

Juridiska institutionen
Juristprogrammet höstterminen 2013
Examensarbete 30 hp

Self-cleaning inom offentlig upphandling

- En möjlighet eller skyldighet för upphandlande myndighet?

Ingeli Petersson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Handledare: Erik Sandin
Examinator: Filip Bladini

Sammanfattning	1
Förord	2
1. Inledning	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Metod	5
1.4 Disposition	7
1.5 Avgränsningar	7
1.6 Terminologi	8
2. Upphandlingsreglerna	8
2.1 Upphandlingsregleringens syften	9
2.2 Primärrätten	10
2.2.1 <i>De allmänna rättsprinciperna</i>	10
2.3 Sekundärrätten	12
2.3.1 <i>Direkt effekt</i>	13
2.3.2 <i>Direktivet</i>	13
2.3.3 <i>De allmänna rättsprinciperna och sekundärrätten</i>	14
2.4 Praxis från EU-domstolen	14
2.4.1 <i>Fabricom</i>	15
2.4.2 <i>Assitur</i>	15
2.4.3 <i>Michaniki</i>	16
2.4.4 <i>Slutsatser</i>	16
2.5 Svensk rätt	16
2.5.1 <i>Obligatoriska uteslutningsgrunder</i>	17
2.5.2 <i>Frivilliga uteslutningsgrunder</i>	19
3. Konceptet self-cleaning	20
3.1 Begreppet self-cleaning	20
3.2 Relevanta self-cleaningåtgärder	21
3.2.1 <i>Klargörande av fakta</i>	21
3.2.2 <i>Avhjälpan av skada</i>	22
3.2.3 <i>Personalåtgärder</i>	22
3.2.4 <i>Strukturella åtgärder</i>	22
3.3 Finns utrymme enligt direktivet att ta hänsyn till self-cleaning?	22
3.4 Argumentation kring self-cleaning	23
3.4.1 <i>Upphandlande myndighets ekonomiska intresse och intresset av att kontraktet utförs</i>	24
3.4.2 <i>Förebygga korruption och övrig ekonomisk brottslighet</i>	24
3.4.3 <i>Offentliggöra värderingar</i>	25
3.4.4 <i>Säkerställa konkurrens på lika villkor</i>	25
3.4.5 <i>Bestraffning</i>	26
3.4.6 <i>Särskilt om proportionalitetsprincipen</i>	27
3.4.7 <i>Särskilt om likabehandlingsprincipen</i>	27
3.4.8 <i>Sammanfattning</i>	27
3.4.9 <i>Argument mot self-cleaning</i>	28
3.4.10 <i>Diskussion</i>	28
3.5 Self-cleaning i rättskällor på EU-nivå	29
3.6 Self-cleaning i svenska rättskällor	30
3.7 Jämförelse med andra rättsområden	32
3.7.1 <i>Skattebrottslagen</i>	32
3.7.2 <i>Konkurrenslagen</i>	32
3.7.3 <i>Brottsbalken</i>	33
3.7.4 <i>Diskussion</i>	33

4. Tillämpning av self-cleaning i svenska rättsfall	33
4.1 Uteslutning fem år efter den senaste ekonomiska brottsligheten var oproportionerligt	34
4.2 Leverantören argumenterade explicit för att uteslutning inte var tillåtet på grund av att self-cleaningåtgärder vidtagits	35
4.3 Vissa förbättrande åtgärder hade företagits av leverantören men det tilläts inte påverka utgången i målet	36
4.4 Överdebitering utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen och de av leverantören vidtagna åtgärderna påverkade inte leverantörens trovärdighet	37
4.5 Uteslutning var inte proportionerligt tio år efter brottet begåtts	38
4.6 Passivitet från upphandlande myndighet innebar att grund för uteslutning inte ansågs föreligga	38
4.7 Brukande av osanna fakturor i systerbolag utgjorde grund för uteslutning	39
4.8 Leverantörens passivitet då fel påtalats innebar att grund för uteslutning förelåg	39
4.9 Leverantören hade vidtagit åtgärder när problem påtalats och därmed ansågs allvarligt fel i yrkesutövningen inte föreligga	40
4.10 Inte tillräckligt klart att risken för liknande fel eliminerats	40
4.11 Då brott begåtts för åtta till tio år sedan ansågs det oproportionerligt att utesluta	41
4.12 Inte tillräckligt att leverantören justerat de felaktiga fakturorna efter påpekande från kommunen	42
4.13 Leverantören hade inte vidtagit åtgärder för att komma till rätta med problemen och därför ansågs uteslutning tillåten	42
4.14 Sammanfattande diskussion	43
4.14.1 <i>Self-cleaning i svensk rättspraxis</i>	43
4.14.2 <i>Proportionalitet</i>	44
4.14.3 <i>Tillräckliga åtgärder</i>	44
4.14.4 <i>Tidsaspekten</i>	45
4.14.5 <i>Passivitet</i>	45
4.14.6 <i>Slutsats</i>	46
5. Jämförelse med mål om upphandlingsskadeavgift	46
5.1 Upphandlingsskadeavgift	46
5.2 Upphandlingsskadeavgiften påverkades inte av att upphandlande myndighet vidtagit åtgärder för att komma till rätta med brister i verksamheten	47
5.3 Upphandlingsskadeavgiften påverkades inte av att upphandlande myndighet vidtagit åtgärder för att begränsa skadan av lagöverträdelsen	47
5.4 Då upphandlande myndighet själv upptäckte felaktig upphandling och anmälde detta till Konkurrensverket sattes upphandlingsskadeavgiften lägre	48
5.5 Diskussion	49
6. Analys av self-cleaning	50
6.1 Närmare om LOU 10 kap 2 § tredje stycket	50
6.2 Är self-cleaning en möjlighet eller skyldighet?	51
6.3 Vem gynnas av self-cleaning?	52
6.4 Oklart rättsläge	53
7. Slutsatser	54
7.1 Föreligger en möjlighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning?	54
7.2 Är upphandlande myndighet skyldig att ta hänsyn till self-cleaning?	55
7.3 Hur tillämpas self-cleaning i Sverige?	56
7.4 Avslutande reflektioner	56
Källförteckning	58

Sammanfattning

Denna uppsats är ägnad att undersöka konceptet self-cleaning som reglerar den situation då en leverantör vidtagit åtgärder för att undvika att tidigare förekommande oegentligheter upprepas i framtiden. Syftet med åtgärderna är att påvisa bättring och på så sätt att undvika uteslutning. Uteslutning från offentlig upphandling kan få stora negativa konsekvenser för leverantörer och därför är det viktigt att det finns möjlighet till undantag från uteslutning då det är motiverat i det enskilda fallet. I vissa medlemsländer inom EU har self-cleaning växt fram som ett koncept som reglerar när en leverantör som riskerar uteslutning har genomfört tillräckligt omfattande åtgärder för att undvika att tidigare oegentligheter upprepas i framtiden. Self-cleaning är idag inte uttryckligen reglerat i Sverige och inte heller på EU-nivå. Det är således oklart vilka åtgärder som krävs från en leverantör för att undvika uteslutning. Uppsatsen behandlar frågan om det föreligger en möjlighet eller skyldighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning, med hänsyn till EU-rätten. Det finns utrymme att hävda att proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen innebär att upphandlande myndighet är ålagd en skyldighet att ta hänsyn till self-cleaning. Uppsatsen visar dock på att svaret på frågan är beroende av hur man väljer att betrakta upphandlingsreglernas syfte på EU-nivå. För att betrakta self-cleaning som en skyldighet för upphandlande myndighet krävs att man accepterar att upphandlingsreglerna på EU-nivå har ett bredare syfte än enbart marknadsintegration. Uppsatsen undersöker även hur self-cleaning tillämpas i svenska domstolar idag. Resultatet av undersökningen visar sammantaget att svenska domstolar till viss del tillämpar konceptet self-cleaning inom ramen för den proportionalitetsbedömning som utförs vid överprövning i domstol. Slutligen konstateras att self-cleaning är ett koncept som är relevant och på ingång såväl i Sverige som på EU-nivå.

Förord

Jag vill rikta ett tack till Fredrik Rogö på Upphandlingsbolaget som varit behjälplig med ämnesval, rättsfallssökning och diskussioner. Samarbetet har bidragit med nya infallsvinklar under uppsatsskrivandets gång, vilket enligt min övertygelse påverkat uppsatsen till det bättre. Jag vill även tacka min handledare Erik Sandin för givande diskussioner vilket gett nya perspektiv under arbetet med uppsatsen.

Göteborg den 15 december 2013

Ingeli Petersson

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är den process där upphandlande myndighet tilldelar kontrakt eller ingår ramavtal med en leverantör avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.¹ Ekonomisk brottslighet, korruption och osund konkurrens är företeelser som aktivt motarbetas på såväl EU-nivå som nationell nivå och därför bör dessa begrepp lämpligen inte förknippas med offentlig upphandling. Som en led i att motverka oseriösa företag tillämpas en reglering där upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar *ska* utesluta en anbudsgivare från upphandling. Under andra omständigheter *får* den upphandlande myndigheten utesluta anbudsgivaren. Sådan uteslutning på grund av att anbudsgivaren misskött sig eller begått brottsliga handlingar kan dock inte ske för all framtid. I vissa fall kan det röra sig om oavsiktlig misskötsamhet eller om enskilda individer som ligger bakom att uteslutning drabbar hela företaget. Det måste därför finnas utrymme för rättelse för den leverantör som tidigare brutit mot reglerna.

Idag saknas enhetliga regler på EU-nivå och i Sverige avseende vad som krävs för att en anbudsgivare som tidigare misskött sig ska kunna ta sig tillbaka in på marknaden för offentlig upphandling. I vissa länder har begreppet self-cleaning etablerats inom området offentlig upphandling. Self-cleaning innebär att ett företag som tidigare ägnat sig åt oegentligheter kan undgå uteslutning genom att vidta vissa omfattande åtgärder. Sådana självsanerande åtgärder syftar till att förhindra att liknande oegentligheter uppstår i framtiden och att anbudsgivaren återigen ska tillåtas att delta i offentlig upphandling.² Tanken med konceptet self-cleaning är att ett företag genom omfattande åtgärder ska få ordning på problemen inom företaget. När detta är gjort ska inte längre någon anledning föreligga för upphandlande myndighet att utesluta anbudsgivaren. Istället ökar konkurrensen genom att fler företag får möjlighet att delta i upphandlingen vilket i sin tur förväntas leda till bättre anbud och i förlängningen en bättre användning av offentliga medel.³ Problemet är att det i Sverige är oklart vilka åtgärder som krävs för

¹ Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 37

² Pedersen, Upphandlingskrönika – self-cleaning, s. 175-176

³ Arrowsmith, Self-Cleaning in Public Procurement Law, s. 24-26

att undgå uteslutning.⁴ Det oklara rättsläget drabbar upphandlande myndigheter som får stå risken för att en offentlig upphandling leder till en tidskrävande och kostsam överprövning i domstol.

Konceptet self-cleaning är idag aktuellt på flera plan. Upphandlingsutredningen konstaterade i sitt delbetänkande att det föreligger ett behov av att klargöra vad som gäller vid self-cleaning.⁵ Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv innehåller också en ny bestämmelse som, utan att uttryckligen använda begreppet self-cleaning, reglerar vilka åtgärder som krävs från en anbudsgivare för att undgå vidare uteslutning.⁶ Mot bakgrund av detta uppstår frågan om upphandlande myndighet, i ljuset av EU-rätten, är skyldig att ta hänsyn till self-cleaning? Det är således relevant att undersöka konceptet self-cleaning för att fastställa vilka möjligheter respektive skyldigheter som redan idag föreligger när det gäller att ta hänsyn till self-cleaning.

1.2 Syfte och frågeställning

I uppsatsen undersöks konceptet self-cleaning. Syftet är att undersöka vilka *möjligheter* respektive *skyldigheter* upphandlande myndigheter har att ta hänsyn till åtgärder vidtagits av en leverantör för att undvika uteslutning. Vidare undersöks huruvida self-cleaning tillämpas i svenska domstolar och vad som tillmäts betydelse vid domstolarnas bedömning av huruvida grund för uteslutning föreligger.

Uppsatsen huvudsakliga frågeställningar formuleras enligt följande:

- Föreligger en möjlighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning?
- Är upphandlande myndighet skyldig att ta hänsyn till self-cleaning?
- Hur tillämpas self-cleaning i Sverige?

⁴ SOU 2011:73, s. 158

⁵ Ibid. s. 59

⁶ Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, artikel 55.4

1.3 Metod

Uppsatsen utgår från den rättdogmatiska metoden, som är den dominerande rättsvetenskapliga metoden i Sverige.⁷ Ändå råder viss oenighet om vad den rättdogmatiska metoden egentligen innebär.⁸ Inom ramen för denna uppsats innebär rättdogmatisk metod att gällande rätt fastställs med hjälp av rättskällevärdet, där lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin studeras för att fastställa gällande rätt.⁹ Då uppsatsen till stor del utgår från EU-rätten är det viktigt att notera att rättskällorna inom EU-rätten inte är identiska med svensk rätt.¹⁰ Inom EU-rätten spelar lagförarbeten en betydligt mindre roll än i Sverige. För att undersöka rättsaktens syften ger istället ingressen till rättsakterna ledning, trots att dessa inte är juridiskt bindande.¹¹ Vissa hävdar dock att förarbetenas roll inom EU-rätten håller på att förändras som en följd av den förbättrade tillgängligheten. Därför ökar användningen av förarbeten som en tolkningskälla inom EU-rätten.¹² Vidare har EU-domstolen utvecklat en omfattande rättspraxis som spelar en större roll för rättsutvecklingen jämfört med vad som vanligtvis gäller inom svensk rättstradition. Formellt sett är visserligen EU-domstolens avgöranden endast bindande i det enskilda fallet, men domstolarna följer i hög utsträckning sina tidigare avgöranden och bygger vidare på dem i nya avgöranden. Samma slutsats går även att dra utifrån EU-domstolens domsmotiveringar där hänvisningar ofta sker till tidigare avgöranden.¹³

Vid analysen av rättskällorna tillämpas teleologisk tolkning vilket innebär att ändamålen bakom reglerna tillmäts stor betydelse i oklara fall. Denna tolkningsmetod lämpar sig särskilt väl på området offentlig upphandling, som bygger på EU-direktiv, eftersom det är den tolkningsmetod som EU-domstolen främst nyttjar.¹⁴

Uppsatsen tar utgångspunkt i konceptet self-cleaning. Konceptet har använts som ett ramverk för att studera vilka möjligheter respektive skyldigheter som föreligger när det gäller att ta hänsyn till självsanerande åtgärder i Sverige. En framträdande källa är

⁷ Se t.ex. Peczenik, Juridikens allmänna läror SvJT 2005, s. 249-272

⁸ Se t.ex. Sandgren, Är rättdogmatiken dogmatisk? s. 648-656

⁹ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s. 36-40

¹⁰ Se t.ex. Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 40

¹¹ Bernitz m.fl, Finna rätt, s. 69-73

¹² Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 113-114

¹³ Bernitz m.fl, Finna rätt, s. 69-72

¹⁴ Hettne, Rättsprinciper som styrmedel, s. 57

boken "Self-Cleaning in Public Procurement Law". Boken behandlar konceptet self-cleaning ingående inom ramen för offentlig upphandling. I boken argumenterar Sue Arrowsmith med flera för att medlemsstater och upphandlande myndigheter inom EU måste ta hänsyn till self-cleaning för att respektera de grundläggande EU-rättsliga principerna. Utgångspunkten är att self-cleaning är ett framväxande koncept inom EU-rätten. Den grundläggande tanken är att self-cleaning är positivt för såväl anbudsgivare och upphandlande myndigheter som medlemsstaterna. Således driver författarna en tydlig tes, innebärande att self-cleaning är ett nödvändigt koncept inom offentlig upphandling. Författarnas utgångspunkter och syften är viktiga att ta i beaktande vid användningen av materialet.

Svensk litteratur inom ämnet offentlig upphandling är begränsad främst till övergripande läroböcker och lagkommentarer. Vad gäller konceptet self-cleaning är svenska källor knapphändiga och oftast behandlas ämnet inte alls. Kristian Pedersen har författat "Upphandlingskrönika - self-cleaning" som förklarar self-cleaning och konstaterar att det är ett intressant koncept. Pedersen företar dock ingen djupare analys utifrån svenska förhållanden utan utgår i princip enbart från ovan beskrivna bok "Self-Cleaning in Public Procurement Law".

Inom ämnesområdet offentlig upphandling finns ett begränsat antal avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) och därför spelar rättsfall från kammarrätterna en större roll än vad som annars är brukligt inom juridiken. Rättsfall från kammarrätterna är inte prejudicerande men i avsaknad av avgöranden från HFD har ändå kammarrättsavgöranden studerats för att ge en bild av hur svenska domstolar tar hänsyn till self-cleaning. Det är inte ovanligt att avgöranden i liknande kammarrättsfall går i olika riktning vilket resulterar i motsägelsefull praxis på upphandlingsrättens område. Då self-cleaning är ett relativt nytt begrepp har jag ansett det förtjänstfullt att även studera nyare rättsfall från förvaltningsrätterna för att undersöka hur parterna argumenterar gällande self-cleaning. Från EU-domstolen saknas praxis avseende self-cleaning och därför har undersökningen av praxis inriktats på svensk rätt. Däremot har rättsfall från EU-domstolen använts för att uttolka de allmänna rättsprinciperna inom EU-rätten och undersöka hur dessa tillämpats inom området offentlig upphandling.

För att finna relevanta rättsfall har jag använt Konkurrensverkets hemsida som har en databas med alla domstolsavgöranden inom offentlig upphandling. En begränsning i Konkurrensverkets sökmotor är att det i de flesta fall krävs ett målnummer för att hitta de rättsfall som är av intresse. Därför har jag tagit hjälp av praktiker inom offentlig upphandling för att orientera mig i rättsfallen på området. Jag även sökt rättsfall via databaserna Karnov, Zeteo och Infotorg.

1.4 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju kapitel och uppbyggd enligt följande. I kapitel 2 beskrivs upphandlingslagstiftningen med fokus på uteslutningsgrunderna. Dessutom diskuteras upphandlingsreglernas syften på EU-nivå och nationell nivå. Vidare undersöks self-cleaning som koncept och bakgrunden till att konceptet utvecklats i kapitel 3. Därefter, i kapitel 4, undersöks tillämpningen av self-cleaning i Sverige. Flera rättsfall beskrivs och analyseras vilket utmynnar i en sammanfattande diskussion där slutsatser och generaliseringar presenteras. Kapitel 5 innehåller en jämförelse mellan uteslutning och upphandlingsskadeavgift. I kapitlet undersöks hur domstolarna bedömt resonemang om self-cleaning i rättsfall som rör upphandlingsskadeavgift. Uppsatsens deskriptiva delar varvas genomgående med analyserande diskussioner för att undvika en isolerad och svårhanterlig analys i uppsatsen slutskede. Kapitel 6 innehåller en fullständig analys av self-cleaning på en djupare nivå. Kapitlet bygger vidare på de analyser som genomförts i det föregående. Avslutningsvis presenteras, i kapitel 7, de slutsatser som kan dras utifrån uppsatsens undersökning och analys.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som reglerar upphandling i den klassiska sektorn. För att undvika upprepning har jag valt att inte behandla upphandling inom försörjningssektorn. Därför lämnas lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) utanför denna uppsats. Däremot har rättsfall som bygger på lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) studerats och använts i begränsad omfattning. Valet att använda praxis rörande LOV beror på att det funnits lämpliga rättsfall att studera. LOV reglerar upphandling av tjänstekoncessioner vilket faller utanför LOU. En annan skillnad är att lagen inte bygger

på EU-direktiv.¹⁵ Praxis på området kan dock tjäna vägledande även avseende upphandling inom den klassiska sektorn, eftersom domstolarna använder sig av samma principer och liknande överväganden. Funktionsfördragets bestämmelser och de allmänna rättsprinciperna gäller nämligen även vid tjänstekoncessioner eftersom de anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁶

Uppsatsen utgår till stor del från EU-rätt, men tyngdpunkten i analysen ligger på den svenska kontexten. Detta val motiveras utifrån ambitionen att uppsatsen ska kunna utgöra ett hjälpmedel för praktiker i Sverige. Av samma anledning förutsätts läsaren inneha grundläggande kunskaper inom offentlig upphandling och därför behandlas inte historik och övriga grundläggande fakta kring upphandlingsprocessen som inte har direkt relevans för uppsatsens frågeställningar. För en allmän orientering i offentlig upphandling finns annan lämplig juridisk litteratur att studera¹⁷.

1.6 Terminologi

Inledningsvis är det lämpligt att kort kommentera vissa uttryck och begrepp som används i uppsatsen. Begreppen leverantör och anbudsgivare åsyftar samma sak men används omväxlande genom uppsatsen för att få en variation i texten. Detsamma gäller uttrycket self-cleaningåtgärder som används parallellt med formuleringen självsanerande åtgärder.

2. Upphandlingsreglerna

Förevarande avsnitt syftar till att redogöra för de svenska uteslutningsreglerna och den EU-rätt som utgör bakgrunden till den svenska regleringens utformning. Inledningsvis finns anledning att granska upphandlingsregleringens bakomliggande syften. Regleringens syften är centrala eftersom tolkningen av rättsregler och praxis görs mot bakgrund av dessa syften. I kapitlet redogörs vidare för EU-rätten och de viktiga principerna på upphandlingsområdet. Avslutningsvis beskrivs de svenska upphandlingsreglerna avseende uteslutning i kapitlets sista avsnitt.

¹⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 174

¹⁶ Sundstrand, *Offentlig upphandling - Primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 18

¹⁷ För den läsare som aldrig tidigare stött på ämnet offentlig upphandling kan "Upphandlingens grunder"-Pedersen eller "Offentlig upphandling - LOU och LUF" - Sundstrand tjäna som lämplig ingångspunkt till ämnet

2.1 Upphandlingsregleringens syften

Det finns olika intressen som potentiellt ligger till grund för medlemsstaternas nationella reglering av offentlig upphandling. Ett syfte kan vara att använda skattebetalarnas pengar på ett ändamålsenligt sätt. Regleringen kan också syfta till att motverka korruption samt främja öppenhet och likabehandling. Vidare kan ökad konkurrens utgöra ett ändamål som bidrar till utveckling och tillväxt. Tidigare användes offentlig upphandling ofta för att gynna nationella företag och bevara arbetstillfällen inom landet. Det är numera inte tillåtet eftersom den offentliga upphandlingen regleras på EU-nivå där protektionism inte är tillåtet.¹⁸

Det främsta syftet med regleringen av offentlig upphandling på EU-nivå är att främja den gränsöverskridande handeln.¹⁹ Det framgår bland annat av EU-domstolens praxis att upphandlingsdirektiven syftar till att undanröja hinder för fri rörlighet av varor och tjänster.²⁰ Det finns dock utrymme att diskutera syftet ytterligare eftersom det kommit att förändras och utvidgas under senare år. I kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv finns två kompletterande mål bestående av "effektivitet i offentliga utgifter" och upphandling som ett stöd för "gemensamma samhällliga mål".²¹ I en artikel som behandlar upphandlingsdirektivets syften hävdar dock Arrowsmith att effektivitet i offentliga utgifter eller så kallad "value for money" inte utgör ett självständigt ändamål i direktivet. Istället förväntas förverkligandet av den inre marknaden bidra till "value for money" utan att det utgör ett självständigt syfte i sig. "Value for money" bidrar inte i sig till marknadsintegration och därför finns inte heller utrymme att på EU-nivå införa regler som enbart syftar till effektivitet i offentliga utgifter.²² Däremot talar exempelvis själva införandet av de obligatoriska uteslutningsgrunderna för en annan slutsats. Bestämmelsen kan ses som ett exempel på ett steg mot en användning av uteslutning inom upphandling för att uppfylla andra mål än enbart förverkligandet av den inre marknaden. De obligatoriska uteslutningsgrunderna har inte ett marknadsintegrerande syfte utan syftar till att

¹⁸ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 2-7

¹⁹ SOU 2011:73, s. 12

²⁰ Mål C-380/98, University of Cambridge, p. 16

²¹ Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, Kom (2011) 896 slutlig, s. 2

²² Arrowsmith, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, s. 36-39

motverka ekonomisk brottslighet som riktar sig mot unionens intressen.²³ De obligatoriska uteslutningsgrunderna beskrivs mer utförligt längre fram i kapitlet, under avsnitt 2.5.1. Närmast följer en genomgång av rättskällorna och deras inbördes hierarki inom EU-rätten.

2.2 Primärrätten

Inom EU-rätten kan en uppdelning göras mellan primärrätt och sekundärrätt där primärrätten är överordnad.²⁴ Primärrätten består av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget), och fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget), samt rättighetsstadgan.²⁵ Reglerna i fördragen måste beaktas vid offentlig upphandling eftersom direktiv eller nationella bestämmelser inte får tolkas så att de strider mot dessa överordnade bestämmelser.²⁶

De viktigaste bestämmelserna för offentlig upphandling återfinns i funktionsfördraget. Artikel 34 reglerar fri rörlighet för varor, artikel 49 reglerar etableringsfriheten och artikel 56 reglerar fri rörlighet för tjänster.²⁷ Nämnade artiklar grundar sig i sin tur på principen om likabehandling som stadgas i artikel 18.²⁸ Dessa bestämmelser har direkt effekt enligt EU-domstolen²⁹, vilket i sammanhanget innebär att de kan åberopas av en leverantör inför nationell domstol.

2.2.1 De allmänna rättsprinciperna

För en korrekt förståelse av EU-rätten i allmänhet och regleringen av offentlig upphandling i synnerhet är det viktigt att vara medveten om de allmänna rättsprincipernas stora betydelse inom EU-rätten.³⁰ Beroende på vilket rättsområde som aktualiseras tillämpas rättsprinciperna på olika sätt.³¹ Därför kommer rättsprinciperna att studeras ytterligare utifrån praxis på upphandlingsrätten område under avsnitt 2.4.

²³ Arrowsmith & Kuntzlik, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, s. 497-498

²⁴ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 28

²⁵ Bernitz, Europarättens grunder, s. 28

²⁶ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s.35

²⁷ Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 26

²⁸ Bernitz, Europarättens grunder, s. 111-112

²⁹ Mål 26/62, Van Gend & Loos

³⁰ Bernitz, Europarättens grunder, s. 105

³¹ Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, s. 42-43

Regleringen av offentlig upphandling grundar sig således inte enbart på bestämmelserna om de grundläggande friheterna utan har även sin grund i de allmänna rättsprinciperna. De principer som är av störst betydelse inom offentlig upphandling är proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om öppenhet och principen om ömsesidigt erkännande.³² Principerna har sin grund i funktionsfördraget men utvecklas kontinuerligt genom EU-domstolens praxis, som därför utgör en viktig källa när det gäller att fastställa vad principerna innebär.³³ För att bidra till förståelsen av self-cleaning är de allmänna rättsprinciperna centrala, framför allt proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Därför är det lämpligt med en kort redogörelse för dessa två principer i det följande.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får ställa högre krav än nödvändigt i upphandlingar. De krav som ställs måste vara kontrollerbara och leda till att det eftersträvade målet uppnås.³⁴ Proportionalitetsprincipen blir relevant i förhållande till uteslutning eftersom uteslutning inte får ske i större utsträckning än vad som är nödvändigt för att uppnå målet.³⁵ Principen är även nära sammankopplad med konceptet self-cleaning, vilket behandlas vidare längre fram i uppsatsen.³⁶

För att undersöka hur en princip ska tillämpas inom ett ämnesområde är det, som ovan framhållits, lämpligt att ta utgångspunkt i hur domstolarna resonerar avseende principen. I sammanhanget är det därför till viss del problematiskt att EU-domstolen ofta enbart konstaterar att en proportionalitetsbedömning ska göras i fallet. EU-domstolen överlämnar därefter till den nationella domstolen att utföra proportionalitetsbedömningen. Följande proportionalitetstest har dock kunnat utläsas ur EU-domstolens praxis.

Vid valet av åtgärd ska den minst betungande åtgärden väljas. För att kontrollera att en åtgärd är att anse som proportionerlig kan följande tre steg tillämpas.

³² Direktiv 2004/18/EG, skäl 2

³³ Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, s. 31

³⁴ Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 35

³⁵ Mål C-213/07, Michaniki, p. 48

³⁶ Se avsnitt 3.4.6

1. Är åtgärden ägnad att tillgodose ändamålet?
2. Är åtgärden nödvändig, eller finns det mindre inskränkande alternativ för att uppnå ändamålet?
3. Står fördelen som åtgärden medför i rimlig proportion till den skada som drabbar de berörda?³⁷

Huruvida EU-domstolen använder sig av ett, två, eller tre steg är dock inte helt klarlagt. EU-domstolen har nämligen formulerat bedömningen på olika sätt i olika avgöranden. Det förefaller dock vara mindre viktigt exakt hur proportionalitetsbedömningen formuleras i teorin eftersom det i praktiken handlar om en bedömning av huruvida den nationella åtgärden går längre än nödvändigt för att uppnå det avsedda syftet.³⁸ Vid en undersökning av huruvida en viss åtgärd är proportionerlig blir således åtgärdens syfte avgörande. Därför spelar upphandlingsreglernas syfte en central roll för frågan om huruvida en viss åtgärd är proportionerlig i det enskilda fallet.

Likabehandlingsprincipen

Principen om likabehandling utgör grunden för reglerna om offentlig upphandling och i direktivet är skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen av central vikt.³⁹ Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer ska behandlas lika och att olika situationer ska behandlas olika om det inte finns sakliga skäl för särbehandling.⁴⁰

2.3 Sekundärrätten

Sekundärrätten tolkas mot bakgrund av primärrätten och består av förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer meddelanden och yttranden.⁴¹ Förordningar, direktiv och beslut är bindande rättskällor medan icke-bindande sekundärrätt utgörs av rekommendationer, meddelanden och yttranden.⁴² Då LOU implementerar det klassiska direktivet 2004/18/EG är det huvudsakligen detta direktiv som är av betydelse för den fortsatta framställningen. Fortsättningsvis i uppsatsen kommer benämningen direktivet därför att åsyfta det så kallade klassiska direktivet 2004/18/EG.

³⁷ Bernitz, Europarättens grunder, s. 118-119

³⁸ Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod s. 266-267

³⁹ Mål C-315/01, GAT, p. 73 och Mål C-243/89, Storebaelt, p. 33

⁴⁰ Mål C-210/03, Swedish Match, p. 70

⁴¹ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 28

⁴² Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 40-42

2.3.1 Direkt effekt

EU-fördragets artikel 288 stadgar att direktiven är bindande för medlemsstaterna avseende resultatet som ska uppnås. Det är sedan upp till de nationella myndigheterna att avgöra formen och tillvägagångssättet för genomförandet.⁴³ Utifrån detta synsätt saknar direktiven i grunden direkt effekt. EU-domstolens praxis visar emellertid på att direkt effekt kan föreligga i de fall då direktivet ålägger medlemsstaterna en precis skyldighet som inte kräver ytterligare rättsakter och inte ger utrymme för skönsmässig bedömning avseende genomförandet.⁴⁴ I ett tidigare avgörande från EU-domstolen fastslogs att individer endast kan åberopa den direkta effekten mot staten.⁴⁵ I ett senare avgörande har EU-domstolen genom en extensiv tolkning av begreppet stat inkluderat organisationer som staten gjort ansvarig för ett allmänt intresse och kontrolleras av staten.⁴⁶ Av detta följer att en leverantör kan åberopa direktivets direkta effekt gentemot upphandlande myndighet vid överprövning av en upphandling i svensk domstol. Det innebär att leverantören i en överprövning kan hämta stöd direkt i direktivet om den aktuella bestämmelsen implementerats felaktigt eller inte införts i svensk lagstiftning.⁴⁷ För det fall förutsättningarna för direkt effekt inte är uppfyllda ska ändå den nationella bestämmelsen tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syften, så kallad direktivkonform tolkning.⁴⁸ Sammantaget innebär detta att upphandlande myndighet kan åläggas skyldigheter utifrån direktivet, oavsett om dessa skyldigheter implementerats genom svensk lagstiftning.

2.3.2 Direktivet

Det klassiska direktivet utgör huvudsakligen ett minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna har frihet att utforma bestämmelser som går längre än direktivet. Vidare är det möjligt att på nationell nivå även reglera frågor som inte regleras av direktivet. En förutsättning för den nationella regleringen är dock att den håller sig inom ramarna för EU-rätten.⁴⁹ I vissa avseenden är dock upphandlingsdirektivet så detaljerat att det kan anses fullharmoniserade i dessa delar.⁵⁰ Samtidigt har EU-domstolen genom

⁴³ EU-fördraget, artikel 288

⁴⁴ Mål 41/74, Van Duyn, p. 6

⁴⁵ Mål 152/84, Marshall, p. 56

⁴⁶ Mål C-188/89, Foster, p. 20

⁴⁷ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 49-50

⁴⁸ Ibid. s.50-51, se även Mål 14/83, Von Colson, p. 26

⁴⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, s. 87

⁵⁰ Ibid. s. 93

sin tolkning av regelverket successivt minskat medlemsstaternas utrymme avseende reglernas implementering i nationell rätt.⁵¹

De obligatoriska uteslutningsgrunderna regleras i direktivets artikel 45 punkt 1 medan de frivilliga uteslutningsgrunderna regleras i punkt 2. De obligatoriska uteslutningsgrunderna tar sikte på grova brott som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen.⁵² Vad gäller de frivilliga uteslutningsgrunderna har EU-domstolen uttalat att tanken med bestämmelsen inte är att uteslutningsgrunderna ska tillämpas på ett enhetligt sätt inom EU. Det finns således ett utrymme för medlemsstaterna att utforma regleringen olika beroende på vilka sociala, ekonomiska eller rättsliga hänsyn som prioriteras i medlemslandet.⁵³

2.3.3 De allmänna rättsprinciperna och sekundärrätten

Som tidigare nämnts ska direktivet tolkas i ljuset av etableringsfriheten och den fria rörligheten för varor och tjänster. För att realisera dessa friheter krävs att principerna om proportionalitet, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och öppenhet respekteras i upphandlingsprocessen, vilket också slagits fast av EU-domstolen.⁵⁴ Numera är dessa principer även implementerade i den svenska lagstiftningen genom LOU 1 kap 9 §. Vid tillämpningen av LOU och uteslutningsgrunderna är det således ostridigt att hänsyn måste tas till principerna. Följaktligen begränsas upphandlande myndighets möjlighet att utesluta en leverantör av de allmänna rättsprinciperna.

2.4 Praxis från EU-domstolen

EU-domstolens praxis spelar en framträdande roll eftersom EU-rättens bestämmelser ofta är vaga. Därför löses tillämpningssvårigheterna kontinuerligt genom rättspraxis.⁵⁵ Inom offentlig upphandling är avgöranden från EU-domstolen således den viktigaste vägledningen för hur EU-rättens bestämmelser ska uttolkas.⁵⁶

⁵¹ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 131-134

⁵² Direktiv 2004/18/EG, artikel 45

⁵³ Förenade målen C-224/04 och C-228/04, *La Cascina*, p. 23

⁵⁴ Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 36-37

⁵⁵ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 49

⁵⁶ Sundstrand, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, s. 36-37

EU-domstolen använder en ändamålsinriktad tolkningsmetod som innebär att bestämmelsernas syfte till stor del styr tolkningen av reglerna.⁵⁷ Vid tolkningen spelar även de allmänna rättsprinciperna, som beskrivits ovan, en framträdande roll.⁵⁸ Gällande uteslutning och self-cleaning är proportionalitetsprincipen särskilt viktig. För att avgöra betydelsen av proportionalitetsprincipen inom området offentlig upphandling krävs en granskning av hur EU-domstolen tillämpat principen på området.⁵⁹ Nedan följer därför en kortfattad redogörelse och analys av tre domar från EU-domstolen där uteslutning och proportionalitet står i fokus.

2.4.1 Fabricom

Fråga i målet var om den belgiska lagstiftningen stred mot proportionalitetsprincipen. I lagstiftningen stadgades att personer som ansvarat för forskning, analys, experiment eller utveckling i en upphandling inte tilläts delta och lämna anbud i samma upphandling. EU-domstolen konstaterade att en sådan persons deltagande i upphandlingen riskerade att snedvrída konkurrensen. Regeln var således välgrundad med avseende på likabehandlingsprincipen. Däremot framhöll EU-domstolen att regeln, som inte gav den aktuella personen möjlighet att påvisa att det inte förelåg risk för snedvridning av konkurrensen i det enskilda fallet, gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet om likabehandling. Regeln stred följaktligen mot proportionalitetsprincipen.⁶⁰

2.4.2 Assitur

Fråga i målet var om den italienska lagstiftningen stred mot gemenskapsrätten. I lagstiftningen stadgades att företag som kunde utöva ett bestämmande inflytande över varandra inte tilläts delta i samma upphandling på grund av risken för snedvriden konkurrens. Även i detta fall konstaterade EU-domstolen att en ovillkorlig bestämmelse där företaget i det enskilda fallet inte gavs möjlighet att påvisa att risk för snedvridning av konkurrensen inte förelåg stred mot proportionalitetsprincipen.⁶¹

⁵⁷ Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 36

⁵⁸ Ibid. s. 73

⁵⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, s. 42-43

⁶⁰ Förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom

⁶¹ Mål C-538/07, Assitur

2.4.3 Michaniki

Fråga var om den grekiska lagstiftningen var förenlig med EU-rätten. I lagstiftningen stadgades att en person med ledande ställning i medieföretag skulle uteslutas från deltagande i byggentreprenadupphandlingar. Syftet med lagstiftningen var att motverka korrupktion, bedrägerier och snedvridning av konkurrensen. EU-domstolen konstaterade att syftena med lagstiftningen var likabehandling och öppenhet vilket utgjorde legitima mål i sig. EU-domstolen framhöll dock etableringsfriheten och fri rörlighet för tjänster och bedömde att presumptionen om en generell oförenlighet mellan mediesektorn och byggentreprenader, som inte gick att motbevisa, stred mot proportionalitetsprincipen.⁶²

2.4.4 Slutsatser

Då medlemsstaterna implementerar och tolkar EU-rätten måste alltid proportionalitetsprincipen respekteras. Utifrån ovanstående rättsfall kan konstateras att summariska uteslutningar där leverantörer inte erhåller möjlighet att visa att uteslutning inte är nödvändig i det enskilda fallet strider mot funktionsfördragets regler om fri rörlighet. EU-domstolens bedömning av nationella regler som är omöjliga att motbevisa förefaller hård. Denna slutsats påverkar diskussionen om förhållandet mellan konceptet self-cleaning och proportionalitetsprincipen som utvecklas längre fram i uppsatsen, se avsnitt 6.1.

2.5 Svensk rätt

För svenskt vidkommande har det klassiska direktivet implementerats genom LOU. Som ovan nämnts utgår direktivet från förverkligandet av EU:s inre marknad. Av detta följer att upphandlingslagstiftningens syfte inte främst tar sikte på den goda affären, utan lagstiftningens främsta ändamål består i att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt exempelvis för att gynna vissa leverantörer eller skapa handelshinder. Den fria rörligheten förväntas emellertid leda till sund konkurrens vilket i förlängningen bör leda till god kvalitet och fördelaktiga priser.⁶³ För att på ett meningsfullt sätt analysera begreppet self-cleaning krävs inledningsvis en kort genomgång av de relevanta bestämmelserna som avser uteslutning i svensk rätt och de tillämpningssvårigheter som aktualiseras där.

⁶² Mål C-213/07, Michaniki

⁶³ Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 30

2.5.1 Obligatoriska uteslutningsgrunder

LOU 10 kap 1 § reglerar de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Regleringen är relativt ny och har varit i kraft sedan den 1 januari 2008.⁶⁴ Bestämmelsen syftar till att förhindra att upphandlande myndigheter ingår avtal med leverantörer som begått brott som bland annat riktar sig mot unionens ekonomiska intressen. Det har även ur ett konkurrensperspektiv ansetts viktigt att oseriösa leverantörer inte tilldelas kontrakt.⁶⁵ De obligatoriska uteslutningsgrunderna enligt LOU 10 kap 1 § omfattas av följande brott.

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,
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,
3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller
4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG.⁶⁶

Det är enligt bestämmelsen möjligt att avstå från uteslutning om det föreligger särskilda skäl. Vidare anges i propositionen att proportionalitetsprincipen måste iakttas vid uteslutning. Brottets svårighet är en faktor som ska beaktas vid bedömningen av om särskilda skäl föreligger. Som exempel anges att den lägsta svårighetsgraden av brott till exempel penninghäleri och häleriförseelse endast undantagsvis bör föranleda uteslutning. Även den tid som förflutit sedan brottet begicks ska vägas in i bedömningen.

⁶⁴ Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, s. 43

⁶⁵ Prop. 2006/07:128, s. 225-226

⁶⁶ LOU 10 kap 1 §

Tvingande allmänna intressen, såsom skydd av allmän ordning, säkerhet eller hälsa, kan också utgöra särskilda skäl för att avstå från uteslutning i det enskilda fallet.⁶⁷

Upphandlande myndighet får inte systematiskt begära att leverantören visar att grund för uteslutning inte föreligger utan för detta krävs att det finns grundad anledning att anta att skäl för uteslutning föreligger.⁶⁸ Ett flertal tillämpningssvårigheter föreligger vilket tvingar upphandlande myndighet genomföra grundliga undersökningar och noggranna avvägningar innan beslut om uteslutning fattas.⁶⁹ En felaktig uteslutning kan nämligen leda till överprövning i domstol som kan resultera i att upphandlingen måste göras om eller rättas.⁷⁰

Brottsbalkens regler korrelerar inte med de EU-rättsliga bestämmelser som lagrummet hänvisar till, vilket försvårar tillämpningen. En kontroll måste i flera fall göras mot de rättsakter som lagrummet hänvisar till och det är således inte tillräckligt att företrädaren blivit dömd för till exempel bestickning enligt reglerna i den svenska brottsbalken. När det gäller uteslutningsgrunden bedrägeri måste bedrägeriet drabbat EU:s finansiella intressen för att vara uteslutningsgrundande. Följaktligen kan inte vilket bedrägeri som helst grunda uteslutning.⁷¹ Detta är några av de tillämpningssvårigheter som möter upphandlande myndighet i fråga om uteslutning.

En fråga som uppstår är om den fysiska person som begått något av de i bestämmelsen uppräknade brott är bärare av uteslutningsgrunden och kan uteslutas även då brottet begåtts innan han blev företrädare för företaget. Frågan besvarades i rättsfallet RÅ 2010 ref. 79 där ett brott som företrädaren begått i en jämförlig verksamhet ansågs utgöra grund för uteslutning. En fråga som inte klart besvarats av rättspraxis är hur tidsaspekten spelar in och om det är möjligt att tillämpa uteslutningsgrunderna under längre tid än vad som gäller för brottets straffskala.⁷² Dessa frågor är nära sammanknutna med begreppet self-cleaning och frågan avseende vilka åtgärder som krävs för att en leverantör ska undgå uteslutning.

⁶⁷ Prop. 2006/07:128 s. 236-237

⁶⁸ Ibid. s. 237-238

⁶⁹ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 320-330

⁷⁰ Se LOU 16 kap 6 §

⁷¹ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 323-329

⁷² Ibid. s. 321-330

2.5.2 Frivilliga uteslutningsgrunder

Direktivets bestämmelser om de frivilliga uteslutningsgrunderna har införlivats i LOU 10 kap 2 § som lyder enligt följande.

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

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
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,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap.

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 skyldigt 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 5.⁷³

Upphandlande myndighet har följaktligen rätt att begära att leverantören visar att grund för uteslutning inte föreligger enligt denna bestämmelse. Vad gäller allvarligt fel i yrkesutövningen gäller en omvänd reglering och då har istället upphandlande myndighet bevisbördan för att grund för uteslutning föreligger.⁷⁴

Endast de omständigheter som är relevanta för uppfyllandet av det aktuella kontraktet får beaktas vid bedömningen av om uteslutning ska ske.⁷⁵ Enligt Jan-Erik Falks lagkommentar är det inte möjligt att använda lagrummet i syfte att bestraffa en

⁷³ LOU 10 kap 2 §

⁷⁴ Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling s. 47

⁷⁵ Mål C-213/07, Michaniki, p. 54

leverantör. Vidare kan noteras att varken direktivet eller LOU behandlar tidsaspekten för hur långt efter att handlingen begåtts som den kan läggas till grund för uteslutning.⁷⁶

LOU 10 kap 2 § punkt 3 reglerar den situation där det föreligger en lagakraftvunnen dom mot leverantören. Punkt 4, allvarligt fel i yrkesutövningen, kan föreligga om det går att bevisa att leverantören begått ett brott men det inte fastställts i en dom.⁷⁷ Det är enligt rättspraxis tillräckligt att upphandlande myndighet kan göra sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.⁷⁸ Allvarligt fel i yrkesutövningen kan avse brott, men kan också föreligga om leverantören brutit mot etiska regler som gäller för den aktuella verksamheten.⁷⁹ Även avtalsbrott har ansetts kunna utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen.⁸⁰ Vidare framgår av EU-domstolens praxis att allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar negativt på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende.⁸¹

Som tidigare framförts är tanken enligt direktivet inte att denna bestämmelse ska tillämpas enhetligt i medlemsstaterna. Det är således möjligt för medlemsstaterna att mildra eller inte alls tillämpa regleringen för att på så sätt säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt lämnar anbud i upphandlingarna.⁸² Mot bakgrund av detta finns utrymme att argumentera för att self-cleaningåtgärder är möjliga att ta hänsyn till för upphandlande myndighet. Innan det är förtjänstfullt att gå djupare in på den diskussionen måste konceptet undersökas och beskrivas, vilket genomförs i följande kapitel.

3. Konceptet self-cleaning

3.1 Begreppet self-cleaning

Konceptet self-cleaning innebär att leverantörer tillerkänns möjligheten att ta sig tillbaka till marknaden för offentlig upphandling genom att påvisa att effektiva åtgärder

⁷⁶ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 330-333

⁷⁷ JP Infonet, Lagkommentar LOU 10 kap 2 §

⁷⁸ HFD 2013 ref. 61

⁷⁹ Rosén m.fl., Lagen om offentlig upphandling. En kommentar, s. 410

⁸⁰ Generaladvokat Gulmans förslag till dom i mål C-71/92, Kommissionen mot Spanien, p. 95

⁸¹ Mål C-465/11, Forposta, p. 27

⁸² Prop. 2006/07:128, s. 241

vidtagits för att förhindra att tidigare begångna brott eller oegentligheter upprepas i framtiden.⁸³ I sammanhanget kan noteras att de uteslutningsgrunderna som avser anbudsgivarens nuvarande ekonomiska situation inte lämpar sig för self-cleaningåtgärder, eftersom ett rådande tillstånd åsyftas avseende den ekonomiska situationen.⁸⁴ Self-cleaning handlar istället om att undanröja tidigare misskötsamhet som gjort att någon eller några av uteslutningsgrunderna uppfyllts. Min bedömning är därför att även den uteslutningsgrund som rör felaktiga upplysningar inte heller lämpar sig för self-cleaning, varför denna uteslutningsgrund inte kommer att behandlas vidare i denna uppsats.

I vissa länder inom EU, till exempel Tyskland och Österrike, är konceptet self-cleaning idag etablerat. Medan länder som till exempel Grekland och Frankrike däremot inte tar hänsyn till motsvarande åtgärder. I doktrinen har dock argumenterats för att erkännandet av self-cleaning är nödvändigt av hänsyn till EU-rättens grundläggande principer, främst proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.⁸⁵ Huruvida det finns grund för denna ståndpunkt är en av de viktigaste frågorna som undersöks i denna uppsats. Innan en diskussion kan föras kring den frågan krävs dock en genomgång av vad self-cleaning innebär.

3.2 Relevanta self-cleaningåtgärder

Vad som krävs för att självsanerande åtgärder som vidtagits ska anses tillräckliga måste bedömas från fall till fall, men i de länder där self-cleaning är ett erkänt begrepp brukar åtgärderna vanligtvis bestå av följande fyra faser. Klargörande av fakta och omständigheter, avhjälpande av uppkommen skada, personalåtgärder samt strukturella och organisatoriska åtgärder. Följande genomgång har tar utgångspunkt i tysk praxis och doktrin.⁸⁶

3.2.1 Klargörande av fakta

Första steget består av att leverantören aktivt ska samarbeta för att se till att alla fakta framkommer rörande oegentligheterna. Till detta hör att fastställa vilken personal som

⁸³ Arrowsmith, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, s. 2-3

⁸⁴ *Ibid.* s. 11

⁸⁵ *Ibid.* s. 2-3

⁸⁶ *Ibid.* s. 4

är inblandad. Leverantören ska också samarbeta med myndigheter eller andra som utreder ärendet. Denna inledande fas är nödvändig och lägger grunden för de efterföljande faserna.⁸⁷

3.2.2 Avhjälpan av skada

Om ekonomisk skada uppkommit ska de som lidit skada kompenseras av leverantören genom ekonomisk ersättning.⁸⁸

3.2.3 Personalåtgärder

Den personal som varit inblandad i oegentligheterna ska avskedas omgående. Om det rör sig om en aktieägare som varit inblandad får denne inte längre ha något inflytande över företaget, vilket kan ske genom till exempel försäljning av aktierna. Om det rör sig om ett ringa deltagande från någon i personalen kan däremot mindre ingripande åtgärder vara tillräckliga såsom exempelvis uppsägning eller en varning.⁸⁹

3.2.4 Strukturella åtgärder

Sista steget är framåtsyftande och handlar om att förhindra att leverantören begår liknande misstag igen. Sådana förebyggande åtgärder kan utgöras av utbildning i relevant lagstiftning i kombination med upprättande av riktlinjer och sanktioner som aktualiseras då riktlinjerna inte följs. Åtgärderna kan även omfatta införande av whistleblowerfunktioner,⁹⁰ extern revision eller kontroll, personalrotation på de avdelningar som är känsliga för korruption och så vidare.⁹¹

3.3 Finns utrymme enligt direktivet att ta hänsyn till self-cleaning?

I doktrinen har Arrowsmith argumenterat för att erkännandet av self-cleaning är nödvändigt utifrån de EU-rättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Den fråga som initialt måste besvaras är dock om direktivet överhuvudtaget lämnar ett utrymme för medlemsstaterna att ta hänsyn till self-cleaning.

⁸⁷ Ibid. s.5

⁸⁸ Ibid. s.5

⁸⁹ Ibid. s.5

⁹⁰ Whistleblowing är ett begrepp som syftar på processen där anställda slår larm om missförhållanden inom en organisation. Den anställda som slagit larm ska skyddas från repressalier. Se även Transparency International Sverige, Rapport no.1 2012, Whistlesblowing

⁹¹ Pedersen, Upphandlingskrönika – Self-cleaning, s. 175

Vad gäller de obligatoriska uteslutningsgrunderna stadgas i direktivet att medlemsstaterna har möjlighet att införa undantag till uteslutningsgrunderna med hänsyn till tvingande allmänna intressen.⁹² Arrowsmith undersöker möjligheten att ta hänsyn till konceptet self-cleaning på denna grund, men konstaterar att det är osäkert om det är möjligt att nå framgång med en sådan argumentation. Denna slutsats framkommer mot bakgrund av att tvingande allmänna intressen har ansetts kunna tillämpas endast i exceptionella fall såsom exempelvis gällande allmän hälsa, nationell säkerhet eller militär upphandling. Arrowsmith framhåller att om det vore möjligt att ta hänsyn till self-cleaning redan på denna grund skulle det innebära en *möjlighet* för medlemsstaterna att ta hänsyn till self-cleaning.⁹³

I direktivets artikel 45 punkt 1 stadgas också att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpningen av bestämmelsen i enlighet med nationell lagstiftning och i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen.⁹⁴ Kravet på överensstämmelse med EU-rätten innebär att de allmänna rättsprinciperna måste respekteras. Proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen är de principer som Arrowsmith hävdar medför en skyldighet att ta hänsyn till self-cleaning. Mot bakgrund av bestämmelsens hänvisning hävdar Arrowsmith att medlemsstaterna således är *skyldiga* att ta hänsyn till self-cleaning.⁹⁵

Avseende de frivilliga uteslutningsgrunderna återfinns i artikel 45 punkt 2 ett liknande stadgande som understryker att medlemsstaterna ska ta hänsyn till gemenskapsrätten då villkoren enligt denna punkt fastställs.⁹⁶ Enligt Arrowsmiths resonemang innebär det att medlemsstaterna är *skyldiga* att ta hänsyn till self-cleaning även vid tillämpning av de frivilliga uteslutningsgrunderna.⁹⁷

3.4 Argumentation kring self-cleaning

Arrowsmiths argumentation grundar sig i att uteslutningsgrundernas syfte uppnås lika bra eller bättre med en tillämpning av konceptet self-cleaning. För att analysera det

⁹² Direktiv 2004/18/EG, artikel 45 punkt 1

⁹³ Arrowsmith, Self-Cleaning in Public Procurement Law, s. 9-10

⁹⁴ Direktiv 2004/18/EG, artikel 45 punkt 1

⁹⁵ Arrowsmith, Self-Cleaning in Public Procurement Law, s. 10

⁹⁶ Direktiv 2004/18/EG, artikel 45 punkt 2

⁹⁷ Arrowsmith, Self-Cleaning in Public Procurement Law, s. 10-11

aktuella påståendet krävs en undersökning av de syften som ligger till grund för reglerna om uteslutning. Sedan följer en undersökning av möjligheterna att genom self-cleaning uppnå samma syften. Det framgår ingenstans explicit vilka ändamål som ligger bakom direktivets uteslutningsgrunder. Enligt Arrowsmith är det likväl möjligt att utläsa följande potentiella ändamål avseende uteslutningsgrunderna.

3.4.1 Upphandlande myndighets ekonomiska intresse och intresset av att kontraktet utförs

Arrowsmith argumenterar för att tanken med uteslutning är att förebygga att upphandlande myndigheter upprättar kontrakt med opålitliga leverantörer. Från det perspektivet kan både de obligatoriska och de frivilliga uteslutningsgrunderna ses som ett sätt att skydda den offentliga budgeten och intresset av att kontraktet utförs. Detta synsätt bygger på tanken att det föreligger större risk att företag som ägnat sig åt oegentligheter inte kommer att fullgöra kontraktet.⁹⁸

Enligt Arrowsmith kan self-cleaning bidra till att förhindra att kontrakt sluts med oseriösa leverantörer i samma utsträckning som uteslutning. För det fall fullständiga self-cleaningåtgärder genomgått av leverantören finns inte längre anledning att inte förlita sig på leverantören. Arrowsmith argumenterar även för att man generellt kan sätta större tilltro till ett företag som genomgått en omfattande self-cleaning. Då organisationen genomgått genomgripande förändringar och är utsatt för kontroll är risken för oegentligheter till och med är mindre än i ett företag som inte genomgått liknande åtgärder, enligt Arrowsmith.⁹⁹

3.4.2 Förebygga korruption och övrig ekonomisk brottslighet

De obligatoriska uteslutningsgrundernas utformning som förbjuder viss ekonomisk brottslighet talar för att ett av ändamålen med uteslutningsgrunderna är förebyggande gentemot dessa specifika handlingar, enligt Arrowsmith. Även de frivilliga uteslutningsgrunderna kan syfta till att avskräcka leverantörer från ekonomisk brottslighet och korruption.¹⁰⁰

⁹⁸ Ibid. s. 17-18

⁹⁹ Ibid. s. 24-25

¹⁰⁰ Ibid. s. 18-20

Arrowsmith argumenterar för att även self-cleaningåtgärder verkar i förebyggande syfte. Då företag som ägnat sig åt oegentligheter genomgår self-cleaning kommer dessa undvika att upprepa liknande misstag i framtiden. Möjligheten till self-cleaning motiverar leverantörer att komma till rätta med problem i företagen. Vidare ser Arrowsmith inte några problem med self-cleaning som ett undantag till uteslutning. Möjligheten till undantag förtar inte den avskräckande effekten, enligt Arrowsmith. Risken för uteslutning och kravet på self-cleaning fungerar avskräckande eftersom att self-cleaningåtgärder är kostsamma och tidskrävande samtidigt som det är osäkert i vilken mån de kommer att bedömas såsom tillräckliga i det enskilda fallet.¹⁰¹

3.4.3 Offentliggöra värderingar

Uteslutning kan enligt Arrowsmith också syfta till att påverka rådande värderingar i samhället och på företagsnivå. Genom att använda uteslutning i offentlig upphandling tillkännages vilka handlingar som inte är acceptabla och på så sätt kan även en förändring ske på samhällsnivå.¹⁰² Arrowsmith hävdar att self-cleaningåtgärder på liknande sätt bidrar till att förstärka dessa värderingar. Uteslutningsgrunderna finns fortfarande kvar och att i individuella fall ta hänsyn till self-cleaning motverkar inte främjandet av viktiga värderingar.¹⁰³

3.4.4 Säkerställa konkurrens på lika villkor

För att förhindra att oseriösa leverantörer erhåller ett konkurrensövertag kan uteslutning säkerställa att alla deltar i upphandlingen på lika villkor.¹⁰⁴ Arrowsmith menar att en fullständig self-cleaning innebär att företaget inte längre innehar några konkurrensfördelar. När konkurrensfördelarna eliminerats finns ingen anledning att utesluta leverantören. En uteslutning i detta fall skulle istället strida mot det klassiska direktivets främsta syfte; den fria marknaden. Vidare framhåller Arrowsmith att fler anbudsgivare i upphandlingar generellt är positivt för konkurrensen.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ibid. s. 25-26

¹⁰² Ibid. s. 20

¹⁰³ Ibid. s. 26

¹⁰⁴ Ibid. s. 21

¹⁰⁵ Ibid. s. 26

3.4.5 Bestraffning

Uteslutning kan också syfta till att utgöra en sanktion för att bestraffa leverantörer som inte följer lagar och regler. Huruvida detta verkligen utgör ett syfte enligt direktivet är en angelägen fråga eftersom ett sådant syfte skulle kunna utgöra ett skäl för att inte acceptera doktrinen om self-cleaning.¹⁰⁶ Är lagstiftarens syfte att bestraffa blir self-cleaning svårare att motivera.

Avseende de obligatoriska uteslutningsgrunderna bedömer Arrowsmith att direktivet borde ha hänvisat till kompetensen att införa reglering i bestraffande syfte som en av grunderna för införandet av direktivet om syftet verkligen var bestraffning. Samtidigt har uteslutningsgrunderna ett uttalat preventivt syfte och kommissionen borde uttalat att det även föreligger ett bestraffningssyfte om så vore fallet. Arrowsmiths slutsats är således att de obligatoriska uteslutningsgrunderna inte har ett syfte att bestraffa.¹⁰⁷

Vad gäller de frivilliga uteslutningsgrunderna finns enligt Arrowsmith däremot ingenting som förefaller hindra medlemsstaterna från att använda uteslutning i bestraffande syfte.¹⁰⁸ Här har medlemsstaterna ett större utrymme att utforma lagstiftningen utefter de hänsyn som prioriteras i det egna medlemslandet.¹⁰⁹ Detta utrymme har också utnyttjats av exempelvis Frankrike vars regler tillåter bestraffning genom att uteslutning fastställs under en viss tid. Det talar i sig för att vissa medlemsstater bedömer att det föreligger en möjlighet till bestraffning med hjälp av uteslutning. Arrowsmith framhåller att åtgärder som påverkar de grundläggande friheterna dock alltid måste respektera de allmänna principerna. Arrowsmith hävdar att det finns utrymme att argumentera för att proportionalitetsprincipen helt eller i hög utsträckning förhindrar att uteslutning används som bestraffning överhuvudtaget. Vidare anför Arrowsmith att fängelsestraff eller straffavgifter uppnår samma syfte som de frivilliga uteslutningsgrunderna eftersträvar utan att dessutom hindra leverantörer från att delta i offentlig upphandling.¹¹⁰

¹⁰⁶ Ibid. s. 21-22

¹⁰⁷ Ibid. s. 23-24

¹⁰⁸ Ibid. s. 21-23

¹⁰⁹ Förenade målen C-224/04 och C-228/04, La Cascina, p. 23

¹¹⁰ Arrowsmith, Self-Cleaning in Public Procurement Law, s. 21-23

3.4.6 Särskilt om proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att den minst ingripande åtgärden ska väljas för att uppnå ett visst ändamål. Med utgångspunkt i proportionalitetstestet ska en åtgärd vara nödvändig och det får inte finnas alternativa mindre ingripande åtgärder som kan användas för att uppnå målet.¹¹¹ Ovanstående genomgång har påvisat att uteslutning inte är nödvändig i de fall där omfattande self-cleaningåtgärder vidtagits. Då uteslutning inte är nödvändig är den inte heller tillåten på grund av proportionalitetsprincipen. Doktrinen om self-cleaning kan således användas som en mindre ingripande åtgärd som är tillåten med hänsyn till proportionalitetsprincipen.¹¹²

Vidare finns utrymme att argumentera för att proportionerna mellan förekomsten av misskötsamhet och felfritt beteende bör påverka bedömningen av huruvida grund för uteslutning föreligger. En tillämpning av resonemanget innebär exempelvis att en leverantör som skött sig under långt tid och begår ett misstag har en fördel framför den leverantör som missköter sig direkt. Liknande resonemang kan föras då det rör sig om en person som misskött sig i ett företag med flera tusen anställda, kontra ett företag med ett fåtal personer anställda där en av dessa ägnat sig åt oegentligheter. Det beskrivna resonemanget kan anses följa av proportionalitetsprincipen.¹¹³

3.4.7 Särskilt om likabehandlingsprincipen

Arrowsmith argumenterar även för att likabehandlingsprincipen medför att hänsyn måste tas till self-cleaningåtgärder. Lika fall ska behandlas lika medan olika fall ska behandlas olika i enlighet med likabehandlingsprincipen. I denna kontext innebär det att en tidigare misskötsam leverantör som genomgått self-cleaning inte får behandlas på samma sätt som en misskötsam leverantör som inte kommit till rätta med oegentligheter i företaget.¹¹⁴

3.4.8 Sammanfattning

Enligt Arrowsmith kan de ovan beskrivna ändamålen som föranleder uteslutningsreglerna uppnås på likvärdigt sätt eller bättre genom tillämpning av

¹¹¹ Se avsnitt 2.1.2 ovan där proportionalitetstestet beskrivs

¹¹² Arrowsmith, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, s. 23-27

¹¹³ *Ibid.* s. 85

¹¹⁴ *Ibid.* s. 28-29

doktrinen om self-cleaning. När det gäller bestraffning som ändamål så skiljer sig slutsatserna mellan de obligatoriska uteslutningsgrunderna och de frivilliga uteslutningsgrunderna åt. I fråga om de frivilliga uteslutningsgrunderna ser Arrowsmith ett utrymme för medlemsländerna att tillämpa uteslutning i ett bestraffningssyfte. Däremot förefaller de obligatoriska uteslutningsgrunderna, enligt Arrowsmiths bedömning, inte inneha ett syfte att bestraffa. Proportionalitetsprincipen sätter dock gränsen för uteslutningsgrunderna och medlemsstaterna måste ta self-cleaning i beaktande såväl vad gäller de obligatoriska som frivilliga uteslutningsgrunderna.

3.4.9 Argument mot self-cleaning

Roman Majtan som är upphandlingsanalytiker på Världsbanken har undersökt self-cleaning genom att applicera teorin på sanktionssystemen hos Världsbanken och USA. Trots att de regler han studerat inte bygger på EU-rätt är resonemangen ändå intressanta att studera inom ramen för denna uppsats. De väsentliga slutsatserna från Majtans undersökning består i att uteslutning främst har en avskräckande funktion som skulle förloras om uteslutning avskaffas till fördel för self-cleaning. Samtidigt medger Majtan att konkurrens är en viktig del i offentlig upphandling och att self-cleaning kan medföra en större konkurrens genom att fler företag får möjlighet att delta i upphandlingar.¹¹⁵ Majtan hävdar att ett sätt att minska uteslutningstiden är att leverantören tvingas kompensera skadan. För att åstadkomma en avskräckande effekt krävs dock att avgiften sätts högre än enbart ett återställande. Böter är enligt Majtan ett avskräckande medel som skulle kunna ersätta uteslutning.¹¹⁶ Majtan förespråkar sammanfattningsvis ett mer flexibelt sanktionssystem som tar hänsyn till återställande av skada och där uteslutning inte är ett mål i sig.¹¹⁷

3.4.10 Diskussion

Det argument som enligt min bedömning har mest bäring mot doktrinen om self-cleaning är risken att self-cleaning innebär att uteslutningsreglernas preventiva syfte äventyras. Om företagen vet att möjligheten till self-cleaning föreligger kan det i sin tur innebära en mindre respekt för lagar och regler. Samtidigt bör framhållas att self-

¹¹⁵ Majtan, *The George Washington Law Review* volume 45, No2, 2013, *The self-cleaning dilemma: Reconciling competing objectives of procurement process*, s. 345-347

¹¹⁶ *Ibid.* s. 342

¹¹⁷ *Ibid.* s. 345-347

cleaning aldrig innebär en automatisk rätt att återigen delta i upphandling, utan en bedömning måste göras i det enskilda fallet. Mot bakgrund av detta ser jag ingen stor risk att self-cleaning skulle förta uteslutningsreglernas preventiva funktion.

En annan invändning som jag bedömer har relevans är att upphandlande myndighet vill behålla allmänhetens förtroende och undvika att sluta kontrakt med oseriösa aktörer. Vissa brott eller fel i yrkesutövningen är så allvarliga att de motiverar utestängning under viss tid för att markera att sådana handlingar inte accepteras. I övrigt är min bedömning att Arrowsmith för en stark argumentation som har stöd i de allmänna principerna. Eftersom självsanerande åtgärder utgör en mindre ingripande åtgärd som uppnår samma syften som uteslutning skulle det därför enligt proportionalitetsprincipen kunna krävas att upphandlande myndighet beaktar self-cleaningåtgärder som genomförts i tillräcklig omfattning.

3.5 Self-cleaning i rättskällor på EU-nivå

Kommissionen framhåller i sin grönbok att självsanerande åtgärder är en viktig fråga. Användningen av self-cleaning kan, enligt kommissionen, hjälpa upphandlande myndigheter att genomföra en objektiv och fullständig prövning av huruvida grund för uteslutning föreligger i det enskilda fallet. Samtidigt konstateras att artikel 45 idag tillåter medlemsstaterna att ta hänsyn till self-cleaningåtgärder.¹¹⁸ Det nuvarande direktivet reglerar dock inte self-cleaning och därför saknas en enhetlig reglering på EU-nivå. Vidare saknas även praxis från EU-domstolen avseende self-cleaning.

Däremot innehåller kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv en bestämmelse som hanterar betydelsen av self-cleaning. Förslaget, som förefaller vara utformat mot bakgrund av konceptet self-cleaning, trots att begreppet inte nämns explicit, lyder som följer.

Varje anbudssökande eller anbudsgivare som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1–3 får lämna bevis till den upphandlande myndigheten som visar deras tillförlitlighet, trots att det föreligger skäligen orsaker till uteslutning. I detta syfte ska anbudssökanden eller anbudsgivaren visa att de har ersatt eventuella skador som orsakats av

¹¹⁸ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling ed sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, s. 53

brottet eller det allvarliga felet i fråga, att de har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personliga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel. Den upphandlande myndigheten ska bedöma de åtgärder som vidtagits av anbudssökandena och anbudsgivarna och ta hänsyn till allvaret och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga. Om den upphandlande myndigheten anser att åtgärderna är otillräckliga ska den ange skälen till detta i sitt beslut.¹¹⁹

Förslaget har inte antagits och hur den slutliga versionen kommer att se ut går bara att spekulera om. För det fall förslaget går igenom innebär det att self-cleaning uttryckligen blir tillåtet, till skillnad från idag då self-cleaning inte uttryckligen är otillåtet. Det påverkar i sin tur bedömningen av huruvida self-cleaning utgör en möjlighet eller skyldighet för upphandlande myndighet. Ovanstående skrivning stadgar att upphandlande myndighet ”ska bedöma de åtgärder som vidtagits av anbudssökandena” vilket enligt min bedömning utgör en skyldighet att beakta de åtgärder som leverantören kan påvisa. Ur förslaget kan uttolkas att self-cleaning är på väg att erkännas av lagstiftaren på EU-nivå, vilket ligger i linje med Arrowsmiths teori om self-cleaning som ett framväxande koncept. Då förslaget ännu inte antagits är det av intresse att studera samspelet mellan self-cleaning och de EU-rättsliga principerna för att fastställa hur principerna samspelar med konceptet self-cleaning idag.

Tilläggas kan att förslaget till nytt upphandlingsdirektiv även innehåller bestämmelser som ålägger medlemsländerna att fastställa en tidsgräns för hur länge uteslutning är tillåtet. Enligt förslaget får maximalt fem år passera från lagakraftvunnen dom till uteslutning. Avseende de frivilliga uteslutningsgrunderna är tidsgränsen tre år.¹²⁰

3.6 Self-cleaning i svenska rättskällor

I delbetänkandet till upphandlingsutredningen konstateras att det är oklart vilka omständigheter och hur lång tid som krävs för att en leverantör åter ska få delta i en upphandling efter uteslutning med stöd av LOU 10 kap 1 § eller 2 §.¹²¹ I delbetänkandet

¹¹⁹ Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, artikel 55.4

¹²⁰ Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, 2011/0438 (COD), 16725/1/12 REV 1, artikel 55.4a

¹²¹ SOU 2011:73, s. 158

fastslås att det föreligger ett behov av förtydligande kring vad som gäller vid self-cleaning.¹²²

Konkurrensverket är av uppfattningen att det vid uteslutning är möjligt att ta hänsyn till self-cleaningåtgärder som en leverantör vidtagit med anledning av tidigare oegentligheter. Utan närmare redogörelse anger Konkurrensverket att sådana åtgärder kan utgöra särskilda skäl enligt LOU 10 kap 1 § och vägas in i proportionalitetsbedömningen enligt LOU 10 kap 2 §.¹²³

I Falks lagkommentar till LOU anförs att det inte är givet att uteslutning får tillämpas om den uteslutningsgrundande handlingen begåtts för flera år sedan. Det får bedömas från fall till fall beroende på omständigheterna. Enligt Falk får uteslutningsgrunderna inte tillämpas för att straffa anbudsgivare. Vidare framhålls i kommentaren att om den som lämnat felaktiga uppgifter avsatts så bör hänsyn tas till det. Sannolikt spelar det också in att åtgärder vidtagits för att brottet inte ska upprepas.¹²⁴ Det kan konstateras att det här återfinns stöd för att self-cleaning bör spela in vid tillämpningen av uteslutningsgrunderna. Uttalandena i lagkommentaren får dock anses försiktiga och det slås på intet sätt fast hur och när upphandlande myndighet kan eller måste ta hänsyn till åtgärder som anbudsgivaren vidtagit. Doktrinen om self-cleaning kan enligt min mening potentiellt användas som ett klagörande koncept i dessa frågor.

Carl Bokwall och Per-Owe Bumgarth diskuterar uteslutningsreglerna och self-cleaning i en artikel där de framhåller att self-cleaning är ett intressant koncept som kan bidra till en mer nyanserad proportionalitetsbedömning. De konstaterar att tiden som gått mellan brottet och upphandlingen är av central vikt vid proportionalitetsbedömningen. Uteslutningsreglerna kan drabba leverantörer orättvist hårt om domstolarna fäster vikt vid den tid som förflutit sedan brottet lagfördes istället för tiden sedan brottet begicks. Det faktum att en leverantör utesluts från offentliga upphandlingar blir nästintill en form av näringsförbud. Därför är det viktigt att leverantörer inte utesluts från upphandlingar under längre tid än nödvändigt, enligt Bokwall och Bumgarth.¹²⁵

¹²² SOU 2011:73, s. 59

¹²³ Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, s. 53-54

¹²⁴ Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 333-334

¹²⁵ Bumgarth & Bokwall, Då får dömda delta i upphandling, Upphandling24, 2013-11-07

Pedersen intar i sin upphandlingskrönika en positiv inställning till kommissionens förslag till bestämmelser om self-cleaning. Han framhåller att oegentligheter ibland kan uppstå även inom seriösa företag och att uteslutning leder till allvarliga konsekvenser för leverantören och dess medarbetare. Pedersen påpekar att det därför är lämpligt att möjliggöra undantag från uteslutning i de fall där det är motiverat med hänsyn till proportionalitetsprincipen som stadgas i LOU 1 kap 9 §.¹²⁶

3.7 Jämförelse med andra rättsområden

Konceptet self-cleaning återfinns även inom andra rättsområden i svensk rätt. Då det saknas uttryckliga regler om self-cleaning på upphandlingsrättens område kan det vara förtjänstfullt att företa en jämförelse med liknande rättsområden. Syftet med jämförelsen är att studera hur lagstiftaren utformat uttryckliga regler om self-cleaning och vad som ligger bakom dessa regleringar.

3.7.1 Skattebrottslagen

I skattebrottslagen (1971:69) 12 § finns en möjlighet till ansvarsfrihet vid frivillig rättelse. Tanken bakom regleringen är att den skyldige bör ha möjlighet att vidta rättelse så länge det finns anledning att tro att den oriktiga uppgiften inte är upptäckt. Det är möjligt att lämna frivillig rättelse även om det sker på grund av medvetenhet om att Skatteverket kommer att utföra en kontrollaktion. En felaktig uppgift i en tidigare deklARATION kan upptäckas om korrekta uppgifter lämnas i en senare deklARATION. Om inte möjligheten till frivillig rättelse finns är risken stor att den skattskyldige uppger felaktiga uppgifter även i efterkommande deklARATION för att undvika upptäckt. Frivillig rättelse innebär således att det blir enklare att upphöra med skattebrott samtidigt som förutsättningarna förbättras för att rätta många beslut på ett enkelt sätt.¹²⁷

3.7.2 Konkurrenslagen

Vad gäller konkurrenslagstiftningen återfinns en möjlighet till eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgiften i konkurrenslagen (2008:579) 3 kap 12-14 §§. Eftergift kan ske då företaget är först att anmäla överträdelsen till Konkurrensverket.¹²⁸ Nedsättning

¹²⁶ Pedersen, Upphandlingskrönika – self-cleaning, s. 177

¹²⁷ Zeteo, Lagkommentar skattebrottslagen 12 §, Hämtad 2013-10-20

¹²⁸ Konkurrenslagen 3 kap 12 §

kan ske då företaget lämnar uppgifter som i väsentlig mån underlättar utredningen av överträdelsen.¹²⁹ Vidare krävs att företaget lämnar all information och bevisning till Konkurrensverket, aktivt samarbetar, inte försvårar utredningen samt upphör med överträdelsen för att nedsättning eller eftergifts ska aktualiseras.¹³⁰

3.7.3 Brottsbalken

Vid straffmätning på grund av brottslig gärning ska domstolen enligt brottsbalken (1962:700) ta hänsyn till bland annat om den tilltalade frivilligt angett sig eller försökt avhjälpa de skadliga verkningarna av brottet.¹³¹ En liknande reglering återfinns i reglerna kring företagsbot. Regleringen innebär bland annat att företagsboten får sättas lägre om näringsidkaren försökt begränsa de skadliga verkningarna av brottet eller om näringsidkaren frivilligt angett brottet.¹³²

3.7.4 Diskussion

Tanken med ovanstående regleringar är således att i första hand underlätta för enskilda och företag att anmäla oegentligheter eller vidta rättelse. Genom ansvarsfrihet eller eftergift skapas incitament för att anmäla och upphöra med lagöverträdelser. Det verkar i sin tur för öppenhet och bidrar till att felaktigheter kommer upp till ytan istället för att mörkas. Self-cleaningliknande åtgärder tillmäts följaktligen betydelse inom andra rättsområden i Sverige. Syftet med de beskrivna reglerna sammanfaller i hög grad med syftet beträffande self-cleaning inom offentlig upphandling. Ett analogislut utifrån ovan beskrivna lagstiftning skulle innebära att doktrinen om self-cleaning bör accepteras och lagstadgas även på upphandlingsområdet.

4. Tillämpning av self-cleaning i svenska rättsfall

De obligatoriska uteslutningsgrunderna togs i bruk den 1 januari 2008 och utgör således en relativt ny lagstiftning. Bestämmelsen medför en rad tillämpningssvårigheter för upphandlande myndigheter vilket även bekräftas av Konkurrensverkets undersökning där 89% av upphandlarna uppger att de aldrig uteslutit en leverantör på denna

¹²⁹ Konkurrenslagen 3 kap 13 §

¹³⁰ Konkurrenslagen 3 kap 14 §

¹³¹ Brottsbalken 25 kap 5 §

¹³² Brottsbalken 36 kap 10 §

grund.¹³³ Som en följd av detta saknas till stor del rättsfall som rör uteslutning med stöd av LOU 10 kap 1 §. Bilden bekräftas även av nedanstående genomgång som helt saknar rättsfall där uteslutning skett på denna grund.

Vad gäller de frivilliga uteslutningsgrunderna är det enligt Konkurrensverket LOU 10 kap 2 § punkt 4, *allvarligt fel i yrkesutövningen*, som skapar störst tillämpningsproblem. Punkten kompletterar övriga uteslutningsgrunder och det har lämnats till rättstillämpningen att fastställa vad som utgör allvarligt fel i yrkesutövningen.¹³⁴ Konkurrensverkets uppfattning bekräftas av att denna uteslutningsgrund gett upphov till den större delen av de rättsfall som stått att finna vid undersökningen av praxis.

För att kunna uttala sig om rättsläget krävs en undersökning av praxis på området. Nedan följer därför en redovisning och analys av relevant praxis. Syftet med följande genomgång är att visa exempel på hur domstolarna, leverantörerna och de upphandlande myndigheterna behandlar frågan om self-cleaning och vad som tillmäts betydelse vid domstolarnas bedömning av huruvida grund för uteslutning föreligger. Framställningen eftersträvar inte att utgöra en fullständig genomgång av rättsfall som berör uteslutning och self-cleaning. Av utrymmesskäl studeras endast de mål som subjektivt bedömts som viktigast utifrån ett self-cleaningperspektiv. Rättsfallen har ordnats efter vilken instans som dömt i målet. Därför inleds med ett mål från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) följt av kammarrättsmålen och avslutningsvis de mål som ännu endast nått förvaltningsrätten. Inom respektive domstolsinstans följer rättsfallen kronologisk ordning. Inledningsvis beskrivs de väsentliga omständigheterna i varje rättsfall och därefter följer egna analyser och slutsatser i anslutning till respektive rättsfall. Avslutningsvis sammanfattas de slutsatser och eventuella generaliseringar som kan företas i en sammanfattande diskussion i avsnitt 4.14.

4.1 Uteslutning fem år efter den senaste ekonomiska brottsligheten var oproportionerligt

Målet i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) rörde uteslutning på grund av brott i yrkesutövningen. Leverantören hade dömts till fängelse för ekonomisk brottslighet som

¹³³ Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, s. 43

¹³⁴ *Ibid.* s. 47

pågått under åren 1999-2003. Vid anbudstidens utgång var det cirka fem år sedan det senaste brottet begicks och domen vann laga kraft år 2006. Företrädaren var dömd till ett års fängelse för bokföringsbrott, brukande av falsk urkund, bestickning, grovt skattebrott, försvårande av skattekontroll och vållande till miljöstörning. Fråga i målet var om det stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören då så pass lång tid förflutit sedan brotten begicks. Domstolen konstaterade att det mot bakgrund av brottets svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt samt den tid som förflutit sedan brottet begicks inte stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta leverantören.¹³⁵

Domstolen förefaller inte lagt någon vikt vid att det utdömda straffet var avtjänat. Det finns utrymme att ifrågasätta utgångspunkten att leverantören ska straffas genom reglerna om offentlig upphandling trots att fängelsestraffet för brottet redan är avtjänat. Det kan tyckas att domstolens förhållningssätt i praktiken innebär att företaget utsätts för en form av dubbelbestraffning. När det rör sig om så pass allvarlig brottslighet finns enligt min bedömning ändå goda skäl att under lång tid utesluta företaget från upphandling. Bedömningen bör däremot bli en annan om företaget kan visa på omfattande åtgärder för att förhindra liknande fel i framtiden. Doktrinen om self-cleaning utgår från att genomgripande åtgärder ska ha gjorts inom företagsorganisationen. Huruvida straffet avtjänats blir därför irrelevant ur ett self-cleaningperspektiv.

4.2 Leverantören argumenterade explicit för att uteslutning inte var tillåtet på grund av att self-cleaningåtgärder vidtagits

I målet hade leverantören Markona uteslutits på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Bakgrunden till uteslutningen var ett avgiftsföreläggande från Konkurrensverket på grund av ett påstått konkurrensbegränsande samarbete som Markona varit inblandade i vid en annan upphandling. Av intresse är att leverantören i förvaltningsrätten argumenterade för att uteslutning stod i strid med principerna om proportionalitet och likabehandling på grunden att self-cleaningåtgärder vidtagits. Argumentationen gick ut på att de personer som tagit fram det anbud, som låg till grund

¹³⁵ RÅ 2010 ref. 79

för föreläggandet från Konkurrensverket, inte längre var anställda hos leverantören samtidigt som strukturella åtgärder inom organisationen vidtagits.¹³⁶

I förvaltningsrätten konstaterades kort att det legala företrädaransvaret var detsamma både vid tidpunkten för avgiftsföreläggandet som vid tidpunkten vid anbudsgivningen. De omständigheter som leverantören framfört kunde därför inte frita bolaget från ansvar i denna del.¹³⁷ När målet överklagades vidare till kammarrätten förändrades inte utgången i målet då uteslutningen bedömdes såsom proportionerlig.¹³⁸

Målet är intressant då leverantören uttryckligen argumenterade utifrån konceptet self-cleaning i förvaltningsrätten. Domstolen fick dock inte skäl att gå djupare in på resonemanget kring self-cleaning eftersom leverantören fortfarande hade kvar samma företrädare för företaget. Det var således inte tillräckligt att leverantören gjort sig av med den personal som ansvarat för det anbud som varit en del av det konkurrensbegränsade samarbetet. Förevarande domslut sammanfaller med doktrinen om self-cleaning där det krävs att ledande befattningshavare kopplas bort från företaget om de kan lastas för uteslutningsgrundande oegentligheter.

4.3 Vissa förbättrande åtgärder hade företagits av leverantören men det tilläts inte påverka utgången i målet

Målet gällde en upphandling av avfallsentreprenad där leverantören IL Recycling uteslutits av Norrköpings kommun på grunden allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen hävdade att IL Recycling utfört sitt tidigare uppdrag för kommunen felaktigt, bland annat genom att transporterarna varit överlastade och matavfall hade tömts felaktigt. Därför valde kommunen att utesluta leverantören från den nya upphandlingen av avfallsinsamling. Leverantören hävdade att rättelse vidtagits i form av chaufförsmöten, ändringar i chaufförspärmen samt att rutter förändrats. Kommunen framhöll att rättelse som skett efter påpekande från upphandlande myndighet endast i mindre mån påverkar den sammanlagda bedömningen av huruvida allvarligt fel i yrkesutövningen förelegat. Enligt kommunen hade inte heller kunnat verifieras att några åtgärder vidtagits av IL Recycling. Kammarrätten bedömde att den rättelse IL Recycling

¹³⁶ Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 18 juni 2013 i mål nr 1553-13

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Kammarrätten i Stockholms mål den 2 december 2013 i mål nr 4081-13

vidtagit inte utgjorde anledning att komma till en annan slutsats än att allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg.¹³⁹ Målet överklagades vidare till HFD men prövningstillstånd beviljades inte, vilket innebär att domslutet står fast.¹⁴⁰

Enligt min bedömning stämmer domstolens slutsatser överens med doktrinen om self-cleaning eftersom de åtgärder leverantören vidtagit inte kan anses tillräckligt omfattande i detta fall.

4.4 Överdebitering utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen och de av leverantören vidtagna åtgärderna påverkade inte leverantörens trovärdighet

Målet gällde fråga om huruvida överdebitering innebar allvarligt fel i yrkesutövningen som kunde grunda uteslutning av leverantören Lars Blomberg Målare AB. Leverantören medgav att misstag skett vid uppmätningen av ytor men ansåg inte att det utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen. Blomberg argumenterade för att förbättrande åtgärder vidtagits genom att en person utsetts för att kontrollera framtida mätningar. Kammarrätten konstaterade att åtgärderna som vidtagits inte förtog det felaktiga agerandets påverkan på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende vid uteslutningstidpunkten. Det faktum att upphandlande myndighet inte hävt avtalet där överdebiteringarna påvisats ansågs inte innebära att felet var mindre allvarligt. Allvarligt fel i yrkesutövningen konstaterades och följaktligen hade upphandlande myndighet rätt att utesluta leverantören.¹⁴¹

I rättsfallet bedömde domstolen att de förbättrande åtgärderna leverantören vidtagit inte påverkade bedömningen av allvarligt fel i yrkesutövningen. Min bedömning är att domstolens agerande sammanfaller med doktrinen om self-cleaning eftersom leverantören inte vidtagit så pass genomgripande åtgärder som krävs för att self-cleaning ska anses genomförd. Till skillnad från nedan beskrivna rättsfall bedömdes det inte ligga upphandlande myndighet till last att det tidigare avtalet inte hävts i samband med att oegentligheterna uppdagats.¹⁴²

¹³⁹ Kammarrätten i Jönköpings dom den 31 oktober 2013 i mål nr 3483-12

¹⁴⁰ HFD:s beslut den 28 november 2013 i mål nr 7171-13

¹⁴¹ Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 oktober 2013 i mål nr 982-13

¹⁴² Jämför med t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11

4.5 Uteslutning var inte proportionerligt tio år efter brottet begåtts

En av frågorna i målet var om Stockholms Stad handlat i strid med LOU genom att inte utesluta anbudsgivaren Europark ur en upphandling. Omständigheten som enligt klaganden borde utgöra grund för uteslutning var att anbudsgivarens VD dömts för bestickning. Domstolen bedömde att domen avseende bestickning inte utgjorde skäl för uteslutning eftersom så pass lång tid gått sedan brottet begicks. Det uteslutningsgrundade brottet begicks 2002 och domen vann laga kraft 2006. Brottet begicks cirka tio år innan anbudet gavs in, vilket således ansågs vara en för lång tid för att grunda uteslutning då brottet utgjordes av bestickning.¹⁴³

I målet diskuterades inte huruvida self-cleaningåtgärder vidtagits eller inte. Slutsatsen som kan dras är att uteslutning cirka tio år efter att företrädare för bolaget gjort sig skyldig till bestickning får anses oproportionerligt, då självsanerande åtgärder inte påvisats.

4.6 Passivitet från upphandlande myndighet innebar att grund för uteslutning inte ansågs föreligga

Huvudfrågan i målet rörde huruvida allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg eller ej. Upphandlingen rörde tolktjänster där leverantören Språkservice Sverige AB tidigare misskött sitt uppdrag enligt landstinget Kronoberg. Landstinget ville därför utesluta leverantören från en ny upphandling.¹⁴⁴

Kammarrätten konstaterade att bedömningen av allvarligt fel i yrkesutövningen påverkas av "vad som förekommit efter att felen begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås". Antalet fel måste också sättas i relation till verksamhetens karaktär och omfattning. Domstolen tog bland annat fasta på att leverantören vidtagit vissa åtgärder för att minska risken för fel vid framtida uppdrag och att fel endast förekommit i några få procent av uppdragen. Landstinget ansågs därför inte haft fog för att utesluta leverantören i den aktuella upphandlingen.¹⁴⁵

¹⁴³ Kammarrätten i Stockholms dom den 28 januari 2013 i mål nr 7153-12

¹⁴⁴ Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12

¹⁴⁵ Ibid.

En slutsats som kan dras utifrån domen är att passivitet från upphandlande myndighet under avtalstiden är till nackdel för upphandlande myndighet som senare vill utesluta samma leverantör i en ny upphandling. Domskälen är kortfattade och därför går inte att utläsa vilka åtgärder som vidtagits eller hur stor betydelse dessa åtgärder hade för själva domslutet. Det går dock att konstatera att self-cleaningåtgärder haft betydelse för domstolens bedömning samt att antalet fel ska sättas i relation till verksamhetens karaktär och omfattning.

4.7 Brukande av osanna fakturor i systerbolag utgjorde grund för uteslutning

Målet rörde fråga om uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen kunde göras gällande på grunden att osanna fakturor brukats hos systerbolaget. Kammarrätten ansåg att allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg. Det faktum att systerbolaget till följd av en dom i ett tidigare skattemål betalat in alla skatter och avgifter påverkade inte utgången i målet.¹⁴⁶

Slutsatsen som här kan dras är att det krävs mer än att skatter och avgifter betalats in för att leverantören ska undgå uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Det sammanfaller med konceptet self-cleaning eftersom att det krävs mer än avhjälpande av skada för att self-cleaning ska anses genomförd.

4.8 Leverantörens passivitet då fel påtalats innebar att grund för uteslutning förelåg

Bakgrunden till att den i målet överprövade upphandlingen genomfördes var att Kungälv kommun sagt upp ett avtal om markentreprenad på grund av kontraktsbrott. Samma leverantör som fått kontraktet uppsagt lämnade anbud i den nya upphandlingen avseende samma tjänster, men uteslöts på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Domstolen fäste vikt vid att leverantören inte avhjälp påpekade fel under avtalstiden. Allvarligt fel i yrkesutövningen konstaterades och grund för uteslutning förelåg således.¹⁴⁷

De slutsatser som kan dras av rättsfallet är att den upphandlande myndighetens hävning av avtalet spelar in vid bedömningen av huruvida allvarligt fel i yrkesutövningen

¹⁴⁶ Kammarrätten i Stockholms dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11

¹⁴⁷ Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11

förelegat i det enskilda fallet. En upphandlande myndighet som aktivt agerar under avtalstiden har alltså lättare att få igenom en uteslutning i framtida upphandlingar.¹⁴⁸ Likaså spelar leverantörens passivitet in på så sätt att uteslutningen rättfärdigades eftersom leverantören inte agerat då brister påtalats under avtalstiden.

4.9 Leverantören hade vidtagit åtgärder när problem påtalats och därmed ansågs allvarligt fel i yrkesutövningen inte föreligga

Målet gällde uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen i en upphandling om familjevård för unga missbrukare. Domstolen bedömde att allvarligt fel i yrkesutövningen inte förelåg. Upphandlande myndighet hade därmed ej grund för sin uteslutning av leverantören. Bedömningen utgick från att vård av vuxna missbrukare är förenat med avsevärda komplikationer samt att leverantören agerat när problematiken kommit till deras kännedom och därefter vidtagit lämpliga åtgärder.¹⁴⁹

Slutsatsen av målet är att leverantörens agerande spelar in för bedömningen om allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. På grund av att leverantören vidtagit åtgärder då fel påtalats av upphandlande myndighet ansågs allvarligt fel i yrkesutövningen inte föreligga. I fallet spelade således de åtgärder leverantören vidtagit roll redan avseende bedömningen om allvarligt fel i yrkesutövningen överhuvudtaget förelåg. Enligt min bedömning spelar det mindre roll i vilken fas domstolen väljer att ta hänsyn till åtgärderna som en leverantör vidtagit. Så länge åtgärderna tillerkänns samma betydelse bör det inte inverka på domslutet under vilken fas åtgärderna tas upp.

4.10 Inte tillräckligt klart att risken för liknande fel eliminerats

Målet gällde uteslutning på grund av företrädares allvarliga fel i yrkesutövningen i form av systematiska brister i en vårdverksamhet. Utredningen i målet visade att anbudsgivaren vidtagit vissa åtgärder för att komma till rätta med brister i verksamheten. Domstolen bedömde dock att alltför kort tid gått sedan dessa åtgärder vidtagits fram till att uteslutningen aktualiserades. Det ansågs därför inte klart att risken för nya liknande fel minimerats i tillräcklig grad.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Jämför med Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12

¹⁴⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010 i mål nr 4442-09

¹⁵⁰ Kammarrätten i Stockholms dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406-09

I målet hade enskilda befattningshavare misskött sig vilket inte automatiskt kunde belasta företrädarna. Däremot konstaterade kammarrätten att brister i rutiner och systematiskt kvalitetsarbete skulle läggas företrädarna till last. Allvarligt fel i yrkesutövningen förelåg och uteslutningen var därför tillåten i fallet. Enligt målet framgår således att det inte krävs att en företrädare personligen gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen för att uteslutning ska aktualiseras. Det är tillräckligt att företrädaren kan lastas för felen.¹⁵¹

Det är intressant att domstolen uppmärksammar att det för bedömningen spelar in huruvida åtgärder vidtagits för att komma tillrätta med brister i verksamheten. Det visar på att domstolen fäster vikt vid self-cleaningåtgärder. Av domen går att utläsa att det inte räcker att åtgärder vidtagits, utan det måste också framstå som klart att risk för nya liknande fel inte föreligger. Det förefaller krävas att leverantören kan påvisa en viss tid av skötsamhet efter att de självsanerande åtgärderna vidtagits. Således krävs att viss tid förflutit sedan leverantören åtgärdat bristerna i verksamheten. Hur lång tid som krävs framgår däremot inte.

4.11 Då brott begåtts för åtta till tio år sedan ansågs det oproportionerligt att utesluta

I målet hade leverantören uteslutits på grund av ekonomisk brottslighet bestående i bland annat bestickning som begåtts för åtta till tio år sedan, vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Domstolen bedömde att det stred mot proportionalitetsprincipen eftersom så lång tid förflutit samtidigt som det inte fanns någon närmare redogörelse för brottsligheten.¹⁵² Noteras kan att målet rörde samma bolag och samma brott som i ovanstående mål RÅ 2010 ref. 79.

Slutsatsen av målet är att det kan vara oproportionerligt att utesluta en leverantör om det gått åtta till tio år sedan brottet begicks tills att anbudstiden löpte ut. I målet framgick inte att några självsanerande åtgärder genomförts av leverantören. Denna tidsgräns kan alltså sägas utgöra den yttersta gränsen för hur länge uteslutning får

¹⁵¹ Kammarrätten i Stockholms dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406-09

¹⁵² Kammarrätten i Stockholms dom den 6 juli 2009 i mål nr 3767-09

tillämpas i de fall då self-cleaningåtgärder inte vidtagits av leverantören. Om fallet rör grövre brottslighet kan dock bedömningen bli en annan.

4.12 Inte tillräckligt att leverantören justerat de felaktiga fakturorna efter påpekande från kommunen

Målet gällde en upphandling där Härryda kommun uteslutit leverantören AllTele på grund av allvarlig fel i yrkesutövningen. Kommunen hävdade att AllTele lämnat oriktiga fakturor samt misskött kommunikation och återkoppling vid driftstörningar. Trots att kommunen påtalat bristerna flera gånger hade någon förbättring inte skett. AllTele hävdade tvärtom att erforderliga åtgärder vidtagits då kommunen påtalat problemen och därför skulle uteslutning inte aktualiseras. Domstolen bedömde att AllTele inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att komma till rätta med problemen. Det var således inte tillräckligt att justera de felaktiga fakturorna efter påpekande från kommunen. Det faktum att kommunen inte hävt det tidigare avtalet med AllTele tilläts inte påverka domstolens bedömning. Allvarligt fel i yrkesutövningen ansågs föreligga och uteslutningen var tillåten.¹⁵³

Domstolens bedömning sammanfaller med self-cleaning eftersom att leverantören inte påvisat omfattande åtgärder för att hindra framtida oegentligheter. Istället förefaller åtgärderna bestått i att endast åtgärda de felaktiga fakturorna vilket inte är tillräckliga åtgärder enligt doktrinen om self-cleaning.

4.13 Leverantören hade inte vidtagit åtgärder för att komma till rätta med problemen och därför ansågs uteslutning tillåten

Målet gällde lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) som är ett alternativ till upphandling enligt LOU när det gäller tjänstekoncessioner. Lagen blir tillämplig exempelvis då Arbetsförmedlingen upphandlar tjänster vilket var fallet i det aktuella målet. Av domen framgår att praxis avseende LOU även är vägledande när det gäller prövning enligt LOV. Det innebär samtidigt att rättsfall avseende LOV blir relevanta att undersöka trots att utgångspunkten för uppsatsen är LOU.

¹⁵³ Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 november 2013 i mål nr 11059-13

Fråga i målet var om Arbetsförmedlingen hade rätt att utesluta bolaget Drömjobbet på grund av att företrädarna gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen. Arbetsförmedlingen motiverade uteslutningen med att det fortfarande var samma företrädare för bolaget som vid en tidigare uteslutning. Förvaltningsrätten konstaterade att hänsyn skulle tas till bland annat "hur lång tid som förflutit sedan bristerna uppdagades, vilka eventuella åtgärder som har vidtagits för komma till rätta med bristerna vid framtida uppdrag, avtalsbrottens art och omfattning samt om tjänsterna är av liknande karaktär". Förvaltningsrätten fäste vikt vid att leverantören inte vidtagit några åtgärder för att komma till rätta med problemen som utgjorde grund för uteslutningen. Domstolen konstaterade även att kort tid förflutit sedan de uteslutningsgrundande felen begicks och att det rörde sig om samma typ av tjänster. Arbetsförmedlingen bedömdes sammanfattningsvis haft skäl för uteslutning av Drömjobbet.¹⁵⁴

I målet är tydligt att åtgärder som leverantören vidtagit i det enskilda fallet spelar roll för domstolens bedömning av om skäl för uteslutning föreligger. Det förefaller vara av stor betydelse huruvida en företrädare som kan lastas för oegentligheter fortfarande är verksam inom företaget. Domstolens bedömning sammanfaller på så sätt med konceptet self-cleaning.

4.14 Sammanfattande diskussion

4.14.1 Self-cleaning i svensk rättspraxis

Mot bakgrund av att det till största delen saknas vägledande praxis från HFD har slutsatserna avseende svensk tillämpning av self-cleaning fått utgå från de kammarrättsfall som finns att tillgå. Kammarrätten har betonat att allvarligt fel i yrkesutövningen påverkas av "vad som förekommit efter att felen begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås". Även om self-cleaningåtgärder inte nämns explicit tydliggör uttalandet att self-cleaningåtgärder tillåts spela in i domstolens bedömning. Utifrån ovanstående genomgång kan konstateras att det dock inte är entydigt vad som krävs av en leverantör för att undgå uteslutning.

¹⁵⁴ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 april 2013 i mål nr 21204-12

4.14.2 Proportionalitet

Genomgången av praxis har påvisat att proportionalitetsprincipen kan få betydelse på flera olika sätt vid domstolarnas bedömning av huruvida grund för uteslutning föreligger. I flera av rättsfallen utförs en proportionalitetsbedömning redan för att avgöra om någon uteslutningsgrund överhuvudtaget föreligger. Medan i andra fall tillämpas proportionalitetsprincipen först efter att uteslutningsgrund konstaterats föreligga för att bedöma om det ändå är oproportionerligt att utesluta leverantören i det enskilda fallet. I praktiken förefaller det dock spela mindre roll om domstolarna tar hänsyn till self-cleaningåtgärderna i första skedet eller efter det att en uteslutningsgrund konstaterats. Doktrinen om self-cleaning tar enligt min tolkning främst sikte på den andra situationen där en uteslutningsgrund konstaterats. Ingenting hindrar dock att self-cleaningåtgärder tillåts spela in redan i första steget där domstolarna prövar om uteslutningsgrund föreligger. I vilken del self-cleaningåtgärder kommer in i bedömningen beror till stor del på omständigheterna i det enskilda fallet samt parternas argumentation inför domstolen. Det som enligt min bedömning spelar större roll är huruvida upphandlande myndighet tar hänsyn till self-cleaningåtgärder direkt vid uteslutningen eller om det inte tillåts spela in förrän i den eventuellt efterföljande överprövningsprocessen i domstol. Denna fråga analyseras mer utförligt i avsnitt 6.1.

I övrigt kan konstateras att det förekommer att kammarrätterna tar hänsyn till proportionerna på så sätt att ett fåtal klagomål på en leverantör vägs upp av ett stort antal felfria uppdrag.¹⁵⁵ Detta sammanfaller med Arrowsmiths tolkning av proportionalitetsprincipen som redovisats under avsnitt 3.4.6.

4.14.3 Tillräckliga åtgärder

Det kan konstateras att svensk rättspraxis sammanfaller med doktrinen om self-cleaning på så sätt att i de fall där omfattande åtgärder inte vidtagits så tillåts inte domstolarnas bedömning påverkas av åtgärderna. För att undvika uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen är det således inte tillräckligt att brottet avtjänats eller att skatter och avgifter betalats. Det är inte heller tillräckligt att viss personal inte finns kvar i företaget om de legala företrädarna fortfarande är kvar och kan lastas för de

¹⁵⁵ Jämför med Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12

tidigare oegentligheterna. Domstolarna kräver följaktligen mer än så för att erkänna självsanerande åtgärder, vilket ligger i linje med doktrinen om self-cleaning. Däremot finns det fall där så pass långt tid passerat sedan oegentligheterna begicks att uteslutning inte ansetts möjlig oavsett om tillräckliga self-cleaningåtgärder genomgåts eller ej.

4.14.4 Tidsaspekten

Under hur lång tid det är tillåtet att utesluta går inte att avgöra med säkerhet. Self-cleaning kan minska tidsperioden för under hur lång tid det är tillåtet att utesluta. I de fall då self-cleaningåtgärder inte vidtagits av leverantören finns likväl en yttersta gräns för hur länge det är tillåtet att utesluta med hänsyn till proportionalitetsprincipen. En bedömning får göras i varje enskilt fall men ändå kan vissa generella slutsatser dras utifrån de ovanstående rättsfallen. Då brottet som begåtts utgörs av bestickning har det ansetts oproportionerligt att utesluta då åtta till tio år gått sedan brottet begåtts. I fall som rör mer omfattande brottslighet som pågått under flera års tid, påverkas proportionalitetsbedömningen och det har ansetts proportionerligt att utesluta för brott som begåtts för cirka fem år sedan.

I fall där self-cleaningåtgärder konstaterats spelar tidsaspekten in eftersom det förefaller krävas att leverantören kan påvisa en viss tid av skötsamhet efter att de självsanerande åtgärderna vidtagits. Hur lång tid som krävs går dock inte att utläsa och bedömningen torde även vara beroende av vilken misskötsamhet som förelegat i det enskilda fallet.

4.14.5 Passivitet

Det har visat sig att passivitet från upphandlande myndighet under avtalstiden i vissa fall är till nackdel vid bedömningen av om det är proportionerligt att utesluta samma leverantör i en ny upphandling. Även leverantörens passivitet har påverkat bedömningen av huruvida grund för uteslutning föreligger genom att uteslutning i större utsträckning bedömts såsom tillåten om leverantören inte agerat när brister påtalats.

4.14.6 Slutsats

Doktrinen om self-cleaning är inte vedertagen i Sverige men det går ändå att konstatera att den tillämpas av svenska domstolar som en del av proportionalitetsbedömningen. I vissa fall argumenterar leverantören explicit för att self-cleaningåtgärder vidtagits i det enskilda fallet. Detta tydliggör att self-cleaning är ett relevant koncept som inte bara är på ingång på EU-nivå utan även inom svensk rätt. Fråga kvarstår dock om upphandlande myndighet är *skyldig* att ta hänsyn till self-cleaning. Innan denna fråga analyseras vidare, i kapitel 6, ska en jämförelse med mål om upphandlingsskadeavgift företas. Syftet är att undersöka hur self-cleaningresonemang bedömts av domstolarna i mål om upphandlingsskadeavgift som till viss del liknar mål där uteslutning aktualiseras.

5. Jämförelse med mål om upphandlingsskadeavgift

5.1 Upphandlingsskadeavgift

Rättsfallen om upphandlingsskadeavgift skiljer sig från ovanstående genomgång eftersom det i förevarande fall är upphandlande myndigheter som misskött sig och inte leverantören. Även upphandlingsskadeavgiftens syften skiljer sig till viss del från uteslutningsgrundernas syften genom att upphandlingsskadeavgiften är en uttalad sanktionsavgift.¹⁵⁶ Samtidigt föreligger stora likheter om man jämför med uteslutningsreglernas syften då det anges i förarbetena till upphandlingsskadeavgiften att avgiften syftar till att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna samt att skattepengarna används på ett lämpligt sätt.¹⁵⁷ Upphandlingsskadeavgiften bygger på ändringsdirektivet artikel 2.e som ålägger myndigheterna att införa alternativa sanktioner för det fall att avtal får bestå trots grund för ogiltighet.¹⁵⁸ Ändringsdirektivet syftar till att motverka otillåtna direktupphandlingar och hindra upphandlande myndigheter från att på annat sätt kringgå regelverket.¹⁵⁹

Doktrinen om self-cleaning tar ej sikte på fall där upphandlingsskadeavgift aktualiseras men likheterna i reglernas syften är ändå tydliga vilket påvisats ovan. Därför är det intressant att undersöka hur domstolarna bedömt self-cleaningliknande åtgärder i mål

¹⁵⁶ Prop. 2009/10:180, s. 206

¹⁵⁷ Ibid. s. 196

¹⁵⁸ Direktiv 2007/66/EG, artikel 2.e

¹⁵⁹ Prop. 2009/10:180, s. 182

om upphandlingsskadeavgift för att se om det finns möjlighet till analogislut. Nedan undersöks två kammarrättsmål och ett förvaltningsrättsmål som rör upphandlingsskadeavgift och upphandlande myndighets möjlighet att genom self-cleaningliknande åtgärder påverka upphandlingsskadeavgiften i mildrande riktning. Undersökningen visar på att en frivillig anmälan till Konkurrensverket av en felaktighet som ännu inte upptäckts av Konkurrensverket kan påverka upphandlingsskadeavgiften i mildrande riktning. Däremot har domstolen valt att inte ta hänsyn till andra self-cleaningåtgärder från myndigheternas sida.

5.2 Upphandlingsskadeavgiften påverkades inte av att upphandlande myndighet vidtagit åtgärder för att komma till rätta med brister i verksamheten

Målet gällde upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling. Försvarmakten som i detta fall var upphandlande myndighet hävdade att de borde bedömas mildare på grund av de åtgärder som vidtagits för att åtgärda bristerna i verksamheten. Försvarmakten hade på eget initiativ upptäckt den otillåtna direktupphandlingen och som en följd av detta bland annat utbildat personal i upphandlingsprocessen och det interna regelverket samt infört inköpsinstruktioner. Konkurrensverket hävdade att åtgärder som motverkar framtida överträdelser av upphandlingsreglerna inte bör påverka bedömningen av den aktuella överträdelsen.¹⁶⁰

Domstolen konstaterade att förarbetena inte nämner att åtgärder som upphandlande myndighet vidtar för att komma till rätta med brister som föranlett en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna kan inverka i mildrande riktning när det gäller att fastställa upphandlingsskadeavgift. Domstolen bedömde att det även i övrigt saknades stöd för en sådan uppfattning och åtgärderna ansågs därför inte utgöra en förmildrande omständighet i målet.¹⁶¹

5.3 Upphandlingsskadeavgiften påverkades inte av att upphandlande myndighet vidtagit åtgärder för att begränsa skadan av lagöverträdelsen

Målet gällde upphandlingsskadeavgift och fråga uppkom om skadebegränsande åtgärder som upphandlande myndighet vidtagit i efterhand ska påverka

¹⁶⁰ Kammarrätten i Stockholms dom den 7 juni 2012 i mål nr 1305-12

¹⁶¹ Ibid.

upphandlingsskadeavgiftens storlek. I målet hade Falu kommun utfört en otillåten direktupphandling. När det uppdagades ingick kommunen ett avvecklingsavtal med den leverantör som tilldelats avtalet genom den otillåtna direktupphandlingen. Även utredning och avskedande av personal genomfördes av kommunen. Vidare anförde kommunen att förarbetena lämnar stort utrymme för domstolen att ta hänsyn till förmildrande eller försvårande omständigheter i mål om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket ansåg dock att det faktum att upphandlande myndighet på eget initiativ utrett och rättat felaktigheter inte bör verka i förmildrande riktning.¹⁶²

Domstolen konstaterade att upphandlingsskadeavgiften utgör en sanktion som ska vara effektiv, avskräckande och proportionerlig. Bedömningen utgick från att avvecklingsavtalet inte skulle verka i mildrande riktning avseende upphandlingsskadeavgiften. Inte heller det faktum att det rörde sig om en enskild befattningshavare som överskridit sin befogenhet inverkade sänkande på beloppets storlek.¹⁶³ Det kan tilläggas att målet har överklagats vidare till HFD.

Målet skiljer sig till viss del från det föregående målet där det uteslutande rörde sig om åtgärder för att motverka att upphandlingsreglerna överskrids i framtiden. Förevarande mål rörde även åtgärder som vidtagits för att åtgärda den aktuella regelöverträdelsen, vilket ändå inte tilläts påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek.

5.4 Då upphandlande myndighet själv upptäckte felaktig upphandling och anmälde detta till Konkurrensverket sattes upphandlingsskadeavgiften lägre

Målet gällde upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling som Täby kommun genomfört. På grund av att Täby kommun själva informerade Konkurrensverket om det aktuella avtalets ingående satte Konkurrensverket ned kravet på upphandlingsskadeavgift från 7-8 % av upphandlingens värde till 3,4 %. Konkurrensverket bedömde således att det var proportionerligt att upphandlingsavgiften sattes lägre då upphandlande myndighet själv anmält upphandlingen.¹⁶⁴ Slutsatsen som kan dras är att det för nedsättning av

¹⁶² Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 oktober 2013 i mål nr 672-13

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 september 2013 i mål nr 19810-13

upphandlingsskadeavgift krävs att upphandlande myndighet ska upptäcka den felaktiga upphandlingen och anmäla den till Konkurrensverket innan den upptäckts av Konkurrensverket.

5.5 Diskussion

Vissa åtgärder från myndighetens sida spelar in vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Skiljelinjen förefaller här bestå i att upphandlande myndighet ska upptäcka överträdelsen av upphandlingsreglerna och anmäla till Konkurrensverket vid en tidpunkt då Konkurrensverket saknar kännedom om överträdelsen. En jämförelse kan göras med regleringen i konkurrenslagen, som beskrivits i avsnitt 3.7.2, med skillnaden att full eftergift inte lämnas i mål om upphandlingsskadeavgift.

Min bedömning är att det är positivt att det finns möjlighet till nedsatt upphandlingsskadeavgift då upphandlande myndighet anmäler oegentligheter. Det bör uppmuntras att myndigheter utreder egna misstag och felaktigheter och inte mörkar felaktigheter som upptäcks. Här kan en jämförelse göras med doktrinen om self-cleaning som också fungerar som ett medel för öppenhet.

Det finns visst utrymme för kritik av att skadebegränsande åtgärder och andra åtgärder som syftar till att förhindra att liknande felaktigheter uppstår i framtiden inte tillåts påverka upphandlingsskadeavgiften i mildrande riktning. Den nuvarande ordningen talar för att doktrinen om self-cleaning inte har fått fäste inom offentlig upphandling i Sverige. Genomgången av rättsfall i kapitel 4 visar dock på att domstolarna åtminstone till viss del tar hänsyn till self-cleaningåtgärder då det gäller oegentligheter hos leverantörer. Därför bör inte betydelsen av domstolarnas ovilja att ta hänsyn till self-cleaning i mål om upphandlingsskadeavgift överdrivas vid en jämförelse. Det kan dock finnas anledning att tydligare föra in doktrinen om self-cleaning även i mål av detta slag för att skapa större incitament för upphandlande myndigheter att skyndsamt komma till rätta med felaktigt agerande på upphandlingsrättens område.

6. Analys av self-cleaning

Analys och diskussion har företagits genom hela uppsatsen, men förevarande kapitel avser gå närmare in på eventuella problem med den svenska lagstiftningens utformning, huruvida upphandlande myndighet har en möjlighet eller skyldighet att ta hänsyn till self-cleaning samt vilka aktörer som egentligen gynnas av self-cleaning. Dessutom analyseras konsekvenserna av det oklara rättsläget på området.

6.1 Närmare om LOU 10 kap 2 § tredje stycket

LOU 10 kap 2 § tredje stycket stadgar följande.

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.

Inledningsvis bör noteras att direktivet inte innehåller någon motsvarande bestämmelse. Bestämmelsen innebär att det är upphandlande myndighet som har bevisbördan för att allvarligt fel i yrkesutövningen (första stycket, punkt 4) föreligger. Stadgandet skulle kunna tolkas som att self-cleaningåtgärder inte får påverka bedömningen av allvarligt fel i yrkesutövningen. En sådan tolkning är dock alltför långtgående vilket bekräftas av såväl praxis som doktrin.¹⁶⁵

Däremot innebär stadgandet i praktiken att upphandlande myndighet inte behöver begära att leverantören visar att grund för uteslutning inte föreligger innan uteslutningen genomförs. Det medför att leverantören riskerar uteslutning utan att erhålla en chans att förklara sig eller påvisa bättring. Ur ett self-cleaningperspektiv är en sådan situation inte ändamålsenlig då det innebär att leverantören i praktiken endast garanteras möjligheten att visa på lyckade self-cleaningåtgärder vid själva domstolsprövningen. Konceptet self-cleaning bygger på att uteslutning inte aktualiseras om leverantören vidtagit omfattande åtgärder. Detta syfte förfelas i hög utsträckning om hänsyn tas till dessa självsanerande åtgärder först vid upphandlingens överprövning i domstol. Vilket påvisats tidigare i uppsatsen har EU-domstolens bedömning av nationell lagstiftning varit hård när det gäller bestämmelser om uteslutning som inte lämnar

¹⁶⁵ Se exempelvis avsnitt 3.6 och kapitel 4

utrymme för motbevisning.¹⁶⁶ Visserligen hindrar inte lagrummet upphandlande myndighet från att väga in self-cleaningåtgärder redan vid uteslutningsbeslutet. Bestämmelsens utformning främjar dock inte den typen av initiativ, vilket kan tyckas problematiskt.

Om upphandlande myndighet är skyldig att beakta self-cleaningåtgärder med hänsyn till EU-rätten torde bestämmelsen vara olämpligt utformad. Om slutsatsen är att det föreligger en sådan skyldighet bör leverantören tillerkännas möjlighet att presentera de åtgärder som vidtagits innan uteslutningsbeslutet, oavsett hur den svenska lagstiftningen har utformats. Detta med hänsyn till EU-rättens företräde.

6.2 Är self-cleaning en möjlighet eller skyldighet?

Om self-cleaning införs i det nya upphandlingsdirektivet innebär det att self-cleaning går från att vara oreglerat, det vill säga inte uttryckligen otillåtet, till att bli uttryckligen tillåtet. Hur bestämmelsen utformas påverkar frågan om huruvida self-cleaning utgör en möjlighet eller skyldighet för upphandlande myndighet. Om förevarande direktivförslag genomförs innebär det att "den upphandlande myndigheten ska bedöma de åtgärder som vidtagits av anbudssökandena"¹⁶⁷ vilket enligt min bedömning bör tolkas som en skyldighet.

Vad gäller nuvarande reglering kan således konstateras att det idag enligt EU-rätten inte är uttryckligen otillåtet att tillämpa self-cleaning. Redan i grönboken uttryckte kommissionen att det föreligger en *möjlighet* att ta hänsyn till self-cleaning.¹⁶⁸ Inom ramen för de obligatoriska uteslutningsgrunderna finns särskilda skäl som en möjlighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning. När det gäller de frivilliga uteslutningsgrunderna företas en proportionalitetsbedömning där möjlighet finns till ett self-cleaningresonemang. Det är således *möjligt* för upphandlande myndighet att beakta self-cleaning. Fråga är då om det utgör en *skyldighet* för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning och i så fall i vilken utsträckning.

¹⁶⁶ Se avsnitt 2.4

¹⁶⁷ Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, artikel 55.4

¹⁶⁸ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, s. 53

Diskussionen om huruvida self-cleaning utgör en skyldighet måste företas mot bakgrund av upphandlingsreglernas syften. Som tidigare framgått i uppsatsen utgår regleringen av upphandling på EU-nivå i grunden från ett marknadsintegrerande syfte. Om man väljer att enbart se till detta syfte finns ingen anledning att ålägga medlemsstaterna och upphandlande myndigheter en skyldighet att ta hänsyn till self-cleaning. Self-cleaning bidrar inte till marknadsintegration utan syftar istället till att öka konkurrensen och förbättra användningen av offentliga medel. Huruvida effektivitet i offentliga utgifter utgör ett självständigt ändamål inom ramen för direktivet eller om det endast utgör en följd av förverkligandet av den fria inre marknaden kan diskuteras. Arrowsmith argumenterar utifrån att self-cleaning kan utgöra en skyldighet för upphandlande myndighet samtidigt som hon i en annan artikel anför att direktivet uteslutande syftar till att främja den inre marknaden. Dessa ståndpunkter förefaller dock inte helt förenliga med varandra. Om konkurrens och förbättrad användning av offentliga medel inte bör regleras på EU-nivå verkar det inte lämpligt att betrakta self-cleaning som en skyldighet för upphandlande myndighet. Frågan har således inget enkelt svar utan beror, enligt min bedömning, på hur man väljer att se på upphandlingsreglernas syfte.

6.3 Vem gynnas av self-cleaning?

Fråga är vidare hur de olika aktörerna inom offentlig upphandling påverkas av self-cleaning. Som utgångspunkt utgör konceptet self-cleaning ett privilegium för anbudsgivare eftersom de erhåller en chans att återigen delta i offentliga upphandlingar. Det finns dock möjlighet att se self-cleaning ur ett annat perspektiv där konceptet är till nytta även för upphandlande myndigheter. Då konkurrensen förväntas öka om fler anbudsgivare ges chansen att lämna anbud i upphandlingar bör det leda till såväl bättre priser och bättre kvalitet, vilket gynnar både upphandlande myndigheter och skattebetalarna.

Samtidigt är det viktigt att vara medveten om att self-cleaning ålägger upphandlande myndigheter en ytterligare utredningsbörda. För att förtjänstfullt kunna använda self-cleaning som ett undantag till uteslutning krävs att den enskilda situationen utreds vilket i sin tur kräver att upphandlande myndighet skaffar sig kunskaper om leverantörens organisation. Följden blir att upphandlande myndighet får bära

kostnaden för att inhämta information och utföra en korrekt bedömning i det enskilda fallet. Risken finns att det i praktiken kostar mer och kräver mer tid än vad den ytterligare konkurrensen potentiellt kan bespara upphandlande myndighet. Sammantaget går således inte att säga med säkerhet att upphandlande myndigheter gynnas av self-cleaning.

6.4 Oklart rättsläge

Det finns utrymme att kritisera att varken direktivet eller den svenska lagstiftningen i dagsläget innehåller regler om tidsgränser för uteslutning. Det skulle vara en fördel ur rättssäkerhetssynpunkt om det fanns en fastställd tidsgräns eller en maximitid. En jämförelse kan göras med reglerna om upphandlingsskadeavgift, LOU 17 kap 4 §, där ett beloppintervall angetts för att skapa förutsägbarhet för sanktionen.

Det oklara rättsläget drabbar upphandlande myndighet som kan tvingas genomgå överprövningar i domstol vilket i sin tur går ut över hela den offentliga verksamheten, ekonomin och effektiviteten. Även leverantörerna påverkas negativt eftersom de riskerar att bli felaktigt uteslutna från upphandlingar. Ytterst drabbas också skattebetalarna av överprövningarna på så sätt att upphandlingarna blir dyrare och genom att de funktioner som ska upphandlas försenas eller inte alls kommer till stånd.

Oklarheten kring i hur stor utsträckning self-cleaningåtgärder påverkar möjligheten att utesluta riskerar leda till att företagen undviker kostsamma självsanerande åtgärder. Leverantörernas vilja att vidta dyra åtgärder är beroende av att dessa också ger en effekt på möjligheten till uteslutning. Genom att leverantörerna i högre grad företar åtgärder och sedan åberopar self-cleaning kan de svenska domstolarna utveckla en mer omfattande praxis på området vilken kan tjäna som vägledning för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

I kapitel 4 kan utläsas att leverantörerna i flera fall åberopar self-cleaning trots att omfattande och tillräckliga åtgärder inte genomförts. Huruvida det beror på de enskilda leverantörernas ovilja till förbättring eller att det idag är oklart vilka åtgärder som krävs av leverantören går inte att fastställa. Det är däremot klart att ett förtydligande kring reglerna skulle underlätta användandet av konceptet self-cleaning. Ett ökat användande

ger förhoppningsvis en mer utförlig praxis vilket i förlängningen förenklar tillämpningen för leverantörer och upphandlande myndigheter.

Vidare är det viktigt att beakta att konceptet self-cleaning inte är tänkt att avskaffa möjligheten till uteslutning i upphandlingar. Istället kan self-cleaning utgöra ett användbart verktyg för att hitta en balansgång mellan uteslutning och EU:s allmänna rättsprinciper. I likhet med vad kommissionen anfört i sin grönbok bedömer jag att upphandlande myndigheter med hjälp av self-cleaning kan genomföra en mer korrekt och uttömmande bedömning för att avgöra om uteslutning ska aktualiseras.¹⁶⁹ På samma sätt kan det också bli enklare för domstolarna att utföra en korrekt proportionalitetsbedömning. Slutligen kan en reglering av self-cleaning även underlätta för leverantörerna att bedöma vilka åtgärder som behöver vidtas och i vilka fall det är lämpligt att begära överprövning i domstol av en upphandling på grund av felaktig uteslutning.

7. Slutsatser

7.1 Föreligger en möjlighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning?

Det faktum att self-cleaning redan är ett etablerat koncept inom vissa av EU:s medlemsstater talar för att det redan idag föreligger en möjlighet för upphandlande myndighet att ta hänsyn till self-cleaning. Grönboken, som visserligen inte utgör en bindande rättskälla, stadgar också att artikel 45 tillåter att medlemsstaterna tar hänsyn till self-cleaning.

Vidare stadgar LOU 10 kap 1 § en möjlighet att ta hänsyn till särskilda skäl, vilket ger en lagstadgad möjlighet att ta hänsyn till olika omständigheter där self-cleaning kan utgöra en relevant omständighet. Samtidigt saknar LOU 10 kap 2 § en uttrycklig möjlighet att ta hänsyn till särskilda skäl, men eftersom proportionalitetsprincipen är tillämplig även då det inte framgår explicit av det aktuella lagrummet finns möjligheten att ta hänsyn till self-cleaning även inom ramen för denna bestämmelse. Det förefaller således inte vara

¹⁶⁹ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling ed sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, s. 53

en alltför långtgående tolkning att konstatera att upphandlande myndigheter idag har *möjlighet* att ta hänsyn till self-cleaning.

7.2 Är upphandlande myndighet skyldig att ta hänsyn till self-cleaning?

Medlemsstaterna är underställda EU-rätten och kan varken bortse från direktivet eller de EU-rättsliga allmänna rättsprinciperna. I första hand är det upp till medlemsstaterna att implementera direktivet i enlighet med EU-rätten. I nästa steg är det upphandlande myndigheter som har att tillämpa regleringen. Slutligen är det upp till domstolarna att vid en överprövning tolka reglerna i ljuset av EU-rätten och bedöma huruvida upphandlande myndighet agerat korrekt i det enskilda fallet.

Utifrån Arrowsmiths resonemang sätter proportionalitetsprincipen den yttersta gränsen för när uteslutning är tillåten. En följd av denna argumentation är att upphandlande myndigheter därmed är skyldiga att ta hänsyn till self-cleaning. Vidare har EU-domstolen tillämpat en hård bedömning av nationella regler som medlemsstater infört där det saknats möjligheten att motbevisa uteslutning i det enskilda fallet. Det talar för att self-cleaning bör ses som en skyldighet. Däremot talar det faktum att det nuvarande direktivet inte innehåller någon reglering avseende self-cleaning för att det ännu inte föreligger en sådan skyldighet. Direktivets kompletterande mål "effektivitet i offentliga utgifter" i kombination med de allmänna rättsprinciperna talar samtidigt för att omfattande self-cleaningåtgärder inte går att bortse från. Det finns dock inget klart svar på huruvida upphandlande myndigheter i dagsläget är skyldiga att ta hänsyn till self-cleaningåtgärder. Om kommissionens förslag till nytt direktiv antas i sin nuvarande utformning innebär det att upphandlande myndigheter uttryckligen blir skyldiga att ta hänsyn till self-cleaning. Idag när det saknas uttrycklig reglering är det lämpligt att undersöka på de ändamål som ligger bakom upphandlingsregleringen på EU-nivå.

Enligt min bedömning är den avgörande frågan för om man i dagsläget betraktar self-cleaning som en möjlighet eller skyldighet hur man väljer att betrakta upphandlingsreglernas syfte på EU-nivå. Om EU-regleringen utgår från det traditionella marknadsintegrerande perspektivet finns ingen anledning att ålägga medlemsstaterna en skyldighet som inte påverkar marknadsintegrationen. Om däremot EU-regleringens syfte ses som föränderligt och man accepterar att ytterligare värden nu aktualiseras på

EU-nivå är det lämpligt att se self-cleaning som en skyldighet, eftersom korrupktion och effektivitet påverkas av konceptet. Sammantaget är det således synen på upphandlingsreglerna på EU-nivå som ger svaret på om self-cleaning i dagsläget utgör en möjlighet eller skyldighet för upphandlande myndighet.

7.3 Hur tillämpas self-cleaning i Sverige?

Inom ramen för proportionalitetsbedömningen tillåts self-cleaningåtgärder i vissa fall påverka domstolarnas bedömning av huruvida grund för uteslutning föreligger eller ej. Även i de fall då en uteslutningsgrund konstaterats kan en proportionalitetsbedömning innebära att uteslutning inte är tillåtet i det enskilda fallet. Då utgör tiden sedan oegentligheterna företogs en viktig faktor, men även self-cleaningåtgärder tillåts påverka bedömningen. Kammarrätten har uttalat att allvarligt fel i yrkesutövningen påverkas av "vad som förekommit efter att felet begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås". Däremot är det inte klarlagt i vilken utsträckning self-cleaningåtgärder tillåts påverka eftersom domskälen de flesta fall är knapphändiga i denna del. Min bedömning är att leverantörerna i de undersökta rättsfallen oftast inte genomgått tillräckligt ingripande åtgärder och därför har domstolarna inte fått anledning att behandla frågan om self-cleaning på ett djupare plan.

Det faktum att self-cleaningåtgärder tillmäts viss betydelse som en del av proportionalitetsbedömningen tyder på att de svenska domstolarna ser self-cleaning som en skyldighet. Det kan i sin tur ge en indikation på hur de svenska domstolarna ser på EU:s regelverk. Om self-cleaning ses som en skyldighet innebär det att de svenska domstolarna accepterar att upphandlingsreglerna på EU-nivå har ett bredare syfte än enbart marknadsintegration. Mot bakgrund av de fåtal mål där self-cleaning tillåtits påverka utgången i till fördel för leverantören är det dock inte möjligt göra några säkra uttalanden i denna fråga.

7.4 Avslutande reflektioner

Det står klart att upphandlande myndighet är skyldiga att ta hänsyn till proportionalitetsprincipen enligt LOU 1 kap 9 §. Inom ramen för proportionalitetsbedömningen föreligger en möjlighet att ta hänsyn till self-cleaningåtgärder. Det oklara rättsläget och bristen på uttrycklig reglering förefaller göra

att leverantörerna inte genomgår tillräckligt omfattande åtgärder för att de ska anses tillräckliga ur ett self-cleaningperspektiv. Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv är därför positivt ur en tydlighetsaspekt. En tydligare reglering av self-cleaning kan potentiellt leda till förbättrad öppenhet, förutsebarhet och rättssäkerhet. I förlängningen kan detta i sin tur leda till färre överprövningsprocesser.

Om man ser på frågan ur ett större perspektiv kan det dock anses problematiskt att self-cleaning regleras på EU-nivå. Det visar på en utveckling där EU-rätten går från ett ramverk till ett komplett regelverk. Ju fler frågor som detaljregleras på EU-nivå desto mindre självbestämmande behålls på nationell nivå. Därmed minskar möjligheterna till nationell anpassning. I realiteten är det endast svenska aktörer som skadas om upphandlande myndighet inte tar hänsyn till self-cleaning och därför kan det tyckas märkligt att frågan ska regleras genom detaljregler på EU-nivå. Det är inte eftersträvänsvärt att reglera samtliga frågor på EU-nivå eftersom direktivet redan är ett komplext regelverk som tenderar att bli allt mer svårtillgängligt ju fler regler som införs. Frågan handlar ytterst om hur mycket självbestämmande som ska ges upp av medlemsstaterna och hur stort utrymme medlemsstaterna ska ha att införa regler som passar det specifika landet, vilket i grunden är en politisk fråga. Slutligen kan även ifrågasättas om det finns någon kompetens i fördragen som skulle kunna ligga grund för en detaljreglering av self-cleaning i det nya upphandlingsdirektivet, eftersom konceptets syfte inte är marknadsintegration.

Källförteckning

Litteratur

Arrowsmith, Priess och Pünder, Self-Cleaning in Public Procurement Law, Carl Heymanns Verlag 2009

Arrowsmith Sue & Kunzlik Peter, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge University Press 2009

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, Thomson Reuters 2010

Bernitz Ulf & Kjellgren Anders, Europarättens grunder, 4 uppl, Nordstedts Juridik 2010

Bernitz Ulf, Heuman Lars m.fl., Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder, Nordstedts Juridik 2012

Falk Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl, Jure Förlag 2011

Gunnarsson Åsa, Svensson Eva-Maria, Genusrättsvetenskap, Studentlitteratur 2009

Hettne Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, Nordstedts Juridik 2008

Hettne Jörgen & Otken Eriksson Ida, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 uppl, Nordstedts Juridik 2011

Pedersen Kristian, Upphandlingens grunder, 2 uppl, Jure Förlag 2011

Rosén Andersson, Mülenbock m.fl., Lagen om offentlig upphandling. En kommentar, Nordstedts Juridik 2013

Sandgren Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2 uppl, Nordstedts Juridik 2011

Sundstrand Andrea, Offentlig upphandling – LOU och LUF, Studentlitteratur 2010

Sundstrand Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure Förlag 2012

Artiklar

Arrowsmith Sue, The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2011-2012 vol. 14, s. 1-48

Peczenik Aleksander, Juridikens allmänna läror SvJT 2005 s. 249-275

Pedersen Kristian, Upphandlingskrönika, Europarättslig tidskrift 2012 s. 172-177

Offentligt tryck

Sverige

SOU 2011:73, På jakt efter den goda affären

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

Prop. 2009/10:180, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

EU

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets 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

Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM (2011) 896 slutlig, Bryssel den 20.12.2011

Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om offentlig upphandling, 2011/0438 (COD), 16725/1/12 REV 1

Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, Bryssel den 27.01.2011

Internetkällor

Bokwall Carl, Bumgarth Per-Owe, Då får dömda delta i upphandling, Upphandling24, hämtad 2013-11-07, <http://www.upphandling24.idg.se>

JP Infonet, lagkommentar till lag (2007:1091) om offentlig upphandling 10 kap 2 §, hämtad 2013-10-22, <http://www.jpinfonet.se>

Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling. Om lagöverträdelser som konkurrensmedel. Rapport 2013:6, hämtad 2013-11-22, <http://www.kkv.se>

Majtan Roman, The George Washington Law Review volume 45, No2, 2013, The self-cleaning dilemma: Reconciling competing objectives of procurement process, s. 291-347, hämtad 2013-10-19, <http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/45-2/JLE205.pdf>

Sandgren Claes, Är rättsdogmatiken dogmatisk? hämtad 2013-12-08, <http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:187098/FULLTEXT01>

Transparency International Sverige, Rapport no.1 2012, Whistlesblowing. Förutsättningar och skydd för dem som slår larm om korruption och andra oegentligheter, hämtad 2013-10-26, <http://www.transparency-se.org>

Zeteo, lagkommentar till skattebrottslagen (1971:69) 12 §, hämtad 2013-10-20, zeteo.nj.se

Praxis

Svenska domstolar

HFD:s beslut den 28 november 2013 i mål nr 7171-13

HFD 2013 ref. 61

RÅ 2010 ref. 79

Kammarrätten i Stockholms mål den 2 december 2013 i mål nr 4081-13

Kammarrätten i Jönköpings dom den 31 oktober 2013 i mål nr 3483-12

Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 oktober 2013 i mål nr 982-13

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 oktober 2013 i mål nr 672-13

Kammarrätten i Stockholms dom den 28 januari 2013 i mål nr 7153-12

Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12

Kammarrätten i Stockholms dom den 7 juni 2012 i mål nr 1305-12

Kammarrätten i Stockholms dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010 i mål nr 4442-09

Kammarrätten i Stockholms dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406-09

Kammarrätten i Stockholms dom den 6 juli 2009 i mål nr 3767-09

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 november 2013 i mål nr 11059-13

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 september 2013 i mål nr 19810-13

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 18 juni 2013 i mål nr 1553-13

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 april 2013 i mål nr 21204-12

EU-domstolen

Mål C-465/11 Forposta

Mål C-538/07 Assitur

Mål C-213/07 Michaniki

Förenade målen C-224/04 och C-228/04 La Cascina

Mål C-210/03, Swedish Match

Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom

Mål C-315/01, GAT

Mål C-380/98, University of Cambridge

Mål C-243/89, Storebaelt

Mål C-188/89, Foster

Mål 152/84, Marshall

Mål 14/83, Von Colson

Mål 41/74, van Duyn

Mål 26/62, van Gend & Loos

Generaladvokatens förslag

Generaladvokat Gulmans förslag till dom i mål C-71/92, Kommissionen mot Spanien

Registrerad på kursen: Hötterminen 2013

Examinationstillfälle: Januari 2014