



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Olsson

Upphandlingsrättsliga sanktioner vid
korruption
- Uteslutning som medel för att stävja korruption

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Forskningsläge	10
1.6 Disposition	12
2 KORRUPTION	14
2.1 Definition av begreppet korruption	14
2.2 Korruption i Sverige	16
2.3 Muthärvan i Göteborg	17
2.4 Korruption och offentlig upphandling	19
3 OBLIGATORISK UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER	21
3.1 Leverantör ska uteslutas enligt direktiv 2004/18/EG	21
3.2 Leverantör ska uteslutas enligt LOU	21
3.2.1 Definition av brottet muta	23
3.2.2 Företrädare för leverantören	24
3.2.2.1 Företrädarbegreppet enligt Högsta förvaltningsdomstolen	25
3.2.2.2 Företrädarbegreppet enligt underrätterna	26
3.2.3 Kännedom om lagakraftvunnen dom	27
3.2.4 Leverantören ska få visa att grund för uteslutning ej föreligger	27
3.2.5 Särskilda skäl	28
4 FAKULTATIV UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER	30
4.1 Leverantör får uteslutas enligt direktiv 2004/18/EG	30

4.2	Leverantör får uteslutas enligt LOU	31
4.2.1	Proportionalitetsprincipen	32
4.2.2	Företrädare	34
4.2.3	Leverantören ska få visa att uteslutningsgrund inte föreligger	34
4.2.4	Brott avseende yrkesutövningen	35
4.2.5	Allvarligt fel i yrkesutövningen	35
4.2.6	Praxis rörande uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen	36
4.2.6.1	Effektiv Måleri i Mölndal AB ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB	37
4.2.6.2	Kritik mot Högsta förvaltningsdomstolens dom	38
4.2.6.3	Underrätternas bedömning av ”allvarligt fel i yrkesutövning”	39
4.3	Self-cleaning	42
4.4	Bevisning som den upphandlande myndigheten måste godta	43
5	KOMMANDE LAGSTIFTNING	45
5.1	Nytt direktiv från EU	45
5.2	Uteslutning av leverantör	46
5.2.1	Obligatorisk uteslutning	47
5.2.2	Fakultativ uteslutning	49
5.2.3	Personer med anknytning till leverantören	50
5.2.4	Tvingande hänsyn till allmänintresset	51
5.2.5	Maximal tidsperiod för uteslutning	52
5.2.6	Self-cleaning	54
5.2.7	Bevis leverantören presenterar	55
5.2.8	Intressekonflikt	56
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	58
6.1	Upphandlingsrättsliga sanktioner för korruptionsbrott	58
6.2	När är ett brott ”sonat” i upphandlingsrättslig mening	62
6.3	Förändringar genom det nya upphandlingsdirektivet	65
BILAGA A		69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		71
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		77

Summary

Corruption is an immense problem in our society and public procurement is a judicial area, which is especially vulnerable for corruption. Public procurement contains large amounts of money in organizations where the mass of employed in one or another way may be more tempted to accept some kind of remuneration or of pure ignorance contributes to corruption. It is not always easy to know where the line for the proper conduct is and the risk of getting exposed is relatively small. In the criminal law there are penalties for people who engage in corruption, but there are also sanctions for this kind of behavior in the procurement law and those are the main issues that the instant essay is concerned with.

In the law of public procurement there is a certain sanction directed towards economic operators who have been found guilty of certain crimes or acted in an undesirable behavior. The sanction is exclusion from procurement, which is rather palpable. The rules of exclusion have the mean of letting contracting authorities only enter into agreements with reliable and serious operators and by this, also contradict unwanted behavior. There are both compulsory and optional exclusion grounds. Corruption is one of the crimes that lead to a compulsory exclusion, and derogations are only allowed on exceptional basis. There are numerous optional exclusion grounds and two of them are especially important when discussing the topic corruption: a conviction concerning the economic operators professional conduct and grave professional misconduct. Which form of action that falls in under these two exclusion grounds is fairly unclear, especially the ground for grave professional misconduct causes a variety of interpretations. There are only two precedent cases from the Supreme Administrative Court regarding grave professional misconduct, hence the main part of the case law derives from the lower courts.

Public procurement as a judicial area is in constant development and a new law is expected to entry into force in April 2016 based on a new directive from the EU. The grounds for exclusions will be altered and there is a Swedish legislative proposal regarding how the rules will be implemented best. Corruption will continue to be a crime, which leads to compulsory exclusion, and derogation is only accepted in exceptional cases. Regarding the optional exclusion grounds, more grounds have been added, which can be of interest when discussing corruption. Self-cleaning will be introduced in the procurement law, which gives an economic operator the possibility to take certain measures to correct former mistakes and make the operator eligible for a procurement. An interesting problem discussed in the essay is the duration of exclusion for an economic operator. Certain guidelines can be found in the case law and the new directive give certain time limits, but there are two different interpretations of these time limits and both will be discussed. The new directive contains certain interesting changes, which in the essay are compared to the Swedish legislative proposal and doctrine.

Sammanfattning

Korruption är ett stort samhällsproblem och offentlig upphandling är ett särskilt utsatt rättsområde när det gäller korruption. Offentlig upphandling rör stora värden i organisationer där det arbetar en mängd människor som på ett eller annat vis kan vara mer frestade att ta emot någon form av belöning eller av ren okunskap bidrar till korruption. Det är inte alltid lätt att veta var gränsen för det otillbörliga går och risken för att faktiskt bli upptäckt är relativt liten. Det finns straff för de personer som ägnar sig åt korruption i brottsbalken, men det finns även sanktioner i upphandlingslagstiftningen och det är dessa som behandlas i uppsatsen.

I upphandlingslagstiftningen finns sanktionen uteslutning som riktar sig mot leverantörer som gjort sig skyldiga till vissa särskilda brott eller ett visst oönskat agerande. Uteslutning är en relativt kännbar sanktion. Uteslutningsreglerna finns till för att kontrakt enbart ska ingås med seriösa aktörer och för att motarbeta oönskade ageranden. Det finns tvingande och fakultativa uteslutningsgrunder. Mutbrott är ett av de brott som konstituerar en tvingande uteslutningsgrund och leder till att en leverantör ska uteslutas – det är endast om det finns särskilda skäl som uteslutning inte ska ske. Det finns en rad olika fakultativa uteslutningsgrunder, varav två är särskilt viktiga när det gäller korruption: brott avseende yrkesutövningen samt allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är till viss del oklart vilken form av agerande som faller in under dessa två uteslutningsgrunder och särskilt ”allvarligt fel i yrkesutövningen” är en grund som öppnar för en rad olika tolkningar. Högsta förvaltningsdomstolen har endast tagit ställning i frågan i två fall vilket innebär att underrätternas avgöranden får en betydande roll.

Offentlig upphandling är ett rättsområde som är i ständig utveckling och en ny lag träder i kraft april 2016 med anledning av ett nytt EU direktiv. Genom direktivet kommer uteslutningsreglerna att genomgå vissa förändringar och det finns ett svenskt lagförslag rörande hur de nya reglerna bäst ska implementeras. Mutbrott kommer i fortsättningen att vara ett brott som ska medföra obligatorisk uteslutning och det är endast i exceptionella fall som uteslutning inte ska ske. Fler uteslutningsgrunder har tillkommit som är fakultativa och som kan ha intresse när det gäller korruption. Genom den nya lagen kommer bland annat self-cleaning att införas, vilket innebär att en leverantör genom att vidta vissa åtgärder kan rätta till de misstag som gjorts och därigenom åter bli aktuell för att delta i upphandlingar. Ett intressant problem som diskuteras i uppsatsen är hur länge en leverantör kan bli utesluten, vilket till viss del behandlas i praxis. Det finns vidare två olika tolkningssätt av det nya direktivet, varav en tolkning innebär att tidsgränser för hur länge en leverantör kan bli utesluten nu är satta. Direktivet medför vissa intressanta förändringar som i uppsatsen jämförs med det svenska lagförslaget och tolkningar i doktrin.

Förord

Det är nu dags att avsluta mina juridikstudier som har pågått i 5,5 år då jag förutom de traditionella 4,5 åren i Sverige valde att åka på utbytesstudier till Kina under ett år. Det har funnits stunder då jag tvekat på mig själv, utbildningen och juridik. Men nu är denna resa över.

Det finns vissa personer i min närhet som förtjänar ett särskilt tack. Speciellt min mamma Gullvi, min bror Timmy och några av mina fantastiska vänner. One special friend needs to be acknowledged by name, Leona, my soul mate. Chili förtjänar också att nämnas, vår hund som varje dag överöser mig med ovillkorlig kärlek. Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Henrik Norinder för hans stöd under processens gång. Han är en utmärkt handledare som alltid har haft tid för mig, särskilt viktigt för mig har varit att Henrik har låtit mig arbeta på mitt eget vis och accepterat de val som jag gjort och gjorde under arbetet med mitt examensarbete.

Nu är det dags för mig att ge mig ut, att söka efter det som jag vet finns där ute men som jag ännu inte hittat. Kanske har det med juridik att göra, kanske inte. Det viktigaste är att göra det som gör en själv lycklig, för det är bara du själv som ska leva ditt liv. Förhoppningsvis finner jag det som jag söker.

Ängelholm, maj 2015

Emma Olsson

Förkortningar

Direktiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
ESPD	European Single Procurement Document
EU	Europeiska Unionen
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
EUT	Europeiska Unionens Officiella tidning
FL	Förvaltningslagen (1986:22)
FN	Förenta Nationerna
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
FR	Förvaltningsrättsdomstol
HFD	Högsta förvaltningsdomstolens årsbok
KamR	Kammarrätten
KL	Kommunallagen (1991:900)
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
P.P.L.R	Public Procurement Law Review
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok (nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen)
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
UF	Upphandlingsförordningen (1986:366)
ÅLOU	Den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Korruption kan betecknas som motsatsen till integritet.¹ Konsekvenserna av korruption är många och drabbar direkt eller indirekt en stor krets av människor. De människor som är värst drabbade av korruption är i de flesta fall fattiga och korruption pekas ut som en av orsakerna till fattigdom.² Det är inte bara handel och investeringar som skadas av korruption utan även demokratin, tilliten till staten och skyddet för mänskliga rättigheter som skadas till följd av korruption. Korruption är en form av maktmissbruk där någon försöker gynna ett visst intresse genom att utnyttja sin maktposition.³ Vid offentliga upphandlingar är risken för korruption särskilt stor.⁴ Det är därför viktigt att undersöka hur offentlig upphandling hanterar korruptionsfrågor.

Sedan början av 1900-talet har det funnits svensk lagstiftning rörande det offentliga inköp.⁵ I upphandlingslagstiftningen som fanns i Sverige innan offentlig upphandling blev harmoniserat med EES-avtalen och EU-samarbetet gällde upphandlingsförordningen (1986:366), UF, och det kommunala upphandlingsreglementet. I båda dessa regelverk fanns regler om korruption, mutor och jäv. I 9 § UF fanns regler som bland annat gav den upphandlande myndigheten valmöjligheten att inte anta ett anbud om det kunde antas ha förekommit mutor.⁶ Den 1 januari 1994 trädde den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU, i kraft och var då utformad i enlighet med Sveriges åtaganden enligt EES-samarbetet.⁷ Istället för de tidigare reglerna som fanns om korruption, mutor och jäv infördes en fakultativ möjlighet för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör som blivit dömd för vissa särskilda brott eller begått ett allvarligt fel i sin yrkesutövning. Denna reglering fanns i 1 kap. 17 § ÄLOU. Den idag gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, trädde i kraft den 1 januari 2008 och är en implementering av EU direktivet 2004/18/EG⁸.

¹ Transparency International Sverige, korruption, vad är korruption, hämtad 4 juni 2015 från: <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>.

² Sida, vårt arbete mot korruption, arbetsätt och metoder, hämtad 4 juni 2015 från: <http://www.sida.se/Svenska/sa-arbetar-vi/Arbetsatt-och-metod/Vart-arbete-mot-korruption/>.

³ Transparency International Sverige, korruption, vad är korruption, hämtad 4 juni 2015 från: <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>.

⁴ Transparency International Sverige, Korruption i kommuner och landsting, rapport no.2 2012, s. 13.

⁵ För mer information se prop. 1992/93:88 s. 34f.

⁶ Sundstrand, A.: ”Offentlig upphandling och korruption”. I: *Juridisk Tidskrift* 1/2014/15, s. 109f.

⁷ Sundstrand, A.: *Offentlig upphandling- en introduktion*, Lund 2013, s. 40.

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

Den fakultativa uteslutningsmöjligheten som tidigare fanns i 1 kap. 17 § ÅLOU flyttades till 10 kap. 2 § i LOU. Vidare infördes även en obligatorisk uteslutning i 10 kap. 1 § LOU. De regler om jäv som fanns före år 1994 har inte återinförts i upphandlingslagstiftningen. Regler om detta finns istället att finna i förvaltningslagen (1986:22), FL, och kommunallagen (1991:900), KL.⁹ LOU innehåller ingen reglering för de personer på en upphandlande myndighet som är mottagare av en muta och inga andra straffsanktioner för leverantörer mer än uteslutning från en aktuell upphandling, dessa regler finns istället i bland annat brottsbalken.¹⁰ Det offentliga har en grundlagsstadgad skyldighet att iaktta opartiskhet enligt 1 kap. 9 § regeringsformen, RF. En offentligt anställd som tar emot mutor eller på annat vis agerar på ett korrupt sätt åsidosätter sin opartiskhet enligt RF.¹¹ Det finns vidare riktlinjer och special bestämmelser i andra lagar som hanterar skyldigheterna och ansvaret för de offentligt anställda.¹²

Förutom rent specifika lagregler som behandlar frågor som hör ihop med korruption kan de grundläggande principerna som följer av unionsrätten ha betydelse när det gäller korruptionsfrågor. Några av dessa finns uttryckligen i LOU, se 1 kap. 9 § och är: likabehandling, transparens, icke-diskriminering, proportionalitet och erkännande. Dessa principer ska alltid genomsyra upphandlingsförfarandet. Utöver dessa finns det andra regler i upphandlingslagstiftningen som har bekämpande av korruption som ett av sina syften, exempelvis annonseringsskyldigheten, olika förfaranderegler och överprövningsreglerna. Generellt kan sägas att de regler som berör transparens bidrar till att motverka korruption.¹³

Huvudsyftet med unionsrättens upphandlingsdirektiv är att trygga de friheter som följer av EUF-fördraget, särskilt principerna om fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfriheten. Syftet är att göra upphandlingsmarknaden öppen i hela unionen.¹⁴ Konkurrensen ska vara på en unionsrättslig nivå och gränsöverskridande. Upphandlingsreglerna ska innebära att bästa värdet för pengarna uppnås, med så låga transaktionskostnader som möjligt, vilket innebär att skattebetalarnas pengar används på bästa sätt. Ytterligare ett syfte som lyfts fram av kommissionen är att upphandlingsreglerna även ska bidra till kampen mot korruption.¹⁵ I

⁹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 109f; Cars, T.: *Mutbrott och korruptiv marknadsföring*, Vällingby 2012, s. 107.

¹⁰ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 107.

¹¹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 107.

¹² Det finns regler i bland annat lag (1994:260) om offentlig anställda, LOA, och lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, FHL. Det finns vidare även olika skrifter som är utfärdade som vägledningar. Se exempelvis, Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda, S2013.011.

¹³ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 97f.

¹⁴ Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet - EU:s rapport om insatser mot korruption, Bryssel den 3.2.2014, KOM 2014(38) s. 23.

¹⁵ Commission staff working paper, Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, del 1, utkast, s. 151.

svensk rättspraxis har ännu ett syfte lyfts fram, vilket är att uteslutningsreglerna ska motverka att avtal ingås med oseriösa aktörer.¹⁶

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen har som syfte att redogöra för den juridiska aspekten av korruption i samband med offentlig upphandling med tyngdpunkt på den upphandlingsrättsliga lagstiftningen. Syftet bottenar i att undersöka upphandlingslagstiftningen för att belysa vilka begränsningar lagen om offentlig upphandling medför för leverantörer och upphandlande myndigheter när det gäller korruption. Vad begreppet korruption juridiskt sett anses vara ska även försöka klargöras med beaktande av de olika synsätt som kan förekomma nationellt och internationellt.

Frågeställningarna för uppsatsen är:

- Vilka olika åtgärder kan vidtas, enligt upphandlingslagstiftningen, för att stävja korruption?
- När är ett brott ”sonat” i upphandlingsrättslig mening?
- Hur kommer det nya upphandlingsdirektivet att se ut och hur kommer uteslutningsreglerna att förändras?

Frågeställningarna kommer att besvaras under avsnitt sex i uppsatsens analysdel.

1.3 Metod och material

Den metod som har använts vid författandet av uppsatsen är den rättsdogmatiska metoden. Vad som utgörs av den rättsdogmatiska metoden är till viss del oklar.¹⁷ Det som dock kan sägas med relativ klarhet är att vid brukandet av den rättsdogmatiska metoden är utgångspunkten att tolka och systematisera gällande rätt genom att använda sig av de allmänt accepterade rättskällorna. Dessa är lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹⁸ Hierarkin mellan dessa rättskällor ges av rättskälleprinciper och innebär att lagstiftning *ska* beaktas, förarbeten och rättspraxis *bör* beaktas medan doktrin *får* beaktas.¹⁹ Den rättsdogmatiska metoden kommer i uppsatsen att

¹⁶ Detta har bland annat fastslagits i RÅ 2010 ref. 79 i kammarrättens domskäl som Högsta förvaltningsdomstolen instämde i.

¹⁷ Sandgren, C.: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*, Stockholm 2007, s. 53; Kleineman, J.: ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära* (red. Mauro Zamboni), Lund 2013, s. 21ff.

¹⁸ Peczenik, A.: *Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära*, Stockholm 1995, s. 33; Kleineman, (red. Mauro Zamboni), 2013, s. 21; Sandgren, C., ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”. I: *Tidskrift för Rettsvetenskap*, 2005, nr. 04-05, s. 649; Jareborg, N.: ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk juristtidning*, 2004, s.4.

¹⁹ Peczenik 1995, s. 35.

användas som juridisk metod med rättskälleläran för att utröna och tolka gällande rätt.²⁰

Rättsområdet offentlig upphandling i Sverige är baserat på unionsrätten. LOU är baserat på direktiv från EU och de avgöranden som kommer från EU-domstolen är vägledande för svensk del. Det material som finns från EU har därför varit av betydande vikt när uppsatsens ämne har undersökts. Tillvägagångssättet vid arbetandet av material från EU kräver att man använder sig av den EU-rättsliga metoden, som EU-domstolen utvecklat. Skillnaderna gentemot den EU-rättsliga metoden och den rättsdogmatiska metoden hänför sig till andra tolkningsprinciper och en annan rättskällelära. Det är en teleologisk tolkning som ska användas för EU-rätten, det vill säga att bestämmelserna ska tolkas mot bakgrund av sitt syfte och inte isolerat från sitt sammanhang. Detta är inte fullt främmande i svensk rätt, lagförarbeten anses ofta ange syftet med bestämmelserna och tolkningen utgår från dessa. Rollen av allmänna rättsprinciper skiljer sig också åt då dessa har en mer undanskymd roll i svensk rätt men ständigt är närvarande när EU-rätten ska tolkas.²¹ Således kommer de avsnitt som kräver en genomgång och analys av EU-rätten att tolkas med hjälp av den EU-rättsliga tolkningsmetoden.

Det material som använts i uppsatsen är lag, direktiv, förarbeten, rättspraxis samt doktrin. Förarbetena har fått en betydande roll när det gäller att tolka den svenska lagen. Det finns dock en rad situationer där lagstiftaren har lämnat till rättstillämpningen att bestämma den närmare innebörden av vissa bestämmelser. Rättspraxis har därför varit centralt, men ett problem som finns inom rättsområdet offentlig upphandling är att praxis är mycket begränsad från Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen. Därför får underrätternas avgöranden en större roll inom detta rättsområde än vad som annars är brukligt.²² De viktiga avgöranden som finns från de prejudikatbildande instanserna inom uppsatsens område kommer att redogöras för, men illustrationer av hur begrepp tolkats och liknande kommer till mestadels att utgå från underrätterna. Läsaren bör således ha i åtanke att de avgöranden som redovisas har begränsat värde för den fortsatta rättsutbildningen och det är först när de högsta instanserna gett sin syn på saken som det går att dra mer precisa slutsatser.

Urvalet av praxis har skett utifrån olika överväganden. Den praxis som finns från Högsta förvaltningsdomstolen har fått en mer framträdande roll med en mer detaljerad beskrivning, då det endast rör sig om ett fåtal fall. Praxis från kammarrätten har tjänat som illustration, där en mer ingående redovisning av fallet har skett då särskilda omständigheter har velat påvisas eller fallet enbart gällt för de särskilda omständigheter som var för handen. I de fall en exemplifiering endast har funnits nödvändig har inga omständigheter redogjorts för.

²⁰ Sandgren 2007, s. 36 och 38.

²¹ Hettne, J., Otken Eriksson, I., (red.), *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm 2011, s. 34ff.

²² SOU 2013:12 s. 349.

Det nya direktiv²³ som ska implementeras i medlemsstaterna senast i april 2016 har fått en framträdande roll i uppsatsens femte del. Även om fokus för uppsatsen är gällande rätt så kommer det nya direktivet medföra en rad förändringar. För att uppsatsen inte enbart ska ha ett värde under knappt ett år krävs därför att en genomsyn görs av de nya reglerna. Direktivet samt den doktrin som berör direktivet beträffande uppsatsens ämne har därför utgjort en viktig del. Inom svensk doktrin finns det inte mycket att tillgå då direktivets effekter ännu inte kan uppskattas. Men i de fall författaren funnit åsikter från svensk doktrin och myndigheter redogörs detta för. Statliga utredningar har tillsatts och lagförslag har lämnats för den svenska implementeringen genom Ds 2014:25 ”Nya regler om upphandling” och SOU 2014:51 ”Nya regler om upphandling”. Särskilt SOU 2014:51, där utredningen fått namnet Genomförandeutredningen, behandlas relativt ingående för uppsatsens relevanta delar i avsnitt fem. Något som läsaren ska ta i beaktning är att de statliga utredningarna gjordes innan vi fick ett politiskt maktskifte, vilket innebär att vi har en annan politisk majoritet i regeringen när den nya lagen ska träda i kraft. En del ändringar kan därför förutsättas ske från de lagförslag som presenteras.

1.4 Avgränsningar

Med hänsyn till uppsatsens frågeställningar kommer uppsatsen att innebära en fördjupning inom vissa särskilda frågor som finns rörande offentlig upphandling och korruption. Det förutsätts därför att läsaren är väl införstådd med grunderna i ämnet offentlig upphandling.

Uppsatsen kommer att ha en internationell aspekt då offentlig upphandling är ett rättsområde som utvecklas inom unionsrätten. Den upphandlingslagstiftning som är gällande i dagsläget baserar sig i huvudsak på två lagar som i sin tur bygger på två direktiv. Lag (2007:1091) om offentlig upphandling för klassisk sektor, LOU, som baseras på direktiv 2004/18/EG, det klassiska direktivet²⁴, och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, som baseras på direktiv 2004/17/EG, försörjningsdirektivet.²⁵ Därutöver finns två rättsmedelsdirektiv: direktiv 89/665/EEG²⁶ och direktiv 92/13/EG²⁷,

²³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

²⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

²⁶ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

²⁷ Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

vilka sedan har kompletteras med ytterligare ett direktiv²⁸, dessa bestämmelser finns implementerade i LOU och LUF.²⁹ Det finns fler lagar som är baserade på EU-direktiv och som rör offentlig upphandling, vilka är specialiserade inom olika områden exempelvis lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUF, och lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, men de kommer inte att beröras närmare. Det finns många likheter mellan lagarna och de bakomliggande direktiven. Den vidare framställningen kommer därför enbart att rikta in sig på den klassiska sektorn vilket innebär att LOU och direktiv 2004/18/EG behandlas uteslutande. Hänvisningar som görs i fortsättningen kommer om detta inte uttryckligen anges att hänföra sig till LOU eller direktiv 2004/18/EG. Vid vissa tillfällen hänvisas till 2004 års direktiv och det är då direktiv 2004/18/EG som åsyftas. När den framtida lagstiftningen behandlas kommer även där att fokus ligga uteslutande på den klassiska sektorn och då på direktiv 2014/24/EU. Vid vissa tillfällen hänvisas till 2014 års direktiv och det är då direktiv 2014/24/EU som åsyftas.

Utöver de specifika upphandlingsinstrument som finns inom EU, gäller EU-fördraget och EUF-fördraget och de grundläggande unionsrättsliga principerna ska upprätthållas och iakttas i all upphandling.³⁰ Dessa principer ska inte närmare beröras i den vidare framställningen annat än nödvändigt, då fokus ligger på de specifika upphandlingsdokumenten.

Vidare har ämnet en straffrättslig karaktär, men fokus för uppsatsen ligger på den offentlighetsrättsliga aspekten. Närmare fördjupning om de rekvisit som föreligger för att en fällande dom eller de påföljder och rättsfall som finns kommer inte att redogöras för.

Det finns många intressanta aspekter rörande ämnet korruption, men dessa kommer inte redogöras för i den mån de inte har en koppling till offentlig upphandling och ryms inom frågeställningarna. Exempelvis kommer det inte närmare redogöras för whistleblowing, korruptionens effekter etcetera.

Vidare är uppsatsen inriktad på de regler som specifikt finns i LOU rörande korruption eller kan kopplas till korruption. Det finns ytterligare regler än de som tas upp som har flera syften och där ett av syftena är att motverka korruption, exempelvis annonseringsskyldighet. Dessa kommer inte att redogöras för närmare.

1.5 Forskningsläge

Den forskning som finns rörande offentlig upphandling är ännu relativt blygsam. Detta får som konsekvens att offentlig upphandling i kombination

²⁸ Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Text av betydelse för EES).

²⁹ Falk, J.: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm 2014, s. 32f.

³⁰ Falk 2014, s. 33.

med andra ämnen, såsom korruption berörs mycket sparsamt. En artikel som är skriven av Andrea Sundstrand, har dock tagit sikte på de problem som kan uppstå och som måste uppmärksammas gällande de två ämnena korruption och offentlig upphandling. Sundstrands artikel ”offentlig upphandling och korruption” publicerades i Juridisk tidskrift nr 1 2014/15 och har blivit expertgranskad. Artikelns har använts som en bas vid författandet av uppsatsen. Många av Sundstrands tankar och synsätt genomsyrar uppsatsen. Dock har ett visst kritiskt förhållningssätt varit nödvändigt då författarens tolkning i vissa fall skiljt sig från Sundstrands tolkning.

Den doktrin som finns generellt inom området offentlig upphandling, har använts som en utgångspunkt för att finna relevanta rättsfall och hänvisningar till mer ingående källor. Här innefattas: Andrea Sundstrands böcker ”Offentlig upphandling – en introduktion” och ”Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt”, Jan-Erik Falks bok ”lag om offentlig upphandling – en kommentar”, Helena Rosén Andersson m.fl. lagkommentar till LOU ”Lagen om offentlig upphandling – En kommentar” samt den lagkommentar som Anna Ulfsson Forsell skrivit ”Lag (2007:1091) om offentlig upphandling” som finns att tillgå genom Karnov, Lexino. Utgångspunkten för doktrin rörande direktiv 2004/18/EG har varit Peter Treptes bok ”Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide”. Även Sue Arrowsmiths bok ”The Law of Public Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK”, har använts.

Forskningsläget rörande det nya direktivet, 2014/24/EU, som ska ha implementerats i april 2016, är mycket begränsad av den anledningen att det fortfarande är förhållandevis lång tid innan direktivet träder i kraft och det är svårt att förutse vilka verkningar förändringarna kommer innebära. Det har därför varit svårare att finna material om det nya direktivet och dess framtida effekter. Sundstrand har även här varit en viktig utgångspunkt genom den ovan nämnda artikeln, då hon tar i beaktning det nya direktivet inom vissa delar samt genom ytterligare en av henne skriven artikel ”Jäv och self-cleaning i offentlig” som publicerats i Upphandlingsrättslig tidskrift 2014 1. Huvudfokus har de två statliga utredningarna fått vid tolkningen av det nya direktivet. Arrowsmiths ovan redovisade bok tar även i beaktning de effekter som det nya direktivet kan komma att medföra inom upphandlingslagstiftningen och har därför varit en betydelsefull källa för tolkning av det nya direktivet. Två betydande artiklar som publicerats i Public Procurement Law Review har behandlat några av de specifika förändringar som direktivet kommer medföra. Den ena artikeln är författad av Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Priess och Pascal Friton ”Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?”, som publicerades 2009 och behandlar self-cleaning som erkänns i det nya direktivet. Den andra artikeln är skriven av Priess ensam och berör både self-cleaning och uteslutningsreglerna i sin helhet, ”The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive” 2014. Båda dessa artiklar har varit en viktig källa vid tolkningen av direktivet och dess framtida verkningar.

Det finns en rad olika rapporter upprättade av myndigheter och näringslivsorganisationer rörande korruption och där även offentlig upphandling diskuteras. Särskilt Konkurrensverkets rapport ”Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel”, har varit till hjälp vid författandet av uppsatsen.

Eftersom det finns en viss lucka inom områdena offentlig upphandling i kombination med korruption för svensk del har uppsatsen möjlighet att fylla ett visst behov inom området. Eftersom det inom en snar framtid kommer att komma en ny upphandlingsrättslig lag och de lagförslag som finns i dagsläget skiljer sig åt på vissa essentiella punkter i jämförelse med den doktrin som finns kan uppsatsen belysa skillnaderna och fungera som en jämförelse mellan de olika tolkningarna.

1.6 Disposition

Uppsatsen är disponerad på sex kapitel. Den första delen, kapitel två, fungerar som en introduktion av ämnet korruption. I kapitel två ges en överblick på hur korruption kan definieras, hur korruption ser ut i Sverige samt en kort redogörelse med utdrag ur vissa domar från en händelse i en svensk kommun som fick namnet ”muthärvan”. Detta exempel har valts då det är en händelse som efter ett medialt intresse blev relativt känt i Sverige. Kapitel två fungerar således som en form av fortsatt introduktion av ämnet för att uppsatsens kärnämne ska sättas i sitt sammanhang. Syftet med uppsatsen är inte att konstatera olika förekomster av korruption, men det är viktigt att ha en viss kunskap om korruption som begrepp för att kunna tillämpa de upphandlingsrättsliga reglerna och sätta in dessa i sitt sammanhang.

Kapitel tre och fyra går direkt in på de huvudsakliga sanktionerna i upphandlingslagstiftningen som finns för en leverantör som varit inblandad i korruption på olika vis. Frågan om korruption föreligger eller ej, lämnas åt sidan i den vidare framställningen – det är bestämmelsernas innebörd som förklaras och hur dessa kan tolkas. Kapitel tre rör den obligatoriska uteslutningen och kapitel fyra är en genomgång av den fakultativa uteslutningen. Fokus under dessa kapitel ligger på den svenska tolkningen av direktiv 2004/18/EG, vilket innebär att LOU står i klart fokus. Dessa två kapitel utgör den nuvarande lagstiftningen, de lege lata.

Kapitel fem är en genomgång av den kommande lagstiftningen. Det har kommit ett nytt direktiv från EU som ska implementeras senast den 18 april 2016. Detta innebär att en ny lagstiftning kommer att träda ikraft inom en snar framtid och den tidigare lagstiftningen bli obsolet. För att uppsatsen ska ha ett värde, även efter april 2016, har därför den nya lagstiftningen tagits i beaktning. Huvudfokus för kapitel fem är att se hur de nya reglerna skiljer sig från de regler som presenterats i kapitel tre och fyra rörande uteslutning av leverantörer. Den tolkning som finns i dagsläget rörande direktivet har

integrerats med den tolkning som de svenska statliga utredningarna har gjort av direktivet. Detta för att ge ett helhetsintryck samt att ge en tydlig bild av när och hur de olika tolkningarna skiljer sig åt.

Den avslutande delen, det sjätte kapitlet, är en analys där slutsatser av det material som presenterats dras genom att frågeställningarna för uppsatsen besvaras.

2 Korruption

2.1 Definition av begreppet korruption

Korruption som begrepp har ingen enhetlig definition, varken nationellt eller internationellt.³¹ Till följd av länders olika kulturella, rättsliga och andra bakomliggande faktorer varierar korruptionsbegreppet i hög grad. Begreppet kan även variera inom samma land genom olika tidsperioder beroende på hur situationen förändras i landet. Korruption som begrepp har vidare skilda innebörder beroende på det bakomliggande syftet med varför en definition ska göras. Den politiska definitionen av korruption är vanligtvis inte densamma som den straffrättsliga.³² Beroende på vilken definition som används av korruption, desto mer respektive mindre utbredd kan korruption anses vara. Genom att använda en snäv definition är korruption inte ett lika stort problem som när en vid definition används.³³

Världsbankens ledare, Jim Yong Kim,³⁴ har i ett uttalande från år 2013 deklarerat att korruption är samhällets främsta fiende i utvecklingsländerna.³⁵ Världsbankens definition av korruption är ”att använda en offentlig ställning för otillbörlig vinning” vilket enligt världsbanken mening är en rättfram definition.³⁶ Europarådet har i sin civilrättsliga konvention om korruption definierat korruption som ”att direkt eller indirekt begära, erbjuda, ge eller ta emot en muta eller någon annan form av otillbörlig fördel eller förespegling av fördel som snedvrider utförandet av en plikt eller handlande som krävs av den som har tagit emot mutan, den otillbörliga fördelen eller förespeglingsen därom”.³⁷ Definitionen som Transparency International använder sig av är att ”korruption är att utnyttja sin ställning för att uppnå otillbörlig fördel för egens eller annans vinning”.³⁸ FN och OECD har valt att inte definiera korruption i deras

³¹ SOU 2004:22 s. 91.

³² United Nations Office on Drugs and Crime, UN guide for anti-corruption policies, November 2013, s. 21f.

³³ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 86f.

³⁴ Jim Yong Kim har varit världsbankens president sedan juli 2012. Jim Yong Kim, President World Bank Group. Hämtad 4 april 2015 från: <https://live.worldbank.org/experts/dr-jim-yong-kim>.

³⁵ Press release: Corruption is ”Public Enemy Number One” in Developing Countries, says World Bank Group President Kim. Hämtad 11 februari 2015 från:

<http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>.

³⁶ Helping Countries Combat Corruption, The Role of the World Bank, Poverty Reduction and Economic Management, The World Bank, September 1997, s. 8. Svensk översättning hämtad från SOU 2004:22 s. 91.

³⁷ Civil law convention on corruption, Strasbourg 4.11.1999, European Treaty Series no. 174 article 2. Svensk översättning hämtad från SOU 2004:22 s. 91.

³⁸ Transparency International Sverige, korruption, definitioner, hämtad 11 februari 2015 från: <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>. Svensk översättning av Transparency International Sverige.

konventioner³⁹, istället ges exempel i konventionerna på vad som konstituerar ett korrupt beteende.⁴⁰ I policydokument är det mer vanligt, enligt en undersökning gjord av OECD, att korruption definieras och då brukar den generella definitionen "abuse of private or public office for personal gain" användas.⁴¹ Inom EU har det även uppmärksammats att det inte finns någon enhetlig och vedertagen definition av begreppet korruption. Mot bakgrund av de definitioner som finns, ansågs det vara mer lämpligt att ha en vid definition, likt den som används i det FN-ledda programmet mot korruption. I denna definition, "maktmissbruk för privat vinning" inkluderas både privat och offentlig sektor. Definitionen som EU använder sig av varierar dock beroende på till vilket syfte definitionen ska göras. I den rent straffrättsliga meningen krävs en mer precis definition, för att främja rättssäkerheten, men i en samhällsekonomisk mening kan en bredare definition av korruption med fördel användas.⁴²

I svenska akademiens ordbok anges att korruption är "fördärv, förstörelse, bestickning, korrumpning, mottaglighet för gåvor".⁴³ I nationalencyklopedin anges att korruption är "missbruk av förtroendeställning till egen vinning, främst genom tagande av muta".⁴⁴ Korruption är inte ett rättsligt begrepp i Sverige och det finns heller ingen definition av begreppet i lagen, varken i den upphandlingsrättsliga eller den straffrättsliga.⁴⁵

Institutet mot mutor (se mer om denna organisation i avsnitt 2.2) anser att: "Korruption är en samlingsbeteckning för förfaranden som används för att, på ett otillbörligt sätt, inverka på beslut och handlingsprocesser i samhället. Inom begreppet korruption ryms de olika typerna av mutbrott [...]".⁴⁶ Konkurrensverket har i en rapport valt den vida definitionen "Otillbörlig påverkan på upphandlingsprocessen" där mutor, otillåtna gåvor och representation, jäv samt bristande likabehandling inkluderas i deras bedömning av vad som utgör ett korrupt beteende.⁴⁷

Sundstrand går i sin artikel igenom en rad av de ovan beskrivna definitionerna av korruption, men kommer fram till att ingen av

³⁹ United Nations Convention against Corruption; OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions.

⁴⁰ United Nations Handbook on Practical Anti-corruption Measures for Prosecutors and Investigators, Vienna September 2004, page 23; OECD Glossaries, Corruption, A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, page 22.

⁴¹ OECD Glossaries, Corruption, A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, page 22.

⁴² Europeiska Gemenskapernas Kommission, Meddelande från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Europeiska och ekonomiska och sociala kommittén, En övergripande EU-politik mot korruption, Bryssel den 28.5.2003, KOM(2003) 317 slutlig, s. 6.

⁴³ "Korruption" Svenska Akademiens Ordbok, hämtad 15 februari 2015 från: <http://g3.spraakdata.gu.se/saob/>.

⁴⁴ "Korruption" Nationalencyklopedin, hämtad 15 februari 2015 från: <http://www.ne.se>.

⁴⁵ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 108.

⁴⁶ Institutet mot mutor, *Farliga förmåner*, Stockholm 2013, s. 5.

⁴⁷ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 86f.

definitionerna omfattar alla otillbörliga förfaranden som kan bli aktuella vid offentlig upphandling. Sundstrand föreslår därför en egen definition av korruption; ”korruption i offentlig upphandling innebär att någon för egen vinning söker påverka offentliga beslut i syfte att gynna ett visst intresse på det allmännas bekostnad.”. Genom definitionen ryms inte alla otillbörliga ageranden som kan uppkomma, utan det krävs att syftet med det otillbörliga agerandet har varit att gynna ett visst intresse samt att en direkt eller indirekt förmån förekommit.⁴⁸

2.2 Korruption i Sverige

Det finns en rad olika internationella rankningar som mäter, genom att beakta olika faktorer, hur korrupt ett land är. Sverige är ett land som rankas högt när det gäller avsaknad av eller låg korruption. I en mätning från 2014 som gjorts av Transparency International rankas Sverige som det fjärde minst korrupta landet utav 175 länder. Danmark är rankad som minst korrupt och Somalia tillsammans med Nord Korea hamnar på sista plats som de mest korrupta länderna.⁴⁹ I World Justice Project Rule of Law Index från år 2014 rankas Sverige som fyra utav 99 länder, med Danmark på första plats och Afghanistan på sista plats.⁵⁰

I de internationella mätningarna har således Sverige en ledande placering som tyder på att korruption är mindre utbredd i Sverige i jämförelse med en rad andra länder. Konkurrensverket är dock kritisk till mätningarna och anser att de ger en missvisande bild. Mätningarna tar på olika vis fasta på omständigheter som är av betydelse för motståndskraften mot korruption på statlig nivå. Eftersom Sverige har en decentraliserad stat genom att många uppgifter hanteras på kommunal nivå, ger bara denna omständighet i sig Sverige en bra placering.⁵¹ Men korruption kan och förekommer även på kommunalnivå vilket illustreras genom avsnitt 2.3.

Det finns sedan år 2002 en särskild inrättad enhet inom åklagarmyndigheten; riksenheten mot korruption.⁵² Enheten handlägger samtliga brott som rör korruption, oavsett brottets geografiska hemvist.⁵³ Sedan januari år 2012 finns numera även en nationell korruptionsgrupp inom svensk polis för att stödja riksenheten mot korruption.⁵⁴ Inom

⁴⁸ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 108f.

⁴⁹ Transparency International, Corruption by Country/Territory, Sweden, hämtad 15 februari från: <http://www.transparency.org/country#SWE>.

⁵⁰ The World Justice Project, Rule of Law Index 2014, 2014 report, s. 16f.

⁵¹ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 89f.

⁵² Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet - EU:s rapport om insatser mot korruption, Bryssel den 3.2.2014, KOM 2014(38) slutlig, Annex 27, Bilaga, Sverige till EU:s rapport om insatserna mot korruption s. 3.

⁵³ Åklagarmyndigheten, kontakt, nationella åklagaravdelningen, hämtad 12 februari från: <http://www.aklagare.se/Sok-aklagare/Nationella-aklagaravdelningen/>.

⁵⁴ Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet - EU:s rapport om insatser mot korruption, Bryssel den 3.2.2014, KOM 2014(38) slutlig, Annex 27, Bilaga, Sverige till EU:s rapport om insatserna mot korruption s. 3.

näringslivet finns institutet mot mutor,⁵⁵ som är en ideell organisation som har som syfte att motverka att mutor och andra otillbörliga förmåner används för att påverka beslut inom näringslivet och samhället.⁵⁶ Organisationen har skapat en kod, näringslivskoden,⁵⁷ som ska ses som ett komplement till brottsbalken. Kodens regler är strängare än brottsbalkens, vilket innebär att för de som följer kodens regler bör agerandet inte vara straffbelagt enligt lagen.⁵⁸

De regler som finns rörande korruption i de svenska straffbestämmelserna har samlats i 10 kap. i brottsbalken. Dessa brott är trolöshet mot huvudman i 10 kap. 5 §, tagande av muta 10 kap. 5a §, givande av muta 10 kap. 5b §, grovt tagande av muta och grovt givande av muta 10 kap. 5c §, handel med inflytande 10 kap. 5d § samt vårdslös finansiering av mutbrott 10 kap. 5e §. Korruptionsbrott karakteriseras av att det finns två aktörer, exempelvis en som ger mutan och en som mottager mutan.⁵⁹

2.3 Muthärvan i Göteborg

Allmänheten fick upp ögonen för att korruption kanske är mer utbredd i Sverige än vad många först trott genom att Uppdrag Granskning⁶⁰ visade två dokumentärer i SVT under år 2010. Dokumentärerna ”Den hedervärde tjänstemannen” och ”Den korrupta staden” visade på förekomst av korruption inom Göteborgs kommun. Det som framkom i dokumentärerna var hur tjänstemän inom kommunen haft privata relationer med vissa leverantörer. Leverantörer och tjänstemän utbytte tjänster vars legitimitet kunde ifrågasättas. Efter att SVT visat dokumentärerna inleddes en rättslig process mot vissa av de inblandade i dokumentärerna. Varav vissa av domarna kort ska redogöras för nedan.

I en av domarna var det en kommunaltjänsteman, S.N. som var i fokus. S.N. blev åtalad för att ha mottagit olika mutor och förmåner och ytterligare fyra personer åtalades för att ha givit S.N. dessa mutor och förmåner.⁶¹

⁵⁵ Institutet mot mutor grundades år 1923 av Stockholms Handelskammare, Svensk Handel (tidigare Sveriges Köpmannaförbund) och Svenskt Näringsliv (tidigare Sveriges Industriförbund). Institutet mot mutor hette tidigare Institutet för bekämpande av mutor och bestickning.

⁵⁶ Institutet mot mutor, om oss, hämtad 12 februari från: <http://institutetmotmutor.se/om-oss>.

⁵⁷ Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner inom näringslivet. Koden finns att tillgå på institutet mot mutors hemsida.

⁵⁸ Institutet mot mutor, Näringslivskod, hämtad 12 februari från: <http://www.institutetmotmutor.se/>.

⁵⁹ Cars 2012, s. 19.

⁶⁰ Uppdrag granskning är ett granskande samhällsprogram som gör efterforskningar inom olika ämnesområden efter tips från allmänheten för att uppmärksamma och komma tillrätta med samhällsproblem. Läs uppdrags gransknings riktlinjer och manualer. (februari 2014). Hämtad 2 februari 2015 från: <http://www.svt.se/ug/omug/las-uppdrag-gransknings-riktlinjer-och-manualer>.

⁶¹ Tingsrätten i Göteborg mål nr B 13092-10.

S.N. tog emot två par glasögon och genomgick två synundersökningar, en själv och en för hans fru, av ett värde på 15 740 kr. Därutöver hade S.N. tillsammans med sin fru bjudits på musikal och middagar till ett värde av 2840 kr. Tingsrätten fann att detta utgjorde belöningar eller gåvor som var otillbörliga och att detta skett uppsåtligen. Två personer befanns ansvariga för givandet av mutorna vilka dömdes för bestickning. S.N. hade också erhållit ett V.I.P.-paket till en musikal av en annan företrädare för en leverantör. Värdet uppgick till 4990 kr och ansågs utgöra en otillbörlig belöning som lämnats uppsåtligen. Företrädaren för leverantören dömdes för bestickning.

Vidare hade S.N. haft ett flertal privata angelägenheter med ytterligare en leverantör. Leverantören ifråga utförde flyttstädning, pianoflyttning och köpte en värmepump till S.N. Värdet av detta uppgick till cirka 25 000 kr. Tingsrätten fann att dessa händelser utgjorde belöningar som var otillbörliga och att de skett uppsåtligen. Leverantörens påföljd i tingsrätten blev villkorlig dom samt 80 dagsböter á 400 kr. Därutöver ålades även leverantören att betala en företagsbot på 100 000 kr då tingsrätten fann att brotten som leverantören gjort sig skyldig till begåtts i utövningen av bolagets näringsverksamhet.

Totalt dömde tingsrätten S.N. för sju olika fall av mutbrott och brottet bedömdes som grovt. Påföljden för S.N. blev skyddstillsyn med samhällstjänst om 160 timmar. Tingsrätten fann att även om grovt mutbrott i normala fall bör leda till fängelse var risken liten att S.N. skulle göra sig skyldig till fortsatt brottslighet. Tingsrätten ansåg att S.N. genom sin ställning som anställd inom kommunen i viss utsträckning hade inflytande över vilka entreprenörer som anlätades och utförde uppdrag åt kommunens vägnar. S.N. överklagade domen som förmildrades i hovrätten. Hovrätten fann att S.N. gjort sig skyldig till sex fall av mutbrott, då man fann att ett av brotten preskriberats, samt att svårighetsgraden för brotten ändrades från grovt mutbrott till mutbrott av normalgraden. Hovrätten ansåg att beloppen av de brott som ansågs styrkta var måttliga i alla fall utom ett (värmepumpen). Hovrätten ansåg vidare att mutbrotten inte var av systematisk karaktär. Den slutliga påföljden för S.N. blev villkorlig dom jämte 80 dagsböter á 250 kr. Förutom S.N. överklagade även en av leverantörerna tingsrättens dom. Hovrätten ansåg i likhet med tingsrätten att leverantören begått de gärningar som åtalet gällde, men valde att förmildra påföljden då hänsyn togs till att gärningarna begåtts långt tillbaka i tiden och att leverantören även ålagts en företagsbot. Antalet dagsböter för leverantören reducerades från 80 till 50.⁶²

Ett kommunalt bostadsbolag i Göteborg kom i särskilt fokus gällande oegentligheter vilket bland annat resulterade i de tre nedan redovisade domarna.

⁶² Hovrätten för västra Sverige mål nr B 4830-13.

O.L., som var teknisk chef för det kommunala bostadsbolaget, blev åtalad för att ha mottagit 23,8 ton tegel där betalning enbart erlagts för frakten. Tingsrätten kunde konstatera att O.L. genom sin ställning som teknisk chef hade möjlighet att påverka val av leverantör vid framtida upphandlingar och entreprenader. Tingsrätten dömde O.L. för grovt mutbrott till fängelse i sex månader.⁶³ O.L. överklagade till hovrätten. Hovrätten fann i likhet med tingsrätten att O.L. mottagit en gåva som ej betalats för, vilket var att anse som otillbörligt och hade samband med O.L. tjänsteutövning. Däremot fann hovrätten att brottet inte skulle anses som grovt. Till följd av detta ogillade hovrätten åtalet då mutbrott av normalgraden har en preskriptionstid⁶⁴ på fem år och en längre tid än så hade förlöpt sedan brottet begåtts och åtal väcktes.⁶⁵

M.N., som var bovärd på det kommunala bostadsbolaget, blev av tingsrätten dömd för mutbrott med påföljden villkorlig dom. M.N. hade fått en jacuzzi av en butikschef för ett bolag där det kommunala bostadsbolaget var en stor kund. Butikschefen dömdes för bestickning till villkorlig dom samt 100 dagsböter å 190 kr. Ytterligare personer och gärningar inkluderades i åtalet, men dessa ogillades av tingsrätten.⁶⁶

P.L., som var fastighetsingenjör på det kommunala bostadsbolaget, dömdes för brotten trolöshet mot huvudman, mutbrott, undertryckande av urkund samt urkundsförfalskning till fängelse i 1 år och 2 månader samt att solidariskt med P.F. betala drygt 1 miljon i skadestånd till bostadsbolaget. P.F., som var projektansvarig för en leverantör till det kommunala bostadsbolaget, dömdes till samma påföljd som P.L. för brotten medhjälp till trolöshet mot huvudman och bestickning. Båda P.L. och P.F. utfärdade respektive attesterade osanna fakturor som i realiteten hänförde sig till parternas privata förehavanden. Fler personer och fler åtalspunkter fanns med i åtalet men dessa ogillades på grund av preskription.⁶⁷

2.4 Korruption och offentlig upphandling

Korruption i kombination med offentlig upphandling har blivit mer uppmärksammat i världen och i Sverige genom bland annat olika händelser som media presenterat. Ett exempel är den ovan redovisade muthärvan i Göteborg. Från allmänhetens tidigare uppfattning, att korruption var relativt låg i Sverige, har offentlig upphandling och korruption närmast blivit synonyma begrepp.⁶⁸ Slutsatsen som kan dras av det ovan redogjorda är att korruption förekommer i Sverige. Även om Sverige ligger bra till i de

⁶³ Tingsrätten i Göteborg mål nr B 14942-10.

⁶⁴ Preskription för mutbrott av normalgraden är fem år enligt 35 kap. 1 § första stycket 2 brottsbalken och tio år för grovt mutbrott enligt 35 kap. 1 § första stycket 3 brottsbalken.

⁶⁵ Hovrätten för västra Sverige mål nr B 2778-11.

⁶⁶ Tingsrätten i Göteborg mål nr B 17904-10.

⁶⁷ Tingsrätten i Göteborg mål nr B 15921-11.

⁶⁸ Kammarkollegiet, upphandlingsstödet, Att förebygga korruption – i offentlig upphandling, 2011:11, s. 2.

internationella mätningarna när det gäller korruptionsrisk, kan det ifrågasättas om dessa mätningar verkligen ger en rättvisande bild av den faktiska korruption som förekommer i Sverige.

Offentlig upphandling omsätter betydande ekonomiska värden, årligen runt en femtedel av EU:s totala BNP. Offentlig upphandling är på grund av sin karaktär ett rättsområde som är särskilt sårbart för korruption.⁶⁹ Det finns åtskilliga anledningar till varför offentlig upphandling är ett riskområde för korruption: upphandlingar avser ofta stora ekonomiska värden, det förekommer täta kontakter mellan leverantörer och de personer inom myndigheten som har möjlighet att påverka hur kontrakten tilldelas och kontroll och regler har inte anpassats i takt med hur upphandlingarna har ökat och förändrats.⁷⁰ Med anledning av denna särskilda korruptionsrisk är det viktigt att undersöka hur upphandlingslagstiftningen har hanterat korruptionsfrågan.

I upphandlingslagstiftningen finns det en del regler som har en korruptionsbekämpande effekt såsom annonseringsskyldigheten, vissa särskilda förfaringsregler vid upphandlingen och överprövningsreglerna.⁷¹ Dessa reglers syfte är dock inte enbart att bekämpa korruption. De mer specifika reglerna som finns rörande korruption i upphandlingslagstiftningen som är i fokus för denna uppsats, är uteslutning av leverantörer. Redogörelsen för dessa regler finns i de kommande kapitlen.

⁶⁹ Detta har framhållits både internationellt som nationellt. Se bland annat Transparency International, *Curbing corruption in public procurement*, hämtad 21 februari 2015 från: http://www.transparency.org/whatwedo/activity/curbing_corruption_in_public_procurement; Se även United Nations Office on Drugs and Crimes, *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances, good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*, sida 1; Från unionen har detta framhållits genom, EU:s rapport om insatser mot korruption KOM 2014(38); Nationellt har det framhållits i en rad rapporter se exempelvis Riksrevisionens rapport, *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2 s. 41; Se även Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting*, rapport no.2 2012, s. 13.

⁷⁰ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 93.

⁷¹ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 96f.

3 Obligatorisk uteslutning av leverantörer

3.1 Leverantör ska uteslutas enligt direktiv 2004/18/EG

I artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG finns de obligatoriska uteslutningsgrunderna som innebär att en leverantör ska bli utesluten från en upphandling. Uteslutningsgrunderna blev genom direktivet introducerade för första gången som en åtgärd för den växande oron för organiserad brottslighet, terrorism, korruption och penningtvätt, vilka är de brott som räknas upp i artikel 45.1 punkterna a-d. Brotten anses så pass allvarliga att en leverantör som gjort sig skyldig till dessa, ska uteslutas ur en pågående upphandling. Uteslutningen ska ske innan leverantörens finansiella och tekniska kvalifikationer bedöms. Uteslutningsgrunderna är således inte direkt kopplade till leverantörens förmåga att utföra kontraktet på finansiell eller teknisk grund, det är leverantörens personliga ställning som är avgörande. En leverantörs tidigare oförmåga att uppfylla ett kontrakt kan emellertid inverka och leda till att leverantören inte anses lämplig för det aktuella kontraktet och därmed bör uteslutas.⁷²

Det är endast i de fall som den upphandlande myndigheten får kännedom om att en uteslutningsgrund föreligger som leverantören ska uteslutas. Om en upphandlande myndighet har misstankar om att en leverantör bör uteslutas från en upphandling kan myndigheten be leverantören att lämna in dokument som påvisar huruvida en uteslutningsgrund föreligger eller ej. Det är således inte nödvändigt att i alla upphandlingar alltid begära ut information från samtliga leverantörer. Den upphandlande myndigheten kan på egen hand kontakta andra relevanta myndigheter för att få information om leverantören och dess lämplighet. Här kan visst samarbete vara nödvändigt mellan medlemsstaterna när det gäller leverantörer som verkar över gränserna. I direktivet lämnas det sedan till medlemsstaterna att specificera villkoren för att utesluta en leverantör som begått något av de brott som föranleder obligatorisk uteslutning.⁷³

3.2 Leverantör ska uteslutas enligt LOU

1 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar [...]

⁷² Trepte, P.: *Public Procurement in the EU – a Practitioner's Guide*, Oxford 2007, s. 337.

⁷³ Trepte 2007, s. 339ff.

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn,

[...]

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Bestämmelsen ovan är ett utdrag ur 10 kap. 1 § LOU som är baserad på artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG. Bestämmelsen reglerar de fall då en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör. Det krävs att leverantören har en lagakraftvunnen dom mot sig, rörande de brott som räknas upp i bestämmelsen och att myndigheten får kännedom om detta.⁷⁴ Brotten⁷⁵ anses vara av särskilt allvarlig art och riktar sig mot EU:s ekonomiska intressen. I de fall leverantören är en juridisk person, ska även företrädare för leverantören kunna beaktas när bestämmelsen tillämpas.⁷⁶ Den upphandlande myndigheten kan, om det finns grundad anledning, begära att leverantören visar att det inte föreligger grund för uteslutning.⁷⁷ Huvudregeln i bestämmelsen är att uteslutning är tvingande, men om det finns särskilda skäl, kan leverantören tillåtas att delta i upphandlingen.⁷⁸ Dessa olika aspekter av 10 kap. 1 § LOU kommer att redogöras för separat nedan.

Det finns för närvarande inga vägledande avgöranden rörande tillämpningen av 10 kap. 1 § LOU eller artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG av Högsta förvaltningsdomstolen eller EU-domstolen; enbart ett fåtal avgöranden från första instans.⁷⁹

Beslutet om uteslutning ska lämnas till leverantören så snart kännedom finns rörande de omständigheter som krävs för att uteslutning ska ske. Den upphandlande myndigheten ska således inte dröja med att lämna beslutet, som kan överklagas av leverantören.⁸⁰ En upphandlande myndighet kan bli skadeståndsskyldig om en leverantör utesluts på felaktiga grunder.⁸¹

⁷⁴ Gällande B-tjänster föreligger samma reglering men återfinns i 15 kap. 13 § första stycket LOU.

⁷⁵ Organiserad brottslighet, penningtvätt och bedrägeri motsvarar punkterna 1,3 och 4 men behandlas inte vidare i uppsatsen.

⁷⁶ Se 10 kap. 1 § andra stycket LOU

⁷⁷ Se 10 kap. 1 § tredje stycket LOU.

⁷⁸ Se 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU; Se även prop. 2006/07:128 s. 221 och 225.

⁷⁹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 111.

⁸⁰ Prop. 2006:07:128 s. 240f. Detta gäller för både de obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunderna.

⁸¹ Falk 2014, s. 329.

3.2.1 Definition av brottet muta

Muta⁸² är ett ord som ofta används för att beteckna korruption,⁸³ och är ett av de brott som föranleder obligatorisk utslutning i LOU. Muta definieras enligt 10 kap. 1 § första stycket 2 LOU i enlighet med korruptionskonventionen⁸⁴ eller med rådets gemensamma åtgärd rörande korruption i den privata sektorn⁸⁵, vilken numera är upphävd och ersatt med rådets rambeslut om kampen mot korruption i den privata sektorn⁸⁶. Det agerande som är straffbart enligt LOU är således de som föreskrivs i de internationella rättsakterna. Innebörden mellan de internationella definitionerna och den svenska som återfinns i brottsbalkens tionde kapitel rörande brottet muta skiljer sig till viss del åt. Vissa av åtskillnaderna är betydande medan andra bör sakna större betydelse. Skillnaderna ska kort redogöras för nedan.

En av de viktigare skillnaderna på de internationella rättsakterna och brottsbalken är när löften och utbetalningar tidsmässigt ska ha tagit plats. Korruptionskonventionen och rådets rambeslut kriminaliserar enbart löften och utbetalningar som sker *innan* den åsyftade tjänsteutövningen. Enligt brottsbalken är däremot löften och utbetalningar som sker både *för* och *efter* den åsyftade tjänsteutövningen straffbelagt.⁸⁷ Detta innebär även att både innan och efter mottagaren fått sin särskilda ställning, som arbetstagare, uppdragstagare eller deltagare/funktionär i en tävling, kan en gåva eller otillbörlig förmån som lämnats klassificeras som muta. En gåva eller otillbörlig förmån kan utgöra en muta under månader eller till och med år, beroende på värdet, efter det att mottagaren lämnat sin särskilda ställning.⁸⁸ En annan åtskillnad är att det uppställs ett krav i korruptionskonventionen och rådets rambeslut att mottagaren ska handla i strid med sina skyldigheter eller officiella förpliktelser medan det enligt brottsbalken är tillräckligt att mottagaren har möjlighet att i sin tjänsteutövning gynna givaren. Det finns således inget krav i brottsbalken på att givarens agerande ska ha fått någon faktisk effekt på mottagarens tjänsteutövning.⁸⁹ I korruptionskonventionen

⁸² Ordet muta används genomgående i uppsatsen istället för ordet bestickning. Bestickning är fortfarande ett vedertaget begrepp men genom en lagändring år 2012 av brottsbalken (SFS 2012:301) ändrades terminologin till ordet muta. Muta är även de mest använda vardagliga ordet. Terminologin som används i 10 kap. 1 § LOU är dock bestickning.

⁸³ Transparency International Sverige, korruption, definitioner, hämtad 4 maj 2015 från: <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>.

⁸⁴ Konvention utarbetad på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i.

⁸⁵ 98/742/RIF: Gemensam åtgärd av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i Fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn.

⁸⁶ Rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn.

⁸⁷ Prop. 2006/07:128 s. 230f.

⁸⁸ Cars 2012, s. 64-66; Sundstrand JT 1/2014/15, s. 113.

⁸⁹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 113; Cars 2012, s. 68; Prop. 2006/07:128 s. 230f.

finns vidare inget otillbörlighetsrekvisit uttryckt, men detta förutsätts finnas enligt de svenska förarbetena.⁹⁰

Eftersom det föreligger en viss diskrepans mellan de olika definitionerna, måste en upphandlande myndighet uteslutande undersöka om brott föreligger enligt korruptionskonventionen eller rådets rambeslut när 10 kap. 1 § LOU ska tillämpas. Brottsbalken kan inte användas för att avgöra om en leverantör begått brottet muta eftersom fler situationer är kriminaliserade enligt brottsbalken och resultatet hade blivit uteslutning i fler fall än vad direktivet ger utrymme för. För en leverantör som har dömts för muta enligt rekvisiten i brottsbalken krävs det således att den upphandlande myndigheten undersöker om den situation som föranlett en fällande dom även hade gjort det enligt de kriterier som korruptionskonventionen och rådets rambeslut ställer upp.⁹¹

3.2.2 Företrädare för leverantören

I många fall är leverantören en juridisk person och eftersom enbart fysiska personer kan dömas för brottet muta, enligt svensk rätt, krävs det en reglering som gör att bestämmelsen om uteslutning inte blir verkningslös i de fall leverantören är en juridisk person.¹¹² Detta löses genom att det i 10 kap. 1 § andra stycket LOU stadgas att en leverantör ska uteslutas om en företrädare för leverantören har en lagakraftvunnen dom mot sig rörande de brott som räknas upp i första stycket. En viss osäkerhet råder dock rörande vidden av personkretsen. I artikel 45.1 fjärde stycket i direktiv 2004/18/EG, föreskrivs att personer som enligt nationella bestämmelser är ”företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren” omfattas av begreppet företrädare. Utöver detta ger direktivet ingen vidare vägledning rörande vilka personer som kan utgöra företrädare för en leverantör.¹¹³

Hur begreppet företrädare ska tolkas var en viktig fråga som diskuterades grundligt i förarbetena till LOU. Den definition som regeringen valde är något svävande då en snäv begreppsbestämning troligen inte levt upp till direktivets krav.¹¹⁴ Ledning ska därför tas av begreppet ”företrädare” så som det förekommer i 59 kap. 12-14 §§ skatteförfarandelagen (2011:1244). Lagen reglerar betalningsskyldighet för skatter som företrädare för juridiska personer har.¹¹⁵ I detta begrepp ligger att de som har en faktisk maktposition och kan påverka förvaltningen i den juridiska personen, oavsett röstinnehav,

⁹⁰ Prop. 2006/07:128 s. 230 och prop. 1998/99:32 s. 44.

⁹¹ Prop. 2006/07:128 s. 231.

¹¹² Andersson Rosén, H., m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 1 § under rubriken Andra stycket.

¹¹³ Prop. 2006/07:128 s. 226.

¹¹⁴ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 115.

¹¹⁵ I prop. 2005/06:128 s. 226 hänvisas till 12 kap. 6-6a §§ i skattebetalningslagen (1997:483). Denna lag har sedan blivit upphävd och ersatt med skatteförfarandelagen. Bestämmelserna har inte ändrats i sak se Sundstrand JT 1/2014/15, s. 114.

är att anse som företrädare. Således inkluderas även målvakter och bulvaner i företrädarbegreppet. För att avgöra vilka personer inom företagens ledning som kan anses utgöra företrädare, kan vägledning tas av den personkrets som anges som befattningshavare enligt 4 § lagen om näringsförbud (1986:436). Utöver de legala företrädarna¹¹⁶, kan personer som har ett betydande intresse, genom eget eller närståendes aktie eller andelsinnehav, och bestämmande inflytande i den juridiska personen även anses vara företrädare. En person som innehar en fullmakt att disponera en juridisk persons medel anses exempelvis ha ett bestämmande inflytande. Bedömningen ska göras i varje enskilt fall med beaktande av objektiva omständigheter. Ytterligare vägledning i frågan kan hämtas från den praxis som utvecklats i anslutning till skatteförfarandelagen.¹¹⁷

Det är inte enbart personer som är representerade i leverantören som kan anses som företrädare, är leverantören del i en koncern kan i vissa fall personer inom olika delar i koncernen betraktas som företrädare. Detta kan vara fallet för exempelvis moder och dotterbolag. Om moderbolaget i realiteten kan sägas företräda dotterbolaget kan en person som räknas som företrädare för moderbolaget även göra detta i dotterbolaget. Denne personens agerande kan då leda till att dotterbolaget blir utesluten från en upphandling. Detsamma gäller mellan systerbolag som ska uteslutas, om det finns bestämmande inflytande eller ekonomiskt intresse mellan de olika bolagen och företrädare inom ett av bolagen dömts för brott. Den upphandlande myndigheten måste således undersöka hela leverantörens organisation för att syftet med bestämmelsen inte ska gå om intet. Det är de personer som är företrädare vid den faktiska anbudsgivningen som kan bli föremål för kontroll; tidigare företrädare som dömts för brott kan inte medföra uteslutning.¹¹⁸

Företrädarbegreppet har varit upp till prövning i Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2010 ref. 79, vilket är det enda vägledande avgörandet från högsta instans. Målet gäller företrädarbegreppet enligt 10 kap. 2 § LOU men bestämmelsen i 10 kap. 1 § LOU är identisk i detta hänseende och rättsfallet är således belysande för båda bestämmelserna.¹¹⁹

3.2.2.1 Företrädarbegreppet enligt Högsta förvaltningsdomstolen

Målet gällde en upphandlingsentreprenad där anbudet från bolaget Uppsala Asfaltsanläggningar AB (ASFAB) förkastades mot bakgrund av att en företrädare för bolaget hade dömts för brott avseende yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU. Företrädaren, C.A. begick under åren 1999-2003 brotten: bokföringsbrott, grovt skattebrott, försvarande av

¹¹⁶ I en rapport från Konkurrensverket går personkretsen igenom mer i detalj på vem som kan vara legal företrädare i de olika bolagsformerna. För mer detaljerad läsning hänvisas därför till Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 55ff.

¹¹⁷ Prop. 2006/07:128 s. 226 och 388.

¹¹⁸ Prop. 2006/07:128 s. 226f; Se även Sundstrand JT 1/2014/15, s. 116.

¹¹⁹ Prop. 2006/07:128 s. 389; Sundstrand JT 1/2014/15 s. 116.

skattekontroll, brukande av falsk urkund, bestickning samt vållande till miljöstörning som han åtalades och dömdes för i juli 2006. Påföljden blev ett års fängelse. Vid tiden för anbudstidens utgång var C.A. entreprenadchef i ASFAB och förfogade över en generalfullmakt som gav C.A. rätt att utan inskränkning företräda bolaget och teckna dess firma. C.A. innehade ingen ställning i ASFAB:s styrelse eller ledning och C.A. ägde inte heller några aktier i bolaget. Däremot var ASFAB ett helägt dotterbolag till ett moderbolag där C.A. var styrelseordförande och ägde hälften av aktierna och hans fru ägde resterande hälft. Högsta förvaltningsdomstolen fann först att C.A. var att anse som företrädare för moderbolaget. Efter en samlad bedömning, med beaktande av de omständigheter som förelåg vid anbudstidens utgång, kom domstolen även fram till att C.A. var att anse som företrädare för dotterbolaget, ASFAB. Det var således korrekt att utesluta ASFAB ur upphandlingen då C.A. som företrädare för bolaget, uppfyllde rekvisiten i 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen fastslog i domen att företrädarbegreppet enligt LOU uppfyller kraven som artikel 45 i direktiv 2004/18/EG ställer. Innebörden av begreppet företrädare ska enligt domstolen tolkas i enlighet med de riktlinjer som framkommer i förarbetena till LOU.¹²⁰

3.2.2.2 Företrädarbegreppet enligt underrätterna

I både förvaltningsrätten och kammarrätten har företrädarbegreppet varit uppe till prövning. I ett avgörande från förvaltningsrätten konstaterades att personen i fråga tecknade firman ensam och ägde samtliga aktier i bolaget och mot bakgrund av detta ansågs denne vara företrädare för leverantören.¹²¹ I ett annat avgörande rörde det sig om en konsult som dömts i tingsrätten för brott som sedan ansågs utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen. Konsultuppdraget innebar att agera bygglidare för vissa entreprenader och företräda den upphandlande myndigheten gentemot entreprenörer och allmänheten. Vidare innebar uppdraget även ett ekonomiskt ansvar. Uppdraget skulle omfatta en heltidstjänst under cirka ett år. Förvaltningsrätten ansåg att konsulten hade ett betydande inflytande med beaktande av konsultens erfarenhet och kompetens inom det aktuella området. Bolaget hade ingen registrerad VD och hade enbart en ordinarie styrelseledamot. Bolagets verksamhet var registrerad att omfatta såväl ”handel med dagligvaror som konsulttjänster inom livsmedel och byggnation samt handel med värdepapper”. Förvaltningsrätten kom med beaktande av det ovan beskrivna rörande bolagets verksamhet, uppdragets innehåll och de befogenheter en bygglidare har, fram till att konsulten skulle betraktas som företrädare för leverantören.¹²²

I kammarrätten undersöktes frågan om företrädaren personligen måste ha begått felaktigheterna eller ej. Kammarrätten bedömde att personen i fråga var att anse som företrädare för leverantören då hen var ensam

¹²⁰ RÅ 2010 ref. 79.

¹²¹ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 12831-11.

¹²² Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 3500-13.

styrelseledamot i bolaget och således var legal företrädare. Det förekom brister i rutiner och systematiskt kvalitetsarbetet hos leverantören. Felen var således inte fel som företrädaren själv brustit i, men karakteriserades som sådana fel som ledningen i bolaget vanligtvis borde ansvara för. Även om bolaget hade en verksamhetschef, kunde inte ansvaret helt lyftas från ledningen på grund av dess övergripande ansvar. Ledningen kunde därför lastas för de fel som begåtts. Enligt kammarrätten krävdes det således inte att företrädaren personligen gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, det var tillräckligt att företrädaren kunde lastas för felen. Kan felen däremot tillskrivas enskilda befattningshavare ska inte företrädare lastas för dessa fel, om de inte är hänförliga till företrädaren själv.¹²³

3.2.3 Kännedom om lagakraftvunnen dom

Uteslutning av leverantör ska bara ske om den upphandlande myndigheten får kännedom om att leverantören har en lagakraftvunnen dom mot sig rörande brotten i 10 kap. 1 § första stycket LOU. Det föreligger ingen skyldighet för myndigheten att rutinmässigt undersöka om en leverantör har dömts för brott. Det diskuterades i förarbetena om en sådan skyldighet skulle införas, men det ansågs vara ett omotiverat intrång eller men för leverantörerna samt att det skulle fördröja upphandlingsprocessen genom att tvinga myndigheten till i vissa fall resultatlösa efterforskningar. Inte heller ansågs det lämpligt att leverantörer rutinmässigt skulle ge in handlingar till myndigheten som påvisade att det inte förelåg någon dom mot dem, då känsliga uppgifter skulle kunna komma ut rörande enskilda individer.

Det är först när det är motiverat som en skyldighet faktiskt inträder för myndigheten att närmare undersöka om det finns en lagakraftvunnen dom mot leverantören eller dess företrädare. En upphandlande myndighet är skyldig att skaffa sig underlag om leverantörens personliga ställning när det finns en grundad anledning att anta att brott kan ha begåtts och först när misstankenivån är i ganska hög grad konkretiserad. Hur den grundande anledningen uppkommer saknar betydelse och informationen kan exempelvis komma från en konkurrent eller massmedia.¹²⁴

3.2.4 Leverantören ska få visa att grund för uteslutning ej föreligger

Om en upphandlande myndighet får grundad anledning att anta att det finns skäl för att en leverantör ska uteslutas från upphandlingen får myndigheten begära att leverantören visar att detta inte är fallet. I förarbetena till LOU ansågs det lämpligt att lägga det huvudsakliga utredningsansvaret på leverantörerna när misstankenivån grundad anledning uppkommit.¹²⁵ Det

¹²³ Kammarrätten i Stockholm mål nr 1406-09.

¹²⁴ Prop. 2006/07:128 s. 237 och 387.

¹²⁵ Prop. 2006/07:128 s. 238.

läggs således en viss utredningsskyldighet samt bevisbörda på leverantörerna.¹²⁶ En leverantör som inte vill eller inte kan visa sin oskuld blir utesluten. När den upphandlande myndigheten begär att leverantören inkommer med handlingar är det därför av vikt att leverantören får kännedom om konsekvenserna av försummelse att göra detta. Vilka handlingar en leverantör kan inge för att visa att uteslutning inte ska ske redogörs för under avsnitt 4.4.

Den utredningsskyldighet, som diskuterats ovan, som den svenska bestämmelsen i 10 kap. 1 § tredje stycket LOU lägger på leverantören har ingen motsvarighet i direktivet. Det kan därför, enligt Sundstrand, ifrågasättas om Sverige har implementerat direktivet på ett felaktigt sätt genom att gå för långt och ålägga leverantörerna en bevisbörda som rätteligen borde ligga på den upphandlande myndigheten. I så fall anser Sundstrand att Sverige agerar i strid med sina förpliktelser som medlem i EU. Bevisbördan går enligt 10 kap. 1 § tredje stycket LOU över när det finns en ”grundad anledning” att leverantören ska uteslutas, i direktivet anges att om myndigheten får ”kännedom” om en lagakraftvunnen dom så ska leverantören uteslutas. Det är oklart hur stor skillnad det är mellan begreppen ”grundad anledning” och ”kännedom”. Den upphandlande myndigheten bör dock inte helt kunna övervältra ansvaret på leverantören att visa sin oskuld – detta skulle strida mot bestämmelsens syfte.¹²⁷ Något som är klart är dock att leverantören bör ges möjlighet att bemöta påståenden om att uteslutningsgrund föreligger, särskilt då summariska förfaranden inte är lämpliga inom offentlig upphandling.¹²⁸ Detta har EU-domstolen slagit fast i ett flertal avgöranden¹²⁹ och det har även uppmärksamats av Högsta förvaltningsdomstolen¹³⁰. Målen har dock berört andra aspekter inom offentlig upphandling än uteslutning, vilken vikt som kan läggas vid dessa avgöranden är därför oklart.

3.2.5 Särskilda skäl

En leverantör som har en lagakraftvunnen dom för mutbrott ska som huvudregel uteslutas men om det finns särskilda skäl kan leverantören tillåtas att delta i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska i varje upphandling beakta proportionalitetsprincipen och i vissa fall kan det förfara oproportionerligt att utesluta en leverantör från en upphandling. Uteslutning kan vara oproportionerlig om brottet var av ringa art och/eller om det har skett långt tillbaka i tiden.¹³¹

¹²⁶ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 1 § under rubriken Tredje stycket.

¹²⁷ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 117f.

¹²⁸ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 118; Sundstrand, A.: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012, s. 261ff.

¹²⁹ Fabricom, förenade målen C-21/02 och C-34/03, EU:C:2004:709, punkt 33 och 35; Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:544, punkt 62; Assitur, C-538/07, EU:C:2009:71, punkt 30; Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 29 och 30.

¹³⁰ Se RÅ 2005 ref. 47.

¹³¹ Prop. 2006/07:128 s. 236.

Enligt artikel 45.1 tredje stycket i direktiv 2004/18/EG får medlemsstaterna fastställa undantag från uteslutning om det är ”motiverat av tvingande allmänna intressen”. Exempel på vad som utgör tvingande allmänna intresse är skydd av allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Det undantag som finns i 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU är på grund av särskilda skäl, inte på grund av tvingande allmänna intresse. Enligt förarbetena till LOU kan emellertid tvingande allmänna intressen sorteras in under särskilda skäl.¹³²

Undantaget särskilda skäl ska tolkas restriktivt, detta eftersom bestämmelsen tillkommit för att bekämpa brottslighet som ansetts vara särskilt allvarig gentemot EU:s intressen och möjligheten att bekämpa ekonomisk brottslighet.¹³³ Det finns i dagsläget ingen vägledande praxis på vad som konstituerar särskilda skäl.¹³⁴ Falk ger ett exempel på när tvingande allmänna intressen kan finnas: ”[...] när de varor som ska upphandlas utgör nödvändiga kompletteringar till tidigare leveranser, som inte på ett enkelt sätt kan levereras av vilken leverantör som helst, exempelvis kompletteringar till medicinsk utrustning.”¹³⁵ Konkurrensverket har angett i en rapport att särskilda skäl kan föreligga för att inte utesluta en leverantör om leverantören har vidtagit åtgärder för att förhindra upprepningar av de brott som leverantören dömts för, så kallad self-cleaning.¹³⁶ Arrowsmith m.fl. är till viss del inne på samma linje som Konkurrensverket och anser att det finns en rad omständigheter som resulterar i att en leverantör som vidtagit åtgärder för self-cleaning kan tillåtas att delta i upphandlingen med hänsyn till särskilda skäl.¹³⁷ Se mer om self-cleaning i avsnitt 4.3.

¹³² Prop. 2006/07:128 s. 237.

¹³³ Ulfsson Forssell, A.: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 10 kap. 1 §*, Lexino 2013-07-01.

¹³⁴ Sundstrand 2013, s. 155.

¹³⁵ Falk 2014 s. 330.

¹³⁶ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 53f.

¹³⁷ Arrowsmith, S., Priess, H-J., Friton, P.: “Self-cleaning as a defense to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?”. I: *Public Procurement Law Review*, 2009, 6, s. 262f.

4 Fakultativ uteslutning av leverantörer

4.1 Leverantör får uteslutas enligt direktiv 2004/18/EG

En leverantör får uteslutas från en upphandling om denne agerat på vissa särskilda tvivelaktigt vis enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG. Det är sju olika uteslutningsgrunder som räknas upp i artikeln.¹³⁸ Uteslutningsgrunderna är fakultativa, vilket innebär att det inte finns någon skyldighet att utesluta en leverantör och det är upp till medlemsstaterna att bestämma villkoren för om uteslutning ska ske. Det är viktigt att principerna om icke-diskriminering, transparens och likabehandling beaktas av medlemsstaterna när de utformar bestämmelsen.¹³⁹ De aktuella uteslutningsgrunderna ur korruptionssynpunkt är: brott avseende yrkesutövningen¹⁴⁰ respektive allvarligt fel i yrkesutövningen. Dessa redogörs för nedan.

En leverantör som gjort sig skyldig till brott avseende yrkesutövningen ska bli utesluten från en upphandling. Vissa medlemsstater har vid sin implementering av bestämmelsen använt formuleringar som pekar på att det måste föreligga ett straffrättsligt brott, medan andra medlemsstater har versioner som kan betyda att även ett icke straffrättsligt brott kan innebära uteslutning om det blivit rättsligt prövat. I direktivet anges att leverantören ska ha dömts av ett beslut som har kraft som res judicata. Detta har likaså tolkats olika av medlemsstaterna. I vissa medlemsstater räcker det att en instans har avgett dom, medan andra medlemsstater kräver att domen vunnit lagakraft och inte längre kan bli föremål för överklagan. Enligt Trepte bör det räcka med att en behörig instans avgett dom för att uteslutning ska kunna ske. Domen ska således inte behöva ha vunnit laga kraft då dessa brott oftast är mycket allvarliga. En överklagandeprocess kan vara mycket långdragen och den upphandlande myndigheten skulle således ta en

¹³⁸ Dessa grunder ska utgöra en uttömmande uppräkningslista se de förenade målen La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M., C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 22; Se även Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 38; Uppräkningen är dock enbart uttömmande i avseende av den ekonomiska aktörens yrkeskvalifikationer se Forposta och ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punkt 39; Det bör enligt Arrowsmith vara möjligt att utesluta en leverantör för andra grunder än de som räknas upp i artikel 45 om det krävs för att principerna om öppenhet och lika behandling ska kunna säkerställas se Arrowsmith, S.: *The law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, London 2014, s. 1291.

¹³⁹ Trepte 2007, s. 343.

¹⁴⁰ I den svenska översättningen av direktiv 2004/18/EG används formuleringen ”brott mot yrkesetiken” men när bestämmelsen implementerades i LOU användes istället formuleringen ”brott avseende yrkesutövningen”. Denna förändring diskuteras inte i förarbetena till LOU och enligt Sundstrand, se Sundstrand JT 1/2014/15, s. 120 fotnot 59, bör skillnaden enbart vara språklig.

avsevärd risk om leverantören skulle få delta och kanske tilldelas kontraktet i väntan på om leverantören blir frikänd eller ej.¹⁴¹ Enligt svensk implementering krävs en lagakraftvunnen dom, se avsnitt 4.2.

Ytterligare en uteslutningsgrund är om en leverantör som gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning. Denna uteslutningsgrund har många likheter med brott avseende yrkesutövningen, som även kan sorteras in under allvarligt fel i yrkesutövningen. Allvarligt fel i yrkesutövningen kan användas som uteslutningsgrund om leverantören begått brott avseende yrkesutövningen men det ännu inte finns någon dom, samt i de medlemsstater där det krävs en lagakraftvunnen dom. Flera ageranden kan sorteras in under allvarligt fel i yrkesutövningen, då överträdelser av exempelvis regler utfärdade av yrkesorganisationer kan vara sådant som inte kan föranleda en rättslig dom, men som likväl bör anses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. För att en leverantör ska bli utesluten på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen krävs det att den upphandlande myndigheten kan styrka detta. Det är upp till medlemsstaterna att bestämma vilken sorts bevis som är tillräcklig för bedömningen.¹⁴²

Den upphandlande myndigheten måste på förhand informera leverantörerna i annonsen, förfrågningsunderlaget eller liknande, om att de fakultativa uteslutningsgrunderna kommer att tillämpas och att en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund kommer att uteslutas.¹⁴³

4.2 Leverantör får uteslutas enligt LOU

2 § En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

[...]

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,

[...]

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Myndigheten får, utom i de fall som avses i 4 §, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Det finns möjlighet för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör från en upphandling om någon av de situationer som räknas upp i

¹⁴¹ Trepte 2007, s. 344f.

¹⁴² Trepte 2007, s. 345f.

¹⁴³ Se skäl 40 i direktiv 2004/18/EG; Se även Trepte 2007, s. 340 not 82; Falk 2014, s. 332; Detta krav finns inte för de obligatoriska uteslutningsgrunderna enligt Konkurrensverket se Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 42 men enligt Trepte bör det krävas en generell referens för de obligatoriska grunderna se Trepte 2007, s. 340 not 82.

10 kap. 2 § första stycket LOU är för handen.¹⁴⁴ Se utdraget ur lagtexten ovan. EU-domstolen har uttalat att bestämmelsen inte ska ha en enhetlig reglering genom EU – det är upp till medlemsstaterna själva att avgöra om bestämmelsen ska tolkas strikt, genom att utesluta leverantörerna, eller ha en mer tänjbar reglering och låta så många leverantörer som möjligt delta i upphandlingen.¹⁴⁵ Detta konstateras även i RÅ 2010 ref. 79 där det framkommer att en skillnad på omständigheterna i 10 kap. 1 § och 10 kap. 2 § LOU är att de brott som upptas i 1 § anses ha betydelse på ett europeiskt plan ur ett europeiskt perspektiv. Tillämpningen av 1 § ska därför ske mer strikt, medan omständigheterna i 2 § inte anses ha samma internationella betydelse och därför lämnas ett större spelrum till medlemsstaterna att bestämma hur 2 § ska regleras.¹⁴⁶

Den upphandlande myndigheten kan således bestämma om uteslutning ska ske eller ej, men myndighetens agerande måste vara konsekvent så att det inte strider mot likabehandlingsprincipen. Om uteslutning sker av en leverantör på grund av ett brott eller fel, måste alla leverantörer som begått samma brott eller fel uteslutas. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns skäl för uteslutning.¹⁴⁷ Utav de fakultativa uteslutningsgrunderna är det enbart två av dessa som kommer redogöras för i den fortsatta framställningen, då det är de som är av störst intresse ur korruptionssynpunkt: leverantören är dömd för brott avseende yrkesutövningen och allvarligt fel i yrkesutövningen. Dessa beskrivs under avsnitt 4.2.4 och 4.2.5, först ska några gemensamma skärningspunkter redogöras för.

4.2.1 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen¹⁴⁸ ska genomsyra alla upphandlingar och vid uteslutning är det av särskilt vikt att denne iakttas, då uteslutning i många fall får betydande konsekvenser för leverantören.¹⁴⁹ En proportionalitetsbedömning ska göras för alla uteslutningsgrunder och bedömningen ska göras i varje enskilt fall med hänsyn till de omständigheter som föreligger. En avvägning ska göras med beaktande av brottets svårighetsgrad och den tid som har förflutit sedan brottet eller felet begåtts.¹⁵⁰ Särskilt fokus läggs på tidsaspekten, se de nedan illustrationsgivande avgörandena.

¹⁴⁴ Gällande B-tjänster föreligger samma reglering men återfinns i 15 kap. 13 § andra stycket LOU.

¹⁴⁵ Se de förenade målen La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M., EU:C:2006:94, punkt 23.

¹⁴⁶ Se RÅ 2010 ref. 79.

¹⁴⁷ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 2 § under rubriken Inledning.

¹⁴⁸ Vilken finns uttryckt ibland annat 1 kap. 9 § LOU.

¹⁴⁹ RÅ 2010 ref. 79.

¹⁵⁰ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 2 § under rubriken Det allvarliga felet samt under rubriken Punkt 3.

I RÅ 2010 ref. 79, som redogjorts för under 3.2.2.1, hade en leverantör fått sitt anbud förkastat efter att en företrädare för bolaget bedömdes ha begått brott avseende yrkesutövningen. Tidpunkten för det senast begångna brottet var cirka fem år från dess att anbudstiden gick ut. Högsta förvaltningsdomstolen bedömde att det inte skulle strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören "[...] med hänsyn till brottens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och till den tid som förflutit sedan brotten begicks [...]". Detta är det enda avgörandet från Högsta förvaltningsdomstolen som finns rörande proportionalitetsprincipens tillämpning vid uteslutning av leverantörer i offentlig upphandling. Däremot finns viss praxis från kammarrätten.

I ett avgörande från kammarrätten hade det gått cirka tre år från dess att överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete skett till dess att uteslutningsbeslutet fattades. Överträdelserna ansågs utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen och med hänsyn till felets svårighetsgrad och den korta tid som förflutit ansåg domstolen att det inte stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören.¹⁵¹ När en längre tid förflutit har utfallet blivit ett annat. I ett avgörande hade en företrädare för ett av de vinnande anbuden i en upphandling dömts för bestickning. Domstolen konstaterade att även om bestickning är ett relativt allvarligt brott som under vissa omständigheter kan bedömas som ett artbrott så vore det oproportionerligt att utesluta leverantören med beaktande av den tid som förflutit.¹⁵² Brotten hade begåtts cirka nio år bak i tiden. I ett annat avgörande var slutsatsen densamma, det hade då gått åtta till tio år från dess att brotten begicks till tidpunkten för uteslutningsbeslutet, leverantören ansågs inte kunna uteslutas med stöd av proportionalitetsprincipen.¹⁵³

Det finns ingen vidare vägledning i praxis rörande proportionalitetsprincipens betydelse för när en leverantör med stöd av principen inte längre ska uteslutas. Problemet har uppmärksammats runt om i Europa och det nya upphandlingsdirektivet, se avsnitt 5, försöker råda bot på denna osäkerhet.¹⁵⁴ Från den praxis som finns redovisat enligt ovan kan slutsatsen dras att det inte är oproportionerligt att utesluta en leverantör när brottet begåtts för fem år sedan eller tidigare. Det är dock oproportionerligt om det har gått runt åtta till tio år enligt de två kammarrättsavgörandena. Huruvida det är proportionerligt eller ej att utesluta en leverantör om brottet begåtts i spannet mellan fem till åtta år är ännu oklart.¹⁵⁵ Det är även till viss del oklart vilken sluttidpunkt som är aktuell, vilket illustreras av att Högsta förvaltningsdomstolen och det ena redovisade kammarrättsavgörandet använder olika sluttidpunkter: anbudsgivningen respektive när uteslutningsbeslutet fattats.

¹⁵¹ Kammarrätten i Stockholm mål nr 3725-13. Se även Kammarrätten i Stockholm mål nr 3727-13 och mål nr 4081-13 för liknande tidsresonemang.

¹⁵² Kammarrätten i Stockholm mål nr 3767-09.

¹⁵³ Kammarrätten i Stockholm mål nr 7153-12.

¹⁵⁴ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 122f.

¹⁵⁵ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 2 § under rubriken Punkt 3.

4.2.2 Företrädare

Enligt 10 kap. 2 § andra stycket LOU får en företrädare för en leverantör som begått de brott eller fel som räknas upp i punkterna tre och fyra uteslutas. Bestämmelsen har samma innebörd som 10 kap. 1 § andra stycket LOU, vilket har fastslagits i RÅ 2010 ref. 79 samt i förarbetena till LOU.¹⁵⁶ Därför hänvisas till redogörelsen om företrädare i avsnitt 3.2.2.

4.2.3 Leverantören ska få visa att uteslutningsgrund inte föreligger

Den upphandlande myndigheten får begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § tredje stycket LOU, likt vid de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Detta gäller för alla de uppräknade punkterna i 10 kap. 2 § första stycket LOU förutom punkten 4, allvarligt fel i yrkesutövningen. Möjligheten som ges i LOU för leverantörerna att visa att uteslutningsgrund inte föreligger för de fakultativa uteslutningsgrunderna har enligt förarbetena ingen motsvarighet i direktiv 2004/18/EG. Denna möjlighet är hämtad från den förgående regleringen som fanns i 1 kap. 17 § ÅLOU. I förarbetena till LOU sägs dock att visst stöd kan hämtas från direktivet, för att låta en leverantör visa att en uteslutningsgrund inte är tillämplig på dem, genom artikel 45.2 andra stycket och artikel 45.3. Denna slutsats dras mot bakgrund av att artikel 45.3 föreskriver vilka bevis den upphandlande myndigheten ska godta från en leverantör och en förutsättning för att denna situation ska uppstå är att bevisen faktiskt kan efterfrågas.¹⁵⁷ Sundstrand har samma förhållningssätt och anser att det indirekt går att utläsa av artikel 45.3 att leverantörerna ska få förebringa vissa dokument och genom detta undgå uteslutning. Vidare så följer det av allmänna rättsprinciper att en leverantör ska få ge sin syn på saken då summariska uteslutningar inte är önskvärda i offentliga upphandlingar.¹⁵⁸

Det framgår inte i förarbetena varför bevis om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, inte kan efterfrågas. Det är enligt Sundstrand möjligt att beviskravet i bestämmelsen utesluter möjligheten för leverantören att förebringa bevisning om att uteslutningsgrund inte föreligger. Det är den upphandlande myndigheten som har att styrka att leverantören begått fel i yrkesutövningen. Det kvarstår dock vissa oklarheter till varför denna särreglering har gjorts och en viss osäkerhet råder rörande dess faktiska betydelse.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Prop. 2006/07:128 s. 389; Se även SOU 2014:51 s. 189.

¹⁵⁷ Prop. 2006/07:128 s. 389.

¹⁵⁸ Se den praxis som nämnts ovan i avsnitt 3.2.4.

¹⁵⁹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 120f.

4.2.4 Brott avseende yrkesutövningen

En leverantör, eller dess företrädare, som har en lagakraftvunnen dom mot sig för brott avseende yrkesutövningen kan uteslutas från upphandlingen.¹⁶⁰ Av skäl 43 i direktiv 2004/18/EG framgår att överträdelser av miljölagstiftning, konkurrensbegränsande samarbeten och bristande efterlevnad av likabehandling i arbetslivet¹⁶¹ är exempel på beteenden som kan utgöra brott avseende yrkesutövningen. Vad som ligger i begreppet ”yrkesutövning” varierar beroende på vilken typ av verksamhet som leverantören bedriver.¹⁶² Innan uteslutning sker ska en proportionalitetsbedömning göras. För denna bedömning, se ovan avsnitt 4.2.1.

RÅ 2010 ref. 79 ger ett exempel på när brott avseende yrkesutövningen föreligger. Företrädaren för leverantören hade begått brotten: bokföringsbrott, grovt skattebrott, försvårande av skattekontroll, brukande av falsk urkund, bestickning samt vållande till miljöstörning. Dessa brott kunde härledas till företrädaren och således till leverantörens yrkesutövning.¹⁶³ Det saknas utöver detta rättsfall exempel från praxis på vad som utgör brott avseende yrkesutövningen. Enligt Sundstrand bör följande korrupsionsbrott utgöra brott mot yrkesutövningen: givande och tagande av muta, handel med inflytande, vårdslös finansiering av mutbrott samt jävsbrott.¹⁶⁴

4.2.5 Allvarligt fel i yrkesutövningen

En leverantör eller dess företrädare får uteslutas från en upphandling till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁶⁵ En skillnad gentemot övriga uteslutningsgrunder är att det i lagtexten uttryckligen föreskrivs att det krävs att den upphandlande myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel. Vad som faller in under begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” är ett flertal olika ageranden; Det kan vara brott som leverantören gjort sig skyldig till, men även sådant som överträdelser av etiska regler.¹⁶⁶ Grundar sig uteslutningen på ett brott krävs det inte att domen vunnit lagkraft.¹⁶⁷

¹⁶⁰ 10 kap. 2 § andra stycket 3 LOU.

¹⁶¹ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling och rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, är de rättsakter som hänvisas till i skäl 43.

¹⁶² Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 2 § under rubriken Punkt 3.

¹⁶³ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 123.

¹⁶⁴ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 124.

¹⁶⁵ 10 kap. 2 § andra stycket 4 LOU.

¹⁶⁶ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 124.

¹⁶⁷ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6, s. 47.

Två förutsättningar måste vara uppfyllda för att leverantören ska bli utesluten på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen: felet måste ha begåtts i yrkesutövningen och det måste vara tillräckligt allvarligt. Det finns viss vägledning i direktiv 2004/18/EG och i förarbetena till LOU rörande vad allvarligt fel i yrkesutövningen kan utgöra. Enligt skäl 34 i direktivet utgörs ett sådant fel av: överträdelse av lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd som är tillämpliga vid fullgörande av offentligt kontrakt, på både nationell och gemenskapsrättslig nivå samt överträdelse av de minimivillkor som finns rörande utstationerade arbetstagare enligt utstationeringsdirektivet¹⁶⁸. Även de situationer som räknas upp i skäl 43 i direktivet som gäller för brott avseende yrkesutövningen, kan tillämpas på uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen om det ännu inte finns en lagakraftvunnen dom eller ett beslut med en likvärdig effekt som en lagakraftvunnen dom.¹⁶⁹ I förarbetena till LOU tas konkurrensbegränsande samarbete upp som ytterligare en situation som kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁷⁰ Enligt Sundstrand bör, precis som vid brott mot yrkesutövningen, vissa korruptionsbrott omfattas av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen: givande och tagande av muta, handel med inflytande, vårdslös finansiering av mutbrott samt jävsbrott.¹⁷¹

Enligt en rapport från Konkurrensverket vållar allvarligt fel i yrkesutövningen störst problem i den praktiska tillämpningen av uteslutningsgrunderna. I rapporten ges därför olika exempel på vilket beteende som, enligt Konkurrensverket, bör utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen: överträdelse av lagar som leverantören måste följa för att kunna bedriva sin verksamhet, såsom bokföringslagen (1999:1078), om överträdelse har skett av en speciallagstiftning som den specifika leverantören omfattas av exempelvis hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), tidigare avtalsbrott om den upphandlande myndigheten har reklamerat och vidtagit åtgärder för, även tidigare avtalsbrott där den upphandlande myndigheten inte var avtalspart, deltagande i en kartell, överträdelse av arbetsmiljöregler, anställningsavtal, kollektivavtal, utstationeringslagen (1999:678) och i vissa fall överträdelse av diskrimineringslagen (2008:567).¹⁷²

4.2.6 Praxis rörande uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen

I praxis finns enbart ett fåtal avgörande från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen som rör uteslutningsgrunden allvarligt fel i

¹⁶⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹⁶⁹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 123.

¹⁷⁰ Prop. 2006/07:128 s. 390.

¹⁷¹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 125.

¹⁷² Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 47ff.

yrkesutövningen. Avgörandena behandlar dessvärre inte heller specifikt frågor om korruption.¹⁷³

EU-domstolen fastslår i målet ”Forposta”¹⁷⁴ att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen kan preciseras och förtydligas i den nationella rätten, men att hänsyn måste tas till unionsrätten.¹⁷⁵ EU-domstolen kommer fram till att: ”begreppet ’allvarligt fel i yrkesutövningen’, omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör.”. En leverantör som inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan göra sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Begreppet ska dock förstås så, att det syftar på ett agerande från leverantörens sida som ska tyda på en felaktig avsikt eller viss vårdslöshet. Bristande yrkeskompetens hos leverantören som medför att ett kontrakt genomförs felaktigt, bristfälligt eller ungefärligt innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel begåtts.¹⁷⁶

Det krävs att den upphandlande myndigheten gör en konkret och individuell bedömning av leverantörens inställning i varje enskilt fall. Enligt EU-domstolen krävs inte en lagakraftvunnen dom för att en leverantör ska uteslutas på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁷⁷

4.2.6.1 Effektiv Måleri i Mölndal AB ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB

Högsta förvaltningsdomstolen behandlar i målet HFD 2013 ref. 61 frågan om allvarligt fel i yrkesutövning och de beviskrav som gäller. Målet rör en upphandling i Göteborg där en leverantör uteslöts på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Det fel som tillskrevs leverantören var att denne deltagit i förfaranden med osanna fakturor. Som bevis för detta hade den upphandlande myndigheten ett omprövningsbeslut från Skatteverket som fastställts av förvaltningsrätten. Förvaltningsrättens dom hade inte vunnit laga kraft när leverantören uteslöts från upphandlingen. När kammarrätten senare tog ställning i frågan upphävdes förvaltningsrättens dom och Skatteverkets överprövningsbeslut.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade först mot bakgrund av den ovan redovisade Forposta domen – att allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande leverantörens trovärdighet i professionellt avseende. Leverantörens agerande i detta fall – att delta i förfaranden med osanna fakturor i syfte för att bland annat betala ut lön till svart arbetskraft utgörs av ett agerande som faller in under allvarligt fel i yrkesutövningen. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att den upphandlande myndigheten ska visa respektive styrka att

¹⁷³ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 124.

¹⁷⁴ Forposta och ABC Direct Contact, EU:C:2012:801.

¹⁷⁵ Forposta och ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punkt 26.

¹⁷⁶ Forposta och ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punkt 27-31.

¹⁷⁷ Forposta och ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punkt 28 och punkt 31.

leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt LOU och direktivet. Det framgår även att bevisbördan ligger på den upphandlande myndigheten. Domstolen anser att då LOU inte ger någon närmare anvisning rörande beviskrav och bevismedel så ska vägledning hämtas från förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, och allmänna förvaltningsrättsliga principer. Beviskravet varierar i FPL beroende på saken och bevisföringen är fri. Med beaktande av omständigheterna som rättssäkerhet, att offentlig upphandling ej innebär myndighetsutövning samt det affärsekonomiska intresse myndigheten har av att sluta avtal med seriösa leverantörer bör beviskravet, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, vara ”sannolikt”. I det aktuella fallet hade myndigheten vid tiden för uteslutningen baserat sitt beslut på ett omprövningsbeslut från Skatteverket som fastställdes i förvaltningsrätten. Detta ansåg Högsta förvaltningsdomstolen vara tillräckligt för att den upphandlande myndigheten ska ha uppfyllt sin bevisbörda, att göra sannolikt att allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg. Domstolen konstaterar vidare att det inte krävs en lagakraftvunnen dom för att utesluta en leverantör till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket fastslås av EU-domstolen i Forposta. Den upphandlande myndigheten var således korrekt i sitt agerande att basera uteslutningen på en dom från förvaltningsrätten, även om denna senare upphävdes.

4.2.6.2 Kritik mot Högsta förvaltningsdomstolens dom

Sundstrand har riktat en del kritik mot Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2013 ref. 61.¹⁷⁸ Kritiken riktar in sig på tre huvudsakliga punkter: att domen som uteslutningen grundades på inte hade vunnit lagakraft utan var föremål för överprövning, beviskravet ”sannolikt” samt tidpunkten för när bedömningen ska ske om allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger.

I HFD 2013 ref. 61 uteslöts leverantören trots att den dom som låg till grund för uteslutningen hade överklagats och sedan upphävts när Högsta förvaltningsdomstolen tog ställning i frågan. Sundstrand anser att EU-domstolen i ett avgörande¹⁷⁹ har dömt ut detta förhållande, att en leverantör utesluts på grund av ett påstått fel som är föremål för domstolsprövning och som slutligen inte avgjorts. En överklagan eller ett omprövningsbeslut som lämnats in till korrekt myndighet måste beaktas vid en offentlig upphandling för att leverantörens grundläggande rättigheter rörande domstolsskydd ska kunna säkerställas. Enligt Sundstrand är således en upphandlande myndighet skyldig, till dess att ett slutligt beslut meddelats, betrakta att leverantören i fråga uppfyller de krav som krävs för att delta i upphandlingen. Men för detta krävs det av leverantören att denne lämnat in

¹⁷⁸ Både i en artikel i Juridisk tidskrift se Sundstrand JT 1/2014/15 s. 105-128 och i Sundstrands egen tidskrift, Upphandlingsrättslig tidskrift se Sundstrand, A.: En granskning av svensk jurisprudence – HFD 2013 ref. 61, I: *Upphandlingsrättslig tidskrift*, 2015 nr 1 s. 110-115.

¹⁷⁹ Se de förenade målen La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M., EU:C:2006:94, punkt 38 och 39.

begäran om överprövning eller ett överklagande inom den frist, vanligtvis sista datumet för att inkomma med anbud, som angetts i den aktuella upphandlingen.¹⁸⁰

Sundstrand riktar vidare skarp kritik mot beviskravet ”sannolikt” som Högsta förvaltningsdomstolen kommer fram till. Sundstrand anser att då LOU bygger på unionsrätten och unionsrättsliga principer har dessa enligt praxis företrädare framför nationella principer. Högsta förvaltningsdomstolen bör därför ha tagit ledning av unionsrätten och de unionsrättsliga principerna istället för FPL och allmänna förvaltningsrättsliga principer. Vidare anges det i LOU att den upphandlande myndigheten ska *visa* att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och i direktivet används ordet *styrka*. Att Högsta förvaltningsdomstolen inte tolkar orden *visa* eller *styrka* som beviskrav anser Sundstrand vara mycket märkligt. Sundstrand anmärker även på den avvägning som Högsta förvaltningsdomstolen gör mellan parternas intressen. Den upphandlande myndighetens intresse bör inte, enligt Sundstrand, väga tyngst då upphandlingsdirektiven är ett minimidirektiv vilket är en skyddslagstiftning för leverantörerna. Det går således inte att införa strängare regler för leverantörerna. Beviskravet enligt lagtexten och direktivtexten bör enligt Sundstrand vara någorlunda högt ställt och beviskravet göra sannolikt är ett mycket lågt beviskrav som innebär en bevislättning för myndigheten och en försvagning för leverantörerna då uteslutning lättare kan göras av myndigheterna.¹⁸¹

Högsta förvaltningsdomstolen tar, enligt Sundstrand, inte heller hänsyn till den tidpunkt som enligt EU-domstolen är avgörande för när bedömningen av om allvarligt fel i yrkesutövningen begåtts ska ske. EU-domstolen bedömde att frågan ska avgöras enligt nationell rätt men exempelvis vid tidpunkten för den anbudsfrist som ställts upp i den aktuella upphandlingen.¹⁸² Högsta förvaltningsdomstolen kom fram till den aktuella tidpunkten, är den när beslutet om uteslutning meddelats. Sundstrand anser att varken i detta avseende eller de ovan kommenterade verkar Högsta förvaltningsdomstolen ha tagit hänsyn till EU-domstolens avgörande i de förenade målen *La Casina m.fl.* och *Consorzio G.f.M.*, EU:C:2006:94.¹⁸³

4.2.6.3 Underrätternas bedömning av ”allvarligt fel i

¹⁸⁰ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 125f; Sundstrand verkar inte beakta Forposta avgörandet i denna del som anger att domen inte behöver ha vunnit lagakraft. Detta förhållande, att domen inte behöver ha vunnit lagakraft har även påtalats i doktrin och framgår indirekt av lagtext.

¹⁸¹ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 126f. Sundstrand UrT 2015 1, s. 113f.

¹⁸² *La Casina m.fl.* och *Consorzio G.f.M.*, EU:C:2006:94, punkt 31.

¹⁸³ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 125ff; När det gäller tidpunkten har Sundstrand tolkat EU-domstolen som att anbudsfristen är den aktuella tidsfristen. Domstolen hänvisar dock i samma punkt som Sundstrand refererar till att tidpunkten får avgöras i nationell rätt och sedan ges exempel på tidpunkter. Även om den tidpunkt som Högsta förvaltningsdomstolen valde inte är en av de som exemplifieras av EU-domstolen så är det dock som EU-domstolen anger att tidpunkten ska avgöras i nationell rätt och exemplifieringen är just bara en exemplifiering. Författaren är därför oense med Sundstrands tolkning på denna punkt.

yrkesutövning”

Kammarrätten i Stockholm tar i några nyliga avgjorda avgöranden ledning från det beviskrav som Högsta förvaltningsdomstolen slagit fast i HFD 2013 ref. 61, den upphandlande myndigheten har endast behövt göra sannolikt att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger.¹⁸⁴ Nedan följer några olika exempel från underrätterna på vad kan och vad som inte kan utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen.

I ett avgörande hade en leverantör för operatörstjänster lämnat oriktiga fakturor och misskött sina åtaganden mot kommunen. De oriktiga fakturorna, vilka utgjorde 4 % av det totala antalet fakturorna, utgjorde överdebitering. Misskötseln bestod av driftstörningar och driftsbrott, vilka bedömdes som mycket allvarligt då det var av särskild vikt att servicen fungerade i kommunens verksamheter, särskilt inom hemtjänsten och sjukvårdsupplysningen. Vidare hade denna misskötsel påtalats ett flertal gånger av kommunen utan att leverantören agerat på ett tillfredställande sätt. Leverantörens överksamhet att agera samt att de störningar som förekom utgjorde risk för liv och hälsa, innebar att allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg hos leverantören och denne kunde uteslutas från den nya upphandlingen.¹⁸⁵

En leverantör kan uteslutas om denne åberopar andra leverantörers kapacitet i sitt anbud och dessa gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen. Ett avgörande som exemplifierar detta är då en leverantör åberopade, för att visa sin ekonomiska kapacitet, en garanti från ett systerbolag. Systerbolaget hade dock dessförinnan förfarit med osanna fakturor. Kammarrätten ansåg att systerbolaget gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten hade därför fog för att utesluta leverantören ur upphandlingen.¹⁸⁶

Överdebiteringar hänför sig till ett agerande som ofta kan sorteras in under allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta illustreras av två fall från kammarrätten. I det första avgörandet hade leverantören i det tidigare avtalsförhållandet med den upphandlande myndigheten gjort omfattande överdebiteringar. Detta lyckades den upphandlande myndigheten göra sannolikt genom stickprovskontroller utförda av en tredje part. Domstolen uttalade att omfattande och upprepande överdebiteringar är ett i grunden felaktigt agerande som inverkar på leverantörens professionella trovärdighet och konstituerar ett allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁸⁷ I det andra avgörandet hade en leverantör redovisat körsträckor som betydligt överskred de verkliga. En leverantör som överdriver sin arbetsinsats och sedermera gör en överdebitering utgör enligt kammarrätten att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholm mål nr 3727-13 och mål nr 4081-13.

¹⁸⁵ Kammarrätten i Göteborg mål nr 7072-13.

¹⁸⁶ Kammarrätten i Stockholm mål nr 4809-11.

¹⁸⁷ Kammarrätten i Jönköping mål nr 982-13.

¹⁸⁸ Kammarrätten i Jönköping mål nr 4211-08.

I ett annat avgörande från kammarrätten gällde frågan om en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen på grund av att matavfall blivit felaktigt tömt. Felen pågick under längre tid, 156 veckor, och fick därför enligt domstolen anses så omfattande och avtalsstridiga att fel i yrkesutövningen förelåg. Leverantören körde även med överlast, vilket också ansågs utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare agerade leverantören på ytterligare vis som inte i sig kunde kvalificeras som allvarligt fel i yrkesutövningen, men som bidrog till att påverka leverantörens professionella trovärdighet. Sammantaget var det korrekt att utesluta leverantören på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁸⁹

Avtalsbrott kan utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen. Ett exempel på detta är ett avgörande där leverantören hade haft ett entreprenadkontrakt med den upphandlande myndigheten och leverantören hade inte vidtagit de åtgärder som krävdes för att fullgöra kontraktet. Domstolen beaktade antalet anmärkningar, tiden som förflutit sedan entreprenaden skulle ha varit slutförd samt att den upphandlande myndigheten hävt delar av avtalet och varit tvungen att anlita en annan leverantör för att få entreprenaden färdigställd. På grund av dessa uppenbara avtalsbrott hade den upphandlande myndigheten fog att utesluta leverantören.¹⁹⁰ I ett annat avgörande fann domstolen att leverantörens tidigare avtalsbrott inte utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen. I det tidigare avtalsförhållandet tillhandahöll leverantören tolkar till myndigheten. Tolkar uteblev, kom fel och brast i sin yrkeskompetens vid ett flertal tillfällen, vilket enligt kammarrätten utgjorde ett icke obetydligt antal fel i yrkesutövningen. Huruvida felen skulle anses allvarliga eller ej fick avgöras med beaktande av verksamhetens karaktär och omfattning. Även det som förekommit efter det att felen begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås ska beaktas. Fel förekom i detta fall inte i större utsträckning, sett till verksamheten, och den upphandlande myndigheten hade efter felen konstaterats inte hävt avtalen utan istället fortsatt att förlänga samt efter avtalen löpt ut fortsatt att ge leverantören uppdrag. Leverantören hade vidare vidtagit vissa åtgärder för att minska framtida fel. Den upphandlande myndigheten hade inte grund för att utesluta leverantören.¹⁹¹

Det förelåg inte heller allvarligt fel i yrkesutövningen i ett avgörande där en leverantör blev utesluten från en upphandling av familjevård för vuxna. Det inträffade fyra allvarliga händelser i ett tidigare avtalsförhållande mellan leverantören och den upphandlande myndigheten. Händelserna kunde dock inte härledas till att leverantören eftersatt sin utredningsskyldighet eller att leverantören brustit i givna vårdriktiv. Vidare ansåg domstolen att vård av det slag som var aktuellt var förenad med komplikationer. Leverantören vidtog även erforderliga åtgärder när problemen aktualiserades. Allvarligt fel i yrkesutövningen skulle enligt kammarrätten tillämpas restriktivt och

¹⁸⁹ Kammarrätten i Jönköping mål nr 3484-12.

¹⁹⁰ Kammarrätten i Göteborg mål nr 2090-11.

¹⁹¹ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2022-12.

leverantören agerade kunde i detta fall inte vara tillräckligt allvarligt för att utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁹²

Vidare kan bokföringsbrott¹⁹³, konkurrensbegränsande samarbete¹⁹⁴, bedrägeri och trolöshet mot huvudman¹⁹⁵ utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det krävs att felet är relevant för den aktuella upphandlingen. Det ligger på den upphandlande myndigheten att visa att de fel som begåtts skett i yrkesutövningen. Detta illustreras av ett fall där en företrädare för en leverantör gjort sig skyldig till olovlig körning. Företrädaren uteslöts från en upphandling rörande transporter av avlidna mot bakgrund av den olovliga körningen. Domstolen ansåg inte att det fanns skäl att utesluta leverantören då den upphandlande myndigheten inte kunde visa att den olovliga körningen skett i yrkesutövningen.¹⁹⁶

4.3 Self-cleaning

”Self-cleaning” innebär att en leverantör vidtar en rad åtgärder för att förhindra att tidigare brott eller allvarliga fel upprepas.¹⁹⁷ Genom dessa åtgärder visar leverantören för den upphandlande myndigheten att tidigare oegentligheter inte påverkar leverantörens nuvarande verksamhet och att dessa inte kommer att upprepas. Self-cleaning har blivit mer uppmärksammat på senare tid i Sverige,¹⁹⁸ och det är ett etablerat rättsligt koncept i vissa länder i Europa, exempelvis Tyskland och Österrike, men inte i länder som Frankrike eller Grekland.¹⁹⁹ I Sverige har Konkurrensverket i en rapport uttryckt att om leverantören vidtagit åtgärder för att rätta till sitt brott eller fel så ska detta vägas in i proportionalitetsbedömningen.²⁰⁰ Även i en statlig utredning framkommer önskemål om vägledning och reglering för self-cleaning.²⁰¹

Arrowsmith m.fl. hävdar att åtgärder för self-cleaning måste tas i beaktning vid både de fakultativa och de obligatoriska uteslutningsgrunderna²⁰² – vilket följer av de fundamentala principerna inom unionsrätten.²⁰³

¹⁹² Kammarrätten i Göteborg mål nr 4442-09.

¹⁹³ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 12831-11.

¹⁹⁴ Kammarrätten i Stockholm mål nr 3727-13, mål nr 3725-13 och mål nr 4081-13.

¹⁹⁵ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 3500-13.

¹⁹⁶ Kammarrätten i Stockholm mål nr 3117-05.

¹⁹⁷ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 53.

¹⁹⁸ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 2 § under rubriken Tredje stycket.

¹⁹⁹ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 258.

²⁰⁰ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 53f.

²⁰¹ SOU 2011:73 s. 59.

²⁰² Sundstrand är av åsikten att self-cleaning enbart är möjligt för de fakultativa uteslutningsgrunderna och således inte för de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Se Sundstrand 2012, s. 233.

²⁰³ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 258f.

Uteslutning från en upphandling innebär ett hinder för den fria rörligheten och därmed de grundläggande fyra friheterna²⁰⁴ som EU bygger på. De fyra friheterna i kombination med principerna om proportionalitet, lika behandling och icke-diskriminering kan innebära att en leverantör som vidtagit åtgärder för self-cleaning ska få delta i upphandlingen.²⁰⁵ När det gäller likabehandlingsprincipen menar Arrowsmith m.fl. att en leverantör som vidtagit åtgärder för self-cleaning inte ska behandlas på lika sätt som en leverantör som inte vidtagit åtgärder. Om båda dessa leverantörer utesluts på samma grund innebär detta ett brott mot likabehandlingsprincipen då olika situationer behandlas lika.²⁰⁶

Vilka åtgärder som krävs för att en leverantör ska återfå sin status som potentiell anbudsgivare går inte att säga allmänt då det beror på omständigheterna i det särskilda fallet, bland annat vilket brott eller fel som begåtts och svårighetsgraden av det som skett. Generellt kan dock sägas att de åtgärder som leverantören bör vidta är att klargöra relevanta fakta och omständigheter i det specifika fallet genom att arbeta med berörda myndigheter, ersätta de eventuella skador som uppkommit samt vidta personal-, strukturella- och organisatoriska åtgärder. Dessa åtgärder framkommer av tysk rättspraxis.²⁰⁷ Arrowsmith m.fl. anser att self-cleaning fungerar som en positiv förstärkning mot att bekämpa de brott som konstituerar uteslutning. Genom att leverantören vidtar de åtgärder som krävs, elimineras en viss risk att leverantören faller tillbaka i samma brottslighet.²⁰⁸

Arrowsmith m.fl. anser således att medlemsstaterna får tillåta en leverantör att delta i upphandlingen och egentligen inte bara får utan ska låta leverantören delta om self-cleaning åtgärder vidtagits – detta mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. Det vore således, enligt Arrowsmith m.fl. inte längre tillåtet att utesluta den leverantör som vidtagit self-cleaning åtgärder.²⁰⁹ I det nya direktivet, 2014/24/EU, har regler om self-cleaning införts, se avsnitt 5.2.6 nedan.

4.4 Bevisning som den upphandlande myndigheten måste godta

Den upphandlande myndigheten måste godta vissa bevis som tillräckliga för att en leverantör inte befinner sig i en situation som ska eller får föranleda uteslutning. Detta stadgas i 10 kap. 3 § LOU som motsvarar artikel 45.3 i

²⁰⁴ De fyra friheterna är; fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital och är fundamentala inom unionsrätten. Se Bernitz, U. m.fl.: *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 2012 s. 59.

²⁰⁵ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, 264ff och 279f.

²⁰⁶ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 279ff.

²⁰⁷ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 259ff.

²⁰⁸ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 277ff.

²⁰⁹ Arrowsmith, Priess, Friton, P.P.L.R., 2009, 6, s. 278.

direktiv 2004/18/EG.²¹⁰ De handlingar som ska godtas som tillräckliga bevis är utdrag ur kriminalregistret eller en likvärdig handling och, om detta inte är möjligt, en försäkran under ed. Är en eds försäkran inte heller möjlig ska det ske en högtidlig försäkran inför en behörig myndighet.²¹¹

Ett utdrag ur kriminalregistret i Sverige tjänar således som ett fullgott bevis för att leverantören inte har agerat på ett sådant vis att uteslutning är aktuellt. En leverantör som lämnar in ett utdrag ur kriminalregistret anses ha fullgjort sin bevisbörda och riskerar inte att uteslutas, såtillvida att registret inte innehåller domar som hänför sig till brott eller ageranden som leder till uteslutning. Eftersom det föreligger en diskrepans, se avsnitt 3.2.1, mellan de nationella och internationella definitionerna av brottet muta som ska föranleda uteslutning enligt 10 kap. 1 § LOU, räcker det inte för den upphandlande myndigheten att utesluta en leverantör enbart med uppgifter från kriminalregistret. Det kan krävas att myndigheten tittar på den aktuella domen och jämför om brottet ifråga når upp till de krav som ställs enligt de internationella brottsbeskrivningarna.²¹²

Om leverantören är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES presumeras att leverantören inte har gjort sig skyldig till de brott som finns uppräknade i 10 kap. 1 § första stycket och 10 kap. 2 § första stycket LOU.²¹³ Registreringen är dock enbart en presumtion och kan brytas om det framkommer bevis som påvisar annat.²¹⁴

²¹⁰ Prop. 2006/07:128 s. 238.

²¹¹ Artikel 45.3 i direktiv 2004/18/EG och 10 kap. 3 § LOU. I den tidigare lagen, ÄLOU fanns en liknande reglering i 1 kap. 18 §.

²¹² Prop. 2006/07:128 s. 238f och 388.

²¹³ Prop. 2006/07:128 s. 390.

²¹⁴ Andersson Rosén, m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 3 § under rubriken Tredje stycket.

5 Kommande lagstiftning

5.1 Nytt direktiv från EU

Europeiska kommissionen antog den 3 mars 2010 en ny strategi, ”Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, vilken kallas 2020-strategin.²¹⁵ Strategin antogs mot bakgrund av den globala finanskrisen som kom till Europa runt år 2008. 2020-strategin innehåller tre kärnpunkter: tillväxten ska vara smart, hållbar och tillgänglig för alla. Offentlig upphandling togs upp som ett viktigt område för att uppnå de eftersträvade målen.²¹⁶ Inom upphandlingsområdet presenterades därefter en ”grönbok” rörande de EU-direktiven som fanns på området den 27 januari 2011, detta i ett led för att förverkliga 2020-strategin.²¹⁷ Grönboken låg till grund för de direktiv som presenterades den 20 december 2011.²¹⁸

Till följd av dessa ovan beskrivna åtgärder och förslag som kom från Europeiska kommissionen tillsatte regeringen den 27 september 2012 en särskild utredare. Utredningens uppdrag var att ge förslag på hur de nya unionsrättsligareglerna bäst skulle implementeras inom svensk rätt. Utredningens arbete utmynnade i en departementspromemoria, Ds 2014:25, och i ett delbetänkande av Genomförandeutredningen, SOU 2014:51. Då det nya direktivet i vissa delar var relativt oförändrade i jämförelse med tidigare direktiv fick Genomförandeutredningen i uppdrag att enbart utreda de delar som medförde ändringar i sak. Regeringskansliet fick ansvaret för att lämna ett förslag på genomförande utav övriga delar av direktivet och till följd av detta går det fullständiga lagförslaget att finna i promemorian. Utredningarna är således beroende av varandra och ska läsas tillsammans.²¹⁹ Reglerna om uteslutning innehöll ett antal förändringar och Genomförandeutredningen fick därför i uppdrag att undersöka dessa regler.²²⁰ I promemorian föreslås att dagens LOU upphävs och ersätts med en helt ny lag men med samma struktur.²²¹

Den 26 februari 2014 antogs direktiv 2014/24/EU, som kommer att ersätta direktiv 2004/18/EG. Medlemsstaterna ska senast den 18 april 2016 genomföra direktivets bestämmelser i sin nationella lagstiftning.²²²

²¹⁵ Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen – Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Bryssel den 3.3.2010, KOM2010 (2020) slutlig.

²¹⁶ Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen – Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Bryssel den 3.3.2010, KOM2010 (2020) slutlig, s. 5ff; Ds 2014:25 s. 283.

²¹⁷ Europeiska kommissionen, Grönbok – om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011, KOM(2011) 15 slutlig.

²¹⁸ Ds 2014:25 s. 284.

²¹⁹ Ds 2014:51 s. 279f; Kommittédirektiv 2012:96 s. 10f.

²²⁰ Kommittédirektiv 2012:96 s. 13.

²²¹ Ds 2014:51 s. 289.

²²² Se artikel 90 och 91 i direktiv 2014/24/EG.

Nedan kommer de nyheter och förändringar som direktivet kommer att medföra redogöras för, i den mån de är av relevans för uppsatsens ämne, genom tolkning av de svenska statliga utredningarna samt doktrin.

5.2 Uteslutning av leverantör

Bestämmelsen om uteslutning finns i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU och har samma systematiska uppbyggnad som sin föregångare, artikel 45 i direktiv 2004/18/EG. Genomförandeutredningen finner att direktivets bestämmelser om uteslutning av leverantörer enligt artikel 57 kan delas in i tre grupper: uteslutning på grund av brott (57.1), uteslutning på grund av obetalda skatter och avgifter (57.2.) samt uteslutning på grund av allvarliga brister i leverantörens verksamhet (57.4). Vissa gemensamma skärningspunkter finns för dessa tre grupper. Likt det förra direktivet finns det ingen skyldighet för en upphandlande myndighet att rutinemässigt kräva in material från leverantörerna för att undersöka om det föreligger någon grund för uteslutning. Finns det däremot misstankar om att grund för att utesluta en leverantör föreligger ska den upphandlande myndighet undersöka dessa och vidta de åtgärder som krävs enligt direktivet. Det är viktigt att bristerna hos leverantören sätts i sammanhang med den aktuella upphandlingen, vilket får göras genom en proportionalitetsavvägning.²²³

Proportionalitetsprincipen ges större utrymme i 2014 års direktiv jämfört med 2004 års direktiv. Proportionalitetsprincipen är en allmän rättsprincip inom unionsrätten och måste alltid tas i beaktning när legaliteten av en myndighets handlingar ska bedömas. I artikel 18 i direktiv 2014/24/EU nämns några essentiella principer för upphandling och proportionalitet är en av dessa. Proportionalitet omnämns vidare på en rad ställen i anslutning till uteslutningsreglerna. I artikel 57.3 andra stycket anges att proportionalitet särskilt ska iaktas gällande skatter och socialförsäkringsavgifter. I artikel 57.6 andra och tredje stycket talas inte om proportionalitet utan om self-cleaning, men self-cleaning är en underliggande proportionalitetsprincip. I skäl 101 anges särskilt att upphandlande myndigheter ska beakta proportionalitetsprincipen vid fakultativ uteslutning.²²⁴

En upphandlande myndighet kan närsomhelst under upphandlingsprocessen utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, oavsett vilken uteslutningsgrund som föreligger.²²⁵ Leverantören ska få bemöta den utredning som framkommit och ge sin syn på varför det framkomna inte har någon relevans för den aktuella upphandlingen. En leverantör som däremot inte har en godtagbar förklaring eller inte inkommer med någon förklaring, ska eller får den upphandlande myndigheten utesluta.²²⁶ Mot bakgrund av

²²³ SOU 2014:51 s. 194f.

²²⁴ Priess, H-J.: ”The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”. I: *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, s. 113.

²²⁵ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 113; Arrowsmith 2014, s. 723f.

²²⁶ SOU 2014:51 s. 195.

det handlingsutrymme som ges till medlemsstaterna enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU anser Genomförandeutredningen att det finns grund för att uttryckligen ange de ovan beskrivna förutsättningar i den svenska lagen, även om direktivet inte förskriver dessa ordagrant. Avvikelsen består i att den svenska bestämmelsen görs generell för alla uteslutningsgrunder. De olika uteslutningsgrundernas karaktär kommer dock fortfarande att beaktas vid en proportionalitetsbedömning och gör att handlingsutrymmet är mer begränsat vid de obligatoriska uteslutningsgrunderna i jämförelse med de fakultativa. En leverantör som blir utesluten från en upphandling ska underrättas om detta och få skäl till uteslutningen.²²⁷ I lagförslaget finns bestämmelsen införd i 13 kap. 7 §.²²⁸

Några av de förändringar som uteslutningsbestämmelserna genomgått är: införandet av self-cleaning, fasta tidsgränser för hur länge en leverantör kan bli utesluten, personkretsen rörande vem som kan anses som företrädare har blivit mer reglerat, nya grunder för både de fakultativa och obligatoriska uteslutningsgrunderna samt att en grund tagits bort gällande de fakultativa grunderna.²²⁹ Några av dessa förändringar ska redogöras för nedan.

5.2.1 Obligatorisk uteslutning

De obligatoriska uteslutningsgrunderna återfinns i artikel 57.1 i direktiv 2014/24/EU. Artikel 57.1 har samma uppbyggnad som artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG, det vill säga att en leverantör som begått de uppräknade brotten och har en lagakraftvunnen dom mot sig ska uteslutas. Katalogen med vilka brott som medför denna obligatoriska uteslutning har utökats med terroristbrott, barnarbete och människohandel. Ytterligare en obligatorisk uteslutningsgrund, som också är en nyhet med direktivet, finns i artikel 57.2 och är om skatter och socialförsäkringsavgifter inte betalats. Det krävs att en sådan betalningsskyldighet fastställts genom ett domstolsavgörande eller ett administrativt beslut som är slutligt och bindande. Är inte detta krav uppfyllt kan obetalda skatter och avgifter utgöra en fakultativ uteslutningsgrund, likt 2004 års direktiv.²³⁰ Ett kontrakt som tilldelats en leverantör som borde ha uteslutits, men den upphandlande myndigheten inte var medveten om att leverantören bort uteslutas, kan sägas upp i förtid enligt artikel 73 punkten b i 2014 års direktiv.²³¹

För de brott som räknas upp i artikel 57.1 krävs det enligt direktivets ordalydelse en lagakraftvunnen dom, vilket är samma ordval som används i 2004 års direktiv. Vad som utgör en lagakraftvunnen dom medförde redan under 2004 års direktiv vissa tolkningssvårigheter och dessa löses inte heller genom det nya direktivet.²³² En aspekt som saknar reglering i 2004 års

²²⁷ SOU 2014:51 s. 376f.

²²⁸ Ds 2014:25 s. 85.

²²⁹ Arrowsmith 2014, s. 206f.

²³⁰ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 115.

²³¹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 116.

²³² Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 113ff.

direktiv och som även det nya direktivet missar att reglera, är var den lagakraftvunna domen ska ha utfärdats. Medlemsstaterna tolkar detta olika då vissa stater enbart beaktar domar från länder inom EU, andra beaktar domar inom EU samt EES och några medlemsstater beaktar domar både inom och utanför EU. Dessa tolkningsskillnader mellan medlemsstaterna påverkar konkurrensen inom marknaden för offentlig upphandling på ett märkbart sätt och leder till ett inkonsekvent resultat.²³³

Genomförandeutredningen bedömer att den nuvarande 10 kap. 1 § LOU ska tjäna som förebild när artikel 57.1 genomförs i svensk rätt. Hänvisningar till vilka brott som är så pass allvarliga att de leder till obligatorisk uteslutning görs genom att de relevanta EU-rättsakterna anges. Denna metod används i den nu gällande lagen och även om det finns viss problematik med denna metod anser Genomförandeutredningen att den ska behållas.²³⁴

Muta kvarstår i det nya direktivet som obligatorisk uteslutningsgrund och bestämmelsen har samma lydelse som i 2004 års direktiv, med samma hänvisning till internationella rättsakter. En viktig tillkomst är dock att muta nu även kan definieras utifrån den nationella lagstiftningen som är tillämplig på en upphandlande myndighet eller leverantör enligt artikel 57.1 första stycket b i direktiv 2014/24/EU.²³⁵ Genomförandeutredningen gör en viss jämförelse med den internationella definitionen av korrruption enligt korrptionskonventionen och rådets rambeslut samt med vår nationella definition. Genomförandeutredningen väljer dock att avvakta med att analysera om den svenska lagstiftningen har en vidare definition än de internationella rättsakterna. I utredningen görs istället en analys av vad hänvisningen i direktivet ”korrruption enligt definition i nationell lagstiftning” innebär. Det konstateras i utredningen att bedömningen ska göras utifrån en nationell kontext. För Sverige innebär det att givande och tagande av muta omfattas. Vidare bör även handel med inflytande och vårdslös finansiering av mutbrott omfattas av den referens som görs i direktivet till nationella bestämmelser. Dessa brott finns i 10 kap. 5a-5e §§ brottbalken och ska leda till att en leverantör som har en lagakraftvunnen dom för något av dessa brott utesluts. Genomförandeutredningen anser att om vår nationella definition genom en analys kan anses gå längre än de internationella ska till följd av den hänvisning som gjorts i direktivet den nationella regleringen tillämpas. Någon närmare analys rörande om vår nationella definition omfattar fler situationer behöver enligt utredningen således inte göras.²³⁶

Genomförandeutredningen anser inte att brottbalkens bestämmelser uttryckligen ska anges i LOU. Eftersom varje medlemsstat har egna

²³³ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 114.

²³⁴ SOU 2014:51 s. 195f.

²³⁵ Detta är ett välkommet bidrag enligt Sundstrand då det löser det tidigare definitionsproblemet se Sundstrand JT 1/2014/15, s. 113; För en jämförelse mellan de hänvisade internationella rättsakternas definition och brottbalkens definition se avsnitt 3.2.1.

²³⁶ SOU 2014:51 s. 198ff.

nationella regler bör det enbart framgå att medlemsstaternas nationella bestämmelser har betydelse vid avgörandet om leverantören ska uteslutas på grund av mutbrott. Sedan bör det i förarbetena till LOU framgå vilka bestämmelser som är aktuella för svensk del, i detta fall 10 kap. 5a-5e §§ brottsbalken.²³⁷

Resultatet av Genomförandeutredningens utredning har sammanfogats med promemorians lagförslag och utmynnat i att 13 kap. 1 § reglerar den obligatoriska uteslutningen av en leverantör som sker på grund av brott, se Bilaga A för den exakta ordalydelsen. I paragrafens andra stycke anges vilken personkrets som anses ha en sådan anknytning till leverantören att deras agerande ska tillskrivas leverantören och således kan leda till uteslutning.²³⁸ Se 5.2.3 för mer information.

5.2.2 Fakultativ uteslutning

De fakultativa uteslutningsgrunderna finns i artikel 57.4 första stycket i direktiv 2014/24/EU. En betydande nyhet i jämförelse med 2004 års direktiv, är att medlemsstaterna kan göra de fakultativa uteslutningsgrunderna obligatoriska. Detta följer av direktivtexten ”En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta [...]”. Valet är således upp till medlemsstaterna att göra.²³⁹ Genomförandeutredningen resonerar så att om reglerna är fakultativa utökas de upphandlande myndigheternas handlingsutrymme och frågan om detta bör ske är beroende av uteslutningsgrundernas karaktär. Då de olika grunderna i artikel 57.4 har så olika karaktär anser Genomförandeutredningen att de upphandlande myndigheterna behöver ett visst handlingsutrymme. Uteslutningsgrunderna bör således vara fakultativa och inte obligatoriska i den svenska lagen.²⁴⁰ Det lagförslag som finns i 13 kap. 3 § i promemorian innehåller således ordet ”får” och innebär att uteslutningsgrunderna är fakultativa. Se bilaga A för den exakta ordalydelsen.²⁴¹

2014 års direktiv medför ytterligare förändringar för de fakultativa uteslutningsgrunderna: obetalda skatter och avgifter blir en obligatorisk uteslutningsgrund, uteslutningsgrunden brott avseende yrkesutövningen tas bort (men bör i framtida fall kunna tolkas in i allvarligt fel i yrkesutövningen)²⁴², modifieringar sker av befintliga punkter samt att en rad nya grunder som bör leda till uteslutning tillkommer.²⁴³

²³⁷ SOU 2014:51 s. 200f.

²³⁸ Ds 2014:25 s. 83.

²³⁹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 113.

²⁴⁰ SOU 2014:51 s. 216f.

²⁴¹ Ds 2014:25 s. 84.

²⁴² Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 118; Arrowsmith 2014, s. 1238 och 1253f.

²⁴³ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 117.

Några av de nya uteslutningsgrunderna: överträdelser av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, avtal rörande konkurrensbegränsande samarbete och problem att uppfylla tidigare kontrakt, är grunder som tidigare bör ha kunnat tolkas in under allvarligt fel i yrkesutövningen. Det kan därför enligt Arrowsmith ifrågasättas om tolkningen av uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen i framtiden bör vara snävare.²⁴⁴

Två helt nya uteslutningsgrunder som har till syfte att upprätthålla principerna om icke-diskriminering och öppenhet är: intressekonflikt och om leverantören varit involverad i förberedelsefasen i upphandlingsförfarandet. Något som är anmärkningsvärt för dessa två uteslutningsgrunder är att de inte är hänförliga till leverantörens personliga ställning i samma hänseende som de övriga uteslutningsgrunderna, som finns för att garantera att leverantören är pålitlig och att ett önskvärt agerande från leverantörer premieras.²⁴⁵ Uteslutning till följd av dessa två grunder ska utgöra en sista åtgärd, om en leverantörs deltagande i upphandlingen annars skulle medföra en snedvridning av konkurrensen.²⁴⁶

Arrowsmith anser att ytterligare möjligheter bör finnas, än de som räknas upp i direktivet, för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör för att principen om lika behandling ska kunna säkerställas.²⁴⁷

5.2.3 Personer med anknytning till leverantören

Även i det nya direktivet finns en reglering som anger att personer som har en viss anknytning till leverantören ska uteslutas, om dessa företrädare uppfyller artikel 57.1 första stycket.²⁴⁸ I 2014 års direktiv är personkretsen tydligare angiven genom att det föreskrivs att personer som "[...] ingår i en ekonomisk aktörs förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan [...]" är att anse som företrädare. Detta innebär ett visst klagörande i jämförelse med 2004 års direktiv, även om dessa personer oftast innehar någon av de makter som 2004 års direktiv tog fasta på: behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera, och som även räknas upp i 2014 års direktiv.²⁴⁹

Genomförandeutredningen anser att formuleringen i 2014 års direktiv till viss del är snävare än den personkrets som arbetats fram inom svensk praxis. I RÅ 2010 ref. 79 diskuteras med utgångspunkt från förarbetena till LOU personkretsen utifrån skatteförfarandelagen och lagen om näringsförbud. Enligt Genomförandeutredningen har båda dessa lagar gemensamt att det inte är en nödvändig förutsättning att personen i fråga har en formell anknytning till den juridiska personen för att kunna betraktas som företrädare. Istället är det avgörande att se på alla de faktiska

²⁴⁴ Arrowsmith 2014, s. 1265f.

²⁴⁵ Arrowsmith 2014, s. 1186f., 1240f. och 1266.

²⁴⁶ SOU 2014: 51 s. 219f.

²⁴⁷ Arrowsmith 2014, s. 1295.

²⁴⁸ Artikel 57.1 andra stycket i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 113f.

omständigheterna, vilka kan innebära att en person utan att ha en formell anknytning trots detta ska anses utgöra en företrädare. Den formulering som direktivet nu ger kan enligt Genomförandeutredningen tolkas så att omständigheter av mer formell karaktär väger tyngre. Detta leder till att personkretsen i skatteförfarandelagen och lagen om näringsförbud är något vidare än den personkrets som föreskrivs i direktivet. Detta innebär att det lämnade förslaget i 13 kap. 1 § andra stycket,²⁵⁰ kommer att i detta avseende ha en snävare innebörd än sin föregångare i 10 kap. 1 § andra stycket LOU. För ett aktiebolag bör således personkretsen omfatta styrelsemedlemmar, firmatecknare och verkställande direktörer. Om en av dessa personer har begått ett sådant brott som räknas upp i artikel 57.1 första stycket ska leverantören uteslutas om det är proportionerligt. Den exakta innebörden av begreppet företrädare lämnas åt rättstillämpningen.²⁵¹

Den snävare definitionen av personkretsen gäller enligt Genomförandeutredningen enbart för uteslutning enligt artikel 57.1, den obligatoriska uteslutningen på grund av brott. För övriga uteslutningsgrunder i artikel 57 bör inte personkretsen vara begränsad enligt direktivets stadgande, även om viss ledning kan tas av detta stadgande. Detta innebär enligt Genomförandeutredningen att praxis som arbetats fram av svenska domstolar kan appliceras på de övriga uteslutningsgrunderna. Enligt svenska praxis krävs som ovan beskrivits inte att personen i fråga har en formell anknytning till leverantören för att betraktas som företrädare. Istället är det de faktiska omständigheterna som betraktas där ytterst en avvägning görs gentemot proportionalitetsprincipen.²⁵²

En leverantör kan inte bli utesluten för att en företrädare inte har betalat skatter och socialförsäkringsavgifter enligt artikel 57.2.²⁵³

5.2.4 Tvingande hänsyn till allmänintresset

Det är i artikel 57.3 första stycket i direktiv 2014/24/EU som det ges en möjlighet för medlemsstaterna att inte utesluta en leverantör även om en obligatorisk uteslutningsgrund föreligger. Det är om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset, såsom folkhälsa eller miljöskydd. I skäl 100 i direktivet utvecklas vad som utgör tvingande hänsyn till allmänintresset "[...] snabbt behövs vaccin eller nödutrustning och detta endast kan köpas från en ekonomisk aktör för vilken ett av de obligatoriska skälen för uteslutning föreligger.". I skälen sägs även att undantaget enbart ska användas i exceptionella fall. I de fall det skulle vara oproportionerligt att utesluta en leverantör krävs inte att det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresset för att leverantören inte ska bli utesluten.²⁵⁴ Baserar sig uteslutningen på obetalda skatter och avgifter enligt artikel 57.2 får

²⁵⁰ Ds 2014:25 s. 83.

²⁵¹ SOU 2014:51 s. 221ff.

²⁵² SOU 2014:51 s. 223.

²⁵³ Arrowsmith 2014, s. 1286.

²⁵⁴ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 116.

undantag göras om uteslutning är klart oproportionerlig. Typfall för detta är om det rör små belopp eller om leverantören inte har möjlighet att vidta åtgärder enligt artikel 57.2 tredje stycket.

Undantaget, tvingande hänsyn till allmänintresset, finns även i 2004 års direktiv. I den nuvarande svenska lagstiftningen i 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU används inte begreppet ”allmänintresse”, istället används ”särskilda skäl”. Skillnaden är inte enbart språklig utan användes medvetet för att regeringen ville inkludera både proportionalitetsprincipen och tvingande allmänintressen i den svenska undantagsbestämmelsen. Genomförandeutredningen anser att regleringen är onödig då proportionalitetsprincipen alltid ska beaktas, det behövs ingen särreglering. Därför anser Genomförandeutredningen att den nya lagen bör använda samma begrepp som direktivet. Detta betyder att ”särskilda skäl” byts ut mot ”tvingande allmänintresse” vilket leder till en betydligt snävare reglering i jämförelse med tidigare.

I direktivet anges formellt att tvingande hänsyn till allmänintresset bara kan tas vid de obligatoriska uteslutningsgrunderna, men Genomförandeutredningen anser att undantaget är tillämplig även vid de fakultativa uteslutningsgrunderna. Vad som med specifikt utgör tvingande hänsyn till allmänintresset får enligt Genomförandeutredningen bestämmas i rättstillämpningen.²⁵⁵ I lagförslaget finns bestämmelsen införd i 13 kap. 6 §.²⁵⁶

5.2.5 Maximal tidsperiod för uteslutning

Enligt artikel 57.7 i 2014 års direktiv är det upp till medlemsstaterna själva att fastställa den längsta tillåtna tidsperioden för uteslutning, men direktivet uppställer två absoluta tidsgränser. I de fall uteslutningen beror på en dom, för de brott som finns i artikel 57.1, får den maximala uteslutningstiden inte överstiga fem år räknat från dess att domen avgavs. Enligt Priess bör medlemsstaterna mot bakgrund av detta ha ytterligare en tidsgräns då en relativt lång tid kan löpa från dess att brotten begåtts till dess att de uppdagas och en dom avges. Denna tidsgräns bör starta från tidpunkten då brotten begås.²⁵⁷ Rörande uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 får den maximala uteslutningstiden inte överstiga tre år räknat från dagen för den relevanta händelsen. Den relevanta händelsen bör vara den dag då leverantören agerat på ett sådant sätt att en uteslutningsgrund senare kan tillämpas på detta beteende.²⁵⁸ Detta innebär enligt Priess ett oåterkallelig antagande av att en leverantör är rentvådd efter denna tid. Gällande skatter och socialförsäkringsavgifter i artikel 57.2 finns det ingen bestämd tidsperiod, vilket innebär att uteslutning kan ske av dessa leverantörer tills de har betalat eller ingått en överenskommelse om betalning rörande den

²⁵⁵ SOU 2014:51 s. 228f. och 375.

²⁵⁶ Ds 2014:25 s. 85.

²⁵⁷ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122.

²⁵⁸ Arrowsmith 2014, s. 1272.

obetalda summan.²⁵⁹ Uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter kan således överstiga fem år.²⁶⁰ Gällande de två fakultativa uteslutningsgrunderna som rör intressekonflikt²⁶¹ och en leverantörs tidigare deltagande i förberedelse fasen av upphandlingen²⁶² så kan inte en maximal tidsgräns fastställas, då naturen av dessa uteslutningsgrunder inte gör det lämpligt med en tidsgräns. Dessa situationer måste bedömas i varje upphandling för sig.²⁶³

Ytterligare ett undantag finns från de ovan redovisade tidsgränserna, det är om uteslutning är en del av en sanktion som blivit bestämd i en dom. I domen anges då för hur länge en leverantör ska bli utesluten från framtida upphandlingar. Detta system används i bland annat Frankrike och tidsgränserna kan då överskridas i enlighet med vad som föreskrivs i domen.²⁶⁴

Genomförandeutredningens tolkning är att inga tidsaspekter rörande proportionalitetsbedömningen finns, varken i 2004 års direktiv eller i 2014 års direktiv. En leverantör som har begått brott eller felaktigheter ska inte bli utesluten för all framtid. Uteslutning är en ingripande åtgärd och det krävs att handlingen är proportionerlig. Har en handling begåtts lång tillbaka i tiden kan det vara oproportionerlig att utesluta leverantören. De två tidsaspekter som anges i 2014 års direktiv är enligt Genomförandeutredningen enbart för de medlemsstater som har ett system som innebär att uteslutning inte bara gäller för den aktuella upphandlingen utan även för framtida upphandlingar. Eftersom Sverige inte tillämpar ett sådant system och det inte finns något krav i direktivet på att en medlemsstat ska införa ett liknande system kan denna reglering lämnas åt sidan för svensk del. Trots det sagda anser Genomförandeutredningen att viss ledning ändå kan tas av de tidsgränser som uppställts i direktivet.²⁶⁵

Konkurrensverket har däremot, i motsats till Genomförandeutredningen, tolkat det som att direktivet ställer krav på att medlemsstaterna ska fastställa den yttersta gränsen tidsmässigt för hur länge en leverantör kan uteslutas. Tidsgränserna får vara maximalt fem respektive tre år för de olika uteslutningsgrunderna.²⁶⁶ Det finns inga tidsgränser angivna i det svenska lagförslaget.

²⁵⁹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122.

²⁶⁰ Arrowsmith 2014, s. 1283.

²⁶¹ Artikel 57.4 första stycket punkten e i direktiv 2014/24/EU.

²⁶² Artikel 57.4 första stycket punkten f i direktiv 2014/24/EU.

²⁶³ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122.

²⁶⁴ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122.

²⁶⁵ SOU 2014:51 s. 223f.

²⁶⁶ Konkurrensverkets rapportserie, 2013:6 s. 53.

5.2.6 Self-cleaning

Genom 2014 års direktiv erkänns nu åtgärder för self-cleaning som en möjlighet för en leverantör, som borde bli utesluten, att återfå sin status som potentiell anbudsgivare. Leverantörer får en möjlighet att ”rentvå sig”.²⁶⁷ Self-cleaning är enligt Genomförandeutredningen ett uttryck för proportionalitetsprincipen, då ett missförhållande inte alltid ska leda till uteslutning.²⁶⁸ Leverantörerna får genom erkännandet av self-cleaning en möjlighet att visa för den upphandlande myndigheten att de brott eller felaktigheter som begåtts har åtgärder vidtagits mot.²⁶⁹

De villkor som uppställs för self-cleaning härstammar i huvudsak från den rättspraxis som utvecklats i Tyskland och Österrike, se även avsnitt 4.3.²⁷⁰ Det krävs att leverantören har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller felet, leverantören ska ha klagjort förhållandena och omständigheterna på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetat med de utredande myndigheterna. Därutöver ska även leverantören ha ”vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel”. Ytterligare ledning rörande vad som utgör self-cleaning åtgärder ges i skäl 102 i 2014 års direktiv.²⁷¹ Där anges att de personella och organisatoriska åtgärderna kan bestå i att bryta alla kontakter med personer som är inblandade i olämpliga ageranden, omorganisationer, införa olika kontroll och övervakningsverktyg etc. Det krävs att leverantören vidtagit alla de ovan stadgade villkoren för att åtgärderna ska anses tillräckliga samt att detta ska ha gjorts innan ett beslut om uteslutning fattas, en leverantör som har blivit utesluten kan inte vidta åtgärder för att sedan återinträda upphandlingen.²⁷²

Det är upp till medlemsstaterna själva att bestämma vem, det kan vara den upphandlande myndigheten själv eller en särskild myndighet, som ska avgöra vilka åtgärder som ska vidtas och om de är tillräckliga.²⁷³ Myndigheten måste beakta de åtgärder en leverantör vidtagit men kan besluta att åtgärderna inte är tillräckliga.²⁷⁴ Genomförandeutredning väljer att för svensk del låta den upphandlande myndigheten bedöma om de åtgärder som leverantören vidtagit är tillräckliga. Särskild hänsyn ska tas till svårighetsgraden och de särskilda omständigheter som föregåtts kring brottet när den upphandlande myndigheten gör bedömningen. Finner den

²⁶⁷ Sundstrand JT 1/2014/15, s. 123.

²⁶⁸ SOU 2014:51 s. 374.

²⁶⁹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 121.

²⁷⁰ Pedersen, K.: ”Upphandlingskrönika – self-cleaning”. I: *Europarättslig tidskrift*, 2012, 1, s. 176.

²⁷¹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 121.

²⁷² SOU 2014:51 s. 374.

²⁷³ Se skäl 102 i direktiv 2014/24/EU.

²⁷⁴ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122; Se även artikel 57.6 tredje stycket i direktiv 2014/24/EU.

upphandlande myndigheten att åtgärderna inte är tillräckliga ska detta meddelas till leverantören i ett motiverat beslut.²⁷⁵

En leverantör kan inte vidta åtgärder för self-cleaning för att undgå alla de stadgade uteslutningsgrunderna. Grunderna: intressekonflikt och en leverantörs tidigare medverkan i förberedelsefasen i upphandlingen, kan inte vidtas åtgärder för self-cleaning mot då dessa uteslutningsgrunder enbart är aktuella för en upphandling.²⁷⁶ Vidare finns det ett undantag där self-cleaning åtgärder rättsligt sätt inte medför att leverantören åter kan bli en potentiell anbudsgivare. Det är i de fall uteslutning är inkluderat som ett straff i en dom.²⁷⁷ Detta undantag kan ha tillkommit till följd av fransk lag, där uteslutning kan inkluderas som en sanktion i en straffrättslig dom.²⁷⁸

Att self-cleaning nu erkänns i lag innebär ytterligare ett steg mot harmonisering av medlemsstaternas regler rörande offentlig upphandling, då som beskrivits under avsnitt 4.3. vissa länder beaktar self-cleaning åtgärder medan andra länder inte gör det.²⁷⁹ Erkännandet av self-cleaning kan även vara ett lämpligare sätt att bekämpa ett icke önskvärt beteende än vad uteslutning är.²⁸⁰ Self-cleaning finns i 13 kap. 5 § i det svenska lagförslaget.²⁸¹

5.2.7 Bevis leverantören presenterar

I artikel 59 och 60 i 2014 års direktiv finns regler om vilken bevisning en upphandlande myndighet måste godta från leverantören. Artikel 59 introducerar ett nytt dokument, ”European Single Procurement Document” (ESPD) vilket har fått det svenska namnet ”europeiskt enhetligt upphandlingsdokument”. ESPD introduceras för att minska den administrativa bördan som direktivet lägger på leverantören, när det gäller att lägga fram bevis rörande uteslutningsgrunderna.²⁸² ESPD består av en egen försäkran från leverantören och fungerar som ett preliminärt bevis för leverantören inte agerat på de vis som leder till uteslutning. I ESPD anger leverantören vidare uppgifter som den upphandlande myndigheten kan använda för att få fram relevanta intyg. Kommissionen ska fastställa ett standardformulär som ska användas.²⁸³ En leverantör måste lämna fram faktiska bevis först när det är nödvändigt, vilket i de flesta fall innebär att det enbart är leverantören som haft det vinnande anbudet som behöver lägga fram bevisning. Detta leder till att bördan minskar för de anbudssökandena men även för den upphandlande myndigheten då den ej behöver undersöka en rad olika leverantörer. Det finns dock tillfällen där leverantörerna på ett

²⁷⁵ SOU 2014:51 s. 374.

²⁷⁶ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 121.

²⁷⁷ Arrowsmith 2014, s. 1272.

²⁷⁸ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 122.

²⁷⁹ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 121.

²⁸⁰ Arrowsmith 2014, s. 1238 och 1271.

²⁸¹ Ds 2014:25 s. 85.

²⁸² Se skäl 84 i direktiv 2014/24/EU; Arrowsmith 2014, s. 1304.

²⁸³ Artikel 59 i direktiv 2014/24/EU.

tidigare stadium kan behöva bringa bevis, exempelvis om det finns misstankar om oegentligheter.²⁸⁴

Genomförandeutredningen anser att det finns två grundläggande idéer med ESPD: att underlätta för leverantörer och upphandlande myndigheter samt att skapa en harmonisering av de dokument som leverantörer använder i syfte att visa och försäkra sin oskuld.²⁸⁵ Regler om ESPD och bevisning ska i det svenska lagförslaget föras in under 15 kapitlet som innehåller bestämmelser om egen försäkran och annan utredning avseende förhållanden hos leverantörer.²⁸⁶

Artikel 60 rör de bevis och intyg som den upphandlande myndigheten kan kräva in av leverantören, det är enbart de bevis som räknas upp som får fordras av leverantören. Bevis som får krävas gällande artikel 57 räknas upp i artikel 60.2.²⁸⁷ Likt artikel 45.3 i direktiv 2004/18/EG rör det sig om utdrag ur brottsregistret och de dokument eller försäkringar som kan anses likvärdiga. För mer ingående information om detta hänvisas till avsnitt 4.4. Det finns inget i artikel 59 och 60 i 2014 års direktiv som berör self-cleaning och hur en leverantör kan visa att de åtgärder som vidtagits är tillräckliga.²⁸⁸

I det svenska lagförslaget ska leverantörens möjlighet att lämna fram bevisning genomföras genom 13 kap. 4 §.²⁸⁹ Där det i första stycket framgår att leverantören ska få yttra sig över de omständigheter som den upphandlande myndigheten funnit för uteslutning. Om leverantören anser att det inte finns skäl för uteslutning ska leverantören lämna in ett yttrande tillsammans med en utredning rörande de bevis som en myndighet kan kräva. Detta framgår av andra stycket i paragrafen. De bevis som kan krävas har fått sin placering i 15 kap. 7-10 §§. Bestämmelsen i 13 kap. 4 § motsvarar inte helt artikel 57.6 i 2014 års direktiv, men Genomförandeutredningen anser att de tillägg som görs i lagförslaget mer är av administrativ karaktär.²⁹⁰

5.2.8 Intressekonflikt

I 2014 års direktiv introduceras en jävsbestämmelse genom artikel 24. Detta är en nyhet gentemot tidigare direktiv. Innan LOU baserades på unionsrätten fanns regler om jäv, se kort om detta i avsnitt 1.1. Det har således inte funnits jävsregler i upphandlingslagstiftningen under en längre tid, dock har FL jävsregler bedömts, av regeringen, även kunna tillämpas på

²⁸⁴ Arrowsmith 2014, s. 1304f. och 1310.

²⁸⁵ SOU 2014:51 s. 237ff.

²⁸⁶ Ds 2014:25 s. 89.

²⁸⁷ SOU 2014:51 s. 244f.

²⁸⁸ Priess, P.P.L.R., 2014, 3, s. 123.

²⁸⁹ Ds 2014:25 s. 85.

²⁹⁰ SOU 2014:51 s. 373.

upphandlingsärenden.²⁹¹ Genomförandeutredningen gör i sin utredning en kort jämförelse med direktivets regel om intressekonflikt, den rättspraxis som finns från EU-domstolen och jävsreglerna i FL. Genomförandeutredningen kommer fram till att FL jävsregler ”med råge” uppfyller de krav som direktivet ställer. Genom principerna i 1 kap. 9 § LOU, främst likabehandlingsprincipen, så finns det inslag av förbud mot intressekonflikter redan i LOU. En uttrycklig jävsregel i nya LOU skulle leda till en onödig särreglering av upphandling gentemot andra rättsområden och en försämring då FL jävsregler är mer omfattande, precisa och tydliga. Genomförandeutredningen anser inte att en jävsregeln behöver införas i den nya lagen och lagförslaget innehåller därför ingen regel om detta.²⁹²

Sundstrand kritiserar i en av hennes artiklar Genomförandeutredningens slutsats, rörande jävsbestämmelsen. Kritiken består av två delar: det är inte att alla upphandlande myndigheter omfattas av FL bestämmelser samt att FL enbart gäller jäv hos myndigheterna och inte hos leverantörer. Exempel på myndigheter som inte omfattas av FL är enligt Sundstrand statliga, kommunala bolag och privata upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.²⁹³ Sundstrand menar vidare att Genomförandeutredningen missar den aspekt av intressekonflikt som kodifieras i direktivet av EU-domstolens dom i Fabricom.²⁹⁴ ²⁹⁵ I avgörandet tar EU-domstolen ställning till den intressekonflikt som kan uppkomma om en leverantör är delaktig i förberedelsefasen av en upphandling och leverantören sedan är med och lämnar anbud i upphandlingen. EU-domstolen fastslår att det kan vara korrekt att utesluta leverantören om dennes deltagande i upphandlingen kan innebära att konkurrensen snedvrids. En automatisk uteslutning av leverantören är dock inte proportionerligt, en individuell prövning ska göras och leverantören ska få möjlighet att visa att dennes deltagande inte innebär en snedvridning av konkurrensen.

Sundstrand tolkar att Fabricom rör jävsförhållandet hos leverantören och FL täcker enbart in jävsförhållanden hos den upphandlande myndigheten. Om Genomförandeutredningens lagförslag blir verklighet kommer således en viktig jävsaspekt att sakna reglering.²⁹⁶ Genomförandeutredningen tolkar Fabricom så att avgörandet inte är aktuellt för svensk del, eftersom den presumptionsregel som var aktuell i fallet inte finns i svensk rätt. Genomförandeutredningen berör kort att om jäv föreligger hos leverantören på grund av deltagande i förberedelsefasen ligger ansvaret på den upphandlande myndigheten enligt FL att ”undanröja jävets skadliga effekter”.²⁹⁷

²⁹¹ Prop. 2006/07:128 s. 142f.

²⁹² SOU 2014:51 s. 90ff.

²⁹³ Sundstrand UrT 2014 s. 58ff.

²⁹⁴ Fabricom, EU:C:2005:127.

²⁹⁵ Sundstrand UrT 2014 s. 61.

²⁹⁶ Sundstrand UrT 2014 s. 59 och 66.

²⁹⁷ SOU 2014:51 s. 92ff.

6 Analys och slutsatser

6.1 Upphandlingsrättsliga sanktioner för korruptionsbrott

Inledningsvis ställdes tre frågeställningar som genom de fakta som presenterats nu kan besvaras. Varje frågeställning har fått sin egen rubrik i detta avsnitt. Den första frågeställningen, som ställdes för att utmönstra vilka åtgärder som vidtagits för att stävja korruption i upphandlingslagstiftningen, besvaras nedan.

Korruption är ett stort problem i dagens samhälle och det är viktigt att staten, bland annat genom offentlig upphandling, inte bidrar till att problemet expanderar. För en upphandlande myndighet är det viktigt att leverantören inte är eller har varit involverad i korruptionsliknande beteende av en rad anledningar. Det är bland annat viktigt att leverantören är pålitlig i kontraktsförhållandet och att leverantörer som agerar på ett korrekt sätt premieras. Detta är centralt, inte bara för att andra leverantörer får ett incitament till att hålla sitt egna agerande inom den rätta linjen, men även för att allmänhetens tilltro till systemet inte försämras. Det är därför angeläget att det finns regler som ger en upphandlande myndighet verktyg för att stoppa en oseriös leverantör. De regler som finns i brottsbalken är till för att åtala och döma de som gjort sig skyldig till ett brott, men ger inte en upphandlande myndighet möjlighet att välja bort dessa leverantörer. Reglerna i brottsbalken är inte heller alltid tillräckliga då vissa ageranden är skadliga men trots detta inte kvalificeras som ett brott. Därför finns de viktiga reglerna om uteslutning i upphandlingslagstiftningen. Dessa regler ger en upphandlande myndighet en rätt att välja bort en leverantör i en upphandling och således kan kontrakt slutas med ett urval av leverantörer som bedöms pålitliga.

Uteslutningsreglerna är uppdelade så att för de handlingar som anses tillräckligt allvarliga, har den upphandlande myndigheten inte någon valmöjlighet – leverantören ska uteslutas. Men det finns även andra uteslutningsregler som innebär att en leverantör får uteslutas, där ett visst handlingsutrymme fortfarande finns för myndigheterna. Korruption i form av muta är en av dessa handlingar som föranleder obligatorisk uteslutning. Huvudregeln är således att en leverantör som fått en lagakraftvunnen dom mot sig för mutbrott ska uteslutas från upphandlingen. Det är endast om det föreligger särskilda skäl, vilket kan vara om det finns ett tvingande allmänintresse att leverantören tilldelas kontraktet eller om det vore oproportionerligt att leverantören blev utesluten, som leverantören inte ska uteslutas. Det kan vara oproportionerligt att utesluta en leverantör om det gått en längre tidsperiod eller om brottet var ringa, se mer av denna diskussion under avsnitt 6.2 där en analys görs för att undersöka när en leverantör har sonat sitt brott och således inte längre ska bli utesluten.

Vad som utgörs av brottet muta definieras i två internationella instrument som ska tillämpas av medlemsstaterna. Sveriges nationella definition av brottet muta är vidare än de internationella instrument som ska användas för att avgöra om leverantören gjort sig skyldig till brottet muta och således ska uteslutas. Denna diskrepans mellan de olika definitionerna leder till att den upphandlande myndigheten måste undersöka den specifika domen om myndigheten får grundad anledning att misstänka att en leverantör dömts för mutbrott. Om en sådan dom meddelats utomlands måste myndigheten översätta domen för att se om brottet även ska anses som mutbrott enligt de internationella instrumenten. Uteslutningsbestämmelsen innebär således att en relativt stor utredningsskyldighet läggs på den upphandlande myndigheten i de fall grundad anledning uppkommer. Vilken praktisk betydelse den obligatoriska uteslutningen på grund av mutbrott har är inte helt klar då det inte finns någon direkt praxis.

I svensk rätt är det vidare så att enbart fysiska personer kan åtalas och dömas för mutbrott. Leverantörer är i flertalet fall juridiska personer som har fysiska personer bakom sig. För att inte uteslutningsreglerna ska vara verkningslösa, gäller därför att de fysiska personer som har en nära anknytning till leverantören ska definieras som företrädare och deras agerande kan ligga leverantören till last. En företrädare för leverantören som har en lagakraftvunnen dom rörande mutbrott mot sig ska leda till att leverantören blir utesluten. Detta är en mycket viktig utvidgning av bestämmelsen då en leverantör inte ska kunna anta olika bolagsformer för att undgå syftet med reglerna och uteslutning. Även gällande de fakultativa grunderna kan en företrädares agerande ligga leverantören till last och leda till uteslutning.

Det är först när och om den upphandlande myndigheten får kännedom om att det finns en lagakraftvunnen dom som en leverantör ska uteslutas. Om den upphandlande myndigheten får grundad anledning att anta att det finns en lagakraftvunnen dom, inträder en utredningsskyldighet för myndigheten.

Eftersom det finns tillfällen då det inte finns en lagakraftvunnen dom för mutbrott, men leverantören trots detta inte anses pålitlig, finns det ytterligare möjligheter för en upphandlande myndighet att utesluta leverantören. Det är upp till myndigheten att bestämma om leverantör ska uteslutas eller ej när de fakultativa uteslutningsreglerna tillämpas. Det är viktigt att myndighetens agerande är konsekvent och att likabehandlingsprincipen respekteras. De viktigaste fakultativa uteslutningsgrunderna i korruptionssammanhang är att en leverantör kan bli utesluten på grund av brott avseende yrkesutövningen samt på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Särskilt intressant är allvarligt fel i yrkesutövningen, som även praktiskt anses vara den mest svårtillämpade uteslutningsgrunden. Allvarligt fel i yrkesutövningen är en väldigt vid uteslutningsgrund och en rad olika beteenden kan tolkas in under denna. Det föreligger därför viss

skönsmässighet för den upphandlande myndigheten att avgöra när en leverantör agerat på ett sådant sätt att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Viss vägledning kan tas från direktiv 2004/18/EG, men dessa stadganden är relativt allmänt hållna. I praxis utmönstras vissa ageranden som allvarligt fel, men praxis är i huvudsak från kammarrätten och det är enbart ett fåtal avgöranden som Högsta förvaltningsdomstolen har tagit upp till prövning och dessa är inte tillräckligt klargörande för ämnet. Allt detta sammantaget skapar därför en viss rättsosäkerhet, både för den upphandlande myndigheten och för leverantörerna när det gäller att bedöma om ett agerande är att anse som allvarligt fel i yrkesutövningen eller ej. Det är således enligt författarens åsikt viktigt att Högsta förvaltningsdomstolen tar upp fler mål till prövning och att dessa avgöranden håller hög kvalitet. Finns det tydliga prejudikat på vad som utgör allvarligt fel i yrkesutövningen så bör området bli mer rättssäkert.

Det krävs enligt lagtextens ordalydelse att den upphandlande myndigheten kan visa att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Det kan först konstateras att det inte krävs en lagakraftvunnen dom för att en leverantör ska bli utesluten på denna grund. Detta framkommer genom en rad olika rättskällor. Först genom lagtexten, då skillnaden för brott mot yrkesutövningen och allvarligt fel i yrkesutövningen är att det krävs en lagakraftvunnen dom enligt den första uteslutningsgrunden och således inte enligt den andra. Detta fastslås även av EU-domstolen i Forposta och det är också uppfattningen i doktrin, att en lagakraftvunnen dom inte är nödvändig för att en upphandlande myndighet ska få utesluta en leverantör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Slutsatsen kan således dras att ”visa” inte innebär ett så högt beviskrav att det krävs en lagakraftvunnen dom. Högsta förvaltningsdomstolen bedömer, i HFD 2013 ref. 61, att det räcker att den upphandlande myndigheten kan göra ”sannolikt” att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. I målet förlitar sig den upphandlande myndigheten på ett överprövningsbeslut från skatteverket som förvaltningsrätten fastslagit när den upphandlande myndigheten utesluter leverantören. Förvaltningsrättens dom vinner inte lagakraft utan överklagas av leverantören.

Sundstrand har riktat en del kritik mot Högsta förvaltningsdomstolens avgörande. Hon baserar mycket av denna kritik på ett avgörande från EU-domstolen, La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M. som är från 2006 och rör betalning av skatter och avgifter. Sundstrand menar att ett avgörande som är föremål för överprövning inte får leda till uteslutning då detta skulle innebära att de grundläggande rättigheterna vid domstolsavgöranden då äventyras. Högsta förvaltningsdomstolen däremot tar i sitt avgörande ledning av EU-domstolens dom i Forposta, som är från 2012 och rör frågan om allvarligt fel i yrkesutövningen. De två avgörandena från EU-domstolen är inte helt jämförbara, även om båda rör uteslutning från offentlig upphandling behandlar de olika uteslutningsgrunder. Situationerna i de båda avgörandena är även relativt skilda, i Forposta hade ingen överklagan av domen gjorts vilket gjordes både i La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M., och i HFD 2013 ref. 61. Högsta förvaltningsdomstolen och Sundstrand har

båda poänger när de baserar sina argument utifrån dessa två olika avgöranden från EU-domstolen. Det talar enligt författaren för att ledning i detta fall ska tas från Forposta. Forposta är det senaste avgörandet från EU-domstolen, som specifikt behandlar den aktuella uteslutningsgrunden och det fastslås att uteslutning kan göras även om det inte finns en lagakraftvunnen dom. Författaren anser således att det bör, enligt det ovan redovisade rörande det icke befintliga kravet på lagakraftvunnen dom, vara ett korrekt agerande av både den upphandlande myndigheten och Högsta förvaltningsdomstolen att inte kräva en lagakraftvunnen dom för uteslutning enligt grunden allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är viktigt att kontrakt ingås med pålitliga leverantörer och eftersom en domstolsprocess kan vara en utdragen process är det tydligt att myndigheten bör kunna utesluta leverantören även om en dom överklagats. Även om det är olyckligt att det senare visade sig att leverantören i HFD 2013 ref. 61 inte ha begått de påstådda felen.

Ytterligare kritik riktar Sundstrand mot beviskravet, ”sannolikt”, som Högsta förvaltningsdomstolen kommer fram till i målet, och författaren kan till viss del hålla med om denna kritik. Uteslutning är en ingripande åtgärd och eftersom allvarligt fel i yrkesutövningen är en uteslutningsgrund som kan innefatta en rad skilda ageranden bör, för rättssäkerhetens skull, beviskravet vara relativt högt satt. Att göra sannolikt är inte ett högt beviskrav. Kammarrätterna följer beviskravet i Högsta förvaltningsdomstolens dom och kräver nu enbart att de upphandlande myndigheterna gör sannolikt att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Genom detta låga beviskrav begränsas den fria konkurrensen på marknaden på ett kännbart sätt genom att leverantörer lättare kan uteslutas och det är därför av författarens åsikt att det kan ifrågasättas om den svenska praxis som utvecklats ligger i linje med vad som åsyftas med bestämmelsen. EU-domstolen har det sista ordet och det vore enligt författaren intressant att se om EU-domstolen skulle underkänna det svenska beviskravet, samt vilket beviskrav EU-domstolen själva skulle anse tillräckligt.

Svaret på den ovan ställda frågeställningen är således att den upphandlingsrättsliga sanktionen för en leverantör som agerat på ett korruptionsliknande vis är uteslutning. Uteslutning är en relativt ingripande åtgärd då offentliga upphandlingar omsätter stora ekonomiska värden och en leverantör som går miste om ett kontrakt kan drabbas av betydande förluster. Det finns inga sanktioner i upphandlingslagstiftningen mot personer inom upphandlande myndigheter som påverkar upphandlingarna till egen vinning; sanktionerna som finns riktar sig enbart mot leverantörerna och sanktioner för övriga parter får sökas i exempelvis brottsbalken.

6.2 När är ett brott ”sonat” i upphandlingsrättslig mening

Den andra frågeställningen rör den viktiga frågan om när, rent tidsmässigt som ett brott är ”sonat” enligt upphandlingslagstiftningen.

Det finns olika sätt att sona ett felaktigt beteende, i vardagliga livet räcker det ofta med en ursäkt och ett löfte att inte agera på samma sätt igen. Men i de fall beteendet straffrättsligt kan karakteriseras som ett brott finns det i den påföljande domen angett hur brottet ska sonas utifrån lagens synvinkel. Det kan röra sig om betalning av böter, övervakningskrav eller uttjänade av fängelsestraff. När påföljden fullgörs, kan brottet i straffrättslig mening anses gottgjort. I upphandlingslagstiftningen finns det ytterligare en sanktion, vilken är uteslutning för leverantörer som begått brott eller felaktigheter. En leverantör sonar inte sitt brott på samma sätt straffrättsligt som upphandlingsrättsligt. En leverantör som åtalats och dömts för ett brott har i de flesta fall redan avtjänat sin dom, men trots detta kan leverantören uteslutas från en upphandling. Uteslutningen är följaktligen ytterligare en sanktion. Frågan är under hur lång tid en leverantör ska ”straffas”, rent upphandlingsrättsligt, för de allvarliga brott eller fel som leverantören begått. Hur lång tidsrymd ska löpa mellan det begångna brottet och anbudet, för att leverantören ska ha sonat sitt brott i upphandlingsrättslig mening?

Det finns inget klart svar på denna fråga. I nuvarande lagtext och förarbeten finns ingen vägledning om sådana tidsrymder. Istället diskuteras proportionalitetsprincipen i förarbetena och möjligheten att det kan vara oproportionellt att utesluta en leverantör om det gått en lång tid sedan brottet begåtts. Det lämnas inget exempel på vad som utgör en ”lång tid”, men frågan har varit uppe i rättspraxis. Det finns endast ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i frågan och ledning måste även sökas från kammarrätten. Högsta förvaltningsdomstolen menar att fem år inte är en lång tid. Det är således inte oproportionerligt att utesluta en leverantör när det enbart gått fem år, räknat från dagen då brottet begås till leverantören utesluts. Kammarrätten i Stockholm vidareutvecklar i tre avgöranden var tidsgränsen går för när en uteslutning kan beaktas som oproportionerlig. Kammarrätten bedömer i ett avgörande, i linje med Högsta förvaltningsdomstolen, att tre år inte är tillräckligt lång tid mellan dess att brott begås och uteslutning görs. Däremot bedömer kammarrätten i två avgöranden att nio respektive åtta till tio år är så pass lång tid att en uteslutning är oproportionerlig. Utifrån denna praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och kammarrätten i Stockholm kan således slutsatsen dras att en leverantör inte har sonat sitt brott om det gått fem år eller ett lägre antal år. Går det däremot uppemot åtta till tio år sedan det felaktiga agerandet vore det oproportionerligt att utesluta leverantören och brottet är således sonat. Vad som gäller under tidsspännet från fem till åtta år är ännu mycket oklart. Det föreligger enligt författaren ett stort osäkerhetsmoment rörande frågan om när en leverantör sonat sitt brott då tidsgränserna som finns är relativt vaga och långa. Uteslutning är en ingripande åtgärd och en

uteslutning som sträcker sig i närmare ett decennium bör i många fall vara fatalt för en leverantör.

Denna uppenbara osäkerhet som föreligger rörande hur länge en leverantör kan bli utesluten från upphandlingar har genom 2014 års direktiv fått en lösning. Det finns dock två olika tolkningar att tillgå rörande direktivets tidsbestämmelser. Den svenska statliga utredningen tolkar direktivet att de tidsgränser som anges inte gäller för Sveriges del. Tidsgränserna som föreskrivs i direktivet gäller enligt Genomförandeutredningen enbart för de medlemsstater som har ett särskilt system som innebär att en leverantör får uteslutning som en sanktion i en dom och blir därmed utesluten från framtida upphandlingar i det visst antal år som föreskrivs i domen. En annan tolkning av direktivets tidsgränser intar både internationell och svensk doktrin, som båda anser att tidsgränserna som anges ska gälla för alla medlemsstater. Undantag från tidsgränserna får göras av de medlemsstater som har systemet att i en dom utesluta leverantören från framtida upphandlingar i ett visst antal år. Med denna tolkning ska tidsgränserna tillämpas i Sverige. Det föreligger således två vitt skilda tolkningarna mellan Genomförandeutredningen och doktrin.

Genomförandeutredningen lägger ingen större argumentation på tidsgränserna och det är författarens åsikt att utredningen inte är övertygande i denna del. Den tolkning som framförs i doktrin bör enligt författaren vara mer i linje med att uppfylla direktivets syfte. Tillämpas tidsgränserna i Sverige leder detta till större rättssäkerhet då både myndigheter och leverantörer får fasta riktlinjer att gå på, som är tydligt definierade. Tidsgränserna förkortas även rejält i jämförelse med den praxis som utvecklats inom svensk rätt. Enligt direktivet är tidsgränsen maximalt tre år för de fakultativa uteslutningsgrunderna och fem år för de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Dessa kortare tidsgränser ger leverantören en möjlighet att inom en rimlig tid få en andra chans att konkurrera om kontrakt inom den offentliga sektorn. Tidsgränserna är inte så pass korta att det bör vara lönsamt att begå brott eller felaktigheter, men inte heller så pass långa att en leverantör som gjort ett misstag inte inom en rimlig tid kan få återgå till att lämna anbud i upphandlingar. Syftet med uteslutning är att den upphandlande myndigheten inte ska ingå kontrakt med oseriösa leverantörer samtidigt ges andra leverantörer ett incitament att inte begå brott eller allvarliga fel. Detta syfte bör uppnås genom att en leverantör utesluts fem respektive tre år från framtida upphandlingar. Författaren kan inte se att fördelarna med att utesluta en leverantör under en längre tidsperiod än så överväger nackdelarna med bland annat minskad konkurrens på marknaden.

För att implementeringen av direktivet rörande tidsgränserna ska vara korrekt är det därför av författarens åsikt att de föreskrivna tidsgränserna ska införas i den svenska lagen. Förutom tidsgränserna finns det en annan möjlighet för leverantörerna att sona sitt brott, vilket är genom self-cleaning.

Self-cleaning är en företeelse som genom 2014 års direktiv rättsligt erkänns i unionsrätten. Både internationellt och nationellt har uppmärksammats förhållandet att leverantören vidtagit åtgärder för att rätta till och inte upprepa sitt tidigare felaktiga beteende. I Sverige har önskemål framförts av både myndigheter och utredningar för att få klarhet i hur en leverantör som agerar på ett efterföljande bra vis påverkar en möjlig uteslutning. Self-cleaning innebär att en leverantör vidtar åtgärder för att läka sitt tidigare felaktiga beteende och för att se till att detta inte upprepas. Vilka åtgärder som ska vidtas skiftar i hög grad, eftersom de beror på den specifika situationen. Genom direktivet föreskrivs de generella åtgärderna: ersätta eventuella skador som uppkommit, samarbeta med utredande myndigheter samt att vidta åtgärder inom organisationen, vilka kan vara allt ifrån administrativa till personella åtgärder. En leverantör som vidtar dessa åtgärder anses ha sonat sitt brott och ska inte längre bli föremål för uteslutning. Direktivet ger medlemsstaterna valmöjligheten att låta antingen en särskild myndighet avgöra om de vidtagna åtgärderna är tillräckliga eller den upphandlande myndigheten. I det svenska lagförslaget lämnas det till den upphandlande myndigheten att avgöra om de vidtagna åtgärderna för self-cleaning är tillräckliga eller ej och därmed om leverantören anses ha gottgjort sitt brott eller felaktiga beteende. Författaren ser en tydlig nackdel med den reglering som den svenska utredningen valt, vilken är att det finns en stor risk att de upphandlande myndigheterna bedömer olika. Det finns många upphandlande myndigheter och det är lätt hänt att vissa av dem intar en strängare syn på saken medan andra intar en mer förlåtande syn. Om lagförslaget i denna del blir verklighet är det viktigt att tydliga riktlinjer ges för hur dessa regler bäst tillämpas.

Det argumenteras i doktrin att den möjlighet som self-cleaning medför, kan vara ett bättre alternativ att bekämpa det felaktiga agerandet än vad uteslutning är. Leverantörerna får ett incitament att gottgöra den skada som kan ha åsamkats istället för att vänta ut den tid som uteslutningen annars ska pågå. Möjligheten till self-cleaning bör därför enligt författaren ses som positiv, även om det i dagsläget är oklart vilket genomslag detta kommer att få både nationellt och på EU-rättslig nivå. Men kan det leda till att fler leverantörer aktivt agerar för att rätta till tidigare felaktigheter bör det enligt författaren ses som ett steg i rätt riktning.

Svaret på den ovan ställda frågeställningen är således att enligt den praxis som finns i dagsläget har leverantören sonat sitt brott och ska inte längre utsättas för sanktionen uteslutning när det uppemot åtta år sedan brottet begåtts. Det kan även röra sig om strax över fem, sex eller sju år, men dessa tidsgränser har ännu inte varit uppe till prövning. I framtiden kommer leverantören själv ha möjlighet att påverka hur lång tid det ska ta innan brottet är sonat genom att vidta åtgärder för self-cleaning. Ytterst är det annars fem respektive tre år innan leverantören i upphandlingsrättslig mening har sonat sitt brott.

6.3 Förändringar genom det nya upphandlingsdirektivet

Den tredje frågeställningen ställdes för att få klarhet i hur det nya upphandlingsdirektivet kommer att se ut och på vilket sätt de nya reglerna kommer att medföra förändringar för uteslutningsreglerna.

Den svenska upphandlingslagstiftningen är baserad på unionsrätten och den nuvarande LOU är en implementering av direktiv 2004/18/EG. Detta direktiv upphör att gälla i april 2016 då direktiv 2014/24/EU träder i kraft. Direktivet medför vissa förändringar inom uteslutningsreglerna. Generellt kan sägas att möjligheterna har blivit större att utesluta en leverantör som agerat på ett felaktigt sätt, vilket kan illustreras genom att katalogen rörande både de obligatoriska och de fakultativa uteslutningsreglerna utökats. De obligatoriska uteslutningsgrunderna har kompletterats med: terroristbrott, barnarbete och människohandel. Den mest praktiska betydelsen bör de nya fakultativa uteslutningsgrunderna ha, då tillkomsten av de nya obligatoriska uteslutningsgrunderna mest kan ses som symboliska. Reglerna har även kompletterats med en möjlighet för leverantörerna att gottgöra sitt beteende, self-cleaning, vilket kan tala för ett nytt rättsligt sätt att lösa de oönskade problem som uteslutningsreglerna vill komma till rätta med. I många avseenden har uteslutningsreglerna blivit tydligare men det kvarstår fortfarande en rad oklarheter samt att nya frågetecken uppkommit genom de nya reglerna. Ett klagörande är att kretsen av de personer som kan ses som företrädare för leverantören har fått en tydligare reglering i direktivet. Direktivet lägger fokus på de formella aspekterna vilket kan innebära att den personkrets som arbetats fram i svensk praxis till viss del är vidare och att begreppet företrädare kommer få en snävare innebörd i den nya lagen.

Förändringarna rörande de obligatoriska uteslutningsgrunderna är inte stora, inte när det gäller muta, den grund som kan kopplas till korruption. Muta kvarstår som en obligatorisk uteslutningsgrund och utformningen av bestämmelsen är snarlik den från 2004 års direktiv. Ett viktigt tillägg har dock gjorts, vilket är att muta, förutom de internationella rättsakterna, även kan definieras utifrån den upphandlande myndigheten eller leverantörens nationella lagstiftning. Detta tillägg löser ett problem som funnits i Sverige, då vår nationella definition av brottet muta är vidare och täcker fler situationer än vad de internationella rättsakterna gör. I dagsläget krävs att en upphandlande myndighet undersöker om en leverantör som fått en dom mot sig rörande mutbrott även skulle ha dömts för brottet enligt de internationella rättsakternas standard. Endast då ska myndigheten utesluta leverantören. Detta lägger en utredningsskyldighet på myndigheterna och leder till svårbedömda prövningar. Därför bör tillägg som gjorts i direktivet, att den nationella definitionen nu kan användas, vara en välkommen nyhet för svensk del. Den administrativa och svårbedömda uppgiften som den upphandlande myndigheten ska göra för att se om brottet leverantören gjort sig skyldig till även korresponderade med rekvisiten i de internationella rättsakterna är nu inte längre nödvändig. Rättssäkerheten bör öka då både

myndigheterna och leverantörerna bör ha bäst inblick i sin nationella rätt och således lättare kan rätta sig efter denna. Författaren ser dock en baksida med den nya hänvisningen. EU:s medlemsstater kan ha väldigt varierande nationell lagstiftning, vilket kan innebära att det kan finnas både mycket strängare och mildare lagstiftning. En leverantör kan således enligt en medlemsstat bli utesluten på grund av mutbrott, men i en annan medlemsstat tillåtas att delta i upphandlingar då beteendet inte når upp till rekvisiten för ett brott i den medlemsstaten. Situationen blir således till viss del rättsosäker för leverantörerna och det kan gynna respektive missgynna en leverantör att delta i upphandlingar i en särskild medlemsstat.

Ytterligare en nackdel med att muta numera kan definieras i enlighet med den upphandlande myndighetens eller leverantörens nationella lagstiftning är att det inte framgår i artikeln vilken lagstiftning som ska ha företräde om diskrepans föreligger mellan lagarna. Vidare leder detta till problem rörande erkännandet. Om en medlemsstat har en mycket vid definition av muta, som inte faller in under de internationella rättsakterna och inte heller i den medlemsstat där frågan om uteslutning ska avgöras, kommer leverantören då att uteslutas? Från vilka länder ska medlemsstaterna beakta domar? Ska en dom som kommer från en annan medlemsstat, från ett EES land eller från vilket annat land som helst ligga till grund för en uteslutning. Denna fråga är även aktuell i den nuvarande lagstiftningen då medlemsstaterna har olika tillvägagångssätt när det gäller erkännandet av andra länders domar. Även om svaret på vissa av frågorna kan tyckas självklart är det inte det innan EU-domstolen tagit ställning. Författarens slutsats är således att den nationella hänvisningen är ett ur svensk synpunkt, rent definitionsmässigt, ett viktigt klargörande men samtidigt väcks nya frågetecken.

Gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna har det kommit desto fler förändringar. En av dessa är att det nu är möjligt för medlemsstaterna att göra de fakultativa grunderna obligatoriska. Istället för att grunderna ska delas upp i ”ska” och ”får” uteslutas kan således alla grunder bli ”ska”. Det är först i april 2016, när direktivet ska vara implementerat i medlemsstaterna, som det går att se hur många medlemsstater som valt att ta denna möjlighet och göra alla uteslutningsgrunder obligatoriska. I det svenska lagförslaget valde Genomförandeutredningen att behålla grunderna fakultativa för att inte ta ifrån de upphandlande myndigheterna handlingsutrymmet. EU-domstolen har tidigare uttalat att det är upp till medlemsstaterna att bestämma hur rigoröst de fakultativa grunderna ska tillämpas, valmöjligheten som nu ges i direktivet kan ses som uttryck för denna praxis. En harmonisering är således inte åsyftad när det gäller de fakultativa grunderna.

Brott mot yrkesutövningen var tidigare med som fakultativ uteslutningsgrund, men har tagits bort genom det nya direktivet. Den något svårtillämpade ”allvarligt fel i yrkesutövningen” finns kvar som uteslutningsgrund och likt tidigare kan en rad olika ageranden tolkas in under denna. Två nya uteslutningsgrunder är: leverantörens tidigare agerande i kontraktsförhållande och deltagande i konkurrensbegränsande

samarbete. Redan i dagsläget leder denna typ av beteende till uteslutning enligt den praxis som finns från kammarrätten, genom att beteendet har tolkats som allvarligt fel i yrkesutövningen. Fler av de nya uteslutningsgrunderna kan även i dagsläget tolkas in under allvarligt fel i yrkesutövningen och det kan därför diskuterats om det är åsyftat att tolkningen av allvarligt fel i yrkesutövningen ska vara snävare i framtiden.

Direktivets regler syftar till att motverka all form av snedvridning av konkurrensen. Detta illustreras bland annat av att det har tillkommit två nya uteslutningsgrunder som inte hänför sig till leverantörens klandervärda agerande. Istället rör det sig om när det finns risk att principerna om lika behandling och öppenhet riskerar att åsidosättas: vid intressekonflikter och om leverantören varit involverad i förberedelsefasen i upphandlingsförfarandet. Uteslutning ska ske som en sista åtgärd, men det påvisar enligt författaren vilken vikt EU lägger bakom fri konkurrens på lika villkor. Den intressekonflikt som utgör en fakultativ uteslutningsgrund är en hänvisning till en jävsbestämmelse som finns intagen i direktivet. Jäv har inte reglerats i svensk upphandlingslagstiftning sedan en längre tid tillbaka. Genomförandeutredningen resonerar i sin utredning kring den jävsbestämmelse som direktivet nu presenterar men väljer att inte införa en jävsbestämmelse i lagförslaget. Anledningen till detta är att FL inom svensk rätt, med råge täcker in alla de situationer som direktivet föreskriver och mer därtill. Genomförandeutredningen anser att införs en jävsregel innebär det en onödig särreglering av offentlig upphandling som rättsområde och medför att färre jävssituationer omfattas mot bakgrund av att direktivsbestämmelsen är snävare. Utredningen anser även att det finns ett visst skyddsnät genom de fem principer som i dagsläget finns i 1 kap. 9 § LOU som täcker in otillbörliga ageranden. Kritik har framförts mot att lagförslaget inte innehåller en jävsbestämmelse. Kritiken har enligt författaren fog då inte alla enheter som uppträder inom offentliga upphandlingar omfattas av FL bestämmelser. Vidare har även jävsbestämmelsen i direktivet tillkommit för att kodifiera EU-domstolens praxis i *Fabricom*. Genomförandeutredningen beaktar denna praxis men avfärdar den genom att anföra att den rör förhållanden som inte är tillämpliga i svensk rätt. *Fabricom* tar däremot upp det viktiga jävsförhållandet som kan betecknas som konsultjäv, när en leverantör varit med i det förberedande stadiet av upphandlingen och agerat som konsult. Jävet ligger således inte hos den upphandlande myndigheten utan hos leverantören. Direktivet föreskriver en jävsregel och som medlemsstat inom EU har Sverige åtagit sig vissa skyldigheter, varav en är att implementera EU direktiv korrekt. I detta fall föreskriver direktivet en regel om jäv och då FL regel inte täcker in alla de situationer som direktivet föreskriver vore det lagstridigt av Sverige att inte införa en jävsregel och följa direktivet. Vidare underlättar det både för upphandlande myndigheter och leverantörer om de centrala reglerna går att finna i en lag. Det är således av författarens åsikt att en jävsregel bör införas i den nya svenska lagen, för att Sverige inte ska brista i sina åtaganden som medlem i EU.

Tidsgränserna och self-cleaning medför två viktiga nyheter i direktivet. För diskussion om dessa två förändringar hänvisas till avsnitt 6.2 ovan där frågeställningen rörande när en leverantör har sonat sitt brott eller felaktigheter besvaras.

Avslutningsvis och som svar på den sista frågeställningen anser författaren att 2014 års direktiv medför en rad förbättringar gällande uteslutningsreglerna. Vissa frågetecken kvarstår dock och även om vissa regler leder till en ökad harmonisering har vissa delar lämnats upp till medlemsstaterna att bestämma, vilket leder till att leverantörer bedöms olika beroende på vilken medlemsstat de agerar inom. Det kan därför vara mer respektive mindre fördelaktigt för vissa leverantörer att agera inom vissa medlemsstater. Den svenska Genomförandeutredningens utredning är i vissa delar bra, men i vissa delar inte helt övertygande. Enligt författaren fattas det till viss del logik i argumentationen och utredningen avfärdar viktiga förhållanden och detaljer med en kortare redogörelse med sammanfattningen att det aktuella förhållandet inte är tillämpligt för svensk rätt och således inte berör Sverige. Vissa stora och viktiga frågor lämnar därför Genomförandeutredningen åt sidan och det är av författarens åsikt att utredningen i vissa fall gör det lite för lätt för sig själva. Författaren är därför osäker på om det lämnade lagförslaget kommer att innebära en korrekt implementering av direktiv 2014/24/EU.

Bilaga A

Utdrag ur DS 2014:51 förslag till ny lag om offentlig upphandling som upprättats av Genomförandeutredningen.

13 kap. Uteslutning av leverantörer

Brott

1 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

[...]

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskap-erna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

[...]

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

[...]

Allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs

3 § En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa att leverantören har åsidosatt tillämpliga skyldigheter som avses i 4 kap. 4 §,

[...]

3. myndigheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller en tidigare koncession, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av att det

föreligger jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 8 §, [...]

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vils- ledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, val av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Utredning

4 § En upphandlande myndighet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som myndigheten anser utgöra skäl för uteslutning.

Om leverantören anser att skäl inte finns för uteslutning, ska det anges i yttrandet. Leverantören ska tillsammans med yttrandet ge in den utredning enligt 15 kap. 7–10 §§ som myndigheten har begärt. Leverantören bör även tillsammans med yttrandet ge in sådan utredning i övrigt som visar att denne är tillförlitlig.

Undantag från uteslutning i vissa fall

5 § En leverantör ska inte uteslutas enligt 1 eller 3 §, om leverantören visar att denne har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som har orsakats av brottet eller det allvarliga felet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

När en upphandlande myndighet bedömer om leverantörens åtgärder enligt första stycket är tillräckliga, ska myndigheten beakta allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet.

[...]

6 § En upphandlande myndighet får underlåta att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

7 § En upphandlande myndighet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen enligt 1–6 §§, om grund för uteslutning enligt dessa paragrafer visar sig föreligga med hänsyn till leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla antingen före eller under upphandlingen.

En upphandlande myndighet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och dess skäl.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Sverige

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2012:96, Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner

Statens offentliga utredningar

SOU 2004:22 Allmänhetens insyn i partier och valkandidaters intäkter

SOU 2011:73 på jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen

SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar utveckling

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling

Departementspromemorior

Ds 2014:25 Nya regler om upphandling

Propositioner

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling

Prop. 1998/99:32 EU-bedrägerier och korruption

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

EU-rättsliga instrument

98/742/RIF: Gemensam åtgärd av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i Fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn, EGT L 358, 31.12.1998, s. 2-4

Commission staff working paper, Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, del 1, utkast

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, 21.1.1997, s. 1-6

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), EUT L 134, 30.4.2004, s. 1–113

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114-240

Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Text av betydelse för EES), EUT L 335, 20.12.2007, s. 31-46

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (Text av betydelse för EES), EUT L 94, 28.3.2014, s. 65-242

Europeiska Gemenskapernas Kommission, Meddelande från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Europeiska och ekonomiska och sociala kommittén, En övergripande EU-politik mot korruption, Bryssel den 28.5.2003, KOM(2003) 317 slutlig

Europeiska kommissionen, Grönbok – om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011, KOM(2011) 15 slutlig

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen – Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, Bryssel den 3.3.2010, KOM2010 (2020) slutlig

Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet - EU:s rapport om insatser mot korruption, Bryssel den 3.2.2014, KOM 2014(38)

Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet - EU:s rapport om insatser mot korruption, Bryssel den 3.2.2014, KOM 2014(38) slutlig, Annex 27, Bilaga, Sverige till EU:s rapport om insatserna mot korruption

Konvention utarbetad på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, EGT C 195, 25.6.1997, s. 2-11

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, EGT L 39, 14.2.1976, s. 40-42

Rådets direktiv 89/665/EG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 395, 30.12.1989, s. 33-35

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT L 76, 23.3.1992, s. 14.20

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling, EGT L 303, 2.12.2000, s. 16-22

Rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, EUT L 192, 31.7.2003, s. 54-56

Internationella instrument

Civil Law Convention on Corruption, Strasbourg 4.11.1999, European Treaty Series no. 174

OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 21 November 1997

United Nations Convention against Corruption, New York, 31 October 2003

Litteratur

Böcker

Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, version till 1 juli 2013, Norstedts Juridik AB (Zeteo)

Arrowsmith, Sue: *The law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, third edition, Sweet & Maxwell, London 2014

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Lijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka och Vogel, Hans-Heinrich: *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, tolfte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2012

Cars, Thorstens: *Mutbrott och korruptiv marknadsföring*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2012

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, tredje upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm 2014

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.): *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2011

Institutet mot mutor, *Farliga förmåner – vad säger lagen om mutbrott och korruptiv marknadsföring*, sjätte upplagan, Institutet mot mutor, Stockholm 2013

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: *Juridisk metodlära (red. Mauro Zamboni)*, Studentlitteratur, Lund 2013

Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – en introduktion*, Studentlitteratur AB, Lund 2013

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm 2012

Trepte, Peter: *Public Procurement in the EU – a Practitioner's Guide*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2007

Ulfsdotter Forssell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling*, 10 kap. 1 §, Lexino 2013-07-01 (karnov)

Artiklar

Arrowsmith, Sue, Priess, Hans-Joachim, Friton, Pascal, "Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?". I: *Public Procurement Law Review*, 2009, 6, s. 257-282

Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap". I: *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 1-10

Pedersen, Kristian, "Upphandlingskrönika – self-cleaning". I: *Europarättslig tidskrift*, 2012 1, s. 172-177

Priess, Hans-Joachim, "The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive". I: *Public Procurement Law Review*, 2014 3, s. 113-123

Sandgren, Claes, "Är rättsdogmatiken dogmatisk?". I: *Tidskrift för Rettsvetenskap*, 2005, nr. 04-05, s. 648-656

Sundstrand, Andrea, "En granskning av svensk jurisprudence – HFD 2013 ref. 61", I: *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2015 nr 1, s. 110-115

Sundstrand, Andrea, "Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling", I: *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2014 s. 58-66

Sundstrand, Andrea, "Offentlig upphandling och korruption". I: *Juridisk Tidskrift* 1/2014/15, s. 105-128

Rapporter och vägledningar

Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda, S2013.011

Helping Countries Combat Corruption, The Role of the World Bank, Poverty Reduction and Economic Management, The World Bank, September 1997. Rapport hämtad från <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/coridx.htm>

Kammarkollegiet, upphandlingsstödet, *Att förebygga korruption – i offentlig upphandling*, 2011:11

Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, rapportserie 2013:6, Stockholm 2013

OECD Glossaries, Corruption, A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008. Rapport hämtad från <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm>

Riksrevisionens rapport, *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2

Sida, vårt arbete mot korruption, arbetssätt och metoder, hämtad 4 juni 2015 från: <http://www.sida.se/Svenska/sa-arbetar-vi/Arbetsatt-och-metod/Vart-arbete-mot-korruption/>

Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting*, rapport no.2 2012. Hämtad från <http://www.transparency-se.org>

The World Justice Project, Rule of Law Index 2014, 2014. Hämtad från <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>

United Nations Handbook on Practical Anti-corruption Measures for Prosecutors and Investigators, Vienna September 2004. Hämtad från <http://www.unodc.org>

United Nations Office on Drugs and Crime, UN guide for anti-corruption policies, November 2013. Hämtad från <http://www.unodc.org>

United Nations Office on Drugs and Crimes, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances, good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. Hämtad från <http://www.unodc.org>

Övrigt

Svenska akademins ordbok

Nationalencyklopedin

Elektroniska källor

Institutet mot mutor, Näringslivskod, ”Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner inom näringslivet”, hämtad 12 februari från: <http://institutetmotmutor.se>

Institutet mot mutor, om oss, hämtad 12 februari från: <http://institutetmotmutor.se/om-oss>

Jim Yong Kim, President, World Bank Group. Hämtad 4 april 2015 från: <http://live.worldbank.org/experts/dr-jim-yong-kim>

Press release: Corruption is ”Public Enemy Number One” in Developing Countries, says World Bank Group President Kim. Hämtad 11 februari 2015 från: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>

Transparency International, Curbing corruption in public procurement, hämtad 21 februari 2015 från: http://www.transparency.org/whatwedo/activity/curbing_corruption_in_public_procurement

Transparency International Sverige, korruption, vad är korruption, definitioner, hämtad 11 februari 2015 från: <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>

Uppdrag granskning riktlinjer och manualer. (februari 2014) Hämtad 2 februari 2015 från: <http://www.svt.se/ug/omug/las-uppdrag-granskning-riktlinjer-och-manualer>

Åklagarmyndigheten, kontakt, nationella åklagaravdelningen, hämtad 12 februari från: <http://www.aklagare.se/Sok-aklagare/Nationella-aklagaravdelningen/>

Rättsfallsförteckning

Sverige

Tingsrätt

Tingsrätten i Göteborg mål nr B 13092-10

Tingsrätten i Göteborg mål nr B 14942-10

Tingsrätten i Göteborg mål nr B 15921-11

Tingsrätten i Göteborg mål nr B 17904-10

Hovrätt

Hovrätten för västra Sverige mål nr B 2778-11

Hovrätten för västra Sverige mål nr B 4830-13

Förvaltningsrätt

Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 12831-11

Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 3500-13

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborg mål nr 2090-11

Kammarrätten i Göteborg mål nr 4442-09

Kammarrätten i Göteborg mål nr 7072-13

Kammarrätten i Jönköping mål nr 982-13

Kammarrätten i Jönköping mål nr 2022-12

Kammarrätten i Jönköping mål nr 3484-12

Kammarrätten i Jönköping mål nr 4211-08

Kammarrätten i Stockholm mål nr 1406-09

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3117-05

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3725-13

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3727-13

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3767-09

Kammarrätten i Stockholm mål nr 4081-13

Kammarrätten i Stockholm mål nr 4809-11

Kammarrätten i Stockholm mål nr 7153-12

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2005 ref. 47

RÅ 2010 ref. 79

HFD 2013 ref. 61

Europa

EU-domstolen

Fabricom, förenade målen C-21/02 och C-34/03, EU:C:2004:709

La Casina m.fl. och Consorzio G.f.M., förenade målen, C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94

Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:544

Assitur, C-538/07, EU:C:2009:71

Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808

Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801