

Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling

*Claes Granmar**

1. Inledning

På vindlande kommunikations- och beslutsvägar har Sverige tillsammans med de andra medlemsstaterna i den Europeiska Unionen (EU) genom sina direktvalda representanter i Europaparlamentet och regeringsrepresentanter i Rådet antagit ett nytt direktiv om offentlig upphandling.¹ Unionen har närmare bestämt utövat sina tilldelade befogenheter att i enlighet med artiklarna 4.1 och 5.1 i Fördraget om den Europeiska Unionen (FEU) reglera den inre marknaden.² Som följer av artikel 288 i Fördraget om den Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) riktas direktivet till medlemsstaterna och är bindande med avseende på det resultat som ska uppnås medan den nationella normgivningsmakten avgör hur genomförandet ska gå till.³ Att inte säkerställa direktivets resultat i den nationella rättsordningen inom föreskriven tid är oförenligt med unionsrättens företräde och med principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU.⁴ Ofta medför ett nytt direktiv krav på lagändringar men lojalitetsplikten kan ibland fullgöras även

* Universitetslektor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms Universitet och DIHR.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, Europeiska unionens officiella tidning (EUT) L 94, 28.3.2014 s. 64. Samtidigt antogs ytterligare två direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT) L 94, 28.3.2014, s. 243 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT) L 94, 28.3.2014, s. 1. I artikeln behandlas av utrymmeskäl dock endast det förstnämnda direktivet.

² Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt EUT C 326, 26.10.2012 s. 13. Subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna ska ha beaktat beaktats i enlighet med artikel 5 FEU. Se även protokoll nr. 2 om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

³ Se ovan konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁴ Se dom *Humblet/Belgien*, C-6/60, EU:C:1960:48; dom *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66; och dom *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114. I dag återfinns principen om unionsrättens företräde i förklaring 17 till fördragen. Då denna princip per definition ska gälla oavsett vad som sägs i nationell rätt framstår lagen 1994:1500 med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen närmast som ett förtydligande av vad det innebär att vara en EU-medlemsstat. Se vidare om lojalitetsprincipen t.ex. i D. Chalmer, G. Davies och G. Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, 3 uppl., 2014, s. 200 ff.

genom att myndigheter och domstolar tillämpar nationell rätt i enlighet med direktivet.⁵

Direktivet om offentlig upphandling skulle ha genomförts senast den 18 april 2016.⁶ Regeringen har dock meddelat att genomförandet blir försenat och att en ny svenska lag om offentlig upphandling sannolikt inte kommer att träda i kraft förrän den 1 januari 2017. Här ska några ord sägas om vad konsekvenserna kan bli av att författningsändringar som har ansetts vara nödvändiga för att korrekt genomföra direktivet i svensk rätt ej gjorts i tid.

2. Upphandlingsdirektivet

Som en utgångspunkt bör nämnas att det nya direktivet om offentlig upphandling (upphandlingsdirektivet) har antagits med särskilt beaktande av artiklarna 53.1, 62 och 114 FEUF. Det innebär att harmoniseringen bottenar i säkerställandet av den inre marknadens funktionsätt i allmänhet och i den fria rörligheten av tjänster och etableringsfriheten i synnerhet.⁷ Medan rent nationella angelägenheter undflyr unionens normgivningsmakt har medlemsstaterna genom dessa fördragsbestämmelser givit EU-institutionerna befogenhet att tillnärma all nationell reglering av offentlig upphandling som kan få effekt bortom nationsgränserna. Det skulle ibland vara svårt att avgöra vad som kan anses påverka den inre marknaden vid enskilda upphandlingsförfaranden om inga formella och generella kriterier uppställts. Liksom i det föregående direktivet finns *tröskelvärden* för upphandlingsdirektivets tillämpbarhet. Dessa tröskelvärden anpassas genom direktivet till de krav som uppställs av världshandelsorganisationen (WTO) för att dragningsrätter ska omfattas av det multilaterala frihandelsavtalet.⁸ Även om denna koordinering mellan unionsrätten och internationell rätt är lovvärd

⁵ För en överblick se S. Prechal, *Directives in EU Law*, 2a uppl. Oxford University Press, 2005. Se även J. Hettne och J. Rachel, *Att göra rätt och i tid – behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?*, Svenska institutet för europarättsliga studier (Sieps) 2012:4. Vad avser beaktandet av administrativ praxis och domstolspraxis för att bedöma om en medlemsstat genomfört ett direktiv se t.ex. dom *Europeiska kommissionen/Förenade kungariket*, C-382/92, EU:C:1994:233; dom *Europeiska kommissionen/Förenade kungariket*, C-300/95EU:C:1997:255; och dom *Europeiska kommissionen/Italien*, C-129/00, EU:C:2003:656.

⁶ Det framgår av direktivets artikel 90. För vidare läsning om innebörden av att genomföra ett direktiv se t.ex. M. Bergström, *Det nationella genomförandetrymmet – reella valmöjligheter under påföljdsansvar eller rutinmässig sanktionering av redan fattade beslut?* Europarättslig Tidskrift, 2008 s. 995.

⁷ Även om det finns ett direkt samband mellan fri rörlighet av varor och offentlig upphandling när industrin i en medlemsstat gynnas vid upphandling av utrustning, syftar direktivet främst till en dynamisk tjänstesektor och företagsrörlighet som endast kan begränsas genom proportionella åtgärder för att skydda tvingande hänsyn i enlighet med dom *Reinhard Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Prucuarori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411.

⁸ Direktivets 18:e skäl.

kvarstår risken för att de nationella reglerna kan komma att tillämpas på olika sätt beroende på om upphandlingen rör värden som överstiger eller understiger de nämnda tröskelvärdena. För att undvika sådana diskrepanser i nationell rätt bör direktivet så långt som möjligt genomföras även med avseende på upphandlingar som rör mindre värden och är rent nationella.⁹

I Ds 2014:25 *Nya regler om upphandling* och i delbetänkandet av Genomförandeutredningen SOU 2014:51 utreds behovet av ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). På ett övergripande plan lyfter upphandlingsdirektivet fram unionens målsättning i 2020-strategin att gynna små- och medelstora företag och vikten av sociala- och miljöhänsyn understryks.¹⁰ Unionslagstiftaren menar att marknadens funktion gynnas mer av ett dynamiskt tryck som skapas genom regelbundna konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden än av att värna om etablerade samarbeten även om varje ny upphandlingsvanda kan medföra onödigt resursförbrukning. Vidare materialiserar unionens målsättningar i artikel 3.3 FEU att verka för en ”hållbar utveckling i Europa som bygger på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas, samt på en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö” genom upphandlingsdirektivets syften som framgår av skälen.¹¹ Unionsrättens målsättningar och syftena med direktivet ger dock i sig ingen anledning till författningsändringar utan ger blott nationella myndigheter och domstolar tolkningsdata. Vidare ger redan befintlig lagstiftning på området utrymme för att sociala krav och miljökrav beaktas i större utsträckning i enlighet med de materiella bestämmelserna i upphandlingsdirektivet. Innebörden av målsättningarna och syftena kan dock behöva preciseras av EU-domstolen (EUD) genom förhandsavgöranden i enlighet med artikel 267 FEUF. I det sammanhanget ska nämnas ett direktiv kan inte förstås på annat sätt än så som det förklarats av EUD och lika lite som nationell rätt kan tillämpas i strid med direktivets ordalydelse går det att bortse ifrån förhandsavgörandet när de berörda nationella

⁹ Här kan en parallell dras till rättsutvecklingen avseende skyddet för grundläggande rättigheter. Medan det i Sverige tidigare ansågs nödvändigt att ha ”klart stöd” i internationell rätt för att behöva genomföra ändringar i den svenska rättsordningen för att fullgöra landets internationella åtaganden, förklarade EUD i dom *Åkerberg-Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punkterna 48-49, att unionsrätten utgör hinder för en sådan domstolspraxis. För att säkerställa ett samstämmigt skydd för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter inom och utanför unionsrättens domäner övergav Högsta domstolen kravet på klart stöd i NJA 2013 s. 502 (*PMP*).

¹⁰ Meddelande från kommissionen – Europa 2020 – En strategi för hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig.

¹¹ Det följer av artikel 5.2 FEU att unionens alla åtgärder ska verka för att nå de mål som fastställs i fördragen. Vid sidan av dessa övergripande målsättningar som säkerställer en dynamisk tillämpning av direktivet framgår de historiska syftena med lagstiftningsakten av direktivets skäl (som dock också kan ge stöd åt dynamisk rättstillämpning).

reglerna tillämpas. Direktivtexten och förhandsavgörandet som rör texten är två inseparabla delar av harmoniseringsåtgärden.¹²

I flera avseenden kodifierar upphandlingsdirektivet de förhandsavgöranden som EUD under årens lopp har meddelat för att precisera innebörden av det direktiv som tidigare gällde på området. Naturligtvis behövs inga författningsändringar för att genomföra dessa bestämmelser i upphandlingsdirektivet eftersom nu gällande LOU ändå ska tillämpas i enlighet med tidigare rättspraxis.¹³ Samtidigt kan det vara lämpligt att anpassa vissa skrivningar i LOU till direktivets ändamål, syfte och ordalydelse för att i rättssäkerhetens namn öka möjligheterna för marknadsaktörer att förutse hur myndigheter och domstolar kan förväntas tillämpa reglerna. I förarbetena föreslås t.ex. att regleringen av reserverade kontrakt ska ges bättre genomslag i svensk rätt genom författningsändringar, även om inget i den befintliga lagens ordalydelse hindrar en tillämpning i enlighet med upphandlingsdirektivet (direktivkonform tillämpning).¹⁴

Av befintliga förarbeten framgår att vissa formuleringar i LOU anses vara svåröfrenliga med direktivet. Exempelvis behöver reglerna om förenklat förfarande eller urvalsförfarande rörande s.k. B-tjänster i LOU kap. 15 och i synnerhet bestämmelserna i 15:3 tillämpas mycket kreativt för att kravet på endast annonsering i upphandlingsdirektivet ska få effekt genom lagen. Vidare torde rättstillämpningen ha övergått i närmast rättsskapande verksamhet i strid med gällande rätt om 12:3 LOU som stadgar att den upphandlande myndigheten får förkasta ett onormalt lågt anbud skulle tolkas och tillämpas i enlighet med det nya direktivets krav i artikel 69 på att upphandlande myndighet under vissa förutsättningar ska förkasta ett sådant anbud. Även det innovationspartnerskap som introduceras genom direktivet kan vara minst sagt svårt att genomföra genom de nu gällande bestämmelserna i LOU om förkommersiellt förfarande. Medan det förkommersiella förfarandet är över när en färdig produkt kan upphandlas, kan enligt direktivet innovationspartnerskapet även omfatta upphandlingen av produkten. När det gäller rättsliga konstruktioner och förfaranden i upphandlingsdirektivet som svårigen fångas av LOU finns anledning att så snart som möjligt genomföra nödvändiga lagändringar.

¹² Detta bör understrykas i ljuset av diskussionen om genomförandet av de s.k. Teckal-kriterierna i svensk rätt, jfr dom *Teckal Srl/Commune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, C-107/98, EU:C:1999:562 och Högsta förvaltningsdomstolen i SYSAV-domen, RÅ 2008 ref. 26.

¹³ Se t.ex. rörande det s.k. ”in-house undantaget” angående avtal mellan upphandlande myndighet och en juridisk person eller mellan upphandlande myndigheter i a.a. mål *Teckal*; dom *kommisionen/Tyskland*, C-480/06, EU:C:2009:357; och dom *Technische Universität Hamburg-Harburg m.fl.*, C-15/13, EU:C:2014:303.

¹⁴ SOU 2014:51, *Delbetänkande av Genomförandeutredningen*, s. 48 ff.

3. Indirekt effekt

3.1 Direktivets indirekta effekt

Eftersom unionslagstiftaren riktar direktivet till medlemsstaterna och det står medlemsstaterna fritt att välja hur direktivet ska genomföras kan det normalt ej tillämpas *istället för* nationell rätt. Då direktivet ej är *direkt tillämpligt* får det genomslag genom harmoniserad nationell rätt.¹⁵ Av detta följer även att enskilda rättssubjekt normalt ej kan hävda några rättigheter eller skyldigheter baserade direkt på direktivet. Som huvudregel sägs direktivet sakna *direkt effekt*. För direkt effekt krävs att bestämmelserna är ovillkorliga, klara, och tillräckligt precisa.¹⁶

Avsaknaden av författningsändringar innebär ej nödvändigtvis att medlemsstaten försummat sin lojalitetsplikt när myndigheter och domstolar kan tillämpa reglerna i nationell rätt direktivkonformt. I det berömda förhandsavgörandet i mål C-14/83 *Von Colson* som rörde kvinnors möjligheter att i enlighet med ett direktiv få tillgång till anställning inom den tyska kriminalvården förklarade EUD att direktiv måste *genomföras effektivt* av nationella domstolar.¹⁷ Kravet på direktivkonform tillämpning av nationell rätt ger direktivet *indirekt effekt*.¹⁸ Företrädesvis ska medlemsstaterna självmant säkerställa en direktivkonform rättstillämpning i enlighet med kravet på *lojalt samarbetet* som alltså återfinns i artikel 4.3 FEU. Om myndigheterna och domstolarna i landet underlåter att anpassa tillämpningen av nationell rätt till direktivet kan det dock även leda till att medlemsstaten gör sig skyldig till fördragsbrott.¹⁹ Följaktligen ska LOU *så långt som det är möjligt* tillämpas i enlighet med ordalydelsen i upphandlingsdirektivet och med bestämmelsernas syfte och ändamål i unionsrätten.²⁰ När det gäller LOU finns det i huvudsak gott om utrymme för att genomföra upphandlingsdirektivet genom rättstillämpning. Så länge rättstillämpning är

¹⁵ Begreppet användes tidigare för att förklara monism i internationell rätt och förklarades av EUD första gången i dom *van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1. För vidare läsning, t.ex. P. Craig och G de Búrca, *EU Law Text, Cases and Materials*, 5:e uppl. Oxford University Press, 2011, s. 105–106, 181, 183, 190–191, 258, 283, 347–348.

¹⁶ Se vidare t.ex. D. Chalmers et al, *European Union Law*, s. 291 ff.

¹⁷ Dom *Sabine Von Colson och Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, EU:C:1984:153.

¹⁸ Se t.ex. dom *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395. Kravet på indirekt effekt innebär en anpassning av hela rättsordningen till skillnad från enskilda lagar, se t.ex. dom *Pfeiffer m.fl.*, C397/01–C403/01, EU:C:2004:584. Se även t.ex. dom *Kolpinghuis Nijmegen BV*, 80/86, EU:C:1987:431.

¹⁹ Se vidare t.ex. S. Andersen, *The enforcement of EU Law – The Role of the European Commission*, Oxford University Press, 2012; J. Hettne och J. Rachel, *Att göra rätt och i tid – behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?*, Svenska institutet för europarättsliga studier (Sieps) 2012:4, s. 33.

²⁰ Jfr t.ex. dom *Pfeiffer*, EU:C:2004:584 med dom *Impact/Minister for Agriculture and food*, C-268/06, EU:C:2008:223. Här kan även erinras om att Sverige dömdes att betala ett schablonbelopp om 3 000 000 euro den 30 maj 2013 i ersättning för fördragsbrott p.g.a. att ett direktiv om datalagring ej hade genomförts i tid; dom *Europeiska kommissionen/Sverige*, C-270/11, EU:C:2013:339.

direktivkonform löper Sverige ingen risk för att den Europeiska kommissionen på eget bevåg eller på begäran av en annan medlemsstat inleder en utredning om fördragsbrott enligt artiklarna 358-260 FEUF.²¹

3.2 Gränserna för direktivets indirekta effekt

Ordalydelsen i nationell lag sätter gränserna för när direktivkonform rättstillämpning är möjlig. Det följer av rättsgrundsatsen ”all offentlig makt utgår från folket” i Regeringsformen (RF) 1:1 och av RF 8:1 och 11 kap. att hela statsförvaltningen är underställd lagstiftarens vilja. Det innebär att lag och förordning inte kan tillämpas i strid med sin ordalydelse (*contra legem*).²² Förbudet mot tillämpning av nationell rätt *contra legem* har erkänts av EUD i mål där den nationella lagstiftningen har varit oförenlig med bestämmelserna i ett direktiv.²³ Eftersom direktivet till sin natur inte är direkt tillämpligt har unionen inga befogenheter att förmå myndigheter och domstolar att åsidosätta ordalydelsen i nationella rättsakter. Svaret på om och när en extensiv tolkning övergår i en rättstillämpning *contra legem* beror dock naturligtvis på omständigheterna i det enskilda målet och på lagstiftningens karaktär. Ju mer allmänt hållna de nationella reglerna är desto mindre är risken för att lagstiftningen måste tillämpas i direkt strid med sin ordalydelse och desto större möjlighet har nationella myndigheter och domstolar följaktligen att genomföra direktivet genom rättstillämpning.

Generellt gäller att direktivsbestämmelser som ger den nationella normgivningsmakten eller marknadsaktörer möjlighet till något genom användningen av ordet ”får” svårligen kan medföra att en nationell bestämmelse som inte ger denna möjlighet måste tillämpas *contra legem*. Om däremot direktivsbestämmelserna innehåller ordet ”ska” och kravet ej ryms inom de nationella reglernas ordalydelse hindras genomförandet av förbudet mot tillämpning *contra legem*. När det gäller upphandlingsdirektivet medför rättsområdets komplexitet att direktivet måste preciseras i rättspraxis från EUD för att det med säkerhet ska gå att fastställa om och när det skulle krävas en tillämpning av LOU *contra legem* för att genomföra bestämmelserna.

²¹ Se även vidare om kravet på att medlemsstaten samarbetar med den Europeiska kommissionen i t.ex., P. Craig och G de Búrca, *EU Law Text, Cases and Materials*, ovan, fotnot 15, s. 422 ff.

²² Jfr diskussionen om domstolars normprövningsrätt och se SOU 2007:85, *Olika former av normkontroll*, Grundlagsutredningens rapport VIII.

²³ Dom *Impact/Minister for Agriculture and food*, EU:C:2008:223.

4. Spärrverkan

4.1 Direktivets spärrverkan

Det faktum att ett direktiv inte kan genomföras p.g.a. av att det skulle kräva en rättstillämpning *contra legem* innebär ej automatsikt att de nationella bestämmelserna kan tillämpas i strid med direktivet. Inskränkningen i direktivets indirekta effekt måste nämligen samtidigt ställas mot principen om unionsrättens företräde framför all nationell rätt, inbegripet svenska grundlagar.²⁴ Även om företrädesprincipen accepterats av medlemsstaterna endast med olika förbehåll från tid till annan vore det oförenligt med tillskapandet av en samstämmig rättsordning inom unionen att tillåta dem att åsidosätta unionsrätten genom olika nationella åtgärder.²⁵ Principerna om företräde och lojalt samarbete åsidosätter även doktrinen om ”*lex posterior derogat legi priori*” i relationen mellan unionens rättsakter och nationell rätt. Medan senare nationell lagstiftning normalt gäller framför oförenlig tidigare lagstiftning i en medlemsstat har tidigare unionsrätt företräde även framför åtgärder som vidtagits senare av medlemsstaten.²⁶ På områden där medlemsstaterna har tilldelat unionen normgivningsmakt har nationella myndigheter och domstolar då inga befogenheter att tillämpa oförenliga lagar och regler.²⁷

När det gäller offentlig upphandling på den inre marknaden har unionen och medlemsstaterna delad befogenhet i enlighet med artikel 4.1 FEUF. Som följer av artikel 2.2 FEUF ska medlemsstaterna ”utöva sin befogenhet endast i den mån som unionen inte har utövat sin befogenhet.” Om nu unionen har antagit ett direktiv som tillnärmar den nationella regleringen av offentlig upphandling kan som huvudregel medlemsstaterna således inte avvika från denna harmonisering. Denna s.k. spärrverkan hindrar en tillämpning av nationell rätt i strid med såväl direktivets ordalydelse som dess ändamål och syften som följer av lagstiftningsaktens skäl.²⁸ Det innebär att om nationella förarbetsuttalanden avviker från direktivets skäl eller unionens mål så åligger det myndigheter och domstolar att

²⁴ Se främst målet *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114. EUD har till och med fastställt att unionsrättsakter för att säkerställa samstämmigheten inom unionsrätten enligt artikel 7 FEUF har företräde framför internationell rätt, se dom *Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*, C-399/11, EU:C:2013:107.

²⁵ Mest uppmärksamhet i Sverige rönte (Bundesverfassungsgerichts) dom av den 29 maj 1974 i mål 2 BvL 52/71 Bundesverfassungsgericht, Vol. 37 s. 271 och ”*solange-deblacler*”. Här ska dock bara nämnas att liknande avgöranden meddelats såväl av den franska författningsdomstolen Cour de Cassation som av den italienska författningsdomstolen Corte costituzionale della Repubblica Italiana.

²⁶ Se främst dom *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SpA. (Simmenthal II)* C-106/77, EU:C:1978:49.

²⁷ Principen om unionsrättens spärrverkan har sitt ursprung i dom *Walt Wilhelm m. fl./Bundeskartellamt*, C-14/68, EU:C:1969:4.

²⁸ Se främst dom *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395.

vid direktivets genomförande tillämpa de nationella bestämmelserna i enlighet med dessa skäl och mål oaktat vad som står i förarbetena.²⁹ Detta följer förutom av principen om unionsrättens företräde även av kompetensfördelningen mellan EUD och de nationella domstolarna inom ramen för förhandsavgörandeinstitutet.

Enligt artikel 267 FEUF får en nationell domstol begära att EUD förklarar innebörden av unionens rättsakter när det är nödvändigt för att döma i saken. Om det inte finns något rättsmedel mot den nationella domstolens avgörande i medlemsstatens interna processordning måste en sådan rättsfråga föras vidare till EUD. Endast EUD kan nämligen precisera innebörden av unionens olika rättsakter.³⁰ Medan EUD framförallt finner stöd i direktivets ändamål och syfte för sitt svar kan naturligtvis ej nationella förarbeten accepteras som rättskälla när frågor om hur unionens rättsakter ska förstås i samtliga medlemsstater besvaras genom förhandsavgörandet. Då ett förhandsavgörande bör eller ska begäras från EUD när det uppkommer frågor om den nationella rättens förenlighet med ett direktiv och det är i målen och skälen som EUD kommer hämta tolkningsdata, är det tillrådligt att även nationella myndigheter och domstolar söker stöd för tillämpningen av nationell rätt i dessa källor snarare än i nationella förarbeten. Eventuellt kan det då visa sig ej längre vara nödvändigt att alls begära något förhandsavgörande.

Direktivet kan få spärreverkan på lite olika sätt i nationell rätt. I det mest uppenbara fallet där tiden för genomförandet av ett direktiv har löpt ut är det otvivelaktigt så att myndigheter och domstolar inte kan tillämpa den nationella rätten i strid med direktivets ordalydelse, syfte eller ändamål.³¹ Direktivet kan dock få spärreverkan redan innan det att genomförandefristen löpt ut. I domen *Wallonie* som rörde en lag om avfallshantering som hade antagits i Belgien trots att lagen var oförenlig med ett direktiv som skulle genomföras i landet inom en nära framtid, förklarade EUD i generella ordalag att en medlemsstat är förpliktigad att avhålla sig från åtgärder som allvarligt skulle kunna äventyra direktivets föreskrivna resultat.³² Det råder alltså asymmetri mellan spärreverkan och tillämpning av nationell rätt *contra legem* både i tiden och när det gäller omfattningen av nationella regler som kan beröras. Medan frågan om tillämpning av nationell rätt *contra legem* uppkommer endast efter det att direktivet ska ha genomförts kan direktivet alltså få spärreverkan dessförinnan, och medan innebörden av begreppet ”*contra legem*” ska förstås restriktivt kan spärreverkan förstås extensivt. Genom spärreverkan blir direktivet delvis *direkt tillämpligt* eftersom det hindrar tillämpningen av nationell rätt utan att ha genomförts på något sätt, men det ges ej *direkt effekt*.

²⁹ Det har Högsta Domstolen fastställt i mål NJA 2012 s. 975 (*Bonnier Audio*).

³⁰ Se främst dom *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335.

³¹ Se särskilt dom *Konstantinos Adeneler m.fl./Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-2012/04, EU:C:2006:443.

³² Dom *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*, C-129/96, EU:C:1997:628.

4.2 Horisontell spärrverkan

Spärrverkan innebär typiskt att myndigheter och domstolar i en medlemsstat ej kan tillämpa nationell rätt i strid med ett direktiv oavsett vad privata rättssubjekt anför i ett ärende eller en tvist. Spärrverkan är då *vertikal* eftersom det enskilda rättssubjektet skyddas mot att medlemsstaten genom åsidosättande av sina förpliktelser tillämpar nationell rätt i strid med direktivet. Här får man alltså tänka sig att det enskilda rättssubjektet är underordnat statsförvaltningen. Det kan dock hända att medlemsstatens försummelse att genomföra ett direktiv får till följd att enskilda rättssubjekt får rättigheter och skyldigheter *horisontellt* mot varandra. I t.ex. domen *CIA Security International SA*, förklarade EUD att om medlemsstaterna i enlighet med ett direktiv har en förpliktelse att meddela tekniska föreskrifter till den Europeiska kommissionen för godkännande men underlåter att göra det, kan ett enskilt rättssubjekt åberopa anmälningskravet i direktivet till stöd för sin talan vid nationell domstol.³³ Det ankommer då på den nationella domstolen att vägra att tillämpa den nationella föreskriften som ej har anmälts i enlighet med direktivet som därmed får horisontell spärrverkan. Det är inte troligt att upphandlingsdirektivet skulle kunna få en sådan effekt men här krävs en närmare analys av vissa bestämmelsers utformning innan något kan sägas slutgiltigt.

4.3 Dilemmat med spärrverken och rättstillämpning contra legem

I en situation där det å ena sidan skulle innebära en tillämpning av nationell rätt contra legem att genomföra direktivet utan lagändringar och där det å andra sidan inte går att tillämpa nationell rätt p.g.a. direktivets spärrverkan hamnar myndigheten eller domstolen i ett dilemma. Oftast kan detta lösas genom en kreativ tillämpning av andra nationella rättskällor i enlighet med direktivet för att undvika att den Europeiska kommissionen inleder ett fördragsbrottsförfarande. EUD har även löst detta genom att ge grundläggande rättigheter *direkt effekt* genom ett direktiv trots att direktivet som sådant inte kan tillämpas direkt. Exempelvis i domen *Kükükdevice* som rörde rätten att ej bli diskriminerad p.g.a. ålder vid beräkandet av intjänad arbetstid förklarade EUD att även om ett direktiv ej kunde göras gällande i en tvist mellan två privata rättssubjekt så gav det endast uttryck för en grundläggande rättighet att inte bli åldersdiskriminerad som hade en sådan *horisontell direkt effekt*.³⁴ Det faktum att direktivet inte hade genomförts korrekt i tysk rätt kunde ej medföra att arbetsgivare i landet undslapp det arbetsgivaransvar som medlemsstaten var ålagd att realisera. Dom-

³³ Dom *CIA Security International SA/Signalson SA och Securitel SPRL*, C-194/94, EU:C:1996:172.

³⁴ Dom *Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG.*, C-555/07, EU:C:2010:21. Se även dom *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, C-144/04, EU:C:2005:709.

stolen pressar förvisso gränserna för sina befogenheter att enligt artikel 19 FEU säkerställa att lag och rätt följs inom unionen vid tolkning och tillämpning av fördragen och det hade utan tvivel varit i strid med direktivets natur att ge det *horisontell direkt effekt*. Genom att istället förstå direktivet som ett uttryck för och precisering av en grundläggande rättighet i ett visst sammanhang blir dock själva rättskällan principen om ickediskriminering.³⁵

Vid tiden för omständigheterna i den nationella tvisten som ledde fram till förhandsavgörandet i domen *Kükükdevice* fanns diskrimineringsförbudet endast som en allmän rättsprincip.³⁶ Således kan det ifrågasättas om de tre rekvisiten för direkt effekt var uppfyllda i målet. Sedan år 2009 återfinns förbudet mot åldersdiskriminering i artikel 21 i EU:s rättighetsstadga.³⁷ Bestämmelserna i stadgan riktar sig enligt artikel 51 till unionens institutioner, organ och byråer samt till medlemsstaterna endast när dessa ”tillämpar unionsrätten.” Detta måste förstås så att de grundläggande rättigheterna i stadgan ej kan ha någon självständig tillämpbarhet, men att de alltid ska beaktas vid all tillämpning av unionens rättsakter.³⁸ Det hade alltså varit oförenligt med EU:s rättighetsstadga att i ett mål som i domen *Kükükdevice* ge det grundläggande förbudet mot åldersdiskriminering i sig *horisontell direkt effekt*. Nu kan det framstå som om det var precis vad EUD gjorde genom resonemanget i förhandsavgörandet. Saknas det då samstämmighet mellan EUD:s tidigare rättspraxis och det nuvarande skyddet av de grundläggande rättigheterna och att mål som i domen *Kükükdevice* därför är obsoleta? Svaret på den frågan är nej. I och med att EUD erkände principen om icke-diskriminering såsom den hade kommit till uttryck i ett direktiv tillämpade domstolen faktiskt unionsrätten. Således skulle EUD även i dag kunna lösa dilemmat med spärrverkan och *contra legem* förbudet genom att tillerkänna rättsprinciper som preciserats i unionsrättsakter direkt effekt.

5. Vertikal direkt effekt

Steget från vertikal och horisontell spärrverkan till vertikal och horisontell direkt effekt är inte långt. Oavsett om statsförvaltningen ska skydda enskilda mot att nationell rätt tillämpas i strid mot ett direktiv *ex officio* eller om den enskilde kan göra bestämmelserna i direktivet gällande framstår det som om det enskilda rättssubjektet faktiskt kan härleda rättigheter direkt från direktivet. Vad är egent-

³⁵ Dom *Kükükdeveci*, EU:C:2010:21, punkt 51.

³⁶ Innan unionen hade ett system till skydd för grundläggande rättigheter härledde EUD sådana rättigheter i unionsrätten från medlemsstaternas rättstraditioner. För en överblick över betydelsen av intern komparativ metod i unionsrätten se K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, 2003 s. 873.

³⁷ Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 83, 30.3.2010 s. 389.

³⁸ Dom *Åkerberg-Fransson*, EU:C:2013:105, punkterna 19-21.

ligen skillnaden mellan att skyddas mot rättstillämpning i strid mot ett direktiv och att hävda rättigheter baserade på direktivet mot medlemsstaten och andra enskilda? Medan spärrverkan avser endast den negativa rätten att hindra nationell rättstillämpning inbegriper direkt effekt även den positiva sidan att kunna hävda specifika rättigheter.

EUD tog steget att tillerkänna direktiv *vertikal direkt effekt* redan i domen *Van Duyn*, som rörde ett brittiskt direktivvidrigt förbud för medlemmar i ett visst trossamfund att resa in i landet.³⁹ Det kan tyckas att EUD borde ha hållit strikt på de tilldelade befogenheterna och erkänt att personen som målet rörde inte kunde hävda någon rätt till likabehandling gentemot Storbritannien. Det hade då med största sannolikhet lett fram till ett fördragsbrottsärende mot medlemsstaten. Av rättsekonomiska skäl och med stöd i principen om rättsreglernas effektivitet fann istället EUD att medlemsstaten ej skulle kunna dra fördel av sin egen försumlighet. Därför sanktionerades försumligheten genom att direktivet fick vertikal direkt effekt så att den enskilde kunde hävda sina rättigheter enligt direktivet inför den nationella domstolen.

Medan ett direktiv som ej har genomförts i nationell rätt på utsatt tid kan få vertikal direkt effekt i den nationella rättsordningen har EUD fastställt att det inte kan få *horisontell direkt effekt*. I domen *Faccini Dori* som rörde en person som hade köpt en språkkurs på Milanos tågstation men som sedan ville hävda ångerrätt mot säljaren i enlighet med ett direktiv som dock vid tiden för händelsen ej hade genomförts i italiensk rätt, förklarade EUD utan omsvep att enskild ej kan hävda rättigheter direkt baserade på ett direktiv mot en annan enskild.⁴⁰ Det kan framstå som om hindret mot direktivets horisontella direkta effekt har begränsats genom mål som det ovan nämnda domen *Kükükdevice*, men återigen var det inte direktivet i sig som gav den enskilde rättigheter i det målet utan den princip som direktivet preciserade. Formellt sett gjorde domen *Kükükdevice* ingen skillnad men i praktiken ändrades rättsläget. Så mycket är dock klart att upphandlingsdirektivet ej kan ha *horisontell direkt effekt*.

6. Några ord om enskilds rätt till statsskadestånd

Ett direktiv kan ha två slags vertikal direkt effekt. Medan den första typen av sådan effekt innebär att den enskilde kan hävda de rättigheter som framgår av direktivet gentemot en medlemsstat innebär den andra typen av direkt effekt att den enskilde kan väcka en separat talan om skadestånd mot medlemsstaten till följd av att ett direktiv inte har genomförts korrekt. Det fastställde EUD i förhandsavgörandet i domen *Francoovich*, som rörde rätten till lönegaranti enligt

³⁹ Dom *Yvonne van Duyn/Home Office*, 41/74, EU:C:1974:133.

⁴⁰ Dom *Paola Faccini Dori/Recreb Srl.*, 91/92, EU:C:1994:292.

ett direktiv som inte genomförts i italiensk rätt.⁴¹ För att kunna hålla en medlemsstat skadeståndsskyldig till följd av försummelse att genomföra ett direktiv krävs förutom att direktivet uppfyller rekvisiten för direkt effekt att rättsakten syftar till att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar, och att det föreligger ett tillräckligt orsakssamband mellan försummelsen och den enskildes ekonomiska skada. Kanske är det framförallt möjligheten till statsskadestånd som talar för att Sverige bör genomföra vederbörliga författningsändringar till följd av upphandlingsdirektivet så snart som möjligt. Visserligen innebär svårigheten att reglera den uppsjö av frågor som kan uppkomma i samband med upphandlingar utan att göra regelverket helt oöverskådligt att det än i dag finns stora möjligheter för de upphandlande myndigheterna att utforma direktivkonforma upphandlingsförfaranden. Om detta minskar risken för att Europeiska kommissionens initierar fördragsbrottsärenden så kan den enskilde finna skäl att till följd av ett beslut väcka talan om statsskadestånd.

7. Avslutande kommentar

I denna artikel har några ord sagts om vad konsekvenserna kan bli av att författningsändringar som kan anses nödvändiga för att genomföra upphandlingsdirektivet i svensk rätt ej vidtagits i tid. Till allra största delen torde det resultat som ska uppnås genom upphandlingsdirektivet säkerställas genom principen om indirekt effekt och en direktivkonform tillämpning av bestämmelserna i LOU. Det ska dock inte uteslutas att en direktivkonform rättstillämpning i något avseende skulle kunna vara oförenlig med förbudet mot att tillämpa den gällande svenska lagen *contra legem*. Än mer trolig är att upphandlingsdirektivet kan få en spärreverkan mot en oförändrad tillämpning av LOU i strid med direktivets ordalydelse, syfte, och övergripande ändamål. Förhandsavgöranden kan med fördel begäras från EUD för att undvika fördragsbrott genom rättstillämpning. Då bestämmelserna i direktivet ofta är öppet hållna är det liten risk för fördragsbrott. Däremot kan det mycket väl hända att en enskild som lider ekonomisk skada till följd av att upphandlingsdirektivet ej har genomförts på ett korrekt sätt väcker en talan om statsskadestånd.

⁴¹ Dom *Andrea Francovich/Italien*, C-479/93, EU:C:1995:372. Även åtgärder av domstolar omfattas av landets skadeståndsansvar, se dom *Gerhard Köbler/Österrike*, C-224/01, EU:C:2003:513. Se även dom *Brasserie du pêcheur och Factortame* (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79 (Factortame III)).