
Mikael Engström

Korruption i offentlig upphandling

2016 nr 4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Korruption i offentlig upphandling

Mikael Engström*

1 Inledning

”Jag jobbar med anti-korruption”, har jag kunnat säga på någon tillställning, när jag uppfattat att stämningen varit sådan att svaret ”offentlig upphandling” inte skulle locka så många följdfrågor. Det har givetvis varit lite skämtsamt uttryckt från min sida. Men bara lite. Det moderna upphandlingsrättsliga regelverket syftar ju nämligen till att motverka hinder mot den fria rörligheten, däribland korruption.¹ Det handlar då inte enbart om kommunaltjänstemannen som bjuds på musikal² eller bovärdens som erhåller en jacuzzi,³ utan kanske ännu oftare om den mindre påtagliga favoriseringen av vännen eller den f.d. kollegan.⁴ Gemensamt för alla tre transaktioner är deras skadliga effekter på inte bara samhällsekonomin utan även på det allmännas långsiktiga förtroende för en fungerande offentlig marknad.

Att just den offentliga upphandlingen är särskilt utsatt för korruptionsrisk är knappast överraskande.⁵ Marknaden omsätter oerhörda summor – närmare 600 miljarder kronor årligen – och kännetecknas av täta kontakter mellan myndighetsföreträdare och leverantörer, där relationsbyggandet ses som affärskritiskt och på sikt riskerar att grumla gränserna mellan yrkesliv och privatliv. Läger man därtill det faktum att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (”LOU”) är den lag som landets kommunpolitiker tycker allra sämst om, av de lagar som reglerar deras verksamhet, samt det faktum att en stor andel företagare anser att

* Advokat och Head of Public Procurement vid Advokatfirman Cederquist KB.

¹ Se EU-kommissionen, Evaluation Report, *Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation SEC(2011)853 final*, s. 131.

² Jfr Hovrätten för Västra Sveriges dom av den 18 september 2014 i mål nr B 4830-13.

³ Jfr Göteborgs tingsrätts dom av den 17 januari 2013 i mål nr B 17904-10.

⁴ Det bör redan här nämnas att begreppet korruption inte bör ses ur ett enkom straffrättsligt perspektiv. En i upphandlingssammanhang träffande korruptionsdefinition är jur. dr Andrea Sundstrands, innebärande ”att någon för egen vinning söker påverka offentliga beslut i syfte att gynna ett visst intresse på det allmännas bekostnad”, då den särskiljer otillbörliga förfaranden för någons vinning, från sådana förfaranden som i och för sig är olikbehandlande men som saknar koppling till ett gynnande av viss anbudsgivare, se Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, JT 2014/15 s. 105-128, s. 109.

⁵ Se Brottsförebyggande rådet, *Den anmälda korruptionen i Sverige*, rapport 2013:15, s. 11. Se även Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 91, Transparency International, *Curbing corruption in public procurement – a practical guide*, s. 4 samt Kammarkollegiet, *Att förebygga korruption i offentlig upphandling*, 2011:11, s. 4.

kommuner bör gynna det lokala näringslivet, så tycks det finnas förutsättningar att genomföra offentliga anskaffningar på otillbörligt sätt.⁶

Ett välfungerande upphandlingsregelverk – inklusive efterlevnaden därav – är således en mycket viktig del i bekämpandet av korruption. Det handlar då bl.a. om att kontrakt annonseras i vederbörlig ordning, och att rättsmedlen för att angripa olikbehandling är effektiva. Härutöver behövs regler som på mer direkt sätt träffar korruption i samband med offentliga upphandlingar. I nuvarande LOU återfinns dessa regler i 10 kap., som avser uteslutning av leverantörer på grund av t.ex. brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen. I samband med det svenska genomförandet av det nya LOU-direktivet förändras dessa regler delvis.⁷ Syftet med denna artikel är härvid att belysa hur korruption kommer att hanteras i nya LOU.⁸

2 Korruptionsregler i föreslagna LOU

2.1 Inledning

De bestämmelser som återfinns i nu gällande LOU avser uteslutning av leverantörer som har begått vissa brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen. Det rör sig sammanfattningsvis om obligatorisk uteslutning till följd av mutbrott och fakultativ uteslutning till följd av brott avseende yrkesutövningen respektive allvarligt fel i yrkesutövningen.⁹

Även i LOU-direktivet är det uteslutningsbestämmelserna som specifikt träffar korruption. De nya artiklarna är snarlika de tidigare, med vissa nyheter såväl materiellt som strukturellt. Det är således huvudsakligen alltjämt fråga om obligatorisk uteslutning till följd av mutbrott och fakultativ uteslutning till följd av yrkesutövning. I det följande redovisas hur dessa bestämmelser föreslås genomföras i Sverige.

⁶ Se Finansdepartementet, *Allmän nytta eller egen vinning? – En ESO-rapport om korruption på svenska*, rapport 2013:2, s. 142.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ("LOU-direktivet").

⁸ Av utrymmesskal skäl behandlas endast den reglering som gäller för den klassiska sektorn, dvs. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU"), direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ("2004 års direktiv") och LOU-direktivet.

⁹ 10 kap. 1 § 1 st. 2 p., 10 kap. 2 § 1 st. 3 p. samt 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU. För en mer djupgående redogörelse, se Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, s. 105–128.

2.2 Obligatorisk uteslutning pga. mutbrott

Av föreslagna 13 kap. 1 § 1 st. 2 p. LOU följer att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar bestickning eller korruption. Av paragrafens andra stycke framgår vidare att, om leverantören är en juridisk person, uteslutning ska ske om domen avser fysiska personer med viss anknytning till leverantören (se avsnitt 2.2.2 nedan).

Bestämmelsen motsvarar i huvudsak den uteslutningsgrund för mutbrott som återfinns i nuvarande 10 kap. 1 § LOU. Således kommer alltså föreligga en skyldighet för upphandlande myndigheter att skaffa sig underlag för ett eventuellt uteslutningsbeslut när det förekommer grundad anledning – uppkommen på i princip vad sätt som helst – att anta att uteslutningsgrundande brott föreligger, samt en skyldighet som huvudregel att utesluta leverantören om förutsättningarna därför är uppfyllda.¹⁰ Nyheterna består främst i den del som avser definitionen av mutbrott och den del som avser personkretsbestämningen i paragrafens andra stycke. Dessa delar behandlas nedan.

2.2.1 Definitionen av mutbrott

För definitionen av uteslutningsgrundande mutbrott i nuvarande 10 kap. 1 § LOU hänvisas till begreppen *bestickning* respektive *korruption* enligt två EU-rättsakter.¹¹ Enligt motsvarande bestämmelse i nya LOU kan uteslutningsgrunden därutöver definieras utifrån nationell lagstiftning. Det löser ett problem som hittills funnits i Sverige, i det att definitionen av mutbrott i brottsbalken ("BrB") är vidare än motsvarande definition i nämnda EU-rättsakter. Med nya LOU omfattar således uteslutningsgrunden mutbrott fullt ut den svenska definitionen av mutbrott i 10 kap. 5a-e § BrB, dvs. tagande och givande av muta, handel med inflytande samt vårdslös finansiering av mutbrott. Den upphandlande myndigheten behöver därmed inte längre utreda huruvida den aktuella gärningen också skulle ha bestraffats enligt de internationella rättsakterna, dvs. utreda om det aktuella brottet faktiskt omfattas av uteslutningsbestämmelsen.¹²

¹⁰ Se prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 237.

¹¹ 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, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn.

¹² Se prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling, s. 719.

2.2.2 Personer med anknytning till leverantören

Enligt 10 kap. 1 § 2 st. nuvarande LOU ska leverantören, om den är en juridisk person, uteslutas ”om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet”. Begreppet ”företrädare” anses omfatta, utöver legala företrädare, den som har ett bestämmande inflytande över leverantören.¹³ Några detaljerade anvisningar ges emellertid inte i vare sig förarbetena eller bakomliggande artikel 45.1 i 2004 års direktiv, och frågan får bedömas utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. En sådan bedömning kan givetvis vara vansklig att göra.

I artikel 57.1 i LOU-direktivet ges en mer utförlig beskrivning av personkretsen, vilket också återspeglas i förslaget till nya LOU. Av den föreslagna paragrafens andra stycke framgår således att leverantören, försåvitt den är en juridisk person, ska 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.

Enligt regeringens mening är den nya personkretsbestämningen något snävare utformad än den nuvarande. Till skillnad mot 10 kap. 1 § 2 st LOU är uppräknningen i artikel 57.1 i LOU-direktivet av formell karaktär och det kan därför enligt regeringen inte uteslutas att EU-lagstiftaren önskat få till stånd en något striktare bedömning av vilken personkrets som kan aktualisera uteslutning.¹⁴ Regeringens slutsatser går att ifrågasätta. Det är oklart i vilket avseende den nuvarande regleringen, såsom den tolkats i RÅ 2010 ref. 79, skulle vara mer omfattande än den som framgår av artikel 57.1. Det kan inte uteslutas att EU-lagstiftaren endast önskat förtydliga artikel 45.1 i 2004 års direktiv, utan att för den delen förändra rättsläget. Oavsett det kan det konstateras att den nya bestämmelsen, låt vara att den är utförligare än dess föregångare, inte fräntar upphandlaren bördan att i vissa fall behöva företa komplicerade utredningar av en leverantörs organisation, anställningsförhållanden m.m. för att komma fram till vem som i det enskilda fallet är t.ex. behörig att företräda leverantören.

2.3 Fakultativ uteslutning pga. missförhållanden i övrigt

Desto tydligare skillnader mellan direktiven föreligger vid fakultativ uteslutning. Här kan noteras att i den föreslagna 13 kap. 3 § LOU har ”brott avseende yrkesutövningen” tagits bort som självständig grund, för att istället inhysas under ”allvarligt fel i yrkesutövningen”,¹⁵ samt ett antal nya uteslutningsgrunder tillkommit. Såvitt är särskilt relevant för korruption får en leverantör nu uteslutas

¹³ Se prop. 2006/07:128 s. 226 och 388. Se även RÅ 2010 ref. 79 samt Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, s. 117.

¹⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 730.

¹⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 1087.

pga. allvarligt fel i yrkesutövningen, jäv, samt leverantörens otillbörliga påverkan på upphandlingsprocessen. Bestämmelserna behandlas var för sig i det följande.

2.3.1 *Allvarligt fel i yrkesutövningen*

Denna uteslutningsgrund har endast genomgått redaktionella ändringar jämfört med den nuvarande bestämmelsen i 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU. Enligt 13 kap. 3 § 1 st. 3 p. nya LOU ska således myndigheten visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen *som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas*. Bestämmelsens innebörd är i allt väsentligt densamma som tidigare.¹⁶

Det kan sålunda konstateras att ett allvarligt fel i yrkesutövningen även framgent kan vara alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende. Därmed torde samtliga ageranden som träffar bl.a. korruption och jäv kunna falla in under denna uteslutningsgrund,¹⁷ låt vara att införandet av de nya uteslutningsgrunderna kan medföra att ”allvarligt fel i yrkesutövningen” får en något snävare tillämpning.¹⁸

Det kan noteras att den personkretsbestämning som gäller för de obligatoriska uteslutningsgrunderna torde vara aktuell även här, så som i dag gäller enligt 10 kap. 2 § 2 st. LOU, även om det inte framgår av LOU-direktivet.¹⁹

Noteras kan även att det för obligatorisk uteslutning pga. mutbrott krävs en lagakraftvunnen dom, medan HFD 2013 ref. 61 öppnar upp, i vart fall i teorin, för fakultativ uteslutning pga. mutbrott (såsom allvarligt fel i yrkesutövningen), trots att domen därom inte vunnit laga kraft. Eftersom bedömningen enligt HFD ska ta sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet skulle det, enligt detta synsätt, därvid sakna betydelse att den mutbrottsdom som då gav fog att utesluta leverantören senare ändras av högre instans. HFD:s avgörande rörde ett omprövningsbeslut från Skatteverket (fastställt genom ej lagakraftvunnen dom av förvaltningsrätt) avseende ett förfarande med osanna fakturor, och det går givetvis att diskutera både i vad mån avgörandet tillåter analogier till förhållanden vid mutbrott samt i vilken grad den unionsrättsligt grundade rätten till domstolsskydd borde föranleda en annan ordning.²⁰

¹⁶ Se prop. 2015/16:195, s. 735. Se även dom Forposta, C-465/11, EU:C:2012:801, för utveckling av bestämmelsens innebörd.

¹⁷ Se Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, s. 125.

¹⁸ Se Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3 u., Sweet & Maxwell, London, 2014, s. 1265 f.

¹⁹ Se prop. 2015/16:195, s. 746.

²⁰ Se t.ex. Sundstrands kritik av HFD:s avgörande i bl.a. denna del, Sundstrand, Andrea, *En granskning av svensk jurisprudence – HFD 2013 ref. 61, UrT 2015, nr 1, s. 110–115, samt Offentlig upphandling och korruption, JT 2014/15 s. 105–128, s. 126.*

2.3.2 Jäv

En ny fakultativ uteslutningsgrund återfinns i 13 kap. 3 § 1 st. 6 p. nya LOU, varigenom en leverantör får uteslutas om myndigheten pga. jäv inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller en olikbehandling av leverantörerna i upphandlingen. Vidare krävs att detta inte kan avhjälpas genom andra, mindre ingripande, åtgärder än uteslutning.

Även om jäv inte behöver utgöra korruption *per se* kan konstateras att i vart fall upphandlare själva bedömer att vänskapsband – snarare än faktiska mutor – är den största korruptionsrisken i offentliga upphandlingar.²¹

EU-lagstiftaren har i LOU-direktivet betonat risken för jäv och instruerat medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga intressekonflikter i upphandlingsförfaranden.²² Begreppet intressekonflikt omfattar såväl personer inom den upphandlande myndigheten som leverantören, och innebär att det ska föreligga ett direkt eller indirekt finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan äventyra synen av opartiskhet och oavhängighet. Regeringen har emellertid bedömt att direktivsbestämmelsen redan uppfylls i svensk rätt genom förvaltningslagens (1986:223) respektive kommunallagens (1991:900) bestämmelser om jäv.²³ Det är dock inte helt riktigt, eftersom inte alla upphandlande myndigheter omfattas av dessa lagar.²⁴ Däremot konstaterar regeringen helt riktigt att jäv täcks av likabehandlingsprincipens förbud mot ovidkommande hänsynstagande.²⁵ Ett skäl att ändå införa en särskild jävsbestämmelse vore att en sådan skulle kasta välkommet ljus över jävsproblematik specifikt och verka beteendeförändrande.

2.3.3 Otillbörlig påverkan

En leverantör som under en upphandling otillbörligt söker påverka upphandlingsbeslut ska enligt 13 kap. 3 § 9 p. nya LOU kunna uteslutas. Bestämmelsen reglerar tre situationer, varav två tycks kunna träffa korruptionssituationer. Dessa är dels om en leverantör otillbörligt försöker påverka beslutsprocessen, dels om en leverantör med avsikt tillskansar sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge otillbörliga fördelar.²⁶

²¹ Se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, s. 104.

²² Se art. 24 och skäl 16 i LOU-direktivet.

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 469 ff.

²⁴ Se Sundstrand, Andrea, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, UrT 2014, nr 1, s. 58–66, på s. 58.

²⁵ Enligt regeringen kan således även t.ex. statliga och kommunala bolag och privata upphandlande enheter inom försörjningssektorerna – vilka inte omfattas av förvaltningslagen eller kommunallagen – träffas av jäv genom likabehandlingsprincipen, se vidare prop. 2015/16:195, s. 469 ff.

²⁶ Se prop. 2015/16:195, s. 1088.

Regeringen behandlar emellertid inte denna uteslutningsgrund särskilt ingående, varför den närmare innebörden av uteslutningsgrunden framstår som något oklar. Möjligen skulle bestämmelsen kunna träffa det jävslänkande förhållandet, att en leverantör utnyttjar vänskapsband vid den upphandlande myndigheten för att söka påverka beslut i en upphandlingsprocess. Det otillbörliga sättet skulle även kunna bestå i mutor. Vidare är det svårt att tänka sig hur en leverantör skulle kunna få tillgång till sekretessbelagda uppgifter från en upphandlande myndighet – annat än genom ett i och för sig brottsligt tillgrepp – utan inblandning av någon på myndigheten.

2.4 Handläggning, utredning och undantag

Vad gäller förfarandet vid uteslutning tydliggörs i flera avseenden hur den upphandlande myndigheten ska agera. Bl.a. klargörs i 13 kap. 4 § nya LOU att leverantören alltid ska beredas möjlighet att yttra sig före ett beslut om uteslutning.²⁷ Det införs även i 13 kap. 5 § LOU en bestämmelse om s.k. self-cleaning, samt stadgas i 13 kap. 7 § LOU att myndigheten snarast ska underrätta den uteslutna leverantören om beslutet och skälen för det.

Ett uteslutningsärende inleds i praktiken genom att den upphandlande myndigheten får indikationer om ett missförhållande beträffande en leverantör. Här efter utreds om det föreligger tillräckliga skäl för uteslutning. När det gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna begagnas i LOU-direktivet skiftande begrepp för att uttrycka vad som utgör tillräckliga skäl. Regeringen har emellertid inte tolkat detta som ett uttryck för skiftande beviskrav, utan hänvisar till att myndigheten enligt HFD 2013 ref. 61 ska göra *sannolikt* att det finns förutsättningar för uteslutning.²⁸ Härvid måste myndigheten låta leverantören bemöta de skäl för uteslutning som myndigheten anser föreligger. Först efter beaktande av denna utredning samt de grundläggande principerna får uteslutning ske.

Den grundläggande princip som särskilt aktualiseras här är proportionalitetsprincipen.²⁹ Hänsyn måste då tas till bristernas faktiska betydelse för leverantörens yrkeskvalifikationer för den aktuella upphandlingen,³⁰ vilket utöver bristernas allvarlighetsgrad även innefattar tiden som förflutit sedan det felaktiga agerandet

²⁷ Det följer även av dom Fabricom, förenade målen C-21/03 och 34/03, EU:C:2005:127, dom Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731 och dom Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317.

²⁸ Se prop. 2015/16:195, s. 1086. Regeringen har dock valt att överföra de skiftande begreppen till lagtexten.

²⁹ Se bl.a. prop. 2015/16:195, s. 740. Inför ett eventuellt beslut att inte utesluta en leverantör torde istället främst likabehandlingsprincipen aktualiseras, jfr Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik & Piper, Catharina, Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, uppl. 2:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015 s. 473.

³⁰ Se prop. 2015/16:195, s. 743.

ägde rum, eventuella genomförda självsaneringsåtgärder (s.k. self-cleaning), samt eventuella tvingande hänsyn.

Vad beträffar tidens betydelse för uteslutning kan noteras att art. 57.7 i LOU-direktivet instruerar medlemsstaterna att införa särskilda tidsgränser härför, varvid obligatoriska uteslutningar begränsas till fem år och fakultativa till tre år, om tidsgränsen inte särskilt har fastställs i en lagakraftvunnen dom.³¹ Regeringen har dock bedömt att direktivsbestämmelsen endast avser sådana medlemsstater som, till skillnad från Sverige, har ett system där uteslutning från upphandlingar under en viss tidsperiod kan föreskrivas i domstolsavgöranden och där beaktande av self-cleaning (se nedan) begränsas under viss tid.³² I förslaget till nya LOU återfinns därför inga uttryckliga tidsgränser för när brott eller missförhållanden inte längre får grunda uteslutning. Upphandlande myndigheter kommer därför även fortsättningsvis att behöva göra svåra bedömningar³³ av tidsaspekten i varje enskilt fall.³⁴ Mot en sådan ordning in casu kan det på goda grunder anföras rättssäkerhetsskäl.³⁵ Samtidigt bör en fullständig proportionalitetsbedömning ta i beaktande alla relevanta omständigheter, varav tidsaspekten utgör en. I en sådan bedömning bör de tidsgränser som anges i LOU-direktivet ge viss vägledning.³⁶

Med nya LOU införs även i 13 kap. 5 § en för svenskt vidkommande ny bestämmelse om s.k. self-cleaning.³⁷ Bestämmelsen innebär att leverantören ska undgå uteslutning, som det annars föreligger skäl för enligt någon av de obligatoriska eller fakultativa grunderna, om leverantören visar att den vidtagit sådana åtgärder som gör den tillförlitlig. För att sådana åtgärder ska anses tillräckliga ska leverantören visa att eventuella skador som orsakats av brottet eller missförhållandet har ersatts eller har åtagits att ersättas, att förhållanden och omständigheter klargjorts på ett uttömmande sätt genom aktivt samarbete med utredande myndigheter samt att konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder ägnade att förhindra brott eller missförhållanden har vidtagits. Åtgärderna ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller missförhållandet.

En upphandlande myndighet får även enligt 13 kap. 6 § nya LOU avstå från skyldigheten att utesluta en leverantör om det är motiverat av ”tvingande

³¹ Att en tidsgräns för uteslutning i offentliga upphandlingar föreskrivs i en dom om t.ex. mutbrott förekommer dock inte i Sverige.

³² Se prop. 2015/16:195, s. 740.

³³ I en enkätundersökning utförd av Konkurrensverket uppgav 55 procent av upphandlarna att det upplevs som oklart hur långt efter domen eller felet som detta kan utgöra grund för uteslutning, se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, s. 52.

³⁴ Se prop. 2015/16:195, s. 741. Se RÅ 2010 ref. 79 och Kammarrätten i Stockholms dom av den 28 januari 2013 i mål nr 7153-12 för exempel härpå.

³⁵ Se prop. 2015/16:195, s. 741.

³⁶ Se prop. 2015/16:195, s. 740.

³⁷ Artikel 57.6 i LOU-direktivet.

hänsyn till allmänintresset”, vilket i princip motsvaras av begreppet ”särskilda skäl” i nuvarande 10 kap. 1 § 4 st. LOU.³⁸ Då det är fråga om en undantagsbestämmelse ska den tillämpas restriktivt. En leverantör vars företrädare dömts för mutbrott kan alltså endast undgå uteslutning med tillämpning av detta undantag i exceptionella fall.³⁹

3 Avslutande kommentarer

De rättsregler i nya LOU som på mer direkt sätt är tillämpliga på frågor om korruption i offentlig upphandling utgörs således av nu redovisade uteslutningsbestämmelser. Vid jämförelse med motsvarande bestämmelser i nuvarande LOU finns det skäl att vara försiktigt positiv. Reglernas tillgänglighet ökar genom den hänvisning till nationella korruptionsbestämmelser som görs i 13 kap. 1 § 1 st. 2 p. nya LOU, varigenom definitionen av muta i LOU respektive BrB nu sammanfaller. Likaså är det positivt att katalogen över fakultativa uteslutningsgrunder – som i olika hänseenden tar sikte på otillbörligt handlande i offentliga upphandlingar – utökas, samt att reglerna om self-cleaning introduceras och utredningsskyldigheten förtydligas. Förhoppningsvis bidrar dessa sammantaget till att uteslutningsgrunderna görs mer tillgängliga för praktiker samt att ärendehandläggningen görs mer förutsebar.

Uteslutningsgrunderna präglas dock alltså av ett relativt stort mått av svår-tillämpbarhet. Den enskilde upphandlaren tvingas fortfarande till svåra bedömningar, såsom i personkretsbestämningen samt i frågan hur långt tillbaka i tiden ett handlande ska medföra uteslutning. Denna tillämpningsproblematik är naturligtvis i viss mån oundviklig; uteslutning är den mest ingripande åtgärd som kan drabba en leverantör under en upphandling, och tarvar därför noggranna överväganden *in casu*. Givet detta skulle dock den upphandlande myndigheten vara betjänt av mer vägledning i frågornas beskaffenhet än den som nu givits av regeringen. För den upphandlare som har att fatta beslut i svåra frågor är det otillfredsställande att det i förarbetena, för viktiga aspekter av dessa frågor, hänvisas till framtida rättstillämpning för svar. Detta gör det sammantaget svårt att spekulera i hur verkningfulla bestämmelserna blir i praktiken.

Bestämmelsernas verkningfullhet bör emellertid inte mätas primärt i antalet fall av uteslutningar av leverantörer vars företrädare har gjort sig skyldiga till mutbrott. Effekterna av bestämmelserna torde istället vara i första hand avhållande – dvs. att konsekvensen av mutor som konkurrensmedel innebär en risk

³⁸ Se prop. 2015/16:195, s. 747.

³⁹ Se skäl 100 i LOU-direktivet. Se även prop. 2015/16:195, s. 1089 f, där det som exempel anges skyndsamt behov av vaccin som endast kan anskaffas av leverantören i fråga.

för uteslutning från framtida upphandlingar.⁴⁰ Att vi hittills sett mycket få antal avgöranden som rör uteslutningsgrunden för mutbrott behöver därför inte nödvändigtvis ses som en konsekvens av en misslyckad lagstiftning, låt vara att det hade varit av värde att få bestämmelsens innebörd närmare klargjord genom praxis.

Att antalet mutbrottsavgöranden är få skulle givetvis också kunna bero på att det oftare är "vänskapskorruption" som förekommer inom den offentliga upphandlingen. Om så är fallet kan det tyckas att de nya uteslutningsgrunderna, med delvis undantag från 13 kap. 3 § 1 st. 6 p. om jäv, i viss mån är otillräckliga. En leverantör som upplever sig förfördelad pga. vänskapskorruption, och vill ansöka om överprövning till följd därav, behöver idag klart ange på vilket sätt olikbehandling har skett och visa att den medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Detta förändras inte av förekomsten av uteslutningsgrunderna, och skulle heller inte förändras på avgörande sätt om en renodlad jävsbestämmelse införs i LOU. Blotta förekomsten av jäv vore då inte tillräckligt för domstolsingripande i upphandlingen, utan leverantören skulle – precis som idag – behöva visa på vilket sätt detta har materialiserats i en skada *de facto*. Ett införande av en jävsbestämmelse i LOU skulle därmed inte nämnvärt förändra en förfördelad leverantörs möjlighet att processuellt angripa vänskapskorruption, utan snarast fylla en beteendeförändrande funktion, med syfte att uppmärksamma upphandlande myndigheter på vikten av att hålla sina leverantörer på armlängds avstånd. Detta kan dock vara nog så goda skäl för att införa en sådan bestämmelse.

Stävjandet av korruption i offentlig upphandling görs nämligen inte enkom genom tillämpning av uteslutningsbestämmelserna i LOU, eller ens genom tillämpning av LOU. Det är istället fråga om att ett samspel mellan flera regelverk, en samverkan mellan flera myndigheter och en samordning av flera korruptionsförebyggande insatser. Särskilt det senare förtjänar att lyftas fram; uteslutningsgrunderna i LOU har visserligen en avskräckande effekt men utgör likväl sanktioner mot redan begångna brott och fel. För att stävja själva uppkomsten i sig av korruption är det sannolikt än viktigare att korruptionsförebyggande arbete görs till en strategisk fråga på ledningsnivå och att resurser läggs på konkreta åtgärder som, enligt tidigare rapporter på området, kan göra skillnad. Som exempel härpå kan nämnas personalrotation, kunskaphöjande insatser, verksamhetsanpassade riktlinjer, internkontroll och revision samt – inte minst – ett effektivt upphandlingsstöd för de upphandlare som dagligen har att tillämpa detta relativt komplexa regelverk.⁴¹

⁴⁰ Se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, s. 98.

⁴¹ För genomgång av ett antal av dessa liksom andra åtgärder, se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, s. 122 ff.