

Camilla Graf Morin

DATUM  
2005-02-17  
ERT DATUM  
2004-11-10

DIARIENR  
2004/0259-22  
ER BETECKNING  
Fi2004/4803

1 (5)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Tillsynsutredningens slutbetänkande: Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (SOU 2004:100)**

Nämndens för offentlig upphandling (NOU) yttrande koncentreras till de förslag som läggs fram avseende en allmän tillsynslag.

### ***Sammanfattning av NOU:s inställning till förslagen***

Den föreslagna tillsynslagen förefaller inte medföra några uppenbara fördelar för nämndens tillsynsverksamhet. Detta kan vara ett utslag av att nämndens verksamhet är svår att jämföra med annan tillsynsverksamhet. Strävan efter enhetliga begrepp och definitioner för statlig tillsyn är vällovlig, men det förefaller som de skilda tillsynsmyndigheterna har så olika förutsättningar att det är svårt att hitta en gemensam begreppsflora som är tydlig och enkel att använda.

I den föreslagna tillsynslagen finns en gemensam katalog med ingripandemöjligheter ”som i princip alla tillsynsorgan bör kunna få möjlighet att använda vid sin tillsyn”. NOU konstaterar att de ingripanden som föreslås, förutom möjligen ”anmärkning”, inte passar särskilt väl på tillsynen över den offentliga upphandlingen.

### **Utgångspunkter för yttrandet**

NOU vill inledningsvis hänvisa till sitt yttrande (2002/0066-22) över Tillsynsutredningens delbetänkande: Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag (SOU 2002:14) där en presentation lämnats av NOU och en redogörelse görs för de erfarenheter som myndigheten har gjort under sina verksamhetsår.

NOU vill lägga till några förutsättningar som är utmärkande för nämndens tillsynsverksamhet och som försvårar NOU:s strävan att bedriva en effektiv tillsynsverksamhet. Dessa förutsättningar är:

Camilla Graf Morin

*Myndighetens storlek i kombination med ett stort och heterogent tillsynsområde*

NOU har tillsyn över hela den offentliga upphandlingen som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Det innebär att tillsynen innefattar alla statliga myndigheter, alla kommuner, alla landsting, de flesta kommunala och landstingsägda bolag, vissa statliga bolag samt vissa privata företag verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna. Det är inte enbart så att antalet organisationer, s.k. upphandlande enheter, är mycket stort, utan deras verksamhet bedrivs under skilda förutsättningar och styrs av olika lagstiftningar. Enligt beräkningar kan antalet upphandlande enheter uppgå till ca 10 000 stycken. Eftersom det inte finns någon förteckning över de organisationer som NOU skall utöva tillsyn över, har NOU hittills sett det som angeläget att i tillsynsprojekt klargöra vilka organisationer som omfattas av upphandlingslagstiftningen och därmed även av NOU:s tillsyn<sup>1</sup>.

Viss upphandlingsverksamhet är dessutom ofta starkt decentraliserad vilket innebär att upphandling genomförs på ett stort antal ställen inom en och samma upphandlande enhet, vilket i sin tur gör tillsynsområdet än mer spritt.

Eftersom tillsynsmetoden måste anpassas till aktuella förutsättningar för varje insats innebär det vida och heterogena arbetsfältet att ett omfattande antal varianter av tillsynsmetodik kan behöva användas.

*Upphandlingslagstiftningens komplexitet*

Det synes som om många typer av tillsynsverksamhet går ut på att mäta eller prova att en viss vara eller installation uppfyller vissa specifika krav. En sådan tillsyn kan beskrivas och bedrivs enligt förhållandevis lätt uppställda villkor. Utfallet torde i dessa fall kunna utmynna i ett mätbart svar som kan överföras till ett godkänt eller icke godkänt.

NOU:s tillsyn däremot kan inte lätt beskrivas utan en granskning ser olika ut från gång till gång. Upphandlingslagstiftningen är komplex och tämligen detaljerad men öppnar ändå för en mängd olika tolkningar. Olika uppfattningar om vad som är i tillåtet enligt LOU förekommer ofta och att utarbeta generella tillsynsmetoder som normalt skulle kunna användas vid granskning av upphandlande enheter låter sig knappast göras.

---

<sup>1</sup> Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (dnr 1998/0248-29), Statliga bolags tillämpning av LOU (dnr 1999/0234-28), Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU (dnr 1998/0172-28).

Camilla Graf Morin

EG-domstolen kan komma fram till utslag som innebär att de svenska bestämmelserna är felaktiga eller har genomfört EG:s upphandlingsdirektiv felaktigt.

#### *Bristen på sanktioner*

När olika uppfattningar råder om hur LOU skall tolkas så har bristen på effektiva sanktioner för NOU försvårat en effektiv tillsyn. NOU har vid olika tolkningar, t.ex. i kartläggningen av vilka organisationer som omfattas av LOU (Se not 1), inte kunnat uppnå ett resultat med granskningen i de fall den granskade organisationen inte själv blivit eller velat bli övertygad om NOU:s uppfattning att LOU gäller för deras upphandling.

NOU har i skrivelser till regeringen påpekat vikten av att kunna fastställa eller genom någon annan få fastställt vilka som omfattas av regelverket.

### **Nedan lämnas kommentarer till utredningens förslag**

#### *Förslag till tillsynslag*

Den föreslagna tillsynslagen förefaller inte medföra några uppenbara fördelar för nämndens tillsynsverksamhet. Detta kan vara ett utslag av att nämndens verksamhet är svår att jämföra med annan tillsynsverksamhet. Strävan efter enhetliga begrepp och definitioner för statlig tillsyn är vällovlig, men det förefaller som de skilda tillsynsmyndigheterna har så olika förutsättningar att det är svårt att hitta en gemensam begreppsflora som är tydlig och enkel att använda.

#### *Förslag till definition av begreppet tillsyn*

Utredningen föreslår i sin definition av begreppet tillsyn att verksamheten förutom granskning också kan omfatta beslut om åtgärder som syftar till att vid behov åstadkomma *rättelse* av den objektansvarige. NOU:s tillsynsverksamhet avseende enskilda upphandlingsärenden kan i princip aldrig syfta till att en upptäckt överträdelse skall repareras. Om NOU vid en tillsynsinsats upptäcker en överträdelse av LOU har upphandlingen i de allra flesta fall avslutats med ett civilrättsligt bindande avtal. NOU kan, så länge nuvarande sanktionsmöjligheter råder som begränsar sig till leverantörer, i dessa fall endast konstatera att en överträdelse skett och att rutiner bör utarbetas så att ett sådant fel inte upprepas.

En granskning av upphandlande enheters interna riktlinjer, upphandlingspolicies och andra styrande generella dokument kan medföra att de rättas

Camilla Graf Morin

eller ändras efter att eventuella felaktigheter har iakttagits vid granskningsinsatsen. NOU:s påpekanden begränsas emellertid av den kommunala självstyrelsen.

Utredningen tar fasta på att tillsyn består av två moment, nämligen granskning och ingripande. Granskning innebär att ett tillsynsorgan övervakar tillsynsobjekt inom sitt tillsynsområde genom *återkommande inspektioner* hos objektet eller i andra former, t.ex. genom granskning av ingivna handlingar.

NOU:s storlek och anslag medger inte en tillsynsverksamhet där upphandlande enheter upplever ett realistiskt hot att tillsynsmyndigheten skall anmäla sig och genomföra en granskning. Att återkomma till en upphandlande enhet efter en granskning uppfattas sannolikt och med viss rätt som tämligen uteslutet, i vart fall om en viss spridning eftersträvas bland vilka upphandlande enheter som ska bli föremål för en tillsynsinsats. I klagomålsärenden från leverantörer som NOU handlägger och där en överträdelse av LOU har förekommit, återkommer NOU normalt till den upphandlande enheten efter en viss tid för att enheten skall redovisa de åtgärder som har vidtagits på grundval av granskningen.

#### *Förslag till ingripandemöjligheter*

I den föreslagna tillsynslagen finns en gemensam katalog med ingripandemöjligheter ”som i princip alla tillsynsorgan bör kunna få möjlighet att använda vid sin tillsyn”. NOU konstaterar att de ingripanden som föreslås, förutom möjligen ”anmärkning”, inte passar särskilt väl på tillsynen över den offentliga upphandlingen. Anledningen till att de andra inte passar är beträffande ”åtgärdsföreläggande” och ”rättelse” att syftet med dem är att åstadkomma rättelse vid avvikelser från vad som gäller för den tillsynspliktiga verksamheten. Om ett civilrättsligt bindande avtal ingåtts efter en konstaterad otillåten direktupphandling kan inte tillsynsmyndigheten, ej heller en domstol eller en konkurrent till den leverantör som erhållit kontraktet ålägga den upphandlande enheten att bryta kontraktet och genomföra en ny upphandling i enlighet med lagstiftningen.

Ingripandet ”återkallelse” lämpar sig inte heller för NOU:s verksamhet. Återkallelse föreslås kunna ske av tillstånd eller liknande för en tillståndspliktig verksamhet vid ett allvarligt åsidosättande av vad som gäller för den tillståndspliktiga verksamheten. Det är inte heller aktuellt för NOU att tillgripa ingripandet ”förbud” att fortsätta en tillståndspliktig verksamhet.

I förslaget anges att ”anmärkning” skall kunna bli aktuellt vid mindre allvarliga överträdelser och NOU konstaterar härvidlag att om övriga

Camilla Graf Morin

föreslagna ingripanden inte passar in på NOU:s verksamhet krävs något annat och stängare ingripande för allvarliga överträdelser.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 februari 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin