

Fler förhandsavgöranden från EU-domstolen behövs

Trots att Sverige ligger i topp när det gäller antalet upphandlingsrättsliga mål om överprövning har ingen domstol hittills begärt förhandsavgörande från EU-domstolen. Detta ter sig märkligt, inte minst som lagstiftningen vilar på EU-rättsliga regler vars innebörd EU-domstolen ytterst har att tolka och förklara.

Det skriver advokaterna Jerker Alm, Peter Forsberg och Martin Johansson vid Advokatfirman Vinge.

Domskälen i svenska domstolars domar begränsar sig ofta till den särskilda fråga målet rör och uttalanden avseende lagstiftningens innebörd i mera allmänna termer är förhållandevis sällsynt, även i Regeringsrättens avgöranden. En större benägenhet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen samt mer fylliga domskäl från överinstanserna skulle bidra till större klarhet avseende upphandlingslagstiftningens tolkning och därmed sannolikt minska antalet överprövningsmål menar vi.

Sverige tillhör de länder som har flest antal överprövningsmål inom området för offentlig upphandling. Antalet uppgår till totalt flera tusen under de senaste åren. Trots det stora antalet mål i svenska domstolar rörande offentlig upphandling så har inte ett enda av dessa mål inneburit att svenska domstolar, med stöd av artikel 267 i EUF-fördraget (tidigare art. 234 EG), vänt sig till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande angående tolkningen av i målet aktuella EU-rättsliga regler.

Anmärkningsvärt. Det får anses tämligen anmärkningsvärt att svenska domstolar ännu inte ansett att det förelegat behov av att vända sig till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande. En av orsakerna kan naturligen vara att det inte begärts av parterna i målet. Detta torde dock inte vara hela sanningen och en domstol är dessutom oförhindrad att på eget initiativ vända sig till EU-domstolen.

Vidare gäller att den högsta instansen i ett lands rättsordning är skyldig att vända sig till EU-domstolen när oklarhet råder om tolkningen av i målet aktuella unionsrättsliga frågor. Det har på olika håll framförts flera möjliga skäl till de svenska domstolarnas underlåtenhet att begära förhandsavgörande, däribland bristande kunskap om unionsrätten och dess tillämpning men även en preferens för att slutföra målen utan "inblandning" från EU-domstolen.

Innebär en tidsutdräkt. En begäran om förhandsavgörande innebär naturligen en tidsutdräkt (det följer av EU-rätten att en nationell domstol, om så krävs, är skyldig att genom interimistiska åtgärder förordna om att en upphandling stoppas om tvisten rör rättigheter som grundar sig på unionsrätten). Samtidigt är det väsentligt såväl för utgången i det enskilda målet som för den framtida rättstillämpningen att praktiker i inom offentlig upphandling får klara och tydliga besked från högsta EU-rättsliga nivå i frågor där kammarrätterna har olika uppfattning om innebörden av EU-rättsliga regler och Regeringsrätten inte har meddelat prövningstillstånd.

Det är nämligen inte ovanligt att kammarrätterna (eller till och med ibland en och samma kammarrätt) dömer olika i en rättslig fråga (se till exempel kammarrätten i Göteborg i mål 3872-09 och mål 1741-09).

Regeringsrätten har trots detta varit mycket återhållsam med att meddela prövningstillstånd. På senare tid synes dock fler mål än tidigare ha släppts igenom. Det återstår att se om detta är ett trendbrott i riktning mot en mer utökad praxisbildning från högsta nationella instans.

Ett stort problem. Den varierande praxisen på kammarrättsnivå och de få avgöranden som finns från högsta nationella instans är naturligen ett stort problem för dem som i praktiken ska tillämpa det tämligen komplexa regelverket kring offentlig upphandling.

Det stora antalet överprövningsmål i svenska domstolar, variationerna i kammarrättspraxisen och bristen på tydlig vägledning från högsta nationella instans talar tydligt för att svenska domstolar oftare behöver vända sig till EU-domstolen med

begäran om förhandsavgörande.

Noterbart är också att när förhandsavgörande begärs och avslag meddelas så anges många gånger (särskilt i samband med att prövningstillstånd inte meddelas) endast att det inte finns skäl att begära förhandsavgörande, till exempel att målet "... innefattar inte någon särskild tolkningsfråga som är sådan att Regeringsrätten är skyldig att inhämta förhandsavgörande" från EU-domstolen.

Ingen förklaring. Det intressanta är emellertid inte att domstolen anser att det inte finns skäl för att begära förhandsavgörande. Det intressanta är varför domstolen anser att sådana skäl inte föreligger, men en sådan förklaring lyser ofta med sin frånvaro. Att domstolarnas motivering är tillfredsställande i detta avseende är av betydelse såväl för parterna i målet som för rättstillämpningen i allmänhet. Den bristande motiveringen strider enligt vår uppfattning mot rättssäkerhetsprincipen.

Beträffande kammarrätterna kan man som utomstående inte heller veta om prövningstillstånd meddelas på grund av prejudikatskäl eller ändringsskäl. Det kan ifrågasättas om det inte borde införas en skyldighet för kammarrätterna att redovisa grunden för ett meddelande av prövningstillstånd samt även krav på redovisning av skälen för nekande av prövningstillstånd (det senare för att ligga bättre i linje med Europakonventionens föreskrifter om rättvis rättegång, artiklarna 6 och 13). Ett krav på redovisning av grunden för meddelande av prövningstillstånd skulle öka möjligheterna att på ett mer korrekt sätt bedöma prejudikatvärdet av en dom, även om detta i slutändan givetvis alltid avgörs av själva skrivningarna i domskälen.

Relaterat problem. Ett annat relaterat problem är att, i mål där prövningstillstånd meddelas för att prövningen av en viss fråga har betydelse för rättsutvecklingen, det tämligen ofta är så att skrivningarna inte ger en generell vägledning för principfrågan utan endast avser just det specifika förhållande som är aktuellt i målet.

När ett mål släpps upp på denna grund är det emellertid särskilt betydelsefullt att domslutet inte enbart innebär ett avgörande i det enskilda målet utan verkligen ger möjlighet till en generell tillämpning av det som sägs i domskälen. Ett exempel från Regeringsrätten är mål 3411-3413-09, avseende frågan om lottning är tillåten i det fall de bästa anbuderna har samma poängtal. Principfrågan härvidlag är vilka alternativ en upphandlande enhet har för att avgöra en upphandling när de bästa anbuderna har lika poängtal.

Utifrån denna principfråga hade Regeringsrätten kunnat klarlägga inte enbart vad som gäller med avseende på möjligheten att avgöra en upphandling genom lottning vid lika poängtal utan även om det kan finnas alternativa metoder att tillämpa.

Att få reda på att lottning är tillåtet är naturligtvis värdefullt, men fortfarande kvarstår frågan om det finns andra metoder som är tillåtna och i så fall vilka. Det hade varit önskvärt att Regeringsrätten fört ett resonemang om andra möjliga alternativ och på så vis fört rättsutvecklingen framåt.

Avbrytande av upphandling. Ett annat exempel som rör en aktuell fråga avser förutsättningarna för att avbryta en upphandling. Regeringsrätten har funnit detta godtagbart när budgeten för de upphandlade tjänsterna i fråga skulle överskridas (mål 4239-07) samt när endast ett anbud som kvalificerat sig inkommit (mål 7679-06). Även i denna fråga skulle det naturligtvis gagna såväl upphandlande myndigheter som leverantörer att få klarhet i vilka andra typer av skäl som, typiskt sett, skulle kunna anses godtagbara. Detta särskilt som ett avbrytande av en upphandling kan bli föremål för överprövning (mål 5270-04).

Utvecklingen inom offentlig upphandling har mycket att vinna på att svenska domstolar vänder sig till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande samt att överrätterna på ett utförligare sätt för resonemang med generella utvecklande domskäl i de fall mål släpps upp av prejudikatskäl. Detta skulle i förlängningen kunna innebära att antalet överprövningar minskar, med positiva ekonomiska och arbetsmässiga effekter för samtliga involverade parter.

Domstolarna skulle då kunna lägga mer tid på de upphandlingsfrågor som verkligen kräver prövning och upphandlande enheter och leverantörer skulle kunna fokusera på det som offentlig upphandling egentligen handlar om, att göra bästa möjliga affärer!

Jerker Alm, Peter Forsberg och Martin Johansson
Advokatfirman Vinge.



Utvecklingen inom offentlig upphandling har mycket att vinna på att svenska domstolar vänder sig till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande, tycker skribenterna. Foto: Futureimagebank