

2016-04-24

## **Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU?**

*Av Jörgen Hettne, docent i EU-rätt vid Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet*

### **Sammanfattning**

När en upphandlande myndighet eller en domstol ska avgöra vilka bestämmelser som ska iakttas respektive borde ha iakttagits vid en offentlig upphandling som inletts i Sverige efter den 18 april 2016, då direktiv 2014/24/EU senast skulle ha vara införlivat, ska myndigheten eller domstolen göra en prövning i två steg. I praktiken är det naturligt att först försöka lösa problemet genom en s.k. direktivkonform tolkning av redan gällande svenska regler:

1. Kan med utgångspunkt i nu gällande upphandlingslagstiftning, bl.a. lag (2007:1091) om offentlig upphandling, relevanta bestämmelser i direktiv 2014/24/EU ges betydelse genom principen om direktivkonform tolkning?

Vägledning kan hämtas från regeringens förslag till förändringar i upphandlingslagstiftningen eftersom därigenom framgår hur stora förändringar i nu gällande regelverk som föreslås. Om ändringarna framstår som preciseringar snarare än stora materiella förändringar, talar detta för att en direktivkonform tolkning är möjlig. Om en direktivkonform tolkning inte framstår som möjlig, med hänsyn till att det rättsliga gapet mellan vad som följer av den svenska lagstiftningen och det nya direktivet är för stort, ställs nästa fråga.

2. Kan de nya direktivbestämmelserna direkt läggas till grund för bedömningen med hänsyn till att de är tillräckligt precisa och ovillkorliga, dvs. ha direkt effekt?

På motsvarande sätt som ang. direktivkonform tolkning ovan kan regeringens förslag till förändringar i det svenska regelverket ge vägledning. Om regeringen föreslår utfyllande regler i

sin proposition tyder det på att direktivbestämmelserna inte är tillräckligt precisa och ovillkorliga för att användas direkt. Om regeringens förslag istället innebär att de nya bestämmelserna återges i det närmaste ordagrant i lagtexten talar detta för att de är tillräckligt precisa och ovillkorliga för att ha direkt effekt.

I båda fallen måste dock kontrolleras att enskilda företag (vanligen anbudsgivare eller leverantörer) inte åläggs nya skyldigheter till följd av tolkningen eller den direkta effekten, som innebär att en sådan tolkning eller tillämpning står i strid med principen om rättssäkerhet eller närmare bestämt kravet på rättslig förutsebarhet.

Följande kategorier av bestämmelser i upphandlingsdirektiv har i tidigare erkänts direkt effekt i EU-domstolens praxis och kan också få betydelse vid en direktivkonform tolkning. Det betyder att anbudsgivare och leverantörer kan ställa krav på att sådana bestämmelser ska iaktas under ett upphandlingsförfarande, trots avsaknad av införlivning, och de kan också göra dessa krav gällande vid ett eventuellt överklagande.

1. Bestämmelser angående vilka krav som kan ställas på deltagande i upphandlingar.
2. Bestämmelser angående annonsering.
3. Bestämmelser som fastställer direktivets materiella tillämpningsområde.
4. Bestämmelser som fastställer vilken personkrets som direktivet är tillämpligt på.
5. Bestämmelser som anger vilka förfaranden som är tillämpliga på en viss typ av kontrakt.
6. Bestämmelser som pekar ut när nationella upphandlingsförfaranden ska tillämpas.
7. Bestämmelser som rör val av upphandlingsförfarande.
8. Bestämmelser som rör regler för formgivningstävlingar.
9. Bestämmelser som rör tekniska specifikationer.
10. Bestämmelser om urval och tilldelning.

Bestämmelser som innebär kodifiering av tidigare rättspraxis och andra preciseringar bör också tillerkännas direkt effekt då de normalt är tillräckligt precisa och ovillkorliga.

## Innehåll

<b>1. Uppdrag</b> .....	4
<b>2. Direkt effekt</b> .....	4
<b>3. Direkt effekt av direktiv</b> .....	6
<b>4. Statsbegreppet</b> .....	7
<b>5. Direktivkonform tolkning</b> .....	9
<b>6. Interlegalitet</b> .....	11
<b>7. Betydelsen av allmänna rättsprinciper mm</b> .....	13
<b>8. Om EU-rättslig tolkning</b> .....	15
<b>9. EU-domstolens rättspraxis avseende direkt effekt av bestämmelser i upphandlingsdirektiv</b> .....	16
<b>10. Analys av bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU</b> .....	19
10.1 Inledning.....	19
10.2 Definitioner.....	22
10.3 Tekniska specifikationer .....	22
10.4 Kodifiering.....	22
10.5 Preciseringar .....	24
10.6 Förändringar av det materiella tillämpningsområdet.....	25
10.7 Annonsering och rapportering.....	26
10.8 Val av förfaranden och nya förfaranden .....	26
10.9 Krav som avser deltagande.....	27
10.10 Problematiska bestämmelser .....	28

## 1. Uppdrag

Jag har av SKL Kommentus Inköpscentral AB erhållit uppdrag att författa ett rättsutlåtande som innehåller en allmän beskrivning av begreppen direkt och indirekt effekt samt en analys av bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU. Analysen ska omfatta huruvida de nya bestämmelserna i direktivet – i förhållande till gällande rätt – kan ha s.k. direkt eller indirekt effekt. SKL Kommentus har bistått med att prioritera bland de relevanta bestämmelserna. Föreliggande utlåtande utgör redovisning av uppdraget.

## 2. Direkt effekt

En fråga som EU-domstolen avgjorde på tidigt 1960-tal var huruvida bestämmelserna i det dåvarande EEG-fördraget kunde grunda rättigheter för enskilda i medlemsstaterna, även om detta inte uttryckligen framgick av fördraget. EU-domstolens jakande svar på denna fråga gav upphov till läran om s.k. direkt effekt.<sup>1</sup> Detta innebär kortfattat att unionsrätten själv avgör vilka verkningar den har i medlemsstaternas rättssystem.

Läran om direkt effekt har tillämpats pragmatiskt av EU-domstolen.<sup>2</sup> En grundtanke har varit att alla bestämmelser i EU-rätten som är användbara vid nationell rättstillämpning ska kunna användas. EU-rätten innehåller naturligtvis även ett stort antal bestämmelser som förefaller irrelevanta för nationell rättstillämpning. Därutöver finns bestämmelser som är relevanta, men som inte framstår som tillräckligt precisa och tydliga för att direkt, utan stöd av andra bestämmelser, kunna användas i nationell rättstillämpning. Dessa bestämmelser kan istället utgöra viktiga tolkningsdata vid tillämpning av andra regler. Hit hör målinriktade bestämmelser i både fördragen, EU:s rättighetsstadga och sekundärrätten. Slutligen finns regler som är precisa, men inte ovillkorliga, till exempel därför att de lämnar ett handlingsutrymme för medlemsstaterna som medför valmöjligheter. Inte heller dessa regler kan direkt läggas till grund för rättstillämpning.<sup>3</sup> Mot denna bakgrund är bestämmelser med direkt effekt sådana som framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, vilket vanligen gör att de grundar rättigheter för någon som nationella domstolar och EU-domstolen har till uppgift att skydda.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Se mål 26/62 NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederlandse administratie der belastingen*, EU:C:1963:1.

<sup>2</sup> Se Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 u. (Norstedts Juridik 2011), s. 220 ff.

<sup>3</sup> Se Bergström C.F. och Hettne, J., *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur 2014, s. 400.

<sup>4</sup> *Ibid.*, s. 401.

Vad som tillkommer är dock att bedömningen av vad som är en tillräckligt precis och ovillkorlig bestämmelse avgörs av EU-domstolen mot bakgrund av EU-rättens övergripande syften. Bestämmelser som ålägger medlemsstaterna en skyldighet har mot denna bakgrund successivt utvecklats till bärare av (omvända) rättigheter för enskilda. Rättsutvecklingen vid EU-domstolen har därför präglats av EU-domstolens arbete med att identifiera bestämmelser, vanligen uttryckta som förbud för medlemsstaterna att vidta visa typer av åtgärder, som anses innehålla klara, kompletta, precisa och ovillkorliga rättigheter för enskilda och samtidigt inte lämnar medlemsstaterna några valmöjligheter eller något utrymme för skön. De bestämmelser i EU:s grundfördrag som har getts direkt effekt återfinns därför främst bland de bestämmelser som tydligt berör enskildas rättigheter: det allmänna diskrimineringsförbudet (artikel 18 FEUF), de ekonomiska friheterna (framför allt artiklarna 34, 45, 49, 56 och 63 FEUF), konkurrensreglerna (framför allt artiklarna 101 och 102 FEUF), reglerna om statligt stöd (artikel 108.3 FEUF, det så kallade genomförandeförbudet), fiskal diskriminering (artikel 110 FEUF) och principen om lika lön för män och kvinnor (artikel 157 FEUF).<sup>5</sup>

Läran om direkt effekt skiljer mellan två grundläggande situationer: så kallad *vertikal direkt effekt*, när en enskild kan göra gällande en EU-rättslig bestämmelse mot en medlemsstat och dess offentliga organ, och *horisontell direkt effekt*, när en enskild kan göra gällande en EU-rättslig bestämmelse mot en annan enskild. Att ”staten” i vid mening utkräver en skyldighet från en enskild enbart på grund av EU-rätten (omvänd vertikal direkt effekt), vilket kan förekomma till exempel inom skatterätten och upphandlingsrätten, är från rättslig utgångspunkt att betrakta som en motsvarighet till horisontell direkt effekt. Skälet till att det görs skillnad mellan vertikal och horisontell direkt effekt är, som kommer att utvecklas längre fram, att enskilda bör åläggas nya skyldigheter endast om detta kan anses förenligt med principen om rättssäkerhet.

De flesta EU-rättsliga regler avser förhållandet mellan enskilda och staten – varvid staten åläggs skyldigheter och den enskilde rättigheter – och det har därför endast varit aktuellt att tillerkänna dem *vertikal* direkt effekt. Det finns dock också en rad fördragsbestämmelser, såsom konkurrensreglerna (artiklarna 101 och 102 FEUF), bestämmelserna om lika lön för män och kvinnor (artikel 157 FEUF)<sup>6</sup> och bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare (artikel 45 FEUF)<sup>7</sup> som även har tillerkänts *horisontell* direkt effekt. Även andra fördragsbestämmelser kan komma att tilldelas horisontell direkt effekt i framtiden, eftersom EU-domstolen troligen ännu inte har ställts inför alla tänkbara frågeställningar.<sup>8</sup>

En form av ”mellankategori” uppstår när ett privaträttsligt subjekt har befogenheter av normgivningskaraktär, det vill säga har andra befogenheter än vad privaträttsliga subjekt typiskt har och därigenom kan påverka de ekonomiska villkoren på marknaden. EU-domstolen har ansett att detta är tillräckligt för att det privaträttsliga organet ska ikläda sig de skyldigheter gentemot enskilda av offentligrättslig art som följer av EU-rätten. En grundtanke från EU-domstolen är att denna typ av åtgärder, vare sig de kan härledas från ”staten” i vissa medlemsstater eller från

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Se mål 43/75 Defrenne, EU:C:1976:56.

<sup>7</sup> Se mål C-281/98 Angonese, EU:C:2000:296.

<sup>8</sup> Bergström C.F. och Hettne, J., Introduktion till EU-rätten, a.a., s. 401 f.

privaträttsliga organ i andra, måste behandlas på samma sätt, mot bakgrund av att EU-rätten ska tillämpas enhetligt i alla medlemsstater. I fråga om förbudet mot inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster, som i strikt mening enbart har vertikal direkt effekt, har sålunda flera partsrelationer, trots att de vid en första anblick kan framstå som privaträttsliga, ansetts omfattas av förbudet. Det har ansetts vara fallet när den part som vidtagit de inskränkande åtgärderna i den fria rörligheten har varit en idrottssammanslutning, ett advokatsamfund eller en fackförening.<sup>9</sup>

### 3. Direkt effekt av direktiv

EU-rättsliga *direktiv* är, enligt artikel 288 FEUF, till skillnad från fördragsbestämmelser och EU-förordningar inte direkt tillämpliga. De anger ett visst resultat som ska uppnås inom en bestämd tid, men de överlåter åt länderna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Tanken med direktivformen är att skyldigheter som följer av ett direktiv ska kunna genomföras i det befintliga nationella rättssystemet på det sätt som bäst passar den nationella strukturen, under förutsättning att det resultat som direktivet syftar till uppfylls.<sup>10</sup>

Direktiv är alltså bindande för medlemsstaterna, men inte direkt bindande *inom medlemsstaterna*. Utgångspunkten är således att de får effekt *via den nationella rätten*. Trots detta har direktivbestämmelse under vissa villkor ansetts ha självständiga rättsverkningar i ett medlemslands rättsordning (direkt effekt). Detta kan ske om

- 1) fristen för att genomföra ett direktiv har löpt ut och
- 2) de aktuella bestämmelserna i direktivet innebär inte några skyldigheter för enskilda (vertikal direkt effekt).

Härutöver gäller naturligtvis att reglerna måste vara tillräckligt precisa och ovillkorliga för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att lägga dem till grund för rättstillämpning.

EU-domstolen har sålunda uttalat att enskilda, i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv med avseende på innehållet framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, har rätt att åberopa dem inför nationella domstolar och myndigheter gentemot staten, dels då direktivet inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen, dels då det inte har införlivats på ett korrekt sätt.<sup>11</sup>

EU-domstolens fokusering på den offentliga sfärens skyldigheter i en medlemsstat illustreras av det s.k. estoppel-argumentet. Den medlemsstat som inte inom föreskriven tid har vidtagit de i direktivet föreskrivna åtgärderna för genomförandet av detta, kan inte gentemot de enskilda

---

<sup>9</sup> Se mål 36/74 Walrave och Koch, EU:C:1974:140, punkterna 17 och 18, mål C-415/93 Bosman, EU:C:1995:463, punkterna 83 och 84; mål C-309/99 Wouters m.fl., EU:C:2002:98, punkt 120; mål C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, EU:C:2007:809, punkt 98.

<sup>10</sup> Jfr domstolen resonemang i mål C-233/00, kommissionen mot Frankrike, EU:C:2003:371, punkt 75 ff.

<sup>11</sup> Se mål 8/81, Becker, EU:C:1982:7, punkt 25, mål 103/88, Fratelli Costanzo, EU:C:1989:256, punkt 29 och mål C-319/97, Kortas, EU:C:1999:272, punkt 21.

åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet innehåller.<sup>12</sup> Eftersom endast staten har brustit i sin förpliktelse, vore det orimligt att låta försummelsen drabba enskilda.<sup>13</sup>

Skälet till att enskilda rättssubjekt inte ska åläggas nya skyldigheter har vidare och framför allt på senare tid uttryckts som en rättssäkerhetsaspekt. I *Wells* uttalade t.ex. domstolen att rättssäkerhetsprincipen utgör hinder för att direktiven ska kunna medföra skyldigheter för enskilda. I förhållande till de sistnämnda, kan bestämmelser i ett direktiv endast medföra rättigheter.<sup>14</sup>

Det är slutligen viktigt att påpeka att även om nationella åtgärder som korrekt införlivar ett direktiv har vidtagits, medför inte detta att direktivet förlorar sin verkan. En medlemsstat förblir skyldig att säkerställa att direktivet kan tillämpas fullt ut även efter det att dessa åtgärder vidtagits. Enskilda individer och företag kan följaktligen vid den nationella domstolen och gentemot staten åberopa bestämmelser i ett direktiv, vilka utifrån deras innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, i alla de fall där den fulla tillämpningen av dessa inte har säkerställts inom ramen för den nationella rätten. Det är således inte bara fråga om situationer där direktiv i fråga inte har införlivats eller inte har införlivats på korrekt sätt, utan också situationer då de nationella bestämmelserna genom vilka direktivet har genomförts inte tillämpas på ett sådant sätt att det resultat som avses med detta uppnås.<sup>15</sup>

#### 4. Statsbegreppet

EU-domstolens fokusering på statens och den offentliga sfärens skyldigheter har också influerat bedömningen av hur omfattande ”staten” anses vara. Mot bakgrund av den logik som presenterades ovan innebär en vid definition av staten en maximering av direktivens självständiga och direkta rättsverkan, eftersom direktiven – vad gäller direkta rättsverkningar – är begränsade till det vertikala förhållandet mellan de enskilda och staten.<sup>16</sup>

Redan i *mål 152/84 Marshall*, vari den horisontella direkta effekten av direktiv avvisades, uttalade domstolen att enskilda rättssubjekt, som har möjlighet att stödja sig på ett direktiv i en talan gentemot staten, kan göra detta oavsett om denna agerar i egenskap av arbetsgivare eller offentlig myndighet.<sup>17</sup> Domstolen menade att det i båda situationerna var angeläget att staten hindrades från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa unionsrätten.

Statsbegreppets omfattning har sedan vidgats ytterligare. Domstolen har slagit fast att varje organ som, ”oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att utöva offentlig serviceverksamhet under statens tillsyn och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda” är

<sup>12</sup> Se mål C-148/79 Ratti, EU:C:1979:110, punkt 22.

<sup>13</sup> Jfr mål 152/84 Marshall, EU:C:1986:84 och mål C-91/92 Faccini Dori, EU:C:1994:292.

<sup>14</sup> Mål C-201/02, Wells, EU:C:2004:12, punkt 56.

<sup>15</sup> Se mål C-62/00, Marks & Spencer, EU:C:2002:435, punkt 27.

<sup>16</sup> Schütze, R., *European Union Law*, Cambridge University Press 2015, s. 100.

<sup>17</sup> Se mål 152/84, Marshall, EU:C:1986:84.

att betrakta som ett offentligt organ, mot vilket det är möjligt att göra gällande den vertikala direkta effekten av en direktivbestämmelse.<sup>18</sup>

Den vida definitionen av staten innefattar alltså även *privata organ som fyller en offentlig funktion*. I EU-rättslig mening anses sådana organ tillhöra staten.<sup>19</sup>

Det är mot denna bakgrund rimligt att betrakta SKL Kommentus inköpscentral AB som en del av medlemsstaten Sverige. En jämförelse kan göras med EU-domstolens resonemang i C-328/96, kommissionen mot Österrike<sup>20</sup> där det österrikiska bolaget, Niederösterreichische Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (Nöplan), som för delstaten Niederösterreich skötte upphandlingar inom byggnadssektorn och därmed utgjorde upphandlande myndighet, ansågs skyldigt att beakta de unionsrättsliga bestämmelserna på upphandlingsområdet, oavsett om de berörda företagen eventuellt gentemot Nöplan kunde åberopa de av dessa bestämmelser som har direkt effekt.<sup>21</sup>

Domen i mål C-425/12, Portugás,<sup>22</sup> kan emellertid verka förvirrande i detta avseende. Portugás, som är ett aktiebolag enligt portugisisk rätt inom sektorn för produktion och distribution av naturgas och samtidigt en upphandlande myndighet, ansågs *inte enbart av detta skäl* vara ett organ gentemot vilket enskilda kunde åberopa bestämmelser som har direkt effekt. I detta mål upprepade EU-domstolens sin rättspraxis att bland de enheter gentemot vilka ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas ingår organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt *har fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda*.

Även om den exakta innebörden av detta kan diskuteras, är det min samlade bedömning att SKL Kommentus inköpscentral AB, på grund av sin funktionella anknytning till Sveriges kommuner och landsting i egenskap av inköpscentral, även vid frånvaro av införlivning, är skyldigt att göra allt som är möjligt för att ge effekt åt de bestämmelser som Sverige förbundit sig att följa i det nya upphandlingsdirektivet (jfr mål C-328/96, kommissionen mot Österrike, ovan). Det är på samma grunder svårt att se att enskilda, i detta fall vanligen anbudsgivare och leverantörer, inte skulle kunna kräva att bestämmelser i direktivet som grundar vertikal direkt effekt ska respekteras av SKL Kommentus, eftersom de skyldigheter som kommuner och landsting har enligt EU:s upphandlingslagstiftning får anses ha överförts till SKL Kommentus. I detta avseende får SKL Kommentus, oavsett sin organisationsform, anses mer funktionellt integrerat i medlemsstaten Sverige än vad Portugás var i medlemsstaten Portugal (en fråga som dessutom lämnades öppen i det målet).

---

<sup>18</sup> Se mål 188/89, Foster m.fl. mot British Gas, EU:C:1990:313, punkt 20, mål C-343/98, Collino och Chiappero, EU:C:2000:441, punkt 23, mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte, EU:C:2004:76, punkt 24 och mål C-356/05, Farrell, EU:C:2007:229, punkt 40.

<sup>19</sup> Schütze, R., *European Union Law*, a.a., s. 100.

<sup>20</sup> EU:C:1999:526.

<sup>21</sup> Se punkt 74 f. i domen.

<sup>22</sup> EU:C:2013:829.



## 5. Direktivkonform tolkning

Avsaknaden av direkt effekt i vissa fall hindrar inte att nationella domstolar och myndigheter<sup>23</sup> har en skyldighet att tolka den nationella rätten EU-konformt, dvs. i enlighet med de skyldigheter som följer av ett direktiv sedan införlivningsfristen har löpt ut (direktivkonform tolkning). I praktiken är det denna möjlighet som nationella domstolar och andra myndigheter i första hand ska utnyttja.

I mål 106/89 Marleasing (punkt 8) uttalade EU-domstolen att:

”[D]en skyldighet för medlemsstaterna som följer av ett direktiv att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet och deras förpliktelse enligt artikel [4.3 FEU] att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs, åligger *alla myndigheter i medlemsstaterna*, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer att den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets *ordalydelse och syfte* så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med [artikel 288 tredje stycket FEUF].<sup>24</sup>

I sin dom i *förenade målen C-397/01-C-403/01 Pfeiffer m.fl.* tydliggjorde domstolen att principen om direktivkonform tolkning, även om den i första hand rör bestämmelser i nationell rätt som antagits för att införliva ett direktiv, inte är begränsad till tolkningen av dessa bestämmelser, utan att den nationella domstolen måste beakta *hela den nationella rätten* för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet.<sup>25</sup>

Denna skyldighet innebär alltså att myndigheter och domstolar ska ge *största möjliga effekt åt direktivets bestämmelser*, vilket kan få konsekvenser också för enskilda rättssubjekt. Det ska tilläggas att dessa krav på direktivkonform tolkning placerar nationella domstolar, och naturligtvis i vissa fall även myndigheter, i en svår situation. De ska säkerställa EU-rättens genomslag samtidigt som de är en del av eller har anknytning till den nationella förvaltningen. De har som framgått en skyldighet att tolka den nationella rätten mot bakgrund av ett direktivs ordalydelse och syfte, även om det naturligtvis inte kan bli fråga om att träda i den felande lagstiftarens ställe.<sup>26</sup> De ska

<sup>23</sup> Se särskilt mål C-218/01, Henkel, EU:C:2004:88, punkt 60.

<sup>24</sup> Min kursivering, EU:C:1990:395.

<sup>25</sup> Se de förenade målen C-397/01–C-403/01 Bernhard Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, EU:C:2004:584.

<sup>26</sup> Jfr Schütze, R., *European Union Law*, a.a., s. 399.

korrigera *tolkningen av nationell rätt* med fullt utnyttjande av den bedömningsfrihet som de har enligt sin egen rättsordning, i överensstämmelse med unionsrättens krav.<sup>27</sup> Skyldigheten grundas således alltid på den nationella rätten och kan begränsas av de tolkningsmöjligheter som den erbjuder.

Ett skäl till att en direktivkonform tolkning inte är möjlig kan vara att den nationella bestämmelsen är så klar och precis att en direktivkonform tolkning klart skulle strida mot dess lydelse (gapet mellan direktivet och den nationella lagstiftningen är för stort). Den nationella domstolens skyldighet att beakta ett direktivs innehåll vid tolkningen och tillämpningen av relevanta bestämmelser i nationell rätt kan inte tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem*.<sup>28</sup> När diskrepansen mellan direktivtexten och den nationella rätten, inbegripet dess tolkningsutrymme, inte kan överbryggas utan att enskilda får utstå *oförutsedda rättsförluster* gör sig dessutom rättssäkerhetsskäl så starkt gällande att en direktivkonform tolkning inte kan tillåtas.<sup>29</sup> Av samma skäl som diskuterades ovan angående frånvaron av horisontell direkt effekt, får inte en direktivkonform tolkning medföra att den nationella domstolen ålägger enskilda en skyldighet som föreskrivs i ett icke-införlivat direktiv. Den får inte heller, på grundval av ett direktiv och i avsaknad av en lag för dess genomförande, fastställa eller skärpa ett straffrättsligt ansvar för personer som handlar i strid med dess bestämmelser.<sup>30</sup> När enskilda riskerar att drabbas av denna typ av rättsliga förändringar i förhållande till det nationella rättsläget, förväntas nationella domstolar iaktta större försiktighet och mer noggrant respektera den nationella bestämmelsens ordalydelse.

Ett belysande exempel kan hämtas från förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi m.fl.,<sup>31</sup> där en italiensk domstol frågade EU-domstolen om det stred mot kraven på effektiva påföljder för överträdelse av EU-rätten att den italienske presidenten Silvio Berlusconi via ett så kallat presidentdekret sänkt straffet för sådana bokföringsbrott som han själv stod åtalad för, då den italienska lagstiftningen byggde på ett EU-direktiv. Enligt EU-domstolen kunde detta direktiv inte i sig ”åberopas gentemot en tilltalad av myndigheterna i en medlemsstat i ett brottmål, eftersom ett direktiv inte i sig och utan hänsyn till en medlemsstats nationella lagstiftning, som antagits för dess genomförande, kan utgöra grundval för straffrättsligt ansvar eller för en skärpning av det straffrättsliga ansvaret för en tilltalad”.

Detta är inte förvånande med tanke på att en hög grad av förutsebarhet, vilket går hand i hand med en bokstavstrogen tolkning, är av central betydelse vid tolkning av all EU-rätt då enskilda ådöms påföljder av hänsyn till den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), som ingår bland de allmänna rättsprinciper som utgör grunden för medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som är ett särskilt uttryck för den allmänna

<sup>27</sup> Se mål 14/83, von Colson, EU:C:1984:153.

<sup>28</sup> Se mål C-268/06, Impact, EU:C:2008:223, punkt 100, och mål C-176/12, AMS, ECLI:EU:C:2014:2, punkt 39. Jfr Prechal, S., *Directives in EC Law*, 2 u. (Oxford University Press 2004), s. 193 ff.

<sup>29</sup> Se mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, EU:C:1987:431 (punkt 13) där EU-domstolen påpekade att skyldighet att göra en direktivkonform tolkning begränsas av de allmänna rättsprinciper som utgör del av gemenskapsrätten och särskilt av principerna om rättssäkerhet och icke-retroaktivitet.

<sup>30</sup> Se mål C-168/95 Arcaro, EU:C:1996:363, punkt 42, och mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, EU:C:1987:431, punkterna 13 och 14.

<sup>31</sup> EU:C:2005:270, se punkt 78 i domen.

rättssäkerhetsprincipen.<sup>32</sup> Legalitetsprincipen innebär ett krav på att unionsbestämmelserna ska ge klara definitioner på vad som är en överträdelse och vilket straff som följer på denna. Detta villkor är uppfyllt när en enskild av den relevanta bestämmelsens lydelse och, vid behov, med hjälp av domstolarnas tolkning av lydelsen kan utläsa vilka handlingar och underlåtenheter som leder till straffrättsligt ansvar.<sup>33</sup>

Principen om konform tolkning hindrar emellertid inte att det i vissa fall uppstår ”negativa återverkningar” för tredje man, vilket i praktiken kan leda till relativt betydande ingrepp i enskildas rättspositioner. En enskild kan således inte förlita sig på (eller har inga EU-rättsligt skyddade förväntningar på) *att en nationell bestämmelse som enligt fast nationell praxis alltid har tolkats på ett visst sätt även i fortsättningen kommer att tolkas på detta sätt.*<sup>34</sup> Om en motsvarande bestämmelse finns i ett direktiv, och EU-domstolen skulle komma fram till en annan tolkning än den som följer av nationell praxis, kan den nationella domstolen vara tvungen att tillämpa EU-domstolens tolkning även i förhållanden mellan enskilda där ena parten har förlitat sig på att den tidigare nationella rättspraxisen skulle gälla. Detsamma gäller *förarbetsuttalanden*, vilket kan vara av särskilt intresse i Sverige, där dessa tillmäts stor betydelse som rättskälla. Detta var särskilt tydligt i mål C-371/02, *Björnekulla*,<sup>35</sup> där EU-domstolen uttalade att den direktivkonforma tolkningen måste ges företräde *även om det finns upplysningar av motsatt innebörd i förarbetena till den nationella bestämmelsen.*

## 6. Interlegalitet

Termen interlegalitet (inter-legality) har på senare tid dykt upp i den akademiska diskussionen som en adekvat beskrivning av vad som händer när EU-rätt och nationell rätt på detta sätt ska tillämpas samtidigt inom ramen för den nationella rättsordningen.<sup>36</sup> Interlegalitet representerar ett möte mellan två rättsordningar där resultatet inte ska utmynna i ett lagval utan ett resultat som utifrån båda rättsordningarna framstår som acceptabelt. Det handlar alltså inte om att tillämpa den nationella eller EU-rättsliga regeln utan istället skapa ny sammanvävd rätt.<sup>37</sup> EU-domstolen har accepterat att en sådan sammanvävning inte alltid kan leda till ett fullt tillfredsställande resultat i

<sup>32</sup> Se t.ex. mål C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, EU:C:2007:261, punkt 49 och mål C-308/06, *Intertanko*, EU:C:2008:312, punkt 70. Se också Lenaerts, K. and Gutiérrez-Fons, J.A., *EUI working paper, To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, AEL 2013/9, s. 7.

<sup>33</sup> Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet *Advocaten voor de Wereld*, punkt 50, och Europadomstolens dom av den 22 juni 2000 i mål *Coëme m.fl. mot Belgien*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VII, § 145.

<sup>34</sup> Se t.ex. mål 456/98, *Centrosteeel*, EU:C:2000:402, punkterna 16-17. Jfr även Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod*, a.a., s. 190 f.

<sup>35</sup> EU:C:2004:275.

<sup>36</sup> Om interlegality i allmänhet, se Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation*, 2a uppl., Butterworths 2002, s. 347, där det beskrivs som 'different legal spaces superimposed, interpenetrated and mixed in our minds, as much as in our actions.' Se också Tuori, K, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press 2015, s. 80.

<sup>37</sup> Se Amstutz, M., *In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning*, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 6, November 2005, s. 769.

ett EU-rättsligt perspektiv. Detta uttrycks som framgått med att den nationella rätten inte ska tolkas *contra legem*. Samtidigt kan utläsas av EU-domstolens rättspraxis att förbudet mot tolkning *contra legem* inte är samma sak som att nationella domstolar och andra rättstillämpande myndigheter upplever att en EU-konform tolkning eller en tillämpning av EU:s allmänna rättsprinciper skulle framstå som främmande i den nationella domstolens perspektiv. Det finns alltså inga garantier att det sammanvägda resultatet är fullt tillfredsställande för den nationella rättsordningen i rättskulturell bemärkelse. Det förutsetts t.ex. att alla nationella tolkningsmetoder inom nationell rätt utnyttjas även om de normalt inte används i det nationella sammanhang som det är fråga om. I bedömningen ingår också en avvägning mellan EU-rättens effektivitetskrav, dvs. anspråk på genomslag i nationell tillämpning, och andra berättigade intressen såsom rättssäkerhet i olika former: berättigade förväntningar, *res judicata* etc. Vi denna avvägning kan dock inte enbart den nationella rätten läggas till grund, utan motstående intressen bör betraktas i ett alleuropeiskt perspektiv där det finns vägledande praxis från EU-domstolen om vad som krävs.<sup>38</sup>

Mot denna bakgrund är det självfallet viktigt att skyldigheten att iaktta direktivkonform tolkning inte stannar vid en textuell jämförelse av nationella bestämmelser och direktivets bestämmelser. Rättspraxis från EU-domstolen som förklarar och i vissa fall utvidgar betydelsen av direktivtexten måste naturligtvis beaktas, men också fördragsbestämmelser, rättighetsstadgan, allmänna rättsprinciper och internationella avtal som EU ingått, när dessa rättskällor är relevanta för en korrekt tolkning av direktivet.<sup>39</sup> Överlag kan alltså konstateras att den nationella domstolen eller en annan rättstillämpande myndighet inte kan nöja sig med en internrättsligt präglad tolkning om den leder till en felaktig tolkning av EU-rätten, utan måste beakta EU-rättsliga källor och tolkningsmetoder av relevans för bedömningen.

Grundtanken med EU:s rättsordning är att de gemensamma reglerna också ska tillämpas och tolkas på samma sätt i alla medlemsstater. Precis som konstaterades av generaladvokat Geelhoed i *Marks & Spencer*,<sup>40</sup> har medlemsstaternas skyldigheter enligt ett direktiv inte fullgjorts om inte de syften som avses i direktivet har förverkligats eller säkerställts. Enbart införlivandet genom lagstiftning kan således inte utgöra ett tillräckligt genomförande av ett direktiv. Den myndighet som svarar för tillämpningen och de nationella domstolarna är skyldiga att *sörja för att det resultat som avses i direktivet verkligen säkerställs*.

Det har likväl inträffat att svenska domstolar har ansetts sig förhindrade att följa EU-domstolens rättspraxis av internrättsliga skäl. Ett tydligt exempel på detta är när den dåvarande Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) vägrade tolka in de s.k. Teckal-kriterierna i svenska upphandlingslagen trots att dess kriterier följde av en fast rättspraxis från EU-domstolen

---

<sup>38</sup> Se t.ex. mål C-234/04, Kapferer, EU:C:2006:178, punkt 22, C-2/08, Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punkt 23, C-507/08, kommissionen mot Slovakien, EU:C:2010:802, punkt 60 och C-213/13, Impresa Pizzarotti, EU:C:2014:2067, punkt 59.

<sup>39</sup> Mål C-275/06, Promusicae, EU:C:2008:54, punkt 68. Se även mål C-62/00, Marks & Spencer, EU:C:2002:435 (ang. principen om berättigade förväntningar). Internationella avtal är enligt artikel 216.2 FEUF inte bara bindande för Unionens institutioner utan också för medlemsstaterna. Se även Rosas, A. & Armati, L., EU Constitutional Law, 2 u. (Hart Publishing 2012), s. 74 samt Lenaerts, K. and Gutiérrez-Fons, J.A., EUI working paper, To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, AEL 2013/9, s. 33 ff.

<sup>40</sup> C-62/00, Marks & Spencer, EU:C:2002:49, punkt 42.

avseende motsvarande bestämmelser i de då tillämpliga upphandlingsdirektiven.<sup>41</sup> Regeringsrättens *contra legem*-resonemang grundades här på rättskulturella skäl: EU-domstolens tolkning var främmande för svenska rättsförhållanden och förutsatte därför särskilt lagstöd för att gälla i Sverige. Problemet var inte att gapet mellan den svenska införlivningslagstiftningen och direktivet var för stort för att överbryggas. Regeringsrättens tolkning var därför *från ett EU-rättsligt perspektiv* (men inte från ett nationellt konstitutionellt perspektiv) systemfrämmande och illojal.<sup>42</sup>

## 7. Betydelsen av allmänna rättsprinciper mm

Slutligen ska nämnas att såväl EU:s fördragsbestämmelser, EU:s rättighetsstadga och allmänna rättsprinciper i allmänhet, förutom att tjäna som tolkningsbakgrund, kan förändra den nyss beskrivna situationen. Det är den målinriktade direktivformen som hindrar horisontell direkt effekt. Det är emellertid numera vanligt förekommande att direktivbestämmelser anknyter till fördragsbestämmelser eller bestämmelser i stadgan. Det är vidare frekvent förekommande att tidigare rättspraxis kodifieras i direktivtexten. I samtliga dessa fall kan en bakomliggande och självständig rättskälla än direktivet ge stöd för tolkningar och i vissa fall helt ta över, eftersom fördragsbestämmelser, stadgebestämmelser och allmänna rättsprinciper mycket väl kan ha horisontell direkt effekt. När det gäller kodifierad rättspraxis måste observeras att denna sammanhänger med ett tidigare fastställt rättsläge och naturligtvis kan ha ett självständigt rättsvärde oberoende av direktivet.

Denna rättsutveckling illustreras väl av *mål C-144/04 Mangold*.<sup>43</sup> Här hade ett förbud mot åldersdiskriminering formulerats i ett direktiv som skulle genomföras i medlemsstaterna. Trots att fristen för att genomföra direktivet inte hade löpt ut ansågs förbudet vara tillämpligt då det vilade på en allmän rättsprincip som skulle iakttas oberoende av direktivet.

EU-domstolens dom i *Mangold* visar tydligt att EU:s allmänna rättsprinciper kan ha samma genomslag i medlemsstaterna som fördragsbestämmelser och annan direkt tillämplig EU-rätt, i synnerhet förordningar. Kravet på samspel mellan EU-rätten och den nationella rätten och de rättssäkerhetsproblem som kan uppstå vid diskrepanser mellan de bägge systemen uppstår främst när bestämmelser i direktiv inte har blivit korrekt införlivade (se ovan). EU-domstolens ställningstagande i *Mangold* har sedermera bekräftats i *mål C-555/07 Küçükdeveci mot Swedex*.<sup>44</sup>

Alla EU:s allmänna rättsprinciper har dock inte samma genomslag vid nationell tillämpning, oavsett om de återges (kodifieras) i EU:s rättighetsstadga eller ej. Det krävs att en rättsprincip är precis och ovillkorlig för att den ska ha direkt effekt och kunna användas självständigt. Denna distinktion kommer till uttryck i rättighetsstadgan genom en uppdelning mellan ”rättigheter” och

<sup>41</sup> RÅ 2008 ref. 26, SYSAV.

<sup>42</sup> Se Hettne, J., Rättsutlåtande ang. införlivning av de s.k. Teckal-kriterierna i svensk upphandlingsrätt. Bilaga 4 till SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.

<sup>43</sup> Se mål C-144/04 Werner Mangold mot Rüdiger Helm, EU:C:2005:709, punkt 64.

<sup>44</sup> Se mål C-555/07 Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co KG, EU:C:2010:21.

”principer”. Det är bara de bestämmelser i EU:s rättighetsstadga som anses konstituera ”rättigheter” som kan ha direkt effekt. Exempel på bestämmelser som inte har sådan effekt är de mer policybetonade målen som rätt till utbildning, sjukvård, god miljö osv.<sup>45</sup> Således är inte alla EU:s allmänna rättsprinciper så precisa och ovillkorliga att de i sig själva kan ha direkt effekt. Vissa principer fungerar enbart som tolkningsbakgrund. Ett tydligt exempel kan hittas i mål C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS)*<sup>46</sup> där artikel 27 i stadgan, i vilken föreskrivs att arbetstagare på lämpliga nivåer ska garanteras rätt till information och samråd i de fall och på de villkor som föreskrivs i unionsrätten samt i nationell lagstiftning och praxis, inte hade självständiga rättsverkningar utan behövde preciseras i unionsrätten eller i nationell rätt för att få effekt.

Det är inte bara rättsprinciper som kodifieras utan det är som nämnt också vanligt att nya rättsakter innehåller kodifierad rättspraxis för att tydliggöra rättsläget. Om det handlar om renodlad kodifiering innebär en sådan förändring inte att rättsläget ändras i egentlig mening. Det är då enbart fråga om ett förtydligande av vad som redan gällt enligt det tidigare direktivet.<sup>47</sup> Tidigare rättspraxis har då ett självständigt rättskällevärde i förhållande till ett nytt direktiv, vilket kan ha betydelse vid bedömningar om bestämmelser i det nya direktivet har direkt effekt eller inte. En kodifiering är dock sällan fullständigt renodlad utan kan innebära en viss tolkning av EU-domstolens rättspraxis som inte behöver vara uppenbar för alla. Det ska påpekas att en kodifiering alltid innebär en generalisering av en viss rättsutveckling som dithills enbart prövats i förhållande till faktiska och rättsliga omständigheter i vissa medlemsstater. Det är vidare vanligt att unionslagstiftaren (vanligen Europaparlamentet och rådet) vid en kodifiering tar tillfället i akt att precisera EU-domstolens rättspraxis i syfte att göra den enklare att tillämpa. Det är slutligen inte heller uteslutet att en förändring som vid en första anblick framstår som en kodifiering i själva verket förändrar EU-domstolens rättspraxis. Lagstiftaren har rätt att genom ny lagstiftning ändra äldre rättspraxis så länge denna praxis inte grundar sig på primärrätten (fördragen och rättighetsstadgan), vilken i formell mening inte kan ändras genom sekundärrätten (direktiv, förordningar och beslut).<sup>48</sup> Om det inte är fråga om en renodlad kodifiering, utan en förändring av rättsläget, bör samma överväganden om ett direktivs rättsliga verkningar göras som i förhållande till direktivtexten i övrigt.

---

<sup>45</sup> Jfr artikel 52.5 i stadgan som anger att de bestämmelser som innehåller principer får genomföras genom lagstiftningsakter och verkställighetsakter som beslutas av unionens institutioner, organ och byråer och genom medlemsstaternas akter när de vid utövandet av sina respektive befogenheter genomför unionsrätten. De får prövas i domstol endast när det är fråga om tolkningen av sådana akter och prövningen av deras laglighet. I förklaringarna avseende stadgan, som enligt artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan, ska beaktas vid tolkningen av densamma, anges som exempel på ”principer”, rättigheter för äldre och funktionshindrade samt miljöskydd (artiklarna 25, 26 och 37).

<sup>46</sup> Mål C-176/12, AMS, ECLI:EU:C:2014:2.

<sup>47</sup> Jfr Hettne, J., Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, Norstedts juridik 2008, s. 274 f.

<sup>48</sup> *Ibid.*, s. 230 f.

## 8. Om EU-rättslig tolkning

Ovan har konstaterats att vid tolkning av nationell rätt som omfattas av EU-rättens tillämpningsområde, kan inte traditionella tolkningsmetoder läggas till grund om det sammanvägda resultatet ska bli godtagbart i ett EU-rättsligt perspektiv. Nationella domstolar och andra rättstillämpande myndigheter måste alltså anamma EU-rättsliga tolkningsmetoder vid denna sammanvägda bedömning (interlegalitet) och naturligtvis tolka EU:s fördrag, rättsakter och principer på det sätt som sker inom EU, i sista hand av EU-domstolen, som är den högsta uttolkaren av EU-rätten.

I det följande görs några påpekanden av särskild betydelse för tolkningen av det nya upphandlingsdirektivet inom ramen för svensk rätt. Det bör observeras att EU-domstolen använder många olika tolkningsmetoder i sin verksamhet. Domstolen använder sig inte enbart av en teleologisk tolkningsmetod, även om den har blivit mest känd för detta. Domstolen utgångspunkt är att vid tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse ska man *inte bara beakta dess lydelse, utan också dess sammanhang och de syften som eftersträvas med den*.<sup>49</sup> Detta leder i sin tur till en rad olika tolkningsmetoder, till exempel bokstavstrogen tolkning, betydelsen av flera språkversioner, autonom tolkning, analogitolkning och systematisk tolkning.

### *Olika språkversioner*

I *mål 283/81 CILFIT* framhöll EU-domstolen att unionsrättens bestämmelser är avfattade på flera språk och att de olika språkversionerna är lika giltiga. En tolkning av en unionsrättslig bestämmelse kräver därför en jämförelse av de 24 olika språkversionerna.<sup>50</sup> Det är därför vanligt förekommande att EU-domstolen jämför en bestämmelses lydelse på alla de officiella språken.<sup>51</sup> Om det råder osäkerhet hur direktiv 2014/24 ska tolkas, bör alltså inte enbart den svenska språkversionen beaktas.

### *Ingressens betydelse*

EU:s bindande rättsakter med allmän räckvidd (direktiv och förordningar) innehåller en inledande ingress med ett antal skäl (eller beaktandesatser) som föregår de juridiskt bindande artiklarna. Skälen är alltså till skillnad från artiklarna inte juridiskt bindande, men utgör viktiga tolkningsdata i förhållande till de artiklar som de anknyter till. För att skälen ska ha betydelse för tolkningen måste det dock finnas ett funktionellt samband mellan dessa och de bindande artiklarna. Skälen har alltså inget tolkningsvärde om en sådan anknytning saknas. Antalet skäl i rättsakternas ingress har

<sup>49</sup> Se bl.a. *mål 292/82, Merck*, EU:C:1983:335, punkt 12, och *mål 337/82 St. Nikolaus Brennerer*, EU:C:1984:69, punkt 10.

<sup>50</sup> Se *mål 283/81, CILFIT*, EU:C:1982:335, punkt 18.

<sup>51</sup> Se t.ex. *mål C-83/96, Provincia autonoma di Trento*, EU:C:1997:414, punkt 13.

ökat påtagligt genom åren, och det är numera vanligt att rättsakterna innehåller fler oförbindande skäl än bindande artiklar.

Ett exempel på en tämligen fri användning av skälen i ingressen som stöd för tolkning kan man finna i EU-domstolens dom i mål C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*, där den använde skäl 101 i det nya upphandlingsdirektivet 2014/24, som alltså inte var tillämpligt i tvisten, för att förklara hur uteslutningsgrunder betraktas i unionsrätten på ett mer allmänt plan.

Domstolen anförde att:

”37 För övrigt visar skäl 101 i direktiv 2014/24 som antogs efter de faktiska omständigheterna i det nationella målet – vari det anges att upphandlande myndigheter bör ges möjlighet att utesluta ekonomiska operatörer, exempelvis till följd av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler vilket kan innebära att en ekonomisk aktörs redbarhet ifrågasätts – att den uteslutningsgrund som anges i punkt 35 i förevarande dom är motiverad enligt unionsrätten. Samma uteslutningsgrund är för övrigt klart och tydligt föreskriven i artikel 57.4 d i det direktivet.”

Skälen kan alltså innehålla rättsligt relevant information, t.ex. om gällande rättspraxis och om bakgrunden till de ändringar som införs, men utgör inte en självständig rättskälla. Skälen fungerar som tolkningsstöd till andra bindande rättskällor.

## 9. EU-domstolens rättspraxis avseende direkt effekt av bestämmelser i upphandlingsdirektiv

I det följande redovisas exempel från EU-domstolens rättspraxis där domstolen har analyserat bestämmelser i upphandlingsdirektiv för att bedöma om de direkt kan läggas till grund för nationell rättstillämpning trots att de inte ha införlivats med den nationella rätten. Det första målet i vilket EU-domstolen gjorde en sådan bedömning är C-31/87, *Beentjes*.<sup>52</sup> Det aktuella direktivet var 71/305/EEG och tolkningsfrågan rörde artiklarna 20, 26 och 29. Varken direktivtexten eller domen finns på svenska.

EU-domstolen underströk till att börja med att medlemsstaterna har en skyldighet att genom *direktivkonform tolkning* eftersträva att den nationella upphandlingsrätten överensstämmer med direktivets ordalydelse och syfte, även om direktivets bestämmelser inte har införlivats med nationell rätt inom den föreskrivna fristen eller om de införlivats felaktigt (hänvisning till ovannämnda 4/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*). Därefter framhölls (punkt 40) att:

”where the provisions of a directive appear, as far as their subject-matter is concerned, to be *unconditional and sufficiently precise*, those provisions may be relied on by individuals against the

---

<sup>52</sup> EU:C:1988:422.



State where that State fails to implement the directive in national law within the prescribed period or where it fails to implement the directive correctly.”

Domstolen angav sedan att bestämmelser som rör *deltagande och annonsering* är avsedda att skydda anbudsgivare mot godtyckliga bedömningar från upphandlande myndigheter. Eftersom de aktuella bestämmelserna i målet rörde kontrollen av huruvida anbudsgivare hade rätt att delta i upphandlingar samt regler rörande annonsering och då inga särskilda införlivningsåtgärder var nödvändiga för att dessa kriterier skulle kunna tillämpas, var bestämmelserna i direktivet som föreskrev dessa skyldigheter för medlemsstaternas upphandlande myndigheter tillräckligt precisa och ovillkorliga för att kunna grunda direkt effekt.

EU-domstolen har i senare mål återknutit till sin bedömning i Beentjes, i framför allt målen C-76/97, Tögel<sup>53</sup> och C-258/97, HI,<sup>54</sup> som båda gällde direktiv 92/50/EEG.

I det senaste målet, *HI*, gavs ett tämligen utförligt svar, som här återges:<sup>55</sup>

”33. Den hänskjutande domstolen vill genom sin femte fråga i huvudsak få klarhet i om enskilda kan åberopa bestämmelserna i direktiv 92/50 vid nationella domstolar.

34. Såsom domstolen påpekade i punkt 42 i domen i det ovannämnda målet Tögel har enskilda enligt fast rättspraxis (dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 40), när bestämmelserna i ett direktiv med hänsyn till sitt innehåll förefaller vara ovillkorliga och tillräckligt precisa, rätt att åberopa dessa gentemot staten, om staten inte har införlivat direktivet med nationell rätt inom föreskriven tid eller har införlivat det på ett felaktigt sätt.

35. Det skall således undersökas om bestämmelserna i fråga i direktiv 92/50, med hänsyn till sitt innehåll, förefaller vara ovillkorliga och tillräckligt precisa, för att kunna åberopas av en enskild gentemot staten.

36. Det skall härvid till att börja med påpekas, såsom slogs fast i punkt 44 i domen i det ovannämnda målet Tögel, att bestämmelserna i avdelning I, som avser direktivets materiella tillämpningsområde och den personkrets som direktivet är tillämpligt på, och i avdelning II, som behandlar vilka förfaranden som är tillämpliga på kontrakt som avser tjänster i bilagorna 1 A och 1 B, är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas vid nationell domstol.

37. I punkt 45 i domen i det ovannämnda målet Tögel slogs även fast att enligt artiklarna 8-10, som ingår i avdelning II, har de upphandlande myndigheterna en ovillkorlig och precis skyldighet att tilldela offentliga kontrakt på tjänster enligt nationella förfaranden som, vad avser tjänster som helt och hållet eller huvudsakligen omfattas av bilaga 1 A, överensstämmer med bestämmelserna i avdelningarna III-VI eller, vad avser tjänster som helt och hållet eller huvudsakligen omfattas av bilaga 1 B, överensstämmer med bestämmelserna i artiklarna 14 och 16. Medan artikel 14 ingår i avdelning IV, återfinns artikel 16 i avdelning V.

---

<sup>53</sup> EU:C:1998:432.

<sup>54</sup> EU:C:1999:118.

<sup>55</sup> Min kursivering.

38. Slutligen slog domstolen fast i punkt 46 i domen i målet Tögel att de detaljerade bestämmelserna i avdelningarna III-VI i direktiv 92/50, som rör valet av upphandlingsförfarande, reglerna för formgivningstävlingar, de gemensamma bestämmelserna på det tekniska området och på området för publicering samt reglerna för deltagande, urval och tilldelning, med förbehåll för undantag och nyanser som framgår av bestämmelsernas lydelse, är ovillkorliga och tillräckligt klara och precisa för att de som tillhandahåller tjänsterna skall kunna åberopa dem vid nationella domstolar.

39. Den femte frågan skall således besvaras så, att enskilda direkt kan åberopa bestämmelserna i avdelningarna I och II i direktiv 92/50 vid nationella domstolar. Enskilda kan likaledes åberopa bestämmelserna i avdelningarna III-VI vid nationella domstolar, förutsatt att det framgår av en individuell undersökning av deras lydelse att de är ovillkorliga och tillräckligt klara och precisa.”

EU-domstolen har alltså redan klarlagt, om än i tämligen allmänna ordalag, att följande typer av bestämmelser i upphandlingsdirektiven normalt har vertikal direkt effekt, dvs. anbudsgivare och leverantörer kan ställa krav på att de ska iaktas under ett upphandlingsförfarande och kan också göra dessa krav gällande vid ett eventuellt överklagande.

1. Bestämmelser angående vilka krav som kan ställas på deltagande i upphandlingar.
2. Bestämmelser angående annonsering.
3. Bestämmelser som fastställer direktivets materiella tillämpningsområde.
4. Bestämmelser som fastställer vilken personkrets som direktivet är tillämpligt på.
5. Bestämmelser som anger vilka förfaranden som är tillämpliga på en viss typ av kontrakt.
6. Bestämmelser som pekar ut när nationella upphandlingsförfaranden ska tillämpas.
7. Bestämmelser som rör val av upphandlingsförfarande.
8. Bestämmelser som rör regler för formgivningstävlingar.
9. Bestämmelser som rör tekniska specifikationer.
10. Bestämmelser om urval och tilldelning.

Överlag gäller att bestämmelserna likväl *kan* innehålla undantag och ge utrymme för valmöjligheter för medlemsstaterna som kan förändra utgångsläget för bedömningen. Det kan inte heller bortses från det historiska och rättsliga sammanhang som utgjorde ramen för EU-domstolens bedömning i dessa mål. Direktiv 92/50/EEG innebar en påtaglig vidgning av upphandlingsskyldigheten till tjänsteområdet. Effekten av denna reform riskerades att helt utebli i de medlemsstater som var försenade med att införliva direktivet. Det är inte uteslutet att införande av ytterligare förfarandeval för upphandlande myndigheter (inom ramen för den sedan tidigare gällande upphandlingsskyldigheten) kan betraktas annorlunda.

### *Särskilt angående kodifiering*

En kategori som har tillkommit i senare upphandlingsdirektiv, i synnerhet direktiv 2014/24/EU, är kodifiering av rättspraxis från EU-domstolen. Om det handlar om renodlad kodifiering innebär en sådan förändring som framgått inte att rättsläget ändras i egentlig mening. Det som sägs i direktivet gäller då redan och varken frågan om direkt effekt eller direktivkonform tolkning bör vålla några

problem. Som också framgått är dock sällan en kodifiering helt renodlad. Det finns emellertid anledning att utgå ifrån att kodifieringar i direktiv 2014/24/EU, både på grund av det rättsliga sammanhanget (förekomsten av tidigare rättspraxis) och förändringens karaktär (normalt en precisering som inte lämnar utrymme för skilda former av genomförande), kan läggas till grund för direktivkonform tolkning. De bestämmelser som denna kodifiering eller kvasi-kodifiering resulterar i bör också i normalfallet kunna tillerkännas direkt effekt. Det finns dock anledning att återkomma till kodifieringsfrågor i analysen.

## 10. Analys av bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU

### 10.1 Inledning

#### *Direktivets tillämpning i tiden*

Den tidsmässiga utgångspunkten för vilka regler som gäller för en viss upphandling är den tidpunkt då den upphandlande myndigheten fattar beslut att inleda ett upphandlingsförfarande. Så länge detta beslut följs och inte ändras, t.ex. genom att en annan typ av förfarande används, gäller alltså de regler som då var i kraft. Om en upphandlande myndighet före den 18 april 2016 har fattat beslut att inleda ett upphandlingsförfarande gäller sålunda 2004 års direktiv och sammanhängande svenska regler. Det bör dock noteras att beslutet kan ifrågasättas om inga åtgärder vidtas som visar att det är allvarligt menat.<sup>56</sup>

Upphandlingsmyndighetens sammanfattning av rättsläget framstår som korrekt.<sup>57</sup> En upphandling annonserats före den 18 april 2016 är de äldre direktiven tillämpliga på upphandlingen och fråga om direktivkonform tolkning eller direkt effekt i förhållande till de nya direktiven blir inte aktuell. Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten eller enheten före detta datum beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande, dvs. en anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader, eller tilldela en koncession, och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Men även om detta datum har passerats och exempelvis annonsering sker den 18 april 2016 eller senare är det möjligt att det är de äldre direktiven som ska tillämpas. Man måste då avgöra om den upphandlande myndigheten eller enheten dessförinnan, i enlighet med EU-domstolens praxis, inlett förfarandet genom att välja vilken typ av förfarande som ska användas och slutligt avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen.

---

<sup>56</sup> Se EU-domstolen dom i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, EU:C:2000:543.

<sup>57</sup> Bedömningen grundas också på HFD 2013 ref. 31 s. 7. Se s. 17 i Upphandlingsmyndighetens vägledning: Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden? (2016-04-14).

### *Frånvaron av horisontell direkt effekt*

En fråga som bör ställas inledningsvis är vidare om det har betydelse att bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU inte kan ha s.k. *horisontell direkt effekt*, dvs. att de inte kan skapa ett nytt rättsläge i Sverige som är till nackdel för en enskild part? Det är som bekant Sverige som inte har införlivat direktiv 2014/24/EU i tid. Av EU-rätten, i synnerhet principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU, följer att svenska myndigheter och domstolar, trots att direktivet inte har införlivats, ska göra allt som är möjligt för att ge effekt åt de förändringar som man förbundit sig att införa. Som diskuterats ovan finns dock en gräns, vanligen uttryckt som en aspekt av rättssäkerhet (rättslig förutsebarhet), att skyldigheter som direktivet ålägger enskilda parter inte kan ha direkt effekt. En motsvarande begränsning finns vid direktivkonform tolkning. Enskilda ska inte åläggas nya skyldigheter, i synnerhet inte ett nytt straffrättsligt ansvar. I upphandlingsdirektiven finns i huvudsak förfaranderegler och anvisningar som syftar till likabehandling av anbudsgivare och därmed till att skapa förutsättningar för fri rörlighet för varor och tjänster inom EU. Det grundläggande syftet är som bekant att underlätta för företag i hela EU att konkurrera om offentliga kontrakt. Dessa regler om annonsering, tekniska och andra krav samt tilldelningskriterier har under upphandlingsrätten utveckling generellt inneburit utökade rättigheter för anbudsgivare som gör att de kan ställa krav på medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter. Innehållet i upphandlingsdirektiv skapar därför i allmänhet förutsättningar för vertikal direkt effekt. Det kan konstateras att EU-domstolen hittills inte har ansett det behövt att i detalj klarlägga om en enskild individ eller företag kan grunda rättigheter på en viss bestämmelse i ett upphandlingsdirektiv för att bestämmelsen ska kunna tillerkännas direkt effekt (ett kriterium ofta förknippat med direkt effekt), utan haft som allmän utgångspunkt att upphandlingsdirektiven gynnar enskilda företags affärsverksamhet genom att förbättra förutsättningarna för gränsöverskridande tjänster och varuförsäljning. Eftersom bestämmelserna i upphandlingsdirektiven är tämligen detaljerade har EU-domstolens bedömning hittills varit att de flesta bestämmelser i direktiven kan tillerkännas direkt effekt. Detta är naturligtvis en viktig utgångspunkt vid den fortsatta analysen.<sup>58</sup> Direktiv 2014/24/EU är dock inte enbart ägnat att förbättra rättsläget för enskilda. De nya bestämmelserna medför inte enbart fördelar för företag utan innehåller också skärpningar av de krav som kan ställas på dessa. I sådana fall räcker det inte att kraven är tillräckligt precisa och ovillkorliga. Om de ska kunna genomföras gentemot anbudsgivare i en situation då direktivet inte har införlivats, måste

---

<sup>58</sup> I Sverige har direkt effekt ansetts innebära att klara och ovillkorliga bestämmelser skapar individuella rättigheter som enskilda kan göra gällande inför domstolar och andra myndigheter. Samma synsätt har man även haft i t.ex. Tyskland och Storbritannien. Denna definition av begreppet är dock snävare än den EU-domstolen tycks utgå från. EU-domstolen har inte ens skilt begreppet direkt effekt från begreppet direkt tillämplig, som innebär att införlivningsåtgärder är obehövligen för tillämpningen av en folkrättslig regel. Detta har självfallet framstått som förvånande för dem som förknippar direkt effekt-begreppet med individuella rättigheter. I andra länder har man mer sett till bestämmelsens allmänna användbarhet i den judiciella verksamheten, dvs. det är inte avgörande för att en bestämmelse ska anses ha direkt effekt att den är avsedd att skapa rättigheter för enskilda, utan det räcker att den uttrycker en klar och ovillkorlig förpliktelse. Att bestämmelser fastställer rättigheter skulle alltså vara kännetecknande för direkt effekt men inte ett villkor i sig. Se närmare Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), *EU-rättslig metod*, a.a., s. 218 ff.

den befintliga nationella rätten vara utformad på ett sådant sätt att de nya kraven kan tolkas in utan att detta kan uppfattas som att nya skyldigheter uppstår för anbudsgivarna (gränsen för direktivkonform tolkning). Den horisontella direkta effekten av direktivbestämmelserna, dvs. att lägga dessa bestämmelser direkt till grund, är då dessutom definitivt utesluten.

Det ska slutligen nämnas att det är följt möjligt att en ny skyldighet för en anbudsgivare eller leverantör kan innebära fördelar för en annan konkurrerande anbudsgivare eller leverantör, t.ex. en ny uteslutningsgrund. Det betyder dock inte att den konkurrerande anbudsgivaren (tredje man i detta fall) av denna anledning har ”rättigheter” som måste tillgodoses. Diskussionen om rättigheter och skyldigheter begränsar sig till de enskilda individer och företag som omedelbart berörs av de nya bestämmelserna. S.k. negativa återverkningar kan bortses från i själva principdiskussionen.<sup>59</sup>

### *Tågordning*

När en upphandlande myndighet eller en domstol ska avgöra vilka bestämmelser som ska iakttas respektive borde ha iakttagits vid en offentlig upphandling i Sverige efter den 18 april 2016, då direktiv 2014/24/EU senast skulle ha varit införlivat, ska myndigheten eller domstolen som framgått göra en prövning i två steg. I praktiken är det naturligt att först försöka lösa problemet med en direktivkonform tolkning. Följande frågor bör därför ställas.

1. Kan med utgångspunkt i nu gällande upphandlingslagstiftning, bl.a. lag (2007:1091) om offentlig upphandling, relevanta bestämmelser i direktiv 2014/24/EU få betydelse genom principen om direktivkonform tolkning? Vägledning kan här hämtas från regeringens förslag till förändringar i upphandlingslagstiftningen eftersom därigenom framgår hur stora förändringar i nu gällande regelverk som regeringen föreslår. Om ändringarna framstår som preciseringar snarare än stora materiella förändringar, talar detta för att en direktivkonform tolkning är möjlig.
2. Om en direktivkonform tolkning inte framstår som möjlig, med hänsyn till att det rättsliga gapet mellan vad som följer av den svenska lagstiftningen och det nya direktivet är för stort, kan då istället de nya direktivbestämmelserna direkt läggas till grund för bedömningen med hänsyn till att de är tillräckligt precisa och ovillkorliga, dvs. ha direkt effekt? På motsvarande sätt som ang. direktivkonform tolkning ovan kan regeringens förslag till förändringar i det svenska regelverket ge vägledning. Om regeringen föreslår utfyllande regler i sin proposition tyder det på att direktivbestämmelserna inte är tillräckligt precisa och ovillkorliga för att användas direkt. Om regeringens förslag innebär att de nya bestämmelserna återges i det närmaste ordagrant i lagtexten talar detta för att de är tillräckligt precisa och ovillkorliga för att ha direkt effekt.

---

<sup>59</sup> Jfr Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod, a.a., s. 190 ff.

I båda fallen måste dock kontrolleras att enskilda företag (vanligen anbudsgivare eller leverantörer) inte åläggs nya skyldigheter till följd av tolkningen eller den direkta effekten, som innebär att en sådan tolkning eller tillämpning står i strid med principen om rättssäkerhet (kravet på rättslig förutsebarhet).

I det följande placeras viktigare bestämmelser i direktiv 2014/24/EU i kategorier för att göra det möjligt att föra en allmän diskussion om vilka bestämmelser som typiskt sett kan läggas till grund för rättstillämpning i Sverige innan de har införlivats med svensk rätt. Det ska dock påpekas att svaret sällan är helt givet. Frågorna måste bedömas i förhållande till relevant omständigheter i varje enskilt fall. I det följande ges därför framför allt *utgångspunkter* som kan läggas till grund för vilka bedömningar som behöver göras.

## 10.2 Definitioner

Nya definitioner är i allmänhet mycket precisa och ovillkorliga och kan därför användas utan att några införlivningsåtgärder har skett, se t.ex. artiklarna 2.1.14 a) om s.k. grossistverksamhet, 2.1.15 om stödverksamhet för inköp och 2.1.20, definition av livscykel, i direktiv 2014/24/EU. Motsvarande gäller för den sammanhängande regleringen av livcykelkostnader i artikel 68 i direktivet som förefaller ägnad att direkt kunna läggas till grund för rättstillämpning.

Den allmänna reservationen att det ska beaktas att enskildas rättsställning inte försämrats gäller naturligtvis, men torde sällan ha betydelse när det gäller definitioner. Om den ifrågasatt definitionen kan ses som en precisering av en tidigare gällande definition kan den nya definitionen ges genomslag med stöd av en direktivkonform tolkning. I andra fall kan de bli fråga om att tillämpa direktivets nya definition direkt (direkt effekt).

## 10.3 Tekniska specifikationer

Tekniska specifikationer måste anges av upphandlande myndigheter i upphandlingsdokumenten. I artikel 42.1 fjärde stycket i direktiv 2014/24/EU framgår att de tekniska specifikationerna ska innehålla ”kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på alla användares behov”. Bestämmelsen är fakultativ i 2004 års direktiv, men är obligatorisk i 2014 års direktiv. Om den upphandlande myndigheten direkt på grundval av direktivet sedan tidigare har rätt att införa vissa tekniska specifikationer, innebär inte en övergång till en sådan skyldighet att det uppstår en försämring för enskilda företag som strider mot principen om rättssäkerhet. En sådan förändring (”bör” blir ”skall”) kan normalt beaktas fullt ut genom direktivkonform tolkning.

## 10.4 Kodifiering

En kodifiering av rättspraxis är, som anförts ovan, sällan renodlad. Trots detta måste en sådan förändring betraktas som en precisering av rättsläget eller om man så vill en precisering av ett önskat rättsläge. Det handlar inte om bestämmelser som ger utrymme för valmöjligheter eller skön vid införlivningen. Som utgångspunkt måste därför kodifieringar av rättspraxis kunna tolkas in i den befintliga nationella upphandlingslagstiftningen med stöd av principen om direktivkonform tolkning. Detta gäller kodifieringen av de s.k. Teckal- och Hamburgkriterierna i artikel 12 i direktiv 2014/24/EU (se även skäl 31 i ingressen).

Även om det är fråga om mer precisa rekvisit och andra förutsättningar än de som direkt framgår av EU-domstolens domar är det svårt att se att rättsliga förutsebarhetsskäl framgångsrikt skulle kunna göras gällande av enskilda företag i syfte att förhindra att de begränsade möjligheter till undantag från upphandlingsskyldighet som bestämmelserna erbjuder utnyttjas. Det skulle i så fall krävas att det visas i det enskilda fallet att EU-domstolens redan gällande rättspraxis inte kan tolkas på det sätt som bestämmelserna ger uttryck för. Störst betydelse i detta avseende har troligtvis artikel 12.4.c), vari anges att de deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet (det s.k. verksamhetskriteriet, jfr även angivandet av 80 % som utgångspunkt som anges tidigare i artikel 12 i direktivet). Som en jämförelse kan nämnas t.ex. mål C-295/05, *Asemfo*.<sup>60</sup> I målet ägdes aktiekapitalet i det spanska aktiebolaget Tragsa till 99 % på olika sätt av den spanska staten, medan återstoden ägdes av fyra autonoma gemenskaper. Eftersom Tragsa bedrev mer än 55 % av verksamheten tillsammans med de autonoma gemenskaperna och ca 35 % tillsammans med staten ansågs verksamhetskriteriet vara uppfyllt. Målet antyder att verksamhetskriteriet är uppfyllt om ca 90 % av enhetens verksamhet bedrivs tillsammans med eller riktar sig mot de upphandlande enheter som innehar den.<sup>61</sup> Kommissionen har emellertid tidigare gett uttryck för att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt om 20 % av omsättningen härrör från verksamhet på den privata marknaden.<sup>62</sup> I kommissionens förslag som lågt till grund för direktiv 2014/24/EU angavs dock 10 %, <sup>63</sup> som alltså först vid behandlingen i rådet och Europaparlamentet ändrades till 20 %. I svenska LOU, 2 kap 10 a §, som återspeglar EU-domstolens Teckal-kriterier, talas enbart om att "huvuddelen" av verksamheten. Bestämmelsen är medvetet utformad utan närmare precision för att kunna anknyta till rättsutvecklingen inom EU. Min bedömning är därför att de nya bestämmelserna kan iakttas genom direktivkonform tolkning i Sverige. Att ett företag hypotetiskt kan hävda att det borde föreligga upphandlingsskyldighet i ett fall där exempelvis 15 % av den verksamhet som berörs av ett offentligt samarbete utövas på den öppna marknaden, innebär inte att det omvända förhållandet (att upphandling inte sker) medför "nya skyldigheter" eller "ett nytt straffrättsligt ansvar" för detta företag i den mening som avses i EU-domstolens ovan berörda rättspraxis. En annan sak är att det självfallet inte föreligger hinder mot att en upphandling genomförs i ett sådant fall. Den slutsats som kan dras är att EU-rätten inte kräver det.

---

<sup>60</sup> EU:C:2007:227.

<sup>61</sup> Se närmare SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, s. 107–110.

<sup>62</sup> *Ibid.*, s. 109.

<sup>63</sup> KOM(2011) 896 slutlig, artikel 11.

Motsvarande diskussion kan föras angående artikel 72 i direktiv 2014/24/EU om ändring av kontrakt och ramavtal, eftersom denna bestämmelse delvis är en kodifiering av EU-domstolens dom i mål C-454/06, Presstext.<sup>64</sup> Bestämmelsen ger inte intryck av att kräva någon utfyllande reglering för sin tillämpning, utan är precis och ovillkorlig. Om det inte är möjligt att tolka in innehållet i LOU bör bestämmelsen kunna användas självständigt (direkt effekt). Bestämmelsen får anses vara avsedd att ge enskilda företag skydd mot godtyckliga ändringar. Om ett företag hävdar att det missgynnas av en förtida tillämpning av reglerna i artikel 72 kan dock det eventuella problemet med rättslig förutsebarhet behöva utredas.

### 10.5 Preciseringar

Preciseringar av tidigare regler kan precis som kodifiering av rättspraxis utgöra grund för direktivkonform tolkning och eventuellt, vid behov, tillerkännas direkt effekt. Till skillnad från renodlad kodifiering innebär inte preciseringar att lagstiftaren återger vad som redan gäller, utan lagstiftaren tillför något nytt i förhållande till det tidigare rättsläget. Preciseringar kräver dock normalt inte några införlivningsåtgärder. De är till sin natur precisa och ovillkorliga. Preciseringar ställer vidare sällan till problem när det gäller den rättsliga förutsebarheten, eftersom närheten till det som redan gäller ofta är stor.

Exempel på preciseringar som bör ha betydelse även då direktiv 2014/24/EU inte har införlivats:

- Bestämmelsen om separata operativa enheter i artikel 5.2.
- Artikel 46 som anger att kontrakt får tilldelas i separata delar (gäller redan i dag). Att upphandlande myndigheter *får* begränsa antalet delar som kan tilldelas en anbudsgivare kan knappast anses utgöra ett nytt rättsläge. Syftet är att skydda små och medelstora företag (skäl 78 ff i ingressen). Det är svårt att se att företag som eventuellt missgynnas av en sådan begränsning kan hävda att införandet av ett sådant villkor strider mot kravet på rättslig förutsebarhet, men här måste naturligtvis beaktas hur klart rättsläget är enligt LOU i dagsläget.
- Artikel 47.3 b) som anger att upphandlande myndigheter ska förlänga tidsfristerna för mottagande av anbud så att alla berörda ekonomiska aktörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utvärdera ett anbud om väsentliga förändringar görs i upphandlingsdokumenten. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att ekonomiska aktörer har tillräckligt med tid för att utarbeta väl underbyggda anbud (se skäl 81 i ingressen). Bestämmelsen bör, vilket har redogjorts för ovan, kunna ge stöd för direktivkonform tolkning även om denna möjlighet inte är förenlig med rättsläget i Sverige såsom det fastställts i nationell rättspraxis. Bestämmelsen kan också ha direkt effekt.

---

<sup>64</sup> EU:C:2008:351.



- Artikel 56.3 om komplettering av anbud (motsvarande resonemang som ang. artikel 47.3.b ovan).
- Artikel 59 om att leverantören kan lämna ett ifyllt europeiskt enhetligt upphandlingsdokument som preliminärt bevis på att uteslutningsgrunder inte föreligger och att kvalifikationskraven (på leverantören) är uppfyllda. Rättsläget påverkas här av att kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet är i kraft. Förordningen är redan nu fullt ut gällande i Sverige även om direktivet inte är det, vilket kan framstå som besynnerligt, men förstärker den direkta tillämpningen av sammanhängande direktivbestämmelser.
- Artikel 61.2 som avser onlineverktyget e-Certris och skyldigheten för upphandlande myndigheter att godta vissa intyg, under förutsättning att e-Certis finns och funkar.
- Artikel 67 angående preciserade tilldelningskriterier, inklusive punkt 3 som synes inspirerad av domstolens dom i mål C-368/10, Deutch Coffee.<sup>65</sup>
- Artikel 76.2 som rör sociala och andra särskilda tjänster kan tolkas som att en upphandlande myndighet har större handlingsutrymme än vad 15 kap. LOU idag ger utrymme för. Det förefaller emellertid rimligt att bestämmelsen, på grund av sin anknytning till vad som redan föreskrivs, kan ge stöd för direktivkonform tolkning.

Det kan i detta sammanhang behöva understrykas att detta innebär att det *saknas EU-rättsliga hinder* mot att ge effekt åt eller tillämpa direktivets bestämmelser i dessa delar i förtid. I enlighet med vad som har anförts ovan behöver de aktuella bestämmelserna inte grunda identifierbara rättigheter för enskilda för att tillerkännas direkt effekt. Svenska domstolar och andra myndigheter (inbegripet upphandlande myndigheter) ska göra vad som är möjligt för att ge effekt åt det nya direktivets bestämmelser, men har naturligtvis i praktiken större utrymme för lämplighetsavvägningar och att ta hänsyn till praktiska realiteter då enskilda (anbudsgivare och leverantörer) varken tilldelas rättigheter eller åläggs skyldigheter. Möjligheten att det blir klagomål och tvister pga. att den äldre ordningen fortfarande tillämpas är då också tämligen liten.

#### 10.6 Förändringar av det materiella tillämpningsområdet

I direktiv 2014/24/EU föreskrivs vissa helt nya undantag från direktivets tillämpningsområde, som tidigare inte gällt, vilket naturligtvis är en markant förändring. Bestämmelserna om

---

<sup>65</sup> C-368/10, kommissionen mot Nederländerna, EU:C:2012:284.

tillämpningsområdet är emellertid preciserade och ovillkorliga och EU-domstolen har tidigare förklarat att sådana bestämmelser kan ha direkt effekt. Utgångspunkten måste därför vara att dessa bestämmelser i direktiv 2014/24/EU har direkt effekt. Se t.ex. artikel 10 d) angående juridiska tjänster som undantas från tjänstekontrakt.

Att någon upphandling eventuellt uteblir pga. dessa nya undantag kan, enligt min mening, knappast jämföras med direkt horisontell effekt (nackdel för enskild part), även om det skulle kunna diskuteras med hänsyn till de särskilda omständigheterna i något fall. Det ska emellertid samtidigt påpekas att det inte föreligger något hinder för Sverige, varken nu eller efter det att direktivet är genomfört, att på nationell basis upprätthålla ett vidare materiellt tillämpningsområde. Det blir i så fall fråga om s.k. överskjutande direktivimplementering.<sup>66</sup>

### 10.7 Annonsering och rapportering

Annonserings- och rapporteringskrav är i regel så precisa och ovillkorliga att de kan ha direkt effekt, medan direktivkonform tolkning av LOU kan vara svårare att använda av just detta skäl (det finns inga motsvarande krav i LOU). Se t.ex:

- Artikel 48.2, som inför ett nytt sätt för kommuner och landsting m.m. att annonsera och hantera det selektiva och förhandlade förfarandet under konkurrens.
- Kravet på annonsering i TED/EUT enligt artikel 75 som rör sociala och andra särskilda tjänster.
- Artikel 84 om rapporteringsskyldigheter för upphandlande myndigheter vid förfaranden för tilldelning av kontrakt.

Som angetts ovan är utökade annonseringskrav särskilt viktiga för enskilda företag (se kommentaren till målet *Beentjes* ovan).

### 10.8 Val av förfaranden och nya förfaranden

Val av förfarande är en kategori av bestämmelser som EU-domstolen har förklarat kan ha direkt effekt. Detta bör därför gälla för artikel 26 i direktiv 2014/24/EU angående val av förfaranden. Om förfarandet inte ändras väsentligt utan snarare preciseras och utvidgas bör det också finnas utrymme för direktivkonform tolkning. Det förhandlade förfarandet med föregående annonsering finns t.ex. i 2004 års direktiv och är mycket likt det förhandlade förfarandet med föregående konkurrens i 2014 års direktiv. Tillämpningsområdet har dock utvidgats och villkoren för hur

---

<sup>66</sup> Jfr Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod, a.a., s. 183.

förfarandet får gå till har reglerats mer i detalj (artikel 29). I ett sådant fall kan direktivkonform tolkning av LOU:s bestämmelser utnyttjas.

Mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis är det vidare knappast något som hindrar att en upphandlande myndighet tillämpar det nya förfarandet innovationspartnerskap (artiklarna 26.3 och 31) innan bestämmelserna har införlivats med svensk rätt. Domstolen har tidigare slagit fast att t.ex. bestämmelser som rörde regler för formgivningstävlingar har direkt effekt, vilken är en möjlig jämförelsepunkt. Detsamma gäller av allt att döma bestämmelserna om dynamiska inköpssystem (artikel 34). I detta fall har det tidigare varit fråga om en fakultativ möjlighet som inte har utnyttjats av Sverige (varför det inte finns bestämmelser som kan läggas till grund för direktivkonform tolkning), men nu får upphandlande myndigheter använda sig av dynamiska inköpssystem på de villkor som direktivet anger. Även bestämmelserna om E-kataloger (artikel 36) framstår som tillräckligt precisa och ovillkorliga för att ha direkt effekt, liksom bestämmelserna som klargör ansvarsförhållandena vid samordnade nationella och internationella upphandlingar i artiklarna 38-39.

Här gäller dock precis som ovan att det *saknas EU-rättsliga hinder* att använda de nya förfarandena i förtid. Till skillnad från det historiska och rättsliga sammanhanget som förelåg i målen C-76/97, *Tögel*<sup>67</sup> och C-258/97, *HI*,<sup>68</sup> som båda gällde direktiv 92/50/EEG, är de nya förfarandena i direktiv 2014/24 troligtvis inte lika avgörande för potentiella anbudsgivare och leverantörer, eftersom det inte handlar om en utökad upphandlingsskyldighet utan nya alternativ inom ramen för redan gällande upphandlingsskyldighet. Det bör därför finnas större utrymme för lämplighetsavvägningar och praktiska hänsyn. Det ska dock påpekas att utgångspunkten är att alla svenska myndigheter ska göra vad som är möjligt för att ge effekt åt bestämmelserna i det nya direktivet när införlivningsfristen har löpt ut.

## 10.9 Krav som avser deltagande

Nya krav som rör ett företags möjlighet att delta i ett upphandlingsförfarande kan man behöva analysera särskilt noga. Tillämpningen av sådana krav direkt på grundval av direktivtexten kan innebära en otillåten uteslutning av ett företag, om det inte behöver uppfylla motsvarande krav enligt den fortfarande gällande nationella lagstiftningen. Av intresse i sammanhanget är artikel 43 i direktiv 2014/24/EU som reglerar en rätt för upphandlande myndigheter att under vissa omständigheter kräva ett särskilt märke som bevismedel för att det som upphandlas motsvarar de egenskaper som krävs. Enligt 2004 års direktiv får upphandlande myndigheter inte kräva ett specifikt märke men väl ställa krav på att leverantören lever upp till de kriterier som utgör grund för märkningen. Märket är då ett av flera bevis på att kriterierna är uppfyllda. I LOU återges den tidigare synen på märkning (6 kap. 7 §). Risken att det skulle vålla problem att ställa krav enligt artikel 43 i det nya direktivet verkar inte särskilt stor, men det kan vara säkrast att hålla sig till den nu gällande regleringen, till dess direktivet har införlivats i Sverige.

---

<sup>67</sup> EU:C:1998:432.

<sup>68</sup> EU:C:1999:118.

En bestämmelse som vållar mindre problem är taket för omsättningskrav på leverantören i artikel 58.3 andra stycket. Genom denna bestämmelse säkerställs att omsättningskraven inte sätts för högt, vilken gynnar leverantören. Denna bestämmelse kan därför ges effekt i för tid. I första hand genom direktivkonform tolkning, i andra hand genom direkt effekt.

#### 10.10 Problematiska bestämmelser

Hittills har främst behandlats bestämmelser som kan läggas till grund för direktivkonform tolkning och/eller direkt effekt. I det följande ges exempel på bestämmelser som är mer problematiska i detta avseende.

Ett skäl till att en direktivbestämmelse inte kan läggas till grund för direkt effekt är som framgått att den inte uppfyller de allmänna kraven på precision och ovillkorlighet. Detta får anses vara fallet med artikel 18.2, som har följande lydelse:

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

Bestämmelsen är inte ”färdig” att läggas direkt till grund för rättstillämpning utan behöver preciseras för att fungera. Detta betyder dock inte att upphandlande myndigheter är förhindrade att ställa krav av sådant slag, men då får en sedvanlig prövning göras av vilka krav som kan ställas enligt EU-rätten. Av samma skäl är det svårt att se att bestämmelserna kan få stor betydelse som tolkningsstöd.

En bestämmelse som är svårbedömd är artikel 41 om s.k. konsultjäv. Helt klart är att bestämmelsen förtydligar eller skapar ett rättsläge som kan upplevas begränsande för en konsults verksamhet. Bestämmelsen bör därför inte tillerkännas direkt effekt, men kan möjligen anses följa tolkningsmässigt ur likabehandlingsprincipen som regleras i 1 kap. 9 § LOU, dvs. läggas till grund för en direktivkonform tolkning.

Härutöver finns en rad skärpningar när det gäller uteslutningsgrunder m.m. *Om dessa innebär ett nytt och ofördelaktigare rättsläge* för enskilda personer eller företag än som gäller enligt 2004 års direktiv eller nuvarande LOU, bör de varken ge stöd för direktivkonform tolkning eller direkt effekt.<sup>69</sup> Detta gäller:

---

<sup>69</sup> Enligt LOU gäller dock redan att leverantörer som gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel eller brott i yrkesutövningen kan uteslutas (se 11 kap. 2 § punkterna 3 och 4 LOU). Detta ger troligtvis möjlighet att genom direktivkonform tolkning iakttas flertalet nya obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder. Jfr Upphandlingsmyndighetens vägledning: Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?, a.a., s. 47.

- Nya obligatoriska uteslutningsgrunderna (artikel 57.1 a-f och artikel 57.2) och
- Nya fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 d) till g) och i).

Artikel 57.6 om självsanering får istället betraktas som ett skydd för enskilda att bevisa sin tillförlitlighet och kan därför ges direkt effekt. Detsamma gäller artikel 57.7, eftersom det rör sig om de längsta tillåtna uteslutningsperioderna, dvs. ett tak som skyddar det enskilda företaget från ännu längre uteslutningsperioder.

När det gäller artikel 69 i direktiv 2014/24/EU om onormalt låga anbud, kan konstateras att det redan föreskrivs i LOU att upphandlande myndigheter får förkasta ett anbud med ett onormalt lågt anbudspris. Det finns alltså idag en möjlighet *men inte en skyldighet* att ifrågasätta onormalt låga anbud.<sup>70</sup> I direktiv 2014/24/EU föreskrivs nu en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud, vilket innebär en skärpning som kan betraktas som en försämring i det enskilda företagens perspektiv. Bestämmelserna bör därför inte tillerkännas direkt effekt. Däremot kan den få betydelse vid direktivkonform tolkning då LOU redan innehåller bestämmelser om möjlighet att förkasta onormalt låga anbud. EU-lagstiftaren ändamål med bestämmelsen framgår av skäl 103 i ingressen:

Anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna kan vara baserade på antaganden eller praxis som är tekniskt, ekonomiskt eller rättsligt osunda. Om anbudsgivaren inte kan ge en tillfredsställande förklaring bör den upphandlande myndigheten ha rätt att förkasta anbudet. Detta agerande bör vara obligatoriskt i de fall då den upphandlande myndigheten har konstaterat att det onormalt låga pris eller de onormalt låga kostnader som föreslås beror på att tvingande unionsrätt eller nationell rätt som är förenlig med unionsrätten på social-, arbets- eller miljörettens område inte följs eller att bestämmelser i internationell arbetsrätt åsidosätts.

Även den upphandlande myndighetens möjlighet att begära förklaringar enligt samma artikel får bedömas mot denna bakgrund och bör alltså kunna tillämpas inom ramen för en direktivkonform tolkning.

Möjligheten att ställa krav direkt på anbudsgivaren enligt artiklarna 63.1 och 63.2 (extern kapacitet) och bestämmelserna om uppsägning av kontrakt enligt artikel 73 i direktiv 2014/24/EU får bedömas på samma sätt. De bör inte kunna tillerkännas direkt effekt och kan alltså bara få effekt i den mån det går att finna tolkningsstöd för deras tillämpning i den nuvarande svenska upphandlingslagstiftningen. När det gäller frågan om extern kapacitet, tycks rättsläget enligt LOU vara oklart, vilket innebär att en direktivkonform tolkning kan vara svår att åstadkomma.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Jfr Upphandlingsmyndighetens vägledning: Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?, a.a., s. 61.

<sup>71</sup> Ibid., s. 55 f.