
SKA MAN FRÅGA FÖR FRÅGANDETS SKULL? – OM ATT BEGÄRA FÖRHANDESAVGÖRANDE I UPPHANDLINGSMÅL

Erik Olsson och Martin Bogg*

1. INLEDNING

I vår tidigare krönika¹ analyserades artikel 267 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt [FEUF] och CILFIT-kriterierna,² den kritik som framförts mot våra högsta instansers ”obenägenhet” att inhämta förhandsavgörande samt relationen mellan CILFIT-kriterierna och det svenska prövningstillståndet.

I denna krönika ska vi istället i kapitel 3 behandla artikel 267 FEUF:s praktiska tillämpning när prövningstillstånd väl har meddelats samt vidare i kapitel 4 försöka tillämpa dessa på några av de mer kontroversiella upphandlingsmålen i syfte att bedöma om den kritik som framförts mot Högsta förvaltningsdomstolens praxis vad det gäller att inhämta förhandsavgörande är befogad. Avslutningsvis kommer vi i kapitel 5 redogöra för de slutsatser som vår utredning resulterat i. Vi börjar emellertid med att redogöra för den viktiga skillnaden mellan tolkning och tillämpning av unionsrätten vid fråga om begäran om förhandsavgörande.

* Erik Olsson, advokat vid Advokatfirman Delphi, Stockholm och Martin Bogg, jurist vid Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Se Olsson & Bogg, *Ska man fråga för frågandets skull? – om att begära förhandsavgöranden i upphandlingsmål*, ERT 2014 s. 581.

² CILFIT-kriterierna kallas populärt de kriterier som reglerar de fall när en nationell domstol i sista instans är skyldiga, respektive har en rätt att avstå ifrån, att begära förhandsavgörande av EU-domstolen, se mål 283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità.

2. TOLKNING ELLER TILLÄMPNING – EN UNIONSRÄTTSLIG TOLKNINGSFRÅGA

Innan vi redogör för vår uppfattning om hur CILFIT bör tolkas, måste den centrala skillnaden mellan *tolkning* av EU-rätten och *tillämpning* av den samma åskådliggöras. Skyldighet att begära förhandsavgörande föreligger endast för unionsrättsliga tolkningsfrågor medan tillämpningen av unionsrätten enkom ligger inom den nationella domstolens behörighet. Ett skolboksexempel på en fråga som rör tillämpningen av unionsrätten är huruvida en specifik åtgärd är proportionerlig. Svaret på en sådan fråga kommer i realiteten avgöra målet i sak och handlar om att tillämpa unionsrätten på en viss uppkommen situation genom att väga olika typer av unionsrättsliga intressen mot varandra. En unionsrättslig tolkningsfråga hade å andra sidan varit frågan om vilka intressen som ska vägas in i en proportionalitetsbedömning av en viss åtgärd, samt möjligen vilken vikt som generellt ska tillmätas vart och ett av dessa intressen då de kommer i konflikt med varandra.

Att avgöra vad som utgör en unionsrättslig tolkningsfråga respektive en fråga om tillämpningen av unionsrätten i en enskild situation är dock ingen exakt vetenskap och det har till och med gjorts gällande att skillnaden mellan tolkning och tillämpningsfrågor är falsk eftersom en domstol aldrig kan komma fram till att en viss fråga utgör en ren tillämpning av unionsrätten utan att först tolka unionsrättens innehåll.³ Enligt vår bedömning är detta argument inte helt övertygande. Det stämmer naturligtvis att det är en tolkningsfråga i sig att avgöra vad som utgör en unionsrättslig tillämpningsfråga, men denna tolkningsfråga ligger inom ramen för en nationell domstols kompetens enligt artikel 267 FEUF. Eftersom det endast är tolkningsfrågor som ska hänskjutas till EU-domstolen måste den nationella domstolen själv, utifrån dess bedömning av unionsrättens innehåll, få avgöra när en tolkningsfråga ska anses ha uppkommit. Visserligen är bedömningen av vad som utgör en tolknings- respektive tillämpningsfråga i allra högsta grad en fråga som rör tolkning av unionsrätten, men vi skulle våga påstå att det är en av de få unionsrättsliga tolkningsfrågor (kanske den enda) där det är den nationella domstolen och inte EU-domstolen som har företräde.

I viss mån har skillnaden mellan tolkning och tillämpning fördunklats av EU-domstolens beredvillighet att vara nationella domstolar behjälpliga och ge ett för avgörandet av målet så användbart svar som möjligt. Det är ett bekant fenomen att EU-domstolen vid en begäran om förhandsavgörande svarar på en given tolkningsfråga på ett så precist, detaljerat och konkret sätt att det knap-

³ Se Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i mål C-338/95, Wiener SI, p. 15, fotnot 10, med hänvisning till Generaladvokat Capotortis förslag till avgörande i mål 283/81, CILFIT och Lanificio di Gavardo.

past finns något utrymme kvar för den nationella domstolens bedömning vid avgörandet av det relevanta målet. Generaladvokat Jacobs är som vi framhållit i föregående krönika kritisk mot detta agerande och menar att ett konkret svar avseende tillämpningen och tolkningen av EU-rätt visserligen kan vara till stor hjälp för den nationella domstolen, som får målets avgörande mer eller mindre serverat av EU-domstolen, men att ett sådant förfarande samtidigt begränsar räckvidden av EU-domstolens uttalanden och därmed dess prejudikatvärde.⁴

Ett möjligt missförstånd är att alla unionsrättslig tillämpningsfrågor som innehåller svåra avvägningar är sådana oklara tolkningsfrågor som bör hänskjutas till EU-domstolen. Inget kunde vara mer fel. Unionsrätten är full av svåra tillämpningsfrågor där den nationella domstolen förväntas ta ställning till motstående intressen och komplicerade bedömningsfrågor, utan att det för den sakens skull rör sig om unionsrättsliga tolkningsfrågor. Låt oss ta ett exempel.

I upphandlingsdirektiven (både för den klassiska sektorn och försörjningssektorn) anges en rad olika minimifrister för hur lång tid en anbudsgivare ska ges för att utforma sitt anbud. Samtidigt framgår det att dessa frister är just minimifrister och att myndigheten då den fastställer tidsfristerna för mottagande av anbudsansökningar och anbud ska ta särskild hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud. Det kan således uppkomma situationer då en upphandlande myndighet inte kan anses ha gett leverantörer tillräcklig tid för att utforma ett anbud trots att myndigheten iakttagit föreskrivna minimifrister. Vi tänker oss att följande fråga hamnar i en nationell domstol.

En kommun ska upphandla en IT-lösning för en rad centrala administrativa funktioner i kommunens verksamhet. IT-lösningen kommer få stor betydelse för kommunens möjligheter att fullgöra sina uppgifter och kommunen ber därför anbudsgivarna att redan i sitt anbud beskriva tänkta lösningar på en rad komplexa problem. Någon anbudsgivare ansöker om överprövning och gör gällande att den helt enkelt inte medgetts tillräckligt med tid för att besvara samtliga frågor på ett utförligt sätt. Vad anbudsgivaren anför förefaller rimligt och kommunens krav på beskrivningar är onekligen långtgående. Samtidigt kan konstateras att åtminstone en anbudsgivare, leverantören av kommunens befintliga IT-lösning, synes ha inkommit med ett fullständigt anbud och det förefaller för domstolen som en långtgående åtgärd, att i detta skede efter tilldelningsbeslutets meddelande, förordna om att upphandlingen ska göras om. Frågan är genuint svår och kokar ner till en bedömning av vad som utgör skäligen tid för anbudsgivning i det enskilda fallet. Frågan är av rent unionsrättslig karaktär och det saknas helt avgöranden från EU-domstolen i frågan. Innebär detta att målet bör hänskjutas för EU-domstolens avgörande? Svaret är nej. Att

⁴ Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-338/05, Wiener SI, p. 13–18.

ett mål som rör tillämpningen av unionsrätten är svårt är ingen anledning att begära förhandsavgörande. Tolkningen av unionsrätten är klar: domaren har att avgöra om den av myndigheten angivna tidsfristen är tillräcklig med tanke på omständigheterna i det enskilda fallet. Vad målet behöver är en erfaren domares omdömesgilla avgörande, inte ett rättslärt utlåtande i någon tolkningsfråga. Att domaren har ställts inför en svår fråga förändrar inte detta förhållande.

Låt oss säga att domaren i vårt exempel hade valt att hänskjuta målet till EU-domstolen för förhandsavgörande. EU-domstolen hade förmodligen tagit upp målet till prövning, det rör trots allt en unionsrättslig fråga och EU-domstolen är, som vi förklarat i föregående krönika, obenägen att avvisa en begäran från nationell domstol. Kanske hade EU-domstolen också sympatiserat med den svåra bedömningsfråga som deras nationella kollega ställts inför och gjort sitt yttersta för att gå henne till mötes. Men vilken hjälp kan EU-domstolen egentligen erbjuda? Det är inte svårt att se avgörandet framför sig. EU-domstolen hade säkerligen börjat med att återge de relevanta rättsreglerna för att sedan konstatera att direktivets minimifrister är just minimifrister och att en bedömning måste göras i det enskilda fallet, utifrån samtliga relevanta omständigheter. Kanske hade EU-domstolen också lyft några av de aspekter som talar för en längre anbudsfrist i detta fall, såsom att det rör sig om ett tekniskt komplext uppdrag och att vissa lösningar ska presenteras redan i anbudet. Kanske hade EU-domstolen också påpekat att befintlig leverantör kan tänkas ha ett kunskapsövertag som kan motivera en längre anbudsfrist för att ge nya leverantörer lika möjlighet. Men sedan hade EU-domstolen inte kunnat komma så mycket längre. Avgörandet ligger på den nationella domstolen att göra och EU-domstolen bör därför lämna själva skälighetsbedömningen i det enskilda fallet till den.

Vissa nationella domstolar, i synnerhet de italienska, synes i flera av sina begäranden om förhandsavgörande i det närmaste vilja skjuta över sin dömande verksamhet på EU-domstolen genom att ställa så detaljerade tolkningsfrågor att det i princip inte finns något utrymme kvar för den nationella domstolens bedömning. Ibland fungerar denna taktik och EU-domstolen ger ett svar som löser den nationella tvisten, se t.ex. C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*. Trots detta finns det enligt vår mening anledning att ifrågasätta huruvida denna typ av agerande, som bygger på att den nationella domstolen formulerar om tillämpningsfrågor till tolkningsfrågor, är ett effektivt nyttjande av EU-domstolens resurser.

3. TILLÄMPNINGEN AV CILFIT NÄR PRÖVNINGSTILLSTÅND MEDDELATS

3.1 Tidigare föreslagna alternativ till CILFIT

Som framgår av vår tidigare krönika vore det i praktiken omöjligt för Högsta förvaltningsdomstolen att tillämpa CILFIT-kriterierna ordagrant för att avgöra när en begäran om förhandsavgörande ska göras. Vi har även funnit att CILFIT-kriterierna inte kräver att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i en större utsträckning än vad som följer av förvaltningsprocesslagens (1971:291) [FPL] bestämmelser och av Högsta förvaltningsdomstolens roll som prejudikatsbildande instans i den svenska rättsordningen.

Att vi förordar en mer pragmatisk syn på skyldigheten att begära förhandsavgörande innebär emellertid inte att Högsta förvaltningsdomstolen kan bortse från artikel 267.3 FEUF och CILFIT-kriterierna. Även en mer pragmatisk syn på CILFIT-kriterierna kräver att domstolen förhåller sig till sin skyldighet att begära förhandsavgöranden på ett konsekvent och rättssäkert sätt. Vad vi förordar är således en tillämpning av CILFIT-kriterierna som står i samklang syftet bakom systemet med förhandsavgörande men som även tar hänsyn till den verklighet som de nationella domstolarna möter i sin dömande verksamhet. Hur kan då en sådan tillämpning se ut?

Genom åren har många olika förslag till reformering av CILFIT-kriterierna framförts. En del förslag har hämtat inspiration av den av generaladvokat Jacobs föreslagna tolkningen som återgetts i vår föregående krönika.⁵ Morten Broberg har t.ex. föreslagit att förhandsavgörande ska inhämtas ”*where there is a general question going beyond the main action before the national court and where there is a genuine need for uniform interpretation*”. Broberg menar att CILFIT-kriterierna ska läsas som att förhandsavgörande inte behöver inhämtas när den rätta tillämpningen av EU-rätten ”*does not leave any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved*”.⁶ Broberg fäster särskild vikt vid frågans betydelse och karaktär, samtidigt som han kopplar möjligheten att underlåta att skicka förhandsavgörande till en grad av säkerhet hos den enskilde domaren. Även Staffan Vängbys uppfattning om när förhandsavgörande bör inhämtas, vilken ligger både Jacobs och Brobergs uppfattning nära, kan nämnas i detta sammanhang.⁷

⁵ Se närmare Olsson & Bogg, *Ska man fråga för frågandets skull? – om att begära förhandsavgöranden i upphandlingsmål*, ERT 2014 s. 587 ff.

⁶ Se Broberg, *Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times*, CMLR 45: 1390, 2008.

⁷ Se Vängby, *Förhandsavgöranden från EG-domstolen – en replik till Jan-Mikael Bexhed*, JT 1999–2000 s. 248 ff.

Ett annat exempel på förslag till reformerade CILFIT-kriterier lades fram i den s.k. Ole Due-rapporten. I rapporten uppmuntrades de nationella domstolarna att bli djärvare i sin tillämpning av EU-rätten.⁸ Av denna anledning föreslogs att det i CILFIT-kriterierna uttryckligen, istället för att endast gälla implicit, anges att medlemsstaterna har full auktoritet att hantera EU-rättsliga frågor inom deras nationella jurisdiktion, endast begränsat av skyldigheten att inhämta förhandsavgörande.

Vidare föreslogs att nationella domstolar ska avhålla sig från att systematiskt begära förhandsavgörande för EU-rättsliga frågor. Vid bedömningen av om förhandsavgörande ska inhämtas ska frågans vikt beaktas samt om det för frågan föreligger rimligt tvivel om dess lösning.

Ett ytterligare exempel är Lord Bingham's ofta citerade uttalande om när engelska domstolar bör inhämta förhandsavgörande.⁹ Förvisso gäller uttalandet endast när de engelska underinstanserna bör inhämta förhandsavgörande, men är ändå intressant i sammanhanget p.g.a. dess likhet med ovannämnda förslag. Lord Bingham menade att förhandsavgörande bör inhämtas om inte domstolen med full övertygelse anser att den själv kan lösa frågan. Domstolen ska vid denna bedömning ta hänsyn till EU-rättens karaktär och behovet av likformig tolkning inom unionen samt ”*the great advantages enjoyed by the Court of Justice in construing Community instruments*”. Om domstolen har några verkliga tvivel, kring en tolkning av unionsrätten, ska förhandsavgörande normalt inhämtas.

Gemensamt för ovan angivna förslag på reformerade CILFIT-kriterier är att förhandsavgörande endast ska inhämtas om det föreligger rimligt tvivel av den EU-rättsliga frågans lösning. Vidare betonas ofta frågans vikt. För frågor av stor betydelse bör det begäras förhandsavgörande redan vid mycket liten osäkerhet kring frågans lösning. Enligt dessa resonemang kan graden av osäkerhet tillåtas vara större för frågor som inte är av särskilt stor betydelse. I realiteten bör skillnaden mellan förslagen ovan vara försumbar – resultatet är att de nationella domstolarna ges ett större förtroende och ansvar för EU-rättens tolkning och tillämpning.

Samtidigt finns det, även bland de som förespråkar en mer pragmatisk tolkning av CILFIT-kriterierna, en yttersta gräns då en nationell domstol i sista instans inte längre kan avstå från att begära förhandsavgörande. Även för den som förespråkar att de nationella domstolarna tar ett allt större eget ansvar för tillämpning och till och med *tolkning* av unionsrätten finns det naturligtvis situationer då det är rakt klandervärt att en nationell domstol i sista instans

⁸ Se Report of the reflection group on the future of the judicial system of the European Communities, januari 2000, s. 14–15.

⁹ Se R v. International Stock Exchange, ex parte Else [1993] 1 All England Law Reports s. 420, [1993] 2 Common Market Law Reports s. 677, se Weatherill Beaumont, EU Law, 3 ed., London 1999 s. 336 f., Wyatt & Dashwood's European Union Law, 5 ed., London 2006 s. 514.

avstår från att begära förhandsavgörande. Men var går denna gräns? När kan man, oavsett synsätt på de nationella domstolarnas relation till EU-domstolen och unionsrätten, säga att en nationell domstol gjort *fel* när den avstått från att begära förhandsavgörande?

Vi kan konstatera att unionsrätten som sådan inte ger någon vägledning i denna fråga. Det framgår visserligen av målen Köbler respektive Kommissionen mot Italien att en nationell domstol i sista instans, inom ramen för sin dömande verksamhet, kan göra sig skyldig till en skadeståndgrundande överträdelse av unionsrätten.¹⁰ Samtidigt framgår det emellertid av dessa avgöranden, i synnerhet Köbler, att även om avståendet från att begära förhandsavgörande kan vara en försvårande omständighet vid bedömningen av om skadeståndsskyldighet föreligger så kan inte avståendet som sådant utgöra grund för skadestånd. Det finns således inte någon situation, utifrån unionsrätten, då ett avstående från att begära förhandsavgörande, i sig kan utgöra grund för en skadeståndstalan.

Viss vägledning kan hittas i praxis från de länder som, inom ramen för den nationella rättsordningen, har sanktioner gentemot nationella domstolar i sista instans som felaktigt avstår från att begära förhandsavgörande. Bland dessa framstår rättspraxis från den tyska Förbundsorfattningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) som mest utvecklad.¹¹

Förbundsorfattningsdomstolen har sedan en tid tillbaka funnit att en nationell domstol i sista instans kan göra sig skyldig till överträdelse av artikel 101(1) i den tyska grundlagen (Grundgesetz) och dess bestämmelser om rätt till domstolsprövning genom att avstå från att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.¹² Förbundsorfattningsdomstolen kommer emellertid endast ingripa då en nationell domstols tillämpning av artikel 267(3) FEUF, utifrån det ramverk som Grundgesetz innebär, framstår som obegriplig och uppenbarligen ohållbar.¹³ Den prövning av en överträdelse av artikel 267(3) FEUF som artikel 101(1) i Grundgesetz möjliggör kräver således att den nationella domstolen på ett godtyckligt och egenrådligt sätt avstått från att begära förhandsavgörande. Av rättspraxis från Förbundsorfattningsdomstolen framgår att det framförallt är i tre situationer som så kan vara fallet.

¹⁰ Mål C-224/01 Gebhard Köbler mot Republiken Österrike samt mål C-129/00 Kommissionen mot Italien.

¹¹ För en genomgång av nationell rättspraxis i denna fråga, se Regina Valutyté, *Legal Consequences for the infringement of the obligation to make a reference for a preliminary ruling under constitutional law*, Jurisprudencija/Jurisprudence, 2012 19(3) p. 1171–1186.

¹² Se avgöranden från Förbundsorfattningsdomstolens andra kammare, BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 vom 22.10.1986 samt BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116), p. 88 Avgörandena finns tillgängliga på engelska via Förbundsorfattningsdomstolens hemsida: www.bverfg.de.

¹³ Se avgörande från Förbundsorfattningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 1 BvR 1631/08 vom 30.8.2010, Absatz-Nr. (1-69), p. 48.

Den första situationen är då en nationell domstol i sista instans, trots att den själv anser att en oklar unionsrättslig fråga har betydelse för ett måls avgörande, fullständigt bortsett från att bedöma huruvida en skyldighet att begära förhandsavgörande föreligger. Den nationella domstolen framstår med andra ord som helt ovetande om att en sådan skyldighet kan föreligga.

Den andra situationen är då en nationell domstol i sista instans i en fråga som har betydelse för målets avgörande medvetet avviker från praxis från EU-domstolen, utan att först begära in förhandsavgörande.¹⁴

Den tredje situationen är då en nationell domstol i sista instans, på ett oförsvarligt sätt bortser från sin skyldighet att begära förhandsavgörande i en ännu icke klarlagd unionsrättslig fråga och detta resulterar i att den nationella domstolens avgörande ger uttryck för en felaktig tolkning av en unionsrättslig bestämmelse.¹⁵ För att ansvar enligt artikel 101 Grundgesetz ska uppkomma i denna situation krävs vidare att den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har överskridit det bedömningsutrymme som den med nödvändighet har vad avser frågan om vad som utgör en oklar unionsrättslig fråga av betydelse för målets avgörande.¹⁶ Så kan exempelvis vara fallet då alternativa synsätt vad avser den unionsrättsliga tolkningsfrågan, vid en granskning i efterhand, framstår som klart mer ändamålsenliga. Ansvar kan således inte komma i fråga när den tolkning som den nationella domstolen gjort i en vid tillfället för bedömningen oklar unionsrättslig fråga visserligen är felaktig men vid en granskning i efterhand trots detta framstår som försvarbar.¹⁷ Det är i sammanhanget viktigt att framhålla att den nationella domstolen, vid sin bedömning av om en fråga är oklar, inte bara ska ta hänsyn till om det saknas rättspraxis från EU-domstolen i frågan, eller om rättspraxis framstår som ofullständig, utan även undersöka om det finns skäl att tro att EU-domstolens kommande rättspraxis kan komma att utvecklas i en riktning som står i strid med den tolkning som den nationella domstolen gör gällande.

Förbundsförfattningsdomstolen har vidare framhållit att det inte uppkommer en skyldighet att begära förhandsavgörande enkom för att någon av parterna i målet gör gällande att en oklar unionsrättslig fråga har betydelse för målets avgörande. Den nationella domstolen har istället att ta ställning till om den unionsrättsliga bestämmelsen i fråga ger utrymme för fler tolkningar än den

¹⁴ Avgörande från Förbundsförfattningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116), p. 89.

¹⁵ Avgörande från Förbundsförfattningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116), p. 90.

¹⁶ Avgörande från Förbundsförfattningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116), p. 90; Avgörande från Förbundsförfattningsdomstolens första kammare, BVerfG, 1 BvR 230/09 vom 25.2.2010; samt BVerfG, 1 BvR 1631/08 vom 30.8.2010, Absatz-Nr. (1-69), para. 48.

¹⁷ Avgörande från Förbundsförfattningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116), p. 90.

som den nationella domstolen överväger att lägga till grund för sitt avgörande, och i så fall om den alternativa tolkningen också framstår som rimlig för en erfaren jurist med kunskap om unionsrätten. Vid denna bedömning ska den nationella domstolen ta hänsyn till unionsrätten i sin helhet samt dess syfte och utvecklingsstadium vid tillfället för bedömningen.¹⁸

Genom att tilldela de nationella domstolarna större förtroende och ansvar, ökar även EU-rättens genomslag i medlemsstaterna. EU-rättsliga frågor ska, så långt det går och är lämpligt, behandlas precis som vilken rättsfråga som helst enligt medlemsstatens inhemska rättsordning. Unionsrättsliga frågor måste vara ett naturligt inslag i medlemsstaterna och nationella domstolar bör uppmuntras att själva hantera dem. En lösare tolkning av CILFIT skapar ett utrymme för nationella domstolar att utveckla sin egen unionsrättsliga metod och en levande relation till unionsrätten. Dock medför en sådan ordning att risken för att disparat tolkning uppstår i de olika medlemsstaterna ökar. Ett för stort utrymme för skönsmässighet kan dessutom medföra att olika domstolar inom en och samma medlemsstat har olika syn på när förhandsavgörande bör begäras eller till och med att en och samma domstol, från mål till mål, är inkonsekvent i sin syn på när förhandsavgörande bör begäras. Det är därför, även för den som förordar ett större bedömningsutrymme för nationella domstolar, viktigt att fastställa någon form av objektiva test för när en begäran om förhandsavgörande bör/ska begäras. I följande avsnitt kommer vi försöka att ta fram ett sådant test.

3.2 En pragmatisk tillämpning av CILFIT-kriterierna

Vi har ovan redogjort för en serie rättskällor som kan verka som inspiration då en nationell domstol i allmänhet, och en nationell domstol i sista instans i synnerhet, tar ställning till om man ska begära förhandsavgörande från EU-domstolen. I detta avsnitt ska vi, utifrån dessa rättskällor, försöka oss på att formulera ett alternativt sätt att förhålla sig till skyldighet att begära förhandsavgörande. Vad vi föreslår är en typ av check-lista som den nationella domstolen kan ha som underlag då den överväger att begära förhandsavgörande.

1. *Innehåller målet en fråga av unionsrättslig karaktär?*

Den första frågan är naturligtvis om målet som sådant innehåller en fråga av unionsrättslig karaktär. Det är viktigt att notera att detta inte nödvändigtvis är fallet med alla frågor som rör tolkningen av bestämmelser i lagar som genomför unionsrättsliga direktiv, såsom exempelvis LOU och LUF. Eftersom direktiv,

¹⁸ Avgörande från Förbunds författningsdomstolens andra kammare, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116).

till skillnad från förordningar, ska genomföras i nationell rätt finns det med nödvändighet för varje direktiv ett förhållandevis stort *genomförandetrymme* där den nationella lagstiftaren och de nationella myndigheterna själva råder över såväl lagstiftningen som tolkningen och tillämpningen av denna. Vad gäller genomförandebestämmelser, såsom exempelvis de svenska bestämmelserna om vilken domstol som är behörig att pröva en viss upphandlingsrättslig talan, är det bara i de fall dessa bestämmelser leder till att direktivens eller fördragets syften undermineras som en unionsrättslig frågeställning kan aktualiseras. På motsvarande sätt förhåller det sig med alla de bestämmelser där medlemsstaten uttryckligen getts befogenhet att göra sina egna bedömningar, såsom exempelvis är fallet med dynamiska inköpssystem i det klassiska direktivet.

2. *Är frågan av tolknings eller tillämpningskaraktär?*

Som vi diskuterat i föregående avsnitt kan det ofta vara svårt att skilja mellan tolkning och tillämpning av unionsrätten, men det kan likväl vara en nyttig övning att försöka skilja ut tolkningsfrågor från tillämpningsfrågor i ett mål för att på detta sätt utröna vad som ankommer på den egna domstolen och vad som eventuellt ska hänskjutas till EU-domstolen. I detta avseende kan det vara bra att formulera den fråga som man ställts inför och sedan försöka tänka sig alternativa svar på denna fråga. Svaret på en tolkningsfråga ska hjälpa den nationella domstolen att definiera ett unionsrättsligt begrepp eller en skyldighet. Svaret på en tillämpningsfråga syftar snarare till att applicera ett tidigare definierat begrepp eller skyldighet på en uppkommen situation.

Ett annat sätt att uttrycka det är att svaren på en välformulerad tolkningsfråga bör vara av en sådan karaktär att de ger uttryck för någon ny rättsprincip eller att de hade kunnat införas som ett förtydligande i ett särskilt stycke under den relevanta direktivsbestämmelsen. Svaren på en tillämpningsfråga är ofta av en sådan karaktär att de skiljer tvisten som sådan och direkt avgör huruvida en ansökan ska bifallas eller avslås.

3. *Måste den unionsrättsliga tolkningsfrågan passeras för att avgöra målet?*

Innan en domstol hänskjuter ett mål till EU-domstolen bör den ha en tydlig bild av sin egen uppfattning i frågan. Den nationella domstolen bör således veta hur den skulle ha avgjort målet om det inte fanns någon möjlighet att begära förhandsavgörande. Även om ett mål kan vara fullt av intressanta unionsrättsliga tolkningsfrågor är det bara sådana tolkningsfrågor som passeras på vägen till det tänkta avgörandet som bör bli föremål för ett förhandsavgörande. En domstol som står i begrepp att avvisa en ansökan om överprövning till följd av att leverantören inte inkommit med en ansökan i tid bör inte hänskjuta tolknings-

frågor rörande de bestämmelser som leverantören lägger till grund för sitt påstående om överträdelse. Att ett annat avgörande än det som den nationella domstolen tänker sig hade aktualiserat en unionsrättslig tolkningsfråga saknar betydelse för skyldigheten att begära förhandsavgörande så länge domstolen inte måste passera genom en unionsrättslig tolkningsfråga för att *välja* det domslut den tänkt sig.

4. *Storleken saknar betydelse*

Till skillnad från Generaladvokat Jacobs anser vi inte att det är lämpligt att en nationell domstol inför en begäran om förhandsavgörande tar ställning till prejudikatvärdet av en viss tolkningsfråga. Det är enligt vår bedömning allt för svårt för en nationell domstol att ta ställning till om en viss tolkningsfråga har betydelse i många mål runt om i unionen eller om den är unik för det mål som den nationella domstolen har framför sig. Även rättsfigurer som i Sverige får betraktas som *sui generis* kan visa sig vara mycket vanliga i andra medlemsstater och det är fullt tänkbart att ett förhandsavgörande i ett svenskt mål får betydligt större betydelse för italienska eller polska förhållanden än vad det får i Sverige.

Det enda en nationell domstol bör ta ställning till är således om tolkningsfrågan, stor eller liten, har relevans för det egna avgörandet.

Detta förändrar naturligtvis inte vår tidigare inställning rörande prövningstillstånd för Högsta förvaltningsdomstolen i mål av unionsrättslig karaktär. Vid bedömningen av om prövningstillstånd ska meddelas kan rättsfrågans prejudiciella betydelse naturligtvis vara av stor vikt. Detta är dock något annat än de överväganden som en domstol, såväl Högsta förvaltningsdomstolen som domstol i lägre instans, har att göra när ett mål är uppläppt till prövning och man överväger vilken eller vilka rättsfrågor som eventuellt ska skickas för förhandsavgörande.

5. *Är frågan sådan att domstolen, även efter noggrant övervägande och analys av unionsrättens innehåll, känner viss osäkerhet kring dess korrekta lösning?*

Detta test är det som ligger närmast en klassisk CILFIT-prövning. Det bör understrykas att även om denna bedömning i grunden är subjektiv – det är bara den nationella domstolen själv som kan avgöra om den är osäker på en tolkningsfråga – så innehåller den samtidigt en objektiv komponent. Vad som är viktigt är inte vad den nationella domstolen *är säker på* utan vad den nationella domstolen rätteligen *borde vara säker på*. Den nationella domstolen bör således noga överväga vilka tolkningar av den relevanta bestämmelsen som finns och huruvida någon av dessa, förutom den som den nationella domstolen har för

avsikt att välja, också skulle framstå som rimlig för en erfaren jurist med god kunskap om unionsrätten.

Om flera rimliga tolkningsalternativ framkommer bör den nationella domstolen, även om den anser ett av alternativen vara mer övertygande än övriga, allvarligt överväga att hänskjuta frågan till EU-domstolen.

6. *Döm framförallt inte fel!*

Som Förbundsorfattningsdomstolen har gett uttryck för är unionsrätten föremål för ständig utveckling. Eftersom EU-domstolens uttalanden i tolkningsfrågor är direkt gällande erga omnes kan något som vid bedömningstillfället framstår som oreglerat, genom ett senare avgörande från EU-domstolen, visa sig ha varit reglerat redan vid detta tillfälle.

Den som gör anspråk på att veta hur unionsrätten ska tolkas måste vara medveten om detta förhållande och, utöver sin analys av unionsrättens nuvarande innehåll, även försöka titta i kristallkulan och göra rimliga uppskattningar kring var unionsrätten är på väg. Att en viss tolkning inte tydligt framgick av EU-domstolens praxis vid tillfället för ett nationellt avgörande i motsatt riktning gör möjligen den nationella domstolens felslut mer förståeligt, men inte desto mindre fel. Den nationella domstol som önskar avgöra unionsrättsliga tolkningsfrågor bör således känna sig trygg, både med sin tolkning av unionsrättens innehåll vid tillfället för avgörande, och med att detta innehåll inte kommer att förändras i senare kommande avgörande från EU-domstolen på ett sätt som medför att avgörandet blir felaktigt. Den som inte känner sig inte trygg med att man kan göra en sådan analys avseende en viss unionsrättslig bestämmelse bör inhämta förhandsavgörande.

Även om unionsrätten är mycket föränderlig till sin natur är inte denna typ av framtidsanalys så omöjlig som den först kan framstå. De flesta unionsrättsliga lagstiftningsakter, däribland upphandlingsdirektiven, har förhållandevis tydligt definierade syften vilka utgör grundbulten för majoriteten av all praxisutveckling rörande den relevanta lagstiftningsakten. Exempelvis kan sägas att nu genomförda upphandlingsdirektiv framförallt syftar till att säkerställa att enskilda leverantörer får möjlighet att delta i offentliga upphandlingar som genomförs på ett likabehandlande och transparent sätt.¹⁹ På motsvarande sätt kan rättsmedelsdirektiven sägas syfta till att säkerställa att enskilda har tillgång till effektiva rättsmedel mot överträdelser av upphandlingsrätten.²⁰ Ett nationellt avgörande som ligger i linje med dessa syften kommer sällan visa sig ha varit fel i efterhand. Detta betyder inte nödvändigtvis att det är uteslutet att EU-dom-

¹⁹ Direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.

²⁰ Direktiv 89/665/EEG och 2007/66/EG.

stolen kommer att avgöra tolkningsfrågan på ett annat sätt i ett kommande avgörande, men det betyder att det är osannolikt att EU-domstolen avgör en tolkningsfråga på ett sätt som medför att den nationella domstolens avgörande blir rakt felaktigt och anses stå i strid med syftena för den relevanta lagstiftningsakten. Vi kommer i våra analyser av Högsta förvaltningsdomstolens praxis nedan titta på några sådana situationer där en syftesanalys kan vara behjälplig vid bedömningen av om en begäran om förhandsavgörande ska göras.

Det ska dock inte glömmas att en unionsrättslig bestämmelse i vissa situationer kan ha flera både korresponderande och potentiellt motstridiga syften. I sådana situationer är det mer vanskligt att genomföra en syftesanalys eftersom ett för långtgående fokus på ett av bestämmelsens syften kan komma i konflikt med iakttagandet av övriga syften. Överhuvudtaget bör nationella domstolar vara mycket försiktiga med att själva tolka unionsrättsliga bestämmelser som är av en sådan karaktär att de försöker åstadkomma en balans mellan flera unionsrättsliga ändamål. I sådana situationer är ett förhandsavgörande nästan alltid påkallat.

Slutligen delar vi helt Förbundsorfattningsdomstolens inställning att den nationella domstol som avser att gå ”sin egen väg” och avvika från den riktning som EU-domstolens dittillsvarande praxis visat, alltid ska begära förhandsavgörande. Detta gäller även i de fall då en sådan alternativ riktning är väl underbyggd med rimliga och goda unionsrättsliga resonemang. Om den nationella domstolen, på goda grunder anser att unionsrätten bör skifta inriktning i en viss fråga bör denna utveckling ske via EU-domstolens avgörande och inte egenmäktigt inom ramen för en enskild medlemsstat.

4. ANALYS AV MÅL FRÅN HFD – BORDE FÖRHANDESAVGÖRANDE HA INHÄMTATS?

Vi har ovan presenterat en alternativ metod för hur nationella domstolar bör ta ställning till om de ska begära förhandsavgörande eller inte. Som framgår av vår tidigare krönika anser vi inte att skyldigheten att begära förhandsavgörande minskar den beslutanderätt som Högsta förvaltningsdomstolen har vad avser frågan om vilka mål som ska meddelas prövningstillstånd. Detta förhållande, vilket innebär att man aldrig kan räkna med att få prövningstillstånd i ett mål som innehåller en unionsrättslig tolkningsfråga, innebär enligt vår mening att även kammarrätten har en långtgående skyldighet att ta ställning till om förhandsavgörande bör begäras eller inte. Som vi tidigare framhållit har kammarrätten samma skyldighet som Högsta förvaltningsdomstolen att inte döma fel i frågor som rör unionsrättsliga bestämmelser. Det finns därför normalt inte anledning för kammarrätten att tillämpa ett annat test vad avser när förhandsavgörande bör begäras än det som skisserats ovan.

Eftersom kritiken framförallt har riktat sig mot Högsta förvaltningsdomstolen kommer vi dock i det följande att titta på några av de mer kontroversiella avgörandena från denna domstol för att se om vi delar bedömningen att Högsta förvaltningsdomstolens avstående från att inhämta förhandsavgörande i dessa mål förtjänar den kritik som framförts.

Möjligheten att ansöka om överprövning av avbrytandebeslut RÅ 2001 ref. 18, RÅ 2005 ref. 62 och RÅ 2009 ref. 43

En serie avgöranden som ibland figurerar i diskussionen kring frågan om skyldigheten att begära förhandsavgörande är Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden rörande möjligheterna att överpröva ett avbrytandebeslut. Avgörandesviten är särskilt intressant eftersom Högsta förvaltningsdomstolen över tid, och med hänvisning till praxis från EU-domstolen, förändrar sin inställning till om det är möjligt att ansöka om överprövning av avbrytandebeslut enligt LOU.

Det första målet är RÅ 2011 ref. 18. I målet hade Stockholms kommun beslutat att avbryta en upphandling av drift av vissa i kommunen belägna grupp- bostäder och istället låta driften övergå i egen regi. Två anbudsgivare överklagade beslutet och yrkade att det skulle undanröjas antingen enligt LOU i sin dåvarande lydelse [ÅLOU] eller genom laglighetsprövning enligt kommunallagen.²¹

Högsta förvaltningsdomstolen fann att ÅLOU inte var tillämplig på beslut om avbrytande av upphandling och att det således inte var möjligt att överpröva sådana beslut enligt den lagen utan att besluten istället fick prövas enligt kommunallagens bestämmelser om laglighetsprövning. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade dom den 6 februari 2001.

Kort därefter, den 18 juni 2002, meddelade EU-domstolen dom i mål C-92/00, Hospital Ingenieure. Av avgörandet framgick med all önskvärd tydlighet att en myndighets beslut om att avbryta en upphandling ska kunna vara föremål för ett överprövningsförfarande och i förekommande fall ogiltigförklaras. EU-domstolen bekräftar denna slutsats i ytterligare ett avgörande meddelat den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner.

Något år senare, i ett avgörande den 23 december 2005, får Högsta förvaltningsdomstolen möjlighet att återbesöka frågan om det är möjligt att ansöka om överprövning av ett avbrytandebeslut enligt ÅLOU. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar då till EU-domstolens avgöranden och finner att ett beslut om avbrytande är ett sådant beslut som ska kunna överprövas. Det förefaller således som om Högsta förvaltningsdomstolen, i sitt avgörande av den 23 december 2005, kommer till ett delvis annat slut än domstolen gjort i sitt avgörande den 6 februari 2001.

²¹ Se kommunallag (1991:900) och lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

I ett senare avgörande av den 4 juni 2009 får Högsta förvaltningsdomstolen slutligen en möjlighet att pröva om ett visst avbrytandebeslut skulle anses förenligt med LOU. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar återigen till EU-domstolens praxis och finner att EU-domstolen fastslagit en rad kriterier för hur en bedömning av ett avbrytandebeslut bör göras. Mot bakgrund av att Högsta förvaltningsdomstolens således anser sig ha de instrument de behöver för att avgöra målet anser inte Högsta förvaltningsdomstolen att begäran om förhandsavgörande är påkallad. Med tillämpning av de bedömningsgrunder som EU-domstolen fastslagit går Högsta förvaltningsdomstolen sedan vidare och finner att avbrytandebeslutet grundar sig på sakligt godtagbara skäl och att det därför saknas anledning att undanröja beslutet.

Finns det då skäl att kritisera Högsta förvaltningsdomstolen för att de inte i något av dessa avgöranden begärde in förhandsavgörande?

Vi diskuterade i föregående avsnitt att en domstol som överväger att avgöra en unionsrättslig tolkningsfråga har en långtgående skyldighet att försöka förutse huruvida det avgörande som man överväger kan komma att stå i strid med unionsrätten, även i den form denna kan komma att få igenom senare tillkommen praxis.

Även om det säkert var förvånande för många vid tillfället för EU-domstolens avgörande i mål C-92/00 att rättsmedelsdirektiven tillerkände leverantörer en rätt till överprövning av avbrytandebeslut så kan detta inte ha framstått som helt otänkbart, inte ens vid tillfället för Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 6 februari 2001. Möjligheten lyftes av parterna i målet och det måste ha framstått som förenligt med rättsmedelsdirektivens syfte att detta faktiskt kunde medföra en skyldighet för medlemsstaten att tillhandahålla en överprövningsmöjlighet även för avbrytandebeslut. Det kan vidare konstateras att Österrikisk domstol vid tillfället för Högsta förvaltningsdomstolens avgörande övervägt huruvida en sådan möjlighet förelåg och därvid beslutat att framställa en begäran om förhandsavgörande med detta innehåll redan den 10 mars 2000, i det mål som sedermera skulle utmynna i EU-domstolens avgörande i mål C-92/00.

Samtidigt synes Högsta förvaltningsdomstolens avgörande inte ha inneburit att leverantören fråntogs möjligheten till att få avbrytandebeslutet prövat utan endast att prövning skulle ske enligt kommunallagen snarare än enligt ÄLOU. Omständigheterna i målet var sådana att det framförallt var den upphandlande myndigheten som gjorde gällande att ÄLOU var tillämplig på avbrytandebeslutet eftersom en laglighetsprövning enligt kommunallagen då inte skulle vara möjlig och överklagandet därför skulle avvisats. Genom att finna att ÄLOU inte var tillämplig säkerställde således Högsta förvaltningsdomstolen att leverantören fick en prövning av avbrytandebeslutets laglighet enligt kommunallagen. Det får hållas för osannolikt att EU-domstolen skulle ha några invändningar rörande vilken svensk lag som möjliggör en viss prövning så länge en effektiv prövning av ett avbrytandebeslut säkerställs. Det kan således ifrågasättas om

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i 2001 års mål verkligen undanröjde möjligheterna till rättslig prövning av ett avbrytandebeslut eller om Högsta förvaltningsdomstolen inte snarare i realiteten möjliggjorde en sådan prövning genom att ange att denna kunde ske som laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Vad gäller Högsta förvaltningsdomstolens andra avgörande kan konstateras att frågan i det målet var huruvida ett beslut om avbrytande skulle prövas i allmän förvaltningsdomstol eller i allmän domstol, vilket kammarrätten menat. Högsta förvaltningsdomstolen fann då, med hänvisning till EU-domstolens praxis, att unionsrätten kräver att ett beslut om avbrytande ska kunna bli föremål för ett rättsligt förfarande varigenom beslutet kan undanröjas. Mot denna bakgrund fann Högsta förvaltningsdomstolen att det lämpligaste är att denna typ av beslut prövas i allmän förvaltningsdomstol. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande innebar således, återigen, att leverantörens möjlighet till prövning säkerställdes. Vid detta tillfälle stod det vidare bortom rimligt tvivel att avbrytandebeslut ska kunna bli föremål för rättslig prövning så något ytterligare förhandsavgörande i den frågan var svårligen påkallat.

Den bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen gör i det sista målet, varigenom Högsta förvaltningsdomstolen finner att ett beslut om avbrytande inte stred mot unionsrätten förefaller väl resonerat och ligger i linje med EU-domstolens praxis. Huruvida ett visst beslut vilar på saklig grund är enligt vår mening ett typexempel på en unionsrättslig tillämpningsfråga snarare än en unionsrättslig tolkningsfråga.

Det kan vidare konstateras att det nu förlöpt drygt fem år sedan Högsta förvaltningsdomstolens avgörande och att det inte kommit något avgörande från EU-domstolen som talar för att Högsta förvaltningsdomstolen skulle ha haft fel i sin bedömning. Mot denna bakgrund är det vår bedömning att det saknas skäl att kritisera Högsta förvaltningsdomstolens avstående från att begära förhandsavgörande i de ovan redovisade avbrytandemålen.

RA 2007 ref. 28 Skälig tid för överprövning

En leverantör ansökte om överprövning av en upphandling efter att en annan leverantör tilldelats kontrakt. Den 6 oktober 2005 avslog länsrätten ansökan och upphävde därmed det interimistiska beslut som förelegat i väntan på länsrättens slutliga avgörande. Leverantören fullföljde sin talan till kammarrätten men fick då besked om att myndigheten, den 17 oktober 2005, dvs. 11 dagar efter länsrättens dom, tecknat kontrakt med den vinnande leverantören. Kammarrätten avskrev således målet varvid leverantören fullföljde sin talan till Högsta förvaltningsdomstolen och bland annat anförde att den i Sverige förskrivna tiodagarsfristen för överklagande till kammarrätten inte var tillräcklig lång för

att uppfylla unionsrättens krav på rättssäkerhet såsom denna kommit till uttryck ibland annat EU-domstolens dom C-81/98, Alcatel. För det fall Högsta förvaltningsdomstolen inte delade denna uppfattning gjorde leverantören gällande att domstolen skulle vara skyldig att inhämta förhandsavgörande.

Frågan är då om det hade varit motiverat för Högsta förvaltningsdomstolen att begära in förhandsavgörande i målet. Den rättsfråga som Högsta förvaltningsdomstolen i så fall skulle få besvarad är hur lång en tidsfrist för överklagande måste vara för att uppfylla rättsmedelsdirektivets krav på tillgång till rättsmedel. Frågan som sådan var naturligtvis av stor unionsrättslig betydelse; en felbedömning riskerade att underminera en central rättighet för den enskilde. För att en skyldighet att inhämta förhandsavgörande inte ska föreligga i en sådan situation, krävs således att domstolen efter egen noggrann analys med full övertygelse anser sig själv kunna svara på frågan. Samtidigt hade Högsta förvaltningsdomstolen en hel del att utgå ifrån. I Alcatel-målet²² uttalade EU-domstolen följande:

”[...] att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilket den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.”²³

Enligt EU-domstolens uttalande i Alcatel-målet uppställs en skyldighet att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet. Högsta förvaltningsdomstolen måste således med full övertygelse anse att 10 dagars avtalspär är en tillräcklig tidsrymd. Till stöd för sin bedömning hade dock Högsta förvaltningsdomstolen EU-domstolens avgörande i mål C-470/99, *Universale Bau*, där domstolen prövade om en tidsfrist om två veckor för att väcka talan mot beslut var en skälig tidsfrist. I målet uttalade sig EU-domstolen i tämligen positiva ordalag kring en preklusionsfrist och godtog en sådan frist, under förutsättning att fristen är skälig.²⁴ I målet lämnar således EU-domstolen bedömning till de nationella domstolarna att avgöra huruvida fristen är skälig.

Som EU-domstolen uttalat i C-470/99 är det således upp till den nationella domstolen att avgöra om en frist är skälig eller inte. Vidare ger EU-domstolen en tydlig indikation på att en tidsfrist om två veckor kunde anses skälig. I praktiken innebär detta att Högsta förvaltningsdomstolen hade att bedöma var skälighetsgränsen gick i ett spann mellan den svenska tidsfristen om tio dagar och

²² Mål C-81/98, Alcatel.

²³ Se mål C-81/98, Alcatel, p. 43.

²⁴ Se mål C-470/99, *Universale Bau*, p. 78–79.

den fjortondagarsfrist som EU-domstolen implicit hade godkänt. Högsta förvaltningsdomstolen hade också, inför sitt beslut om begäran om förhandsavgörande, att förhålla sig till det faktum att EU-domstolen själv ansåg att det är den nationella domstolen, och således inte EU-domstolen, som ska bedöma om en frist är skälig.

Lägg till detta att unionslagstiftaren i de vid tillfället antagna men ännu inte genomförda upphandlingsdirektiven, 2004/18/EG och 2004/17/EG, hade angivit en tidsfrist för överprövning om tio dagar. Det kunde på goda grunder göras gällande att en nationell frist som överensstämmer med den frist som unionslagstiftaren förordar i kommande direktiv normalt inte kan anses oskälig.

Mot denna bakgrund kan det svårligen påstås att det skulle ha förelegat någon skyldighet för Högsta förvaltningsdomstolen att begära förhandsavgörande i denna fråga som i alla avseenden framstår som en ren tillämpningsfråga vilken rätteligen, och enligt vad EU-domstolen uttryckligen påpekat, bör avgöras av den nationella domstolen.

RÅ 2008 ref. 26 Teckal-kriterierna måste införas i Svensk lag

Det avgörande på det upphandlingsrättsliga området som blivit mest kritiserat utifrån synpunkten att förhandsavgörande borde ha inhämtats är förmodligen det så kallade SYSAV-avgörandet. Den känsla av förvåning, för att inte säga chock, som spred sig i upphandlingsverige på eftermiddagen den 17 mars 2008 när Högsta förvaltningsdomstolen meddelade sitt avgörande matchas nog bara av stämningen strax innan lunch den 7 juni 2011 efter Högsta förvaltningsdomstolens kontroversiella Arqdesign-avgörande. Är man upphandlingsrättare minns man vart man var dagen SYSAV meddelades.

Så vad var det då Högsta förvaltningsdomstolen hade gjort? I ett mål som alla förmodade skulle handla om tolkningen och tillämpningen av de så kallade Teckal-kriterierna fann domstolen att Teckal-undantaget överhuvudtaget inte gick att tillämpa inom ramen för dåvarande LOU.²⁵

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i sitt avgörande att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehöll några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiserades enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Upphandlingsskyldighet förelåg således.

²⁵ Teckal-kriterierna är kriterier vilka enligt EU-domstolens praxis ska vara uppfyllda för att en myndighet ska kunna tilldela kontrakt utan upphandling till ett hel- eller delägt dotterbolag. Kriteriernas namn kommer från det mål där dessa nämndes: Se C-107/98, Teckal.

Vad Högsta förvaltningsdomstolen anförde var följaktligen att det i de svenska bestämmelserna inte gick att tolka in ett undantag enligt Teckal-kriterierna. Med tanke på Teckal-kriteriernas komplicerade utformning är detta i sig inte särskilt svårt att förstå. Redan den omständigheten att Teckal-kriterierna i det nya direktivet för den klassiska sektorn²⁶ kodifierats talar för att undantaget inte med självklarhet följer av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet i sin ordalydelse enligt dåvarande upphandlingslagstiftning.

Vid en sådan bedömning är den enda frågan för vilken det kan komma ifråga en skyldighet att inhämta förhandsavgörande, huruvida det föreligger en skyldighet enligt unionsrätten att genom tolkning genomföra ett undantag enligt Teckal-kriterierna i LOU. Någon sådan skyldighet kan enligt vår mening svårigen anses föreligga mot bakgrunden av upphandlingsdirektivens syfte, att förverkliga den inre marknaden. Upphandlingsdirektiven innehåller inget förbud mot att medlemsstater kräver att upphandlingslagstiftningen tillämpas även i situationer där unionsrätten inte kräver detta. Tvärtom är det förhållandevis vanligt att nationell lagstiftning kräver upphandling även där upphandlingsdirektiven inte kräver det, såsom exempelvis är fallet med 15 kap. LOU. Naturligtvis bör nationella domstolar sträva efter att tillämpa olika unionsrättsliga begrepp på ett sätt som ger EU-domstolens praxis ordentligt genomslag, men denna skyldighet går inte så långt att en nationell domstol tvingas göra våld på normala rättssäkerhetsprinciper, såsom att regler och dess undantag ska gå att utläsa ur lagen.

Mot denna bakgrund kan Högsta förvaltningsdomstolen svårigen kritiseras för att den avstod från att inhämta förhandsavgörande i målet. Svaret på frågan om Sverige var skyldigt att införliva Teckal-kriterierna skulle med största sannolikhet vara nekande och under sådana förhållanden krävde inte målet något ytterligare klargörande av Teckal-kriteriernas närmare tillämpning.

RA 2010 ref. 79 – Företrädarbegreppet

En upphandlande myndighet hade i en offentlig upphandling fattat beslut om att utesluta en anbudsgivare då bolagets entreprenadchef tidigare hade dömts till fängelse för ekonomisk brottslighet. Det uteslutna bolaget ansökte om överprövning och målet hamnade så småningom hos Högsta förvaltningsdomstolen där bolaget yrkade att förhandsavgörande skulle inhämtas avseende företrädarbegreppets tolkning och proportionalitetsbedömningens tillämpning på den aktuella uteslutningsgrunden.

Högsta förvaltningsdomstolen ansåg i likhet med kammarrätten att entreprenadchefen fick anses vara företrädare för bolaget och att uteslutningen var

²⁶ Se artikel 12 i direktiv 2014/24/EU.

proportionerlig. Högsta förvaltningsdomstolen fann att den unionsrättsliga reglering som hade aktualiserats inte gav utrymme för någon annan bedömning.

Proportionalitetsbedömningar utgör typiskt exempel på frågor som de nationella domstolarna själva ska göra och är inget som normalt medför någon skyldighet att inhämta förhandsavgörande. På denna grund föreligger således ingen skyldighet inhämta förhandsavgörande. Vad det gäller frågan om hur begreppet "företrädare" ska tolkas är saken inte lika lätt att avgöra. Definitioner utgör i regel sådana frågor som kan förtjäna förhandsavgörande. För att skyldighet att inte inhämta förhandsavgörande ska föreligga, krävs således att domstolen i detta fall med full övertygelse efter egen noggrann analys själva anser sig kunna besvara tolkningsfrågan. Vad det gäller företrädarbegreppet delade Högsta förvaltningsdomstolen kammarrättens bedömning. Kammarrätten ansåg, mot bakgrund direktivets bestämmelser²⁷ att innebörden av företrädarbegreppet, såsom det beskrivs i prop. 2006/07:128, inte kan anses strida mot eller vara oförenligt med direktivet och att det därför inte heller finns anledning att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen i frågan om vad som avses med "företrädare". Vi delar kammarrättens och Högsta förvaltningsdomstolens bedömning i denna del, några vägande skäl att betvivla Högsta förvaltningsdomstolens och kammarrättens tolkning föreligger inte.

RÅ 2010 ref. 97 Komboramavtalsdomen

En annan av de mer omskrivna avgörandena från Högsta förvaltningsdomstolen var den så kallade komboramavtalsdomen. Göteborg Stad Upphandling AB, populärt kallat Upphandlingsbolaget, genomförde en upphandling av tekniska konsulttjänster. Två likalydande förfrågningsunderlag togs fram, där det angavs att för uppdrag upp till max 20 prisbasbelopp fick avrop ske enligt rangordningen i ramavtalet och för uppdrag mellan 5 och 40 prisbasbelopp fick avrop ske efter förnyad konkurrensutsättning. I det spann där ramavtalen var överlappande, dvs. för avrop till ett värde av mellan 5 och 20 prisbasbelopp fanns ingen uppgift om hur val av ramavtal skulle ske utan avropande myndighet kunde fritt välja vilket ramavtal de föredrog. En leverantör överprövade upphandlingen och gjorde gällande att detta förhållande stred mot likabehandlings- och transparensprincipen. Frågan hamnade i Högsta förvaltningsdomstolen som, efter att ha tagit in expertutlåtande från Konkurrensverket, fann att det stred mot dessa principer att tillåta avropande myndigheter fritt skön vad gäller val av ramavtal vid tilldelning mellan 5 och 20 prisbasbelopp. Två ledamöter

²⁷ Se artikel 45.1 4 st. i direktiv 2004/18/EG.

skrev sig dock skiljaktiga och menade att modellen var förenlig med de grundläggande principerna.

I målet hade Upphandlingsbolaget gjort gällande att förhandsavgörande borde inhämtas i frågan om modellens förenlighet med de grundläggande principerna. Det kan även konstateras att det bland Högsta förvaltningsdomstolens ledamöter fanns olika bedömningar i denna fråga, som i alla avseenden får anses unionsrättslig till sin karaktär. Hur kunde det då komma sig att Högsta förvaltningsdomstolen inte inhämtade förhandsavgörande? Låt oss titta lite närmare på exakt hur Högsta förvaltningsdomstolen uttrycker sig i denna del.

”Av förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen framgår att upphandlingsbolaget anger såväl bästa anbud som förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt. Annat framgår inte än att avropande myndigheter har fritt skön att välja mellan dessa två tilldelningsmodeller för kontrakt till ett värde som uppgår till mellan 5 och 20 prisbasbelopp. *Eftersom upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag ger avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt uppfyller det inte kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU.*

Vid denna bedömning uppkommer i målet ingen sådan tolkningsfråga som gör att det finns anledning att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.” (vår kursivering)

Högsta förvaltningsdomstolen gör först vad som förefaller vara en unionsrättslig tolkning av de grundläggande principernas tillämpning på den ifrågavarande situationen och finner att dessa principer, åtminstone som de kommer till uttryck i LOU, uppställer hinder mot den aktuella avropsmodellen.

Sedan konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att det, *vid denna bedömning*, inte uppkommer någon unionsrättslig tolkningsfråga. Innebär detta att en unionsrättslig tolkningsfråga hade uppkommit om Högsta förvaltningsdomstolen kommit till motsatt slut?

Det finns argument som kan anföras för att man kan resonera på just detta sätt. Om Högsta förvaltningsdomstolen kommit till motsatt slut och funnit att modellen var förenlig med de grundläggande principerna är detta något som EU-domstolen hade kunnat finna vara felaktigt. EU-domstolen kan naturligtvis även ha en annan uppfattning i så måtto att de anser att modellen är förenlig med principerna men svårligen i så måtto att det skulle vara oförenligt med direktiven att en medlemsstat väljer att trots detta förbjuda sådana modeller. Den av Högsta förvaltningsdomstolen föreslagna lösningen begränsar upphandlande myndigheters möjligheter att kombinera olika ramavtalsmodeller. Upphandlingsdirektiven, i sin dåvarande utformning, förmedlar ingen rättighet för upphandlande myndigheter att fritt kunna kombinera olika ramavtalsmodeller. Lösningen är således inte i strid med direktiven syfte eller ordalydelse, varför det heller inte finns någon skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande.

Ytterst hade den svenska lagstiftaren kunnat uttryckligen förbjuda kombinerade ramavtal. Frågan är således inte EU-rättslig, utan hur vi väljer att, inom ramen för vårt genomförandetrymme av direktiven, tolka svensk lagstiftning. Högsta förvaltningsdomstolen kan således inte enligt vår mening kritiseras för att förhandsavgörande inte inhämtades.

Detta innebär naturligtvis inte att Högsta förvaltningsdomstolen inte hade kunnat begära förhandsavgörande i frågan, om den så önskade. Grundfrågan är definitivt unionsrättslig och hade säkert varit intressant för många medlemsstater. Detta är dock något annat än att påstå att Högsta förvaltningsdomstolen gjorde fel som inte begärde förhandsavgörande. Vi kommer i vårt avslutande avsnitt att diskutera hur de nya upphandlingsdirektiven medför att det i framtiden kommer att bli svårare för nationella domstolar att avstå från att begära förhandsavgörande med stöd av denna typ av resonemang.

HFD 2012 ref. 29 – Tjänstekoncessioner

Malmö högskola hade tagit in anbud på rätten att hyra och bedriva restaurang- och caféverksamhet i högskolans lokaler. Enligt förfrågningsunderlaget avsåg upphandlingen en tjänstekoncession. Efter utvärdering av de inkomna anbuden beslutade högskolan att ingå avtal med Vedbark Restaurang AB. Annan anbudsgivande leverantör ansökte om överprövning och gjorde gällande att det var fråga om en upphandling enligt LOU. Leverantören gjorde i andra hand gällande att tilldelningsbeslutet skulle gå att överpröva enligt 22 a § förvaltningslagen.

Högsta förvaltningsdomstolen fann att tjänstekoncessioner inte omfattades av LOU:s regelverk och därför inte kan överprövas med stöd av den lagen. Vidare fann Högsta förvaltningsdomstolen att tilldelningsbeslutet, som Högskolan fattade i sin egenskap av fastighetsägare, var av privaträttslig karaktär och att det därmed inte kunde överklagas med tillämpning av bestämmelserna i förvaltningslagen.

Högsta förvaltningsdomstolen undersökte sedan om den fanns någon skyldighet utifrån unionsrätten att tillförsäkra rättsmedel vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Högsta förvaltningsdomstolen fann härvid att de unionsrättsliga krav som skulle kunna aktualiseras i ärendet kunde tillgodoses genom en skadeståndstalan.

Högsta förvaltningsdomstolens slutsats att tilldelning av tjänstekoncession inte går att överpröva enligt bestämmelserna enligt LOU är tämligen okontroversiellt, då tjänstekoncessioner uttryckligen undantagits dess tillämpningsområde. Till skillnad från vad som var fallet i RÅ 2012 ref. 28, vilket meddelades samma dag, fann emellertid Högsta förvaltningsdomstolen att beslutet inte var av sådan offentlighetsrättslig karaktär att beslutet gick att överklaga med stöd av för-

valtningslagen. Detta innebar att Högsta förvaltningsdomstolen effektivt avstängde alla möjligheter att få en tilldelning prövad på annat sätt än genom en skadeståndstalan. Högsta förvaltningsdomstolens resonemang om att unionsrätten inte kräver ytterligare rättsmedel för tjänstekoncessioner medförde, även om Högsta förvaltningsdomstolen inte uttalar detta, att Högsta förvaltningsdomstolen inte tvingades tillämpa fördragskonform tolkning eller på annat sätt tillförsäkra sådana rättsmedel, exempelvis genom att utvidga tillämpningsområdet för 22 a § förvaltningslagen att även gälla beslut av mer privaträttslig karaktär.

Frågan är om Högsta förvaltningsdomstolen hade rätt, eller snare om det fanns alternativa tolkningar som skulle framstå som rimliga för en erfaren jurist med god kunskap om unionsrätten. Det kan konstateras att Kommissionen i ett motiverat yttrande av den 22 april 2014 riktat kritik mot Sverige för att man inte, utöver möjligheten till skadestånd, infört ytterliga rättsmedel för att säkerställa insyn i upphandlingsförfaranden rörande tjänstekoncessioner. Kommissionen är således, till skillnad från Högsta förvaltningsdomstolen, av uppfattning att skadestånd inte är ett tillräckligt rättsmedel vad avser tjänstekoncessioner.

Det förhållandet att Kommissionen i ett motiverat yttrande påstår att det finns en rätt till rättsmedel innebär naturligtvis inte att det med säkerhet kan sägas att en sådan rätt föreligger. Men det torde innebära att det på relativt goda grunder kan ifrågasättas om inte en sådan rättighet finns. Bland annat synes Andrea Sundstrand göra gällande att en sådan rätt till prövning kan föreligga och att detta skulle kunna innebära en skyldighet för nationell domstol att pröva tilldelningsbeslut rörande tjänstekoncessioner enligt 22 a § förvaltningslagen.²⁸

Det är enligt vår mening svårt att anse att det inte finns rimliga alternativa lösningar på den tolkningsfråga som Högsta förvaltningsdomstolen ställdes inför. Lösningar som dessutom medför en rätt till rättsmedel som Högsta förvaltningsdomstolen inte anser föreligga. Mot denna bakgrund är det vår uppfattning att Högsta förvaltningsdomstolen borde, innan man fann att prövning inte var möjligt enligt 22 a § förvaltningslagen, begärt förhandsavgörande av EU-domstolen. En tolkningsfråga att ställa hade varit om en sådan rätt till rättsmedel föreligger samt om Högsta förvaltningsdomstolen, via indirekt eller direkt effekt, i så fall är skyldig att försöka tillhandahålla en möjlighet till prövning avseende beslut om tilldelning av tjänstekoncessioner.

Det finns således, enligt vår mening, anledning att rikta kritik mot Högsta förvaltningsdomstolens avstående från att begära förhandsavgörande i detta mål.

²⁸ Se Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, s. 306–310.

5. SLUTSATSER

Så är det då så konstigt att Högsta förvaltningsdomstolen inte en enda gång har begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i upphandlingsmål?

Som framgått ovan har vi endast lyckats identifiera ett fall där vi anser att det finns fog för att kritisera Högsta förvaltningsdomstolens avstående från att begära förhandsavgörande. Vår bedömning är att det är många omständigheter som samtidigt måste föreligga i ett mål för att en begäran om förhandsavgörande ska aktualiseras. Särskilt gäller detta mål som rör direktivsbestämmelser som har ett tydligt definierat och ensidigt syfte. Vad gäller sådana bestämmelser har Högsta förvaltningsdomstolen, med rätta, avstått från att begära förhandsavgöranden i de fall deras avgörande ändå åstadkommer detta syfte.

Med antagandet av de nya upphandlingsdirektiven, direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU, kompliceras syftesbilden bakom direktiven väsentligen. De nya direktiven syftar förutom att säkerställa fri rörlighet, även till att uppfylla en rad ömsom korresponderande och ömsom motstridiga ändamål. I beaktandesats p. 2 till direktiven anges bl.a. att upphandling ska användas som ett medel för att uppnå smart och hållbar tillväxt och ett effektivt utnyttjande av offentliga medel, underlätta små och medelstora företags deltagande samt se till att offentliga upphandlingar utnyttjas för att uppnå gemensamma samhällsmål. Vidare föreläggs medlemsstater att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att leverantörer i offentlig upphandling iakttar miljö-, social-, och arbetsrättsliga skyldigheter.

I och med detta kommer det i fler fall bli aktuellt för den nationella domstolen att väga motstående unionsrättsliga intressen mot varandra och tillse att samtliga relevanta syften tillgodoses i möjligaste mån. Det är vår uppfattning att denna typ av avvägningar oftare medför en skyldighet att begära förhandsavgörande.

Det kan vidare konstateras att de nya upphandlingsdirektiven dessvärre inte klargör vissa av upphandlingsrättens mer komplicerade begrepp så som exempelvis den närmare definitionen av byggtreprenad och dess relation till hyresundantaget eller vad som avses med en tillräcklig koppling till kontraktsföremålet vid exempelvis uppställande av miljö- och sociala krav. Det finns således även fortsättningsvis ett behov av EU-domstolens uttolkning av dessa begrepp.

Vi hoppas på en fortsatt och må hända mer nyanserad debatt om den nationella domstolens förhållande till EU-domstolen och ett ökat fokus på kvalitet, snarare än kvantitet, vad gäller skyldigheten att begära förhandsavgörande. Vi hoppas vidare att kammarrätten tar till vara på sin möjlighet att inhämta förhandsavgörande. Ingen domstol ska inte fråga för frågandets skull, men samtliga domstolar bör använda alla till buds stående medel för att döma rätt i mål av unionsrättslig karaktär.