

Stockholm den 15 december 2023

R-2023/1637

Till Finansdepartementet

Fi2023/02414

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 14 september 2023 beretts tillfälle att yttra sig över betänkandet En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter (SOU 2023:43).

Synpunkter

Förslaget om ett system för samordnad registerkontroll i samband med offentlig upphandling och vid ansökan om att delta i ett valfrihetsystem

Advokatsamfundet välkomnar förslaget om att det införs ett system för samordnad registerkontroll. Advokatsamfundet instämmer i att det idag vanligt förekommande förfarandet med sanningsförsäkran, undertecknad av leverantören, varken är tillräckligt eller lämpligt för att genomföra och utreda om någon av de uteslutningsgrunder som framgår av 13 kap. 1 §, 2 § och 3 § p. 2 i lagen om offentlig upphandling (LOU) och de motsvarande bestämmelserna i övriga lagar om offentlig upphandling föreligger eller inte. Advokatsamfundet har i detta avseende inga synpunkter på att Bolagsverket anförtros uppgiften att tillhandahålla ett system för samordnad registerkontroll eller att reglering härom placeras i den förslagna förordningen om samordnad registerkontroll i samband med upphandling.



Advokatsamfundet tillstyrker att den förteckning av brott som identifierats av utredningen är de brott som ska omfattas av den samordnade registerkontrollen, jämte den personkrets som den samordnade registerkontrollen ska omfatta.

Advokatsamfundet har i detta hänseende inget att erinra mot att kontrollen ska omfatta de föreslagna registren.

Advokatsamfundet tillstyrker vidare att den förslagna regleringen i upphandlingslagarna om att det vid kontroll av om det finns grund för att utesluta en leverantör, får en upphandlande myndighet/enhet inte begära att leverantören lämnar handlingar eller intyg om myndigheten/enheten själv har möjlighet att kostnadsfritt med elektroniska medel få tillgång till relevant information via en myndighet som tillhandahåller en funktion för samordnad registerkontroll. Det kan dock noteras att den föreslagna bestämmelsen, som nu placerats under det regelverk som avser s.k. egen försäkrans i LOU (15 kap. 5 §), lämpligen borde återfinnas under 15 kap. 6 § LOU.

Att upphandlande myndigheter/enheter, såsom t.ex. i LOU 4 kap. 10 § punkten 2, 4 kap. 11 § samt 14 kap. 7 §, innan tilldelning av kontrakt, ska kontrollera om leverantören eller ett företag vars kapacitet åberopas till uppfyllande av ett kvalificeringskrav inte är föremål för en uteslutningsgrund följer av lag och införandet av en möjlighet av att kontrollera uppgifter inför tilldelning av kontrakt genom en samordnad registerkontroll framstår som direkt befogat liksom de följdändringar som följer av denna möjlighet, med sekretessbrytande bestämmelser och regler om tystnadsplikt. I detta avseende, vad avser den situationen att den upphandlande myndigheten/enheten står inför att tilldela kontrakt, är tillåtligheten av sekretessbrytande regler och att integritetskänsliga uppgifter delas mellan myndigheter och upphandlande myndigheter motiverade. Emellertid innebär de framlagda förslagen att upphandlande myndigheter/enheter äger rätt att begära ut uppgifter, potentiellt mycket integritetskänsliga sådana, även vid andra tillfällen än de som direkt följer av lag och att de uppgifter som kan lämnas ut vid dessa tillfällen inte begränsas till ett minimum. Advokatsamfundet skulle i detta avseende gärna sett att utredningen övervägt regleringen i 4 kap. 12 § LOU (och dess motsvarigheter i övriga upphandlingslagar) om att den tillåtna registerkontrollen begränsas till att avse den eller de leverantörer som den upphandlande myndigheten/enheten avser att tilldela kontrakt.



Redan i 2 § punkten 1 i förslaget till förordning om samordnad registerkontroll framgår dock att kontrollen, inför tilldelning av kontrakt, även ska omfatta underleverantörer.

Att en sådan kontroll ska ske saknar dock stöd i nuvarande upphandlingslagstiftning, då nuvarande upphandlingslagstiftning, i samband med anbudsinfördran (se 17 kap. 6 § LOU och 16 kap. 6 § LUF) samt under fullgörandet av kontraktet (se 17 kap. 7 § LOU och 16 kap. 7 § LUF), endast ger upphandlande myndighet/enhet rätt respektive skyldighet att kräva att en leverantör redovisar en begränsad mängd information om underleverantörer.

I samband med anbudsinfördran äger upphandlande myndighet/enhet rätt att begära att en leverantör ska lämna in uppgifter dels om huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, dels vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen. Denna uppgift är dock inte bindande för leverantören.

Under fullgörandet av kontraktet ska en upphandlande myndighet/enhet ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet. Myndigheten/enheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta myndigheten/enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid. Detta gäller dock inte om underleverantören är en varuleverantör.

Utredningens förslag ger alltså upphandlande myndigheter/enheter en rätt att från Bolagsverket infordra uppgifter om i anbudet/anbudsansökan förslagna underleverantörer som de inte kan lägga till grund för en uteslutning (17 kap. 6 § LOU och 16 kap. 6 § LUF) och heller inte efter tilldelning, under fullgörandet av kontraktet (17 kap. 7 § LOU och 16 kap. 7 § LUF), kan lägga till grund för att neka antagande av en då föreslagen underleverantör. Den potentiella omfattningen och spridningen av de integritetskänsliga uppgifter, särskilt uppgifter ur belastningsregistret, som enligt förslaget kommer att delas med upphandlande myndigheter och enheter bör naturligtvis hållas till ett minimum utifrån de kontroller som en upphandlande



myndighet och enhet är skyldiga att vidta till uppfyllande av den bakomliggande regleringens syfte. Upphandlande myndigheter/enheter bör inte ges denna möjlighet att få ta del av potentiellt integritetskänsliga uppgifter avseende underleverantörer annat om stöd i lag återfinns härför. Detta oavsett om fråga är om en upphandling på det direktivstyrda eller icke-direktivstyrda området.

Av 2 § punkten 4 i förslaget till förordning om samordnad registerkontroll framgår vidare att upphandlande myndigheter ska kunna begära ett utdrag från Bolagsverket avseende de uppgifter som omfattas av uteslutningsgrunderna i 13 kap. 1 §, 13 kap. 2 § och 13 kap. 3 § p. 2 vid uppföljningar av kontrakt eller ramavtal som tecknats efter upphandlingar enligt upphandlingslagarna. Detta kan gälla leverantörer, företag vars kapacitet åberopats och underleverantörer. Motsvarande anges enligt punkten 5 i förslaget gälla för LOV, dock endast för leverantörer och företag vars kapacitet åberopats. Det ska i detta sammanhang framhållas att upphandlingslagarna i princip helt saknar civilrättsliga regleringar avseende förhållandet mellan en upphandlande myndighet/enhet och en leverantör efter det att kontrakt ingåtts, annat än i fråga om ändringar av ingångna kontrakt (se 17 kap. 8–16 §§ LOU och motsvarande regleringar i LUF och LUK). Enbart 17 kap. 17 § LOU, 16 kap. 17 § LUF och 14 kap. 17 § LUK reglerar en skyldighet för upphandlande myndigheter/enheter att tillse att upphandlande kontrakt innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet, om leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § LOU (eller motsvarande regleringar i LUF och LUK) och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen.

Advokatsamfundet är i och för sig av uppfattningen att det bör finnas en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att kontrollera leverantörer i aktuellt hänseende också vid uppföljning av avtal. Avseende sådan uppföljning av ingångna avtal borde dock, enligt Advokatsamfundets uppfattning, tillses och beaktas att den potentiella omfattningen och spridningen av de integritetskänsliga uppgifter som enligt förslaget kommer att delas med upphandlande myndigheter begränsas. Detta särskilt utifrån de kontroller som en upphandlande myndighet och enhet får vidta – och särskilt avseende uppgifter ur belastningsregistret – bara bör tillåtas när det är absolut nödvändigt. Upphandlande myndigheter/enheter bör därför inte ges en sådan generell och oinskränkt möjlighet att få ta del av potentiellt integritetskänsliga uppgifter avseende leverantörer, företag vars kapacitet åberopats eller underleverantörer



avseende uppföljning av avtal. Detta oavsett om fråga är om en upphandling på det direktivstyrda eller icke-direktivstyrda området.

Det föreligger här även risk för att de upphandlande myndigheterna/enheterna skulle använda denna möjlighet i allt för stor utsträckning. Detta skulle då kunna leda till en markant ökad arbetsbörda för Bolagsverket vid mer eller mindre rutinmässiga ansökningar om utfående av uppgifter under pågående avtal. Enligt förslaget 8 § ska relevansen av de uppgifter som framkommer vid Bolagsverkets registerkontroll enbart prövas vid frågor om uteslutning, dvs. inför tilldelning. Det framgår alltså inte av förslaget om Bolagsverket ska avgöra huruvida de uppgifter de får fram är relevanta och ska delges när det handlar om en begäran om utdrag i anledning av uppföljning av kontrakt eller ramavtal.

Möjligheten att begära ut dessa uppgifter under uppföljning av avtal bör enligt Advokatsamfundets uppfattning begränsas till dels de fall då en upphandlande myndighet/enhet i enskilda kontrakt eller ramavtal infört explicita regleringar om att rätt till hävning föreligger om leverantören blir föremål för omständigheter i 13 kap. 1–3 §§ LOU, dels till de fall när det föreligger sannolika indikationer på att kontraktet ska avslutas i förtid enligt en reglering som införts i avtalsvillkoren av en upphandlande myndighet med stöd av 17 kap. 17 § LOU, 16 kap. 17 § LUF och 14 kap. 17 § LUK – vad avser registeruppgifter som omfattas av 13 kap. 1 § LOU eller motsvarande. Alternativt införs ett rekvisit där Bolagsverket redan av den upphandlande myndigheten/enhetens förfrågan om registerutdrag under uppföljning av ett avtal ska avgöra om det är motiverat/relevant att göra den aktuella registerkontrollen och dela med sig av denna till den upphandlande myndigheten/enheten. Leverantörer till offentlig sektor och dess underleverantörer samt företag vars kapacitet åberopas vid offentliga upphandlingar måste kunna förlita sig på att upphandlande myndigheter/enheter inte slentrianmässigt kan begära ut potentiellt integritetskänsliga uppgifter, annat än när det är motiverat. Advokatsamfundet avstyrker alltså förslaget i dess nuvarande utformning och anser att frågan om möjligheten att begära ut uppgifter för uppföljning av avtal bör utredas ytterligare.

Vad vidare avser den relevansbedömning som Bolagsverket ska genomföra enligt 8 § i förslaget på förordning och utredningens skäl härför under avsnitt 8.6 i utredningen, instämmer Advokatsamfundet i att det är lämpligt att så sker och att enskilda upphandlande myndigheter och enheter torde vara sämre skickade än en för ändamålet



tillsatt organisation hos Bolagsverket, att göra denna ”rensning” i integritetsskyddande syfte och av effektivitetsskäl. Rensningen som ska utföras av Bolagsverket kommer därvidlag att utgöra en mycket betydande komponent avseende spridningen av integritetskänsliga uppgifter vidare till upphandlande myndigheter/enheter – och potentiellt vidare – och bör därför omgärdas av restriktiva tillämpningsföreskrifter och endast i uppenbara fall föranleda redovisning från Bolagsverkets sida till de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Å andra sidan kan en mycket restriktiv tillämpning leda till att uppgifter inte lämnas vidare till upphandlande myndigheter och enheter trots att så rätteligen borde ske. Denna otillfredsställande situation förstärks av att Bolagsverkets analyser av domar varken kan överklagas eller granskas i den händelse att Bolagsverket anser att en dom inte är uteslutningsgrundande. Risken för felaktiga/tveksamma bedömningar från Bolagsverkets sida är, enligt Advokatsamfundets mening, inte endast hypotetisk. Konsekvensen av en felaktig bedömning från Bolagsverkets sida är att en leverantör som rätteligen borde ha uteslutits, kan komma att tilldelas ett kontrakt och att andra leverantörer inte kan angripa detta.

Som exempel kan anföras att när Bolagsverket granskar en dom där en företrädare för en leverantör dömts för grov stöld, och Bolagsverket anser att den grova stölden inte skett inom ramen för deltagande i en kriminell organisation, så ska domen följaktligen inte lämnas ut till den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören kan komma att tilldelas kontrakt. En konkurrent till leverantören, en annan anbudsgivare, som anser att en uteslutningsgrund trots allt förelegat, kan i denna situation varken erhålla information om domen eller Bolagsverkets bedömning. Bolagsverkets beslut kan inte heller överklagas. I just det här exemplet kan man notera att det saknas en legaldefinition av begreppet "kriminell organisation" vilket sannolikt medför att det blir särskilt svårt att göra en korrekt analys.

Det förefaller därför, ur ett rättssäkerhetsperspektiv, inte rimligt att Bolagsverkets analyser av domar varken kan överklagas eller granskas i den händelse att Bolagsverket anser att en dom inte är uteslutningsgrundande.



Den tolkning och analys av domar som ska utföras av Bolagsverket, i de fallen så är erforderligt vid träff i registren, kan vidare antas innebära en betydande tidsutdräkt vilka kan komma att sätta upphandlande myndigheter och enheter i tidsnöd i förhållande till anbudens giltighetstid. Utredningen saknar i detta hänseende helt en redogörelse för hur denna fråga ska hanteras, vilket vore lämpligt att överväga.

Advokatsamfundet tillstyrker förslagen i övriga delar som berör en samordnad registerkontroll.

Förslag om ändringar i lagen (2011:1029 om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS), lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)

Vad avser förslagen om tystnadsplikt (1 kap. 14 § LUFS, 4 kap. 20 § LOU, 4 kap. 18 § LUF och 4 kap. 12 § LUK samt motsvarande förslag under tröskelvärdet) anges det i förslaget att ”I det allmännas verksamhet tillämpas i stället bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)”. Denna reglering bör utformas annorlunda i ett tydliggörande syfte, förslagsvis med 12 kap. 18 § LOU som förebild. Advokatsamfundet föreslår att föreslaget stycke ersätts med ”I 2 kap.

tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För myndigheter som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller följande”, varvid första stycket i den föreslagna bestämmelsen följer. Vad avser begreppet ”Obehörigen” bör detta framgå av föreslagen bestämmelse att detta endast kan ske med samtycke eller som en följd av lag eller författning, givet de mycket integritetskänsliga uppgifter fråga är om.

Föreslagna regleringar om uteslutning av leverantörer från att delta i valfrihetssystem – ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV)

Advokatsamfundet tillstyrker föreslagna ändringar i lagen (2008:962) om valfrihetssystem och att reglerna om uteslutning av leverantörer i denna lag utformas mot bakgrund av vad som idag gäller för de icke-direktivstyrda annonspliktiga upphandlingarna. Advokatsamfundet hänvisar dock, avseende föreslaget om att införa 10 kap. 10 § i nämnda lag, till vad som ovan anförts avseende möjligheten att begära utdrag vid uppföljning av kontrakt.



Vidare, vad avser förslaget om 10 kap. 10 §, där det anges att ”I det allmänna verksamhet tillämpas i stället bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen”, bör denna bestämmelse utformas annorlunda i tydliggörande syfte, med 12 kap. 18 § LOU som förebild. ”I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För myndigheter som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller följande”, bör ersätta förslagen text följd av första stycket i den föreslagna bestämmelsen. Vad avser begreppet ”Obehörigen” bör det av förslagen bestämmelse framgå att detta endast kan ske med samtycke eller som en följd av lag eller författning, givet de mycket integritetskänsliga uppgifter som det är fråga om.

Advokatsamfundet tillstyrker som en konsekvens av vad som ovan anförts, föreslagna ändringar i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning, lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

Frågan om rättsligt stöd för att behandla personuppgifter vid uppföljning av avtal

Advokatsamfundet tillstyrker föreslagna ändringar i upphandlingslagarna om behandling av ”Känsliga personuppgifter” i de fall de är nödvändiga för att följa upp kontraktsvillkoren.

Föreslagna ändringar av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

När det gäller förslaget tillägg i 35 kap. 1 § i den mån fråga är om sekretess som inhämtats vid uppföljning av kontrakt, hänvisas till vad som ovan anförts under rubriken Föreslagna regleringar om uteslutning av leverantörer från att delta i valfrihetssystem – ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Givet vad som anges i avsnitt 7.1.3 och vad den föreslagna 35 kap. 10 e § i rubricerade lag enligt utredningen syftar till att möjliggöra, kan det ifrågasättas om användningen av begreppet ”enskild” är lämplig. Eftersom fråga är om integritetskänsliga uppgifter, bör den krets som äger rätt att ta del av handlingarna/uppgifterna vara tydligare definierad i bestämmelsen.

I övrigt tillstyrks de föreslagna förändringarna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).



Övrigt utredningsuppdrag

Advokatsamfundet delar de överväganden som utredningen gjort avseende om det bör införas obligatoriska krav på arbetsrättsliga villkor vid icke direktivstyrda upphandlingar samt den analys som gjorts avseende de rättsliga förutsättningarna för att vid offentlig upphandling införa begränsningar av antalet underleverantörsled samt bedömningen att det inte finns skäl för en sådan begränsning.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander