

Kommittédirektiv

Effektiv och tillförlitlig kontroll av leverantörer vid tilldelning av offentliga kontrakt

Beslut vid regeringssammanträde den 2 juni 2022

Sammanfattning

En särskild utredare ges i uppdrag att föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll i samband med offentlig upphandling och vid ansökan om att delta i ett valfrihetssystem. Syftet med utredningen är att stärka den demokratiska kontrollen över välfärden, främja sund konkurrens och motverka arbetslivskriminalitet genom att hindra oseriösa eller olämpliga leverantörer från att tilldelas offentliga kontrakt.

Utredaren ska bl.a.

- föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll i samband med offentlig upphandling och vid ansökan om att delta i ett valfrihetssystem,
- ta ställning till om reglerna om uteslutning av leverantörer från att delta i valfrihetssystem bör skärpas,
- ta ställning till om det bör införas obligatoriska krav på arbetsrättsliga villkor vid icke-direktivstyrda upphandlingar,
- analysera de rättsliga förutsättningarna för att vid offentlig upphandling införa begränsningar av antalet underleverantörsled samt bedöma om det finns skäl för en sådan begränsning, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget ska redovisas senast den 31 augusti 2023.

Uppdraget att föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll

Bestämmelser om förfarandet vid offentlig upphandling finns i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Varje lag genomför ett EU-direktiv på upphandlingsområdet. Samtliga lagar innehåller utöver bestämmelser om upphandlingar som omfattas av EU-direktiven (direktivstyrda upphandlingar) även bestämmelser om upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområden (icke-direktivstyrda upphandlingar).

För direktivstyrda upphandlingar finns regler om obligatoriska uteslutningsgrunder, enligt vilka en upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör som har gjort sig skyldig till vissa allvarliga brott eller inte har fullgjort sin skyldighet att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter. Myndigheten eller enheten får även tillämpa frivilliga uteslutningsgrunder och då utesluta en leverantör på grund av vissa andra missförhållanden i leverantörens verksamhet, t.ex. om den är i konkurs eller har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Vid icke-direktivstyrd upphandling får myndigheten eller enheten utesluta en leverantör på samma grunder som gäller vid direktivstyrd upphandling. Myndigheten eller enheten får då även tillämpa andra uteslutningsgrunder under förutsättning att dessa anges i upphandlingsdokumenten.

Regler om tilldelning av offentliga kontrakt finns även i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering. Ett valfrihetssystem är ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten bland de leverantörer som den upphandlande myndigheten har godkänt och tecknat kontrakt med. Även i lagarna om valfrihetssystem finns det bestämmelser om leverantörskontroll. Reglerna är utformade med bestämmelserna i 2007 års upphandlingslagar, dvs. de lagar som gällde fram till dess de nuvarande upphandlingslagarna trädde i kraft, som förebild och motsvarar i huvudsak regleringen av de frivilliga uteslutningsgrunderna för direktivstyrda upphandlingar.

De krav som ställs på en leverantör för att denne ska tilldelas ett offentligt kontrakt bör som regel vara uppfyllda under hela avtalstiden.

Det är den upphandlande myndighetens eller enhetens ansvar att kontrollera leverantörens lämplighet i ovannämnda avseenden. Kontrollen inleds vanligtvis med att leverantören, i samband med att den lämnar anbud i en upphandling eller ansöker om att få delta i ett valfrihetssystem, försäkrar att det inte finns någon grund för uteslutning. Myndigheten eller enheten kontrollerar därefter, innan den ingår avtal, att leverantörens uppgifter stämmer. Myndigheten eller enheten begär då vanligtvis in relevanta bevis från leverantören i form av t.ex. utdrag ur olika myndighetsregister. Vid offentlig upphandling ska de aktuella bevisen även omfatta underleverantörer och andra företag vars kapacitet åberopas i anbudet.

Många av de uppgifter som behövs, t.ex. uppgifter ur belastningsregistret eller hos Skatteverket, omfattas av sekretess. Dessutom omfattar kontrollen, beroende på antalet underleverantörer och hur ägarförhållandena ser ut, ofta ett mycket stort antal personer. Kontrollen av leverantörerna upplevs därför som både besvärlig och resurskrävande av såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. I de fall bevis kommer in till den upphandlande myndigheten eller enheten saknas i vissa fall rättsliga möjligheter att sekretessbelägga integritetskänsliga uppgifter eller uppgifter som är skyddsvärda av någon annan anledning. Eftersom bevisen (registerutdrag m.m.) inte heller är särskilt anpassade för leverantörsprövningen finns det även en risk att myndigheten eller enheten får del av integritetskänslig överskottsinformation. Ytterligare en svårighet vid leverantörskontrollen är uteslutningsgrundernas generella utformning. Det framgår t.ex. inte klart vilka brott enligt svensk rätt som motsvarar de brott som enligt bestämmelserna ska leda till att en leverantör utesluts. Det framgår vidare inte vilken typ av agerande som utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller vilka personer som ska kontrolleras. I praktiken innebär den nuvarande ordningen att det är komplicerat och ibland omöjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kontrollera leverantörer på det sätt som förutsätts enligt upphandlingslagarna eller lagarna om valfrihetssystem.

För att oseriösa eller olämpliga leverantörer ska kunna hindras från att tilldelas offentliga kontrakt behövs ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll i samband med offentlig upphandling och vid ansökan om att delta i ett valfrihetssystem. Enligt Upphandlingsmyndighetens bedömning skulle antalet slagningar i olika myndighetsregister som de upphandlande myndigheterna och enheterna skulle behöva göra sammanlagt uppgå till mellan 250 000 och 450 000 per år. Mot bakgrund av det

omfattande arbete som detta kan antas medföra, och för att även i övrigt underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som registermyndigheterna, skulle det behöva finnas en centraliserad myndighetsfunktion. Genom den skulle upphandlande myndigheter och enheter enkelt och snabbt kunna få tillgång till den information om registeruppgifter och andra uppgifter som behövs för att dessa ska kunna kontrollera om det finns grund för att utesluta en leverantör.

Inom ramen för arbetet med EU:s gemensamma digitala ingång ska medlemsstaterna tillsammans med kommissionen skapa ett tekniskt system för automatiskt utbyte av bevis inom EU, se artikel 14 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/1724 av den 2 oktober 2018 om inrättande av en gemensam digital ingång för tillhandahållande av information, förfaranden samt hjälp- och problemlösningstjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 (SDG-förordningen). Detta system omfattar uttryckligen upphandlingar som genomförs enligt lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Upphandlingsregelverket är i vissa fall tillämpligt på upphandlingar som genomförs av privaträttsliga subjekt vars verksamhet normalt inte omfattas av offentligrättslig lagstiftning, som t.ex. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

En offentlig upphandling ska genomföras i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, öppenhet, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Detsamma gäller vid inrättande av ett valfrihetssystem.

Utredaren ska därför

- ta ställning till vilka uppgifter hos myndigheter, i första hand i befintliga myndighetsregister, som är relevanta för kontrollen av om det finns grund för uteslutning av en leverantör vid offentlig upphandling eller vid ansökan om att delta i ett valfrihetssystem och bl.a. analysera vilka brott enligt svensk rätt som motsvarar de brott som enligt upphandlingsdirektiven utgör grund för obligatorisk uteslutning samt vilken personkrets som ska kontrolleras,
- föreslå hur en centraliserad myndighetsfunktion med uppdrag att till de upphandlande myndigheterna och enheterna tillhandahålla information om de relevanta uppgifterna – både i samband med en offentlig

upphandling eller ansökan om att delta i ett valfrihetssystem och under avtalstiden – kan utformas,

- säkerställa att den centraliserade myndighetsfunktionen utformas på ett sätt som förhindrar spridning av integritetskänsliga uppgifter eller uppgifter som är skyddsvärda av andra skäl utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kontrollen,
- säkerställa att den centraliserade myndighetsfunktionen utformas på ett sätt som är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, SDG-förordningen samt är anpassad även för sådana upphandlande myndigheter och enheter som normalt inte omfattas av offentligrättsligt lagstiftning,
- föreslå en befintlig myndighet som lämpligen skulle kunna ansvara för den centrala myndighetsfunktionen, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget att ta ställning till om reglerna om uteslutning av leverantörer från ett valfrihetssystem bör ändras

Reglerna om leverantörskontroll vid ansökan om att delta i ett valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem, lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering är utformade med bestämmelserna i 2007 års upphandlingslagar som förebild. Reglerna ger den upphandlande myndigheten en möjlighet, men inte en skyldighet, att utesluta leverantörer i vissa angivna situationer. Den upphandlande myndigheten får bl.a. utesluta en leverantör som är i konkurs eller i likvidation, som genom en dom som har fått laga kraft är dömd för brott som avser yrkesutövningen eller som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Välfärdsutredningen föreslog i sitt betänkande Ordning och reda i välfärden att reglerna om uteslutning av en leverantör enligt lagen om valfrihetssystem skulle kompletteras med ytterligare grunder. Utredningen ansåg att det skulle underlätta för myndigheterna om uteslutningsgrunderna enligt lagen i högre grad motsvarade de grunder som numera gäller vid offentlig upphandling (se SOU 2016:78 s. 586–588).

Sedan Välfärdsutredningen lämnade sitt betänkande har även reglerna för icke-direktivstyrda upphandlingar förenklats och gjorts mer flexibla. De upphandlande myndigheterna och enheterna har numera möjlighet att själva

besluta vilka uteslutningsgrunder som ska gälla i varje enskild upphandling (prop. 2021/22:5, bet. 2021/22:FiU14, rskr. 2021/22:31).

Utredaren ska därför

- ta ställning till om de nuvarande reglerna om uteslutning i lagen om valfrihetssystem, lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering är ändamålsenliga eller om de bör ändras, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget att utreda om det finns rättsligt stöd för att behandla personuppgifter vid uppföljning av avtal

Avtalsuppföljning är en viktig åtgärd för att upptäcka brister vid utförandet av offentliga kontrakt. I vissa fall, t.ex. när det finns krav på arbetsrättsliga villkor vid fullgörande av kontraktet eller vid reserverade kontrakt, kan det vara nödvändigt med uppföljning på individnivå. Detta innebär att personuppgifter, i vissa fall känsliga sådana, kan komma att behöva behandlas.

Av artikel 6.1. och 9.1 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (EU:s dataskyddsförordning) och lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning följer att de upphandlande myndigheterna och enheterna måste ha rättslig grund för att hämta in och behandla personuppgifter i samband med uppföljning av avtal. Även leverantörer behöver ha rättslig grund för att lämna ut de personuppgifter som myndigheterna och enheterna efterfrågar för detta ändamål.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är det osäkert om det finns rättslig grund för att behandla personuppgifter i samband med uppföljning av sociala och arbetsrättsliga villkor i offentliga kontakt (se Fi2019/04337).

Utredaren ska därför

- ta ställning till om personuppgiftsbehandling i samband med uppföljning av sociala och arbetsrättsliga kontraktsvillkor enligt upphandlingslagarna, lagen om valfrihetssystem, lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster

- för elektronisk identifiering är förenlig med gällande regler om personuppgiftsbehandling, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget att analysera behovet av att begränsa antalet underleverantörsled i upphandlingar

Många av de varor och tjänster som offentliga aktörer köper produceras i länder där det finns en betydande risk för korruption, miljöförstöring eller brott mot mänskliga rättigheter. Även i Sverige finns problem som upphandlande myndigheter och enheter måste hantera, inte minst vid upphandling av tjänster.

På den svenska arbetsmarknaden finns problem med lönedumpning, oskäliga arbetsvillkor och olika former av arbetslivskriminalitet. För arbetstagare kan detta innebära en bristfällig arbetsmiljö och ohälsosam arbetsbelastning. Vidare kan oseriösa leverantörer få en konkurrensfördel framför övriga leverantörer. Komplexa affärsmodeller med långa och komplicerade kedjor av underleverantörer ökar risken i dessa avseenden. I likhet med vad som förskrivs i den norska upphandlingslagstiftningen, skulle ett sätt att främja goda arbetsvillkor för de arbetstagare som ska utföra arbetet enligt offentligt upphandlade kontrakt därför kunna vara att begränsa antalet underleverantörsled vid offentliga upphandlingar.

Ett annat sätt att minska de risker och problem som nämns ovan är att beakta t.ex. miljön, sociala eller arbetsrättsliga aspekter vid utvärderingen av anbuden eller ställa upp sådana villkor för fullgörande av kontraktet. Enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen om upphandling av koncessioner är de upphandlande myndigheterna och enheterna dessutom skyldiga att vid direktivstyrd upphandling – om det är behövligt – kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt vissa angivna arbetsrättsliga villkor som arbetstagarna, som ska utföra arbetet enligt kontraktet, minst ska tillförsäkras. Sådana villkor ska även omfatta eventuella underleverantörer. Upphandlande myndigheter eller enheter får dock bara ställa upp sådana krav, kriterier och villkor som kan följas upp och kontrolleras. Även möjligheten att genomföra nödvändiga kontroller påverkas av antalet underleverantörsled – ju fler led desto svårare är det för myndigheten eller enheten att genomföra kontrollerna. En begränsning av antalet underleverantörsled skulle därför också kunna öka möjligheterna till kontroll av leverantörerna.

En begränsning skulle emellertid kunna få effekter på den offentliga marknadens nuvarande strukturella uppbyggnad och funktion och leverantörernas möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. Vidare innehåller fördraget om europeiska unionens funktionssätt och regeringsformen regler om fri rörlighet för varor och tjänster respektive näringsfrihet. I upphandlingsdirektiven finns även regler om leverantörers rätt att åberopa andra företags kapacitet.

Utredaren ska därför

- analysera de rättsliga förutsättningarna för att vid offentlig upphandling införa krav på begränsningar av antalet underleverantörsled och bl.a. ta ställning till om ett sådant krav vore förenligt med reglerna om fri rörlighet för varor och tjänster enligt fördraget om europeiska unionens funktionssätt, regeringsformens regler om näringsfrihet och upphandlingsdirektivens regler om leverantörers rätt att åberopa andra företags kapacitet,
- analysera vilka effekter begränsningar av antalet underleverantörsled skulle kunna få för den offentliga marknadens nuvarande strukturella uppbyggnad och funktion samt leverantörernas möjligheter att delta i offentliga upphandlingar,
- bedöma om, och i så fall i vilken omfattning, det finns skäl att införa ett krav på begränsningar av antalet underleverantörsled, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget att bedöma om det ska införas en skyldighet att ställa krav på arbetsrättsliga villkor vid icke-direktivstyrda upphandlingar

Frågan om arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling har utretts vid flera tillfällen. Ett förslag om att upphandlande myndigheter och enheter i samtliga upphandlingar – när det är behövligt – ska ställa obligatoriska villkor om lön, semester, arbetstid, tjänstepension och försäkringar remitterades av Finansdepartementet 2016. I den efterföljande propositionen föreslogs dock endast obligatoriska villkor om lön, semester och arbetstid (prop. 2015/16:195). Efter att riksdagen avslagit regeringens förslag i denna del lämnade regeringen i propositionen Arbetsrättsliga villkor vid upphandling (prop. 2016/17:163) ett nytt förslag om att det endast skulle vara obligatoriskt att ställa villkor om lön, semester och arbetstid på det direktivstyrda området. Förslaget antogs av riksdagen och trädde i kraft den 1 juli 2017. I samtal med företrädare för bl.a. upphandlande myndigheter och

enheter, fackliga organisationer och branschorganisationer har behovet av obligatoriska arbetsrättsliga villkor vid icke-direktivstyrda upphandlingar påtalats på nytt.

Utredaren ska därför

- ta ställning till om, och i så fall under vilka förutsättningar, det bör göras obligatoriskt att vid icke-direktivstyrd upphandling ställa villkor om lön, semester, arbetstid, tjänstepension eller försäkringar, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska allsidigt och grundligt belysa konsekvenserna av de förslag som lämnas, inklusive förslagets förenlighet med EU-rätten och den svenska arbetsmarknadsmodellen. Alternativa lösningar som har övervägts men valts bort ska redovisas, liksom skälen till det. Utredaren ska vidare särskilt redogöra för de administrativa och ekonomiska konsekvenserna för myndigheter, företag och andra juridiska personer. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredningen föreslå hur dessa ska finansieras. Kostnader för specifika förslag och specifika myndigheter ska redovisas separat. Eventuella förslag om författningsändringar för ett utökat informationsutbyte ska föregås av en integritetsanalys och en bedömning av om behovet av utökad tillgång till information väger tyngre än behovet av skydd för den personliga integriteten.

Kontakter och redovisning av uppdraget

Vid genomförandet av uppdraget ska utredaren hålla sig informerad om och beakta relevant arbete som pågår inom Regeringskansliet och utredningsväsendet, bl.a. Delegationen mot arbetslivskriminalitet (dir. 2021:74).

Utredaren ska i den utsträckning som det är lämpligt inhämta synpunkter från berörda myndigheter, arbetsmarknadens parter och andra organisationer.

Uppdraget ska redovisas senast den 31 augusti 2023.

(Finansdepartementet)