

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

Säker och kostnadseffektiv it-drift – förslag till varaktiga former för samordnad statlig it-drift (SOU 2021:97)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat slutbetänkande ("betänkandet") 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 utpekad stöd- och expertmyndighet samt i egenskap av en liten myndighet i behov av säker och kostnadseffektiv it-drift.

Remissvaret inleds med en sammanfattning av myndighetens remissvar med myndighetens övergripande synpunkter. Därefter kommenteras de förslag som lämnats, i huvudsak i den ordning och under de rubriker som anges i betänkandet.

Sammanfattning

En samordnad statlig it-drift är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning avgörande för myndigheternas tillgång till säker och kostnadseffektiv it-drift.

De bedömningar som måste göras med anledning av myndigheternas it-drift är många och komplexa. Inte minst små myndigheter kan sakna de resurser och den kompetens som krävs för att säkerställa en säker och lagenlig it-drift.

Mot den bakgrunden är Upphandlingsmyndigheten positiv till många av utredningens förslag. Upphandlingsmyndigheten konstaterar dock att det finns utmaningar med förslaget och att samordning och styrning är avgörande för att syftet med den samordnade it-driften ska uppnås.

Det måste också säkerställas att upplägget inte riskerar att innebära ett otillåtet statsstöd. Utredningens bedömning av det konkurrensrättsliga företagsbegreppet behöver fördjupas. För det fall tjänsteutbudet efter en fördjupad analys bedöms omfattas av företagsbegreppet behöver förslaget anmälas till kommissionen för godkännande innan det kan genomföras. En sådan anmälan förutsätter att förslaget utformas enligt ett tillämpligt undantagsregelverk. Om det trots den fördjupade analysen fortfarande är oklart om tjänsteutbudet omfattas av företagsbegreppet bör regeringen ansöka om ett beslut av kommissionen som slår fast att verksamheten inte omfattas av statsstödsreglerna för rättslig säkerhet.

Upphandlingsmyndigheten är positiv till att kompetens hos stöd- och expertmyndigheter ska tas tillvara. För att stödet ska vara till verklig nytta för de mottagande myndigheterna krävs enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning en samordning och ett helhetsgrepp även här. De komplexa bedömningar som ska göras behöver ses i ett sammanhang och inte utgöra parallella spår inom olika sak- eller rättsområden.

Upphandlingsmyndigheten är slutligen också positiv till att effektiviteten och innovationsförmågan hos privata leverantörer är tänkt att tas tillvara genom förslaget.

8. Marknadsrättsliga förutsättningar för samordnad it-drift

8.2.2 Konkurrensregleringen

Upphandlingsmyndigheten anser att utredningens redogörelse för innebörden av EU:s regler om statsstöd och företagsbegreppet är korrekt. Myndigheten delar bedömningen att EU-domstolen tillämpat ett funktionellt förhållningssätt till bedömningen av företagsbegreppet. Verksamhet som inte omfattats av företagsbegreppet är nära förbundet med myndighetsutövning eller verksamhet som typiskt sett utförs av det allmänna.

8.3 Upphandling

Utredningen redogör i avsnittet för rättsläget vad gäller hur en statligt tillhandahållen it-drift förhåller sig till reglerna om offentlig upphandling. Upphandlingsmyndigheten anser att utredningens redogörelse är korrekt. Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att köp mellan två statliga myndigheter inte omfattas av upphandlingsregleringen. Som utredningen anger måste rättsläget, mot bakgrund av HFD 2021 ref. 35, i vart fall på ett nationellt plan anses vara klarlagt.

10. Utgångspunkter och principer för varaktiga former för samordnad statlig it-drift

10.1 Regeringen bör inrätta varaktiga former för samordnad statlig it-drift

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att varaktiga former för en samordnad statlig it-drift ska inrättas.

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det finns ett stort behov av stöd bland myndigheter för att kunna säkerställa en säker och effektiv it-drift. Detta gäller inte minst små myndigheter med begränsade resurser. En mängd överväganden krävs och komplexa frågeställningar inom flera sak- och rättsområden kräver analys.

Myndigheten tillstyrker därför även förslagen att den samordnade statliga it driften ska stödja myndigheterna i arbetet med att välja säkra och kostnadseffektiva lösningar – från informationskartläggning och -klassificering till val av it-driftsform.

10.2 Organisering av en samordnad statlig it-drift

Utredningen föreslår att den samordnade statliga it-driften ska organiseras utifrån befintliga verksamheter genom samordnade uppdrag till flera myndigheter.

Vad gäller alternativet, att etablera en ny myndighet eller ett nytt statligt bolag för uppgiften, gör utredningen bedömningen att nackdelarna överväger fördelarna. Skälen för detta är främst kostnader, tidsaspekten samt att en ökad koncentration av uppgifter innebär ökade risker och sårbarhet.

Upphandlingsmyndigheten gör ingen egen bedömning av förslaget kring organisering, men konstaterar att det finns flera utmaningar med att utgå från befintlig verksamhet. Det kommer att ställas stora krav på samordning, styrning och resursfördelning för att uppsatta mål ska nås.

10.4. Tjänsteutbud inom den samordnade statliga it-driften

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att i) tjänsteutbudet ska bestå av tjänster som levereras av privata leverantörer och av ett samordnat statligt tjänsteutbud och ii) att de privata leverantörernas tjänster ska upphandlas samordnat.

Utredningen föreslår vidare att de tjänster som ska ingå i det samordnade statliga tjänsteutbudet ska fastställas genom att matcha myndigheternas efterfrågan mot de tjänster som de myndigheter som ska tillhandahålla it-driften har förmåga att leverera. Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen att det inte är lämpligt att avgränsa tjänsteutbudet i det här skedet. Uppföljning kommer dock att vara viktig för att säkerställa att det behov myndigheterna har av samordnad it-drift verkligen säkerställs genom förslaget.

Upphandlingsmyndigheten ser också en stor utmaning i att samordningen kan bli kostsam, inte minst för små myndigheter. Det måste säkerställas att de tjänster som

erbjuds är kostnadseffektiva och väl anpassade för varje enskild myndighet för att målen med samordningen ska uppnås.

10.5 Anslutning till det samordnade statliga tjänsteutbudet

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att anslutningen till det samordnade statliga tjänsteutbudet ska vara frivillig och bygga på överenskommelser.

11. Förslag till varaktiga former för samordnad statlig it-drift

Utredningens utgångspunkt är att den samordnade statliga it-driften inte ska samlas i en myndighet, en "it-driftsmyndighet", utan ska organiseras utifrån befintliga verksamheter (se ovan under 10.2). Upphandlingsmyndigheten konstaterar att samordning och styrning av uppdragen kommer att vara central.

Givet den föreslagna organiseringen ser Upphandlingsmyndigheten stora fördelar med förslaget att en "en-väg-in"-lösning ska gälla (11). Myndigheten ser också stora fördelar med att stöd- och expertmyndigheter ingår i samordningen utifrån sina respektive kompetensområden (11.3.3). För att det stöd som lämnas ska vara till verklig nytta för de mottagande myndigheterna krävs enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning att de komplexa bedömningar som ska göras ses i ett sammanhang. Det är angeläget att det stöd som lämnas inte stannar vid generella vägledningar inom skilda sak- eller rättsområden. Upphandlingsmyndigheten delar vidare utredningens bedömning att det även fortsatt kommer att finnas ett behov hos statliga myndigheter av privata leverantörers it-driftstjänster (11.8). Detta behov bör i så stor utsträckning som möjligt täckas genom samordnad upphandling för att minska transaktionskostnaderna.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att en myndighet ska ges i uppdrag att ta fram ett nolläge samt nyckelindikatorer för uppföljning av bl.a. säkerhet och kostnadseffektivitet i en samordnad statlig it-drift (11.1) samt att den samordnade statliga it-driften ska utvärderas (11.11). Uppföljning av hur väl förslagen uppfyller mål och syfte med att samordna den statliga it-driften är avgörande för framtida styrning och beslut.

11.9 Konkurrensrättsliga överväganden

Statsstöd är förbjudet om det inte godkänns av kommissionen eller utformas enligt särskilda undantagsregler. Statsstöd är alla typer av åtgärder som uppfyller samtliga kriterier i begreppet statligt stöd. Utredningen redogör i avsnittet 8.2.2 för rättsläget vad gäller frågan om hur en statligt tillhandahållen it-drift förhåller sig till EU:s statsstödsregler. Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter på den redogörelsen (se ovan).

I avsnitt 11.9.4 konstaterar utredningen att statsstödsfrågorna behöver utredas vidare om tjänsteutbudet ska finansieras via anslag. Utredningen gör dock konkurrensrättsliga bedömningar i andra delar av avsnittet med konkurrensrättsliga

överväganden (avsnitt 11.9). Dessa bedömningar har betydelse för statsstödsbedömningen. Vi yttrar oss därför över både statsstödsbedömningen och vissa av utredningens konkurrensrättsliga bedömningar.

Är tjänsteutbudet ekonomisk verksamhet som omfattas av företagsbegreppet?

I avsnitt 11.9.1 gör utredningen bedömningen att tillhandahållande av tjänster inom ett samordnat statligt tjänsteutbud kan uppfylla företagsbegreppet i konkurrensrättslig mening.

Frågan om verksamheten uppfyller företagsbegreppet eller inte är avgörande för de statsstödsrättsliga överväganden som behöver göras. Uppfyller verksamheten inte företagsbegreppet uppkommer inga vidare frågeställningar kopplade till statsstöd. Om verksamheten däremot uppfyller företagsbegreppet krävs vidare analyser och eventuella åtgärder.

Upphandlingsmyndigheten anser att det är oklart om verksamheten är att betrakta som en verksamhet som bedrivs på en marknad och anser att en fördjupad analys av företagsbegreppet är nödvändig.

De omständigheter som talar emot att verksamheten uppfyller företagsbegreppet är i huvudsak följande. Verksamheten inskränks till att tillhandahålla tjänster som en del av en sammanhållen IT-drift i olika myndigheters verksamheter. Verksamheten är reglerad och det råder inte fri prissättning. Verksamheten får inte heller sälja tjänster till andra än myndigheter.

Det finns även omständigheter som talar för att verksamheten skulle kunna anses uppfylla företagsbegreppet. Dessa omständigheter är främst att avgiftsfinansieringen kan ses som att verksamheten erbjuder tjänster mot ersättning och förekomsten av privata företag som kan tillhandahålla motsvarande tjänster.

Den slutliga utformningen av förslaget och den reglering som styr ramarna för verksamheten påverkar alltså bedömningen av om företagsbegreppet är uppfyllt avseende tjänsteutbudet.

I redogörelsen nedan beskriver vi konsekvenser som följer om företagsbegreppet är uppfyllt. Vi redogör också för hur rättslig säkerhet kring frågan kan uppnås.

Krävs särredovisning av verksamheten?

I avsnitt 11.9.3 gör utredningen konkurrensrättsliga bedömningar utifrån bestämmelserna i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Utredningen föreslår att tjänsterna bara ska få erbjudas till statliga myndigheter och att tjänsteutbudet ska utformas för att bli så konkurrensneutralt som möjligt. Upphandlingsmyndigheten konstaterar att bedömningarna i detta avsnitt, tillsammans med utredningens ovan nämnda bedömning rörande företagsbegreppet, får statsstödsrättsliga implikationer som inte beaktats av utredningen.

Utredningen föreslår inte några avsteg från avgiftsförordningen vilket innebär att verksamheten inte bedrivs på marknadsmässiga villkor i statsstödsrättsligt hänseende.

Utredningen överväger vidare om krav på särredovisning bör ställas i författning avseende verksamheten och resonerar om att det kan krävas om leverantörsmyndigheterna bedömer att de utför ekonomisk verksamhet.

Om tjänsteutbudet är att betrakta som ett företag anser Upphandlingsmyndigheten att det är nödvändigt att särredovisa verksamheten utifrån statsstödsrättsliga utgångspunkter.

Får tjänsteutbudet allmänna medel som gynnar verksamheten i förhållande till privata aktörer som utför samma tjänster?

I avsnitt 11.9.3 föreslår utredningen inte något undantag från självkostnadsprincipen eller andra åtgärder för att verksamheten ska agera på samma villkor som en privat aktörs verksamhet, jämför exempelvis lagen om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag. Den verksamhet som erbjuds på en eventuell marknad har byggts upp med anslag. Oavsett om tjänsterna finansieras med avgifter enligt avgiftsförordningen eller med direkta anslag är det fråga om offentliga medel som används för att finansiera tjänsterna. Upphandlingsmyndigheten vill i detta sammanhang erinra om att avgiftsförordningen sätter ett tak och inte ett golv för prissättningen. Det offentliga kan då inte förvänta sig marknadsmässig avkastning på finansieringen. Det föreslås inte några regler om särredovisning som säkerställer att korssubventionering inte kan ske från de inblandade myndigheternas icke-ekonomiska verksamhet och detta tjänsteutbud. Upphandlingsmyndigheten bedömer mot bakgrund av detta att den offentliga finansieringen - under förutsättning att verksamheten uppfyller företagsbegreppet - kan anses gynna leverantören av tjänsteutbudet på ett sätt som kan omfattas av statsstödsreglerna.

Övriga kriterier i begreppet statligt stöd

Konkurrensbegränsningsrekvisitet i begreppet statligt stöd måste också vara uppfyllt för att det ska kunna röra sig om ett statsstöd. För det fall offentliga medel används för att gynna en verksamhet som utgör ett företag i statsstödsrättslig mening är det normalt fråga om en snedvridning av konkurrensen. Påverkan på konkurrensen kan i princip bara uteslutas om det är fråga om legala monopol som både utesluter konkurrens på och om marknaden. Eftersom utredningen inte föreslår något legalt monopol är konkurrensbegränsningskriteriet uppfyllt. Även samhandelskriteriet torde vara uppfyllt för det fall verksamheten anses vara ett företag i statsstödsrättslig mening.

Finansieringen av tjänsteutbudet kan utformas enligt ett undantagsregelverk eller anmälas till kommissionen

Utredningen bedömer att statsstödsfrågor aktualiseras om verksamheten finansieras via anslag. Upphandlingsmyndigheten anser dock att frågan om statsstöd aktualiseras även om verksamheten finansieras med avgifter som sätts enligt avgiftsförordningen.

Om verksamheten omfattas av företagsbegreppet så är förslaget därför inte förenligt med statsstödsreglerna.

Statsstöd får bara lämnas om det godkänts av kommissionen eller omfattas av särskilda undantagsregler. Utredningen resonerar om att detta inte skulle vara möjligt om det är frivilligt för andra myndigheter att använda sig av det statliga tjänsteutbudet. Upphandlingsmyndigheten ser dock inga hinder utifrån statsstödsreglerna mot att det kan vara frivilligt för andra myndigheter att anlita den tjänsteleverantör som anförtratts uppdraget. En möjlighet är därmed att i författning reglera verksamheten som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och säkerställa att tjänsten inte används utanför det område som då definieras. Det finns resonemang i detta avsnitt som tyder på att detta kan ligga i linje med förslagets inriktning.

Planerna på den nya verksamheten kan anmälas till kommissionen

Planerna på att finansiera den nya verksamheten kan anmälas till kommissionen för att få ett beslut om huruvida verksamheten omfattas av företagsbegreppet. Upphandlingsmyndigheten anser att det är lämpligt att då utforma förslaget som anmäls till kommissionen i syfte att klargöra att verksamheten ska regleras och inte bedrivs i konkurrens på en marknad. Regeringen bör då utveckla de skäl som talar för att verksamheten inte är ekonomisk till sin natur i syfte att få ett beslut som fastslår att verksamheten inte omfattas av statsstödsreglerna.

Om kommissionen vid sin prövning finner att verksamheten omfattas av företagsbegreppet bör det övervägas om verksamheten kan finansieras enligt statsstödsreglerna om stöd i form av ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. En sådan reglering innebär bland annat att verksamheten måste särredovisas. Denna bedömning kan inte överlämnas till tjänsteleverantörerna eftersom den förutsätter både reglering och en dialog med kommissionen som måste beredas i Regeringskansliet.

11.10.3 Stöd och expertmyndigheter

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att Upphandlingsmyndigheten ska ges i uppgift att samverka med den samordnande myndigheten i frågor som rör it-drift. Upphandlingsrättsliga frågeställningar kommer att vara av stor betydelse i den föreslagna samordnade statliga it-driften. Upphandlingsmyndighetens kompetens kommer därmed att vara värdefull i sammanhanget. Upphandlingsmyndigheten delar vidare utredningens bedömning (12.1.4) att det är lämpligt att stöd- och expertmyndigheterna involveras indirekt genom att den samordnande myndigheten agerar länk mellan dessa myndigheter och enskilda myndigheter. Det ger samordningsvinster och effektivitet.

För att uppgiften ska kunna utföras på ett tillfredsställande sätt är det angeläget att myndigheten tillförs medel för detta. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker därmed utredningens förslag (12.5.1) att myndigheten ska tillföras anslag för att etablera former och förmåga för en samordnad statlig it-drift. Om Upphandlingsmyndigheten ges uppgifter i enlighet med förslaget är det angeläget att de finansieras.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Sofia Mårtensson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också statsstödsexperten Magnus Lindbäck och verksamhetsutvecklaren IT Conny Ulvestaf deltagit.

Inger Ek

Sofia Mårtensson