

---

Erik Olsson

Direkt effekt vid överprövning  
av koncessioner

2016 nr 4

**UrT**

---

---

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

# Direkt effekt vid överprövning av koncessioner

Erik Olsson\*

## 1 Inledning

Det behöver knappast nämnas för denna tidskrifts läsare att Sverige är försenat med genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven. Den rättsliga verkan av det försenade genomförandet har behandlats i en serie rapporter och i ett stort antal artiklar i såväl denna tidskrift som andra publikationer.<sup>1</sup>

Bekant för denna tidskrifts läsare torde också vara att de huvudsakliga rättsverkningarna av ett försenat genomförande är det som kallas direktivkonform tolkning respektive direkt effekt. Direktivkonform tolkning kan kort beskrivas som en skyldighet för nationell domstol att så långt som möjligt tolka nationell lagstiftning i ljuset av de icke-genomförda direktiven så att dessas ändamål och syften så långt som möjligt förverkligas.

Direkt effekt, som är en väsentligen mer kontroversiell rättsfigur, kan beskrivas som en möjlighet för enskilda att i nationell domstol direkt åberopa direktivsbestämmelser vars motsvarighet saknas i nationell rätt. Denna möjlighet får särskilt stor betydelse vad avser det nya koncessionsdirektivets bestämmelser.

EU-domstolen har allt sedan sitt avgörande i domen *Teleaustria*, klargjort att tjänstekoncessioner av gränsöverskridande intresse är föremål för grundläggande krav vad avser annonsering, likabehandlande och transparenta förfaranden samt effektiva rättsmedel.<sup>2</sup> Sverige har emellertid inte vidtagit några åtgärder för att införa lagstiftning som möjliggör uppfyllandet av dessa krav utan i princip förlitat sig på att upphandlande myndigheter självmant väljer att uppfylla dessa skyldigheter.

De försök som leverantörer gjort för att inom ramen för befintlig lagstiftning angripa exempelvis otillåten direktupphandling av tjänstekoncessionskontrakt har också visat sig fruktlösa och Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2012

\* Advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

<sup>1</sup> Se bland annat Claes Granmar, Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling, UfT 2016 s. 53, Upphandlingsmyndighetens rapport: Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?, Jörgen Hettne, Analys av den nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU?, SKL kommentus, 2016, Erik Olsson m.fl, Direkt effekt och direktivkonform tolkning – om rättsläget i avvaktan på den svenska införlivningen av 2014 års upphandlingsdirektiv, Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2016:2.

<sup>2</sup> Dom *TelAustria*, C-324/98, EU:C:2000:669.

ref. 29 tydligt angivit att tjänstekoncessioner vare sig kan prövas enligt LOU eller som förvaltningsbesvär.

I och med det nya koncessionsdirektivet blir det ändring på detta. Koncessionsdirektivet är tydligt kopplat till rättsmedelsdirektivens bestämmelser och en tjänstekoncession skulle därför, från och med det att genomförandetiden löpte ut den 18 april 2016, kunna prövas genom samma rättsmedel som finns för upphandling av sedvanliga kontrakt enligt LOU. Med andra ord ska annonserade tjänstekoncessionsupphandlingar avslutas med att tilldelningsbeslut meddelas varefter avtalsspärr ska iakttas för att ge leverantörer en möjlighet att överpröva upphandlingen och få rättens förordnande om att upphandlingen ska rättas eller göras om. Vad avser icke annonserade upphandlingar ska leverantören istället beredas möjlighet att ansöka om överprövning av det ingångna avtalets giltighet.

Den fråga jag ska behandla i denna artikel är, givet att Sverige nu är försenat med genomförandet av koncessionsdirektivet, dels huruvida direktivkonform tolkning eller direkt effekt kan göras gällande av leverantörer för att få rättsmedel mot tilldelning av tjänstekoncessioner och dels, om så är fallet, hur ett sådant åberopande kan se ut i praktiken.

## 2 Kort om rättspraxis kring direktivkonform tolkning och direkt effekt

Direktivkonform tolkning och direkt effekt har utvecklats i EU-domstolens praxis för att åtgärda (eller åtminstone lindra) verkningarna av ett försenat eller felaktigt genomförande av direktiv.

Såsom direktivkonform tolkning har utvecklats i EU-domstolens praxis innebär det en skyldighet för en nationell domstol att, i avsaknad av genomförandelagstiftning, så långt som möjligt tolka befintlig lagstiftning i enlighet med direktivets ordalydelse och ändamål.<sup>3</sup> Den nationella domstolen ska med andra ord låtsas som om det icke genomförda direktivet i fråga utgör en form av förarbeten till den befintliga lagstiftningen som klargör vilka rättigheter och skyldigheter som ska tolkas in i befintliga bestämmelser. EU-domstolen har också klargjort att skyldighet till direktivkonform tolkning gäller även om en annan tolkning förordas i de faktiska förarbetena till den aktuella lagbestämmelsen.<sup>4</sup>

Till skillnad från direkt effekt är skyldigheten till direktivkonform tolkning inte begränsad av att den underliggande direktivbestämmelsen ska ha en klar och entydig innebörd utan den nationella domstolen är skyldig att försöka tolka in samtliga bestämmelser även om detta förutsätter att man först tolkar vad direktivbestämmelsen i sig ska ha för innebörd. Vidare är skyldigheten till direk-

<sup>3</sup> Dom Von Colson, 14/83, EU:C:1984:153.

<sup>4</sup> Dom Björnekulla, C-371/02, EU:C:2004:275.

tivkonform tolkning inte begränsad av att den aktuella direktivsbestämmelsen ska förmedla en individuell rättighet utan skyldigheten gäller oavsett direktivsbestämmelsen innehåll.

Den yttersta begränsningen av skyldigheten till direktivkonform tolkning är att det ska vara fråga om tolkning. En tolkning förutsätter att det finns någon form av bestämmelse i befintlig lagstiftning som kan tolkas så att direktivets ordalydelse och ändamål uppnås. I avsaknad av en sådan bestämmelse, eller inhemsk rättsprincip, att hänga upp tolkningen på skulle det inte längre vara fråga om tolkning utan snarare om tillskapande av nationell rätt, något som en domstol inte ska ägna sig åt. *A fortiori* kan en domstol inte tillämpa direktivkonform tolkning *contra legem*, dvs. mot den nationella rättens ordalydelse.<sup>5</sup>

Om en domstol finner att det inte är möjligt att tolka nationell rätt på ett sådant sätt att det underliggande direktivets ordalydelse och ändamål förverkligas kan det ändå finnas vissa situationer då den enskilde kan kräva ut sin rätt genom ett direkt återopande av direktivets bestämmelser, så kallad direkt effekt.

För att det ska vara möjligt krävs att den relevanta direktivsbestämmelsen förmedlar en rättighet för den enskilde vilken framstår som klar och entydig till sin innebörd.<sup>6</sup> Vidare krävs att återopande sker på ett sådant sätt att det inte medför att en annan enskild åläggs skyldigheter. Ett sätt att uttrycka detta är att direkt effekt endast kan göras gällande i vertikala förhållanden, dvs. gentemot staten eller en myndighet eller ett företag under staten och således inte i horisontella förhållanden, dvs. i tvister mellan enskilda. Som framgår av EU-domstolens praxis finns det emellertid situationer då återopandet av direkt effekt i en tvist mellan en enskild och staten, indirekt kan komma att på negativa återverkningar på en annan enskilds intressen. Så är ofta fallet i offentlig upphandling där en leverantörs ansökan om överprövning avseende exempelvis ett tilldelningsbeslut ofta medför att den leverantör som tidigare tilldelats kontrakt kommer att fråntas tilldelningen.

EU-domstolens avgöranden i exempelvis domarna *Fratelli Costanzo*, *Kraaijeveld* och *WWF* samt Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i Rå 1996 ref. 50 tydliggör emellertid att denna typ av negativa återverkningar måste accepteras som en följd av återopandet av en leverantörs rättigheter enligt ett icke-genomfört direktiv.<sup>7</sup> Det framgår emellertid av EU-domstolens avgörande i domarna *Wells* och *Salzburger Flughafen* att det måste finnas en yttre gräns för detta, dvs. en situation där ett återopande av direkt effekt inte kan accepteras med hänvisning

<sup>5</sup> Dom AMS, C-176/12, EU:C:2014:2.

<sup>6</sup> För utveckling och problematisering av frågan om individuella rättigheter som förutsättning för direkt effekt se Erik Olsson m.fl., *Direkt effekt och direktivkonform tolkning – om rättsläget i avvaktan på den svenska införlivningen av 2014 års upphandlingsdirektiv*, s. 38–42.

<sup>7</sup> Dom *Fratelli Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256; dom *Kraaijeveld*, C-72/95, EU:C:1996:404; dom *WWF mot Bozen*, C-435/97, EU:C:1999:418.

till att det skulle få allt för direkt påverkan på tredje man och därmed innebära att direkt effekt används på ett sätt som medför skyldigheter för en enskild.<sup>8</sup>

### 3 Direktivkonform tolkning och tjänstekoncessioner

I 1 kap. 2 § LOU anges att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §. I 1 kap. 12 § anges att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, skall den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Någon ytterligare reglering än så finns inte idag av tjänstekoncessioner och tilldelning av tjänstekoncessioner är i huvudsak undantagna lagens tillämpningsområde.

Att det förhåller sig på detta sätt gör att det är mycket svårt att se hur det skulle vara möjligt att använda direktivkonform tolkning för att tolka in exempelvis den annonseringsplikt eller de rättsmedel som följer av det nya koncessionsdirektivet i befintlig lagstiftning. Det förhållande att 1 kap. 2 § LOU tydligt begränsar LOU:s tillämpning vad avser tjänstekoncessioner medför att det i princip skulle anses vara *contra legem* att tillämpa någon av LOU:s bestämmelser om annonsering och rättsmedel på tjänstekoncessioner.

### 4 Direkt effekt och tjänstekoncessioner

Eftersom vi har kunnat konstatera att det inte är möjligt att tolka in koncessionsdirektivet i LOU återstår att undersöka huruvida dess bestämmelser är sådana att de kan få direkt effekt och därmed åberopas direkt i svensk domstol.

Artikel 31 och 33 i koncessionsdirektivet medför en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter som önskar tilldela en koncession att informera om detta genom ett koncessionsmeddelande. Koncessionsmeddelandet ska utformas enligt ett särskilt standardformulär och annonseras via Europeiska unionens publikationsbyrå.

Av artikel 39 framgår vidare vissa minimifrister för hur lång tid som en anbudssökanden eller anbudsgivare ska medges för att inkomma med anbud. Koncessionsdirektivet saknar särskilda upphandlingsförfaranden utan anger istället i artikel 30 att den upphandlande myndigheten är fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. I artikel 36–41 anges vissa

---

<sup>8</sup> Dom Wells, C-201/02, EU:C:2004:12 och dom Salzburger Flughafen, C-244/12, EU:C:2013:203.

förfarandegarantier som myndigheten har att förhålla sig till då de utformar sitt förfarande. Av dessa framgår bland annat att den upphandlande myndigheten eller enheten i sitt koncessionsmeddelande ska tillhandahålla en beskrivning av koncessionen, villkoren för deltagande i upphandlingen samt en beskrivning av tilldelningskriterier och de minimikrav som ska uppfyllas. Tilldelningskriterierna ska vara objektiva och förenliga med principerna för upphandling. Vidare anges att koncessionen ska tilldelas enligt de tilldelningskriterier som fastställs under förutsättning att antaget anbud överensstämmer med de minimikrav som myndigheten angivit och leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som angetts samt att det inte i övrigt föreligger någon sådan uteslutningsgrund som anges i koncessionsdirektivet.

Samtliga dessa bestämmelser får anses vara tillräckligt klara och tydliga till sitt innehåll för att kunna återopas i domstol. Som framhållits i doktrin är kravet på klarhet och entydighet framförallt motiverat av att bestämmelserna ska vara av en sådan karaktär att de lämpar sig för direkt återopande i domstol.<sup>9</sup> Det kan vidare konstateras att vi i dag, genom den proposition som regeringen presenterat riksdagen, vet hur dessa bestämmelser kommer att ta sig uttryck i svensk rätt.<sup>10</sup> Eventuell diskretion för lagstiftaren att utöva vad gäller hur bestämmelserna ska ha utformats har därmed i princip uttömts. Som framgår av domen *Riksskatteverket mot Gharehveran*, medför det att det inte längre är möjligt att återropa lagstiftarens utrymme för diskretion som skäl till varför en bestämmelse inte ska tillmätas direkt effekt.<sup>11</sup>

EU-domstolen har i domen *Tögel* och i domen *HI* angett att tidigare upphandlingsdirektiv, direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, har direkt effekt vad avser dess bestämmelser angående annonsering, vilka krav som kan ställas på deltagande i upphandlingar, bestämmelser avseende upphandlingsförfaranden, tekniska specifikationer och bestämmelser om urval och tilldelning.<sup>12</sup> Vid en jämförelse mellan direktiv 92/50/EEG:s bestämmelser i dessa avseenden och motsvarande bestämmelser i direktiv 2014/23/EU finns inget som ger intryck av att direktiv 2014/23/EU:s bestämmelser på något sätt skulle vara mindre tydliga eller ge mer diskretion åt den nationella lagstiftaren. Det är i och för sig så att koncessionsdirektivet ger betydligt större utrymme åt den upphandlande myndigheten eller enheten att själv utforma sitt upphandlingsförfarande. Denna diskretion är dock sådan att den finns kvar även vid ett fullständigt genomförande av direktivet i nationell rätt och är således inte av en sådan art att den är ägnad att utesluta direkt effekt av de aktuella bestämmelserna. En leverantör kan inte, mot bakgrund av hur förfaran-

<sup>9</sup> Se bland andra J.H. Jans m.fl, *Europeanisation of public law*, s. 92.

<sup>10</sup> Prop. 2015/16:195.

<sup>11</sup> Dom *Riksskatteverket mot Gharehveran*, C-441/99, EU:C:2001:551.

<sup>12</sup> Dom *Tögel*, C-76/97, EU:C:1998:432 och dom *HI*, C-258/97, EU:1999:118.

debestämmelserna i koncessionsdirektivet är utformade, kräva att en myndighet ska använda en viss typ av förfarande såsom ett öppet eller selektivt förfarande såsom dessa är definierade i LOU och bakomliggande direktiv. Vad en leverantör däremot kan kräva, och som också får anses ha direkt effekt, är att myndigheten iakttar sin skyldighet att använda någon form av upphandlingsförfarande som är förenligt med de grundläggande principerna och med koncessionsdirektivets övriga bestämmelser om förfarandegarantier.

På motsvarande sätt bör det vara möjligt för en leverantör att direkt åberopa den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att annonsera en upphandling, under förutsättning att sådana förutsättningar som kräver annonsering är för handen, dvs. att värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet för tillämpning av koncessionsdirektivet (5 186 000 euro) samt att fråga inte är om en sådan situation där myndigheten eller enheten är undantagen annonseringskyldighet. Leverantören bör även via direkt effekt kunna kräva att myndigheten eller enheten tydligt beskriver förutsättningarna för koncessionen och för upphandlingsförfarandet (inklusive eventuella minimikrav och utvärderingskriterier) samt att myndigheten medger leverantören tillräcklig tid att utforma sitt anbud (dock minst 30 dagar). Leverantören kan vidare kräva att myndigheten eller enheten genomför kvalificering och utvärdering på sätt som föreskrivits och att upphandlingen avslutas genom att tilldelningsbeslut meddelas.

Vad gäller tillgången till rättsmedel för att överpröva upphandlingar av koncessioner kan konstateras att koncessionsdirektivet som sådant inte innehåller några bestämmelser om rättsmedel. Den enda bestämmelsen som finns är artikel 46 som tydliggör att rättsmedelsdirektiven ska ändras så att de även tillämpas på koncessioner som tilldelas av upphandlande myndigheter enligt koncessionsdirektivet. Rättsmedlen som sådana framgår av direktiv 89/665 och direktiv 92/13 i sin lydelse efter ändring genom direktiv 2007/66. Tillgången till rättsmedel är emellertid något som av domstolen har ansetts ha direkt effekt.<sup>13</sup> Det finns inget som tyder på att artikel 46 inte skulle kunna tillmätas direkt effekt varigenom rättsmedelsdirektiven i övrigt får tillämplighet även på koncessioner.

## 5 Direkt effekt av koncessionsdirektivet i praktiken

Frågan är då hur en ansökan om överprövning av en tjänstekoncession med åberopande av direkt effekt skulle kunna se ut i praktiken. Bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven är redan genomförda i svensk rätt och finns i dag i kap. 16 i LOU. Vad som behöver ges direkt effekt är således endast artikel 46 på så sätt att leverantören kan göra gällande att de bestämmelser om rättsmedel som i dag framgår av kap. 16 i LOU ska tillämpas även för tilldelning av tjänstekoncessioner.

---

<sup>13</sup> Se exempelvis dom Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345.

Det medför bland annat att en leverantör kan åberopa en skyldighet för myndigheten att iaktta så kallad avtalsspärr om minst 10 dagar, jämte 16 kap. 1 § LOU, samt att leverantören under denna avtalsspärr ska ha en möjlighet att inkomma med en ansökan om överprövning enligt 16 kap. 4 och 6 §§ och göra gällande att myndigheten överträtt någon av de direkt tillämpliga bestämmelserna i koncessionsdirektivet och att leverantören lidit skada därav. Under sådana förhållanden ska det också vara möjligt för domstolen att enligt 16 kap. 6 § förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Om vi förutsätter att den upphandlande myndigheten har annonserat och genomfört ett upphandlingsförfarande avseende en tjänstekoncession skulle ett yrkande i en överprövning avseende en koncessionstilldelning kunna se ut som följer.

Bolaget yrkar, med direkt åberopande av artikel 46 i koncessionsdirektivet, att förvaltningsrätten tillåter bolaget de rättsmedel som framgår av 16 kap. LOU. Då den upphandlande myndigheten, på sätt som utvecklas nedan, gjort sig skyldig till en överträdelse av koncessionsdirektivets bestämmelser om iakttagande av de grundläggande principerna vid genomförande av koncessionsupphandling och då bolaget lidit skada därav, yrkar bolaget förvaltningsrätten jämte 16 kap. 6 § LOU ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

För att så långt som möjligt begränsa behovet av att åberopa direktivsbestämmelser direkt kan den sökande leverantören även med fördel använda andra bestämmelser i LOU till stöd för sin talan. Låt oss till exempel tänka oss att leverantören menar att den upphandlande myndigheten under genomförandet av upphandlingen har agerat på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna, dvs. underlåtit att iaktta artikel 3 i koncessionsdirektivet som anger att ”upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.” En sådan leverantör kan, istället för att åberopa artikel 3 istället konstatera att motsvarande reglering finns i 1 kap. 9 § LOU och göra gällande att rätten ska låta denna bestämmelse äga tillämplighet även vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Ett yrkande hade därvid kunnat se ut på följande sätt.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten, med bortseende från den begränsning som framgår av 1 kap. 2 § LOU, och med beaktande av de skyldigheter som framgår av artikel 3 och 46 koncessionsdirektivet ska tillåta prövning av Bolagets talan enligt 16 kap. 6 § LOU. Förvaltningsrätten ska därvid pröva huruvida myndighetens agerande är förenligt med de grundläggande principerna såsom dessa kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.



Vad avser den förlängda avtalsspärr som enligt 16 kap. 8 § LOU ska inträda automatiskt vid överprövning under avtalsspärren enligt den lagen är det osäkert om den verkligen inträder *automatiskt* även vid tilldelning av koncession. Eftersom en bestämmelse får direkt effekt endast *inter partes* inom ramen för processen torde det säkraste vara för leverantören att yrka att förvaltningsrätten interimistiskt beslutar att avtal inte får ingås. På så sätt får leverantören också ett tidigt beslut från förvaltningsrätten som visar att förvaltningsrätten erkänner de rättigheter som leverantören har enligt koncessionsdirektivet.

En särskild problematik uppstår emellertid då fråga är om överprövning av en direkttilldelad koncession, dvs. om avtal om koncession har tecknats utan föregående annonsering. Det framgår visserligen klart och tydligt av koncessionsdirektivet och dess hänvisningar till rättsmedelsdirektiven att en sådan koncession ska kunna prövas inom ramen för en ogiltighetstalan varigenom en domstol, för det fall det rör sig om en otillåten direktupphandling, ska kunna förklara det ingångna avtalet ogiltigt. Det är inte heller svårt att tänka sig hur ett sådant yrkande om ogiltigförklarande skulle kunna se ut.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten jämte 16 kap. 13 § ska förklara avtalet ogiltigt då avtalet ingåtts utan föregående annonsering trots att skyldighet till annonsering föreligger. Som grund för att skyldighet till annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU föreligger även vad avser koncessioner åberopas artikel 33 i koncessionsdirektivet.

Problemet uppstår när förvaltningsrätten väl ska förklara det aktuella avtalet ogiltigt. Som framgår av bland annat EU-domstolens avgörande i domen *Wells* får ett åberopande av direkt effekt inte resultera i att en enskild åläggs en skyldighet.<sup>14</sup> Det är i grunden ett legalitetsresonemang. Direktiv är visserligen en rättsakt men inte en lag och kan således inte ligga till grund för statens ingripande gentemot en enskild eller ålägga den enskilda några skyldigheter. Om förvaltningsrätten ogiltigförklarar ett avtal som ingåtts mellan en myndighet och en enskild leverantör så får det direkta rättsliga konsekvenser för leverantören. När det civilrättsligt bindande avtalet blir ogiltigförklarat blir det en nullitet och leverantören drabbas bland annat av en skyldighet att återställa de prestationer som utförts på kontraktet.

De möjligheter som en domstol har enligt svensk rätt att förklara ett avtal ogiltigt begränsas till när en sådan möjlighet framgår av lag såsom i avtalslagens 28–31, 33 eller 36 §§ eller när fråga är om avtal inte upprätthålls av rättsordning såsom exempelvis ett avtal som strider mot god moral, så kallad *pactum turpe*, eller mot ett legalt förbud.

Det ska här understrykas att den myndighet eller leverantör som efter den 18 april 2016 ingår ett otillåtet direktupphandlingsavtal avseende en koncession inte

<sup>14</sup> Dom *Wells*, C-201/02, EU:C:2004:12.

kan sägas agera i strid med något legalt förbud. Det finns (ännu) i Sverige inte någon lag som förbjuder att sådana avtal ingås och det vore, enligt min mening, ett allt för långtgående avsteg från legalitetsprincipen att ogiltigförklara ett avtal enkom för att det ingåtts i strid med vad som föreskrivs i ett icke-genomfört direktiv. Direktiv ska, som bekant, endast vara bindande gentemot medlemsstaten och får rättsverkningar gentemot enskilda först indirekt genom de åtgärder som medlemsstaten vidtar för att säkerställa att direktivens ändamål uppnås i medlemsstaten.<sup>15</sup>

EU-domstolen har i domen *MedEval* särskilt understrukt de särskilda krav på rättssäkerhet som är förknippade med en ogiltighetsförklaring.<sup>16</sup>

”Ogiltigförklaringen av ett kontrakt som ingåtts efter det att ett offentligt upphandlingsförfarande genomförts medför nämligen att det inte längre existerar och att fullgörelsen av kontraktet eventuellt upphör, vilket utgör ett betydande ingrepp av domstolar eller förvaltningsmyndigheter i avtalsförhållanden mellan enskilda och statliga organ. Ett sådant beslut kan också skapa avsevärda störningar och ekonomiska förluster, inte enbart för den anbudsgivare som tilldelats det offentliga kontraktet i fråga, utan även för den upphandlande myndigheten, och därigenom för allmänheten, som är den slutliga användaren av de byggen- treprenader eller tjänster som upphandlats genom kontraktet. Såsom det framgår av skäl 25 och 27 i direktiv 2007/66 har unionslagstiftaren således lagt större vikt vid de rättssäkerhetskrav som ställs på en talan som syftar till att ett avtal ska förklaras ogiltigt än på en talan om skadestånd.”

Enligt min bedömning medför dessa rättssäkerhetshänsyn att det inte torde vara möjligt för en förvaltningsrätt att förklara ett avtal ogiltigt med stöd av direkt effekt. Det är intressant i sammanhanget att konstatera att EU-domstolen i domen *Norma* hade möjligheten att besvara frågan om rättsmedelsdirektivets ogiltighetssanktion kan få direkt effekt.<sup>17</sup> EU-domstolen undvek emellertid frågan med hänvisning till att sakomständigheterna i målet var sådana att genomförandetiden för direktivet ännu inte löpt ut då upphandlingen påbörjades varför direkt effekt av direktivets bestämmelser redan på denna grund var utesluten.

Kammarrätten i Stockholm har i ett mål funnit att ändringsdirektivets regler om ogiltighet kan få direkt effekt och också förklarat ett avtal ogiltigt på denna grund.<sup>18</sup> Kammarrätten resonerar på ett utförligt och pedagogiskt sätt kring kriterierna för direkt effekt och om de är applicerbara under de aktuella förutsättningarna i målet. Kammarrätten tycks emellertid ha bortsett från konsekvensen av sitt resonande, nämligen att kammarrätten genom sin dom ogiltigförklarar ett civilrättsligt bindande avtal som den vinnande leverantören ingått med den

<sup>15</sup> Se artikel 288 FEUF.

<sup>16</sup> Dom *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779.

<sup>17</sup> Dom *Norma*, C-348/10, EU:C:2011:721.

<sup>18</sup> Kammarrättsens i Stockholm dom av den 20 oktober 2011 (mål nr 2733-11).

upphandlande myndigheten. Kammarrätten synes med andra ord inte ha tagit ställning till om de negativa konsekvenserna av kammarrättens avgörande är acceptabla.

Det bör framhållas att det förhållandet att en förvaltningsdomstol av legalitetsskäl eventuellt inte med stöd av direkt effekt kan förklara ett avtal ogiltigt inte medför att domstolen helt bör avstå från att pröva ett sådant mål. Den enskilde leverantören kan fortfarande ha ett berättigat intresse av att få rättsenligheten av en direkttilldelning prövad inom ramen för en förvaltningsprocess, inte minst för att en sådan bedömning kan vara till vägledning inför ett eventuellt skadeståndsanspråk. Den förvaltningsdomstol som finner att man av rättssäkerhets- och legalitetshänsyn är förhindrad att ogiltigförklara ett avtal kan således, för att balansera dessa hänsyn mot den enskildes intresse av att få sin talan prövad, finna att avtalet inte utgör hinder mot att pröva huruvida direkttilldelningen var förenlig med tjänstekoncessionsdirektivet eller inte.

## 5 Sammanfattning

Som vi sett ovan är det min bedömning att flertalet av koncessionsdirektivets bestämmelser är sådana att de kan tillmätas direkt effekt. Det finns således stora möjligheter för leverantörer att åberopa bestämmelser i koncessionsdirektivet redan i dag, trots att detta ännu inte genomförts i svensk rätt. Det är vidare min bedömning att leverantörer kan kräva att 16 kap. LOU och dess bestämmelser om rättsmedel ska äga tillämplighet även vid upphandling av koncessioner.

Jag är emellertid mer tveksam till om det är möjligt för en förvaltningsrätt att med hänvisning till direkt effekt ogiltigförklara ett koncessionsavtal som ingåtts i strid med koncessionsdirektivets bestämmelser. Legalitetshänsyn förhindrar förmodligen direkt effekt om det skulle leda till att civilrättsligt bindande avtal blir ogiltigförklarade.