

Datum  
2002-05-06  
Ert datum

Vår beteckning  
2002/0066-22  
Er beteckning

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över Tillsynsutredningens delbetänkande: Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag (SOU 2002:14)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) lämnar följande yttrande.

### Sammanfattning

NOU välkomnar utredningens ambition att presentera en överblick av olika former av statlig tillsyn, diskussionen kring begreppet tillsyn och dess avgränsning mot annan verksamhet. NOU delar utredningens slutsatser att tillsynsuppdrag skall vara tydligt formulerade med klara avgränsningar mot annan verksamhet som normering, information och omvärldsbevakning. NOU vill uppmärksamma utredningen på att NOU:s tillsynsobjekt inte är exakt definierade i lag.

Det är önskvärt med fortsatt utredning kring frågan om möjligheterna till gemensam lagstiftning på tillsynsområdet.

### Disposition

I syfte att ge underlag för den fortsatta utredningen har NOU valt att inleda remissvaret med en presentation av NOU och en redogörelse för de erfarenheter som myndigheten gjort under sina nio verksamhetsår. Presentationen försöker så långt som möjligt knyta an till de begrepp som använts av tillsynsutredningen samt redogöra för de definitioner NOU använder. Slutligen lämnar NOU synpunkter och svar på några av de frågor som departementet efterfrågat.

---

<sup>1</sup> Prop. 2001/02:142

## Presentation av NOU

### Organisationsform

NOU har en organisatorisk form som skiljer sig från flertalet andra statliga tillsynsmyndigheter. NOU är en nämndmyndighet som leds av en nämnd som fattar beslut i bland annat tillsynsärenden<sup>2</sup>. Den löpande verksamheten är delegerad till kanslichefen. Kansliet bestod av 8,6 helårsanställda år 2001, varav 2,2 helårsanställda arbetade med tillsyn. NOU:s verksamhet är helt anslagsfinansierad och anslaget uppgick år 2001 till ca 7,5 mkr, varav ca 3 mkr åtgick för tillsynsverksamheten.

### EG-direktiv

De bakomliggande EG-direktiven rörande upphandling<sup>3</sup> påbjuder inte att medlemsstaterna skall inrätta tillsynsmyndigheter. Däremot har önskemål om detta framförts av EG-kommissionen i meddelandet Offentlig upphandling inom Europeiska unionen.<sup>4</sup> Sverige har valt att inrätta en myndighet med bland annat ett uppdrag att verka som tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet. EG-kommissionen uppmuntrar att sådana myndigheter upprättas i ansökarländerna. Till skillnad från vissa andra rättsområden som presenterats i tillsynsutredningen utövar EG-kommissionen inte någon formell tillsyn över NOU:s tillsynsverksamhet. I sin egenskap av väktare av EG-fördragen, med möjlighet att väcka talan i EG-domstolen mot en medlemsstat, har EG-kommissionen emellertid en funktion som europeisk tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet. Enskilda leverantörer och branschförbund kan vända sig till EG-kommissionen och påtala missförhållanden i en medlemsstat samt uppmärksamma EG-kommissionen på om det förekommer misstankar om fördragsbrott.

För närvarande förbereds nya direktiv på upphandlingsområdet. NOU har inte kunnat utläsa någonting i de förslag som är föremål för beslut om att nationell tillsyn skulle bli obligatorisk. Inom försörjningssektorerna diskuteras att en nationell myndighet skall ha rätt att medge sektorsundantag. Denna behörighet skulle således överföras från

---

<sup>2</sup> Jfr prop. 2001/02:142 sid. 34 med förslag till ändring, såtillvida att ordföranden av risk för partsintressen, föreslås fatta beslut om uttalanden och klagomålsärenden efter samråd med nämnden.

<sup>3</sup> Direktiv som styr upphandling inom den klassiska sektorn: varudirektivet 93/36/EEG, byggdirektivet 93/37/EEG, tjänstedirektivet 92/50/EEG samt ändringsdirektivet 97/52/EG och det första rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG. Direktiv som styr upphandling inom försörjningssektorn: försörjningsdirektivet 93/38/EEG, ändringsdirektivet 98/4/EG och det andra rättsmedelsdirektivet 92/13/EG.

<sup>4</sup> Kommissionens meddelande den 11 mars 1998 KOM (98) 143. Kommissionen uppmanar medlemsstaterna att inrätta eller utse oberoende myndigheter vars uppgift skulle vara att identifiera tolkningsproblem, diskutera behandlingen av enskilda fall och erbjuda en snabb och informell lösning av problem.

EG-kommissionen till medlemsstaternas myndigheter. En tendens som kan skönjas i direktivarbetet är att nya upphandlingsfomer föreslagits som skall vara mer flexibla och inte lika detaljreglerade som tidigare.

## **Mandat**

NOU:s mandat återfinns i 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt i myndighetens instruktion (SFS 1993:98).

De huvudsakliga uppgifterna för NOU<sup>5</sup> är att;

- utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen
- följa utvecklingen på upphandlingsområdet
- lämna information och allmänna råd
- samla in uppgifter för statistikändamål
- verka för en effektiv offentlig upphandling

NOU har i sin tillsynsverksamhet rätt att inhämta nödvändiga upplysningar från de upphandlande enheterna enligt 7 kap. 9 § LOU. En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn enligt 7 kap. 10§ LOU.

## **Egeninitierad tillsyn respektive granskning av klagomålsärenden**

Tillsynsverksamheten delas upp i egeninitierad tillsyn och granskning av klagomålsärenden. De senare kan aktualiseras av vem som helst till skillnad från möjligheten att föra talan i domstol (se nedan). Merparten av inkomna klagomålsärenden härrör från missnöjda leverantörer samt i viss mån även från branschorganisationer och allmänheten.

## **Målsättning**

Enligt regleringsbrevet för NOU för år 2002 skall målet för tillsynen vara att ”öka regelefterlevnaden av regelsystemet bland upphandlande enheter. Av inkomna klagomålsärenden skall endast sådana av allmänt och principiellt intresse tas upp till prövning. I övrigt skall tillsynen initieras av nämnden eller genom uppdrag från regeringen. Den egeninitierade, aktiva tillsynen skall utgöra minst 20 % av nämndens totala arbetstid. Tillsynsverksamheten skall prioriteras”.

NOU har beslutat om en tillsynsstrategi för myndigheten i vilken ovanstående målsättning utvecklas ytterligare (bilaga 1). Vidare anges

---

<sup>5</sup> Enligt myndighetens instruktion SFS 1993:98.

myndighetens prioriteringar, metoder och åtgärder med anledning av avvikande beteenden.

### **Tillsynsobjekt**

Tillsynen riktas mot de tillsynsobjekt som i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU definieras såsom ”upphandlande enheter”. Någon förteckning över dessa existerar inte. I jämförelse med andra tillsynsområden som presenterats i utredningen är avsaknaden av en förteckning måhända unik. På upphandlingsområdet är en sådan förteckning orealistisk att tänka sig mot bakgrund av direktivens utformning. EG-domstolen har uttalat<sup>6</sup> att en dylik förteckning över upphandlande enheter är vägledande men inte normerande. Avsaknaden av förteckning leder till att varje tillsynsaktivitet måste inledas med en prövning av huruvida objektet är en upphandlande enhet och därmed omfattas av NOU:s tillsyn eller inte<sup>7</sup>. För flertalet av objekten går denna prövning relativt snabbt medan andra kan kräva en omfattande utredning innan någon tillsyn kan inledas. Vägledning får i vissa svårtolkade fall sökas i rättspraxis från EG-domstolen. Tillsynsobjekten kan förenklat sägas omfatta statliga myndigheter, kommuner, landsting, kommunala och landstingsägda bolag samt vissa statliga bolag. Därtill kommer vissa juridiska personer som bedriver i 4 kap. LOU angiven typ av verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna (dessa enheter kan vara såväl offentligt ägda som privatägda). Antalet tillsynsobjekt kan beräknas uppgå till ca 10 000 och den sammanlagda volymen av det som upphandlas (varor, tjänster och byggentreprenader) beräknas uppgå till ca 400 miljarder kr per år<sup>8</sup>.

När objektet har konstaterats falla under NOU:s tillsyn återstår att undersöka om kontraktet avseende det som upphandlas faller under LOU:s tillämpningsområde. Vissa typer av kontrakt omfattas inte av LOU, till exempel hyreskontrakt rörande fast egendom, viss upphandling som sker inom ramen för internationella avtal m.m.

### **Normering**

NOU saknar föreskriftsrätt men har rätt att ge ut allmänna råd. Så har dock ej skett hittills. NOU:s normering kan beskrivas i termer av ”mjuk normering”. Regleringsbrevet för NOU skiljer tydligt på tillsyn, utveckling och information som olika verksamhetsgrenar. Myndigheten lämnar information i form av nyhetsbrev och broschyrer och medverkar som föreläsare vid seminarier samt tillhandahåller en daglig telefonservice där information lämnas i allmänt hållna ordalag. Myndigheten lämnar inte råd i

---

<sup>6</sup> Mål C-247/89

<sup>7</sup> NOU måste identifiera sina tillsynsobjekt. En lista över upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU har ersatts av uppgift att sådana upphandlande enheter är de som NOU utövar tillsyn över.

<sup>8</sup> SOU 1999:39 sid. 1-2.

enskilda ärenden, vilket oftast är vad frågeställarna önskar. Behovet av denna "mjuka normering" har varit och är alltså stort eftersom upphandlingsreglerna till sin karaktär är svårtolkade. De erfarenheter som NOU gör i sin informationsverksamhet bidrar indirekt till tillsynsverksamheten genom att myndigheten får kännedom om tendenser ute hos de upphandlande enheterna och vilka problem som finns med regelverket samt indikationer på vilka upphandlande enheter som inte följer LOU. Det förekommer också att vissa klagomål som framförts per telefon följs upp.

En leverantör kan få ett upphandlingsärende prövat i såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol (överprövnings- respektive skadeståndsmål enligt 7 kap. LOU). Domstolarna ställer ofta frågor till NOU och kan ålägga NOU att yttra sig i egenskap av expertmyndighet, varvid NOU medverkar till utvecklingen av rättspraxis. NOU har yttrat sig i flertalet av de mål om upphandling som tagits upp till prövning i Regeringsrätten. Myndighetens tolkningar har på detta sätt i betydande utsträckning "legaliserats" genom rättspraxis.

### **Tillsyn över viss typ av verksamhet**

Anskaffningsprocessen utgör normalt en integrerad del av verksamheten hos tillsynsobjekten. LOU reglerar tilldelning av offentliga kontrakt och NOU:s tillsyn begränsar sig till själva upphandlingsförfarandet. NOU saknar mandat att i sin tillsyn kritisera tillsynsobjektens organisation (systemtillsyn). Vidare saknas möjligheter att kritisera vad som anskaffas och i vilken form (köp, hyra eller leasing). Det är snarare en fråga som revisionen kan ha synpunkter på.

Det kan diskuteras hurvida den enskilde medborgaren är en direkt avnämare (kund) av de upphandlande enheternas verksamhet (upphandling) eller om skissen på sid. 142 i delbetänkandet måste kompletteras med en aktör i form av "leverantören" att sättas in mellan "tillsynsobjektet" och "medborgaren". En småföretagare som lämnar anbud i en upphandling kan mycket väl inrymmas under begreppet "medborgare" utifrån perspektivet att han har krav och förväntningar på att hans anbud hanteras korrekt i upphandlingen. Enligt en annan tolkning är medborgaren den som indirekt mottar en offentligt finansierad tjänst som utförs av en leverantör som tilldelats ett upphandlingskontrakt. Tillsynen tar sikte på regelefterlevnad hos de upphandlande enheterna, när de genomför en upphandling som ett led i en anskaffningsprocess. Den enskilde medborgaren har givetvis ett intresse av att se till att de offentliga medlen används på ett kostnadseffektivt sätt.

## Samverkan

När det gäller samverkan med andra myndigheter får NOU fortlöpande kunskap om aktuella frågeställningar som uppstår hos de upphandlande enheterna. NOU har regelbundna kontakter med Riksrevisionsverket (RRV), Konkurrensverket och Konkurrensrådet. Det förekommer att ärenden överförs till NOU från JO, Konkurrensverket och Konkurrensrådet. Kontakter med den kommunala revisionen inskränker sig till sporadiska kontakter per telefon. Eftersom revisionen är oberoende kan en samverkan mellan NOU och revisionella organ inte drivas särskilt långt. Revisorerna väljer själva vilka uppgifter de vill prioritera.

Kontakterna med RRV ser NOU som en möjlighet att informationsvägen påverka till ökad granskning av och kunskap om offentlig upphandling. Kontakterna har också en historisk bakgrund, eftersom RRV hade ansvar för tillsynen över den statliga upphandlingen före 1993. NOU har övervägt möjligheterna till ökad samverkan med länsstyrelserna med utgångspunkt i det uppdrag länsstyrelserna har vad gäller konkurrensfrågor men har hittills inte tagit initiativ till något varaktigt samarbete.

## Avsaknad av direkta sanktionsmöjligheter

Trots att NOU saknar sanktionsmöjligheter har besluten i tillsynsärenden, enligt NOU:s bedömning, efterlevts i betydande grad. Endast i vissa tillsynsärenden blir slutsatsen ett konstaterande av ”rätt eller fel”, t.ex. har beslutet mynnat ut i att den upphandlande enheten brutit mot LOU eftersom de inte följt lagen alls. Flertalet ärendet rör gränsdragningar som mera liknar ”bra eller dåligt”. Bristande regelefterlevnad har konstaterats vid vissa moment i upphandlingen. Nämndens sammansättning anses ge besluten en legitimitet gentemot de upphandlande enheterna och tillsynsverksamheten leder ofta till att den upphandlande enheten vidtar åtgärder för att överträdelser inte skall upprepas. Det finns dock exempel på upphandlande enheter som inte följer NOU:s yttranden och rekommendationer. Det kan antas ha samband bl. a. med att NOU saknar direkta sanktionsmöjligheter.

På grund av att NOU:s beslut saknar formell rättsverkan kan NOU:s beslut i tillsynsärenden inte överklagas.

Regeringen anger i den nyligen beslutade propositionen<sup>9</sup> att det bör införas en möjlighet att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling. Beredningen i denna del är inte avslutad och regeringen avser att återkomma med förslag under hösten 2002.”

---

<sup>9</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34-35.

## Begreppet ”kritisk massa”

I utredningen används uttrycket ”kritisk massa” för att beskriva vikten av en sammanhållen tillsynsmyndighet i de fall material som skall granskas är av tekniskt komplicerad natur. NOU anser att det är en fördel att tillsynsfrågorna på upphandlingsområdet centrerats till NOU.

## Tillsynsmyndighetens oberoende ställning

Regeringen har i den nyligen beslutade propositionen<sup>10</sup> föreslagit att ordföranden i nämnden självständigt bör få fatta beslut i klagomålsärenden, efter samråd med nämnden, för att inte riskera att partsintressen påverkar tillsynsverksamheten.<sup>11</sup>

## Svar på frågor

NOU har tillsammans med övriga remissinstanser ombetts svara på nedanstående frågor:

Frågor beträffande förslaget om genomförandet av ett antal sektoriella tillsynsprojekt i syfte att tydliggöra och precisera den statliga tillsynens roll och uppdrag:

- *Finns det sektorer vilka skulle vara särskilt lämpliga för sådana pilotprojekt?*

NOU bedömer att frågor om upphandling torde kunna aktualiseras i flertalet sektorer, till exempel när verksamhet övergår från att drivas i egen regi till att läggas ut på entreprenad. NOU ställer sig positiv till att medverka i ett pilotprojekt under förutsättning att erforderliga resurser ges.

- *Bör andra frågor än de vilka utredningen angivit analyseras i pilotprojekten?*

NOU önskar att frågan om hur tillsyn skall kunna bedrivas utan att tillsynsmyndigheten uppfattas som alltför ”bokstavstrogen” utreds vidare.<sup>12</sup>

Frågor rörande förslaget angående stiftandet av en ny lag om statlig tillsyn:

- *Skulle en ny lag med det av utredningen föreslagna innehållet innebära att den statliga tillsynen blir tydligare?*

NOU ställer sig positiv till att frågan om en gemensam lagstiftning utreds vidare utifrån de utgångspunkter som anges på sid 170 i

---

<sup>10</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34

<sup>11</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34

<sup>12</sup> Jfr sid. 87 i utredningen

Datum  
2002-05-06

Vår beteckning  
2002/0066-22

utredningen. NOU förordar att lagen ges en karaktär av ramlagstiftning. NOU anser det angeläget att begreppet tillsyn definieras i en sådan lag. Om tillsyn definieras som kontroll av regelefterlevnad anser NOU det lämpligt att tillsynsorganet ges verktyg för att kontrollera efterlevnaden så att kontrollen blir effektiv.

- *Finns det i ett kommande lagstiftningsarbete skäl att även närmare se över användningen av sanktioner i samband med statlig tillsyn?*  
Se ovanstående fråga.

- *Bör därutöver andra frågor om den statliga tillsynen regleras i en sådan ny lag?*

NOU har inga förslag i denna del.

Frågor rörande kommunernas roll som utövare av vissa delar av den statliga tillsynen:

- *Bör ansvars- och rollfördelningen mellan staten och kommunerna i utövandet av tillsynen förändras?*
- *Om ja: Vilka är de tyngsta principiella och praktiska skälen för en förändring?*
- *Om nej: I vilka avseenden kan kraven på nationell likvärdighet i tillsynsverksamheten stärkas?*

NOU anser det inte lämpligt att föra över den tillsyn som idag bedrivs av NOU till kommunal nivå eftersom det skulle leda till att kommuner skulle utöva tillsyn över sig själva i egenskap av upphandlande enheter.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 april 2002 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, ämnesrådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Annette Elmqvist. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Annette Elmqvist

Bilaga: Strategi för NOU:s tillsynsverksamhet