

---

Viktor Hård af Segerstad

Nya regler om uteslutning –  
förenkling eller förvirring?

2017 nr 4

**UrT**

---

---

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

# Nya regler om uteslutning – förenkling eller förvirring?

Viktor Hård af Segerstad\*

## 1 Inledning

Att vi sedan den 1 januari 2017 har nya lagar om offentlig upphandling i Sverige har knappast undgått någon upphandlingsintresserad.<sup>1</sup> De nya lagarna genomför tre EU-direktiv som beslutades under våren 2014.<sup>2</sup> Arbetet med att genomföra direktiven i svensk lag har utstått kritik av sällan skådat slag. Främst i ledet av kritiker stod Lagrådet som i sitt drygt 400 sidor långa yttrande använde begrepp som ”svåröverskådligt”, ”tvetydigt”, ”obegripligt” och ”oförnuftigt” för att beskriva sin syn på EU-direktiven och delar av det svenska lagförslaget.<sup>3</sup>

Det huvudsakliga syftet med 2014 års upphandlingsdirektiv har varit förenkling och ökad flexibilitet, men det är befogat att ifrågasätta om det verkligen har åstadkommit, i vart fall hittills. Ska de tilltänkta målen om förenkling förverkligas, kvarstår en hel del arbete för lagstiftare, domstolar och myndigheter.

De nya direktiven syftar i större utsträckning än tidigare direktiv till att begränsa osunda element i offentliga affärer. I 13 kap. LOU finns bestämmelserna som anger under vilka omständigheter en upphandlande myndighet *ska* respektive *får* utesluta en leverantör från en upphandling samt *hur* en sådan uteslutning ska gå till. Samtidigt som några tidigare frågor besvaras genom de nya reglerna uppdragas nya. Avsikten med denna artikel är att kort sammanfatta bestämmelserna om uteslutning i LOU för att sedan belysa några utmaningar som upphandlare och leverantörer står inför vid tolkningen och tillämpningen av bestämmelserna.<sup>4</sup>

---

\* Biträdande jurist vid AG Advokat.

<sup>1</sup> Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).

<sup>2</sup> Direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) samt direktiv 2014/25/EU.

<sup>3</sup> Lagrådets yttrande *Nytt regelverk om upphandling*, 12 februari 2016.

<sup>4</sup> Framställningen är av utrymmesskäl begränsad till att behandla bestämmelserna i LOU.

## 2 Obligatoriska uteslutningsgrunder

### 2.1 Brotts

En upphandlande myndighet ska enligt 13 kap. 1 § LOU utesluta en leverantör från en upphandling om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. LOU får kännedom om att leverantören enligt en dom som har fått laga kraft är dömd för brott som innefattar *organiserad brottslighet*,<sup>5</sup> *korruption*,<sup>6</sup> *bedrägeri*,<sup>7</sup> *penningtvätt eller finansiering av terrorism*,<sup>8</sup> *terroristbrott*<sup>9</sup> eller *människohandel*<sup>10</sup>. En nyhet i förhållande till 2007 års LOU (ÄLOU) är att det tillkommit ny uteslutningsgrundande brottslighet i form av *finansiering av terrorism*, *terroristbrott* och *människohandel*.

Om leverantören är en juridisk person, ska leverantören enligt 13 kap. 1 § andra stycket LOU uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brott som omfattas av bestämmelsen. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.<sup>11</sup> Utöver den anbudsgivande leverantören omfattar uteslutningsgrunderna på motsvarande sätt även de företag vars kapacitet en leverantör åberopar för att uppfylla krav avseende ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.<sup>12</sup>

En annan nyhet i förhållande till ÄLOU är att upphandlande myndigheter, innan ett tilldelningsbeslut fattas, är skyldiga att begära in och kontrollera bevis som rör uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav.<sup>13</sup> I förarbetena anges att:

En leverantör ska alltså inte kunna tilldelas ett kontrakt innan den har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga kvalificeringskrav. Detta görs obligatoriskt då det bör säkerställas att inte någon leverantör som inte uppfyller kraven tilldelas kontraktet.<sup>14</sup>

<sup>5</sup> Se artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF.

<sup>6</sup> Se artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser.

<sup>7</sup> Se artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen.

<sup>8</sup> Se artikel 1 i direktiv 2005/60/EG, i lydelse enligt direktiv 2010/78/EU.

<sup>9</sup> Se artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet.

<sup>10</sup> Se artikel 2 i direktiv 2011/36/EU.

<sup>11</sup> 13 kap. 1 § andra stycket LOU.

<sup>12</sup> 4 kap. 11 § LOU, 15 kap. 1 § andra stycket LOU samt 15 kap. 6 § första stycket 3 LOU.

<sup>13</sup> 4 kap. 10 § och 15 kap. 4 § LOU.

<sup>14</sup> Prop. 2015:16:195, s. 770.

I 15 kap. 7 och 9 §§ LOU anges vilka bevis som en upphandlande myndighet kan begära att en leverantör lämnar för att visa att inget uteslutningsgrundande brott har begåtts. I första hand ska ett utdrag ur ett brottsregister lämnas och i andra hand en likvärdig handling som har utfärdats av en behörig myndighet. Om varken utdrag ur ett brottsregister eller likvärdig handling utfärdas i en medlemsstat, kan sådana handlingar ersättas av en ”utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran”.<sup>15</sup>

## 2.2 Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

En upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. LOU eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter och det har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som fått laga kraft.<sup>16</sup>

Skillnaden i förhållande till motsvarande bestämmelse i ÄLOU<sup>17</sup> är att uteslutning enligt 13 kap. 2 § första stycket LOU är obligatorisk om den obetalda skatten eller socialförsäkringsavgiften fastställts i ett avgörande *som fått laga kraft*. Bestämmelsen kommer sannolikt att ha mindre praktisk betydelse för svenskt vidkommande mot bakgrund av rekvisitet att domstolsavgörandet eller myndighetsbeslutet ska ha fått laga kraft i kombination med att tiden för överklagande av beslut om skatter och socialförsäkringsavgifter i Sverige normalt är sex år efter utgången av beskattningsåret.<sup>18</sup> Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter som *inte* fastställts i en lagakraftvunnen dom eller beslut kan dock utgöra en *fakultativ uteslutningsgrund*.

## 3 Fakultativa uteslutningsgrunder

### 3.1 Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

Utöver den obligatoriska uteslutningsgrunden avseende obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter enligt ett domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft följer av 13 kap. 2 § andra stycket LOU att en upphandlande myndighet *får* utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på annat lämpligt sätt kan visa att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter.

<sup>15</sup> 15 kap. 7 och 9 §§ LOU. Se också Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 (2017) ”ESPD-systemet” s. 28 och 31.

<sup>16</sup> 13 kap. 2 § LOU.

<sup>17</sup> 10 kap. 2 § första stycket 5 ÄLOU.

<sup>18</sup> Prop. 2015/16: 195, s. 1084 f.

### 3.2 Missförhållanden i fråga om en leverantörs verksamhet

Till de fakultativa uteslutningsgrunderna hör, förutom obetalda skatter och avgifter som den upphandlande myndigheten kan påvisa på annat sätt än genom lagakraftvunnet avgörande, den lista av nio olika missförhållanden som finns i 13 kap. 3 § LOU. De utgörs av:

1. Åsidosättande av miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.
2. Konkurs, likvidation, tvångsförvaltning eller liknande förfaranden.
3. Allvarligt fel i yrkesutövningen.
4. Konkurrensbegränsande samarbete.
5. Brister vid fullgörande av tidigare kontrakt.
6. Jäv.
7. Intressekonflikt på grund av tidigare deltagande i upphandlingen ("konsultjäv").
8. Utelämnade eller oriktiga uppgifter i egenförsäkran eller bevis.
9. Otillbörlig påverkan.

Punkterna 1, 4, 5, 6 och 7 saknar direkta motsvarigheter i ÄLOU.

I 13 kap. 3 § LOU används skiftande formuleringar i fråga om vad som krävs för att den upphandlande myndigheten ska ha visat att skäl för uteslutning föreligger. För punkten 1 krävs till exempel att myndigheten ska kunna *visa* att en sådan skyldighet som avses i punkten har åsidosatts, medan det enligt punkten 4 krävs att myndigheten har *tillräckligt sannolika indikationer* på att en konkurrensbegränsande överenskommelse har träffats. Skillnaden medför enligt förarbetena dock inte att kravet på vad som är tillräckliga skäl växlar beroende på vilken av punkterna som tillämpas.<sup>19</sup> Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, har i ett avgörande som avsåg uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen enligt ÄLOU funnit att det var tillräckligt att den upphandlande myndigheten gjort *sannolikt* att leverantören gjort sig skyldig till sådant fel.<sup>20</sup>

## 4 Utredning och undantag

En upphandlande myndighet måste ge leverantören tillfälle att yttra sig innan den fattar ett beslut om uteslutning. Om leverantören då visar att den är tillförlitlig genom att ha ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, ska leverantören inte uteslutas. Det krävs i sådana fall också att leverantören har klaggjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande

<sup>19</sup> Prop. 2015/16:195, s. 735 f.

<sup>20</sup> HFD 2013 ref. 61. Se dock Sundstrand, Andrea, En granskning av svensk jurisprudence - HFD 2013 ref. 61, UrT 2015 s. 110.

sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.<sup>21</sup> I de nya bestämmelserna föreskrivs alltså en lagstadgad möjlighet till så kallad *self-cleaning* eller *själsanering*.<sup>22</sup>

Den leverantör som fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter eller har ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte heller uteslutas.<sup>23</sup> En upphandlande myndighet får också låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.<sup>24</sup>

Den upphandlande myndigheten får när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig att det finns grund för uteslutning. Leverantören ska då snarast skriftligen underrättas om beslutet och skälen för det.<sup>25</sup>

LOU-direktivet föreskriver i artikel 57.7 att medlemsstaterna ska fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperiod som ska gälla om leverantören inte vidtar några själsanerande åtgärder. Om perioden inte fastställts i en lagakraftvunna dom om uteslutning får perioden enligt direktivets ordalydelse inte vara längre än fem år från den dag då domen meddelades i fråga om de obligatoriska uteslutningsgrunderna eller tre år från ”missförhållandet” vid någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Regeringen har bedömt att det i LOU inte bör tas in några bestämmelser med uttryckliga tidsgränser för uteslutningsgrundernas betydelse i tiden eftersom det i Sverige saknas system där en leverantör genom en dom kan uteslutas från att delta i framtida upphandlingar. Det innebär inte att en utesluten leverantör ska anses vara utesluten för all framtid på grund av en uteslutningsgrund, ens om den är obligatorisk. Istället hänvisar lagstiftaren till en proportionalitetsbedömning.<sup>26</sup> Det finns viss praxis avseende proportionalitetsbedömningar utifrån 10 kap. ÅLOU i fråga om hur tiden ”läker” uteslutningsgrundande omständigheter.<sup>27</sup> Denna praxis kan sannolikt ge viss vägledning även framöver.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är det inte självklart att Sverige är undantaget skyldigheten att införa en längsta tillåtna uteslutningsperiod. Samma bedömning gjorde Lagrådet i sitt yttrande över lagrådsremissen.<sup>28</sup> Upphandlingsmyndigheten rekommenderar därför upphandlande myndigheter

<sup>21</sup> 13 kap. 4 § LOU och 13 kap. 5 § första stycket LOU.

<sup>22</sup> Se även Sundstrand, Andrea, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, UfT 2014 s. 58.

<sup>23</sup> 13 kap. 5 § tredje stycket LOU.

<sup>24</sup> 13 kap. 6 § LOU.

<sup>25</sup> 13 kap. 7 § LOU.

<sup>26</sup> Prop. 2015/16:195 s. 738 ff.

<sup>27</sup> Se bl.a. RÅ 2010 ref. 79, Kammarrättens i Stockholm dom av den 28 januari 2013 (mål nr 7153-12) och Kammarrättens i Stockholm dom av den 12 februari 2016 (mål nr 6478-15).

<sup>28</sup> Lagrådets yttrande *Nytt regelverk om upphandling* den 12 februari 2016, s. 161–163.

att låta tidsgränserna på max fem respektive tre år få ett avgörande inflytande över den proportionalitetsbedömning som ska göras innan de fattar ett beslut om uteslutning enligt 13 kap. 1 och 3 §§ LOU.<sup>29</sup>

## 5 Tillämpningssvårigheter avseende de obligatoriska uteslutningsgrunderna

### 5.1 Vem är att anse som företrädare för en juridisk person vid uteslutningsbedömningen?

Bestämmelsen i 13 kap. 1 § LOU som anger vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att förhållanden hänförliga till den fysiska personens lämplighet ska få betydelse vid uteslutningsprövningen är en nyhet i förhållande till ÄLOU.

Av ÄLOU framgick att om en leverantör är en juridisk person ska leverantören uteslutas om en "företrädare" för den juridiska personen har dömts för ett uteslutningsgrundande brott.<sup>30</sup> Vem som har varit att anse som företrädare har inte varit helt klart, men av förarbeten och praxis framgår att en relativt vid personkrets har avsetts.<sup>31</sup> Av förarbetena till ÄLOU framgår bland annat att begreppet företrädare innefattar varje företrädare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen och en möjlighet att påverka dess förvaltning. Den som har satt en bulvan i sitt ställe har till exempel kunnat bedömas som företrädare för en juridisk person.<sup>32</sup>

I den nya bestämmelsen i LOU förtydligas att den relevanta personkretsen utgörs av de som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan samt de som är behöriga att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören. I förarbetena konstateras att även om förtydligandet i och för sig inte tycks ha fått sin utformning på grundval av en ambition från EU-lagstiftaren att förändra regelverket ger bestämmelsen enligt sin ordalydelse uttryck för ett något snävare synsätt än det som ligger till grund för ÄLOU.<sup>33</sup>

Den svenska lagstiftaren utesluter således inte att EU-lagstiftaren av rättssäkerhetsskäl velat få till stånd en något striktare bedömning avseende personkretsen.<sup>34</sup> För ett svenskt aktiebolags del får det enligt förarbetena antas att personkretsen omfattar bland annat styrelse, firmatecknare och VD. Vidare anfördes i propositionen, efter Lagrådets påpekande, att till exempel en advokat eller extern revisor

<sup>29</sup> Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 (2017) "ESPD-systemet", s. 39.

<sup>30</sup> 10 kap. 1 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU).

<sup>31</sup> Se till exempel RÅ 2010 ref. 79 samt prop. 2006/07:128, del 1, s. 226 och 388.

<sup>32</sup> Prop. 2006/07:128, s. 226.

<sup>33</sup> Prop. 2015/16:195, s. 729.

<sup>34</sup> A.a., s. 730.

inte torde ingå i personkretsen.<sup>35</sup> Sammanfattningsvis anges i förarbetena att det får överlämnas till rättstillämpningen att närmare bestämma gränserna för vilka personers lämplighet som ska beaktas.<sup>36</sup> I Lagrådets yttrande anmärktes att det inte rimligen kan lämnas åt rättstillämpningen att tolka en lagtext som har så stor betydelse för enskilda och myndigheter och som är så oklar.<sup>37</sup> Trots förtydligandet avseende personkretsen i förhållande till ÅLOU kvarstår flera frågor avseende vilka som ska anses vara företrädare vid uteslutningsprövningen.

År 2015 antog Europaparlamentet ett nytt penningtvättsdirektiv.<sup>38</sup> Enligt direktivet måste alla EU-länder ha ett register över så kallade verkliga huvudmän. Informationen om vem som är verklig huvudman ska bidra till att bekämpa penningtvätt och finansiering av terrorism.<sup>39</sup> Direktivet har genomförts i Sverige genom bland annat lagen (2017:631) om registrering av verkliga huvudmän. I lagen finns presumptionsregler för när en fysisk person ska antas utöva kontroll över en juridisk person. En verklig huvudman kan bland annat vara en fysisk person till vars förmån någon annan handlar.<sup>40</sup> Som exempel kan anges förmånstagare till stiftelser eller bulvanfall.<sup>41</sup> Bolagsverket är ansvarigt för att föra register över verkliga huvudmän i Sverige.<sup>42</sup> Det vore rimligt om verkliga huvudmän omfattas av personkretsen vid uteslutningsprövningen enligt LOU, sett till reglernas syfte. Om så är fallet får emellertid slutligen besvaras av rättstillämpningen.

## 5.2 Diskrepans mellan brottsligheten enligt EU-rättsakter och nationell straffrätt

Den uteslutningsgrundande brottsligheten finns förtecknad i artikel 57.1 i LOU-direktivet genom hänvisning till olika EU-rättsakter som definierar relevant brottslighet. I 13 kap. 1 § LOU har lagstiftaren valt att hänvisa till EU:s rättsakter i den svenska lagtexten för att beskriva brotten. Genom denna lagstiftningsmetod har det överlåtits till de upphandlande myndigheterna att avgöra huruvida brott som har begåtts av en leverantör enligt svensk eller utländsk straffrätt motsvarar de brott som definieras i nämnda EU-rättsakter. I fråga om majoriteten av den brottslighet som finns angiven i 13 kap. 1 § LOU (*organiserad brottslighet, bedrägeri, penningtvätt eller finansiering av terrorism, terroristbrott, och människohandel*) är upphandlande myndigheter således hänvisade till att göra en kvalitativ jämförelse av om en lagakraftvunnen dom enligt svensk eller

<sup>35</sup> A.a.

<sup>36</sup> A.a., s. 730 och s. 1084.

<sup>37</sup> Lagrådets yttrande *Nytt regelverk om upphandling*, 12 februari 2016, s. 160.

<sup>38</sup> Direktiv 2015/849/EU.

<sup>39</sup> Artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2015/849.

<sup>40</sup> 1 kap. 3 § lagen (2017:631) om registrering av verkliga huvudmän.

<sup>41</sup> Prop. 2016/17:173, s. 241.

<sup>42</sup> 3 kap. 1 § lagen (2017:631) om registrering av verkliga huvudmän.

utländsk straffrätt omfattar sådan uteslutningsgrundande brottslighet som avses i EU:s relevanta rättsakter.<sup>43</sup>

I förarbetena har regeringen förutspått dessa tillämpningsproblem och anger att metoden för genomförande av direktivets bestämmelser inte är invändningsfri.<sup>44</sup> Enligt förarbetsuttalandena är metoden dock ”acceptabel” om förarbetena återger den svenska lagstiftarens överväganden vid genomförandet av de aktuella EU-rättsakterna för att ge en bild av vilka svenska straffbestämmelser som bedöms motsvara gärningarna i EU:s rättsakter.<sup>45</sup> När det gäller brott som en leverantör har dömts för utomlands går det däremot enligt förarbetena inte att ge någon generell vägledning. När sådana förhållanden blir aktuella får upphandlaren göra sin bedömning med beaktande av den aktuella statens straffbestämmelser och jämföra hur dessa förhåller sig till EU:s rättsakter.<sup>46</sup>

I ett undantagsfall (*korruption*) hänvisar LOU-direktivet och LOU även till brott ”enligt nationella bestämmelser”.<sup>47</sup> Grund för uteslutning på grund av korruption finns därmed om leverantören eller dess företrädare har dömts för något av mutbrotten enligt 10 kap. 5 a–5 e §§ brottsbalken.

Utifrån det ovan nämnda kan tyckas att en orimlig börda har landat hos upphandlarna vad avser tolkningen av EU:s relevanta rättsakter. Orsaken har delvis sitt svar i valet av olika metoder för genomförande av relevant EU-rätt till svensk lag. EU-rätten har företrädare framför nationell rätt och varje medlemsstat är skyldig att tolka nationella rättsakter i ljuset av EU-rätten.<sup>48</sup> Av artikel 288 i EUF-fördraget framgår dock att ett EU-direktiv är bindande för varje medlemsstat endast med avseende på det resultat som ska uppnås och EU överläter åt varje medlemsstat att själv bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Således finns ett utrymme att frånga ett EU-direktivs ordalydelse och istället anamma ett mer resultatorienterat förhållningssätt. Det har den svenska lagstiftaren gjort vid genomförandet i den svenska straffrätten av de EU-rättsakter som det hänvisas till i 13 kap. 1 § LOU.<sup>49</sup> Vid genomförandet av LOU-direktivet har metoden dock varit mer bestämmelseorienterad och man har i stor

<sup>43</sup> Se vidare Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, JT 2014/15 s. 105-128, s. 107 ff. och Sundstrand, Andrea, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, UfT 2014 s. 58.

<sup>44</sup> Prop. 2015/16:195, s. 715 ff.

<sup>45</sup> A.a.

<sup>46</sup> Prop. 2015/16:195, s. 716.

<sup>47</sup> ”Bestickning enligt artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, *eller korruption enligt nationella bestämmelser.*”

<sup>48</sup> Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 99 ff. och 126.

<sup>49</sup> Prop. 2010/11:76 s. 25.

utsträckning undvikit att frångå direktivets ordalydelse.<sup>50</sup> Denna ”kollision” mellan olika sätt att genomföra EU-rätt bidrar till tillämpningssvårigheten avseende de nya ute-slutningsgrunderna i 13 kap. 1 § LOU.

Av 13 kap. 1 § 1 LOU framgår att en leverantör ska uteslutas om leverantören dömts för sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot *organiserad brottslighet*. Av nämnda artikel 2 föreskrivs bland annat att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att vissa angivna beteenden som rör en kriminell organisation betraktas som brottsliga gärningar. Med kriminell organisation avses enligt definitionen i rambeslutets artikel 1.1 ”en strukturerad sammanslutning, som har inrättats under en tid, av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på maximalt minst fyra år eller en strängare sanktion, för att direkt eller indirekt erhålla ekonomiska eller materiella fördelar”.

Rambeslutet genomfördes i Sverige genom mindre justeringar i den svenska straffrätten, och lagstiftaren valde till skillnad mot flera andra EU-medlemsstater att inte införa särskilda straffbestämmelser för deltagande i en kriminell organisation. Man bedömde att det var obehövt att nya typer av självständiga, fullbordade gärningar kriminaliserades.<sup>51</sup> De gärningstyper som fick anses omfattas av rambeslutet var enligt regeringen sådana som normalt var att förknippa med organiserad brottslighet och som var av allvarlig och gränsöverskridande karaktär. Till dessa gärningstyper hörde stöld, rån, bedrägeri, penningförfalskning, dobbleri, koppleri, människohandel, givande av muta, narkotikabrott, vapenhandel, smuglingsbrott och människosmuggling.<sup>52</sup> Om en leverantörs företrädare dömts för ett brott, till exempel grov stöld enligt brottsbalken, innebär det inte per automatik att grund för uteslutning föreligger. För uteslutning krävs att den upphandlande myndigheten bedömer att den lagakraftvunna domen också avser brottslighet hänförlig till en kriminell organisation.

Att man som upphandlare i Sverige kan ha en rejäl uppförsbacke vid bedömningen av om ett uteslutningsgrundande brott har begåtts eller inte står klart. Det är till synes delvis en produkt av att skilda EU-rättsakter inarbetas i svensk lag med olika metoder samtidigt som rättsakterna är beroende av varandra i den praktiska tillämpningen. Betydelsen av problemet kan tyckas liten i praktiken mot bakgrund av vilka brott som är uteslutningsgrundande. Problematiken har dock ökat eftersom myndigheterna numera, senast innan kontraktstilldelningen, *måste* kontrollera om den leverantör som är aktuell för tilldelning har begått ett

<sup>50</sup> För en fördjupning i ämnet rekommenderas artikeln ”Nya direktiv om genomförandet av nya direktiv – Lagrådets yttrande visar på olika tankeskolor vad gäller hur Sverige bör genomföra upphandlingsdirektiven – analys”, Olsson, Erik, JP Upphandlingsnet, 2016.

<sup>51</sup> Prop. 2010/11:76, s. 20.

<sup>52</sup> Prop. 2010/11:76, s. 21.

uteslutningsgrundande brott.<sup>53</sup> Att problematiken nu är mer omfattande beror även på att uteslutningsgrundarna även träffar de företag vars kapacitet en anbudsgivare åberopar i upphandlingen.<sup>54</sup>

### 5.3 Praktiska problem vid kontroll av uteslutningsgrundande brottslighet

Enligt nuvarande LOU måste myndigheterna före kontraktstilldelningen kontrollera om en leverantör ska uteslutas. Sådan kontroll ska göras enligt 15 kap. LOU. För kontrollen blir i första hand utdrag ur ett brottsregister aktuellt.<sup>55</sup> Upphandlingsmyndigheten har gjort bedömningen att de utdrag ur belastningsregistret som enligt nuvarande regler kan utfärdas i Sverige inte är ett sådant utdrag ur brottsregister som avses i LOU.<sup>56</sup> Det saknas nämligen ett för de aktuella brotten anpassat belastningsregister varför utdraget skulle omfatta även annan brottslighet. Det är även oklart om ett till den upphandlande myndigheten inkommet belastningsregisterutdrag skulle omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).<sup>57</sup> Enligt Upphandlingsmyndighetens rekommendationer efterfrågar svenska upphandlande myndigheter i upphandlingsdokumenten nu istället ett intyg i form av en sanningsförsäkran.<sup>58</sup>

Om en medlemsstat inte tillhandahåller sådana bevis som kan styrka frånvaron av uteslutningsgrundande brott (till exempel relevanta utdrag ur ett brottsregister), åläggs medlemsstaten enligt artikel 60.2 tredje stycket i LOU-direktivet att lämna en officiell förklaring där det framgår att relevanta dokument inte utfärdas. Upphandlingsmyndigheten och Polismyndigheten erinrade om skyldigheten i en gemensam skrivelse till regeringen den 10 mars 2017.<sup>59</sup> I förordningen (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten framgår av 7 a § att det i Sveriges fall ankommer på Upphandlingsmyndigheten att lämna förklaringen. Förklaringen ska göras tillgänglig via onlineverktyget e-Certis.<sup>60</sup> Någon officiell förklaring har Upphandlingsmyndigheten per den 30 oktober 2017 ännu inte lämnat. Frågan har därför tagits upp med Upphandlingsmyndigheten som nu utreder frågan.

---

<sup>53</sup> 4 kap. 10 § LOU.

<sup>54</sup> 4 kap. 11 § LOU, 15 kap. 1 § andra stycket LOU samt 15 kap 6 § första stycket 3 LOU.

<sup>55</sup> 4 kap. 10 § LOU samt 15 kap. 4 och 7 §§ LOU och prop. 2015/16:195, s. 771.

<sup>56</sup> Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 (2017) "ESPD-systemet", s. 31.

<sup>57</sup> Upphandlingsmyndighetens och Polismyndighetens skrivelse 2017-03-10, Upphandlingsmyndighetens Dnr: UHM-2017-0083.

<sup>58</sup> A.a. samt Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 (2017) "ESPD-systemet", s. 31.

<sup>59</sup> Upphandlingsmyndighetens och Polismyndighetens skrivelse 2017-03-10, Upphandlingsmyndighetens dnr UHM-2017-0083.

<sup>60</sup> Av artikel 61 i LOU-direktivet framgår att e-Certis är ett verktyg som inrättats av EU-kommisionen. Avsikten är att underlätta gränsöverskridande handel.

När det kommer till frågan om behov av anpassning av regelverket rörande tillgång till utdrag ur brottsregister har regeringen aviserat att den avser att återkomma.<sup>61</sup> Enligt uppgift från Finansdepartementet i oktober 2017 bereds frågan som ett prioriterat ärende inom departementet. Det mesta tyder på att problemet, åtminstone temporärt, kommer att få sin lösning genom en anpassning av lagen (1998:620) om belastningsregister.

## 6 Tillämpningssvårigheter avseende de fakultativa uteslutningsgrunderna

En av tillämpningssvårigheterna när det kommer till de fakultativa uteslutningsgrunderna rör frågan om bevismedel och beviskrav. Det framstår som något oklart vad som kommer att krävas för att en upphandlande myndighet ska ha rätt att utesluta en anbudsgivare med hänvisning till att ett missförhållande enligt 13 kap. 3 § LOU föreligger. I HFD 2013 ref. 61 konstaterade HFD att det saknas bestämmelser i det upphandlingsrättsliga regelverket i fråga om beviskrav och bevismedel varför frågan måste avgöras med hjälp av förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer. I rättsfallet fann HFD, som framgår av avsnitt 3.2 ovan, att det var tillräckligt att den upphandlande myndigheten gjort *sannolikt* att leverantören hade gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Några av missförhållandena som omfattas av 13 kap. 3 § LOU är relativt vagt formulerade i lagtexten, vilket öppnar för olika bedömningar. Bland annat är det oklart vilka typer av företeelser som kommer att omfattas av 13 kap. 3 § 5 LOU avseende brister vid fullgörande av tidigare kontrakt. Skulle till exempel ett utdömt förseningsvite vid fullgörande av ett byggentreprenadkontrakt anses vara ett sådant förhållande? En sådan ordning vore märklig och skulle leda till ett stort utrymme för de upphandlande myndigheterna att efter fritt skön välja bort leverantörer. När det gäller åsidosättande av arbetsrättsliga skyldigheter framgår det inte heller närmare hur allvarligt åsidosättande som krävs för att en leverantör ska kunna uteslutas. Eftersom dessa frågor, som så många andra, överlämnats till rättstillämpningen kan man bara hoppas på ett snart klagörande från dömande instanser.

I fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen finns redan en del praxis i förhållande till ÄLOU. EU-domstolen har t.ex. funnit att begreppet *allvarligt fel i yrkesutövningen* omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelse av i strikt mening

---

<sup>61</sup> Prop. 2015/16:195, s. 771.

etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör.<sup>62</sup> Delaktighet i förfaranden med osanna fakturor har i flera avgöranden ansetts vara ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning.<sup>63</sup> Omfattande och upprepade avtalsbrott i form av felfakturering, uteblivna rabatter och otillåtet anlåtande av underleverantörer har också ansetts utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen.<sup>64</sup> I ett annat mål har en leverantör av telefonitjänster bedömts ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen efter felfakturering, driftstörningar samt bristande kommunikation i samband med driftstörningarna.<sup>65</sup> Att Konkurrensverket beslutat att väcka talan om konkurrensskadeavgift har också ansetts vara tillräckligt för att utesluta en anbudsgivare från en upphandling avseende rekryteringstjänster.<sup>66</sup>

## 7 Slutsatser

Intentionerna avseende bestämmelserna om uteslutning är tämligen okontroversiella. Ingen borde vilja ha leverantörer med anknytning till sådan uteslutningsgrundande verksamhet som redogjorts för ovan, när offentlig verksamhet ska finansieras med skattemedel genom upphandling. Däremot måste det tillkomma mer rättssäkra metoder för kontroll av huruvida någon uteslutningsgrund föreligger. Det gäller i förhållande såväl till de obligatoriska uteslutningsgrunderna, där de upphandlande myndigheterna behöver få bättre verktyg för kontroll och uppföljning, som till de fakultativa uteslutningsgrunderna, där leverantörerna har rätt till ökad förutsebarhet och transparens.

Att som ofta sker i praktiken i dag låta leverantörerna på heder och samvete intyga att någon uteslutningsgrund inte föreligger är knappast en hållbar lösning. När det gäller de obligatoriska uteslutningsgrunderna framstår det som osannolikt att en anbudsgivare, vars företrädare begått något av de allvarliga brott som är uteslutningsgrundande, skulle avstå från att falskt intyga att uteslutningsgrund saknas. Detta även med beaktande av att ett falskt intygande eventuellt straffrätligt skulle kunna komma att bedömas som brottet *osann eller vårdslös försäkran* enligt brottsbalken 15 kap. 10 §.

När det kommer till de fakultativa uteslutningsgrunderna är en sanningsförsäkran inte heller särskilt praktisk mot bakgrund av det stora handlings- och tolkningsutrymme som bestämmelsernas ordalydelse öppnar för samt mot bakgrund av att det i bedömningen tillkommer en relativt svår och oförutsebar

<sup>62</sup> Dom av den 13 december 2012, *Forposta och ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 27.

<sup>63</sup> Se bl.a. HFD 2013 ref. 61 och Kammarrättens i Stockholm dom av den 12 februari 2016 (mål nr 6478-15).

<sup>64</sup> Kammarrättens i Stockholm dom av den 7 september 2015 (mål nr 1534-15).

<sup>65</sup> Kammarrättens i Stockholm dom av den 27 juni 2014 (mål nr 7072-13).

<sup>66</sup> Kammarrättens i Göteborg dom av den 15 november 2016 (mål nr 1425-16).

proportionalitetsbedömning. Det framstår vidare som olämpligt att leverantören själv ska intyga att till exempel jäv inte föreligger enligt bestämmelsen i 13 kap. 3 § 6. Är det något som kan konstateras med full säkerhet så är det att leverantören i vart fall inte står opartisk inför den bedömningen.