
VÅR BÄSTA TID ÄR NU – VAD UNIONSRÄTTARE EGENTLIGEN TÄNKER OM DET FÖRSENADE GENOMFÖRANDET AV UPPHANDLINGSDIREKTIVEN

Erik Olsson*

1. INLEDNING

När jag skriver detta är det åtta dagar kvar till att genomförandetiden för de nya upphandlingsdirektiven löper ut. När ni läser detta så har den 18 april redan passerat och Sverige är officiellt, och åter igen, försenade med sitt genomförande. För upphandlingssverige är detta naturligtvis en tråkig sak, man kanske till och med kan säga ett misslyckande, som skapar en rad frågeställningar och oklarheter som annars hade kunnat undvikas. För att inte tala om nesan gentemot unionen och risken för en kommissionstalan för försenat genomförande. Det är en allvarlig och tråkig sak, det här med ett försenat genomförande.

Men inom ramen för denna tidskrift, och innan jag går vidare med att kommentera det allvarliga som ett försenat genomförande innebär, låt mig snabbt säga högt vad alla unionsrättare innerst inne tänker. Tiden för ett försenat genomförande är en fantastisk tid. Det är en tid då akademiska begreppsapparater får praktisk betydelse och jurister i gemen för en gångs skull känner sig tvingade att lyssna till vad unionsrättare har att säga. En tid då man kan kasta sig med torra begrepp såsom direkt effekt, indirekt effekt och direktivkonformtolkning (betyder det samma som indirekt effekt men de två kan varieras för att ge ett mer akademiskt intryck) eller de än mer akademiska varianterna *horisontell direkt effekt, förbudet mot invers direkt effekt* eller vad sägs om den mycket imponerande begreppsraden *horisontell direkt effekt i triangulära situationer*, och jurister i allmänhet måste låtsas som om de förstår vad man menar. Det är en tid då det som annars anses mossigt och överakademiskt blir relevant och kanske till

* Erik Olsson, Advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

och med anses lite spännande. Jag kan föreställa mig att det är så här paleontologer kände sig när Jurassic Park kom ut, eller nu senast när Jurassic World hade biopremiär, eller i allmänhet när de pratar med någon i åldersspannet 5–12 år. Om man ska vara noga är det förmodligen fortfarande häftigare att vara paleontolog än att vara unionsrättare, men ni förstår vad jag menar. Även om det inte görs storfiler om direkt effekt så gav regeringen precis upphandlingsmyndigheten i uppdrag att skriva en praktisk vägledning om rättsverkningarna av det försenade genomförandet och det är så nära Hollywood en unionsrättare kan komma. Min uppmaning till alla unionsrättare som läser dessa rader är att göra det mesta möjliga av det försenade genomförandet och att ni ägnar dessa härliga vårdagar åt att skriva och prata så mycket som möjligt om de frågor som annars anses allt för insnövade. Här kommer några förslag på genomförandeanknytna snackisar som kan passa sig för såväl grillkvällar och mingel som för akademiska artiklar och föreläsningar under våren och sommaren 2016.

2. VARFÖR ÄR SVERIGE ALLTID FÖRSEENAT?

Direktiv 2004/17 och 2004/18 skulle ha varit genomförda den 31 januari 2006 men genomfördes i Sverige först den 1 januari 2008.

Ändringsdirektiv 2007/66 skulle ha varit genomfört den 20 december 2009 men genomfördes i Sverige först den 15 juli 2010.

Direktiv 2009/81 skulle ha varit genomfört den 21 augusti 2011 men genomfördes i Sverige först den 1 november 2011.

Varje gång som Sverige har ålagts att genomföra ett direktiv på upphandlingsområdet har Sverige varit försenat. Den här gången skulle det inte få hända. Regeringskansliet satte igång genomförandearbetet redan *innan direktiven beslutats* och hade enligt uppgift handläggare på plats redan vid förhandlingarna av de nya direktiven, vars uppgift det var att försöka få igång arbetet med genomförandet så snabbt som möjligt.

Uppgiften att ta fram ett lagförslag delades upp i två delar, en SOU och en DS, även detta i syfte att få en lag på plats som snabbt som bara möjligt. Ändå blev det som det blev. Direktiv 2014/23, 2014/24 och 2014/25 skulle ha varit genomförda den 18 april 2016 men ser nu ut att bli försenade till den 1 januari 2017. Min första genomföranderelaterade snackis är följande detta. Varför blir Sverige alltid försenat?

I diskussioner kring det försenade genomförandet är det framförallt dessa fem huvudsakliga förklaringsmodeller som återkommer.

1. Sveriges insisterar (dumdrigt?) på att genomföra direktiven genom egen svensk lag istället för att helt enkelt skriva en kort lag som hänvisar till direktiven och därmed gör direktiven till svensk lag.
2. Sveriges genomförandeprocess är (onödigt?) omständlig och segdragen.

3. Den nuvarande regeringen (och då i synnerhet ansvarig minister Ardalan Shekarabi) har parallellt med genomförandearbetet tillsatt en mängd olika utredningar på upphandlingsområdet och föreslår ändringar i lagen innan den ens genomförts på ett sätt som försenar genomförandearbetet.
4. Lagrådet har tagit (alltför?) lång tid på sig att skriva sitt lagrådsyttrande och har dessutom (fräckt nog?) föreslagit omfattande förändringar i hur de svenska upphandlingslagarna ska vara strukturerade.
5. Regeringskansliet är underbemannat.

Det finns korn av sanning i samtliga dessa förklaringsmodeller och det är upp till var och en att skapa sig en uppfattning om var man ställer sig i förhållande till varje fråga.

För egen del tycker jag att vi ska vara stolta över vår svenska lagstiftningsprocess och det är, som utgångspunkt, långt viktigare att upprätthålla kvaliteten i svensk lag än att nödvändigtvis genomföra alla direktiv i tid. Hellre sent än dåligt, med andra ord.

Vår svenska lagstiftningsprocess med utredning, remiss, lagrådsremiss, lagrådsyttrande och proposition säkerställer en transparens gentemot berörda intressenter som borgar för att oklarheter mejslas ut och klarläggs innan lagen går i tryck. Vi har dessutom en tydlig ambition att skriva lag som ska kunna förstås och tillämpas även av icke-jurister. Vi bör inte kompromissa med denna process eller ambition enkom för att få igenom upphandlingsdirektiv i tid.

Att genomföra ett direktiv genom hänvisning, dvs. att skriva en svensk lag som endast hänvisar till direktiven och anger att dessa gäller som svensk lag, är i grunden en dålig idé som bygger på en bristande förståelse för hur direktiv är tänkta att fungera. Som jag utvecklat i andra sammanhang är direktiv inte avsedda att fungera som direkttillämpliga lagstiftningsakter och resultatet av en genomförandehänvisning blir således endast att man tar en ofullständig och otydlig rättsakt och lägger den i knäet på våra domstolar och myndigheter. Det var inte så det var tänkt i artikel 288 FEUF och vi kan konstatera att exempelvis Danmark, som tidigare arbetat med denna typ av genomförande genom hänvisning, nu lämnat denna arbetsmetod för en mer fullständig lagstiftning.

Vad gäller frågan om lagrådets mycket omfattande yttrande är det min uppfattning att vi som svenskar ska vara stolta över att vi kan föra en rättslig diskussion kring genomförandeprocessen på den höga nivå som kommer till uttryck i lagrådsyttrande. Jag hoppas att regeringen tillsätter de resurser som krävs för att gå till botten med den diskussion om genomförandemetod som lagrådet i viss mån initierar. Att endast göra minsta möjliga utifrån lagrådets yttrande vore ett olyckligt slöseri på god juridisk diskussion.

Sverige ska naturligtvis sträva efter att hinna genomföra direktiv inom den föreskrivna genomförandetiden och det finns säkert en hel del att säga om huruvida regeringskansliet getts tillräckliga resurser för genomförandet av de nya

upphandlingsdirektiven. Samtidigt kan inte all skuld läggas på Sverige. De nya upphandlingsdirektiven är dåliga rättsakter. Direktiven kritiseras ofta för att de är omfattande eller innehåller allt för många artiklar. Jag vill vara tydlig med att det inte är detta jag vill kritisera. Det finns inget problem i sig med långa rättsakter så länge dess innebörd är tydlig och sund. Problemet med direktiven är att de är dåligt formulerade och svårbegripliga. Lägg till detta att man numera verkar använda direktivens beaktandesatser som någon form av slasktratt för förhandling, där man lägger allt sådant som faktiskt har en betydelse för intressenterna men som man av någon (praktisk/politisk) anledning inte vill skriva artiklar kring. Resultatet är inte vackert.

För att citera lagrådet. *”Det finns bestämmelser som är rätt och slätt obegripliga eller som är tvetydiga och kan ges olika innebörd. Andra har en innebörd som visserligen är begriplig, men som är oförnuftig. Det finns också bestämmelser som strider mot andra bestämmelser. Brister av nu angivna slag bör inte utan vidare godtas i den svenska lagstiftningen.”*

Med sådana förutsättningar, och mot bakgrund av att det rör sig om tre separata rättsakter med tre delvis olika målgrupper, får man ha ett stort mått av respekt för omfattningen av den uppgift som legat på den svenska lagstiftarens bord i genomförandet.

Härutöver rör det sig om en frågor som berör (och upprör) väldigt många intressenter. Man behöver inte läsa många remissvar för att förstå att krav och förväntningar är många och långtgående. Upphandlande myndigheter och leverantörer vill ha en lagstiftning som är kort och koncis och som på ett glasklart sätt hanterar så många som möjligt av upphandlingsrättens alla oklara rättsfrågor. Att komma dithän, när startpunkten är upphandlingsdirektiven, är ingen liten sak.

Lägg till detta alla de politiska ambitioner som vår nuvarande regering och ansvarig minister tillika f.d. doktorand i upphandlingsrätt, Ardalan Shekarabi, har med upphandlingslagstiftningen och det är kanske inte så svårt att förstå varför Sverige återigen blir något försenade med sitt genomförande. Om förseningen resulterar i en bättre och mer ändamålsenlig lagstiftning må detta vara oss förlåtet. Hur det än är med den saken är frågor om skälen till den svenska förseningen ett avslappnat och lite informellt sätt att locka in ditt sällskap på lite tyngre genomförandeprat.

3. BEGRÄNSNINGAR I DIREKT EFFEKT?

En av vårens stora genomförandesnackisar är naturligtvis vilka av de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser som man kan förvänta sig få direkt effekt nu när genomförandetiden löpt ut.

Svaret är, såvitt jag kan bedöma, att det framförallt är det förhållande att andra rättsmedel än skadestånd nu ska finnas tillgängliga för överprövning av tilldelningar av tjänstekoncessioner som kan aktualisera frågor om direkt effekt. Detta eftersom det, i och med det nya tjänstekoncessionsdirektivet, står bortom all tvekan att Sverige är skyldigt att tillhandahålla sådana rättsmedel och då det är klart och tydligt vad dessa rättsmedel ska bestå i. Det framgår också av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål HFD 2012 ref. 29, att sådana rättsmedel inte går att tolka in i nationell rätt så som den ser ut idag, vilket medför att ett behov för nationella domstolar att använda sig av direkt effekt uppstår.

Särskilt intressant i sammanhanget är att ett sådant åberopande av direkt effekt skulle kunna utmynna i ett yrkande om ogiltighet av ett ingånget tjänstekoncessionskontrakt. Frågan är om en sådan talan är möjlig eller om den skulle strida mot förbudet om åberopande av direkt effekt mot enskilda är en öppen fråga. Det är förhållandevis tydligt att det är tillåtet för en domstol att tillämpa direkt effekt även när det drabbar en enskild såtillvida att denne går miste om ett kontrakt som den tidigare tilldelats. Huruvida det dessutom är möjligt att åberopa direkt effekt när det leder till *ogiltigförklaring* är emellertid en betydligt svårare fråga.

Kammarrätten i Stockholm fann i ett avgörande av den 20 oktober 2011 i mål 2733-11, med hänvisning till bland annat Generaladvokaten Villanons yttrande av den 7 juli 2011 i mål C-348/10, att ogiltighetssanktionen i ändringsdirektiv 2007/66 kunde få direkt effekt inom ramen för den svenska rättsordningen vid tillfället för kammarrättens avgörande. När EU-domstolens avgörande väl kom, den 10 november 2011 undvek domstolen uttryckligen frågan.

”Utan att behöva undersöka huruvida en enskild har rätt att göra gällande artikel 2d. 1 b i direktiv 92/13 vid nationell domstol mot en sådan upphandlande myndighet som motparten i det nationella målet när fristen för införlivande av direktiv 2007/66 har löpt ut, påpekas endast att nämnda bestämmelse i vart fall inte är tillämplig på avtal som, såsom i det nationella målet, har ingåtts före utgången, den 20 september 2009, av fristen för införlivande av direktiv 2007/66, i den mån direktivet inte har införlivats före utgången av denna frist.”

Det kan inte uteslutas att EU-domstolen, till skillnad från såväl Generaladvokaten Villanon som Kammarrätten i Stockholm, insett den potentiella konflikt som kan finnas mellan artikel 288 i FEUF, och det hinder mot invers direkt effekt som följer av direktivs rättsliga verkan, och en ogiltighetssanktion som drabbar enskilda.

Den långa försening som nu kommer innebär att det är förhållandevis stor risk för att denna fråga, som är så svår att EU-domstolen helst undviker den, kommer att landa i våra svenska domstolars knä. Utan att förekomma en sådan prövning kan konstateras att rättsfrågan lämpar sig alldeles utmärkt för sena grillkvällar i unionsrättens tecken.

4. BETYDELSEN AV INDIREKT EFFEKT OCH FRÅGOR OM VAD SOM ÄR CONTRA LEGEM I SKUGGAN AV SYSAV

Indirekt effekt, till skillnad från direkt effekt, saknar begränsningar vad avser rättsverkningar mot enskild. Det är således fullt tänkbart att en nationell domstol tolkar befintlig upphandlingslagstiftning på ett sätt som är förenligt med de nya upphandlingsdirektiven, även när detta sker till nackdel för den enskilde. Den yttersta gränsen för en sådan tolkning ligger i att den inte får ske *contra legem*, dvs. att den inte får ske på ett sätt som står i strid med befintliga LOU:s bokstav.

I viss mån har Högsta förvaltningsdomstolen då den avgjorde SYSAV, RÅ 2008 ref. 26, tydliggjort var denna *contra legem*-gräns går i Sverige, och därvid indikerat att den går förhållandevis tidigt, eller åtminstone tidigare än vad många vid tillfället kanske hade trott. I SYSAV fann Högsta förvaltningsdomstolen att det, i det svenska kontraktsbegreppet såsom detta var formulerat i dåvarande LOU, inte var möjligt att tolka in det så kallade Teckal-undantaget vilket utkristalliserats i EU-domstolens praxis för vissa typer av koncerninterna tilldelningar.

Sedan SYSAV-avgörandet meddelades har emellertid ett Teckal-undantag införts i lagen med den uttryckliga ambitionen att täcka och följa eventuella förändringar i EU-domstolens praxis. Frågan är emellertid om denna typ av uttalanden om flexibel lagstiftning, som framförallt gjorts i propen till befintligt Teckal-undantag räcker för att det inte ska anses *contra legem* att i nuvarande lagstiftning tolka in det ännu inte kodifierade Hamburg-undantaget, vilket liksom Teckal utvecklats genom EU-domstolens praxis och som nu finns i de nya upphandlingsdirektiven. Om man följer Högsta förvaltningsdomstolens tolkning i SYSAV torde ett sådant användande av indirekt effekt inte vara möjligt. Om man däremot utgår ifrån uttalandena i förarbetena i LOU är det tydligt att den svenska lagstiftaren önskat att just en sådan användning ska vara möjlig. Lagstiftarens avsikter och den unionsrättsliga skyldigheten till indirekt effekt står således mot traditionella svenska rättssäkerhetshänsyn såsom dessa kommit till uttryck i SYSAV. En riktig konversationsstartare på vårminglet.

5. HUR DYRT BLIR DET HÄR EGENTLIGEN?

Även icke-juristen kan uppskatta en diskussion om hur dyrt det kan bli för Sverige att vara försenad med genomförandet. Sedan Sverige sist var försenade (på upphandlingsområdet) har Lissabon-fördraget undertecknats vilket innebär att Kommissionen kan yrka vite redan i samband med sin fördragsbrottstalan.

Men hur mycket pengar kan det egentligen bli fråga om?

Vid ett försenat genomförande kan kommissionen välja att ta ut ett dagligt vite eller dels ett sådant vite och dels ett schablonbelopp.

Det dagliga vitesbeloppet beräknas genom att man multiplicerar ett visst basbelopp, förnärvarande 670 euro, först med en koefficient, mellan 1 och 20 för svårighetsgrad och en koefficient för varaktighet, mellan 1 och 3 där varaktigheten ökar med 0,1 per månad, och sedan med en faktor n som fastställs för varje medlemsstat med hänsyn till dess betalningsförmåga, förnärvarande 4,91 för Sverige.

Vid absolut lägsta svårighetsgrad skulle Sverige således, för en försening som löper till och med den 1 januari 2017, få betala ett dagligt vite om 5 592 euro.

Standardbeloppet som kommissionen också kan besluta om är antingen ett fast belopp om 2 728 000 euro eller, om det är högre, 220 euro i dagligt basbelopp multiplicerat med en koefficient mellan 1 och 20 för svårighetsgrad och sedan multiplicerat med 4,91 för Sverige gånger antalet dagar från den 18 april 2017 till dess att EU-domstolen avgör överträdelseärendet.

Det stora måttet för skönsässig bedömning, både vad avser kommissionens rätt att bestämma svårighetsgrad och att välja att kräva ett schablonbelopp gör att det är svårt att avgöra exakt hur mycket pengar det kommer att bli fråga om i praktiken, men vilket midsommarfirande lättas inte upp redan av att diskutera de beräkningsmekanismer som kommissionen kommer att använda sig av vid inledandet av en fördragsbrottstalan?

6. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Det försenade genomförande leder till att många frågor som normalt är av akademisk natur får en större praktisk betydelse. Även om man naturligtvis kanske inte ska göra sig allt för stora illusioner kring vilket intresse gemene praktiker får för dessa frågeställningar, är det ett ovanligt tillfälle då djupare unionsrättslig kunskap faktiskt efterfrågas. Det försenade genomförandet leder också till att förhållandet mellan nationell rätt och unionsrätten kan illustreras med praktiska exempel och att unionsrätten kan bli aningen mer verklig och påtaglig för dem som har att tillämpa den. Jag vill därför uppmana alla att ta tillfället i akt och spendera resten av året med att prata så mycket unionsrätt som ni bara kan. Det finns aldrig så många som lyssnar som just nu.

