

Innovationspartnerskap - en innovation inom offentlig upphandling

Av: **Olof Larsberger och Björn Bergström** i samarbete med Karnov Group

1 INLEDNING

Att vi har nya upphandlingslagar i Sverige har knappast undgått någon i upphandlingskretsar. Efter en drygt nio månaders försening trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("Nya LOU") och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("Nya LUF") ikraft den 1 januari i år.¹ En av de uttalade ambitionerna med de bakomliggande direktiven² har varit att främja innovation inom offentlig upphandling. Denna ambition har resulterat i ett helt nytt förfarande som återfinns i såväl Nya LOU som Nya LUF - förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Syftet med detta nya förfarande är att möjliggöra upphandling av någonting som inte finns. Vid första anblick föranleder detta måhända ett och annan höjt ögonbryn. Hur köper man någonting som inte existerar? Häri ligger dock själva innovationstanken. Intentionen är att den upphandlande myndigheten ska agera proaktivt på marknaden och tillsammans med en eller flera leverantörer utveckla och därefter anskaffa sådana ännu icke-existerande varor, tjänster eller byggentreprenader. En av de bärande tankarna från EU är att på detta sätt stimulera innovationer för att därigenom öka främst europeiska företags konkurrenskraft samtidigt som det offentliga får bättre lösningar på sina behov.

Inrättande av ett innovationspartnerskap kan – grovt sett – indelas i två faser: (i) Själva förfarandet och (ii) genomförandet av partnerskapet. I denna krönika ska vi titta lite närmare på dessa bägge faser. Därefter följer några avslutande kommentarer.

2 FÖRFARANDET

2.1 När får det användas?

De legala förutsättningarna att använda sig av ett förfarande för inrättande av ett innovationspartnerskap sammanfaller med syftet med detsamma. Förfarandet får användas för att anskaffa en vara, en tjänst eller byggentreprenad som den upphandlande myndigheten/enheten bedömer inte kan tillgodoses genom existerande lösningar

1: Samma dag – och lika försenad – trädde även nya lagen (2016:1147) om koncessioner ikraft.

2 EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ("LOU-direktivet") och EUROPA-PARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG ("LUF-direktivet").

på marknaden. Partnerskapet ska syfta till utveckling och efterföljande anskaffning av sådana varor, tjänster eller byggtreprenader.³

Utmärkande för denna typ av upphandling är att det omfattar såväl utvecklingen och framtagandet av den innovativa lösningen som efterföljande köp av den färdigutvecklade produkten, förutsatt att den kan levereras till överenskomna kapacitetsnivåer och kostnader.⁴ Behovet ska således vara knutet till den ännu icke-existerande varan, tjänsten eller byggtreprenaden – dvs själva innovationen – och inte utvecklingsarbetet i sig. Innovationsarbetet är således enbart redskapet för att tillfredsställa detta behov.

Hur ska en upphandlande myndighet/enhet kunna avgöra om ett visst behov inte kan tillgodoses av befintliga lösningar på marknaden? Med andra ord: Vad avses med en "innovation". I de bakomliggande direktiven återfinns en definition av detta begrepp.⁵ Av definitionen framgår att en innovation innebär ett genomförande av en ny eller "väsentligt" förbättrad vara, tjänst eller process. Den svenska lagstiftaren har dock valt att inte inkludera denna definition i Nya LOU och Nya LUF. Skälet till detta är att den inte ansetts bidra till någon "egentligt klagörande" av begreppet "innovation". Oaktat detta kommer framtida praxis från EU-domstolen – inklusive hur kravet på "väsentlig" ska uppfattas – självklart vara styrande vid tillämpningen av de svenska lagarna.

Ges då någon vägledning av den svenska lagstiftaren? Inte mycket. I förarbeten anges att den upphandlande myndigheten/enheten kan behöva göra en marknadsundersökning och att frågan om "vilken grad av innovation" som krävs för att förutsättningarna ska vara uppfyllda i slutänden får "bestämmas av rättstillämpningen".⁶ Detta relativa vakuum på information är naturligtvis olyckligt. För att upphandlande myndigheter/enheter ska våga använda sig av detta förfarande är det självfallet av stor betydelse att veta när förfarandet faktiskt får användas. I annan ordning medför en klar risk för att viljan att använda sig av innovationspartnerskap, trots att det egentligen är motiverat, hämmas. I sammanhanget ska noteras att det saknas regler om s.k. preklusion i den svenska upphandlingslagstiftningen och att valet av förfarande – i detta fall innovationspartnerskap – ifrågasätts inom ramen för en ansökan om överprövning även efter kontraktstilldelning.

Ovanstående innebär att den som vill använda innovationspartnerskap bör lägga ner ett gediget arbete på att undersöka marknaden och kanske till och med testa det konkreta behov man har i förhållande till marknaden genom en s.k. RFI (Request for Information), där man ber marknaden presentera vilka (befintliga) lösningar man har

3: 6 kap. 31 §, 1 stycket Nya LOU/6 kap. 24 §, 1 stycket Nya LUF.

4: 6 kap. 31 §, 2 stycket Nya LOU/ 6 kap., 31 §, 2 stycket Nya LUF. Jfr. prop. 2015/16:195, sidan 5.

5: Artikel 2.1.22 i LOU-direktivet respektive artikel 2.18 i LUF-direktivet.

6: Prop. 2015/16:195, sidan 1005.

för att uppfylla behovet. Avslutningsvis ska dock noteras att såsom regeln är utformat är det den upphandlande myndighetens/enhetens bedömning om dess behov som är styrande.

2.2 Struktur

Strukturmässigt är förfarandet för inrättande av ett innovationspartnerskap en nära släkting till förhandlat förfarande med föregående annonsering. Förfarandet inleds med en anbudsinfordran, följt av urval och inbjudan att få delta i förfarandet, förhandlingar, anbudsutvärderingar och, till sist, kontraktstilldelning. Den upphandlande myndigheten/enheten ska i upphandlingsdokumenten bl.a. fastställa minimikrav och vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.⁷ Gällande frågan om immateriella rättigheter bör den som genomför upphandlingen säkerställa att kompetens kring detta finns med i arbetet, samt att man lägger sig vinn om att förstå hur marknaden resonerar kring frågor om de rättigheter som kan aktualiseras. Risken är annars stor att man skapar inlåsnings effekter och därmed sämre förutsättningar för såväl innovation som konkurrens.

Förhandlingsfasen motsvarar ett förhandlat förfarande. Förhandlingar får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. Däremot får förhandlingar delas upp i successiva steg då den upphandlande myndigheten/enheten, utifrån tilldelningskriterierna, väljer ut de bud som myndigheten/enheten ska fortsätta att förhandla om.⁸

Den enda grunden för kontraktstilldelning är förhållandet mellan pris och kvalitet.⁹ Partnerskapet kan – beroende på förutsättningarna i den enskilda upphandlingen – ingås med en eller flera leverantörer. I och med att kontrakt om partnerskap ingås så avslutas själva förfarandet och genomförande av partnerskapet tar vid (se vidare avsnitt 3).¹⁰

Några särdrag för förfarande för inrättande av innovationspartnerskap är följande:

- Vid urvalet ska den upphandlande myndigheten särskilt tillämpa krav som avser leverantörens kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.¹¹ Andra kriterier kan beaktas men i förarbetena understryks att det av direktiven följer att dessa kriterier särskilt ska beaktas.¹²

7: 6 kap. 33 § Nya LOU/ 6 kap. 26 Nya LUF.

8: 6 kap. 34 och 36 §§ Nya LOU/6 kap. 27 och 29 §§ Nya LUF.

9: 6 kap. 37 § Nya LOU/6 kap. 31 § Nya LUF.

10: Prop. 2015/16:195, sidan 506.

11: 6 kap. 32 § Nya LOU/6 kap 25 § Nya LUF.

12: Prop. 2015/16:195, sidan 504.

- I upphandlingsdokumenten ska den upphandlande myndigheten/ enheten ange det behov av en vara, tjänst eller byggtreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden.¹³ Den upphandlande myndigheten ska således i upphandlingsdokumenten kunna motivera varför förfarandet används.
- Ett innovationspartnerskap får enbart inrättas med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklings-verksamhet.¹⁴

Det sistnämnda - kravet på "separat forsknings- och utvecklingsverksamhet", vilket i praktiken synes fungera som ett kvalificeringskrav – kritiserades av flera remissinstanser. Det ifrågasattes bl.a. om detta krav verkligen följer av direktiven. Enligt regeringens bedömning är svaret på den frågan dock ja. Däremot kan det – enligt regeringen – ifrågasättas vad som egentligen menas med "separat" forsknings- och utvecklingsverksamhet. I förarbetena anges att denna verksamhet "rimligtvis" inte kan vara en del av den löpande produktionen men att forsknings- och utvecklingsverksamhet som bedrivs i "nära anslutning" till denna produktion inte bör medföra diskvalificering. Regeringen gjorde även bedömningen att separat forsknings- och utvecklingsverksamhet inte måste bedrivas innan partnerskapet ingås.¹⁵ Kravet bör även ställas i relation till ett av de grundläggande syftena med de nya upphandlingsdirektiven, nämligen att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar. Med ett sådant syfte får reglerna om separat forsknings- och utvecklingsverksamhet närmast förstås som att man måste bedriva en faktisk sådan, och att den inte ska vara en del av den löpande leveransen, men att kraven på organisation eller storlek är sekundära.

Det bör i detta sammanhang återigen nämnas det faktum att det är den upphandlande myndighetens behov som är centralt och att det innovativa inslaget medför att formen blir sekundär så länge som behovet uppfylls. Detta är så att säga en slags inneboende egenskap så snart en innovation eller innovativ lösning är inblandad. Inget tyder på att lagstiftaren skulle ha försökt att motarbeta en sådan syn.

3 GENOMFÖRANDET

När väl kontrakt tilldelats och partnerskapet ingåtts är förfarandefasen över. Genomförandefasen tar vid. Partnerskapet ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får inkludera tillverkning av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggtreprenaderna.¹⁶

Partnerskapet ska fastslå delmål som parterna ska uppfylla och reglera ersättningen

13: 6 kap. 33 § Nya LOU/6 kap. 26 § Nya LUF.

14: 6 kap 37 § Nya LOU/6 kap. 30 § Nya LUF.

15: Prop. 2015/16:195, sidan 505.

16: 6 kap. 38 § Nya LOU/ 6 kap. 32 Nya LUF.

i lämpliga delbetalningar. Med utgångspunkt i de olika delmålen ska den upphandlande myndigheten/enheten efter varje etapp avsluta partnerskapet eller – om partnerskapet omfattar flera leverantörer – minska antalet leverantörer. Detta förutsätter dock att denna möjlighet – och villkoren kring detta – angivits i upphandlingsdokumenten.¹⁷

Innovationspartnerskapets struktur ska vara proportionerligt mot graden av innovation och de insatser som krävs för att utveckla den efterfrågade lösningen. Även värdet av det som efterfrågas måste vara proportionerligt mot de investeringar som krävs för att ta fram dem.¹⁸

4 AVSLUTANDE KOMMENTARER

En fråga att ställa sig är vilket tomrum som förfarande för inrättande av ett innovationspartnerskap kan tänkas fylla. Som också konstateras i förarbetena till de nya lagarna är upphandling av innovativa lösningar i sig ingen nyhet. De förfaranden som tidigare stått till bud för sådan typ av upphandling har närmast varit förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog.¹⁹ Syftet med att införa ett nytt förfarande, öronmärkt för innovationer, är att främja just innovationer.

Kommer förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap bli en framgångs saga? Kommer vi att få se mer innovation i offentlig upphandling? Som jurister det lätt att fokusera på de rent legala utmaningarna. De är, enligt vår uppfattning, flera. En grundläggande fråga är när förfarandet faktiskt får användas. Hur ska den upphandlande myndigheten/enheten förvissa sig om att dess behov inte redan finns tillgodosett på marknaden. Som vi sett ger förarbetena föga vägledning. I direktiven understryks att innovationspartnerskap inte ska användas på ett sådant sätt att konkurrens förhindras, begränsas eller snedvrids.²⁰ Detta i kombination med kravet på "väsentligt" i direktiven manar till viss försiktighet. Innovationspartnerskap ska inte användas för behov som faktiskt redan kan tillgodoses på marknaden. En annan legal utmaning är vad kravet på "separat" forsknings- och utvecklingsverksamhet i praktiken kommer att innebära. Även avsaknaden av regler om preklusion ökar risken för flera av frågorna ovan.

Så eventuella juridiska komplikationer till trots: Kommer det nya förfarandet leda till mer innovation? Frågan är måhända felställd. Enligt vår uppfattning är det knappast något egenvärde att offentliga medel används att upphandla varor, tjänster eller byggtreprenader som ännu inte finns på marknaden. Återigen: Det är behovet av den ännu icke-existerande varan, tjänsten eller byggtreprenaden som måste vara styrande.

17: 6 kap. 40 § Nya LOU/6 kap. 33 § Nya LUF.

18: 6 kap. 41 § Nya LOU/6 kap. 34 § Nya LUF.

19: Prop. 2015/16:195, sidan 502.

20: Skäl 49 i LOU-direktivet och skäl 59 i LUF-direktivet.

Det är positivt att upphandlande myndigheter/enheter ges möjlighet att, när väl behovet uppstår, gå i bräsch för utveckling och utifrån sina kunskaper och erfarenheter kunna påverka utbudet på marknaden på sätt som passar den offentliga verksamheten bäst.

Framgången kan således knappast räknas i antalet gånger förfarandet kommer att användas. Om det blir 1 på 100, 500 eller 1 000 av det totala antalet upphandlingar är egentligen ganska ointressant. Poängen är att förfarandet finns att tillgå när väl behovet uppstår. Ur detta perspektiv är innovationspartnerskap en välkommen nyhet inom offentlig upphandling. Låt oss nu hoppas på att de upphandlande myndigheter som hittar relevanta behov där just innovationspartnerskap verkligen leder till ökad nytta, delar med sig av dessa exempel. Och kanske att Upphandlingsmyndigheten bidrar till att sprida dessa exempel, tillsammans med de exempel där innovationspartnerskapen var mindre lyckat som upphandlingsförfarande betraktat.

Olof Larsberger

Advokat, Kastell advokatbyrå

Björn Bergström

*Jur.kand. Senior Associate,
Ramberg Advokatbyrå*

Olof har arbetat med offentlig upphandling i drygt 11 års tid. Före Kastell var Olof verksam på bl.a. Linklaters Advokatbyrå och Hannes Snellman Attorneys.

Björn har arbetat med offentlig upphandling sedan 2001 som upphandlingschef och som affärsjurist på bl.a. Försäkringskassan, Länsstyrelsen i Stockholm, Riksbanken och har senast, innan han började på Ramberg, varit chef för Upphandlingsstödsenheten hos Konkurrensverket.