JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linnea Eriksson

Self-Cleaning

vid uteslutning av leverantörer till följd av
brott som innefattar bestickning eller korruption

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: VT 2017

Innehåll

SUMMARY 1

SAMMANFATTNING 2

FÖRORD 3

FÖRKORTNINGAR 4

1 INLEDNING 5

1.1 Bakgrund 5

1.2 Syfte och frågeställningar 6

1.3 Avgränsning 6

1.4 Forskningsläge 8

1.5 Metod 8

1.6 Material 9

1.7 Disposition 10

2 UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA RAMAR 11

2.1 Inledning 11

2.2 Nationell rätt 11

2.3 EU-rätt 11

2.4 Grundläggande principer 12

3 UTESLUTNING FRÅN UPPHANDLING 14

3.1 Inledning 14

3.2 Bakgrund 14

3.3 Obligatoriska uteslutningsgrunder 15

3.4 Fakultativa uteslutningsgrunder 16

3.5 Konskevenser av en uteslutning 17

3.6 Beslutsprocessen 18

4 SELF-CLEANING 20

4.1 Inledning **20**

4.2 Definition av Self-Cleaning **20**

4.3 Möjligheten till Self-Cleaning **21**

4.3.1 Före införandet av nya LOU 21
4.3.2 Efter införandet av nya LOU 22

5 INNEHÅLLET AV EN SELF-CLEANING **25**

5.1 Inledning **25**

5.2 Bakgrund **25**

5.3 Ersättning av skada **27**

5.3.1 Identifiering av skadan 27
5.3.2 Ersättning av skadan 28

5.4 Klargörande av förhållanden och samarbete med utredande myndigheter **28**

5.4.1 Klargörande av förhållanden 29
5.4.2 Samarbete med utredande myndigheter 30

5.5 Vidtagande av personalmässiga, tekniska och organisatoriska åtgärder **34**

5.5.1 Personalmässiga åtgärder 34
5.5.1.1 Olika typer av personalmässiga åtgärder 34
5.5.1.2 Företrädarbegreppets betydelse 37
5.5.2 Tekniska och organisatoriska åtgärder 40
5.5.3 Praktiska exempel på bedömning av personalmässiga, tekniska och organisatoriska åtgärder 46

6 GRUNDLÄGGANDE PRINCIPERS BETYDELSE VID BEDÖMNINGEN AV EN SELF-CLEANING **48**

6.1 Inledning **48**

6.2 Proportionalitetsprincipen **48**

6.2.1 Brottets eller missförhållandets allvar 49
6.2.2 Tidsaspekten 50
6.2.3 Särskilda omständigheter 52

6.3 Likabehandlingsprincipen **53**

7 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER **55**

7.1 Inledning **55**

7.2 Behov av vägledning **55**

7.3 Lämpliga bedömningsgrunder **56**

7.3.1 Ersättning av skada 57
7.3.2 Klargörande av förhållanden och samarbete med utredande myndigheter 57
7.3.3 Vidtagande av tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder 58

7.3.4 Helhetsbedömning av en Self-Cleaning 59

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 60

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 68

Summary

This essay concerns *self-cleaning* in connection with exclusion of public contract suppliers due to bribery or corruption. More specifically, the essay examines on what grounds contracting authorities should assess a *self-cleaning.*

As a consequence of being found guilty of bribery or corruption, suppliers can be excluded from the procurement procedure. However, the newly introduced Swedish Public Procurement Act provides that any economic operator that is subject to exclusion now may provide evidence to the effect that measures taken by the economic operator are sufficient to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion. If such evidence is considered as sufficient, the economic operator concerned shall not be excluded. For this purpose, the operator shall prove that it has;

1. paid or undertaken to pay compensation in respect of any damage caused by the criminal offence or misconduct;
2. clarified the facts and circumstances in a comprehensive manner by actively collaborating with the investigating authorities; and
3. taken concrete technical, organisational and personnel measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct.

Neither the Act nor legislative history, case law and legal doctrine provide specific guidance on what concrete measures constitute sufficient *self-cleaning*. Consequently, it will probably be difficult for suppliers to foresee what measures constitute sufficient *self-cleaning*. For the same reason it will likely be difficult for contracting authorities to assess a *self-cleaning*. This uncertainty may cause different contracting authorities to assess equivalent *self-cleanings* differently. In my opinion, there is thus need for guidance on this matter. Such guidance could possibly be provided by the newly established National Agency for Public Procurement. In this essay, I will formulate questions that in my view can constitute the basis for contracting authorities' assessment of *self-cleanings*. Suppliers could also use such a guidance to gain insight on what is required for a *self-cleaning* to be regarded as sufficient. This basis consists of a number of questions that the contracting authorities should include in their assessment.

In order to examine how the newly introduced provision on *self-cleaning* will be applied, the use of *self-cleaning* measures in other branches of law and legal systems have served as guidance. Adjacent questions have also been taken into account. Moreover, the fundamental principles of procurement law have been found to be of great significance, not least the principles of proportionality and equal treatment.

In conclusion, if all suppliers and contracting authorities were to apply the same basis as guidance when implementing and assessing a *self-cleaning*, legal certainty in regards to the newly introduced provision would improve.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar *self-cleaning* vid uteslutning av leverantörer till följd av brott som innefattar bestickning eller korruption. Närmare bestämt utreder uppsatsen vilka bedömningsgrunder en upphandlande myndighet bör ha vid bedömningen av en leverantörs *self-cleaning* härom.

Som en konsekvens av att ha begått brott som innefattar bestickning eller korruption kan en leverantör uteslutas från att få delta i offentliga upphandlingar. Men enligt den nyligen införda lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ska en leverantör som omfattas av någon uteslutnings-grund numera inte uteslutas om denne visar sig tillförlitlig genom att ha;

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

Bestämmelsen är allmänt formulerad och det finns lite vägledning att tillgå i form av förarbeten, praxis och doktrin avseende vad sådana självsanerande åtgärder bör bestå av mer konkret. Det torde således bli svårt för leverantörer att förutse vad som kommer att krävas vid en *self-cleaning.* Det torde även bli svårt för upphandlande myndigheter att bedöma en *self-cleaning.* Denna otydlighet kan sannolikt leda till att olika upphandlade myndigheter bedömer likvärdiga *self-cleanings* olika. Mot denna bakgrund finns det enligt min uppfattning ett behov av vägledning på området. Sådan vägledning hade lämpligtvis kunnat ges av den nyligen inrättade Upphandlingsmyndigheten. I denna uppsats formuleras frågor som enligt min mening skulle kunna utgöra ett underlag för upphandlande myndigheters bedömning av en *self-cleaning.* Underlaget skulle med fördel också kunna användas av leverantörer för att öka förståelsen för vad som kan tänkas förväntas av leverantören i samband med en *self-cleaning*. Underlaget består av ett antal frågeställningar som den upphandlande myndigheten bör besvara vid sin bedömning.

För att undersöka hur den nya bestämmelsen om *self-cleaning* torde komma att tillämpas har ledning tagits av hur självsanerande åtgärder används i andra rättsområden och även till viss del i andra rättsordningar. Därutöver har angränsade frågeställningar beaktats. I övrigt har upphandlingsrättens grundläggande principer tillmätts stor betydelse, inte minst proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

Att alla leverantörer respektive upphandlande myndigheter skulle tillämpa samma underlag som vägledning för genomförandet respektive bedömningen av en *self-cleaning* skulle enligt min mening öka förutsägbarheten avseende den nya bestämmelsens tillämpning. Detta skulle innebära stora rättssäkerhetvinster.

Förord

Inledningsvis skulle jag vilja rikta ett stort tack till alla de fantastiska vänner jag lärt känna i Lund. Tack framförallt till Christine, Josefine, Molly och Sandra. Ord kan inte beskriva hur glad jag är för att ha delat tiden i Lund med just er.

Ett stort tack till Setterwalls Advokatbyrå i Stockholm som välkomnade mig varmt som uppsatspraktikant under våren. Tack också till min handledare på Lunds universitet, Vilhelm Person, som bidragit med värdefulla råd.

Ett särskilt tack till mamma och pappa för ert ovärderliga stöd under alla år. Utan er hade det aldrig gått.

Linnea Eriksson

Lund den 25 maj 2017

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
BrB	Brottsbalken (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
ESPD	European Single Procurement Document
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
ICC	International Chamber of Commerce
IMM	Institutet mot mutor
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2016:1 146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUK	Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
Prop.	Proposition
PUL	Personuppgiftslagen (1998:204)
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SKL	Sveriges kommuner och landsting
VD	Verkställande direktör
ÄLOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I Sverige uppgår de offentliga utgifterna till nästan 2000 miljarder SEK varje år. Av dessa utgifter är cirka 634 miljarder SEK upphandlingspliktiga inköp, vilket utgör nästan en femtedel av Sveriges totala BNP.[1] Detta innebär att det finns stora pengar att tjäna för de leverantörer som vinner en upphandling och stora pengar att förlora för de leverantörer som av någon anledning inte tillåts delta i dessa upphandlingar.

Vid offentlig upphandling är upphandlande myndigheter i vissa fall skyldiga, och har i vissa andra fall möjlighet, att utesluta leverantörer vars företrädare visat sig olämpliga som leverantörer till offentlig sektor. Detta gäller exempelvis leverantörer som gjort sig skyldiga till bestickning eller korruption.[2] Bestickning och korruption är skadligt för samhället, bl.a. genom att det skadar allmänhetens förtroende för den offentliga förvaltningen och att det snedvrider konkurrensen.[3] Uteslutningsreglerna är ett av många verktyg att bekämpa bestickning och korruption med.[4] Att uteslutas ur en upphandling innebär att den berörde leverantören inte längre kan komma i fråga som leverantör till offentlig sektor, vilket kan medföra stora direkta och indirekta skador för leverantören.

Genom införandet av den nya upphandlingslagen, lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), infördes en möjlighet för leverantörer som omfattas av någon av uteslutningsgrunderna att vidta vissa självsanerande åtgärder för att visa sig tillförlitlig och därmed kunna återfå sin status som möjlig leverantör till det offentliga.[5] En sådan process kallas *self-cleaning*. Sådana åtgärder kan vara att leverantören ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.[6] Med hjälp av självsanerande åtgärder bör det enligt EU-kommissionen vara möjligt att hitta en medelväg mellan tillämpningen av uteslutningsgrunderna och principerna om proportionalitet och likabehandling.[7]

Den nya bestämmelsen om *self-cleaning* är dock allmänt hållen. Det är med andra ord oklart vad som i praktiken krävs dels av leverantörer som avser

[1] Statistik om offentlig upphandling (2016), s. 1.
[2] Se 13 kap. 1-3 §§ LOU.
[3] Att förebygga korruption i offentlig upphandling (2011), s. 4.
[4] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 4.
[5] Se 13 kap. 5 § LOU.
[6] Se 13 kap. 5 § LOU.
[7] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 53.

genomföra en *self-cleaning* i syfte att åter få delta i offentliga upphandlingar, dels av den upphandlande myndigheten som ska bedöma dessa åtgärders tillräcklighet. Denna oförutsägbarhet riskerar medföra att den nya bestämmelsen tolkas och tillämpas olika av olika upphandlande myndigheter. Upphandlande myndigheter riskerar därmed att agera i strid med likabehandlingsprincipen genom att till följd av denna oklarhet bedöma lika situationer olika.

I denna uppsats kommer *self-cleaning*, dess innebörd och praktiska tillämpning att utredas närmre, både ur ett *de lege lata*-perspektiv och ett *de lege ferenda*-perspektiv.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens kärnfråga och det primära syftet med denna uppsats är att utreda vilka bedömningsgrunder upphandlande myndigheter bör ha vid bedömningen av huruvida en *self-cleaning* ska godkännas. Mer specifikt kommer att fokuseras på bedömningen av *self-cleanings* som genomförs till följd av bestickning eller korruption. Det sekundära syftet med denna uppsats är att redogöra för de rättsliga grunderna för uteslutning av leverantörer vad beträffar bestickning eller korruption. En redogörelse av detta slag är enligt min mening nödvändig för att förstå en *self-cleanings* grundförutsättningar. För att besvara arbetets ovan angivna kärnfråga kommer en rad andra frågor att utredas i denna uppsats:

i. Vad innebär möjligheten till *self-cleaning* och hur ser bakgrunden till införandet ut?
ii. Vad kan de krav som uppställs i den nya bestämmelsen om *self-cleaning* tänkas innebära i praktiken?
iii. Vilken betydelse får proportionalitets- och likabehandlingsprincipen vid upphandlande myndigheters bedömning av en *self-cleaning*?
iv. Vilket behov av vägledning finns för att tillförsäkra en rättssäker tillämpning av den nya bestämmelsen om *self-cleaning*?

1.3 Avgränsning

Denna uppsats riktar sig främst till läsare med juridiska kunskaper, inklusive grundläggande kunskaper om offentlig upphandling.[8] Mot denna bakgrund innehåller denna uppsats inte någon grundläggande redogörelse för exempelvis LOU:s tillämpningsområde. Avsikten med denna avgränsning är att möjliggöra fördjupning i det för uppsatsen valda ämnet. I samband med införandet av nya LOU infördes även nya upphandlingslagar för försörjningssektorerna genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt för koncessioner genom lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Även i dessa lagar infördes en möjlighet till *self-cleaning* för de leverantörer som omfattas av

[8] För en introduktion i ämnet, se t.ex. Pedersen (2017).

någon av uteslutningsgrunderna.[9] Av utrymmesskäl kommer dessa emellertid inte att avhandlas inom ramen för denna uppsats. Då bestämmelserna om *self-cleaning* i dessa lagar är utformade på samma sätt som i LOU är det dock sannolikt att det som kommer att anföras i denna uppsats i princip även kan appliceras vid tillämpning av LUF och LUK.

Som kommer att redovisas i denna uppsats uppställs en rad uteslutningsgrunder i LOU. Denna uppsats kommer endast att utreda *self-cleaning* i relation till uteslutningsgrunden bestickning eller korruption. Det faktum att det kommer att läggas visst fokus på denna uteslutningsgrund medför i vissa fall även straffrättsliga frågeställningar. Dessa kommer dock inte att behandlas djupare i denna uppsats. Vidare har det inte funnits utrymme att utreda hur klart eller oklart rättsläget är avseende vilka ageranden som beaktas som bestickning eller korruption.

En upphandlande myndighet kan om det föreligger s.k. *tvingande hänsyn till allmänintresset* tilldela en leverantör en upphandling trots att denne gjort sig skyldig till exempelvis bestickning eller korruption.[10] För dessa situationer aktualiseras således inte *self-cleaning* för leverantörer varför dessa situationer inte kommer att beröras här.

Vidare har ett nytt system för kontroll av leverantörers lämplighet införts genom införandet av nya LOU.[11] Systemet bygger på att en leverantör ska kunna lämna en preliminär egenförsäkran om sin lämplighet genom ett av Europeiska Kommissionen särskilt utformat dokument benämnt European Single Procurement Document (ESPD). Eftersom möjligheten till *self-cleaning* endast föreligger då en uteslutningsgrund *de facto* är för handen kommer betydelsen av ESPD inte att behandlas i denna uppsats.

Redan innan det nya upphandlingsdirektivet kom har vissa medlemsstater inom EU tillåtit *self-cleaning.* Härvid kan Italien, Tyskland och Österrike nämnas.[12] I denna uppsats kommer att redovisas för några exempel på hur bestämmelsen om *self-cleaning* tillämpas i några av de europeiska länderna. Detta kommer främst att göras för att undersöka hur den svenska bestämmelsen sannolikt kommer att och bör tillämpas. Det hade antagligen varit givande att utreda hur bestämmelser om *self-cleaning* tillämpas i andra länder på ett ännu djupare plan än vad som kommer att göras inom ramen för denna uppsats. Härvid hade det framförallt varit intressant att titta på Tyskland och Österrike vars rättssystem påminner mycket om det svenska.[13] Inom ramen för denna uppsats har det dock inte funnits utrymme för att fördjupa sig i detta. Detta hade dessutom krävt ytterligare språkkunskaper.

---

[9] Se 13 kap. 6 § LUF och LUK 11 kap. 6 §.
[10] Se 13 kap. 6 § LOU.
[11] Se 15 kap. LOU.
[12] Arrowsmith, Prieß och Pünder (2009), s. 3.
[13] Jmf. Nergelius (2012), s 15 ff.

1.4 Forskningsläge

Vad gäller offentlig upphandling i stort finns mycket doktrin att tillgå, både på ett internationellt och ett nationellt plan. I Sverige tillmäts området allt större betydelse, vilket markerats genom upprättandet av en helt ny myndighet, Upphandlingsmyndigheten, år 2015.[14] Även vad gäller de olika grunderna för uteslutning av leverantörer finns mycket doktrin att tillgå.

Vad gäller *self-cleaning* specifikt finns däremot mindre forskning, framförallt vad gäller svensk rätt. *Self-cleaning* ur ett svenskt perspektiv har främst belysts i kortare artiklar.[15] Detta ter sig i och för sig naturligt i och med att möjligheten till *self-cleaning* inte införts i lag förrän nyligen, men medför vissa svårigheter vid fastställande av rättsläget. I och med införandet är det emellertid sannolikt att mer forskning kommer att göras på området. Detta torde dock i viss utsträckning vara beroende av i vilken utsträckning möjligheten kommer att utnyttjas av leverantörer. Möjligheten till *self-cleaning* har behandlats i större utsträckning internationellt sett. Bl.a. i Tyskland har *self-cleaning* behandlats mer ingående i doktrin.[16]

1.5 Metod

I arbetet med denna uppsats har främst en rättsdogmatisk metod tillämpats. Därigenom söks svaret på juridiska frågeställningar i lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin. Genom att granska dessa rättskällor kan gällande rätt fastställas, liksom bakgrunden till denna.[17] Källorna har använts i enlighet med rättskälleläran.[18] Det bör i sammanhanget påpekas att det råder delade meningar om vad exakt den rättsdogmatiska metoden innefattar.[19] I denna uppsats åsyftas med rättsdogmatisk metod emellertid att söka svaren på juridiska frågeställningar i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten, och i den rättsdogmatiskt orienterade litteraturen.[20]

Eftersom den svenska upphandlingsrätten har sitt ursprung i EU-rättsliga direktiv har även en EU-rättslig metod tillämpats. Därigenom söks svaret på juridiska frågeställningar genom att tolka de EU-rättsliga källorna utifrån dess syften och ändamål. Metoden utgår från EU-domstolens sätt att besvara juridiska frågeställningar, varför även EU-domstolens avgöranden tillmäts betydelse vid tillämpning av denna metod.[21] Vid besvarandet av juridiska frågeställningar som regleras av EU-rätten är det vidare viktigt att erinra om

[14] Frågor om upphandling handlades tidigare främst av Konkurrensverket.
[15] Se t.ex. Engström (2016); Pedersen (2012) och Sundstrand (2014a).
[16] Se t.ex. Arrowsmith, Prie*ß* och Pünder (2009).
[17] Kleineman (2013) s. 21.
[18] För mer om rättskälleläran, se Sandgren (2015), s. 40.
[19] Se t.ex. Jareborg (2004), s. 1 ff.; Kleineman (2013), s. 21 f.; Olsen (2004), s.1 ff. och Spaak (2013), s. 47 ff.
[20] Jmf. Kleineman (2013), s. 21.
[21] Reichel (2013), s. 109 ff.

att EU-rätten har företräde framför nationell rätt i händelse av konflikt.[22]

Därutöver har den komparativa metoden använts i viss utsträckning. Genom denna metod undersöks likheter och olikheter i tillämpningen av *self-cleaning* i olika rättssystem.[23] En sådan jämförelse kan fördjupa förståelsen av båda rättssystemen.[24] I arbetet med denna uppsats har främst Danmark, Storbritannien och Tyskland studerats. Dessa jämförelser har främst gjorts för att hämta inspiration till vilka bedömningsgrunder svenska upphandlande myndigheter bör ha för att bedöma en *self-cleaning*.

I Tyskland har det sedan en tid tillbaka funnits möjlighet för upphandlande myndigheter att beakta leverantörers självsanerande åtgärder vid en eventuell uteslutning. Enligt Pedersen är det uppenbart att det nya upphandlingsdirektivet från 2014 är utformat efter den förebild som utvecklats i tysk och österrikisk rätt. Mot bakgrund av detta menar Pedersen vidare att mycket talar 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*”.[25]

Att studera andra länders rättstillämpning medför naturligen vissa metod-problem då det kräver kunskap om dessa länders rättssystem och hur man söker efter relevant information.[26] Därutöver krävs naturligtvis relevanta språkkunskaper. Begränsade språk- och metodkunskaper har medfört att andra rättssystem inte kunnat studeras i önskvärd utsträckning.

1.6 Material

I arbetet med denna uppsats har olika typer av rättskällor använts. I enlighet med svensk rättskällehierarki har utgångspunkten för denna uppsats varit relevant lagtext. Därutöver har förarbeten använts för att undersöka syftet bakom lagstiftningen. Också EU:s grönböcker har härvid haft betydelse. Grönböckerna motsvarar närmast de svenska förarbetena, men saknar den fyllighet och preciserande karaktär som enligt Bernitz vanligtvis kännetecknar svenska offentliga utredningar (SOU) och propositioner.[27]

Ännu har inget mål som rör *self-cleaning* enligt den nya bestämmelsen i LOU prövats i Sverige. Emellertid har vissa angränsande frågor behandlats i både högsta instans och i underrätterna liksom i EU-domstolen. Avgörandena ger en bra bild av vilka frågeställningar som uppkommit i tillämpningen av de för denna uppsats relevanta bestämmelserna. Även om de mål som endast behandlats av underrätterna har ett begränsat vägledande värde ur ett *de lege lata*-perspektiv, kan de ändå ge viss värdefull

[22] EU-domstolens dom i mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen.*
[23] Valguarnera (2013), s. 141 f.
[24] Jonsson Cornell (2015), s. 21.
[25] Pedersen (2012), s. 173.
[26] Sandgren (2015), s. 54.
[27] Bernitz och Kjellgren (2010), s. 56.

vägledning vid analyser ur ett *de lege ferenda*-perspektiv. Slutligen har även den begränsade doktrin som finns på området använts för att fördjupa förståelsen. Det finns ännu inga lagkommentarer publicerade för nya LOU, men de första förväntas publiceras under sommaren 2017.[28]

Vid studerandet av andra staters reglering av *self-cleaning* har begränsade språkkunskaper medfört att sekundärkällor använts istället för primärkällor i vissa fall. Detta gäller exempelvis då primärkällan varit skriven på tyska.

1.7 Disposition

Utöver detta inledande kapitel innehållandes bakgrund, syfte och frågeställningar, avgränsning, forskningsläge, metod och material består denna uppsats av sju kapitel. I det andra kapitlet beskrivs de upphandlingsrättsliga ramar som finns på området. Detta görs genom en översiktlig beskrivning av relevant nationell respektive EU-rätt samt grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Denna genomgång görs i syfte att ge läsaren en grundförståelse för de förutsättningar som gäller vid en *self-cleaning*. Det tredje kapitlet redogör vidare för under vilka förutsättningar en leverantör ska respektive får uteslutas från offentlig upphandling. Detta görs eftersom *self-cleaning* inte aktualiseras om inte en uteslutningsgrund föreligger. Således är viss förståelse för innebörden av dessa grunder nödvändig för att kunna sätta *self-cleaning* i en kontext. I detta kapitel fokuseras på de situationer då bestickning och korruption kan aktualiseras som grund för uteslutning. Efter denna genomgång följer en redogörelse för de konsekvenser som en uteslutning av en leverantör typiskt innebär liksom för vad som gäller avseende bedömning, beslut och överprövning. Att förstå konsekvenserna av en uteslutning är bl.a. nödvändigt för att förstå betydelsen av proportionalitetsprincipen i samband med en *self-cleaning*.

Det fjärde kapitlet innehåller en beskrivning av hur en *self-cleaning* typiskt definieras. Härvid förklaras också bakgrunden till att möjligheten till *self-cleaning* nu införts i LOU. Vidare redogörs i femte kapitlet noggrant för vad en *self-cleaning* torde innehålla. I denna del diskuteras även angränsande frågeställningar som uppkommer, som exempelvis hur företrädarbegreppet definieras. Detta kapitel är uppsatsens mest omfattande och utgör kärnan av denna framställning. I det sjätte kapitlet diskuteras sedan de mest relevanta principernas innebörd och betydelse i detta sammanhang, eftersom dessa torde få stor betydelse vid tolkningen av den nya allmänt hållna bestämmelsen om *self-cleaning*. Det avslutande sjunde kapitlet består av mina egna avslutande kommentarer och slutsatser. Först följer härvid en redogörelse för det behov av vägledning som finns. Uppsatsen avslutas sedan med ett förslag på vilka bedömningsgrunder en upphandlande myndighet bör ha när denna ska bedöma en *self-cleaning* i samband med uteslutning till följd av bestickning eller korruption.

[28] Se t.ex. *JP Infonet kommenterar nya LOU* (2017)

2 Upphandlingsrättsliga ramar

2.1 Inledning

Detta kapitel syftar till att göra läsaren förtrogen med de viktigaste regelverken och principerna som finns på upphandlingsområdet. Kunskap härom är enligt min uppfattning nödvändig för att förstå på vilka grunder bestämmelsen om *self-cleaning* vilar.

2.2 Nationell rätt

I Sverige har det funnits bestämmelser på upphandlingsområdet under hela 1900-talet. Inledningsvis var reglernas syfte främst att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet vid statliga myndigheters inköp av varor, tjänster och entreprenader.[29] Successivt har bestämmelserna på området blivit allt mer detaljerade. Detta är delvis en följd av Sveriges inträde i EU 1995, genom vilket Sverige förband sig till EU-rätten.[30] EU-rätten har företräde framför annan nationell lagstiftning,[31] och har haft stort inflytande på den svenska upphandlingslagstiftningen.[32] Det senaste upphandlingsdirektivet utfärdades 2014 och implementerades i svensk lag den 1 januari 2017 genom tre nya lagar; LOU, LUF och LUK. [33]

Nya LOU innehåller bl.a. tydligare regler om miljö-, arbetsrättsliga- och sociala hänsyn. Vidare medger den nya lagen större flexibilitet för upphandlande myndigheter och sätter innovation i fokus. Lagen innehåller också bestämmelser om undantag för intern upphandling mellan myndigheter, bestämmelser om reserverad upphandling, samt förändringar i syfte att främja små- och medelstora företags deltagande i upphandlingar. Ytterligare en stor nyhet är, som ovan nämnt, möjligheten till *self-cleaning*.

2.3 EU-rätt

Syftet med den EU-rättsliga upphandlingsregleringen är främst att realisera den inre marknaden genom att undanröja hinder för den fria rörligheten.[34] Ytterligare ett syfte är att säkerställa ekonomisk effektivitet genom att utsätta offentliga kontrakt för effektiv konkurrens. Genom effektiv konkurrens utnyttjas statens och skattebetalarnas finanser så effektivt som

---

[29] Pedersen (2013) s. 9.
[30] Se lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.
[31] EU-domstolens dom i mål 6-64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*
[32] Pedersen (2013) s. 7.
[33] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling, nedan kallat *upphandlingsdirektivet*.
[34] Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-380/98, *University of Cambridge*, mål C-237/99 *Kommissionen mot Frankrike*; mål C-470/99 *Universale Bau m.fl.*

möjligt. Härigenom har upphandlingsreglerna ett nära samband med konkurrensreglerna. [35] Reglerna syftar också till att bekämpa korruption.[36]

På EU-rättslig nivå regleras den offentliga upphandlingen dels av primärrätten, dels av sekundärrätten. Primärrätten består av EU:s grundläggande fördrag och rättighetsstadgan.[37] Vad avser denna uppsats frågeställning är primärrättens grundläggande principer av stor betydelse. Principerna ska vara vägledande när uttryckliga bestämmelser saknas och befintliga bestämmelser ska tolkas mot bakgrund av dessa principer. Principerna är vidare obligatoriska och ska alltid iakttas och respekteras.[38] I avsaknad av detaljerade regler och praxis torde principerna således bli mycket viktiga vid tillämpningen av den nya och allmänt hållna bestämmelsen om *self-cleaning*. Dessa principer beskrivs nedan.

Sekundärrätten består av direktiv och förordningar. För denna uppsats är upphandlingsdirektivet, som nämnts ovan, det mest centrala bland dessa.[39] Offentlig upphandling kan enligt EU-kommissionen vidare fungera som ett verktyg för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden.[40] Det nya upphandlingsdirektivet infördes 2014 i syfte att modernisera upphandlingsområdet i enlighet med EU:s tillväxtstatregi.[41] Genom införandet avsåg man även att förhindra korruption ytterligare.[42]

2.4 Grundläggande principer

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.[43] Vad beträffar *self-cleaning* är likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen av särskild betydelse, liksom principen om fri rörlighet för varor och tjänster.[44]

Likabehandlingsprincipen innebär att varje form av diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden.[45] Vad avser upphandlingsrätten är det förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera en leverantör på grund av dess nationalitet eller ge företräde eller fördelar till en leverantör från vissa geografiska områden.[46] EU-domstolen har understrukit betydelsen av denna

---

[35] Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 44.
[36] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 4.
[37] Fördraget om Europeiska Unionen (FEU); Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF) och Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan).
[38] Asplund m.fl. (2012) s. 37.
[39] Direktiv 2014/24/EU.
[40] EU-kommissionens inremarknadsakt (2011).
[41] EU-kommissionens Europa 2020-strategi (2010).
[42] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 4.
[43] Se 4 kap. 1 § LOU.
[44] Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 18.
[45] FEUF art. 18 och Bernitz och Kjellgren (2010), s. 111 ff.
[46] Sundstrand (2013) s. 26.

princip i samband med tolkningen av upphandlingsdirektivet.[47] I ett annat fall konstaterade EU-domstolen att principen är tillämplig på alla steg i en upphandlingsprocess, och inte bara när en leverantör lämnar ett anbud.[48]

Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som används för att uppnå ett syfte inte får vara mer långtgående än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.[49] Med andra ord måste en myndighetsåtgärd som är betungande för den enskilde stå i rimligt förhållande till den nytta för det allmänna som åtgärden syftar till att uppnå.[50] Betydelsen av proportionalitetsprincipen i offentlig upphandling har fastslagits av EU-domstolen.[51] Domstolen har bl.a. fastslagit att en proportionalitetsbedömning ska göras vid eventuell uteslutning.[52] Vidare har domstolen konstaterat att de omständigheter som kan medföra uteslutning av en leverantör ska vara relevanta för upphandlingen och stå i proportion till uteslutningen.[53] Proportionalitetsprincipen har även vunnit erkännande i svensk nationell rätt.[54]

Som redan antytts ovan och som denna uppsats kommer att visa kommer dessa principer sannolikt att få en central betydelse vid bedömningen av en *self-cleaning*. Detta bl.a. mot bakgrund av att de åtgärder som vidtas i samband med en *self-cleaning* härrör från ett behov av att upprätta balans mellan implementering av uteslutningsgrunderna och respekten för proportionalitet och likabehandling. Att pröva en *self-cleaning* kan också hjälpa upphandlande myndigheter att göra en objektiv och mer heltäckande bedömning av en leverantörs personliga ställning.[55]

Ytterligare en grundläggande princip i sammanhanget är som ovan nämnts *principen om fri rörlighet för varor och tjänster* inom EU. Den fria rörligheten är grunden för den inre marknaden och ger bl.a. alla leverantörer inom EU rätt att lämna anbud i offentliga upphandlingar inom unionen.[56]

---

[47] EU-domstolens mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*.
[48] EU-domstolens mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*.
[49] FEU art. 5.1 och 5.4 samt Bernitz och Kjellgren (2010) s. 118 f.
[50] Strömberg och Lundell (2013) s. 72.
[51] Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili scrl mot Comune di Milano*.
[52] EU-domstolens dom i mål C-538/07, *Assitur Srl mot Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano.*
[53] EU-domstolens dom i mål C-213/07, *Michaniki AE mot Ethniko Symvoulio Radiotileorasis och Ypourgos Epikrateias*.
[54] Se t.ex. RÅ 1999 ref. 76 och HFD 2010 ref. 79.
[55] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 52.
[56] Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 19.

3 Uteslutning från upphandling

3.1 Inledning

I detta kapitel kommer en genomgång av de uteslutningsgrunder som finns att göras. Förståelse för uteslutningsgrunderna och dess syfte är relevant för förståelsen av *self-cleaning* eftersom de självsanerande åtgärder som vidtas måste vara proportionella i förhållande till en uteslutnings ändamål.[57] Särskilt fokus kommer härvid att läggas på uteslutningsgrunden om bestickning eller korruption. För att vidare förstå vilka krav som rimligen kan ställas på en leverantör i samband med en *self-cleaning* är det också viktigt att vara medveten om en uteslutnings konsekvenser, särskilt med hänsyn till proportionalitetsprincipen, varför även detta kommer att behandlas i detta avsnitt. Av betydelse för en leverantörs förmåga att anpassa en *self-cleaning* är därutöver förståelse för en upphandlande myndighets beslut och beslutsprocess, varför även detta helt kort kommer att redogöras för.

3.2 Bakgrund

Enligt svensk rätt har upphandlande myndigheter som ovan nämnts en möjlighet, och ibland en skyldighet, att utesluta leverantörer från att delta i en upphandling.[58] Då en myndighet är skyldig att utesluta en leverantör talar man om *obligatoriska* uteslutningsgrunder. Då en myndighet istället har möjlighet att utesluta leverantörer talar man om frivilliga eller *fakultativa* uteslutningsgrunder.[59] Sedan nya LOU trädde i kraft har både de obligatoriska och de fakultativa uteslutningsgrunderna utökats. Med andra ord kan en leverantör nu uteslutas på fler grunder än tidigare.[60]

Bestämmelserna om uteslutning syftar främst till att säkerställa att endast seriösa leverantörer tilldelas upphandlingskontrakt. Detta är viktigt dels för att säkerställa en effektiv konkurrens, dels för att säkerställa att kontraktet verkligen fullföljs.[61] Därutöver kan det finnas anledning att utesluta leverantörer för att stärka medborgarnas förtroende för staten och att garantera att skattebetalarnas medel används på ett legitimt sätt.[62] Generellt kan sägas att uteslutningsgrunderna snarast tar sikte på en leverantörs personliga *lämplighet* att utföra ett visst uppdrag.[63] Sålunda tar uteslutningsgrunderna inte nödvändigtvis sikte på leverantörens *förmåga* att utföra det tilltänka uppdraget.[64]

---

[57] Arrowsmith Priess och Friton (2009), s. 30.
[58] Se 13 kap. 1-3 §§ LOU och Pedersen (2012), s. 172.
[59] Pedersen (2013), s. 100 f.
[60] Jmf 13 kap. 1-3 §§ LOU och 10 kap. 1-2 §§ ÄLOU.
[61] Prop. 2006/07:128, s. 225 f. samt RÅ 2010 ref. 79.
[62] Hjelmeng och Søreide (2014), s. 5.
[63] Prop. 2006/07:128 s. 219.
[64] Arrowsmith (2014) s.1241 ff. Se dock Pedersen (2013), s. 99.

3.3 Obligatoriska uteslutningsgrunder

Det finns en rad grunder på vilka en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i en upphandling.[65] Mot bakgrund av denna uppsats fokus kommer här enbart att redogöras för de obligatoriska uteslutningsgrunder som innefattar bestickning eller korruption.

Av bestämmelserna om de obligatoriska uteslutningsgrunderna följer att en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören är dömd för ett brott som innefattar:

- *bestickning* enligt definitionen i art. 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i FEU av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i EG eller EU:s medlemsstater är delaktiga i,
- *korruption* enligt art. 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller
- *korruption* enligt nationella bestämmelser.[66]

Med bestickning enligt EU-rätten avses varje avsiktlig handling som utförs för att direkt eller genom tredje man utlova eller bevilja en förmån, oavsett art, till en tjänsteman, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denne på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser skall utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten.[67]

Med korruption enligt EU-rätten avses att direkt eller genom en mellanhand lova, erbjuda eller ge en person som i någon egenskap leder eller arbetar för ett företag inom den privata sektorn en otillbörlig förmån, oavsett art, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denna person i strid med sina skyldigheter skall utföra eller underlåta att utföra en handling. Enligt bestämmelsen inkluderas även att i någon egenskap i ledande ställning eller som anställd i ett företag inom den privata sektorn direkt eller genom en mellanhand, för egen räkning eller för tredje mans räkning, begära eller ta emot en otillbörlig förmån, oavsett art, eller acceptera ett löfte om en sådan förmån, för att i strid med sina skyldigheter utföra eller underlåta att utföra en handling. [68]

Med korruption enligt nationella bestämmelser avses för svenskt vidkommande de svenska mutbrotten, vilka är *tagande av muta, givande av*

---

[65] Se 13 kap. 1 § LOU samt 13 kap. 2 § 1 st. LOU.
[66] Se 13 kap. 1 § LOU.
[67] Art. 3 i *rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i FEU av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i EG eller EU:s medlemsstater är delaktiga i.*
[68] Art. 2.1 i *rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn.*

muta, grovt tagande eller givande av muta, och sedan den 1 juli år 2012 även *handel med inflytande* och *vårdslös finansiering av mutbrott*.[69] Härvid kan nämnas att brottet *givande av muta* tidigare kallades *bestickning*.[70] I och med införandet av den nya mutlagstiftningen kan ageranden och rutiner som tidigare kan ha uppfattats som normal branschpraxis numera innebära överträdelser. Den nya svenska mutlagstiftningen innebär vidare att enskilda personer i ett företags ledning kan bli straffrättsligt ansvariga om de genom oaktsamhet skapat förutsättningar för företagets anställda att begå mutbrott.[71] Vad beträffar tillämpningen av de obligatoriska uteslutningsgrunderna saknas praxis från både HFD och EU-domstolen.[72] Detta kan delvis tänkas bero på att leverantörer i Sverige mycket sällan utesluts till följd av att någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna föreligger.[73]

3.4 Fakultativa uteslutningsgrunder

Det finns vidare en rad grunder på vilka en upphandlande myndighet *får* utesluta en leverantör från att delta i en upphandling.[74] Mot bakgrund av denna uppsats fokus kommer främst att redogöras för de fakultativa uteslutningsgrunder som innefattar bestickning eller korruption.

Av bestämmelserna om de fakultativa uteslutningsgrunderna följer att en leverantör får uteslutas om denne på ett otillbörligt sätt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen.[75] Denna uteslutningsgrund är ny och i förarbetena preciseras inte vilken typ av agerande som skulle kunna räknas som sådan påverkan som skulle kunna påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess.[76] Bestämmelsen har heller ännu inte hunnit prövas av någon domstol. Enligt min uppfattning är det dock troligt att den nya bestämmelsen om otillbörlig påverkan skulle kunna inrymma sådant agerande som typiskt räknas som bestickning eller korruption i bred bemärkelse.

Vidare får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör om myndigheten inte kan undvika snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av

[69] Se 10 kap. 5a-5e §§ BrB.
[70] SOU 2014:51, s. 199 ff.
[71] Företagsansvar och Compliance (2017).
[72] Sundstrand (2013), s. 154 f.
[73] Osund konkurrens i offentlig upphandling (2013), s. 43.
[74] Se 13 kap. 2 § 2 st. samt 13 kap. 3 § LOU.
[75] Se 13 kap. 3 § 9 p. § LOU.
[76] Prop. 2015/16:195, s. 1086.

leverantören.[77] Jäv genom bl.a. vänskapskorruption, svågerpolitik och nepotism faller normalt under begreppet korruption.[78]

En leverantör får också uteslutas om myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något *allvarligt fel i yrkesutövningen* som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.[79] Denna punkt inrymmer typiskt sett inte sådant agerande som kan räknas som bestickning eller korruption, men är den kanske mest omdiskuterade fakultativa uteslutningsgrunden och är en av få som varit föremål för flera domstolsavgöranden.[80] Enligt min mening kan viss ledning tas av dessa avgöranden för frågor som angränsar till *self-cleaning*, varför det kommer att redogöras för några av dessa avgöranden i denna uppsats. Enligt EU-domstolen kan allvarligt fel i yrkesutövningen omfatta alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende.[81] Begreppet omfattar typiskt sett olika typer av lag- och regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade.[82]

3.5 Konskevenser av en uteslutning

Att utesluta en leverantör från offentlig upphandling är ett mycket långtgående ingripande och kan leda till mycket allvarliga ekonomiska konsekvenser för leverantören. En uteslutning kan till och med innebära allvarligare konsekvenser än eventuella straff som utdöms av en domstol.[83] Av vissa har uteslutning till och med refererats till som *the Corporate Death Penalty* p.g.a. dess mycket allvarliga konsekvenser. Särskilt leverantörer som är helt beroende av att få delta i offentlig upphandling riskerar att förlora så stora inkomster att man riskerar insolvens och i värsta fall konkurs.[84] Bland sådana särskilt beroende leverantörer kan nämnas sådana som levererar medicinteknik och försvarsmateriel.[85] Om företaget trots detta skulle överleva dessa direkta ekonomiska konsekvenser av uteslutningen kan dess skadade rykte enligt min mening ändå medföra allvarliga indirekta ekonomiska konsekvenser för företaget och dess företrädare.

Ytterligare en aspekt som här kan nämnas helt kort är risken för att avtal som ingåtts under inverkan av korruption ogiltigförklaras. Det är nämligen möjligt för en avtalspart att väcka talan om ogiltigförklaring eller jämkning av ett avtal som ingåtts under inverkan av korruption.[86] Företag vars företrädare begår brott innefattande bestickning eller korruption riskerar

---

[77] Se 13 kap. 3 § p. 6 LOU.
[78] Att förebygga korruption i offentlig upphandling (2011), s. 3.
[79] Se 13 kap. 3 § LOU.
[80] Se t.ex. RÅ 2010 ref. 79 och HFD 2013 ref. 61.
[81] EU-domstolens dom i mål C-465/11, *Forposta SA och ABC Direct Contact mot Poczta Polska SA* samt HFD mål nr. 4266-12.
[82] Pedersen (2013), s. 102.
[83] Hjelmeng och Søreide (2014) s. 4 f.
[84] Lord (2016) s. 113.
[85] Pedersen (2013), s. 7.
[86] Europarådets straffrättsliga konvention om korruption, art. 8 och prop. 2003/04:70 s 46 f.

alltså stora ekonomiska skador. De mycket långtgående konsekvenserna av en uteslutning har vidare enligt vissa lett till att somliga medlemsstater till och med undviker att åtala företag för brott som utgör uteslutningsgrunder.[87]

3.6 Beslutsprocessen

Bevisbörda och beviskrav

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att en uteslutningsgrund föreligger.[88] Vad beträffar beviskrav till följd av någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna krävs en lagakraftvunnen dom.[89] Vad gäller beviskrav till följd av någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna räcker det att den upphandlande myndigheten kan göra det *sannolikt* att grunden för uteslutning föreligger.[90] Detta har dock kritiserats i den juridiska doktrinen, framförallt efter att HFD godtagit hänvisning till ett omprövningsbeslut från Skatteverket som bevis på att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Kritiken bestod främst i att det skulle vara osannolikt att en upphandlande myndighet, bl.a. mot bakgrund av upphandlingsregelverkets karaktär av skyddslagstiftning för leverantörer, bara behöver göra det sannolikt att leverantören begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.[91] Av ett kammarrättsavgörande framgår vidare att enbart Konkurrensverkets beslut att väcka talan utgjort tillräcklig grund för att utesluta en leverantör. Talan bestod i en stämningsansökan avseende en konkurrensrättslig överträdelse för vilken Konkurrensverket självt var tillsynsmyndighet. Att tingsrätten senare, såsom första instans, ogillat Konkurrensverkets talan förändrade inte kammarrättens bedömning.[92]

Beslut om uteslutning

En upphandlande myndighet kan fatta beslut om uteslutning när som helst under upphandlingsförfarandet under förutsättning att den upphandlande myndigheten kan visa att skäl för uteslutning föreligger.[93] Innan beslut fattas ska leverantören dock ges tillfälle att yttra sig över de omständigheter som åberopats som skäl för uteslutning.[94] Efter att beslut om uteslutning fattats ska myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena om vilken leverantör som valts och ange skälen därtill.[95]

Det finns inget krav på hur utförlig en sådan motivering ska vara.[96] Därmed är det enligt mig inte osannolikt att många upphandlande myndigheter skulle välja att motivera ett sådant beslut med en standardskrivning vilket

---

[87] Lee Wetzel (2015), s. 21.
[88] HFD 2013 ref. 61.
[89] Se 13 kap. 1 § LOU.
[90] HFD 2013 ref. 61.
[91] Sundstrand, ”*HFD 2013 ref. 61”,* s. 114. Att upphandlingsregelverket har karaktär av skyddslagstiftning framgår av EU-domstolens dom C-380/98, *University of Cambridge*.
[92] Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr. 1425-16.
[93] Prop. 2015/16:195, s. 743.
[94] Prop. 2015/16:195, s. 742 f.
[95] Se 13 kap. 7 § LOU.
[96] Jmf. prop. 2015/16:195, s.1090 f.

skulle innebära att det blir svårt för den uteslutna leverantören att förstå varför *self-cleaningen* inte varit tillräcklig och vilka ytterligare åtgärder som hade krävts för att anses som tillförlitliga. Men att lämna en utförlig motivering är enligt min uppfattning viktigt, inte minst mot bakgrund av kravet på förutsebarhet.

Överklagande av beslut

Om en leverantör anser att den upphandlande myndigheten genomfört en upphandling felaktigt kan detta överklagas och överprövas. Uteslutning av en leverantör utgör en av de vanligaste grunderna i överprövningsmål.[97] I och med den nya bestämmelsen om *self-cleaning* är det möjligt att icke godkända *self-cleanings* kommer att bli föremål för överklagande. Vardera parten betalar själv för processen och eventuella ombud, och överklagandeprocessen kan bli långdragen. Mot bakgrund av riskerna är det troligt att många leverantörer tvekar inför att överpröva beslut av detta slag. Detta torde särskilt gälla mindre företag med små resurser. Överprövningsmöjligheterna som finns har emellertid ansetts tillräckliga för att tillförsäkra leverantören tillräckliga rättssäkerhetsgarantier.[98]

[97] Rosén Andersson m.fl., (2015), s. 461.
[98] Prop. 2015/16:195, s. 741.

4 Self-Cleaning

4.1 Inledning

Detta kapitel syftar till att dels finna en definition av *self-cleaning*, dels förse läsaren med förståelse för varför möjligheten till *self-cleaning* införts. Enligt min uppfattning är detta nödvändigt för att finna svar på denna uppsats centrala frågeställning om vilka bedömningsgrunder en upphandlande myndighet bör ha vid bedömningen av en *self-cleaning* som genomförs vid uteslutning till följd av bestickning eller korruption.

4.2 Definition av Self-Cleaning

EU-kommissionen har definierat *self-cleaning* som ”*åtgärder som vidtas av den ekonomiska aktören för att rätta till en negativ situation som påverkar hans eller hennes rätt att delta i upphandlingen”*. Vidare har kommissionen anfört att de åtgärder som vidtas i samband med en *self-cleaning* bör göra det möjligt att hitta en medelväg mellan tillämpningen av grunderna för uteslutning och principerna om proportionalitet och likabehandling, genom vilken leverantörer ges en chans att få sin ställning bedömd på mer objektiva och rättvisa grunder innan beslut om uteslutning fattas.[99]

Vidare har Arrowsmith definierat *self-cleaning* som möjligheten för en leverantör, som annars hade kunnat riskera uteslutning från en upphandling, att återfå möjligheten att delta i upphandlingen eftersom denne vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att tidigare tillkortakommanden inte kommer att upprepas.[100] *Self-cleaning* kan vidare ses som en begränsning av upphandlande myndigheters skyldighet att utesluta leverantörer.[101] Enligt Arrowsmith kan utförandet av en fullständig *self-cleaning* främja syftena bakom de obligatoriska uteslutningsgrunderna avseende exempelvis bekämpning av korruption, en effektiv konkurrens samt en effektiv användning av statens medel.[102] Vad som krävs för att tillräckliga åtgärder ska anses ha vidtagits kan vara svårt att ge ett generellt svar på, men i de medlemsstater där *self-cleaning* är ett etablerat begrepp brukar fyra huvudelement, eller faser, anses ingå. Dessa är i) klargörande av fakta och andra omständigheter, ii) avhjälpande av den skada som uppkommit, iii) personalrelaterade åtgärder samt iv) strukturella och organisatoriska åtgärder.[103] Nedan, i kap. 5, kommer en närmare genomgång av vad dessa huvudelement innebär att göras.

---

[99] EU-kommissionens grönbok (2011), s. 53.
[100] Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 2.
[101] A.a., s. 44.
[102] A.a., s. 44 ff.
[103] A.a., s. 5.

4.3 Möjligheten till Self-Cleaning

4.3.1 Före införandet av nya LOU

Innan det nya upphandlingsdirektivet infördes år 2014 var möjligheten att beakta *self-cleaning* ovanlig i de flesta av EU:s medlemsstater och det fanns ingen uttrycklig EU-rättslig bestämmelse om *self-cleaning*.[104] Trots att *self-cleaning* inte behandlades i det äldre upphandlingsdirektivet från 2004 har vissa emellertid tolkat direktivet som att det gav utrymme för en möjlighet att få beakta *self-cleaning* vid uteslutning av en leverantör. I doktrin har det exempelvis framförts att möjligheten till *self-cleaning* i samband med i vart fall de obligatoriska uteslutningsgrunderna måste anses följa av proportionalitetsprincipen.[105] Även Konkurrensverket anförde redan år 2013 att det redan då var möjligt att väga in de åtgärder som en leverantör vidtagit med anledning av en tidigare överträdelse eller avtalsbrott vid bedömningen av om uteslutning ska ske.[106]

Även i praxis finns visst stöd för att upphandlande myndigheter redan innan införandet av nya LOU beaktat självsanerande åtgärder i samband med eventuella uteslutningar, i vart fall vad beträffar den fakultativa uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen. Som exempel på detta kan nämnas ett mål från 2013 då leverantören till och med åberopade ”*self-cleaning*-åtgärder” explicit i förvaltningsrätten för att undgå uteslutning. Åtgärderna bestod i utbyte av styrelsen och verkställande direktör (VD). Den nye styrelseledamoten tillika VD hade emellertid avträtt från sitt uppdrag då det uppdagats för denne att den tidigare VD begått brott.[107] Kammarrätten ansåg dock att de självsanerande åtgärderna inte varit tillräckliga, eftersom den tidigare VD fortfarande var att anse som företrädare för leverantören. En uteslutning av leverantören kunde därmed inte anses oproportionerlig.[108]

I ett annat mål från 2012 hade en leverantör uteslutits p.g.a. allvarligt fel i yrkesutövningen genom att ha tömt matavfall på ett felaktigt sätt samt kört transporter med betydande överlast vid ett stort antal tillfällen. Mot detta anförde leverantören att man inte borde ha uteslutits eftersom man hade vidtagit åtgärder i form av chaufförsmöten, kompletteringar av chaufförspärmen och förändringar av rutter hade vidtagits. Åtgärderna hade vidtagits i direkt samband med att leverantören fick kännedom om de påstådda felaktigheterna. I domen framgår det inte närmre vad mötena och kompletteringarna bestått av eller syftat till.[109] Dessa åtgärder skulle enligt min uppfattning, p.g.a. dess karaktär, kunna betecknas som självsanerande och processen skulle kunna jämföras med en *self-cleaning*. I detta fall ansåg

[104] Jmf. Upphandlingsdirektivet 2004/18.
[105] Se t.ex. Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 2 ff.
[106] Osund konkurrens i offentlig upphandling (2013), s. 53 f.
[107] Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 1495-13.
[108] Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3725-13.
[109] Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3484-12.

inte domstolen åtgärderna tillräckliga för att undgå uteslutning, men gav ingen närmare motivering till varför. Domstolen konstaterade dock att de vidtagna åtgärderna hade utförts först efter att den upphandlande myndigheten påpekat felen för leverantören.[110] Enligt förarbetena som föranlett den nya bestämmelsen om *self-cleaning* framgår, i överensstämmelse med domstolens argumentation, att de självsanerande åtgärder som krävs ska vara vidtagna innan beslut om uteslutning fattas.[111] Detta skulle sannolikt förutsätta att leverantören känt till felet. Likaledes hade det sannolikt bedömts vara till leverantörens nackdel om man kunde visa att leverantören känt till bristerna och ändå inte vidtagit någon form av självsanerande åtgärder.[112]

Ytterligare ett exempel då åtgärder av självsanerande karaktär åberopats för att undvika uteslutning är ett mål från 2013 i vilket en leverantör hade uteslutits p.g.a. allvarligt fel i yrkesutövningen genom att ha överdebiterat en upphandlande myndighet med en betydande summa. Mot detta anförde leverantören dels att kreditering medgetts på grund av överdebiteringarna, dels att överdebiteringarna utgjort misstag från de anställdas sida samt att en person hade utsetts för att kontrollera kommande målerimätningar.[113] Enligt min mening kan åtgärden att utse en person för att kontrollera kommande mätningar ses som en åtgärd av självsanerande karaktär. Intressant att notera i målet är att förvaltningsrätten inte berörde relevansen av att leverantören vidtagit dessa rättelser.[114] Kammarrätten å sin sida berörde dock detta men konstaterade att de åtgärder som leverantören vidtagit i efterhand inte förtog det felaktiga agerandets inverkan på dess professionella trovärdighet vid tidpunkten för uteslutningen.[115]

4.3.2 Efter införandet av nya LOU

I och med att ett nytt upphandlingsdirektiv infördes 2014 finns nu en bestämmelse som explicit ger leverantörer möjlighet att åberopa självsanerande åtgärder vid en uteslutning.[116] Av bestämmelsen följer att;

”En ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1 och 4 får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från upphandlingsförfarandet.

I detta syfte ska den ekonomiska aktören bevisa att denne har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller det allvarliga felet i fråga, att denne har klargjort förhållanden och

[110] Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3484-12.
[111] Jmf. prop. 2015/16:195, s. 1089.
[112] Jmf. prop. 2015/16:195, s. 1089.
[113] Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 982-13.
[114] Förvaltningsrätten i Jönköpings dom i mål nr. 8142-12.
[115] Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 982-13.
[116] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, art. 57.6.

omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

De åtgärder som vidtagits av den ekonomiska aktören ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga. Om åtgärderna anses vara otillräckliga ska den ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet.

En ekonomisk aktör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlings- eller koncessionstilldelningsförfaranden ska under den period som uteslutningen gäller, enligt domen i den medlemsstat där domen är giltig, inte ha rätt att utnyttja den möjlighet som anges i denna punkt."[117]

Vidare anges att medlemsstaterna i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten ska fastställa villkoren för tillämpning av artikeln.[118] I Sverige implementerades direktivet den 1 januari 2017 genom införandet av de nya upphandlingslagarna.[119] Bestämmelsen anger på vilka grunder en leverantör kan undantas från att bli utesluten. Dessa grunder utgörs av vissa åtgärder som en leverantör kan vidta för att återfå sin status som potentiell anbudsgivare till den offentliga sektorn. Det är vidtagandet av dessa åtgärder som alltså kallas *self-cleaning*. Av den svenska bestämmelsen följer att:

"En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har:

1. *ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,*
2. *klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och*
3. *vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.*

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa. (…)"[120]

Av förarbetena framgår som ovan nämnts att förutsättningarna enligt paragrafen ska vara uppfyllda *innan* beslut om uteslutning fattas, vilket innebär att en utesluten leverantör inte kan återinträda och fortsätta att delta

[117] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, art. 57.6.
[118] A.a., art. 57.7.
[119] Se 13 kap. 5 § LOU, 13 kap. 6 § LUF resp. LUK 11 kap. 6 §. Se även prop. 2015/16:195, s. 1089.
[120] Se 13 kap. 5 § LOU.

i en upphandling till följd av att de ovan angivna förutsättningarna har uppfyllts efter att beslutet om uteslutning fattats.[121]

Kraven som uppställs i bestämmelsen om *self-cleaning* är kumulativa. Detta innebär att alla givna rekvisit måste vara uppfyllda för att en *self-cleaning* ska anses tillräcklig. Således måste en samlad bedömning göras av leverantörens samtliga åtgärder.[122] Vidare torde en förutsättning för att en *self-cleaning* ska godtas vara att leverantören upphört med det agerande som utgjort grund för uteslutning.[123] En *self-cleaning* genomförs vidare av leverantören på eget initiativ. Detta kan göras antingen av leverantören på egen hand eller med extern hjälp.

[121] Prop. 2015/16:195, s. 1089.
[122] A.a., s. 1089.
[123] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 4.

5 Innehållet av en Self-Cleaning

5.1 Inledning

Som ovan anförts ska en leverantör som omfattas av en uteslutningsgrund inte uteslutas om leverantören visar sig tillförlitlig genom att den har i) ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, ii) klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt iii) vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.[124] Exempel på sådana åtgärder är att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga agerandet, att vidta lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler.[125] Vad dessa självrengörande åtgärder rent praktiskt kan bestå i framgår inte närmre varken av direktivet eller av den svenska bestämmelsen.[126]

Mot denna bakgrund syftar detta kapitel till att utreda vad en *self-cleanings* huvudelement kan bestå av i praktiken. En ökad insikt i detta kan sannolikt bidra till att det dels blir lättare för leverantörer att anpassa en *self-cleaning*, dels blir lättare för en upphandlande myndighet att bedöma en *self-cleaning*.

5.2 Bakgrund

Eftersom bestämmelsen nyligen trätt i kraft finns ännu ingen praxis på området och den doktrin som behandlar frågan utifrån svenska förutsättningar är knapphändig. Mot bakgrund av det rådande rättsläget bygger detta kapitel till viss del på mina egna överväganden. Dessa grundar sig i sin tur främst dels på hur självsanerande åtgärder tillämpas på andra rättsområden, dels inom andra medlemsstater. Om inget annat anges är det som anförs således mina egna antaganden och slutsatser.

Vad gäller självsanerande åtgärder på andra rättsområden kan det härvid vara särskilt intressant att titta på konkurrensrätten. Som tidigare nämnt är upphandlingsrätten nära kopplad till konkurrensrätten eftersom ett av upphandlingslagstiftningens syften är att främja effektiv konkurrens.[127] I diskussionen om *self-cleaning* kan det vara särskilt intressant att titta på

[124] Se 13 kap. 5 § LOU.
[125] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102.
[126] Jmf 13 kap. 5 § LOU, prop. 2015/16:195 och SOU 2014:51.
[127] Se t.ex. SOU 2014:51, s. 32.

regleringen kring konkurrensskadeavgifter.[128] Ett företags skyldighet att betala en sådan avgift kan nämligen efterges om vissa krav, som enligt min mening i stor utsträckning påminner om de krav som ställs på en leverantör i samband med en *self-cleaning,* uppfylls.[129] Kraven innebär bl.a. att företaget lämnar all information om överträdelsen, aktivt samarbetar med myndigheten och inte försvårar utredningen.[130] För att förtydliga hur detta bör tillämpas i praktiken har Konkurrensverket utfärdat allmänna råd om under vilka förutsättningar dessa avgifter får efterges eller sättas ned.[131] Konkurrensverket har härvid argumenterat för att företag som uppfyller de krav som ställs för att medges eftergift också borde anses uppfylla de krav som ställs för att undgå uteslutning med i samband med en *self-cleaning.* Således kan det enligt Konkurrensverket argumenteras för att ett företag som beviljats eftergift uppfyller dessa villkor i tillräcklig omfattning och därmed inte regelmässigt bör uteslutas ur framtida upphandlingar.[132] Mot denna bakgrund torde dessa råd enligt min mening även kunna tjäna som utgångspunkt för hur bestämmelsen om *self-cleaning* i offentlig upphandling ska tillämpas.

Vad gäller självsanerande åtgärder i andra medlemsstater har tillämpningen av *self-cleaning* i Danmark fungerat som ytterligare en utgångspunkt för detta kapitel. Detta grundar sig dels på att den svenska och danska bestämmelsen om *self-cleaning* bygger på samma direktiv och är utformade på samma sätt,[133] dels på att det danska konkurrensverket utfärdat allmänna råd om hur bestämmelsen ska tillämpas.[134] Precis som i Sverige uppställs i den danska bestämmelsen krav som avser ersättning av skada, klargörande av förhållanden och aktivt samarbete med de utredande myndigheterna samt vidtagande av konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder.[135] Den danska vägledningen är förvisso mycket begränsad men kan enligt min mening ändå tjäna som inspiration i detta sammanhang. Det bör härvid nämnas att inte heller danska domstolar ännu prövat något mål avseende *self-cleaning*.[136]

Som redan nämnts har *self-cleaning* i offentlig upphandling tillämpats sedan en tid tillbaka i Tyskland. Därför har en del praxis från Tyskland använts som inspiration till detta kapitel. Även italiensk praxis kommer kort att nämnas.

---

[128] Enligt 3 kap. 1 § KL kan konkurrensskadeavgifter åläggas den som bryter mot förbuden i 2 kap. 1 eller 7 §§ KL samt art. 101 eller 102 FEUF.
[129] Jmf. 13 kap. 5 § LOU med 3 kap. 14 § KL och Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 2 ff.
[130] Se 3 kap. 14 § KL.
[131] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014)
[132] Yttrande avseende *Nya regler om upphandling* (2014), s. 13 f.
[133] Jmf. 13 kap. 5 § och Udbudsloven § 138 st. 2.
[134] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016).
[135] Se Udbudsloven § 138 st. 2.
[136] Jmf. Ellehauge; Høg och Berg (2016).

5.3 Ersättning av skada

Enligt 13 kap. 5 § 1 p. LOU ska en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund inte uteslutas om denne bl.a. kan visa sig tillförlitlig genom att den har ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet. Detta görs för att gottgöra de som lidit skada av det aktuella brottet eller missförhållandet.[137]

5.3.1 Identifiering av skadan

I ett första steg måste skadan som ska ersättas rimligtvis identifieras. Härvid måste även en beräkning av skadan göras, vilket kan vara olika svårt i olika situationer.[138]

Då det gäller bestickning och korruption torde det enligt min uppfattning vara tämligen svårt att identifiera skadan som orsakats och beräkna denna. Dock finns ett antal situationer då sådan identifiering och beräkning ändå kan anses genomförbara. För det första skulle ersättning av skada i samband med bestickning och korruption kunna tänkas vara att betala utdömda böter.[139] Att beräkna detta torde vara relativt enkelt då detta med största sannolikhet redan fastställts i den laga kraft vunna dom som krävs för att visa att en obligatorisk uteslutningsgrund föreligger.[140]

För det andra skulle ersättning av skada i samband med bestickning och korruption kunna vara att förverka egendom som man fått genom brottet.[141] För det tredje skulle ersättning av skada i samband med bestickning och korruption kunna vara att ersätta skada som man orsakat tredje man genom att kontraktet som varit föremål för upphandlingen blivit dyrare. I vissa fall är det möjligt att man visserligen kan påvisa att brottet orsakat stor förtroendeskada, men att detta inte heller går att omvandla till en ekonomisk beräkningsbar summa.

Mot bakgrund av dessa svårigheter torde kravet avseende ersättning av skada inte bli aktuellt i särskilt många fall som avser *self-cleaning* i samband med uteslutning till följd av bestickning och korruption. Det är emellertid möjligt att detta kriterium blir viktigare i fall som avser *self-cleaning* i samband med uteslutning till följd av exempelvis bedrägeri, skatte- och konkurrensbrott. Vad gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna, som inte nödvändigtvis kräver en laga kraft vunnen dom,[142] torde identifiering och beräkning av skadan också medföra komplicerade bedömningar, i vart fall då objektivt underlag i form av t.ex. ett domslut,

---

[137] Prieß, Pünder och Stein (2009), s. 77.
[138] Jmf. Arrowsmith, Prieß och Pünder (2009), s. 5.
[139] Jmf. Pedersen (2012), s. 175 och Prieß, Pünder och Stein (2009), s. 77.
[140] Enbart brottet grovt givande respektive tagande av muta har obligatoriskt fängelsestraff. Övriga mutbrott har böter i straffskalan, vilket i realiteten oftast är det som döms ut framför fängelse. Se 10 kap. 5a-5d §§ BrB.
[141] Jmf. 36 kap. 1 § BrB.
[142] HFD 2013 ref. 61.

saknas. I sådana fall är det är inte osannolikt att den upphandlande myndighetens och leverantörens uppfattning avseende den aktuella skadan och dess omfattning inte är densamma.

Det kan härvid noteras att det i tysk praxis vanligtvis anses tillräckligt att betala utdömda böter för att anses ha uppfyllt kravet om ersättning av skada. I särskilda undantagsfall har det dock ansetts nödvändigt att ersätta skadan på annat vis. Exempelvis har det ansetts rimligt att vid systematiskt förtal ta tillbaka uttalanden i media genom vilka leverantören förtalar en annan leverantör.[143]

5.3.2 Ersättning av skadan

Om skadan som brottet eller missförhållanden trots de ovan angivna svårigheterna kan identifieras och beräknas ska, i ett andra steg av denna punkt, själva ersättningen ske.[144] Detta torde i normalfallet inte vara särskilt svårt att bedöma; antingen har betalning av en skada skett eller inte. Detta väcker emellertid frågan om vilka krav en upphandlande myndighet kan ställa på en leverantörs dokumentation. Det måste som utgångspunkt vara rimligt att kräva att leverantören kan visa att någon typ av bekräftelse på att betalning skett. Enligt det danska Konkurrensverket bör sådan dokumentation utgöras av ett kvitto som visar att betalningen gjorts.[145] I fall som rör bestickning eller korruption bör betalningen rimligen ske till den skadelidande eller till det allmänna genom staten.

Det är här viktigt att notera att ersättningen inte behöver ha betalats vid tidpunkten för bedömningen av huruvida en *self-cleaning* är tillräcklig, utan att det räcker att leverantören kan visa att denne åtagit sig att ersätta skadan i framtiden.[146] Varken det svenska eller det danska Konkurrensverket har angivit hur detta bör ske.[147] Det är dock troligt att ett skriftligt åtagande skulle räcka. Det viktiga torde rimligen vara att åtagandet är bindande.[148] Som ovan anförts torde emellertid kriteriet om ersättning av skadan sällan bli tillämplig på *self-cleanings* som görs i samband med uteslutning till följd av bestickning eller korruption. Därmed torde inte problemet med att visa att ersättning faktiskt gjorts aktualiseras särskilt ofta.

5.4 Klargörande av förhållanden och samarbete med utredande myndigheter

Enligt 13 kap. 5 § 2 p. LOU ska en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund inte uteslutas om denne bl.a. kan visa sig tillförlitlig

---

[143] Pünder (2009), s. 193.
[144] Se 13 kap. 5 § LOU.
[145] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 188 ff.
[146] Se 13 kap. 5 § LOU och Van Garsse och de Mars (2016), s. 132.
[147] Jmf. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016) och Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014).
[148] Jmf. Arrowsmith, Prieß och Friton (2009), s. 7.

genom att ha klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna.

5.4.1 Klargörande av förhållanden

Att en leverantör på ett uttömmande sätt klargör relevanta förhållanden och omständigheter är en grundförutsättning för att upphandlaren ska kunna bedöma om leverantören vidtagit tillräckliga åtgärder för att inte uteslutas.[149] Om det inte är klart vilka missförhållanden som föreligger går det inte heller att bedöma huruvida de självsanerande åtgärder som vidtagits är tillräckliga.[150] Kravet på klargörande av förhållanden grundar sig också på insikten att en leverantör som är ovillig att ta ansvar för tidigare felageranden inte heller kan väntas ta ansvar för att undvika sådana felageranden i framtiden.[151] Syftet med denna del av en *self-cleaning* är dels att klargöra de omständigheter som föranlett att den aktuella problematiken uppkommit, dels att klargöra vilka åtgärder som krävs för att säkerställa att något liknande inte händer igen.[152]

Bestickning eller korruption som omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna

Vad gäller *self-cleaning* i samband med uteslutning till följd av bestickning eller korruption som omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna måste som ovan nämnt en laga kraft vunnen dom ligga till grund för uteslutningen.[153] Av detta följer givetvis att omständigheterna kring brottet med all sannolikhet redan blivit utrett i samband med detta. Att klargöra förhållanden i samband med uteslutning till följd av sådan bestickning eller korruption torde därför främst avse att klargöra sådana förhållanden som eventuellt faller utanför den aktuella domen och som skulle kunna vara relevanta för den upphandlande myndigheten.

Härvid bör den upphandlande myndigheten lämpligtvis beakta huruvida leverantören vidtagit rimliga åtgärder för att för det första internt utreda att det inte föreligger några ytterligare missförhållanden utöver vad som framkommit av domen. Vid en intern utredning av detta slag bör möjligheten att involvera utomstående självständiga aktörer övervägas. Det kan t.ex. röra sig om att ta in externa jurister och revisorer för relevant intern granskning av vissa företagsangelägenheter. För det andra måste leverantören rimligtvis ha kommunicerat vad som framkommit av en sådan utredning till den upphandlande myndigheten. Ett sådant klargörande bör göras så skyndsamt som möjligt för att tillförsäkra att bedömningen sker på korrekta grunder.[154] Det centrala för bedömningen av huruvida en leverantör klargjort förhållanden i samband med en *self-cleaning* tillräckligt

[149] Prie*ß,* Pünder och Stein (2009), s. 77.
[150] Jmf. Arrowsmith, Prie*ß* och Friton (2009) s. 6.
[151] Pünder (2009), s. 191.
[152] Pedersen (2012), s. 175.
[153] Se 13 kap. 1 § LOU.
[154] Lord (2016) s. 124.

torde vara att leverantören visat en genuin vilja att komma till bukt med de eventuella missförhållanden i organisationen som möjliggjort brottet.

Bestickning eller korruption som omfattas av de fakultativa uteslutningsgrunderna

Bestämmelsen om klargörande av förhållanden torde rimligtvis få en annan betydelse vad gäller *self-cleaning* till följd av att någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna och korruption i dess vidare bemärkelse föreligger, exempelvis vid otillbörlig påverkan av en upphandlande myndighets beslut. För dessa fall krävs som ovan nämnt inte nödvändigtvis en laga kraft vunnen dom.[155] Detta innebär i normalfallet att omständigheterna kring felagerandet inte utretts i samma utsträckning som i en laga kraft vunnen dom och därför måste utredas ytterligare.

I dessa fall måste rimligtvis en avvägning göras mellan intresset av att klargöra relevanta förhållanden och intresset att inte ta orimligt mycket av de upphandlande myndigheternas resurser i anspråk. Det saknas närmare vägledning avseende vad en upphandlande myndighet kan kräva av en leverantör härvid. Mot bakgrund av Konkurrensverkets vägledning om konkurrensskadeavgifter skulle det enligt min uppfattning kunna anses rimligt att kräva att leverantören t.ex. lämnar uppgifter om de omständigheter som förelegat avseende det förhållande på vilken uteslutningen bestått i, vilka som varit inblandade och vid vilka tidpunkter detta skett. Vidare skulle krav kunna ställas på att leverantören anger vilka åtgärder denne vidtagit för att förhindra överträdelsen samt vilka personer som skulle lämna mer information om grunden för den eventuella uteslutningen. Upphandlaren bör också kunna kräva att leverantören lämnar in kopior av de handlingar som rör den anmälda överträdelsen och som leverantören har eller får tillgång till. Det kan t.ex. röra sig om mötesanteckningar, protokoll och korrespondens.[156]

5.4.2 Samarbete med utredande myndigheter

Kravet på aktivt samarbete med utredande myndigheter innebär att leverantören, i den utsträckning som är nödvändig, ska bidra till att klargöra relevanta omständigheter genom att exempelvis tillhandahålla myndigheten relevant information och dokumentation.[157]

Först och främst kan konstateras att det sannolikt inte kan krävas att leverantören på eget initiativ lägger fram kompromettерande bevis som inte efterfrågats av myndigheterna.[158] Detta överensstämmer med rätten att inte yttra sig eller belasta sig själv.[159] Det kan rimligen inte heller krävas att

[155] HFD 2013 ref. 61.
[156] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 6 f.
[157] Se 13 kap. 5 § 2 p. LOU.
[158] Jmf. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 190 f.
[159] Se EKMR art. 6 och Europadomstolens dom i Funke mot Frankrike (1991), John Murray mot Storbritannien (1996) och Panovits mot Cypern (2008).

leverantören erkänner skuld. Kravet på aktivt samarbete torde därmed i första hand avse klargörande av fakta.[160] Även vad gäller kravet på aktivt samarbete med utredande myndigheter kan möjligen viss ledning tas av Konkurrensverkets vägledning om konkurrensskadeavgifter. Sannolikt bör en upphandlande myndighet kunna kräva att leverantören ställer sina anställda, och om möjligt även tidigare anställda, till upphandlarens förfogande för att besvara frågor om omständigheterna kring den eventuella grunden för uteslutning.[161]

Motsatsvis bör undanhållande eller förstörande av bevis och annat agerande som kan försvåra utredningen bedömas som att leverantören inte uppfyller kravet på aktivt samarbete.[162] Vad gäller utredningar som rör bestickning eller korruption kan sådant undanhållande exempelvis vara att leverantören inte ger tillgång till mailkorrespondens och annat som efterfrågas. Ett annat exempel skulle kunna vara att inte ställa personal till förfogande för intervjuer etc. Detsamma bör enligt det svenska Konkurrensverket gälla de fall då en leverantör lämnar oriktiga eller missvisande uppgifter.[163]

Kravet på samarbete omfattar både situationer då den upphandlande myndigheten och den utredande myndigheten är densamma och situationer då den upphandlande myndigheten och den utredande myndigheten är olika myndigheter.[164] Med utredande myndigheter avses sannolikt den myndighet som har kompetens att utreda den relevanta uteslutningsgrunden.[165] Vad gäller överträdelser av de straffrättsliga reglerna, bl.a. bestickning och korruption, torde den utredande myndigheten vara Polismyndigheten och Åklagarmyndigheten.[166] Vad gäller uteslutning till följd av den fakultativa uteslutningsgrunden om bl.a. otillbörlig påverkan torde den utredande myndigheten som utgångspunkt vara samma som den upphandlande myndigheten.[167]

När upphandlande myndighet och utredande myndighet är densamma

För de fall då den upphandlande myndigheten och den utredande myndigheten är densamma torde det vara relativt enkelt för myndigheten att bedöma leverantörens samarbete.[168] Detta torde främst gälla då en myndighet riskerar att uteslutas till följd av att någon av de fakultativa

---

[160] Jmf. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 190 f.
[161] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 3 f.
[162] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 7 och Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 190.
[163] Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014), s. 16 ff.
[164] Arrowsmith, Prieß och Friton (2009) s. 5 f.
[165] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 190.
[166] För mer om Polisens uppdrag att stävja korruption, se Nationella korruptionsgruppen.
[167] Exempelvis Konkurrensverket kan vara både upphandlande myndighet och utredande myndighet om upphandlingen rör överträdelse av konkurrensbrott.
[168] Jmf. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 190.

uteslutningsgrunderna, som t.ex. då leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, föreligger.[169]

Ett tydligt exempel på när den upphandlande myndigheten och den utredande myndigheten är densamma är då Konkurrensverket upphandlar en tjänst och avser att utesluta en leverantör till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen genom överträdelse av en konkurrensrättslig bestämmelse.[170] I ett sådant fall är det Konkurrensverket som dels utreder den eventuella överträdelsen och som därmed samarbetar med leverantören för att förhållanden ska klargöras i samband med en uteslutning, dels värderar leverantörens samarbete i samband med en *self-cleaning*.

När upphandlande och utredande myndighet är olika myndigheter

Kravet på aktivt samarbete med utredande myndigheter i samband med en *self-cleaning* som rör bestickning eller korruption som omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna torde mot bakgrund av kravet på en lagakraftvunnen dom främst vara tillbakablickande. Det intressanta för den upphandlande myndigheten torde vara hur leverantören agerat i relation till den utredande myndigheten. I situationer som rör bestickning eller korruption måste den upphandlande myndigheten alltså ha information om hur leverantören agerat i relation till Polis- och Åklagarmyndigheten.

Den upphandlande myndigheten kan enligt min uppfattning tillgodogöra sig denna typ av information genom att *i)* ta del av den utredande myndighetens utredning och själva värdera den upphandlande myndighetens samarbete, *ii)* genom att begära att den utredande myndigheten redogör för den upphandlande myndighetens samarbete eller *iii)* genom att låta leverantören själv redogöra för dess samarbete med den utredande myndigheten.

i. Vad gäller alternativet att som upphandlande myndighet begära att få ta del av den utredande myndighetens utredning och sedan värdera den upphandlande myndighetens samarbete kan konstateras att det finns en rad situationer då den utredande myndigheten är förhindrad av lag att lämna ut sådan information. Det kan exempelvis röra sig om fall då Polismyndigheten inte får lämna ut uppgifter eftersom de omfattas av förundersökningssekretess.[171] Sådana situationer torde främst bli aktuella då det rör sig om bestickning eller korruption som omfattas av de fakultativa uteslutningsgrunderna och som inte kräver en lagakraftvunnen dom. Det kan dock även tänkas bli aktuellt då det rör sig om fall som rör bestickning eller korruption som omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna men som av någon anledning omfattas av sekretess. Om denna information ändå skulle få lämnas ut till den upphandlande myndigheten skulle det sannolikt inte anses rimligt att den upphandlande myndigheten skulle ta över den

[169] Se 13 kap. 3 § 9 p. LOU
[170] Se 13 kap. 3 § 3 p. LOU.
[171] Se 18 kap. 1 § Offentlighets- och sekretesslag (2009:400) (OSL). Det kan också tänkas röra sig om fall då informationen inte får lämnas ut p.g.a. bestämmelserna i Personuppgiftslagen (1998:204) (PUL).

utredande myndighetens roll.[172] Dessutom skulle det sannolikt anses för betungande för den upphandlande myndigheten.

ii. Avseende alternativet att som upphandlande myndighet begära att den utredande myndigheten redogör för den upphandlande myndighetens samarbete kan konstateras att detta vore detsamma som att låta exempelvis Polismyndigheten värdera leverantörens samarbete. Omvänt mot det första alternativet ovan skulle detta innebära att den utredande myndigheten skulle ta över den upphandlande myndighetens roll vilket också bör undvikas.

iii. Vad beträffar alternativet att låta leverantören själv redogöra för dess samarbete torde vara det mest rimliga, trots att det givetvis finns en risk att en sådan redogörelse inte är sanningsenlig. En sådan redogörelse bör lämpligtvis göras på heder och samvete och inkludera en redogörelse för huruvida man bidragit till att klargöra relevanta omständigheter genom att t.ex. tillhandahålla den utredande myndigheten relevant information och dokumentation. Redogörelsen bör rimligen även inkludera en redogörelse för att man som leverantör inte har undanhållit eller försökt undanhålla relevant information.

Härvid finns vidare ett problem i och med att det kan vara svårt att visa i vilken utsträckning man aktivt samarbetat med utredande myndigheter. Att aktivt samarbeta kan i praktiken å ena sidan vara att sanningsenligt konstatera att man inte har någon information att lämna. Om så är fallet måste detta som utgångspunkt rimligen godtas. Om det däremot visar sig att leverantören undanhållit information kommer detta sannolikt inte alltid uppdagas, vilket i så fall faller mellan stolarna. Dock måste utgångspunkten rimligen vara att lita på de uppgifter som en leverantör lämnar.

I diskussionen om samarbete mellan myndigheter bör härvid kort nämnas att en upphandlande myndighet som ska bedöma en *self-cleaning* torde kunna beakta en annan upphandlande myndighets tidigare bedömningar härom med hänsyn till principen om ömsesidigt erkännande. Om en sådan myndighet bedömt att den aktuella leverantören vidtagit tillräckliga åtgärder kan ett sådant faktum utgöra en indikation på leverantörens pålitlighet.[173] Detta torde mot bakgrund av principen om ömsesidigt erkännande även gälla upphandlande myndigheter i andra medlemsstater.[174] Principen innebär även att beslut från myndigheter även i andra EU-länder ska tillmätas samma betydelse som beslut från nationella myndigheter.[175]

[172] Myndigheters befogenhet och kompetens framgår främst av regleringsbrev och förordningen med instruktion till myndigheten.
[173] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 189.
[174] Se 4 kap. 1 § LOU.
[175] Jmf. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 189.

5.5 Vidtagande av personalmässiga, tekniska och organisatoriska åtgärder

Enligt 13 kap. 5 § 3 p. LOU ska en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund inte uteslutas om denne bl.a. kan visa sig tillförlitlig genom att den vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden. Detta kan i motsats till kravet på klargörande av förhållanden ses som en typ av framåtblickande självsanerande typ av åtgärd.[176] Detta torde vara den punkt som blir mest relevant för en *self-cleaning* som görs i samband med en uteslutning till följd av bestickning eller korruption.

5.5.1 Personalmässiga åtgärder

Ett exempel på personalmässiga åtgärder är att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i grunden för den eventuella uteslutningen. Ett mindre ingripande exempel på personalmässiga åtgärder är att omorganisera personalen och omfördela ansvar.[177] Det kan också handla om att en ägare lämnar företaget genom att t.ex. överlåta sina aktier till nya ägare.[178] Oavsett vad de personalmässiga åtgärderna består i ska dessa vara proportionerliga i relation till allvaret av felagerandet samt i relation till vilken position personen som agerat fel haft.[179]

5.5.1.1 Olika typer av personalmässiga åtgärder

Avskedande av personal

Den mest ingripande personalmässiga åtgärden är att avskeda personal. Det svåra i detta sammanhang torde främst vara att avgöra vem eller vilka som ska avskedas. Leverantören måste som utgångspunkt identifiera vilka i organisationen som varit ansvariga och som kan utgöra en risk för att brott som rör exempelvis bestickning eller korruption ska begås i framtiden. En person som dömts för sådant brott av en domstol är av naturliga skäl en sådan riskperson.[180]

Som kommer att beskrivas nedan kan en leverantör bara uteslutas om personen som begått brott som innefattar t.ex. bestickning eller korruption är att anse som företrädare för leverantören.[181] Som också kommer att diskuteras närmre nedan räknas i detta sammanhang enligt förarbetena åtminstone VD, styrelseledamot och firmatecknare som företrädare för en leverantör.[182] Av detta torde enligt min uppfattning rimligtvis följa att man

[176] Jmf. Pedersen (2012), s. 175.
[177] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102.
[178] Pedersen (2012), s. 175.
[179] Pünder (2009), s.193.
[180] Jmf. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3725-13.
[181] Se 13 kap. 5 § LOU.
[182] Prop. 2015/16:195, s. 1084.

vid en *self-cleaning* i vart fall bör ta ställning till om personer om omfattas av denna krets ska skiljas från sin anställning eller sitt uppdrag.[183] Härvid kan nämnas att en VD kan skiljas från sitt uppdrag genom att antingen själv frånsäga sig uppdraget eller genom att avsättas av styrelsen.[184] En styrelseledamot kan skiljas från sitt uppdrag genom att antingen själv frånsäga sig uppdraget eller genom att avsättas av bolagsstämman, d.v.s. av aktieägarna.[185] En särskild firmatecknares behörighet kan när som helst återtas av styrelsen.[186]

Man skulle dock även kunna diskutera om även andra personer som i och för sig inte dömts för det aktuella brottet men som ändå möjliggjort det bör avskedas. Exempelvis är det oklart vad som gäller för en överordnad som förvisso inte haft kännedom om brottet men som borde ha haft kännedom om det. En överordnad som sett mellan fingrarna genom att exempelvis ignorera tips och varningssignaler skulle möjligtvis kunna omfattas mot bakgrund av en *self-cleanings* syfte att bl.a. säkerställa att något liknande inte kommer att ske igen. Detsamma gäller en ansvarig chef som inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att upptäcka bestickning eller korruption. För jämförelses skull kan här även nämnas att italiensk rätt inte bara kräver att ansvariga avskedas utan även att leverantören vidtar rättsliga åtgärder gentemot denne för att få upprättelse för den skada som felet orsakat leverantören.[187]

När leverantören identifierat vilka personer som utgör en risk måste leverantören avgöra om dessa ska avskedas eller om en mindre ingripande åtgärd, som t.ex. omplacering, bör räcka för att göra det sannolikt att liknande brott inte kommer att begås igen inom organisationen.[188] Detta måste naturligtvis göras inom ramen för den arbetsrättsliga lagstiftningen.[189]

Omorganisering och omfördelning av ansvar

Ett mindre ingripande exempel på personalmässiga åtgärder är att omorganisera personalen och omfördela ansvar.[190] I samband med bestickning eller korruption kan det sannolikt röra sig om att ge en person som gjort sig skyldig till ett sådant brott en tjänst med mindre ansvar eller en tjänst som inte ger personen rätt att exempelvis förhandla med personer inom offentlig verksamhet etc.[191] Det kan också handla om att flytta en person som tidigare arbetat med exempelvis upphandling till en helt annan

[183] Jmf. Prieß, Pünder och Stein (2009), s. 78.
[184] Se 8 kap. 27 § ABL.
[185] Se 8 kap. 14 § ABL.
[186] Se 8 kap. 37 § ABL.
[187] Pünder (2009), s.193.
[188] Jmf. Arrowsmith Prie*ß* och Friton (2009), s. 6.
[189] Arrowsmith Prie*ß* och Friton (2009), s. 7. Härvid kan för svenskt vidkommande exempelvis bestämmelserna i lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) aktualiseras.
[190] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102. Prie*ß,* Pünder och Stein (2009), s. 79.
[191] Det kan härvid nämnas att särskild restriktivitet ska iakttas om förmåner lämnas till personer som arbetar åt myndighetsutövande organ eller organ som har hand om offentlig upphandling. Se IMM:s Näringslivskod (2014), s. 10.

avdelning. Det skulle också kunna handla om att dela upp vissa grupper som uppmuntrat en företagskultur som accepterar korruption. Det kan mer precist röra sig om att sära på en grupp personer som tillsammans uppmuntrat eller möjliggjort olämpliga ageranden.

Rotationssystem

I förebyggande syfte bör även ett system för rotation övervägas. Genom att rotera anställda som arbetar med områden som medför en hög risk för korruption minskar risken för sådant agerande.[192] Det är emellertid inte helt klart i vilken utsträckning dessa personalmässiga åtgärder bör göras.[193] Slutligen kan också nämnas att även mindre ingripande åtgärder bör kunna vara tillräckliga i mindre allvarliga fall. Sådana åtgärder kan t.ex. vara uppsägning med varsel, varning eller annan reprimand.[194]

Betydelsen av vem som ska utföra uppdraget

I det danska Konkurrensverkets vägledning anförs bl.a. att i situationer där en leverantör omfattas av en eller flera av de frivilliga uteslutningsgrunderna kan det beaktas om den avdelning eller enhet som föranlett uteslutningsgrunden är den som också ska utföra den aktuella uppgiften. I sådana situationer torde det enligt vägledningen vara av mindre betydelse då uteslutningsgrunden hänför sig till en annan avdelning än den som ska utföra uppdraget. Om avdelningen inte har något annat samband med den utförande avdelningen än att de är formellt en del av samma företag, är det således osannolikt att detta skulle påverka den aktuella avdelningen förmåga eller lämplighet att utföra uppdraget. Om uteslutningsgrunden istället ligger hos den avdelning som också ska utföra uppdraget kan det motsatsvis finnas anledning att ifrågasätta lämpligheten av detta. Enligt vägledningen får denna typ av förhållanden tillmätas betydelse vid bedömningen av en *self-cleaning,* i vart fall vad gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna.[195] Mot denna bakgrund bör upphandlande myndigheter enligt min mening överväga betydelsen av vem som ska utföra uppdraget, särskilt då det rör sig om stora företag där den avdelning som ska utföra uppdraget har lite eller ingen kontakt med den avdelning där missförhållandet förelegat. Detta gäller i än högre grad om det är fråga om olika företag i en koncern, där kontakten mellan de olika företagen och dess avdelningar kan vara mycket liten.

Att visa att personalmässiga åtgärder vidtagits

Härvid bör det rimligen inte vara särskilt svårt för leverantören att visa att formellt avskedande eller omflyttning av personal faktiskt skett. Det kan emellertid tänkas att det kan vara svårt att visa att en viss person inte längre har inflytande över vissa områden. Detta gäller enligt Arrowsmith i synnerhet aktieägare.[196] För att en *self-cleaning* ska anses tillfredsställande

---

[192] Arrowsmith Prieß och Friton (2009), s. 6.
[193] För mer om företrädarbegreppets betydelse härvid, se kap. 5.5.1.2 nedan.
[194] Se t.ex. Appellationsdomstolen i Düsseldorfs dom av den 9 april 2003, *Verg 66/02.*
[195] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016), s. 189.
[196] Arrowsmith Prieß och Friton (2009), s. 5 f. Det bör här dock noteras att aktieägare normalt sett inte har något operativt ansvar annat än i mindre bolag.

måste det säkerställas att aktieägare som gjort sig skyldig till exempelvis korruptionsbrott hindras från att utöva någon form av inflytande över ledningen för företaget. En sådan påverkan kan uppstå då den bortflyttade aktieägaren ingått förtroendeavtal med dennes efterträdare som beviljar aktieägaren fortsatt inflytande av exempelvis förvaltningen av bolaget, t.ex. genom att reservera denne rätten att återkalla sin andel i bolaget när som helst.[197] För att följa upp sådan problematik måste sannolikt någon form av kontrollsystem införas. Den största svårigheten i detta sammanhang torde emellertid snarast ligga i att avgöra vem som bör avskedas, omflyttas och vem som ska få stanna kvar i sin tjänst och behålla sina ansvarsområden.[198]

5.5.1.2 Företrädarbegreppets betydelse

Oavsett vilken eller vilka åtgärder som anses som lämpliga att vidta i samband med en *self-cleaning* är givetvis en central fråga mot vem eller vilka åtgärderna ska vidtas. Härvid bör man enligt min mening göra skillnad på personalmässiga åtgärder som vidtas i bestraffande syfte (som t.ex. avskedande) och personalmässiga åtgärder som vidtas i förebyggande syfte (som t.ex. införande av rotationssystem).[199] Personalmässiga åtgärder som vidtas i förebyggande syfte torde kunna omfatta i stort sett alla som är verksamma inom den leverantör som genomför en *self-cleaning.*

Av lagen följer att om leverantören är en juridisk person ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.[200] Detta är en följd av att en juridisk person inte kan dömas till straff.[201] Enligt min uppfattning torde det vara naturligt att det är just den person som är att betrakta som företrädare som också bör träffas av sådana personalmässiga åtgärder som vidtas i bestraffande syfte i samband med en *self-cleaning.* Att avgöra vem som ska beaktas som företrädare för en leverantör är emellertid inte helt enkelt.[202] Svårigheterna med att avgöra vem som är att betrakta som företrädare gör utformandet och bedömningen av just personalmässiga åtgärder till bland det svåraste i samband med en *self-cleaning*.[203] Mot denna bakgrund kommer i detta avsnitt att redogöras för vem som är att betrakta som företrädare för en leverantör. Det bör härvid noteras att detta inte är en uttömmande diskussion.[204]

Av den tidigare gällande LOU framgick enbart att om leverantören är en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.[205] I förarbetena har det anförts att

---

[197] Arrowsmith, Priess och Friton (2009), s. 8.
[198] Se mer om företrädarbegreppet i kap. 5.5.1.2.
[199] Jmf. Pünder (2009), s. 193.
[200] Se 13 kap. 1 § LOU.
[201] Leijonhufvud och Wennberg (2009), s. 78.
[202] Se t.ex. RÅ 2010 ref. 79.
[203] Arrowsmith, Prie*ß* och Friton (2009) s. 5.
[204] För fördjupning i ämnet, se bl.a. argumentationen i prop. 2015/16:195, s. 1084.
[205] Se 10 kap. 1 § ÄLOU.

den nya bestämmelsen är snävare än den tidigare bestämmelsen och vad som framgår av RÅ 2010 ref. 79 (se nedan), medan andra anfört att det snarare rör sig om ett förtydligande.[206] Enligt förarbetena kan det inte uteslutas att EU-lagstiftaren av rättssäkerhetsskäl har önskat få till stånd en något striktare bedömning. Det skulle i så fall kunna vara motiverat av att *"brister i en persons lämplighet som kan hänföras till en leverantör ska innebära att leverantören utesluts från deltagande i upphandlingen"*. Vidare anges i förarbetena att *"de obligatoriska grunderna för uteslutning av brott skulle därmed balanseras med en något striktare bedömning av vilken krets av personer vars lämplighet som kan påverka en uteslutningsbedömning*".[207]

Enligt förarbetena till nu gällande LOU ska som ovan nämnts personer som ingår i leverantörens förvaltnings- lednings- eller kontrollorgan eller om han eller hon inte ingår i dessa organ ha motsvarande behörighet räknas som företrädare. Om en leverantör är ett svenskt aktiebolag, får en person som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller VD antas ingå i personkretsen.[208] Den närmare innebörden av hur begreppet ska avgränsas får dock komma att anges genom rättstillämpningen enligt förarbetena.[209] I förarbetena diskuteras vidare att det eventuellt inte finnas utrymme för att beakta sådana omständigheter som enligt skatteförfarandelagen (2011:1244) och lagen (2014:836) om näringsförbud motiverar att en person anses som företrädare.[210] Vidare anges att advokat eller en extern revisor *inte* torde anses ingå i personkretsen. [211]

Tidigare lydelse

Eftersom det är oklart huruvida den nya bestämmelsen är snävare än den tidigare eller snarare rör sig om ett förtydligande är det även oklart i vilken utsträckning det kan anses lämpligt att ta ledning av äldre förarbeten, praxis och doktrin vid bedömning av frågan om vem som är att anse som företrädare för en leverantör. För fullständighets skull kommer jag härvid kort att redogöra för något av vad som anförts om företrädarbegreppet enligt dess tidigare lydelse.

Enligt förarbetena skulle en lämplig avgränsning av begreppet företrädare vara att denne ska kunna bli föremål för kontroll.[212] Enligt förarbetena skulle en lämplig avgränsning av kontrollmöjligheten kunna vara sådana personer som betraktas som företrädare enligt skattebetalningslagen (1997:483).[213] I enlighet med denna lydelse anges i förarbetena att

---

[206] Prop. 2015/16:195, s. 175 och s. 729. Se särskilt Advokatfirman Delphis resonemang för den senare tolkningen.
[207] Prop. 2015/16:195, s. 175 och s. 729.
[208] Prop. 2015/16:195, s. 1084.
[209] A.a., s. 1084.
[210] A.a., s. 729 f. Se vidare 59 kap. 12–15 §§ skatteförfarandelagen (2011:1244) och 3 § första stycket lagen (2014:836) om näringsförbud.
[211] Prop. 2015/16:195, s. 730.
[212] Prop. 2006/07:128, s. 226.
[213] A.a, s. 226. 12 kap. 6 och 6a §§ skattebetalningslagen (1997:483) (SBL).

företrädarbegreppet skulle innefatta varje företrädare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen och en möjlighet att påverka förvaltningen av denna, oavsett röstinnehav. Vidare anges att den som har satt en bulvan eller en s.k. målvakt i sitt ställe således också kan bedömas som företrädare för en juridisk person. I förarbetena understryks vidare att frågan om vem som är företrädare för en juridisk person ska avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet.[214]

En tidigare företrädare bör enligt förarbetena *inte* kunna bli föremål för kontroll. Enbart personer som är företrädare vid tiden för anbudsgivningen kan således bli föremål för sådan kontroll. En lagakraftvunnen dom avseende en tidigare företrädare, enligt vilken företrädaren dömts för uteslutningsgrundande brott, kan således inte leda till att leverantören utesluts från en upphandling.[215] Företrädare för moderbolag, som faktiskt företräder dotterbolaget, skulle därför enligt förarbetena kunna komma i fråga för kontroll av brottslighet i en upphandling som dotterbolaget deltar i.[216] Sundström har i diskussionen om företrädarbegreppet i koncern-förhållanden även väckt frågan huruvida ett bolag ska kunna uteslutas om dess systerbolag har en VD som dömts för mutbrott. Härvid har Sundström anfört att en uteslutning inte borde vara aktuell om systerbolaget inte har något bestämmande inflytande över eller ett betydande intresse i bolaget på ett sådant sätt att det ena systerbolagets företrädare också skulle kunna anses vara företrädare för det andra bolaget, eller att det ena systerbolaget skulle delta i det andra systerbolagets utförande av kontraktet.[217]

Efter att bl.a. Lagrådet påtalat behovet av en tydlig avgränsning av företrädarbegreppet anfördes i förarbetena att företrädarbegreppet huvudsakligen bör avse de befattningshavare som anges i lagen (1986:436) om näringsförbud.[218] Där anges komplementärer i kommanditbolag, bolagsmän i andra handelsbolag, ledamöter och suppleanter i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör i aktiebolag och försäkringsföretag, ledamöter och suppleanter i styrelsen för bankaktiebolag, sparbank och ekonomisk förening, företagsledare i europeiska ekonomiska intressegrupperingar med säte i Sverige och slutligen ledamöter och suppleanter i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan samt verkställande direktör och vice verkställande direktör i europabolag och europakooperativ med säte i Sverige.[219] Vidare anges att varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen skall anses som företrädare. Utöver denna krets av legala företrädare kan det finnas andra personer som kan anses som faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är i dessa fall om företrädaren

[214] Prop. 2006/07:128, s. 226.
[215] A.a., s. 226 f.
[216] Prop. 2006/07:128, s. 226 f.
[217] Sundstrand (2014), s. 116.
[218] Prop. 2006/07:128, s 388.
[219] Se 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud, notera dock att denna lag upphävdes 2014-08-02. Motsvarande bestämmelse finns nu i 3 § lag (2014:836) om näringsförbud.

har *betydande intresse*, genom exempelvis eget eller närståendes aktie- eller andelsinnehav, och *bestämmande inflytande* över den juridiska personen.[220]

I RÅ 2010 ref. 79 uttalade sig HFD om företrädarbegreppet. I målet hade en entreprenadchef som påstods vara företrädare för en leverantör inte några aktier i bolaget, och hade heller inte någon ställning i bolagets styrelse eller ledning. Dock var personen grundare till företaget och hade knappt två år tidigare haft en generalfullmakt som denne rätt att utan inskränkning företräda anbudsgivaren och teckna dess firma. Därutöver ägde personen hälften av aktierna i bolagets moderbolag, där han också var styrelseordförande. Den andra hälften av aktierna i moderbolaget ägdes av personens hustru som också var VD för leverantören. Vid en sammantagen bedömning ansågs personen som företrädare vid tiden för anbudsgivaren.[221]

Enligt min uppfattning skulle det vara betydelsefullt om frågan om vad som nu gäller avseende företrädarbegreppet togs upp av HFD. Ett förtydligande skulle enligt min mening tydliggöra vem som kan bli föremål för personalmässiga åtgärder av bestraffande karaktär, som t.ex. avskedande, i samband med en *self-cleaning.*

5.5.2 Tekniska och organisatoriska åtgärder

Vad gäller tekniska och organisatoriska åtgärder är dessa som ovan nämnt av en mer framåtblickande karaktär och syftar till att förhindra framtida brott eller missförhållanden, t.ex. i form av strukturerad riskbedömning, policys, utbildning, uppföljning och kontroll. Givetvis kan en upphandlande myndighet inte rimligtvis kräva att leverantören ska kunna garantera att korruption eller andra grunder för uteslutning kommer att förekomma inom organisationen igen. Däremot kan upphandlaren kräva att leverantören vidtar rimliga åtgärder för att förhindra att så sker.[222]

Inspiration till detta avsnitt har bl.a. hämtats från Storbritanniens justitiedepartement som har tagit fram en vägledning avseende vilka åtgärder organisationer bör vidta för att förhindra att personer som är kopplade till organisationen begår mutbrott. Det skulle kunna argumenterats för att vidtagande av guidens åtgärder kan utgöra delar av en *self-cleaning*. I guiden är följande sex principer uppställda; proportionella åtgärder, engagemang på ledningsnivå, riskbedömning, *due diligence*, kommunikation och utbildning samt övervakning och översyn.[223] Bland annat dessa aspekter och hur de kan användas i en *self-cleaning* kommer att diskuteras i avsnittet nedan.

[220] Prop. 2006/07:128, s 388.
[221] HFD 2010 ref. 79
[222] Lord (2016) s. 124.
[223] The UK Bribery Act Guidance (2010), s. 20-31.

Top Level Commitment

Krav på engagemang på ledningsnivå (eng. *top level commitment*) innebär att en organisations ledning ska demonstrera nolltolerans i fråga om korruption. Ledningen kan demonstrera en sådan attityd genom exempelvis skriftiga uttalanden, genom att säkerställa att det finns lämpliga företagspolicys och såklart genom att föregå med gott exempel. Principen om *top level commitment* är en del av The UK Bribery Act Guidance.[224]

Interna policys

Tekniska och organisatoriska åtgärder kan också handla om att ta fram interna policys, vilket kan göras internt eller med hjälp av exempelvis en extern advokatbyrå.[225] En sådan policy ska lämpligtvis vara anpassad till företagets storlek, art och ägarförhållanden, den verksamhet som bedrivs samt risken för otillåten påverkan inom företaget.[226] Dessa kan bl.a. innehålla rutiner för avtalsingående, avtalsgranskning m.m. Sådana är extra viktiga att ha för anställda som hanterar avtal med offentliga aktörer, då reglerna för sådana avtal är strängare än för kommersiella avtal och bör även innehålla bestämmelser om sanktioner mot den som inte följer policyn.[227]

Bl.a. IMM tillhandahåller en checklista för vad en antikorruptionspolicy bör innehålla. Policyn bör enligt IMM lämpligen innehålla ett uttalande om att företaget följer denna kod och kan vidare innehålla riktlinjer för:

a) *”analys av risken för muta och korruption och otillåten påverkan inom företaget,*
b) *vilka förmåner som företagets anställda får ta emot för egen räkning och hur redovisning till företaget ska ske,*
c) *vilka förmåner som företagets representanter får lämna till anställda i andra företag,*
d) *beloppsgränser för givande respektive tagande av förmåner,*
e) *utbildning av anställda avseende policyns innehåll och tillämpning,*
f) *vem eller vilken avdelning som svarar för företagets policy och till vem företagets anställda kan vända sig för rådgivning eller för att lämna upplysningar om misstänkta oegentligheter,*
g) *hantering av risken för att samarbetspartners lämnar förmåner i strid med denna kod, eventuella branschregler som företaget anslutit sig till, yrkesregler eller företagets egen policy,*
h) *hur koncernföretag i utlandet ska förhålla sig i frågor som berörs av denna kod,*
i) hur policyn ska implementeras,
j) översyn av policyn,
k) uppföljning av att policyn efterlevs, och

[224] The UK Bribery Act Guidance (2010), s. 23 f.
[225] Pünder (2009), s. 195.
[226] IMM:s Näringslivskod (2014), s. 16.
[227] Jmf. Arrowsmith, Priess och Friton 2009, s. 8 f.

l) *verktyg för att hålla policyn levande inom organisationen"*[228]

Det centrala för policyns innehåll är en bedömning av vilka specifika risker det individuella företaget står inför. Vid antagandet av en policy ska därför särskild uppmärksamhet fästas vid att identifiera de risker som föreligger för företaget.[229] För att visa att interna policys finns bör det rimligen räcka att leverantören kan uppvisa dessa. Det bör dock även ställas krav på att de anställda har kännedom om policyn och dess innehåll. I direktivet anges vidare att en lämplig åtgärd kan vara att införa interna ansvars- och ersättningsregler.[230] Detta kan vara ett incitament för anställda att efterleva policys och regler.

Branschspecifika policys

Som diskuteras nedan anses vissa branscher, som exempelvis byggbranschen, särskilt utsatta för risk för korruption varför det utvecklats branschspecifika policys för dessa. Bland dessa kan bl.a. nämnas Sveriges kommuner och landstings (SKL) "*Om mutor och jäv – en vägledning för offentligt anställda*" och Sveriges Byggindustriers "*Uppförandekod för medlemsföretag i Sveriges Byggindustrier*". För att säkerställa att det finns ett gemensamt synsätt för såväl beställare som entreprenörer och leverantörer inom bygg- och fastighetssektorn har en arbetsgrupp bestående av representanter från ledande aktörer[231] inom branschen med stöd av IMM tagit fram en överenskommelse för att motverka korruption och mutor. Målsättningen med överenskommelsen är att ge praktisk hjälp för att göra rätt genom exempel och etisk vägledning för leverantörer och beställare inom den offentligt finansierade bygg- och fastighetssektorn.[232]

Förtrogenhet med gällande rätt

Som ytterligare ett exempel på tekniska och organisatoriska åtgärder kan nämnas att leverantören tillser att dess anställda har kännedom om vad som gäller avseende korruption och näraliggande företeelser.[233] Det kan exempelvis handla om att ordna obligatoriska utbildningar och seminarier.[234] Detta förutsätter givetvis att företaget identifierar de lagar och regelverk som är särskilt relevanta för dess företrädare. Det bör härvid diskuteras hur utbildningar av detta slag bör utformas, exempelvis huruvida de bör innehålla någon form av tester etc. för att tillförsäkra att alla tagit till sig informationen på ett tillfredsställande sätt. För att visa att utbildningar skett bör det rimligtvis räcka att leverantören sparar utbildningsmaterial- och innehåll liksom dokumentation över vilka som deltagit under utbildningen.

---

[228] IMM:s Näringslivskod (2014), s. 16.
[229] A.a., s. 16. Se även mer om riskbedömningar nedan.
[230] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102.
[231] Byggherrarna, JM AB, NCC AB, Peab AB Skanska Sverige AB, SKL, Sveriges Byggindustrier, Veidekke Sverige AB.
[232] Överenskommelse för att motverka korruption och mutor (2015).
[233] Lord (2016) s. 124.
[234] Arrowsmith, Priess och Friton (2009), s. 6.

Bl.a. det brittiska justitiedepartementet har betonat betydelsen av denna typ av åtgärder. I the UK Bribery Act hänvisas denna typ av kunskap till *principen om kommunikation och utbildning.* Enligt denna måste företaget kunna visa att de förser anställda med lämplig och anpassad träning och utbildning genom att exempelvis ge nyanställda information om företagets policyer och att kontinuerligt följa upp detta genom utbildningar etc.[235]

Näringslivskoder

Utöver de direktiv och lagar och annan s.k. *hard law* finns på området även en hel del s.k. *soft law*, d.v.s. icke tvingande och icke bindande regler. Denna typ av *soft law* utfärdas vanligtvis av olika privata näringslivsorganisationer och vänder sig främst till företag. Dessa koder och guider är generellt mer långtgående än vad som följer av lag. Att följa dessa koder och lagar brukar därför ses som en slags garanti för att man också följer lagen på det område som vägledningen avser.[236] Viktigt att notera här är dock att koderna och guiderna inte utgör guider för vad en *self-cleaning* ska innehålla. Snarare innehåller de vägledning för vad företag ska göra för att inte omfattas av någon uteslutningsgrund. Att förbinda sig att följa en sådan kod skulle dock kunna tjäna som en del av en *self-cleaning*.

I sammanhanget bör främst nämnas IMM:s Näringslivskod som har till syfte att vägleda företag i frågor om hur gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet får användas. Eftersom koden i princip är strängare än lagstiftningen ska den som följer koden i princip kunna räkna med att förfarandet är straffritt. Med stöd av koden ska företag kunna bedöma vad som är en tillåten förmån respektive vad som kan utgöra en otillåten förmån.[237] IMM för inga register över vilka som förbundit sig att följa koden. Många företag som följer koden är emellertid öppna med att de gör det, och anger det ofta på sin hemsida eller i sina policys. Att bara påstå att man följer koden kan emellertid knappast räcka för att det ska ses som en del i en *self-cleaning.* Leverantören måste rimligen kunna visa att man aktivt arbetar med att implementera koden, exempelvis genom utbildningsprogram och en tydlig handlingsplan.[238]

Utnyttjande av etiknämnder

Att redan ha förbundit sig att följa t.ex. Näringslivskoden bör givetvis också beaktas vid bedömning av en *self-cleaning*, dock under förutsättning att leverantören kan visa att man vidtagit faktiska åtgärder för att se till att koden efterlevs. Ett exempel på en sådan åtgärd skulle kunna vara att man faktiskt vänt sig till IMM:s etiknämnd vid osäkerhet avseende implementeringen samt att man följt nämndens rekommendationer.[239]

---

[235] The UK Bribery Act Guidance (2010), s. 29 f.
[236] Jmf. Om näringslivskoden (2014).
[237] Om näringslivskoden (2014).
[238] Jmf. Arrowsmith, Priess och Friton (2009), s. 6.
[239] För mer om IMM:s etiknämnd, se Om IMM:s etiknämnd (2016).

Bl.a. IMM tillhandahåller en etiknämnd som företag kan vända sig till med frågor om tillämpning av Näringslivskoden. Nämnden uttalar sig därvid om åtgärder som företaget eller dess koncernföretag avser vidta och som avser givande eller mottagande av gåva, belöning eller förmån, i syfte att fastställa åtgärdens förenlighet med koden. Det bör dock noteras att få frågor ställs till etiknämnden i praktiken. Under 2016 ställdes ingen fråga.[240] Enligt Natali Phalén, generalsekreterare för IMM, kan detta såklart bero på olika orsaker, en av dem kan vara att det är förenat med en kostnad att ställa frågor.[241] Alla beslut som fattas av nämnden finns dock anonymiserade och finns att tillgå gratis.

Riskbedömningar

I the UK Bribery Act Guidance uppställs vidare krav på riskbedömningar för att förhindra korruption inom organisation.[242] Att ta fram rutiner för hur detta ska göras inom företaget skulle enligt mig kunna vara en del av en *self-cleaning*. Genom en riskbedömning identifieras och bedöms de specifika risker som just det ifrågavarande företaget är utsatt för vad gäller bestickning och korruption.[243] Enligt guiden kan vanligt förekommande risker delas upp i fem kategorier; landbaserade risker, branschbaserade risker, transaktionsbaserade risker, affärsmöjlighetsbaserade risker och partnerbaserade risker.[244] I detta avsnitt kommer särskilt utsatta länder och branscher kort att redogöras för.

Avseende särskilt utsatta länder märks främst Yemen, Syrien, Nordkorea, Sydsudan och Somalia.[245] Verksamhet relaterad till dessa länder anses därför förenade med en högre risk. Även Uzbekistan uppmärksammades i Sverige som ett särskilt korruptionsutsatt land då Telia misstänktes för att ha betalat hundratals miljoner till den uzbekiska diktatorsdottern för att få verka som teleoperatör i Uzbekistan.[246] Bland de mindre korruptionsutsatta länderna finns Danmark, Nya Zeeland, Finland, Sverige och Schweiz.[247] Att vara ett av de mindre utsatta länderna betyder emellertid inte att landet är fritt från korruption. Som uppmärksammats i media under den senaste tiden förekommer misstankar om korruption ibland även i Sverige.[248]

Vad beträffar olika branscher har Transparency International tagit rankat de globalt sett mest korruptionsutsatta branscherna. I rapporten anses följande branscher vara särskilt utsatta för korruption; offentliga arbeten och byggnationer, allmänna nyttigheter, fastigheter, juridiska tjänster och affärstjänster, olja och gas, gruvindustri, elproduktion och elnät, läkemedel

[240] Om IMM:s etiknämnd (2016).
[241] Phalén (2017)
[242] The UK Bribery Act Guidance, s. 25 f.
[243] A.a., s. 25.
[244] A.a., s. 26.
[245] Corruption Perceptions Index (2016).
[246] Telia Press Release (2012).
[247] Corruption Perceptions Index (2016).
[248] Se utöver de nedan nämnda fallen även t.ex. det nyligen uppmärksammande korruptionsmisstankarna gentemot anställda hos Statens Fastighetsverk. Se bl.a. Åklagarmyndighetens pressmeddelande (2017).

och sjukvård, tung industri, fiske, vapen, försvar och militär, transport och förvaring, telekommunikation, konsumenttjänster, skogsindustri, bank och finans, informationsteknologi, civilflyg, lätt industri och jordbruk.[249]

I Sverige har korruption i framförallt byggbranschen och telebranschen fått stor uppmärksamhet under de senaste åren. Detta uppmärksammades bl.a. genom det s.k. Arenamålet som rörde frågan om mutbrott förekommit i samband med projekteringen av Arenastaden runt *Friends*-arenan i Solna.[250] I detta sammanhang kan nämnas att det som ovan nämnts finns branschspecifika överenskommelser för att förhindra korruption. Detta finns bl.a. för byggbranschen, som ställer särskilda krav som är anpassade efter de specifika förutsättningar som finns i branschen. I arbetet med dessa har man tittat särskilt på vilka problem som är branschspecifika man står inför och hur man bör hantera dessa.[251]

För de fall man som leverantör på något sätt kommer att utföra sin verksamhet i eller i anslutning till någon av de mer utsatta länderna eller branscherna bör man enligt min mening rimligtvis överväga en fördjupad undersökning, mer kontroll eller en utökad *due diligence.*

Utvärdering av samarbetspartners

Ett annat lämpligt steg i en *self-cleaning* för att förhindra att bestickning eller korruption sker inom en organisation kan vara att, inom de områden som enligt ovan bedömts vara förenade med högre risk för korruption, löpande utvärdera sina samarbetspartners. Detta kan göras genom *due diligence*. Det innebär att man utvärderar risker med exempelvis företagets affärsmodell, nyckelkunder, marknader m.m. En av de mest grundläggande anledningarna för ett företag att utföra *due diligence* är enligt ICC att försäkra sig om att de inte omedvetet gör affärer med aktörer som är involverade i korrupt verksamhet.[252]

Att genomföra en *due diligence* är en av de principer som räknas upp i the UK Bribery Act Guidance. Principen syftar till att säkerställa att företaget har tillfredsställande rutiner när det gäller att bedöma potentiella samarbetspartners. Det kan exempelvis handla om att undersöka ägandeförhållanden, finansiell bakgrund och företagets inställning till etik och moral hos den potentiella samarbetspartnern.[253] Bl.a. International Chamber of Commerce (ICC) har tagit fram anti-korruptionsregler i form av en guide avseende antikorruption och *due diligence* på externa aktörer. Guiden är avsedd som en metod för självreglering och ska användas mot bakgrund av tillämplig lagstiftning och internationella konventioner på området. Genom guiden beskrivs hur *due diligence* kan utvärdera eventuella affärspartners bakgrund i syfte att bedöma och minska risken för

[249] Bribe Payers Index (2011).
[250] Svea hovrätts dom i mål nr. B5202-12.
[251] Se ovan diskuterade Överenskommelse för att motverka korruption och mutor (2015).
[252] Seminarium med ICC (2017).
[253] The UK Bribery Act Guidance, s. 27 f.

korruption.[254]Att kunna visa att man arbetat effektivt med att t.ex. bara ingå samarbeten med företag som man mot bakgrund av exempelvis ICC:s vägledning bedömt som seriösa skulle enligt mig kunna vara en del av en *self-cleaning*. Härvid bör man rimligen kunna visa dokumentation och dylikt på de undersökningar man gjort i samband med en *due diligence*.

Kontroll- och övervakningssystem

Ytterligare en princip i the UK Bribery Act behandlar övervakning och översyn, och innebär att företaget utformar ett system genom vilket man övervakar risker för korruption. Det kan exempelvis handla om olika kontrollmekanismer och visselblåsarsystem för att hindra, upptäcka och utreda korruption.[255] Införande av kontroll- och övervakningssystem en mycket viktig del av en *self-cleaning* eftersom det är en förutsättning för att de andra åtgärderna ska anses trovärdiga.[256] Ett visselblåsarsystem kan bestå i en särskild e-postadress, telefontjänst eller webbplats genom vilka tips om brottsmisstankar om enskilda personer kan samlas in och behandlas, gärna av en extern aktör som exempelvis en advokatbyrå. Även existensen av sådana system torde vara förhållandevis enkla för leverantören att visa. Vidare bör i samband med införandet av visselblåsarsystem övervägas att implementera åtgärder för att beskydda s.k. visselblåsare.[257] Företaget bör härvid göra det tydligt att en visselblåsare inte kommer att ses som en förrädare utan snarare uppmuntras.[258]

Compliance-funktioner

Leverantören bör vidare överväga möjligheten att införa *compliance*-funktioner inom företaget som arbetar för att tillförsäkra regelefterlevnad.[259] Det kan härvid diskuteras om kraven på *compliance*-funktionen och dess omfattning bör anpassas efter företagets resurser, eftersom det rimligtvis skulle kunna krävas mer av ett bolag som haft möjlighet att ta hjälp av kvalificerad juridisk rådgivning för att anpassa sin verksamhet i enlighet med gällande lagar och regler. Även inrättande av en internrevisions-funktion bör härvid övervägas.[260]

5.5.3 Praktiska exempel på bedömning av personalmässiga, tekniska och organisatoriska åtgärder

För att illustrera hur *self-cleaning* bedömts i praktiken kan ett par fall från Tyskland nämnas. Som tidigare nämnt är Tyskland en av få medlemsstater som redan innan det nya direktivet infördes år 2014 gav leverantörer

[254] Antikorruption och due diligence på externa aktörer (2017) s. 10.
[255] The UK Bribery Act Guidance, s. 31.
[256] Lee Wetzel (2015), s. 24.
[257] Reidlinger, Denk och Steinbach (2009), s. 47.
[258] Prie*ß,* Pünder och Stein (2009), s. 81.
[259] Jmf. Appellationsdomstolen i Brandenburgs dom, Verg W 21/07 samt Prieß, Pünder och Stein (2009), s. 79.
[260] Reidlinger, Denk och Steinbach (2009), s. 41.

möjlighet att undvika uteslutning genom *self-cleaning*, vilket möjliggjort praxis att utvecklas. Ett fall rörde en eventuell uteslutning av en leverantör som tilldelats en upphandling avseende bogseringstjänster. Den upphandlande myndigheten påstod att leverantören visat sig icke tillförlitlig genom att ha deltagit i en kartell och därmed gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Enligt upphandlaren skulle leverantören uteslutas eftersom leverantören dels inte avskedat de personer som var involverade i kartellen, dels inte låtit de ansvariga cheferna ha kvar sitt inflytande över verksamheten. Mot bakgrund av detta konstaterade domstolen att leverantören inte vidtagit tillräckliga självsanerande åtgärder. Därmed hade den upphandlande myndigheten rätt att utesluta leverantören.[261]

Ett annat tyskt mål rörde just uteslutning av en leverantör till följd av att fyra företrädare för leverantören begått korruptionsbrott och delgivits strafföreläggande för. Leverantören hade inlett en *self-cleaning* genom vilken de fyra företrädarna avskedats och leverantören gick med i en förening för affärsetik. Därutöver hade en extern jurist anlitats av leverantören för att utvärdera dess avtal. Dessutom hade den operativa och den administrativa avdelningen skiljts åt för att förhindra att något liknande hände igen, samtidigt som en särskild tillsynsavdelning inrättats för att utöva tillsyn över leverantörens framtida anbudsinlämningar. Slutligen hade leverantören inrättat en *compliance*-avdelning. Leverantören hade dock låtit en aktieägare som varit inblandad i den aktuella brottsligheten vara kvar, på villkor att denne avsade sig sin rätt att förvalta bolaget. Enligt domstolen ansågs leverantörens *self-cleaning* som tillräcklig.[262]

[261] Appellationsdomstolen i Düsseldorfs dom, Verg 42/05.
[262] Appellationsdomstolen i Brandenburgs dom, Verg W 21/07.

6 Grundläggande principers betydelse vid bedömningen av en Self-Cleaning

6.1 Inledning

Detta kapitel syftar till att diskutera betydelsen av de grundläggande principerna om proportionalitet respektive likabehandling vid bedömning av en *self-cleaning*. Som ovan nämnts får dessa principer stor betydelse vid tolkning av allmänt hållna bestämmelser, [263] som t.ex. den om *self-cleaning*. Mot denna bakgrund är en diskussion om dessa principers eventuella påverkan på upphandlande myndigheters bedömning av en *self-cleaning* enligt min mening nödvändig innan ett försök att formulera lämpliga bedömningsgrunder kan göras.

6.2 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är central vid bedömningen av en *self-cleaning*. Detta beror på att de självsanerande åtgärderna måste stå i rimlig proportion till det brott eller felagerande som utgjort grund för uteslutning.[264] Av direktivet som föranledde den nya bestämmelsen härom framgår tydligt att ”*åtgärder som vidtagits av den ekonomiska aktören ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga.*”[265]

För att kunna bedöma huruvida en *self-cleaning* ska anses som tillräcklig eller inte måste alltså grunden för uteslutningen, i detta fall bestickning eller korruption, sättas i relation till de självsanerande åtgärderna. För att göra detta ska upphandlande myndigheter beakta brottet eller missförhållandets allvar, den tid som förflutit mellan tiden för felagerandet och uteslutningen samt de särskilda omständigheterna kring grunden för uteslutningen.[266]

En proportionalitetsbedömning likt den som ska göras i samband med en *self-cleaning* ska också göras vid beslut om uteslutning, varför viss ledning kan ledning kan tänkas tas av vad som gäller därvid inför bedömningen av en *self-cleaning*. I förarbetena till bestämmelserna om uteslutning anges att en sådan proportionalitetsbedömning bör inrymma beaktande av såväl den brottsliga handlingens svårighetsgrad som den tid som förflutit sedan brottet

[263] Jmf. Asplund m.fl. (2012) s. 37.
[264] Jmf. 13 kap. 5 § LOU.
[265] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, art. 57.6.
[266] Se 13 kap. 5 § LOU och Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, art. 57.6. Jmf. även SOU 2014:51, s. 185 f.

begicks.[267] Betydelsen av att göra en proportionalitetsbedömning vid beslut om uteslutning har även konstaterats i praxis. I RÅ 2010 ref. 79 anfördes att en proportionalitetsbedömning bör inkludera dels den brottsliga handlingens svårighetsgrad, dels den tid som har förflutit sedan brottet begicks.[268]

Som anförts ovan syftar en *self-cleaning* bl.a. till att förhindra att liknande brott eller missförhållanden sker igen inom den aktuella leverantören. Härvid kan The UK Bribery Act Guidance nämnas, enligt vilken varje kommersiell organisations åtgärder för att förhindra mutbrott ska genomsyras av proportionalitet, vilket ska inkludera brottets och åtgärdernas karaktär, omfattning och komplexitet. Ju allvarligare fel som begåtts, desto mer långtgående måste företagets åtgärder vara.[269]

6.2.1 Brottets eller missförhållandets allvar

Vad gäller bedömningen av brottets eller missförhållandets allvar uppstår naturligen frågan om vad som avgör detta. Enligt min uppfattning torde det vara rimligt att anta att bestickning eller korruption som avser stora värden bör ses på allvarligare än korruption som avser mindre värden.[270] Härvid bör rimligen även graden av uppsåt och oaktsamhet beaktas, då brott som begåtts med uppsåt normalt ses på allvarligare än brott som begåtts av oaktsamhet eller likgiltighet.[271]

Vidare bör det rimligen beaktas om brottet varit att anse som en enstaka företeelse av en enskild individ som agerat på egen hand eller om brottet är en konsekvens av en i företaget allmänt förekommande företagskultur eller systematisk misskötsel och bristande kontroll. Brott som skett vid enstaka tillfällen av en enstaka person bör rimligtvis ses mildare på än brott som sker systematiskt av flera personer på företaget och som föregåtts av särskild planering.[272]

För jämförelsens skull kan här nämnas att det danska Konkurrensverkets vägledning om *self-cleaning* på ett liknande sätt anger att en upphandlande myndighet ska ta hänsyn till vilken typ av brott som begåtts och de åtgärder som vidtagits. Vidare anförs att upphandlaren också kan ta hänsyn till upphandlingens särskilda förhållanden. Sådana särskilda förhållanden kan exempelvis vara att avtalet inte avser åtaganden som den uteslutna leverantören allvarligt försummat i utövandet av sitt yrke.[273] Genom att beakta bl.a. dessa aspekter kan en bedömning av brottets eller missförhållandets allvar göras. När detta gjorts torde det bli enklare för dels leverantörer att anpassa dess självsanerande åtgärder i samband med en *self-cleaning*, dels för upphandlande myndigheter att bedöma en sådan.

---

[267] SOU 2014:51, s. 185 f.
[268] RÅ 2010 ref. 79.
[269] The UK Bribery Act Guidance, s. 21 f.
[270] Jmf. Göta Hovrätts dom i mål nr. B1160-15 samt Friberg (2014).
[271] Jmf. Asp, Jareborg och Ulväng (2013), s. 290 ff.
[272] Jmf BrB 29 kap. 2 § 6 p.
[273] Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne, s. 189.

6.2.2 Tidsaspekten

Vid en eventuell uteslutning måste den upphandlande myndigheten också ta ställning till om man ska beakta *alla* händelser och ageranden, oavsett hur lång tid som gått sedan tiden för händelserna.[274] På samma sätt torde denna fråga enligt min uppfattning också uppstå i samband med en *self-cleaning*, eftersom brott eller missförhållanden som begåtts för länge sedan rimligtvis torde kräva mindre långtgående självsanerande åtgärder än vad som skulle kunna krävas för brott eller missförhållanden som begåtts nyligen.[275] Mot denna bakgrund kan viss ledning möjligen tas av vad som gäller vid uteslutning.

Enligt EU får uteslutning till följd av att någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna föreligger ske högst fem år från tidpunkten för domen. Uteslutning till följd av någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna får ske högst tre år från tidpunkten för det felaktiga agerandet. Medlemsstaterna får dock lagstifta om en kortare tidsgräns.[276] Varken den svenska bestämmelsen om obligatoriska eller om fakultativa uteslutningsgrunder anger dock något om detta.[277] I förarbetena anges att det i lagen inte bör finnas några bestämmelser innehållandes uttryckliga tidsgränser för uteslutningsgrundernas betydelse i tiden. Lagen bör inte heller innehålla bestämmelser om att ett uteslutningsbeslut inte bara ska gälla för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar under en viss tidsperiod.[278] Frågan om hur lång tid som kan eller får förflyta mellan begångna brott, lagakraftvunnen dom och uteslutning från tilldelning av kontrakt måste avgöras från fall till fall mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.[279]

För jämförelses skull kan nämnas att det av dansk rätt följer att en upphandlande myndighet inte kan utesluta en leverantör från deltagande i ett upphandlingsförfarande om det har gått mer än fyra år från dagen för den slutliga domen avseende som exempelvis korruption eller bestickning. Vad avser de fakultativa uteslutningsgrunderna gäller emellertid att endast två år får ha gått från dagen för det aktuella handlandet eller händelsen.[280]

Avsaknaden av uttryckliga bestämmelser avseende tidsaspekten i LOU har ifrågasatts, men försvarats med undantag från uteslutningsskyldigheten får

---

[274] I en enkätundersökning ansåg 55 procent av de tillfrågade upphandlande myndigheterna att det är oklart hur lång tid efter domen eller felet som får ha förflutit mellan tiden för gärningen och den eventuella uteslutningen, se *Osund konkurrens i offentlig upphandling (2013), s. 52.* Notera dock att enkäten är gjord innan nya LOU trädde i kraft. Mer aktuell statistik har i arbetet med denna uppsats inte funnits.
[275] Prie*ß,* Pünder och Stein (2009), s. 81 f.
[276] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, art. 57.6 och 57.7.
[277] Jmf. 13 kap. 1-3 §§ LOU.
[278] Prop. 2015/16:195, s. 738 f.
[279] RÅ 2010 ref. 79
[280] Ellehauge; Høg och Berg (2016).

göras om det föreligger särskilda skäl. Undantaget ansågs motiverat av proportionalitetsprincipen.[281]

Vad avser diskussionen om tidens betydelse vid uteslutningsbedömningar kan ett kammarrättsavgörande från 2013 som rörde uteslutning till följd av bestickning nämnas. Personen som vid tiden för den aktuella upphandlingen var VD för leverantören hade tidigare dömts till dagsböter för bestickning. Brotten begicks i januari och mars 2002 och domen - som vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen vunnit laga kraft - meddelades i december 2006. Enligt domen hade bestickningen begåtts i tjänsten i förhållande till en upphandlande myndighet och under en pågående avtalsrelation. Motparten betraktade detta som försvårande. Den aktuella upphandlingen ägde rum år 2010, d.v.s. tio år senare. Enligt domstolen är bestickning förvisso ett allvarligt brott, men med tanke på den långa tid som förflutit mellan den brottsliga gärningen och den aktuella upphandlingen skulle det vara oproportionerligt att utesluta leverantören på grund av detta. Att den dömde företrädaren i sin nya anställning innehar en sådan befattning att han regelmässigt har kontakt med upphandlande myndighetens olika företrädare, förhandlar och avtalar om delmoment i uppdraget och löpande företräder leverantören i kontakterna med en upphandlande myndighet tillmättes inte betydelse av domstolen.[282]

Jämförelse med fel i yrkesutövningen

I det ovan nämnda målet RÅ 2010 ref. 79 var frågan om en upphandlande myndighet haft fog för att utesluta en leverantör från en offentlig upphandling till följd av att en företrädare för leverantören begått brott som avser yrkesutövningen. I målet konstaterades först och främst att det är förhållandena vid tidpunkten för anbudsgivningen som är relevant vid bedömning av om någon kan anses som företrädare för en leverantör. I domen fastslogs också att den brottsliga gärningens svårighetsgrad måste sättas i proportion till den tid som förflutit mellan gärningen och tiden för den aktuella upphandlingen. Den aktuella upphandlingen hade skett under hösten år 2008, d.v.s. fem år sedan den senaste brottsliga gärningen och tidpunkten för den aktuella upphandlingen. Enligt HFD var det proportionerligt att utesluta leverantören.[283]

Kammarrätten i Stockholm anförde i ett mål från 2013 att det även var proportionerligt att utesluta en leverantör på grund av en brottslig gärning som begåtts tre år tillbaka i tiden. Upphandlingen i fråga rörde inhyrning av anläggningsmaskiner. Leverantören i fråga hade tre år tidigare ingått ett konkurrensbegränsande avtal som enligt kammarrätten utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen. Att så var fallet hade slagits fast av Konkurrensverket som även ålagt leverantören med ett avgiftsföreläggande. Enligt kammarrätten var det proportionerligt att utesluta en leverantör för en

[281] Prop. 2006/07:128, s. 388.
[282] Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr. 7153-12.
[283] RÅ 2010 ref. 79

gärning som begåtts tre år tillbaka i tiden.[284]

I ett annat från mål från kammarrätten i Stockholm slog domstolen fast att det inte var proportionerligt att utesluta en leverantör från en offentlig upphandling till följd av en gärning som begåtts nio år tidigare. Uteslutningsgrunden bestod i att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen genom att utställa osanna fakturor, vilket fastslagits av domstol. Härvid kan även nämnas att företrädaren i fråga hade utställt de osanna fakturorna för ett annat bolags räkning, och alltså inte för den aktuella leverantörens. Fakturorna hade ställts ut mellan år 2005 och år 2006, och den aktuella upphandlingen av markentreprenad ägde rum år 2015. Nio år hade alltså gått mellan det att gärningen begicks och det att upphandlingen ägde rum. Enligt kammarrätten innebar detta att det skulle vara oproportionerligt av upphandlaren att utesluta leverantören.[285]

6.2.3 Särskilda omständigheter

Proportionalitetsbedömningen i samband med uteslutning och *self-cleaning* väcker enligt min mening en del ytterligare intressanta frågeställningar. För det första kan diskuteras huruvida ett företags storlek bör beaktas vid en proportionalitetsbedömning i samband med bedömningen av en *self-cleaning*. Å ena sidan skulle det kunna anses mer skäligt för ett stort företag att vidta mer långtgående åtgärder än för ett litet eller medelstort företag.[286] Detta mot bakgrund av att större företag har mer resurser att tillgå för att exempelvis anlita externa experter, upprätta olika typer av kontrollsystem och att tillhandahålla utbildningar och dylikt. Större företag har vanligtvis även större juridiska resurser som kan bistå vid en *self-cleaning*. Leverantörer som har tillgång till och kan bekosta juridisk expertis bör rimligen ha större möjlighet att utföra en tillfredsställande *self-cleaning*. Å andra sidan kan argumenteras för det motsatta eftersom kontroll av större företag kräver mer resurser, särskilt sådana med långa produktionskedjor utomlands.

För det andra kan betydelsen av en eventuell uteslutnings ekonomiska konsekvenser diskuteras i samband med proportionalitetsbedömningen. Detta mot bakgrund av att vissa leverantörer är helt beroende av att leverera till den offentliga sektorn eftersom hela eller nästan hela verksamheten består av försörjning till den offentliga sektorn. För dessa kan å ena sidan argumenteras för att det bör krävas mindre långtgående självsanerande åtgärder eftersom konsekvenserna av en uteslutning blir så allvarliga för sådana leverantörer. Å andra sidan kan argumenteras för att det borde ställas särskilt stora krav på företag som i stor utsträckning levererar till den offentliga sektorn.

---

[284] Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr. 3725-13.
[285] Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr. 6478-15.
[286] Notera här att tillvaratagande av små och medelstora företags intressen har givits större plats i nya LOU, bl.a. genom större möjligheter att dela upp kontrakt och därmed ge mindre företag möjlighet att lämna anbud. Se bl.a. SOU 2014:51, s. 161 f.

En annan sida av den ekonomiska aspekten att möjligen beakta härvid är huruvida storleken på det kontrakt som ska tilldelas bör tillmätas betydelse. Detta med beaktande av upphandlings- och korruptionsbestämmelsernas syfte att tillvarata statens finanser på bästa vis.[287] Möjligen kan då argumenteras för att ett kontrakt avseende ett mindre värde inte spelar så stor roll för de statliga finanserna. En sådan argumentation torde dock strida mot likabehandlingsprincipen. Det skulle vidare kunna öppna för en bild av att man ser genom fingrarna avseende viss typ av korruption, vilket givetvis skulle undergräva hela mutbrottslagstiftningen.[288]

6.3 Likabehandlingsprincipen

Som nämnts inledningsvis är likabehandlingsprincipen central inom all offentlig upphandling.[289] Denna princip skulle enligt min mening kunna få särskilt stor betydelse i diskussionen ovan om huruvida upphandlande myndigheter med hänsyn till proportionalitetsprincipen skulle kunna ställa högre krav på en *self-cleaning* som utförs av en leverantör inom exempelvis en särskilt korruptionsutsatt bransch. En upphandlande myndighet skulle i sådana fall kunna ställa särskilt höga krav på en *self-cleaning* som utförs i mer korruptionsutsatta branscher, som t.ex. byggbranschen.[290] En upphandlande myndighet skulle i sådana fall även kunna ställa särskilt höga krav på en *self-cleaning* som utförs av en leverantör med band till exempelvis mer korruptionsutsatta högrisländer som t.ex. Grekland (som enligt Transparency International är EU:s mest korruptionsutsatta land).[291]

Ett sådant förhållningssätt skulle eventuellt te sig naturligt eftersom det följer av en *self-cleanings* natur att denna måste anpassas efter det enskilda fallet och vissa branscher och länder bevisligen är mer korruptionsutsatta. Detta skulle emellertid kunna strida mot likabehandlingsprincipen. Att man är verksam i en särskilt korruptionsutsatt bransch behöver inte nödvändigtvis betyda att man exempelvis behöver avskeda personal som i en annan bransch bara hade omflyttats. Att verka i en särskilt korruptionsutsatt bransch bör emellertid rimligen kunna medföra att upphandlande myndigheter som har att bedöma en *self-cleaning* kan ställa högre krav på exempelvis utbildningar, policys och riskbedömningar. Det bör här erinras om att ett sådant förhållningssätt skulle kunna leda till att det anses för betungande att verka inom vissa branscher och att konkurrensen därmed begränsas, vilket skulle gå emot ett av upphandlingslagstiftningens syften.

Vidare kan vikten av att upphandlande myndigheter gör en självständig bedömning kort belysas av ett kammarrättsavgörande. I målet hade den

---

[287] Jmf. Hjelmeng och Søreide (2014), s. 5.
[288] Jmf diskussion om legitimitet i Rothstein (2014), s. 17 ff.
[289] Se 4 kap. 1 § LOU samt kap. 2.3 ovan.
[290] För mer om särskilt korruptionsutsatta branscher, se Bribe Payers Index (2011) samt kap. 5.5.2 ovan.
[291] För mer om särskilt korruptionsutsatta länder, se Corruption Perceptions Index (2016) samt kap. 5.5.2 ovan.

upphandlande myndigheten uteslutit en leverantör för att ha använt osanna fakturor. Myndighetens och sedermera kammarrättens bedömning grundade sig på en skatterättslig presumtionsregel.[292] Enligt Ulfsdotter Forssell och Olsson illustrerar denna situation vikten av att myndigheten gör en självständig prövning av om en leverantör verkligen gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och att myndigheten inte utan vidare kan förlita sig på presumtionsregler eller liknande.[293]

Betydelsen av att upphandlande myndigheter behandlar lika fall lika är enligt min mening särskilt viktig till följd av den allmänt hållna karaktären av den nya bestämmelsen om *self-cleaning.* Avsaknaden av mer detaljerade regler innebär enligt min mening en risk för att bestämmelsen sannolikt behöver tolkas och därmed kommer tillämpas olika av olika upphandlande myndigheter, varvid likabehandlingsprincipen sätts på spel. Utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv torde denna risk för olikartad behandling beroende på vilken specifik myndighet som gör upphandlingen vara svår att acceptera. Således är det kanske inte helt lämpligt att bördan att bedöma tillräckligheten av en *self-cleaning* placeras på de enskilda upphandlande myndigheterna. Även om alla upphandlande myndigheter som har att bedöma en *self-cleanings* tillräcklighet måste beakta en rad förutbestämda aspekter är det osannolikt att dessa överväganden skulle göras på samma sätt. Därför har medlemsstaterna uppmuntrats att förtydliga reglerna och tillhandahålla vägledning för tillämpningen av dem.[294] I direktivet anförs att det i synnerhet bör stå medlemsstaterna fritt att bestämma om de vill överlåta till de enskilda upphandlande myndigheterna att göra de relevanta bedömningarna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå denna uppgift.[295] I ljuset av risken för olikartade beslut då enskilda upphandlande myndigheter fattar beslut om tillräckligt självsanerande åtgärder har en rad författare, däribland Arrowsmith, argumenterat för att anförtro en central myndighet att göra de relevanta bedömningarna av kvaliteten på självsanerande åtgärder.[296]

[292] Kammarrätten i Stockholms dom i mål 4809-11.
[293] Ulfsdotter Forssell, Anna och Olsson, Erik (2013).
[294] Van Garsse, S. and de Mars, S. (2016) s. 134 f.
[295] Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102.
[296] Van Garsse, S. and de Mars, S. (2016) s. 135 och Arrowsmith (2014), s. 1184-1335.

7 Sammanfattande slutsatser

7.1 Inledning

Detta kapitel syftar till att besvara den för denna uppsats centrala frågeställning, nämligen vilka bedömningsgrunder som vore lämpliga för upphandlande myndigheter som ska bedöma en *self-cleaning*. Inledningsvis kommer även en analys att göras av frågan om vilket behov av vägledning som finns på området. Detta kapitel består av mina egna slutsatser vilka grundas på vad som anförts ovan i denna uppsats.

7.2 Behov av vägledning

Som framgått av denna uppsats är den nya regeln om *self-cleaning* i samband med uteslutning till följd av bl.a. bestickning eller korruption allmänt hållen. Förarbetena ger förvisso viss vägledning vad gäller dess tillämpning, men lämnar en rad frågor avseende innehållet av en *self-cleaning* öppna för tolkning. Detta gäller särskilt den praktiska innebörden av de krav som ställs upp i bestämmelsen. Av naturliga skäl finns ännu heller ingen prejudicerande praxis på området. Därtill finns mycket lite doktrin om *self-cleaning,* framförallt ur ett svenskt perspektiv. Detta innebär att det i dagsläget är oklart dels vad som krävs av en leverantör i förhållande till en *self-cleaning*, dels vilka bedömningsgrunder en upphandlande myndighet ska tillämpa.

Dagens oklara rättsläge kan leda till att få leverantörer väljer att utnyttja den nya bestämmelsen. En *self-cleaning* kan bli en kostsam och resurskrävande process, och om en leverantör inte kan förutse vad som krävs av denne finns en risk att leverantören inte beslutar utnyttja möjligheten. Detta skulle resultera i färre leverantörer som kan och får delta i en upphandling; med andra ord sämre konkurrens om offentliga kontrakt.

För att den nya bestämmelsen ska utnyttjas på ett sätt som främjar en effektiv konkurrens måste enligt mig förutsättningarna för en godkänd *self-cleaning* tydliggöras. Ett sätt att göra detta på skulle kunna vara att ta fram en vägledning för vad som krävs. En sådan skulle kunna utgöra en bedömningsgrund för upphandlande myndigheter. Genom att ge även leverantören tillgång till dessa bedömningsgrunder skulle en sådan vägledning även kunna vara till hjälp för leverantörer i utformandet av en *self-cleaning*. En vägledning av detta slag skulle med fördel kunna tas fram i form av allmänna råd av exempelvis Upphandlingsmyndigheten, vars uppdrag är att på olika sätt ge stöd till de olika aktörer som verkar inom offentlig upphandling. Ett tydliggörande av detta slag skulle sannolikt främja förutsebarheten på området och skulle ge både leverantörer och upphandlande myndigheter bättre förutsättningar för att skapa en rättssäker,

effektiv och hållbar offentlig upphandling till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling.

Behovet av vägledning föranleder vidare naturligtvis frågan om vilken form en sådan bör ha. Av avgränsningsskäl kommer detta inte att beröras närmre inom ramen för denna uppsats. Dock kan helt kort konstateras att myndigheters möjlighet att utfärda formellt bindande normgivning är förenade med en rad villkor och begränsningar.[297] Vägledningar i form av allmänna rekommendationer finns det emellertid i princip inte någon begränsning för så länge det ligger inom myndighetens uppdrag enligt regleringsbrev och förordningen med instruktion till myndigheten.

Inte minst mot bakgrund av likabehandlingsprincipen är det viktigt att försäkra att lika fall behandlas lika vid bedömningar av *self-cleanings*. Detta skulle kunna underlättas genom att olika upphandlande myndigheters bedömningar sammanställs av exempelvis Upphandlingsmyndigheten.[298] Att ta del av varandras bedömningar skulle sannolikt underlätta för att lika fall behandlas lika. Det vore eventuellt även önskvärt att bedömningar av *self-cleanings* diskuteras på exempelvis seminarier där flera upphandlande myndigheter medverkar. På så vis kan goda förutsättningar för samsyn, förutsägbarhet och inte minst likabehandling skapas.

Ett bättre sätt att tillförsäkra att likabehandlingsprincipen respekteras i samband med bedömningen av en *self-cleaning* hade enligt min mening kunnat vara att anförtro *en* central myndighet denna bedömning.[299] Ett ansvar av detta slag skulle lämpligtvis kunna läggas på exempelvis Upphandlingsmyndigheten mot bakgrund av dess uppdrag.[300] Att anförtro *en* myndighet att göra alla bedömningar skulle förvisso vara mycket resurskrävande för denna, förutsatt att möjligheten till *self-cleaning* kommer att utnyttjas i större utsträckning, men skulle också medföra skalfördelar då kompetens och arbetsmetoder kan utvecklas och frågorna handläggas mer effektivt än om varje enskild upphandlande myndighet ska upparbeta och utveckla detta. Ökad likabehandling skulle även innebära stora rättssäkerhetvinster. Att fastställa hur stor arbetsbörda en sådan lösning skulle innebära för Upphandlingsmyndigheten måste utredas närmre. Men oavsett om prövningen av *self-cleanings* kommer att göras av en central myndighet eller av alla upphandlande myndigheter enskilt, skulle någon form av vägledning enligt min mening förbättra förutsättningarna för att bedömningen av *self-cleanings* görs på ett förutsägbart och likvärdigt sätt.

7.3 Lämpliga bedömningsgrunder

För att tillförsäkra att upphandlande myndigheter bedömer alla *self-cleaning*-processer på ett förutsägbart, likabehandlande och rättssäkert sätt

[297] Se bl.a. 8 kap. 1, 7 och 10-11 §§ Regeringsformen (1974:152) (RF) om bl.a. bemyndigande, regeringens s.k. restkompetens m.m.
[298] Detta kan emellertid tänkas kräva att bedömningarna i vissa fall anonymiseras.
[299] Jmf. Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, skäl 102.
[300] Upphandlingsmyndighetens uppdrag (2017).

bör upphandlande myndigheter som ovan nämnt bedöma detta utifrån samma bedömningsgrunder. Sådana grunder skulle exempelvis kunna bestå av ett slags frågeunderlag att utgå ifrån. Frågorna bör vara så precist ställda som möjligt för att förhindra godtyckliga bedömningar. Samtidigt måste frågorna vara så generellt ställda att de kan tillämpas på alla olika upphandlingar. Frågorna måste dessutom tillåta en proportionalitets-bedömning. Målet med en mall som denna ska vara att alla fall ska behandlas lika, i enlighet med grundläggande rättsprinciper.

Den övergripande frågan är givetvis om leverantören genom de åtagna åtgärderna visat sig tillförlitlig. I enlighet med bestämmelsen i 13 kap. 5 § LOU ska detta besvaras utifrån följande tre huvudfrågor:

Har leverantören:

i. *ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet?*
ii. *klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna?*
iii. *vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden?*

I det följande kommer ett förslag till underfrågor att ställa för att kunna besvara den ovan angivna övergripande frågan att formuleras. Om en övervägande del av dessa frågor kan besvaras jakande bör utgångspunkten vara att en leverantörs *self-cleaning* ska godkännas. Det bör här observeras att de nedan uppställda frågorna inte ska ses som uttömmande frågor att ställa vid bedömningen av en *self-cleaning*. Det kan således finnas andra indikationer på att en *self-cleaning* ska anses som tillräcklig.

7.3.1 Ersättning av skada

Som ovan anförts kommer den första frågan om ersättande av skada sannolikt inte aktualiseras speciellt ofta i samband med bestickning och korruption eftersom det kan vara svårt att identifiera och beräkna den ekonomiska skadan brottet orsakat. Men för de fall det går att identifiera och beräkna en ekonomisk skada bör för att besvara den första frågan om ersättande av skada följande underfrågor lämpligtvis besvaras:

a. Har skadan ersatts genom exempelvis betalning av böter eller ersättning eller genom förverkande av egendom?
    a. Om skadan ersatts eller förverkats, finns dokumentation över detta i form av exempelvis ett kvitto?
    b. Om skadan ännu inte ersatts eller förverkats, har leverantören åtagit sig att göra detta genom exempelvis en skriftlig viljeförklaring?

7.3.2 Klargörande av förhållanden och samarbete med utredande myndigheter

För att besvara den andra frågan om klargörande av förhållanden och omständigheter samt samarbete med utredande myndigheter bör först skiljas

på situationer då den upphandlande myndigheten är densamma som den utredande och situationer då den upphandlande myndigheten är en annan än den utredande.

I fall då den upphandlande myndigheten är *densamma* som den utredande bör följande underfrågor besvaras:

a. Har leverantören samarbetat med utredande myndigheter genom att ha lämnat uppgifter om omständigheterna kring grunden för uteslutandet genom att exempelvis lämna uppgifter om vilka som varit inblandade och vid vilka tidpunkter detta skett?
b. Har leverantören angivit vilka personer som skulle kunna lämna mer information om den aktuella uteslutningsgrunden?
c. Har leverantören lämnat in kopior av de handlingar som rör den aktuella uteslutningsgrunden i form av exempelvis korrespondens, mötesanteckningar och program?
d. Har leverantören involverat externa jurister och revisorer för att internt utreda vad som hänt?

I fall då den upphandlande myndigheten är en *annan* än den utredande bör följande underfrågor istället besvaras:

a. Har leverantören lämnat en redogörelse där denne på heder och samvete intygat att man vidtagit rimliga åtgärder för att klargöra förhållanden och omständigheter kring de ageranden och händelser som utgör grund för den aktuella uteslutningsgrunden?
b. Har det inte framkommit något som tyder på att leverantören undanhållit information?

7.3.3 Vidtagande av tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder

För att besvara den tredje frågan om vidtagande av tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder bör följande underfrågor besvaras:

a. Har leverantören avbrutit alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i grunden för den eventuella uteslutningen?
b. Har leverantören omorganiserat relevant personal och avdelningar samt infört ett rotationssystem?
c. Har leverantören fråntagit personer som handlat felaktigt vissa ansvarsområden?
d. Är den avdelning hos leverantören som kommer att utföra uppdraget skild från den avdelning där de aktuella brotten begåtts?
e. Har leverantören tillsett att dess anställda är förtrogna med vad som gäller avseende bestickning, korruption och näraliggande företeelser genom att exempelvis anordna utbildningar och seminarier?
f. Har leverantören aktivt tagit del av och implementerat näringslivskoder och dylikt?
g. Har leverantören utnyttjat etiknämnder för att försäkra att dess agerande är lagenligt?

h. Har leverantören tagit fram anpassade interna policys för att motverka korruption?
i. Om det finns branschspecifika policys för den bransch leverantören är verksam inom, har leverantören förbundit sig att följda dessa?
j. Har leverantören upprättat eller givit mer resurser till någon form av *compliance*- eller annan kontrollfunktion inom företaget?
k. Har leverantören tillfredsställande rutiner för att bedöma risker avseende exempelvis företagets affärsmodell, nyckelkunder, marknader, verksamhet med anknytning till särskilt utsatta länder och branscher etc.?
l. Har leverantören inrättat särskilda förebyggande kontrollåtgärder inom de identifierade riskområdena?
m. Har leverantören tillfredsställande rutiner för att utföra *due diligences* för att försäkra sig om att inte ingå affärer med oseriösa aktörer?
n. Har leverantören upprättat eller givit mer resurser till någon form av kontroll- och övervakningssystem och inrättat ett *whistleblowing*-system?
o. Har leverantörens ledning demonstrerat nolltolerans i fråga om korruption genom exempelvis skriftiga uttalanden?
p. Följer leverantörens ledning löpande upp implementering och efterlevnad av interna policys?

Som framgår av mängden frågor torde denna del av bedömningen bli den mest omfattande, i vart fall vad gäller *self-cleaning* till följd av uteslutning till följd av bestickning eller korruption. Bedömningen är i denna del främst framåtblickande.

7.3.4 Helhetsbedömning av en Self-Cleaning

När de ovan uppställda frågorna har besvarats bör avslutningsvis i vart fall följande två övergripande frågor kunna besvaras jakande för att en *self-cleaning* ska godkännas av en upphandlande myndighet:

i. Kan leverantören anses ha vidtagit de självsanerande åtgärder som rimligen kan krävas för att motverka att händelser liknande de som utgjort grund för uteslutningen inte kommer att ske igen?
ii. Är de självsanerande åtgärder som vidtagits proportionerliga till gärningens svårighetsgrad och den tid som förflutit sedan gärningen?

Enligt min uppfattning utgör de ovan uppställda frågorna ett bra underlag för upphandlande myndigheters bedömning av leverantörers *self-cleaning* vid uteslutning till följd av brott som innefattar bestickning eller korruption. Detta underlag torde även kunna fungera som vägledning för leverantörer som ska genomföra en *self-cleaning.* Att alla leverantörer respektive upphandlande myndigheter skulle tillämpa samma underlag som vägledning för genomförandet respektive bedömningen av en *self-cleaning* skulle enligt min mening öka förutsägbarheten avseende hur den nya bestämmelsen om *self-cleaning* kommer att tillämpas. Detta skulle naturligtvis innebära stora rättssäkerhetvinster.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU-dokument

KOM/2011/206 — EU-kommissionens meddelande av den 13 april 2011, *Inremarknadsakten*.
[cit. EU-kommissionens inremarknadsakt (2011)]

KOM/2011/0015 — *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*
[cit. EU-kommissionens grönbok (2011)]

KOM/2010/2020 — EU-kommissionens meddelande av den 3 mars 2010, *En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.*
[cit. EU-kommissionens Europa 2020-strategi (2010)]

Propositioner

Prop. 2003/04:70 — Europarådets straffrättsliga konvention om korruption, m.m.

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

Prop. 2015/16:195 — Nytt regelverk om upphandling

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:51 — Nya regler om upphandling

Litteratur

Arrowsmith, Sue; Prie*ß*, Hans-Joachim och Hermann Pünder, *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.
[cit. Arrowsmith, Prie*ß* och Pünder (2009)]

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, London, 2014.
[cit. Arrowsmith (2014)]

Arrowsmith, Sue; Prie*ß*, Hans-Joachim och Friton, Pascal, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, Public Procurement Law Review, 2009 (6), 2009.
[cit. Arrowsmith, Prie*ß* och Friton (2009)]

Asp, Petter; Jareborg, Nils samt Ulväng, Magnus. *Kriminalrättens grunder.* Iustus Förlag, 2013, Uppsala.
[cit. Asp, Jareborg och Ulväng (2013)]

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel och Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012.
[cit. Asplund m.fl. (2012)]

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (2010).
[cit. Bernitz och Kjellgren (2010)]

Engström, Mikael, *Korruption i offentlig upphandling,* Upphandlingsrättslig tidskrift, nr 4, 2016.
[cit. Engström 2016]

Hjelmeng, Erling Johan och Søreide, Tina, *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization,* 2014.
[cit. Hjelmeng och Søreide (2014)]

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk juristtidning, 2004.
[cit. Jareborg (2004)]

Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus, 2015.
[cit. Jonsson Cornell (2015)]

Kleineman, Jan, *Den rättsdogmatiska metoden*. I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.
[cit. Kleineman (2013)]

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.
[cit. Korling och Zamboni (2013)]

Lee Wetzel, Amanda, *How Companies Can Self-Clean Corruption Thanks to EU Reforms*, Debevoise & Plimton, Paris, 2015.
[cit. Lee Wetzel (2015)]

Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, 8e upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 2009.
[cit. Leijonhufvud och Wennberg (2009)]

Lord, Nicolas, *Regulating Corporate Bribery in International Business*, Routledge, London 2016.
[cit. Lord (2016)]

Nergelius, Joakim, *Komparativ statsrätt*, Studentlitteratur AB, Lund, 2012.
[cit. Nergelius (2012)]

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapligt Perspektiv,* Svensk juristtidning, 2004.
[cit. Olsen (2004)]

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder,* Jure Förlag AB, Stockholm, 2013.
[cit. Pedersen (2013)]

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder,* Jure Förlag AB, Stockholm, 2017.
[cit. Pedersen (2017)]

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – Self-Cleaning*, Europarättslig tidskrift, 2012.
[cit. Pedersen (2012)]

Prieß, Hans-Joachim; Pünder, Hermann och Stein, Roland M. *Germany*. I Arrowsmith, Sue; Prie*ß*, Hans-Joachim och Hermann Pünder, *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.
[cit. Prieß, Pünder och Stein (2009)]

Pünder, Hermann. *Self-Cleaning: A comparative Analysis.* I Arrowsmith, Sue; Prie*ß*, Hans-Joachim och Hermann Pünder, *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.
[cit. Pünder (2009)]

Reichel, Jane, *EU-rättslig metoden*. I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.
[cit. Reichel (2013)]

Reidlinger, Axel; Denk, Stephan: Steinbach, Hanna. *Austria*. I Arrowsmith, Sue; Prie*ß*, Hans-Joachim och Hermann Pünder, *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.
[cit. Reidlinger, Denk och Steinbach (2009)]

Rothstein, Bo, Politik som organisation, Studentlitteratur AB, Lund, 2014.
[cit. Rothstein (2014)]

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015.
[cit. Sandgren (2015)]

Spaak, Torben *Rättspositivism och juridisk metod*. I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.
[cit. Spaak (2013)]

Sundstrand, Andrea, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, Upphandlingsrättslig tidskrift, nr. 1, 2014.
[cit. Sundstrand, (2014a)]

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion,* Studentlitteratur AB, Lund, 2013.
[cit. Sundstrand (2013)]

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, Juridisk tidskrift nr. 1, 2014/15.
[cit. Sundstrand (2014b)]

Strömberg, Håkan och Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, Liber, Stockholm 2013.
[cit. Strömberg och Lundell (2013)]

Ulfsdotter Forssell, Anna och Olsson, Erik. ”*När är det uteslutet att utesluta?*”, Upphandling24, 2013-01-28.
[cit. Ulfsdotter Forssell och Olsson (2013)]

Valguarnera, Filippo, *Den komparativa metoden*. I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013. [cit. Valguarnera (2013)]

Van Garsse, S. and de Mars, S., EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets?, 2016. [cit. Van Garsse, S. and de Mars, S. (2016)]

Elektroniska källor

Advokatfirman Lindahl — *Företagsansvar och Compliance,* Länk. Hämtad 2017-05-01. [cit. Företagsansvar och Compliance (2017)]

Institutet mot mutor — Om näringslivskoden, 2014. Länk. Hämtad 2017-06-01. [cit. Om näringslivskoden (2014)]

Institutet mot mutor — *Om IMM:s etiknämnd,* 2016. Länk. Hämtad 2017-06-01. [cit. Om IMM:s etiknämnd (2016)]

International Chamber of Commerce — *Antikorruption och due diligence på externa aktörer.* Länk. Hämtad 2017-01-28. [cit. Antikorruption och due diligence på externa aktörer (2017)]

Konkurrensverket — *Grundläggande principer för offentlig upphandling*, Länk. Uppdaterad 2017-01-01. Hämtad 2017-04-11. [cit. Grundläggande principer för offentlig upphandling (2017)]

Polismyndigheten — *Nationella korruptionsgruppen,* Länk. Hämtad 2017-05-10. [cit. Nationella korruptionsgruppen]

Telia Company — Press Release *Unfound Corruption Allegations Against Telia Sonera.*

Länk. Publicerad 2012-12-12. Hämtad 2017-03-02. [cit. Telia Press Release (2012]

Transparency International — *Corruption Perceptions Index,* 2016. Länk. Hämtad 2015-05-07. [cit. Corruption Perceptions Index (2016)]

Transparency International — *Bribe Payers Index,* 2011. Länk. Hämtad 2017-03-24. [cit. Bribe Payers Index (2011)]

Upphandlingsmyndigheten — *Vårt uppdrag*, 2017. Länk. Publicerad. 2017-03-20, hämtad 2017-04-06. [cit. Upphandlingsmyndighetens uppdrag (2017)]

Åklagarmyndigheten — Pressmeddelande *Chefer på statens fastighetsverk misstänks för korruptionsbrott,* Länk. Publicerad 2017-01-26. Hämtad 2015-03-02. [cit. Åklagarmyndighetens pressmeddelande (2017)]

Lagkommentarer

Ellehauge, Michael; Høg, Torkil; Berg; Claus. *Karnovs kommentar till Udbudsloven 138 §.* Länk Publicerad 2016-01-01. Hämtad 2017-04-17. [cit. Ellehauge; Høg och Berg (2016)]

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Piper, Catharina och Willquist, Henrik. *Zeteos kommentar till LOU 10 kap,* Länk. Publicerad 2015-05-01. Hämtad 2017-03-04. [cit. Rosén Andersson m.fl. (2015)]

Friberg, Sandra. Karnovs kommentar till Brottsbalken 10 kap. 5a §. Länk. Publicerad 2014-04-02. Hämtad 2017-05-10. [cit. Friberg (2014)]

Muntliga källor

Phalén, Natali.	Intervju, Stockholm den 18 april 2017. [cit. Phalén (2017)]
International Chamber of Commerce	Seminarium, Stockholm den 26 januari 2017. Johansson, Lena (ICC); Nygren, Birgitta (Transparency International); Hök, Lena (Skandia) [cit. Seminarium med ICC (2017)]

Myndighetsdokument

Kammarkollegiet	*Att förebygga korruption i offentlig upphandling*, 2011. [cit. Att förebygga korruption i offentlig upphandling (2011)]
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	*Ubudsloven: vejledning om ubudsreglerne,* 2016. [cit. Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne (2016)]
Konkurrensverket	Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift, 2014. [cit. Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (2014)]
Konkurrensverket	*Osund konkurrens i offentlig upphandling - Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, 2013. [cit. Osund konkurrens i offentlig upphandling (2013)]
Konkurrensverket	*Yttrande avseende nya regler om upphandling,* 2014. [cit. Yttrande avseende *Nya regler om upphandling* (2014)]
The UK Ministry of Justice	The UK Bribery Act Guidance, 2010. [cit. The UK Bribery Act Guidance (2010)]

Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket — *Rapport: Statistik om offentlig upphandling*, 2016. [cit. Statistik om offentlig upphandling (2016)]

Övrigt

Institutet mot mutor — IMM:s Näringslivskod, 2014. [cit. IMM:s Näringslivskod (2014)]

JP Infonet — JP Infonet*, JP Infonet kommenterar nya LOU*, Länk, publicerad 2017-04-06, hämtad 2017-05-16. [cit. *JP Infonet kommenterar nya LOU* (2017)]

Leverantörer inom byggbranschen — Överenskommelse för att motverka korruption och mutor, 2015.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Dom i mål 26/62	*Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen,* meddelad den 5 februari 1963.
Dom i mål 6-64	*Flaminio Costa mot E.N.E.L.,* meddelad den 15 juli 1964.
Dom i mål C-243/89	*Kommissionen mot Danmark*, meddelad den 22 juni 1993.
Dom i mål C-380/98	*University of Cambridge*, meddelad den 3 oktober 2000.
Dom i mål C-16/98	*Kommissionen mot Frankrike*, meddelad den 5 oktober 2000.
Dom i mål C-237/99	*Kommissionen mot Frankrike*, meddelad den 1 december 2001.
Dom i mål C-376/08	*Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili scrl mot Comune di Milano,* meddelad den 18 augusti 2008.
Dom i mål C-213/07	*Michaniki AE mot Ethniko Symvoulio Radiotileorasis och Ypourgos Epikrateias*, meddelad den 16 december 2008.
Dom i mål C-538/07	*Assitur Srl mot Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano***,** meddelad den 19 maj 2009.
Dom i mål C‑465/11	*Forposta SA och ABC Direct Contact mot Poczta Polska SA*, meddelad den 13 december 2012.
Dom i mål C-470/99	*Universale-Bau m.fl.,* meddelad den 12 december 2012.

Europadomstolen

Funke mot Frankrike	Meddelad den 25 februari 1993.
John Murray mot Storbritannien	Meddelad den 8 februari 1996.
Panovits mot Cypern	Meddelad den 16 oktober 2008.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 1999 ref. 76

RÅ 2010 ref. 79

HFD 2013 ref. 61

Förvaltningsrätten

Dom i mål nr 1495-13	Förvaltningsrätten i Uppsalas dom meddelad den 31 maj 2013.
Dom i mål nr. 8142-12.	Förvaltningsrätten i Jönköpings dom meddelad den 25 mars 2013.

Hovrätten

Dom i mål nr. B5202-12.	Svea Hovrätts dom meddelad den 29 oktober 2012.
Dom i mål nr. B1160-15.	Göta Hovrätts dom meddelad den 7 december 2015.

Kammarrätten

Dom i mål 4809-11	Kammarrätten i Stockholms dom meddelad den 7 oktober 2011.
Dom i mål nr. 7153-12	Kammarrätten i Stockholms dom meddelad den 28 januari 2013.
Dom i mål nr. 982-13	Kammarrätten i Jönköpings dom meddelad den 25 oktober 2013.
Dom i mål nr 3484-12	Kammarrätten i Jönköpings dom meddelad den 31 oktober 2013.

Dom i mål nr 3725-13	Kammarrätten i Stockholms dom meddelad den 2 december 2013.
Dom i mål nr. 6478-15	Kammarrätten i Stockholms dom meddelad den 12 februari 2016.
Dom i mål nr. 1425-16	Kammarrätten i Göteborgs dom meddelad den 15 november 2016.

Tysk domstol

Verg 66/02	Appellationsdomstolen i Düsseldorfs, meddelad av den 9 april 2003.
Verg 42/05	Appellationsdomstolen i Düsseldorf, meddelad den 28 juli 2005.
Verg W 21/07	Appellationsdomstolen i Brandenburg, meddelad den 14 december 2007.