



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Andsberg

Self-cleaning och de
fakultativa uteslutningsgrunderna

Allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: VT 18

Innehållsförteckning

Summary	1
Sammanfattning	3
Förkortningar	5
1 Inledning.....	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar.....	9
1.4 Metod	10
1.5 Material och forskningsläge	11
1.6 Terminologi	13
1.6.1 Begreppet leverantör	13
1.6.2 Begreppet self-cleaning	14
1.7 Disposition.....	14
2 Uteslutning av leverantör	15
2.1 Bakgrund	15
2.2 De grundläggande EU-rättsliga principerna	16
2.2.1 Proportionalitetsprincipen	17
2.2.2 Likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering.....	17
2.2.3 Öppenhetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande.....	18
2.3 Uteslutningsgrunderna	18
2.3.1 Allmänt	18
2.3.2 Preliminär bevisning	21
2.3.3 Den upphandlande myndighetens utredningsansvar samt handläggning	21
2.3.4 Betydelse i tiden	23
2.3.5 Företrädaransvaret.....	27
3 Allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt	30
3.1 Allvarligt fel i yrkesutövningen.....	30
3.1.1 Bestämmelsens räckvidd	31
3.1.2 Bedömningen av "allvarligt fel"	33
3.1.3 Sammanfattning av analys.....	41
3.2 Allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt	43
3.2.1 Allmänt om bestämmelsen och analys av dess tillämpning	43
3.2.2 Sammanfattning av analys.....	47
3.2.3 Diskussion	48
4 Self-cleaning	49
4.1 Bakgrund	49
4.2 Allmänt.....	50
4.3 Handläggningen av den upphandlande myndigheten och bevisning.....	51
5 Tillämpningen av self-cleaning.....	53
5.1 Förutsättning för tillämpningen av self-cleaning av allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt.....	53
5.2 Self-cleaning-åtgärderna	54
5.2.1 Aktivt samarbete med utredande myndighet för att klargöra fakta och omständigheter	55
5.2.2 Ersättning av skada	57
5.2.3 Personalåtgärder samt tekniska- och organisatoriska åtgärder	58

5.2.4 Sammanfattning av analys.....	61
5.3 När leverantören vidtagit alla nödvändiga åtgärder	62
6 Avslutande kommentarer	64

Summary

In this paper, the discretionary exclusion grounds of grave professional misconduct and where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract as well as the self-cleaning rule are analysed.

By Directive 2014/24/EU, the EU has introduced a new procurement directive with new provisions that Member States should incorporate into their national procurement legislation. The new directive contains several new provisions to consider, including the grounds for exclusion, where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract and the self-cleaning provision. The purpose of the paper is to first determine the validity of the two discretionary exclusion grounds, so that later in the paper it is possible to analyse how these should be applied when a economic operator performs a self-cleaning.

The exclusion ground grave professional misconduct has a broad definition and encompasses everything from crime to the supplier simply being ineffectual in the performance of a contract. To prove this, the contracting authority needs to prove it likely that a economic operator has committed the grave misconduct. In the proportionality assessment of whether a supplier committed a grave misconduct, the nature, severity, approach, and how much time has elapsed since the grave misconduct was committed should be the basis for the assessment. Regarding the time period elapsed since the grave misconduct was committed; it shall be calculated from the date of the relevant event and may not exceed more than three years. In the proportionality assessment, any grave misconduct of an economic operators representative should also be included in the assessment.

The exclusion ground where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract include approximately the same conditions as grave professional misconduct. The difference between the two provisions is that where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract only apply to contracts that are attributable to LOU, LUF, LUFS and LUK. In addition, the contracting authority in the previous contract must have imposed sanctions against the economic operator for the provision to apply. As a result, the contracting authority doesn't have a burden of proof regarding this exclusion ground.

The application of self-cleaning for these exclusion grounds emphasizes how serious the "grave misconduct" was and what kind of "grave misconduct" is committed by the economic operator so that the measures taken correspond to the purpose protected and that the measures taken are proportional in the light of its seriousness and how much profit the supplier

has made of committing the grave misconduct. In regard to the group of "grave misconducts" attributable to the supplier's performance as a contract partner, self-cleaning should only be subject to the supplier's determination and replacement or commitment to replace the damage it has caused.

Sammanfattning

I denna uppsats behandlas de fakultativa uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, samt bestämmelsen self-cleaning.

Genom direktiv 2014/24/EU har EU infört ett nytt upphandlingsdirektiv med nya bestämmelser som medlemsstaterna ska inkorporera i sin nationella upphandlingslagstiftning. I det nya direktivet finns det flertalet nya bestämmelser att beakta, bland annat uteslutningsgrunden allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt och bestämmelsen self-cleaning. Syftet med uppsatsen är att först fastställa gällande rätt av det två fakultativa uteslutningsgrunderna, för att senare i uppsatsen kunna analysera hur dessa ska tillämpas när en leverantör utför en self-cleaning.

Allvarligt fel i yrkesutövningen har en vid definition och innefattar allt från brott till att leverantören helt enkelt varit oduglig i genomförandet av ett kontrakt. För att bevisa detta ska den upphandlande myndigheten göra sannolikt att ett sådant förhållande föreligger. I proportionalitetsbedömningen av huruvida en leverantör begått ett allvarligt fel ska felets karaktär, svårighetsgrad, tillvägagångssätt samt hur lång tid som förflutit sedan felet begicks, ligga till grund för bedömningen. Gällande den tidsperiod som förflutit sen det uteslutningsgrundande felet begicks ska det beräknas från dagen för den relevanta händelsen och får inte överstiga mer än tre år. I proportionalitetsbedömningen ska även ett eventuellt företrädaransvar tas med i bedömningen.

Allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt innefattar ungefär samma förhållanden som allvarligt fel i yrkesutövningen. Skillnaden mellan de två bestämmelserna är att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt enbart är tillämpligt på kontrakt som är hänförliga till LOU, LUF, LUF3 och LUK. Dessutom måste den upphandlande myndigheten i det tidigare kontraktet vidtagit sanktioner mot leverantören för att bestämmelsen ska vara tillämplig. I och med detta har myndigheten inte något beviskrav gällande denna uteslutningsgrund.

Tillämpningen av self-cleaning för dessa uteslutningsgrunder läggs vikt vid hur allvarligt det ”allvarliga felet” var och vilket typ av ”allvarligt fel” det utgjorde så att åtgärderna som vidtas motsvarar det syfte som skyddas samt att åtgärderna som vidtas är proportionerliga i ljuset av dess allvarlighet och hur stor vinst leverantören har haft av att begå felet. Avseende den grupp av ”allvarliga fel” som är hänförliga till leverantörens prestation som kontraktspartner torde self-cleaning enbart omfattas av leverantören fastställer och ersätter eller åtar sig att ersätta den skada denne har förorsakat.

Förord

Den varmaste och förmodligen bästa av somrar, rent vädermässigt, har gått åt till att skriva klart detta examensarbete. En bra anledning till att man inte ska välja att skriva examensarbetet under period 2 på vårterminen.

Först vill jag tacka mina föräldrar, min flickvän och min handledare Vilhelm för all hjälp och stöttning som jag har fått under arbetets gång. Jag vill även rikta ett tack till Helena Rosén Andersson och Per-Ola Bergqvist som har varit till stor hjälp gällande mitt val av ämne, de tog sig tid att bolla idéer med mig, något som verkligen har uppskattats.

Sist vill jag tacka Martin, Joel och Oscar för alla sena tentapluggskvällar och allt gott häng på Juridicum, vi har följts åt under juristprogrammet och det känns skönt att även jag nu är klar.

Adam Andsberg
Båstad den 3 augusti 2018

Förkortningar

Cit.	Citeras
Direktiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
ESPD	European Single Procurement Document
E.P.P.P.L	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
f.	Följande sida
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
ff.	Följande sidor
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JPP	Journal of Public Procurement
LNF	Lag (2014:836) om näringsförbud
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
P.P.L.R	Public Procurement Law Review
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFL	Skatteförfarandelagen (2011:1244)
SOU	Statens offentliga utredningar
UrT	Upphandlingsrättslig tidskrift
ÄLOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Upphandlande myndigheter har ett flertal åtaganden och en av deras huvuduppgifter är att leverera produkter och tjänster som kommer samhällets medborgare till del. För en upphandlande myndighet är det därför av största vikt att det offentliga kontraktet genomförs. För att skydda sig mot att avtalet inte fullföljs kan myndigheten vidta ett flertal åtgärder. Bland annat kan myndigheten kontrollera en leverantörs finansiella ställning eller försäkra sig om att leverantören uppfyller de tekniska krav som ställs, exempelvis om denne har kapacitet att genomföra kontraktet eller har personal med rätt kvalifikationer.¹ Detta arbete ska dock fokusera på den möjlighet en myndighet har att utesluta en leverantör enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna, allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, samt analysera en leverantörs möjlighet att utföra en self-cleaning när denne har blivit utesluten enligt någon av de ovanstående grunderna.

Det framgår av kommissionens grönbok, som publicerades den 1 januari 2011 med syfte att utreda hur en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad skulle se ut, att de redan existerande uteslutningsmöjligheterna av leverantörer som är skyldiga till olika sorters fel i yrkesutövningen ses som ett kraftfullt sätt att både straffa och motverka icke-önskvärda affärsmetoder för den upphandlande myndigheten. I artikel 45 i direktiv 2004/18/EG finns möjligheten att utesluta leverantörer för brott som de begått, såsom bestickning, men även för en rad andra icke-önskvärda handlanden, exempelvis att leverantören begår ett konkurrensbegränsande samarbete. En problematik kring det dåvarande regelverket, direktiv 2004/18/EG var att det fortfarande fanns en rad frågetecken kring tillämpningen av dessa regler, såsom dess räckvidd, för medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna.² Det var bland annat detta som ledde till den nya lagstiftningsprocessen kring det nya direktivet, direktiv 2014/24/EU. Målet med detta direktiv var att förenkla och göra upphandlingsreglerna mer flexibla för den upphandlande myndigheten, men också för leverantören. EU-lagstiftarna har dock bara delvis lyckats leva upp till denna målsättning, eftersom den nya upphandlingslagstiftningen, direktiv 2014/24/EU, anses av många som mer komplex men mer flexibel än den dåvarande, direktiv 2004/18/EG. Ett av de områdena som påverkats mest och gjorts mer komplext för såväl den upphandlande myndighet som för leverantörer, är de nya uteslutningsbestämmelserna i direktiv 2014/24/EU. Direktivet innefattar flertalet nytillkomna obligatoriska- och fakultativa uteslutningsgrunder. Dessutom har direktivet explicit gjort det möjligt för en leverantör att utföra self-cleaning-åtgärder i syfte att undgå att

¹ Arrowsmith (2014), s. 1183.

² KOM(2011) 15, s. 52.

uteslutas från en offentlig upphandling på grund av tidigare begångna uteslutningsgrundande fel. Dessa nya uteslutningsgrunder och bestämmelsen om self-cleaning anses som komplexa att tillämpa och kommer att kräva att de upphandlande myndigheterna lägger ännu mer tid på att utvärdera huruvida leverantörerna följer det nya regelverket. Detta kommer i sin tur troligen leda till en ökad tillströmning av klagomål och rättsliga prövningar, såväl på nationell nivå som på EU-nivå.³

Hur lagstiftningen är utformad, och vilka val som de upphandlande myndigheterna gör gällande uteslutning av en leverantör, är av stor vikt i upphandlingsprocessen. Utesluts en leverantör från en upphandling, kan detta innebära ett hårt slag mot dennes verksamhet.⁴ Att bli utesluten från flera kommande offentliga upphandlingar på grund av att leverantören har begått ett uteslutningsgrundande fel kan leda till att leverantören går i konkurs. Det föreligger även en risk att den upphandlande myndigheten missbrukar sin makt för att favorisera vissa leverantörer och diskriminera andra.⁵ Denna risk är uppenbar eftersom införandet av det nya direktivet ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att välja vilka fakultativa uteslutningsgrunder som ska användas, vilka kriterier myndigheterna ska använda för att avgöra huruvida ett uteslutningsgrundande fel begåtts samt att avgöra vilka kriterier som väger tyngst för huruvida en leverantör har genomfört self-cleaning eller inte.⁶ Därmed kommer det troligen att vara de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU om de fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 och den nya bestämmelsen om self-cleaning i artikel 57.6 som kommer att leda till störst antal prövningar i domstol för att testa dessa bestämmelsers räckvidd.⁷

En rapport från Konkurrensverket uppmärksammar att den fakultativa uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen har utgjort stora problem vid rättstillämpningen av bestämmelsen i ÅLOU.⁸ Det finns därför ett intresse av att fastslå hur och när den aktuella uteslutningsgrunden ska tillämpas. En av de nya fakultativa uteslutningsgrunderna i direktiv 2014/24/EU är bestämmelsen allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i tidigare offentligt kontrakt. Denna uteslutningsgrund var i tidigare rättstillämpning förknippad med allvarligt fel i yrkesutövningen.⁹ I ljuset av detta är det intressant att, vid en granskning av nuvarande lagstiftning, även få klarhet i hur relationen mellan allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i tidigare offentliga kontrakt förhåller sig till varandra, samt analysera hur en self-cleaning av bestämmelserna hade kunnat genomföras.

³ Treumer, s. 15 ff. Se även avsnitt 1.7.2 som beskriver varför jag valt att använda mig av begreppet self-cleaning.

⁴ Pedersen, s. 172. Se även KOM(2011) 15, s. 52.

⁵ Caranta & Richetto, s. 288.

⁶ de Mars, s. 270 f.

⁷ Sanchez-Graells (2014), s. 101.

⁸ Konkurrensverkets rapport 2013:6, s. 47.

⁹ Bovis (2015), s. 407.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är dels att tolka och analysera de fakultativa uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt och dels att analysera vad som krävs av en leverantör för att utföra en self-cleaning om denne blivit utesluten på grund av någon av de ovanstående fakultativa uteslutningsgrunderna. För att uppfylla uppsatsens syfte ska jag besvara följande frågeställningar:

- Hur tillämpas bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen i den svenska upphandlingslagstiftningen?
- Hur ska den nya uteslutningsgrunden, allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i tidigare offentligt kontrakt, tillämpas i den svenska upphandlingslagstiftningen?
- Hur ska bestämmelsen self-cleaning tillämpas på uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i tidigare offentliga kontrakt?

1.3 Avgränsningar

Arbetet utgår från de kontrakt som innefattas av LOU. Tillämpningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna samt bestämmelsen self-cleaning har samma lydelse i LUF, varpå uppsatsens slutsatser även är applicerbara på denna lagstiftning. För arbetets systematik och för arbetets läsbarhet kommer hänvisningar endast göras till lagstiftningen LOU. Bestämmelserna i LUK, LOV och LUFSS skiljer sig från bestämmelserna i LOU och uppsatsen kommer inte att analysera dessa lagar i brist på utrymme.

Arbetet syftar till att, som nämnts ovan, bland annat att klargöra bestämmelserna om allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, vilka båda utgör fakultativa uteslutningsgrunder. Sylvia de Mars anser att direktiv 2014/24/EU:s bestämmelser om de obligatoriska uteslutningsgrunderna är både klara och tydliga och torde därför inte ge upphov till större tolkningssvårigheter för medlemsstaterna, till skillnad från de fakultativa uteslutningsgrunderna som jag ämnar undersöka.¹⁰ Jag delar de Mars tolkning och kommer därför inte att beröra de obligatoriska uteslutningsgrunderna i uppsatsen mer än vad som behövs för att uppfylla mitt syfte. Jag kommer heller inte att analysera de övriga fakultativa uteslutningsgrunderna i uppsatsen. Det hade dock både varit relevant och intressant att fördjupa sig mer om dem i detta arbete, exempelvis de nya bestämmelserna om konkurrensbegränsande samarbete och den nya jävsbestämmelsen väcker många intressanta frågeställningar, exempelvis om hur tillämpningen av dessa bestämmelser kommer att ske i den nya

¹⁰ de Mars, s. 265.

svenska upphandlingslagstiftningen och hur en self-cleaning av dessa bestämmelser hade kunnat genomföras. Att inte analysera detta är en nödvändig prioritering på grund av uppsatsens begränsade antal sidor.

Det hade även varit intressant att analysera de fakultativa uteslutningsgrunderna och self-cleaning-bestämmelsen utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv med fokus på exempelvis tillämpningen av bestämmelsernas förutsebarhet. Även detta har fått prioriteras bort på grund av platsbrist.

1.4 Metod

För att uppfylla arbetets syfte kommer jag använda mig av den klassiska rättsdogmatiska metoden. I arbetet tolkar jag bestämmelser inom rättsområdet offentlig upphandling och eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen är baserad på EU-rätten, kommer jag använda mig av EU-rättslig metod för att analysera det material som är baserat på EU-rättsliga källor.

Valet av metod ska ha sin grund i vilket ämne och det material som arbetet använder sig av.¹¹ Ämnet är juridiskt och undersöker tre stycken rättsregler, dess tillämpning och ska avslutningsvis fastställa gällande rätt. För att fastställa gällande rätt har enbart juridiska rättskällor använts. För detta syfte uppfyller den klassiska rättsdogmatiska metoden arbetets mål.¹² Den klassiska rättsdogmatiska metodens syfte är att fastställa gällande rätt och metoden bygger på de allmänt accepterade rättskällorna varvid ledning söks i lagstiftningen, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin. Dessa rättskällor har en inbördes rangordning där lagstiftning väger tyngre än förarbeten och rättspraxis, vilka i sin tur tillskrivs större vikt än juridisk doktrin.¹³

Den svenska upphandlingsrätten har sitt ursprung i unionsrätten och dess upphandlingsdirektiv, senaste versionen utgörs av direktiv 2014/24/EU, vilket således är anledningen till att jag tillämpar EU-rättslig metod i arbetet. Den EU-rättsliga normhierarkin utgörs av primärrätt och sekundärrätt. De bindande rättskällorna, som utgörs av både primärrätt och sekundärrätt, är de grundläggande fördragen, FEU och FEUF, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, bindande sekundärrätt, allmänna rättsprinciper, internationella avtal, direktiv, förordningar, beslut och EU-domstolen samt tribunalens rättspraxis. Viktigt att ta i beaktande är att i tolkningen av EU-rätten tillmäts EU-domstolens rättspraxis ännu större betydelse än svensk rättspraxis, där den svenska rätten till största delen är lagstiftad till skillnad från EU-rätten där gällande rätt ofta återfinns i EU-domstolens avgöranden.¹⁴ En annan betydelsefull skillnad är att allmänna rättsprinciper tillmäts en större vikt inom unionsrätten, till skillnad från

¹¹ Sandgren (2015), s. 39.

¹² Sandgren (1995), s. 734 f. Se även Sandgren (2015), s. 43 f.

¹³ Kleineman, s. 21 f. och 28.

¹⁴ Hettne & Otken Eriksson, s. 40 f.

svensk rätt där de har en mer underordnad betydelse.¹⁵ EU-rättslig doktrin, förarbeten och icke-bindande sekundärrätt, tillhör den del av sekundärrätten som inte är bindande och har istället en vägledande funktion i tillämpningen av EU-rätten.¹⁶ I den EU-rättsliga metoden söks svaret på juridiska frågeställningar genom att tolka de EU-rättsliga källorna utifrån dess syfte och ändamål, vilket innebär att de inte får tolkas isolerat från sitt sammanhang och de ska tolkas mot bakgrund av sitt syfte.¹⁷ Den svenska lagstiftningen är också underställd EU:s lagstiftning, vilket innebär att den svenska lagstiftningen inte får strida mot en EU-rättslig bestämmelse.¹⁸ Därmed ska den nationella rättstillämpningen alltid tillämpas i ljuset av unionsrätten.¹⁹

Avslutningsvis ska det nämnas att jag i arbetet använder tysk och italiensk rätt för att analysera bestämmelsen self-cleaning. Jag använder ingen komparativ metod i den bemärkelsen att jag gjort en rigorös studie av tyska och italienska rättskällor för att finna svar på likheter och skillnader i hur bestämmelsen tillämpas, utan jag använder mig av tysk och italiensk rätt för att finna inspiration till min analys av hur self-cleaning kommer att tillämpas i den svenska upphandlingslagstiftningen, en bestämmelse som är ny i Sverige, men inte i Tyskland och Italien.²⁰

1.5 Material och forskningsläge

Det har gått relativt kort tid sedan LOU trädde i kraft och således finns det relativt lite skrivet om lagen i svensk doktrin. Med direktiv 2014/24/EU tillkom flera nya bestämmelser och det är två av dessa, bestämmelsen om allvarligt eller ihållande brister i ett tidigare offentligt kontrakt samt bestämmelsen om self-cleaning, som jag analyserar i mitt arbete. Detta medför att den svenska doktrin som är aktuell i arbetet till stor del utgår från ÅLOU. Av den anledningen har den svenska doktrinen i arbetet främst använts för att ge en översiktlig förståelse av den svenska upphandlingslagstiftningen, samt varit behjälplig med att tolka den redan etablerade utslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen.²¹ Gällande de svenska rättsfall som analyseras i arbetet, är ÅLOU den lag som används eftersom ÅLOU fortfarande är tillämplig på de upphandlingar som påbörjats innan LOU:s ikraftträdande den 1 januari 2017.²² Detsamma gäller för EU-

¹⁵ Hettne & Otken Eriksson, s. 37. Se även RÅ 1997 ref. 65 som utgör ett utmärkt exempel på när den svenska rättstillämpningen har tagit de allmänna EU-rättsliga principerna i beaktande och bedömt att den nationella lagstiftningen därmed strider mot EU-rätten.

¹⁶ Hettne & Otken Eriksson, s. 42.

¹⁷ Reichel, s. 112 ff. Se även Hettne & Otken Eriksson, s. 35 f.

¹⁸ *Costa mot ENEL*, C-6/64, EU:C:1964:66. Se även *Van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1 och Hettne & Otken Eriksson, s. 173.

¹⁹ Reichel, s. 124 f. Se även Bernitz & Kjellgren, s. 124 f.

²⁰ Se Bogdan, s. 18 ff., för hur en komparativ metod tillämpas.

²¹ Se exempelvis Sundstrand (2012), Sundstrand (2013) och Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo), som exempel på sådana källor.

²² Se under övergångsbestämmelser i LOU, som föreskriver att ÅLOU är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

domstolens avgöranden som analyseras i arbetet, eftersom inga för arbetet relevanta EU-domstolsavgöranden har prövat reglerna under det nya upphandlingsdirektivet. Trots att svensk rättspraxis är baserat på ÅLOU går det fortfarande att genom dessa avgöranden tolka den nya lagstiftningen, om hänsyn tas till skillnader mellan den nya och den gamla upphandlingslagstiftningen. Exempel på en sådan skillnad är den nya tidsaspekten under artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU, som kan komma att förändra den svenska proportionalitetsbedömningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna. Detsamma gäller även avgöranden från EU-domstolen.²³ De svenska rättsfallen och EU-domstolens avgöranden har en betydande roll i min analys av den fakultativa uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen, en uteslutningsgrund som fortfarande till stor del har samma lydelse i LOU som i ÅLOU liksom i direktiv 2004/18/EG som i direktiv 2014/24/EU.²⁴ Det ska nämnas att då det finns relativt få rättsfall från HFD gällande allvarligt fel i yrkesutövningen, så har avgöranden från kammarrätterna fått spela en framträdande roll vid tolkningen ur det svenska perspektivet. Användning av kammarrättsavgöranden vid tolkning av det gällande rättsläget förekommer i svensk upphandlingsdoktrin.²⁵ Jag är även medveten om att avgöranden från kammarrätterna inte är prejudicerande, men jag anser att de kan hjälpa till att ge en bild av hur tillämpningen allvarligt fel i yrkesutövningen ser ut och styrka min argumentation i hur bestämmelsen ska tillämpas.

Till skillnad från den svenska doktrinen, finns det betydligt mer internationell doktrin som behandlar direktiv 2014/24/EU och mer specifikt analyserar de bestämmelser som jag fördjupar mig inom i detta arbete, de fakultativa uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, samt self-cleaning. Främst har Martin Burgi, Martin Trybus och Steen Treumers antologi, *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, samt Sue Arrowsmiths bok, *The law of public and utilities procurement [Volume 1], regulation in the EU and the UK*, varit användbara i mitt arbete.²⁶ Trybus, Burgi och Treumers antologi behandlar de fakultativa uteslutningsgrunderna och self-cleaning från ett EU-rättsligt perspektiv, och dessutom även från utvalda medlemsstaters perspektiv. Antologin berör dock inte svensk lagstiftning och därför har jag enbart använt mig av de kapitel som grundar sig på det EU-rättsliga och det tyska perspektivet. Arrowsmiths bok behandlar alla delar inom upphandlingsrätten från såväl ett EU-rättsligt som ett brittiskt perspektiv.²⁷

²³ Se exempelvis Arrowsmith (2014), s. 1258, där Arrowsmith argumenterar för att den vida tolkningen i *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, av allvarligt fel i yrkesutövningen, fortfarande kvarstår under direktiv 2014/24/EU.

²⁴ Jfr 10 kap. 2§ ÅLOU punkt 4 och 13 kap. 3§ LOU punkt 3. Jfr även artikel 45.2(d) i direktiv 2004/18/EG och artikel 57.4(c) i direktiv 2014/24/EU.

²⁵ Se exempelvis Sundstrand, ERT 2014 och Johansson, FT 2016, som båda använder ett stort antal kammarrättsavgöranden för att styrka sin argumentation i sina artiklar.

²⁶ Burgi, Trybus och Treumers antologi refereras i arbetet som Caranta & Richetto, Treumer och Sanchez-Graells, Butler & Telles, Arrowsmiths bok refereras i arbetet som Arrowsmith (2014).

²⁷ Arrowsmith (2014), s. 1 ff.

Detta är anledningen till att jag enbart har använt mig av de avsnitt som behandlar de fakultativa uteslutningsgrunderna och self-cleaning ur ett EU-rättsligt perspektiv i Arrowsmiths bok.

Som det nämnts ovan är svensk doktrin knapphändig vad gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna och det nya upphandlingsdirektivet, direktiv 2014/24/EU och därmed de nya upphandlingsreglerna i LOU. Det finns desto mer internationell doktrin som behandlar dessa områden, men från ett EU-rättsligt perspektiv och därmed inte från ett svenskt. Detta är anledningen till att forskningsläget gällande det nya upphandlingsdirektivet och dess nya bestämmelser, samt bestämmelsen om allvarligt fel i yrkesutövningen, ur ett svenskt perspektiv är relativt skralt. Mitt arbete utreder detta område inom den svenska upphandlingsrätten.

1.6 Terminologi

1.6.1 Begreppet leverantör

I EU:s upphandlingsdirektiv, direktiv 2004/18/EG och direktiv 2014/24/EU, används i den engelska versionen benämningen *economic operator* och i den svenska versionen används *ekonomisk aktör*. Jag har tagit mig friheten att byta ut detta begrepp och ersätta det med *leverantör*.²⁸ För att en *ekonomisk aktör* ska bli aktuell för att delta i en offentlig upphandling måste denne omfattas av definitionen *leverantör* i 1 kap 16§ LOU och den mer explicita definitionen som utvecklats i praxis.²⁹ Dessutom hänvisar 13 kap LOU, om uteslutning ur en offentlig upphandling, till benämningen *leverantör* och inte till *ekonomisk aktör*.³⁰

Följaktligen är det av vikt att begreppet *leverantör* definieras. Enligt 1 kap 16§ LOU definieras *leverantör* som en aktör som tillhandahåller varor eller tjänster, samt utför byggtreprenader. Av paragrafens lydelse framgår det att begreppet *leverantör* har en vid betydelse, vilket motsvarar dess syfte, att omfatta de flesta ekonomiska aktörerna på marknaden.³¹ För att exemplifiera så kan en ekonomisk aktör, trots att denne inte har lämnat anbud på en offentlig upphandling, fortfarande betraktas som en *leverantör*. Den ekonomiska aktören kan till exempel känna sig diskriminerad av ett upphandlingsförfarande och vilket är anledningen till att denne inte lämnat ett anbud i den offentliga upphandlingen. Varför en ekonomisk aktör i detta fall betraktas som en *leverantör* har att göra med att denne fortfarande ska ha möjlighet att överklaga upphandlingen.³² I ett relativt nyligen avgjort mål i HFD från 2017, avgränsades begreppet *leverantör* till att enbart innefatta

²⁸ Jfr SOU 2014:51, s. 183.

²⁹ Asplund, Ehn, Johansson & Olsson (2012), s. 81 och 101 f.

³⁰ Se speciellt de för arbetet relevanta paragraferna, 13 kap. 3 och 5§§ LOU.

³¹ Asplund, Ehn, Johansson & Olsson, s. 101 f.

³² *Grossman Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, punkt 40. Se även Sundstrand (2013), s. 165.

de ekonomiska aktörer som har haft ett faktiskt intresse av att vinna upphandlingskontraktet.³³

1.6.2 Begreppet self-cleaning

Mitt val att använda mig av begreppet *self-cleaning*, istället för det av propositionen använda begreppet *självrättelse*, kräver sin förklaring.³⁴ Övervägningen av mitt val att använda mig av begreppet *self-cleaning* har sin grund i att self-cleaning-bestämmelsen i den svenska upphandlingslagstiftningen är helt ny samt att *self-cleaning* har använts som ett begrepp både i den svenska och EU-rättsliga doktrinen innan bestämmelsen infördes i direktiv 2014/24/EU. Self-cleaning kan därför ses som ett allmänt vedertaget begrepp. Exempel på detta är Kristian Pedersens artikel i ERT om *self-cleaning* från år 2012, Andrea Sundstrands artikel om jäv och self-cleaning från år 2014 och Arrowsmith, Hans-Joachim Priess och Pascal Fritons, artikel om *self-cleaning* från år 2009.³⁵ Ytterligare en anledning är att man i LOU har valt att i 13 kap. 5§ LOU benämna self-cleaning som undantag från uteslutning i vissa fall, vilket innebär att lagstiftaren inte fördjupat sig i någon begreppsdefinition. Jag anser därmed att det blir betydligt tydligare att istället för att i arbetet använda ett nytt begrepp, som enbart sparsamt använts i propositionen, använda mig av ett redan vedertaget begrepp.

1.7 Disposition

Kapitel 2 ger en bakgrund till uteslutningsgrunderna, redogör kort för de grundläggande EU-rättsliga principerna samt behandlar översiktligt bestämmelserna om uteslutning av leverantörer enligt direktiv 2014/24/EU och LOU. Avslutningsvis redogörs för en leverantörs uteslutnings betydelse i tiden och företrädaransvaret, enligt de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU och LOU. Kapitel 3 redogör djupgående för de fakultativa uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt och tolkar gällande rätt av dessa bestämmelser.

Kapitel 4 redogör översiktligt för self-cleaning-bestämmelsen och kapitel 5 redogör allmänt för hur self-cleaning-åtgärderna används och dessutom analyseras hur self-cleaning-åtgärderna tillämpas på allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. Slutligen avslutas uppsatsen med kapitel 6 som redogör för sammanfattande kommenterar av uppsatsen.

³³ HFD 2017 ref. 62.

³⁴ Jfr prop. 2015/16:195, s. 739 f., där begreppet självrettelse användes i åsyftande av bestämmelsen i artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU.

³⁵ Se Pedersen, Sundstrand (2014) och Arrowsmith, Priess, Friton.

2 Uteslutning av leverantör

I detta kapitel kommer jag att ge en kort bakgrund till de upphandlingsrättsliga uteslutningsgrunderna. Därefter kommer kapitlet att behandla de grundläggande EU-rättsliga principerna, vilka en upphandlande myndighet alltid ska ta i beaktande i sina beslut. Vidare redogör jag för de nya bestämmelserna om uteslutning, med särskilt fokus på de fakultativa uteslutningsgrunderna. Jag redogör även för de anslutande reglerna till de fakultativa uteslutningsgrunderna såsom den bevisning som krävs, hur handläggningen ser ut, samt företrädaransvaret och tidsaspekten. Detta kapitel ska så tydligt som möjligt beskriva hur uteslutning av en leverantör i en offentlig upphandling tillämpas och samtidigt lyfta den problematik som följer av lagstiftarens val att inte införa maximala tidsgränser för hur länge en leverantör kan vara utesluten från en upphandling, samt valet att inte direkt tillämpa ett företrädaransvar på de fakultativa uteslutningsgrunderna.

2.1 Bakgrund

Det finns flera syften med uteslutningsbestämmelserna, de kan dels vara till för att skydda upphandlingsprocessen från oseriösa leverantörer och därmed säkerställa att offentliga kontrakt genomförs på ett korrekt sätt och dels för att straffa de leverantörer som inte följer upphandlingsreglerna. De upphandlande myndigheterna vill inte behöva samarbeta med leverantörer som är inblandade i korruption eller andra kriminella aktiviteter, men även skydda sig mot leverantörer som tidigare inte fullgjort sina kontrakt eller betett sig på ett icke professionellt sätt.³⁶ Uteslutningsbestämmelserna ska även säkerställa sund konkurrens, eftersom det kan hävdas att leverantörer som inte följer de bestämmelser som stipuleras i uteslutningsgrunderna ges en fördel mot andra leverantörer om de inte utesluts från den offentliga upphandlingen.³⁷ Möjlighet till uteslutning uppmuntrar även leverantörer att rätta sig efter en myndighets policy.³⁸

För att harmonisera tillämpningen av uteslutningsgrunderna i den offentliga upphandlingen införde EU i direktiv 2004/18/EG bestämmelser om uteslutningsgrunder för leverantörer. Dessa uteslutningsgrunder utgjordes av obligatoriska- och fakultativa uteslutningsgrunder. Dessa uteslutningsgrunder definierades som nödvändiga för att säkerställa att en upphandlande myndighet endast skulle kontraktera leverantörer som är solventa, tillförlitliga och ärliga.³⁹ EU:s direktiv 2004/18/EG satte främst upp den materiella ramen för hur reglerna skulle utformas och direkta

³⁶ Sanchez-Graells, Butler & Telles, s. 245 ff. Se även Hjelmeng & Søreide, s. 219.

³⁷ van Garsse & de Mars, s. 121.

³⁸ Arrowsmith (2010), s. 176 ff.

³⁹ *De förenade målen La Cascina & Zilch*, C-226/04 & C- 228/04, EU:C:2006:94, punkt 21. Se även Arrowsmith (2014), s. 1184.

riktlinjer för hur det skulle gå till rent praktiskt lämnades till medlemsstaterna att själva utforma.⁴⁰

I direktiv 2004/18/G regleras de obligatoriska uteslutningsgrunderna i artikel 45.1 och utgörs av bestickning, bedrägeri, penningtvätt och deltagande i kriminell organisation. De fakultativa uteslutningsgrunderna regleras i artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG och utgörs av om en leverantör befinner sig i konkurs, likvidation eller liknande förhållande, har via lagakraftvunnen dom gjort sig skyldig till brott mot yrkesetiken, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning, inte fullgjort sina skyldigheter gällande sociala avgifter och/eller skatter, samt i allvarlig utsträckning lämnat oriktiga uppgifter om sig själv gällande bestämmelserna om uteslutning.⁴¹ I direktivet finns inga bestämmelser som fastställer någon maximal tid för hur länge en leverantör kan vara utesluten från en offentlig upphandling, om denne brutit mot någon av uteslutningsgrunderna. Avsaknaden av en sådan reglering kan resultera i att en leverantör kan vara utesluten för all tid från offentliga upphandlingar. Detta har dock i doktrin inte ansetts vara möjligt, då det skulle strida mot den centrala EU-rättsliga proportionalitetsprincipen.⁴²

I 10 kap 1§ ÄLOU reglerades de obligatoriska uteslutningsgrunderna för upphandlande myndigheter och i 10 kap 2§ ÄLOU reglerades de fakultativa uteslutningsgrunderna. Dessa bestämmelser överensstämmer i stora delar med bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG.

2.2 De grundläggande EU-rättsliga principerna

Enligt 4 kap. 1§ LOU ska en upphandlande myndighet följa de allmänna EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Denna paragraf motsvarar den tidigare regleringen i 1 kap. 9§ ÄLOU. Principerna har etablerats via praxis från EU-domstolen och har som syfte att skydda de centrala principerna i FEU om fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfriheten.⁴³ Principerna är även centrala för att uppfylla det upphandlingsrättsliga huvudsyftet, att värna om en sund konkurrens på den europeiska marknaden och fungerar således som rättesnöre för vilka krav upphandlande myndigheter får ställa på leverantörer och under vilka omständigheter leverantörer får uteslutas från en upphandling.⁴⁴ Detta kommer bland annat till uttryck i EU-målen *Stadt Halle*, *Presstext* och *Slovensko*.⁴⁵ Bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU och LOU ska tolkas mot bakgrund

⁴⁰ Sanchez-Graells, Butler & Telles, s. 249 f.

⁴¹ SOU 2014:51, s. 183.

⁴² Steinicke, s. 112 f.

⁴³ Prop. 2015/16:195, s. 973 f. Se även Falk s. 66 och Asplund, Ehn, Johansson & Olsson, s. 37.

⁴⁴ SOU 2014:51, s. 32.

⁴⁵ *Presstext*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 31-32; *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 44; *Slovensko*, C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 25.

av principerna, vilket framgår av artikel 18.1 i direktivet. I de fall det saknas uttryckliga bestämmelser ska principerna vara vägledande för det beslut som fattas.⁴⁶

2.2.1 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är troligen den mest långtgående av de allmänna EU rättsliga principerna. Proportionalitetsprincipen kräver att de åtgärder som tas av den upphandlande myndigheten ska vara lämpliga för att uppnå det utsatta målet och samtidigt uppfylla de krav som ställs på myndigheten för att uppnå det utsatta målet.⁴⁷ Av EU-domstolens praxis framgår det att proportionalitetsprincipen måste genomsyra alla beslut som tas då en leverantör ska uteslutas från en upphandling. De omständigheterna kring ett beslut om huruvida en leverantör ska uteslutas eller inte måste både vara relevanta för den aktuella upphandlingen och stå i proportion till uteslutningen.⁴⁸ I proportionalitetsbedömningen av uteslutning av en leverantör spelar speciellt hur lång tid som förflutit samt huruvida leverantören haft uppsåt eller varit vårdslös stor roll.⁴⁹

2.2.2 Likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering

Likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering utgör båda centrala principer för hur regelverket om offentlig upphandling ska tillämpas. Likabehandlingsprincipen säkerställer en sund konkurrens, eftersom alla leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt. Principen är tillämpbar under alla faser i den upphandlingsrättsliga processen.⁵⁰ I EU-domstolen har man uttalat att likabehandlingsprincipen säkerställer att lika fall ska behandlas lika, så länge det inte föreligger objektiva acceptabla skäl för särbehandling.⁵¹ Det framgår därav att likabehandlingsprincipen utgör ett förbud mot alla typer av diskriminering i offentliga upphandlingar, till skillnad från principen om icke-diskriminering som enbart är tillämpbar på situationer när en leverantör diskrimineras på grund av nationalitet.⁵² I dessa situationer har EU-domstolen uttalat att principen om icke-diskriminering även är tillämplig när en leverantör diskrimineras på grund av att denne inte är verksam inom ett visst geografiskt område, trots att leverantörer av samma nationalitet samtidigt diskrimineras av det nämnda förhållandet.⁵³

⁴⁶ Asplund, Ehn, Johansson & Olsson, s. 36.

⁴⁷ Semple, s. 51.

⁴⁸ *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 48 & 61. Se även Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo).

⁴⁹ Arrowsmith (2014), s. 1243 f.

⁵⁰ Sundstrand (2013), s. 27. Se även Arrowsmith, s. 618 f.

⁵¹ *Fabricom*, C-21/03, EU:C:2005:127, punkt 27 & 36. Se även *Kommissionen mot Danmark*, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 33 och Semple, s. 43.

⁵² Bernitz & Kjellgren, s. 153.

⁵³ *Kommissionen mot Italien*, C-360/89, EU:C:1992:235, punkt 11. Se även Sundstrand (2012), s. 45 f.

2.2.3 Öppenhetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande

Öppenhetsprincipen fyller en viktig funktion som ett medel för att uppfylla likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Öppenhetsprincipen bygger på att det offentliga upphandlingsförfarandet ska vara så öppet, klart och opartiskt som möjligt. Detta beskrivs som att information om offentliga kontrakt och tillhörande dokument ska vara tillgängligt för alla, att de regler som omger en specifik upphandling ska tydligt klargöras och att om en upphandling avbryts ska leverantörerna informeras om skälen bakom beslutet. Principen säkerställer att de upphandlingsrättsliga reglerna följs samtidigt som den möjliggör för leverantörer att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt, detta eftersom leverantören fått tillgång till adekvat information gällande den offentliga upphandlingen.⁵⁴ Principen om ömsesidigt erkännande i sin tur betyder att medlemsstaterna ska likställa de bevis på behörighet, utbildning, certifikat och särskilda kvalifikationer som andra medlemsstater utfärdar och erkänner, som likvärdiga med sina egna.⁵⁵

2.3 Uteslutningsgrunderna

2.3.1 Allmänt

I direktiv 2014/24/EU regleras de uteslutningsgrunder en upphandlande myndighet kan åberopa för att utesluta en leverantör i artikel 57. I artikel 57.4 beskrivs de fakultativa uteslutningsgrunderna, vilka räknas som ett komplement till de obligatoriska uteslutningsgrunderna i artikel 57.1 och 57.2. Leverantören utesluts enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna om denne gjort sig skyldig till korrupktion, bedrägeri, terroristbrott, penningtvätt, barnarbete, deltagande i en kriminell organisation samt inte betalat socialförsäkringsavgifter eller har obetalda skatter. Artikel 57.1 fastställer även ett företrädaransvar för leverantörerna och föreskriver att en företrädare, som ingår i en leverantörs förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan eller om personen är behörig att företråda leverantören, omfattas dessa också av uteslutningsskyldigheten. Motsvarande bestämmelse om företrädaransvar gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna finns inte i direktiv 2014/24/EU och till skillnad från ÅLOU har man i LOU beslutat att inte införa ett företrädaransvar för de fakultativa uteslutningsgrunderna i 13 kap 3§ LOU.⁵⁶

Medlemsstaterna har möjlighet att avgöra det processuella förfarandet när regleringen av uteslutningsgrunderna tillämpas under direktiv 2014/24/EU i

⁵⁴ Semple, s. 56 f. Se även Bovis (2016), s. 35.

⁵⁵ *Cassis de Dijon*, C-120/78, EU:C:1979:42. Se även Sundstrand (2012), s. 47.

⁵⁶ Prop. 2015/16:195, s. 746. Se även avsnitt 2.3.5 där regeringens val att inte införa ett företrädaransvar för de fakultativa uteslutningsgrunderna analyseras.

likhet med direktiv 2004/18/EG.⁵⁷ I artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU lyder första meningen:

”Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel.”

På detta vis överlämnar EU till medlemsstaterna att tillämpningen av bestämmelserna görs på ett rättssäkert sätt.⁵⁸

Artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU är fakultativ, det vill säga att de uteslutningsgrunder som föreskrivs i artikeln inte är obligatoriska att följa för den upphandlande myndigheten. Medlemsstaterna ges dock en möjlighet till att göra denna reglering obligatorisk.⁵⁹ En nyhet i direktiv 2014/24/EU är att artikel 57.4 ger de upphandlande myndigheterna rätt att utesluta leverantörer, till skillnad från artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG där denna rätt föll på respektive medlemsstat. Detta torde innebära att uteslutningsgrunderna i direktiv 2014/24/EU inte kan uteslutas från medlemsstaternas sida. Den upphandlande myndigheten har därför rätt att utesluta en leverantör från en offentlig upphandling i enlighet med grunderna i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU, oavsett nationell upphandlingslagstiftning.⁶⁰

Det diskuterades i förarbetena huruvida någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna skulle göras obligatorisk i den svenska upphandlingslagstiftningen. Det avgörande för detta beslut utgjordes av hur den specifika uteslutningsgrundens karaktär ska tolkas. I förarbetena anser man att det finns två primära skillnader mellan de obligatoriska- respektive de fakultativa uteslutningsgrunderna. Dessa skillnader utgörs dels av att uteslutning enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna kräver ett beslut från en domstol eller förvaltningsmyndighet samt dels att de obligatoriska uteslutningsgrunderna liknar varandra, till skillnad från de fakultativa. Förarbetena framhåller även att de obligatoriska uteslutningsgrundernas omständigheter är likartade till skillnad från de fakultativa uteslutningsgrunderna som omgärdas av många olika omständigheter. Detta ledde således till att man i förarbetena bedömde att de fakultativa uteslutningsgrunderna ställer större krav på att bedömningen är proportionerlig och av den anledningen ska de fakultativa uteslutningsgrunderna förbli fakultativa.⁶¹

Enligt artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU utgörs de fakultativa uteslutningsgrunderna av att en leverantör (a) åsidosätter miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, (b) befinner sig i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden eller liknande förhållanden, (c) gjort

⁵⁷ Sanchez-Graells, Butler & Telles, s. 255 f.

⁵⁸ Skäl 102 i direktiv 2014/24/EU. Se även Arrowsmith (2014), s. 1272.

⁵⁹ SOU 2014:51, s. 216.

⁶⁰ Arrowsmith (2014), s. 1239.

⁶¹ SOU 2014:51, s. 216.

sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, (d) ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrída konkurrensen (e) är i en intressekonflikt, (f) snedvridning av konkurrensen genom en ekonomisk aktörs tidigare deltagande i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, (g) har visat allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, (h) har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt eller av att urvalskriterierna har uppfyllts, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande handlingar, (i) otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller tillägna sig konfidentiell information.

Direktiv 2014/24/EU har genom denna artikel lagt till nya fakultativa uteslutningsgrunder till de tidigare som föreskrivs i artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG. Tidigare uteslutningsgrunder i direktiv 2004/18/EG utgjordes av konkurs- och insolvensregler vilka nu ingår i artikel 57.4(b) i direktiv 2014/24/EU. Allvarligt fel i yrkesutövning som regleras i artikel 57.4(c) och situationen när en leverantör lämnar oriktiga uppgifter som nu regleras i artikel 57.4(h), regleras också i direktiv 2004/18/EG.⁶² Artikel 57.4(c) i direktivet reglerar bestämmelserna i artikel 45.2(c) om allvarligt fel i yrkesutövningen och 45.2(d), om brott i yrkesutövningen, i direktiv 2004/18/EG.⁶³ En av de nya uteslutningsgrunderna är uteslutning av en leverantör som i fullgörandet av ett tidigare offentligt kontrakt påvisat allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav som är reglerad i artikel 57.4(g). I ett tidigare avgörande från EU-domstolen framgår att uteslutningsgrunderna i direktiv 2004/18/EG i princip är uttömmande, med vissa undantagsfall. Medlemsstaterna har exempelvis beretts möjlighet att utesluta en leverantör på andra grunder än de som är reglerade i direktivet, när uteslutning av leverantören är nödvändig för medlemsstaten för att denne ska kunna försäkra sig om att likabehandlings- och öppenhetsprincipen efterlevs.⁶⁴ Detta ställningstagande gäller troligtvis även för de nya fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU. Regeringen anser i propositionen att den svenska lagtexten ska, till så stor del som möjligt, återspegla det direktivet föreskriver gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna och reglerar dessa i 13 kap. 3§ LOU.⁶⁵

Avslutningsvis ska det nämnas att om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset, kan den upphandlande myndigheten helt underlåta att utesluta en leverantör enligt bestämmelserna i artikel 57.3 i direktiv 2014/24/EU samt enligt 13 kap. 6§ LOU. Tvingande hänsyn innefattar enbart exceptionella omständigheter, exempelvis folkhälsan eller miljöskydd.⁶⁶ Detta innefattar dock enbart de obligatoriska

⁶² van Garssen & de Mars, s. 126.

⁶³ Sanchez-Graells (2014), s. 107 ff.

⁶⁴ *Assitur*, C- 538/07, EU:C:2009:317. Se även Steinicke, s. 109 f. och Treumer, s. 33.

⁶⁵ Prop. 2015/16:195, s. 734 ff. Se även 13 kap. 3§ LOU som till stora delar motsvarar lydelsen i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU.

⁶⁶ Priess, s. 116.

uteslutningsgrunderna, eftersom den upphandlande myndigheten redan har ett handlingsutrymme att bestämma att inte utesluta en leverantör enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna vid en sådan situation.⁶⁷

2.3.2 Preliminär bevisning

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för om det föreligger en uteslutningsgrund. Av artikel 59.1(a) i direktiv 2014/24/EU framgår att när en leverantör lämnar in ett anbud i en offentlig upphandling ska det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD) fungera som en försäkran om att en leverantör inte har begått något uteslutningsgrundande fel.⁶⁸ Upphandlingsdokumentet ska bestå av en uppdaterad försäkran och fungerar som ett preliminärt bevis för att så är fallet med relevanta skäl för att visa att uteslutning av leverantören inte föreligger. Detta gäller även för de eventuella enheter vars kapacitet en leverantör utnyttjar i en offentlig upphandling.⁶⁹ Upphandlingsdokumentet fungerar som ett hjälpmedel för leverantörerna, eftersom leverantören slipper producera flertalet intyg och andra handlingar för att bevisa att de inte omfattas av uteslutningsgrunderna i artikel 57. Detta har tidigare medfört en stor administrativ kostnad och börda för den enskilde leverantören.⁷⁰ Regeringen har i 15 kap. 1§ LOU utvecklat liknande bestämmelser och fastslagit att leverantören har möjlighet att lämna en egen försäkran om att denne inte omfattas av något av de uteslutningsgrundande felen i 13 kap. LOU. Av 15 kap 2§ LOU framgår det att den upphandlande myndigheten ska godta denna försäkran som ett preliminärt bevis på att leverantören inte omfattas av något av de uteslutningsgrundande felen. Denna försäkran ska lämnas i form av ett standardformulär och motsvarar därmed direktiv 2014/24/EU:s om preliminär bevisning att leverantören inte omfattas av någon av uteslutningsgrunderna.⁷¹

2.3.3 Den upphandlande myndighetens utredningsansvar samt handläggning

Vinner en leverantör en offentlig upphandling har den upphandlande myndigheten ett ansvar att säkerställa att leverantören inte omfattas av någon uteslutningsgrund, genom att begära in handlingar från leverantören som bevisar att denne inte omfattas av någon av uteslutningsgrunderna.⁷² Dessa handlingar kan utgöras av kompletterande dokument, utredning, utdrag ur brottsregister, intyg eller att leverantören lämnar en utsaga på heder och samvete enligt 15 kap. 5-9§§ LOU.⁷³ Kan leverantören inte

⁶⁷ Prop. 2015/16:195, s. 1089 f. Se även skäl 100 i direktiv 2014/24/EU.

⁶⁸ Telles, s. 2.

⁶⁹ Telles & Butler, s. 134.

⁷⁰ Caranta & Richetto, s. 289 f.

⁷¹ Prop. 2015/16:195, s. 768 ff.

⁷² Caranta & Richetto, s. 289 f. Se även Racca, s. 304 ff.

⁷³ Prop. 2015/16:195, s. 1101 ff.

uppfylla den upphandlande myndighetens krav ska myndigheten inte ingå avtal med leverantören. Situationer kan uppstå när en upphandlande myndighet har rätt att kräva bevis under själva upphandlingsförfarandet, speciellt gäller detta tvåstegsförfarande som när selektivt förfarande och konkurrenspräglad dialog används.⁷⁴ Denna bedömning görs av den upphandlande myndigheten redan under förfarandet, vilket begränsar antalet leverantörer som får lämna anbud.⁷⁵

Detta betyder att den upphandlande myndigheten, i de flesta fall, inte har en skyldighet att försäkra sig om att leverantörerna i en upphandling inte har brutit mot någon av de uteslutningsgrundanden fel i 13 kap. LOU, det är först när leverantören vinner upphandlingen som den upphandlande myndigheten måste försäkra sig om att så är fallet. Skulle det dock finnas en indikation på att ett uteslutningsgrundande fel har begåtts av en av leverantörerna i den offentliga upphandlingen, bör den upphandlande myndigheten utreda detta för att antingen fastställa dess existens eller slå fast att ett sådant förhållande inte råder.⁷⁶ Indikationen ska leda till att den upphandlande myndigheten ska överväga att utreda relevanta fakta för att se om det föreligger grund för uteslutning av leverantören.⁷⁷

En leverantör som riskerar att uteslutas ska underrättas om att det har uppkommit en fråga om uteslutning och beredas möjlighet att, innan beslut i frågan fattas, kunna försvara sig och presentera bevis på att det inte föreligger skäl för uteslutning i enlighet med direktiv 2014/24/EU. Denna skyldighet från myndighetens sida framgår av 13 kap. 4§ LOU. Leverantören har i sin tur rätt att exempelvis visa att denne har genomfört self-cleaning-åtgärder i enlighet med artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU och 13 kap. 5§ LOU.⁷⁸ Finner den upphandlande myndigheten de bevis eller förklaringar som leverantören lämnar som icke tillfredställande, får myndigheten utesluta leverantören från den aktuella upphandlingen.⁷⁹ Har den upphandlande myndigheten inte uttryckt i förfrågningsunderlaget att man i upphandlingen beaktar de fakultativa uteslutningsgrunderna, har det enligt EU-domstolen bedömts att en upphandlande myndighet inte kan utesluta en leverantör från en upphandling. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte kan åberopa en fakultativ uteslutningsgrund om detta inte har tydligt redogjorts för i upphandlingsdokumentet.⁸⁰

Eftersom de fakultativa uteslutningsgrunderna inte kräver att den upphandlande myndigheten ska utesluta en leverantör leder detta till att den

⁷⁴ Caranta & Richetto, s. 290. Se även Racca, s. 305 f.

⁷⁵ Skäl 84 i direktiv 2014/24/EU.

⁷⁶ Prop. 2015/16:195, s. 742 f.

⁷⁷ *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 32. Se även prop. 2015/16:195, s. 743 och Schoenmaekers, s. 7.

⁷⁸ Prop. 2015/16:195, s. 744. Se även kapitel 5 där arbetet behandlar self-cleaning-åtgärderna.

⁷⁹ Prop. 2015/16:195, s. 743.

⁸⁰ *De förenade målen La Cascina & Zilch*, C-226/04 & C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 31-32. Se även Arrowsmith (2014), s. 1274 f., Konkurrensverkets rapport 2013:6, s. 42 och Falk, s. 333.

upphandlande myndigheten tillämpar EU:s allmänna rättsprincip om likabehandling i möjligaste mån.⁸¹ Det är av största vikt att leverantörer med liknande fel behandlas lika i upphandlingsförfarandet. Det framgår även av propositionen att alla beslut om uteslutning, hänförlig till de fakultativa uteslutningsgrunderna, ska vara förenliga med proportionalitetsprincipen.⁸²

Enligt 13 kap. 7§ LOU kan den upphandlande myndigheten när som helst under upphandlingsförfarandet besluta om att utesluta en leverantör från att delta i den offentliga upphandlingen, så länge leverantören beretts möjlighet att motbevisa detta. Bestämmelsen innefattar alla uteslutningsgrunder i LOU, obligatoriska som fakultativa.⁸³ I de fall en upphandlande myndighet har konstaterat att uteslutning föreligger, ska leverantören underrättas snarast om detta i vilket skälen för uteslutning ska framgå.⁸⁴

2.3.4 Betydelse i tiden

Först ska det nämnas att jag i detta avsnitt kommer att ta hjälp av generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas förslag till avgörande i ett EU-rättsfall där det ännu inte meddelats någon slutgiltig dom.⁸⁵ Jag är medveten om att detta förslag på avgörande inte är prejudicerande och att den slutgiltiga domen kan bli en annan, men jag använder mig av Sánchez-Bordonas argument som inspiration till min egen analys. Det ska även nämnas att andra argument i Sánchez-Bordonas förslag till avgörande kommer att användas vid senare tillfällen i min uppsats.

Sverige har inte i LOU lagstiftat om under hur lång tid en uteslutning av en leverantör kan vara aktuell. I artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU fastställs bestämmelser för den maximala tid en leverantör kan vara utesluten från att konkurrera om offentliga kontrakt, förutsatt att leverantören inte har vidtagit några åtgärder enligt artikel 57.6 om self-cleaning. Gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna har direktivet fastställt en maximal period på tre år från dagen för den relevanta händelsen, från det att en leverantör brutit mot någon av de bestämmelser som fastställs i artikel 57.4. För de obligatoriska uteslutningsgrunderna gäller en maximal tidsperiod på fem år. Detta innebär att medlemsstaterna själva kan fastställa egna uteslutningsperioder, såvida de inte överstiger de maximala uteslutningsperioder som direktiv 2014/24/EU fastställt. Dessutom framgår det av direktiv 2014/24/EU att man i skälen nämner att gällande uteslutningsgrunden, allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, bör den nationella rätten fastställa för under hur lång tid en leverantör kan vara utesluten enligt denna bestämmelse.⁸⁶

⁸¹ Se avsnitt 2.2.2.

⁸² Prop. 2015/16:195, s. 744 f. Se även Sundstrand (2012), s. 231.

⁸³ Prop. 2015/16:195, s. 1090. Se även SOU 2010:29, s. 182.

⁸⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1091.

⁸⁵ *Vossloh Laeis* (förslag till avgörande av generaladvokat Campos Sánchez-Bordona), C-124/17, EU:C:2018:316.

⁸⁶ Skäl 101 i direktiv 2014/24/EU.

I propositionen till den nya upphandlingslagstiftningen påpekas det att man är medveten om att man inte har lagstiftat om under hur lång eller kort tid en leverantör kan vara utesluten från en offentlig upphandling då denne brutit mot en av de fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU. Regeringen menar dock i propositionen att detta inte innebär att en leverantör ska vara utesluten från en offentlig upphandling för all framtid, men att det krävs att tidsperioden som prövas är proportionerlig. I propositionen exemplifieras detta med att ett fel som begåtts alltför långt tillbaks i tiden inte får ligga till grund för uteslutning av en leverantör. Regeringen anser i propositionen att de maximala tidsaspekter som anges i direktivet enbart gäller för hur länge en leverantör kan uteslutas från att få göra self-cleaning. Det betyder att man i propositionen menar att direktivet inte reglerar de maximala perioder en leverantör kan uteslutas från en offentlig upphandling, vilket står i strid med lagrådets uppfattning som anser att det inte är fastställt huruvida artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU ska tolkas i enlighet med regeringens bedömning. Regeringen framhåller dock att de angivna tidsaspekterna i direktivet kan vara vägledande vid den proportionalitetsbedömning som ska göras på de fakultativa uteslutningsgrunderna.⁸⁷ Regeringen bygger sitt resonemang på den tolkning man gjort i SOU:n där man menar att regleringen i artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU enbart är tillämplig för de medlemsstater som har en reglering som även utesluter en leverantör från kommande upphandlingar. Sverige tillämpar inte dessa regler och således behöver man inte införa denna bestämmelse i den svenska upphandlingslagstiftningen.⁸⁸

Gällande den svenska bedömningen av tidsaspekten hänvisar SOU:n till svensk praxis, vilken uttrycker att huruvida en leverantör ska uteslutas från en upphandling måste en bedömning göras från fall till fall, där man tar hänsyn till hur långt tillbaks i tiden som det uteslutningsgrundande felet begicks. I rättsfallet hade en företrädare för en leverantör blivit dömd av tingsrätten år 2006 till en rad brott som hade med dennes yrkesutövning att göra. Brotten som företrädaren dömdes för begicks mellan åren 1999-2003, men företrädaren dömdes först för brotten år 2006. Leverantören uteslöts från upphandlingen enligt 10 kap 2§ ÄLOU punkt 3, en fakultativ uteslutningsgrund, eftersom det enbart hade förflutit fem år från det att brottet begicks.⁸⁹

Denna avvägning anser jag är märklig. Ser man till artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU:s ordalydelse och av skälen så framgår det att medlemsstaterna särskilt ska införa maximala tidsperioder för uteslutning av en leverantör. Enligt artikeln ska medlemsstaterna särskilt föreskriva den längsta tillåtna uteslutningsperioden som en leverantör kan vara utesluten från en upphandling, såvida inga self-cleaning-åtgärder vidtas av leverantören. Det framgår både av doktrin och av Sánchez-Bordona att artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU är att anses som en allmän regel för alla medlemsstater och att

⁸⁷ Prop. 2015/16:195, s. 738 ff.

⁸⁸ SOU 2014:51, s. 223 f.

⁸⁹ RÅ 2010 ref. 79. Se även SOU 2014:51, s. 224.

dessa inte medges något utrymme för att bestämma en egen maximal tidsperiod för hur länge en leverantör får vara utesluten från offentliga upphandlingar.⁹⁰ Jag delar denna uppfattning och anser att denna bestämmelse inte enbart gäller tiden för self-cleaning. Jag anser heller inte att det enbart gäller för de medlemsstater som använder sig av andra regler som utesluter en leverantör från att delta i framtida upphandlingar.

Regeringen menar dock att de tidsaspekter som direktiv 2014/24/EU reglerar ska beaktas i en proportionalitetsbedömning gällande hur lång tid en uteslutningsgrund kan ligga en leverantör till last. Det ter sig dock problematiskt, anser jag, när man använder det ovan nämnda rättsfallet som exempel i SOU:n, eftersom det i det fallet förflutit fem år från det att det sista brottet begicks fram till den upphandling som leverantören uteslöts ifrån.⁹¹ Skulle regeringen tillämpa de tidsgränser som direktivet ställt upp, skulle leverantören i det ovan nämnda fallet inte uteslutas från upphandlingen. Frågan man därför kan ställa sig är att, om en likadan bedömning i rättsfallet gjorts idag, faktiskt skulle strida mot artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU. Jag anser att överstiger en uteslutningsperiod de maximala tidsgränser som regleras i artikel 57.7, trots att domstolen eller den upphandlande myndigheten anser att bedömning är proportionerlig, kommer tillämpningen med allra största sannolikhet strida mot bestämmelsen i artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU.

Enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU sista stycket kan inte en upphandlande myndighet bedöma en leverantörs self-cleaning-åtgärder om beslutet om uteslutning har skett genom en lagakraftvunnen dom, vilken fastställt att en leverantör inte får delta i offentliga upphandlingar under en viss tid.⁹² Detta finns inte heller reglerat i LOU eftersom Sverige i sina beslut om uteslutning av offentliga upphandlingar inte föreskriver en tid för hur länge en leverantör ska vara utesluten.⁹³ Detta kan vara problematiskt om den upphandlande myndigheten anser sig ha möjlighet att utesluta en leverantör under en längre tid än tre alternativt fem år, om bevis för uteslutning av en leverantör grundar sig på ett domstolsavgörande. Det vill säga, kommer domstolsavgörandet påverka den upphandlande myndighetens proportionalitetsbedömning anser jag att även en sådan avvägning skulle strida mot bestämmelserna i direktivet, eftersom det uttryckligen föreskrivs att det är domstolen som ska avgöra huruvida leverantören ska omfattas av en längre tidsperiod än de maximala tidsperioder som regleras i artikel 57.7.

Ett led i den bedömning regeringen gör i att inte införa bestämmelse om de tidsaspekter som ställs upp i direktivet i LOU, är att man heller inte tar ställning till hur man ska tolka lydelsen från dagen för den relevanta

⁹⁰ Se Sanchez-Graells (2014), s. 113 f. Se även Arrowsmith (2014), s. 1244 och 1254, Sundstrand (2014), s. 65 och *Vossloh Laeis* (förslag till avgörande av generaladvokat Campos Sánchez-Bordona), C-124/17, EU:C:2018:316, punkt 63.

⁹¹ RÅ 2010 ref. 79.

⁹² Caranta & Richetto, s. 282 f.

⁹³ Prop. 2015/16:195, s. 738 f.

händelsen, som är tillämplig på de fakultativa utslutningsgrunderna enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU. Jag anser att tolkningen av vad denna lydelse innebär är oklar.

Arrowsmith menar att dagen för den relevanta händelsen refererar antingen till det datum när det utslutningsgrundande felet begicks eller att det åsyftar det datum när det utslutningsgrundande felet fastställdes genom ett domslut eller ett annat formellt beslut. Gör man en analog tolkning från vilken dag de obligatoriska utslutningsgrunderna räknar är det sistnämnda alternativet som gäller eftersom det är från dagen för domslutet som tillämpas gällande de obligatoriska utslutningsgrunderna i direktiv 2014/24/EU. Detta anser Arrowsmith är den mest troliga tolkningen.⁹⁴ I denna bedömning menar Sánchez-Bordona att det finns både en objektiv och en subjektiv tolkning av lydelsen, dagen för den relevanta händelsen. Den objektiva tolkningen bygger på att det är från dagen när den relevanta händelsen inträffade och att den subjektiva tolkningen utgår från dagen när den upphandlande myndigheten fick kännedom om händelsen. I det nu aktuella fallet hade sanktionsåtgärder vidtagits mot Vossloh Laeis och frågan är då om dagen för den relevanta händelsen utgörs av när Vossloh Laeis deltagande i kartellen upphörde, eller när den upphandlande myndigheten fick tillförlitlig kännedom om kartellverksamheten. Sánchez-Bordona anser att det går att avgöra genom att analogt tillämpa den obligatoriska utslutningsgrunden om konkurrensbegränsande beteende på den fakultativa utslutningsgrunden. Enligt den utslutningsgrunden ska dagen för utslutningsperioden räknas från dagen för domen. Detta kan analogt tillämpas på den fakultativa utslutningsgrunden om konkurrensbegränsande beteende. Det är från dagen för avgörandet eller sanktionsbeslutet, av antingen myndighet eller domstol, som utgör dagen för den relevanta händelsen. Av detta följer att det inte är det konkurrensbegränsande beteendet i sig utan det rättsliga konstaterandet av det konkurrensbegränsande beteendet som utgör dagen för den relevanta händelsen.⁹⁵

Jag delar Arrowsmiths och Sánchez-Bordonas tolkning, men jag anser att problemet kvarstår gällande exempelvis allvarligt fel i yrkesutövningen, eftersom vissa av de allvarliga fel som innefattas av denna utslutningsgrund inte bygger på en lagakraftvunnen dom eller ett formellt beslut.⁹⁶ Dagen för den relevanta händelsen, vid avsaknad av en dom eller ett formellt beslut, torde kunna vara från den dagen när ett kontrakt bryts på grund av ett allvarligt fel eller, i de fall ett kontrakt inte bryts, när den upphandlande myndigheten uppmärksammar att det begåtts ett allvarligt fel och detta dokumenteras exempelvis genom att ett skadestånd har påförts på leverantören. Detta förhållningssätt torde även vara applicerbart på allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. Dagen för den relevanta händelsen torde vara när leverantörens

⁹⁴ Arrowsmith (2014), s. 1254.

⁹⁵ *Vossloh Laeis* (förslag till avgörande av generaladvokat Campos Sánchez-Bordona), C-124/17, EU:C:2018:316, punkt 64, 73, 75-76, 78, 82-84.

⁹⁶ Se avsnitt 3.1.2.

kontrakt med den upphandlande myndigheten upphört, lett till skadestånd eller andra jämförbara påföljder. Detta eftersom dessa sanktioner krävs för att en upphandlande myndighet ska kunna utesluta en leverantör från en upphandling enligt denna uteslutningsgrund.⁹⁷

Oavsett vilken som är den korrekta tolkningen av denna lydelse, så kommer det att uppstå problem både för den upphandlande myndigheten och för domstolarna att tolka detta och utföra en homogen bedömning av hur länge en leverantör kan anses vara utesluten från en upphandling på grund av att denne begått ett uteslutningsgrundande fel, speciellt gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna. Detta får till följd att den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen eftersätts och det blir svårt att förutse för leverantören om denne kommer vara utesluten eller inte från en offentlig upphandling.⁹⁸

2.3.5 Företrädaransvaret

Varken i direktiv 2004/18/EG eller i direktiv 2014/24/EU finns det några bestämmelser om huruvida en leverantör kan uteslutas från en offentlig upphandling enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna, när en person inom bolaget gjort sig skyldig till någon av dessa grunder.⁹⁹ Möjligheten att utesluta företrädare som gjort skyldiga till de fakultativa uteslutningsgrunderna, är enligt Arrowsmith nödvändigt, eftersom de uteslutningsgrundande felen oftast begås av enskilda personer snarare än själva bolaget i fråga. Arrowsmith menar att vissa fakultativa uteslutningsgrunder kan förlora sitt syfte eftersom ett uteblivet företrädaransvar kan leda till att dess effekt går förlorad. En företrädare som begått ett uteslutningsgrundande fel i ett företag hade helt enkelt kunnat starta ett nytt företag och på så vis undgå de fakultativa uteslutningsgrundernas rättsverkan. Denna möjlighet finns gällande de obligatoriska uteslutningsgrunderna i direktiven och har därmed analogt använts för de fakultativa bestämmelserna i vissa medlemsstaters tillämpning. Avslutningsvis anser dock Arrowsmith att huruvida en leverantör kan uteslutas från en upphandling genom att analogt tillämpa bestämmelsen i artikel 57.1 i direktiv 2014/24/EU måste medlemsstaterna själva ta beslut och lagstifta om.¹⁰⁰

I 13 kap. 3§ LOU har företrädaransvaret utelämnats. Företrädaransvaret fanns tidigare reglerat i motsvarande bestämmelse i 10 kap. 2§ ÅLOU andra stycket och gällde situationer då ett företags företrädare begått brott avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i

⁹⁷ Se avsnitt 3.2.1.

⁹⁸ Se avsnitt 2.2.2.

⁹⁹ Jfr bestämmelserna i artikel 45 i direktiv 2004/18/EG och artikel 57 i direktiv 2014/24/EU där företrädaransvaret enbart benämns i samband med de obligatoriska uteslutningsgrunderna och ingen indikation ges om huruvida det även ska gälla de fakultativa uteslutningsgrunderna.

¹⁰⁰ Arrowsmith (2014), s. 1245 ff.

yrkesutövningen.¹⁰¹ Regeringen har i införlivandet av direktiv 2014/24/EU gjort en annan tolkning. Man anser att det inte finns något som tyder på att företrädaransvaret i artikel 57.1 skulle gälla andra uteslutningsgrunder än de som nämns i artikeln. Det medges dock att om det finns personer som gjort sig skyldiga till exempelvis allvarligt fel i yrkesutövningen och som har företrädaransvar enligt artikel 57.1, så har det betydelse i proportionalitetsbedömningen av huruvida en leverantör ska uteslutas enligt allvarligt fel i yrkesutövningen. Avslutningsvis nämner regeringen att det är upp till domstolarna att utveckla hur företrädaransvaret ska tolkas.¹⁰² Därmed är det av betydelse för arbetet att definiera vad företrädaransvaret innebär, eftersom det kommer spela roll i bedömning av uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen och möjligtvis i bedömningen av huruvida en leverantör gjort sig skyldig till allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt.

I förarbetena och doktrin har man ansett att den nya ordningen gällande företrädaransvaret kan ha fått en snävare tolkning genom artikel 57.1 i direktiv 2014/24/EU.¹⁰³ Artikeln fokuserar på om personen är en del av företagets förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan eller innehar motsvarande behörighet inom företaget för att anses vara företrädare. I den tidigare svenska tolkningen har man hämtat vägledning från hur företrädaransvaret regleras i LNF och i SFL. Av 59 kap. 12-15 §§ SFL framgår det att företrädaransvaret omfattar personer som har en faktisk maktposition inom företaget och därmed möjlighet att påverka själva förvaltningen, ungefär samma tolkning går att hämta från 3 § LNF, där man kan dra slutsatsen att det inte är en nödvändig förutsättning för ett företrädaransvar att en person har en formell anknytning till företaget, utan att det istället ska omfatta de personer som med hänsyn till de faktiska omständigheterna är att betrakta som företrädare för företaget.¹⁰⁴ Således bestäms det att företrädaransvaret ges ett lite snävare utrymme än tidigare och ska i första hand fokusera på personens formella ställning inom företaget. Slutligen hänvisar regeringen dock till att en sådan tolkning får utvecklas ytterligare i den svenska rättstillämpningen inom ramen för EU-domstolens praxis och direktiven.¹⁰⁵ Därmed har 13 kap. 1 § LOU andra stycket fått följande lydelse:

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

¹⁰¹ Se prop. 2006/07:128, s. 226 f. och 388 för hur regeringen tidigare motiverade företrädaransvaret.

¹⁰² Prop. 2015/16:195, s. 746.

¹⁰³ SOU 2014:51, s. 221. Se även Engström, s 322.

¹⁰⁴ RÅ 2010 ref. 79. Se även SOU 2014:51, s. 221 f.

¹⁰⁵ Prop. 2015/16:195, s. 729 f.

Regeringen inkluderar inte företrädaransvaret gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna i den nya upphandlingslagstiftningen. Motivet bakom detta går varken att finna i SOU:n eller i propositionen.¹⁰⁶ En trolig anledning kan vara att eftersom man i direktiv 2014/24/EU inte längre tillämpar den fakultativa uteslutningsgrunden, brott gällande yrkesutövningen, anser man att det inte längre finns något skäl att inkludera företrädaransvaret enbart för allvarligt fel i yrkesutövningen, utan att det räcker att nämna i propositionen att företrädaransvaret kan spela roll i bedömningen av denna uteslutningsgrund.¹⁰⁷ Är min tolkning korrekt betyder det att man i förarbetena inte tagit hänsyn till att brott i yrkesutövningen faktiskt är en del av allvarligt fel i yrkesutövningen. Det framgår av Arrowsmith att det är nödvändigt att inkludera företrädaransvaret för fakultativa uteslutningsgrunderna, eftersom de uteslutningsgrundande felen ofta begås av personer inom företaget och inte av företaget i sig. I de svenska förarbetena har man dock inte gjort samma bedömning.

Mot denna bakgrund anser jag att det är ytterst märkligt att man i propositionen valt att inte inkludera företrädaransvaret gällande de fakultativa uteslutningsgrunderna, när det finns så mycket som talar för en sådan tillämpning snarare än emot. Jag ställer mig bakom Arrowsmith och anser att det är nödvändigt att företrädaransvaret inkluderas i bedömningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna. Utan ett sådant system så möjliggör det personer att gå runt regelverket så som nämnts av Arrowsmith ovan, vilket även innebär att self-cleaning-åtgärderna, till viss del, kan förlora sin funktion. Som nämnts ovan motsätter sig inte regeringen att företrädaransvaret används i proportionalitetsbedömningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna som exempelvis i allvarligt fel i yrkesutövningen. Regeringen nämner även att det är upp till domstolarna att sätta ramarna för hur företrädaransvaret ska tolkas. Beslutet att inte inkludera det i upphandlingslagstiftningen, till skillnad från i ÄLOU måste dock fortfarande skicka en signal till de upphandlande myndigheterna och domstolarna, att företrädaransvaret inte spelar lika stor roll i bedömningen av allvarligt fel i yrkesutövningen.

¹⁰⁶ Se Prop. 2015/16:195, s. 729 f. och 746 där man diskuterar företrädaransvarets nuvarande innebörd, men sen enbart konstaterar att det inte finns något stöd enligt artikel 57.1 i direktiv 2014/24/EU för att företrädaransvaret även skulle kunna vara tillämpligt på de fakultativa uteslutningsgrunderna. Se även SOU:2014:51, s. 221 f. för samma konstaterande som i propositionen.

¹⁰⁷ Se artikel 45.2(c) i direktiv 2004/18/EG som reglerar den tidigare uteslutningsgrunden när en leverantör enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetik. Se även avsnitt 3.1.1 som utvecklar varför denna bestämmelse inte längre utgör en enskild fakultativ uteslutningsgrund.

3 Allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt

Syftet med detta kapitel är att redogöra för de fakultativa uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt genom att undersöka och analysera bestämmelserna ur det perspektiv som direktiv 2014/24/EU och LOU framställer, och genom detta analysera bestämmelsernas tillämpning. Detta görs för att dels redogöra för vad som är gällande rätt av de nämnda bestämmelserna och dels för att kunna tillämpa bestämmelserna i en self-cleaning-bedömning i kapitel 5. Kapitlet inleds med att redogöra för allvarligt fel i yrkesutövningen och avslutas med att redogöra för allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, analysen av bestämmelserna sker löpande.

3.1 Allvarligt fel i yrkesutövningen

Allvarligt fel i yrkesutövningen, såsom det bedömts i det gamla direktivet direktiv 2004/18/EG är tillämpligt på direktiv 2014/24/EU.¹⁰⁸ Således torde även tillämpningen av allvarligt fel i yrkesutövningen i ÄLOU vara tillämpligt på LOU. Detta avsnitt kommer därför att inkludera rättskällor från direktiv 2004/18/EG och ÄLOU.

I LOU är de fakultativa uteslutningsgrunderna reglerade i 13 kap 3§ LOU och paragrafen inleds med:

”En upphandlande myndighet får utsluta en leverantör från att delta i en upphandling, om [...]”.

Där uteslutningsgrunden i artikel 57.4(c) i direktiv 2014/24/EU som regleras i 13 kap 3§ LOU punkt 3 fått lydelsen:

”myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,”

Till skillnad från bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen i direktiv 2004/18/EG har det i direktiv 2014/24/EU lagts till en ny formulering till

¹⁰⁸ Arrowsmith (2014), s. 1258.

bestämmelsen som gör det möjligt att utesluta en leverantör då dennes handlande får som följd att dennes redbarhet kan ifrågasättas. Den nya lydelsen kan leda till att tillämpningen av uteslutningsgrunden kan te sig lite annorlunda. Det kan betyda att lagstiftaren särskilt vill påpeka att bedömningen av uteslutningsgrunden ska göras på ett proportionerligt sätt. Det kan också betyda att det är leverantörens tillförlitlighet som är det viktiga att utvärdera i beslutet om uteslutning enligt denna grund.¹⁰⁹ Jag anser att begreppet redbarhet används för att försäkra sig om att leverantören är tillförlitlig. Att bestämmelsens nya lydelse skulle lägga större vikt vid leverantörens tillförlitlighet överensstämmer exempelvis med bestämmelsen self-cleaning och dess fokus på just denna omständighet. En leverantör ska anses ha utfört en lyckad self-cleaning om denne är att anses som tillförlitlig igen.¹¹⁰ Att man lägger vikt vid en leverantörs tillförlitlighet i bedömningen bekräftats även av EU-domstolens bedömning av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹¹¹

Den nya svenska regleringen utelämnar företrädaransvaret från att vara direkt tillämpligt på denna uteslutningsgrund, till skillnad från bestämmelsen i ÅLOU.¹¹²

3.1.1 Bestämmelsens räckvidd

Det EU-domstolsfall som har fått störst betydelse vid definitionen av allvarligt fel i yrkesutövningen, går under namnet *Forposta*.¹¹³ I EU-domstolens avgörande framgick det att allvarligt fel i yrkesutövningen omfattas av felaktigt handlande från en leverantör när detta handlande påverkar leverantörens yrkesmässiga trovärdighet, såsom hantering av osanna fakturor i syfte att betala svart arbetskraft, och inte enbart när leverantören brutit mot de etiska regler som hör den specifika professionen till. Av detta följde att EU-domstolen ansåg att allvarligt fel i yrkesutövningen kan utgöras av brister i ett tidigare kontrakt och brott i yrkesutövningen.¹¹⁴ EU-domstolen har i ett annat fall bedömt att allvarligt fel i yrkesutövningen även kan begås av en leverantör när denne bryter mot internationella samt nationella konkurrensregler.¹¹⁵

¹⁰⁹ Arrowsmith (2014), s. 1242 f och 1258.

¹¹⁰ Se avsnitt 4.2 för hänvisningar och diskussion rörande en leverantörs tillförlitlighet och hur det påverkar bedömningen om self-cleaning. Se även artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU, som hänvisar till leverantörens möjlighet att bevisa att denne är tillförlitlig och därmed får delta i offentliga upphandlingar igen; Se även skäl 101 i direktiv 2014/24/EU, som antyder att allvarligt fel i yrkesutövningen lägger vikt vid en leverantörs pålitlighet.

¹¹¹ *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27 & 30. Se även avsnitt 3.1.1.

¹¹² Se avsnitt 2.3.5 och avsnitt 3.1.2.

¹¹³ Arrowsmith (2014), s. 1255.

¹¹⁴ *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27 & 30. Se även Bovis (2015), s. 407 f. och Sanchez-Graells (2014), s. 107 ff.

¹¹⁵ *Generali-Providencia*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 35. Se även van Garsse & de Mars, s. 129 f.

Allvarligt fel i yrkesutövningen, såsom det är definierat i rättsfallet *Forposta*, torde kunna innefatta många av de obligatoriska och de fakultativa uteslutningsgrunderna som regleras i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU.¹¹⁶ Exempelvis är den tidigare fakultativa uteslutningsgrunden brott i yrkesutövning numera en del av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹¹⁷

Det framgår därmed av *Forposta*-avgörandet att allvarligt fel i yrkesutövningen ges en vid definition. I propositionen menar man att det kan uppstå situationer när flera uteslutningsgrunder är aktuella på ett och samma förhållande, speciellt gällande allvarligt fel i yrkesutövningen. Uppstår en sådan situation så har bestämmelserna i de obligatoriska uteslutningsgrunderna företräde och om det gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna, så är det upp till den upphandlande myndigheten att avgöra vilken uteslutningsgrund som ska användas.¹¹⁸ För att felet ska anses vara allvarligt måste leverantören antingen haft uppsåt eller varit vårdslös i ett visst hänseende. Enligt EU-domstolen innefattar allvarligt fel i yrkesutövningen leverantörer som bryter mot konkurrensregler både på nationell och på internationell nivå samt när en leverantör begått ett allvarligt fel i ett tidigare kontrakt. På grund av den vida definitionen av vad som är allvarligt fel, torde allvarligt fel i yrkesutövningen kunna vara tillämpligt vid många skilda situationer. Förutom de uteslutningsgrunderna som hänför sig till en intressekonflikt eller huruvida en leverantör gått i konkurs eller inte är solvent, så torde allvarligt fel i yrkesutövningen kunna innefatta alla de andra fakultativa uteslutningsgrunderna tillsammans med de obligatoriska uteslutningsgrunderna, anser jag.¹¹⁹

En fråga som väcks är om införandet av de nya fakultativa uteslutningsgrunderna kommer att påverka bestämmelsens räckvidd. Framförallt är detta aktuellt gällande den nya bestämmelsen om allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentliga kontrakt, som enligt *Forposta*-avgörandet tidigare innefattades av allvarligt fel i yrkesutövningen.¹²⁰ I propositionen menar regeringen att det fortfarande ska vara möjligt att utesluta leverantörer som begått ett allvarligt fel i fullgörandet av andra än just offentliga kontrakt och att detta torde kunna göras via bestämmelsen om allvarligt fel i yrkesutövningen.¹²¹ För att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt ska vara tillämpligt krävs att det offentliga kontraktet upphört, lett till skadestånd eller andra jämförbara påföljder.¹²² Frågan uppstår om detta

¹¹⁶ van Garsse & de Mars, s. 131. Se även Arrowsmith (2014), s. 1258 f.

¹¹⁷ *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27. Se även Arrowsmith, s. 1253 f. och Sanchez-Graells (2014), s. 107 ff.

¹¹⁸ Prop. 2015/16:195, s. 1087.

¹¹⁹ Se avsnitt 2.3.1 som behandlar de olika uteslutningsgrunderna en leverantör kan göra sig skyldig till.

¹²⁰ Det framgår av skäl 101 i direktiv 2014/24/EU att allvarligt fel i yrkesutövningen även i fortsättningen ska vara applicerbart på överträdelser gällande konkurrensregler, därför är allvarligt fel i yrkesutövningen fortfarande tillämpligt på detta allvarliga fel.

¹²¹ Prop. 2015/16:195, s. 737.

¹²² Se avsnitt 3.2 där arbetet utreder uteslutningsgrunden allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt.

betyder att de offentliga kontrakt som inte har lett till någon av de ovan nämnda påföljderna, men leverantören fortfarande begått ett allvarligt fel i, inte kan leda till uteslutning, eller är allvarligt fel i yrkesutövningen även tillämplig på dessa fel? Den tidigare tillämpningen av allvarligt fel i yrkesutövningen enligt Forposta-avgörandet tolkas som att bestämmelsen är tillämplig i dessa fall och jag anser på grund av detta att allvarligt fel i yrkesutövningen även kommer vara tillämplig på dessa fall i tillämpningen av bestämmelsen i LOU.¹²³ I ljuset av detta hade det varit önskvärt att regeringen i propositionen tog ställning till hur denna bestämmelse ska tolkas. Regeringen föreskriver tydligt att de vill förbehålla sig rätten att utesluta leverantörer som begått allvarliga fel i kontrakt som inte innefattas av bestämmelsen allvarliga eller ihållande av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. Det är möjligt att detta ställningstagande uttrycker en viss osäkerhet hos regeringen att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt skulle begränsa möjligheten att utesluta en leverantör under dessa förhållanden. Vilket leder till att det uppstår en osäkerhet för tillämparen kring bestämmelsens räckvidd gällande just dessa situationer.

Såsom bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen lyder är det inte möjligt att utesluta en leverantör när exempelvis dess VD begått allvarliga fel som rör dennes privatliv.¹²⁴ Detta förhållande framstår som tämligen klart, problematiken kring bestämmelsens tolkning utgörs snarare av vad ”allvarligt fel” egentligen betyder. Det är ofta lätt för en upphandlande myndighet att avgöra om en leverantör förfarit på ett felaktigt sätt, därmed krävs det dock att den upphandlande myndigheten visar att leverantören även gjort så på ett allvarligt sätt. Denna bedömning torde därmed behöva prövas från fall till fall.¹²⁵

3.1.2 Bedömningen av ”allvarligt fel”

Bevisning

I ÅLOU, liksom i LOU saknas det uttryckliga regler för vilka beviskrav en upphandlande myndighet har för att styrka att en leverantör begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det framgår av Hans Ragnemalm att den upphandlande myndigheten, enligt den fria bevisprövningens princip, kan åberopa vilken bevisning som de finner relevant i en uteslutningsprövning av en leverantör och att bevisningens relevans bedöms från fall till fall.¹²⁶ Detta är anledningen till att beviskraven istället har utvecklats i praxis.¹²⁷ Det framgår av Forposta-avgörandet att det inte krävs en lagakraftvunnen dom för att en leverantör ska anses skyldig till allvarligt fel i

¹²³ Jfr även med avsnitt 3.2.1.

¹²⁴ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3117-05. Se även Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo).

¹²⁵ Bovis (2015), s. 408.

¹²⁶ Ragnemalm, s. 121 f.

¹²⁷ Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo).

yrkesutövningen.¹²⁸ Det bör även nämnas att regler om uteslutning av leverantörer som bygger på en presumtion, utan möjlighet för leverantören att bevisa motsatsen, strider mot proportionalitetsprincipen.¹²⁹

HFD har i ett mål behandlat vilket beviskrav som ska ställas på den upphandlande myndigheten, när det inte finns en lagakraftvunnen dom som bevisar att en leverantör begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Först och främst konstaterade HFD att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan i denna fråga. HFD konstaterade även att det beviskrav som krävs för de obligatoriska uteslutningsgrunderna, en lagakraftvunnen dom, inte gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna, detta i enlighet med EU-domstolens praxis. Eftersom det inte finns några tydliga riktlinjer gällande beviskrav, ska beviskraven bestämmas med hjälp av FPL och allmänna förvaltningsrättsliga principer. Inom FPL varierar beviskravet beroende på sakens beskaffenhet och för bevismedel gäller fri bevisföring. I avvägningen av vilket beviskrav som ska gälla bedömer HFD att de två motstående intressena, leverantörens möjlighet till att delta i en offentlig upphandling och den upphandlande myndighetens möjlighet att utesluta oseriösa aktörer från en upphandling, leder till slutsatsen att 10 kap. 2§ ÄLOU punkt 4 begrepp ”visa” innebär att den upphandlande myndigheten ska göra ”sannolikt” att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. I detta fall byggde den upphandlande myndigheten sin bevisning på Skatteverkets beslut, vilket dock överklagats av leverantören till förvaltningsrätten som ännu inte kommit med ett avgörande. Med andra ord hade det inte fastställts huruvida leverantören faktiskt begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. HFD framhöll dock att det trots detta var möjligt för den upphandlande myndigheten att utesluta leverantören på dessa grunder.¹³⁰ Ett mål med liknande förutsättningar behandlades av kammarrätten där den upphandlande myndigheten byggde sin bevisning på en ansökan av Konkurrensverket om konkurrensskadeavgift till tingsrätten. I detta fall beslutade tingsrätten att avslå Konkurrensverkets ansökan, men leverantören hade redan innan dom meddelats blivit utesluten ur upphandlingen. Kammarrätten ansåg att trots detta så hade den upphandlande myndigheten förfarit på ett korrekt sätt och Konkurrensverkets ansökan om konkurrensskadeavgift utgjorde därmed tillräcklig bevisning för att fastställa att leverantören, vid tiden för uteslutningen, begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.¹³¹

Andrea Sundstrand har kritiserat detta ställningstagande och pekar på att det strider mot EU-domstolens praxis, vilken uttrycker att det inte är möjligt att utesluta en leverantör, om det påstådda uteslutningsgrundande felet denne begått, prövas av en domstol. Istället framgår det av EU-domstolens praxis att så länge det uteslutningsgrundande felet prövas av domstol ska

¹²⁸ *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27.

¹²⁹ *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 48 och 61. Se även Steinicke, s. 111 och avsnitt 2.2.1.

¹³⁰ HFD 2013 ref 61.

¹³¹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1425-16.

leverantören tillåtas delta i den offentliga upphandlingen.¹³² Detta resonemang skiljer sig från lagkommentaren till ÄLOU i Zeteo, där författarna menar att HFD gjort rätt i sin bedömning, eftersom om Sundstrands ordning skulle gälla så skulle det medföra att uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen blir otillämplig. Detta anser man eftersom om man i upphandlingsförfarandet måste invänta ett domstolsavgörande, ett avgörande om upphandling kan dröja flera år, vilket inte kan anses vara rimligt.¹³³

Jag håller med Sundstrand om att en uteslutning av en leverantör, vilket grundar sig på ett beslut från en myndighet som prövas av domstol, strider mot EU-domstolens praxis. Samtidigt så delar jag lagkommentarernas uppfattning om att det inte är rimligt att tillämpa en sådan ordning inom det svenska upphandlingsförfarandet. Det framgår också klart och tydligt av Forposta att det inte krävs en lagkraftvunnen dom för att bevisa att en leverantör begått allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket ett inväntande av domstolsprövningar gällande myndighetsbeslut därmed indirekt skulle medföra. Jag anser att om beslutet i fråga skulle vara felaktigt, får leverantören istället ansöka om skadestånd från den ansvariga myndigheten. Således är beslut från Skatteverket att påföra skatt på grund av att en leverantör förfarit med osanna fakturor och beslut av Konkurrensverket att påföra en konkurrensskadeavgift för överträdande av konkurrensregler, att betrakta som tillräckliga bevis för att utesluta en leverantör enligt allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta gäller även fast dessa beslut prövas av domstol.

Sundstrand ifrågasätter även HFD:s val av beviskrav och hänvisar till lydelsen i artikel 45.2(d) i direktiv 2004/18/EG, som föreskriver att den upphandlande myndigheten ska styrka att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger hos leverantören. Enligt Ekelöfs bevisvärderingsteori utgörs detta således av ett beviskrav på den övre skalan, vilket beviskravet sannolikt inte utgör. Att HFD i sin bedömning värderar den upphandlande myndighetens intresse högre än leverantörens intresse, som de sedan bygger sitt avgörande av beviskrav på, anser Sundstrand strider mot upphandlingslagstiftningens syfte som istället är till för att tillvarata leverantörens intressen.¹³⁴

Jag ställer mig bakom HFD:s bedömning av beviskrav och att dessa framförallt är rimliga när åtgärden self-cleaning och maximala tidsperioder för uteslutning av leverantörer har införts i upphandlingslagstiftningen genom direktiv 2014/24/EU. Dessa nya bestämmelser anser jag försvarar leverantörens intresse och samtidigt förändrar att de rättsverkningar som en uteslutning ur en offentlig upphandling kunde få under tillämpningen av ÄLOU, inte förehåller sig på samma sätt idag. Jag menar därför att beviskravet ”sannolikt” är lämpligt för att den upphandlande myndigheten ska kunna påvisa att en leverantör begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

¹³² *De förenade målen La Cascina & Zilch*, C-226/04 & C- 228/04, EU:C:2006:94, punkt 38-39. Se även Sundstrand (2015), s. 112 f.

¹³³ Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo).

¹³⁴ Sundstrand (2015), s. 113. Se även Ekelöf, s. 135 f. vars bevisvärderingsteori Sundstrand hänvisar till.

Det framgår även av propositionen till den nya upphandlingslagstiftningen att beviskravet sannolikt, som fastställts av HFD:s praxis, står fast gällande allvarligt fel i yrkesutövningen.¹³⁵ Detta innebär att man inte funnit något skäl till att byta ut detta beviskrav, trots den kritik Sundstrand har riktat mot valet av beviskrav.

I ett mål från kammarrätten har man prövat huruvida ett tidigare avtalsbrott ska leda till uteslutning av en leverantör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Förhållandet att fel under uppdragstiden endast förekommit under en mycket liten del av uppdragstiden, att den upphandlande myndigheten inte hävde avtalet utan istället förlängde det och att en diskussion fördes kring huruvida avtalet skulle förlängas ytterligare, var alla omständigheter som visade på att den upphandlande myndigheten inte lyckats bevisa att leverantören i fråga begått allvarligt fel i yrkesutövningen.¹³⁶ I ett annat kammarrättsavgörande bedömde man dock att det inte spelade någon roll att den upphandlande myndigheten inte brutit det tidigare offentliga kontraktet. Allvarligt fel i yrkesutövningen ansågs fortfarande föreligga. I samma kammarrättsavgörande hade den upphandlande myndigheten genomfört stickprovskontroll av fakturor från leverantören för att avgöra om det skett överdebiteringar.¹³⁷ Ytterligare ett fall som bedömdes i kammarrätten lade rätten i sin bedömning vikt vid de allvarliga anmärkningar som en besiktningsman hade gjort på leverantörens tidigare arbete och kammarrätten ansåg att det utgjorde ett allvarligt fel i yrkesutövningen.¹³⁸

Jag anser att det som talar emot att en leverantör begått ett allvarligt fel är att felet utgörs av mindre eller icke-ihållande brister och att myndigheten inte bryter det kontrakt som denne hänvisar till att leverantören begått allvarligt fel i, utan istället förlänger det. Det har dock inte krävts av kammarrätterna att myndigheten bryter kontraktet när det allvarliga felet uppmärksammades. Det kan därför tolkas som att den upphandlande myndigheten medges ett utrymme att tillåta leverantören, som begått ett allvarligt fel, att fortsätta utföra kontraktet, men att samtidigt vid en ny upphandling ha rätt att utesluta leverantören för att undvika att sluta ytterligare kontrakt. Om den upphandlande myndigheten inte bryter kontraktet, kan det dock tolkas som att den upphandlande myndigheten ska vara aktiv i att påpeka och utreda de fel som leverantören begår. Detta kan ses som betydelsefullt för att vid en upphandling i ett senare skede kunna åberopa allvarligt fel och därigenom kunna utesluta leverantören. Har den upphandlande myndigheten istället försökt förlänga kontraktet, visar detta snarare på att myndigheten varit nöjd med leverantören och att leverantören därmed inte har begått ett allvarligt fel. Vill myndigheten vid en ny upphandling utesluta leverantören på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen kan det således vara andra omständigheter som ligger bakom myndighetens beslut att inte längre vilja samarbeta med leverantören

¹³⁵ Prop. 2015/16:195, s. 1086.

¹³⁶ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2022-12.

¹³⁷ Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 982-13.

¹³⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2090-11.

och inte på grund av att denne begått allvarligt fel i yrkesutövningen. Denna möjlighet står dock inte myndigheten till buds eftersom det krävs att myndigheten kan bevisa att ett allvarligt fel föreligger, anser jag.

Vad utgör allvarligt fel och när är det proportionerligt att utesluta leverantören?

Det framgår av EU-avgörandet Forposta att för att ett fel ska anses allvarligt måste leverantören ha haft uppsåt eller varit vårdslös i ett visst hänseende och att denna bedömning måste göras från fall till fall.¹³⁹ Det framgår vidare av EU-domstolen i ett annat mål att när den upphandlande myndigheten har fastställt att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger, ska myndigheten pröva om det är proportionerligt att utesluta leverantören från den offentliga upphandlingen.¹⁴⁰ Detta bekräftas av skälen i direktiv 2014/24/EU som menar att proportionalitetsprincipen har en central roll i bedömningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna och det anförs att felaktigheter av mindre allvarlig karaktär ska nästintill aldrig leda till uteslutning.¹⁴¹ Skulle det dock visa sig att en leverantör begått flera sådana oegentligheter är detta något som kan leda till uteslutning då leverantörens pålitlighet kan ifrågasättas.¹⁴² Av det ovan anförda framgår det att för att ett allvarligt fel ska föreligga måste leverantören ha haft uppsåt eller varit vårdslös. För att fastställa detta krävs det en bedömning från fall till fall. När detta förhållande är fastställt ska det ske en proportionalitetsprövning av huruvida det är proportionerligt att utesluta leverantören. I svensk rätt har tillämpningen av proportionalitetsprincipen utvecklats genom rättspraxis.¹⁴³

HFD har i ett mål bedömt hur en proportionalitetsprövning ska se ut gällande den tidigare fakultativa uteslutningsgrunden brott i yrkesutövningen.¹⁴⁴ Under direktiv 2014/24/EU och i LOU finns inte denna uteslutningsgrund reglerad för att man har ansett att brott i yrkesutövningen innefattas av uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen i och med EU-domstolsavgörandet Forposta.¹⁴⁵ Därav anser jag att HFD:s bedömning av proportionalitetsprincipen gällande brott i yrkesutövningen, även är tillämpligt på allvarligt fel i yrkesutövningen. I målet bedömde HFD att en proportionalitetsprövning utgörs av en samlad bedömning av felets karaktär, svårighetsgrad, tillvägagångssätt samt hur lång tid som förflutit sedan felet begicks. I bedömningen av hur lång tid som förflutit ska det enligt HFD beräknas från den dag brottet begicks till anbudstidens utgång i den offentliga upphandlingen.¹⁴⁶

¹³⁹ Forposta, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27.

¹⁴⁰ Connexion, C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 31.

¹⁴¹ Se avsnitt 2.2.1.

¹⁴² Skäl 101 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁴³ Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo).

¹⁴⁴ RÅ 2010 ref. 79.

¹⁴⁵ Se avsnitt 3.1.1. Jfr även SOU 2014:51, s. 224.

¹⁴⁶ RÅ 2010 ref. 79. Jfr även Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4442-09, som jag anser i sitt beslut att inte utesluta en leverantör enligt allvarligt fel i yrkesutövningen beaktat felets karaktär, svårighetsgrad och tillvägagångssätt.

HFD har i ett mål från 2013 behandlat utslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen. Skatteverket hade påfört skatt på leverantören om 2,4 miljoner kronor, på grund av utebliven skatt och sociala avgifter från leverantören när denne förfarit med osanna fakturor för att betala ut löner till svart arbetskraft. Felen begicks från tre till sex år tillbaks i tiden. I detta fall bedömde HFD att när en leverantör deltagit i ett förfarande med osanna fakturor för att betala ut löner till svart arbetskraft är detta att likställa med allvarligt fel i yrkesutövningen och att det inte var oproportionerligt att utsluta leverantören.¹⁴⁷ I ett mål i kammarrätten från 2011 hade leverantören under åren 2004-2006 förfarit med osanna fakturor. Kammarrätten bedömde att leverantören begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, trots att det gått mellan fem till sju år sedan felet begicks.¹⁴⁸ I ett mål från kammarrätten bedömdes det att en företrädare för en leverantör begått allvarligt fel i yrkesutövningen. Som bevis för detta åberopade den upphandlande myndigheten en tidigare dom från kammarrätten där företrädaren förfarit med osanna fakturor under taxeringsåren 2006 och 2007, en dom som utfärdades år 2011. Trots att detta utgjorde ett allvarligt fel i yrkesutövningen bedömde kammarrätten att det gått så pass lång tid sedan företrädaren begick det utslutningsgrundande felet, hela åtta år, att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att utsluta leverantören på denna grund.¹⁴⁹ Av målen framgår det att när en leverantör förfarit med osanna fakturor, utgör detta ett så pass allvarligt fel att det anses proportionerligt att utsluta leverantören, trots att de senaste felen begicks för fem till tre år sedan. Har det istället gått åtta år sedan leverantören begick detta fel har det ansetts vara oproportionerligt att utsluta leverantören från upphandlingen.

Gällande proportionalitetsbedömningen anser jag att detta förhållande torde ha förändrats i och med ikraftträdandet av direktiv 2014/24/EU och LOU. Trots att LOU inte lagstiftat om någon maximal utslutningsperiod för leverantörer, så nämns det i propositionen att de maximala tider för utslutning som ställs upp i direktivet ska påverka den upphandlande myndighetens tillämpning av proportionalitetsprincipen. Därav utgör fem år en alldeles för lång tid för att utsluta en leverantör enligt de fakultativa utslutningsgrunderna. Som nämnts ovan anser jag att om det förflutit längre tid än tre år från dagen för den relevanta händelsen, så skulle detta strida mot artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU.¹⁵⁰ Av HFD framgår det att dagen för den relevanta händelsen, i beräkning av hur lång tid som förflutit, ska räknas från dagen när brottet begicks. Till skillnad från HFD anser jag, i likhet med Sánchez-Bordona, att dagen för den relevanta händelsen är från dagen när en dom eller ett myndighetsbeslut fastställer att felet har begåtts. Jag anser även att när det inte finns en dom eller ett myndighetsbeslut är det från den dag när en upphandlande myndighet bryter kontraktet eller tydligt dokumenterar att ett allvarligt fel har begåtts, trots att myndigheten inte

¹⁴⁷ HFD 2013 ref. 61.

¹⁴⁸ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4809-11.

¹⁴⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6478-15. Jfr även med Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3767-09 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7153-12 där samma bedömning har gjorts.

¹⁵⁰ Se avsnitt 2.3.4.

bryter kontraktet.¹⁵¹ Följer den svenska rättstillämparen direktiv 2014/24/EU:s regler kan det troligen också betyda att betydelsen i proportionalitetsbedömningen, gällande den tid som förflutit sen det allvarliga felet, till stor del förlorar sin betydelse. Detta framgår, anser jag, eftersom det blir tydligt i en jämförelse med hur proportionalitetsprincipen tidigare har tillämpats. Visserligen kan det argumenteras för att beräkningen av vilken tid som förflutit förflyttas framåt om man beräknar det från dagen som felet fastställdes och inte från dagen när felet begicks och att detta kan ha betydelse speciellt i de fall som rör ett domstolsbeslut. Beviskravet, som nämnts ovan, gällande allvarligt fel i yrkesutövningen utgörs av att den upphandlande myndigheten ska göra sannolikt att ett allvarligt fel föreligger samt att prövas det allvarliga felet av domstol behöver den upphandlande myndigheten inte invänta domstolens beslut för att utesluta leverantören.¹⁵² Detta innebär att om dagen för den relevanta händelsen ska tolkas som dagen för fastställandet av felet, så kommer detta inte utgöra någon speciellt stor skillnad i beräkningen av vilken tid som förflutit.

I anslutning till detta ska det även nämnas att det framgår att företrädaransvaret, enligt ovan, inte är direkt tillämpligt på allvarligt fel i yrkesutövningen, men kan däremot ha en betydelse i proportionalitetsbedömningen av det allvarliga felet.¹⁵³ Till skillnad från tidigare bedömning.¹⁵⁴ Om en leverantörs handlande utreds för allvarligt fel i yrkesutövningen torde det vara en försvårande omständighet för leverantören att denne har en företrädare som tidigare begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Enligt detta resonemang följer att det läggs extra vikt vid en leverantörs redbarhet och därmed tillförlitlighet. Om bolaget har en företrädare som begått allvarligt fel i yrkesutövningen, anser jag att detta talar för att leverantören inte är tillförlitlig och att det är denna inverkan som företrädaransvaret kommer att ha på proportionalitetsbedömningen gällande denna bestämmelse. Proportionalitetsbedömningen blir således strängare i dessa fall.

Av direktiv 2014/24/EU:s skäl framgår det att en upphandlande myndighet ska ha möjlighet att utesluta leverantörer på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta kan ske när leverantören inte fullföljt sina miljörelaterade- och sociala skyldigheter, om leverantören inte uppfyllt sina skyldigheter gentemot personer med funktionsnedsättning, eller om leverantören gjort intrång i immateriella rättigheter eller brutit mot konkurrensregler.¹⁵⁵ Enligt direktiv 2004/18/EG:s skäl utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen brott mot lagar och regler, förordningar och kollektivavtal om anställningsvillkor och arbetarskydd.¹⁵⁶ Det framgår därav att det allvarliga felet som begåtts kan konstitueras av ett brott, men behöver inte

¹⁵¹ Se avsnitt 2.3.4.

¹⁵² Se avsnitt 3.1.2.

¹⁵³ Se avsnitt 2.3.5.

¹⁵⁴ Jfr Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4809-11.

¹⁵⁵ Skäl 101 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁵⁶ Skäl 34 i direktiv 2004/18/EG.

göra det.¹⁵⁷ Allvarligt fel i yrkesutövningen kan även innefatta miljöbrott samt att leverantören brutit mot etiska regler som hör leverantörens specifika verksamhet till. Att regler inom leverantörens bransch- eller yrkesorganisation så kan även detta tyda på att ett allvarligt fel begåtts.¹⁵⁸

Det framgår av Konkurrensverkets rapport att allvarligt fel i yrkesutövningen fungerar som ett komplement till de övriga fakultativa uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2§ ÄLOU. I rapporten framgår även att det inte finns någon tydlig definition av vad som utgör allvarligt fel i yrkesutövningen och att det därmed har varit upp till rättstillämparen att definiera detta.¹⁵⁹ Därav följer nu en redogörelse av mål från kammarrätterna som utrett vad som utgör ”allvarligt fel” i bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen.

I ett fall från 2013 hade den upphandlande myndigheten uteslutit en leverantör på grund av att denne överdebiterat för utfört arbete samt att arbetet brustit i kvalitet gällande ett tidigare offentligt kontrakt. Kammarrätten bedömde att när en leverantör vid upprepade tillfällen överdebiterat en upphandlande myndighet, medvetet eller på grund av vårdslöshet, så påverkar det leverantörens professionella anseende och kammarrätten ansåg därmed att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁶⁰ I ett mål från år 2014 hade en leverantör överfakturerat för utfört arbete under ett och ett halvt år. Det hade även under kontraktet uppstått driftstörningar och driftavbrott vilket var av stor vikt i det aktuella fallet eftersom det berörde verksamheter inom sjukvård och hemtjänst. Slutligen hade leverantören grovt brustit i kommunikationen med den upphandlande myndigheten, leverantören hade underlåtit att agera vilket hade förhindrat kommunen från att vidta åtgärder när driftstörningarna och driftstoppen ska ha skett. Leverantörens underlåtenhet försatte därmed personers liv i fara. Kammarrätten ansåg att leverantören hade varit vårdslös i sitt handlande och att bristerna som nämnts sammanlagt utgjorde allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁶¹ I ett fall som rörde patientsäkerhet hade en leverantör gjort sig skyldig till att flertal brister, diagnostisering av allvarliga sjukdomar förbisågs, medicinska remisser var av undermålig kvalitet, omhändertagande av patient med smittsam sjukdom fördröjdes samt att patienters identiteter blandats ihop. Dessa brister ansågs vara av en sådan karaktär att patienternas hälsa försatts i fara och var därmed att likställa med allvarligt fel i yrkesutövning.¹⁶² I ett annat mål uteslöts en leverantör från en upphandling då det visats sig att denne vid ungefär 1600 tillfällen kört med betydande överlast samt även utfört ett antal felaktiga tömningar av matavfall. Kammarrätten ansåg att dessa brister

¹⁵⁷ *Forposta*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27. Se även Arrowsmith, s. 1253 f.

¹⁵⁸ Sundstrand (2015), s. 111. Se även Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo) och Falk, s. 331.

¹⁵⁹ Konkurrensverkets rapport 2013:6, s. 47.

¹⁶⁰ Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 982-13. Se även Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 4211-08.

¹⁶¹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7072-13.

¹⁶² Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1406-09.

utgjorde allvarligt fel i yrkesutövning, eftersom de gjorts medvetet och upprepat vid ett flertal tillfällen.¹⁶³ I ett annat kammarrättsavgörande bedömdes när en leverantör inte lyckats färdigställa en entreprenad inom avtalad tid samt att entreprenaden inte genomfördes i enlighet med kontraktet, vilket gav upphov till avtalsbrott. Den upphandlande myndigheten ansåg sig därför ha skäl för att utesluta leverantören från en upphandling gällande ett liknande uppdrag enligt uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen. Kammarrätten delade den upphandlande myndighetens bedömning.¹⁶⁴

Av dessa mål framgår det att en leverantör har begått ett ”allvarligt fel” i allvarligt fel i yrkesutövningen när leverantören överdebiterat för utfört arbete under en längre tid, att leverantörens arbete brustit i kvalitet vid ett stort antal olika tillfällen, att själva kontraktet inte har slutförts samt att leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla försätter personers liv i fara.

I ett nyligen avgjort mål hade en leverantör uteslutits från en offentlig upphandling då den upphandlande myndigheten fått kunskap om att Konkurrensverket lämnat in en stämningsansökan om att leverantören gjort sig skyldig till en överträdelse enligt konkurrenslagen. Kammarrätten ansåg att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.¹⁶⁵ Kammarrätten har även bedömt att konkurrensbegränsande samarbete, såsom att två leverantörer prissamverkar, är likställt med allvarligt fel i yrkesutövningen. Leverantörernas agerande bedömdes i två separata kammarrättsavgöranden, men gällde samma upphandling och verkan av leverantörernas agerande blev även densamma, att de bröt mot konkurrenslagen.¹⁶⁶ Av dessa mål framgår det att olika former av konkurrensbegränsande samarbete även utgör allvarligt fel i yrkesutövningen.

3.1.3 Sammanfattning av analys

Jag anser att det nya tillägget om redbarhet i bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen poängterar att leverantören ska vara tillförlitlig. Detta kommer troligen spela roll för bedömningen av de allvarliga fel leverantören begår och hur denne sedan ska utföra en self-cleaning för att anses tillförlitlig igen.¹⁶⁷

Av Forposta-avgörandet framgår det att allvarligt fel i yrkesutövningen ges en vid definition som inte enbart innefattas av att en leverantör bryter mot

¹⁶³ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3484-12. Se även Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2022-12.

¹⁶⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2090-11.

¹⁶⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1425-16.

¹⁶⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3725-13 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3727-13.

¹⁶⁷ Se avsnitt 3.1.

etiska regler som hör dennes profession till, utan även innefattar annat felaktigt handlande som inverkar på leverantörens yrkesmässiga trovärdighet. Denna vida definition torde vara tillämplig på ett stort antal skilda handlanden, exempelvis såsom de olika grunder som beskrivs i de obligatoriska- och fakultativa uteslutningsgrunderna. Jag anser till exempel att bestämmelsen är tillämplig på offentliga kontrakt där ett allvarligt fel begåtts men den upphandlande myndigheten inte riktar några sanktioner mot leverantören.¹⁶⁸

Av HFD och propositionen framgår det att den upphandlande myndigheten ska göra sannolikt att leverantören begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En dom eller ett myndighetsbeslut om exempelvis påförande av konkurrensskadeavgift utgör tillräckliga bevis för uteslutning, även i de fall dessa beslut prövas av domstol. Skulle den upphandlande myndigheten inte bryta kontraktet med leverantören, trots att denne begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, så behöver detta inte påverka den upphandlande myndighetens bevisning mot leverantören om denne under kontraktets gång påpekat och utrett de fel som leverantören begått. Visar det sig dock att den upphandlande myndigheten velat förlänga ett kontrakt med leverantören tyda detta på att ett allvarligt fel inte har begåtts av leverantören i fråga.¹⁶⁹

För att felet ska anses vara allvarligt krävs uppsåt eller vårdslöshet av leverantören. Under de förutsättningarna kan en leverantör ha .gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen om denne inte genomfört sina skyldigheter gentemot personer med funktionsnedsättning, gjort intrång i immateriella rättigheter eller brutit mot internationell eller nationell konkurrenslagstiftning. Allvarligt fel aktualiseras även när en leverantör bryter mot kollektivavtal om anställningsvillkor och arbetarskydd, begått miljöbrott eller att leverantören brutit mot regler som föreskrivs av dess bransch- eller yrkesorganisation. Utöver detta kan allvarligt fel även röra sig om brott, som exempelvis genom att förfara med osanna fakturor för att betala svart arbetskraft. Därutöver kan allvarligt fel utgöras av när leverantören överdebiterat för utfört arbete under en längre tid, att leverantörens arbete brustit i kvalitet vid ett stort antal olika tillfällen, att själva kontraktet inte har slutförts samt att leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla försätter personers liv i fara.¹⁷⁰

Proportionalitetsbedömningen av allvarligt fel i yrkesutövning ska ske från fall till fall och vikt ska läggas vid felets karaktär, svårighetsgrad, tillvägagångssätt och hur lång tid som förflutit sedan felet begicks. Flera mindre fel kan exempelvis leda till att det bedöms som ett allvarligt fel, eftersom leverantörens tillförlitlighet därför kan ifrågasättas. I proportionalitetsbedömningen av hur lång tid som passerat sedan det uteslutningsgrundande felet begicks torde det inte ha fått passera längre tid än tre år från dagen för den relevanta händelsen. I avsaknad av en definition av dagen för den relevanta händelsen, har jag definierat detta som dagen

¹⁶⁸ Se avsnitt 3.1.1.

¹⁶⁹ Se avsnitt 3.1.2.

¹⁷⁰ Se avsnitt 3.1.2.

från det att en dom eller ett myndighetsbeslut fastställer att det föreligger ett allvarligt fel i enlighet med Sanchez-Borodona. Saknas det dom eller myndighetsbeslut ska det bedömas från dagen när en upphandlande myndighet eller annan aktör bryter kontraktet eller tydligt dokumenterar att ett allvarligt fel har begåtts även om de inte bryter kontraktet. Tidsaspekten, anser jag, inte har en lika betydande roll i den svenska proportionalitetsbedömningen, eftersom tillämpningen kräver att en leverantör inte får uteslutas från en upphandling under mer än tre år. I proportionalitetsbedömningen kommer det även att läggas vikt vid huruvida en av leverantörens företrädare har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta anser jag ger en fingervisning åt den upphandlande myndigheten att leverantören inte är tillförlitlig.¹⁷¹

3.2 Allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt

Denna bestämmelse är en ny fakultativ uteslutningsgrund under direktiv 2014/24/EU och eftersom LOU inte är tillämplig på upphandlingar före den 1 januari 2017, så finns det inga rättsfall som tillämpar bestämmelsen och endast sparsamt med doktrin som behandlar bestämmelsen.¹⁷² Därför är detta avsnitt till stora delar uppbyggt av min egen analys av hur rättstillämpningen av denna bestämmelse kommer att se ut med anknytning till hur allvarligt fel i yrkesutövningen tillämpas.

3.2.1 Allmänt om bestämmelsen och analys av dess tillämpning

Innan direktiv 2014/24/EU fanns det ingen lagreglerad bestämmelse som omfattade situationer när en leverantör misslyckats att fullfölja åtaganden i ett tidigare offentligt kontrakt. Samtidigt som det tidigare har varit problematiskt för upphandlande myndigheter i vissa medlemsstater eftersom myndigheterna har tvingats samarbeta med leverantörer som de tidigare haft dåliga erfarenheter av, enbart för att leverantören kom med det bästa anbudet i den offentliga upphandlingen.¹⁷³ Som tidigare nämnts framgår det av EU-domstolens praxis i Forposta, att det har varit möjligt att utesluta en leverantör på grund av allvarliga brister i tidigare kontrakt under de äldre bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG och ÄLOU.¹⁷⁴

Det har dock inte varit klarlagt under vilka omständigheter en leverantör kan uteslutas på grund av att denne inte levererat i ett tidigare offentligt

¹⁷¹ Se avsnitt 3.1.2.

¹⁷² Se under övergångsbestämmelser i LOU, som föreskriver att ÄLOU gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

¹⁷³ Neiva de Oliveira, s. 344.

¹⁷⁴ Bovis (2015), s. 407. Se även avsnitt 3.1.1.

kontrakt.¹⁷⁵ Detta regleras nu i artikel 57.4(g) i direktiv 2014/24/EU och i 13 kap 3§ LOU punkt 5 och bestämmelsen i LOU lyder:

”leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.”

Bestämmelsen överensstämmer till stora delar med artikel 57.4(g) i direktiv 2014/24/EU. Enligt skälen i direktivet innebär bestämmelsen att leverantören har påvisat allvarliga eller ihållande brister gällande den produkt eller tjänst som levererats, vilket gör produkten oanvändbar i enlighet med dess syfte, eller att leverantören visat på ett så pass olämpligt uppförande, vilket har medfört att tvivel har väckts om leverantörens tillförlitlighet.¹⁷⁶ Detta torde även vara tillämpligt på bestämmelsen i LOU.

Uteslutning enligt denna grund förutsätter att överträdelser i det tidigare offentliga kontraktet har lett till att det tidigare kontraktet upphört, lett till skadestånd eller andra jämförbara påföljder, samt att det rör sig om ett offentligt kontrakt.¹⁷⁷ Med andra ord, om den upphandlande myndigheten enligt det föregående kontraktet har avstått från att åberopa en sådan sanktion kan en uteslutning inte grundas på artikel 57.4(g) i direktiv 2014/24/EU. En skillnad är att man i LOU föreskriver att bestämmelsen enbart gäller för kontrakt enligt LUK, LUF, LUFSS och LOU.¹⁷⁸ Bestämmelsen gäller alltså enbart fel i kontrakt enligt de ovan nämnda lagarna.¹⁷⁹ I propositionen anser regeringen, i strid med lagrådet, att det inte finns något stöd i direktivet att bestämmelsen ska innefatta andra kontrakt än de som nämns i 13 kap. 3§ LOU punkt 5. Regeringen menar därför att andra offentliga avtal, som inte innefattas av LUK, LUF, LUFSS eller LOU, ska bestämmelsen allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt inte vara tillämplig.¹⁸⁰

Av det ovan nämnda kan det uppfattas som att bestämmelsen ska ha både en snäv räckvidd och en snäv tolkning. Enligt mig framgår det att bestämmelsen har en snäv räckvidd, det kan dock diskuteras om bestämmelsen ska ha en snäv tolkning. Exempelvis att bestämmelsen enbart skulle vara hänförlig till fall som det tidigare nämnda kammarrättsmålet gällande en icke färdigställd byggentreprenad, vilket inte motsvarade kvalitetskravet i det offentliga kontraktet i och med att byggentreprenaden

¹⁷⁵ van Garsse & de Mars, s. 130.

¹⁷⁶ Skäl 101 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁷⁷ Semple, s. 97.

¹⁷⁸ Jfr Arrowsmith (2014), s. 1269.

¹⁷⁹ Prop. 2015/16:195, s. 1087.

¹⁸⁰ Prop. 2015/16:195, s. 737.

inte var färdigställd och därmed inte var användbar i enlighet med byggentreprenadens syfte.¹⁸¹ Med detta resonemang menar jag att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav enbart gäller den levererade tjänsten eller produkten och att det olämpliga uppförandet som nämns enbart tillämpas i undantagsfall. Det som talar för en sådan tolkning, anser jag, är att bestämmelsen har en så specifik lydelse, att felet inte enbart ska ha varit allvarligt eller ihållande utan det ska även vara av ett väsentligt krav. Det som talar emot att en sådan snäv tolkning är att man i skälen i direktivet anger att bestämmelsen även innefattar förhållanden när leverantören visat på ett så pass olämpligt uppförande, vilket har medfört att tvivel har väckts om leverantörens tillförlitlighet.

Utöver detta anser jag att det finns andra argument som talar för att bestämmelsen har en vid tolkning och att ihållande eller allvarliga brister samt att olämpligt uppförande som påverkar leverantörens tillförlitlighet starkt kan ifrågasättas, går att tillämpa på en mängd fall, det vill säga inte bara på hur leverantören genomför tjänsten eller produkten i fråga. Denna argumentation bygger jag på att bestämmelsen tidigare innefattades i tillämpningen av allvarligt fel i yrkesutövningen under ÅLOU och direktiv 2004/18/EG, i enlighet med Forposta-avgörandet och därför är tillämplig på de situationer som allvarligt fel i yrkesutövningen reglerat.¹⁸² Det som ytterligare styrker ett sådant antagande är att ”allvarligt fel” enligt allvarligt fel i yrkesutövningen innefattar allvarliga och ihållande brister av ett väsentligt krav som en leverantör begått i ett tidigare kontrakt.¹⁸³ Dessutom är båda bestämmelserna inriktade på att säkerställa ett bolags tillförlitlighet som leverantör i en offentlig upphandling. Detta är anledningarna till att jag anser att allvarliga eller ihållande brister, i stora delar överensstämmer med det som angetts ovan gällande ”allvarligt fel” i bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövning.¹⁸⁴ Jag anser att det är osannolikt att det som tolkas som ”allvarligt fel” i allvarligt fel i yrkesutövningen inte skulle vara tillämpligt på allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, eftersom dessa två bestämmelser till stora delar rör samma situationer. En sådan tillämpning skulle i sådana fall enligt mig vara irrationell i tillämpningen av de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Skillnaden mellan de två bestämmelserna är att allvarliga och ihållande brister i ett tidigare offentligt kontrakt enbart inriktar sig på offentliga kontrakt som har upphört, lett till skadestånd eller andra jämförbara påföljder, vilket allvarligt fel i yrkesutövningen inte kräver för att uteslutnings ska bli aktuell enligt den grunden. Av detta följer att felet måste ha begåtts i det offentliga kontraktet, det vill säga att har en leverantör uteslutits innan denne gått in i ett kontrakt med den upphandlande myndigheten, exempelvis att det uppdagas under upphandlingsförfarandet att leverantören begått ett uteslutningsgrundande fel som inte är hänförligt till ett tidigare offentligt kontrakt, omfattas detta förhållande inte av

¹⁸¹ Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2090-11. Se även avsnitt 3.1.2.

¹⁸² Se avsnitt 3.1.1.

¹⁸³ Se avsnitt 3.1.2.

¹⁸⁴ Se avsnitt 3.1.2.

bestämmelsen. Jag anser att det två bestämmelserna samspelar, det vill säga har en leverantör fått sanktioner riktade mot sig i ett tidigare offentligt kontrakt så utesluts inte leverantören ur senare upphandlingar på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen, utan istället genom bestämmelsen allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. De övriga situationerna som inte rör fel i tidigare kontrakt gällande LOU, LUK, LUF och LUFSS, är bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen tillämplig på.

Eftersom ”allvarligt fel” i allvarligt fel i yrkesutövningen är detsamma som ”allvarliga eller ihållande brister” i allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, torde även samma proportionalitetsbedömning gälla för de två uteslutningsgrunderna, där vikt läggs vid den allvarliga eller ihållande bristens karaktär, svårighetsgrad, tillvägagångssätt och hur lång tid som förflutit sen felet begicks. Särskilt ska det även nämnas att det framgår av skälen i direktivet att det är proportionerligt att flera mindre fel leder till uteslutning och detta ställningstagande borde kunna vara i direkt överensstämmelse med rekvisitet ”ihållande brister” i bestämmelsen.¹⁸⁵ Som nämnts ovan torde dagen för den relevanta händelsen vara lätt att fastställa för denna uteslutningsgrund, eftersom tidpunkten är hänförlig till från den dag när en upphandlande myndighet riktat sanktioner mot leverantören.¹⁸⁶ I anslutning till proportionalitetsbedömningen torde även företrädaransvaret i proportionalitetsbedömningen tillämpas på samma sätt i båda bestämmelserna.¹⁸⁷ Det är minst lika relevant att kunna ta i beaktan att en företrädare som begått allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare kontrakt liksom att företrädaren begått allvarligt fel i yrkesutövningen. Även här är det märkligt att företrädaransvaret inte skulle vara direkt tillämpligt på denna bestämmelse, utan enbart utgöra en bedömningsgrund i proportionalitetsbedömningen. Hur ska exempelvis en företrädare som begått en allvarlig eller ihållande brist i ett tidigare offentligt kontrakt, inte kunna uteslutas från en upphandling på denna grund, om personen i fråga är företrädare för en annan leverantör i en offentlig upphandling? Jag anser att om en leverantör med en företrädare som begått allvarliga eller ihållande brister i ett tidigare offentligt kontrakt, inte skulle bli utesluten, så motverkar detta uteslutningsgrundens syfte.¹⁸⁸

Det följer av bestämmelsen lydelse och hur den ska tillämpas att det inte torde finnas något beviskrav för den upphandlande myndigheten, eftersom att uteslutningen av leverantören följer av ett tidigare beslut som en annan upphandlande myndighet har fattat och att detta beslut ska utgöras av en sanktion mot leverantören. Med andra ord är felet redan bevisat.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Se avsnitt 3.1.2.

¹⁸⁶ Se avsnitt 2.3.4.

¹⁸⁷ Jfr med avsnitt 3.1.2.

¹⁸⁸ Se avsnitt 2.3.5 och 3.1.2.

¹⁸⁹ Semple, s. 97.

Det framgår särskilt av skälen till direktiv 2014/24/EU att nationell rätt bör lagstifta om en längsta tid för uteslutning enligt denna bestämmelse.¹⁹⁰ Jag anser att även i detta hänseende kan LOU komma att strida mot direktiv 2014/24/EU, eftersom man inte har lagstiftat om en längsta tid för uteslutning av leverantörer enligt denna grund. Även om ”bör” inte föreskriver ett direkt krav på en sådan lagregel, är det möjligt att tolka att detta rekommenderas ur en proportionalitets- och likabehandlingssynpunkt.¹⁹¹ Bestämmelsen beskriver en så pass specifik situation, eftersom den enbart är tillämplig på LOU, LUK, LUF och LUFSS, att speciellt principen om likabehandling av de leverantörer som utesluts enligt denna grund torde vara viktig att värna om i detta fall. Jag anser att den svenska upphandlingslagstiftningen riskerar att, vid avsaknad av en bestämmelse om längsta tid för uteslutning enligt denna grund, bryta mot likabehandlingsprincipen.

Även här kan det konstateras att bestämmelsen är en fakultativ uteslutningsgrund och att de proportionalitetsbedömningar som den upphandlande myndigheten gör, som leder till att leverantören är utesluten längre än tre år från dagen för den relevanta händelsen, strider mot artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU.¹⁹²

3.2.2 Sammanfattning av analys

Jag anser att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt ska ges en vid tolkning gällande vilka brister som innefattas av bestämmelsen och att det som är hänförligt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen även är hänförligt till denna bestämmelse. För att en leverantör ska kunna omfattas av denna uteslutningsgrund krävs det dock att en upphandlande myndighet har riktat någon form av sanktion mot leverantören i ett tidigare offentligt kontrakt och att detta kontrakt omfattas av LOU, LUK, LUF eller LUFSS. När en leverantör ska uteslutas på grund av allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt och en proportionalitetsbedömning utförs torde man lägga vikt vid felets karaktär, svårighetsgrad och tillvägagångssätt samt hur lång tid som gått sedan felet begicks. I denna bedömning torde även företrädaransvaret spela roll. För att fastställa hur lång tid som förflutit sedan felet begicks så borde det vara från den dag när den upphandlande myndigheten riktade en sanktion mot leverantören i det tidigare offentliga kontraktet.

¹⁹⁰ Skäl 102 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁹¹ Neiva de Oliveira, s. 340 f.

¹⁹² Se avsnitt 2.3.4 av min analys kring hur dagen för den relevanta händelsen ska tolkas i bedömningen av allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt.

3.2.3 Diskussion

Allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt kräver att det tidigare kontraktet som ligger till grund för bedömningen av leverantören, är offentligt och enligt LOU enbart ska omfattas av kontrakt enligt LUF, LUF, LUK och LOU. Vid första anblick verkar det som att denna nya bestämmelse kommer att endast ha ett litet tillämpningsområde och speciellt den svenska tillämpningen av bestämmelsen, eftersom att myndigheten även behöver ha åberopat sanktioner mot leverantören, som skadestånd eller att helt bryta kontraktet för att bestämmelsen ska vara tillämplig. Detta i sig är problematiskt eftersom sådana sanktioner, enligt Arrowsmith, många gånger omgärdas av stor arbetsbörda och stora kostnader för den upphandlande myndigheten, vilket kan ha en avskräckande effekt på att åberopa sådana sanktioner.¹⁹³ Som diskuterats ovan är en fråga huruvida allvarligt fel i yrkesutövningen är tillämplig på de offentliga kontrakt, vilka inte innefattas av bestämmelsens tillämpning, när myndigheten har underlåtit att rikta sanktioner mot leverantören.¹⁹⁴ Skulle denna situation täckas in av allvarligt fel i yrkesutövningen verkar de som att denna bestämmelse blir obsolet, eftersom den endast är tillämplig på en så specifik situation och det inte är EU-lagstiftarens syfte med bestämmelsen att avgränsa möjligheten för de upphandlande myndigheterna att utesluta en leverantör på grund av fel i tidigare offentliga kontrakt.

¹⁹³ Arrowsmith (2014), s. 1269 f.

¹⁹⁴ Se avsnitt 3.1.1.

4 Self-cleaning

I detta kapitel kommer jag redogöra översiktligt för vad self-cleaning-bestämmelsen innebär genom att ge en kort bakgrund, allmänt beskriva vad bestämmelsen innefattas av samt redogöra för hur bestämmelsen handläggs och hur bevisningen går till.

4.1 Bakgrund

Ett tidigare omdiskuterat område inom EU:s upphandlingslagstiftning, var huruvida direktiv 2004/18/EG innefattade en möjlighet för leverantörer att utföra self-cleaning, eftersom direktivet saknar riktlinjer för en leverantörs möjlighet att undgå uteslutning. Self-cleaning har definierats som en möjlighet för en leverantör att visa att denne inte längre omfattas av de omständigheter som den upphandlande myndigheten grundar sitt beslut om uteslutning av leverantören.¹⁹⁵ Trots att direktiv 2004/18/EG inte reglerar något sådant förhållande, har medlemsstater utvecklat egna regler för self-cleaning, till exempel Tyskland, Italien och Österrike.¹⁹⁶ Medlemsstaterna som tillämpat self-cleaning har utgått från de EU-rättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling.¹⁹⁷

Arrowsmith, Priess och Friton har argumenterat för att bestämmelsen self-cleaning var en del av den europeiska upphandlingslagstiftningen redan innan direktiv 2014/24/EU trädde i kraft. De bygger sitt resonemang på att de upphandlande myndigheterna måste överväga proportionalitetsprincipen när myndigheten ska utesluta en leverantör. Avsaknaden av möjligheten för en leverantör att visa på self-cleaning-åtgärder skulle därmed automatiskt strida mot denna centrala EU-rättsliga princip.¹⁹⁸ EU har i direktiv 2014/24/EU i och med införandet av bestämmelsen om self-cleaning ansett att bestämmelsen ska fungera som ett hjälpmedel för de upphandlande myndigheterna att kunna göra en mer objektiv och heltäckande bedömning av huruvida leverantören ska uteslutas från en upphandling eller inte.¹⁹⁹ Möjligheten till self-cleaning är nu reglerad i direktiv 2014/24/EU och har blivit hyllad som en av de viktigaste förändringarna i det nya upphandlingsdirektivet.²⁰⁰

¹⁹⁵ van Garsse & de Mars, s. 131 f. Se även Priess, s. 121.

¹⁹⁶ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 4 f. Se även Priess, s. 121.

¹⁹⁷ Sundstrand (2014), s. 64.

¹⁹⁸ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 32 f.

¹⁹⁹ KOM(2011) 15, s. 53.

²⁰⁰ Arrowsmith (2014), s. 206.

4.2 Allmänt

Före direktiv 2014/24/EU har det inte funnits några bestämmelser om self-cleaning i svensk upphandlingslagstiftning.²⁰¹ Self-cleaning-bestämmelsen i artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU har införts i 13 kap. 5§ LOU. Denna paragraf föreskriver de åtgärder en leverantör kan vidta för att rätta till de missförhållanden som denne gjort sig skyldig till och som kan ligga till grund för uteslutning i en offentlig upphandling. Genom att göra detta visar leverantören på tillförlitlighet, trots att leverantören begått ett uteslutningsgrundande fel.²⁰² Det framgår av skälen till direktivet att leverantörens tillförlitlighet utgör den viktigaste aspekten gällande self-cleaning.²⁰³

Av paragrafen framgår det att bestämmelsen innefattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna enligt 13 kap. 1-2§§ LOU och de fakultativa uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3§ LOU. För att den berörda leverantören ska kunna visa på att denne inte ska uteslutas från en offentlig upphandling, föreskriver 13 kap. 5§ LOU punkt 1-3 att leverantören ska:

*”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.”*

För att en lyckad self-cleaning ska ha genomförts måste alla åtgärder som nämns i paragrafen vara uppfyllda.²⁰⁴ Detta motsvarar artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU, som fungerar som en minimumstandard för vilka åtgärder en leverantör ska uppfylla för att anses ha utfört en self-cleaning.²⁰⁵ Direktivet lämnar det nämligen öppet för medlemsstaterna att själva reglera denna bestämmelse, både vad det gäller vilka formella och materiella villkor som ska vara tillämpliga, samt avgöra vem som ska genomföra kontrollen av self-cleaning, det vill säga huruvida den upphandlande myndigheten själva ska ansvara för kontrollen av leverantörerna eller om kontrollen ska överlåtas till en annan myndighet på exempelvis central nivå.²⁰⁶ Med andra ord skulle den svenska lagstiftaren kunnat införa hårdare krav på åtgärder som leverantören måste uppfylla, men har valt att i stora delar följa riktlinjerna i direktivet.

²⁰¹ Sundstrand (2014), s. 58.

²⁰² Caranta & Richetto, s. 281 f.

²⁰³ Skäl 101 i direktiv 2014/24/EU. Se även Caranta & Richetto, s. 282.

²⁰⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1089.

²⁰⁵ Jfr Sanchez-Graells (2014), s. 112 f. Se även Hjelmeng & Søreide, s. 218 och van Garsse & de Mars, s. 134.

²⁰⁶ Skäl 102 i direktiv 2014/24/EU.

En avvikelse från direktivet är att om leverantören, efter beslutet om uteslutning, uppfyller de åtgärder som krävs för self-cleaning, spelar detta ingen roll. Leverantören kan således inte komma i fråga i den upphandling som denne blivit utesluten ifrån, enligt propositionen.²⁰⁷ Enligt Sánchez-Bordona ska artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU tolkas så att, om en uteslutning inte är fastställd av en lagakraftvunnen dom, har leverantören en möjlighet att med hjälp self-cleaning åtgärder åter kunna bli aktuell för upphandlingen i fråga.²⁰⁸ Detta anser jag vara ett intressant ställningstagande eftersom propositionen föreskriver att en leverantör inte i efterhand kan begära att få träda in i en upphandling när ett beslut om uteslutning redan har fattats för den aktuella upphandlingen. Det kan därmed antas att den svenska regleringen möjligtvis strider mot direktivet i denna fråga, eftersom det inte är helt klarlagt huruvida detta är något som medlemsstaterna själva får besluta om.

4.3 Handläggningen av den upphandlande myndigheten och bevisning

Innan en upphandlande myndighet kan utesluta en leverantör, enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna, måste denne överväga alla self-cleaning åtgärder som den berörda leverantören har vidtagit.²⁰⁹ I artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU om self-cleaning nämns enbart att den upphandlande myndigheten måste ange skälen till varför en leverantör inte har ansetts utföra tillräckliga åtgärder. Artikel 55.1 och 55.2 i direktiv 2014/24/EU förskriver att leverantörer har rätt att så snart som möjligt bli underrättade om en upphandlande myndighets beslut om uteslutning av leverantören gällande en offentlig upphandling. Leverantören har även rätt få skäl till uteslutning meddelade i skriftlig form.²¹⁰ Det framgår av artikel 56.1 i direktiv 2014/24/EU att ett offentligt kontrakt ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i artikel 67-69, om den upphandlande myndigheten verifierat att leverantören inte omfattas av uteslutningsgrunderna i artikel 57 innan det offentliga kontraktet signerats.²¹¹ Slutligen anges det att det står medlemsstaten fritt att fastställa de villkor som ska kunna leda till att en leverantör utfört en lyckad self-cleaning, enligt artikel 57.7.²¹²

Leverantörens rätt att bevisa för den upphandlande myndigheten att denne utfört de efterfrågade self-cleaning-åtgärderna försäkras av 13 kap. 4§ LOU som föreskriver att den upphandlande myndigheten ska ge leverantören en möjlighet att yttra sig inom en bestämd tid, innan beslut om uteslutning kan tas. Leverantören beviljas rätt till att bemöta de bevis som den upphandlande myndigheten har mot leverantören samt att visa de self-

²⁰⁷ Prop. 2015/16:195, s. 1089.

²⁰⁸ *Vossloh Laeis* (förslag till avgörande av Generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona), C-124/17, EU:C:2018:316, punkt 39.

²⁰⁹ Arrowsmith (2014), s. 1270.

²¹⁰ Caranta & Richetto, s. 288 f.

²¹¹ Arrowsmith (2014), s. 1186. Se även Caranta & Richetto, s. 283.

²¹² Sundstrand (2014), s. 65.

cleaning-åtgärder som denne har utfört. Denna paragraf är central för att bedömningen av proportionalitetsprincipen ska kunna tillämpas i detta sammanhang.²¹³ I fråga om vilken bevisning som leverantören ska presentera för att visa att denne utfört de efterfrågade åtgärderna införs det inga exakta bestämmelser om i den svenska upphandlingslagstiftningen.²¹⁴ En leverantörs möjlighet att kunna rätta till de fel denne begått och vidta åtgärder för att visa att denne är tillförlitlig igen, överensstämmer med proportionalitetsprincipens värden.²¹⁵ Proportionalitetsprincipen gällande denna bestämmelse uttrycks som att åtgärderna leverantören vidtagit ska bedömas tillsammans med missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna som omgärdade missförhållandet.²¹⁶ Skulle leverantören underlåta att bemöta anklagelserna, kan leverantören uteslutas från upphandlingen, om det beslutet överensstämmer med proportionalitetsprincipen.²¹⁷

Enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU måste medlemsstaterna ange maximala perioder för hur länge en leverantör får uteslutas från en upphandling i enlighet med vad som stipuleras i artikeln, under förutsättningen att leverantören inte vidtar åtgärder om self-cleaning. Under uteslutningsperioden har leverantörer möjlighet att visa att denne har genomfört en self-cleaning och kan, om denne vidtagit tillräckliga åtgärder, delta i offentliga upphandlingar igen innan tiden för uteslutningsperioden gått ut, enligt artikel 57.6.²¹⁸

²¹³ Prop. 2015/16:195, s. 1088.

²¹⁴ Prop. 2015/16:195, s. 744 ff.

²¹⁵ SOU 2014:51 s. 374.

²¹⁶ Pedersen, s. 175.

²¹⁷ Prop. 2015/16:195, s. 1088.

²¹⁸ van Garsse & de Mars, s. 136. Se även Semple, s. 97.

5 Tillämpningen av self-cleaning

I detta kapitel kommer jag att redogöra för de olika krav på åtgärder som LOU ställer på leverantören. Löpande i denna redogörelse kommer jag även att analysera hur sådana åtgärder kan tillämpas på uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. Avslutningsvis kommer jag att redogöra för om leverantören kan påföras ytterligare krav efter alla self-cleaning-åtgärder vidtagits.

5.1 Förutsättning för tillämpningen av self-cleaning av allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt

Jag anser att det framgår att ”allvarligt fel” i bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen även i stora delar är tillämpbar på allvarliga eller ihållande brister av något väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt. Skillnaden mellan dessa bestämmelser är att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt kräver att en upphandlande myndighet i ett tidigare offentligt kontrakt dels riktat sanktioner mot den upphandlande myndigheten och dels att kontraktet är hänförligt till LOU, LUK, LUF och LUFFS. Detta krävs således inte för att bestämmelsen allvarligt fel i yrkesutövningen ska vara tillämplig, vilket medför att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt har en snävare räckvidd än allvarligt fel i yrkesutövningen. Dessa skillnader mellan bestämmelserna torde inte förändra bedömningen av self-cleaning på dessa bestämmelser.²¹⁹ Detta leder till, anser jag, att self-cleaning är inriktat på det fel som leverantören har begått och att så länge skillnaden mellan bestämmelsernas räckvidd framgår, kan self-cleaning-bedömningen överensstämja mellan de två bestämmelserna. Därav anser jag att analysen som görs i de följande avsnitten är tillämplig på båda uteslutningsgrunderna.²²⁰

Det framgår att ”allvarligt fel” kan utgöras av en rad olika förhållanden. Jag har därför delat in de olika felen i två stycken grupper, på grund av att jag anser att grupperna kommer bedömas på två olika sätt. Grupp 1 omfattar de situationerna när leverantören bryter mot lagar eller regler av olika slag och grupp 2 omfattar de situationer när leverantören begått kontraktsbrott genom att genomföra kontraktet på ett odugligt sätt.

²¹⁹ Se avsnitt 3.2.2.

²²⁰ Se Arrowsmith (2014), s. 1270, där Arrowsmith menar att vilken åtgärd en leverantör ska vidta beror på det uteslutningsgrundande felet leverantören begått och vilket intresse det är uteslutningsgrunden skyddar.

- Grupp 1: när leverantören brutit mot konkurrenslagstiftningen, begått intrång i immateriella rättigheter, brutit mot kollektivavtal om anställningsvillkor och arbetarskydd, begått miljöbrott, vid ett stort antal tillfällen överdebiterat för utfört arbete och begått brott som till exempel att förfara med osanna fakturor.
- Grupp 2: när leverantören utfört ett tidigare kontrakt på ett undermåligt sätt, de fall då leverantören helt enkelt varit för dålig, exempelvis genom att inte färdigställa en entreprenad eller att kvaliteten på arbetet inte är tillräckligt bra.

5.2 Self-cleaning-åtgärderna

Som nämnts ovan är self-cleaning en helt ny bestämmelse i direktiv 2014/24/EU och i LOU, därför finns det relativt lite vägledning hur denna bestämmelse ska tillämpas.²²¹ För att ge en så nyanserad bild som möjligt av de self-cleaning-åtgärderna som en leverantör ska vidta, använder jag mig av Arrowsmith, Priess och Fritons doktrin vars bedömning av vilka åtgärder som en leverantör ska vidta till stora delar överensstämmer med direktiv 2014/24/EU.²²² Åtgärderna i direktivet stämmer även överens med åtgärderna i LOU och därför anser jag att tolkningen nedan är tillämplig även på self-cleaning-bestämmelsen i 13 kap. 5§ LOU. Detta är anledningen till varför denna doktrin används trots att den är från år 2009. Utöver dessa källor kommer jag även använda mig av den tyska och italienska tillämpningen av åtgärden self-cleaning som hjälpmedel och inspiration för att analysera de olika åtgärdernas tillämpning. Tyskland och Italien var två av de medlemsstaterna som innan direktiv 2014/24/EU tillämpade self-cleaning.²²³ Speciellt Tyskland ses som en av pionjärerna i EU gällande self-cleaning.²²⁴ Många av de argument som Arrowsmith, Priess och Friton använder i sin bok är baserad på den tyska tillämpningen och därför är det också troligt att self-cleaning-åtgärderna enligt direktiv 2014/24/EU kommer att tillämpas i linje med hur Tyskland tillämpar denna bestämmelse.²²⁵

Enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU ska en leverantör ha möjlighet att bevisa att denne inte omfattas av de uteslutningsgrunder som föreskrivs i artikel 57. De åtgärder leverantören har vidtagit ska bedömas i ljuset av allvarlighetsgraden i själva missförhållandet och de särskilda omständigheter som omger missförhållandet. Detta torde tolkas som att den upphandlande myndigheten ska bedöma situationen från fall till fall och att bedömningen ska vara proportionerlig.²²⁶ Det framgår därmed att det är leverantören som har bevisbördan.²²⁷ När en leverantör utför self-cleaning

²²¹ Se avsnitt 4.2.

²²² Caranta & Richetto, s. 285.

²²³ Se avsnitt 4.1.

²²⁴ Pedersen, s. 176; Se även avsnitt 4.1.

²²⁵ Burgi & Wittschurky, s. 66 ff.

²²⁶ Sanchez-Graells (2014), s. 112 f. Se även Hjelmeng & Søreide, s. 218.

²²⁷ Schoenmaekers, s. 7.

måste den upphandlande myndigheten utvärdera de åtgärder som utförts. Upplever den upphandlande myndigheten att åtgärderna leverantören har vidtagit inte är tillräckliga, måste myndigheten redogöra för de bakomliggande skälen till detta. Det krävs dock inte att den upphandlande myndigheten beskriver varför en leverantör tillåts att delta i en offentlig upphandling igen.²²⁸

Något som kanske framstår som uppenbart, men som jag anser fortfarande måste klargöras, är att self-cleaning är en åtgärd för en leverantör som redan har begått ett uteslutningsgrundande fel.²²⁹ Detta är anledningen till att leverantören måste samarbeta med de utredande myndigheterna och klargöra de fakta som är relevanta i det aktuella fallet och genomföra de åtgärder som krävs av leverantören för att denne ska kunna rentvå sig.

5.2.1 Aktivt samarbete med utredande myndighet för att klargöra fakta och omständigheter

Enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU kan en leverantör återigen anses som tillförlitlig genom att leverantören på ett aktivt sätt samarbetar med utredande myndigheter för att klarlägga alla de relevanta fakta och omständigheter som omgärdade det uteslutningsgrundande felet. Det tillkommer även för leverantören att utreda och klargöra för den upphandlande myndigheten vilka personer inom företaget som dels var inblandade i det begångna felet och som dels var ansvariga för att felet begicks.²³⁰ Det är av stor betydelse att leverantören redogör för de fakta och omständigheter som omgärdade felet, om detta inte klargörs, kan man inte bedöma huruvida åtgärderna är lämpliga och tillräckligt omfattande för att leverantören ska anses ha utfört en self-cleaning och därmed återvunnit sin tillförlitlighet.²³¹ Denna åtgärd främjar även en kultur som eftersträvar en öppenhet hos de företag som begått fel, vilket leder till att förändringarna inom företagen faktiskt kan få en mer långsiktig verkan.²³² Det ska poängteras att denna åtgärd utgör en förutsättning för att fastställa vilka andra åtgärder som leverantören ska vidta för att bedömas som tillförlitlig igen. Denna åtgärd följer av 13 kap. 5§ LOU punkt 2.

Det framgår av Sánchez-Bordona att utredande myndighet, så länge inte medlemsstaten i sin nationella lagstiftning lagt till ett villkor om att det krävs att leverantören aktivt samarbetar med både den utredande myndigheten och den upphandlande myndigheten, så ska inte den upphandlande myndigheten utreda self-cleaning åtgärderna. Denna self-cleaning-åtgärd ska istället utföras av en extern myndighet, eftersom det enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU framgår att den upphandlande

²²⁸ van Garsse & de Mars, s. 133. Se även Hjelmeng & Søreide, s. 225 och Caranta & Richetto, s. 282.

²²⁹ Pedersen, s. 175.

²³⁰ Pedersen, s. 175.

²³¹ Burgi & Wittschurky, s. 70.

²³² Caranta & Richetto, s. 286.

myndigheten ska avgöra huruvida den bevisning som leverantören framställer är tillräcklig för att visa att denne är tillförlitlig igen.²³³ Detta ställningstagande klargör, anser jag, att de bevis som leverantören för fram är bevis på att denne enligt en annan myndighet genomfört lämpliga åtgärder. Jag anser detta vara rimligt eftersom bestämmelsen både i direktiv 2014/24/EU och LOU uttrycker att det är den utredande myndigheten som leverantören aktivt ska samarbeta med och inte den upphandlande myndigheten. Frågan är därmed om den upphandlande myndigheten kan underminera ett beslut från en annan myndighet om att leverantören har begått self-cleaning åtgärder eller om den upphandlande myndighetens uppgift snarare är att dubbelkolla att alla åtgärder faktiskt har genomförts. Troligen ska den upphandlande myndigheten se till vilka åtgärder som den utredande myndigheten angett att leverantören ska genomföra och därmed begära att leverantören bevisar att dessa åtgärder har genomförts.

Den exakta relevansen av vilka åtgärder leverantören ska vidta, när denne gjort sig skyldig till en specifik uteslutningsgrund, kommer att bero på det syfte uteslutningsgrunden skyddar. Om syftet med uteslutningen exempelvis endast är att säkerställa att leverantören inte ägnar sig åt konkurrensbegränsande samarbeten, är den fråga som den upphandlande myndigheten måste överväga om de vidtagna åtgärderna är tillräckliga för att säkerställa att den ekonomiska aktören inte i framtiden kommer att arbeta på ett konkurrensbegränsande sätt igen.²³⁴ Detta kan ses som svårdefinierat gällande allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt eftersom de innefattar så många olika felaktiga handlanden. I detta fall torde syftet ha olika innebörd på grund av vilket ”allvarligt fel” som leverantören har begått.

För att en leverantör ska kunna genomföra denna åtgärd, enligt de fel som beskrivs i grupp 1 och grupp 2, som nämns ovan, krävs det att leverantören klargör för den utredande myndigheten alla de fakta och omständigheter som har lett fram till att felet begicks.²³⁵ För grupp 1 kan det vara att den upphandlande myndigheten exempelvis beskriver beslutsgången, vilka personer som var inblandade i felet, allt för att fastställa vilka som var ansvariga och hur lång tid som leverantören förfarit på dylikt sätt. Vilar uteslutningsbeslutet på en utredning av myndighet, exempelvis Skatteverket, kan även detta ligga till grund för att klargöra vad som har skett. Detta torde göras för att dels utredas vilka skador som leverantören har gjort sig skyldig till och vilka personalmässiga-, organisatoriska- och tekniska åtgärder som ska vidtas och dels för att på ett proportionerligt sätt fastställa hur rigorösa åtgärder leverantören ska vidta.

Gällande vilka fakta och omständigheter som leverantörer i grupp 2 ska klargöra, så torde det enligt mig, enbart utgöras av vilka skador denne ska betala på grund av det odugliga genomförandet av det tidigare kontraktet.

²³³ *Vossloh Laeis* (förslag till avgörande av Generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona), C-124/17, EU:C:2018:316, punkt 48, 52 och 53.

²³⁴ Arrowsmith (2014), s. 1270.

²³⁵ Se avsnitt 5.1.

5.2.2 Ersättning av skada

Av 13 kap. 5§ LOU punkt 1 framgår det att en leverantör ska ersätta eller åta sig på ett bindande sätt att ekonomiskt ersätta skada genom exempelvis böter eller skadestånd, när det uteslutningsgrundande felet begicks vilket kommer att tjäna som bevis på leverantörens tillförlitlighet. Leverantören behöver inte ersätta någon skada om det inte finns något skadeanspråk riktat mot denne.²³⁶ Det framgår i den tyska tillämpningen av bestämmelsen att leverantören måste åta sig att betala kompensation gällande eventuella skador denne har orsakat. Denna åtgärd har varit kontroversiell i Tyskland eftersom leverantörer har känt sig tvingade att betala, ur en objektiv synvinkel, för stora summor, för att inte riskera att bli utesluten från en offentlig upphandling.²³⁷ Det är därför av vikt att identifiera skadan vilket åtgärden aktivt samarbete med myndighet för att klargöra fakta är till för.²³⁸ När det är svårt att klargöra skadans orsak och skadans omfattning och därmed kostnad har Tyskland utvecklat olika riktlinjer för hur man ska bedöma denna åtgärd. I fall då kompensationen som ska betalas är obestridd gällande orsak och belopp ska leverantören betala summan. Om orsaken är obestridd, men summan är omtvistad, så ska leverantören ändå åta sig att betala fordran. Är beloppet och orsaken omtvistade behöver leverantören inte åta sig att betala, men måste dock medverka för att klargöra omständigheterna i fallet.²³⁹

När leverantören aktivt arbetat med den utredande myndigheten för att komma fram till vad som har hänt, borde eventuell skadeersättning beroende på det uteslutningsgrundande felet utredas. Eventuell skada som en leverantör orsakat torde kunna vara tillämplig på de fel som presenteras i både grupp 1 och grupp 2. Skadan kan exempelvis utgöras av skatteskulder eller skadestånd för att en byggtreprenad inte har färdigställts i enlighet med det offentliga kontraktet. Det kan dock vara så att ingen skada föreligger och då ska leverantören inte heller betala skadestånd.

Åtgärden om ersättning har i Tyskland, som tidigare nämnts, varit kontroversiell, på grund av att många leverantörer känt sig tvingade att betala för stora skadestånd. En omständighet som kan ifrågasättas är när den upphandlande myndigheten har ett skadeståndsanspråk på leverantören och att detta kan leda till att leverantören åtar sig att betala ett för stort skadestånd. Vi dessa tillfällen är det av vikt att den upphandlande myndigheten accepterar det beslut som den utredande myndigheten har tagit. Detta problem hade också kunnat uppstå i Sverige och det måste finnas en möjlighet för leverantören att, exempelvis via det utredande arbetet med myndigheten, kunna visa på att skadeanspråket exempelvis är för högt. Den risk en leverantör löper att uteslutas från offentliga

²³⁶ Priess, Pünder & Stein, s. 77. Se även Caranta & Richetto, s. 286 f och Pedersen, s. 175.

²³⁷ Burgi & Wittschurky, s. 69.

²³⁸ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 5.

²³⁹ Burgi & Wittschurky, s. 69 f.

upphandlingar ska inte tvinga en leverantör att betala alldeles för höga skadestånd i ett fungerande rättssamhälle. Därav torde samma förhållningssätt som etablerats i Tyskland gällande detta, även tillämpas i Sverige.

5.2.3 Personalåtgärder samt tekniska- och organisatoriska åtgärder

Det framgår av artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU och 13 kap. 5§ LOU punkt 3 att leverantören kan vidta åtgärder gällande sin personal för att motverka att det uteslutningsgrundande felet inte upprepas. Det framgår av samma bestämmelse att leverantören ska vidta tekniska- och organisatoriska åtgärder för att visa på sin tillförlitlighet och säkerställa att felet inte upprepas.

Den upphandlande myndigheten ska i sin bedömning ta med i beräkningen hur pass allvarligt övertrampet var i det specifika fallet. Exempelvis vid grova övertramp kan leverantören inte tillåtas att lösa problemen internt utan istället ta in externa utredare som kan bekräfta att leverantören vidtagit tillräckliga åtgärder för att få delta i offentliga upphandlingar igen. Det är, som nämnts, upp till den upphandlande myndigheten att enligt artikel 57.6 utvärdera de åtgärder som en leverantör tar för att visa att denne är tillförlitlig igen.²⁴⁰ Det har i tysk rättspraxis ofta använts revisioner av externa revisorer eller andra oberoende personer vid klarläggandet av sådana fakta.²⁴¹ För att utreda hur det förhåller sig med leverantörens återupprättade tillförlitlighet.

Hjelmeng och Søreide menar att för att leverantören ska anses vara tillförlitlig igen, måste self-cleaning-åtgärderna vara tillräckligt trovärdiga och mätbara. Åtgärderna torde behöva vara hårdare desto svårare de uteslutningsgrundande felen är som leverantören har begått. Exempelvis om leverantören har begått ett relativt litet fel kan det vara rimligt att leverantören inför uppförandekoder, bättre compliance-funktioner och samtidigt göra det lättare för visselblåsare att påpeka fel inom företaget, samt att träna anställda i gällande regelverk, exempelvis i vad som utgör ett uteslutningsgrundande fel. Vid allvarigare överträdelser från vilket leverantören har haft stora vinster, torde det krävas större omorganisationer, där exempelvis hela ledningsgruppen i företaget kan behöva bytas ut.²⁴² Jag delar Hjelmeng och Søreides synsätt och anser att detta torde vara ett uttryck för den proportionalitetsbedömning som ska göras i enlighet med missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna som omgärdade missförhållandet.²⁴³

²⁴⁰ van Garsse & de Mars, s. 133. Se även Hjelmeng & Søreide, s. 225 och Caranta & Richetto, s. 282.

²⁴¹ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 5 f.

²⁴² Hjelmeng & Søreide, s. 223.

²⁴³ Jfr Pedersen, s. 175.

Personalåtgärder

Personalåtgärder är en direkt följd av att åtgärden på ett aktivt sätt samarbeta med utredande myndigheter för att klarlägga omständigheterna kring det uteslutningsgrundande felet. Att genomföra nödvändiga personalförändringar är grundläggande för att leverantören ska kunna visa på att denne har genomfört en self-cleaning. Åtgärden kan exempelvis utgöras av att ledande befattningshavare och anställda, som har varit delaktiga i det uteslutningsgrundande felet, avskedas. Den upphandlande myndigheten måste även säkerställa att de personer som avskedats inte längre har något inflytande i företaget, exempelvis kan tidigare aktieägare ha ett så kallat indirekt inflytande.²⁴⁴ Att omedelbart avskeda anställda i företaget, vilka har varit en del till att det uteslutningsgrundande felet begicks, kan dock ses som att strida mot proportionalitetsprincipen. Detta blir tydligt när många anställda enbart utför sitt jobb på ordet av företagsledningen. Istället för att avskedas kan problemet lösas med att anställda får arbetsuppgifter på andra avdelningar inom företaget.²⁴⁵

Tekniska- och organisatoriska åtgärder

Tekniska- och organisatoriska åtgärder utgör förebyggande åtgärder och kan exempelvis utgöras av att träna sin personal i relevant lagstiftning, samtidigt som man utvecklar tydliga och bindande riktlinjer för att motverka att liknande fel begås. Riktlinjerna ska även vara sådana att de är straffbara om de överträds inom företaget. En leverantör kan även tvingas vidta organisatoriska åtgärder i form att rotera personal på de avdelningar som riskerar att vara mest utsatta för exempelvis korrupcion, att samma juridiska personer inte handhar både de operativa och de administrativa avdelningarna, anlita extern hjälp i form av jurister som kan ha översyn över vissa avtal, införa kontroll- och rapporteringssystem som säkerställer efterlevnaden av de regler leverantören har brutit mot och utse en kontaktperson för visselblåsare inom företagsorganisationen. Dessa åtgärder verkar således som en försäkran om att det uteslutningsgrundande felet inte upprepas.²⁴⁶

Tillämpning av åtgärden

Hjelmeng och Søreide menar att dessa åtgärder ska anpassas till hur grovt det uteslutningsgrundande felet anses vara. Detta överensstämmer med proportionalitetsprincipens värden, om en leverantör har begått ett uteslutningsgrundande fel så ska denne inte behöva vidta oproportionerliga åtgärder för att anses ha vidtagit en self-cleaning.²⁴⁷

²⁴⁴ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 6 f. Se även Priess, Pünder & Stein, s. 78 ff. och skäl 102 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁵ Caranta & Richetto, s. 286.

²⁴⁶ Arrowsmith, Priess & Friton, s. 5 f. Se även Burgi & Wittschurky, s. 70 och skäl 102 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁷ Se avsnitt 2.2.1.

EU-domstolen har i ett fall bedömt self-cleaning-åtgärder som vidtagits av en italiensk leverantör. Italien är, som nämnts, ett av de länder som redan innan direktiv 2014/24/EU tillämpat bestämmelser om self-cleaning.²⁴⁸ I målet hade en av leverantörens styrelseledamöter gjort sig skyldig till fakturabedrägeri i en slutgiltig dom. Leverantören hade efter att domen förkunnats helt tagit avstånd från styrelseledamoten genom att entlediga honom från sin roll i företaget. Leverantören hade i och med detta även omorganiserat dess förvaltningsorgan, ledamotens aktier hade återköpts och en skadeståndstalan hade väckts mot ledamoten.²⁴⁹ Detta är ett tydligt exempel på hur denna åtgärd tillämpas i italiensk rätt, men troligen även i svensk rätt eftersom de vidtagna åtgärderna överensstämmer med vad som nämnts om vad denna åtgärd kan innefatta. Fakturabedrägeri är troligen att anses som ett särskilt allvarligt fel, eftersom rigorösa åtgärder har vidtagits av leverantören och utgör troligen ett bra exempel på vilka åtgärder som ska vidtas när en leverantör begått ett allvarligt fel enligt grupp 1 ovan.²⁵⁰

I detta fall torde dock ett företrädaransvar ha förelegat. I de fall leverantören har begått ett uteslutningsgrundande fel genom att exempelvis förfara med osanna fakturor eller ingå i ett konkurrensbegränsande samarbete, i enlighet med de allvarliga fel som beskrivs under grupp 1 ovan, torde flera av de i leverantörens ledning och andra anställda som varit delaktiga i felet behöva avskedas. Deras eventuella aktieinnehav ska återköpas och leverantören måste försäkra sig om att de saknar indirekt inflytande i företaget. Utöver dessa personalåtgärder torde de tekniska- och organisatoriska åtgärderna överensstämma med ovan nämnda fall. Av det ovan anförda framgår det att det finns en skillnad i hur rigorösa åtgärder leverantören behöver vidta beroende på hur allvarligt felet är, samt att åtgärderna kan skifta beroende på vilket typ av ”allvarligt fel” som leverantören har begått.²⁵¹ Till exempel om leverantören vid ett flertal tillfällen överdebiterat den upphandlande myndigheten för utfört arbete enligt de fel som nämns i grupp 1, torde de åtgärder som leverantören ska vidta vara rigorösa, men inte bara på grund av felets karaktär, utan också för att det för leverantören genererat stora vinster genom att begå detta fel.²⁵² De fel som nämns i grupp 1 ovan, tillsammans med dess omfattning och hur pass stora vinster leverantören har haft av att begå felen gäller i enlighet med proportionalitetsbedömningen, att det tordes krävas att leverantören tar in extern hjälp, det vill säga att leverantören inte har möjlighet att internt vidta dessa åtgärder.

Har felen enligt grupp 1 ovan begåtts i en mindre omfattning samt att leverantören inte har haft speciellt stora vinster av de fel denne begått, anser jag att leverantören kan få lösa problemen internt med dels mindre rigorösa personalmässiga åtgärder och dels mindre rigorösa tekniska- och organisatoriska åtgärder. Denna bedömning gör jag på grund av

²⁴⁸ Priess, s. 121.

²⁴⁹ *Mantovani e Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 11-12.

²⁵⁰ Se avsnitt 5.1.

²⁵¹ Se avsnitt 5.2.1.

²⁵² Se avsnitt 5.1.

proportionalitetsprincipen, där missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna som omgärdade missförhållandet, ska bedömas.

När felet i grupp 2 ska bedömas anser jag att åtgärderna är svårtillämpliga.²⁵³ Att en leverantör vars prestation har varit undermålig i ett tidigare kontrakt och att en leverantör därmed ska behöva genomföra personalmässiga-, tekniska- och organisatoriska åtgärder, anser jag, inte överensstämmer med proportionalitetsprincipen. Det torde heller inte vara den utredande myndighetens uppgift att analysera vilka åtgärder leverantören ska vidta för att i ett senare kontrakt prestera en bättre produkt eller tjänst. Self-cleaning-bestämmelsens syfte är att via de åtgärder som nämns i 13 kap. 5§ LOU motverka att det uteslutningsgrundande felet inte upprepas, samt att säkerställa att leverantören är att anses som tillförlitlig. Self-cleaning-bestämmelsen torde inte ha ett så pass långtgående syfte att genom personalmässiga-, tekniska- och organisatoriska åtgärder säkerställa att en leverantör är tillräckligt kompetent för att utföra ett offentligt kontrakt. Detta förhållande torde istället fastställas av bestämmelserna i 14 kap. LOU och speciellt av bestämmelsen 14 kap. 5§ LOU som föreskriver att en upphandlande myndighet får ställa krav på en leverantörs tekniska- och yrkesmässiga kapacitet i form av att leverantören ska ha tillräckliga personal- och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Det framgår dock att leverantören ska ha utfört alla de nämnda åtgärderna i 13 kap. 5§ LOU innan denne kan anses ha utfört en self-cleaning.²⁵⁴ I detta fall, anser jag, att tillämpningen av de self-cleaning-åtgärder gällande fel som nämns i grupp 2, sträcker sig till att säkerställa att leverantören har betalt eller åtagit sig att betala eventuella skadestånd som denne gjort sig skyldig till och att det är detta som åtgärden utredande och klargörande av fakta ska inrikta sig på. Leverantören ska i detta hänseende inte omfattas av åtgärden personalmässiga-, tekniska- och organisatoriska åtgärder.

5.2.4 Sammanfattning av analys

Gällande de fel som nämns i grupp 1, anser jag, att leverantören ska, för den utredande myndigheten, beskriva beslutsgången, redogöra för vilka personer som var inblandade i felet samt under hur lång tid som leverantören förfarit på dylikt sätt. Detta görs för att kunna avgöra vilka skador som leverantören har gjort sig skyldig till och vilka personalmässiga-, organisatoriska- och tekniska åtgärder som ska vidtas, samt att avgöra vilket ”allvarligt fel” som har begåtts så att åtgärderna som vidtas motsvarar det syfte som skyddas. I denna bedömning ska hänsyn tas till proportionalitetsprincipen. Vad avser de personalmässiga-, organisatoriska- och tekniska åtgärder som leverantören ska vidta framgår det att det finns en skillnad i hur rigorösa åtgärder leverantören behöver vidta beroende på hur allvarligt felet är genom att bedöma dess karaktär, men även med hänsyn till hur stora vinster leverantören har haft av att begå felet. Det framgår även att åtgärderna kan

²⁵³ Se avsnitt 5.1.

²⁵⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1089.

skifta beroende på vilket typ av ”allvarligt fel” som leverantören har begått.²⁵⁵

Gällande vilka fakta och omständigheter som leverantörer, som gjort sig skyldig till ett ”allvarligt fel” i grupp 2, ska klargöra, så torde det enligt mig, enbart utgöras av vilka skador denne ska betala på grund av det odugliga genomförandet av det tidigare kontraktet. Detta anser jag på grund av att om en leverantör i detta fall skulle behöva vidta personalmässiga-, tekniska- och organisatoriska åtgärder är det dels inte förenligt proportionalitetsprincipen och dels att det inte är bestämmelsen self-cleaning uppgift att säkerställa att en leverantör är tillräckligt kompetent för att utföra ett offentligt kontrakt. Av dessa anledningar ska en leverantör anses ha begått en self-cleaning när denne samarbetat med de utredande myndigheterna för att fastställa om den denne har något skadeanspråk riktat mot sig på grund av det begångna felet samt i de fall leverantören har ett skadeanspråk att betala eller i de fall leverantören åtar sig att betala skadan.²⁵⁶

5.3 När leverantören vidtagit alla nödvändiga åtgärder

Trots att de åtgärder som vidtagits av den italienska leverantören i fallet ovan, bedömde den upphandlande myndigheten att leverantören inte lojalt hade samarbetet med den upphandlande myndigheten.²⁵⁷ EU-domstolen ansåg att leverantören i sak inte lämnat några oriktiga uppgifter i upphandlingsförfarandet, men att leverantören trots detta utesluts för att denne inte samarbetet på ett lojalt sätt. I målet hade leverantören lämnat en självförsäkran om att denne inte omfattas av något uteslutningsgrundande fel. EU-domstolen menade att det enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18/EG om allvarligt fel i yrkesutövningen finns en möjlighet för medlemsstaterna att reglera i vilken form leverantören ska ta avstånd från, i detta fall, sin styrelseledamot och att om avståndstagandet bedöms som icke tillräckligt enligt den upphandlande myndigheten, får leverantören uteslutas från den offentliga upphandlingen. Att leverantören i detta fall inte lämnat uppgifter om domen mot sin styrelseledamot ansåg EU-domstolen att detta var tillräckligt för att den upphandlande myndigheten skulle få utesluta leverantören, trots de åtgärder leverantören vidtagit.²⁵⁸

Detta kan tolkas som att EU-domstolen här definierar att lojalt samarbete med den upphandlande myndigheten tillhör en del av kraven för self-cleaning. Trots att denna dom bedömdes enligt de regler som föreskrivs i direktiv 2004/18/EG, finns det en stor möjlighet att domskälen även kommer att ha inverkan på bestämmelsen om self-cleaning i artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU. Detta beror på att lydelserna i de två direktiven allvarligt fel i yrkesutövningen i 45.2 i direktiv 2004/18/EG och i direktiv 2014/24/EU, inte skiljer sig åt och att båda direktiven öppnar upp för en

²⁵⁵ Se avsnitt 5.2.1, 5.2.2 och 5.2.3.

²⁵⁶ Se avsnitt 5.2.1, 5.2.2 och 5.2.3.

²⁵⁷ Se avsnitt 5.2.3.

²⁵⁸ *Mantovani e Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 31, 41-43 och 55.

flexibel tolkning av de fakultativa uteslutningsgrunderna. Det är rimligt att anta att det, under de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU om self-cleaning, kommer att anses att om en leverantör på ett lojalt sätt inte samarbetar med den upphandlande myndigheten, trots att denne uppfyllt alla andra self-cleaning åtgärder, blir leverantören utesluten ur den offentliga upphandlingen. Detta förhållningssätt bekräftas även i doktrin, som framhåller att de åtgärder som nämnts i direktivet är troligen inte helt uttömmande och att det är rimligt att anta att de upphandlande myndigheterna kan begära andra åtgärder i specifika situationer för att de ska anse att leverantören är tillförlitlig. Denna valmöjlighet finns eftersom bestämmelserna kring uteslutning och self-cleaning i direktiv 2014/24/EU är så pass flexibla och generellt hållna.²⁵⁹ Det torde inte gå så långt att den upphandlande myndigheten godtyckligt kan införa nya åtgärder eller åtaganden som en leverantör ska följa, men däremot att myndigheten begär att leverantören vidtar olika åtgärder än de som benämns i 13 kap. 5§ LOU.

²⁵⁹ Hjelmeng & Søreide, s. 219. Se även Caranta & Richetto, s. 287 f.

6 Avslutande kommentarer

Jag har i detta arbete ämnat fastställa vad som utgör gällande rätt av uteslutningsgrunderna allvarligt fel i yrkesutövningen och allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt, samt analysera hur self-cleaning-bestämmelsen ska tillämpas på dessa uteslutningsgrunder. Jag anser att det framgår av ovan analyser och diskussioner att Sverige står inför en stor utmaning i tillämpningen av de nya uteslutningsbestämmelserna och bestämmelsen om self-cleaning i LOU.

Allvarligt fel i yrkesutövningen har en vid definition och innefattar allt från brott till att leverantören helt enkelt varit oduglig i genomförandet av ett kontrakt. För att bevisa detta ska den upphandlande myndigheten göra sannolikt att ett sådant förhållande föreligger. I proportionalitetsbedömningen av huruvida en leverantör begått ett allvarligt fel ska felets karaktär, svårighetsgrad, tillvägagångssätt samt hur lång tid som förflutit sedan felet begicks, ligga till grund för bedömningen. Gällande den tidsperiod som förflutit sedan det uteslutningsgrundande felet begicks ska denna beräknas från dagen för den relevanta händelsen och får inte överstiga mer än tre år. I proportionalitetsbedömningen ska även ett eventuellt företrädaransvar tas med i bedömningen.

Allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt innefattar ungefär samma förhållanden som allvarligt fel i yrkesutövningen. Skillnaden mellan de två bestämmelserna är att allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt enbart är tillämpligt på kontrakt som är hänförliga till LOU, LUF, LUFs och LUK. Dessutom måste den upphandlande myndigheten i det tidigare kontraktet vidtagit sanktioner mot leverantören för att bestämmelsen ska vara tillämplig. I och med detta har myndigheten inte något beviskrav gällande denna uteslutningsgrund.

Hur proportionalitetsbedömning kommer att tillämpas på de fakultativa uteslutningsgrunderna, speciellt gällande allvarligt fel i yrkesutövningen, kommer att vara intressant att följa. Hur kommer exempelvis tidsaspekten att bedömas, vad kommer man definiera som ”dagen för den relevanta händelsen” och kommer de upphandlande myndigheterna och domstolarna att hålla sig inom artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU:s gränser om hur lång tid en leverantör får vara utesluten från en offentlig upphandling eller kommer man bedöma att det är proportionerligt att utesluta en leverantör längre än de tre år som artikeln föreskriver? Troligen kommer EU-domstolens avgörande C-124/17, Vossloh Laeis, vara vägledande i att besvara några av dessa frågor, om avgörandet följer de förslag som generaladvokat Sánchez-Bordona presenterat och är lika tydlig i sin bedömning. Det ska även bli intressant att se vilken roll företrädaransvaret kommer att få i proportionalitetsbedömningen av allvarligt fel i yrkesutövningen och det kommer även bli intressant att se om enskilda personer som är skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen kommer att

utnyttja möjligheten att gå runt upphandlingslagstiftningen. Det kommer även att vara intressant att se vilka situationer som uteslutningsgrunden allvarliga eller ihållande brister av ett väsentligt krav i ett tidigare offentligt kontrakt kommer att vara tillämplig på. Om bestämmelsen kommer att få en snäv tolkning eller en vid tolkning, anser jag, är avgörande för huruvida bestämmelsen kommer tillmätas någon som helst betydelse och för att de upphandlande myndigheterna ska kunna använda bestämmelsen.

Tillämpningen av self-cleaning för dessa uteslutningsgrunder lägger vikt vid hur allvarligt det "allvarliga felet" var och vilken typ av "allvarligt fel" det utgjorde, så att åtgärderna som vidtas motsvarar det syfte som skyddas samt att åtgärderna som vidtas är proportionerliga i ljuset av hur pass allvarligt felet är och hur stor fördel i form av vinst som leverantören har haft av att begå felet. Avseende den grupp av "allvarliga fel" som är hänförliga till leverantörens prestation som kontrakts partner torde self-cleaning enbart omfattas av om leverantören fastställer och ersätter eller åtar sig att ersätta den skada denne har förorsakat. Jag anser att det kommer vara extra intressant att följa hur self-cleaning-bestämmelsen tillämpas i Sverige och speciellt hur den kommer att bedömas när en leverantör begått ett "allvarligt fel" genom att denne har varit oduglig i ett tidigare kontrakt. Det är möjligt att den utredande myndigheten kommer att begära att leverantören i detta fall vidtar personalmässiga-, organisatoriska- och tekniska åtgärder för att leverantören ska anses ha utfört en self-cleaning. Det är även möjligt att tillämpningen kommer att bli som jag analyserar ovan, att den enda åtgärden leverantören ska vidta i en sådan situation är att betala den eventuella skada som denne har förorsakat.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Direktiv

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

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

Kommissionen

KOM(2011) 15

Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad

Propositioner

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

SOU

SOU 2010:29

En ny förvaltningslag

SOU 2014:51

Nya regler om upphandling

Doktrin

Arrowsmith, Sue, Priess, Hans-Joachim & Friton, Pascal, Self-Cleaning - An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?, I: *Pünder, Hermann, Priess, Hans-Joachim & Arrowsmith, Sue (red.), Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, s. 1-32
[cit. Arrowsmith, Priess & Friton]

Arrowsmith, Sue, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, JPP, 2010, vol. 10, s. 149-186
[cit. Arrowsmith (2010)]

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*. [Volume 1], regulation in the EU and UK, 3e uppl., Sweet & Maxwell, London, 2014
[cit. Arrowsmith (2014)]

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag, Stockholm, 2012
[cit. Asplund, Ehn, Johansson & Olsson]

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014
[cit. Bernitz & Kjellgren]

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
[cit. Bogdan]

Bovis, Christopher, *The Law of EU Public Procurement*, 2a uppl., Oxford University Press, Oxford, 2015
[cit. Bovis (2015)]

Bovis, Christopher, *The Principles of Public Procurement Regulation*, I: *Bovis, Christopher (red.), Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, s. 35-59
[cit. Bovis (2016)]

Burgi, Martin & Wittschurky, Laura K., *The Qualification and Exclusion of Economic Operators (Tenderers and Candidates) from a German Perspective*, I: *Burgi, Martin, Trybus, Martin & Treumer, Steen (red.), Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, s. 63-84
[cit. Burgi & Wittschurky]

Caranta, Roberto & Richetto, Sara, On Self-cleaning, I: *Burgi, Martin, Trybus, Martin & Treumer, Steen (red.), Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, s. 275-302

[cit. Caranta & Richetto]

de Mars, Sylvia, Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade?, I: *Skovgaard Ølykke, Girth & Sanchez-Graells, Albert (red.), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, s. 253-273

[cit. de Mars]

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 3e uppl., Jure Förlag, Stockholm, 2014

[cit. Falk]

Ekelöf, Per-Olof, Rättegång. Fjärde häftet, 6e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1992

[cit. Ekelöf]

Engström, Mikael, Korruption i offentlig upphandling, UrT, 2016 s. 319-328

[cit. Engström]

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2a uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

[cit. Hettne & Otken Eriksson]

Hjelmeng, Erling & Søreide, Tina, Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization, I: *Yukins, Christopher & Margherita Racca, Gabriella (red.), Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bryssel, 2014, s. 215-232

[cit. Hjelmeng & Søreide]

Johansson, Daniel, Tredjemansinträde i upphandlingsmål, FT, 2016, s. 63-88

[cit. Johansson, FT 2016]

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, I: *Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21-45

[cit. Kleineman]

Neiva de Oliveira, Miguel, The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract, E.P.P.P.L, 2016, vol. 11, s. 340-345

[cit. Neiva de Oliveira]

Pedersen, Kristian, Upphandlingskrönika - Self-cleaning, ERT, 2012, s. 172-177
[cit. Pedersen]

Priess, Hans-Joachim, The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive, P.P.L.R. 2014, vol. 3, s. 112-123
[cit. Priess]

Priess, Hans-Joachim, Pünder, Hermann & Stein, Roland M., Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States – Germany, I: *Pünder, Hermann, Priess, Hans-Joachim & Arrowsmith, Sue (red.), Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, s. 51-100
[cit. Priess, Pünder & Stein]

Racca, Gabriella M., Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the Challenge of the European Single Procurement Document (ESPD), I: *Burgi, Martin, Trybus, Martin & Treumer, Steen (red.), Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, s. 303-325
[cit. Racca]

Ragnemalm, Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, 10e uppl., Jure, Stockholm, 2014
[cit. Ragnemalm]

Reichel, Jane, EU-rättslig metod, I: *Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 109-140
[cit. Reichel]

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Piper, Catharina och Willquist, Henrik. Zeteos kommentar till ÄLOU, 10 kap. Publicerad 2015-05-01. Hämtad 2018-05-04.
[cit. Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist & Piper, (Zeteo)]

Sanchez-Graells, Albert, Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24, I: *Lichere, Francois, Caranta, Roberto & Treumer, Steen (red.), Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement, vol. 6 European Procurement Law Series*, Djøf Publishing, Copenhagen 2014, s. 97-128
[cit. Sanchez-Graells (2014)]

Sanchez-Graells, Albert, Butler, Luke R.A. & Telles, Pedro, Exclusion of Economic Operators from Public Procurement Procedures. A Comparative View on Selected Jurisdictions, I: *Burgi, Martin & Trybus, Martin (red.), Qualification, Exclusion and Selection in EU Procurements, vol. 7 European Procurement Law Series*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, s. 245-275
[cit. Sanchez-Graells, Butler & Telles (2016)]

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap, Del I, JT 1995/96, s. 726-748.

[cit. Sandgren (1995)]

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod, och argumentation, 3e uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015

[cit. Sandgren (2015)]

Schoenmaekers, Sarah, Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success? E.P.P.P.L, 2018, vol. 13(1), s. 3-17.

[cit. Schoenmaekers]

Semple, Abby, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford University Press, Oxford, 2015

[cit. Semple]

Steinicke, Michael, Qualification and Shortlisting, I: *Trybus, Martin, Caranta, Roberto & Edelstam, Gunilla (red.) EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bryssel, 2014, s.105-124

[cit. Steinicke]

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

[cit. Sundstrand (2012)]

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – En introduktion, 2a uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

[cit. Sundstrand (2013)]

Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, UrT, 2014, s. 58-66.

[cit. Sundstrand (2014)]

Sundstrand, Andrea, Talerätt för vinnande leverantör – Valfritt för domstolen?, ERT, 2014, s. 289-300

[cit. Sundstrand, ERT 2014]

Sundstrand, Andrea, En granskning av svensk jurisprudence – HFD 2013 ref. 61, UrT, 2015, s. 110-115

[cit. Sundstrand (2015)]

Telles, Pedro & Butler, Luke R. A., Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU, I: *Lichère, Francois, Caranta, Roberto & Treumer, Steen (red.), Modernising Public Procurement: the New Directive*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2014, s. 131-184

[cit. Telles & Butler]

Telles, Pedro, The European Single Procurement Document, UrT, 2017, s. 1-21

[cit. Telles]

Treumer, Steen, Exclusion, Qualification and Selection of Candidates and Tenderers in EU Procurement, I: *Burgi, Martin, Trybus, Martin & Treumer, Steen (red.) Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2016, s. 15-40

[cit. Treumer]

van Garsse, Steven & de Mars, Sylvia, Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive, I: *Marique, Yseult & Wauters, Kris (red.), EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets?*, Larcier, Bryssel, 2016, s. 121-137

[cit. van Garsse & de Mars]

Myndighetsdokument

Konkurrensverket

Konkurrensverkets rapport 2013:6

Osund konkurrens i offentlig
upphandling - Om lagöverträdelser
som konkurrensmedel

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

EU-domstolens avgöranden

Dom i mål C-26/62	<i>Van Gend en Loos</i> , dom av den 5 februari 1963, EU:C:1963:1
Dom i mål C-6/64	<i>Costa mot ENEL</i> , dom av den 15 juli 1964, EU:C:1964:66
Dom i mål C-120/78	<i>Cassis de Dijon</i> , dom av den 20 februari 1979, EU:C:1979:42
Dom i mål C-360/89	<i>Kommissionen mot Italien</i> , dom av den 3 juni 1992, EU:C:1992:235
Dom i mål C-243/89	<i>Kommissionen mot Danmark</i> , dom av den 2 juni 1993, EU:C:1993:257
Dom i mål C-230/02	<i>Grossman Air Service</i> , dom av den 12 februari 2004, EU:C:2004:93
Dom i mål C-21/03	<i>Fabricom</i> , dom av den 3 mars 2005, EU:C:2005:127
Dom i mål C-26/03	<i>Stadt Halle</i> , dom av den 11 januari 2005, EU:C:2005:5
Dom i mål C-226/04 & C-228/04	<i>De förenade målen La Cascina & Zilch</i> , dom av den 9 februari 2006, EU:C:2006:94.
Dom i mål C-454/06	<i>Pressetext</i> , dom av den 19 juni 2008, EU:C:2008:351
Dom i mål C-213/07	<i>Michaniki</i> , dom av den 16 december 2008, EU:C:2008:731
Dom i mål C-538/07	<i>Assitur</i> , dom av den 19 maj 2009, EU:C:2009:317
Dom i mål C-599/10	<i>Slovensko</i> , dom av den 29 mars 2012, EU:C:2012:191

Dom i mål C-465/11	<i>Forposta</i> , dom av den 13 december 2012, EU:C:2012:801
Dom i mål C-470/13	<i>Generali-Providencia</i> , dom av den 18 december 2014, EU:C:2014:2469
Dom i mål C-171/15	<i>Connexion</i> , dom av den 14 december 2016, EU:C:2016:948
Dom i mål C-178/16	<i>Mantovani e Guerrato</i> , dom av den 20 december 2017, EU:C:2017:1000

Förslag till EU-domstolens avgörande

Förslag på dom i mål C-124/17	<i>Vossloh Laeis</i> (förslag till avgörande av Generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona), förslag till avgörande 16 maj 2018, EU:C:2018:316
-------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Högsta förvaltningsdomstolen

RA 1997 ref. 65

RA 2010 ref. 79

HFD 2013 ref. 61

HFD 2017 ref. 62

Kammarrätten

Dom i mål nr. 3117-05	Kammarrätten i Stockholms dom av den 22 juli 2005
Dom i mål nr. 4211-08	Kammarrätten i Jönköpings dom av den 9 juni 2009
Dom i mål nr. 3767-09	Kammarrätten i Stockholms dom av den 6 juli 2009
Dom i mål nr. 1406-09	Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 juli 2009
Dom i mål nr. 4442-09	Kammarrätten i Göteborgs dom av den 3 februari 2010

Dom i mål nr. 2090-11	Kammarrätten i Göteborgs dom av den 15 april 2011
Dom i mål nr. 4809-11	Kammarrätten i Stockholms dom av den 7 oktober 2011
Dom i mål nr. 2022-12	Kammarrätten i Jönköpings dom av den 5 december 2012
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 av den 25 oktober 2013
Dom i mål nr. 3484-12	Kammarrätten i Jönköpings dom av den 31 oktober 2013
Dom i mål nr. 3725-13	Kammarrätten i Stockholms dom av den 2 december 2013
Dom i mål nr. 3727-13	Kammarrätten i Stockholms dom av den 2 december 2013
Dom i mål nr. 7072-13	Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 juni 2014
Dom i mål nr. 6478-15	Kammarrätten i Stockholms dom av den 12 februari 2016
Dom i mål nr. 1425-16	Kammarrätten i Göteborgs dom av den 15 oktober 2016

