

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap
registrator@msb.se

Planering för försörjning av varor och tjänster

MSB: 2021-05986

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. Konkurrensverket lämnar, utifrån de aspekter som följer av vårt verksamhetsområde, följande synpunkter.

Sammanfattning

Konkurrensverket välkomnar att Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) har tagit fram en vägledning för att underlätta för statliga myndigheter som behöver genomföra dialog med företag inom ramen för planeringen för försörjningen av varor och tjänster vid höjd beredskap och krig. Konkurrensverket anser att vägledningen är väl utformad, både avseende innehåll och upplägg.

Konkurrensverket ser positivt på att MSB tydligt i vägledningen har tagit upp vikten av att beakta upphandlings- och konkurrensfrågor. Likaså framhållandet att det behövs god kunskap om, och förutsättningar att bedöma, såväl vilken typ av dialoger som vilken informationsdelning som är lämplig inom vilka sektorer. Detsamma gäller påtalandet att det kan behövas en fördjupad konkurrensrättslig analys om man överväger att samordna företagens agerande vid höjd beredskap genom överenskommelser och gemensamma strategier där flera företag ingår tillsammans.

Konkurrensverket bedömer dock att det såvitt gäller vissa delar av vägledningen finns risk för oklarheter och missförstånd om konkurrensreglerna. Konkurrensverket ser också behov av några förtydliganden såvitt avser upphandlingsdelarna. Mot den bakgrunden lämnar verket följande förslag på förtydliganden och tillägg.

- Ett tillägg i lathunden att bilaga 1 i huvuddokumentet behöver användas som stöd i de konkurrensrättsliga perspektiven.

- Ett förtydligande i bilagan att det faktum att uppgifter går att få tag på i allmänna källor inte innebär att det alltid är möjligt att dela dem i ett sådant forum som är aktuellt i sammanhanget.
- Ett förtydligande i bilagan och huvuddokumentet att möjligheten att dela information om det ger en tillräcklig konsumentnytta innebär en vanskligare bedömning än vad vägledningen ger vid handen, varför utgångspunkten bör vara att undantaget inte är tillämpligt om man inte har tillgång till konkurrensrättslig kompetens för bedömning i det enskilda fallet.
- Ett förtydligande, i anslutning till listan över information som typiskt sett inte bör delas, att listan inte utesluter att även andra informationstyper kan vara problematiska att dela.
- Upphandlingsperspektiven i huvuddokumentets kapitel 5 bör nämnas även i lathunden och sammanfattningen.
- Att handledningen tar upp vikten av att undvika akuta direktupphandlingar är positivt. I sammanhanget bör tilläggas att förutom att det kan resultera i otillåtna direktupphandlingar riskerar det även att bli dyrare och att risken för korruption ökar.
- Det är viktigt att utformningen av upphandlingen och kravställningen för att klara ett läge med höjd beredskap eller krig, som beredskapsbehoven avser, inte ger oproportionerliga effekter på marknaden och konkurrensen under mer normala förhållanden. Negativa effekter på marknaden och konkurrensen under mer normala förhållanden kan också medföra sämre förutsättningar när det upphandlande avtalet för beredskapsbehoven löper ut och en ny upphandling behöver genomföras.
- Det är en brist att huvuddokumentets kapitel 6 om uppföljning inte tar upp vikten av att följa upp upphandlingar för beredskapsbehov.
- Angående sekretess kan generellt framhållas att om myndigheten saknar stöd i OSL¹ att sekretessbelägga information som är känslig ur ett konkurrensrättsligt perspektiv kan ett utlämnande enligt offentlighetsprincipen få effekten att informationen kommer företagen till del även om insamlingen genomfördes utan avsikt att aktivt dela informationen.

Synpunkter ur ett konkurrensrättsligt perspektiv

Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att det i praktiken sannolikt kommer att vara besvärligare att beakta de konkurrensrättsliga aspekterna under diskussioner och möten än vid skriftlig insamling och delning av information.

¹ Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Den som organiserar mötena måste därför noga utgå från det som anges i bilagan till huvuddokumentet. Vikten av att använda bilagan i huvuddokumentet bör därför tydliggöras på sid 11 i lathunden där konkurrensrättsliga aspekter bara nämns översiktligt (och upphandlingsfrågorna i bilaga 1 inte nämns alls).

I bilaga 1, på s. 52, till huvuddokumentet "Planering för försörjning av varor och tjänster" tas konkurrensrättsliga aspekter på myndigheternas diskussioner med företag upp. Konkurrensverket har några synpunkter och kommentarer på delar av det som tas upp där.

För det första anges att informationen inte bör delas *om den inte går att få tag från källor som är allmänt tillgängliga*. Konkurrensverket vill här framhålla att det faktum att informationen går att få tag i ur allmänna källor inte innebär att det alltid är möjligt att dela den i ett sådant forum som är aktuellt i sammanhanget. Ju känsligare informationen är, desto mer restriktiv bör man vara med delning, även om informationen går att få tag i ur allmänna källor. I målet British Sugar angav Tribunalen att "den omständigheten att konkurrenterna själva på marknaden hade kunnat inhämta uppgifter om de priser de fick reda på under möten inte gjorde informationsgivningen laglig, eftersom det inte var fråga om lätt tillgänglig marknadsinformation och mötena gjorde att deltagarna fick tillgång till informationen enklare, snabbare och mer direkt än de skulle fått via marknaden"².

För det andra anges att vissa samarbeten som skulle varit otillåtna kan vara tillåtna om konsumenter i tillräcklig utsträckning drar nytta av samarbetet/det är för konsumenternas bästa (nämns även på s. 28 i huvuddokumentet). Konkurrensverket vill dock påtala att avvägningen av om förutsättningarna är uppfyllda är betydligt mer komplicerad än vad undantaget kan ge intryck av. Det är därför viktigt att en sådan bedömning i det enskilda fallet görs av någon med konkurrensrättsliga kunskaper. Därför bör det framgå av vägledningen att om man inte har tillgång till rätt kompetens bör man utgå från att undantaget inte är tillämpligt.

Avslutningsvis finns en lista med uppgifter som typiskt sett inte bör delas mellan företagen eller tas upp i diskussioner när konkurrenter närvarar tillsammans. Konkurrensverket har inga invändningar mot listans innehåll men anser att det bör tydliggöras att även andra uppgifter kan vara problematiska.

Synpunkter ur ett upphandlingsperspektiv

Konkurrensverket anser att det är mycket positivt att det i vägledningens huvuddokument finns ett upphandlingsperspektiv, såväl när det gäller genomförandet

² Tribunalens dom den 12 juli 2001 i T-202/98 m.fl. British Sugar, p. 59–60

av dialogerna och informationsdelning som när det gäller val av beredskapsåtgärder. Det är dock en brist att varken det sammanfattande dokumentet eller lathunden nämner upphandlingsfrågorna.

I huvuddokumentets kapitel 5, angående val av beredskapsåtgärder, finns ett avsnitt om att upphandla för att möta behoven³. Avsnittet är i grunden bra, t.ex. poängterandet av att agera förberedande så att myndigheten kan undvika akut upphandling och direktupphandling. Konkurrensverket har noterat⁴ att de vanligaste orsakerna bakom otillåtna direktupphandlingar är brister i myndigheternas planering, ledning och organisering av upphandlingsarbetet. Förutom risken för otillåtna direktupphandlingar kan det även vara lämpligt att nämna att akuta direktupphandlingar dessutom riskerar att bli dyrare, minskar öppenheten och ökar risken för korruption.

Konkurrensverket saknar i ovan nämnda avsnitt ett resonemang om att myndigheten vid utformningen av upphandlingen för beredskapsbehov bör överväga om den ska göras separat eller om det redan görs upphandlingar för behoven under mer normala förhållanden, om beredskapsbehoven ska omhändertas på något sätt i dessa upphandlingar. Det är viktigt att upphandlingar för beredskapsbehov ses i ett sammanhang av eventuellt befintliga upphandlingar, varför en avvägning mellan för- och nackdelar med både separata avtal och avtal som är ihopkopplade bör göras.

Det är också positivt att vägledningen nämner att tillkommande krav bör vägas i en modell som tar hänsyn till hur marknaden och konkurrensen påverkas. Konkurrensverket anser dock att vägledningen bör vara tydligare att det avser såväl påverkan på marknaden och konkurrensen för upphandlingen av beredskapsbehoven, som påverkan på marknaden och konkurrensen för inköp av dessa varor och tjänster under mer normala förhållanden. Det är viktigt att utformningen av upphandlingen och kravställningen för att klara förhållanden med höjd beredskap eller krig inte ger oproportionerliga effekter på marknaden och konkurrensen när dessa förhållanden inte föreligger. Negativa effekter på marknaden och konkurrensen för köp av den aktuella varan eller tjänsten under mer normala förhållanden kan också medföra sämre förutsättningar när det upphandlande avtalet för beredskapsbehoven löper ut och en ny upphandling behöver genomföras.

I beskrivningen av tillkommande krav bör även nämnas att om andelen direkta förmågekrav ökar kommer det med stor sannolikhet även öka kostnaderna. Detta bör också ingå i den modell som nämns för att göra avvägningar avseende vilka förmågekrav som ska ställas och hur de ska ställas.

³ Huvuddokumentet s. 43

⁴ Konkurrensverkets rapport 2021:1, *Konkurrensverkets tillsyn 2020*

Det är en brist att huvuddokumentets kapitel 6 om uppföljning inte tar upp vikten av att följa upp upphandlingar för beredskapsbehov. För att åstadkomma en väl fungerande upphandling på sikt är det viktigt att följa upp de avtal som upphandlingen resulterar i. Det är viktigt för det interna lärandet och att kunna utveckla upphandlingen. Men det handlar också om att följa upp att kontrakterade leverantörer levt upp till alla villkor i avtalet för att vårda marknaden och konkurrensen inför framtida upphandlingar.

Sekretess

Generellt bör framhållas att om myndigheten saknar stöd i OSL att sekretessbelägga information som är känslig ur ett konkurrensrättsligt perspektiv kan ett utlämnande enligt offentlighetsprincipen få konsekvensen att informationen kommer företagen till del, även om insamlingen gjordes utan avsikt att aktivt dela den. Vid överväganden om insamling av information bör detta beaktas, vilket föreslås framgå av vägledningen.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit rådet Karin Morild.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Karin Morild