

Regeringskansliet
Infrastrukturdepartementet
Enheten för samhällets digitalisering
i.remissvar@regeringskansliet.se

Säker och kostnadseffektiv it-drift (SOU 2021:1)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat delbetänkande ("delbetänkandet") från It-driftsutredningen ("utredningen").

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner. Upphandlingsmyndigheten yttrar sig främst utifrån dessa uppdrag, men yttrar sig också i egenskap av myndighet i behov av säker och kostnadseffektiv it-drift.

Remissvaret inleds med Upphandlingsmyndighetens allmänna synpunkter samt en sammanfattning av myndighetens remissvar. Därefter kommenteras de förslag som lämnats i den ordning och under de rubriker som anges i delbetänkandet.

Allmänna synpunkter

Upphandlingsmyndigheten välkomnar utredningens ambition att skapa bättre förutsättningar för den offentliga förvaltningen att få tillgång till säker och kostnadseffektiv it-drift. Enligt Upphandlingsmyndighetens erfarenheter finns ett stort behov av att tydliggöra och säkerställa de rättsliga förutsättningarna för utkontraktering av it-drift till privata tjänsteleverantörer.

Med tydliga rättsliga förutsättningar ges upphandlande organisationer bättre och lika förutsättningar att ställa krav som är både tydligt formulerade och proportionerliga. Tydligare och mer likartade krav skapar även incitament för marknaden att på sikt utveckla och erbjuda varor och tjänster som uppfyller de aktuella kraven. På så vis förbättras konkurrensen på marknaden och fler leverantörer kan lämna både fler och mer konkurrenskraftiga anbud. Det gynnar i slutändan upphandlingsregelverkets bakomliggande syften om en så effektiv användning av skattemedlen som möjligt.

Tydligare förutsättningar skulle således ge upphandlande organisationer bättre möjlighet att genomföra ändamålsenliga offentliga upphandlingar till nytta för såväl medborgarna som näringslivets utveckling.

Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten anser att utredningen redogjort för rättsläget beträffande överföringar av personuppgifter till tredjeland på ett i huvudsak klart och tydligt sätt. Utredningens bedömning av vad som utgör en tredjelandsöverföring medför dock ett antal frågor som behöver klargöras.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det oklara rättsläge som följer av EU-domstolens dom i det så kallade Schrems II-målet¹ samt utredningens uttalanden, vad beträffar möjligheten att föra över personuppgifter till USA, får betydande effekter för upphandlande organisationers framtida upphandlingar av it-drift. Detta genom att upphandlande organisationer kan behöva ställa hårdare obligatoriska krav i upphandlingar.

Upphandlingsmyndigheten ser det som sannolikt att den ovan nämnda typen av hårdare krav kommer att leda till att konkurrensen på området försämras kraftigt eller helt uteblir, i vart fall kortsiktigt. Det kan få långtgående och allvarliga konsekvenser för upphandlande organisationers möjlighet att bedriva sina verksamheter på ett effektivt sätt, vilket ytterst riskerar att drabba skattebetalarna.

Upphandlingsmyndigheten ser det som problematiskt att enskilda upphandlande organisationer i dagsläget självständigt behöver göra juridiskt mycket komplicerade bedömningar kring möjligheterna att föra över personuppgifter till tredjeland.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag om att det bör införas en sekretessbrytande bestämmelse vid utkontraktering av it-drift. Bestämmelsen riskerar dock att medföra vissa tillämpningsproblem.

Upphandlingsmyndigheten välkomnar att utredningen redan nu uppmärksammat att frågan om samordnad statlig it-drift inbegriper vissa upphandlingsrättsliga frågor. De frågorna kan få avgörande betydelse för hur en eventuell framtida statlig it-drift ska samordnas.

4. Kartläggning av statliga myndigheters it-drift

4.4.2 Användningen av molntjänster från privata tjänsteleverantörer är utbredd i statsförvaltningen

Upphandlingsmyndigheten hade i denna del önskat en redogörelse av i vilken utsträckning statsförvaltningen i dagsläget använder sig av it-drift som innebär

¹ EU-domstolens dom i mål C-311/18 – Data Protection Commissioner mot Facebook Ireland och Maximilian Schrems, meddelad den 16 juli 2020.

personuppgiftsöverföring till just USA. Detta mot bakgrund av att utredningen i avsnitt 7.4.8 bedömer att det i princip inte finns något legalt utrymme för att överföra personuppgifter till USA.

Upphandlingsmyndigheten har i övrigt vissa synpunkter kring utredningens slutsatser i denna del, och utvecklar dem nedan i avsnitt 7.4.8.

6. Säkerhetsskydd och informationssäkerhet

6.2.4 Säkerhetsskyddsavtal

Upphandlingsmyndigheten vill i detta sammanhang uppmärksamma att även Upphandlingsmyndigheten tillhandahåller stöd i frågor om säkerhetsskyddad upphandling.²

7. Dataskydd

7.4 Tredjelandsoverföringar

Dataskyddsförordningen gäller i princip inom all slags verksamhet och oavsett vem som utför personuppgiftsbehandlingen. Den gäller således i princip alla upphandlande organisationer. Det innebär att såväl små kommuner som stora statliga myndigheter är skyldig att ta ställning till den ofta komplicerade frågan om i vilka fall en tredjelandsoverföring kan anses tillåten.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är det problematiskt att varje enskild upphandlande organisation som av något skäl har ett behov av att överföra personuppgifter till tredjeland, eller till ett personuppgiftsbiträde som exempelvis är bunden av den amerikanska så kallade CLOUD Act,³ självständigt måste bedöma lagligheten av det i varje enskilt fall. Det är i regel mycket tids- och resurskrävande och ställer höga krav på kunskap inom området. Det är också olyckligt att olika upphandlande organisationer kan komma till olika slutsatser vad gäller rättsläget och därmed ställa olika krav på leverantörerna.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är denna ordning knappast försvarlig ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Upphandlingsmyndigheten anser därför att det bör vidtas åtgärder för att i möjligaste mån förenkla denna hantering för myndigheter.

Vissa bedömningar av mer generell karaktär skulle med fördel kunna göras centralt av exempelvis en utpekad myndighet, till exempel Intergritetsskyddsmyndigheten ("IMY"). Det skulle spara tid och resurser för enskilda myndigheter, inte minst för myndigheter med mer begränsade resurser. Det vore särskilt värdefullt med fler och mer konkreta rekommendationer från en sådan central myndighet. I detta sammanhang noterar Upphandlingsmyndigheten att exempelvis den franska

² *Säkerhetsskyddad upphandling*, senast uppdaterad 2020-12-08, Upphandlingsmyndigheten.

³ The Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act ("CLOUD Act") (H.R. 4943)

dataskyddsmyndigheten *Commission nationale de l'informatique et des libertés* ("CNIL") publicerat ett flertal konkreta vägledningar, mallar och metoder.⁴

Naturligtvis skulle sådana bedömningar och rekommendationer inte förändra det faktum att det alltid är upp till varje enskild myndighet att i varje enskilt fall göra en bedömning och ansvara för de risker som bedömningen medför.

7.4.8 Rättsläget avseende överföringar av personuppgifter till USA

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en tolkning likt den utredningen gjort, vad beträffar möjligheten att överföra personuppgifter till USA, kan få betydande effekter vid upphandlande organisationers framtida upphandlingar av it-drift.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning domineras marknaden för it-drift för närvarande av varor och tjänster som på ett eller annat sätt kan anses medföra överföring av personuppgifter till USA. Inte minst synes den it-drift som de marknadsdominerande leverantörerna erbjuder innebära någon form av personuppgiftsöverföring till USA. Som påpekats ovan i avsnitt 4.4.2. behandlas dock tyvärr inte omfattningen av den användningen av utredningen.

Utredningens tolkning kan leda till hårdare obligatoriska krav

Upphandlingsmyndigheten bedömer att det oklara rättsläge som följer av Schrems II-domen samt utredningens uttalanden beträffande det legala utrymmet att överföra personuppgifter till USA får långtgående konsekvenser vid upphandlingar av varor och tjänster som inkluderar sådan personuppgiftsbehandling. Detta genom att upphandlande organisationer sannolikt kommer att se det som nödvändigt att ställa obligatoriska krav på att personuppgifter i princip inte får överföras till USA inom ramen för ett kontrakt.

Konkurrensen riskerar att försämras eller utebli

Det nyss nämnda förhållandet innebär att konkurrensen på marknaden för it-drift riskerar att försämras avsevärt eller helt utebli. Hårdare krav av det aktuella slaget skulle med största sannolikhet leda till att betydligt färre leverantörer har möjlighet att erbjuda varor eller tjänster som uppfyller dem. De leverantörer som inte uppfyller kraven kommer antingen att helt avstå från att lämna anbud eller lämna anbud men diskvalificeras av den upphandlande organisationen.

Vad gäller de troligen få och mindre leverantörer som faktiskt uppfyller de nya hårdare kraven är det osannolikt att de klarar av att möta de övriga behov som statliga myndigheter i regel har. Det bör i det sammanhanget hållas i minnet att majoriteten av alla statliga myndigheter under en lång tid vant sig vid, och anpassat sitt arbetssätt efter, varor och tjänster som typiskt sett tillhandahålls av stora internationella leverantörer och som kan anses medföra personuppgiftsöverföringar till USA.

⁴ Se exempelvis CNILs vägledning avseende hur konsekvensbedömningar kan genomföras på ett ändamålsenligt sätt, Guidelines on Privacy Impact Assessment (PIA), CNIL.

Det oklara rättsläge som följer av Schrems II-domen samt utredningens uttalanden beträffande det legala utrymmet att överföra personuppgifter till USA riskerar alltså att innebära att upphandlande organisationer inte kommer kunna möta sina verksamhetsbehov av it-drift och samtidigt efterleva de legala krav som finns. Enligt Upphandlingsmyndigheten bör den risken inte underskattas. Om upphandlande organisationer hamnar i ett läge utan några reella alternativ till ändamålsenlig och laglig it-drift kan det naturligtvis få allvarliga konsekvenser för dess möjligheter att genomföra sina uppdrag effektivt. Det riskerar i slutändan att drabba skattebetalarna.

Omedelbara anpassningar av marknaden kan inte förutsättas

Det är enligt Upphandlingsmyndigheten förvisso möjligt att framtida frekvent och likalydande hårt ställda krav på att personuppgifter inte får överföras till exempelvis USA på sikt skulle kunna leda till en anpassning av marknaden. Det är dock knappast sannolikt att det kommer att ske inom någon snar framtid.

Enligt Upphandlingsmyndighetens erfarenhet har upphandlande organisationer inte heller särskilt goda chanser att ensamma genom krav i upphandlingar förmå marknadsdominerande leverantörer att i enskilda fall anpassa sina varor, tjänster och kontraktsvillkor efter den enskilda organisationens behov. Incitamenten för att göra det är helt enkelt för små.

Utredningens tolknings betydelse för befintliga kontrakt

Upphandlingsmyndigheten noterar också att det är oklart vilka konsekvenser den ovan beskrivna situationen kring det legala utrymmet för personuppgiftsöverföringar till USA innebär för befintliga avtal som inrymmer sådan behandling. Detta då det kan finnas frågetecken kring huruvida en eventuellt nödvändig ändring av det aktuella avtalet skulle förhålla sig till de upphandlingsrättsliga reglerna om ändringar av kontrakt och ramavtal.⁵

Utredningens slutsatser förändrar inte rättsläget

Rättsläget är, trots utredningens bedömning, fortsatt oklart kring huruvida det finns något legalt utrymme för överföring av personuppgifter till USA och vad det utrymmet i sådana fall skulle bestå av. Utredningens bedömning i frågan förändrar inte något i det avseendet, utan utgör enbart *en* möjlig tolkning av rättsläget. Detta medan Europeiska dataskyddsstyrelsen (EDPB) gör en annan tolkning, se mer om detta nedan.

Varje upphandlande myndighet måste alltjämt självständigt göra en bedömning av frågan. Mot den bakgrunden måste de också avgöra vilka krav som bör ställas i sina respektive upphandlingar av it-drift.

Som konstaterats ovan är det problematiskt i sig. Detta eftersom en sådan bedömning i regel är mycket tids- och resurskrävande samt ställer höga kunskapskrav. Bara att kartlägga vilka personuppgiftsbehandlingar som sker och var kan vara utmanande.

⁵ Se 17 kap. 9–14 §§ LOU om ändringar av kontrakt och ramavtal.

Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är dessutom att leverantörer har ett intresse av att bedöma vissa aspekter av sin personuppgiftsbehandling som mindre riskfylld än vad den kanske de facto är.

Behovet av stöd synes vara stort...

Mot den ovan beskrivna bakgrunden ser Upphandlingsmyndigheten ett stort behov av ytterligare stöd och rekommendationer på området. Sådant stöd bör inkludera såväl bedömningen av huruvida det finns legalt utrymme att överföra personuppgifter till tredjeland, liksom vilka krav som bör ställas om det utrymmet inte bedöms finnas samt vad omsorgsplikten innebär i praktiken. Det skulle förbättra förutsättningarna för upphandlande organisationer att fatta välgrundade och ändamålsenliga beslut.

...särskilt vad gäller nya frågor om vad som utgör en tredjelandsöverföring

Upphandlingsmyndigheten anser att utredningen i huvudsak gjort en tydlig beskrivning av rättsläget vad gäller överföring av personuppgifter till USA. Dock har utredningens bedömning av vad som utgör en tredjelandsöverföring tyvärr medfört viss förvirring och lett till att flera delvis nya frågor kring rättsläget uppstått.

Upphandlingsmyndigheten saknar närmare bestämt en redogörelse av skälen till utredningens bedömning att det blir tal om en personuppgiftsöverföring till tredjeland först när en personuppgiftsansvarig eller ett personuppgiftsbiträde behandlar personuppgifter genom användning av utrustning som finns i tredjeland.

I detta sammanhang noterar Upphandlingsmyndigheten att en sådan definition skiljer sig från de som till exempel Europeiska dataskyddsstyrelsen (EDPB) och IMY uppställt. Enligt de definitionerna ska även access till personuppgifter från en leverantör som är skyldig att följa ett tredjelands säkerhetslagstiftning, som exempelvis CLOUD Act, kunna betraktas som en tredjelandsöverföring.

Enligt Upphandlingsmyndigheten medför utredningens bedömning flera frågor om hur *risk*en för att personuppgifter lämnas ut till följd av exempelvis ett tredjelands säkerhetslagstiftning ska hanteras. Enligt utredningen kan förekomsten av nämnda skyldigheter ha betydelse utifrån omsorgsplikten vid val av personuppgiftsbiträde. Tyvärr utvecklar dock inte utredningen det resonemanget. Såvitt Upphandlingsmyndigheten uppfattar det skulle en strikt tolkning av det uttalandet kunna innebära att enbart risken för utlämnande, mot bakgrund av omsorgsplikten, medför att kontrakt som innefattar sådana tredjelandsöverföringar inte får användas.

En mindre strikt tolkning av utredningens uttalande ger å andra sidan utrymme för en bedömning i varje enskilt fall. Man skulle exempelvis kunna tänka sig att omfattningen av personuppgifterna samt dess karaktär skulle kunna få betydelse vid en sådan bedömning. Enligt ett sådant resonemang skulle exempelvis överföring av ett fåtal för- och efternamn till ett tredjeland som omfattas av viss lagstiftning kunna anses tillåten i vissa fall. Enligt Upphandlingsmyndigheten kan en sådan tolkning av flera skäl ses som mer ändamålsenlig och skulle innebära stora praktiska fördelar. Hur det förhåller sig med den saken bör oavsett klargöras.

Samordnad statlig it-drift är förenat med flera fördelar

Upphandlingsmyndigheten ser ytterst att samordnad statlig it-drift skulle vara förenat med flera fördelar. En samordnad statlig it-drift skulle kunna minska transaktionskostnaderna, förbättra informationssäkerheten med mera. Det skulle även innebära att varje enskild myndighet inte ensam behöver bedöma de ovan beskrivna övervägandena, vilket naturligtvis skulle spara tid, kraft och pengar.

Därutöver skulle givetvis leverantörers incitament för att anpassa sina varor och tjänster efter de ovan diskuterade kraven öka om ett kontrakt som omfattar it-drift för i princip hela staten står på spel jämfört med ett kontrakt med en enskild mindre upphandlande organisation.

De överväganden som beskrivits ovan i detta avsnitt kommer emellertid oundvikligen att behöva göras oavsett vem eller vilka som i framtiden eventuellt kommer att upphandla it-drift till staten. Det finns dock påtagliga effektivitetsvinster med att alla enskilda upphandlande organisationer inte skulle behöva göra de bedömningarna självständigt.

10. En sekretessbrytande bestämmelse

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att det bör införas en sekretessbrytande bestämmelse vid utkontraktering av it-drift.

Enligt Upphandlingsmyndigheten finns det dock en risk för vissa svårigheter vid tillämpningen av bestämmelsen. Inte minst anser Upphandlingsmyndigheten att det behöver tydliggöras vad som utgör teknisk bearbetning eller teknisk lagring och stöd. Fråga skulle exempelvis kunna uppstå kring huruvida teknisk support avses att inkluderas.

Upphandlingsmyndigheten ser även en risk att det kan vara svårt för upphandlande organisationer att avgöra när en uppgift inte ska lämnas ut för att det intresse som sekretessen ska skydda har företräde framför intresset av att uppgiften lämnas ut. En sådan intresseavvägning kan med andra ord bli svår att genomföra i praktiken.

12. Konsekvensutredning

12.5.4 Påverkan på konkurrensförhållandena för företagen

Det oklara rättsläge som följer av Schrems II-domen samt utredningens uttalanden beträffande det legala utrymmet att överföra personuppgifter till USA leder till att upphandlande organisationer behöver ställa hårdare krav på de privata tjänsteleverantörerna. Upphandlingsmyndigheten ser det som i princip oundvikligt att den typen av hårdare krav kommer att medföra att antalet tänkbara tjänsteleverantörer minskar i antal väsentligt eller i värsta fall helt uteblir.

I bästa fall kommer alltså hårdare krav kopplat till personuppgiftsöverföringar till tredjeland på i vart fall kort sikt att innebära försämrad konkurrens och högre priser, det vill säga en mindre effektiv användning av de offentliga medlen. Och i värsta fall riskerar sådana hårdare krav att leda till att upphandlande organisationer, i vart fall i en övergångsperiod, inte kan möta sina behov genom upphandling överhuvudtaget. Detta har beskrivits närmare ovan i avsnitt 7.4.8.

13. Vårt fortsatta arbete

13.5.2 Avtal mellan myndigheter

Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen att en viktig fråga i det fortsatta utredningsarbetet är hur myndigheters inbördes förhållanden kan och bör regleras vid samordnad it-drift.

Utöver de specifika frågor som utredningen lyft ser Upphandlingsmyndigheten även ett behov av att utreda vissa ansvarsfrågor samt kompetens- och befogenhetsfrågor. Vilka frågor som aktualiseras är delvis beroende på vilken lösning som kommer att användas.

13.5.3 Upphandling

Upphandlingsmyndigheten välkomnar att utredningen redan nu uppmärksammat att frågan om samordnad statlig it-drift inbegriper vissa upphandlingsrättsliga frågor. Enligt Upphandlingsmyndigheten kan de frågorna få avgörande betydelse för hur en eventuell framtida samordnad statlig it-drift ska ordnas.

Utredningen har bland annat uppmärksammat att en central fråga är om det är förenat med upphandlingsplikt när en myndighet erhåller it-drift från en eller flera andra myndigheter. Frågan om köp inom staten är emellertid bara *en* av de många upphandlingsrättsliga frågor som utredningen bör ta ställning till.

Som Upphandlingsmyndigheten ser det finns det flera sätt att genomföra en upphandling av statlig samordnad it-drift. Köp inom staten skulle kunna vara ett sätt. En myndighet ("Myndighet A") skulle enligt det upplägget kunna få i uppdrag att upphandla gemensam statlig it-drift varpå andra myndigheter ("Myndigheterna BCD") skulle kunna erhålla driften från Myndighet A utan att omfattas av någon upphandlingsplikt. Upphandlingsmyndigheten har bedömt att det upphandlingsrättsliga regelverket inte aktualiseras vid köp mellan statliga myndigheter.⁶ Konkurrensverket har också gjort den bedömningen.⁷ Rättsläget kring ett sådant upplägg har emellertid inte ställts på sin spets i praxis.

Samordnad upphandling skulle kunna vara ett annat sätt. Flera upphandlande organisationer skulle i sådana fall tillsammans kunna upphandla samordnad statlig it-

⁶ Se Upphandlingsmyndighetens remissvar beträffande SOU 2018:43 *Statliga servicekontor – mer service på fler platser*, UHM-2018-0222

⁷ Se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1 *Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingskyldighet?*

drift genom samordnad upphandling. Det kan ske genom anlåtande av en inköpscentral eller genom tillfällig gemensam upphandling. Det kan också finnas ytterligare sätt att genomföra upphandling av samordnad statlig it-drift. Samtliga alternativ är naturligtvis förenade med olika för- och nackdelar och utredningen bör nog överväga och bedöma innebörden av dem.

Därutöver har den som så småningom eventuellt åläggs att upphandla gemensam statlig it-drift en rad komplicerade och komplexa frågor att bedöma, inte minst vilka krav som är proportionerliga att ställa i upphandlingen. En sådan fråga är exempelvis den om hantering av eventuella personuppgiftsöverföringar till tredjeland. Det är mot denna bakgrund centralt att tillräcklig tid och god kompetens avsätts för det arbetet. Detta gäller under inköpsprocessens alla delar, men särskilt under förberedelsefasen då bland annat kravställningen behöver göras.

13.7 Konsekvensutredning

Upphandlingsmyndigheten beklagar att det i dagsläget inte finns någon statistik över hur stora transaktionskostnaderna är vid upphandling av it-drift för upphandlande organisationer.⁸ Sådana uppgifter hade kunnat bidra till bättre beslutsunderlag vad gäller hur olika former av upphandlingar bör genomföras framöver.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Linnea Eriksson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också juristen Sofia Mårtensson deltagit.

Inger Ek

Linnea Eriksson

⁸ Med transaktionskostnader avses kostnaderna för att genomföra en upphandling. Frågan om transaktionskostnader i offentlig upphandling har bland annat diskuterats i proposition 2013/14:133 *Direktupphandling*, se s. 40.