

Miljö- och
samhällsbyggnadsdepartementet
Enheten för energifrågor
Att: Carina Eriksson
103 33 STOCKHOLM

Remissvar angående slutredovisning av uppdrag till Affärsverket Svenska Kraftnät att ta fram förslag till förstärkt forsknings-, utvecklings- och demonstrationsprogram inom elteknikområdet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som berör offentlig upphandling. Frågorna om statsstöd faller utanför NOU:s tillsynsområde och kommenteras därför ej här, men NOU vill ändå betona vikten av att EG-direktiven på området följs.

Sammanfattning

NOU delar utredningens uppfattning att det i de flesta fall torde vara aktuellt med undantag från upphandlingsreglerna i och med att det gäller forskning och utveckling. Dock anser NOU att Svenska Kraftnäts två delar, dels affärsverksdelen, dels myndighetsdelen, vid klassificering enligt LOU torde höra till olika sektorer. Den förra hör till försörjningssektorerna (upphandlande enhet enligt definition i 4 kap. 1 § LOU) och den andra torde höra till klassiska sektorn (1 kap. 6 § LOU). Det är således olika lagrum som blir tillämpliga för undantaget för forskning och utveckling beroende på om verksamheten omfattas av reglerna i försörjningssektorerna eller av reglerna i den klassiska sektorn.

Vidare bör beaktas att ett forskningsprojekt måste bedrivas på ett sådant sätt att inte någon leverantör får en *otillbörlig* fördel för det fall att en upphandlande enhet senare kommer att upphandla en närliggande tjänst, d.v.s. jävsproblematik.

Försörjningssektorn eller klassiska sektorn

Svenska Kraftnät är en upphandlande enhet enligt definitionen i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Svenska Kraftnät består av två delar, en affärsverksdel och en myndighetsdel. Affärsverksdelen är den största

delen och omfattar drift och förnyelse av stamnätet samt balansansvar. Den största delen av forskningen och utvecklingen (FoU), 30 Mkr under 2006, ingår i affärsverksdelen. I myndighetsdelen ingår bl.a. beredskapsansvar och dammsäkerhet. I myndighetsrollen stödjer Svenska Kraftnät viss FoU på distributionsområdet samt FoU i området dammsäkerhet, med 5 Mkr för 2005. Att affärsverksdelen uppfyller kraven i 4 kap 1 § LOU för försörjningssektorerna är klart. Däremot är det sannolikt att myndighetsdelen inte utför verksamhet inom försörjningssektorerna. För det fall att den verksamheten ej uppfyller rekvisiten i 4 kap 1 § LOU, skall myndighetsdelen tillämpa bestämmelserna i klassiska sektorn för upphandling.¹

Undantag för forskning och utveckling

Försörjningssektorerna

Utredningen har nämnt undantaget för annonsering enligt 4 kap. 16 § andra stycket andra punkten LOU. Enligt undantaget får en upphandlande enhet avstå från annonsering om det som upphandlas avser forskning, utveckling, studier eller experiment. En förutsättning härför är dock att upphandlingen inte sker i vinstsyfte eller i syfte att täcka forsknings- och utvecklingskostnader eller försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare upphandling som har något sådant syfte.

Om det som upphandlas är forsknings- och utvecklingstjänster är dessa dock undantagna från bestämmelserna om tjänsteupphandling, förutsatt att det är fråga om forskning och utveckling i andra fall än då tjänsten endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten.²

I 5 kap. 11 § femte punkten i betänkandet³ föreslås att lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte skall vara tillämplig på forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana kontrakt som uteslutande är till nytta för en upphandlande enhet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten betalas uteslutande av den upphandlande enheten, d.v.s. samma innebörd som gäller idag, men något tydligare formulerad.

Klassiska sektorn, tjänsteupphandling

I 5 kap. 1 § LOU finns undantag från LOU för kontrakt om forskning och utvecklingstjänster. Undantaget bygger på gemenskapsrätten, som införlivats i svensk lagstiftning. I artikel 1 a) (ix) i direktivet om upphandling av tjänster (92/50/EEG) stadgas att undantag från direktivet gäller "... kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana som uteslutande

¹ I de nya EG-direktiven för upphandling inom försörjningssektorerna anges en överviktsprincip.¹ Denna innebär att i de fall ett kontrakt avser mer än en verksamhet skall, om olika bestämmelser gäller för verksamheterna, tillämpas de bestämmelser som gäller för den huvudsakliga delen av kontraktet. Då lagens bestämmelser inte blir tillämpliga på tjänstekontrakt avseende FoU oavsett sektorn, torde regeln vara av begränsad betydelse.

² 5 kap. 1 § LOU med hänvisning till 4 kap. 1 § LOU.

³ SOU 2005:22.

är till nytta för den upphandlande myndigheten i dess egen verksamhet, förutsett [läs: förutsatt] att den tillhandahållna tjänsten betalas uteslutande av den upphandlande myndigheten".

För att ett kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster överhuvudtaget skall omfattas av LOU skall således:

- kontraktet uteslutande vara till nytta för den upphandlande enhetens egen verksamhet och
- tjänsten helt och hållet finansieras av den upphandlande enheten.

Tillfaller nyttan av tjänstekontraktet helt eller delvis någon annan än den upphandlande enheten eller finansieras kontraktet till mer eller mindre del av en utomstående aktör är anskaffningen av tjänsten undantagen från LOU:s tillämpning. Regeringsrätten har i RÅ 1998 ref. 16 tolkat LOU på så sätt att undantagen i 5 kap. LOU gäller lagen i sin helhet, dvs. även upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde.

Enligt betänkandet om nya upphandlingsregler gäller de ovan angivna bestämmelserna för kontrakt avseende forskning och utveckling som inte uteslutande är till nytta för den upphandlande enhetens egen verksamhet och tjänsten helt och hållet finansieras av den upphandlande enheten. Av vad som framgår i rapporten torde detta vara fallet i samtliga redovisade forskningsprojekt. De projekt som samfinansieras och är till gagn för tillverkande industri kan istället komma i konflikt med reglerna för statsstöd, vilket kan antas bli belyst av annan remissinstans än NOU.

Jäv vid upphandling efter avslutat forskningsprojekt

NOU anser inte att ett forskningssamarbete mellan en myndighet och en leverantör normalt skall behöva medföra någon jävsituation vid framtida upphandlingar. NOU vill dock peka på att en upphandlande enhet vid en upphandling skall följa principerna om likabehandling och transparens för att minimera risken för att den som deltagit i forskningssamarbetet får några otillbörliga fördelar. Det är förfrågningsunderlaget som myndigheten upprättat som styr vilka leverantörer och på så sätt även vilka varor/tjänster som får delta i upphandlingen. En leverantör, som deltagit i förberedande forskning utan att ha påverkat förfrågningsunderlagets utformning, får inte uteslutas från deltagandet i upphandlingen.⁴

I några äldre domslut har visserligen uttalats att en leverantör som deltagit i en förstudie kunde förutsättas vara jävig. NOU anser dock att en upphandlande myndighet, som vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att inte ge en eller flera

⁴ NOU har i yttrandet 1999/0102-29 som rörde en närbesläktad fråga bl.a. uppgivit följande. Det avgörande måste anses vara den reella möjligheten för leverantören att erhålla faktiska förmåner eftersom det kan anses strida mot likabehandlingen att både utesluta en leverantör som inte haft några förmåner som att anta en annan leverantör som erhållit sådana. Blotta misstanken om möjlig risk för ovidkommande hänsyn räcker enligt NOU inte för att från upphandlingen utesluta en leverantör som inte med någon större grad av sannolikhet kan antas ha haft fördelar.

leverantörer otillbörliga fördelar, bör låta dessa leverantörer delta. Det skulle under alla förhållanden vara diskriminerande att utesluta en leverantör enbart på den grunden att leverantören deltagit i förstudien, om han inte kunnat påverka villkoren för upphandlingskontraktets tilldelning. En bedömning i det enskilda fallet måste alltid göras.⁵ Enligt EG-domstolen får en myndighet inte utesluta en leverantör om erfarenheterna från den förberedande aktiviteten inte leder till snedvridning av konkurrensen.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats den 5 april 2006, av kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommersrådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschef Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Karin Peedu. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Karin Peedu

⁵ Se vidare EG-domstolens dom i fallet C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA refererat i NOU info mars -05 sid. 20 f.