

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa”

KOM(2007) 799 slutlig

(2009/C 100/02)

Den 14 december 2007 beslutade kommissionen att i enlighet med artikel 262 i EG-fördraget rådfråga Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om

”Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa”

Facksektionen för inre marknaden, produktion och konsumtion, som berett ärendet, antog sitt yttrande den 1 oktober 2008. Föredragande var Joost VAN IERSEL.

Vid sin 448:e plenarsession den 21 – 23 oktober 2008 (sammanträdet den 22 oktober 2008) antog Europeiska ekonomiska och sociala kommittén följande yttrande med 70 röster för och 1 nedlagd röst.

1. Sammanfattning och rekommendationer

1.1 EESK stöder helt och fullt kommissionens målsättning att stimulera innovation inom den offentliga upphandlingen inom EU. Om EU vill behålla sin ledande ställning när det gäller att erbjuda medborgarna högkvalitativa och kostnadseffektiva offentliga tjänster, som gagnar ekonomin och den sociala och ekologiska miljön, måste unionen sträva efter att på bästa möjliga sätt använda sig av innovationerna och den tekniska utvecklingen inom den offentliga sektorn.

1.2 Kommittén stöder kommissionens rekommendationer i fråga om att ”den intelligenta kunden” utgör en avgörande faktor för att skapa en mer proaktiv inställning till modern upphandling bland offentliga myndigheter. Mer ”intelligent” engagemang från den offentliga upphandlarens sida skulle i regel gagna kvaliteten på avtalen med privata leverantörer.

1.3 EESK håller med kommissionen om att skapandet av nya möjligheter till innovation och teknikanvändning inom den offentliga upphandlingen skulle gynna Europa på två sätt. För det första genom att förbättra kvaliteten och förhållandet mellan pris och kvalitet hos de offentliga tjänsterna, vilket gagnar skattebetalarna, och för det andra genom att skapa nya innovationsmöjligheter för företagen, vilket skulle bidra till att förbättra innovationsförmågan och konkurrenskraften i EU överlag.

1.4 Kommittén vidhåller att ett korrekt införlivande och genomförande av direktiven från 2004⁽¹⁾ (”direktiven”) utgör

en prioritet, oavsett de potentiella fördelarna med nya eller andra metoder inom den offentliga upphandlingen. Traditionella och kulturella attityder är ofta djupt rotade. Konkreta exempel visar att en förutsättning för ett korrekt genomförande i medlemsstaterna är kontinuerlig och noggrann övervakning samt utbyte av erfarenheter och bästa praxis.

1.4.1 I dag spänner den offentliga upphandlingen över ett brett fält och nya paradigmer. EESK framhåller att en tydlig åtskillnad måste göras mellan offentliga myndigheters och allmännyttiga företags upphandling, särskilt när det rör sig om att främja innovation. De allmännyttiga företagen, där merparten i mer än hundra års tid har varit inblandade i innovativa projekt, besitter mer sakkunskap och erfarenhet av högteknologiska projekt, vilket gör att de kan hantera nya innovationer. Detsamma gäller försvaret, även om EU i jämförelse med USA lider brist på omfattande budgetmedel och en försörjningsbas som omfattar hela kontinenten. Yttrandet har inriktats på offentliga myndigheter eftersom allmännyttiga företag redan är i stånd att hantera forskning och utveckling.

1.5 Kommissionen verkar vara mycket tillitsfull när det gäller att överföra användbara erfarenheter från USA beträffande sammanlänkning av teknik, innovation och offentlig upphandling i EU. EESK befarar att skapandet av motsvarande möjligheter inte kommer att bli så enkelt. I dagsläget är utvecklingen av marknaderna för allmännyttiga företag och försvar samt upphandlingen och innovationen på dessa marknader i huvudsak beroende av nationella villkor och sakkunskap.

⁽¹⁾ Direktiven från 2004: försörjningsdirektivet 2004/17/EG och myndighetsdirektivet 2004/18/EG.

1.6 Skillnaderna gentemot USA när det gäller offentlig upphandling ligger främst i att EU saknar

— en stor marknad och likartade villkor för högteknologiska små och medelstora företag som täcker hela kontinenten,

— ett gemensamt språk,

— det speciella förhållandet mellan Pentagon och teknikdrivna företag och

— försvarets spridningseffekter (spill-over) på civila produkter och tillämpningar.

1.7 Kommittén vill tydliggöra att den delar kommissionens uppfattning att vi måste ta alla tillfällen att stimulera innovationen i syfte att utveckla offentliga tjänster av hög kvalitet som ger mer valuta för pengarna. Kommissionen bör därför även uppmuntra offentliga myndigheter att söka dra nytta av varandras bästa praxis.

1.8 Offentliga upphandlare bör uppmuntras att ha en öppen hållning till innovativa och andra lösningar ("alternativa anbud") i stället för att nödvändigtvis fortsätta att göra samma inköp som tidigare. De bör sträva efter att få värde för pengarna, och inte bara efter det lägsta priset. Utbyten mellan kunskapscentrum på området i vissa medlemsstater kan bidra till att skapa föredömliga exempel inom EU. På så sätt kan inköpare uppmuntras att utveckla de färdigheter som krävs för "intelligenta kunder" och sedan bygga upp erfarenhet. Dessa färdigheter och denna erfarenhet är en förutsättning.

1.9 Vad innovationen beträffar måste de offentliga upphandlarna, långt innan en anbudsinfordran publiceras, inleda en öppen teknisk dialog för att sätta sig in i det senaste på marknaden samt ge marknaden en möjlighet att bilda sig en bättre uppfattning av det problem som ska hanteras och därigenom kunna erbjuda optimala lösningar.

1.10 EESK rekommenderar en försiktig hållning när det gäller att göra majoriteten av de offentliga myndigheterna delaktiga i innovativa processer eller bli tidiga användare. Offentliga myndigheter har alltför ofta inte haft möjlighet att utveckla de färdigheter och den erfarenhet som krävs för att delta i ett verkligt

innovativt projekt. Riskerna är betydande och ställer krav på en förstklassig förvaltning, eftersom risken att misslyckas är mycket påtaglig.

1.11 Ett nätverk bestående av erfarna yrkesverksamma personer och organisationer i medlemsstaterna bör inrättas och kunna anlitas för att förstärka upphandlarens egna resurser när det gäller mer avancerade innovativa projekt.

1.12 Även om bilagan ger en översikt över förfarandena för förkommersiella upphandlingsavtal, som trots att de genom undantagen ⁽²⁾ inte faller under direktivens tillämpningsområde ändå överensstämmer med det befintliga regelverket, föreligger det ändå en risk för överträdelse, om än oavsiktligt. EESK rekommenderar upphandlarna att studera bilagan och noga följa dess rekommendationer. Om minsta tvivel föreligger, antingen hos den upphandlande myndigheten eller hos någon av de potentiella leverantörerna, rekommenderar kommittén starkt myndigheten av begära ett förhandsgodkännande från kommissionen angående eventuella överträdelse av bestämmelserna om statligt stöd eller undantagen från direktiven samt att förevisa detta för samtliga potentiella leverantörer.

1.13 Kommissionen lyfter helt riktigt fram de immateriella rättigheternas betydelse. EESK vill tillägga att stor omsorg måste läggas på skapandet, tilldelningen och förvaltningen av dessa rättigheter och att det inte är ett enkelt område.

2. Bakgrund och sammanhang

2.1 Rådet antog under 2004 de gällande direktiven om allmännyttiga företags ⁽³⁾ och offentliga myndigheters ⁽⁴⁾ upphandling. Denna upphandling motsvarar omkring 16 % av EU:s BNP.

⁽²⁾ Uteslutningsklausulerna:

— Försörjningsdirektivet, artikel 24: Kontrakt som gäller vissa tjänster som är undantagna från detta direktivs tillämpningsområde. Detta direktiv skall inte tillämpas på tjänstekontrakt e) som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana som uteslutande är till nytta för en upphandlande enhet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten betalas uteslutande av den upphandlande enheten.

— Myndighetsdirektivet, artikel 16 (f) – särskilda undantag: Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser f) forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av forsknings- och utvecklingstjänster som inte uteslutande är till förmån för den upphandlande myndigheten i dess egen verksamhet, under förutsättning att dessa tjänster helt finansieras av den upphandlande myndigheten.

⁽³⁾ 2004/17/EG.

⁽⁴⁾ 2004/18/EG.

2.2 Direktiven syftade till att skapa en samling konsekventa, icke-diskriminerande och tydliga bestämmelser som skulle säkra avregleringen av dittills helt eller delvis slutna marknader och därmed skapa konkurrens bland leverantörerna samt fördelaktigare förhållande mellan kostnad och nytta för medlemsländerna och medborgarna.

2.3 Långvariga och omfattande diskussioner pågick under utarbetandet av de slutliga förslagen för att säkerställa att direktiven var ändamålsenliga och lämpade för att nå målsättningen.

2.4 Direktiven håller på att införlivas i den nationella lagstiftningen, vilket på den regionala och nationella nivån i praktiken dock har visat sig vara långt ifrån enkelt. Förfarandena kräver kompetens, professionalism och erfarenhet, egenskaper som fortfarande är underutvecklade bland de upphandlande myndigheterna. I många fall är inlärningsprocessen lång.

2.5 Eftersom innovation utgör ett centralt tema i Lissabonstrategin har medlemsstaterna och kommissionen tagit ett flertal initiativ för att granska och hitta lösningar på hur man på basis av direktiven kan stimulera innovationen i den offentliga upphandlingen.

2.6 Bland kommissionens senaste initiativ återfinns t.ex.:

— Tio rekommendationer om god praxis för en framgångsrik offentlig upphandling⁽⁵⁾ (vägledning i tio punkter).

— Diskussioner mellan kommissionens tjänstemän och nationella direktörer för IKT-forskning⁽⁶⁾ som utmynnat i konkreta förslag beträffande förkommersiell upphandling⁽⁷⁾ och behandlas i avsnitt 4 i yttrandet.

⁽⁵⁾ Riktlinjer för innovativa lösningar vid offentlig upphandling, 10 exempel på god praxis, SEK(2007) 280.

⁽⁶⁾ IKT: Informations- och kommunikationsteknik.

⁽⁷⁾ Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa, KOM(2007) 799 slutlig och dess bilaga, SEK(2007) 1668.

— GD Miljös initiativ, inom ramen för handlingsplanen för miljöteknik⁽⁸⁾, rörande teknisk verifiering och tillhörande certifiering.

— En expertgrupp för riskhantering inom offentlig upphandling vid GD Forskning som just har påbörjat sitt arbete.

2.7 Grunden för och inspirationen till kommissionens initiativ kommer från banbrytande rapporter som t.ex. Aho-rapporten "Att skapa ett innovativt Europa"⁽⁹⁾ och meddelandet "Ett pionjärmarknadsinitiativ för Europa"⁽¹⁰⁾. I båda dokumenten anges tydligt att den offentliga upphandlingen kan och bör utgöra en värdefull källa till innovation vad gäller arbete, varor och tjänster⁽¹¹⁾. I fem av de sex sektorer⁽¹²⁾ som i pionjärmarknadsinitiativet har identifierats som särskilt lämpade för innovativa projekt finns ett stort utrymme för innovation på det offentliga området.

2.8 Genom samråd med berörda parter har en samling kriterier för pionjärmarknader identifierats, bl.a. "marknader som styrs av efterfrågan i stället för att drivas av den tekniska utvecklingen" och "strategiska och ekonomiska intressen". Båda dessa kriterier är av särskilt stort intresse för offentliga upphandlare. Samtliga samråd har visat att man överlag anser att den offentliga upphandlingen i större utsträckning än tidigare bör stödja innovationen vad gäller arbete, varor och tjänster i EU.

2.9 Den handledning i tio steg som offentliggjordes i mars 2007 bygger på Aho-rapporten och behandlar goda metoder för hanteringen av innovativa lösningar inom offentlig upphandling, genom att ta upp tio riktlinjer för att bli en framgångsrik intelligent kund⁽¹³⁾. Begreppet "den intelligenta kunden" behandlas ytterligare i punkt 3.14.

⁽⁸⁾ Handlingsplanen för miljöteknik syftar främst till att främja forskning och utveckling, ordna finansiering, stimulera efterfrågan samt förbättra villkoren på marknaden.

⁽⁹⁾ Rapporten "Att skapa ett innovativt Europa" från den oberoende expertgruppen för forskning och utveckling samt innovation som utsågs efter toppmötet i Hampton Court, januari 2006.

⁽¹⁰⁾ Ett pionjärmarknadsinitiativ för Europa, KOM(2007) 860 slutlig.

⁽¹¹⁾ Även andra kommissionsdokument bör nämnas, t.ex. meddelandet "Mer forskning och innovation – Att investera i tillväxt och sysselsättning – En gemensam strategi". Offentliggjordes 2005, ISBN 92-894-9417-4.

⁽¹²⁾ e-hälsövård, skyddstextilier, hållbart byggande, återvinning, biobaserade produkter och förnybara energikällor.

⁽¹³⁾ Riktlinjer för innovativa lösningar vid offentlig upphandling, 10 exempel på god praxis, SEK(2007) 280.

2.10 I meddelandet om förkommersiell upphandling⁽¹⁴⁾ presenterar kommissionen ett nytt instrument för att stimulera innovation inom den offentliga upphandlingen. Kommissionen vill, med beaktande av bestämmelserna i direktiven från 2004, främja tjänsteavtal mellan offentliga upphandlare och potentiella leverantörer som täcker in de forsknings- och utvecklingsfaser som föregår den kommersiella fasen, dvs. utformning, prototyputveckling, tester och förproduktion men inte kommersiell framställning och saluföring.

2.11 EESK ställer sig mycket positiv till ansträngningar som syftar till att främja innovation inom den offentliga upphandlingen. Kommittén välkomnar således alla dokument och därtill kopplade samråd och debatter bland beslutsfattare och upphandlare som bidrar till att bereda vägen för en förstärkning av EU:s näringslivs innovationspotential till gagn för samhället.

2.12 Syftet med yttrandet är dock att studera

— begreppet förkommersiell upphandling i meddelandet och dess bilaga,

— hur förkommersiell upphandling kan användas, som ett av flera initiativ, för att bidra till ett bättre innovationsklimat vad gäller arbete, produkter och tjänster,

— i vilken utsträckning och i vilken mån rätt redskap finns inom den offentliga upphandlingen för att främja innovation inom det offentliga tjänsteområdet, och

— noggrant studera de begränsningar och risker som finns.

3. Synpunkter

3.1 Handledningen i tio steg⁽¹⁵⁾ innehåller tio tydliga exempel på god praxis som kan hjälpa offentliga myndigheter att effektivt hantera innovativa lösningar för den offentliga upphandlingen och utgör en god grund att arbeta vidare på. Omfattandet av handledningen i praktiken kräver dock att mycket mer görs. På vissa områden behövs fler aktiva åtgärder medan andra kräver en försiktig hållning.

⁽¹⁴⁾ Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa, KOM(2007) 799 slutlig och dess bilaga, SEK(2007) 1668.

⁽¹⁵⁾ Riktlinjer för innovativa lösningar vid offentlig upphandling, 10 exempel på god praxis, SEK(2007) 280.

3.2 En framgångsrik offentlig upphandling förutsätter god praxis, i överensstämmelse med direktiven. Direktiven främjar den inre marknaden och hjälper därigenom EU att konkurrera med andra handelsområden med stora hemmamarknader. God praxis måste gå hand i hand med direktiven.

3.3 Vissa medlemsstater arbetar fortfarande med införlivandet av direktiven från 2004 (se punkt 2.4) och i andra medlemsstater brister det i överensstämmelse med den nationella lagstiftningen. Sådana brister gör det svårare att utnyttja direktivets fördelar fullt ut.

3.4 Mot bakgrund av de överlag alltmer komplexa offentliga upphandlingsavtalen finns det, på det praktiska planet, ett uppenbart behov av att stärka alla berörda parter kompetens och erfarenheter. Det är särskilt nödvändigt att man i alla delar av upphandlarens organisation främjar en kultur som möjliggör ett framgångsrikt genomförande av komplexa projekt.

3.5 En stor, tillgänglig marknad är av avgörande betydelse för att innovationen ska blomstra. Först då kan innovationskostnaden, i tid, pengar och ansträngningar räknat, återvinnas. Innovation är av avgörande betydelse för att ekonomin ska växa och bli starkare.

3.6 Till följd av Lissabonagendan år 2000 beslutade man att den offentliga upphandlingen bör bidra till att uppmuntra och stödja innovationer.

3.7 Samtidigt som kommissionens viktigaste dokument om innovation, som nämns under avsnitt 2, generellt och utan åtskillnad hänför sig till de två offentliga sektorerna "offentliga myndigheter" och "allmännyttiga företag" vill EESK framhålla de skillnader som för närvarande föreligger mellan organisationerna inom dessa två sektorer.

3.8 Allmännyttiga företag har, i likhet med försvaret och delar av hälso- och sjukvården, länge sponsrat, använt, köpt in och utvecklat innovativa projekt, vilket har gett dem den nödvändiga kompetensen och erfarenheten. Man bör inte utan vidare bortse från dessa företags erfarenhet av att hantera innovationens risker och komplexitet.

3.9 De offentliga myndigheterna kan dra lärdom av de allmännyttiga företagen, försvaret samt andra sektorer med erfarenhet av att driva framgångsrika innovationsprojekt. De kan inte minst få en bättre förståelse för vilka resurser som måste tas i anspråk i organisationens alla led. På kort sikt kan rekrytering av personer som arbetat inom de berörda avdelningarna inom dessa organisationer och nyligen gått i pension, men önskar yrkesarbete under ytterligare några år, utgöra en värdefull resurs tack vare sin erfarenhet.

3.10 Innovation innebär att man gör saker på ett nytt sätt, vilket kan tillämpas på arbete, varor och tjänster. Forskning och utveckling är av avgörande betydelse för innovativa projekt. Man bör göra skillnad på ren och tillämpad forskning. Den rena forskningen bedrivs huvudsakligen inom universitet och forskningsinstitut och utgör en teoretisk och praktisk grund på vilken den tillämpade forskningen och utvecklingen kan baseras. Den tillämpade forskningen består av teoretiskt och praktiskt arbete som syftar till att lägga grunden för ett eller flera projekt. Yttrandet behandlar inte den rena forskningen, med undantag för när den förkommersiella upphandling som avses i avsnitt 4 kan beskrivas som sådan.

3.11 Det finns i princip inte någon större skillnad mellan den offentliga och kommersiella sektorn när det gäller hur ett innovativt projekt bör behandlas. Det finns naturligtvis mindre skillnader som t.ex. att den offentliga sektorn granskas på ett sätt som den kommersiella sektorn till stor del är skyddad från. Inom all banbrytande utveckling kommer det att förekomma misslyckanden, det är utvecklingens pris. Samtidigt som rimlig disciplin krävs för att minska antalet misslyckanden och dra lärdom av dem utgör alltför stor oro för att misslyckas ett hinder för den vidare utvecklingen.

3.12 I direktiven från 2004 övervägs redan avtal som omfattar innovation. Någon ny lagstiftning krävs inte utan endast kunskap om hur innovativa projekt kan bedrivas inom ramen för bestämmelserna.

3.13 I alla nya projekt som omfattar innovation – i likhet med många andra projekt – måste upphandlaren ha de egenskaper som kännetecknar en intelligent kund. Dessa egenskaper behandlas utförligt i de tio riktlinjerna och deras avgörande betydelse betonas i detta yttrande.

3.14 Den intelligenta kunden behöver kortfattat uttryckt ha en öppen hållning till nya idéer samt förmåga att kunna hantera dem. Det krävs personer med erfarenhet och förvärvad kompetens för att förvalta innovativa projekt. Framför allt måste behoven i de innovativa projekten överensstämma med organisationen i sin helhet. Utan en sådan kultur kan de personer som är direkt involverade i projektet inte lyckas.

3.15 Innovativa projekt kan med fördel delas in i tre kategorier där de har vissa separata särdrag och även vissa gemensamma aspekter. I yttrandet inbegriper termen "produkt" arbete, varuleveranser och tjänster om inte annat anges.

3.16 De handlar om följande tre kategorier:

- a) Godkännande av en innovativ produkt, för att tillgodose ett fastställt behov, som har begränsad eller ingen inverkan på upphandlarens arbetsmetoder. Detta innebär fördelar med endast få risker eller avbrott.
- b) Bruk av en innovativ produkt som förutsätter en anpassning av upphandlarens arbetsmetod. Detta innebär betydande potentiella fördelar men även vissa risker och ett behov av nya metoder och personalutbildning.
- c) Deltagande i ett innovativt projekt. Upphandlaren deltagande kan vara större eller mindre och omfatta allt från att driva ett verkligt gemensamt projekt, som börjar med en projektdefinition, till att bli en tidig användare som deltar i utprovningssfaserna (betafas) ⁽¹⁶⁾ och köper produkter redan under förproduktionen.

3.17 Det omedelbart viktigaste, det mest effektiva för att främja innovation och det enklaste att uppnå när det gäller offentliga upphandlars deltagande i innovation finns under punkt a). Det krävs att upphandlaren har en öppen hållning till alternativa anbud ⁽¹⁷⁾ samt att man har personer med förmåga att bedöma olika erbjudanden utifrån vad som ekonomiskt sett är mest fördelaktigt.

⁽¹⁶⁾ Alfa- och betatesterna kommer från mjukvarusektorn.

- Alfatester består av simulerade eller verkliga operativa test som vanligen utförs hos tillverkaren av en potentiell användare eller en oberoende utprovningssgrupp.
- Betatesterna görs efter alfatesterna. Mjukvaruversioner, s.k. betaversioner, överlämnas till en begränsad grupp användare utanför programmeringsgruppen för att man genom ytterligare oberoende tester ska kunna säkerställa att produkten endast har få återstående defekter.

⁽¹⁷⁾ Myndighetsdirektivet 2004/18/EG, artikel 24, alternativa anbud.

1. Om kriteriet för kontraktstilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den upphandlande myndigheten tillåta anbudsgivare att lägga fram alternativa anbud.
2. En upphandlande myndighet skall i meddelandet om upphandling ange huruvida den godkänner alternativa anbud eller inte. Om detta inte anges är alternativa anbud inte tillåtna.
3. En upphandlande myndighet som tillåter alternativa anbud ska i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för alternativa anbud och eventuella särskilda villkor som gäller för redovisningen av anbudet.
4. En upphandlande myndighet ska endast beakta de alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven. Vid offentlig upphandling av varor och tjänster får en upphandlande myndighet som har tillåtit alternativa anbud inte förkasta ett alternativt anbud enbart på grund av att anbudet, om det antas, skulle bli antingen ett tjänstekontrakt och inte ett offentligt varukontrakt, eller ett varukontrakt och inte ett offentligt tjänstekontrakt.

3.18 Kategori b) är lämpad för upphandlare som strävar efter att förbättra verksamheten genom användning av en ny produkt. Det kan ofta krävas visst utvecklingsarbete för att integrera den nya produkten i verksamheten. Här krävs färdigheter för att uttrycka kraven på ett klart och inte alltför restriktivt sätt samt deltagande från köparens kund- och teknikavdelningar. De resurser som köparen måste ta i bruk är inte marginella men om projektet förvaltas väl är integrationsriskerna hanterbara och ansträngningarna uppvägs av fördelarna.

3.19 Kategori c) är den svåraste kategorin. Definitionen och utvecklingen av helt nya lösningar, där man börjar från grunden, medför större teknologiska risker än stegvisa ändringar för att anpassa eller integrera produkter som är nya på marknaden i existerande processer b). Få organisationer, med undantag för dem som nämns under punkt 3.8 (försvaret osv.) har de färdigheter och den erfarenhet som krävs för att fullt ut delta i ett verkligt innovativt projekt i kategori c). Riskerna är betydande och kräver en förstklassig förvaltning. Samtidigt som projekten kan vara mycket lönsamma – det vore meningslöst att påbörja projektet om så inte vore fallet – är risken för ett misslyckande påtaglig. Den typ av projekt som övervägs i meddelandet faller under kategori c).

3.20 Enligt meddelandet kan en upphandlare bedriva ett innovativt projekt som en upphandling på forsknings- och utvecklingsområdet fram till den ursprungliga utvecklingen av de första produkterna. För kommersiellt införande av slutprodukter ska kravet på konkurrensutsatt upphandling utvärderas fallvis och för varje följande inköp på basis av direktiven om offentlig upphandling. Företagen tillverkar vanligtvis de saker de utformar, åtminstone fram till dess att licenstillverkning blir praktiskt möjlig. EESK anser att tilldelningen av eventuella immateriella rättigheter till följd av ett projekt, samt arrangemang som avser förvaltningen av sådana rättigheter, noggrant bör granskas ur praktiskt och kommersiellt hänseende innan projektet inleds.

3.21 Det finns belägg för att ett förfarande som det som övervägs i meddelandet tillämpas i USA. Även om det finns exempel från försvaret (tankflygplansavtalet som kan komma att delas mellan Boeing och Airbus) så är det främst på elektronikområdet som sådana exempel hittas. Med undantag för t.ex. härdning av integrerade kretsar som skydd mot elektromagnetisk puls har den kommersiella sektorn och försvaret ett närmare förhållande på elektronikområdet än i de flesta sektorer.

3.22 I jämförelserna med USA måste man beakta strukturella skillnader i förhållande till Europa. USA har länge varit ett homogent land som vuxit genom sina närmaste outtömliga

fysiska resurser (t.ex. jordbruk, guld, olja och humankapital) samt, med undantag för perioden efter 1929, kapital. Detta har, med undantag för bankväsendets situation den senaste tiden, resulterat i en bestående och enhetlig marknad med därtill kopplad infrastruktur. Det är fortfarande en bit kvar till Europa har uppnått samma fördelar. Samtidigt finns det, trots USA:s uppenbart starka sidor, några områden där landet ligger efter Europa i dag, särskilt vad gäller den i det närmaste allmänna tillgången till hälso- och sjukvård.

3.23 Utöver riskerna för tekniska misslyckanden, som finns i alla verkligt innovativa projekt, behövs en granskning av de ekonomiska risker som är förenade med bristande efterlevnad av bestämmelserna för statligt stöd, öppenhet och insyn, icke-diskriminering samt tillämpningen av direktiven. Dessa behandlas vidare under punkt 4.3 om statsstöd.

4. Bilaga till meddelandet "Förkommersiell upphandling", arbetsdokument SEK(2007) 1668

4.1 Föreslagen ordning ("ordningen")

4.1.1 Den underliggande principen innebär att om upphandlaren tillämpar en delning av risker och fördelar på marknadsvillkor kan FoU-tjänster upphandlas i enlighet med ett undantag⁽¹⁸⁾ från direktiven⁽¹⁹⁾ och användas för att pröva behovsbaserade innovativa lösningar (som ett förled till anbudsinfordran för kommersiellt införande av slutprodukter) och således stimulera till innovativa idéer.

4.1.2 Avgörande förutsättning: Upphandlaren ska bekanta sig med de potentiella leverantörernas verksamhet och kapacitet och klart definiera sina produktionsbehov, utan att vara alltför restriktiv.

4.1.3 Tillvägagångssätt: När kraven är klara och de potentiella leverantörerna har identifierats bör upphandlaren genomföra ett FoU-projekt med tre faser där man börjar med ett rimligt antal leverantörer (förslagsvis fem) och gradvis sänker antalet till två som ska delta i förproduktionsfasen och betatestningen. Därefter bör produktionskraven bli föremål för en anbudsinfordran i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

⁽¹⁸⁾ Riktlinjer för innovativa lösningar vid offentlig upphandling, 10 exempel på god praxis, SEK(2007) 280.

⁽¹⁹⁾ Se fotnot 2.

4.2 Synpunkter

4.2.1 Ordningen baseras i huvudsak på praxis från försvarets upphandling i olika länder eftersom den är ungefär densamma i hela världen och välkänd.

4.2.2 Försvarsindustrin har en särställning därför att den måste planera långsiktigt på basis av politiska och taktiska antaganden som p.g.a. sin natur inte kan fastställas exakt. Mycket forskning och viss utveckling bedrivs, i enlighet med ordningen, men resulterar endast i några få produktionsprogram. FoU-projekten och produktionsavtalen är alltför ofta föremål för en kontinuerlig ström ändringar allteftersom nya taktiska eller politiska uppgifter tillkommer under de långa tidsperioder som omfattas och kostnadsöverskridanden är således vanligen förekommande. Utvecklingsverksamhet som bedrivs av offentliga myndigheter bör inte, om den förvaltas rätt, bli föremål för samma flöde av ändringar.

4.2.3 Frågan om en sådan ordning lämpar sig för delar av den offentliga sektorn med mindre erfarenhet av mycket tekniska FoU-projekt förtjänar att diskuteras.

4.2.4 Det finns en uppenbar oro för att undantagen i direktiven för sådana tjänsteavtal på FoU-området, som inte förbehålls köparen, kan komma att användas på ett konkurrensbegränsande sätt för att utveckla marknadsledande företag i länderna och således motverka direktivens syfte att bidra till utvecklingen av en inre marknad för hela gemenskapen.

4.2.5 Även om man utgår ifrån att projekt genomförs i enlighet med ordningen förtjänar vissa detaljaspekter ytterligare granskning.

4.3 Statligt stöd

4.3.1 Frågan om statligt stöd måste, enligt vad som anges i bilagan, behandlas när en anbudsinfordran under ordningen påbörjas. Yttrandet behandlar inte frågan om något statligt stöd ingår i vissa projekt eller, om så är fallet, huruvida detta är motiverat. Däremot ingår effekter av eventuella oklarheter kring projekt som faller under ordningen helt klart inom ramen för yttrandet.

4.3.2 Förkommersiell upphandling definieras i meddelandet som en metod för att upphandla FoU-tjänster som innebär att upphandlare och leverantörer delar riskerna och fördelarna, utan

att det utgör statligt stöd. EESK rekommenderar upphandlare att noggrant analysera bilagan, som innehåller ett exempel på användningen av förkommersiella upphandling i enlighet med det gällande regelverket. Om några tvivel föreligger när de första pilotprojekten inleds inom ramen för den förkommersiella upphandlingen bör ett förhandsgodkännande begäras från kommissionen beträffande eventuella överträdelse av bestämmelserna om statligt stöd eller andra bestämmelser samt uppvisas för potentiella leverantörer. Det är av allt att döma svårt att fastställa om statligt stöd förekommit.

4.3.3 Om det visar sig att statligt stöd olagligen har förekommit kan leverantören ombes att betala tillbaka stödet utan att kunna begära ersättning från köparen som ingick FoU-avtalet. Leverantören utsätts således för en materiell risk som troligen inte går att försäkra sig emot. Det faktum att en mottagare av olagligt statligt stöd (en leverantör) måste betala tillbaka de belopp som erhållits, utan att kunna vända sig till köparen, är naturligtvis inte något specifikt för FoU-avtal utan samma regler gäller för alla slags upphandlingsavtal. Det faktum att ett validerat upphandlingsförfarande används (t.ex. ett av förfarandena i direktiven) innebär ingen absolut garanti för att statligt stöd inte används eftersom leverantörer kan gynnas direkt eller indirekt på många olika sätt. Bruket av undantaget innebär inte nödvändigtvis någon större eller mindre risk för att misslyckas med att genomföra upphandlingen på ett öppet och icke-diskriminerande sätt till marknadspriser.

4.3.4 Det är högst önskvärt att alla offentliga upphandlingsenheter förvärvar mer erfarenheter så att de kan tillämpa kriterierna på ett korrekt sätt för att kontrollera att inget statligt stöd förekommer. Enligt kriterierna ska upphandlingen ske på ett öppet, icke-diskriminerande sätt och till marknadspriser. Erfarenheten är viktig överlag eftersom dessa kriterier inte är unika för FoU-avtalen. Samma kriterier tillämpas på alla slags upphandlingsavtal, även om riskerna förenade med ett förkommersiellt upphandlingsavtal kan vara större.

4.3.5 I bilagan beskrivs kriterierna för att försäkra de berörda parterna om att ett förkommersiellt upphandlingsavtal inte utgör statligt stöd. EESK rekommenderar därför kommissionen och medlemsstaterna att överväga att främja utbildning och kunskapsutbyte om startandet av förkommersiella upphandlingsprojekt i enlighet med regelverket för att undvika risken att de offentliga myndigheterna, och deras leverantörer, i ett senare skede får problem vad gäller statligt stöd.

4.3.6 Om undantaget från direktivet för vissa typer av FoU-tjänster, även om det inte rör sig om statligt stöd, skulle visa sig ogiltigt skulle det innebära att avtalen ånyo faller under direktiven. Enligt prövningsdirektivet skulle avtal, som inte har utanronserats ordentligt eller omfattas av en period under vilken inga avtal får ingås (standstill), ogiltigförklaras⁽²⁰⁾. Under sådana omständigheter skulle leverantören löpa risk att inte få ersättning för det utförda arbetet. Denna risk, som man troligen inte heller kan försäkra sig mot, är inte unik för FoU-avtal men förstärks genom användningen av undantaget för FoU-tjänster i direktiven. Man bör ha en försiktig hållning och söka råd.

4.4 Risker

4.4.1 Risker finns inom alla FoU-program och det är inte alla innovativa projekt som leder till önskade resultat. Ordningen fastställer helt riktigt att köparen och leverantören bör dela riskerna och fördelarna. Tonvikten ligger dock på överväganden om statligt stöd och fördragets principer som, även om det troligen inte kan undvikas, gör frågan än mer komplicerad.

4.4.2 Precis som för all riskhantering bör parterna komma överens om att ta ansvar för risker som var och en är bäst lämpad att hantera samt ha fortlöpande kontakter för att säkerställa att inga risker uppstår eller eskalerar utan att identifieras och minskas.

4.4.3 Bilagan innehåller en diskussion om avtal med fast pris där den offentliga myndigheten fastställer ett maxpris och uppmanar anbudsgivare att inkomma med erbjudanden som ligger på eller under det angivna priset för att leverantören/leverantörerna i större eller mindre mån ska subventionera projektet i utbyte mot nyttjanderättigheter. Sådana arrangemang kan mycket väl vara attraktiva för leverantörer som redan har tillgång till en större marknad för avsättning av utvecklingsresultaten men skapar svårigheter i fall där det inte finns någon uppenbar möjlighet till bredare användning, samtidigt som det finns betydande fördelar för köparen. I sådana fall bör köparen troligtvis överväga ett annat tillvägagångssätt.

4.5 Immaterialrätt

4.5.1 De immateriella rättigheter som skapas utgör en betydande del av ordningen. Det gäller vem som är rättighetsinnehavare och i vilken utsträckning detta påverkar den rättsliga grunden för ett projekt liksom de praktiska resultaten när det gäller att dra fördel av forskningen och utvecklingen.

⁽²⁰⁾ Direktiv 2007/66/EG (Prövningsdirektivet), artikel 2d, ogiltighet: Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan, a) om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG.

4.5.2 Det finns i huvudsak tre sätt att skydda de immateriella rättigheterna:

— Patent – ett lagstadgat monopol.

— Upphovsrätt – omfattar alla originalverk.

— Sekretess – när varken patent eller copyright erbjuder ett effektivt skydd.

4.5.3 Patent är det starkaste och kommersiellt mest användbara skyddet för verkligt betydande uppfinningar där licenser kan beviljas till tredje parter. Det är även det dyraste alternativet. Om uppfinningen inte uppfyller kriterierna eller om inte projektet bedrivs i en industriell sektor där patent används som ett konkurrensmedel är det här alternativet troligen ett slöseri med pengar. Det är även extremt dyrt att försvara ett patent.

4.5.4 Upphovsrätten kostar ingenting, den bara finns. Till skillnad från patentfallet måste en upphovsrättsinnehavare dock bevisa att den som missbrukat upphovsrätten faktiskt kände till det upphovsskyddade materialet och kopierade det. Oberoende reproduktion av upphovsskyddat material utgör inte kopiering om inte den berörda personen redan tidigare känt till materialet och gärningen leder inte till fällande dom.

4.5.5 Sekretessen används ofta inom den kommersiella sektorn för skydd av konkurrensfördelar. När man avser att ta patent på en uppfinning är det mycket viktigt att hålla den hemlig. Om den presenteras i ett tidigt skede kan den bli omöjlig att patentbelägga. Sekretess är enda utvägen när ett effektivt skydd av värdefulla uppfinningar varken kan erbjudas genom patent eller upphovsrätt. Coca-Cola skyddar vaksamt receptet på drycken med samma namn.

4.5.6 Även om sekretess är ett effektivt sätt att skydda immateriella rättigheter och, i vissa fall, kan vara det enda medlet som står till förfogande är den svår att förena med öppenhet och insyn.

4.5.7 Att utforma anbudsspecifikationer för uppföljande upphandlingar om kommersiella slut-produkter som funktionella i stället för preskriptiva produktspecifikationer, kan bidra till att uppfylla kraven på öppenhet och insyn för konkurrerande anbudsgivare utan att avslöja tekniska detaljer om genomförandet av enskilda lösningar som tagits fram under den förkommersiella fasen.

4.5.8 Immateriella rättigheter är helt klart mycket viktiga för de FoU-projekt som avses i ordningen. En försiktig och eftertänksam hållning krävs dock för skapandet, tilldelningen och förvaltandet av dessa rättigheter. Det är inte något enkelt område.

4.5.9 Inom den förkommersiella upphandlingen delas de immateriella rättigheterna mellan köpare och leverantörer. Leverantörerna behåller den immateriella äganderätten och köparna får licensfri användarrätt samt rätt att kräva att deltagande företag licensierar gällande immateriella rättigheter till andra leverantörer på rättvisa och rimliga marknadsvillkor. Licensfri användarrätt ger den offentliga upphandlaren möjlighet att använda resultaten av FoU för internt bruk utan att tvingas betala licensavgifter till deltagande företag. Rätten att kräva att deltagande företag licensierar gällande immateriella rättigheter till andra leverantörer på rättvisa och rimliga marknadsvillkor ger den offentliga upphandlaren möjlighet att säkerställa tillgången till en tillräckligt bred och konkurrenskraftig leveranskedja samtidigt som de deltagande företagen kan göra vinster på de immateriella rättigheter de har erhållit i samband med ett förkommersiellt upphandlingsprojekt. Offentliga upphandlare i EU kan sakna erfarenhet när det gäller att bedöma immateriella rättigheters marknadsvärde och därför rekommenderas utbildning och praktik för att studera delning av risker och vinster med avseende på immateriella rättigheter.

4.5.10 De offentliga myndigheterna måste dra lärdom av den goda praxis när det gäller köp och försäljning av immateriella rättigheter som finns inom den privata sektorn samt av fastställda klausuler om delning av immateriella rättigheter med leverantörer i de standardavtal för offentlig upphandling som används runt om i världen.

4.6 *Leverantörernas och köparens kvalifikationer*

4.6.1 Potentiella leverantörer behöver helt klart ha kompetens att sköta innovativa projekt och denna kompetens kan relativt enkelt fastställas av en intelligent kund.

4.6.2 Även potentiella köpare behöver färdigheter för att förvalta sådana projekt. Det krävs både färdigheter och gedigen erfarenhet inom köparens organisation för att man ska bilda sig en uppfattning av den senaste utvecklingen på den berörda marknaden, utarbeta produktionsmässiga kravspecifikationer, förhandla med och välja ut leverantörer samt förvalta projektet och de därtill kopplade riskerna. Om inte organisationen, i alla dess led, har en kultur som lämpar sig för hantering av sådana projekt finns det risk för kostsamma misslyckanden. Detta är naturligtvis egenskaper som man hittar hos den intelligenta kunden.

Bryssel den 22 oktober 2008

Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs

Mario SEPI

Ordförande
