

Innovationspartnerskap

– ett nytt förfarande för att
främja innovation och utveckling

RAPPORT 2017:2

Framtagen på uppdrag av Upphandlingsmyndigheten



Förord

I Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår att stödja upphandlande myndigheter och enheter i upphandlingsfrågor. Under 2016 antogs den nationella upphandlingsstrategin. Strategin är bindande för alla statliga myndigheter. Ett av delmålen i strategin är att upphandling ska vara ett verktyg som kan användas för att främja innovationer och alternativa lösningar som inte finns på dagens marknad.

Av skälen i de nya upphandlingsdirektiven framgår att innovation är en viktig del i en framtida smart och hållbar tillväxt. De nya upphandlingsreglerna syftar bland annat till att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna främja innovativa lösningar i den offentliga upphandlingen i större utsträckning. Ett exempel på möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att använda innovation i den offentliga upphandlingen är införandet av det nya upphandlingsförfarandet innovationspartnerskap.

Upphandlingsmyndigheten har gett advokat Helena Rosén Andersson vid Advokatfirman Lindahl i uppdrag att utreda de nya reglerna om det nya förfarandet innovationspartnerskap i den nya lagen om offentlig upphandling (LOU) och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) som trädde i kraft i januari 2017. Medförfattare till rapporten är advokaterna Hugo Norlén och Catharina Piper samt biträdande juristen Hanna Lundqvist.

Med det nya förfarandet får upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att tillsammans med marknadens leverantörer ta fram innovativa lösningar som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

Författarna har i rapporten redogjort för vad det nya förfarandet innovationspartnerskap innebär samt vilka förutsättningar som krävs för att förfarandet ska kunna användas av upphandlande myndigheter och enheter. Författarna har också redogjort för vad upphandlande myndigheter och enheter kan behöva tänka på när det aktuella förfarandet används.

Författarna ansvarar själva för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, mars 2017

Inger Ek
Generaldirektör



Handwritten notes on an orange sticky note, including the words "Business" and "Marketing".

A blank orange sticky note.

A blank orange sticky note.

A blank orange sticky note.

Handwritten notes on a yellow sticky note, including the words "Marketing" and "Sales".

A blank orange sticky note.

A blank yellow sticky note.

A blank orange sticky note.

A blank purple sticky note.

A white paper note with some faint, illegible text, possibly including the date "11/1/2011".

A blank yellow sticky note.

A blank orange sticky note.

A blank orange sticky note.

Innehåll

1. BAKGRUND	6
2. REGLERING	7
3. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT TILLÄMPA FÖRFARANDET	9
3.1 Förutsättningar för att påbörja förfarandet	9
3.2 Förutsättningar om en motsvarande vara, tjänst eller byggentreprenad lanseras eller finns på marknaden	11
4. KRAV PÅ EN SEPARAT FORSKNINGS- OCH UTVECKLINGSVERKSAMHET	14
5. INNOVATIONSPARTNERSKAPETS STRUKTUR.....	16
5.1 Vilka krav kan ställas på den upphandlande myndigheten i form av transparens i upphandlingsdokumenten?	16
5.2 Hur kan en upphandlande myndighet praktiskt formulera etapper och delmål så att de blir transparenta och likabehandlande?	19
5.3 Vad innebär det att kontrakt avslutas med leverantörer?	21
5.4 Vilka rättsmedel har leverantörer tillgång till vid avslutande av kontrakt?	22

1. Bakgrund

Upphandlingsmyndigheten har gett Advokatfirman Lindahl i uppdrag att beskriva vilka upphandlingsrättsliga frågeställningar som en upphandlande myndighet eller enhet ställs inför om den avser att genomföra ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Rapporten innehåller en översiktlig beskrivning av de upphandlingsrättsliga förutsättningarna för att genomföra ett sådant förfarande enligt kravspecifikationen i **bilaga 1**. I rapporten behandlas därför inte andra rättsområden, exempelvis EU:s statsstödsregler eller kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare.

De analyser och slutsatser som framgår av rapporten är tillämpliga för både upphandlande myndigheters upphandlingar enligt lagen

(2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") och upphandlande enheters upphandlingar enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF"). Av enkelhetsskäl använder vi begreppet "upphandlande myndighet" för såväl en upphandlande myndighet som en upphandlande enhet. Begreppet "förfarande" avser förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.



2. Reglering

I 2014 års upphandlingsdirektiv – 2014/24/EU för den klassiska sektorn och 2014/25/EU för försörjningssektorn – har ett nytt förfarande för upphandling införts, nämligen förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Upphandlande myndigheter får ingå ett innovationspartnerskap om de har behov av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad och behovet inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggentreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden, se 6 kap. 31 § LOU och 6 kap. 24 § LUF.

Alla leverantörer får efter anbudsinfordran ansöka om att delta i förfarandet och den upphandlande myndigheten ska därefter bjuda in minst tre leverantörer att delta, 6 kap. 30 § LOU och 6 kap. 23 § LUF. De inbjudna leverantörerna får därefter lämna anbud. Den upphandlande myndigheten får förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud, 6 kap. 34 § LOU och 6 kap. 27 § LUF. Myndigheten kan också avstå från att förhandla och i stället utvärdera de inledande anbuden. En förutsättning för det är att myndigheten har angett i upphandlingsdokumenten att tilldelning utan förhandling kan komma att ske.

Den upphandlande myndigheten kan förhandla i successiva steg för att med hjälp av tilldelningskriterierna minska antalet anbud, 6 kap. 36 § LOU och 6 kap. 29 § LUF. Bestämmelserna om hur förhandlingsfasen bör gå till motsvarar bestämmelserna för förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog och behandlas inte i rapporten.

När förhandlingarna är avslutade ska anbudsgivarna lämna in slutliga anbud som blir föremål för utvärdering. Efter utvärderingen – som endast får ta hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet – ingår myndigheten innovationspartnerskapet med en eller flera leverantörer.

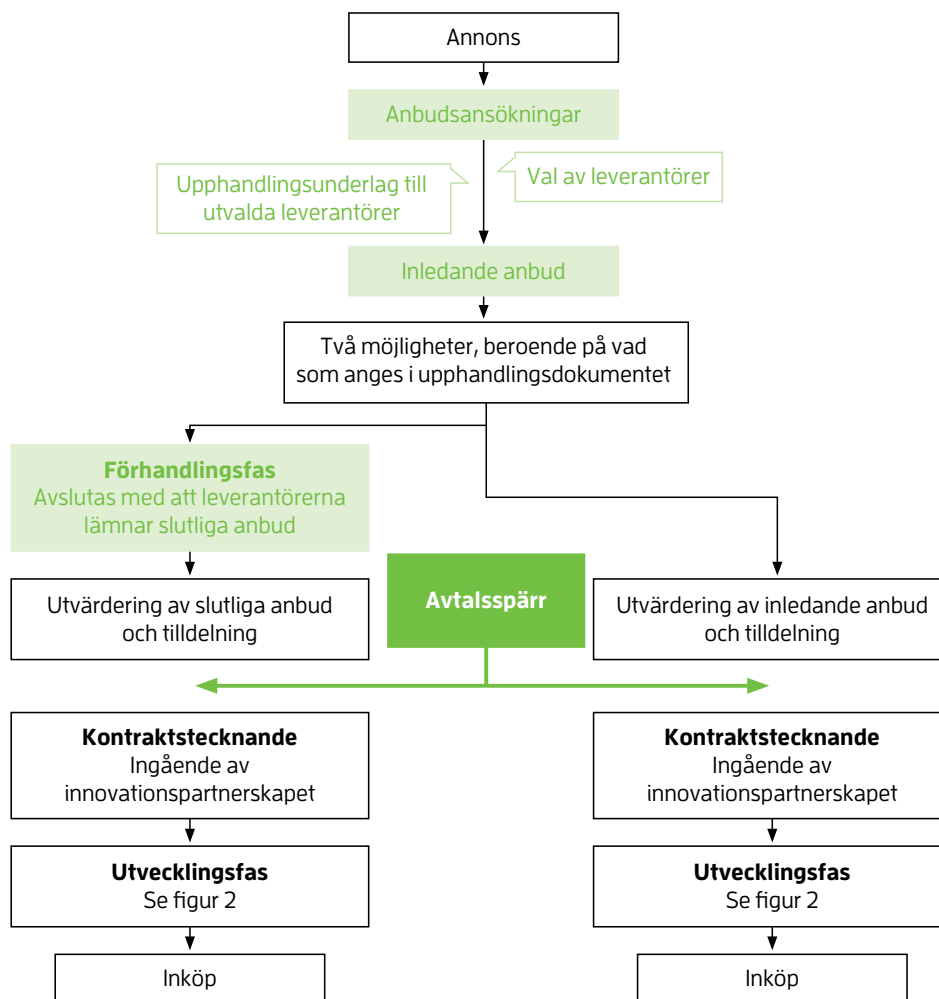
Den upphandlande myndigheten får endast ingå innovationspartnerskapet med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet, 6 kap. 37 § LOU och 6 kap. 30 § LUF. Forsknings- och utvecklingsverksamhet innebär att man söker ny kunskap och nya lösningar på problem och omfattar exempelvis förslag på problemlösning och design, framtagande av prototyper, utveckling av en begränsad volym första produkter eller tjänster i form av en testserie.¹

Innan innovationspartnerskapet kan ingås ska myndigheten skicka ut en underrättelse om tilldelning till samtliga anbudsökande och anbudsgivare och låta en sedvanlig avtalsspärr löpa, 12 kap. 12 § LOU och 20 kap. 1 § LUF.

Kontrakt tilldelas således en eller flera anbudsgivare redan innan utvecklingen av varan, tjänsten eller byggentreprenaden har börjat. I och med att innovationspartnerskapet ingås avslutas upphandlingsförfarandet och kontraktperioden påbörjas. Det innebär att innovationspartnerskapet genomförs under kontraktet och inte under upphandlingsfasen.

¹ Kommissionens meddelande "Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa", KOM (2007) 799 slutlig.

Figur 1. Upphandlingsprocessens struktur



Även om upphandlingsprocessen är avslutad efter tilldelning av kontrakt reglerar LOU och LUF i viss mån också vad som ska gälla under kontraktperioden. Innovationspartnerskapet ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen, 6 kap. 39 § LOU och 6 kap. 32 § LUF. De olika etapperna ska vara kopplade till delmål som parterna ska uppfylla för att delbetalning ska utgå. Efter varje delmål får myndigheten – om det anges i upphandlingsdokumenten – avsluta hela innovationspartnerskapet eller minska antalet leverantörer i innovationspartnerskapet

genom att avsluta enskilda kontrakt, 6 kap. 40 § LOU och 6 kap. 33 § LUF.

Innovationspartnerskapet ska syfta både till utveckling och anskaffning av den vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten har behov av. Vid slutet av innovationspartnerskapet ska därför – under förutsättning att slutprodukten motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som parterna har kommit överens om – en anskaffning ske från en eller flera av de leverantörer som deltar i innovationspartnerskapet, 6 kap. 31 § andra stycket LOU och 6 kap. 24 § andra stycket LUF.

3. Förutsättningar för att tillämpa förfarandet

3.1 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT PÅBÖRJA FÖRFARANDET

I detta avsnitt redovisas de juridiska förutsättningarna för att påbörja förfarandet.

3.1.1 Vad innebär det att behovet inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden och innebär förekomsten av redan existerande varor, tjänster eller byggtreprenader alltid ett hinder mot att påbörja förfarandet?

En förutsättning för att en upphandlande myndighet ska få tillämpa förfarandet är att myndigheten gör bedömningen att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden. Behovsprövningen ska alltså i första hand avgöras av den upphandlande myndigheten. En sådan bedömning kan exempelvis ske genom att myndigheten genomför en marknadsundersökning, se vidare avsnitt 3.1.2. Enligt förarbetena får frågan om vilken grad av innovation som krävs för att förutsättningarna enligt bestämmelsen ska vara uppfyllda ytterst bestämmas av rättstillämpningen. Domstolarna kommer då att utgå från definitionen i de bakomliggande upphandlingsdirektiven. Enligt artikel 2.1.22 i 2014 års klassiska direktiv och artikel 2.18 i 2014 års försörjningsdirektiv definieras en innovation

som ”genomförande av en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process, som inbegriper men inte begränsar sig till produktions-, byggnads- eller anläggningsprocesser, en ny marknadsföringsmetod eller en ny organisationsmetod inom affärspraxis, arbetsplatsorganisation eller yttre förbindelser bland annat i syfte att bidra till att lösa samhällsutmaningar eller stödja Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla”. Motsvarande definitioner förekommer även i andra sammanhang.² Det svenska ordet innovation betyder också just införande av nyhet eller förnyelse.

Att behovet inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden innebär alltså sammanfattningsvis att det inte i teknikens nuvarande stadium finns en vara, tjänst eller byggtreprenad på marknaden som kan tillgodose behovet utan att det krävs en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process för att tillgodose behovet.

Motsatsvis kan alltså förfarandet inte tillämpas om det finns en vara, tjänst eller byggtreprenad på marknaden som kan tillgodose behovet. Det är visserligen inte uteslutet att använda innovationspartnerskap om det redan finns existerande varor, tjänster eller byggtreprenader på marknaden men i så fall krävs det att de behöver genomgå någon typ av förändring och förbättring för att kunna tillfredsställa myndighetens behov.

² Se exempelvis OECD (2005), Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, s. 46 där innovation definieras som införandet eller genomförandet av en ny eller substantiellt förbättrad vara, tjänst eller process, en ny marknadsföringsmetod, en ny organisatorisk metod i affärsmodell, arbetsorganisation eller externa relationer. Innovationsupphandlingsutredningen konstaterade i sitt betänkande Innovationsupphandling (SOU 2010:56), att det ligger i innovationens natur att den på något sätt är värdehöjande och att en köpare är beredd att betala för den värdehöjande egenskapen. Uppfinningar eller nya tjänster som inte varit lyckade och inte efterfrågats på marknaden kan enligt utredningen inte anses utgöra innovationer. Utredningen gör en jämförelse med engelska språket och anser att man bör göra en distinktion mellan uppfinningar (inventions) och innovationer (innovations).

Om det krävs en substantiell förbättring av en vara, tjänst eller byggtreprenad kan myndigheten alltså använda innovationspartnerskap, även om varan, tjänsten eller byggtreprenaden redan existerar.

3.1.2 Vilka överväganden bör en upphandlande myndighet göra innan den påbörjar förfarandet?

En upphandlande myndighet bör göra följande överväganden och bedömningar innan den påbörjar förfarandet.

Den upphandlande myndigheten bör först undersöka marknaden för befintliga varor, tjänster och byggtreprenader. Den upphandlande myndigheten bör alltså – på samma sätt som inför alla typer av upphandlingar – skaffa sig god kännedom om vad den befintliga marknaden har att erbjuda.

Enligt artikel 40 i 2014 års klassiska direktiv och artikel 58 i 2014 års försörjningsdirektiv kan en upphandlande myndighet innan den inleder ett upphandlingsförfarande genomföra marknadsundersökningar för att förbereda upphandlingen och för att informera leverantörerna om den planerade upphandlingen och kraven för den. I detta syfte får enligt upphandlingsdirektiven den upphandlande myndigheten till exempel rådfråga eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter eller från marknadsaktörer. Råden får användas vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att råden inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.

Marknadsundersökningen kan exempelvis genomföras genom att den upphandlande myndigheten:

- (i) skriftligen inhämtar svar och synpunkter genom kontakt med kända leverantörer eller genom annonsering (s.k. RFI),
- (ii) träffar leverantörer, genom exempelvis gemensamma eller individuella möten,

- (iii) deltar i seminarier, mässor, etc., och
- (iv) kontaktar andra upphandlande myndigheter, specialister, branschorganisationer, universitet och högskolor, etc.

Vid marknadsundersökningen bör den upphandlande myndigheten inte beskriva sitt behov alltför snävt. Myndigheten bör i stället beskriva behovet så generellt att det öppnar upp för marknadens kreativitet. En alltför generell beskrivning kan samtidigt leda till en resurskrävande och omfattande dialog med potentiella leverantörer. Den upphandlande myndigheten bör därför sträva efter att på ett tydligt sätt beskriva behovet och för att möjliggöra olika typer av lösningar, men samtidigt inte öppna upp för innovationer som inte kan tillfredsställa myndighetens behov.

Det får förstås bedömas från fall till fall vad som är rimliga insatser i fråga om marknadsundersökningen för att myndigheten ska få ett tillräckligt underlag för sin bedömning av om förutsättningar för att tillämpa förfarandet finns.

Om det genom marknadsundersökningen visar sig finnas en vara, tjänst eller byggtreprenad som kan tillgodose behovet, och om det inte krävs att de behöver genomgå någon typ av förändring och förbättring för att kunna tillfredsställa myndighetens behov, saknas det förutsättningar för att tillämpa förfarandet.

Om det däremot mot bakgrund av marknadsundersökningen kan konstateras att det inte finns varor, tjänster eller byggtreprenader som kan tillgodose behovet eller om det krävs att de genomgår någon typ av förändring eller förbättring för att kunna tillfredsställa myndighetens behov, föreligger det förutsättningar för att tillämpa förfarandet.

Det är den upphandlande myndigheten som, vid en överprövning har bevisbördan för att det har förelegat förutsättningar för att använda förfarandet. Mot den bakgrunden är det viktigt att den upphandlande myndigheten gör en så omsorgsfull marknadsundersökning som möjligt

för att utreda om det finns förutsättningar för att tillämpa förfarandet eller inte. Ur bevissynpunkt är det också viktigt att den upphandlande myndigheten väl dokumenterar hur marknadsundersökningen har genomförts och myndighetens bedömning att existerande varor, tjänster eller byggtreprenader inte tillfredsställer behovet.

3.1.3 Ska myndighetens bedömning kommuniceras till potentiella leverantörer?

Den upphandlande myndigheten har ingen skyldighet att kommunicera utfallet av marknadsundersökningen eller sin bedömning av om det är möjligt att använda förfarandet. Om myndigheten gör bedömningen att det föreligger förutsättningar för att använda förfarandet kommer naturligtvis potentiella leverantörer att få kännedom om det genom myndighetens annonserade inbjudan.

Det bör ligga i myndighetens intresse att på ett lämpligt sätt kommunicera myndighetens marknadsundersökning i syfte att säkerställa att även leverantörer delar myndighetens uppfattning om att det finns förutsättningar att tillämpa förfarandet och att det inte under förfarandets genomförande eller under kontraktstiden finns eller tillgängliggörs en vara, tjänst eller byggtreprenad som innebär att förutsättningarna för förfarandet inte längre föreligger. Myndigheten bör emellertid noggrant överväga om en leverantör eller myndigheten riskerar att lida skada på grund av att uppgifter i marknadsundersökningen lämnas ut.

3.2 FÖRUTSÄTTNINGAR OM EN MOTSVARANDE VARA, TJÄNST ELLER BYGGTREPRENAD LANSERAS ELLER FINNS PÅ MARKNADEN

I detta avsnitt redovisas innebörden av att en vara, tjänst eller byggtreprenad lanseras på

marknaden först under förfarandet eller att den upphandlande myndigheten får kännedom om varan, tjänsten eller byggtreprenaden först under förfarandet.

3.2.1 Vad gäller om en vara, tjänst eller byggtreprenad görs tillgänglig på marknaden under upphandlingens genomförande respektive om den upphandlande myndigheten får kännedom om den först då? Innebär det ett sakligt skäl för att avbryta upphandlingen?

Om en vara, tjänst eller byggtreprenad görs tillgänglig på marknaden under upphandlingens genomförande eller om den upphandlande myndigheten får kännedom om den först under upphandlingsförfarandet föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.³ Det gäller även om den upphandlande myndigheten inför upphandlingen rätteligen har kunnat konstatera att det föreligger förutsättningar för att använda förfarandet.

I och med att varan, tjänsten eller byggtreprenaden genom lanseringen finns på marknaden saknas det förutsättningar för att upphandla framtagandet av en sådan. Det kan inte anses ekonomiskt försvarbart, varken för den upphandlande myndigheten eller för leverantörerna som deltar i upphandlingen, att upphandlingen då fortsätter. Exempelvis skulle myndigheten kunna tvingas betala deltagande leverantörer för immateriella rättigheter trots att de immateriella rättigheterna i praktiken blir onyttiga. Ett fortsatt förfarande skulle också leda till att den leverantör som lanserat varan, tjänsten eller byggtreprenaden överprövar upphandlingen och gör gällande att det saknas förutsättningar för att använda förfarandet.

³SOU 2014:51, s. 113.

Det kan i sammanhanget anmärkas att bedömningen av om det finns några varor, tjänster eller byggtreprenader på marknaden som kan tillfredsställa myndighetens behov visserligen ska göras vid tidpunkten för valet av förfarande och att den upphandlande myndigheten teoretiskt sett skulle kunna välja att fortsätta förfarandet. Mot bakgrund av ovanstående bedömer vi att det kommer att vara sällan förekommande. Eftersom de flesta innovationer föregås av mer eller mindre omfattande utvecklings- eller forskningsarbete är det, enligt vår bedömning, inte särskilt troligt att en vara, tjänst eller byggtreprenad som tillgodoser myndighetens behov lanseras under upphandlingen eller kommer till myndighetens kännedom först under upphandlingen och ändå inte har beaktats i marknadsundersökningen trots att myndigheten har gjort en omsorgsfull marknadsundersökning.

Även om marknadsundersökningen skulle anses bristfällig och myndigheten skulle kunna lastas för bristen så är det vår bedömning att myndigheten, av de skäl som redovisats ovan, har sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

3.2.2 Vad gäller om en vara, tjänst eller byggtreprenad görs tillgänglig på marknaden under innovationspartnerskapets genomförande respektive om den upphandlande myndigheten får kännedom om den först då?

Syftet med förfarandet är att genom forskning och utveckling ta fram en vara, tjänst eller byggtreprenad som inte finns tillgänglig på marknaden eller att det krävs en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process för att tillgodose behovet.

Det innebär att om en vara, tjänst eller byggtreprenad görs tillgänglig under kontraktstiden föreligger inte längre de grundläggande förutsättningarna för innovationspartnerskapet. På motsvarande sätt som gäller under upphandlingsfasen

bör den upphandlande myndigheten därför kunna avsluta kontraktet/kontrakten i förtid eftersom ju syftet med innovationspartnerskapet därmed inte heller längre föreligger.

För att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att avbryta kontraktet/kontrakten i förtid ska det finnas en sådan rätt enligt kontraktet/kontrakten. Det måste också framgå av de underinrättandet av förfarandet utannonserade upphandlingsdokumenten.

I vilken mån en upphandlande myndighet kan avbryta kontraktet i förtid utgör alltså främst en avtalsrättslig fråga.

Innovationspartnerskapet ska visserligen syfta till, förutom utveckling, en därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggtreprenad som myndigheten har behov av. Det förhållandet skulle i sig kunna tala för att myndigheten, sedan den väl har inlett ett förfarande, också rent upphandlingsrättsligt måste avsluta det genom att ingå ett kontrakt med en av deltagarna i förfarandet.

Som emellertid framgår av 6 kap. 39-41 §§ LOU respektive 6 kap. 32-34 §§ LUF är innovationspartnerskapet, också avsett att:

- (i) delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen,
- (ii) innehålla delmål som är angivna för parterna att uppfylla och reglerar ersättningen i lämpliga delbetalningar, och
- (iii) avspegla varaktigheten, värdet och graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden.

Rent upphandlingsrättsligt är det alltså möjligt att avbryta kontraktet/kontrakten under innovationspartnerskapets genomförande, exempelvis om en lösning finns på marknaden. Det talar också för att myndigheten har rätt att i kontraktet avtala

om att kontraktet får avbrytas i förtid exempelvis om den efterfrågade innovationen görs tillgänglig på marknaden under kontraktstiden men utanför innovationspartnerskapet. Det finns då ett sakligt skäl för att avbryta innovationspartnerskapet.

Mot den bakgrunden bör såväl upphandlingsdokumenten som kontraktet/kontrakten innehålla motsvarande villkor, vilka alltså skulle ge den upphandlande myndigheten en rätt att avsluta kontraktet/kontrakten i förtid om en vara, tjänst eller byggentreprenad görs tillgänglig på marknaden under kontraktstiden.

3.2.3 Vilka rättsmedel har potentiella leverantörer tillgång till vid de i avsnitt

3.2.1 – 3.2.2 beskrivna situationerna?

En potentiell leverantör kan under upphandlingsprocessen ansöka om överprövningen av förfarandet enligt reglerna om överprövning av en upphandling enligt LOU och LUF. En potentiell leverantör kan också begära skadestånd enligt reglerna i LOU och LUF. En möjlig grund för en ansökan om överprövning är att det saknas förutsättningar för myndigheten att använda förfarandet.

En upphandlande myndighet som väljer att fortsätta upphandlingen, trots att det lanserats eller kommit till myndighetens kännedom att det finns en vara, tjänst eller byggentreprenad som tillgodoser myndighetens behov, kan hävda att myndigheten inte har brutit mot upphandlingsreglerna eftersom det förelåg förutsättningar för förfarandet vid den tidpunkt då det annonserades. Myndigheten kan också, om leverantören deltagit i upphandlingen, invända att leverantören inte har lidit eller riskerat att lida någon skada.⁴

Som redovisats i avsnitt 3.2.1 får det emellertid antas ligga i den upphandlande myndighetens intresse att inte fortsätta upphandlingen om det finns en vara, tjänst eller byggentreprenad som

tillgodoser myndighetens behov. Då har nämligen skälet för att använda förfarandet förfallit.

Rent formellt har en leverantör rätt att överpröva ett beslut om att avbryta förfarandet. Eftersom det som utgångspunkt anses föreligga sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling om det lanserats eller kommit till myndighetens kännedom att det finns en vara, tjänst eller byggentreprenad som tillgodoser myndighetens behov, så ska emellertid en sådan ansökan om överprövning avslås efter prövning i sak.

Om en leverantör har framgång med en ansökan om överprövning kan leverantören också ha rätt till skadestånd om leverantören kan visa att denne lidit skada på grund av myndighetens brott mot upphandlingsreglerna i enlighet med de principer som fastslagits genom praxis.

Om en upphandlande myndighet avbryter kontraktet/kontrakten i förtid i enlighet med ett villkor som angetts i upphandlingsdokumenten och kontraktet finns det inte några upphandlingsrättsliga rättsmedel som leverantören kan tillämpa. Det är då fråga om tillämpning av ett kontraktsvillkor och därmed en avtalsrättslig, och inte en upphandlingsrättslig, fråga.

⁴ HFD 2013 ref. 53.

4. Krav på en separat forsknings- och utvecklingsverksamhet

I detta avsnitt redovisas förutsättningarna för att en leverantör ska få delta i ett innovationspartnerskap.

4.1.1 Forsknings- och utvecklingsverksamheten bör enligt regeringen bedrivas i nära anslutning till den löpande produktionen. Vad innebär "i anslutning"?

För att en leverantör ska få delta i ett innovationspartnerskap måste leverantören bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Av förarbetena framgår att kravet på separat forsknings- och utvecklingsverksamhet inte ska tolkas som ett krav på att leverantören ska bedriva både forsknings- och utvecklingsverksamhet. Av förarbetena framgår vidare att forsknings- och utvecklingsverksamhet inte endast får vara en del av den löpande produktionen men att den däremot får anses vara separat om den bedrivs i nära anslutning till denna produktion. Av förarbetena framgår också att det inte är ett krav att leverantören måste bedriva den separata forsknings- och utvecklingsverksamheten redan innan innovationspartnerskapet ingås.⁵

Enligt förarbetena följer det av förfarandets struktur att förfarandet riktar sig mot leverantörer som både kan bedriva ett långvarigt forsknings- och utvecklingsprojekt och kan producera den genom forsknings- och utvecklingsverksamheten

utvecklade produkten kommersiellt. Kraven för val av leverantörer ska särskilt avse exempelvis leverantörernas kapacitet på forsknings- och utvecklingsområdet och kapacitet att utveckla och implementera innovativa lösningar. Utgångspunkten bör därför vara att de leverantörer som har tillräcklig kapacitet för att vara aktuella för att ingå i ett innovationspartnerskap också uppfyller kravet på att bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.⁶

Innebörden av att leverantören ska bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet bör alltså inte tolkas för snävt. Många innovativa företag bedriver en omfattande forsknings- och utvecklingsverksamhet, men är organiserade på ett sätt som gör att forsknings- och utvecklingsverksamheten är integrerad och nära anknuten till produktion och försäljning. Vid en för snäv tolkning av begreppet riskerar förfarandet att vara konkurrensbegränsande och stänga ute de innovativa företag som inte har eller kan visa en tydlig skiljelinje mellan å ena sidan produktion och å andra sidan forsknings- och utvecklingsarbete. Särskilt för små och medelstora företag, som sannolikt i större utsträckning inte har en

⁵Prop. 2015/16:195 s. 505.

⁶SOU 2014:51 s. 113 f.

klart definierad forsknings- och utvecklingsverksamhet jämfört med stora företag, är det viktigt att reglerna inte tillämpas för snävt.

Vägledning för när en leverantör kan anses bedriva forsknings- och utvecklingsarbete kan hämtas från redovisningstekniska regler om kostnader för forskning och utveckling. Verksamheter som redovisningstekniskt kan redovisa kostnader för forskning och utveckling bör som utgångspunkt kunna anses bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Enligt Bokföringsnämndens rekommendation BFN R 1 om redovisning av forsknings- och utvecklingskostnader framgår att följande fem villkor ska vara uppfyllda för att utgifter som lagts ned på forsknings- och utvecklingsarbete ska kunna aktiveras:

- (i) forsknings- och utvecklingsarbetet och de utgifter som lagts ned på detta ska vara klart avgränsade,
- (ii) forsknings- och utvecklingsarbetet ska ha en bestämd tillämpning i sikte,
- (iii) den produkt eller den process som forsknings- och utvecklingsarbetet förväntas leda fram till ska vara avsedd för försäljning eller för direkt användning i den egna verksamheten,
- (iv) det ska vara sannolikt att en på förhand kalkylerad intäkt eller kostnadsbesparingar kommer att uppstå till följd av att den tänkta produkten eller processen marknadsförs. Ska den användas internt ska dess användbarhet för verksamheten kunna visas, och
- (v) det ska finnas resurser dels för att forsknings- och utvecklingsarbetet ska kunna slutföras, dels för att den tänkta produkten eller processen ska kunna marknadsförs, om den är avsedd för försäljning.

4.1.2 Vad finns det för möjligheter och praktiska implikationer för små och medelstora företag att delta i förfarandet?

Den omständigheten att deltagande företag måste bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet kan, som nämnts ovan, skapa svårigheter för små och medelstora företag, exempelvis start-ups och mindre innovationsföretag med få anställda där verksamheterna är integrerade med varandra. Det bör emellertid underlätta för små och medelstora företag att den separata forsknings- och utvecklingsverksamheten kan inrättas efter det att innovationspartnerskap ingås.

Små och medelstora företag bör ha större möjligheter att delta i förfarandet än i en upphandling av en färdig vara, tjänst eller byggtreprenad enligt något annat förfarande. I det senare fallet får ju leverantören ersättning för sitt arbete först när utvecklingen är klar och kontraktet avseende anskaffningen av varan, tjänsten eller byggtreprenaden sker. Ett innovationspartnerskap syftar i stället till att bland annat dela risker och kostnader genom att samtliga leverantörer som tilldelas kontrakt får ersättning för sitt utvecklingsarbete. Leverantörerna bör därför inte – i vart fall inte i lika stor utsträckning – ha nedlagda kostnader för forskning och utveckling, som inte ersätts vid tillämpningen av innovationspartnerskap som vid andra typer av upphandling.

Myndigheten kan begränsa risken för att små och medelstora företag missgynnas exempelvis genom det sätt myndigheten strukturerar ersättningen och fördelningen av risker på, se vidare p. 5.1.2 och p. 5.2.



5. Innovationspartnerskapets struktur

I detta avsnitt redovisas en analys av de juridiska implikationerna som innovationspartnerskapets struktur och etappindelning innebär.

5.1 VILKA KRAV KAN STÄLLAS PÅ DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN I FORM AV TRANSPARENS I UPPHANDLINGS-DOKUMENTEN?

Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten minst beskriva:

1. det behov av en vara, tjänst eller bygg-entreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud,
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter, och
4. om den upphandlande myndigheten ska ha möjlighet att under pågående innovationspartnerskap avsluta innovationspartnerskapet, och i så fall på vilka villkor.⁷

Förarbetena ger inte någon ledning i frågan om hur detaljerad och transparent beskrivningen bör vara. Myndigheten har emellertid en skyldighet att redan i upphandlingsdokumenten – med viss grad av precision – beskriva upphandlingsföremålet och vissa villkor som ska tillämpas under kontraktstiden. Informationen som myndigheten lämnar i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma

upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet. Upphandlingsdokumentens utformning blir därmed avgörande för en leverantörs bedömning av om denne ska ansöka om att delta i förfarandet för innovationspartnerskap.

Sammanfattningsvis ska upphandlingsdokumenten innehålla minst den information som framgår av p. 1–4 ovan och informationen ska vara så detaljerad och transparent att en leverantör kan avgöra om denne vill ansöka om att delta i förfarandet och därefter lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Under kontraktstiden har myndigheten att förhålla sig till reglerna i 17 kap. LOU respektive 16 kap. LUF om väsentliga ändringar av kontrakt, vilket innebär att myndigheten inte får genomföra några ändringar av villkoren i p. 1–4 ovan som strider mot reglerna om väsentliga ändringar. Enligt Genomförandeutredningen bör myndigheten under upphandlingen eller kontraktstiden inte genomföra alltför omfattande ändringar i de villkoren, just av det skälet att de villkoren är avgörande för vilka leverantörer som ansöker om att delta i förfarandet.⁸

⁷ 6 kap. 33 och 40 §§ LOU respektive 6 kap. 26 och 33 §§ LUF.

⁸ SOU 2014:51, s. 118.

5.1.1 Beskrivning av behov och minimikrav enligt 6 kap. 33 § 1-2 respektive 6 kap. 26 § 1-2

Beskrivningen av behovet och minimikraven bör inte vara för detaljerad eftersom syftet med förfarandet är att öppna upp för nya och innovativa lösningar. Myndigheten bör därför inte i det här skedet låsa fast sig vid ett stort antal minimikrav. Hur detaljerad behovsbeskrivningen och minimikraven behöver vara måste bedömas i varje enskilt fall. Myndigheten bör ta utgångspunkt i den beskrivning av behovet som myndigheten lämnade i den marknadsundersökning som myndigheten har genomfört inför påbörjandet av förfarandet, se avsnitt 3.1.1.

Det är enligt bestämmelsen i 6 kap. 33 § 2 LOU respektive 6 kap. 26 § 2 LUF anbudena som ska uppfylla minimikraven i beskrivningen och inte den slutgiltiga lösningen som tas fram under innovationspartnerskapet och som myndigheten slutligen anskaffar. Den slutliga lösningen ska i stället, enligt 6 kap. 31 § LOU respektive 6 kap. 24 § LUF, uppfylla de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande myndigheten och deltagarna i innovationspartnerskapet har kommit överens om. Alltför stora ändringar bör emellertid inte få göras av kraven på den slutgiltiga varan, tjänsten eller byggtreprenaden i relation till de minimikrav som myndigheten har ställt upp i upphandlingsdokumenten. De minimikraven ligger nämligen till grund för vilka leverantörer som väljer att ansöka om att delta i upphandlingen. Om de minimikraven i ett senare skede ändras väsentligt föreligger en risk för att en väsentlig ändring av kontraktet har skett, eftersom ändringen kan medföra att andra leverantörer hade ansökt om att få delta i upphandlingen eller att andra leverantörer hade tilldelats kontrakt. Parterna bör därför basera de överenskomna prestandanivåerna och maximala kostnaderna på minimikraven.

5.1.2 Immateriella rättigheter

Reglering av immateriella rättigheter ska, som framgår ovan, klargöras redan i upphandlingsdokumenten. Målet bör vara att skapa en fördelning av rättigheterna som medför ekonomiska incitament och vinning för både leverantören och myndigheten.

Av upphandlingsdokumenten bör framgå vilken eller vilka parter som kommer att äga immateriella rättigheter och vilka nyttjanderätter som kommer att finnas till lösningen. I och med att den upphandlande myndigheten kan välja att avsluta innovationspartnerskapet med en eller flera leverantörer är det viktigt att myndigheten säkerställer att de immateriella rättigheterna till det resultat som fram till avslutandet har skapats tillfaller myndigheten. Myndigheten bör också säkerställa att den har rätt att fritt nyttja och förändra resultatet, så att kvarvarande leverantörer och den upphandlande myndigheten kan använda resultatet i den fortsatta utvecklingen. Observera dock att myndigheten också är skyldig att följa regler om sekretess i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), se avsnitt 5.2.3.

Om leverantörens lösning på något sätt skulle göra intrång i någon annans immateriella rättigheter kan myndigheten, vid utnyttjandet av innovationen, komma att krävas på ersättning eller skadestånd från exempelvis en befintlig patentinnehavare. Kontraktet bör därför reglera vem som är ansvarig – myndigheten eller leverantören – vid skadeståndsanspråk från tredje man på grund av innovationens intrång i immateriella rättigheter.

5.1.3 Villkor för avslutande av kontrakt

En förutsättning för att en upphandlande myndighet under innovationspartnerskapets genomförande ska få avsluta innovationspartnerskapet eller enskilda kontrakt är att myndigheten har angett i upphandlingsdokumenten att så kan komma att ske och i så fall villkoren för

det, 6 kap. 40 § andra stycket LOU respektive 6 kap. 33 § LUF. Som nämnts ovan är villkoren för avslutande av kontrakt en faktor som kan avgöra om leverantörer vill delta i förfarandet eller inte. Villkoren bör därför i upphandlingsdokumenten vara så specificerade som möjligt. Det innebär emellertid inte att myndigheten behöver koppla villkoren för avslutande till specifika, framtida händelser. Exempelvis kan myndigheten i upphandlingsdokumenten ange att avslutande av kontrakt kan ske om en leverantör under innovationspartnerskapet inte lever upp till de avtalade delmålen, även om delmålen i sig vid den tidpunkten inte har konkretiserats, se vidare avsnitt 5.2.1.

5.2 HUR KAN EN UPPHANDLANDE MYNDIGHET PRAKTISKT FORMULERA ETAPPER OCH DELMÅL SÅ ATT DE BLIR TRANSPARENTA OCH LIKABEHANDLANDE?

5.2.1 Indelning i etapper och delmål

När myndigheten har tilldelat en eller flera leverantörer kontrakt ingås innovationspartnerskapet med de leverantörerna och utvecklingen av varan, tjänsten eller byggentreprenaden startar.

Innovationspartnerskapet ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Innovationspartnerskapet ska också slå fast delmål som parterna ska uppfylla och reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar. Innovationspartnerskapets struktur ska avspegla graden av innovation i den lösning som föreslås och den forsknings- och innovationsaktivitet som krävs för att utveckla en innovativ lösning.

Det saknas i övrigt regler för hur innovationspartnerskapet ska struktureras. Hur etappindelningen och delmålen ska formuleras får bestämmas från fall till fall, beroende på hur stegen i en forsknings- och innovationsprocess ser ut för det

specifika kontraktsföremålet. Etappindelningen och delmålen kan exempelvis fastställas i form av utvecklingsgrader, specifika funktioner eller acceptanskriterier som kopplas till överenskomna datum eller tidsperioder. En vanlig modell över stegen i en forsknings- och innovationsprocess ser ut som följer (Figur 2).⁹

De olika etapperna och delmålen bör i kontraktet formuleras på ett sätt som möjliggör de ändringar och justeringar av avtalade etapper och delmål som kan antas vara naturliga att genomföra under en forsknings- och utvecklingsprocess. Det framgår inte av upphandlingslagarna att etappindelningen eller delmålen ska anges i upphandlingsdokumenten. Formuleringen av etapperna och delmålen bör därför kunna tas fram tillsammans med leverantörerna och efter att innovationspartnerskapet har inletts. Minimikraven på den tekniska lösningen ska ju emellertid definieras redan i upphandlingsdokumenten och parterna måste ta hänsyn till dem vid utformningen av etapper och delmål i kontrakten. I annat fall föreligger en risk för att fastställandet av etapper och delmål utgör en väsentlig ändring av kontraktet, se avsnitt 5.1.1.

För att öka transparensen och samtidigt skapa en flexibilitet som gör att etapperna och delmålen kan ändras – med minskad risk för att ändringen anses utgöra en väsentlig ändring av kontraktet – bör principerna för hur etapper och delmål ska bestämmas och ändras anges redan i upphandlingsdokumenten. Beroende på hur utvecklingen fortskrider kan etapper och delmål, exempelvis tidsgränser, nämligen behöva ändras för att på ett ändamålsenligt sätt främja utvecklingsprocessen.

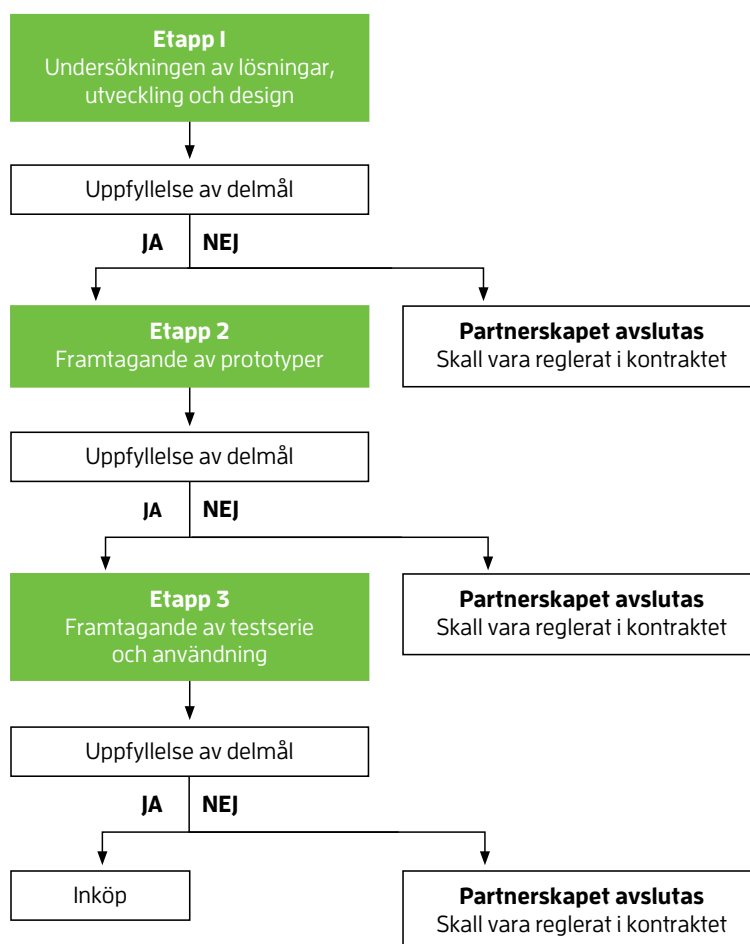
Indelningen i etapper och delmål måste enligt vår uppfattning formuleras på ett likabehandlande och transparent sätt så att samtliga leverantörer har förutsättningar att uppnå delmålen. Det kan ske exempelvis genom att delning av risker och

⁹ Se exempelvis kommissionens meddelande "Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa", KOM(2007) 799 slutlig och Konkurrens- och forbrugerstyrelsen, Vejledning om udbudsreglerne (januari 2016).

fördelar sker på en marknadsmässig nivå och att samtliga leverantörer ges skäligen tidsfrister för att uppfylla delmål. I annat fall skulle den upphandlande myndigheten genom formuleringen av etapper och delmål kunna styra vilken eller vilka leverantörer som får fortsätta i innovationspartnerskapet, genom att exempelvis ge oskäligt korta tidsfrister för vissa leverantörer.

Vår bedömning om att etapper och delmål ska formuleras på ett likabehandlande sätt ligger i linje med att den upphandlande myndigheten inte får använda innovationspartnerskap på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Inrättande av innovationspartnerskap med flera leverantörer kan i vissa fall bidra till att undvika sådana effekter.¹⁰

Figur 2. **Innovationspartnerskapets struktur**



¹⁰ Prop. 2015/16:195, s. 502.

5.2.2 Ersättning i lämpliga delbetalningar

Kontraktet ska reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar. Innovationspartnerskapet har ofta en långvarig karaktär och de leverantörer som deltar i innovationspartnerskapet kan ha höga omkostnader i samband med utvecklingsprocessen. Leverantörerna behöver därför – för att kunna utföra utvecklingsarbetet – erhålla ersättning under utvecklingsprocessens gång och i takt med att de arbetar upp kostnader. Uppdelning av betalningar i delbetalningar som korresponderar med upparbetade kostnader skyddar också den upphandlande myndigheten för det fall myndigheten beslutar att avsluta innovationspartnerskapet efter en viss etapp eftersom myndigheten därigenom inte behöver bekosta utveckling som aldrig genomförs.

Vad som utgör lämpliga delbetalningar får avgöras från fall till fall. Det är enligt vår uppfattning – både ur leverantörernas och ur den upphandlande myndighetens synvinkel – lämpligt att koppla delbetalningar till uppfyllandet av olika delmål.

5.2.3 Sekretess

Enligt artikel 31.6 tredje stycket i 2014 års klassiska direktiv och artikel 49.6 tredje stycket i 2014 års försörjningsdirektiv får den upphandlande myndigheten inte röja för övriga leverantörer i ett innovationspartnerskap, vilka lösningar en leverantör har föreslagit eller annan konfidentiell information som en leverantör har förmedlat inom ramen för innovationspartnerskapet, utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.

De lösningar och annan information som en leverantör i ett innovationspartnerskap lämnar till den upphandlande myndigheten blir som utgångspunkt en allmän handling hos en myndighet som

omfattas av reglerna om allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och kan begäras ut av en annan leverantör. Det gäller när den absoluta anbudssekretessen enligt offentlighets- och sekretesslagen inte längre gäller, det vill säga efter det att tilldelningsbeslut har meddelats eller upphandlingen på annat sätt har avbrutits.

Den svenska lagstiftaren har bedömt att befintliga bestämmelser i offentlighets- och sekretesslagen är tillräckliga för att tillgodose 2014 års upphandlingsdirektivs krav på sekretess.¹¹ Behovet av sekretess bedöms vara tillgodosett genom 31 kap. 16-17 §§ offentlighets- och sekretesslagen, enligt vilka uppgifter kan omfattas av sekretess om den enskilde – i det här fallet leverantören i ett innovationspartnerskap – kan lida skada om uppgiften röjs. Uppgifter om vilka lösningar som har föreslagits inom ramen för ett pågående innovationspartnerskap är regelmässigt sådana att det kan antas att den berörda deltagaren lider skada om uppgifterna lämnas ut till en annan deltagare. Det finns också en möjlighet enligt 10 kap. 1 § och 12 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen för deltagaren att lämna samtycke till att uppgifter lämnas ut till en konkurrerande deltagare. Ett sådant samtycke får vid tillämpningen av offentlighets- och sekretesslagen inte ges ett så generellt innehåll att deltagaren allmänt förklarar sig avstå från sekretessen hos en viss myndighet. Samtycket ska alltså röra utlämnande av specifika uppgifter.

Vidare ger lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter ett sådant skydd för konfidentiella uppgifter som direktiven kräver vid ett pågående innovationspartnerskap med flera partner. Lagen om skydd för företagshemligheter gäller dessutom alla upphandlande myndigheter oavsett om de också lyder under offentlighets- och sekretesslagen.

¹¹ Prop. 2015/16:195, s. 711 f.

Vid genomförandet av innovationspartnerskapet bör den upphandlande myndigheten vara uppmärksam på hanteringen av handlingar som rör innovationspartnerskapet och att myndigheten, vid förhandlingar med leverantörer, inte avslöjar andra leverantörers lösningar utan samtycke. Myndigheten bör tillse att personal som hanterar leverantörens lösningar och övriga handlingar inom ramen för innovationspartnerskapet är medvetna om vad sekretessbestämmelserna innebär och hur information ska hanteras.

5.3 VAD INNEBÄR DET ATT KONTRAKT AVSLUTAS MED LEVERANTÖRER?

Med utgångspunkt i delmålen har den upphandlande myndigheten rätt att efter varje etapp avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet är ingånget med flera leverantörer, avsluta enskilda kontrakt. Eftersom upphandlingsförfarandet är avslutat förutsätter den rätten emellertid att kontraktet med leverantören i fråga föreskriver att myndigheten får avsluta kontraktet under vissa förutsättningar. Villkoren för avslutande ska också anges redan i upphandlingsdokumenten, se avsnitt 5.1.

Bestämmelsen i 6 kap. 40 § LOU och 6 kap. 33 § LUF anger att avslutandet av kontrakt ska ske med utgångspunkt i de uppsatta delmålen. Innebörden av det bör vara att kontrakt kan avslutas med leverantörer som inte uppfyller delmålen, under förutsättning att en sådan rätt framgår av kontraktet. Frågan är om myndigheten – om leverantören inte uppfyller delmålen – har en skyldighet att avsluta det aktuella kontraktet. En jämförelse kan göras med att likabehandlingsprincipen under upphandlingsfasen förutsätter att anbud som inte uppfyller obligatoriska krav ska förkastas. I det här skedet är emellertid upphandlingsprocessen avslutad och i stället för upphandlingsrättsliga förfaranderegler gäller

allmänna avtalsrättsliga regler och upphandlingsrättsliga regler om fullgörande av kontrakt. Avgörande för frågan om myndigheten har en skyldighet att avsluta kontrakt är därför hur villkoren i kontraktet är formulerade och om villkoren i kontraktet skapar en sådan skyldighet.

Eftersom det inte föreligger någon uttrycklig skyldighet för myndigheten att avsluta innovationspartnerskapet när leverantören inte uppfyller delmål kan det potentiellt möjliggöra ett kringgående av upphandlingsreglerna och att innovationspartnerskapet används på ett konkurrensbegränsande sätt. Myndigheten kan tilldela samtliga anbudsgivare innovationspartnerskap och därefter godtyckligt avsluta innovationspartnerskapen med vissa leverantörer och fortskrida med andra leverantörer, oavsett om de uppfyller delmålen eller inte. Det bör därför enligt vår uppfattning finnas en viss skyldighet för myndigheten att upprätthålla likabehandlingsprincipen även under kontraktperioden, genom att tillämpa avslutandevillkoren lika för samtliga leverantörer. Om myndigheten inte gör det riskerar den att en leverantör – vars kontrakt har avslutats – ansöker om överprövning av de övriga innovationspartnerskapskontraktens giltighet på grund av en väsentlig ändring, se vidare avsnitt 5.4.2.

En viktig fråga under innovationspartnerskapet – om myndigheten använder sig av möjligheten att avsluta kontrakt under innovationspartnerskapets genomförande – kommer givetvis att vara om leverantören har uppfyllt ett visst delmål eller inte, eftersom en bristande uppfyllnad kan ligga till grund för avslutande av ett kontrakt. Eftersom parterna befinner sig i kontraktfasen – och inte i upphandlingsfasen – innebär det ett kontraktsbrott om myndigheten avslutar kontraktet utan grund i kontraktsvillkoren. Det innebär i sin tur en risk för tvist med leverantören och skadeståndsansvar för myndigheten. Det är därför viktigt att

kontraktet är särskilt tydligt utformat i de delar som rör delmålen, hur de ska uppfyllas och hur myndigheten gör bedömningen av om delmålen är uppfyllda.

5.4 VILKA RÄTTSMEDEL HAR LEVERANTÖRER TILLGÅNG TILL VID AVSLUTANDE AV KONTRAKT?

5.4.1 Överprövning av upphandling

När den upphandlande myndigheten avslutar ett kontrakt under innovationspartnerskapets gång har leverantören vars kontrakt avslutas inte möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen, eftersom det potentiella felet inte är relaterat till själva upphandlingsprocessen. Avtalssparren – under vilken en leverantör kan ansöka om överprövning – har ju vid denna tidpunkt löpt ut.

5.4.2 Överprövning av avtals giltighet

Om en upphandlande myndighet har ingått innovationspartnerskap med flera leverantörer kan en leverantör – vars kontrakt myndigheten avslutar – möjligtvis ansöka om överprövning av giltigheten av övriga kontrakt. Grunden för en sådan talan skulle i så fall vara att inte heller de övriga leverantörerna uppfyller delmålen och att det därför innebär en väsentlig ändring av kontrakten att fortskrida till nästa etapp. De väsentligt ändrade kontrakten utgör därmed otillåtna direktupphandlingar och ska ogiltigförklaras.

Det finns emellertid en rad svårigheter för leverantören att överkomma i en sådan process. För det första måste leverantören visa att villkoren i kontrakten om avslutande av kontrakt är utformade på ett sätt som gör att myndigheten har en skyldighet att avsluta kontrakt med leverantörer som inte uppfyller delmålen. Utgångspunkten är

att myndigheten har en rätt – och inte en skyldighet – att avsluta kontrakt, se avsnitt 5.3. För det andra måste leverantören visa att övriga leverantörer faktiskt inte har uppfyllt delmålen och att en väsentlig ändring av kontrakten därmed har skett. Även om leverantören lyckas visa de omständigheterna kommer en framgång i processen inte att resultera i att leverantören återfår kontraktet med myndigheten, utan endast att övriga kontrakt också avslutas.

5.4.3 Skadestånd

Leverantören kan kräva den upphandlande myndigheten på skadestånd på grund av ett – påstått – felaktigt avslutat kontrakt.

Först och främst gäller givetvis vanliga avtals- och skadeståndsrättsliga regler, som ålägger myndigheten ett ersättningsansvar om myndigheten begår kontraktsbrott genom att avsluta kontraktet utan stöd i kontraktsvillkoren.

Situationen kan emellertid uppstå att det inte föreligger något kontraktsbrott enligt kontraktet, men att leverantören ändå anser sig lida skada av myndighetens agerande. Så kan vara fallet om myndigheten avslutar kontraktet med en leverantör – och avslutandet i sig inte innebär något kontraktsbrott – men låter kontrakten med andra leverantörer fortskrida, trots att inte heller de andra leverantörerna uppfyller delmålen. Ett sådant agerande skulle kunna stå i strid mot upphandlingsrättsliga principer om likabehandling och transparens eller utgöra väsentliga ändringar av kontrakten, se avsnitt 5.3 och 5.4.2.

I den situationen kan regler om skadestånd på grund av upphandlingsrättsligt fel i 20 kap. 20-21 §§ LOU respektive LUF vara tillämpliga. En upphandlande myndighet ska enligt de reglerna ersätta skada som har uppkommit för en leverantör på grund av att myndigheten inte har

följt upphandlingsreglerna. I det här fallet skulle upphandlingsfelet bestå i att myndigheten har genomfört väsentliga ändringar i kontrakten med de övriga leverantörerna och därmed genomfört otillåtna direktupphandlingar. Leverantören måste i ett sådant fall kunna visa att denna har lidit skada på grund av myndighetens agerande, exempelvis att denne på grund av de otillåtna direktupphandlingarna har gått miste om möjligheten att erhålla kontrakt och därmed också intäkter.

Enligt reglerna om upphandlingsrättsligt skadestånd gäller en preskriptionsfrist om ett år från det att kontraktet ingicks. Den ovan nämnda situationen kan uppstå mer än ett år efter det att kontrakten har ingåtts och vid en strikt tillämpning av preskriptionsregeln i LOU och LUF finns det därför risk för att leverantören går miste om möjligheten att kräva skadestånd på grund av upphandlingsrättsligt fel. Det kan inte vara syftet med preskriptionsregeln i upphandlingsreglerna, som alltså utgår från att upphandlingsfelet begicks vid kontraktstecknandet. Det är emellertid inte alltid fallet. En ändamålsenlig tolkning av bestämmelsen är därför att den ettåriga preskriptionsfristen alternativt kan börja löpa från den tidpunkt då upphandlingsfelet faktiskt begicks och inte från själva kontraktstecknandet. I det fall ett kontrakt väsentligen ändras så anses det utgöra en otillåten direktupphandling och därmed anses det också föreligga ett nytt avtal. Preskriptionsfristen om ett år börjar då löpa från det att den väsentliga ändringen genomfördes och inte från den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks. Detsamma gäller om avrop sker från ett ramavtal och avropet i sig innehåller en väsentlig ändring av ramavtalsvillkoren. Då börjar den ettåriga preskriptionsfristen, enligt nuvarande praxis,¹² att löpa från tidpunkten för avropet.

Vid andra typer av upphandlingsfel, som inte kan kopplas till kontraktstecknandet eller en väsentlig ändring, bör enligt vår uppfattning i stället andra preskriptionsregler gälla. En sådan uppfattning har stöd bland annat i att leverantörer enligt rättspraxis kan erhålla upphandlingsrättsligt skadestånd även om ett kontrakt inte ens har tecknats.¹³ Vilka preskriptionsregler som i så fall ska tillämpas är upp till rättstillämpningen att bestämma. Ett tänkbart alternativ är att ordinarie preskriptionsregler enligt preskriptionslagen (1981:130) ska tillämpas. Ett annat alternativ är att ettårsfristen i stället ska räknas från den tidpunkt när myndigheten begick upphandlingsfelet, exempelvis från tidpunkten för avslutandet av ett kontrakt.



¹² Hovrätten för Västra Sverige, mål T 3349-15.

¹³ Högsta domstolen, mål T 6224-14.

