

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

Utrikesdepartementet:

ud.hi.remiss@gov.se

Kopia

ud.registrator@regeringskansliet.se

Europeiska kommissionens förslag till förordning om ett kris- instrument för den inre marknaden

Upphandlingsmyndigheten har getts möjlighet att lämna ett yttrande över Europeiska kommissionens förslag till förordning om ett krisinstrument för den inre marknaden, inklusive förslag till omnibusdirektiv och omnibusförordning med uppdatering av vissa förordningar och direktiv.

Upphandlingsmyndigheten har det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande organisationer. Vi ska verka för en rättssäker, effektiv och socialt och miljömässigt hållbar upphandling till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Upphandlingsmyndigheten har bland annat tagit fram stöd om säkerhetsskyddad upphandling, upphandling till samhällsviktig verksamhet samt sanktionerna mot Ryssland.

Samtliga hänvisningar nedan hänvisar till det remitterade förslaget till förordning om ett krisinstrument för den inre marknaden. Sidhänvisningar avser bakgrunds-
promemorian ("Explanatory Memorandum").

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

1. Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att den övergripande ambitionen att skapa en övergripande struktur för hantering av kriser på den inre marknaden i någon mening förfelas av att det på stora och viktiga områden förekommer speciallagstiftning som gäller framför bestämmelserna i förordningen. Vad gäller en rad bestämmelser i förordningen uppkommer frågan om hur de förhåller sig till de svenska regelverk som bär upp vår nationella krisberedskap, liksom nationella regler om bland annat sekretess och tystnadsplikt. Det vore även önskvärt om regelverk på unionsnivå som avser försörjningskedjor och underleverantörer kunde ges en mer enhetlig utformning.

Utan att ifrågasätta behovet av en enhetlig struktur för hantering av kriser som påverkar den inre marknaden bör det framhållas att grunden för försörjningstryggheten måste läggas i de upphandlande myndigheternas reguljära inköpsarbete. Detta medför bland annat att bestämmelserna som innebär att kommissionen ges behörighet att i viss ordning kräva att företag lämnar information om leveranskedjor och lager måste ses som ett komplement till den dialog och tillgång till information som skapas i det reguljära inköpsarbetet.

Flera av bestämmelserna i förordningen framstår även som svårigenomförbara i Sverige givet vår decentraliserade förvaltningsstruktur: detta gäller särskilt bestämmelserna om förteckningar över kritiska leverantörer och leveranskedjor (artikel 11.3) och bestämmelserna om strategiska lager (artikel 12). En rad av de beslutsvägar och procedurer för utbyte av information mellan medlemstaterna och kommissionen framstår därtill som alltför komplexa för att vara praktiskt användbara i händelse av en kris. Vad gäller bestämmelserna som ger kommissionen möjlighet att kräva information från leverantörer (artikel 24) och om prioriterade beställningar (artikel 27) uppkommer även frågan om hur dessa förhåller sig till rättsordningarna i tredje land.

Vad slutligen gäller bestämmelserna om gemensam upphandling (artikel 34–37) är det oklart hur de förhåller sig till liknande bestämmelser i andra regelverk. Vidare innehåller dessa bestämmelser en rad oklarheter ifråga om bland annat innebörden av ”kontrakt” samt regleringen av platsbesök, konsultation och koordination. Förbudet mot konkurrerande upphandlingar kan komma att vålla tillämpningsproblem och bör även förses med någon form av möjlighet – ”nödventil” – som i vissa situationer tillåter att upphandlande myndigheter i en deltagande medlemsstat genomför sådana konkurrerande upphandlingar.

2. Övergripande synpunkter

2.1 Förordningens tillämpningsområde

Det framgår av det remitterade materialet att det huvudsakliga syftet med förordningen är att skapa ett ramverk för hantering av kriser som påverkar den inre marknaden (se artikel 1.1). Som Upphandlingsmyndigheten förstår detta är avsikten närmare bestämt att skapa en enhetlig struktur för att kunna hantera olika typer av kriser: det anges till exempel att avsikten är att instrumentet ska kunna hantera alla typer av framtida kriser (se till exempel formuleringen ”any type of future crisis”, s. 1).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att ambitionen att skapa en universell struktur för EU:s krishantering motverkas av att det på en rad områden finns särskilda mekanismer och regelverk som har företräde framför den nu föreslagna förordningen (artikel 2.2 och s. 2–5). Denna konstruktion riskerar att undergräva ambitionen att skapa en enhetlig struktur, men även att leda till skapandet av parallella och överlappande strukturer samt gränsdragningsproblematik. Detta gäller särskilt kriser som har egenskaper och konsekvenser som faller inom tillämpningsområdet för flera olika regelverk, eller vid händelse av parallella kriser som faller inom tillämpningsområdet för både den föreslagna förordningen och den speciallagstiftning som har företräde framför den. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är det mot denna bakgrund önskvärt att den föreslagna förordningen utformas som ett än mer övergripande ramverk under vilket de olika sektorsförordningarna mer tydligt inordnas.

En ytterligare aspekt som sammanhänger med den föreslagna förordningens tillämpningsområde är den uttalade kopplingen till den inre marknads funktion. Mot denna bakgrund uppstår frågan om förordningen är tänkt att tillämpas även vad gäller kriser som inte kan anses ha någon påverkan på den inre marknaden, men som kan ha enorm påverkan på medlemsstaternas förvaltningar, näringsliv och medborgare.

2.2 Förordningens eskaleringstrappa

Den föreslagna förordningen utgår från en eskaleringstrappa med tre steg: *normalläge*, *beredskapsläge* (”vigilance mode”) och *krisläge* (”emergency mode”).

Upphandlingsmyndigheten har ingen invändning mot denna uppdelning i sig. Däremot uppkommer frågan om hur förordningen ska tillämpas i situationer där EU drabbas av flera olika kriser som parallellt påverkar den inre marknaden – om än på olika sätt: ska det till exempel vara möjligt att utlysa parallella krislägen för olika typer av kriser?

För svensk del uppkommer även frågan om hur denna eskaleringstrappa kan kopplas till de steg som i någon mening bär upp den svenska regleringen av vår nationella krisberedskap: Någon formell koppling är kanske varken möjlig eller önskvärd, men

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

givet de i delar ganska långtgående befogenheter som enligt utkastet till förordning tillkommer EU i allmänhet och kommissionen i synnerhet är ändå förhållandet till vår nationella krisberedskap, inte minst de så kallade fullmaktslagarna, av central betydelse.

2.3 Informationsutbytet mellan medlemsstaterna och kommissionen

Den föreslagna förordningen innehåller en rad bestämmelser som rör informationsutbytet mellan medlemsstaterna och kommissionen (se bland annat artikel 8.2 och 11.4). Upphandlingsmyndigheten har inte analyserat hur dessa bestämmelser förhåller sig till vare sig offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) eller annan lagstiftning som innehåller bestämmelser om tystnadsplikt kopplat till totalförsvars- eller krisberedskapsfrågor. Givet behovet av skyndsamt, tydlig, tillförlitlig och tillgänglig information i händelse av en kris bör det dock inför förordningens ikraftträdande säkerställas att det svenska regelverket möjliggör det informationsutbyte som förordningen förutsätter, och samtidigt innehåller nödvändiga bestämmelser om sekretess och tystnadsplikt.

Såsom vi kommenterar nedan i detta yttrande framstår därtill själva regleringen av informationsutbytet i vissa delar som så utförlig och omständlig att det inte framstår som ändamålsenligt utformat för att kunna tillämpas i händelse av en kris.

2.4 Koppling till annan unionslagstiftning som innehåller krav ifråga om leveranskedjor

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att den föreslagna förordningen innehåller flera bestämmelser som syftar till att skapa insyn i, och i någon mening kontroll över, underleverantörsled och försörjningskedjor (se till exempel artikel 11.3, 13.1.g och 24.1).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att ambitionen att skapa insyn i och i viss utsträckning kontroll över leveranskedjor är en företeelse även kommer till uttryck i en rad andra unionsrättsakter på upphandlingsområdet. Bestämmelser som förutsätter sådan insyn och kontroll finns exempelvis i de olika sanktionsförordningar som beslutas med anledning av Rysslands aggression mot Ukraina¹ och i EU:s instrument för internationell upphandling (IPI).²

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att sådana bestämmelser ofta vållar såväl tolknings- som tillämpningssvårigheter. Regelverken medför också ett överlappande behov av sådana insyn och kontroll. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning

¹ Se till exempel artikel 5k.1 i Rådets förordning (EU) nr 833/2014 om restriktiva åtgärder mot bakgrund av Rysslands åtgärder som destabiliserar situationen i Ukraina, i lydelse enligt Rådets förordning (EU) 2022/576 av den 8 april 2022.

² Se artikel 3 och 8 i Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2022/1031 av den 23 juni 2022 om tillträdet för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från tredjeländer till unionens marknader för offentlig upphandling och koncession och förfaranden till stöd för förhandlingar om tillträde för ekonomiska aktörer, varor och tjänster från unionen till tredjeländers marknader för offentlig upphandling och koncession (Instrumentet för internationell upphandling – IPI).

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

vore det önskvärt om sådana bestämmelser ges en mer enhetlig avfattning – särskilt som nationella regelverk och erfarenheter ofta innebär ett ytterligare behov av liknande insyn och kontroll. Därutöver bör kommissionen i dialog med medlemsstaterna arbeta fram vägledning och metoder för en effektivt praktisk tillämpning.

2.5 Försörjningstrygghet genom det reguljära inköpsarbetet

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att förordningen främst syftar till att skapa en struktur för EU:s agerande och samverkan med medlemsstaterna i händelse av en uppkommen kris. De flesta av bestämmelserna i förordningen är därmed endast tillämpliga i händelse av att unionen utlyst beredskapsläge eller krisläge.

Utan att generellt ifrågasätta behovet av särskilda strukturer och verktyg för agerande i kriser bör det samtidigt framhållas att grunden för såväl EU:s som Sveriges försörjningstrygghet läggs av medlemsstaternas upphandlande myndigheter i det reguljära inköpsarbetet. Att skapa en struktur som innebär att EU och medlemsstaterna först i händelse av en kris ska söka trygga tillgången till kritiska varor och tjänster är att underskatta detta faktum liksom konsekvenserna av vårt stora beroende av produktion utanför EU. Att tyngdpunkten i arbetet med ökad försörjningstrygghet måste ligga i det reguljära inköpsarbetet medför – särskilt i kombination med den för Sveriges krisberedskap grundläggande ansvarsprincipen samt vår decentraliserade förvaltningsmodell – att såväl kommuner som regioner i praktiken behöver integreras i den struktur som förordningen syftar till. Detta är en grundläggande förutsättning för den nationella krisberedskapen som sannolikt skiljer sig från de flesta andra medlemsstater, och därmed inte en ordning som förslaget till krisinstrument är anpassat till.

Konsekvensen för svenskt vidkommande är att genomförandet av många av förslagen i förordningen i praktiken kommer ankomma på Sveriges kommuner och regioner, eller åtminstone förutsätter en nära samverkan mellan dessa och vissa statliga aktörer. Mot denna bakgrund framstår det som en brist att vare sig Adda Inköpscentral eller någon av våra regioner eller kommuner är remissinstans vid beredningen av detta ärende.

Det bör vidare framhållas att det i Sverige (och sannolikt i många andra medlemsstater) pågår omfattande arbetet med att rusta upp såväl totalförsvaret som den nationella krisberedskapen i stort. Mot denna bakgrund är det även av vikt att sådana nationella åtgärder och aktiviteter samordnas med liknande arbete inom unionen, inklusive den vidare beredningen av denna förordning.

3. Synpunkter på enskilda delar av det föreslagna regelverket

3.1 Definitioner i förordningen (artikel 3)

Förslaget till förordning innehåller en lista över legaldefinitioner som används i förordningen (artikel 3).

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

I artikeln återfinns bland annat begreppen *varor och tjänster av strategisk betydelse* ("goods and services of strategic importance") och *krisviktiga varor och tjänster* ("crisis-relevant goods and services"). Upphandlingsmyndigheten konstaterar att denna uppdelning framstår som onödigt detaljerad och svårtillämpad, även givet den funktion som respektive begrepp ges i förslaget till förordning.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att även den lagstiftning som bär upp Sveriges krisberedskap är konstruerad utifrån ett antal definitioner. Det bör därför analyseras i vilken utsträckning som de föreslagna definitionerna överensstämmer med våra nationella, och konsekvenserna för krisberedskapssystemet i de fall de skiljer sig åt.

3.2 Förteckning över kritiska leverantörer och leveranskedjor (artikel 11.3)

Enligt förslaget till förordning ska medlemsstaterna i ett beredskapsläge bland annat upprätta en förteckning över de mest relevanta företagen som är involverad i leveranskedjor avseende sådana varor och tjänster som pekats ut i den unionsrättsakt genom vilken beredskapsläget utlysts (artikel 11.3).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det knappast är möjligt att i händelse av en kris inleda ett arbete för att skaffa sig en sådan överblick över resurstillgången som bestämmelsen syftar till. Regleringen förutsätter även att en behörig myndighet har kunskap om samtliga sådana leverantörer, men även – såsom förslaget är utformat – deras leveranskedjor i samtliga led. Upphandlingsmyndigheten konstaterar att förslaget framstår som närmast ogenomförbart i dagsläget givet den oförutsedda händelseutveckling som karakteriserar en kris i kombination med Sveriges decentraliserade förvaltningsstruktur (se härvid även Upphandlingsmyndighetens inledande synpunkter i avsnitt 2.5).

3.3 Strategiska lager (artikel 12)

Enligt förslaget till förordning kan kommissionen under vissa förutsättningar besluta att medlemsstaterna till kommissionen, vad gäller angivna varor, ska kommunicera bland annat förteckningar över tillgången på dessa varor – såväl de mängder som de förfogar över själv liksom vilka kvantiteter som i övrigt finns tillgängliga i medlemsstaten (artikel 12).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att inte minst erfarenheterna från pandemin visar på behovet av överblick över tillgången på kritiska produkter. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning gör sig emellertid samma hänsyn gällande vad gäller detta förslag som i fråga om förteckningar över kritiska leverantörer och leveranskedjor (se avsnitt 3.2). Det är högst troligt att Sverige i dagsläget endast undantagsvis skulle kunna leva upp till detta krav.

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

3.4 Systemet för notifiering (artikel 19)

Förslaget till förordning innehåller bestämmelser för hur medlemsstaterna ska underrätta kommissionen om förslag till nationella åtgärder som påverkar den inre marknadens funktion i ett krisläge (artikel 19).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det föreslagna systemet framstår som tämligen komplext – särskilt mot bakgrund av att det är avsett att tillämpas just i händelse av olika typer av kriser. Det kan ifrågasättas om inte systemet för notifiering väsentligen bör förenklas, särskilt då andra åtgärder och aktiviteter kommer vara i fokus i medlemsstaterna just i händelse av en kris.

3.5 Möjlighet för kommissionen att tvinga företag att lämna viss information (artikel 24)

Enligt förslaget till förordning ges kommissionen behörighet att genom särskilda rättsakter tvinga företag att lämna information om specifika produktionsfaktorer och lagerhållning med mera (artikel 24).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att behovet av tillförlitlig information om försörjningskedjor och tillgången till kritiska produkter är central i händelse av en kris. Som vi framhåller i avsnitt 2.5 läggs dock grunden för tillgången till denna information i det reguljära inköpsarbete under vad som i förordningen betecknas normalläget. Att först i händelse av en kris med tvångsmedel söka tillgodogöra sig denna information bör därmed endast ses som en kompletterande utväg. Det framgår till exempel att den information som kommissionen på detta sätt ska kunna inkräva kan avse produktionsinrättningar utanför EU, vilket väcker frågan om regleringens förenlighet med eventuell lagstiftning som rör affärshemligheter eller den nationella säkerheten i sådana länder. Såsom regleringen är utformad kan en begäran om information även avse information som det företag som är föremål för föreläggandet inte förfogar över, till exempel uppgifter om underleverantörers förhållanden.

För svenskt vidkommande väcks även frågor om hur förslaget i denna del förhåller sig till vår nationella lagstiftning, däribland bestämmelser om tystnadsplikt i 7 kap. 1 § 1 lagen (2006:544) om kommuners och regioners åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap, 38 kap. 6 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) samt lagen (2018:558) om företagshemligheter: I den föreslagna regleringen anges i och för sig att företagets handels- och affärshemligheter ska respekteras, och i artikel 25 regleras vissa frågor om konfidentialitet och användning av den aktuella informationen. För ett företag som tvingas lämna ut känslig information, möjligen i strid med lagstiftningen i tredje land, synes denna reglering otillräcklig för att värna rättssäkerheten. Vidare bör det lagstiftaren utreda hur denna föreslagna reglering förhåller sig till liknande bestämmelser i till exempel fullmaktslagarna: det kan vara så att kommissionen genom den föreslagna regleringen ges större befogenheter att kräva information från svenska bolag än den svenska staten själv förfogar över.

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

Upphandlingsmyndigheten anser vidare att det är oklart vilken legal grund det finns för bestämmelserna som ger kommissionen möjlighet att påföra företag böter för att inte ha efterkommit bestämmelserna i denna artikel (artikel 28.1.c).

Slutligen kan det även vad gäller denna bestämmelse ur ett effektivitetsperspektiv ifrågasättas om den process som föreskrivs i förordningen, givet den oförutsebarhet och brådska som karaktäriserar en kris, gör instrumentet praktiskt användbart.

3.6 Prioriterade beställningar (artikel 27)

Genom artikel 27 i den föreslagna förordningen ges kommissionen möjlighet att under vissa förutsättningar begära att ett företag antingen ska acceptera och prioritera en beställning från unionen eller förklara varför beställningen inte kan prioriteras (se även skäl 32 och s. 18).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att denna bestämmelse i praktiken innebär en möjlighet för kommissionen att genomföra upphandlingar utan konkurrens, på liknande sätt som de förhandlade förfaranden utan föregående annonsering som regleras i LOU-direktivet.³ Det kan i sammanhanget påpekas att EU-domstolen har ett restriktivt förhållningssätt till möjligheterna att undandra upphandlingar från konkurrensutsättning, som sannolikt även är tillämpligt på detta förfarande.

Upphandlingsmyndigheten tolkar inte denna bestämmelse som en möjlighet för kommissionen att tvinga en leverantör att fullgöra en sådan beställning. Den bestämmelse om böter som är kopplad till den innebär endast att ett företag kan bötfällas om den vare sig fullgjort beställningen eller förklarat varför (artikel 28.1.c). Om denna möjlighet införs bör detta möjligen klargöras, eftersom den nuvarande avfattningen inte är helt tydlig i denna fråga. Om denna möjlighet införs bör det i förordningen klargöras att så är fallet, eftersom den nuvarande avfattningen inte är helt tydlig i detta avseende.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att det framgår av den föreslagna förordningen att ett företag som följer kommissionens föreläggande inte kan åläggas ansvar avseende sina avtalsrättsliga förpliktelser enligt *lagen i någon medlemsstat* (artikel 27.7). Någon reglering av vad som gäller om ett sådant företag i denna situation gör sig skyldig till avtalsbrott avseende ett kontraktuellt förhållande på vilket *avtalsrätten i ett tredjeland* är tillämpligt framgår inte – och är heller inte möjligt att reglera i unionsrätten. Givet de internationella värdekedjor som idag är en förutsättning för många varuleveranser inom EU framstår denna befrielse som en tämligen klen tröst för många företag som även levererar till kunder utanför EU. Någon analys kring hur denna bestämmelse förhåller sig till avtalsrättsliga klausuler om *force majeure*, *hardship*, eller lagreglerade avtalsrättsliga befrielsegrunder (motsvarande generalklausulen i 36 § avtalslagen) och liknande återges heller inte i underlaget.

³ Se artikel 32 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, särskilt artikel 32.2.b.ii och 32.2.c.

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

För svenskt vidkommande uppkommer även frågan om hur denna möjlighet förhåller sig till fullmaktslagarna, särskilt förfogandelagen (1978:262), i synnerhet de som innehåller bestämmelser som rör näringslivet.

Även vad gäller denna bestämmelse framstår såväl förutsättningarna som beslutsgången som så komplexa och utdragna att det därtill kan ifrågasättas om verktyget är praktiskt användbart.

3.7 Bestämmelserna om gemensam upphandling

Del V (artikel 34–36) i den föreslagna förordningen innehåller bestämmelser om gemensam upphandling.

3.7.1 Tillämpningsområdet för bestämmelserna

Upphandlingsmyndigheten konstaterar inledningsvis att redan behovet av en särskild reglering av gemensamma upphandlingar i en krissituation kan ifrågasättas. Detta mot bakgrund av att det redan finns en rättslig möjlighet för EU:s institutioner att genomföra gemensamma upphandlingar med upphandlande myndigheter i medlemsstaterna (som det också hänvisas till i artikel 37 och 38). En skillnad mellan den föreslagna regleringen och den befintliga möjligheten till gemensam upphandling är att det i förordningen är *medlemsstaterna* som förutsätts delta i upphandlingarna, inte enskilda *upphandlande myndigheter*. Det som den föreslagna regleringen därutöver synes tillföra är ett förbud för upphandlande organisationer att genomföra konkurrerande upphandlingar av samma upphandlingsföremål (se avsnitt 3.7.7). Det bör dock klargöras om även enskilda upphandlande myndigheter från deltagande medlemsstater kan avropa produkter från sådana gemensamt upphandlade avtal.

Artikel 34.1 innebär att sådan gemensam upphandling endast kan avse de produkter som anges i genomförandeakter som beslutats med stöd av förordningen. Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det – förenklat – är frivilligt för kommissionen att genomföra, och för medlemsstaterna att delta i, sådana gemensamma upphandlingar. Mot denna bakgrund kan det ifrågasättas om det inte även borde vara möjligt att genomföra gemensamma upphandlingar med stöd av dessa bestämmelser avseende även av andra produkter än sådana särskilt listade produkter, om vissa medlemsstater samt kommissionen anser detta nödvändigt.

Därtill bör längden på sådana avtal som detta förfarande resulterar regleras i den föreslagna förordningen: främst frågan om avtalen ska kunna tillämpas även om situationen är sådan att någon kris eller bristsituation inte längre föreligger.

3.7.2 Innebörden av begreppet ”kontrakt” (artikel 35 med flera)

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att bestämmelserna om gemensam upphandling i förslaget till förordning, särskilt artikel 35, använder begreppet ”contract” (kontrakt). Upphandlingsdirektiven utgår däremot för en nomenklatur vad gäller avtalskonstruktioner som skiljer mellan tilldelning av kontrakt och ingående av

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

ramavtal (se artikel 2.1.5 respektive artikel 33.1 andra stycket i direktiv 2014/24/EU, se även 1 kap. 15 § respektive 20 § lagen [2016:1145] om offentlig upphandling). Även den rättsakt som artikel 36 och 37 hänvisar till, förordning 2018/1046,⁴ använder sig av samma uppdelning i ”kontrakt” och ”ramavtal”. Det kan tilläggas att ”framework agreement” (ramavtal) dessutom används i den föreslagna förordningen med en annan innebörd.

Nu är det förvisso inte säkert att unionslagstiftaren avser att använda samma nomenklatur i den föreslagna förordningen som i upphandlingsdirektiven eller förordning 2018/1046. Osäkerhet om innebörden av begreppet ”kontrakt” i upphandlingssammanhang har emellertid i närtid uppkommit vad gäller de sanktioner mot Ryssland som beslutades av EU i april 2022.⁵ Begreppsosäkerheten har stor betydelse för den praktiska tillämpningen av dessa sanktioner. Sammanfattningsvis bör det mot denna bakgrund klargöras om kommissionen med stöd av den föreslagna förordningen endast har behörighet att tilldela just *kontrakt* eller om den också kan ingå *ramavtal* om produkter.

3.7.3 Platsbesök (artikel 35.3)

Enligt artikel 35.3 får representanter för kommissionen eller exporter nominerade av kommissionen under en gemensam upphandling genomföra platsbesök vid produktionsenheter av varor av strategisk betydelse eller av betydelse ur krishanteringsperspektiv.

Upphandlingsmyndigheten anser att det är oklart vad denna bestämmelse har för rättslig betydelse. Om den avser att rättsligt ge representanter för kommissionen tillträde till privatägda anläggningar uppkommer frågan om unionens behörighet att reglera detta och hur regleringen förhåller sig till nationell lagstiftning. Inte heller denna bestämmelse är avgränsad till anläggningar i de medlemsstater som deltar i de gemensamma upphandlingarna – eller ens är belägna inom unionens territorium: EU saknar naturligtvis behörighet att ge sig själv tillträde till anläggningar i tredje land.

3.7.4 Finansiering av gemensamma upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten utgår ifrån att det är de deltagande medlemsstaterna som finansierar de varor och tjänster som anskaffas genom detta instrument. Frågan synes dock inte uttryckligen reglerad i utkastet till förordning. Hänvisningen i artikel 37, enligt vilken medlemsstaterna kan anskaffa, hyra eller leasa (”acquire, rent or lease fully”) de resurser som anskaffas vid gemensam upphandling med stöd av artikel 165(2) i förordning 2018/1046. Därutöver kan behöva klargöras om det är

⁴ Europaparlamentets och Rådets förordning (EU, Euratom) 2018/1046 av den 18 juli 2018 om finansiella regler för unionens allmänna budget, om ändring av förordningarna (EU) nr 1296/2013, (EU) nr 1301/2013, (EU) nr 1303/2013, (EU) nr 1304/2013, (EU) nr 1309/2013, (EU) nr 1316/2013, (EU) nr 223/2014, (EU) nr 283/2014 och beslut nr 541/2014/EU samt om upphävande av förordning (EU, Euratom) nr 966/2012.

⁵ Jämför det stödmaterial (webbtexter) som Upphandlingsmyndigheten publicerat om dessa sanktioner (se rubriken ”Särskilt om ramavtal och dynamiska inköpssystem”): <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/sanktioner-paverkan-upphandling/forbud-tilldela-och-fullgora-offentliga-kontrakt/>

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

kommissionen eller de deltagande medlemsstaterna som ska finansiera själva upphandlingsförfarandet.

3.7.5 Rättsmedel vid gemensam upphandling

Avslutningsvis uppkommer frågan om vilka rättsmedel som är tillgängliga för företag som anser att kommissionen felaktigt tillämpat bestämmelserna om gemensam upphandling i den föreslagna förordningen – särskilt i förhållande till de rättsmedelsdirektiv⁶ som reglerar rättsmedlen för upphandlingar som faller inom tillämpningsområdet för unionens upphandlingsdirektiv. Vad gäller vissa andra bestämmelser i den föreslagna förordningen är uttryckligen angivet att Europeiska unionens domstol har jurisdiktion över tillämpningen (se till exempel artikel 24.7 och 28.5). Någon sådan reglering saknas emellertid vad gäller bestämmelserna om gemensam upphandling. Det bör därmed klargöras om rättsmedelsdirektiven är tillgängliga vid sådan prövning eller vilka andra rättsmedel som är tillgängliga för leverantörer.

3.7.6 Konsultation och koordinering (artikel 38)

I artikel 38 uppställs en skyldighet för medlemsstaterna att under ett krisläge konsultera och koordinera med varandra och med kommissionen innan de genomför upphandlingar av sådana varor som särskilt listats med stöd av en sådan genomförandeakt som beslutas med stöd av artikel 14.

Upphandlingsmyndigheten anser att det är otydligt vad denna bestämmelse egentligen syftar till att reglera. Att i ett nödläge påminna om vikten av att lämna information om och om möjligt samordna planerade upphandlingar av kritiska varor kan naturligtvis vara önskvärt. Bestämmelsen kan dock förstås som en skyldighet för medlemsstaterna att i ett nödläge samordna sitt inköpsarbete. Vidare kan konstateras att även denna bestämmelse förutsätter att de nationella myndigheter eller funktioner som representerar respektive medlemsstat har överblick över vilka upphandlingsåtgärder som upphandlande myndigheter i landet avser vidta (se avsnitt 2.5).

3.7.7 Förbud mot konkurrerande upphandlingar (artikel 39)

Enligt artikel 39 gäller att de medlemsstater som valt att delta i en gemensam upphandling som leds av kommission inte får genomföra egna upphandlingar avseende samma produkter.

Inledningsvis kan framhållas att denna bestämmelse lagtekniskt bör sammanföras med bestämmelserna om gemensam upphandling (artikel 34–36 i förslaget till förordning), eftersom den just reglerar en konsekvens av att en medlemsstat deltar i en sådan gemensam upphandling.

⁶ Rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007.

Ert datum:
2022-09-26

Datum:
2022-10-24

Er ref:
UD2022/12161

Diarienummer:
UHM-2022-0210

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det förvisso är frivilligt att delta i sådana gemensamma upphandlingar. Det ställer dock höga krav på medlemsstaterna att de när de tillfrågas om de ska delta i en sådan upphandling känner till sina behov. Det förutsätter även att informationen om *medlemsstatens* vägval i detta avseende når ut till samtliga de *upphandlande myndigheter* som enligt artikel 39 därmed förhindras att genomföra egna upphandlingar avseende samma upphandlingsföremål (se avsnitt 2.5). Vidare uppkommer frågan om fortsatt tillämpning av befintliga avtal avseende samma avtalsföremål, liksom möjligheten att slutföra redan påbörjade upphandlingar.

Därtill bör möjligen artikel 39 förses med någon form av nödventil för upphandlande myndigheter i deltagande medlemsstater för det fall att det visar sig att den gemensamma upphandlingen drar ut på tiden, inte resulterar i några anbud eller på annat sätt blir onyttig.

Avslutningsvis kan det även föreligga en gränsdragningsproblematik ifråga om en nationell upphandling konkurrerar med en gemensam dito: Upphandlingsföremålet kan till exempel komma att beskrivas och kategoriseras på olika sätt eller med olika detaljeringsnivå.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Henrik Grönberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även chefsjuristen Anders Asplund deltagit.

Inger Ek

Henrik Grönberg