

Utrikesdepartementet
ud.hi.remiss@gov.se
ud.registrator@regeringskansliet.se

Europeiska kommissionens förslag till ett krisinstrument för den inre marknaden samt förslag till omnibusdirektiv och omnibusförordning

UD2022/12161

Konkurrensverket har i uppdrag att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna. Yttrandet avgränsas till sådana aspekter som följer av Konkurrensverkets ansvarsområden.

Konkurrensverket ger inledningsvis några övergripande synpunkter på förordningen som verket anser vara viktigt för möjligheterna att tillämpa förordningen.

Sammanfattning

Konkurrensverket ser behovet av initiativ som syftar till att öka EU:s och dess medlemsstaters möjligheter att mer samordnat hantera framtida kriser som kan störa den fria rörligheten på den inre marknaden. Instrumentet kan motverka suboptimering och ge kommissionen befogenheter att vidta åtgärder som solidariskt värnar alla medlemsstaters tillgång till krisnödvändiga varor och tjänster.

En förordning som blir direkt tillämplig i alla medlemsstater medför att instrumentet blir överordnat andra regleringar och åtgärder vilket kan effektivisera beslutsprocessen, men effekterna på konkurrensen och konsekvenserna för den nationella lagstiftningen är oklara vad gäller upphandling, offentlighet och sekretess samt avtalsrätt. Den rättsliga grunden för



och behovet av kommissionens långtgående befogenheter behöver ytterligare analyseras inom dessa områden.

Det kan finnas skäl för att medlemsstater och kommissionen ska kunna inhämta information om tillgången på krisrelevanta varor i händelse av kris. Men behovet av att offentligt publicera sådan information är inte tillräckligt motiverat. Informationsutbyte enligt denna förordning kan medföra ett behov av ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Det är angeläget att analysera och specificera vilken typ av information som ska få inhämtas och hur skyddet av affärshemligheter kan upprätthållas på alla nivåer i hanteringen. Vidare så kan en begäran om att lämna ut information komma att omfatta även information om företag i tredje land. Det behöver därför klargöras om kommissionen har dessa befogenheter gentemot aktörer i tredje land.

Att kommissionen ska kunna förelägga företag att lämna information och i vissa fall leverera samt bötfälla företagen är något som kommissionen normalt enbart kan göra med stöd av EU:s konkurrensregelverk. Det är inte närmare motiverat varför kommissionens befogenheter ska utvidgas även till detta område. Det framgår inte heller på vilken rättslig grund kommissionen ska kunna bötfälla företag.

Det behöver klargöras enligt vilka kriterier kommissionen kommer att välja ut företag som ska prioritera beställningar av krisrelevanta varor. Det bör även klargöras vidden av skyldighet för företagen att hörsamma kommissionens anmodan då det utifrån gällande civil- och avtalsrätt inte är troligt att företag inte kommer att bli civilrättsligt skyldigt till kontraktsbrott i de fall en sådan omprioritering medför att företaget inte kan leverera enligt andra avtal. Produktion kan även omfatta kunder i tredje land varför företaget även kan bli föremål för en rättsprocess i tredje land. Det är oklart hur denna förordning, som ska vara direkt tillämplig utan genomförande i nationell rätt, kan få genomslag i svensk rättsordning.

Kommissionens ramavtalsupphandlingar enligt SMEI-förordningen ska genomföras i enlighet med budgetförordningens bestämmelser om upphandling. För avrop som görs av upphandlande myndigheter och enheter är dock utgångspunkten att upphandlingsdirektiven ska tillämpas. Konkurrensverket önskar mot denna bakgrund ett förtydligande av vad som avses med uttrycket *framework agreement* i artikel 34, dvs. om uttrycket ska tolkas i enlighet med budgetförordningen, upphandlingsdirektiven eller på något annat sätt. Även syftet med artikel 35 som ger kommissionen möjligheter till platsbesök samt villkoren för dessa, bör tydliggöras.



Det behöver vidare klargöras vilka regler i övrigt som ska tillämpas på dessa avrop samt vilka rättsmedel som kan komma i fråga för en leverantör som vill få ramavtalet respektive avropet överprövat.

Om det utifrån artikel 36 blir fler medlemsstater som efterfrågar varor och tjänster så behöver det framgå om medlemsstaterna ska tilldelas varor och tjänster utifrån en viss ordning.

Syftet med förbudet i artikel 39 får antas vara att säkerställa tillgången till vissa varor och tjänster i de medlemsstater där behovet är som störst. Det bör övervägas om det behövs en undantagsbestämmelse för det fall medlemsstater är i behov av varor och tjänster innan kommissionens upphandling är klar eller vid leveransbortfall. Det bör även övervägas om det finns behov av en fördelningsmekanism mellan medlemsstater. Det bör vidare klargöras om förbudet har retroaktiv verkan i förhållande till sådana avtal som ingåtts före kommissionens ramavtal samt hur de upphandlande myndigheternas avtalsrättsliga situation påverkas i de fall förbudet blir tillämpligt.

För det fall Konkurrensverket ska utöva tillsyn över den nationella tillämpningen av de ramavtal som Sverige kan komma att delta i enligt artikel 34, kan instruktionen behöva ändras.

1.1 Utgångspunkter och övergripande synpunkter

Förslaget till ett Singel Market Emergency Instrument (SMEI) har lämnats mot bakgrund av tidigare extraordinära händelser som inneburit en negativ påverkan på försörjningen av varor och tjänster på den inre marknaden. Stängda gränser och andra åtgärder som vidtogs under covid-19-pandemin medförde en stor inskränkning av rörelsefriheten för varor, tjänster och personer vilket bidrog till en brist på nödvändiga krisrelevanta varor. Konkurrensverket förstår behovet av ett nytt instrument som kan motverka suboptimering och öka EU:s möjligheter att mer samordnat hantera framtida kriser. Men för att öka chanserna för att förslaget ska kunna tillämpas i praktiken kan såväl förslagets omfattning och rättsliga form behöva övervägas ytterligare.

Förslaget till förordning baserar sig bl.a. på artikel 114 FEUF, en rättslig grund som kan användas för att harmonisera nationell lagstiftning i syfte att upprätta en välfungerande inre marknad. Artikelns användningsområde är uttryckligen begränsat - bl.a. får artikeln inte användas för att harmonisera bestämmelser om fri rörlighet för personer eller bestämmelser om skatter och avgifter - och den ger också medlemsländer som uppfattar att t.ex. kommissionen missbrukar befogenheten en rätt att hänskjuta frågan direkt till EU-domstolen.

Det är således en utifrån en relativt bräcklig rättslig grund som kommissionen föreslår åtgärder som syftar till att strömlinjeforma medlemsländernas nationella agerande i kris. Och detta genom ett rättsligt instrument som inte kräver



nationellt genomförande utan som ska kunna vara direkt tillämpligt i alla medlemsländer. Förordningens ramverk kompletteras dessutom av ett antal olika genomförandeakter som antas med större flexibilitet, och därmed bättre kan möta framtida kriser av idag okänd karaktär. Medlemsländerna föreslås delta i beslutsfattandet genom det s.k. granskningsförfarandet i kommittologiförordningen¹, men i praktiken ligger det i sakens natur att beslut kan behöva fattas skyndsamt och att medlemsländernas reella inflytande över besluten därigenom blir begränsad.

Konkurrensverket ifrågasätter inte att det kan finnas ett behov av handfast och central styrning för att såväl stödja de enskilda medlemsländernas tillgång till strategiska varor och tjänster, som för att värna EU-medborgarnas rättigheter och den inre marknads integritet. Däremot kan förslaget till förordning behöva balanseras mot medlemsländers intresse av att kunna överblicka både kostnadsmissiga och faktiska konsekvenser i nationell rättsordning. Också förslagens konsekvenser för enskilda företag och upphandlande myndigheter är svåra att överblicka. Ska förslaget kunna tillämpas direkt, och i skarpt läge, torde en närmare granskning av förslagen vara nödvändig. Att istället föreslå ramverket i form av ett direktiv som ska genomföras nationellt kan eventuellt ge ännu bättre förutsättningar för praktiskt genomslag i varje lands rättsordning.

1.2 Förslagets effekter på företag, konkurrens och upphandling

Konkurrensverket kommenterar samlat förordningens del 3 om *vigilance mode*, del 4 om *emergency mode* samt del 5 om *procurement*.

Delande av information

Grundtanken bakom konkurrensreglerna är att varje företag självständigt ska bestämma sitt agerande på marknaden. Tillgång till affärskänslig information kan minska eller undanröja graden av osäkerhet om den relevanta marknads funktion och följaktligen riskera att begränsa konkurrensen mellan företagen.

Konkurrensverket kan se att det kan finnas skäl för medlemsstater, och i förlängningen kommissionen, att få en uppfattning om tillgången på krisrelevanta varor i händelse av kris. Men även om dessa uppgifter skulle presenteras på en aggregerad nivå (artikel 11.7) så kan den aggregerade information på en koncentrerad marknad med få aktörer innebära att de konkurrerande företagen kan få en olämplig uppfattning om konkurrenternas affärsdrift, vilket i slutändan kan påverka konkurrensen negativt. Behovet av att offentligt publicera sådan information, som därtill potentiellt kan utgöra en risk för rikets säkerhet i de fall informationen rör strategiska varor som exempelvis livsmedel, drivmedel eller

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 182/2011 av den 16 februari 2011 om fastställande av allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter.



energivaror, är inte tillräckligt motiverat. Informationsutbyte enligt denna förordning kan föranleda ett behov av ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Att kommissionen i artikel 24 ska kunna förelägga företag att lämna information och i vissa fall leverera i artikel 27 samt i artikel 28 bötfälla företagen i de fall de inte hörsammar begäran eller i de fall de vilseleder kommissionen, är något som kommissionen normalt enbart kan göra med stöd av Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 i fördraget och Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. Unionen har exklusiv befogenhet att fastställa sådana regler för konkurrens som är nödvändiga för den inre marknadens funktion (artikel 3 FEUF). Det följer direkt av fördraget att kommissionen ska kunna ges befogenhet att administrera viten och böter för att upprätthålla fördragets konkurrensregler (artikel 103 FEUF). Det är inte närmare motiverat i SMEI förordningen varför kommissionens befogenheter ska utvidgas till att även omfatta regler nödvändiga för den inre marknadens funktion i kristid.

Informationsinhämtningen bör ske på ett kostnadseffektivt sätt och inte bli alltför betungande för aktörerna. Det är angeläget att analysera och specificera vilken typ av information som kan inhämtas och hur skyddet av affärshemligheter kan upprätthållas på alla nivåer i hanteringen. Vidare kan en begäran om att lämna ut information komma att omfatta även information om företag i tredje land. Det behöver därför klargöras om kommissionen har dessa befogenheter gentemot aktörer i tredje land.

Strategiska lager

Artiklarna 9–12 berör medlemsstaternas inventering och uppbyggnad av strategiska varor och ekonomiska aktörer i landet. Kommissionen ska ta hänsyn till kostnaderna för uppbyggnad och bevarande av reserver samt försöka säkerställa att detta inte orsakar en oproportionerlig belastning på leveranskedjorna. Det är oklart om artikel 12 avser varor som medlemsstaterna har köpt och sparat eller om det avser alla produkter av ett visst slag inom medlemsstatens territorium. I det senare fallet är det inte givet att medlemsstaten kan ha kontroll över lagret, särskilt inte om det är i privata företags ägo.

Prioriterade beställningar

Enligt artikel 27 kan kommissionen bjuda in en eller flera utvalda företag i krisrelevanta leveranskedjor att prioritera beställningar av krisrelevanta varor. Det behöver klargöras på vilka kriterier som kommissionen kommer att välja ut dessa företag då det närmast framstår som ett förfarande som liknar direktupphandling. Det civilrättsliga samarbetet inom EU har visserligen utvecklats men samtliga medlemsstater deltar inte, och de nationella regelverken i sak har inte harmoniserats i någon större utsträckning. Det innebär att det torde



vara svårt att i förordningen fastslå och få genomslag för att gällande civil- och avtalsrätt inte ska medföra ansvar för företag som omprioriterar sina leveranser eller anmodas att leverera i enlighet med artikel 27.3. En sådan reglering kräver författningsändringar för att få genomslag nationellt. Det kan även behöva klargöras hur detta förhåller sig till andra motsvarande situationer som kan uppstå, exempelvis force majeure. Ingridanden i företags produktion och leveranskedjor kommer sannolikt även omfatta insatsvaror och tjänster från företag i tredje land och det går inte att utesluta att företag i dessa fall kan bli föremål för en rättsprocess i tredje land.

Förordningens förhållande till andra regelverk om upphandling

Av artikel 36 framgår att kommissionens ramavtalsupphandlingar enligt SMEI-förordningen ska genomföras i enlighet med budgetförordningens bestämmelser om upphandling. Konkurrensverket noterar samtidigt att artikel 39, som innehåller ett förbud mot upphandling i vissa situationer, verkar förutsätta att de upphandlande myndigheterna och enheterna i medlemsländerna ska kunna avropa direkt från kommissionens ramavtal. För avrop som görs av upphandlande myndigheter och enheter är dock utgångspunkten att upphandlingsdirektiven² ska tillämpas. Konkurrensverket önskar mot denna bakgrund ett förtydligande av vad som avses med uttrycket *framework agreement* i artikel 34, dvs. om uttrycket ska tolkas i enlighet med budgetförordningen, upphandlingsdirektiven eller på något annat sätt. Om det stämmer att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska kunna avropa direkt från ramavtalen, behöver det vidare klargöras vilka regler i övrigt som ska tillämpas på dessa avrop samt vilka rättsmedel som kan komma i fråga för en leverantör som vill få ramavtalet respektive avropet överprövat. Om rättsmedelsdirektiven³ ska kunna tillämpas på avrop som görs av svenska upphandlade myndigheter och enheter krävs författningsändringar i de svenska upphandlingslagarna.

Konkurrensverket önskar även ett förtydligande av innebörden av uttrycket *launched* i artikel 34 och 39, dvs. om det betyder att en upphandling har påbörjats, annonserats eller inletts på något annat sätt?

Oreglerade platsbesök

Av artikel 35.3 framgår att kommissionen eller experter nominerade av kommissionen ska kunna göra platsbesök i produktionsanläggningar för varor som har strategisk betydelse för att hantera en kris. Det är oklart om artikeln innebär en skyldighet för leverantörer att ge kommissionen tillträde eller om det är ett klargörande om att kommissionen får göra platsbesök som en del av upphandlingsförfarandet. Syftet med platsbesöken, liksom villkoren för dessa, bör tydliggöras.

² Se t.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

³ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 89/665/EEG, 92/13/EEG och 2007/66/EG.



Anslutning av flera medlemsstater till kontraktet

Av artikel 36.2 framgår att det upphandlade kontraktet kan ha en klausul som gör det möjligt för fler medlemsstater att ansluta sig till dem. Om det blir fler medlemsstater som efterfrågar varor och tjänster än vad det ursprungliga avtalet förmår leverera så behöver det framgå om medlemsstaterna ska tilldelas varor och tjänster utifrån en viss ordning. Om avtalet inte också medger att fler leverantörer kan bli kontrakterade när fler medlemsstater ansluter så kan det innebära att de leverantörer som kontrakterats kan bli helt dominerande som leverantörer i EU, vilket inte är bra för vare sig konkurrensen eller prisbilden på de varor eller tjänster som upphandlats.

Innebörden av konsultering

Artikel 38 anger att medlemsstaterna ska konsultera varandra, kommissionen och samordna sina aktiviteter i den rådgivande gruppen innan medlemsstaterna annonserar en upphandling av varor och tjänster som, i en genomförandeakt, har utsetts vara krisrelevanta. Konkurrensverket önskar ett förtydligande kring vad som avses med *coordinate their actions*. Handlar det till exempel om att medlemsstaterna enbart ska förvarna varandra om att de avser att göra en nationell upphandling av krisvaror eller innebär förslaget att medlemsstaterna ska genomföra gemensamma upphandlingar?

Förbudet för myndigheter att upphandla krisrelevanta varor och tjänster

Artikel 39 innehåller ett förbud för upphandlande myndigheter och enheter i de medlemsstater som deltar i en upphandling gjord av kommissionen mot att i ett krisläge själva upphandla varor eller tjänster som omfattas av sådan upphandling. Syftet med regeln får bl.a. antas vara att säkerställa tillgången till vissa varor och tjänster i de medlemsstater där behovet är som störst. Regeln är dock mycket ingripande och det bör därför övervägas om det behövs en undantagsbestämelse för det fall kommissionens upphandling drar ut på tiden eller om de leverantörer som omfattas av ramavtalet inte förmår fullgöra sina åtaganden.⁴ Det bör även övervägas om det finns behov av en fördelningsmekanism mellan medlemsstater då det kan antas att någon form av fördelning utifrån behov kan behöva ske. Det bör vidare klargöras om förbudet har retroaktiv verkan och i vilket utsträckning det även omfattar sådana avtal som ingåtts före det att kommissionen har påbörjat (*launched*) en upphandling.

Konkurrensverket önskar även att det klargörs hur de upphandlande myndigheternas avtalsrättsliga situation påverkas i de fall förbudet blir tillämpligt. Förordningen anger nu enbart de juridiska konsekvenserna för företag av att inte följa ett avtal, inte för situationer där den upphandlande myndigheten förbjuds köpa in varor från en leverantör som inte ingår i kommissionens

⁴ Jfr t.ex. undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

upphandling men som vill fortsätta leverera utifrån myndighetens egna avtal (jfr artikel 27.7).

Konkurrensverkets tillsyn

Konkurrensverket utövar tillsyn över att bestämmelserna i de fyra upphandlingslagarna följs (1 § och 3 § 2 förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket). För det fall Konkurrensverket även ska utöva tillsyn över den nationella tillämpningen av de ramavtal som Sverige kan komma att delta i enligt artikel 34, kan instruktionen behöva ändras.

Förslag till omnibusförordning och omnibusdirektiv

Kommissionen föreslår samlat ändringar av vissa sektorsregleringar genom omnibusförordning eller omnibusdirektiv så att dessa produkter temporärt inte behöver uppfylla vissa krav på design, tillverkning och distribution vid ett nödläge. Erfarenheter från covid-19 pandemin visar att sådana avsteg kan var nödvändiga men kan ge tillfälligt försämrad konsumentssäkerhet och potentiellt även konkurrens på olika villkor.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit sakkunniga Ann-Britt Elenius.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Ann-Britt Elenius