

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

Konfidentialitetsnivå
1 Ej känslig

Mottagare
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Kopia till
Diariet
GD-sekreterare
Webb- och projektstöd
joanna.hedqvist@regeringskansliet.se
e

Svar PM Anpassningar av upphandlingslagstiftningen med anledning av EU:s IPI-förordning

Trafikverket avstyrker förslaget om kompletterande nationell lagstiftning avseende IPI-förordningen. De huvudsakliga skälen är att förslaget i dess nuvarande form går utöver vad som är nödvändigt och leder till onödig ökad administration och därmed även förhöjda kostnader, inte enbart för samtliga upphandlande myndigheter och enheter utan även för förvaltningsdomstolar samt anbudsgivare. Därutöver riskerar förslaget att leda till ökade samhällsekonomiska kostnader då t.ex. viktiga infrastruktursatsningar och andra stora inköp försenas.

Under *Detaljerade kommentarer* nedan redovisas kommentarer till utredarens slutsatser och förslag till lagändring i lagen om offentlig upphandling (LOU), lagen om offentlig upphandling inom vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen om upphandling av koncessioner (LUK) gemensamt. Därefter redovisas kommentarer till förslaget om ändring av kollektivtrafiklagen samt avslutningsvis under *Övrigt* Trafikverkets förslag om att utreda och införa bestämmelser för att utesluta anbudsgivare från tredje länder vid avsaknad av avtal om marknadstillträde.

Detaljerade kommentarer

Avsnitt 1.1-1.3 – ändring av LOU, LUF och LUK

Överreglering

Utredaren föreslår möjlighet till överprövning, skadeståndsskyldighet, tillsyn och upphandlingsskadeavgift för det utredaren kallar *unionsrättsliga bestämmelser om upphandling*.

Rådets direktiv 89/665/EEG och rådets direktiv 92/13/EEG (härefter rättsmedelsdirektiven), gäller bara överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

upphandling. I artikel 1 i rättsmedelsdirektiven finns en uttömmande uppräknning av vilken unionslagstiftning om offentlig upphandling som avses.¹

IPI-förordningen finns inte med i uppräknningen i rättsmedelsdirektiven och är inte reglerad i de direktiv som räknas upp utan är en separat reglering i förordning. Det följer således direkt av artikel 1 i rättsmedelsdirektiven att IPI-förordningen inte omfattas av kraven i rättsmedelsdirektiven.² IPI-förordningen omfattas av rättsmedelsdirektiven endast för att det i artikel 10 i IPI-förordningen finns ett krav på det.

För att omfattas av rättsmedelsdirektiven ska författningen således antingen finnas med i uppräknningen i artikel 1 i rättsmedelsdirektiven eller att det i den aktuella författningen finns ett sådant krav.

Något krav enligt unionsrätten på att införa en möjlighet till överprövning i LOU/LUF/LUK enligt rättsmedelsdirektiven för all nuvarande och eventuellt tillkommande unionslagstiftning om upphandling finns inte. Utöver det faktum att förslaget går långt utöver vad som krävs enligt unionsrätten så är förslaget även rättsosäkert. Detta då det inte är förutsebart utan öppnar upp för rättsprocesser kring vad som är unionsrättsliga bestämmelser om upphandling. Det leder till onödig ökad administration och därmed även förhöjda kostnader för samtliga upphandlande myndigheter och enheter och även för förvaltningsdomstolarna samt anbudsgivare. Därutöver riskerar förslaget att leda till ökade samhällsekonomiska kostnader då exempelvis viktiga infrastruktursatsningar och andra inköp försenas. Sanktioner för överträdelse av unionsrätten bör begränsas till de fall där det finns ett uttryckligt krav på att så ska ske.

Förslaget bör därför justeras så att lagändringar begränsas till att endast reglera det som krävs för att uppfylla IPI-förordningen avseende IPI-åtgärder och skyldigheter för upphandlande myndigheter och enheter, till exempel genom att hänvisa till relevant artikel i IPI-förordningen. Det blir både tydligare och mer förutsägbart.

Från menligt till försämrat

I förslaget på ändring avseende 20 kap. 20 § i LOU och LUF och 16 kap. 20 § LUK om skadestånd så föreslås att "...menligt har påverkat leverantörens möjligheter..." ska ändras till "...har försämrat leverantörens möjligheter...".

Då ändringen görs okommenterad utgår Trafikverket från att det inte har till syfte att ändra vad som krävs för att ha rätt till skadestånd utan enbart är en redaktionell

¹ Direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/23/EU och direktiv 2024/25/EU.

² Se t.ex. konsoliderad version <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01989L0665-20140417>. Artikel 1.1. sista stycket om överträdelse av unionsrätten (tidigare gemenskapsrätten) om offentlig upphandling så syftar det till den unionsrätt som finns uppräknad i samma artikel. Det följer direkt av ordalydelsen men går även att se vid en jämförelse mellan tidigare versioner av rättsmedelsdirektivet där regleringen uppdateras varje gång upphandlingsdirektiv ändras (hänvisning till nytt nummer av direktivet) eller nya tillkommer (hänvisning till nytt direktiv).

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

ändring. Det vore dock önskvärt att ändringen kommenteras så att onödiga rättsprocesser om huruvida rättsläget ändrats eller inte kan undvikas.

Rättelse 16 kap. 21 § andra stycket LUK

Förslaget att den felaktiga hänvisningen i 16 kap. 21 § andra stycket LUK till 13 b § tas bort och att bestämmelsen enbart hänvisar till 16 kap. 13 § LUK, tillstyrks.

Avsnitt 1.4 - ändring av kollektivtrafiklagen³

4 a kap. 11 § p.1 kollektivtrafiklagen

Det är viktigt att det enda som kan prövas är överträdelse av de artiklar i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (härefter EU:s kollektivtrafikförordning) som räknas upp 4 a kap 11 § p.1 kollektivtrafiklagen.

Beroende på vilken lydelse 16 kap. 6 § första stycket LUK kommer att ha är det därför viktigt att säkerställa att ordalydelsen inte kan ge utrymme för att tolka in mer än just överträdelse av de uppräknade artiklarna i EU:s kollektivtrafikförordning. Om fler författningar räknas upp i 16 kap. 6 § första stycket i LUK kan eventuellt begränsningen till ”överträdelse av den lagen” inte vara tillräckligt.⁴

EU:s kollektivtrafikförordning och Cabotageförordningen⁵

Det är oklart om förslaget ska förstås så att överträdelse av IPI-förordningen/IPI-åtgärd inte ska tillämpas vid upphandling enligt EU:s kollektivtrafikförordning. Det finns inte heller några närmare övervägande kring saken i promemorian.

EU:s kollektivtrafikförordning är avseende tjänstekoncessioner undantagen från direktiv 2014/23 (om tilldelning av koncessioner).⁶ Direktiv 2014/25 har implementerats i nationell rätt genom LUK.

Eftersom tjänstekoncessioner som tilldelas enligt EU:s kollektivtrafikförordning är undantagna från direktiv 2014/23 så gäller som utgångspunkt inte reglering i IPI-förordningen vid dessa upphandlingar.⁷ Sverige har dock valt att i lag (2010:1065) om kollektivtrafik trots allt göra vissa bestämmelser i LUK (nationell lagstiftning som genomför direktiv 2014/23/EU) tillämpliga. Det faktum att Sverige gjort vissa

³Lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

⁴Jämför till exempel skillnad mellan 4 a kap. 10 § p.1 (bara hänvisning till andra bestämmelser i den lagen pga. att 4 kap. 1 och 3 LUK gäller i det fallet) med 4 a kap. 11 § p.1 (både överträdelse av grundläggande principerna eller andra bestämmelser i lagen).

⁵Både i vart fall järnväg och sjötransport ingår ej i bilaga 5 till WTO-avtalet.

⁶Artikel 10 p3. i EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

⁷IPI-förordningen ska bara tillämpas på förfaranden för offentlig upphandling som omfattas av upphandlingsdirektiven 2014/23/EU, 2014/24/EU eller 2014/25/EU, se artikel 1.2 i IPI-förordningen.

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

bestämmelser i LUK tillämpliga bör inte innebära att IPI-förordningen ska tillämpas utöver det tänkta tillämpningsområdet. Detta eftersom förfarandet (tjänstekoncessioner reglerade av EU:s kollektivtrafikförordning) enligt unionsrätten är undantaget.

Rådets förordning (EEG) 3577/92 av den 7 december 1992 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (härefter Cabotageförordningen) reglerar hur medlemsstaterna får upphandla sjötransport av gods och passagerare.⁸ Upphandlingar enligt Cabotageförordningen är inte tydligt undantagna från LOU/LUK och Europeiska kommissionens uppfattning är att direktiven är tillämpliga. Det kan dock vara så att vissa bestämmelser står i konflikt med regleringen i Cabotageförordningen som då har företräde, dvs. bestämmelsen i LOU/LUK ska då inte tillämpas.⁹

Utgångspunkten enligt kommissionen torde såldes vara att IPI-förordningen är tillämplig på upphandlingar enligt Cabotageförordningen oavsett om det är i form av tjänstekontrakt eller tjänstekoncession eftersom Cabotageförordningen inte är undantagen ifrån direktiven.

Sverige har valt att göra EU:s kollektivtrafikförordning tillämplig även vid upphandling enligt Cabotageförordningen.¹⁰ Det får dock inte påverka tillämpningen av Cabotageförordningen. Beträffande upphandlingar av sjötransport som inbegriper både passagerare och gods anser Europeiska kommissionen att EU:s kollektivtrafikförordning inte alls kan tillämpas.

Beroende på hur formuleringen ”utan att det påverkar tillämpningen av Cabotageförordningen” ska tolkas kan det vara tveksamt om medlemsstaterna, genom att göra EU:s kollektivtrafikförordning tillämplig, kan undanta även upphandlingar enligt Cabotageförordningen från regleringen i IPI-förordningen. Särskilt i de fall där kommissionen anser att det inte ens är möjligt att tillämpa EU:s kollektivtrafikförordning såsom vid upphandling av sjötransport som inbegriper både gods och passagerare.

Även om kommissionen ska specificera tillämpningsområdet för IPI-åtgärden, artikel 8.6 IPI-förordningen, och anbudsgivaren är begränsad till rederier och järnvägsföretag inom unionen och EES i dessa fall, bör det utredas närmare så att inte Sverige har en reglering som står i konflikt med IPI-förordningen. Det är även önskvärt för att undvika osäkerhet och onödiga domstolsprövningar genom att det i kollektivtrafiklagen är tydligt huruvida IPI-förordningen och IPI-åtgärder är tillämplig.

⁸ Är den reglering som Trafikverket har att följa t.ex. vid upphandling av linjesjöfarten till Gotland.

⁹ Se MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN om tolkning av rådets förordning (EEG) nr 3577/92 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (cabotage) COM/2014/0232 final).

¹⁰ 1 kap. 1 a i kollektivtrafiklagen.

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

5 kap. 4 § kollektivtrafiklagen

Det saknas behov av hänvisning till 17 kap. 1 § LUK. Förslaget att det i 5 kap. 4 § kollektivtrafiklagen endast ska hänvisas till 17 kap. 2-5 och 15 §§ LUK, tillstyrks därför. Det skapar dessutom tydlighet.

Övrigt

IPI-förordningen är ett sätt för EU att komma tillrätta med tillträdet till tredje länders marknader där avtal saknas. Förordningen kan ses som ett komplement till den möjlighet som finns i upphandlingsdirektiven att, under vissa förutsättningar, utesluta leverantörer från tredje länder. I utredningen saknas det trots detta en analys av behov av förändring av svensk lagstiftning med tanke på att Sverige hittills har valt att inte utnyttja den möjligheten.

EU har inom ramen för flera internationella avtal (t.ex. avtalet om offentlig upphandling och bilaterala frihandelsavtal med kapitel om offentlig upphandling, WTO-avtalet) åtagit sig att bevilja tillträde till sin marknad för offentlig upphandling för vissa byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i flera tredjeländer. I direktiven om offentlig upphandling föreskrivs således att offentliga upphandlare i EU ska 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 EU, i den mån de omfattas av dessa avtal.¹¹

Utöver denna skyldighet för offentliga upphandlare i EU har ekonomiska aktörer från tredjeländer, som inte har något avtal om öppnande av EU:s upphandlingsmarknad eller vars varor, tjänster och byggtreprenader inte omfattas av något sådant avtal, inte tillgång till upphandlingsförfaranden i EU och får uteslutas.¹²

Det är således möjligt enligt direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU att utesluta anbudsgivare från tredje länder som inte har något avtal om öppnande av unionens upphandlingsmarknad, eller vars varor, tjänster och byggtreprenader inte omfattas av ett sådant avtal.¹³ Sverige har dock i den nationella lagstiftningen LOU/LUF/LUK valt att inte uttryckligen möjliggöra uteslutning av anbudsgivare från tredje länder på denna grund (annat än för varor jfr 18 kap. 1- 3 §§ LUF genom möjlighet att förkasta anbud).

Det handlar inte bara om att säkerställa konkurrensförhållanden på den inre marknaden utan också om arbetsmiljöförhållanden, produktsäkerhet, miljöhänsyn

¹¹Se till exempel artikel 25 i direktiv 2014/24/EU och artikel 43 i direktiv 2014/25/EU i detta avseende / WTO-avtalet enligt den nuvarande lydelsen motsvarar de berörda bilagor som nämns i artikel 25 nu bilagorna 1, 2, 4, 5, 6 och 7.

¹²Sidan 8 i Europeiska kommissionens Vägledning om tillträde för anbudsgivare och varor från tredjeländer till EU:s upphandlingsmarknad [Vägledning om tillträde för anbudsgivare och varor från tredjeländer till EU:s upphandlingsmarknad \(europa.eu\)](https://europa.eu)

¹³Ingress punkt 10 IPI-förordningen.

Ärendenummer
TRV 2024/6147
Motpartens ärendenummer
Fi2024/00067

Dokumentdatum
2024-04-03

etcetera. Det förändrade omvärldsläget är även det en aspekt som bör beaktas när det gäller från vilka länder leverantörer och varor är acceptabla.

Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter i Sverige bör ha tillgång till de verktyg som EU tillhandahåller och som möjliggör uteslutning av ekonomiska aktörer från tredje länder när det är motiverat. Det bör därför tillsättas en utredning och tas fram förslag på implementering av dessa möjligheter i nationell rätt, LOU, LUF och LUK.

Beslut och samråd

Beslut i detta ärende har fattats av generaldirektör Roberto Maiorana. Föredragande har varit verksjurist Annica Bengtsson, Juridik och planprövning. Samråd har skett med Susanne Hjelm, nationell planerare, Avtal och finansiering, Cecilia Thornström, kvalificerad inköpare, Inköp och logistik samt med verksjurist Helena Kers, Juridik och planprövning. I den slutliga handläggningen har chefsjurist Jennie Magnusson, Juridik och planprövning deltagit.

Roberto Maiorana
Generaldirektör

Annica Bengtsson
Verksjurist

annica.bengtsson@trafikverket.se
Direkt: +46 (0)10 123 63 48
Mobil: +46 (0)72 566 80 33

Trafikverket

Adress: 781 89 Borlänge
Besöksadress: Röda vägen 1
Telefon: 0771-921 921
trafikverket.se

Dokumentegenskaper, Ärendenummer TRV 2024/6147, Motpartens ärendenummer Fi2024/00067, Dokumentdatum 2024-04-03, Dokumenttyp UPPLADDAT DOKUMENT. Konfidentialitetsnivå.1 Ej känslig

Ovanstående textfält är endast avsett att läsas digitalt och får ej tas bort. Det innehåller uppgifter från sidhuvudet och gör att dokumentets egenskaper blir tillgängliga enligt Lag (2018:1937) om tillgänglighet till digital offentlig service.

Trafikverket
781 89 Borlänge
Besöksadress: Röda vägen 1

Texttelefon: 010-123 50 50
Telefon: 0771 - 921 921
trafikverket@trafikverket.se
www.trafikverket.se

Annica Bengtsson
Juridik- och planprövning
Direkt: 010-123 63 48
Mobil: 072-566 80 33
annica.bengtsson@trafikverket.se