

BOKWALL RISLUND

ADVOKATBYRÅ

Upphandlingskonferensen 2017

Fakultativ uteslutning - Allvarligt yrkesfel och Väsentligt avtalsbrott - Self cleaning

Advokat Carl Bokwall

ALLVARLIGT FEL I YRKESUTÖVNINGEN

- **13 kap. 3 §** En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om /.../

3. myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens **redbarhet** kan ifrågasättas

- **Nytt krav på REDBARHET**
- **Uteslutningsgrunden ”lagkraftvunnen dom för brott avseende yrkesutövningen” är borttagen**

ALLVARLIGT FEL I YRKESUTÖVNINGEN

- Recit 101: leverantören har visat sig vara **opålitlig**, leverantörens **redbarhet** kan ifrågasättas
- EUD i *Forposta* (mål C-465/11): **TVÅ viktiga principer:**
 1. Har leverantören haft **uppsåt** ("felaktig avsikt") eller varit **vårdslös** i viss omfattning ("negligence of a certain gravity", dvs. mer än vanligt vårdslös)?
 2. Det är nödvändigt att göra en **konkret och individuell** bedömning av leverantörens inställning
- Allvarliga överträdelser av normativa, eller etiska yrkesregler och andra felaktiga ageranden som skett uppsåtligt eller av vårdslöshet och som därför inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende
- Väsentliga avtalsbrott?

VÄSENTLIGA AVTALSBROTT

➤ **13 kap. 3 §** En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om /.../

5. leverantören har visat **allvarliga eller ihållande brister** i fullgörandet av något **väsentligt krav i ett tidigare kontrakt** enligt [**LOU, LUF, LUK, LUFS**], och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder

VÄSENTLIGT AVTALSBRÖTT

- INTE alla avtalsbrott
- Fråga om **allvarligare** eller **systematiska** brott mot **väsentliga** avtalsvillkor, t.ex. **STORA brister i levererade varor eller tjänster** som gör dem **oanvändbara för det avsedda syftet**, ELLER **olämpligt uppträdande** som ger upphov till **allvarliga tvivel om leverantörens pålitlighet** (Recit 101)
- Ligger nära civilrättens hävningsgrundande väsentligt avtalsbrott, bl.a. beakta:
 - den drabbade parten går miste om det som han huvudsakligen hade rätt att förvänta sig,
 - det framgår av avtalet att den typen av avtalsbrott är allvarligt,
 - avtalsbrottet är avsiktligt eller vårdslöst,
 - avtalsbrottet rubbar förtroendet mellan parterna,
 - den avtalsbrytande parten drabbas oproportionerligt hårt av hävning och det finns inte mindre ingripande sanktioner (proportionalitetsbedömning av hävningen)
- **INTE** andra avtal med privata eller offentliga kunder – **Endast avtal enligt LOU, LUF, LUK och LUF5**

VÄSENTLIGT AVTALSBROTT = ALLVARLIGT YRKESFEL?

- *Forposta:*
 - Avtalsbrott kan *i princip* utgöra ett fel i yrkesutövningen
 - Att ett avtal genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan *eventuellt* visa att leverantören har en bristande yrkeskompetens, **MEN** innebär **INTE** automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts
- **OBS!** *Forposta* avser Direktiv 2004/18/EG
- I Direktiv 2014/24/EU utgör *Väsentliga avtalsbrott* en **EGEN SÄRSKILD** uteslutningsgrund med egna kriterier
- **10 000KR-FRÅGAN:** Ska det vara OK att utesluta en leverantör pga. påstått allvarligt fel i yrkesutövningen vid utförandet av ett tidigare upphandlat avtal som inte sagts upp i förtid av den UM eller lett till skadestånd?

UTREDNING OCH SJÄLVRÄTTELSE ("SELF-CLEANING")

- **13 kap. 4 §** Innan UM beslutar om uteslutning, **ska** leverantören ges tillfälle att yttra sig över grunderna för uteslutning

- **13 kap. 5 §** En leverantör **ska inte** uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har:
 1. ersatt/åtagit sig att **ersätta skador** som orsakats av brottet/missförhållandet,
 2. klargjort relevanta omständigheter på ett **uttömmande sätt** genom att aktivt samarbeta med utredande myndigheter, OCH
 3. vidtagit **konkreta** tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott/missförhållanden

- Ny utredningsskyldighet och procedur, jmf onormalt lågt anbud
- Leverantörens åtgärder ska bedömas med beaktande av brottets/missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa – **En proportionalitetsbedömning**
- Saknas uttrycklig regel i de svenska lagarna som preciserar hur långt tillbaka i tiden uteslutningsgrunden får ligga
- Lagrådet ifrågasatt m.h.t. att artikel 57.7 ger en uppenbar anvisning om vad som anses proportionerligt – uteslutningsgrunden får ligga **max** 5 (obligatoriska) respektive 3 (fakultativa) år tillbaka i tiden
- UM som beaktar äldre omständigheter är ute på tunn is och måste mer noga än vanligt motivera varför uteslutning är proportionerligt för äldre missförhållanden
- **OBS! 19 kap. saknar hänvisning till 13 kap. 4-5 §§**

SPANING

- Större fokus på fakultativa uteslutningsgrunder
 - pga. de nya specifika reglerna,
 - att avtalsuppföljning trendar och
 - debatten om välfärdstjänster på entreprenad
- Viktigare att leverera Rätt
- Fler avtalsbrott av UM pga. oriktiga hävningar och uppsägningar
- Fler tvister pga. viktigare att reklamera felaktiga uppsägningar
- ”Allvarligt fel i yrkesutövningen” riskerar bli en slasktratt för påstådda tidigare avtalsbrott som inte är väsentliga eller lett till sanktion

BOKWALLRISLUND

ADVOKATBYRÅ

carl.bokwall@br-a.se

www.bokwallrislund.se

Copyright © 2015 by BOKWALLRISLUND Advokatbyrå KB

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form by any means - electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise - without the permission of BOKWALLRISLUND. This document provides an outline of a presentation and is incomplete without the accompanying oral commentary and discussion.