

# Att använda kommande lagstiftning redan idag

Upphandling24 – Executive Seminar

# Agenda

- > Övergång och ikraftträdande
- > Fyra uppfattningar om upphandlingsdirektivens rättsverkningar
- > Direkt effekt
- > Direktivkonform tolkning
- > Snabbgenomgång
- > Särskilt om LUK
- > Avslutande råd

# Övergång och ikraftträdande

## Övergång och ikraftträdande

- > De nya lagarna ska träda i kraft den [1 januari 2017?]. Äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som påbörjats före den [1 januari 2017?].
- > Ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

## Vad innebär detta för rättsverkningarna av förseningen?

- > Låt oss säga att en upphandling tar minst 6 månader att genomföra från påbörjandet fram till och med tilldelningsbeslut
- > Vi kan därmed räkna med minst 6 månaders "eftersläpning" av den gamla lagstiftningen, dvs. den nya börjar i realiteten inte processas förrän tidigast till sommaren 2017.
- > Om man dessutom räknar med ca ett års processtid kommer direkt effekt att följa med oss en bra bit in på 2018.
- > Innan vi får några avgöranden från sista instans är vi gott och väl inne i 2019.
- > Frågor om påbörjande har tidigare (vad gäller upphandlings-skadeavgift) haft en eftersläpning om lite drygt tre år.

# Fyra uppfattningar

# Fyra uppfattningar om upphandlingsdirektivens rättsverkningar

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

## Upphandlingsmyndighetens rapport

- > Upphandlingsmyndigheten har skrivit en rapport om rättsverkningar under den så kallade mellantiden.
- > Bedömningarna är i huvudsak försiktiga (riskaversiva) och förordar inte användning av de nya reglerna i de delar de uppfattas ge nya möjligheter för upphandlande myndigheter.
- > Däremot förordar Upphandlingsmyndigheten att myndigheter själva tar ansvar för direkt effekt i de (förhållandevis få) fall där direktiven förmedlar nya rättigheter för enskilda.



## SKL kommentus – Jörgen Hettnes analys

- > Jörgen Hettne är docent i EU-rätt vid Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, och en av Sveriges mer namnkunniga unionsrättare.
- > Hans analys är mindre försiktig än Upphandlingsmyndighetens
- > I grunden bortser Jörgen Hettne från tanken på att direkt effekt skulle kräva att en enskild rättighet föreligger. Istället lägger han fokus vid huruvida bestämmelsen är tillräckligt precis och ovillkorlig.
- > Överlag ger han intryck av att det mesta kan få direkt effekt så länge det inte innebär en ny skyldighet för den enskilde.

## Claes Granmar – artikel i Upphandlingsrättslig tidskrift

- > Claes Granmar är universitetslektor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet.
- > Claes Granmar lägger vikt vid vad han kallar "spärrverkan". Spärrverkan är en skyldighet för nationella myndigheter att, i den mån det kan undvikas, avstå från att tillämpa bestämmelser som går på tvärs med icke-införlivade direktiv.
- > Claes Granmars slutsats är att upphandlingsdirektivens syfte och ändamål kan uppnås genom en direktivkonform tolkning samt genom att myndigheter iakttar spärrverkan i de fall konflikt föreligger.

# Direkt effekt

## Direkt effekt

- > Direkt effekt är ett delvis diffust och mycket omtvistat begrepp.
- > Syftet med direkt effekt är, som vi ser det, att vara en skyddsventil mot bristfälligt eller försenat genomförande.
- > Tanken är att om ett direktiv förmedlar en klar och tydlig rättighet ska inte det förhållandet att en medlemsstat avstått från att genomföra ett direktiv eller genomfört ett direktiv på ett bristfälligt sätt innebära att en enskild fräntas möjligheten att åberopa denna rättighet i domstol (mot staten).

## Direkt effekt

- > En evig diskussion (åtminstone i Sverige) om även myndigheter kan åberopa direkt effekt.
- > Även om EU-domstolens praxis inte uttryckligen förbjuder detta så har vi svårt att se när ett sådant åberopande skulle bli aktuellt eller att det överhuvudtaget skulle vara möjligt.

## Direkt effekt av fördrag – helt normalt

- > Det är viktigt att skilja mellan direkt effekt av fördrag och direktiv.
- > Möjligheten att direkt åberopa fördragsbestämmelser är en följd av att fördraget upprättar en självständig rättsordning och således är bindande erga omnes.
- > Direkt effekt av fördraget tar således sin grund i effektivitet och lojalitet och är ett uttryck för att fördraget fungerar som det ska.
- > En fördragsbestämmelses direkta effekt är således endast beroende av dess tydlighet och praktiska åberopbarhet.

## Direkt effekt av direktiv – en besynnerlig rättsfigur

- > Direkt effekt av direktiv däremot är ett remedium när fördraget inte fungerar som det ska.
- > Det är dessutom ett avsteg från fördragets ordalydelse (artikel 288) eftersom det tillåter direktivsbestämmelser en direkt verkan (inter partes) trots att direktiv endast ska vara bindande för medlemsstaten.
- > En granskning av bevekelsegrunderna för direkt effekt visar också att dessa skiljer sig från de effektivitets- och lojalitetshänsyn som ligger till grund för direkt effekt av fördraget.

## Direkt effekt – bevekelsegrunder

- > Effektivitetsargumentet
- > Systematikargumentet
- > Rättsskyddsargumentet
- > Estoppelargumentet

EU-domstolen övergav snabbt effektivitets- och systematikargumenten och anför numera i princip bara rättsskydds- och estoppelargument till stöd för direkt effekt av direktiv.

Eftersom dessa argument inte kan göras gällande till förmån för myndigheter saknas det en tydlig rättslig grund för direkt effekt annat än i rent vertikala relationer.



## Direkt effekt (begränsningar)

- > Det är svårt att utröna om direktiv 2014/24 verkligen förmedlar "rättigheter" för myndigheter, åtminstone i avseendet rättigheter som inte får lov att begränsas av medlemsstaten.
- > EU-domstolen förbjuder så kallad invers direkt effekt, dvs. myndighets åberopande av direkt effekt på ett sätt som innebär att en enskild åläggs skyldigheter.
- > EU-domstolen förbjuder också horisontell direkt effekt, dvs. enskilds åberopande av direkt effekt mot annan enskild. (OBS dock inte i triangulära situationer).
- > Ur ett unionsrättsligt perspektiv ses den upphandlande myndigheten som en förgrening av samma stat som misslyckats med genomförandet. Det vore därför besynnerligt om en upphandlande myndighet kunde åberopa direkt effekt.

# Direktivkonform tolkning

## Indirekt effekt (direktivkonform tolkning)

- > Indirekt effekt är nationella domstolars skyldighet att så långt som möjligt tolka nationell rätt så att den uppnår det resultat som avses i direktivet.
- > Den kräver att den nationella domstolen beaktar hela den nationella rätten för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet.
- > Domstolen ska göra allt som är möjligt inom ramen för dess behörighet för att, med beaktande av samtliga bestämmelser i nationell rätt, säkerställa direktivets fulla verkan. (Mål C-397/01–C-403/01, Pfiffer)

## Indirekt effekt (direktivkonform tolkning)

- > Skyldigheten till direktivkonform tolkning gäller även vad avser lag som inte specifikt syftat till att genomföra ett visst direktiv.
- > Det saknar också betydelse om den nationella bestämmelsen (som ska tolkas) har antagits före eller efter direktivet i fråga.
- > Detta gäller även om en annan tolkning uttryckligen förespråkas i förarbetena till den nationella lagen. (C-371/02)
- > Direktivkonform tolkning synes inte heller vara begränsad av en koppling till den enskilde eller till något krav på klara och entydiga bestämmelser.
- > Snarare synes direktivkonform tolkning syfta till att ge direktiv full och fullständig verkan såväl till sitt syfte som sin ordalydelse.

## Indirekt effekt (direktivkonform tolkning)

- > Sammanfattningsvis innebär detta en potentiell skyldighet för domstolar att tolka nuvarande LOU så att den så långt som möjligt överensstämmer med kommande LOU.
- > Den enda begränsningen i EU-domstolens praxis är att tolkning inte får ske contra legem.

## Indirekt effekt (direktivkonform tolkning)

- > Direktivkonform tolkning är dock begränsad av nationella legalitetshänsyn.
- > Denna begränsning innebär att tolkning endast ska ske inom ramen för vad som är tillåtet i svensk tolkningstradition.
- > Eftersom tolkning inte endast gäller *inter partes* är det viktigt att vara medveten om att en domstol som tillämpar direktivkonform tolkning också uttalar sig om det nationella tolkningsutrymmet.
- > "Indirekt snöbollseffekt".

# Snabbgenomgång

## Snabbgenomgång

- > De flesta B-tjänster definieras som "sociala och andra särskilda tjänster"
- > Några B-tjänster undantas från direktivens tillämpningsområde
- > Några B-tjänster blir sådana tjänster på vilka direktiven görs tillämpliga fullt ut
- > Ny bestämmelse om samarbete mellan myndigheter
- > Separata operativa enheter
- > Reserverade kontrakt
- > Innovationspartnerskap
- > Nya grunder konstnärliga och tekniska skäl
- > Förkortade anbudsfrister
- > Förlängning av anbudstiden vid förändring av förfrågningsunderlaget
- > Slopad minst-3-regel för ramavtal
- > Dynamiska inköpssystem
- > Tillgänglighet för personer med funktionshinder
- > Uppdelning av tilldelning av kontrakt
- > Uteslutning pga. terrorism och barnarbete
- > Kontradiktoriskt förfarande och självsanering
- > Omsättningskrav
- > Ändring av kontrakt
- > LUK



# Särskilt om LUK

## Rättsmedel

- > Artikel 46 förändrar innehållet i rättsmedelsdirektiven till att omfatta koncessionstilldelningar.
- > I Sverige har vi inte haft några rättsmedel för tjänstekoncessioner (HFD 2012 ref. 29).
- > Direktivkonform tolkning torde inte vara möjligt (contra legem).
- > Däremot direkt effekt.
- > Direkt åberopande av koncessionsdirektivet i sin helhet är dock en dålig idé som leder till omedelbara tillämpningsproblem (vilken domstol, rätta eller göra om, överklagbarhet till högre rätt, frågor om prövningstillstånd, etc.).
- > Istället möjligt att använda LOU som hävstång och använd direkt effekt för att "öppna dörren".

## Hur kan ett yrkande se ut?

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

## Problemet med förlängd avtalsspärr

- > Bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet om förlängd avtalsspärr är visserligen sådana (vad avser tydlighet) att de borde kunna få direkt effekt
- > Direkt effekt av direktiv är inte något en bestämmelse har utan något en bestämmelse får. (skiljer sig från direkt åberopbarhet av fördraget)
- > Problemet är att förlängd avtalsspärr som ska inträda med automatik vilket förutsätter att myndigheten snarare än domstolen iakttar direkt effekt i ett skede där myndigheten är motpart.
- > Domstolen kan visserligen (via direkt effekt) medge möjlighet till justering av talan men av skäl som jag ska redogöra för är det inte säkert att en ogiltighetstalan kan få direkt effekt.
- > Man bör därför inte förlita sig på förlängd avtalsspärr utan yrka interimistiskt beslut.

## Problemet med direkt effekt av ogiltighetstalan

- > Ogiltighetssanktionen är visserligen klar och tydlig.
- > Diskretionen avseende ex nunc eller ex tunc är uttömd.
- > Men rättssäkerhetshänsyn för tredje man kan medföra hinder mot direkt effekt (direkt effekt i triangulära situationer).
- > Ogiltighet leder till direkta rättsliga konsekvenser för enskild och ex tunc medför dessutom skyldigheter.
- > Oklart rättsläge men mycket som talar för att det är där gränsen går.
- > Betyder dock inte nödvändigtvis att domstolen ska avstå från att pröva grunden för talan, men det kan betyda att domstolen är förhindrad att förordna om ogiltighet.

# Avslutande råd

## Avslutande råd

- > Se till att vara medvetna om de bestämmelser som ger nya rättigheter till enskilda och som därmed kan ge upphov till direkt effekt.
- > I övriga situationer ska myndigheter, så långt som lagens bokstav tillåter, agera på ett sätt som överensstämmer med de nya direktivens bestämmelser.
  - > Ibland kan detta innebära att ett "får" ska uppfattas som ett "ska".
  - > Andra gånger, såsom med årsomsättning, innebär det att man ska läsa bestämmelser i ljuset av direktiven och ger dem en förenlig innebörd.
  - > Man bör inte vara överdrivet rädd för att använda nya förfaranden och möjligheter, men det förutsätter en ordentlig analys av befintliga bestämmelser för att se hur de passar in. Exempelvis kan en uppdelning av tilldelning kanske tolkas in i begreppet mest ekonomisk fördelaktigt.

