgår till ca 24 procent. Det innebär i så fall att när en utländsk leverantör vinner en upphandling så är ungefär en fjärdedel av dessa från tredjeland. I denna andel ingår dock även tredjelandsleverantörer från länder som har frihandelsavtal med unionen och också leverantörer från EES-staterna.²⁴²

²³⁹ Europeiska revisionsrätten (2023), *Offentlig upphandling i EU: mindre konkurrens vid upphandlingar av byggentreprenader, varor och tjänster under perioden 2011–2021*, särskild rapport 28/2023, s. 24–25.

²⁴⁰ Commission Staff Working document evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities, SWD(2025)332 final, s. 32.

²⁴¹ Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport, *Statistik om offentlig upphandling 2020*, s. 96.

²⁴² Europeiska kommissionen, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market – Final report*, Publications Office of the European Union, 2021, s. 58.

Utredningen anser mot den bakgrunden att det får anses sannolikt att de flesta utländska anbud härrör från leverantörer i andra EU-medlemsstater. Även uttalanden i kommissionens utvärdering av upphandlingsdirektiven från 2025 ger stöd för den slutsatsen.²⁴³

De uppgifter som redovisats ovan ger förvisso inget fullständigt svar på frågan om hur vanligt det är med utländska anbudsgivare vid upphandlingar i Sverige. Enligt utredningens uppfattning bör dock i vart fall slutsatsen kunna dras att det är ovanligt med utländska anbudsgivare i förhållande till den mängd anbud som lämnas av svenska företag. Vidare kan man utgå ifrån att anbud från tredjelandsleverantörer bör vara än mer ovanliga, och att anbud från tredjelandsleverantörer från stater som därtill saknar frihandelsavtal med EU endast torde utgöra en mindre andel av dessa.

13.3 Konsekvenser för staten, kommuner och regioner

Konsekvenser för staten, kommuner och regioner i egenskap av upphandlande myndigheter eller enheter

Anpassning av verksamhet

Enligt utredningens bedömning kan förslagen leda till vissa konsekvenser för upphandlande myndigheter i ett inledande skede på så sätt att dessa behöver sätta sig in i den nya regleringen och göra vissa Anpassningar i sin verksamhet i form av uppdatering av rutiner och dokument. Det kan handla om att ta fram nya upphandlingsdokument av vilka det framgår huruvida tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal med EU tillåts delta och i så fall vilka villkor som gäller för dessa anbud. Det kan även antas att vissa upphandlande myndigheter kommer vilja ta fram icke-bindande vägledning angående hur frågan om tredjelandsleverantörer ska hanteras. Detta torde enligt utredningens bedömning framför allt gälla större myndigheter eller sådana som brukar få anbud från tredjelandsleverantörer.

²⁴³ Commission Staff Working document evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities, SWD(2025)332 final, s. 30.

I de fall upphandlande myndigheter vill stänga ute tredjelandsleverantörer eller behandla deras anbud mindre fördelaktigt behöver myndigheterna kontrollera huruvida de anbud som inkommit omfattas av GPA-avtalet eller av några relevanta frihandelsavtal. Det kan vara betungande, särskilt för mindre myndigheter eller kommuner som har små resurser på upphandlingsområdet, eftersom avtalen och deras villkor kan uppfattas som svårtillgängliga. En fördel i det avseendet är dock att EU-kommissionen tillhandahåller webbplatsen Access2Markets och dess verktyg Procurement for Buyers. Genom detta kan upphandlande myndigheter få information om vilka anbudsgivare från tredjeländer som är berättigade att delta i offentliga upphandlingsförfaranden i unionen på grundval av bestämmelserna i GPA-avtalet och andra avtal (se avsnitt 4.9.4), och även om vilka upphandlingar som täcks av avtalen och under vilka villkor. Det bör dock observeras att uppgifterna på webbplatsen inte är juridiskt bindande i det avseendet att kommissionen inte tar ansvar för eventuella felaktigheter eller om något utelämnats.²⁴⁴ Arbetsinsatsen att kontrollera relevanta avtal krävs vidare som utgångspunkt inte alls om den upphandlande myndigheten tillåter anbudsgivare från tredjeland att delta i upphandlingen på samma villkor som övriga leverantörer. Frågan kan dock även uppstå vid en överprövnings- eller skadeståndprocess.

Minskad konkurrens

En konsekvens av utredningens förslag är att den rättsliga ställningen för tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal försvagas och att deras möjligheter att åberopa nationella rättsmedel blir osäkra. Det kan därför antas att sådana leverantörer kommer vara mindre benägna att lämna anbud i upphandlingar när de inte längre har möjlighet att åberopa de principer och rättigheter som följer av upphandlingsdirektiven. Det kan inte heller uteslutas att vissa upphandlande myndigheter väljer att regelmässigt stänga ute tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal från sina upphandlingar i syfte att undvika risken för

²⁴⁴ Kommissionens webbplats, <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/home> (november 2025).

rättsprocesser som kan aktualiseras när tredjelandsleverantörernas rättsliga ställning blir mer osäker. Dessa faktorer kan leda till färre anbud i upphandlingsförfaranden, vilket innebär minskad konkurrens. Det kan i sin tur medföra högre priser och lägre kvalitet samt därmed sämre nyttjande av skattepengarna. Samtidigt bör risken för minskad konkurrens enligt utredningens mening inte överdrivas. Med hänsyn till den statistik som redovisats ovan torde anbud från tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal vara ovanliga i svenska upphandlingar. Bedömningen är därför att förslagen inte bör få annat än en marginell påverkan på konkurrensen.

Vidare bör många faktorer som skapar osäkerhet för tredjelandsleverantörer kunna undanröjas genom tydliga upphandlingsdokument och information från de upphandlande myndigheterna som anger om tredjelandsleverantörer tillåts delta och på vilka villkor. Det kan också tänkas att vissa sådana leverantörer som är angelägna om att kunna lämna anbud och bli behandlade på samma villkor som leverantörer från EU i stället etablerar sig i Sverige eller i unionen, vilket kan motverka de negativa effekterna på konkurrensen.

De osäkerheter som uppstår beträffande tredjelandsleverantörernas rättsliga ställning kommer vidare så småningom att klarna genom bildandet av ny praxis. När de juridiska förutsättningarna blir tydligare kommer tredjelandsleverantörerna lättare kunna bedöma vilka handlingsalternativ de har och om det är värt att lämna ett anbud i förhållande till deras rättsliga ställning.

Utökade möjligheter att välja bort leverantörer från tredjeland

Samtidigt som konkurrensen kan antas minska något finns också fördelar för upphandlande myndigheter. Framför allt på så sätt att de kommer ges utökade möjligheter att välja bort leverantörer från tredjeland i upphandlingsförfaranden där detta är motiverat. Denna möjlighet bedöms vara av särskilt intresse för upphandlingar som faller utanför tillämpningsområdet för den undantagsreglering för säkerhetskänslig verksamhet som redan finns i det upphandlingsrättsliga regelverket (se avsnitt 4.10), men där upphandlingen ändå

avser sådan samhällsviktig verksamhet att det inte är önskvärt att leverantörer från t.ex. antagonistiska stater kan delta.

Kostnader

Enligt utredningens bedömning bör de eventuella kostnader som kan uppstå för upphandlande myndigheter till följd av förslagen rymmas inom befintliga organisatoriska och ekonomiska ramar.

Tillsynsmyndigheten

Konkurrensverket utövar tillsyn över upphandling enligt upphandlingslagarna.²⁴⁵ Utredningens förslag bedöms inte få några större konsekvenser för Konkurrensverkets uppdrag på upphandlingsområdet. Arbets sättet när det gäller tillsynen av upphandling kan dock behöva anpassas något. Det kan framför allt inledningsvis efter en lagändring uppkomma nya frågor som behöver bedömas vid tillsyn. Mot bakgrund av att tredjelandsleverantörer inte är vanligt förekommande i svenska upphandlingar bedömer utredningen dock att ett eventuellt ökat behov av tillsyn endast kommer att bli marginellt.

Konkurrensverket ska också i lämplig omfattning informera företag, upphandlande myndigheter och andra berörda om tillämpningen av upphandlingslagarna.²⁴⁶ Utredningen bedömer att eventuella kostnader till följd av utökad behov av information och tillsyn ryms inom befintliga organisatoriska och ekonomiska ramar.

Upphandlingsmyndigheten

De föreslagna ändringarna av upphandlingslagarna kommer sannolikt att medföra en viss ökad efterfrågan på stöd från Upphandlingsmyndigheten, särskilt inledningsvis. Samtidigt kommer troligen eventuella frågor kring hur EU-domstolens avgöranden i Kolin och Qingdao ska förstås i förhållande till den svenska lagstiftningen att minska. Utredningen föreslår inte några

²⁴⁵ 1 § förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket, 21 kap. 1 § LOU, 21 kap. 1 § LUF, 17 kap. 1 § LUK och 18 kap. 1 § LUF.S.

²⁴⁶ 8 § förordning med instruktion för Konkurrensverket.

nya uppgifter eller uppdrag för myndigheten. Sammantaget bedömer utredningen att kostnaderna för dessa stödsinsatser ryms inom befintliga organisatoriska och ekonomiska ramar.

Domstolarna

Enligt statistik från Domstolsverket inkom 3 095 mål²⁴⁷ om överprövning av upphandlingar till förvaltningsrätterna under 2024. Samma år avgjorde förvaltningsrätterna 2 859, kammarrätterna 603 och Högsta förvaltningsdomstolen 106 sådana mål. I relation till antal avgjorda överprövningsmål i förvaltningsrätterna överklagades omkring 20 procent av avgörandena till en kammarrätt och omkring 20 procent av kammarrätternas avgöranden till Högsta förvaltningsdomstolen.²⁴⁸ Även om det totalt sett inte rör sig om ett stort antal mål som prövas i sak kan enskilda mål vara omfattande och ta mycket tid i anspråk.

Skadeståndstalan enligt upphandlingslagstiftningen väcks vid allmän domstol. Det saknas statistik avseende antalet sådana mål. Utifrån antalet överprövningsmål i förvaltningsrätterna bör det dock inte röra sig om mer än ett par hundra mål.²⁴⁹

De eventuella effekter på måltillströmningen som utredningens förslag kan leda till är svårbedömda och beror på en rad olika faktorer. Enligt utredningens uppfattning är det inte osannolikt att förslagen under en inledande period kan ge upphov till ett litet antal komplicerade domstolsprocesser. I vart fall till dess att ny praxis gällande tredjelandsleverantörers rättsliga ställning har hunnit bildas. Skulle det genom den framtida rättstillämpningen visa sig att de aktuella tredjelandsleverantörerna inte kan räkna med möjligheten att överklaga enligt FL:s bestämmelser (se avsnitt 11.4.4) kan också tänkas att det leder till en viss ökning av skadeståndsprocesser i de allmänna domstolarna grundade på skadeståndslagen eller allmänna skadeståndsrättsliga principer. Den ökningen bör dock samtidigt korrespondera med en motsvarande minskning av mål hos förvaltningsdomstolarna.

²⁴⁷ Här ingår även mål enligt vissa andra regelverk, t.ex. LOV samt sådana om upphandlingsskadeavgift. Antalet överprövningar enligt måltyperna LOU, LUF, LUK och LÜFS var 2 823.

²⁴⁸ Domstolsverkets publikation *Domstolstatistik 2024*.

²⁴⁹ Jfr. prop. 2024/25:116 s. 37.

Samtidigt ska beaktas att de leverantörer som kommer att omfattas av den föreslagna regleringen sannolikt är mycket få till antalet. Vidare har dessa redan idag en möjlighet att både ansöka om överprövning och väcka talan om skadestånd för påstådda fel i upphandlingsförfaranden. Att deras benägenhet att föra processer skulle öka genom den nya regleringen framstår inte som en självklar slutsats. Snarare kan mycket väl tänkas att det omvända kommer gälla, om leverantörerna identifierar att de har mindre utsikter till framgång i domstol med hänsyn till att de inte längre kan åberopa de principer och rättsmedel som följer av upphandlingsdirektiven och lagarna.

Sammantaget gör utredningen bedömningen att förslagen inte kommer få några konsekvenser av betydelse för måltillströmningen i domstolarna eller för deras verksamhet i övrigt, och i vart fall bör eventuella kostnader som uppstår rymmas inom domstolarnas befintliga organisatoriska och ekonomiska ramar.

13.4 Konsekvenser för företag

Leverantörer

Utredningens förslag kan leda till att konkurrensen i upphandlingsförfaranden minskar något för leverantörer från Sverige, EU och tredjeländer med avtal som garanterar tillträde till upphandlingsmarknaden i unionen. Detta eftersom tredjelandsleverantörer från länder utan avtal kommer att kunna stängas ute och kan antas bli mindre intresserade av att lämna anbud när de inte längre har rättigheter enligt direktiven. Vidare torde leverantörer från Sverige, EU och tredjeländer med avtal få en mer fördelaktig position i processer i domstol jämfört med leverantörer från tredjeländer utan avtal. Samtidigt synes, som framgår ovan, antalet leverantörer från tredjeländer utan avtal som idag lämnar anbud i svenska upphandlingar vara mycket litet.

Tredjelandsleverantörer från länder utan avtal som garanterar tillträde till upphandlingsmarknaden kommer som tidigare konstaterats att påverkas negativt av utredningens förslag. De kommer visserligen att kunna delta i upphandlingsförfaranden om de upphandlande myndigheterna tillåter detta, men inte vara garanterade en behandling i enlighet med de grundläggande

upphandlingsrättsliga principerna. Även i domstol lär de hamna i ett sämre läge eftersom de inte längre kan åberopa de rättsmedel som följer av upphandlingslagarna. Det kan som tidigare nämnts antas att sådana leverantörer kan vara mindre benägna att lämna anbud i upphandlingar. Samtidigt kan man anta att vissa av dessa leverantörer kommer att etablera sig i Sverige eller EU för att förbättra sina möjligheter att konkurrera. Det kan vara förenat med kostnader för leverantörerna, men kan samtidigt möjligen minska de negativa konsekvenserna.

I sammanhanget kan noteras att leverantörer från Sverige, EU och tredjeländer med avtal kan ingå i konsortier med leverantörer från tredjeländer utan avtal. Om konsortiet skulle bedömas vara en tredjelandsleverantör medför det ovan beskrivna negativa konsekvenser även för ingående svenska leverantörer (se avsnitt 10.1).

Andra företag

Om tredjelandsleverantörer från stater utan frihandelsavtal i mindre utsträckning lämnar anbud i svenska upphandlingsförfaranden kan det potentiellt minska anlitaandet av svenska företag som underleverantörer. Med hänsyn till hur ovanligt det är att tredjelandsleverantörer utan avtal deltar i upphandlingar i Sverige bör dock denna påverkan bli marginell.

I övrigt bedöms förslagen inte leda till några konsekvenser för företag.

13.5 Rättssäkerhet

Utredningen konstaterar att föreslagna lagändringar inte påverkar rättssäkerheten för leverantörer från EU eller stater som har avtal som garanterar tillträde till unionens upphandlingsmarknad. De innebär dock att rättssäkerheten försämras för tredjelandsleverantörer från stater utan sådana avtal. Detta av uppenbara skäl eftersom de inte längre kommer att omfattas av upphandlingslagarna. Sådana leverantörer kommer som konstaterats i detta hänseende att få en sämre ställning både i förfarandet och när det gäller tillgång till rättsmedel. Detta är dock en effekt av EU-

regleringen, så som den kommit att tolkas av EU-domstolen. Utredningen ser inte att det finns något alternativt genomförande av EU-rätten som medför att detta kan undvikas. Vilka nationella principer och rättsmedel som kan bli tillämpliga behöver avgöras av rättstillämpningen (se avsnitt 11.1).

I och med förslagen kommer upphandlande myndigheter på ett betydligt friare sätt än idag kunna välja om tredjelandsleverantörer ska tillåtas delta i upphandlingsförfaranden eller om de ska stängas ute, utan att det ställningstagandet kan angripas genom upphandlingslagarna. Det är därför viktigt att upphandlande myndigheter har goda rutiner för kontroll för att motverka eventuell korruption som skulle kunna tänkas uppstå till följd av detta.

13.6 Handelspolitiska, säkerhetspolitiska och utrikespolitiska effekter

Att upphandlingslagarna inte gäller för leverantörer från vissa tredjeländer kan få handelspolitiska effekter. Om upphandlande myndigheter i stor omfattning väljer att inte tillåta anbud från vissa stater kan det komma att uppfattas som handelspolitiska åtgärder riktade mot staten i fråga. Detta skulle i sin tur leda till att dessa stater väljer att vidta någon form av handelspolitiska åtgärder mot Sverige eller svenska företag. Risken ska dock inte överdrivas. Enligt utredningen torde det ofta förhålla sig så att upphandlande myndigheter önskar så mycket konkurrens som möjligt i sina upphandlingar och att de därför kommer välja att tillåta leverantörer från tredjeländer.

Det kan inte heller uteslutas att upphandlande myndigheter i något fall skulle kunna tänkas använda möjligheten att utesluta tredjelandsleverantörer som en sanktion mot stater som man exempelvis anser bryter mot de mänskliga rättigheterna. Det finns historiska exempel från det upphandlingsrättsliga området på att kommuner vidtagit sådana åtgärder (se t.ex. RÅ 1969 ref. 52). Även det kan uppfattas som en handelspolitisk åtgärd och kan därtill komma att inkräkta på den svenska utrikespolitikens område.

Att upphandlande myndigheter vid behov kan välja bort leverantörer från tredjeland, exempelvis från antagonistiska stater, bedöms stärka den nationella säkerheten. Samtidigt finns som

tidigare konstaterats en risk för att tredjelandsleverantörer som upphandlande myndigheter önskar få anbud från blir mindre benägna att lämna sådana, vilket eventuellt skulle kunna påverka Sveriges förmåga negativt. Med hänsyn till hur ovanligt det är med tredjelandsleverantörer i svenska upphandlingar bedömer dock utredningen att en sådan eventuell påverkan sannolikt blir ytterst begränsad.

13.7 Övriga konsekvenser

Förslagen bedöms inte medföra några konsekvenser för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

Förslagen bedöms inte heller leda till någon inskränkning av den kommunala självstyrelsen.

14 Författningskommentar

14.1 Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

En ny bestämmelse förs in i lagen i syfte att den ska överensstämja med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) så som rättsakten får tolkas i ljuset av EU-domstolens avgöranden C-652/22 (Kolin) och C-266/22 (Qingdao). Bestämmelsen återfinns i 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde.

3 kap.

29 § Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Paragrafen, som är ny, innehåller ett undantag från lagens tillämpningsområde som gäller leverantörer från tredjeland. Innehållet i paragrafen ska ses mot bakgrund av artikel 3.1 e i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och artikel 25 i LOU-direktivet.

Övervägandena till första stycket finns i avsnitt 9.3 och övervägandena till andra stycket i avsnitt 9.4.

Av *första stycket* framgår att lagen inte gäller 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.

Vad som avses med leverantörer framgår av 1 kap. 16 §. Med ordet tredjeland avses en stat utanför EU.

Avgörande för om bestämmelsen gäller är de avtal om marknadstillträde och frihandel som EU slutit med andra länder än medlemsstaterna och innehållet i dessa avtal. EES-avtalet och GPA-avtalet är exempel på sådana.

För att fastställa om det finns krav på att en leverantör från tredjeland ska garanteras tillträde till unionens upphandlingsmarknad måste villkoren i respektive avtal granskas. Enbart att det finns ett avtal mellan EU och ett visst tredjeland som kan ge tillträde till unionens upphandlingsmarknad är inte tillräckligt i sig. Av GPA-avtalet och olika frihandelsavtal mellan EU och tredjeländer följer att avtalens tillämplighet är beroende av exempelvis vilken upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar, vad som upphandlas och till vilket värde. Samtliga upphandlingar täcks således inte av avtalen och kräver därmed inte heller att leverantörer från tredjelandet ska garanteras marknadstillträde. Undantagsbestämmelsen kan därför bli aktuell både i förhållande till tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med EU, och i förhållande till tredjelandslieferantörer från en stat som förvisso har ingått avtal med unionen, men där villkoren i avtalet inte omfattar den aktuella upphandlingen i fråga. Kommissionen har uppgifter om vilka frihandelsavtal och andra avtal som avser tillträde till EU:s upphandlingsmarknad som unionen ingått på sin webbplats Access2Markets. Genom verktyget Procurement for Buyers som tillhandhålls på webbplatsen kan upphandlande myndigheter få närmare information om respektive avtals tillämpningsområde.

I 3 kap. 7 och 8 §§ finns undantag för upphandlingar enligt vissa internationella regler i situationer då det föreligger en skyldighet att genomföra en upphandling eller projektävling enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden. Det rör sig alltså om sådana fall där särskilda upphandlingsregler har fastställts eller avtalats. Dessa undantagssituationer omfattas inte av bestämmelsen.

Av *andra stycket* framgår att 1 kap. 3 a § alltså gäller i förhållande till tredjelandslieferantörer från stater utan frihandelsavtal med EU, även när lagen inte är tillämplig i övrigt på grund av vad som anges i första stycket. Regleringen i 1 kap. 3 a § innebär undantag från reglerna om partsinsyn (10 §) och kommunikation (25 §) i förvaltningslagen (2017:900) om den lagen

är tillämplig i ett ärende om upphandling. Om en tredjelandsleverantör från en stat utan frihandelsavtal med EU deltar i ett upphandlingsförfarande hos en upphandlande myndighet ska alltså 1 kap. 3 a § tillämpas i förhållande till tredjelandsleverantören på samma sätt som i förhållande till andra leverantörer.

14.2 Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

En ny bestämmelse förs in i lagen i syfte att den ska överensstamma med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) så som rättsakten får tolkas i ljuset av EU-domstolens avgöranden Kolin och Qingdao. Bestämmelsen återfinns i 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde.

3 kap.

34 § Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Paragrafen, som är ny, innehåller ett undantag från lagens tillämpningsområde som gäller leverantörer från tredjeland. Innehållet i paragrafen ska ses mot bakgrund av artikel 3.1 e i EUF-fördraget och artikel 43 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 3 kap. 29 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

Övervägandena till första stycket finns i avsnitt 9.3 och övervägandena till andra stycket i avsnitt 9.4.

14.3 Förslaget till lag om ändring av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

En ny bestämmelse förs in i lagen i syfte att den ska överensstamma med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet) så som rättsakten får tolkas i ljuset av EU-domstolens avgöranden C-652/22 (Kolin) och C-266/22 (Qingdao). Bestämmelsen återfinns i 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde.

3 kap.

37 § Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av ett avtal som slutits av Europeiska unionen som garanterar leverantörer från tredjelandet tillträde till unionens upphandlingsmarknad.

Trots vad som anges i första stycket gäller 1 kap. 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Paragrafen, som är ny, innehåller ett undantag från lagens tillämpningsområde som gäller leverantörer från tredjeland. Paragrafen motsvarar 3 kap 29 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

Övervägandena till första stycket finns i avsnitt 9.3 och övervägandena till andra stycket i avsnitt 9.4.

14.4 Förslaget till lag om ändring av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

En ny bestämmelse förs in i lagen i syfte att den ska överensstamma med Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (LUFSDirektivet) så som rättsakten får tolkas i ljuset av EU-domstolens avgöranden C-652/22 (Kolin) och C-266/22 (Qingdao).

Bestämmelsen återfinns i 1 kap. under rubriken om undantag från lagens tillämpningsområde.

1 kap.

10 a § Denna lag gäller inte i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av en internationell överenskommelse.

Trots vad som anges i första stycket gäller 3 a § i förhållande till leverantörer från tredjeland.

Paragrafen, som är ny, innehåller ett undantag från lagens tillämpningsområde som gäller leverantörer från tredjeland. Övervägandena till första stycket finns i avsnitt 9.3 och övervägandena till andra stycket i avsnitt 9.4.

Av första stycket framgår att lagen inte gäller i förhållande till leverantörer från tredjeland, förutom om det krävs på grund av en internationell överenskommelse.

Vad som avses med leverantörer framgår av 2 kap. 16 §. Med ordet tredjeland avses en stat utanför EU.

Bestämmelsen motsvarar delvis 3 kap. 29 § LOU och förutsättningarna för dess tillämpning är i huvudsak desamma. I bestämmelsen hänvisas dock till det bredare begreppet *internationell överenskommelse*, till skillnad från de andra upphandlingslagarna där det hänvisas till avtal som slutits av EU. Skälet är att upphandlingar som täcks av LUFSDirektivet inte omfattas av GPA-avtalets tillämpningsområde. Några andra avtal som ger tredjelandsleverantörer tillträde till upphandlingar som styrs av LUFSDirektivet förefaller inte finnas, med undantag för EES-avtalet som ger leverantörer från de avtalsslutande länderna tillträde till EU:s inre marknad och till unionens upphandlingsmarknad på försvars- och säkerhetsområdet. Det framstår dock inte som uteslutet att avtal eller andra typer av internationella överenskommelser på området kan komma att ingås av EU framöver. Även om den typen av överenskommelser ligger inom handelspolitikens område och därmed omfattas av EU:s exklusiva befogenhet kan det inte helt uteslutas att medlemsstaterna skulle kunna ingå sådana överenskommelser. Bestämmelsen är utformad för att omfatta detta.

I 1 kap. 8 § finns bland annat undantag för upphandlingar som omfattas av särskilda förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom EES och någon eller några andra stater. Det rör sig alltså om sådana fall där särskilda upphandlingsregler har avtalats. Dessa undantagssituationer omfattas inte av bestämmelsen.

Vad gäller utformningen av *andra stycket* framgår som i motsvarande bestämmelser i övriga upphandlingslagar att undantaget från reglerna om partsinsyn (10 §) och kommunikation (25 §) i förvaltningslagen alltjämt ska gälla i förhållande till tredjelandsleverantörer även när lagen inte är tillämplig i övrigt på grund av vad som anges i första stycket. Därutöver ska undantaget från bestämmelsen om muntligt uppgiftslämnande (24 §) i förvaltningslagen också gälla fortsättningsvis.

Utredningsuppdrag

Tredjelandslieferantörers tillträde till
upphandlingsförfaranden (Fi 2025:B)

Sammanfattning av uppdraget

En sakkunnig (i det följande utredaren) ska ges i uppdrag att lämna förslag på hur upphandlingslagarna bör ändras för att lagarna ska vara förenliga med de krav som följer av EU-rätten, med avseende på två avgöranden från EU-domstolen som meddelades under 2024 och 2025. Förslagen ska även göra det möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att kunna välja bort t.ex. leverantörer från antagonistiska stater i upphandlingsförfaranden.

Utredaren ska bl.a.

- analysera EU-domstolens domar (C-652/22 och C-266/22) och ta ställning till hur de nationella upphandlingslagarna bör ändras för att vara förenliga med de krav som följer av EU-rätten,
- analysera hur förslagen påverkar förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden,
- redogöra för vilka effekter och konsekvenser förslagen får för bl.a. upphandlande myndigheter och enheter respektive leverantörer, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget ska redovisas till Regeringskansliet (Finansdepartementet) senast den 2 december 2025.

Bakgrund

Den svenska upphandlingslagstiftningen

Upphandlingslagstiftningen i Sverige består i huvudsak av de fyra s.k. upphandlingslagarna, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LOU, LUF, LUK och LUFSS). Varje lag genomför ett EU-direktiv på upphandlingsområdet. Samtliga lagar innehåller utöver bestämmelser om upphandlingar som omfattas av EU-direktiven (direktivstyrda upphandlingar) även bestämmelser om upphandlingar som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområden.

En offentlig upphandling ska genomföras i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om lika-behandling, öppenhet, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Säkerhetsskyddslagen

Säkerhetsskyddslagen (2018:585) gäller för den som till någon del bedriver verksamhet som är av betydelse för Sveriges säkerhet eller som omfattas av ett för Sverige förpliktande internationellt åtagande (säkerhetskänslig verksamhet). Lagen kan bli tillämplig vid vissa upphandlingar och gäller då parallellt med de fyra upphandlingslagarna. Med säkerhetsskyddade upphandlingar avses upphandlingar med krav på säkerhetsskydd. Säkerhetsskyddade upphandlingar innebär bl.a. en process där upphandlande organisationer som till någon del bedriver säkerhetskänslig verksamhet ställer krav på förebyggande säkerhetsskyddsåtgärder gentemot leverantörer.

Unionsrätten

Världshandelsorganisationens (WTO:s) avtal om offentlig upphandling (GPA) och andra internationella avtal, såsom frihandelsavtal, omfattas av EU-rätten och är bindande för medlemsstaterna. De direktiv som i svensk rätt genomförs genom LOU respektive LUF grundar sig på GPA. Sverige har genom att genomföra dessa direktiv implementerat de principer och skyldigheter som följer av EU:s upphandlingsregelverk och GPA.

I fråga om leverantörer från sådana tredjeländer som inte har ingått handelsavtal med unionen, har EU-kommissionen gett viss vägledning i fråga om leverantörernas tillgång till offentliga upphandlingsförfaranden (se EU-kommissionens vägledning *Guidance on the participation of third-country bidders and goods in the EU procurement market* s. 4 samt skäl 10 i Europaparlamentets och rådets förordning [EU] 2022/1031 av den 23 juni 2022 om tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer till unionens marknader för offentlig upphandling och koncession och förfaranden till stöd för förhandlingar om tillträde för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till tredjeländers marknader för offentlig upphandling och koncession [Instrumentet för internationell upphandling – IPI]).

Kolin- och Qingdao-målen

EU-domstolen har i två separata mål, Kolin-målet (Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ, C-652/22, EU:C:2024:910) och Qingdao-målet (CRRC Qingdao Sifang CO LTD m.fl., C-266/22, EU:C:2025:178), behandlat förutsättningarna för deltagande i upphandling för leverantörer från sådana tredjeländer som saknar avtal med EU som garanterar tillträde till upphandlingar i unionens medlemsstater. Målen gällde upphandlingar enligt de direktiv som i svensk rätt genomförs genom LUF respektive LOU. I båda målen fastställde EU-domstolen att frågan om tredjelandsleverantörers deltagande i upphandlingsförfaranden tillhör unionens exklusiva befogenhet. Det innebär att endast unionen som utgångspunkt får lagstifta på detta område, och medlemsstaterna får endast göra det

efter bemyndigande från unionen eller för att genomföra unionens akter. Det är endast unionen som har behörighet att anta en rättsakt, antingen för att införa ett system för att garantera ekonomiska aktörer från tredjeländer utan frihandelsavtal tillträde eller ett system som utesluter de aktörerna från upphandlingsförfaranden.

EU-domstolen slår fast att unionsrätten utgör hinder för tredjeländer utan frihandelsavtal att återropa direktivet och kräva att deras anbud ska behandlas lika i förhållande till de anbud som lämnats av anbudsgivare i medlemsstaterna och anbudsgivare från sådana tredjeländer som omfattas av internationella åtaganden (dvs. frihandelsavtal).

EU-domstolen slår vidare fast att det är upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att bedöma om leverantörer från tredjeländer utan avtal med unionen ska tillåtas delta i upphandlingsförfaranden. Om de leverantörerna tillåts delta får den upphandlade myndigheten eller enheten bedöma om resultatet av jämförelsen mellan deras anbud och andras anbud ska justeras. Upphandlingsdokumenten ska ange sätt att behandla anbudsgivare som reflekterar skillnader i deras rättsliga ställning. Även om det är tänkbart att sätten för att behandla sådana aktörer måste uppfylla vissa krav – såsom kraven på öppenhet, proportionalitet, rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar – kan en talan som väcks av en av dem om att den upphandlande myndigheten eller enheten har åsidosatt dessa principer endast prövas mot bakgrund av nationell rätt och inte mot bakgrund av unionsrätten.

Uppdraget att anpassa den svenska upphandlingslagstiftningen till Kolin- och Qingdao-domarna

I de svenska upphandlingslagarna görs det ingen uttrycklig skillnad mellan å ena sidan leverantörer från EU och länder med vilka EU har frihandelsavtal och å andra sidan leverantörer från sådana tredjeländer med vilka det inte finns sådana frihandelsavtal. Unionsrätten, i fråga om bl.a. GPA, bygger på utgångspunkten att endast leverantörer från EU (inklusive länder med vilka EU har frihandelsavtal med) tillerkänns de rättigheter som fastställs i

upphandlingsdirektiven och primärrätten. Frågan om alla leverantörer, oavsett var de är etablerade, har samma rättigheter enligt nationella upphandlingslagar (t.ex. rätt till likabehandling, överprövning och skadestånd) och att offentliga upphandlingsförfaranden är öppna för alla ekonomiska aktörer har dock ställts på sin spets i samband med Kolin- och Qingdao-domarna.

I ljuset av EU-domstolens domar är det sannolikt att Sverige inte enbart har gjort en överimplementering, utan en felaktig implementering, av de direktiv som i svensk rätt genomförs genom LOU respektive LUF. De svenska upphandlingslagarna behöver därför ändras. Utredaren behöver ta ställning till vad som är det mest ändamålsenliga sättet att göra ändringen på.

En konsekvens av de svenska upphandlingslagarna är bl.a. att leverantörer från t.ex. antagonistiska stater kan delta i svenska upphandlingar som rör kritisk infrastruktur eller försörjningsberedskap. Dessa leverantörer kan då få tillgång till skyddsvärda intressen eller uppgifter. Med tanke på det försämrade omvärldsläget är det av stor vikt att lagstiftningen även justeras för att bättre ta hänsyn till risker kopplade till nationell säkerhet.

Utredaren ska därför

- analysera Kolin- och Qingdao-domarna och ta ställning till hur de nationella upphandlingslagarna LOU och LUF bör ändras för att vara förenliga med de krav som följer av EU-rätten,
- överväga om motsvarande ändringar även bör göras i LUK och LUF5,
- analysera hur förslagen påverkar förutsättningarna för upphandlande myndigheter och enheter att kunna ta hänsyn till leverantörers nationalitet eller ursprung för att välja bort leverantörer från upphandlingsförfaranden,
- bedöma hur förslagen ska tillämpas i förhållande till underleverantörer,
- särskilt ta hänsyn till säkerhets- och handelspolitiska perspektiv,

- särskilt redogöra för vilka effekter och konsekvenser förslagen får för upphandlande myndigheter och enheter, leverantörer, domstolarna och tillsynsmyndigheten, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska bedöma och redovisa offentligfinansiella, samhällsekonomiska och andra effekter av förslagen. Utredaren ska belysa konsekvenserna av de förslag som lämnas, inklusive förslagens förenlighet med EU-rätten samt GPA och andra internationella frihandelsavtal.

Utredaren ska också redovisa vilka konsekvenser förslagen får för rättssäkerheten. Utredaren ska även analysera och redovisa förslagens påverkan på upphandlande myndigheters och enheters verksamheter, domstolarna, leverantörer och tillsynsmyndigheten.

Eventuella kostnadsökningar för det offentliga som förslagen bedöms medföra ska redovisas och en finansiering av dessa ska föreslås.

Genomförande och redovisning av uppdraget

Utredaren ska inhämta synpunkter från Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, Kommerskollegium, Försvarets Materielverk, Säkerhetspolisen och Sveriges Kommuner och Regioner. Utredaren ska vidare beakta relevant arbete som pågår inom Regeringskansliet och utredningsväsendet, exempelvis Utredningen om förbättrade möjligheter att skydda Sveriges säkerhet (Ju 2023:23).

Uppdraget ska redovisas till Regeringskansliet (Finansdepartementet) senast den 2 december 2025.

Departementsserien 2025

Kronologisk förteckning

1. Hyra anstaltsplatser utomlands. Ju.
2. Moderna – en ny myndighet för modern konst, arkitektur och design. Ku.
3. Sveriges försvarsmaterieldirektör. En ny inriktning. Fö.
4. En ny lag om unga lagöverträdare. Ju.
5. Genomförande av direktivet om skydd för personer som deltar i den offentliga debatten. Ju.
6. En ändamålsenlig hantering av tillstånd och tillsyn av explosiva varor. Fö.
7. Polisens användning av AI för ansiktsgenkänning i realtid. Ju.
8. Administrativa sanktioner i socialförsäkringen. S.
9. Ett nationellt mobilförbud i de obligatoriska skolformerna och fritidshemmet. U.
10. En ändamålsenlig hantering av tillstånd och tillsyn av explosiva varor – slutredovisning. Fö.
11. En tydlig beslutsordning för deltagande i Natos samlade verksamhet för avskräckning och försvar. Fö.
12. Nordisk verkställighet i brottmål. Ju.
13. Rätt att installera laddpunkt hemma. Ju.
14. Kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om överföring av straffrättsliga förfaranden. Ju.
15. Nya regler om aktier på multilaterala handelsplattformar. Ju.
16. Några frågor om ersättning vid gemensamhetsinrättningar. Ju.
17. Förbättrade förutsättningar för IVO – förslag för att motverka oseriösa och kriminella aktörer inom hälso- och sjukvården. S.
18. Nya regler om ansökningsförfarandet för vissa uppehålls- och arbetstillstånd. Ju.
19. Slutredovisning av uppdraget om förstärkningsteam inom socialtjänsten. S.
20. Utökade befogenheter för civilanställda vid Polismyndigheten att utreda brott. Ju.
21. Förbättrade förutsättningar för operativt militärt samarbete. Fö.
22. Sweden's tenth national report under the Convention on Nuclear Safety. KN.
23. Spellagens tillämpningsområde. Fi.
24. Utdelningsbart överskott i inkomstpensionssystemet. S.
25. En betald polisutbildning. Ju.
26. Administrativa sanktioner i den arbetsmarknadspolitiska verksamheten och i arbetslöshetsförsäkringen. S.
27. Åtgärder för att säkerställa veterinärberedskap under jourtid. LI
28. Stärkt trygghet i bostadsrätter. Ju.
29. Tredjelandslieferantörers tillträde till upphandlingsförfaranden. Fi.

Departementsserien 2025

Systematisk förteckning

Finansdepartementet

- Spellagens tillämpningsområde. [23]
- Tredjelandsleverantörers tillträde till upphandlingsförfaranden. [29]

Försvarsdepartementet

- Sveriges försvarsmaterieldirektör. En ny inriktning. [3]
- En ändamålsenlig hantering av tillstånd och tillsyn av explosiva varor. [6]
- En ändamålsenlig hantering av tillstånd och tillsyn av explosiva varor – slutredovisning. [10]
- En tydlig beslutsordning för deltagande i Natos samlade verksamhet för avskräckning och försvar. [11]
- Förbättrade förutsättningar för operativt militärt samarbete. [21]

Justitiedepartementet

- Hyra anstaltsplatser utomlands. [1]
- En ny lag om unga lagöverträdare. [4]
- Genomförande av direktivet om skydd för personer som deltar i den offentliga debatten. [5]
- Polisens användning av AI för ansiktsgenkänning i realtid. [7]
- Nordisk verkställighet i brottmål. [12]
- Rätt att installera laddpunkt hemma. [13]
- Kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om överföring av straffrättsliga förfaranden. [14]
- Nya regler om aktier på multilaterala handelsplattformar. [15]
- Några frågor om ersättning vid gemensamhetsinrättningar. [16]

Nya regler om ansökningsförfarandet för vissa uppehålls- och arbetstillstånd. [18]

Utökade befogenheter för civilanställda vid Polismyndigheten att utreda brott. [20]

En betald polisutbildning. [25]

Stärkt trygghet i bostadsrätter. [28]

Klimat- och näringslivsdepartementet

Sweden's tenth national report under the Convention on Nuclear Safety. [22]

Kulturdepartementet

Moderna – en ny myndighet för modern konst, arkitektur och design. [2]

Landsbygds- och infrastrukturdepartementet

Åtgärder för att säkerställa veterinär beredskap under jourtid. [27]

Socialdepartementet

- Administrativa sanktioner i socialförsäkringen. [8]
- Förbättrade förutsättningar för IVO – förslag för att motverka oseriösa och kriminella aktörer inom hälso- och sjukvården. [17]
- Slutredovisning av uppdraget om förstärkningsteam inom socialtjänsten. [19]
- Utdelningsbart överskott i inkomstpensionssystemet. [24]
- Administrativa sanktioner i den arbetsmarknadspolitiska verksamheten och i arbetslöshetsförsäkringen. [26]

Utbildningsdepartementet

Ett nationellt mobilförbud i de obligatoriska skolformerna och fritidshemmet. [9]