



REMISSYTTRANDE

2022-06-22

FRA beteckning
Dnr 3.2:3412/22:2Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.seEr handläggare
Mikael Pauli
FRA handläggare
Maera KhanErt datum
2022-03-22
FRA föreg. datumEr beteckning
Fi2022/00967
FRA föreg. beteckningPromemorian En effektivare upphandlingstillsyn (Ds 2022:5)

Försvarets radioanstalt (FRA) har – från de utgångspunkter myndigheten har att beakta – följande synpunkter på promemorian. Synpunkterna följer promemorians disposition.

Sammanfattning av FRA:s synpunkter

FRA avstyrker promemorians förslag om att tillsynsmyndigheten ska få besluta om upphandlingsskadeavgift i första instans och att tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift ska utvidgas. FRA anser inte heller att det är motiverat att höja taket för upphandlingsskadeavgiften eller att förlänga tidsfristen för tillsynsmyndigheten att besluta om upphandlingsskadeavgift. FRA avstyrker även förslagen om att tillsynsmyndigheten ska kunna besluta om utredningsföreläggande i fler situationer, att dessa ska kunna förenas med vite samt att tillsynsmyndighetens beslut om förelägganden ska gälla omedelbart.

FRA konstaterar att de förslag som promemorian innehåller redan behandlats vid tidigare remissomgång där bl.a. Försvarsmakten och Försvarets materielverk framfört kritiska synpunkter.

FRA ifrågasätter promemorians utgångspunkt att det nuvarande tillsynssystemet inte fungerar och att tillsynsmyndigheten har behov av omfattande utrednings- och sanktionsmöjligheter för att kunna fullgöra sitt uppdrag. FRA saknar underlag som motiverar varför tillsynsmyndigheten ska ges så pass långtgående mandat. Ett effektivare sätt att åtgärda eventuella brister i myndigheternas upphandlingsförfaranden är, enligt FRA, att stärka de rådgivande och vägledande funktionerna hos tillsynsmyndigheten så att myndigheterna kan få det stöd de behöver. FRA efterfrågar en utredning som innefattar alternativ som inte är sanktionsbaserade samt en utförlig konsekvensanalys av dessa.

4 En effektivare upphandlingstillsyn

4.1 Tillsynsmyndigheten får besluta om upphandlingsskadeavgift

FRA avstyrker promemorians förslag om att tillsynsmyndigheten ska få besluta om upphandlingsskadeavgift i första instans. De fakultativa ärendena om upphandlingsskadeavgift präglas ofta av stor komplexitet och bedömningsutrymme. Frågan om en upphandlande myndighet har brutit mot upphandlingslagstiftningen är ofta också tvistig. FRA anser att bedömningar av detta slag lämpligen görs av allmän förvaltningsdomstol.

4.3 Tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften utvidgas

FRA avstyrker promemorians förslag om att tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgiften ska utvidgas. FRA konstaterar att frågan om utökade sanktionsmöjligheter inom upphandlingsförfarandet har behandlats tidigare utan att det har lett till några lagstiftningsåtgärder¹.

Det ges i promemorian inte några konkreta belägg för att det finns ett behov av att införa sådana ingripande och långtgående sanktionsmöjligheter som promemorian föreslår. Tvärtom, vad gäller exempelvis dokumentationsplikten framgår det av Statskontorets rapport publicerad den 28 mars 2022, *Offentlig direktupphandling. En utvärdering av 2014 års regeländringar*, att nästan samtliga upphandlande organisationer dokumenterar direktupphandlingar.² Det kan därför ifrågasättas om det finns skäl för den föreslagna sanktionen. En sådan ordning som det nu föreslagna snedvrider även huvudregeln att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet ska vara leverantörsdrivna³.

¹ Se bl.a. prop. 2009/10:180 s. 184 ff., SOU 2018:44 s. 29 och 373 f.

² Offentlig direktupphandling – En utvärdering av 2014 års regeländringar (2022:6), s. 23.

³ Se bl.a. prop. 2009/10:188 s. 178 f.

Det saknas vidare stöd för att de rådande tillsynsreglerna inte skulle vara tillräckliga för att åtgärda eventuella brister i myndigheternas upphandlingsprocesser. Man måste utgå från att statliga myndigheter efterlever regler beslutade av riksdag och regering och att myndigheterna rättar sig efter tillsynsmyndighetens beslut. Syftet med den föreslagna utvidgningen bör kunna nås med mindre ingripande medel, t.ex. genom utvidgat stöd till tillsynsmyndigheten och dess uppdrag att lämna vägledning och råd till myndigheter.

4.4 Taket på upphandlingsskadeavgiften höjs

FRA avstyrker promemorians förslag om att taket på upphandlingsskadeavgiften ska höjas. FRA har i tidigare remissyttranden ifrågasatt lämpligheten av att ålägga statliga myndigheter med sanktionsavgifter.⁴ Det finns enligt FRA:s mening effektivare sätt att uppnå regelefterlevnad än att bestraffa myndigheterna med avgifter (se ovan under avsnitt 4.3). Att fördubbla avgiftsnivån på ett redan betydande avgiftsbelopp framstår inte som ändamålsenligt.

Vidare står statliga myndigheter under bl.a. justitieombudsmannens och justitiekanslerns tillsyn vad gäller efterlevnad av tillämplig lagstiftning. Dessa har andra möjligheter att tillgå mot myndigheter som inte efterlever de lagar och förordningar som gäller.

4.5 Tidsfristen för att besluta om upphandlingsskadeavgift förlängs

FRA avstyrker promemorians förslag om att förlänga tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Även denna fråga har behandlats vid tidigare remisser inom rättsområdet. Det har i förevarande promemoria inte framförts några skäl till att förlänga tidsfristen som inte har beaktats vid tidigare remissomgångar.

Den gällande tidsfristen som sammanfaller med tidsfristen för en leverantör att väcka talan om skadestånd är, enligt FRA:s mening, väl avvägd och proportionerlig. Det anges dessutom i promemorian att den nu gällande tidsfristen även fortsättningsvis anses tillräcklig ur ett utredningsperspektiv förutsatt att det är den faktiska tiden som står till förfogande (se Ds 2022:5 s. 68). FRA konstaterar att upphandlande myndigheter, enligt nuvarande lagstiftning, har en skyldighet att inom 30 dagar efterannonsera sådana

⁴ Se bl.a. FRA:s remissyttranden med anledning av slutbetänkandet Brottsdatalag – kompletterande lagstiftning (SOU 2017:74), dnr 20 400:3895/17:3 och betänkandet Behandling av personuppgifter vid Försvarmakten och Förvarets radioanstalt (SOU 2018:63), dnr 20 400:3808/18:2.

upphandlingar som inte föregåtts av annonsering. Tillsynsmyndigheten bör därmed ha goda möjligheter att få kännedom om och utreda potentiella regelbrott. FRA anser att det inte har framkommit att den problematik som beskrivs i promemorian inte kan åtgärdas på annat sätt.

4.6 Förelägganden

4.6.1 En möjlighet att besluta om förelägganden rörande riktlinjer bör införas

FRA avstyrker promemorian förslag om att tillsynsmyndigheten ska kunna förelägga en upphandlande myndighet att besluta om riktlinjer. Av Statskontorets ovannämnda rapport⁵ framgår att de flesta upphandlande organisationer har beslutat om riktlinjer för direktupphandling. Tillräckliga skäl för tillsynsmyndigheten att förelägga myndigheter att vid vite anta riktlinjer synes inte föreligga.

4.6.2 Utredningsförelägganden bör kunna omfatta en vidare personkrets än i dag

FRA avstyrker promemorian förslag om att utredningsförelägganden ska innefatta leverantörer. Förslaget innebär att tillsynsmyndigheten ges befogenheten att utan begränsning begära uppgifter från en obestämd krets av privata subjekt, oaktat om dessa deltagit i den upphandling som är föremål för granskning eller inte. FRA anser att förslaget är oproportionerligt ingripande mot bakgrund av de i promemorian angivna syften som t.ex. att tillsynsmyndigheten ska få del av uppgifter för att bekräfta dess bild av marknaden.

FRA saknar dessutom en grundlig analys av vad en sådan utvidgning av personkretsen kan få för konsekvenser när det gäller försvars- och säkerhetsområdet. En långtgående skyldighet för leverantörer, särskilt utländska leverantörer eller sådana som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS), att lämna ut uppgifter, kan medföra en motvilja att delta i upphandlingsförfaranden. Detta skulle innebära att FRA på sikt kan få svårt att upphandla sådan utrustning och sådana tjänster som är avgörande för att FRA ska kunna leverera på de uppdrag till stöd för Sveriges säkerhet som FRA får från bl.a. regeringen, Försvarsmakten och Säkerhetspolisen. Detsamma bör gälla totalförsvaret i stort.

⁵ Offentlig direktupphandling – En utvärdering av 2014 års regeländringar (2022:6), s. 29.

4.6.3 Utredningsförelägganden bör kunna förenas med vite

FRA avstyrker promemorians förslag om att utredningsförelägganden ska kunna förenas med vite. Det är främmande för det svenska rättssystemet att en myndighet förelägger en annan myndighet att vid vite inkomma med uppgifter. En sådan ordning måste föregås av en ordentlig utredning som fastställer att det finns ett verkligt behov av vitesförelägganden mot myndigheter.

4.6.4 Omedelbart verkställbara beslut

FRA avstyrker promemorians förslag om att tillsynsmyndighetens beslut om utredningsförelägganden ska vara omedelbart verkställbara, eftersom det saknas underlag som visar ett konkret behov av detta. Mycket av FRA:s verksamhet omfattas av försvarssekretess enligt 15 kap. 2 § OSL. När en uppgift väl har lämnats ut har den skada som ett eventuellt felaktigt utlämnande kan innebära redan skett. Om ett sådant beslut om utredningsföreläggande ges omedelbar verkan fräntas den som anser sig vara förelagd att lämna uppgifter på felaktiga grunder möjligheten att värja sig, eftersom en domstolsprövning i efterhand inte kan läka eventuellt uppkomna skador.

6 Konsekvenser

Promemorian föreslår långtgående och ingripande befogenheter för tillsynsmyndigheten som kan få omfattande konsekvenser för myndigheter och leverantörer och som även kan få en påverkan på bl.a. Sveriges säkerhet. Trots detta har förslaget inte föregåtts av någon utredning av behovet av sådana utökade sanktions- och utredningsmöjligheter och dess potentiella konsekvenser. Exempelvis har det i tidigare utredningar framkommit att många leverantörer anser att upphandlingsprocessen är för komplex och administrativ betungande.⁶ Promemorian föreslår åtgärder som av leverantörer kan upplevas som betungande genom att de vid vite kan åläggas att inkomma med uppgifter utan någon begränsning i tid eller typ av uppgifter som kan begäras. Promemorian har oaktat detta gjort bedömningen att förslaget inte medför några konsekvenser för leverantörer utöver ekonomiska sådana för de leverantörer som inte efterkommer föreläggandet. Någon motivering till denna bedömning har inte lämnats.

FRA anser vidare att det är olyckligt att samtliga de upphandlingslagar som behandlas i promemorian har bedömts gemensamt i ett sammanhang, utan beaktande av de olika

⁶ Se bl.a. SOU 2018:44 och prop. 2021/22:5

FRA

särdrag som präglar dessa lagar. FRA efterfrågar en konsekvensbedömning utifrån ett försvars- och säkerhetsperspektiv om vad utökade sanktions- och utredningsmöjligheter kan få för påverkan för t.ex. FRA:s uppdrag till stöd för Sveriges säkerhet när det gäller försvarsunderrättelseverksamhet och cybersäkerhet. FRA saknar även en utredning av alternativa lösningar som inte är sanktionsbaserade.

Allmänt om FRA

FRA är en civil myndighet under Försvarsdepartementet med ca 950 anställda.

FRA är en del av svensk underrättelsetjänst med uppgift att bedriva signalspaning enligt lagen (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet. FRA bedriver signalspaning i syfte att kartlägga bl.a. yttre militära hot mot Sverige, hot mot svensk personal under internationella insatser, internationell terrorism som hotar väsentliga svenska intressen, främmande underrättelseverksamhet mot svenska intressen och övriga internationella företeelser som har betydelse för svensk utrikes-, säkerhets- och försvarspolitik. All signalspaning är riktad mot utländska förhållanden och sker på uppdrag av regeringen, Regeringskansliet, Försvarsmakten, Säkerhetspolisen och Nationella operativa avdelningen inom Polismyndigheten.

FRA ska vidare ha hög teknisk kompetens inom informationssäkerhetsområdet och får efter begäran stödja sådana statliga myndigheter och statligt ägda bolag som hanterar information som bedöms vara känslig från sårbarhetssynpunkt eller i ett säkerhets- eller försvarspolitiskt hänseende.

Uppgifter rörande FRA:s verksamhet omfattas till stora delar av sekretess bl.a. enligt 15 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). För uppgifter i allmän handling rörande underrättelseverksamhet gäller sekretess i 95 år.

I detta ärende har generaldirektören Björn Lyrvall beslutat. I den slutliga handläggningen har också deltagit tjänsteförrättande chefsjuristen Jessica Sjöstrand, avdelningschefen

FRA

Gunnar Hellenius (avd. T) samt juristen Maera Khan (Chefsjuristens kansli), tillika föredragande.

Försvarets radioanstalt



Björn Lyrvall



Maera Khan

Sändlista

Externt

Försvarsdepartementet/Sund

Försvarsdepartementet/Rättssekretariatet

Internt FRA

GD

ÖD

Chefsjuristen

Biträdande chefsjuristen

C GD:s stab

C KOM

C Sigund

C Cyber

C T

C V

KC LF

EC UPP