
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– SELF-CLEANING

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Vid offentlig upphandling¹ är upphandlande myndigheter i vissa fall skyldiga, och har i vissa andra fall möjlighet, att utesluta leverantörer som på grund av brottslighet eller andra oegentligheter har visat sig olämpliga som leverantörer till offentlig sektor. Bestämmelserna gäller både för upphandlingar inom det direktivstyrda området samt för upphandlingar under tröskelvärdena och av s.k. B-tjänster. Motsvarande bestämmelser gäller vid upphandlingar i försörjningssektorerna,² men skyldigheten att i vissa fall utesluta leverantörer gäller endast för de upphandlande enheter i försörjningssektorerna som är upphandlande myndigheter.³

Att uteslutas ur upphandlingar, dvs. att riskera att överhuvudtaget inte kunna komma ifråga som leverantör till offentlig sektor, är naturligtvis något som kan drabba den berörda leverantören hårt. En fråga som därför uppkommer, och som de nämnda bestämmelserna inte ger uttryckligt svar på, är under hur lång tid som brott eller andra oegentligheter kan läggas en leverantör till last i samband med upphandling, och om det finns något som leverantören kan göra för att förkorta denna tid, eller för att helt undgå uteslutning.

Något klart svar på frågan kan varken utläsas ur EU-domstolens rättspraxis eller rättspraxis från svenska domstolar, eftersom bedömningarna i de fall som prövats varit alltför in-casu-betonade för att tillåta mer långtgående slutsatser.⁴

* Kristian Pedersen, advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

² Enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

³ Skyldigheten att i vissa fall utesluta leverantörer gäller således inte de upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter, utan offentliga företag eller privata företag.

⁴ Se t.ex. RÅ 2010 ref. 79.

Mer intressant är istället den rättspraxis och de principer som utvecklats i vissa andra medlemsstater, främst Tyskland och Österrike, och som reglerar under vilka förhållanden som en leverantör ska anses ha vidtagit tillräckliga åtgärder – s.k. ”self-cleaning” – för att komma tillrätta med tidigare missförhållanden, och därmed kan undgå uteslutning ur offentliga upphandlingar. Av intresse är också att Europeiska kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn innehåller uttryckliga bestämmelser om self-cleaning.⁵

Jag kommer i denna krönika att redogöra för begreppet self-cleaning, och dess påverkan på skyldigheterna och/eller möjligheterna att utesluta leverantörer ur upphandlingar.

2. UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER

En upphandlande myndighet är, som nämnts inledningsvis, skyldig att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om myndigheten får kännedom om att leverantören är dömd för vissa typer av brottslighet, vilka närmare beskrivs i upphandlingslagarna (10 kap. 1 § LOU och 10 kap. 1 § LUF).

Skyldighet att utesluta en leverantör på grund av brott av aktuellt slag uppkommer endast om den upphandlande myndigheten får kännedom om att det finns en lagkraftvunnen dom. Den upphandlande myndigheten har således inte alltid någon utredningsskyldighet i frågan. Av förarbetena framgår att sådan utredningsskyldighet endast uppkommer när det finns *grundad anledning* och att ”[m]isstankenivån måste vara i ganska hög grad konkretiserad genom exempelvis tidsangivelse innan det föreligger grundad anledning att följa upp en uppgift. Grundad anledning kan ha uppnåtts exempelvis till följd av uppgifter i massmedia eller av konkurrerande leverantörer.”⁶ Om den upphandlande myndigheten finner att det finns grundad anledning att anta det finns skäl för uteslutning får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning. Bevismedel som leverantören kan använda i detta sammanhang är t.ex. kriminalregisterutdrag eller liknande.

Om leverantören är en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet. Som företrädare räknas alla som har en faktisk maktposition i den juridiska personen. Dessutom kan det även finnas andra personer som kan anses vara företrädare. Avgörande för bedömningen är om företrädaren har betydande intresse i, t.ex. genom eget eller närståendes aktie- eller andelsinnehav, och bestämmande inflytande över

⁵ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, artikel 55.4.

⁶ Prop. 2006/07:128, sid. 387.

den juridiska personen. Det innebär t.ex. att en person kan anses vara företrädare om han genom fullmakt har rätt att fatta beslut om eller kan förfoga över den juridiska personens medel, eller om han satt en bulvan eller målvakt i sitt ställe. Frågan vem som är företrädare för en juridisk person ska, enligt förarbetena, avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. En viktig begränsning är dock att begreppet företrädare enligt LOU och LUF endast omfattar de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören. Att tidigare företrädare för leverantören kan ha begått brott av det aktuella slaget saknar betydelse.⁷

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för den aktuella typen av brottslighet. Det finns med andra ord, utöver vad som följer av de mer allmänna formuleringarna om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF, även i bestämmelserna i 10 kap. 1 § LOU och 10 kap. 1 § LUF uttryckligt stöd för en proportionalitetsbedömning i samband med beslut om uteslutning på grund av brott. Exempel på särskilda skäl kan vara att det gått lång tid sedan brottet ägde rum. Det kan i praktiken innebära att brott som i en tidigare upphandling lett till uteslutning inte gör det vid nästa upphandling, men eftersom de brott som kan medföra uteslutning varierar i svårhetsgrad har det inte ansetts möjligt att ange en bestämd gräns för hur lång tid som ska ha gått.

Utöver de ovan nämnda uteslutningsgrunderna, som är obligatoriska för upphandlande myndigheter att tillämpa, finns det även i såväl LOU som LUF uteslutningsgrunder som är frivilliga att tillämpa. Utöver i fall med vissa typer av ekonomiskt trångmål och då en leverantör lämnat felaktig information (fall som inte behandlas i denna krönika) får en leverantör uteslutas ur en upphandling om den genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta, eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.

På samma sätt som beträffande de obligatoriska uteslutningsgrunderna får en leverantör som är en juridisk person uteslutas på grund av omständigheter är hänförliga till en företrädare för den juridiska personen.

Begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar bl.a. olika typ av lag- och andra regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade, exempelvis överträdelser av viss miljölagstiftning eller förbuden i konkurrenslagen och EUF-fördraget, mot konkurrensbegränsande samarbete.⁸

⁷ Prop. 2006/07:128, sid. 388.

⁸ Prop. 2006/07:128, sid. 390.

3. SELF-CLEANING

Med self-cleaning avses möjligheten för en leverantör, som annars hade kunnat riskera uteslutning ur upphandlingar, att få sitt anbud utvärderat för att leverantören vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att tidigare tillkortakommanden inte kommer att upprepas i framtiden. Vad som krävs för att tillräckliga åtgärder ska anses ha vidtagits kan vara svårt att lämna ett generellt svar på, men i de medlemsstater där self-cleaning är ett etablerat begrepp brukar fyra huvudkomponenter, eller faser, anses ingå. Dessa är klagörande av fakta och andra omständigheter, avhjälpande av den skada som uppkommit, personrelaterade åtgärder samt strukturella och organisatoriska åtgärder.⁹

Inom ramen för den första fasen, klagörande av fakta och andra omständigheter, anses leverantören skyldig att verka för att klargöra fakta och vem eller vilka som bär ansvaret för de oegentligheter som har inträffat, inklusive att samarbeta med de myndigheter som eventuellt utreder ärendet. Syftet med fasen är dels att klargöra de omständigheter som föranlett att den aktuella problematiken uppkommit, dels att klarlägga vilka åtgärder som krävs för att säkerställa att något liknande inte händer igen.

Den andra fasen, avhjälpande av den skada som uppkommit, handlar i korthet om att leverantören ska tillse att den eller dem som lidit skada till följd av de oegentligheter som förevarit kompenseras för detta, t.ex. genom ekonomisk ersättning.

Den tredje fasen, personrelaterade åtgärder, handlar om att den eller dem som är ansvarig för det inträffade, oavsett om det rör sig om chefspersoner, anställda eller ägare, lämnar verksamheten på ett sådant sätt att de inte fortsättningsvis kan påverka eller utöva något inflytande över verksamheten. Det kan handla om att avskeda personal, men också om att en ägare som är en belastning för företaget lämnar företaget genom att t.ex. överlåta sina aktier till nya ägare.

Inom ramen för den fjärde fasen, strukturella och organisatoriska åtgärder, är avsikten att åtgärder ska vidtas i syfte att den kvarvarande ledningen och personalen, och de kvarvarande ägarna, inte upprepar tidigare misstag. Det kan handla om utbildningsinsatser, upprättande av policies och särskilda system för uppföljning och kontroll, men också om att upprätta en whistleblowerfunktion eller att införa tredjepartskontroller eller revision.

Self-cleaning är, som nämnts ovan, i vissa medlemsstater ett etablerat begrepp. Det har dock hittills inte funnits några uttryckliga EU-rättsliga bestämmelser om self-cleaning, och det har därför funnits en osäkerhet om i vilken utsträckning som upphandlande myndigheter och enheter i samband med ute-

⁹ Arrowsmith, Prieß och Friton, *Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, *Public Procurement Law Review*, (2009) 18.

slutningsprövningen i upphandlingar är skyldiga att beakta åtgärder som leverantörer vidtagit för att komma tillrätta med tidigare oegentligheter, även om det i doktrin har framförts att en skyldighet att beakta self-cleaning-åtgärder följer av proportionalitetsprincipen.¹⁰ Det är därför intressant att kunna konstatera att kommissionen i sitt förslag till nytt upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn valt att inkludera bestämmelser om self-cleaning.

4. SELF-CLEANING I FÖRSLAGET TILL NYTT UPPHANDLINGSDIREKTIV FÖR DEN KLASSISKA SEKTORN

I artikel 55 i förslaget till nytt upphandlingsdirektiv återfinns bestämmelser om uteslutning av leverantörer som i de flesta avseenden i sak överensstämmer med uteslutningsbestämmelserna i de gällande direktiven och svenska upphandlingslagarna. På en punkt avviker den föreslagna artikel 55 från dagens regelverk, närmare bestämt genom att artikel 55.3 innehåller bestämmelser om betydelsen av self-cleaning, dock utan att detta begrepp uttryckligen nämns.

Av förslaget framgår i detta avseende att ”[...] *anbudssökande eller anbudsgivare som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1–3 [som innehåller bestämmelser om både obligatoriska och frivilliga uteslutningsgrunder] 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 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.*”

Det är uppenbart att förslaget i denna del är utformat efter den förebild som utvecklats i tysk och österrikisk rätt, och som beskrivits i föregående avsnitt. Samtliga de fyra faser som traditionellt sett ansetts höra till self-cleaning återfinns också kommissionens förslag, om än inte i riktigt samma ordning som i redogörelsen i föregående avsnitt. Mycket talar därför för att den rättspraxis och doktrin som hittills utvecklats i Tyskland och Österrike åtminstone inledningsvis kan få stor betydelse för tolkningen av de föreslagna bestämmelserna.

¹⁰ Arrowsmith, Prieß och Friton, a.a.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Bakgrunden till upphandlingslagstiftningens bestämmelser om uteslutning är att lagstiftaren velat säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter kan välja bort att göra affärer med oseriösa leverantörer. Detta är enligt min mening som utgångspunkt bra, inte bara mot bakgrund av att det rör sig om användning av skattemedel, utan även för att upphandlande myndigheter och enheter som är nogräknade med vilka leverantörer som de gör affärer med bidrar till en sund konkurrens.

Även i seriösa företag kan dock oegentligheter, av mer eller mindre allvarligt slag, ibland uppkomma. Detta kan bero på alltifrån otillräckliga strukturella förutsättningar, såsom avsaknad av tydliga riktlinjer eller tillräcklig kompetens, till bristande personliga förutsättningar, såsom att en eller flera medarbetare eller ägare mer eller mindre medvetet bryter mot de lagar och andra regler som gäller för verksamheten.

Mot bakgrund av de allvarliga konsekvenser som uteslutning ur upphandlingar kan få för ett leverantörsföretag, och därmed också för andra än den medarbetare, företagsledare eller ägare som är ansvarig för oegentligheterna, framstår det dock som lämpligt att möjliggöra avsteg från uteslutning i de fall då detta med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet är motiverat utifrån proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF. Tidigare har det inte funnits någon vägledning för hur detta ska göras, i vart fall inte på EU-nivå eller i Sverige. Kommissionens förslag till bestämmelser om betydelsen av self-cleaning är därför välkommet. Förhoppningsvis kommer det, om det genomförs, att leda till ökad trygghet och förutsebarhet för både leverantörer, upphandlande myndigheter och upphandlande enheter.