

Mottagare
Regionstyrelsen

Remiss – En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter (SOU 2023:43)

Förslag till beslut

- Regionstyrelsen beslutar att förslaget remissvar inges till Finansdepartementet.

Sammanfattning

Bakgrund

Regeringen beslutade under år 2022 att utse en särskild utredare för att i huvudsak föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll i samband med bland annat offentlig upphandling (Del 1). Utöver denna fråga gavs utredaren även i uppdrag att utreda fyra andra frågeställningar, se nedan (Del 2).

Utredningen

I all väsentlighet framgår följande av utredningen:

Del 1

- Bolagsverket bör få i uppgift att ta fram ett system. Genom systemet ska bland annat upphandlande myndigheter kostnadsfritt kunna begära ut uppgifter från olika svenska register (bland annat belastningsregistret). Uppgifterna från registerna ska användas för att kontrollera om en anbudsgivare eller sökande ska uteslutas från deltagande i en upphandling. Detta vid ansökan om deltagande i ett valfrihetssystem eller i ett förfarande enligt ersättningslagarna.

Del 2

- Grunderna för uteslutning vid förfaranden enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem bör, med ett fåtal undantag, motsvara de uteslutningsgrunder som gäller enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.
- Det befintliga regelverket rörande hantering av personuppgifter i samband med uppföljning av avtal är fullgott. På grund av en lagteknisk fråga föreslås att det införs ett förtydligande om att vissa känsliga personuppgifter får hanteras vid uppföljning av sociala och arbetsrättsliga krav.

- Det bör inte införas en skyldighet att i vissa fall ställa krav på arbetsrättsliga villkor i icke direktivstyrda upphandlingar, innan effekterna av motsvarande krav beträffande direktivstyrda upphandlingar utreds. Med icke direktivstyrd upphandling avses i normalfallet en upphandling av varor eller tjänster till ett värde understigande ca. 2,3 MSEK.
- Det bör inte införas en möjlighet för upphandlande myndigheter att ange begränsningar i hur många underleverantörsled som är tillåtna i samband med en upphandling. Detta med anledning av att en sådan begränsning skulle strida mot EU-rätten.

Bedömning

Beträffande Del 1 ställer sig Region Gotland i huvudsak bakom syftet med utredningen. Vidare delar Region Gotland utredningens uppfattning om lämpligheten med nationellt etablerat system för upphandlande myndigheter att kontrollera om det föreligger några så kallade uteslutningsgrunder. Samtidigt vill Region Gotland framhålla att förslaget som utredningen presenterat ger upphov till frågor om rättssäkerhet, integritetsskydd och effektivitet.

Beträffande Del 2 konstateras att denna del omfattar flera olika typer av frågor utan inbördes koppling. I all väsentlighet ställer sig Region Gotland bakom de skäl som lett till att frågorna utretts. Vidare finner inte Region Gotland skäl att ifrågasätta de rättsliga bedömningar eller andra överväganden som utredaren gjort. Sammantaget saknas därför skäl att i denna del framföra några särskilda synpunkter i remissyttrandet från Region Gotland.

Ärendebeskrivning

Remissen

Den 14 september 2023 inkom till Region Gotland en förfrågan om deltagande i remiss avseende SOU 2023:43 benämnd ”En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter” (nedan benämnd ”Utredningen”). Sista dag att lämna remissvar är den 15 december 2023. För Region Gotlands del är remissen frivillig att besvara.

Inom Region Gotland har RSF (HR, Säkerhet och beredskap och Kansli) samt HSF, TKF och SOF beretts möjlighet att inkomma med synpunkter och kommentarer på Utredningen. Några synpunkter eller kommentarer har inte inkommit.

Utredningens omfattning

Utredningens huvudsakliga uppdrag (Del 1) har varit att föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll i samband med bland annat offentlig upphandling.

I tillägg till det huvudsakliga uppdraget (Del 2) har Utredningen även haft att utreda frågor om grunder för uteslutning av sökande till valfrihetssystem,

rättsligt stöd för behandling av personuppgifter vid uppföljning av avtal, behov av krav på arbetsrättsliga villkor vid icke direktivstyrda upphandlingar och möjlighet till begränsning av antalet underleverantörsled.

Nedan redogörs för sammanfattningsvis vad Utredningen funnit beträffande respektive del.

Del 1 - Inrättandet av ett system för registerkontroll

I denna del disponeras innehållet mot bakgrund av att det är fråga om en mer övergripande fråga (inrättande av ett system för registerkontroll) där flertalet olika frågeställningar berörs. Nedan kommer de frågeställningar som är av särskilt av intresse för förståelsen av systemet för registerkontroll och som berörts i Utredningen att redogöras för under respektive rubrik.

Problembild

Upphandlingslagarna, lagen om valfrihetssystem och ersättningslagarna innehåller, med vissa mindre variationer, likalydande bestämmelser om grunder för uteslutning av leverantörer i samband med framförallt upphandlingar.¹

Enligt Utredningen är det i dag är komplicerat och ibland omöjligt för de upphandlande myndigheterna att kontrollera om leverantörerna ska uteslutas på det sätt och av de skäl som förutsätts i upphandlingslagstiftningen.

Inrättande av centraliserad myndighetsfunktion

För att komma tillrätta med problembilden föreslår Utredningen att det inrättas en centraliserad myndighetsfunktion hos Bolagsverket. Denna funktion ska ha i uppdrag att tillhandahålla information som är relevanta vid prövningen av om en leverantör ska uteslutas vid en upphandling eller i vissa andra fall. Funktionen med registerkontroll ska även kunna användas vid uppföljning av kontrakt.

Bolagsverkets uppdrag föreslås regleras i en särskild förordning. Uppdraget ska vara begränsat till att genomföra en samordnad registerkontroll på begäran av en bl.a. en upphandlande myndighet. De aktörer som kommer kunna kontrolleras är följande:

- leverantörer, företag och underleverantörer vars kapacitet åberopats vid upphandlingar enligt upphandlingslagarna
- sökanden och företag vars kapacitet åberopats då valfrihetssystem inrättats enligt valfrihetslagarna
- sökanden vid ersättningsetableringar enligt ersättningslagarna
- leverantörer, företag och underleverantörer vars kapacitet åberopats vid uppföljningar av kontrakt eller ramavtal som tecknats efter upphandlingar enligt upphandlingslagarna

¹ I korthet handlar uteslutning enligt upphandlingslagarna om att leverantör ska uteslutas från deltagande i upphandlingar om vissa typer av brott begåtts, om vissa typer av skatter inte betalats eller i vissa andra uppräknade fall som klassas som misskötsamhet.

- leverantörer och företag vars kapacitet återopats vid uppföljningar av kontrakt som tecknats efter inrättandet av valfrihetssystem enligt valfrihetslagarna.

Det ska i sammanhanget noteras att den samordnade registerkontrollen inte kan användas vid kontroll av utländska juridiska personer eller utländska enskilda näringsidkare. Detsamma gäller vid kontroll av utländska medborgares belastningsregister i utlandet.

Vad systemet för registerkontroll ska tillhandahålla för uppgifter

När det gäller frågan om vilka uppgifter som ska kunna kontrolleras vid den samordnade registerkontrollen har Utredningen utgått från de obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder som listas i upphandlingslagarna och lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV).²

Utredningen har utifrån dessa grunder bedömt att de uppgifter som ska kunna kontrolleras genom en registerkontroll är följande:

- Brott
- Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter
- Kvalificerade ekonomiska svårigheter

Kontroll av brott

Det är inte möjligt att skapa en lista med svenska straffbestämmelser och brott som exakt motsvarar de gärningar som räknas upp i upphandlingsdirektiven och upphandlingslagstiftningen. Utredningen bedömer ändå att det är möjligt att fastslå vilka brott enligt svensk rätt potentiellt ska leda till uteslutning. Det är därmed möjligt att begränsa kontrollen i belastningsregistret till att endast avse dessa brott. På så sätt minskas integritetsintrånget för enskilda och arbetsbelastningen för upphandlande myndigheter som kontrollen ofrånkomligen leder till.

Den finns en klar nackdel med att inte kunna fastslå vilka svenska straffbestämmelser och brott som exakt motsvarar de gärningar som räknas upp i upphandlingsdirektiven. Denna nackdel är att domar från svenska domstolar i många fall måste analyseras innan det går att fastställa om den begångna gärningen ska leda till uteslutning. För att i viss mån underlätta för upphandlande myndigheter vid dessa bedömningar föreslår Utredningen att Bolagsverket ska göra en första sortering av domar som identifieras vid kontrollen. Detta i syfte att sortera bort klara fall där domen inte kan ligga till grund för uteslutning. Att göra bedömningen av om en dom utgör grund för uteslutning kvarstår dock på den myndighet som begärt registerkontrollen.

Kontroll av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

Enligt gällande rätt ska en anbudsgivare uteslutas från att delta i en upphandling om:

² Ersättningslagarna hänvisar till dessa regleringar.

- denne inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter, och
- om detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

Systemet för registerkontroll ska därför kontrollera om leverantören eller sökanden till följd av utebliven betalning av skatt eller socialförsäkringsavgifter har några skulder hos Kronofogdemyndigheten eller om det finns en skatteskuld på skattekontot hos Skatteverket.

Kontroll av kvalificerade ekonomiska svårigheter

De svenska bestämmelserna avseende uteslutningsgrunder som avser kvalificerade ekonomiska svårigheter (t.ex. att en anbudsgivare är i konkurs), motsvarar i stort sett ordagrant vad som anges i EU:s upphandlingsdirektiv.

Såvitt avser de grunder där det idag redan finns register med uppgifter som kan hämtas av Bolagsverket, så ska dessa omfattas av kontrollen. Vad gäller de grunder där register med relevanta uppgifter saknas,³ så kommer dessa inte omfattas av kontrollen och några nya register ska inte tas fram i dagsläget.

Sekretess

Belastningsuppgifter är mycket känsliga ur integritetssynpunkt, vilket är skälet till att absolut sekretess gäller för uttag av uppgifter från belastningsregistret. För att etablera ett adekvat skydd och möjliggöra ett överförande av dessa känsliga personuppgifter mellan myndigheter och anbudsgivare, föreslår utredningen att relevanta sekretessbestämmelser införs så att sekretess för dessa uppgifter gäller i all offentlig verksamhet. Vidare föreslås även regler om tystnadsplikt i de fall uppgifterna lämnas till aktörer som inte omfattas av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL).

Avseende andra uppgifter än belastningsuppgifter som föreslås kontrolleras⁴ bedömer Utredningen att dessa uppgifter redan idag är offentliga och att sekretess inte ska gälla för dessa uppgifter.

Sanningsförsäkringar ersätts med registerkontroll

Vid kontroll av om det finns grund för uteslutning används i nuläget en så kallad sanningsförsäkring. En sanningsförsäkran innebär att en företrädare för anbudsgivare på heder och samvete försäkrar t.ex. att ingen av de personer som ingår i anbudsgivarens ledning är dömd för något av de brott som ska leda till uteslutning.⁵

Utredningen föreslår att om det vid kontroll av uteslutningsgrunder finns möjlighet att få uppgifterna genom ett system för registerkontroll, ska en

³ Dels om en leverantör är föremål för tvångsförvaltning, dels uppgifter om en planförhandling resulterat i att en uppgörelse ingåtts med borgenärer.

⁴ Exempelvis uppgifter om skattekonto från Skatteverket eller skulduppgifter från Kronofogdemyndigheten.

⁵ Att betalning skett av skatt och sociala avgifter kontrolleras emellertid hos Region Gotland genom ett elektroniskt system redan idag.

upphandlande myndighet inte få begära en så kallad sanningsförsäkran. Vad beträffar de uteslutningsgrunder som inte kommer kunna kontrolleras genom registerkontrollen, så kommer de upphandlande myndigheterna fortsatt få begära att leverantörer lämnar uppgifter på samma sätt som i nuläget.

Del 2 – Övriga uppdrag

I denna del disponeras innehållet mot bakgrund av att det är fråga om fyra, i förhållande till varandra, oberoende frågeställningar. Därför beskrivs under respektive rubrik vad Utredningen funnit beträffande respektive fråga.

Grunder för uteslutning av sökande till valfrihetssystem

Ett valfrihetssystem är ”ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet har godkänt och tecknat kontrakt med”. Syftet med valfrihetssystem är att ge den enskilda myndigheten möjlighet att välja utförare (ofta exempelvis hemtjänstleverantör) samtidigt som konkurrensen mellan utförarna i valfrihetssystemet ska leda till ökad kvalitet och effektivitet.

Även om upphandlingsdirektiven inte är tillämpliga på valfrihetssystem innebär det inte att ett enskilt valfrihetssystem aldrig omfattas av EU-rättens tillämpningsområde. Bland annat mot denna bakgrund utformades därför de nuvarande bestämmelserna om uteslutning av sökanden i LOV med upphandlingslagstiftningen som förebild. Sedan de nuvarande reglerna för uteslutning av sökande infördes i LOV har upphandlingslagstiftningens grunder för uteslutning ändrats.

Sammantaget bedömer därför Utredningen att bestämmelsen om uteslutning av sökande i LOV ska uppdateras och utformas med 19 kap. 17 § i lagen (2016:1145) om offentligt upphandling som förebild. Detta i de avseenden där uteslutningsgrunderna är relevanta.⁶

Rättsligt stöd för behandling av personuppgifter vid uppföljning av avtal

Det har tidigare ifrågasatts om det finns rättslig grund för att behandla personuppgifter i samband med uppföljning av sociala och arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt.

Utredningens bedömning är att erforderligt stöd finns i nu gällande regleringar för att behandla ”vanliga” personuppgifter (namn, ålder etc.) och några ändringar är inte nödvändiga. Vad gäller ”känsliga” personuppgifter (t.ex. hälsa) så är också hanteringen av dessa reglerade på ett sådant sätt att upphandlande myndigheter kan hantera dessa uppgifter redan idag. På grund av en lagteknisk synpunkt föreslås emellertid ett förtydligande i upphandlingslagarna och LOV om att känsliga personuppgifter om hälsa får behandlas vid uppföljning av sociala och arbetsrättsliga krav.

⁶ Bedömning är att uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § 4, 6, 7 och 9 LOU inte bör införas i LOV då det vid antagning av en sökande till ett valfrihetssystem inte föreligger en konkurrenssituation.

Krav på arbetsrättsliga villkor i icke direktivstyrda upphandlingar

Det finns en skyldighet i vissa upphandlingar att kravställa vissa arbetsrättsliga villkor. Detta gäller dock inte så kallade ”icke direktivstyrda upphandlingar”⁷. Notera dock att det inte finns några hinder mot att ställa denna typ av krav även i icke direktivstyrda upphandlingar.

Det är enligt Utredningen oklart hur uppföljningen av ställda arbetsrättsliga krav idag fungerar i praktiken. Vidare har någon utvärdering av effekten av den nuvarande regleringen beträffande direktivstyrda upphandlingar inte genomförts. Mot denna bakgrund är det Utredningens bedömning att skyldigheten att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor inte bör utvidgas och göras tillämplig även på det icke direktivstyrda området. Detta innan effekterna av nu gällande krav på det direktivstyrda området har utvärderats.

Begränsning av antalet underleverantörsled

Som utgångspunkt gäller enligt EU-rätten att hinder mot den fria rörligheten inte för införas. För att en åtgärd som begränsar antalet underleverantörsled ska anses utgöra ett hinder enligt EU-rätten är det tillräckligt att ett sådant krav gör det svårare eller mindre attraktivt för aktörer att delta i en upphandling.

Ett visst utrymme finns dock för att införa vissa hinder. Detta gäller bl.a. om åtgärden syftar till att säkerställa att leverantörer och underleverantörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Vidare krävs för att en sådan åtgärd ska anses vara förenlig med EU-rätten att hindret:

- Syftar till att uppnå ett legitimt mål av allmänintresse
- Tillämpas på ett icke diskriminerande sätt
- Är proportionerlig, dvs. att den är ägnad att säkerställa förverkligandet av målet och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det.

Vad gäller punkt 1 och punkt 2 ovan, så konstaterar Utredningen att dessa krav utan särskilda problem bör kunna uppfyllas. Vad däremot gäller punkt 3 och frågan om proportionalitet ställer Utredningen tveksam. En begränsning av leverantörsled skulle nämligen drabba även de leverantörer som följer samtliga arbetsrättsliga krav, betalar löner i nivå med kollektivavtalen och fullgör sina skyldigheter avseende skatter och arbetsgivaravgifter. Vidare finns det enligt Utredningen andra, mindre ingripande, åtgärder som kan vidtas för att uppnå syftet. Sammantaget är det Utredningens bedömning att en begränsning av antalet underleverantörs led skulle utgöra ett otillåtet hinder enligt EU-rätten och införandet av en möjlighet att införa sådana begränsningar kan därmed inte tillåtas.

⁷ Med ”icke direktivstyrd upphandling” avses i normalfallet en upphandling av varor eller tjänster enligt LOU där värdet på upphandlingen understiger ca. 2,3 MSEK.

Bedömning

Med anledning av att Utredningen är uppdelad på två delar (Del 1 respektive Del 2) behandlas delarna att separat nedan.

Del 1

Förslaget att etablera ett elektroniskt system, administrerat av Bolagsverket, för att möjliggöra kontroller av uteslutningsgrunder, är i huvudsak ett positivt förslag som Region Gotland ställer sig bakom. Ett fungerande system för registerkontroll skulle bidra till att underlätta för de upphandlande myndigheterna att genomföra sitt arbete.

Samtidigt vill Region Gotland framhålla att förslaget som Utredningen lagt fram ändå ger upphov till vissa frågeställningar som bör belysas.

- Rättssäkerhet:

I enlighet med Utredningen kommer Bolagsverket att genomföra en initial granskning av eventuella brottnålsdomar. Denna granskning sträcker sig dock inte längre än att Bolagsverket sorterar bort uppenbara fall där domen saknar relevans för prövningen. Innebörden av detta är att varje enskild upphandlande myndighet självständigt kommer att behöva bedöma och analysera om en och samma dom i en viss upphandling utgör grund för uteslutning eller inte. Något samlat ställningstagande kommer därmed inte att finnas, utan varje enskild upphandlande myndighet kommer behöva göra denna prövning självständigt. Detta bedömnings- och analysarbete är ett potentiellt komplicerat arbete som kan kräva en viss juridisk kunskap. Detta eftersom prövningen innebär att upphandlare och andra som deltar i en upphandling ska göra en juridisk prövning av om den gärning som någon dömts för motsvarar formuleringarna i upphandlingslagstiftningen och upphandlingsdirektivet. Noterbart är att detta analysarbete många gånger kan komma att behöva utföras av anställda hos den upphandlande myndigheten som saknar både utbildning i och närmare kunskap om svensk straffrätt. Även om det skulle leda till en större arbetsbörda för Bolagsverket så skulle det ur ett rättssäkerhetsperspektiv sammantaget vara lämpligare om Bolagsverket genomförde prövningen av domen fullt ut. Detta för att säkerställa att alla upphandlande myndigheter i Sverige bedömer samma omständigheter på samma sätt, att den juridiska analysen blir korrekt genomförd och för att det är enklare att samla nödvändig kompetensen på en myndighet istället för att alla myndigheter som upphandlar ska införskaffa denna kompetens.

- Integritetsskydd:

Utredningens förslag innebär att bl.a. att känsliga personuppgifter i form av uppgifter ur belastningsregistret kommer behandlas av ett potentiellt stort antal upphandlande myndigheter och andra. Även om hanteringen i och för sig är laglig och förutsättningar för att hantera dessa personuppgifter finns, så är det en ofrånkomlig risk att antalet felaktiga hanteringar av dessa personuppgifter ökar samtidigt parallellt med att antalet behandlingar av dessa personuppgifter ökar över hela landet. I ett integritetsskyddsperspektiv, ur såväl respektive upphandlande myndighets som enskildas perspektiv, vore det istället önskvärt

om hanteringen av dessa uppgifter kunde koncentreras till den som är ansvarig för systemet för registerkontroll på ett lämpligt sätt.

- **Effektivitet:**

Systemet för registerkontroll kommer i princip inte omfatta utländska anbudsgivare och dess företrädare. Inte heller omfatta alla de grunder som i lagstiftningen som kan utgöra skäl för uteslutning. I och med detta är det också klart att det arbetssätt som används idag inte kommer kunna upphöra i och med införandet av systemet för registerkontroll. Sett även i ljuset av att införandet av ett system för registerkontroll kommer vara förenad med en substantiell kostnad för staten, både initialt och över tid, kan det ifrågasättas om det verkligen framstår som effektivt att införa ett system för registerkontroll där dubbla arbetssätt för att kontrollera uteslutningsgrunder införs. Visserligen kan delar av arbetet förenklas och effektiviseras, samtidigt som det dock innebär att ytterligare arbetsmoment införs i varje upphandling. Avslutningsvis ställer sig Region Gotland frågande till om två olika arbetssätt för utländska respektive svenska leverantörer överensstämmer med den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen.

Sammantaget finner Region Gotland skäl för att yttra sig beträffande denna Del 1 av Utredningen.

Del 2

Region Gotland ser positivt på Utredningens förslag om att i tillämpliga delar anpassa uteslutningsgrunderna i LOV till vad som anges i upphandlingslagarna samt Utredningens konstaterande om att, så när som på en lagteknisk fråga, det finns rättsligt stöd för att behandla personuppgifter i samband med avtalsuppföljning.

Vidare ställer sig Region Gotland bakom syftet med att införa dels arbetsrättsliga krav i icke direktivstyrda upphandlingar, dels möjliggöra för upphandlande myndigheter att vid behov begränsa antalet underleverantörsled. Samtidigt konstateras att det saknas skäl att ifrågasätta att de rättsliga bedömningar och andra överväganden som Utredaren gjort beträffande att inte gå vidare med dessa förslag i nuläget.

Sammantaget finner Region Gotland inte skäl att yttra sig beträffande denna Del 2 av Utredningen.

Bedömning av konsekvenser i tvärperspektiv

Ej aktuellt vid remissvar.

Beslutsunderlag

Yttrande till Finansdepartementet

Remiss ”En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter” (SOU 2023:43), inkom 2023-09-14

En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter

Regionstyrelseförvaltningen

Stefan Hollmark
Regiondirektör

Ulrika Jansson
Ekonomidirektör