



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sam Lincoln

Avvägningen mellan nationell säkerhet och upphandlingsprinciperna

*En undersökning av möjligheten att utesluta leverantörer i upphandling inom
försörjningssektorerna, med hänsyn till nationell säkerhet.*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: VT 2022

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 4 |
| 1.1 Introduktion | 4 |
| 1.2 Syfte | 5 |
| 1.3 Frågeställning | 5 |
| 1.4 Metod och material | 5 |
| 1.5 Avgränsningar | 6 |
| 1.6 Disposition | 6 |
| 2 UPPHANDLING I SVERIGE | 8 |
| 2.1 Att behöva upphandla | 8 |
| 2.2 Kort om Säkerhetsskyddslagen | 8 |
| 2.3 Tillämpning av LUF | 9 |
| 2.4 Principer för upphandling via LUF | 10 |
| 2.4.1 Likabehandlingsprincipen | 11 |
| 2.4.2 Icke-diskrimineringsprincipen | 11 |
| 2.4.3 Proportionalitetsprincipen | 12 |
| 2.5 Uteslutning av leverantörer enligt LUF | 13 |
| 3 EU REGLERING | 15 |
| 3.1 Säkerhet och allmän ordning i EU | 15 |
| 3.2 Direktiv 2014/25/EU | 16 |
| 3.2.1 WTO-avtalet | 18 |
| 3.3 Praxis svenskt vidkommande. | 19 |
| 4 ANALYS | 22 |
| 5 SLUTSATS | 24 |

| | |
|--|-----------|
| KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 25 |
| RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 28 |

Summary

Entities operation in sectors related to water, energy, transport and postal services and some forms of natural resource extraction need to go through a procurement-process when they need to procure services, wares, and construction contracts. In Swedish law this procurement-process is regulated by LUF. Private as well as government entities are both required to abide by LUF, even if the rules somewhat differ between them.

The purpose for this paper is to examine the possibilities for procuring entities to exclude certain actors from the procurement-process because of concerns for national security. Entities operation in above mentioned sectors can be classified as being of importance to Swedish security interests, because of the important infrastructure they provide. It is therefor of interest to examine how they are protected by the Swedish procurement-process.

In LUF: s 14th chapter its stated that procuring entities are allowed to base their grounds for exclusion as they see fit, as long as the grounds are objective and reasonable. The ground for exclusion is also not allowed to break any of the principles that procurement is built upon. The principles most relevant for this paper are the principle of equal treatment of actors, the principle of non-discrimination and the principle of proportionality.

There is not much room for exceptions from these principles even if member states to the European union have some room for discretion. If a ground for exclusion goes against any of the principles it can still be considered legal if any of the exceptions in article 36 or 52 FEUF are applicable. These exceptions are however only acceptable when necessary and must be used in a proportionate manor.

Due to a lack of case law on this subject case: 24231-20, 2378-21, PTS v. Huawei, will be brought up. This is because the court discussed the weight that national security holds when it comes to discriminating against foreign actors. In this case the court finds that it is okey to deny a Huawei a license for 5G-towers in Sweden, due to Huawei's connections to the Chinese government. This is because China has national legislation that makes it possible for Huawei to become a threat in the future, *not* because Huawei's products as of today were harmful to Swedish security interests.

The same logic can in my opinion not be applied in the context of procurement, the possible for procuring-entities to exclude all actors from certain countries is a very liberal interpretation of the principles on which procurement is built.

However LUF:s 13th chapter 4§ 3p opens up the possibility for procuring-entities to exclude certain actors, when it can be proved that their involvement would jeopardize Swedish security.

Sammanfattning

Försörjningssektorn innefattar verksamheter som är verksamma inom områden som el, energi, vatten, posttjänster, viss mineralutvinning etcetera. När dessa verksamheter behöver införskaffa tjänster, varor och byggtreprenader, måste de göra det via ett upphandlingsförfarande, detta förfarande regleras i LUF. Detta gäller privata såväl som offentliga verksamhetsutövare.

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur och om verksamhetsutövare i upphandlingsförfarandet får utesluta leverantörer med hänvisning till nationell säkerhet. Eftersom verksamheter inom försörjningssektorn kan klassas som av betydelse för Sveriges säkerhet, på grund av den viktiga infrastruktur den erbjuder, är det viktigt att se hur denna kan skyddas ifrån otillbörlig påverkan från utlandet.

I LUF:s 14 kap så framgår det att upphandlande enheter får utesluta leverantörer på de grunder de finner lämpliga, så länge grunderna är sakliga och objektiva. För att uteslutningen ska vara ok så får heller inte grunden bakom uteslutningen bryta mot upphandlingsprinciperna. Upphandlingsprinciperna som är mest relevanta för denna uppsats är likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen. Det finns inte så mycket undantag till principerna även om EU-medlemsstater har ett visst utrymme för diskretion. Även om en uteslutningsgrund skulle bryta mot en upphandlingsprincip så kan godkännas utifrån bland annat artiklarna 36 och 52 i FEUF. Undantagen ska dock vara proportionerliga och får endast användas väldigt restriktivt.

I brist på praxis på området så har mål: 24231-20, 2378-21, PTS v. Huawei, lyfts fram som en jämförelse då målet behandlar nationell säkerhet. I målet kommer förvaltningsrätten fram till att det är ok att neka Huawei ett tillstånd för 5G-master på grund av Huawei's kopplingar till kinesiska staten. Detta för att Kina har nationell lagstiftning som *kan* vara skadlig för Sverige. Förvaltningsrättens bedömning grundas på att Huawei teoretiskt kan skada Sverige i framtiden, och *inte* på att Huawei's produkter idag är ett säkerhetsshot.

Ett liknande synsätt i en upphandlingskontext, där det blir möjligt att helgradera sig mot vissa länder på grund teoretiska tillämpningar av dennes nationella lagstiftning, är i min mening en för liberal tolkning av upphandlingsprinciperna. I LUF:s 13 kap 4§ 3p framgår det dock att *enskilda* leverantörer som gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen får uteslutas. Allt som påverkar förtroendet för en leverantör kan här räknas in, men det måste ske en helhetsbedömning. Om en upphandlande enhet kan bevisa att en leverantör gjort sig skyldig till aktivitet som hotar Sveriges säkerhet så bör denna kunna uteslutas.

Förkortningar

| | |
|--|------|
| Fördraget om Europeiska unionen | FEU |
| Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt | FEUF |
| Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet | LUFS |
| Lag (2016:1145) om offentlig upphandling | LOU |
| Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna | LUF |
| Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner | LUK |
| Post- och Telestyrelsen | PTS |
| Totalförsvarets Forskningsinstitut | FOI |
| Världshandelsorganisationen | WTO |

1 Inledning

1.1 Introduktion

I februari 2022 vann det kinesiska företaget Nuctech en upphandling från det statligt ägda Swedavia, som innebar att Nuctech ska leverera säkerhetsutrustning som röntgengenomlysning och ett nytt säkerhetssystem till Arlanda flygplats.¹ Nuctech har kopplats till den kinesiska staten och är svartlistat från att vara verksam i USA på grund av statliga säkerhetsrisker. I Europa är dock Nuctech verksam och har installerat sin säkerhetsutrustning i 26 EU länder.²

I en intervju med Expressen säger chefen för strategiska inköp på Swedavia, Annika Balazs, ”De [Nuctech] vann för att de lämnade bästa anbudet helt enkelt”. När hon förtydligar vad hon menar med bästa anbudet så menar hon ”Kvalitet och pris”.³ Nuctech verkar även lägga anbud som är 30–50% billigare än deras konkurrenter, tack vare statliga subventioner.⁴

Upphandlingen har väckt debatt i riksdagen där Åsa Coenraads (M), Markus Wiechel (SD) och Johan Pehrson (L) ställt frågor till Justitieminister Morgan Johansson (S) och Anders Ygeman (S). Frågorna är: om regeringen kommer agera för att utländska makter ska få kontrollera säkerheten på Arlanda? Vilka åtgärder ska tilltas för att förhindra att utländska makter som kan utgöra säkerhetsrisker inte ska få hantera känslig information eller verksamhet? Hur man ska se till att känslig information inte läcker ut till främmande makter?

Morgan Johansson har besvarat alla frågor likadant. Han påpekar att den 1 december 2021 gjordes skärpningar av säkerhetsskyddslagen och att aktörer som bedriver verksamhet med betydelse för Sveriges säkerhet måste göra en lämplighetsbedömning. Tillsynsmyndigheter har även fått ökad befogenhet och får neka vissa förfarande om de anses olämpliga, samt får de nu vitesförelägga och sanktionera om regelverket inte följs. Han avslutar med att Transportstyrelsen i detta fall är tillsynsmyndighet och att de har inlett ett tillsynsärende på grund av den aktuella upphandlingen.⁵

Transportstyrelsen har i skrivande stund inte avslutat sitt ärende. Swedavias upphandling, oavsett om den hanterats materiellt rätt eller fel enligt gällande rätt, väcker dock frågan om företag med kopplingar utanför EU får eller bör uteslutas från känsliga upphandlingar om infrastruktur med tanke på den nationella säkerheten, och i så fall när?

¹ Johan Wicklén, SVT, Kinesiskt bolag ska sköta säkerhetskontroll på Arlanda, 2022-02-15.

² Erika Kinetz, AP, Security scanners across Europe, 2022-01-20.

³ Johan Granlund, Bolaget knyts till Kinas militär -, 2022-02-15.

⁴ Erika Kinetz, AP, Security scanners across Europe, 2022-01-20.

⁵ Svar på skriftlig fråga 2021/22:1097.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att först ge läsaren en förståelse för de principer och regelverk som styr upphandlingar kopplade till infrastruktur i Sverige, för att sedan utreda hur nationell säkerhet kan påverka upphandlingsförfarandet. Den möjliga påverkan som utreds kommer att vara möjligheten att utesluta leverantörer som kan anses medföra en fara för nationell säkerhet om de får delta i upphandlingen. Om uteslutning är möjlig kommer det utredas vad som krävs för att tillåtas utesluta, detta för att ge läsaren en grundlig inblick i vilka aspekter som styr hanteringen av upphandlingar kopplade till infrastruktur i Sverige.

1.3 Frågeställning

För att uppnå syftet med uppsatsen ska följande frågeställning besvaras: *Under vilka omständigheter och till vilken utsträckning kan företag från länder utanför EU uteslutas från offentliga upphandlingar som berör infrastruktur, med hänvisning till nationell säkerhet?*

1.4 Metod och material

Uppsatsen använder sig av den rättsdogmatiska metoden för att utreda och klargöra vilken roll aspekten *nationell säkerhet* spelar i upphandlingar inom försörjningssektorn. Fokuset för rättsdogmatiken är att utreda vad som är gällande rätt men metoden kan även användas för att föra fram både kritik och förslag på förbättring av rättsläget.⁶

Ett av rättsdogmatikens mål är att framställa rättsordningen som ett enhetligt nätverk av huvudregler och undantag för att få fram rättsområdes yttre struktur.⁷ Metoden kan även beskrivas som en rekonstruktion av rättssystemet.⁸

Rättsdogmatiken kan få en olyckligkoppling till bristande öppenhet och flexibilitet på grund av termen *dogmatisk*, rättsdogmatiken måste dock inte vara dogmatisk till sin karaktär. Syftet är endast att analysera olika element i rättskällevärdet för att spegla innehållet i gällande rätt.⁹ Elementen i rättskällevärdet som analyseras är lagar, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin. Där lagar och rättspraxis tillmäts formell auktoritet och lagförarbeten och doktrin tillmäts en lägre auktoritet, lagförarbeten anses

⁶ Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', s. 24.

⁷ Aleksander Peczenik 'Juridikens allmänna läror' SvJT 2005 s.249 f.

⁸ Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', SvJT 2004 s. 1, s. 4.

⁹ Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', s. 26.

dock ofta inneha ett högre mått av auktoritet än doktrin.¹⁰ Analysen kommer grundas med detta i åtanke.

Eftersom infrastruktur är ett brett begrepp och kan anses falla under olika regelverk beroende på vilken sorts infrastruktur som menas kommer uppsatsen att på grund av tidsbrist fokusera på infrastrukturen som regleras av Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). LUF behandlar upphandling kring ett brett urval av område kopplade till infrastruktur, att avgränsa uppsatsen till LUF:s användningsområde ger därför läsaren en djupdykning i välbekant och generell infrastruktur.

Eftersom LUF är baserat på ett EU-direktiv 2014/25/EU kommer EU-rätten få en framträdande roll i uppsatsen. Rättskällorna i EU-rätten är främst lagtext, i form av direktiv och förordningar, praxis från EU-domstolen och EU:s allmänna rättsprinciper, samt eventuella förarbeten.¹¹ EU-rättsakter har företräde framför svensk lag vid konflikt.¹²

Eftersom LUF härstammar från upphandlingsdirektiven från 2014 så delar den mycket innehåll med andra regelverk om upphandling, vilket gör att information därifrån är vägledande. Mer om det i avsnitt 2.4.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsens fokus är den svenska och EU-rättsliga regleringen av området. Därför kommer inte uppsatsen behandla eventuella internationella avtal inom EES som nämns i 3 kap 6§ LUF.

Uppsatsens frågeställning avser att förtydliga när företag från länder utanför EU kan uteslutas från upphandlingar, och därför kommer ingen vidare vikt läggas vid att klargöra när det är möjligt att utesluta företag från länder utanför EU genom att inte behöva upphandla. Uppsatsen behandlar därför bara när en upphandling måste ske, diskussioner om tröskelvärde eller gråzoner om huruvida upphandling måste ske eller inte kommer därför inte ges något utrymme.

Fokus för denna uppsats kommer vara företag utan filial i en EU-medlemsstat.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds i avsnitt 2 med en översiktlig förklaring av vad upphandling är. Sedan redogörs det för hur infrastruktur kan klassas som betydande för Sveriges säkerhet följt av en genomgång av LUF och upphandlingsprinciperna.

¹⁰ Ibid s.28.

¹¹ Reichel, Jane, EU-rättslig metod, s. 125.

¹² Ibid s. 112.

I avsnitt 3 behandlas relevanta perspektiv från EU-rätten och det redogör för hur säkerhet påverkar vissa EU-rättsliga principer, sen tas direktivet bakom LUF upp samt WTO-avtalets påverkan av EU-rätten upp. Sist i avsnitt 3 tas mål: 24231-20, 2378-21 PTS mot Huawei upp som, i analysen i avsnitt 4 blir jämfört med upphandlingsreglerna för att se om en liknande slutsats är möjliga i en upphandlingskontext.

2 Upphandling i Sverige

2.1 Att behöva upphandla

I Sverige så har vi fyra olika upphandlingslagstiftningar, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner.¹³

Upphandling avser åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt, alla utgifter täcks därför inte av begreppet upphandling. En upphandling kulminerar i att en upphandlande enhet väljer bland leverantörer som lämnat anbud och tilldelar kontrakt till leverantören med det bästa budet.¹⁴

Att behöva genomföra en upphandling betyder kortfattat att en upphandlande enhet, (den som köper in en vara, tjänst eller byggtreprenad), måste på ett öppet och strukturerat sätt gå igenom förbestämda steg, som annonsering, dokumentation, tydliga riktlinjer på vad som ska utföras och vad som krävs för att anses vara en kvalificerad leverantör m.m. På detta sätt kan alla som anser sig vara kvalificerade leverantörer få möjlighet att ge in sitt anbud och tävla om kontraktet.

Reglerna bakom upphandling har som syfte att säkra den fria rörligheten för varor och tjänster och den fria etableringsrätten, andra leverantörer än just de nationella kan därför även de lämna anbud till en upphandling.¹⁵ Upphandlingslagstiftningen får därför en naturlig koppling till konkurrensrätten, ett reglerat och öppet förfarande vid tilldelning av kontrakt ska leda till att konkurrensen på marknaden ökar. Det finns dock scenarion där upphandling får ske utan att ta hänsyn till konkurrensen.¹⁶ Denna uppsats kommer dock inte lägga något fokus på upphandlingar som kan göras utan hänsyn till konkurrensen, men likväl kan det vara bra att känna till att sådan upphandling existerar.

2.2 Kort om Säkerhetsskyddslagen

Säkerhetsskyddslag (2018:585) är tillämplig för utövare av *säkerhetskänslig verksamhet*, detta innebär att verksamheten på ett eller annat sätt är av betydelse för Sveriges säkerhet.¹⁷ Säkerhetsskydd är termen för skydd av säkerhetskänslig verksamhet mot sabotage, terroristbrott, spioneri och andra

¹³ Konkurrensverket, lagar och regler.

¹⁴ Forsberg, Niclas, Upphandling enligt LOU,LUF,LUK,LUFS, och LOV, s.36.

¹⁵ Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s.27.

¹⁶ Ibid s.38 f.

¹⁷ Säkerhetsskyddslag 1 kap 1§ 1st.

brott som hotar verksamheten. Skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter är uppgifter som omfattas av offentlighets- och sekretesslagen omfattas också.¹⁸

Att verksamheten klassas som betydande för Sveriges säkerhet innebär att den anses ha en grundläggande betydelse för Sverige. Detta kan vara både militär som civil verksamhet, det viktiga är att bedömningen av vilka verksamheter som har betydelse för upprätthållandet av Sveriges säkerhet ska ses i ljuset av samhällsutvecklingen, läget är därför konstant föränderligt. Förr låg fokuset på Försvarsmaktens verksamhet, då militärt angrepp ansågs vara den största faran för Sverige, nu är dock hotbilden mer nyanserad och komplex. Civil infrastruktur såsom flygplatser, energianläggningar och förmedlingsstationer för telekommunikation kan därför idag anses viktig för upprätthållandet av Sveriges säkerhet.¹⁹

Om någon bedriver säkerhetskänslig verksamhet behöver denna utreda behovet av säkerhetsskydd. Utredningen ska analysera och planera de säkerhetsskyddsåtgärder som behövs för att tillgodose säkerheten på verksamheten som denne bedriver. Målet är att säkerhetsskyddsåtgärderna, så långt som möjligt, ska utformas att de inte medför olägenhet eller skada för allmänna eller enskilda intresse.²⁰ Verksamhetsutövaren ska också anmäla till tillsynsmyndighet att denna bedriver säkerhetskänslig verksamhet.²¹

Säkerhetsskyddslagen behandlar även upphandling när ett upphandlingsförfarande kan leda till att en aktör kan få tillgång till säkerhetsskyddsklassade uppgifter eller till annan säkerhetskänslig verksamhet av motsvarande betydelse för Sveriges säkerhet. I dessa fall så måste den upphandlande enheten ingå ett säkerhetsskyddsavtal med aktören.²² Ett säkerhetsskyddsavtal innebär att krav sätts på aktören som resulterar i att säkerhetsskyddet enligt 2 kap 1§ fortfarande upprätthålls, säkerhetsskyddsavtal kan därför se olika ut beroende på vilken verksamhet som bedrivs och den inverkan aktören kommer få i verksamheten.²³

Då infrastruktur mycket väl kan klassas som att vara av betydelse för Sveriges säkerhet är det relevant för uppsatsen att nämna hur säkerhetsskyddslagen och LUF i vissa fall samverkar sinsemellan.

2.3 Tillämpning av LUF

En verksamhet som berör område som vatten, energi, transporter eller posttjänster kan bli upphandlingsskyldig enligt LUF. Detta innebär att

¹⁸ Ibid 1 kap 2§.

¹⁹ Norman, Anette, Säkerhetsskyddslag (2018:585), 1 kap 1 §, Karnov lagkommentar (3), Juno.

²⁰ Säkerhetsskyddslag 2 kap 1§.

²¹ Ibid 2 kap 6§ 1st.

²² Ibid 4kap 1§ 1st.

²³ Ibid 4 kap 3§ 1st.

verksamheten måste följa vissa specifika regler när denna behöver anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader.²⁴ LUF skiljer sig betydligt ifrån LOU i avseendet att LUF inte enbart berör upphandling som utförs av enheter i den offentliga sektorn. En privat enhet kan nämligen även den bli upphandlingskyldig om denna bedriver verksamhet som faller under LUF:s tillämpningsområde.²⁵

LUF är på så sätt verksamhetsstyrd, detta innebär däremot inte att alla upphandlingar en enhet gör ska regleras av LUF, t.ex. om upphandlingen ska göras för annan verksamhet än försörjningsverksamhet. Ett scenario där detta kan inträffa är när en kommun upphandlar tjänster som berör försörjningsverksamheten samtidigt som annan verksamhet, t.ex. telefonitjänst för hela kommunen.²⁶

De verksamheter som blir upphandlingskyldiga är de som omfattas av paragraferna 2 kap 1 -8§§ LUF

- Gas, värme, el och dricksvatten: 2 kap 1§ - 4§ LUF
- Transporttjänster: 2 kap 5§ LUF
- Posttjänst: 2 kap 6§ LUF
- Tillhållande av hamn eller flygplats 2 kap 7§ LUF
- Utvinning av olja och gas samt prospektering eller utvinning av kol eller andra fasta bränslen: 2 kap 8§ LUF

Det bör tilläggas att det finns regler om när LUF inte ska tillämpas alls.²⁷ Dessa är kopplade till väsentliga säkerhetsintresse men kan bara tillämpas när det inte går att uppnå tillräckligt skydd via mindre ingripande åtgärder.²⁸

2.4 Principer för upphandling via LUF

Principerna för upphandling är desamma i LUF, LUK och LOU, varför doktrin och praxis som berör principerna för LOU kan vara vägledande för tolkning av principerna i LUF.²⁹ I en upphandling ska leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, upphandlingen ska genomföras på ett öppet sätt och i enlighet med ömsesidigt erkännande och proportionalitet.³⁰ Alla fem principer som återfinns i 4 kap 1§ LUF härrör från principerna i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, främst etableringsfriheten, fri rörlighet för varor och friheten att tillhandahålla tjänster.³¹

²⁴ LUF 1 kap 2§.

²⁵ Nord, Eskil, LUF (2016:1146), 1 kap 2§, Karnov lagkommentar (1), Juno.

²⁶ Falk, Jan-Erik, s. 62 f.

²⁷ LUF kap 3 2-3§§.

²⁸ Nord, Eskil, LOU (2016:1145) 3 kap 4–5§§, Karnov lagkommentar (37, 38), Juno.

²⁹ Nord, Eskil, LUF (2016:1146), 4 1§ kap 2§, Karnov lagkommentar (83), Juno.

³⁰ LUF 4 kap 1§.

³¹ Forsell, Anna Ulfsson, LOU (2016:1145), 4 kap 1§, avsnitt 2.1, Lexino lag kommentar 2018-03-24, Juno.

Med tanke på uppsatsens frågeställning är principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet är ytterst relevanta för att besvara uppsatsen frågeställning vars utgångspunkt just är när en upphandlande enhet kan undvika att behandla alla leverantörer lika och till vilken utsträckning detta får ske. Därför kommer nu en redogörelse för principerna.

2.4.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen har utvecklats till en av de mest betydelsefulla principerna inom EU-rätten och utgör grunden för upphandling.³² Principen innebär enkelt att lika fall ska behandlas lika, och olika fall ska behandlas olika.³³

Likabehandlingsprincipen innebär att både leverantörer och deras produkter ska behandlas lika, de krav som ställs och de förfarande som en upphandlande myndighet använder måste vara desamma för alla inblandade leverantörerna. Principen medför dock ett visst utrymme för nyans, t.ex. kan ett krav på att uppvisa god ekonomisk status drabba företag olika. Kravet är detsamma för alla leverantörer men det kan vara olika svårt att uppfylla beroende på storleken på företaget, detta anses inte bryta mot likabehandlingsprincipen. Om ett företag får en viss förmån eller möjlighet så ska detta även gälla alla andra leverantörer.³⁴

Principen betyder inte att upphandlande enhet bara får ställa krav som alla leverantörer uppfyller, upphandlande enhet har långtgående befogenhet att bestämma vad denna vill upphandla och ställa krav efter de behoven. Ett exempel på detta är att upphandlande enhet ställer krav efter miljöhänsyn och efterfrågar vissa miljöegenskaper. Gränsen för upphandlande enhets självbestämmande nås när ett krav strider mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster.³⁵

2.4.2 Icke-diskrimineringsprincipen

I svensk doktrin har likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering ofta behandlats som samma princip. EU-domstolen har däremot varit tydligare i sin skildring av principerna, förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet ger särskilt uttryck för principen om likabehandling.³⁶ Alla former av diskriminering omfattas av likabehandlingsprincipen, men diskriminering på grund av nationalitet är en viss typ som fått sin egen förtydligande princip.³⁷

³² Sundstrand, Johanna s. 43 f.

³³ Anna Ulfsdotter Forsell, LOU (2016:1145) 4 kap 1§, avsnitt 2.2, Lexino lagkommentar 24-04-2018, Juno.

³⁴ Falk, Jan-Erik s.109 ff.

³⁵ Anna Ulfsdotter Forsell, LOU (2016:1145) 4 kap 1§, avsnitt 2.2, Lexino lagkommentar 24-04-2018, Juno.

³⁶ Sundstrand Johanna s. 44.

³⁷ Ibid s.45.

Principen förbjuder diskriminering, både direkt och indirekt, på grund av nationalitet. Ett exempel på indirekt diskriminering kan vara ett krav på onödigt korta leveranstider, som i praktiken utesluter en stor del leverantörer. Sakliga krav som ger sken av diskriminering kan oftast godkännas, t.ex. ett krav på att mat till en skolmatsal ska levereras varm.

Ett annat exempel kan vara krav på svensktalande personal, här måste det dock betonas att kravet är *svensktalande* personal och inte *svensk* personal.³⁸ Ett annat godtagbart krav är att kräva att leverantör ska förfoga över en lokal som är öppen för allmänheten, i det område en viss tjänst ska utföras, eftersom detta inte hindrar etableringsfriheten.³⁹

Principen gäller mellan medlemsstaterna i EU, mellan EU och de EFTA-länder som anslutit sig till EES-avtalet och även mellan EU-medlemsstaterna och de länderna som anslutit sig till WTO-avtalet om offentlig upphandling.⁴⁰ WTO-avtalet kommer diskuteras vidare i avsnitt 3.2.1.

2.4.3 Proportionalitetsprincipen

Praxis från EU-domstolen har utformat hur en proportionalitetsbedömning ska utföras. Först ska det prövas om handlingen är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet bakom handlingen. Sen ska det prövas om handlingen varit nödvändig för att uppnå syftet, det ska utredas om det saknats mindre ingripande alternativ. Sist ska det undersökas om den negativa effekten, som drabbar intresset eller rättigheten, till följd av handlingen är oproportionerligt eller överdrivet jämfört med syftet.⁴¹

Viktigt att tillägga är att ett anbud som överträffar syfte till den gräns att det inte längre medför ett mervärde inte får värderas högre än andra anbud som uppfyller syftet med upphandlingen. Nödvändigt för syftet ska tolkas så att om det finns ett mindre ingripande sätt att uppnå syftet, så ska det användas. Hänsyn ska tas till principen under hela upphandlingsprocessen.⁴²

Upphandlande enhet har dock, enligt Tribunalens rättspraxis i T-139/99 utrymme att bestämma vilka faktorer som spelar roll vid utdelningen av kontrakt som uppfyller syftet med upphandlingen. Domstolens roll vid en eventuell prövning är mer fokuserad på att utreda seriösa och bestående fel av upphandlingsprocessen.⁴³

³⁸ Falk, Jan-Erik. S 111.

³⁹ Anna Ulfsdotter Forsell, LOU (2016:1145) 4 kap 1§, avsnitt 2.3 Lexino lagkommentar 24-04-2018, Juno.

⁴⁰ Falk, Jan-Erik. S 111.

⁴¹ Anna Ulfsdotter Forsell, LOU (2016:1145) 4 kap 1§, avsnitt 2.6, Lexino lagkommentar 24-04-2018, Juno.

⁴² Falk, Jan Erik. S. 112 f.

⁴³ T-139/99, p 39.

2.5 Uteslutning av leverantörer enligt LUF

Som nämnades i avsnitt 2.1 kan både offentliga som privata verksamheter omfattas av LUF, dock behandlas de olika när de kommer till deras befogenheter att utesluta leverantörer. Kap 13 1 – 2 §§ LUF reglerar de tillfällen där en upphandlande enhet som är en myndighet *ska* utesluta en leverantör. Kap 13 3 § reglerar däremot privata upphandlande enheter, de *får* utesluta leverantörer på samma grund som offentliga enheter, men det är inget krav. Det föreligger dock inga uteslutningsgrunder i 13 kap LUF som tar direkt hänsyn till risk för nationell säkerhet.

Däremot finns det en bestämmelse i 13 kap 4 § 3p LUF om att ifall den upphandlande enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövning så kan leverantören uteslutas.⁴⁴ Vad det innebär att ha begått allvarligt fel i yrkesutövningen är inte helt tydligt.⁴⁵

Fel i yrkesutövningen omfattar allt beteende som har en påverkan på den yrkesmässiga trovärdigheten hos aktören, och inte bara fel som görs inom rollen för verksamheten.⁴⁶ Regeln kan tyda på att leverantören överträtt olika bestämmelser som gäller verksamheten utan att det behöver röra sig om ett brott mot någon lag. Kommissionens Grönbok om upphandling tar dock upp att överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja social- och arbetspolitiska mål kan anses vara ett allvarligt fel. Vidare kan ett allvarligt fel vara något som inte blivit bekräftat av myndighetsbeslut, t.ex konstruktionsmässigt fel vid ett bygge, undermåliga arbeten eller att de inte har följt sina kontraktsmässiga förpliktelser. Även återtagen auktorisation för advokater, revisor eller liknande räknas som allvarligt fel.⁴⁷ Praxis från Svea hovrätt i mål T 2750-02, som förvisso är en prövning av tidigare gällande lagstiftning, leder en till slutsatsen att det måste göras en bedömning kring omfattningen av det allvarliga felet som utövaren begått.⁴⁸

14 kap 1 § 1st LUF ger möjligheter för upphandlande enheter att fastställa villkor för uteslutning och kvalificering av leverantörer, villkoren måste dock vara objektiva. Paragrafen ger en möjlighet att gå utöver uteslutningsmöjligheterna som stadgas i 13 kap LUF. Upphandling på försörjningsområdet skiljer sig därför från offentlig upphandling i hänseendet att upphandlande enheter på försörjningsområdet är fria att ställa krav *de själva* finner lämpliga. Detta gäller så länge de inte strider mot de allmänna principerna för upphandling som behandlades i avsnitt 2.4. Detta gäller för så väl offentliga som privata upphandlare.⁴⁹

När det kommer till offentlig upphandling ska de utslutningsgrunder som tas upp i Direktiv 2014/24/EU, samma regler som diskuterades ovan, anses vara

⁴⁴ LUF 13 kap 4 § 3p.

⁴⁵ Forsberg, Niclas s.244.

⁴⁶ Bovis, Christopher, s. 407.

⁴⁷ SOU 1997:111 s.465.

⁴⁸ Forsberg, Niclas s.244.

⁴⁹ Prop 2015/16:195 s.1258.

uttömmande. Det finns dock ett större utrymme för medlemsstater att implementera supplementära regler för att försäkra att likabehandling och öppenhet. Det finns även ett stort utrymme för supplementära regler om utslutning, så länge påverkade leverantörer utsätts för en individuell bedömning och får möjlighet att bevisa varför de inte ska anses vara olämpliga.⁵⁰ Ett exempel på det sistnämnda är mål C-57/01 *Makedoniko Metro*, där EU-domstolen kom fram till att det var ok med regler som att det är förbjudet att ändra uppsättning inom entreprenörsgupper efter anbud har lämnats.⁵¹

För att utreda huruvida en kvalifikation strider mot principerna eller inte så måste LUF ses i sin fulla kontext. LUF, LOU och LUK är alla svenska tillämpningar av EU:s olika upphandlingsdirektiv från 2014, för LUF:s vidkommande är det direktiv 2014/25/EU, alla trädde i kraft den 1 januari 2017.⁵² För att få en större förståelse för de allmänna principerna som styr upphandling kommer avsnitt 3 nu behandla EU-rätten kompetens på området.

⁵⁰ Treumer, Steen s.33 f.

⁵¹ C-57/01 *Makedoniko Metro*, p.75.

⁵² Nord, Eskil, LUF (2016:1146), Karnov lagkommentar (*), Juno.

3 EU reglering

3.1 Säkerhet och allmän ordning i EU

I *Fördraget om Europeiska unionen* framgår det att unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet samt deras väsentliga statliga funktioner, särskilt de vars syfte är hävda territoriell integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. Det framgår även att den nationella säkerheten ska vara varje medlemsstats eget ansvar.⁵³ Detta samverkar med artikel 5 FEU som stadgar att unionen endast ska verka inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna ger den.⁵⁴ Åtgärder som en stat tar för att skydda den nationella säkerheten kan därför falla utanför EU:s kompetensområde.

EU rättspraxis betonar dock att artikel 4.2 FEU inte ger medlemsstaten ett *carte blanche* att undanta alla möjliga sorters agerande från unionsrättens tillämpning bara för att agerandet görs med hänvisning till lag och ordning eller allmän säkerhet. Detta då ett sådant brett undantag hade riskerat undergräva unionsrättens tvingande karaktär och enhetliga tillämpning.⁵⁵

När en medlemsstat hänvisar sitt agerande som ett sätt att säkerställa lag och ordning eller nationell säkerhet så har EU-domstolen ställt upp några beviskrav. Till exempel måste målet med agerandet motivera en begränsning av föreningsrätten.⁵⁶ Dessutom måste en medlemsstat lägga fram konkreta och detaljerade argument för varför deras inskränkning förebygger ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot medlemsstatens fundamentala intresse.⁵⁷

I *Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt* nämns exempel på scenarion där medlemsstaterna kan inskränka unionsrätten genom att argumentera för risken för allmän säkerhet. För denna uppsats är artiklarna 36, 45 och 52 mest relevanta då direkt påverkar leverantörers åtkomst till den fria marknaden, samt artikel 346 som direkt hänvisar till undantag när det finns hot mot medlemsstats nationella säkerhet. Det finns bara två fall där det kan göras undantag från de fria rörligheterna, när det finns *uttryckligt* undantag i fördragen, eller när det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.⁵⁸

Ovannämnda artiklar är alla exempel på uttryckliga undantag i fördragen.⁵⁹ För att artikel 346 ska bli tillämplig krävs det att det finns en säkerhetsaspekt

⁵³ FEU artikel 4.2.

⁵⁴ FEU artikel 5.2.

⁵⁵ Förenade målen C-715/17, C-718/17 och C-719/17 p.143

⁵⁶ C-78/18, Kommissionen mot Ungern. p 136, p 143

⁵⁷ C-66/18, Kommissionen mot Ungern p.240

⁵⁸ Andrea Sundstrand, s.148.

⁵⁹ Ibid s.149 f.

i det kontrakt som ska tilldelas. Åtgärderna får inte heller påverka konkurrensen på den inre marknaden för varor som inte är avsedda för militära ändamål och kontraktet får inte omfattas av direktiv 2009/81 om försvar och säkerhetsupphandlingar.⁶⁰

För att inskränka varors fria rörlighet via artikel 36 krävs det att det inte utgör godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstater. Både etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster kan inskränkas via artikel 52. Det är viktigt att komma ihåg att när ett undantag ska göras från FEUF så ska kravet på proportionalitet vara uppfyllt. EU-domstolen har i sin praxis förtydligat att kraven i artikel 36 och 52 ska tolkas restriktivt och endast tillåtas när det är absolut nödvändigt.⁶¹

3.2 Direktiv 2014/25/EU

Bakgrunden till direktivet är Kommissionens utvärderingsrapport ”Effekterna av och effektiviteten hos EU: lagstiftning om offentlig upphandling”. Rapporten fann att enheter som var verksamma på områden vatten, energi, transporter och posttjänster hade en speciell ställning gentemot det offentliga. Rapporten visade att nationella myndigheter hade, och fortfarande har, ett starkt inflytande på dessa enheter antingen som delägare eller via olika kontrollorgan. Förhållandet mellan myndigheter och försörjningsenheter samt att medlemsstater i många fall beviljat ensamrätter och andra särskilda rättigheter till enhet på området utgjorde skäl för att behålla regler om upphandling även på detta område.⁶²

Målet med direktivet var att se till att öppna upp konkurrensen på de berörda områdena. Bedömningen var att det krävdes ett direktiv för att säkerställa att principerna i FEU-fördraget fick genomslag, särskilt principen om fri rörlighet för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Principerna som följer därav, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet, skulle på så sätt även efterlevas. Säkerställning av principerna skulle balanseras med en vilja att skapa ett underlag som på en unionsnivå kunde tillföra en ram för god affärssed och samtidigt erbjuda största möjliga flexibilitet.⁶³ Ett mål med direktivet var även att förenkla lagstiftningen på området, detta ansågs dock vara ett långsökt mål och med facit i hand anses lagstiftningen fortfarande vara så pass komplex och omfattande att den beskrivits som ”... a lawyer’s paradise.”⁶⁴

Det bör även belysas att upphandling har givits en framträdande roll i Europa 2020-strategin. Strategin, vars fullständiga titel är *Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, pekar ut upphandling som ett

⁶⁰ Ibid s.149.

⁶¹ Ibid s.150 f.

⁶² Direktiv 2014/25/EU, Legal act, paragraf 1.

⁶³ Ibid, paragraf 2.

⁶⁴ Treumer, Steen, S.16 f.

marknadsbaserat instrument för att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. Viljan fanns att modernisera det rådande regelverket och underlätta små och medelstora företags deltagande i upphandlingar.⁶⁵

Artikel 36 i direktivet klargör de allmänna principerna som styr upphandlingen. I första punkten första stycket tas samma principer upp som 4 kap 1§ LUF redogör för, likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet, artikel 36 lyfter dock inte kravet på ömsesidigt erkännande. Andra stycket stadgar att det är förbjudet att utforma en upphandling med syftet att den faller utanför direktivet. Det är inte heller tillåtet att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.⁶⁶

För denna uppsats vidkommande så är det bara passagen om att inte på ett konstgjort sätt få begränsa konkurrensen som är relevant då uppsatsen bara utreder uteslutningsmöjligheter i en upphandling som faller under direktivet. Definitionen av att på konstgjort sätt begränsa konkurrensen är om upphandlingen ”utformats i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer”⁶⁷

Principen om ömsesidigt erkännande tas upp i artikel 37 som berör ekonomiska aktörer. Här stadgas det att ekonomiska aktörer som enligt lagstiftningen i den medlemsstat de är etablerade har rätt att tillhandahålla en viss tjänst även har rätten att tillhålla den i ett annat medlemsland, detta gäller för både juridiska och fysiska personer.⁶⁸

Artikel 78 i direktivet tar upp kvalitativa urvalskriterier, en upphandlande enhet får sätta upp objektiva regler och kriterier för uteslutande och urval av anbudsgivare och anbudssökare, förutsatt att dessa kriterier tillhandahålls de berörda ekonomiska aktörerna.⁶⁹

Artikel 80 anger lite förhållningsregler kopplade till artikel 78. Bland annat så får samma skäl för uteslutning som återfinns i direktiv 2014/24/EU art 57, direktivet bakom LOU, även användas för uteslutning i enlighet med detta direktiv. Om den upphandlande enheten är en myndighet ska dock samma kriterier i art 57.1 och 57.2 från direktiv 2014/24/EU användas. Artikel 58 i direktiv 2014/24/EU räknas också som objektiva regler och kriterier och får användas av upphandlande enheter.⁷⁰ Nämnade artiklar i direktiv 2014/24/EU tar upp samma kriterier för uteslutning som de som nämndes i avsnitt 2.3, inga av artiklarna tar därför upp uteslutningsgrunder med hänsyn till nationell säkerhet, med undantag för om leverantören gjort sig skyldig till allvarlig fel i yrkesutövningen, som nämndes innan.⁷¹

⁶⁵ Direktiv 2014/25/EU, Legal act, paragraf 4.

⁶⁶ Direktiv 2014/25/EU konsoliderad version 2022, s.38, art 36.

⁶⁷ Ibid s.38 art 36 1p 2 St.

⁶⁸ Ibid s.39 art 37 1p 1 St.

⁶⁹ Ibid s.78 art 78 1p 1 St.

⁷⁰ Ibid s.80f. art 80.

⁷¹ Direktiv 2014/24/EU konsoliderad version, s. 68 – 73, art 57 – 58.

3.2.1 WTO-avtalet

Genom beslut 94/800/EG beslutade europeiska rådets att ingå i avtalet om upprättandet av Världshandelsorganisationen (hädanefter WTO)⁷². Syftet bakom WTO var att skapa en gemensam institutionell ram för handelsförbindelser mellan dess medlemmar. Ramen skulle på så sätt förenkla förfarandet i de frågor, samt rättsliga instrument, som hänförde sig till WTO-avtalet.⁷³ Argument som lagts fram gällande fördelen med att ta bort handelshinder mellan stater är att det ökar samverkan och samband mellan stater och därför förbättrar deras relationer till varandra, en smidigare världshandel ska på så sätt vara ett instrument för fred. Ett ökat samarbete mellan stater leder även till effektivitetsvinster där länder kan producera det de är bäst på och köpa in annat från handelspartners.⁷⁴

Vilka frågor som WTO-avtalet reglerar är för vidsträckt för att tas upp här, en förteckning finns att hitta i bilagorna till avtalet, om läsaren vill fördjupa sig i detta.⁷⁵ Av betydelse för denna uppsats är att upphandling är en av de frågor som regleras av WTO avtalet.⁷⁶

För att uppfylla sitt syfte har WTO som uppgift att agera forum för sina medlemmar när de förhandlar med varandra om frågor som täcks inom avtalet. WTO administrerar även regler och förfarande för tvistlösning, administrera handelspolitiska granskningsorganet TPRM och att skapa större samstämmighet i den globala ekonomiska politiken genom att samarbeta med internationella valutafonden och världsbanken.⁷⁷

Eftersom EU är part till WTO avtalet innebär det att EU regleringen även i vissa fall påverkar både EU-medlemsstater såväl som andra parter till WTO-avtalet. Direktiv 2014/25/EU är ett sådant fall, upphandlande enheter ska applicera reglerna från direktivet på alla parter till WTO avtalet.⁷⁸ På så sätt finns det ingen möjlighet till carte blanche utslutning bara för att ett anbud härrör från utanför EU, direktivets räckvidd sträcker sig utanför Europeiska unionen.

Från ett upphandlingsperspektiv skapas därför två olika sorters ekonomiska aktörer att förhålla sig till som upphandlande enhet, ekonomiska aktörer som härrör från stater som är parter till WTO-avtalet, och ekonomiska aktörer som härrör från stater som inte är parter till WTO-avtalet.

I skrivande stund finns det 164 parter till WTO-avtalet.⁷⁹ Ett förtydligande är att EU räknas in bland de 164 parterna, även om alla EU-medlemsstater också

⁷² 94/800/EG artikel 1 s. 4.

⁷³ Ibid, artikel 2 p 1. s. 5.

⁷⁴ Joseph, Sarah, s.12.

⁷⁵ 94/800/EG s.12.

⁷⁶ Ibid, bilaga 4 s. 274.

⁷⁷ Ibid, artikel 3 p 2-5 s 6.

⁷⁸ 2014/25/EU legal act paragraf 27.

⁷⁹ World trade Organisation, Members, and observers.

räknas som parter. 163 av parterna till WTO-avtalet utgörs därför av faktiska stater.⁸⁰

3.3 Praxis svenskt vidkommande.

Den 22 juni 2021 publicerade förvaltningsrätten i Stockholm sin dom om Post- och telestyrelsens (hädanefter PTS) nekande av tillstånd för Huawei technologies, Huawei, 5G satsning i Sverige.⁸¹ Det bör betonas att den situationen målet handlar om *inte* är kopplat till upphandling utan om krav för att bli beviljad ett tillstånd, vilket är två skilda områden. Målet förblir dock fortsatt intressant för syftet bakom denna uppsats. Detta då målet, är ett av få rättsfall som behandlar bedömningen av svensk nationell säkerhet kopplat till utländska företag, samt vem som kan uttala sig om utsattheten och påverkan på den nationella säkerheten. Målet kommer därför redogöras för nu, för att sedan jämföras med och placeras in samma argument i en upphandlingskontext i analysen.

Bakgrunden till mål 24231-20, 2378-21 PTS mot Huawei, är PTS beslut, i samråd med ”samrådsmyndigheterna”, Säkerhetspolisen och Försvarmakten, att inte tillåta Huawei tillgång till auktionen om tillstånd till frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz, som är kopplade till 5G. PTS och samrådsmyndigheterna bedömde, med bakgrund av det ökade cyberspionage i Sverige av Kina, att risken för Sveriges säkerhet var för hög för att låta ett företag med kopplingar till den kinesiska stater få tillgång till infrastruktur på området för elektronisk kommunikation.⁸² Beslut överklagades sen av Huawei.⁸³

Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation, hädanefter LEK, är den lag som bland annat reglerar tillståndsprocessen till elektronisk kommunikation. Huvudregeln är att en sökande ska få tillstånd om denna uppfyller vissa villkor, de som anser sig ha behov för radio ska därför bevilja tillstånd till detta. Ett av de villkor som måste uppfyllas är dock att radioanvändningen inte kommer orsaka skada för Sveriges säkerhet, 3 kap 6§ första stycket 7.⁸⁴ Det är därför ok att förena ett tillstånd med villkor om krav som är av betydelse för Sveriges säkerhet.⁸⁵

Förvaltningsrätten lyfter fram några av de domar som tas upp i avsnitt 3.1 när de diskuterar vilket beviskrav som är tillräckligt för att bevisa risk för den nationella säkerheten. Förvaltningsrätten kommer fram till att EU-praxis på

⁸⁰ World Trade Organisation, The European Union and the WTO.

⁸¹ Sveriges Domstolar, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förbudet mot produkter från Huawei i svenska 5G-nät står fast, 2021-06-22.

⁸² PTS, Dnr: 18-8496, s.5 ff.

⁸³ Sveriges Domstolar, Förvaltningsrätten i Stockholm, Huawei överklagar PTS beslut, 2020-11-06.

⁸⁴ Mål: 24231-20, 2378-21, PTS v. Huawei, s.24.

⁸⁵ LEK, 3 kap 11§ första stycket 10.

området inte ska uppfattas som regelrätta krav utan mer som anvisningar om att det *inte* är tillräckligt att åberopa presumtioner, hypoteser eller abstrakta antagande för att rättfärdiga inskränkningar av fri och rättigheter med hänsyn till allmän ordning och säkerhet. I målet finner förvaltningsrätten att beviskravet som framställs i LEK innebär att det ska finnas objektiva grunder för antagandet, det är därför förenligt med EU-rätten.⁸⁶

Utredningen som PTS har som grund för sitt beslut är till stor del uppbyggd av bedömningar från samrådsmyndigheterna.⁸⁷ De bedömningarna är i sin tur grundade på vad sökande har angett i sin ansökan på iförhand uppställda kriterier.⁸⁸ Förvaltningsrätten anser att det saknas skäl att ifrågasätta säkerhetspolisens uppgifter om att ett 15-tal länder, bland annat Kina, bedriver spionage och annan säkerhetshotande verksamhet mot Sverige.⁸⁹

Frågan blir därför utsträckningen av Huawei's koppling till den kinesiska staten, kommunistpartiet. Enligt Totalförsvarets forskningsinstitut, FOI, har gränsdragningen, i Kina, mellan privata företag och det styrande partiet blivit alltmer otydlig. Detta efter en underrättelselag från 2017 som ställer krav på kinesiska företag att samarbeta med kinesiska underrättelsetjänsten.⁹⁰ Detta skulle enligt PTS betyda att kommunistpartiet kan utöva påtryckning mot Huawei att vidta åtgärder mot Sverige och det svenska 5G-nätet.⁹¹

Säkerhetspolisen betonar även att fackföreningar utgör en parallell struktur till kommunistpartiet. Alla fackföreningar är ansvariga gentemot överordnade fackföreningsorgan och att ledaren för fackföreningarnas centralorganisation är en högt uppsatt funktionär inom kommunistpartiet.⁹²

Huawei bestrider samrådsmyndigheternas argument.⁹³ Förvaltningsrätten lägger dock stor vikt vid vad samrådsmyndigheterna och deras bedömning. Det saknas, i deras ögon, skäl att ifrågasätta Säkerhetspolisens kompetens på området.⁹⁴

Det görs inte gällande i målet att Huawei's produkter skulle vara behäftade med tekniska sårbarheter, målet behandlar bara om Huawei, som företag, är sårbart för påtryckningar från kommunistpartiet som kan resultera i skada för Sveriges säkerhet. Även här litar förvaltningsrätten på samrådsmyndigheternas bedömning.⁹⁵

Eftersom EU-rätten är tillämplig på området så diskuterar förvaltningsrätten om villkoret som tillståndet förenats med strider mot grundläggande fri och

⁸⁶ Mål: 24231-20, 2378-21, PTS v. Huawei, s.25.f.

⁸⁷ Ibid s.26.

⁸⁸ Ibid s.27.

⁸⁹ Ibid s.28.

⁹⁰ Ibid s.28.

⁹¹ Ibid s.29.

⁹² Ibid s.30.

⁹³ Ibid s.29 f.

⁹⁴ Ibid s.31.

⁹⁵ Ibid s.32 f.

rättigheter. Slutsatsen blir att villkoret strider mot den fria rörligheten för varor och arbetstagare, etableringsfriheten enligt FEUF, näringsfriheten och egendomsskyddet enligt EU-stadgan, och motsvarande rättigheter enligt EKMR och regeringsformen.⁹⁶ Förvaltningsrätten kommer dock fram till att dessa inskränkningar kan rättfärdigas. Detta då Sveriges säkerhet är ett tungt vägande skäl som får inskränkningarna att framstå som proportionerliga.⁹⁷

PTS argument att en inskränkning av fria rörligheten för varor och arbetstagare kan motiveras av den försämrade rörlighet som drabbat EU sedan covid-19 pandemin, att man inte kan göra sig beroende av normalt fungerande förbindelser med utlandet.⁹⁸ Verkar har accepterats av Förvaltningsrätten.⁹⁹

Det bör även belysas att Förvaltningsrätten inte ansett det vara nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.¹⁰⁰

⁹⁶ Ibid s.47.

⁹⁷ Ibid s.56.

⁹⁸ Ibid s.51.

⁹⁹ Ibid s.51 f.

¹⁰⁰ Ibid s.7.

4 Analys

EU-reglering och EU-rättsliga principer från FEUF och FEU är som sagt styrande på området. Regleringen på området som utgörs av direktiv 2014/25/EU har ett gränsöverskridande syfte som verkar för att förenkla handeln mellan stater och öka konkurrensen på marknaden. Detta gäller främst mellan EU-medlemsstaterna men tack vare WTO-avtalen nästan hela världen.

Syftet bakom direktivet har lett till att de uttalade skälen till uteslutning i LUF främst är kopplade till marknaden och den fria konkurrensen. Tekniskt sätt så är det inte omöjligt att utesluta leverantörer av skäl kopplade till nationell säkerhet, då upphandlande enheter får gå utöver de skäl som finns i 13 kap LUF. Det finns dock ingen uttrycklig *säkerhetsventil* för detta, jämförelsevis så finns det i LEK en säkerhetsventil i form av att tillstånd kunde förenas med villkor för att trygga den nationella säkerheten. Det närmaste man kommer till något liknande i LUF är när regelverket inte ska tillämpas på grund av säkerhetsrisker, se avsnitt 2.3, men det är inte reglerat hur upphandlande enhet ska gå till väga när säkerhetsriskerna uppstår på grund av eventuella leverantörer, och inte själva upphandlings objektet.

Upphandlande enheter får som sagt gå utöver det som stadgas i 13 kap LUF så länge de inte bryter mot upphandlingsprinciperna. Det finns lite praxis på området kopplat till nationell säkerhet varför det blir intressant att ta lärdom i vad förvaltningsrätten kom fram till i Huawei-målet. Målet sett i en upphandlingskontext i stället för en tillståndskontext väcker ett par frågor. Förvaltningsdomstolens bedömning talar för att det är möjligt att totalt utesluta företag från vissa länder endast på grund nationella lagar i hemlandet.

Förvaltningsrättens slutsats verkar vara en långtgående och liberal tolkning av icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten litat och lägger fullt förtroende för vad Säkerhetspolisen och Försvarsmakten framför, vilket skapar en möjlighet för stater att via deras underrättelsemyndigheter få en *carte blanche* att stänga ute länder från upphandlingar. Vilket blir särskilt problematiskt då stater har rätt mycket inflytande på försörjningssektorerna. Viktigt att komma ihåg är att det inte lades fram några bevis för att Huawei's produkter var en säkerhetsrisk i nuläget, utan bara att det kunde bli säkerhetsrisker i framtiden.

En sådan långtgående tolkning sticker i, min mening, i stäv med syftet och målen bakom direktivet. Det kan även diskuteras om det är proportionellt att utesluta alla företag från ett land på grund av det landets lagstiftning, och om svaret är jakande vad behöver lagstiftningen säga för att göra det proportionellt?

Även om det finns möjligheter att rättfärdiga åtgärder som tas i strid med upphandlingsprinciperna, se avsnitt 3.1, ska dessa tolkas väldigt restriktivt. Jag har svårt att se hur förvaltningsrättens argument bakom en ”helgardering” mot kinesiska bolag skulle vara förenlig med EU-rätten och de grundläggande rörelsefriheterna. En sådan tolkning hade resulterat i att WTO-avtalet hade förlorat sitt värde och försvårat världshandel. Det är viktigt att här påpeka att jag inte kritiserar Säkerhetspolisens eller Försvarmaktens tolkning av situationen, min kritik är endast att en implementering av deras beslut borde strida mot nu gällande EU-rätt. Rättsläget när det kommer till generella uteslutningar eller helgarderingar är därför förhållandevis oklart.

Det som däremot är mer tydligt är möjligheten att utesluta *enskilda* företag där det blivit allmänt känt, eller där upphandlande enhet kan bevisa, att företaget gjort sig skyldig till *aktivitet* som på ett eller annat sätt hotar Sveriges säkerhet. Detta enligt bestämmelsen om allvarliga fel i yrkesutövningen. Frågan kvarstår dock vilken aktivitet som hade varit tillräcklig för utslutning på denna grund. Det bör vara säkert att säga att spioneri eller sabotage uppfyller kravet, men att kopplingar till en stat, som bedriver spionage, skulle vara tillräckligt för uteslutning känns långsökt.

Allt beteende som kan påverka förtroendet kan räknas som allvarliga fel, men en helhetsbedömning måste göras. De exempel som tagits upp i doktrin har varit mer konkreta och hänförs till direkta handlingar, ett gränsfall kan vara kopplingar till kriminella personer eller tvivelaktiga företag, vilket kan påverka förtroendet för företaget i fråga. En koppling till en stat är dock så grundläggande och omöjlig att undvika för det flesta företag, att utslutning på den grunden skulle bli godtycklig.

Även om det råder otydligheter kring när utländska företag kan uteslutas så innebär inte det att upphandlingar är helt oskyddade från internationell påverkan. Uppsatsen har som sagt endast lagt fokus på *uteslutningsmöjligheten* kopplat till nationell säkerhet. Det återfinns i lagstiftningen säkerhetsventiler i de fall upphandlingen i sig är en säkerhetsrisk.

Det faktum att privatägda verksamheter blir skyldiga att upphandla enligt LUF ger ett visst grundskydd. Grundskyddet försäkrar att viktig infrastruktur blir behandlat i ett öppet förfarande och efter ett förutbestämt regelverk. Korruption och annan otillbörlig påverkan från utlandet motverkas därför.

Säkerhetsskyddslagen kompletterar detta grundskydd genom att i många fall klassificera infrastruktur som extra skyddsvärt och på så sätt ställa högre krav på säkerheten vid en upphandling. Tillägget av ett säkerhetsskyddsavtal samt översyn från en tillsynsmyndighet gör att upphandlingar kan bli säkrare, även med mindre säkra leverantörer.

5 Slutsats

Säkerhetsläget i världen har på senaste år förändrats avsevärt på grund av covid-19 och nu kriget i Ukraina. Detta har lett till att nationell säkerhet har fått nya aspekter, som förvaltningsrättens resonemang kring pandemin och vikten av att inte vara beroende av andra länder. Utredningen i denna uppsats har visat att upphandlingar inom försörjningssektorerna inte är oskyddad, men att det är otydligt till vilken grad uteslutning av leverantörer är möjligt med hänvisning till nationell säkerhet.

Lagstiftaren, EU, måste här gå in och förtydliga vart gränsen går. I dagsläget är det svårt att se hur generella förbud mot vissa länders leverantörer ska vara proportionerliga inskränkningar av rörelsefriheterna och upphandlingsprinciperna. Risker med att endast utesluta leverantörer där det kan bevisas att de hotar Sveriges säkerhet är, även om det är mer rättssäkert, att det är svårt att agera preventivt och många leverantörer går obemärkt förbi.

Käll- och litteraturförteckning

Elektroniska källor

Erika Kinetz, AP, Security scanners across Europe, 2022-01-20
<https://apnews.com/article/technology-business-china-russia-europe-120b7dedacd8d545bf4521a1948bc31e>
(Hämtad 2022-05-23)

Johan Granlund, Bolaget knyts till Kinas militär -, 2022-02-15
<https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/AL5e15/kinesiska-nuctech-tar-over-sakerhetskontroll-pa-arlanda>
(Hämtad 2022-05-23)

Johan Wicklén, SVT, Kinesiskt bolag ska sköta säkerhetskontroll på Arlanda, 2022-02-15 <https://www.svt.se/nyheter/utrikes/kinesiskt-bolag-tar-over-sakerhetskontrollen-pa-arlanda>
(Hämtad 2022-05-23)

Konkurrensverket, lagar och regler.
<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/lagar-och-regler/>
(Hämtad 2022-05-23)

PTS, Dnr: 18-8496. Godkännande av sökande samt tillkommande villkor i auktion av frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz.
<https://pts.se/globalassets/startpage/dokument/legala-dokument/beslut/2020/radio/godkannande-35/beslut-godkanda-budgivare-och-tillkommande-villkor.pdf>
(Hämtad 2022-05-23)

Sveriges Domstolar, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förbudet mot produkter från Huawei i svenska 5G-nät står fast, 2021-06-22.
<https://www.domstol.se/en/nyheter/2021/06/forbudet-mot-produkter-fran-huawei-i-svenska-5g-nat-star-fast/>
(Hämtad 2022-05-23)

Sveriges Domstolar, Förvaltningsrätten i Stockholm, Huawei överklagar PTS beslut, 2020-11-06.
<https://www.domstol.se/nyheter/2020/11/huawei-overklagar-pts-beslut/>
(Hämtad 2022-05-23)

World Trade Organisation, Members and observers.
https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm
(Hämtad 2022-05-23)

World Trade Organisation, The European Union and the WTO.

https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm

(Hämtad 2022-05-23)

Forsell, Anna Ulfsdotter, LOU (2016:1145), Lexino lag kommentar 2018-03-24, Juno.

Nord, Eskil, Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, Karnov lagkommentar, Juno.

Nord, Eskil, Lagen om Offentlig Upphandling (2016:1145), Karnov lagkommentar, Juno.

Norman, Anette, Säkerhetsskyddslag (2018:585), Karnov lagkommentar, Juno.

Riksdagstryck

Svar på skriftlig fråga 2021/22:1097 – Morgan Johansson.

SOU 1997:111, Andra metoder mot ekobrott.

Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling.

EU- författning

Direktiv 2014/25/EU, om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, Legal act.

Direktiv 2014/25/EU, om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, konsoliderad version

Direktiv 2014/24/EU, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, konsoliderad version

94/800/EG: Council Decision (of 22 December 1994) concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994).

Fördraget om Europeiska unionen.

Litteratur

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', s. 21–45, i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', s. 109–140, i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Forsberg, Niclas, Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS, och LOV, femte upplagan, P:son & dotter AB och Norstedts Juridik AB, 2019.

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, fjärde upplagan, Jure förlag, 2020.

Bovis, Christopher, The law of Eu public Procurement, Second edition, Oxford university press, 2015.

Andrea Sundstrand, Offentlig Upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure Förlag AB, 1st upplagan, 2012, s.148.

Treumer, Steen, Qualification, Selection and exclusion in EU procurement, 1 upplagan, DJÖF publishing. 2016, S.16 f.

Joseph Sarah, Blame it on the WTO: A Human Rights Critique, Oxford University press, 1 upplagan 2011, S.12

Artiklar

Aleksander Peczenik "Juridikens allmänna läror" SvJT 2005 s.249.

Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', SvJT 2004 s. 1

Rättsfallsförteckning

C-57/01 Makedoniko Metro

Förenade målen C-715/17, C-718/17 och C-719/17

C-78/18, Kommissionen mot Ungern

C-66/18, Kommissionen mot Ungern

T-139/99, Alsace International car service.

Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 2021-06-22, mål: 24231-20, 2378-21,
PTS v. Huawei

