



Regeringskansliet  
Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

e-post: [registrator@enterprise.ministry.se](mailto:registrator@enterprise.ministry.se)

## Betänkandet Innovationsupphandling SOU 2010:56 (N2010/6152/FIN)

### Sammanfattning:

- Kammarkollegiet delar utredningens bedömning att det är angeläget att tillämpningen av innovationsvänlig upphandling och innovationsupphandling ökar.
- Kammarkollegiet delar utredningens bedömning att det inom ramen för gällande regelverk är möjligt att genomföra innovationsvänliga upphandlingar.
- För det fall lagstiftning inte krävs enligt EU-rätten anser Kammarkollegiet att det inte bör införas en lag om förkommersiell upphandling, i vart fall inte i dess nuvarande utformning. Om lagstiftning krävs är det Kammarkollegiets uppfattning att lagstiftningen bör begränsas till att uppfylla Sveriges förpliktelser enligt EU-rätten.
- Kammarkollegiet ser positivt på förslaget att det i LOU, LUF och LOV anges att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta innovationshänsyn i sina upphandlingar.
- Kammarkollegiet ser positivt på förslaget att det införs möjlighet att tillämpa dynamiska inköpssystem.
- Kammarkollegiet delar utredningens bedömning att såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer behöver stöd för att genomföra respektive delta i innovationsvänliga upphandlingar och i innovationsupphandlingar.
- Kammarkollegiet ser positivt på förslaget om inrättande av en tidsbegränsad delegation inom hälso- och sjukvårdsområdet.



### **Innovationsvänlig upphandling inom gällande regelverk (Kapitel 3)**

Kammarkollegiet delar utredningens bedömning att offentlig upphandling bör bli innovationsvänlig där så är möjligt.

Kammarkollegiet delar vidare utredningens bedömning att det inom ramen för gällande regelverk är möjligt att genomföra innovationsvänliga upphandlingar. Att t.ex. genomföra en funktionsupphandling, en upphandling genom konkurrenspräglad dialog eller förhandlad upphandling kan vara innovationsfrämjande, liksom det förhållandet att man tillåter alternativa anbud.

### **Lag om förkommersiell upphandling m.m. (Kapitel 5)**

#### *Sammanfattning*

Kammarkollegiet uppfattar det som oklart om EU-rätten kräver lagstiftning på det aktuella området. Frågan bör enligt Kammarkollegiet klargöras. Om EU-rätten kräver lagstiftning bör normgivningen begränsas till tvingande regler för att uppfylla Sveriges förpliktelser enligt EU-rätten. För det fall lagstiftning inte krävs enligt EU-rätten anser Kammarkollegiet att det inte bör införas en lag om förkommersiell upphandling, i vart fall inte i dess nuvarande utformning.

Det är vidare Kammarkollegiets uppfattning att det är av stor betydelse att upphandlande myndigheter och enheter får stöd att genomföra förkommersiella upphandlingar. Den metod som beskrivs i den föreslagna lagen kan ses som en möjlig metod men inte den enda möjliga. Kollegiet förordar därför att metoder för förkommersiella upphandlingar inte låses i lag utan utvecklas och presenteras i form av upphandlingsstöd. Alternativa metoder kan bidra till att fler myndigheter och enheter väljer att genomföra förkommersiella upphandlingar, särskilt om det kombineras med stöd (såväl ekonomiskt som kunskapsmässigt) av Vinnova och andra myndigheter för upphandlingsstöd.

#### **Överväganden och förslag, lagens tillämpningsområde (5.1.6 – 5.1.7)**

Genom den föreslagna lagen införs en reglering på ett område som idag är undantaget från lagen om offentlig upphandling (LOU:s) och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster (LUF:s) tillämpningsområde.

I utredningen anges att lag om förkommersiell upphandling är avsedd att fungera som ett frivilligt verktyg för de upphandlande myndigheter och enheter som vill upphandla forsknings- och utvecklingstjänster. Vidare anges att särskild lagreglering krävs för förkommersiell upphandling för att säkerställa leverantörernas rättigheter och att de grundläggande principerna i EU-rätten iakttas.



Om lag om förkommersiell upphandling skulle vara frivillig att tillämpa, dvs. om upphandlande myndigheter och enheter kan välja att varken tillämpa den föreslagna lagen eller LOU/LUF, är det enligt Kammarkollegiets uppfattning oklart hur lagens bestämmelser om rättsmedel (överprövning) förhåller sig till frivilligheten.

Om lagen införs bör det därmed enligt Kammarkollegiets uppfattning klargöras att den föreslagna lagen inte är frivillig att använda.

Det bör dock enligt Kammarkollegiets uppfattning övervägas ytterligare om den föreslagna lagen gynnar innovationsupphandling. Att den föreslagna lagen är tvingande, dvs. att en upphandlande myndighet eller enhet som vill åberopa undantaget i 1 kap. 6 § p 6 LOU eller motsvarande bestämmelse i LUF, har att tillämpa den föreslagna lagen, innebär att flexibiliteten minskar.

Genom den föreslagna lagen införs ett tillvägagångssätt, ett förfarande, som det inte får avvika ifrån. Exempelvis är förfarandet begränsat till maximalt tre faser, förfarandet synes inte kunna tillämpas om enbart en leverantör ansöker om deltagande etc. Det tillvägagångssätt och den metod som beskrivs i den föreslagna lagen kan enligt Kammarkollegiets uppfattning vara till stöd för upphandlande myndigheter och enheter, men skulle med fördel kunna anges i en rekommendation (vägledning, policydokument etc.) och inte i lag. T.ex. kan Vinnova i sitt arbete och vid sitt stöd till upphandlande myndigheter och enheter arbeta enligt metoden, men med större flexibilitet.

För det fall EU-rätten kräver en lagreglering bör lagstiftningen enligt Kammarkollegiets uppfattning begränsas till ett minimum. Skyldighet att annonsera upphandlingen, följa de grundläggande EU-rättsliga principerna och tillgången till rättsmedel kan eventuellt behöva regleras i lag.

Enligt vad Kammarkollegiet erfar är en av orsakerna till att förkommersiell upphandling inte används i någon större utsträckning att det uppfattas som oklart när undantaget i 1 kap. 6 § p 6 LOU och motsvarande bestämmelse i LUF är tillämpligt. Det skulle därför vara önskvärt med ytterligare klargöranden när undantaget är tillämpligt.

Av 4 kap. 7 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt. Förutsättningen är att det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål och att kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forskning- och utvecklingskostnader. Vidare gäller att förfarandet inte får försämrå möjligheterna till konkurrens vid en senare kontraktsinndelning som i första hand har ett sådant syfte. Det skulle vara önskvärt med ett klargörande av gränsdragningen mellan denna bestämmelse och den föreslagna lagen.



***Kammarkollegiet lämnar följande synpunkter på den föreslagna lagen i sak.***

**Annonsering (5.1.10)**

Kammarkollegiet ser positivt på att förkommersiella upphandlingar annonseras. Kammarkollegiet anser dock att det inte bör ske i en separat annonsdatabas utan föreslår istället att förkommersiella upphandlingar annonseras på samma sätt som övriga icke direktivstyrda upphandlingar. Dessa annonseras idag normalt i databaser som tillhandahålls av ett antal aktörer på den privata marknaden. För att göra det lättare att söka i dessa databaser kan aktörerna uppmanas att sortera de förkommersiella upphandlingarna under en separat rubrik på samma sätt som de idag gör för LOV-upphandlingar (upphandlingar enligt lag för valfrihetssystem).

Om annonsering av förkommersiella upphandlingar endast sker i en separat databas finns det en risk för att det bara är vissa initierade företag som kommer att kunna ta del av dem. De företag som är intresserade av att delta i förkommersiella upphandlingar är sannolikt också intresserade av andra offentliga upphandlingar och det är inte optimalt att tillföra ytterligare en databas för dem att bevaka.

**Underrättelse (5.1.15)**

Det bör klargöras om ett beslut att avbryta förfarandet som sådant (enligt 20 § 2 st) kan överprövas.

**Tilldelning av kontrakt och hävande av avtal (5.1.16)**

Minst två leverantörer

Enligt den föreslagna lagen ska minst två leverantörer antas. Kammarkollegiet menar att det inte finns skäl att föreskriva att förfarandet per automatik ska avbrytas om det efter annonsering enbart kommit in en ansökan.

Tilldelningsgrund

Enligt LOU/LUF finns två grunder för tilldelning av kontrakt, det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Enligt den föreslagna lagen synes endast en tilldelningsgrund finnas, nämligen att kontrakt ska tecknas med de leverantörer som på det mest trovärdiga sättet kunnat ge vid handen att de har förutsättningar att utveckla den produktidé som svarar mot den upphandlande myndighetens eller enhetens forskningsbehov.



I den föreslagna lagen (12 §) anges dock att *grunderna* för tilldelning av kontrakt ska anges. Vidare anges i författningskommentaren att det ska framgå vilka *kriterier* som kommer att utvärderas.

Om tilldelningskriterier, bedömningsgrunder för urval, utöver ”mest trovärdiga sättet [...]” ska anges bör det klargöras.

### **Överprövning (5.1.17)**

#### Rättsmedel

I LOU/LUF har nyligen införts bestämmelser om avtalsspärr, ogiltighet av avtal och upphandlingsskadeavgift för att få bättre efterlevnad av lagarna.

I den nu föreslagna lagen införs inte en motsvarande reglering. Inte heller införs någon bestämmelse om interimistiskt beslut eller om skadestånd. En upphandlande myndighet eller enhet som struntar i lagen eller väljer att inte rätta sig efter en dom synes således inte få någon direkt påföljd. Det är möjligen lämpligt att inte tynga förfarandet med ytterligare sanktioner, men en analys av frågan efterfrågas.

Av författningskommentaren till den föreslagna lagen framgår att domstol vid en överprövning kan komma fram till att ett fel begåtts, men att detta fel är mindre än de ekonomiska följderna av ett ingripande i ett pågående förfarande. Domstolen får då avslå framställningen. Den föreslagna lagtexten (26 §) synes inte återspegla att en sådan proportionalitetsbedömning ska göras.

#### Tiodagarsfrist

I LOU/LUF har nyligen införts en bestämmelse om att en ansökan om överprövning måste lämnas in inom tio dagar från underrättelse om tilldelningsbeslut om underrättelsen skickats med elektroniska medel, i annat fall inom femton dagar. Den nu föreslagna lagen bör enligt Kammarkollegiets uppfattning ha motsvarande tidsfrister för att så långt möjligt undvika risk för rättsförlust för leverantörer som är bekanta med LOU/LUF.

#### Prisbasbelopp

I den föreslagna lagen anges att rättsmedel inte kan göras gällande om kontraktsbelopp understiger fyra prisbasbelopp. I utredningen anges att fyra prisbasbelopp motsvarar, lågt räknat, direktupphandlingsgränsen för upphandlande myndigheter. Det bör enligt Kammarkollegiets uppfattning övervägas om gränsen bör dras på samma sätt som vid direktupphandlingar enligt LOU/LUF (dvs. knutet till tröskelvärdena) för att göra lagarna mer enhetliga, vilket har ett värde i sig.



Ej överprövning av beslut att avbryta samarbetet efter ett urvalsförfarande  
Ett beslut att avbryta samarbetet med en leverantör och skälen för det ska enligt lagförslaget meddelas skriftligen. Beslutet ska vara sakligt. Beslutet är dock inte överprövningsbart.

Kammarkollegiet ifrågasätter om regleringen är lämplig då bestämmelsen synes innebära att en upphandlande myndighet eller enhet kan teckna kontrakt med samtliga leverantörer som ansöker om att få delta i förfarandet, tillämpa en låg ersättningsnivå i första fasen och välja att – i strid med t.ex. likabehandlingsprincipen – avsluta samarbetet med samtliga leverantörer utom en. Överprövning skulle då inte vara möjlig.

### **Innovationskrav i LOU, LUF och LOV (5.2)**

Kammarkollegiet ser positivt på att det i LOU, LUF och LOV anges att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta innovationshänsyn i sina upphandlingar.

### **Dynamiska inköpssystem (5.3)**

Kammarkollegiet ser positivt på införande av dynamiska inköpssystem. Dynamiska inköpssystem är dock troligen mer anpassade för upphandlingar av enklare varor och tjänster som kan specificeras i detalj, än för innovationsupphandlingar.

### **Stöd och hjälp till upphandlande myndigheter och innovativa företag (Kapitel 6)**

Kammarkollegiet delar utredningens bedömning att såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer behöver stöd för att genomföra respektive delta i innovationsvänliga upphandlingar och i innovationsupphandlingar.

Kammarkollegiet ser positivt på att tillsammans med andra berörda parter bidra med upphandlingsstöd.

### **Innovationer inom vården (Kapitel 9)**

Kammarkollegiet ser positivt på förslaget om inrättande av en tidsbegränsad delegation inom hälso- och sjukvårdsområdet.

### **Författningsförslag - Lagtext (Kapitel 0 och Kapitel 12)**

Författningsförslaget kommenteras i bilaga 1.



Kammarkollegiet

Upphandlingsstödet  
Sofia Mårtensson

REMISSVAR

DATUM  
2010-12-20

DIARIENR  
3.1-5772.10

I detta ärende har chefsjurist Bertil Kallner beslutat. Sofia Mårtensson har varit föredragande. Agneeta Anderson, Ulla Karin Josefsson och Petter Florwald har deltagit i ärendet.

Bertil Kallner

Sofia Mårtensson



**Bilaga 1**

**Författningsförslag- Lagtext (Kapitel 0 och Kapitel 12)**

Författningsförslaget bör ses över redaktionellt.

Det bör genomgående anges att regleringen avser såväl upphandlande myndigheter som enheter (2, 10, 15, 19, 30 §§).

*4 §*

I bestämmelsen anges att med förkommersiell upphandling avses ett förfarande för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster i syfte att få tillgång till [en] innovativ produkt till gagn för myndigheten.

I 1 kap. 6 § p 6 LOU och motsvarande bestämmelse i LUF anges att LOU respektive LUF inte är tillämpliga på forsknings- och utvecklingstjänster med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten och betalas av myndigheten eller enheten. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs alltså att FoU-tjänsten inte helt betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten och inte enbart avser att tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens egen verksamhet. Det bör i bestämmelsen tydliggöras att produkten inte enbart får vara till gagn för myndigheten eller enheten och inte enbart betalas av myndigheten eller enheten.

Jämför även med författningskommentaren till 4 §, i vilken anges att bestämmelsen har ett annat innehåll än den faktiskt har.

*9 §*

Definitionen av upphandlande myndighet återfinns i LOU i 2 kap. 19 § (i 2 kap. 12 § LOU anges vilka organ som är att jämställa med upphandlande myndigheter).

*10 §*

I bestämmelsen anges att leverantörerna ska uppmanas att inkomma med en produktidé. Möjligen bör istället anges att leverantörerna ska uppmanas att inkomma med en "ansökan", vilket definieras i lagen som en produktidé eller inriktning på problemlösning.



Jämför även författningskommentaren till 3 §, i vilken anges att ”I ansökan anger leverantören den produktidé [...] samt annan information som behövs”.

*11 §*

Som ovan, 10 §. ”Produktidé” bör möjligen ersättas med ”ansökan”.

*14 §*

För att underlätta läsningen kan det möjligen införas en rubrik för 14 §, t.ex. ”Förhandling”.

*19 §*

Laghänvisningen har blivit felaktig (hänvisningen synes vara till LOU:s bestämmelser om dels obligatoriska uteslutningsgrunder och dels fakultativa uteslutningsgrunder).

*20 § - 23 §*

Inte enbart 20 § utan även 22-23 §§ avser underrättelse om beslut, varför rubriksättningen möjligen bör ändras.

---