

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

Klimat- och näringslivsdepartementet  
kn.remissvar@regeringskansliet.se

Kopia till:  
Diariet  
GD-sekreterare  
Webb-och projektstöd  
kn.mk@regeringskansliet.se

## Svar på remiss gällande PM Nya bestämmelser i anslutning till konkurrensregelverket

Trafikverkets remissvar är begränsat till de delar av förslaget som rör Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2560 av den 14 december 2022 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden (härefter FSR-förordningen). Detta då övriga delar av förslaget inte direkt berör Trafikverket.

Trafikverket avstyrker förslaget kring kompletterande nationell lagstiftning avseende FSR-förordningen. Detta eftersom förslaget i dess nuvarande form leder till onödigt ökad administration och därmed även förhöjda kostnader. Inte enbart för samtliga upphandlande myndigheter och enheter utan även för förvaltningsdomstolarna. Därutöver riskerar förslaget att leda till ökade samhällsekonomiska kostnader då t.ex. viktiga infrastruktursatsningar och andra stora inköp försenas.

Det saknas förslag på sekretessreglering. Detta leder sannolikt till att Sverige inte kommer leva upp till det krav på skydd, för den insamlade informationen, som medlemsstaten har att säkerställa enligt FSR-förordningen.

Under *Detaljerade kommentarer* nedan redovisas kommentarer till utredarens slutsatser i avsnitt 5.5 avseende sekretess för inhämtad information. Beträffande 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) så redovisas kommentar utifrån kapitel och paragraf i förslaget till lagändring.

Det saknas i utredningen analys kring hur upphandlingar enligt EU:s kollektivtrafikförordning och Cabotageförordningen ska förhållas sig till FSR-förordningen, se närmare under *Upphandling enligt EU:s kollektivtrafikförordning och/eller Cabotageförordningen*.

### Detaljerade kommentarer

#### Informationsutbyte och sekretess, avsnitt 5.5

Förslaget uppfyller inte Sveriges skyldigheter enligt FSR-förordningen

Trafikverket anser att offentlighets- och sekretesslagen (OSL), bör kompletteras med en bestämmelse som säkerställer absolut sekretess för det material som enbart samlas in från anbudsgivarna pga. FSR-förordningen.

Detta med hänsyn till kravet i artikel 43.1 i FSR-förordningen om att informationen endast får användas för det ändamål för vilka den samlats in. Trafikverket delar inte utredarens bedömning att gällande nationell rätt

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

ger det sekretesskydd som medlemsstaterna har att säkerställa enligt FSR-förordningen. Detta eftersom att sekretessen, efter tilldelnings- eller avbrytandebeslut, inte är absolut utan föremål för prövning, vilket inte medges i FSR-förordningen.<sup>1</sup> Det är även tveksamt om all information som inhämtas skulle omfattas av sekretess enligt den nationella regleringen.

Beträffande samtycke så är Trafikverkets erfarenhet att anbudsgivarna anger att informationen i anbudet är känslig för deras affärs- och driftsförhållanden och därför regelmässigt anser att anbudet i stora delar bör omfattas av sekretess. Trafikverket bedömer det därför inte som sannolikt att anbudsgivarna kommer ge sitt samtycke, särskilt med tanke på vilken typ av information som ska lämnas enligt kraven i FSR-förordningen. Det är typiskt sett sådan information som en anbudsgivare kommer att betrakta som känslig. Det faktum att anbudsgivarna anser att informationen är känslig är inte detsamma som att det faktiskt finns en sekretessbestämmelse som ger dem det skyddet vid en prövning av om en allmän handling ska lämnas ut.

### Ökade kostnader och administration

En absolut sekretess är tids- och kostnadsbesparande eftersom handläggaren inte närmare behöver pröva om informationen i allmänna handlingar uppfyller villkoren i OSL för att omfattas av sekretess eller inte.

Sekretessprövning av allmänna handlingar är ett omfattande och tidskrävande arbete i samband med upphandlingar. Detta då anbudsgivarna regelmässigt efter tilldelningsbeslut begär ut varandras anbud. Mot bakgrund av kraven på information som ska lämnas enligt FSR-förordning och att det avser tre år tillbaka i tiden kommer en sekretessprövning att bli tidskrävande. Även om man som utredaren gör tolkningen att den nationella regleringen uppfyller kraven i FSR-förordningen så bör man ha en nationell reglering som inte i onödan blir tids- och kostnadsdrivande.

Utöver ökad arbetsbelastning för den upphandlande myndigheten så leder det även till ökad belastning på förvaltningsdomstolarna som har att pröva överklaganden, såväl i form av överprövningar av upphandling som överklagade myndighetsbeslut avseende utlämnande av allmän handling.

Då informationen begärs in enbart för att prövas av Europeiska kommissionen torde det saknas skäl att behålla en prövning med hänsyn till offentlighetsprincipen.

## Förslag till lagändring i avsnitt 1.5, 1.6 och 1.7

### 1 kap. 3a i LOU/LUF/LUK

Förslaget till bestämmelse bör i första hand strykas. FSR-förordningen är inte en del av upphandlingslagstiftningen.

FSR-förordningen är inte en del av upphandlingslagstiftningen utan en specialreglering inom statsstödsområdet som syftar till att förhindra att utländska subventioner snedvrider marknaden genom Europeiska kommissionens granskning. Detta genom en anmälningsplikt för anbudsgivare och en administrativ styrning av hur medlemsstaterna ska samla in informationen till Europeiska kommissionen. Detta är något annat än den reglering som finns i upphandlingslagstiftningen, avseende onormalt låga anbud

<sup>1</sup> Råder absolut sekretess innan tilldelning eller avbrytande, 19:3 OSL. Därefter prövning och endast sekretess om skadar Trafikverket, 19:3 OSL, eller leverantören, 31:16 OSL.

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

och statligt stöd, som innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att pröva och vidta vissa åtgärder om den upphandlande myndigheten anser att ett anbud är onormalt lågt<sup>2</sup>, se närmare under *Överprövning 20 kap. 6 § i LOU/LUF samt 16 kap. 6 LUK*.

Dessutom kan förslaget till bestämmelsen även ifrågasättas rent lagstiftningstekniskt. En upphandlande myndighet har mängder av författningar att ta hänsyn till och typiskt sett upplyses inte, i LOU/LUF/LUK, om vilka författningar som en upphandlande myndighet har att ta hänsyn till vid en upphandling. Utgångspunkten är således att den upphandlande myndigheten har ett eget ansvar att avgöra och säkerställa förenlighet med de författningar som den bedömer berör aktuell upphandling. I LOU/LUF/LUK finns inte heller upplysning om övriga statstödsrättsliga regleringar som en upphandlande myndighet kan komma att behöva ta hänsyn till vid en upphandling.

För det fall man trots allt finner det motiverat ha en upplysningsbestämmelse i LOU/LUF/LUK så bör den få en annan placering eftersom FSR-förordningen inte är en lag om upphandling, jfr utredarens förslag *Andra lagar om upphandling*.

En upplysningsbestämmelse bör vara begränsad till att enbart informera om att regleringen finns, se förslag nedan. I kommentaren till bestämmelsen och om nödvändigt direkt i LOU/LUF/LUK bör tydliggöras att det endast är en upplysningsparagraf och inte kan prövas enligt regleringen i LOU/LUF/LUK (överprövning, skadeståndstalan, eller sanktionsavgift). Detta för att inte undvika tidskrävande och kostnadsdrivande processer i domstol för den upphandlande myndigheten.

Förslag

### ***Förordning om utländska subventioner***

*29 § I Bestämmelser om en offentlig upphandling finns även i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2560 av den 14 december 2022 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden finns bestämmelser som en upphandlande myndighet har att följa.*

### **Överprövning 20 kap. 6 § i LOU/LUF samt 16 kap. 6 LUK**

Förslag till ändring bör strykas. FSR-förordningen innehåller inte något krav på att medlemsstaterna ska införa en möjlighet till överprövning.

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (härefter rättsmedelsdirektivet), är inte tillämpligt. Rättsmedelsdirektivet gäller bara överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling. I artikel 1 i rättsmedelsdirektivet finns en uttömmande uppräkningslista av vilken unionslagstiftning om offentlig upphandling som avses.<sup>3</sup> FSR-förordningen finns inte med i den uppräkningslistan och är inte reglerad i de direktiv som räknas upp utan är en separat reglering i förordning.<sup>4</sup> Det följer således direkt av artikel 1 i rättsmedelsdirektivet att FSR-förordningen inte omfattas av

<sup>2</sup>Jfr tex 16 kap. 7 § p.5 och 8 § i LOU.

<sup>3</sup> Direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/23/EU.

<sup>4</sup>Utöver att FSR-förordningen inte finns med i uppräkningslistan så är den inte heller en del av unionens upphandlingslagstiftning.

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

kraven i rättsmedelsdirektivet.<sup>5</sup> Något krav enligt unionsrätten på att införa en möjlighet till överprövning i LOU/LUF/LUK enligt rättsmedelsdirektivet finns således inte.

Någon rätt till domstolsprövning kan således inte utläsas ur varken FSR-förordningen eller rättsmedelsdirektivet. En sådan rätt kan förvisso följa av EU-rättens allmänna rättsprinciper. I EU-rättens allmänna rättsprinciper finns dock inget krav på i vilken domstol eller i vilken processform ett anspråk ska kunna göras gällande. Det finns således inget krav enligt EU-rättens allmänna rättsprinciper på att en medlemsstats överträdelse av FSR-förordningen ska kunna prövas i allmän förvaltningsdomstol på det sätt som nu föreslås. Enligt EU-rätten är det således i första hand en nationell fråga för medlemsstaten hur den väljer att säkerställa rätten till effektivt rättsmedel. Det torde vara tillräckligt att samma skydd/möjligheter ges som vid överträdelse av nationell rätt.

Kraven i FSR-förordningen är i första och främst en anmälningsskyldighet för anbudsgivare och ett sätt för Europeiska kommissionen att styra hur medlemsstaterna, via de upphandlande myndigheterna, ska samla in den information som Europeiska kommissionen behöver för att genomföra sin granskning. Det är inte en prövning av anbuden eller ett självständigt beslut av den upphandlande myndigheten inom ramen för upphandlingsförfarandet. Hur den upphandlande myndigheten ska förfara följer direkt av FSR-förordningen. Den upphandlande myndigheten har att följa Europeiska kommissionens beslut om att anbud ska förkastas.

Den anbudsgivare som är missnöjd med Europeiska kommissionens beslut kan få det prövat av Europeiska unionens domstol. För det fall myndigheten begår något misstag som orsakar anbudsgivaren skada (t.ex. inte följer/avvaktar Europeiska kommissionens beslut eller helt missar att tillämpa regleringen i FSR-förordningen) så kan en anbudsgivare tillvarata sin rätt genom att föra skadeståndstalan mot den upphandlande myndigheten i allmän domstol. Allmän förvaltningsdomstol kan inte härleda någon behörighet ur FSR-förordningen men det är inte närmare utrett om det trots detta finns möjlighet att få myndighetens hantering prövad av allmän förvaltningsdomstol.

Då det inte finns något krav enligt unionsrätten på medlemsstaterna att införa en möjlighet till överprövning inom ramen för upphandlingsregleringen, LOU/LUF/LUK, så det torde saknas skäl att införa en särskild reglering för prövning av en myndighets överträdelser av FSR-förordningen. Eventuell talan av anbudsgivare gentemot myndigheten bör istället följa ordinarie möjligheter till domstolsprövning enligt nationell rätt. Det kan även noteras att Europeiska kommissionen har möjlighet att föra en fördragsbrotttstalan.

### Ökade kostnader och försening av viktiga infrastruktursatsningar

Då överprövningar är både tidskrävande och kostnadsdrivande för de upphandlande myndigheterna bör inte en möjlighet till överprövning enligt LOU/LUF/LUK införas i onödan. Utgångspunkten är att FSR-förordningen bara gäller för upphandlingar över 250 miljoner euro. För Trafikverkets del kommer FSR-förordningen därför typiskt sett att aktualiseras i mera omfattande infrastrukturprojekt.

---

<sup>5</sup> Se 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 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

Det är inte bara själva processen i domstol som kostar tid och pengar utan det finns även stora samhällsekonomiska kostnader i att viktiga infrastruktursatsningar försenas. En överprövning i flera rättsinstanser kan dra ut avsevärt på tiden och under den tiden kan domstolen bestämma att avtal inte får ingås eller att ett ingånget avtal inte får tas i bruk. Det skulle även kunna leda till att domstolen anser att upphandlingen ska göras om. Förslaget att ge anbudsgivarna möjlighet att inom ramen för regleringen i LOU/LUF/LUK klaga på en myndighetshandling av FSR-förordningen har således negativa konsekvenser både vad gäller kostnader och att inom utsatt tid genomföra viktiga samhällsprojekt.

## Upphandling enligt EU:s kollektivtrafikförordning och/eller Cabotageförordningen

### EU:s kollektivtrafikförordning

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) är avseende tjänstekoncessioner undantagen från direktiv 2014/23 (om tilldelning av koncessioner).<sup>6</sup> 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 FSR-förordningen vid dessa upphandlingar.<sup>7</sup> 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) tillämplig. Det faktum att Sverige gjort vissa bestämmelser i LUK tillämplig bör inte innebära att FSR-förordningen ska tillämpas utöver det tänkta tillämpningsområdet. Detta eftersom förfarandet (tjänstekoncessioner reglerade av EU:s kollektivtrafikförordning) enligt unionsrätten är undantaget.

För att undvika osäkerhet och onödiga domstolsprövningar bör det tydliggöras att FSR-förordningen inte är tillämplig.

### Cabotageförordningen

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.<sup>8</sup> Upphandlingar enligt Cabotageförordningen är inte tydligt undantagna från LOU/LUK och Europeiska kommissionens uppfattning

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

<sup>7</sup> FSR-förordningen gäller bara vissa upphandlingar och enbart sådan som omfattas av upphandlingsdirektiven, se artikel 2 p. 3 och artikel 28 i FSR-förordningen.

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

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

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.<sup>9</sup>

Utgångspunkten torde såldes vara att FSR-förordningen är tillämplig på upphandlingar enligt Cabotageförordningen oavsett om det är form av tjänstekontrakt eller tjänstekoncession (förutsatt att övriga villkor i artikel 28 FSR-förordningen är uppfyllt).

Sverige har valt att göra EU:s kollektivtrafikförordning tillämplig även vid upphandling enligt Cabotageförordningen.<sup>10</sup> 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 FSR-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.

Det bör såldes utredas närmare så att inte Sverige har en reglering som står i konflikt med FSR-förordningen. För det fall FSR-förordningen ska tillämpas vid upphandling av tjänstekoncessioner och tjänstekontrakt enligt Cabotageförordningen kan det utifrån dagens reglering i kollektivtrafiklagen behövas en ändring för att tydliggöra detta.

## Beslut och samråd

Beslut i detta ärende har fattats av generaldirektör Roberto Maiorana. Föredragande har varit verksjurist Helena Kers, Juridik och planprovning. Samråd har skett med inköpsstrateg Camilla Ahston, Inköp och logistik samt Carl-Henrik Chalfen, Informations- och kommunikationsteknik. I den slutliga handläggningen har tf. chefsjurist Jennie Magnusson, Juridik och planprovning deltagit.

Roberto Maiorana  
Generaldirektör

---

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 1 kap. 1 a i kollektivtrafiklagen.

Ärendenummer  
TRV 2023/87941  
Motpartens ärendenummer  
KN2023/03687

Dokumentdatum  
2023-11-13

Konfidentialitetsnivå  
Ej känslig

Helena Kers  
Verksjurist

helena.kers@trafikverket.se  
Direkt: +46 (0)10 46 20 49  
Mobil: +46 (0)72 204 89 12

**Trafikverket**

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

Dokumentegenskaper, Ärendenummer TRV 2023/87941, Motpartens ärendenummer KN2023/03687, Dokumentdatum 2023-11-13, Dokumenttyp UPPLADDAT DOKUMENT.

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.