



SETTERWALLS

Korruption i upphandlingskontext

Martin Vildhede, Setterwalls Advokatbyrå

Göteborg 2 mars 2017



Korruption i upphandlingskontext

- Hur hänger korruption och upphandling ihop?
- Riskfaktorer
 - Tät kontakt mellan offentliga och privata
 - Komplexa upphandlingar/kontrakt
 - Användningen av mellanhänder
 - Företräde för lokala näringslivet
- Upphandlingsreglernas syfte
 - Regler som tar sikte på korruption på mer direkt sätt



När måste leverantörer uteslutas?



Obligatoriska uteslutningsgrunder

1. Organiserad brottslighet
2. Bestickning
3. Bedrägeri
4. Penningtvätt och finansiering av terrorism
5. Terroristbrott eller brott med anknytning till terroristbrott
6. Människohandel
7. Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter



Bestickning/korruption = uteslutning

10 kap. 1 § 2 p. ÄLOU

En upphandlande myndighet **ska** utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar (...)

2. bestickning enligt definitionen i 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, (...)

13 kap. 1 § 2 p. LOU

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 dom som fått laga kraft är dömd för brott** som innefattar (...)

2. bestickning enligt definitionen i 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**, (...)



Vad säger svensk rätt?

BrB 10 kap. 5a-e §§

- Tagande av muta
- Givande av muta
- Grovt tagande/ givande av muta
- Handel med inflytande
- Vårdslös finansiering av mutbrott

”Leverantören” – men vem är det?

10 kap. 1 § ÄLOU

[...]

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en **företrädare** för den juridiska personen har dömts för brottet. Om det finns **grundad anledning** att anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten **begära att leverantören visar** att det inte finns någon grund för uteslutning. Om det finns **särskilda skäl**, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

13 kap. 1 § LOU

[...]

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.

Företrädarbegreppet

Lagen

För att ingå i personkretsen ska personen:

- ingå i leverantörens förvaltnings- lednings kontrollorgan eller,
- om han eller hon inte ingår i dessa organ ha motsvarande behörighet.

Förarbeten

Personer som omfattas:

- personer som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller är vd i ett svenskt AB
- Närmare tolkning får göras i praxis

Sammantagen
bedömning

**Inte helt klart vem som
är att anse som
företrädare**



När får UM välja att utesluta en leverantör?



Frivilliga uteslutningsgrunder

1. Åsidosättande av miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter
2. Konkurs och dylikt
3. Allvarligt fel i yrkesutövningen
4. Snedvridning av konkurrensen
5. Brister i fullgörandet av tidigare kontrakt
6. Snedvridning av konkurrensen eller likabehandling p.g.a. jäv
7. Snedvridning av konkurrensen p.g.a. deltagande i förberedelser
8. Lämnande av oriktiga uppgifter eller undanhållande av information
9. Bl.a. försök till otillbörlig påverkan på upphandlarens beslutsprocess



Allvarligt fel i yrkesutövningen

Allvarligt fel i yrkesutövningen

- Lag- och andra regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade
- Alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende

Upphandlande myndighet måste kunna *visa* att fel begåtts

- Upphandlande myndigheten har bevisbördan
- Lagakraftvunnen dom krävs inte uttryckligen
- Oklart vad som krävs i praktiken



Otillbörlig påverkan m.m.

- Försök att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess
- Tillägnande av sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar
- Oaktsamt lämnande av vilseledande uppgifter



Kan uteslutning undvikas?



Finns en tidsgräns?

Tidigare företrädare

Utgångspunkt: förhållandena vid tidpunkt för anbudsgivningen

Tidigare företrädare ska inte bli föremål för brottslighetskontroll

Nuvarande företrädare

Ingen bestämmelse i svensk lag → **proportionalitet** avgör!

- Tidsaspekter
- Allvarlighetsgrad av det bristfälliga fullgörandet
 - Varaktighet och frekvens
- Påverkan av leverantörs lämplighet
- Tidsgränser i direktiven kan ge ledning

EU: 3 år för fakultativa
uteslutningsgrunder
5 år för obligatoriska
uteslutningsgrunder

Ny möjlighet till undantag från uteslutning

En leverantör som omfattas av uteslutningsgrund [...] ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den

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

Åtgärder som vidtagits ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa

 föra en self-cleaning

Self-cleaning som leverantör

- att vidta åtgärder för att visa tillförlitlighet

1. Proportionella åtgärder
2. Engagemang på ledningsnivå
3. Riskbedömning
4. Due diligence
5. Kommunikation inkl. utbildning
6. Övervakning och översyn



Hur ska UM bedöma en påstådd self-cleaning?

- Tillskriv leverantören och begär förklaring
- Efterfråga bevis om konkreta åtgärder (tekniska, organisatoriska eller personalmässiga) som vidtagits för att förhindra ytterligare fel
 - Styrelseprotokoll
 - Antagna riktlinjer och dokumenterade rutiner
 - Avtal
 - Tekniska lösningar
- Observera hur lång tid som förflutit sedan eventuella missförhållanden förelåg – oavsett vilka åtgärder som vidtagits



Tack!



Martin Vildhede

Advokat

T: +46 31 701 1771

M: +46 702 69 66 05

E: martin.vildhede@setterwalls.se

Huvudsakligen
verksam inom

Offentlig upphandling

Arbetsrätt