
INTRESSET AV ATT FÖREBYGGA JÄV – NÅGOT OM DET SVENSKA GENOMFÖRANDET AV UPPHANDLINGSDIREKTIVEN

Erik Olsson och Viktor Robertson*

1. INLEDNING

Det har nu gått mer än tre år sedan de nya upphandlingsdirektiven senast skulle ha varit genomförda i nationell rätt. Som troligtvis är bekant för läsare av dessa krönikor har det svenska genomförandet av dir. 2014/24/EU¹ ("LOU-direktivet") föregåtts av en rad utredningar samt gett upphov till ett flertal lagändringar, däribland upphävandet av den gamla lagen (2007:1091) om offentlig upphandling vilken ersattes med 2016 års lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Sedan den 1 januari 2017 har Sverige även infört lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner ("LUK") som en följd av dir. 2014/23/EU² ("LUK-direktivet").

Genom en formell underrättelse har EU-kommissionen nu uppmärksammat den svenska regeringen på att kommissionen inte anser att Sverige till fullo genomfört bl.a. LOU- och LUK-direktivet.³ Av den formella underrättelsen, vilken överlämnades till Sverige den 25 januari i år, framgår att Sverige fick till den 25 mars på sig att inkomma med synpunkter i ärendet.

Det som är av särskilt intresse denna gång är, förutom att det rör sig om bristande genomförande av direktiv som vi till vardags hanterar, är att vissa av de brister som kommissionen påtalar även har lyfts fram inom ramen för

* Erik Olsson, advokat och delägare, och Viktor Robertson, biträdande jurist. Båda vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

³ Kommissionens formella underrättelse av den 24 januari 2019 avseende överträdelse nummer 2018/2279, C(2019) 445 Final.

remissrundan vid införlivandet av LOU och LUK. Vi kommer i denna krönika att särskilt titta på två av de artiklar i respektive direktiv som kommissionen anser att Sverige inte införlivat, nämligen art. 24 i LOU-direktivet respektive art. 35 i LUK-direktivet.⁴

I detta sammanhang kan det noteras att kommissionen, om den skulle anse att de svar som Sverige ger inte är tillfredsställande, har möjlighet att skicka ett motiverat yttrande av vilket det framgår hur den anser att Sverige brutit mot EU-lagstiftningen samt vilka åtgärder som kommissionen anser behöver vidtas.

I detta läge får medlemsstaten som huvudregel två månader på sig att svara på det motiverade yttrandet. Skulle medlemsstaten i detta läge fortfarande inte ändra sig och inte heller lämna ett svar som kommissionen anser är godtagbart kan medlemsstaten i slutändan dras inför EU-domstolen inom ramen för en fördragsbrottstalan. Om EU-domstolen bekräftar att medlemsstaten inte genomfört ett direktiv till fullo, och därmed även brutit mot unionslagstiftningen, och medlemsstaten inte åtgärdar detta kan kommissionen skicka tillbaka ärendet till EU-domstolen.

När ärendet återkommer en andra gång kan EU-domstolen ålägga medlemsstaten att betala ett standardbelopp och/eller vite.⁵ Sedan den 25 februari i år tillämpar kommissionen en ny metod för beräkningen av de standardbelopp och viten som en medlemsstat kan bli tvungen att betala om den ansetts bryta mot unionslagstiftningen. Denna nya metod innebär bl.a. innebär att de sanktioner som en medlemsstat kan komma att få betala beräknas utifrån medlemsstatens BNP samt det antal ledamöter i Europaparlamentet som medlemsstaten tilldelats.⁶

Det kan i detta sammanhang noteras att Sverige tidigare bl.a. blivit skyldigt att betala ett schablonbelopp motsvarande 3 miljoner euro för ett försenat genomförande av det s.k. datalagringsdirektivet.⁷

⁴ Motsvarande bestämmelser om intressekonflikter finns i art. 42 dir. 2014/25/EU, det s.k. LUF-direktivet. Kommissionens formella underrättelse avser även ett bristande genomförande av denna artikel. Eftersom art. 42 i LUF-direktivet är likalydande med art. 24 i LOU-direktivet har vi av pedagogiska skäl valt att inte behandla den inom ramen för denna krönika. Det kan även särskilt noteras att art. 42 i LUF-direktivet inte avser upphandlande enheter utan endast upphandlande myndigheter.

⁵ Se art. 258 i den konsoliderade versionen av EUF och FEUF samt https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_sv.

⁶ Se kommissionens meddelande av den 25 februari 2019, ”*Ändring av metoden för beräkning av standardbelopp och vite som kommissionen föreslår i överträdelseförfaranden vid Europeiska unionens domstol*”, 2019/C 70/01. Tidigare gjordes beräkningen utifrån en modell baserad på medlemsstatens BNP samt antalet röster i rådet.

⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-270/11, kommissionen mot Sverige, EU:C:2013:339. Det kan dock noteras att detta belopp sedermera återbetalades till Sverige eftersom datalagringsdirektivet senare upphävdes av EU-domstolen, se www.dagensjuridik.se/2014/04/sverige-far-tillbaka-3-miljoner-euro.

2. ARTIKEL 24 OCH 35

Av kommissionens formella underrättelse kan utläsas att kommissionen anser att art. 24 i LOU-direktivet samt art. 35 i LUK-direktivet, vilka enligt kommissionens mening utgör en viktig garanti för öppenhet och integritet i upphandlingsförfarandet, inte har införlivats.

Någon vidare kommentar till denna uppfattning ger dock inte kommissionen, utan konstaterar endast att det i de svenska upphandlingslagarna inte införts några bestämmelser som motsvarar direktivens bestämmelser om intressekonflikter.

Av LOU-direktivet kan utläsas att art. 24 som sådan syftar till att undanröja intressekonflikter i upphandlingar.⁸ Artikelns formulering:

Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer.

Begreppet intressekonflikt ska minst omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet.

Som kan noteras lämnar artikeln stor frihet åt medlemsstaterna att själva säkerställa att de syften som artikeln eftersträvar faktiskt uppnås. Denna slutsats stöds även av de uttalanden som sker i skälen till LOU-direktivet av vilka framgår följande:

”Upphandlande myndigheter bör utnyttja alla medel som står till deras förfogande enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingsförfaranden till följd av intressekonflikter. Detta kan inbegripa förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter”.⁹

Artikel 35 i LUK-direktivet har en liknande lydelse, dock med skillnaden att denna artikel tydligare avser att komma tillrätta med särbehandling och rent korrupta beteenden. Vad som särskilt kan noteras är att denna artikel även gäller för upphandlande enheter, vilka kan utgöras av rent privata företag utan någon ägarmässig koppling till det allmänna.

⁸ Motsvarande likalydande formulering finns i art. 42 i dir. 2014/25/EU.

⁹ Se skäl 26 till LOU-direktivet.

Artikel 35 i LUK-direktivet lyder som följer:

Medlemsstaterna ska kräva att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter vidtar lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri, särbehandling och korruption samt effektivt förebygga, identifiera och undvika intressekonflikter som uppstår under genomförandet av koncessionstilldelningsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet samt lika behandling av alla anbudssökande och anbudsgivare.

Begreppet intressekonflikt ska minst omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som deltar i genomförandet av koncessionstilldelningsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under koncessionstilldelningsförfarandet.

I fråga om intressekonflikter ska de antagna åtgärderna inte gå utöver vad som är strikt nödvändigt för att förhindra en potentiell intressekonflikt eller undanröja en konstaterad intressekonflikt.

3. REGERINGENS SVAR – EN KRITISK GRANSKNING

Av regeringens svar till kommissionen framgår att regeringen inledningsvis tar fasta på det faktum att EU-rätten inte kräver att ett direktivs bestämmelser återges ordagrant utan att det ”*kan vara tillräckligt, beroende på direktivets innehåll, att det finns en rättslig ram som faktiskt garanterar att direktivet tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och tydligt sätt*”.¹⁰

Vad gäller det ifrågasatta genomförandet av art. 24 i LOU-direktivet samt art. 35 i LUK-direktivet åberopar regeringen förvaltningslagens (2017:900) (”FL”) jävsbestämmelser i 16–18 §§.

Av dessa kan utläsas att den som för en myndighets räkning tar del av handläggningen på ett sätt som kan påverka myndighets beslut bl.a. är jävig om denne eller någon närstående är part i ärendet eller annars kan antas bli påverkad av beslutet i en inte oväsentlig utsträckning. Om jäv föreligger får den jävige inte delta i handläggningen av ärendet och inte heller närvara när ärendet avgörs.

Enligt regeringens mening har jävsbestämmelserna i FL ett bredare tillämpningsområde än art. 24 i LOU-direktivet och art. 35 i LUK-direktivet. Detta eftersom både art. 24 och 35, enligt regeringen, tar sikte på intressekonflikter av ”*speciell art*” emedan FL:s jävsbestämmelser även reglerar bl.a. partsjäv och intressejäv.

Regeringen anför vidare att det för kommunala myndigheter finns jävsbestämmelser i kommunallagen (2017:725) (”KL”) som styr agerandet för många personalkategorier inom den kommunala sfären.

¹⁰ Se regeringens svar på kommissionens formella underrättelse av den 22 mars 2019, dnr Fi2019/00268/OU.

Enligt regeringens mening täcker de jävsbestämmelser som finns i FL och KL in samtliga de situationer som avses i direktiven, varpå Sverige uppfyllt sitt genomförandeansvar.

Vad regeringen dock inte berör i något vidare avseende är den krets av personer som omfattas av FL och KL:s bestämmelser. Även om regeringen troligtvis har rätt i att t.ex. FL:s jävsbestämmelser har ett vidare tillämpningsområde än art. 24 i LOU-direktivet samt art. 35 i LUK-direktivet i förhållande till vilka situationer som ska anses utgöra jäv så är nämligen den personkrets som omfattas av FL mindre än den krets av upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av LOU- respektive LUK-direktivet.

Som regeringen anför i sitt svar till kommissionen gäller FL:s bestämmelser endast för handläggning hos förvaltningsmyndigheter och handläggningen av förvaltningsärenden hos domstolarna. KL:s jävsbestämmelser å sin sida tar sikte på traditionellt kommunala funktioner såsom ledamöter, förtroendevalda, anställda, personalföreträdare i nämnder och revisorer.

En krets av juridiska personer som inte omfattas av någon av de ovan nämnda bestämmelserna är dock de offentligt ägda bolagen, eftersom dessa varken utgör förvaltningsmyndigheter, domstolar eller har personal som ingår i den personkrets som omfattas av kommunallagens jävsbestämmelser.¹¹ Dessa bolag kan dock jämföras med upphandlande myndigheter i enlighet med LOU:s bestämmelser om offentligt styrda organ, varför de även ska tillämpa LOU:s bestämmelser på samma sätt som andra mer traditionella upphandlande myndigheter.¹² Några motsvarande jävsbestämmelser för offentligt ägda bolag finns dock inte. Bristen på tillämpliga jävsbestämmelser blir kanske ännu tydligare i förhållande till de rent privata bolag som utgör upphandlande enheter enligt LUK och som naturligtvis inte heller omfattas av FL eller KL:s jävsbestämmelser.

Regeringens svar till kommissionen är därmed, enligt vår mening, ofullständigt eftersom det inte beaktar en stor krets av juridiska personer. Därmed utelämnas en viktig kategori av upphandlande myndigheter och enheter vilka inte omfattas av de lagbestämmelser som regeringen hänvisar till.

Det ska i detta sammanhang noteras att den aktuella invändningen om ett bristande genomförande av LOU- och LUK-direktivet inte är någon nyhet för regeringen, utan en fråga som togs upp av bl.a. juridiska fakulteten vid Stockholms universitet redan vid remissrundan för LOU och LUK.¹³

¹¹ Jfr 1 § förvaltningslagen och 5 kap. 47–49 §§, 6 kap. 28–32 §§, 7 kap. 4 §, 7 kap. 17 § och 12 kap. 14–17 §§ kommunallagen. Det kan i detta fall även särskilt noteras att det inte finns något krav på kommuner och landsting att dessa, vid överlämnandet av en kommunal angelägenhet till ett bolag, säkerställer att kommunala bolag eller dess anställda styrs av KL:s jävsbestämmelser, jfr 10 kap. 3–4 §§ KL.

¹² Se 1 kap. 2, 18 och 22 §§ LOU.

¹³ Se prop. 2015/16:195, s. 469 ff.

Det ska vidare påpekas att regeringens svar till kommissionen i mångt och mycket är en avspeglning av vad regeringen anfört i förarbetena till stöd för sin uppfattning att det inte är nödvändigt att komplettera den svenska lagstiftningen med fler jävsregler, ens för offentligt ägda bolag.

Ett argument mot att en reglering av jäv ska ske direkt i upphandlingslagarna och som återkommer i såväl regeringens svar till kommissionen samt i förarbetena till LOU är att detta ”skulle skapa osäkerhet hos berörda aktörer om jävsfrågor skulle regleras annorlunda just beträffande upphandling än vad som i övrigt gäller och har gällt under lång tid med stöd av förvaltningslagens bestämmelser”¹⁴. Det behöver knappast påpekas att denna typ av hänsyn inte utgör ett tillräckligt skäl för ett otillräckligt genomförande av ett direktiv.¹⁵

4. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Det kan mot ovan bakgrund ifrågasättas om Sverige faktiskt har genomfört LOU- och LUK-direktiven till fullo. Frågan är dock om denna brist har någon verklig betydelse för upphandlande myndigheter eller leverantörer. I enlighet med EU-domstolens praxis är upphandlande myndigheter och enheter redan nu förhindrade, i enlighet med bl.a. likabehandlingsprincipen, att på grund av intressekonflikter gynna enskilda leverantörer på bekostnad av andra.¹⁶

Även i svensk nationell praxis har förekomsten av potentiellt jäv legat till grund för att Polismyndighetens upphandling av pass har fått göras om.¹⁷ I det senare fallet kan det dock noteras att det rörde sig om en upphandling genomförd av en statlig förvaltningsmyndighet som omfattades av förvaltningslagens bestämmelser och att kammarrätten i det aktuella fallet särskilt prövade frågan om jäv förelåg utifrån förvaltningslagens bestämmelser. Hur frågan hade prövats om det rört sig om ett offentligt ägt bolag är inte lika klart.

Vad som dock förtjänar att noteras i detta sammanhang är att det på goda grunder kan ifrågasättas huruvida en medlemsstat kan åberopa nationell praxis som ett bevis på att denna till fullo genomfört ett direktiv. Detta särskilt i frånvaron av prejudicerade praxis från högsta nationella instans.¹⁸

Frågan om Sverige inte har genomfört art. 24 i LOU-direktivet respektive 35 i LUK-direktivet måste dock avgöras av kommissionen, och i slutändan av EU-domstolen. Det är däremot vår förhoppning att frågan om den jävsmässiga regleringen av de offentligt ägda bolagen samt rena privata upphandlande enheter som är skyldiga att tillämpa LUK återkommer i kommissionens bedömning av regeringens svar, eftersom dessa frågor bör belysas.

¹⁴ Se regeringens svar till kommissionen och prop. 2015/16:195, del 1, s. 472.

¹⁵ Jfr Prechal Sacha, *Directives in EC Law*, 2 e., Oxford EC Law Library, s. 23.

¹⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-538/13, eViglio, EU:C:2015:166.

¹⁷ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 14 maj 2018 i mål 6449-18.

¹⁸ Jfr Prechal Sacha, *Directives in EC Law*, 2 e., Oxford EC Law Library, s. 78 ff.