

Justitiedepartementet  
Ert diarienummer: Ju2018/05292/L4

Ju.remissvar@regeringskansliet.se

# Kompletteringar till den nya säkerhetsskyddslagen (SOU 2018:82)

## Inledning

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling. Upphandlingsmyndigheten arbetar idag i viss mån med att stödja i frågor som uppkommer i samband med offentlig upphandling och tecknande av säkerhetsskyddsavtal.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten begränsar därför främst sitt yttrande till de avsnitt av slutbetänkandet som har anknytning till upphandlingsområdet.

## Om utredningens innehåll

### *Allmänt*

Upphandlingsregelverken i Sverige består av ett antal lagar baserade på direktiv från EU. För denna remiss aktualiseras främst lag (2016:1145) om offentlig upphandling (hädanefter LOU), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) samt lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). Ett grundläggande mål

med upphandlingsdirektiven är att säkerställa unionens fyra friheter; fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital på EU:s inre marknad.

I säkerhetsskyddade upphandlingar ska den upphandlande myndigheten eller enheten se till att både säkerhetsskyddslagstiftningen och upphandlingslagstiftningen efterföljs. Upphandlingsmyndigheten anser att det i vissa avseenden saknas en analys av hur förslaget regelverk samspelar med upphandlingsregelverken och upphandlingsprocessen, något vi utvecklar i vårt svar nedan.

De lagar som styr all offentlig upphandling bygger på fem grundprinciper. Bestämmelserna i upphandlingslagarna ska alltid tolkas mot bakgrund av dem. Med anledning av utredningens innehåll bör något nämnas om två av dessa principer; proportionalitetsprincipen och principen om öppenhet.

Proportionalitetsprincipen i upphandlingssammanhang innebär att kraven och villkoren i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De åtgärder som den upphandlande myndigheten genomför får inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

Principen om öppenhet (transparens) i upphandlingssammanhang innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Uppgifter som gäller upphandlingen får inte hemlighållas. Upphandlingsdokumenten ska vara förutsebara, det vill säga klart och tydligt formulerade och innehålla samtliga krav som ställs.

Upphandlingslagstiftningen syftar till att minska korrruptionen och nyttja konkurrensen på marknaden. Upphandlingslagstiftningen och säkerhetsskyddslagstiftningen står inte i motsatsförhållande till varandra, säkerhetsskydd kan till och med vara ett viktigt verktyg för att bibehålla konkurrensen i upphandlingar som kräver säkerhetsskydd.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i att verksamhetsutövare på förhand bör ha analyserat hela verksamhetens säkerhetsskyddsbehov. Vidare ser myndigheten positivt på förslagen om att så mycket som möjligt av analys- och eventuellt kravställningsarbete rörande säkerhetsskyddsfrågorna är behandlade innan beslut fattas om huruvida en upphandling ska genomföras. Detta underlättar även arbetet med att genomföra själva upphandlingen och stämmer väl överens med regeringens ambition att inköpsfrågor ska hanteras strategiskt i linje med den nationella upphandlingsstrategin.

#### *5.4.2 Situationer där avsaknaden av säkerhetsskyddsavtal kan medföra negativa konsekvenser*

I utredningen under rubriken "Anskaffningar mellan statliga myndigheter" hänvisas till Kammarrätten i Stockholms dom med mål nr 7355-16 där domstolen kom fram till att omständigheten att både Kungliga biblioteket och Riksarkivet är del av den juridiska personen staten inte automatiskt medför att avtalet mellan myndigheterna inte kunde utgöra ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Frågan i målet var

om ansökan om ogiltigförklaring kommit in i rätt tid eller om ansökan skulle avvisas och huruvida köp mellan statliga myndigheter var upphandlingspliktiga berördes enbart i domskälen. Praxis rörande frågan om upphandlingsplikt mellan statliga myndigheter saknas från högsta instans.

Upphandlingsmyndigheten önskar nyansera bilden av köp mellan statliga myndigheter. Efter kammarrättens dom har såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten uttalat sig i den aktuella frågan.

Konkurrensverket har i december 2018 publicerat ett ställningstagande (diarienummer 514/2018) där myndigheten gör bedömningen att anskaffningar mellan statliga myndigheter inte omfattas av upphandlingslagstiftningen om de båda myndigheterna ingår i samma juridiska person. Upphandlingsmyndigheten har i sitt remissvar från till utredningen ”Statliga servicekontor – mer service på fler platser” (SOU 2018:43) kommit till samma slutsats i det aktuella fallet (diarienummer UHM-2018-0222).

#### *5.4.4 Samverkan och samarbeten mellan statliga myndigheter bör undantas i vissa fall*

Med anledning av vad som angivits under föregående rubrik finns anledning för Upphandlingsmyndigheten att även kommentera vad som skrivs i stycket med rubriken ”Anskaffningar bör dock omfattas av kravet på säkerhetsskyddsavtal”.

I utredningen framgår att anskaffningar mellan statliga myndigheter bör omfattas av kravet på säkerhetsskyddsavtal. Upphandlingsmyndigheten instämmer i vikten av att behovet av säkerhetsskyddsåtgärder tydliggörs i situationer som dessa.

Upphandlingsmyndigheten håller med i utredningens slutsats att det bör sakna betydelse om upphandlingslagstiftningen är tillämplig eller ej. Vi tillstyrker föreslagen lydelse av 2 kap. 6 § nya säkerhetsskyddslagen, dock anser Upphandlingsmyndigheten att det bör övervägas att definiera begreppet ”utomstående part” i lagstiftningen för att underlätta tillämpningen.

#### *6.4.5 Brister i arbetet med säkerhetsskyddsavtal*

För att beakta principen om öppenhet ska det framgå av upphandlingsdokumenten om ett säkerhetsskyddsavtal ska ingås. Säkerhetsskyddsavtalet upprättas som ett separat avtal som publiceras i samband med övriga upphandlingsdokument. Potentiella anbudsgivare ska ges förutsättningar att bland annat uppskatta vilka investeringar eller andra kostnader som kan aktualiseras med anledning av säkerhetsskyddsavtalet. Brist på öppenhet i ett upphandlingsunderlag kan medföra att upphandlingen måste göras om.

Att i det publicerade säkerhetsskyddsavtalet detaljerat beskriva skyddsbehovets innehåll är normalt inte möjligt med tanke på säkerhetsskyddslagstiftningen. Däremot kan det yttre ramverk som ska gälla för säkerhetsskyddsavtalet beskrivas på ett tydligt sätt utan att säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter läcks.

Upphandlingsmyndigheten tycker också att det är oroande om det förekommer fall där affärsavtalet ingås innan säkerhetsskyddsavtalet i de fall affärsavtalets giltighet inte är beroende av säkerhetsskyddsavtalets giltighet. Det skulle kunna innebära att man i dessa situationer bryter mot säkerhetsskyddslagstiftningen. Det kan också uppstå svårigheter om leverantören efter att affärsavtalet har ingåtts vägrar att teckna ett säkerhetsskyddsavtal. Om det förekommer motstridiga uppgifter i affärsavtalet ska säkerhetsskyddsavtalet ha företräde vilket ska framgå av både säkerhetsskyddsavtalet och upphandlingsdokumenten. Det bör i upphandlingsdokumenten dessutom finnas hävningsvillkor för det fall leverantören inte fullgör sina åtaganden enligt säkerhetsskyddsavtalet.

Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter på att utvidga skyldigheten att ingå säkerhetsskyddsavtal. Det är ett bra förslag. Däremot är det inte säkert att lösningen på de identifierade problemen är att låta leverantörer delta i en dialog om säkerhetsskyddsavtalets innehåll innan ett tilldelningsbeslut fattats. Det är inte helt tydligt vad utredningen avser med detta men Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att villkoren för säkerhetsskyddet bör tas fram av verksamhetsutövaren. Det kräver att verksamhetsutövaren har en organisation som klarar av detta och organisationerna kan behöva stöd i dessa frågor. I andra fall riskerar vissa frågor att uppkomma, exempelvis: Vilka leverantörer får delta i dialogen? I vilken utsträckning får leverantören påverka säkerhetsskyddsavtalets innehåll utan att principen om öppenhet påverkas? Måste leverantörer som deltar i dialogen säkerhetsprövas?

#### *6.11.3 Revidering av säkerhetsskyddsavtal efter ändrade förhållanden*

Möjligheterna att genomföra ändringar av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal är begränsade. Med ändring av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal avses exempelvis byte av leverantör eller ändring på grund av oförutsedda omständigheter. Under vilka förutsättningar detta är tillåtet framgår av 17 kap. LOU, 16 kap. LUF respektive 14 kap. LUK.

Utredningen ser skäl att införa en bestämmelse om möjlighet att revidera ett säkerhetsskyddsavtal om det krävs på grund av ändrade förhållanden samt att denna möjlighet ska anges i säkerhetsskyddsavtalet.

Upphandlingsmyndigheten vill i detta sammanhang uppmärksamma om upphandlingslagstiftningens bestämmelser<sup>1</sup> som anger vilka ändringar som är tillåtna att genomföra i ett upphandlat avtal. Motsvarande reglering saknas i LUF, men eftersom regleringen kring ändringar av avtal i stor utsträckning utgör en kodifiering av praxis bör vägledning ändock kunna hämtas ifrån övrig upphandlingslagstiftning när en offentlig upphandling genomförs med stöd av LUF.

Följden av att genomföra en o tillåten ändring av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal är att myndigheten anses ha genomfört en *ny* upphandling. Är den nya

---

<sup>1</sup> Se 17 kap. 8 – 16 §§ LOU, 16 kap. 8 – 16 §§ LUF samt 14 kap. 8 – 16 §§ LUK.

upphandlingen en otillåten direktupphandling kan den upphandlande myndighetens avtal förklaras ogiltigt och bli skadeståndsskyldiga, vidare kan Konkurrensverket väcka talan om upphandlingsskadeavgift.

Säkerhetsskyddslagstiftningen ska under alla omständigheter följas för att uppnå ett relevant säkerhetsskydd. Upphandlingsmyndigheten anser att det behövs en fördjupad analys av om, och i så fall under vilka förutsättningar, reglerna om ändringar av avtal i upphandlingslagstiftningen kan komma i konflikt med föreslagna regler i säkerhetsskyddslagen. Detta för att minska risken att en sådan eventuell konflikt leder till en ändring som inte är tillåten enligt upphandlingslagstiftningen.

Eftersom det i säkerhetsskyddsavtalet ska anges att en revidering kan komma att ske kommer det också framgå av upphandlingsdokumenten (begreppet har ersatt ”förfrågningsunderlag” i LOU och LUF, men återfinns fortfarande i LUF) och anbudsgivare kommer därför ha möjlighet att anpassa sina anbud efter denna information. I denna kontext bör principen om öppenhet särskilt belysas. Om en upphandlande myndighet brutit mot principen om öppenhet och detta har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen vid händelse av överprövning besluta om ingripande enligt upphandlingslagarna.

#### *9.8.8 Överträdelser som kan leda till sanktionsavgift*

Upphandlingsmyndigheten vill lämna en kommentar till vad som framgår under rubriken ”Säkerhetsskyddsavtal”. Placering i säkerhetsklass enligt den 3-gradiga skalan regleras och definieras i säkerhetsskyddslagstiftningen. I säkerhetsskyddslagstiftningen finns det dock inga bestämmelser om säkerhetsskyddsavtalets olika nivåer. Nivåerna för säkerhetsskyddsavtal som har tagits fram av tillsynsmyndigheterna i syfte att anpassa säkerhetsskyddsavtalets innehåll till upphandlingsföremålets skyddsbehov bör även regleras i säkerhetsskyddslagstiftningen.

En reglering av säkerhetsskyddsavtalets olika nivåer skulle utifrån ett upphandlingsperspektiv skapa bättre förutsättningar för myndigheten att ställa proportionerliga säkerhetsskyddskrav. Med rätt reglering skulle detta också minska risken för upphandlingar som består av färdiga mallar eller mallar behäftade med allvarliga brister.

#### *11.3.1 Verksamhetsutövare*

Som det har nämnts i utredningen under rubriken ”Förslagen kan innebära högre kostnader för inköp” kan krav på säkerhetsskydd i upphandlingar innebära att kostnaderna för inköp ökar. Dels blir fler personer på myndigheten involverade i inköpsarbetet dels innebär de tillkommande säkerhetsskyddskraven att leverantörer eventuellt tvingas ta ut högre priser för sina varor och tjänster. Säkerhetsskyddade upphandlingar kan också leda till att färre leverantörer vill eller kan lämna anbud. Ökade kostnader i samband med skyddet av Sveriges säkerhet är dock oundvikligt och måste accepteras. Däremot skulle onödiga kostnadsökningar kunna begränsas genom att myndigheten ställer proportionerliga säkerhetsskyddskrav i sina upphandlingar.

Det skulle sannolikt också främja konkurrensen eftersom fler leverantörer skulle kunna uppfylla de uppsatta säkerhetsskyddskraven.

Proportionalitetsprincipen kan också tillvaratas genom att bättre tillämpa de möjligheter som ges enligt upphandlingslagstiftningen. Om det till exempel rör sig om ett ramavtal med få planerade avrop tillvaratas proportionalitetsprincipen bäst om parterna ingår ett säkerhetsskyddsavtal i samband med respektive avrop. I denna situation kan behovet av registerkontroller i samband med säkerhetsskyddade upphandlingar tas som exempel. Om säkerhetsskyddsavtal ingås i samband med respektive avrop skulle registerkontrollernas omfattning på ett bättre sätt möta behovet eftersom onödiga registerkontroller sannolikt skulle undvikas. Detta förutsätter dock att inga hemliga uppgifter framgår under upphandlingsprocessen fram till dess att avrop sker.

Proportionalitetsbedömningen ska ta fasta på om säkerhetsskydd överhuvudtaget är nödvändigt. Om så är fallet ska proportionalitetsbedömningen till exempel leda till att en lämplig nivå ska gälla på säkerhetsskyddsavtalet för det aktuella inköpsbehovet.

#### *En reflektion angående förhållandet till NIS-direktivet*

NIS-direktivet och den nationella lagstiftning som omsätter NIS-direktivets bestämmelser, Lag (2018:1174) om informationssäkerhet för samhällsviktiga och digitala tjänster, tar sikte på att uppnå en hög nivå av säkerhet i nätverks- och informationssystem för utvalda sektorer som är samhällsviktiga samt även digitala tjänster. Men gränsdragningen för verksamheter som omfattas av säkerhetsskyddslagstiftningen respektive NIS-direktivet är inte helt enkel. Även om en viss vägledning går att få i förarbeten och i nämnda lagar så är det långt ifrån tydligt hur avgränsningen ska göras. Risken finns att säkerhetsskyddslagstiftningens bestämmelser felaktigt inte tillämpas i ljuset av NIS-direktivet. Upphandlingsmyndigheten anser att ett förtydligande kring avgränsningen bör göras.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Upphandlingsjuristen Sara Kinnander har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund och upphandlingsspecialisten Arash Theodore Iahanie deltagit.

---

Inger Ek

---

Sara Kinnander