



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Rickard Vernet

Det rättsliga utrymmet för  
offentlig-privata FoU-  
samarbeten

***Abstract:** Public-private partnerships which involve the entrustment of an economic activity to the private partner must be entered in compliance with the EC Treaty. Hence, even though R&D services are exempted from the procurement directives, all such agreements (including collaborative agreements) must comply with the principles of transparency, equal treatment, mutual recognition and proportionality. Public-private R&D partnerships which are not entered under market conditions will likely constitute state aid under article 87.1. of the EC Treaty. Such aid is however allowed up to certain percent levels. While Swedish municipalities and regional governments have considerable freedom to enter such partnerships on market terms, national public law clearly prohibits aid given to individual undertakings.*

Examensarbete  
30 poäng

Handledare: Hans Henrik Lidgard

Ämnesområden: EG-rätt, offentlig upphandling, förvaltningsrätt

VT 2008

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Syfte och frågeställningar	6
1.2 Metod & material	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Disposition	8
<b>2 OFFENTLIG-PRIVATA PARTNERSKAP</b>	<b>9</b>
2.1 Vad är OPP?	9
2.1.1 Traditionella OPP	9
2.1.2 Närmare om OPP inom FoU	10
2.2 Varför OPP?	11
2.2.1 Allmänt	11
2.2.2 Effektivitetsargument	12
2.3 Rättslig reglering	13
<b>3 OFFENTLIG UPPHANDLING</b>	<b>15</b>
3.1 Inledning	15
3.2 Offentlig upphandling och FoU	15
3.2.1 Innovationsupphandling	15
3.2.2 FoU-undantaget	17
3.2.3 Undantagets effekter	19
3.3 Gemenskapsrättsliga principer	19
3.3.1 Uttryckliga fördragsprinciper	19
3.3.1.1 Principen om ickediskriminering	19
3.3.1.2 Fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet	20
3.3.2 Övriga principer	21
3.3.2.1 Principen om likabehandling	21
3.3.2.2 Principen om ömsesidigt godkännande	21
3.3.2.3 Proportionalitetsprincipen	22

3.3.2.4	Principen om transparens	22
3.3.3	Kritik	22
<b>3.4</b>	<b>Upphandling utanför direktivets tillämpningsområde</b>	<b>23</b>
3.4.1	Offentliggörande	24
3.4.2	Tilldelning av kontrakt	26
3.4.3	Den tyska ogiltighetstalan	27
3.4.4	”Tvåstegs-upphandlingar”	28
<b>3.5</b>	<b>Sammanfattande slutsatser</b>	<b>29</b>
<b>4</b>	<b>STATSSTÖD</b>	<b>33</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>33</b>
4.1.1	Definition	33
4.1.2	Tillåtet stöd	34
4.1.3	Upplysningsplikten	35
<b>4.2</b>	<b>Statsstöd och upphandling</b>	<b>36</b>
<b>4.3</b>	<b>FoU och tillåtna statsstöd</b>	<b>38</b>
4.3.1	Gruppundantagsförordningen	38
4.3.2	Rambestämmelserna	40
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattande slutsatser</b>	<b>42</b>
<b>5</b>	<b>KOMMUNAL KOMPETENS</b>	<b>44</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>44</b>
<b>5.2</b>	<b>Allmänintresset</b>	<b>45</b>
<b>5.3</b>	<b>Kompetensbegränsande principer</b>	<b>45</b>
5.3.1	Åtgärder till stöd för näringsverksamhet	46
5.3.2	Förbud mot spekulativ företagsamhet	47
5.3.3	Övriga begränsningsprinciper	48
<b>5.4</b>	<b>Kommunal kompetens att bedriva FoU</b>	<b>49</b>
5.4.1	Allmänt	49
5.4.2	Landstingens kompetens enligt HSL	50
<b>5.5</b>	<b>Sammanfattande slutsatser</b>	<b>51</b>
<b>6</b>	<b>DET REELLA UTRYMMET FÖR SAMARBETE</b>	<b>53</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>56</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>57</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>62</b>

# Summary

The extent to which public bodies may enter into R&D collaborations with private partners is limited through both national and Community law. However, considerable legal possibilities still exists for such collaborations.

Firstly, all relationships between public and private bodies by which the latter is entrusted with an economic activity must be scrutinized under the Community rules applicable to public procurement. While R&D services are exempted from the scope of the procurement directives, such contracts must be entered in compliance with not only the treaty provisions of free movement, but also with the principles of equal treatment, mutual recognition, proportionality and transparency. The application of these principles seems rather simple and foreseeable for procuring entities, at least considering any negative obligations. Due to the lack of more detailed guidelines however, the positive obligations which the European Court of Justice has found emanating from the principles are hard to define in an individual case. This is especially true considering the advertising requirement.

Secondly, the award of a public contract can, irrespective of its reciprocal nature, amount to prohibited state aid as laid down in article 87.1. of the EC Treaty. Contracts that should have been agreed to by a private market actor will however never amount to such aid, and procurement in accordance with the directives will be considered as fulfilling this criteria. Procurement outside the scope of the directives that does not fulfill the above criteria may however be allowed if it falls under a block exemption regulation. The allowed aid intensity for aid to R&D is found in the new Draft General Block exemption Regulation. The Commission can, even if the block exemption is not applicable, allow an aid measure after an individual assessment. The Commission bases its decision on a balancing test, through which the positive effects of the aid is weighed against the negative. In large, extensive possibilities exists for public aid to private R&D.

Lastly, the extent to which Swedish municipalities and regional governments may enter into public-private R&D partnerships is limited by national public law. Through these rules, such entities are prevented from entering cooperative agreements in a way which constitutes aid to the private partner. It is also, unless the activity at hand is linked to an activity which it is legally allowed to pursue, prevented from acting as a commercial party. In the absence of such a link, it may only enter into agreements which involves no commercial risk, and may only be reimbursed for its expenses.

# Sammanfattning

Offentliga aktörers möjligheter att ingå forskningssamarbeten med privata partners begränsas genom såväl nationell rätt som EG-rätt. Trots detta finns ett ansenligt legalt utrymme för sådana samarbeten.

För det första måste alla förhållanden som innebär att en offentlig aktör anförtror en privat aktör genomförandet av en ekonomisk aktivitet granskas under de EG-rättsliga regler som är tillämpliga vid offentlig upphandling. Även om FoU-tjänster har undantagits från upphandlingsdirektivens omfattande och rigida regelverk måste sådana avtal ingås i enlighet med inte bara de uttryckliga fördragsprinciperna om fri rörlighet, utan även med principerna om likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens. Appliceringen av dessa principer synes, vad gäller negativa förpliktelser, i stort förhållandevis enkel och förutsägbar för upphandlande enheter. Avsaknaden av detaljerad vägledning innebär dock att de positiva förpliktelser som EG-domstolen funnit emanera ur principerna är svåra att precisera i det enskilda fallet. Detta gäller främst för kravet på annonsering.

För det andra synes det klart att ett tilldelande av ett offentligt kontrakt, avtalets reciprocitet, kan utgöra otillåtet statsstöd enligt artikel 87.1. i EG-fördraget. Avtal som hade ingåtts på samma sätt av en privat marknadsaktör kan dock aldrig innebära stöd. Upphandlingar som skett enligt upphandlingsdirektiven skall anses uppfylla detta krav. Upphandlingar utanför direktiven som inte uppfyller ”marknadsaktörs-testet” kan emellertid vara tillåtna om de skett inom ramarna för ett gruppundantag. Tillåtna stödnivåer för FoU-stöd anges i det föreslagna nya generella gruppundantaget. Även om gruppundantaget inte är tillämpligt kan kommissionen efter en individuell prövning av stödet förklara detta tillåtet. Denna bedömning görs genom ett avvägningstest, där stödets positiva inverkan vägs mot den negativa. Sammantaget finns stora möjligheter för offentliga aktörer att lämna stöd till FoU i privata företag.

Slutligen begränsas svenska kommuner och landstings möjligheter att delta i offentlig-privata forskningssamarbeten av de nationella reglerna om kommunal kompetens. Genom detta regelverk är kommuner förhindrade att ingå samarbeten på ett sätt som innebär stöd till den privata partnern. De är även, såvida en länk finns mellan den aktuella verksamheten och en kompetensrelig verksamhet, förhindrad att agera som en kommersiell aktör. Skulle en sådan länk saknas kan kommunen endast ingå samarbeten på ett som inte innebär någon kommersiell risk, och kan endast bli ersatt för sina kostnader.

# Förord

Med denna uppsats avslutar jag såväl mina juridikstudier som min studietid i Lund. Stort tack till familj och vänner – utan Er hade ingetdera artat sig lika väl. Tack Kristin för stöd, uppmuntran och ett fantastiskt tålamod.

Ett särskilt tack riktas till min handledare, professor Hans Henrik Lidgard, för såväl ämnesuppslag som goda råd på vägen.

Lund, april 2008

# Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
CRADA	Cooperative Research and Development Agreement
Computer L. Rev. & Tech. J.	Computer Law Review and Technology Law Journal
Dir.	Direktiv
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapernas officiella tidning
E.L.Rev	European Law Review
ERT	Europarättslig Tidskrift
EUT	Europeiska Unionens officiella tidning
FoU	Forskning och Utveckling
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
KamR	Kammarrätten
KL	Kommunallag (1991:900)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
NIR	Nordisk Immateriellt Rättsskydd
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
SCB	Statistiska centralbyrån
SOU	Statens Offentliga Utredningar
Prop.	Proposition
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
TED	Tenders Electronic Daily
U.S.C.	United States Code
VINNOVA	Verket för innovationssystem

# 1 Inledning

Forskning och Utveckling (FoU) är idag en central ekonomisk och samhällelig företeelse. FoU leder till innovation, vilket är den viktigaste orsaken till ekonomisk tillväxt. Därför satsas årligen stora summor på FoU från såväl offentligt som privat håll. Privata aktörer hoppas naturligtvis att FoU skall leda till nya produkter och tjänster, etablering på nya marknader och bättre lönsamhet, medan offentliga aktörer agerar med förhoppning om ekonomisk tillväxt och förbättrade livsförhållanden. Med den senaste svenska forskningspropositionens ord har forskning de effekterna att den ”bidrar till utveckling och förnyelse, stärker tillväxten, ökar förståelsen och samspelet med människor i andra länder och förbättrar medborgarnas möjligheter att leva ett gott liv.”<sup>1</sup> Forskning och innovation framhävs också som verktyg för regional konkurrens, på såväl nationell som europeisk nivå.<sup>2</sup> Lissabonstrategin syftar till att göra Europa till den mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomin i världen. Den ansvarige kommissionären talar till och med om att skapa en femte frihet, fri rörlighet för kunskap.<sup>3</sup>

Idag bedrivs FoU framförallt i privata företag, på universitet och högskolor, och av statliga myndigheter. Offentliga aktörer finansierar och stödjer FoU, i såväl privat som offentlig regi. Skälen för detta är som framhållits ovan, att öka den nationella konkurrenskraften och att främja ekonomisk, social och miljömässig utveckling. Det svenska offentliga forskningsstödet, vilket framförallt sker från staten, har traditionellt legat strax under 1 % av BNP, och för 2007 var forskningsanslaget i statsbudgeten 24,7 miljarder SEK.<sup>4</sup>

Det finns olika modeller för att från offentligt håll stödja och underlätta FoU, och det är inte självklart att rena ekonomiska bidrag är det mest effektiva sättet. I denna uppsats diskuteras möjligheterna att i Sverige använda sig av en annan typ av offentligt forskningsstöd. Genom att privata och offentliga aktörer samarbetar i forskningsprojekt öppnas möjligheter att effektivisera forskningen och skapa synergieffekter. Sådan samverkan är förhållandevis vanlig i flera länder, inte minst i USA.<sup>5</sup> Sverige har en lång tradition av relativt starka offentliga aktörer, och av samarbete mellan offentligt och privat. Sådana offentlig-privata partnerskap (OPP) ses idag som en ur effektivitetssynpunkt attraktiv lösning vid genomförande av vissa typer av projekt. Så förefaller även kunna vara fallet vid FoU-projekt. De inblandade parterna har ofta divergerande och kompletterande kompetens, vilket medför omfattande synergieffekter. Dessutom kan innovationstakten i

---

<sup>1</sup> Prop. 2004/05:80, s 7

<sup>2</sup> Ibid. s 9

<sup>3</sup> The European Research Area: New Perspectives, Commissioner Janez Potočnik, Press Conference - 4 April 2007

<sup>4</sup> <http://www.regeringen.se/sb/d/2470>

<sup>5</sup> Offentlig upphandling som drivkraft för innovation och förnyelse, Redovisning av regeringsuppdrag till Nutek och VINNOVA, 2006-10-16, Dnr VINNOVA 2006-01487, s 24f (fortsättningsvis ”VINNOVA”)



stort öka genom att den ekonomiskt svagare parten genom samarbetet snabbare kan kommersialisera och sprida sina forskningsframsteg. Det torde även finnas ett intresse från offentligt håll att, i egenskap av köpare, ta en mer aktiv roll i innovationsprocesser.

Mot bakgrund av fokuseringen på innovation har de gemenskapsrättsliga institutionerna generellt ställt sig positiva till offentlig medverkan och stöd till privat FoU. Det skall dock påpekas att bakgrunden till detta är förhoppningen om att en ökad teknologisk utveckling skall förbättra den europeiska konkurrenskraften och ekonomiska tillväxten. Det klassiska EG-rättsliga verktyget för tillväxt är fortfarande realiserandet av den gemensamma marknaden genom marknadsintegration och förbud mot konkurrensbegränsande åtgärder. Målet är således detsamma, men medlen olika. I denna intersektion uppstår en rad intressanta avvägningsfrågor.

På ett nationellt plan är det inte heller givet att staten är den offentliga aktör som i alla lägen är bäst lämpad att ingå den här typen av samarbeten. FoU-samarbeten skulle även med fördel kunna ingås av kommuner och landsting.

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda det rättsliga utrymme inom vilket svenska kommuner och landsting kan ingå FoU-samarbeten med privata aktörer utanför upphandlingsdirektivens regelverk, utan att detta kommer att utgöra otillåtet statsstöd.

Inledningsvis måste utredas hur offentlig-privata partnerskap generellt fungerar, och hur de regleras rättsligt. Därefter måste följande frågeställningar besvaras:

- FoU-tjänster är undantagna från direktiv 2004/18/EG. Vad innebär detta undantag? Vilka typer av avtal omfattar det? Vilka regler gäller för undantagna avtal?
- Kan sådana samarbetsavtal, om de sluts med nationella aktörer, ses som statliga stödåtgärder? Under vilka omständigheter är i så fall sådana stödåtgärder tillåtna?
- Får svenska kommuner och landsting syssla med FoU? Inom vilka ramar kan dessa aktörer ingå FoU-samarbeten med privata aktörer?

## 1.2 Metod & material

Denna uppsats bygger i huvudsak på traditionell juridisk metod.<sup>6</sup> Lagar, förarbeten, praxis och doktrin kommer att användas för att analysera det gällande rättsläget inom varje berört område. Därigenom skall det reella samarbetsutrymmet utkristallisera sig, varvid olika tänkbara typer av FoU-samverkan prövas mot denna bakgrund.

---

<sup>6</sup> Beträffande begreppet juridisk metod se Sandgren, 2006, s 37-38.

Något skall även sägas om det material som använts. Detta skiftar avsevärt mellan uppsatsens olika delar. De huvudsakliga källorna är dock, förutom EG-fördraget och eventuell lagstiftning, EG-domstolens avgöranden och material utgivet av kommissionen.

Konkurrensverket menar att såväl juridisk som ekonomisk forskning inom offentlig upphandling är eftersatt i Sverige.<sup>7</sup> Det är dock min uppfattning att det finns omfattande internationellt material, inte minst härrörande från gemenskapsinstitutionerna, som behandlar de EG-rättsliga reglerna rörande offentlig upphandling. Under arbetets gång har emellertid, i såväl nationell som europeisk debatt, uppenbarats ett tydligt fokus på ”traditionella” upphandlingskontrakt och OPP-projekt. De i denna uppsats diskuterade samarbetstyperna hanteras mycket flyktigt, i såväl lagstiftning som doktrin. Vad gäller tillämpningen av statsstödsregler på forskningsstöd och samarbeten utgör, förutom de relevanta fördragsbestämmelserna, kommissionens rambestämmelser från 2006 och det föreslagna generella gruppundantaget från statsstödsreglerna naturligtvis centrala källor. Även dessa dokument har dock kommenterats sparsamt.

Slutligen skall nämnas något om den begreppsapparat som används. För det första finns det flera beteckningar för samarbeten mellan offentligt och privat. Jag har valt att använda mig av beteckningen ”offentlig-privata partnerskap” (OPP), den svenska term som synes ha störst spridning. I den svenska doktrinen används även beteckningen OPS (offentlig-privata samarbeten) eller engelskans PPP (Public-Private Partnership). Ingen materiell skillnad skall dock göras mellan dessa begrepp. För det andra bör läsaren göras uppmärksam på distinktionen mellan FoU och innovation. FoU är en beteckning på den forsknings- och utvecklingsprocess, vari nya upptäckter görs. Innovation innebär att kunskap eller kompetens nyttiggörs genom att kommersialiseras.<sup>8</sup> Framgångsrik FoU leder således inte automatiskt till innovation, och det finns andra vägar till innovation än FoU.

## 1.3 Avgränsningar

Syftet med denna uppsats var, vid arbetets början, att rent generellt utreda hur forskningssamarbeten mellan offentliga och privata aktörer regleras i Sverige, med fokus på användandet av alternativa upphandlingsförfaranden. Som kommer att visas i uppsatsen är FoU-tjänster normalt undantagna från upphandlingsdirektivet. Uppsatsens begränsade omfång innebär att det är svårt att ingående redogöra för den rättsliga regleringen av samarbeten som innefattar FoU såväl inom som utanför upphandlingsreglernas tillämpningsområde. Jag har därför valt att lägga fokus på från reglerna undantagna förfaranden, då regleringen av dessa är mer oklar. De nya direktiven har kommenterats i ganska stor utsträckning, och hur upphandling inom ramarna för dessa skall ske framgår även i stor utsträckning av deras lydelse. Som ovan konstaterats diskuteras i denna uppsats därför inte i detalj

---

<sup>7</sup> Konkurrensverkets skrivelse till Näringsdepartementet 2007-06-18, s 1

<sup>8</sup> VINNOVA, s 4

det materiella innehållet i direktiven, eller de olika upphandlingsformerna. Upphandlingsreglerna är vidare uppdelade i två regelverk, ett för de klassiska sektorerna och ett för försörjningssektorerna. Här diskuteras endast det förstnämnda.

Det skall understrykas att denna uppsats behandlar frågan huruvida de föreslagna samarbetsformerna är tillåtna, dvs. i vilken mån de *kan* genomföras. En helt annan fråga är naturligtvis i vilken mån de *bör* genomföras, och i vilken mån offentliga aktörer *bör* syssla med dylik verksamhet. Denna senare fråga är dock snarast av politisk och ideologisk karaktär och kommer således inte att tas upp i denna uppsats. På samma sätt syftar denna uppsats inte till att uttömmande utreda vilka ekonomiska konsekvenser sådana samarbeten ger upphov till. Härom finns en omfattande doktrin. Den ytterst kortfattade ekonomiska bakgrund som ges i uppsatsen syftar endast till att ge en grundläggande förståelse om varför dylika samarbeten kan vara attraktiva, och således varför den juridiska analysen är relevant.

Frågor rörande EU:s strukturfonder och regionalt utvecklingsstöd kommer inte heller att behandlas. Man kan naturligtvis tänka sig forskningsprojekt som finansieras på detta sätt, men de frågeställningar som aktualiseras faller utanför syftet med denna uppsats.

## 1.4 Disposition

Det är i min mening lämpligt att inleda denna uppsats med en kortare bakgrund och beskrivning av offentlig-privata partnerskap i allmänhet, med fokus på hur de kan bedrivas och i vilket syfte de tillkommer. Ytterst kortfattat behandlas här även de skäl som finns för användande av forskningssamarbeten. Därefter följer uppsatsen en tematisk disposition, där de ovan angivna rättsområdena, och deras inverkan på den föreslagna typen av samarbete avhandlas.

Kapitel 3 behandlar offentlig upphandling, och i vilken mån dessa regler är tillämpliga på offentlig-privata forskningssamarbeten. Den viktigaste praktiska frågan är härvid i vilken utsträckning ett sådant samarbete måste annonseras, och om nationella aktörer får särbehandlas. Kapitel 4 innehåller en beskrivning av de EG-rättsliga reglerna om statsstöd. I kapitlet diskuteras dels när tilldelning av offentliga kontrakt kan innebära stöd, dels när sådant stöd till FoU är tillåtet. I kapitel 5 behandlas de nationella reglerna om kommunal kompetens, vilka avgör i vilken mån, och på vilket sätt, kommuner och landsting kan ägna sig åt FoU, eller delta i sådana samarbeten. Huvudfokus ligger på frågorna om bidrag till enskilda och kommunalt bedriven näringsverksamhet.

Kapitel 3-5 innehåller en kort sammanställning av de slutsatser som kan dras. Uppsatsen avslutas därefter med en kortfattad sammanställning av vilka regler som gäller för olika typer av FoU-samverkan mellan privat och offentligt.

## 2 Offentlig-privata partnerskap

### 2.1 Vad är OPP?

Ett OPP är, såsom namnet antyder, ett samarbete mellan en offentlig och en privat aktör. Begreppet kan beskrivas som en ”term of art”, dvs. det saknar en precis, generellt accepterad betydelse.<sup>9</sup> Någon legal definition av begreppet finns inte heller i svensk rätt, varför varje samarbete mellan offentligt och privat torde omfattas. Vanligtvis är dock begreppet i doktrin reserverat för vissa typer av ekonomiskt viktigare samarbeten, och förstås generellt som en upphandlingsmodell i vilken offentliga och privata aktörer samarbetar för att finna den mest effektiva lösningen.<sup>10</sup> Utmärkande för ett sådant OPP är att riskerna fördelas mellan parterna efter deras förmåga att bedöma, kontrollera och styra dem.<sup>11</sup> OPP kan vara såväl avtalsmässiga som institutionella.<sup>12</sup> I det förstnämnda fallet grundar sig samarbetet enbart på avtalsmässiga förbindelser. Institutionella OPP bedrivs genom en enhet över vilken den offentliga partnern och den privata partnern gemensamt förfogar, exempelvis ett joint venture.<sup>13</sup> Eventuell problematik specifikt rörande den senare modellen berörs inte i denna uppsats.

#### 2.1.1 Traditionella OPP

Den traditionella användningen av OPP sker ofta inom områden som av hävd fallit inom en offentlig aktörs verksamhet. Genom partnerskapet åtar sig en eller flera privata aktörer på något sätt uppgifter som tidigare åvilat det offentliga.<sup>14</sup> De vanligaste exemplen på detta har gällt infrastruktur och byggnadsentreprenader, där de offentliga finansiella resurserna av någon anledning inte ansetts räcka till.<sup>15</sup> Syftet med projektet har i dessa fall varit att utbyggnaden av skall ske utan att det offentligas resurser belastas. Dessa initiala kostnader bärs istället av den privata aktören. Denne låter i sin tur ofta slutanvändarna bekosta investeringen genom avgifter. En variant på denna typ av avtal är s.k. ”Private Financed Initiatives” (PFI). I denna modell utgår ersättningen till den privata partnern inte i form av avgifter från slutanvändarna utan genom regelbundna utbetalningar från den offentliga partnern.<sup>16</sup> Syftet med båda dessa typer av samarbeten är att den offentliga aktören skall ta en mer passiv roll som organisatör och kontrollör av tidigare traditionellt offentliga verksamheter.<sup>17</sup>

---

<sup>9</sup> Link, 2006, s 1

<sup>10</sup> Tvarno, 2006, s 98

<sup>11</sup> Kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM (2004)327 slutlig version av den 30 april 2004, s 3 (försättningsvis ”Kommissionens grönbok om OPP”)

<sup>12</sup> Ibid. s 8

<sup>13</sup> Ibid. s 18

<sup>14</sup> Gorton, 2005, s 168

<sup>15</sup> Bovis, 2006, s 468f

<sup>16</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 9

<sup>17</sup> Ibid. s 3

## 2.1.2 Närmare om OPP inom FoU

Användningsområdet för offentlig-privata partnerskap är dock inte av nödvändighet begränsat till ovanstående situationer. Som framgår av inledningen till denna uppsats torde sådana samarbeten även kunna utnyttjas i innovationsprocesser. Ett FoU-inriktat OPP bör här förstås som ett reellt samarbete mellan en offentlig och privat aktör i syfte att uppnå ett visst innovationsrelaterat mål. Ett sådant samarbete kan skilja sig avsevärt från de traditionella, då det inte nödvändigtvis syftar till att begränsa den offentliga aktörens aktivitet. Istället syftar det snarare till att ombesörja att olika moment i FoU-verksamheten utförs av den som är bäst lämpad. Detta kan innebära att den offentliga aktören tar en mer aktiv roll än vad som traditionellt varit fallet. Offentlig-privata forskningssamarbeten är inte helt främmande på den europeiska scenen. Framförallt verkar modellen användas vid utveckling av militär utrustning.<sup>18</sup>

FoU-samarbeten kan naturligtvis utformas på olika sätt. Finansiering, arbetsfördelning och fördelningen av resultatet kan skifta, och utformningen torde bero på förhållandet mellan parterna. Exempelvis kan en offentlig aktör välja att förlägga ett eller flera av sina forskningsprojekt hos en privat aktör. Genom denna modell kan myndigheter använda sig av privata forskningslaboratorier och produktutvecklingsenheter för att snabbare få en färdig produkt som kan användas. Sådana samarbeten kräver vanligtvis att den privata aktören har en viss finansiell styrka och tillgång till de nödvändiga faciliteterna. Ett exempel från USA på ett sådant samarbete är det avtal som ingåtts mellan CuraGen och National Cancer Institute, varigenom NCI bekostar kliniska prövningar som exklusivt utförs av CuraGen.<sup>19</sup>

Man kan även tänka sig det omvända scenariot. En mindre privat aktör har ofta begränsad möjlighet att genomföra de kostsamma FoU-processer som krävs för att utveckla och kommersialisera en upptäckt. Förutsatt att den framtida innovationen är intressant i den offentliga aktörens verksamhet kan denne åta sig att mot ersättning utföra vissa delar av FoU-arbetet. Ersättningen skulle till vis del kunna bestå i en rätt att kostnadsfritt använda sig av den kommersialiserade produkten i sin verksamhet. Denna modell förefaller relevant för svenska förhållanden, som präglas av starka offentliga aktörer. Ett exempel på ett sådant samarbete kan tas från danska förhållanden. Bioteknikföretaget TopoTarget ingick 2003 ett femårigt samarbetsavtal med Rigshospitalet, rörande utveckling av behandling av hjärnmetastaser. Genom avtalet fick TopoTarget rätt att utnyttja forskningsfaciliteter och personal vid Rigshospitalet, vilket i gengäld fick rätt till royalties (upp till en viss maximinivå) på Topotargets inkomster från den färdiga produkten. Eventuella immaterialrätter delas mellan parterna, om inte den ena bidragit i väsentlig högre grad än den andra.<sup>20</sup> Det synes inte orimligt att offentlig-privata forskningssamarbeten, liksom i detta fall,

<sup>18</sup> Trepte, 2004, s 149

<sup>19</sup> <http://ir.curagen.com/releasedetail.cfm?releaseid=271484>

<sup>20</sup> <http://www.topotarget.com/index.dsp?page=65>

främst blir aktuella inom högteknologiska branscher. Så har funnits vara fallet vad gäller forskningssamarbeten som innefattar ett joint venture.<sup>21</sup>

I amerikansk rätt har den här typen av samarbete formaliserats genom möjligheten att teckna s.k. CRADA-avtal, vilket är skriftliga avtal mellan en privat aktör och en offentlig FoU-aktör om gemensam forskning.<sup>22</sup> Det som utmärker CRADA-avtal är att det normalt är den privata partnern som bestämmer föremålet för FoU-verksamheten, och som i princip bär hela den finansiella risken.<sup>23</sup> Den offentliga partnern är förhindrad att lämna ekonomiskt stöd till samarbetet.<sup>24</sup>

En distinktion måste här göras mellan verkligt FoU-samarbete och kontraktsforskning. Det senare innebär helt enkelt att forskning eller utveckling läggs ut på entreprenad. Om motparten endast utför FoU-tjänsten mot kontant ersättning, utan att få någon rätt till forskningsresultaten, kan knappast något reellt OPP sägas existera. Det rör sig här endast om ett köp av en tjänst. Vid kontraktsforskning torde det normala vara att beställaren erhåller alla immateriella rättigheter, och även försäkras om att samarbetspartnern är förhindrad att använda sig av know-how förvärvat genom samarbetet på ett sätt som konkurrerar med beställarens verksamhet.<sup>25</sup> Vid samarbeten är det naturligt att immaterialrättigheterna tillfaller den privata aktören, då det traditionellt synes generellt accepterat att privata aktörer är mer effektiva än offentliga vad gäller att kommersialisera teknologi och forskningsframsteg.<sup>26</sup> Därför har det setts som fördelaktigt att det är den privata aktören som erhåller rättigheterna till resultaten från samarbetet. Detta var också skälet till att Bayh-Dole Act, genom vilken privata aktörer automatiskt har rätt att patentera forskningsframsteg som uppstått vid offentlig-privat samarbete, antogs i USA.<sup>27</sup> Här skall även påminnas om att den part som inte erhåller immaterialrätten naturligtvis kan ges en licens, varigenom denne ändå fritt kan använda teknologin i sin verksamhet.<sup>28</sup>

## 2.2 Varför OPP?

### 2.2.1 Allmänt

Ovan har beskrivits hur OPP ingås och hur dessa kan fungera inom ramen för FoU-verksamhet. Här skall ges en kortare beskrivning av de argument som ligger till grund för användandet av OPP i allmänhet och forsknings-samarbeten i synnerhet.

---

<sup>21</sup> Hagedoorn, 2000, s 577

<sup>22</sup> 15 U.S.C. § 3710a(d)(1) (2000)

<sup>23</sup> Conway-Jones, 2005, s 199

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Domeij, 2004, s 242

<sup>26</sup> Se t ex Conway-Jones, 2005, s 186ff, för lagstiftningen se 35 U.S.C. §§ 200-211 (2000)

<sup>27</sup> Mireles, 2006, s 1141

<sup>28</sup> Domeij, 2004, s 244f

Som ovan konstaterats används OPP ofta av offentliga aktörer som en lösning på budgetåtstramningar. Genom detta tillvägagångssätt kan man ju helt eller delvis slippa att initialt bekosta dyra projekt. Offentliga aktörers vilja att dra nytta av den privata sektorns kunskaper och arbetsmetoder anförs också som en viktig orsak till modellens vanlighet.<sup>29</sup> Den offentliga aktören kan naturligtvis agera i syfte att skapa största möjliga nytta i den egna verksamheten. Ett annat skäl för användande av OPP är för att därigenom aktivt kunna stödja lokala privata intressen, och därigenom den ekonomiska tillväxten i regionen. Detta torde vara ett tilltalande scenario för regionala offentliga aktörer, t ex svenska kommuner och landsting. Sådana samarbeten blir naturligtvis än mer intressanta för privata aktörer. Som kommer att visas i denna uppsats är dock möjligheten att på detta sätt lämna stöd begränsad.

För privata kommersiella aktörer är fördelarna med att delta i ett OPP ofta uppenbara. Samarbetet kan t ex innebära offentliga bidrag, större marknadsandelar eller tillgång till den offentliga aktörens know-how

Det finns även ur ett samhällsekonomiskt perspektiv flera argument för användandet av OPP för FoU. Genom att offentliga och privata aktörer samarbetar kan båda parter bidra med resurser och know-how, vilket skapar synergieffekter. Här skall de viktigaste effektivitetsargumenten presenteras.

## 2.2.2 Effektivitetsargument

Effektivitetsargumenten för offentlig-privata forskningssamarbeten kan i stort delas upp i två delar. För det första: Varför skall staten över huvud taget stödja FoU? För det andra: Vilka vinster kan uppnås genom forskningssamarbeten?

Som nämnts i inledningen till denna uppsats är offentligt stöd till FoU i privat regi relativt vanligt. Det finns också goda samhällsekonomiska skäl för detta. Link lyfter fram fyra punkter som traditionellt anses logiskt leda fram till att offentlig inblandning i innovationsprocessen är nödvändig.<sup>30</sup>

- Innovation leder till teknologi.
- Teknologi är den främsta drivkraften för ekonomisk tillväxt.
- Utan statlig inblandning kommer privata aktörer att underinvestera i innovationsprocesser, däribland FoU.
- Staten har en skyldighet att åtgärda denna underinvestering genom att erbjuda incitament för fortsatta eller ökade investeringar i FoU.

Påståendet att underinvestering i FoU kommer att ske bygger på teorin om marknadsmisslyckanden, dvs. att marknader pga. vissa faktorer inte kommer att fungera perfekt.<sup>31</sup> Kopplingen mellan marknadsmisslyckanden och otillräckligt FoU har även gjorts av kommissionen, och lyfts fram som

<sup>29</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 3

<sup>30</sup> Link, 2006, s 23

<sup>31</sup> Ibid. s 24

anledningen till att tillåta utökade statliga stöd till sådan verksamhet.<sup>32</sup> Underinvestering i FoU kan enligt Link<sup>33</sup> bero på flera omständigheter, exempelvis att de samhälleliga vinsterna av genomförandet av ett forskningsprojekt i många fall är avsevärt större än de som den privata aktören som faktiskt utför forskningsprojektet kan räkna med. Här är fråga om för samhället positiva spillover-effekter som den privata aktören bekostar, men som inte kommer denne till godo. För det andra kan det kapital som beräknas behövas för genomförandet av projektet vara alltför stort med hänsyn till företagets tillgångar. För det tredje tenderar privata aktörer att värdesätta framtida inkomster lägre än omedelbara. De allra flesta FoU-projekt innebär ett långt tidsintervall mellan deras inledande och kommersialiseringen av resultatet, varför FoU kan få låg prioritet. Traditionellt har offentliga aktörer försökt åtgärda detta marknadsmisslyckande genom att erbjuda forskningsrelaterad infrastruktur, finansiellt stöd eller olika former av incitament för ökade FoU-satsningar.<sup>34</sup> På samma sätt kan offentlig-privata forskningssamarbeten fungera.

Även de ekonomiska fördelarna med forskningssamarbeten är generellt accepterade. De mest centrala fördelarna är möjligheterna för parterna att tillgodogöra sig ”spillover”-kunskap från motparten, minskad mängd parallella FoU-projekt och snabbare kommersialisering av resultaten.<sup>35</sup> Den uppenbara nackdelen med forskningssamarbeten är att sådana kan förhindra fri konkurrens och skapa olika typer av monopol.<sup>36</sup> Detta beror t ex. på att deltagarna i samarbetet får sina FoU-kostnader reducerade, och därigenom får en reell fördel visavi sina konkurrenter.<sup>37</sup>

## 2.3 Rättslig reglering

Det finns idag ingen rättslig särreglering för offentlig-privata partnerskap.<sup>38</sup> Regleringen av dessa beror istället på hur samarbetet utformats. Vid bedömningen ligger fokus snarare på EG-rättsliga fördrags- och konkurrensfrågor än på nationella frågor om uppdelningen mellan offentlig rätt och privaträtt.<sup>39</sup> Det är också främst från de förstnämnda områdena som den materiella regleringen hämtas. De EG-rättsliga reglerna fokuserar på den tilldelningssituation där den privata partnern skall utses. Vilka regler som skall tillämpas vid valet av denna beror i första hand på utformningen av samarbetet.<sup>40</sup> I amerikansk lagstiftning anses CRADA-avtal inte vara offentliga kontrakt i vanlig mening, och dessa undantas därför från reglerna

---

<sup>32</sup> Kommissionens tillkännagivande av den 30 december 2006 om Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT C 323, 30.12.2006, punkt 1.3.2. (fortsättningsvis ”Kommissionens rambestämmelser om stöd till FoU”)

<sup>33</sup> Link, 2006, s 25-32

<sup>34</sup> Ibid. s 27

<sup>35</sup> Ibid. s 88f

<sup>36</sup> Hagedoorn, 2000, s 583

<sup>37</sup> Glader, 2000, s 14f

<sup>38</sup> Bovis, 2006, s 468

<sup>39</sup> Madell, 2007, s 49

<sup>40</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 6



om offentlig upphandling.<sup>41</sup> Någon sådan specialreglering finns inte inom EU.

Istället har kommissionen i sin grönbok om OPP och offentlig upphandling förklarat att ”varje åtgärd, oavsett om den är avtalsgrundad eller ensidig, varigenom en offentlig enhet anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer”.<sup>42</sup> Detta innebär att bl. a. den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten (art 43 EGF) och den fria rörligheten för tjänster (art 49 EGF) är tillämpliga på offentliga kontrakt. Kommissionen menar även att offentlig-privata partnerskap därmed måste ingå i enlighet med principerna om insyn (transparens), likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.<sup>43</sup> I det fall avtalen inte är undantagna måste all tilldelning av offentliga kontrakt göras i enlighet med upphandlingsdirektivet. För dessa reglers tillämplighet behöver något ersättningsbelopp inte utbetalas direkt från den offentliga partnern, utan det räcker med att någon form av ekonomisk motprestation tillfaller den privata partnern.<sup>44</sup>

Här skall påminnas om den distinktion mellan samarbete och kontraktsforskning som gjorts ovan. Offentligt beställd kontraktsforskning är inte principiellt annorlunda än andra offentligt beställda tjänster. Ett beslut därom skall därför ses som tilldelande av ett offentligt kontrakt, och således omfattas av ovannämnda regler. Samma sak torde gälla FoU-samarbeten, eftersom valet av privat forskningspartner rimligen skall ses som ett anförtronde av en ekonomisk verksamhet. Att den offentliga aktören i avsaknad av ett samarbetsavtal inte hade ägnat sig åt den anförtrorda verksamheten kan här inte spela någon roll. Kontraktsforskning som utförs av en offentlig aktör för en privat aktörs räkning kan däremot inte ses som ett tilldelande av ett offentligt kontrakt. Den offentliga aktören är ju i denna situation endast säljare, inte köpare.

---

<sup>41</sup> Conway-Jones, 2005, s 199

<sup>42</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 5

<sup>43</sup> Ibid., se även Bovis, 2006, s 196

<sup>44</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 6

# 3 Offentlig upphandling

## 3.1 Inledning

En offentlig aktörs beteende i egenskap av köpare av varor och tjänster begränsas som bekant av reglerna om offentlig upphandling. Som ovan konstaterats kan så även bli fallet vid OPP-projekt. En genomgång av dessa regler är således nödvändig. Här skall inledningsvis ges en kort överblick över offentlig upphandling som företeelse. Offentlig upphandling är idag en oerhört viktig samhällsekonomisk företeelse, och omsätter bara i Sverige årligen 440-530 miljarder SEK.<sup>45</sup> Därför förs en diskussion om hur offentlig upphandling skall kunna effektiviseras. Offentlig upphandling sker på offentliga marknader, där aktören på efterfrågesidan anses vara den starkare, till skillnad från vad som är fallet på privata marknader där aktören på utbudssidan oftast anses ha övertaget.<sup>46</sup> Därför syftar effektivitetssträvandena just mot att minska riskerna för opportunistiskt agerande eller missbruk av en dominerande ställning från den offentliga aktörens sida. Från gemenskapshåll eftersträvas en gemensam marknad för upphandlade varor och tjänster, t ex genom att alla offentliga upphandlingar över en viss storlek måste annonseras i den centrala databasen TED<sup>47</sup> och EUT. Den EG-rättsliga synvinkeln på offentlig upphandling är till stor del en utlöpare av arbetet med den gemensamma marknaden<sup>48</sup>, och reglerna härom syftar således först och främst till att säkerställa marknadstillträde.<sup>49</sup> Reglerna bör således betraktas som skyddsregler för leverantörer som på lika villkor ska kunna konkurrera om ett offentligt kontrakt, oberoende av hemvist.<sup>50</sup> Den senaste europeiska moderniseringsprocessen resulterade 2004 i två direktiv, ett för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorn. Nedan kommer endast det förstnämnda direktivet (benämnt ”upphandlingsdirektivet”) att diskuteras.<sup>51</sup> Direktivet är numera implementerat i svensk rätt genom den nya LOU.<sup>52</sup>

## 3.2 Offentlig upphandling och FoU

### 3.2.1 Innovationsupphandling

Reglerna om offentlig upphandling syftar alltså i första hand till att höja effektiviteten i offentliga uppköpsprocesser genom att säkerställa marknadstillträde. Detta kan sägas vara reglernas primärintresse. Det finns dock ett

---

<sup>45</sup> Konkurrensverkets skrivelse till Näringsdepartementet 2007-06-18, s 1

<sup>46</sup> Bovis, 2006, s 22f

<sup>47</sup> <http://ted.europa.eu/>

<sup>48</sup> Bovis, 2006, s 12

<sup>49</sup> Trepte, 2007, s 57, se även t ex mål C-380/98, *University of Cambridge* [2000] REG I-8035, punkt 16

<sup>50</sup> Hane, 2005, s 73

<sup>51</sup> Dir. 2004/18/EG

<sup>52</sup> Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

flertal i sammanhanget accepterade sekundärintressen, för vilkas uppfyllelse upphandlingsreglerna till viss del kan utnyttjas. I såväl nationell som europeisk debatt har diskuterats möjligheten att använda upphandling som ett samhälleligt policyverktyg.<sup>53</sup> Inte minst har den offentliga upphandlingens potential att bidra till en ökad innovationstakt diskuterats.

Som konstaterats i inledningen till denna uppsats betraktas innovation idag som den viktigaste orsaken till ekonomisk tillväxt, och effektiv kommersialisering av FoU-resultat ses som en central fråga för realiserandet av Lissabon-agendan.<sup>54</sup> Offentlig efterfrågan av varor och tjänster kan fungera som ett viktigt verktyg för detta.<sup>55</sup> Den viktigaste anledningen härtill är att den privata aktören genom upphandlingen säkerställs avsättning för resultatet från FoU-verksamheten, varigenom riskmomentet för denne minskar, och incitamenten för att bedriva FoU ökar.<sup>56</sup> Det kan till och med hävdas att upphandling utgöra ett effektivare verktyg för innovation än exempelvis statliga stöd.<sup>57</sup> Till skillnad från rena stöd innebär en upphandling ett skapande av en reell offentlig efterfrågan.<sup>58</sup>

Offentlig efterfrågan som enbart riktas mot befintliga varor och tjänster anses inte generera några drivkrafter för utveckling eller innovation, och leder till en låg grad av utveckling och förnyelse i offentliga verksamheter.<sup>59</sup> För att åtgärda detta konserverande och innovationshämmande drag förordar VINNOVA en ökad användning av innovationsupphandling, vilket i detta sammanhang skall förstås som köp av FoU-tjänster som leder till innovation, dvs. varor och tjänster som ännu inte existerar eller behöver förbättras.<sup>60</sup> Innovationsupphandling har även uttryckligen förordats av kommissionen, som menar att detta gör de upphandlande enheterna till ”intelligenta köpare”, vilket inte bara stimulerar innovation i samhället i stort, utan även garanterar den upphandlande enheten högre kvalitet på varor och tjänster.<sup>61</sup> ”Normal” innovationsupphandling, eller teknikupphandling, sker sent i innovationsprocessen, när den nya tekniken i princip är redo för kommersialisering.<sup>62</sup> En annan variant är förkommersiell upphandling, vilken sker tidigt i processen, då kommersialisering är avlägsen.<sup>63</sup> Sådan innovationsupphandling är naturligtvis förbunden med större osäkerhet om det framtida resultatet, och därmed med höga kostnader.<sup>64</sup> Samtidigt är

---

<sup>53</sup> Se t ex Konkurrensverkets skrivelse till Näringsdepartementet 2007-06-18, s 2

<sup>54</sup> Pre-commercial Procurement of Innovation: A Missing Link in the Innovation Cycle, report by an ad-hoc National IST Directors Forum Working Group, 2006, s 5 (fortsättningsvis “Pre-commercial procurement of innovation”)

<sup>55</sup> VINNOVA, s 17

<sup>56</sup> Public Procurement for Research and Innovation - Developing Procurement Practices Favorable to R&D and Innovation, Expert Group Report, European Commission, 2005, s 9

<sup>57</sup> Pre-commercial procurement of innovation , s 17f

<sup>58</sup> Trepte, 2004, s 144

<sup>59</sup> VINNOVA, s 17

<sup>60</sup> Ibid. s 5

<sup>61</sup> Kommissionens meddelande KOM(2006) 502 slutlig version av den 13 september 2006 - Kunskap i praktiken: en brett upplagd innovationsstrategi för EU, s 11

<sup>62</sup> Pre-commercial procurement of innovation , s 15

<sup>63</sup> Ibid. s 17

<sup>64</sup> VINNOVA, s 43

naturligtvis det skapade incitamentet större, eftersom avtalet fungerar *ex ante*. Den privata aktören säkerställs genom avtalet avsättning för de FoU-kostnader han kommer att få. Teknikupphandling fungerar däremot till största delen *ex post*, eftersom den övervägande delen av FoU-arbetet redan är avklarad när avsättning säkerställs genom avtalet.

I de nya direktiven gjordes flera ändringar i syfte att underlätta innovationsupphandling. Exempelvis har införts en ny upphandlingsform, konkurrenspräglad dialog, vilken erbjuder utökade möjligheter till kontakt mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren.<sup>65</sup> Dessutom kan tekniska specifikationer anges i form av prestanda- eller funktionskrav.<sup>66</sup> Detta innebär att den upphandlande enheten inte behöver definiera den tekniska lösningen innan upphandlingen påbörjas, vilket öppnar för alternativa och innovativa lösningar. Dessa exempel fokuserar dock på situationer då anbudsgivaren ganska tydligt kan precisera en vara eller tjänst, varför de endast torde ha marginell betydelse vid förkommersiell upphandling.<sup>67</sup> För sådan upphandling av FoU har en annan lösning valts.

### 3.2.2 FoU-undantaget

I linje med målsättningarna ovan har från gemenskapshåll gjorts ett generellt undantag från upphandlingsreglerna för forskningstjänster. Kommissionen definierar förkommersiell upphandling som upphandling av FoU-tjänster som faller under detta undantag.<sup>68</sup> Enligt artikel 16f i upphandlingsdirektivet är kontrakt som avser ”forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana vars resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten” undantagna från direktivet. Detta omfattar experimentell utveckling och forskningslaboratorietjänster.<sup>69</sup> Bestämmelsen återfinns i LOU 1 kap 6 § 6p.

Undantaget har skett med hänvisning till artikel 163 EGF, vilken fastslår stärkande av den vetenskapliga och teknologiska grunden för gemenskapsindustrin som ett mål för gemenskapen. I detta syfte skall gemenskapen stimulera forskning och teknisk utveckling. Att försvåra medfinansiering av forskningsprogram genom att tillämpa strikta regler om offentlig upphandling skulle enligt direktivet motverka detta syfte.<sup>70</sup>

Innebörden av undantaget är således att om den resulterande nyttan av FoU-avtalet helt eller delvis tillfaller någon annan än den upphandlande enheten

---

<sup>65</sup> Dir 2004/18/EG, artikel 29. Konkurrenspräglad dialog har ännu inte införts i svensk rätt.

<sup>66</sup> Ibid. artikel 23.3.c

<sup>67</sup> Pre-commercial procurement of innovation, s 17

<sup>68</sup> Commission Draft Preliminary Paper on the Community Law applicable to Precommercial Public Procurement, 29/9/2006, s 2 (fortsättningsvis “Draft Preliminary Paper on Precommercial Public Procurement”)

<sup>69</sup> Dir. 2004/18/EG, Annex IIa och <http://www.cpvclassification.com>

<sup>70</sup> Dir 2004/18/EG, beaktandesats 23

eller om det finansieras till någon del av någon annan är samarbetet undantaget från direktivets tillämpning.<sup>71</sup> Med hänsyn till utformningen kan olika typer av FoU-situationer som inbegriper offentlig-privat samverkan särskiljas. Dels skall skiljas på situationer då ett reellt forskningssamarbete sker, där båda parter bekostar projektet gemensamt, och utnyttjar resultatet i sin respektive verksamhet, och situationer då det är den upphandlande enheten som bekostar projektet, och som är den som uteslutande utnyttjar resultatet. Trepte ger som exempel på den senare situationen en brandkårsmyndighet som genom upphandling försöker utveckla nya brandsäkra uniformer för sina anställda.<sup>72</sup> Att den privata parten får betalt för sina tjänster bör naturligtvis inte räknas som att denne får del av nyttan med samarbetet. I så fall rör det sig om ett rent köp av en forskningstjänst, vilket faller utanför undantaget, och således skall fungera enligt reglerna i direktivet.

Det skall här även poängteras att undantaget endast gäller tjänstekontrakt. Således är det endast tillämpligt så länge värdet av den FoU som utförs överstiger värdet på eventuella varor som ingår i kontraktet.<sup>73</sup> Således skall en distinktion göras mellan faktiska forskningstjänster och vad som snarare borde benämnas innovativ varuupphandling. I det senare fallet är huvudsyftet med tilldelandet av kontraktet att den privata aktören skall förse den upphandlande enheten med varor. Ett sådant kontrakt skall, oavsett den FoU-verksamhet som föregår produktionen, regleras som en varuupphandling, och således falla under direktivet.

Vid bedömningen huruvida ett kontrakt faller inom undantaget måste viss hänsyn även tas till syftet med undantaget, vilket enligt Trepte bör anses vara att undanta sådana ”altruistiska” FoU-program som kan anses gynna samhället i stort, och inte endast den upphandlande enhetens verksamhet.<sup>74</sup> Symbolisk eller skenbar medverkan av en privat aktör i syfte att kringgå upphandlingsreglerna torde således inte medföra att undantaget skall gälla. Enligt kommissionen är syftet med undantaget att underlätta sådana samarbeten som innebär ”risk-benefit sharing”.<sup>75</sup> Avtalskonstruktioner som inte innebär någon reell riskfördelning torde därmed inte omfattas. För att återknyta till diskussionen om innovationsupphandling ovan kommer undantaget främst att bli aktuellt vid förkommersiell upphandling. Vid teknikupphandling finns ju redan tekniken, även om den ännu inte kommersialiserats. Eventuellt kvarvarande behov av FoU torde därför endast vara supplementär till upphandlingens huvudföremål, varför hela upphandlingen skall ses som en varuupphandling.

---

<sup>71</sup> NOU Info, 2006, s 8

<sup>72</sup> Trepte, 2007, s 250

<sup>73</sup> Dir. 2004/18/EG, artikel 1.2.d

<sup>74</sup> Trepte, 2007, s 250

<sup>75</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 6

### 3.2.3 Undantagets effekter

Gemensamma offentlig-privata forskningsprojekt är alltså undantagna från direktivet, och därmed även från lagen om offentlig upphandling. Som framgår av direktivets lydelse skall de undantagna avtalen däremot fortfarande betraktas som tjänster.<sup>76</sup> Därmed är primärrätten tillämplig. EG-domstolen förklarade i *Telaustria*<sup>77</sup> att tjänstekoncessioner (som även de är undantagna från direktivets tillämpningsområde<sup>78</sup>) måste tilldelas i enlighet med fördragets grundläggande regler. Domstolen har därefter i en rad mål uttryckt detta som att även om *vissa avtal* (förf. kursivering) inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler.<sup>79</sup> Vilka de grundläggande regler som domstolen refererar till är, och hur de påverkar upphandling utanför direktivets tillämpningsområde, skall därför diskuteras i det följande.

## 3.3 Gemenskapsrättsliga principer

Offentlig upphandling behandlas inte explicit i EG-fördraget. Däremot blir som ovan påpekats en rad allmänna fördragsartiklar tillämpliga vid upphandling. Dessa artiklar skall, tillsammans med de andra principer som EG-domstolen funnit tillämpliga på offentliga kontrakt som faller utanför direktivet, presenteras här. Som ovan konstaterats skall dessa principer inte bara tillämpas vid traditionell upphandling, utan på alla OPP-projekt som innebär att den privata partnern anförtros genomförandet av en ekonomisk verksamhet.

### 3.3.1 Uttryckliga fördragsprinciper

EG-domstolens praxis innebär först och främst att de grundläggande fördragsartiklarna, främst artikel 12 (förbud mot diskriminering pga. nationalitet), artikel 28 (fri rörlighet för varor), artikel 43 (etableringsfrihet) och artikel 49 (fri rörlighet för tjänster) skall tillämpas. Detta synes självklart, då dessa artiklar tillhör primärrätten, och gäller för alla fall som faller inom EG-rätten, oavsett om direktivet är tillämpligt eller ej. Vid varu-upphandlingar kommer, som ovan konstaterats, FoU-undantaget inte att vara tillämpligt, varför direktivet skall tillämpas. Artikel 28 skall därför inte diskuteras här.

#### 3.3.1.1 Principen om ickediskriminering

Principen om icke-diskriminering kommer till uttryck i artikel 12 EGF, och förbjuder diskriminering pga. nationalitet. Denna princip innebär att fysiska och juridiska personer med hemvist i en annan medlemsstat skall behandlas på samma sätt som inhemska, och omfattar såväl direkt som indirekt

<sup>76</sup> Dir 2004/18/EG artikel 1.2d & bilaga II a

<sup>77</sup> Mål C-324/98, *Telaustria mot Telekom Austria* [2000] ECR I-10745, punkt 60

<sup>78</sup> Dir. 2006/18/EG, Artikel 17

<sup>79</sup> Se t ex mål C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard* [2001] ECR I-9505, punkt 20

diskriminering.<sup>80</sup> Objektivt motiverade krav kan upprätthållas, även om de endast kan uppfyllas av leverantörer inom ett visst geografiskt område.

Principen om icke-diskriminering utgör en generell regel, och principerna om fri rörlighet skall förstås som specialregleringar i förhållande till denna.<sup>81</sup> Således är principen inte tänkt att påverka tillämpningen av någon artikel i fördraget, och den appliceras normalt inte självständigt.<sup>82</sup> Principen har även traditionellt endast ansetts ge upphov till negativa förpliktelser. EG-domstolen konstaterade likväl i *Unitron Scandinavia* att principen inte fick tolkas restriktivt, och att den specifikt medförde ett krav på transparens för att säkerställa att den upphandlande enheten agerade i enlighet med den.<sup>83</sup> Mer om principen om transparens nedan.

### 3.3.1.2 Fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet

Den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten utgör en av de fyra centrala EG-rättsliga friheterna. Dessa friheter innebär att beteende från medlemsstater som är direkt eller indirekt diskriminerande gentemot aktörer från andra medlemsstater är förbjudet. Sådant agerande kommer även med största sannolikhet även att strida mot principen om icke-diskriminering.<sup>84</sup> Artiklarna fångar dock även sådant agerande från medlemsstater som i sig inte är diskriminerande, men som ändå riskerar att hindra marknadstillträde för aktörer från andra medlemsstater.<sup>85</sup> På detta sätt har hanteringen av den fria rörligheten för tjänsteprodukter alltmer börjat likna domstolarnas numera klassiska praxis rörande varor.<sup>86</sup> EG-domstolen har också mycket riktigt hänvisat till artiklarna 43 & 49 EGF i flera rättsfall rörande offentlig upphandling, och förklarat en rad beteenden som stridande mot artiklarna.<sup>87</sup> Som Brown påpekar rör dock även dessa fall traditionellt endast negativa förpliktelser, dvs. förbud mot att vidta vissa handelshindrande åtgärder, och EG-domstolen har normalt inte härlett för upphandlande enheter positiva förpliktelser ur artiklarna.<sup>88</sup> Det var först 1999, i *RI.SAN*<sup>89</sup>, som domstolen öppnade för detta genom att referera till medlemsstaternas förpliktelser att säkerställa likabehandling och transparens visavi aktörer från andra medlemsstater.

---

<sup>80</sup> Anbudsgivare med hemvist utanför gemenskapen omfattas inte, se mål 136/78 *Ministère Public mot Vincent Auer* [1979] REG I-437

<sup>81</sup> St Clair Renard, 2007, s 201

<sup>82</sup> Mål 307/8, *Kommissionen mot Grekland* [1989] ECR 1461

<sup>83</sup> Mål C-275/98, *Unitron Scandinavia* [1999] REG I-8291, punkterna 30-31

<sup>84</sup> Brown, *Seeing through transparency...*, 2007, s 2

<sup>85</sup> Se mål 33/74, *Van Binsbergen* [1974] ECR 632, punkt 10 och mål C-76/90, *Manfred Säger* [1991] ECR I-4221, punkt 12

<sup>86</sup> St Clair Renard, 2007, s 158

<sup>87</sup> Se t ex mål 45/87, *Kommissionen mot Irland (Dundalk)* [1987] ECR 4927 och mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana* [1990] ECR 1889

<sup>88</sup> Brown, *Seeing through transparency...*, 2007, s 2

<sup>89</sup> Mål C-108/98, *RI.SAN* [1999] ECR I-5219, punkt 20

### 3.3.2 Övriga principer

Mindre självklart är kanske att principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande skall appliceras. Enligt direktivet emanerar dessa principer ur fördraget, och måste tas hänsyn till vid all upphandling som omfattas av direktivet.<sup>90</sup> Principerna sägs därmed utgöra upphandlingsreglernas ”verkliga kärna”<sup>91</sup> och har i den nya svenska lagstiftningen ersatt det gamla samlingsbegreppet ”affärsmässighet” (LOU 1 kap 9 §) som grund för tilldelningen av kontrakt. EG-domstolen har emellertid, som skall visas nedan, förklarat dessa principer tvingande även vid upphandling utanför direktivet, en utveckling som starkt har ifrågasatts (se nedan). Här skall inledningsvis endast förklaras principernas innebörd såsom de uttryckts av EG-domstolen och kommissionen.

#### 3.3.2.1 Principen om likabehandling

Principen om likabehandling har av domstolen ansetts vara ett derivat av principen om icke-diskriminering, och innebär generellt att identiska situationer skall behandlas lika.<sup>92</sup> I detta sammanhang innebär principen därmed att leverantörer och de varor eller tjänster som de erbjuder skall behandlas lika i upphandlingsprocessen. Den upphandlande enheten är skyldig att upprätthålla samma krav och uppträda på samma sätt mot alla inblandade aktörer.<sup>93</sup> Principen torde även innebära att alla anbudsgivare skall ges samma information vid samma tillfälle, och att alla för sent inkomna anbud skall förkastas. Principen exemplifierades tydligt i *Danish Bridge* (som emellertid rörde upphandling enligt direktivet).<sup>94</sup> Kommissionen hävdade här att den upphandlande enheten hade brutit mot reglerna om offentlig upphandling på två sätt. Den första punkten rörde en klausul som krävde att uppdragstagaren använde sig av lokala produkter och arbetskraft för projektets genomförande. Denna klausul var enligt domstolen uppenbart diskriminerande, då den innebar att nationella aktörer, vilka i större utsträckning kunde uppfylla kraven behandlades annorlunda än de som inte kunde det. Den andra punkten gällde den upphandlande enhetens beslut att behandla en enskild anbudsgivare på ett sätt som stred mot anvisningarna i underlaget. Som Trepte påpekar kan inte ett sådant beslut ses som diskriminerande i sig (om inte valet av aktör att särbehandla skett på diskriminerande grunder).<sup>95</sup> EG-domstolen fann likväl, med hänsyn till principen om likabehandling, att den upphandlande enheten agerat felaktigt.

#### 3.3.2.2 Principen om ömsesidigt godkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstat måste godta varor och tjänster som en aktör i en annan medlemsstat erbjuder om dessa är godkända av myndigheter i den andra staten.<sup>96</sup> Principen innebär

---

<sup>90</sup> Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 2

<sup>91</sup> Hane, 2005, s 63

<sup>92</sup> Se mål C-304/01 *Spanien mot Kommissionen* [2004] ECR I-7655

<sup>93</sup> Falk & Pedersen, 2004, s 27

<sup>94</sup> Mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* [1993] ECR I-3353

<sup>95</sup> Trepte, 2007, s 15

<sup>96</sup> Se mål 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649



också att upphandlande enheter måste erkänna t ex certifikat och yrkesutbildningar som utfärdats i andra medlemsstater.<sup>97</sup>

### 3.3.2.3 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att offentliga ingrepp inte får gå längre än vad som krävs för att uppfylla syftet med ingreppet. I detta sammanhang innebär principen att upphandlande enheter inte får ställa högre eller andra krav än de som motiveras av det bakomliggande syftet.<sup>98</sup>

### 3.3.2.4 Principen om transparens

Öppenhetsprincipen eller principen om transparens är den mest omdebatterade av principerna, och har använts för att ställa detaljerade och långtgående krav på upphandlingar utanför direktivet. Som konstaterats ovan uttalade EG-domstolen i *Unitron Scandinavia* att principen bör ses som en utlöpare av principen om ickediskriminering. Genom transparens säkerställs att den upphandlande enheten uppträder icke-diskriminerande.<sup>99</sup> Principen anses även leda till att anbudsgivarna blir mer aktiva i upphandlingsprocessen, genom att de kan bedöma den upphandlande enhetens behov och svara på dessa.<sup>100</sup> Genom öppenhet och transparens blir också fler potentiella anbudsgivare medvetna om upphandlingen, varigenom priskonkurrens blir möjlig, och upphandlingen blir mer kostnadseffektiv.<sup>101</sup>

Domstolen applicerade för första principen på från direktivet undantagna förfaranden i *Telaustria*. Detta fall rörde, som sagts ovan, tilldelningen av en tjänstekoncession. Domstolen konstaterade att enheter som tilldelar tjänstekoncessioner är bundna av de generella fördragsprinciperna, däribland principen om icke-diskriminering, och att denna princip innehåller ett krav på transparens. Man förklarade att principen i detta sammanhang innebär att varje upphandling skall omgärdas av sådan öppenhet och transparens att marknaden kan anses öppen för konkurrens och kontroll.<sup>102</sup> Den närmare innebörden av detta stadgande förklarades inte. Generaladvokaten menade dock att detta inte borde innebära att upphandlande enheter var tvungna att analogivis följa principen om transparensreglerna i direktivet, utan att det borde vara tillräckligt att en rad potentiella sökande, varav några från en annan medlemsstat, kontaktades.<sup>103</sup>

## 3.3.3 Kritik

Principen om ömsesidigt godkännande och proportionalitetsprincipen anses i doktrinen vara vedertagna allmänna fördragsprinciper, och deras relevans för upphandling utanför direktivet synes inte debatterad.<sup>104</sup> EG-domstolens

---

<sup>97</sup> Falk & Pedersen, 2004, s 28

<sup>98</sup> Ibid. s 27

<sup>99</sup> Se även mål C-458/03, *Parking Brixen* [2005] ECR I-8585, punkt 49

<sup>100</sup> Bovis, s 129

<sup>101</sup> Ibid. s 153

<sup>102</sup> *Telaustria*, punkt 62

<sup>103</sup> *Telaustria*, Förhandsavgörandet, punkt 43

<sup>104</sup> Braun, 2000, s 46

applicering av principen om transparens, och i viss mån likabehandlingsprincipen, på kontrakt som faller utanför direktivets tillämpningsområde är däremot långt ifrån okontroversiell. Anledningen till detta är att principerna använts för att ställa upp positiva förpliktelser. Doktrinen innebär ju att även en aktör som agerar utanför direktivets tillämpningsområde måste använda sig av ett upphandlingsliknande förfarande, innehållande ett visst annonseringskrav. Existensen av en sådan regel var uppenbarligen en överraskning för många bedömare, då den allmänna uppfattningen tidigare var att tilldelning av kontrakt som faller utanför direktivet kunde ske utan iakttagande av upphandlingsreglerna.<sup>105</sup> Flera författare har också starkt kritiserat denna tillämpning.

Braun menar exempelvis att primärrätten, vad gäller offentlig upphandling, endast innehåller negativa förpliktelser (t ex förbud mot införande av handelshinder), och att det över huvud taget inte går att härleda några faktiska positiva förpliktelser från dessa principer.<sup>106</sup> Hordijk och Meulenbelt menar att det, med hänsyn till kravet på förutsebarhet, inte kan tillåtas att ett så komplext rättsområde styrs av generella rättsprinciper.<sup>107</sup> Treumer & Werlauff menar att dessa principer (och deras innebörd) till stor del inte härrör från fördraget i sig utan från de direktiv från vilka de aktuella upphandlingarna uttryckligen undantagits.<sup>108</sup> Således kommer regler som inte hade existerat utan direktivet att tillämpas på därifrån undantagna fall.

### **3.4 Upphandling utanför direktivets tillämpningsområde**

Huruvida de ovan angivna principerna härrör från primärrätten eller analogivis hämtats in från direktivet spelar i detta sammanhang mindre roll. Domstolens praxis tyder onekligen på att dessa principer skall appliceras, och de kan därmed anses utgöra en minimireglering för hur upphandling utanför direktivet skall ske. Hur denna reglering ser ut i praktiken är däremot inte helt klart, då de positiva förpliktelser som enligt domstolen emanerar ur ovannämnda principer inte kvalificerats i någon större utsträckning. Främst rör osäkerheten i vilken utsträckning upphandlingar skall annonseras. Vad gäller FoU-tjänster har frågan om annonsering hittills över huvud taget inte behandlats av domstolarna. Kommissionen har förklarat att förkommersiell upphandling som faller under undantaget måste ingå i enlighet med de grundläggande artiklarna.<sup>109</sup> Om så är fallet är frågan vilka annonseringskrav kravet på transparens för med sig. Kommissionen menar att förkommersiell upphandling skall annonseras på ”lämpligt” sätt, innebärande att kontrakten skall annonseras på ett sådant

---

<sup>105</sup> Treumer, 2006, s 82

<sup>106</sup> Braun, 2000, s 45

<sup>107</sup> Pijnacker Hordijk & Meulenbelt, 2005, s 127

<sup>108</sup> Treumer & Werlauff, 2003, s 126f

<sup>109</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 6

sätt att potentiella leverantörer rimligen nås.<sup>110</sup> En utförlig diskussion härom förs i detta kapitel av avslutande del.

I avsaknad av mer precisa riktlinjer för upphandling av FoU-tjänster får ledning hämtas från andra undantagna avtalstyper. Kommissionen har i ett tolkningsmeddelande mer konkret försökt klargöra vilka regler som gäller vid tilldelning av kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena i direktivet och sådana tjänstekontrakt som anges i direktivets bilaga IIB.<sup>111</sup> FoU-tjänster omfattas däremot inte uttryckligen. Tolkningsmeddelanden är som bekant av princip icke-bindande (se artikel 249 EGF), och meddelandet återger sålunda i huvudsak domstolspraxis, blandat med kommissionens (icke-bindande) åsikter. Det är naturligtvis viktigt att skilja på dessa källor.

Tolkningsmeddelandet omfattar som påpekats avtal som understiger tröskelvärdena, vilka EG-domstolen i *Vestergaard* förklarade måste ingås i enlighet med de allmänna principerna.<sup>112</sup> För svenskt vidkommande omfattas sådana avtal av reglerna i LOU 15 kap. Däremot är dessa principer inte tillämpliga på kontrakt som inte i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion.<sup>113</sup> Anledningen härtill är, såsom EG-domstolen uttalat i *Coname*, att tilldelningen av kontrakt av ”väldigt ringa betydelse i ekonomiskt avseende” inte är av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater.<sup>114</sup> Bedömningen huruvida tilldelningen av kontraktet skulle kunna vara av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater skall enligt kommissionen göras av den upphandlande enheten, med hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, t ex föremålet för kontraktet, dess uppskattade värde, särskilda förhållanden inom sektorn och den geografiska lokaliseringen för utförandet.<sup>115</sup>

### 3.4.1 Offentliggörande

Principen om transparens förklarades som ovan nämnts i *Telaustria* innebära att varje potentiell anbudsgivare skall garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden skall kunna öppnas för konkurrens. I *Coname* gavs domstolen en möjlighet att närmare precisera detta krav. Vikten av frågan accentuerades av att målet avgjordes i stor avdelning (11 domare). Precis som *Telaustria* rörde *Coname* en tjänstekoncession. Domstolen upprepade inledningsvis vad man framhållit i tidigare mål, dvs. att tilldelande av en tjänstekoncession i avsaknad av transparens skulle vara diskriminerande och därmed strida mot artiklarna 43 & 49 EGF eftersom aktörer i andra medlemsstater därmed inte skulle ha någon möjlighet att uttrycka sitt intresse av kontraktet.<sup>116</sup> Någon närmare

---

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande av den 1 augusti 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179, 1.8.2006 (försättningsvis ”tolkningsmeddelandet”)

<sup>112</sup> *Vestergaard*, punkt 21

<sup>113</sup> Tolkningsmeddelandet, punkt 1.3

<sup>114</sup> Mål C-231/03 *Coname* [2005] REG I-7287, punkt 20

<sup>115</sup> Tolkningsmeddelandet, punkt 1.3

<sup>116</sup> Ibid. punkt 17-19

precisering av vad principen om transparens medför gjordes dessvärre inte. Domstolen nöjde sig med att konstatera att principen innebär att företag belägna i andra medlemsstater skall ha tillgång till de relevanta uppgifterna om upphandlingen innan kontraktet tilldelas, så att intresserade företag har möjlighet att uttrycka sitt intresse för att få kontraktet.<sup>117</sup> Som Brown påpekar tyder domen på att viss flexibilitet finns vid bedömningen av hur en annonsering skall göras.<sup>118</sup> Domstolen presenterade däremot inte någon vägledning rörande vilka uppgifter som måste offentliggöras, och hur eller var detta skall göras. Treumer noterar rörande detta att ju svagare den legala basen är för en förpliktelse, desto svagare måste förpliktelsen uttryckas.<sup>119</sup>

Kommissionen menar i tolkningsmeddelandet att kravet som uttrycks i *Coname* endast kan tillgodoses genom att den upphandlade enheten publicerar ett lättgängligt offentliggörande före tilldelningen av kontraktet.<sup>120</sup> Selektivt (att ett visst antal tänkbara anbudsgivare kontaktas) eller passivt (att en upphandlande enhet endast svarar på begäran från sökande som på egen hand fått vetskap om upphandlingen) offentliggörande är i kommissionens mening inte tillräckligt. Härigenom underkänns generaladvokatens förslag från *Telaustria*, att det borde vara tillräckligt att en lagom stor grupp potentiella anbudsgivare kontaktas.

I vilken form upphandlingen skall annonseras är i princip upp till den upphandlande enheten. Ju större intresse kontraktet kan tänkas ha för sökanden från andra medlemsstater, desto större spridning av offentliggörandet bör eftersträvas.<sup>121</sup> Offentliggörande i EUT eller TED är enligt kommissionen inte obligatoriskt. Avtal med ett värde över tröskelvärdena måste däremot normalt offentliggöras i ett ”medium med stor täckning”.<sup>122</sup> Godkända medium är webbplatser, (den upphandlande enhetens egen eller en central upphandlingsportal), nationella dagstidningar eller facktidskrifter. Lokal annonsering (lokala tidningar eller kungörelser) kan vara tillräckligt vid små kontrakt där endast en lokal marknad finns.

EG-domstolen slog i *Coname* även fast att offentliggörandet inte behöver bestå i en formell inbjudan att lämna anbud.<sup>123</sup> Kommissionen menar att det räcker med en kort beskrivning av de viktigaste uppgifterna i kontraktet och vilken metod som skall användas vid tilldelningen. Offentliggörandet måste innehålla all information som en aktör från en annan medlemsstat rimligen kan behöva för att besluta om den skall anmäla sitt intresse för att delta.<sup>124</sup> Något krav på exakta tilldelningskriterier och deras respektive viktning föreligger alltså inte. Vad gäller förfaranden helt utan annonsering menar

---

<sup>117</sup> Ibid. punkt 21

<sup>118</sup> Brown, 2005, s 153ff

<sup>119</sup> Treumer, 2006, s 83

<sup>120</sup> Tolkningsmeddelandet, punkt 2.1.1

<sup>121</sup> Ibid. punkt 2.1.2

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> *Coname*, punkt 21

<sup>124</sup> Tolkningsmeddelandet punkt 2.1.3

kommissionen att endast de undantag som finns i direktivet är tillåtna.<sup>125</sup> Dessa är snävt avfattade och täcker fall då synnerlig brådska föreligger, då inga anbud kommit in vid ett öppet eller selektivt förfarande, eller då kontraktet endast kan tilldelas en aktör (pga. ensamrätt eller dylikt).<sup>126</sup>

### 3.4.2 Tilldelning av kontrakt

Oavsett hur upphandlingen annonseras måste själva tilldelningen av kontraktet ske enligt de ovan angivna principerna. Detta har inverkan på t ex utformningen av förfrågningsunderlag, kvalificering och anbudsprövning. En upphandlande enhet måste acceptera anbud inkomna från aktörer i andra medlemsstater och bedöma dessa på ett ickediskriminerande sätt.<sup>127</sup>

Valet av en privat partner till ett OPP kan, som ovan konstaterats, utgöra tilldelande av ett offentligt kontrakt. Dessa skall således ingås i enlighet med de ovan nämnda principerna, oavsett vilken av parterna som tagit initiativet till projektet.<sup>128</sup> Således kan inte en privat initiativtagare, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, på något sätt garanteras medverkan i projektet.<sup>129</sup> EG-domstolen har slagit fast att rättvisa konkurrensvillkor skall upprätthållas för alla de ekonomiska aktörer som är intresserade av kontraktet.<sup>130</sup>

Kommissionen menar att kravet på rättvisa konkurrensvillkor tillfredställs genom beaktande av en rad i tolkningsmeddelandet angivna punkter.<sup>131</sup> Inledningsvis har EG-domstolen fastslagit att upphandlingsunderlaget måste vara avfattat på ett ickediskriminerande sätt. Aktörer från alla medlemsstater skall kunna delta på lika villkor, varför den upphandlande enheten inte får föreskriva villkor som är direkt eller indirekt diskriminerande för sökanden från andra medlemsstater. De angivna specifikationerna får inte innehålla referenser till tillverkare, ursprung, tillverkningssätt eller immaterialrätter, om det inte är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen, och referensen åtföljs av orden ”eller likvärdigt”.<sup>132</sup> Alla likvärdiga lösningar måste således behandlas lika. Kommissionen menar att mer generella beskrivningar i allmänhet är att föredra. För tjänster vars värde överstiger tröskelvärdena i direktivet måste de tekniska specifikationerna vara utformade på ett sådant sätt som är förenligt med artikel 23 i direktivet.<sup>133</sup> Detta innebär att specifikationerna skall ske med hänvisning till godkända standarder eller i form av prestanda- eller funktionskrav. För att garantera transparens och likabehandling skall de tekniska specifikationerna hållas tillgängliga för alla potentiella anbudsgivare i god tid innan kontraktet

---

<sup>125</sup> Ibid. punkt 2.1.4, Se även GA Jacobs i mål C-525/03, *Kommissionen mot Italien*, punkterna 46–49

<sup>126</sup> Dir. 2004/18/EG, artikel 31

<sup>127</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 6

<sup>128</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 13

<sup>129</sup> Ibid. s 14

<sup>130</sup> Mål C-470/99, *Universale-Bau AG* [2002] REG I-11617, punkt 93.

<sup>131</sup> Tolkningsmeddelandet punkt 2.2.1

<sup>132</sup> *Vestergaard*, punkterna 21–24

<sup>133</sup> Detta framgår av artikel 21 i dir. 2004/18/EG

tilldelas och på lika villkor.<sup>134</sup> Den upphandlande enheten måste också, i enlighet med principen om ömsesidigt godkännande, godkänna handlingar som utfärdats i andra medlemsstater och som garanterar samma kvalifikationsnivå som de angivna. Tidsfrister för intresseanmälan och inlämning av anbud måste vara tillräckligt långa för att sökanden från andra medlemsstater skall ha en rimlig möjlighet att delta. Slutligen måste alla sökande i förväg kunna få kännedom om de regler som gäller för förfarandet och kunna lita på att dessa tillämpas på samma sätt för samtliga sökande.

Kommissionen anser att kvalificering, varigenom den upphandlande enheten begränsar antalet anbudsgivare, kan ske om detta görs på ett öppet och ickediskriminerande sätt, genom objektiva faktorer. Sådana faktorer kan vara branschfarenhet, storlek eller teknisk/yrkesmässig kompetens.<sup>135</sup> Av proportionalitetsprincipen torde följa att sådana krav inte kan gå utöver vad som är nödvändigt för projektets genomförande.

### 3.4.3 Den tyska ogiltighetstalan

Av det ovanstående framgår att EG-domstolens praxis rörande principen om transparens framförallt rört tjänstekoncessioner. Det är således inte utifrån domstolens praxis helt klart att de ovan angivna annonseringskraven skall gälla för *alla* typer av undantagna kontrakt. I tolkningsmeddelandet uttrycks trots detta domstolens resonemang i *Coname* som allmänt gällande också för avtal som understiger tröskelvärdena och oprioriterade tjänster.<sup>136</sup>

Vad gäller kontrakt som understiger tröskelvärdena fastslog EG-domstolen som ovan nämnts i *Vestergaard* att principen om transparens skall tillämpas på avtal som understiger tröskelvärdena. Domstolen preciserade däremot inga annonseringskrav för sådana kontrakt.<sup>137</sup> Generaladvokat Sharpston menade i sitt yttrande i målet kommissionen mot Finland att de annonseringskrav som följer av gemenskapsrätten inte ska tillämpas då upphandlingsvärdet faller under tröskelvärdena.<sup>138</sup> De relevanta annonseringskraven för sådana kontrakt skulle istället vara en fråga för nationell rätt.<sup>139</sup> EG-domstolen avslog sedermera kommissionens yrkanden då grunderna inte tydligt angetts.<sup>140</sup> Frågan om annonsering prövades därför aldrig. Vad gäller oprioriterade tjänsteavtal fann EG-domstolen nyligen att principerna om transparens och likabehandling skall tillämpas på dessa.<sup>141</sup> På inget sätt kvalificerades däremot vad kravet på transparens innebär.

---

<sup>134</sup> Se GA Jacobs yttrande i mål C-174/03, *Impresa Portuale di Cagliari* (struket från registret), punkterna 76–78

<sup>135</sup> Tolkningsmeddelandet punkt 2.2.2

<sup>136</sup> Tolkningsmeddelandet, punkt 2.1

<sup>137</sup> Brown, *Seeing through transparency...*, s 5

<sup>138</sup> Mål C-195/04, *Kommissionen mot Finland* [2007] REG I-3351, Generaladvokatens yttrande

<sup>139</sup> Ibid. punkt 98

<sup>140</sup> Mål C-195/04, *Kommissionen mot Finland* [2007] REG I-3351 punkt 22ff

<sup>141</sup> Mål C-507/03, *Kommissionen mot Irland*, ännu ej publicerat

I september 2006 väckte Tyskland talan inför Förstainstansrätten och yrkade att denna skulle underkänna lagligheten hos tolkningsmeddelandet och förklara det ogiltigt.<sup>142</sup> Som grund för sitt yrkande anförde man att kommissionen genom tolkningsmeddelandet de facto etablerar nya tvingande regler, som inte följer av den gällande gemenskapsrätten. Sådant lagstiftningsarbete faller inte inom kommissionens kompetens. Det som torde föranlett den tyska ogiltighetstalan är annonseringskraven såsom de anges i tolkningsmeddelandet. Meddelandet utsträcker ju dessa krav också till kontrakt under tröskelvärdena och undantagna tjänstekontrakt. Brown, som har kommenterat målet, finner det otroligt att tolkningsmeddelandet kommer att underkännas, då ett sådant underkännande vore unikt.<sup>143</sup> Tolkningsmeddelanden har ju som påpekats ovan normalt ingen bindande rättslig verkan. EG-domstolen anser dock att sådana tolkningsmeddelanden i vissa fall kan ha en rättslig verkan, och således kan underkännas.<sup>144</sup>

### 3.4.4 "Tvåstegs-upphandlingar"

Ett tänkbart scenario är att en privat aktör som deltagit i ett forskningssamarbete därefter deltar i en påföljande offentlig upphandling som anordnas av den offentliga f.d. forskningssamarbetaren. Frågan är om den privata aktören skulle vara förhindrad att delta i den senare upphandlingen? Så förefaller inte nödvändigtvis vara fallet. Redan i direktivet öppnades för en sådan möjlighet till att genom "teknisk dialog" söka råd för utformande av specifikationerna, förutsatt att konkurrensen inte därigenom hindras.<sup>145</sup> Det är förfrågningsunderlaget som styr hur upphandlingen skall skötas, och att utesluta en aktör som deltagit i bakomliggande forskning, men som inte haft något faktiskt inflytande på underlaget, torde strida mot likabehandlingsprincipen.<sup>146</sup> En allmän regel som förbjuder den som deltagit i förberedande arbete från att delta i den efterföljande upphandlingen har också av EG-domstolen i *Fabricom* förklarats strida mot proportionalitetsprincipen.<sup>147</sup> Kommissionen har förklarat att i en "vanlig" upphandling som skall ske efter avslutandet av en förkommersiell upphandling skall alla sökande beredas samma möjligheter och samma information som de som deltagit i den förkommersiella upphandlingen. Detta kan säkerställas genom att den upphandlande enheten publicerar de viktigaste upptäckterna från FoU-verksamheten (bortsett från sådan information som är skyddad av immaterialrätter som uppkommit).<sup>148</sup>

Bedömningen av de konkurrenshämmande effekterna av det förberedande samarbetet är komplicerad och skall inte diskuteras utförligt här. I detta sammanhang är det tillräckligt att konstatera att EG-domstolen, enligt Treumer, som utgångspunkt placerat bevisbördan för att den tekniska

---

<sup>142</sup> Mål T-258/06, *Tyskland mot kommissionen*, pågående

<sup>143</sup> Brown, *The German Challenge...*, 2007, s 84ff

<sup>144</sup> Se t ex mål C-189/02 P, *Dansk Rorindustri A/S mot kommissionen* [2005] REG I-5425

<sup>145</sup> Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 8, 15

<sup>146</sup> NOU Info, 2006, s 7

<sup>147</sup> Mål C-21/03 & C-34/03, *Fabricom SA mot Belgien* [2005] REG I-1559

<sup>148</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 12

dialogen inte snedvridit konkurrensen på den upphandlande enheten och inte på den privata aktörens konkurrenter.<sup>149</sup>

### 3.5 Sammanfattande slutsatser

Europeisk offentlig upphandling synes befinna sig i en utvecklingsfas, där reglernas funktion som policyverktyg för innovationsfrämjande framhävs. Diskussionen har främst rört möjligheterna att upphandla ännu ej utvecklade produkter. De traditionella reglerna bygger på idén att den upphandlande enheten redan vet exakt vad den vill ha, och gör det svårt för potentiella anbudsgivare att delta redan i planeringsfasen av ett projekt.<sup>150</sup> Genom att erbjuda utökade möjligheter till kontakt mellan den upphandlande enheten och anbudsgivare och genom att underlätta upphandling av icke ännu kommersialiserade varor försöker man idag undgå denna innovationshämmande tendens. Någon särreglering finns däremot inte för innovationsupphandling i stort. Endast det faktum att en upphandling omfattar FoU innebär alltså inte att några avsteg kan göras från direktivet. Undantaget har istället utformats på så sätt att alla FoU-tjänster vilkas resultat tillfaller någon annan än den upphandlande enheten, eller som bekostas av någon annan, skall undantas från direktivet. Reella forskningssamarbeten, dvs. samarbeten som har FoU som sitt huvudföremål och innebär att båda parter kan dra nytta av resultatet är därmed undantagna. Detta innefattar s.k. förkommersiell upphandling. Däremot är avtal som visserligen inbegriper FoU, men som främst avser varor, inte undantagna.

För avtal som faller utanför undantaget tillämpas hela regelverket i direktivet. Detta gäller för det första för avtal om FoU-tjänster som helt och hållet bekostas av den upphandlande enheten, och vars resultat endast kommer den upphandlande enheten tillgodo. För det andra gäller det för avtal som visserligen rör FoU-tjänster, och inbegriper en delad finansiering eller att någon annan än den upphandlande enheten får rätt till hela eller delar av resultatet, men som även avser varor till ett högre värde än tjänsterna. Tilldelning och annonsering av dessa kontrakt måste således ske i enlighet med någon av de upphandlingsformer som anges i direktivet.

Mycket debatt har förts runt de principer som kommissionen och EG-domstolen har applicerat på upphandling utanför reglerna om offentlig upphandling. Här skall denna diskussion kort beröras. Inledningsvis skall sägas att det torde kunna förutsättas att medlemsstaterna haft goda skäl till att undanta de relevanta avtalstyperna från direktivet. De syften som eftersträvas med de gjorda undantagen riskerar naturligtvis att förfelas om institutionerna försöker upprätthålla mer eller mindre samma krav på undantagna förfaranden som på förfaranden som faller inom direktivets tillämpningsområde. Man kan, såsom visats ovan, generellt diskutera huruvida principen om ickediskriminering verkligen skall anses innefatta ett så pass långtgående krav på transparens som kommissionen och domstolen

---

<sup>149</sup> Treumer, 2007, s 106

<sup>150</sup> Madell, 2007, s 54



hävdar. *Telaustria* är enligt Treumer ett exempel på hur EG-domstolen tar på sig rollen att aktivt driva på den europeiska integrationen framåt, här genom att låta sekundärrättsliga regler forma primärrätten, varigenom de förra blir tillämpliga även på områden som inte täcks av sekundärrätten.<sup>151</sup> Denna diskussion ligger dock utanför det omedelbara syftet med denna uppsats.

Här skall istället först diskuteras huruvida ”*Telaustria*-doktrinen” är tillämplig även på undantagna forskningstjänster. Som visats i denna uppsats saknas här direkt vägledning från EG-domstolen, och frågan har endast berörts flyktigt av kommissionen. Om forskningssamarbeten vore ”verkligt” undantagna, i den mening man tidigare trodde att alla undantagna kontrakt var, skulle de kunna ingås helt utan föregående annonsering. Detta förefaller inte troligt. Kommissionen har ju förklarat sin ståndpunkt genom att föreskriva att varje åtgärd varigenom en offentlig aktör anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer”. Härur kan således ingen distinktion göras, varigenom den ena typen av avtal skulle omfattas av principerna och den andra inte. Faktum är att domstolarna inte i något fall funnit att principerna *inte* skall appliceras på en viss typ av undantagna avtal (utom då avtalet rört ett väldigt lågt värde). Det verkar därmed troligt att så heller inte skulle ske vid en eventuell prövning av undantagna FoU-tjänster. Således måste med största sannolikhet en upphandling av en undantagen FoU-tjänst ske i enlighet med de principer som återgivits i denna uppsats.

Detta konstaterande är dock inte tillräckligt. En distinktion kan här göras mellan negativa förpliktelser, vilka oftast direkt kan deduceras ur de grundläggande principerna, och positiva förpliktelser, vilka måste specificeras. Som visats ovan är det främst principen om transparens som ger upphov till de sistnämnda. Det är uppenbart att tilldelning av kontrakt som sker helt utan föregående annonsering endast i speciella undantagsfall är tillåtet. I övrigt måste kravet på transparens kvalificeras på något sätt, för att offentliga aktörer skall kunna veta hur de skall gå till väga. Kommissionen har endast konstaterat att förkommersiell upphandling skall annonseras ”på lämpligt sätt”, innebärande att en annonsering skall utföras på så sätt att den rimligen skall förväntas kunna nå de intresserade aktörerna. Kommissionen har även konstaterat att sådana avtal är i enlighet med fördraget om de ingås i enlighet med direktivet.<sup>152</sup> Dessa påpekanden är knappast särskilt hjälpliga.

Kommissionens tolkningsmeddelande innehåller däremot en hel del handfasta regler för hur annonsering etc. skall gå till. Meddelandet är dock varken juridiskt bindande eller avfattat specifikt för forskningssamarbeten. Här skall dessutom påminnas om den tyska ogiltighetstalan, vilken ännu inte avgjorts. Mycket av innehållet i tolkningsmeddelandet torde emellertid vara ganska okontroversiellt, då det får anses följa av de grundläggande principerna. Exempel på detta är förbuden mot diskriminerande tekniska

---

<sup>151</sup> Treumer, 2006, s 84

<sup>152</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 12

specifikationer och kvalificeringsgrunder. Här ger meddelandet en ganska god vägledning och exemplifiering av de principer tilldelningen måste följa.

Annonseringskraven är svårare att bedöma. Dessa utgör ju positiva förpliktelser, och kan inte på samma sätt alltid direkt deduceras från principen om transparens. Här måste i min mening hänsyn tas till varför kontrakt under tröskelvärdena och oprioriterade tjänster är undantagna från direktivet. Anledningen härtill måste rimligen vara att dessa typer av kontrakt normalt är mindre intressanta för aktörer i andra medlemsstater. Detta är inte nödvändigtvis sant vad gäller FoU-tjänster, vilka kan vara av avsevärt värde. Det är i dessa fall nödvändigt att anpassa annonseringen efter tjänstens värde och natur. De riktlinjer som lyfts fram i tolkningsmeddelandet kan således inte appliceras direkt på alla FoU-tjänster. Exempelvis kan inte generellt sägas att annonsering i TED inte behöver ske. Istället kommer en upphandlande enhet vara tvungen att från fall till fall göra en bedömning av hur intressant avtalet kan vara för sökanden från andra medlemsstater, och med ledning av direktivet och tolkningsmeddelandet avgöra vad som är lämplig annonsering. Som Brown påpekar innebär proportionalitetsprincipen att annonseringen inte behöver gå längre än vad som krävs för att säkerställa ickediskriminering.<sup>153</sup>

Det kan således konstateras att upphandling av FoU-tjänster är ett område fyllt av såväl praktiska som legala frågetecken. Två praktiska problem får illustrera detta. För det första är frågan hur anbudsutvärdering skall göras. Som konstaterats ovan är en offentlig aktör enligt upphandlingsdirektivet skyldig att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Om undantagna forskningstjänster skall anses omfattas av principen om likabehandling följer därav att inkomna anbud skall behandlas lika. Dessutom torde den upphandlande enheten, även om ingen formell viktning av kriterier måste ske, pga. principen om transparens vara tvungen att ange metod och ungefärliga kriterier för bedömning. Det blir mot denna bakgrund svårt att hävda att kontraktet inte skall tilldelas den anbudsgivare som lämnat det bästa budet, vilket ofta torde vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Problemet är dock inte löst i och med detta konstaterande. En utvärdering av det ekonomiska värdet av ett anbud om forskningssamarbete kan vara väldigt svårt, och innefattar en rad osäkerhetsfaktorer: Hur stor är chansen att forskningen får det önskade resultatet? Vad är det ekonomiska värdet på ersättningen som den upphandlande enheten erhåller (t ex. del i framtida vinster, gratis licens)? I vilken mån är inkomna anbud likvärdiga? En omfattande analys av de inkomna anbuden blir här nödvändig.

För det andra är det idag relativt vanligt med avtalskonstruktioner som anger en alternativ leveranskälla eller fullgörandepart i det fall att en av parterna inte kan fullgöra sina skyldigheter. Sådana klausuler kan bli aktuella vid sådana långvariga projekt som forskningssamarbeten. Förekomsten av sådana s.k. ”step-in”-klausuler vid offentlig upphandling kan dock ifrågasättas.<sup>154</sup> Är sådana verkligen tillåtna? Är inte den upphandlande

<sup>153</sup> Brown, *Seeing through transparency...*, 2007, s 18

<sup>154</sup> Kommissionens grönbok om OPP, s 16

enheten tvungen att genomföra en ny upphandling istället? Samma problematik torde gälla t ex vid förlängning av avtalet. Således kan parternas avtalsfrihet i viss utsträckning vara begränsad, även vad gäller avtalsinnehållet.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Madell, 1998, s 158

# 4 Statsstöd

## 4.1 Inledning

Genom offentliga stöd kan marknadsaktörer placeras i mer fördelaktiga positioner gentemot konkurrenter från andra medlemsstater, varigenom konkurrensen på den gemensamma marknaden snedvrids. EG-rätten innehåller därför som bekant ett regelverk om otillåtna statsstöd, dvs. regler som förhindrar medlemsstaterna från att stödja nationella intressen och industri. Om reglerna om offentlig upphandling tar sikte på den offentliga aktören som beställare av varor eller tjänster så kan reglerna om statsstöd sägas begränsa möjligheterna att agera som investerare eller kreditgivare.<sup>156</sup> I detta avsnitt skall visas i vilken utsträckning reglerna om statsstöd tillåter offentligt FoU-stöd i allmänhet, och sådant stöd som sker inom ramen för offentlig-privata samarbeten i synnerhet.

### 4.1.1 Definition

Förbudet mot otillåtna statsstöd finns i artikel 87.1 EGF. För att ett agerande skall vara otillåtet måste fyra kriterier vara uppfyllda.

För det första måste stöd föreligga. Stödbegreppet definieras inte i fördraget, och har tolkats av domstolarna som agerande varigenom det mottagande företaget åtnjuter ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit vid normala marknadsvillkor.<sup>157</sup> Detta innefattar såväl positiva gynnanden, t ex bidrag, som lättnader av förpliktelser, t ex skattelättnader.<sup>158</sup> Syftet med åtgärden är irrelevant i detta sammanhang.<sup>159</sup> EG-domstolen har fastslagit att även offentliga aktörers delägarskap i privata bolag skall behandlas som lån eller bidrag,<sup>160</sup> om inte investeringen är av en sådan art att det är rimligt att anta att en privat vinstdrivande aktör hade gjort samma investering.<sup>161</sup> Detta ”marknadsaktörs-test” (förf. beteckning<sup>162</sup>) har även använts i ett vidare sammanhang, och kommer att diskuteras mer nedan.

För det andra måste stödet härröra direkt eller indirekt från statliga medel. Detta inbegriper såväl regionala offentliga aktörer<sup>163</sup> som andra offentliga eller privata aktörer som agerar för statens räkning.<sup>164</sup>

---

<sup>156</sup> Madell, 2007, s 45

<sup>157</sup> Mål C-39/94, *SFEI mot La Poste* [1996] REG I-3547, punkt 60

<sup>158</sup> Mål C-6/97, *Italien mot Kommissionen* [1999] REG I-2981

<sup>159</sup> Se t ex mål C-182 & 217/03, *Belgien mot kommissionen* [2006] ECR I-5479

<sup>160</sup> Mål 323/82, *Intermills SA mot kommissionen* [1984] REG 3809

<sup>161</sup> Mål C-142/87 R, *Belgien mot kommissionen* [1990] REG I-959

<sup>162</sup> På engelska ”Private investor principle”

<sup>163</sup> Se t ex *Intermills*

<sup>164</sup> Se t ex mål 57/86, *Kommissionen mot Grekland* [1988] REG 2855

För det tredje skall stödet snedvrída eller riskera att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion. Ett stöd snedvrider eller riskerar att snedvrída konkurrensen om en aktör genom stödet stärks i sin position gentemot andra aktörer på den relevanta marknaden.<sup>165</sup> Detta torde i många fall vara självklart. Ett bidrag eller skattelättnad innebär ju att mottagaren fått en fördelaktigare position på marknaden, varigenom konkurrensen snedvríds. Genom kravet på gynnande av visst företag eller produktion undantas sådana åtgärder som generellt gynnar all form av näringsverksamhet eller produktion i en medlemsstat.<sup>166</sup>

Slutligen måste stödet ha effekt på gemenskapshandeln. Några egentliga kvantitativa analyser behöver härvid inte göras, eftersom även ett mycket litet stöd kan förhindra utomstående aktörer från att penetrera marknaden.<sup>167</sup>

#### 4.1.2 Tillåtet stöd

Undantag från förbudet mot statsstöd finns i artikel 87.2 och 87.3 EGF. Det undantag som närmast kan bli relevant i detta sammanhang återfinns i 87.3.c, genom vilket undantas ”stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset”. Härigenom kan stöd vara tillåtet, om det visas vara förenligt med den gemensamma marknaden. Det är således i denna bedömning möjligt att ta hänsyn till ekonomiska analyser av stödets effekter.<sup>168</sup> Konsekvensen blir därmed att en avvägning skall göras mellan ett stöds positiva och negativa effekter, och kommissionen har formaliserat ett s.k. avvägningstest, som skall användas för att bedöma huruvida stödet är förenligt med den gemensamma marknaden.<sup>169</sup> Inledningsvis måste stödet ha ett klart definierat mål av allmänt intresse. Om så är fallet skall en bedömning göras huruvida stödet är utformat på ett sådant sätt att målet kan nås. Stödet måste utgöra en lämplig åtgärd, ha en stimulans effekt (dvs. förändra stöd-mottagarens agerande) och vara proportionellt. Avslutningsvis får stödet endast innebära en begränsad snedvrídning av konkurrensen, så att den sammanlagda avvägningen får ett positivt resultat.

Kommissionen har även utfärdat gruppundantag genom vilka vissa typer av stöd skall anses förenliga med den gemensamma marknaden, och därigenom inte vara anmälningspliktiga (se nedan). Ett i detta sammanhang relevant exempel är gruppundantaget för stöd till små och medelstora företag.<sup>170</sup> Genom detta undantas t ex stöd till investeringar upp till en viss procentnivå

---

<sup>165</sup> Mål 730/79, *Philip Morris Holland BV mot Kommissionen* [1980] REG 2671

<sup>166</sup> Hillger, 2003, s 125

<sup>167</sup> Mål C-280/00, *Altmark* [2003] REG I-7747, punkterna 77-82

<sup>168</sup> Doern, 2004, s 98

<sup>169</sup> Kommissionens handlingsplan för statligt stöd - Mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005-2009, KOM(2005) 107 slutlig version av den 7 juni 2005, punkterna 11 & 19-20.

<sup>170</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag, EGT L 10, 13.1.2001

(art 4). Numera undantas även vissa typer av stöd till FoU i sådana företag (art 5a-c).<sup>171</sup> Detta gruppundantag upphör dock att gälla 30 juni 2008.<sup>172</sup> Tanken är att dessa bestämmelser skall överföras (i modifierad form) till den föreslagna generella gruppundantagsförordningen för statsstöd<sup>173</sup>, vilken diskuteras utförligt nedan. Nämnas skall även gruppundantaget för stöd av mindre betydelse (de minimis) som undantar stöd understigande 200 000 euro under tre år.<sup>174</sup>

Reglerna i EG-fördraget om statsstöd bygger således i princip på en förbudsprincip, varifrån undantag kan göras i de fall som gemenskapsinstitutionerna tillåter. Inget hindrar därmed enskilda medlemsstater från att genom nationell lagstiftning ytterligare begränsa möjligheterna till offentligt stöd.<sup>175</sup>

### 4.1.3 Upplyningsplikten

Medlemsstater är enligt artikel 88.3 EGF skyldiga att innan stöd utbetalas meddela kommissionen om de åtgärder man tänker genomföra.<sup>176</sup> Om kommissionen anser att stödet inte är förenligt med den gemensamma marknaden kan den besluta att stödet inte får genomföras.<sup>177</sup> Fram till dess att kommissionen tagit ett beslut är, enligt artikel 88.3 sista meningen EGF, stödet genom en s.k. standstill-regel ”frost” och får inte realiseras.<sup>178</sup> Denna bestämmelse anses ha direkt effekt.<sup>179</sup> Förbudet mot att genomföra icke ännu godkända stödåtgärder skall förstås som att omfatta även fall då något meddelande inte gjorts till kommissionen.<sup>180</sup> Utevaror av ett sådant meddelande kan medföra att en stödåtgärd är otillåten.<sup>181</sup> För svenskt vidkommande kan konstateras att kommuner och landsting är skyldiga att till regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer lämna upplysningar om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning från kommissionens sida.<sup>182</sup>

---

<sup>171</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 364/2004 av den 25 februari 2004 om ändring av förordning (EG) nr 70/2001 för att utvidga tillämpningsområdet till att omfatta stöd till forskning och utveckling, EUT L 63, 28.2.2004, artikel 1.3.4

<sup>172</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 1976/2006 av den 20 december 2006 om ändring av förordningarna (EG) nr 2204/2002, (EG) nr 70/2001 och (EG) nr 68/2001 vad avser en förlängning av tillämpningsperioderna, EUT L 368, 23.12.2006, artikel 2

<sup>173</sup> Kommissionens tredje utkast till allmän gruppundantagsförordning inom området statligt stöd av den 28 februari 2008, (fortsättningsvis ”utkast till allmän gruppundantagsförordning”)

<sup>174</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT L 379, 28.12.2006

<sup>175</sup> Simonsson & Öberg, 2006, s 10

<sup>176</sup> Se även Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 (nu artikel 88) i EG-fördraget, EGT L 83, 27.3.1999, artikel 2.1

<sup>177</sup> Ibid. artikel 7.5

<sup>178</sup> Se även ibid. artikel 3

<sup>179</sup> Mål 120/73, *Gebüder Lorenz GmbH mot Tyskland* [1973] REG 1471.

<sup>180</sup> Hillger, 2003, s 128

<sup>181</sup> Mål C-354/90, *Federation Nationale du Commerce Extérieur* [1991] REG I-5505

<sup>182</sup> 6 § Lagen om tillämpningen av EG:s konkurrens- och statsstödsregler (1994:1845)

## 4.2 Statsstöd och upphandling

Som konstaterats tidigare i denna uppsats torde ett offentlig-privat forskningssamarbete normalt innebära ett tilldelande av ett offentligt kontrakt, även om det är undantaget från upphandlingsdirektivet. Det bör därför utredas i vilken mån ett sådant tilldelande kan innebära stöd. Offentliga kontrakt har historiskt sett ofta fungerat som verktyg för medlemsstaterna att i protektionistiskt syfte stödja nationell industri.<sup>183</sup> Sådant agerande överensstämmer naturligtvis inte med idén om den gemensamma marknaden, och Förstainstansrätten fastslog också i *BAI* att ett tilldelande av ett offentligt kontrakt således kan utgöra otillåtet statsstöd.<sup>184</sup> Att det är fråga om reciproka avtal utesluter inte att ersättningen kan utgöra stöd, eftersom stödet inte behöver bestå i en ren benefik transaktion av offentliga medel.<sup>185</sup> Eftersom det är effekten av agerandet som är avgörande kan en upphandlande enhet inte framgångsrikt hävda att syftet med kontraktet endast varit att införskaffa varor eller tjänster.<sup>186</sup>

För att utreda om ett avtal innebär stöd gör domstolarna en bedömning av huruvida avtalet hade ingåtts under normala kommersiella förhållanden.<sup>187</sup> ”Marknadsaktörs-testet” har, som ovan påpekats, traditionellt använts för att bedöma offentliga aktörers direkta investeringar i privata företag, men i *BAI* använde sig Förstainstansrätten för första gången av denna modell vid bedömningen av ett köpförhållande.<sup>188</sup> I målet förklarades två typer av agerande innebära offentligt stöd. För det första skall ersättningar som överstiger marknadspriset för upphandlingsföremålet betraktas som stöd. Stödet utgörs i sådana fall av skillnaden mellan marknadspriset och den faktiska ersättningen.<sup>189</sup> För det andra skall tilldelandet av ett offentligt kontrakt även anses utgöra stöd om den upphandlande enheten helt eller delvis saknar behov av kontraktets föremål. Ett sådant avtal kan inte ses som en normal kommersiell transaktion.<sup>190</sup> Under normala marknadsförhållanden hade en privat aktör inte införskaffat en vara eller tjänst som denne saknade behov av.

I sin bedömning huruvida ett tilldelande av kontrakt är en normal kommersiell transaktion verkar kommissionen ta hänsyn till huruvida upphandlingsreglerna efterlevts.<sup>191</sup> Ett tilldelande som skett i enlighet med reglerna i direktivet torde rimligen normalt anses uppfylla kravet på att vara en normal kommersiell transaktion.<sup>192</sup> Dessa regler syftar ju till att maximera pris konkurrensen och tvingar den upphandlande enheten att anta

---

<sup>183</sup> Bovis, 2006, s 33f

<sup>184</sup> Mål T-14/96, *Bretagne Angleterre Irland (BAI) mot kommissionen* [1999] REG II-139

<sup>185</sup> *Ibid.* punkt 71

<sup>186</sup> Hillger, 2003, s 111

<sup>187</sup> *BAI*, punkt 72

<sup>188</sup> Trepte, 2007, s 56

<sup>189</sup> Hillger, s 112

<sup>190</sup> *BAI*, punkt 80.

<sup>191</sup> Kommissionens beslut 2000/513/EG, *Stardust Marine*, EGT L 206/6, punkt 62

<sup>192</sup> Stempkowski & Dischendorfer, 2002, s 47ff

det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Den motsatta slutsatsen, att förfaranden som skett i strid med upphandlingsreglerna automatiskt skulle innebära stöd, kan däremot inte dras. Tilldelandet kan bara utgöra stöd om regelbrottet innebär att kontraktet inte tilldelats sökanden med det mest ekonomiskt fördelaktiga budet.<sup>193</sup> Kommissionen har kommenterat förhållandet mellan förkommersiell upphandling och statsstöd särskilt, och har i enlighet med vad som sagts ovan förklarat att förkommersiell upphandling som skett i enlighet med direktivet och på marknadsmässiga grunder skall presumeras inte innebära stöd.<sup>194</sup>

Det andra kravet, att stödet ska ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, skall inte diskuteras i någon större utsträckning här. Som ovan konstaterats omfattas i princip alla regionala offentliga aktörer.

Helt generella gynnanden, som träffar all produktion eller näringsverksamhet i ett land, omfattas som ovan påpekats inte av artikel 87.1. Ett tilldelande av ett offentligt kontrakt torde dock aldrig kunna utgöra ett sådant undantaget gynnande, då tilldelning av princip sker i enskilda situationer, och inte genom generella åtgärder.<sup>195</sup> Som ovan konstaterats ligger det generellt i stödets natur att verka snedvridande på konkurrensen, och att detta kriterium är uppfyllt om en aktör genom stödet stärkts i sin position gentemot andra aktörer på den relevanta marknaden. Något undantag gäller inte vid tilldelning av offentliga kontrakt. Mottagaren anses ha stärkts om stödet möjliggjort för denne att utöka sin ekonomiska aktivitet eller förhindrat att denne måste minska sin ekonomiska effektivitet. Ett sådant konstaterande får dock endast göras efter en analys av den aktuella marknaden.<sup>196</sup>

Vad gäller kravet på påverkan på gemenskapshandeln kan hävdas att de grundläggande EG-rättsliga principerna om fri rörlighet i stor utsträckning har undanröjt de barriärer som funnits mellan nationella marknader. En aktör som blir tilldelad ett offentligt kontrakt befinner sig således normalt i en konkurrenssituation som innefattar aktuella och potentiella konkurrenter från olika medlemsstater, vilka kan leverera de varor och tjänster som kontraktet omfattar. Därmed torde det generellt kunna sägas att ett agerande som medför snedvridning på en marknad normalt även medför snedvridning på den gemensamma marknaden.<sup>197</sup> Som ovan konstaterats har emellertid kommissionen genom ett gruppundantag förklarat att stöd under en viss nivå inte skall anses påverka gemenskapshandeln. Detta gäller naturligtvis även då stödet skett genom ett tilldelande av ett offentligt kontrakt.

---

<sup>193</sup> Hillger, 2003, s 120

<sup>194</sup> Draft Preliminary Paper on Pre-commercial Public Procurement, s 7

<sup>195</sup> Hillger, 2003, s 126f

<sup>196</sup> Se mål 296 and 318/82, *Leeuwarder Papierwarenfabriek BV* [1985] REG 809, punkt 24

<sup>197</sup> Hillger, 2003, s 127



## 4.3 FoU och tillåtna statsstöd

Som påpekats ovan är dock vissa typer av statsstöd tillåtna. Precis som reglerna för offentlig upphandling är statsstödsreglernas tillämpning på FoU färgad av gemenskapens innovationssträvanden. Kommissionen verkar anse att statsstöd bör accepteras i en vidare utsträckning inom ramen för FoU än vad som annars är fallet. Samtidigt framhålls att medlemsstaterna skall eftersträva ”mindre och bättre riktat stöd”.<sup>198</sup> Dessa båda grundläggande uppfattningar har kommit till uttryck i två rättsakter, den föreslagna gruppundantagsförordningen och de rambestämmelser som kommissionen presenterade 2006. Både dessa rättsakter kommer att granskas nedan. Det är viktigt att understryka skillnaden mellan dem. Medan gruppundantaget anger i vilka fall meddelandeplikten bortfaller utgör rambestämmelserna de principer som kommissionen kommer att tillämpa i sin bedömning av ett meddelat stöd. Rambestämmelserna syftar således till att komplettera den föreslagna gruppundantagsförordningen. De innebär ingen ändring i skyldigheten att meddela stödåtgärder till kommissionen, utan syftet är snarare att medlemsstaterna med hjälp av dem enklare skall kunna utforma tillåtna åtgärder.<sup>199</sup> Denna skillnad i syfte förklarar de materiella skillnader som finns mellan rättsakterna.

### 4.3.1 Gruppundantagsförordningen

Giltighetstiden för det i skrivande stund gällande gruppundantaget för små och medelstora företag går snart ut, varför detta inte kommer därför att diskuteras här. Som ovan konstaterats har kommissionen presenterat ett utkast till en allmän gruppundantagsförordning gällande statsstöd. Det torde också med fog kunna förutsättas att den nya gruppundantagsförordningen kommer att börja tillämpas inom en överskådlig framtid. Det skall dock påpekas att mindre ändringar fortfarande kan ske, och att artiklar kan komma att få nya nummer i den slutgiltiga förordningen. Den stora förändringen består i att undantagen som idag endast gäller för små och medelstora företag till viss del även utsträcks till aktörer som inte uppfyller dessa kriterier, samt att även stöd till innovation numera omfattas av gruppundantaget. Övriga materiella ändringar som gjorts rörande FoU är influerade av de nedan beskrivna rambestämmelserna.<sup>200</sup>

Inledningsvis skall noteras att alla stödåtgärder som genomförs med stöd av förordningen måste publiceras, och att de åtgärder som uppfyller villkoren i förordningen endast är undantagna om de uttryckligen hänvisar till den.<sup>201</sup> Stödåtgärderna förses även med identifikationsnummer. På detta vis kan alla

---

<sup>198</sup> Se Kommissionens meddelande KOM(2006)502 slutlig version av den 13 september 2006 - Kunskap i praktiken: en brett upplagd innovationsstrategi för EU, s 10f

<sup>199</sup> New State Aid Framework For R&D&I Adopted, EU Focus 2006, 200, s 22

<sup>200</sup> Ibid. s 25

<sup>201</sup> Utkast till allmän gruppundantagsförordning, artiklarna 3 & 9

intressenter enkelt kontrollera om kommissionen informerats om en viss åtgärd.<sup>202</sup>

Gruppundantaget är endast tillämpligt på stöd under vissa tröskelvärden. Tröskelvärdena för stöd till FoU har bestämts till 20 miljoner euro för projekt som huvudsakligen består av grundforskning, 10 miljoner euro om projektet består av industriell forskning och 7,5 miljoner euro för övriga projekt.<sup>203</sup> Vidare undantas, i enlighet med avvägningstestet angivet ovan, endast stöd som har en stimulanseffekt, dvs. innebär att mottagaren kommer att genomföra projekt som denne inte skulle ha genomfört på samma sätt utan stödet.<sup>204</sup> Stöd till små och medelstora företag skall automatiskt presumeras ha en stimulerande effekt om mottagaren lämnat in stödansökan innan projektet påbörjades.<sup>205</sup> För att stöd skall vara undantaget krävs även att det är genomsynligt.<sup>206</sup> Exempel på genomsynligt stöd är bidrag, räntesubventioner och lån. Däremot anses inte stöd i form av kapitaltillförsel vara genomsynligt.

De generella tillåtna stödnivåer som gäller för FoU-projekt är 100 % för grundforskning, 50 % för industriell forskning och 25 % för experimentell utveckling.<sup>207</sup> Andra typer av FoU-projekt täcks inte av gruppundantaget. Dessa grundläggande stödnivåer är högre för små (20 procentenheter extra) och medelstora (10 procentenheter extra) företag.<sup>208</sup> Relevant i detta sammanhang är även att en ”bonus” på 15 procentenheter (upp till en maximal nivå på 80 %) får beviljas om projektet innebär ett faktiskt samarbete mellan ett företag och en forskningsorganisation, om forskningsorganisationen står för minst 10 % av de stödberättigade projektkostnaderna och har rätt att offentliggöra resultatet från forskningsprojektet i den mån det härrör från forskning som denna part har genomfört.<sup>209</sup> Definitionen av en forskningsorganisation är av avsevärt intresse, då både gruppundantagsförordningen och kommissionens rambestämmelser gör särskilda undantag för samarbeten mellan företag och sådana forskningsorganisationer. En forskningsorganisation definieras i förordningen som en enhet, oavsett rättslig status eller finansiering, vars främsta syfte är att bedriva grundforskning, industriell forskning eller experimentell utveckling och att sprida sina resultat genom undervisning, publikationer eller tekniköverföring. All eventuell vinst skall återinvesteras i verksamheten eller i spridning av resultaten. Företag som utövar ett inflytande på organisationen skall inte ha något företräde till forskningsresurserna eller till de resultat den uppnår.<sup>210</sup> Samma definition återfinns i rambestämmelserna (se nedan).<sup>211</sup>

---

<sup>202</sup> Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation, September 2007, punkt 41

<sup>203</sup> Utkast till allmän gruppundantagsförordning, artikel 6

<sup>204</sup> Ibid. artikel 8.1.

<sup>205</sup> Ibid. artikel 8.2.

<sup>206</sup> Ibid. artikel 5

<sup>207</sup> Ibid. artikel 28.3

<sup>208</sup> Ibid. artikel 28.4 a

<sup>209</sup> Ibid. artikel 28.4 b

<sup>210</sup> Ibid. artikel 27(a)

<sup>211</sup> Kommissionens rambestämmelser om stöd till FoU, punkt 2.2.d

Särskilda (högre) tillåtna stödnivåer gäller enligt artiklarna 29, 30 & 32 för tekniska genomförbarhetsstudier, små och medelstora företags kostnader för industriellt rättsskydd samt till nystartade innovativa företag. De typer av kostnader som får ligga till grund för stödnivåerna anges i artikel 28.5. Som stödberättigade kostnader räknas t ex kostnader för personal, forskningsutrustning, kontraktsforskning, tekniskt kunnande och patent, samt övriga omkostnader som uppkommit som en följd av projektet.

### 4.3.2 Rambestämmelserna

I de av kommissionen presenterade rambestämmelserna rörande stöd till FoU fastslås att man, mot bakgrund av Lissabonstrategin, inte anser att FoU-satsningarna inom gemenskapen är tillräckliga.<sup>212</sup> Rambestämmelserna skall ses som ett försök att åtgärda detta. Samtidigt uttalar kommissionen bestämt att stöd endast får användas då de positiva effekterna är större än de negativa, och att statsstöd inte skall ses som någon universallösning.<sup>213</sup> Rambestämmelserna trädde i kraft 1 januari 2007, och är avsedda att gälla för allt stöd som anmäls till kommissionen, alltså även i de fall då medlemsstaten väljer att anmäla ett stöd som understiger tröskelvärdena, och därför skulle ha omfattats av gruppundantaget. De kommer också att tillämpas på stöd som inte anmälts.<sup>214</sup> Av särskilt intresse är de utökade möjligheterna att ge stöd, inte bara till FoU, utan även till innovation (t ex stöd till testproduktion).<sup>215</sup> Förändringen innebär en avsevärt ökad möjlighet att stödja projekt längre fram i processen.<sup>216</sup>

Inledningsvis innehåller rambestämmelserna en specificering av det ovan beskrivna avvägningstestet. Det konstateras först att stödet måste vara avsett att avhjälpa ett klart definierat marknadsmisslyckande. Kommissionen nämner specifikt de marknadsmisslyckanden som skall åtgärdas genom utökade och förenklade undantag för stöd till FoU.<sup>217</sup> Vad gäller lämplighet påminns medlemsstaterna om att det i olika situationer kan finnas andra verktyg som är mer lämpliga än stöd för att främja FoU.<sup>218</sup> Återigen uppmanas medlemsstaterna att klart identifiera det marknadsmisslyckande som skall åtgärdas, för att på så sätt kunna avgöra om stöd är en lämplig åtgärd. Avslutningsvis påminns om att stöd måste vara nödvändigt, ha stimulerande effekt samt vara proportionerligt.<sup>219</sup> Stödets positiva effekter måste vara större än de negativa, dvs. snedvridningen av konkurrensen.

Vissa typer av förhållanden kommer enligt rambestämmelserna över huvud taget inte att betraktas som stöd. De i sammanhanget relevanta fallen är

---

<sup>212</sup> Kommissionens rambestämmelser om stöd till FoU, punkt 1.2

<sup>213</sup> Ibid. t ex punkterna 1.2 och 1.3.3.

<sup>214</sup> Ibid. punkterna 1.2. och 7.1.

<sup>215</sup> Ibid. punkterna 1.2. och 2.2.g

<sup>216</sup> Pre-commercial procurement of innovation , s 16

<sup>217</sup> Kommissionens rambestämmelser om stöd till FoU, punkt 1.3.2

<sup>218</sup> Ibid. punkt 1.3.3

<sup>219</sup> Ibid. punkterna 1.3.3. - 1.3.4.

kontraktsforskning och forskningssamarbete mellan företag och forskningsorganisationer. Stöd skall i dessa fall inte anses ha utgått om en privat vinstdrivande aktör hade agerat likadant. Vid kontraktsforskning som utförs av en forskningsorganisation på uppdrag av ett företag skall stöd normalt inte anses utgå om forskningsorganisationen utför tjänsten till marknadspris alternativt till ett pris som avspeglar de verkliga kostnaderna plus en rimlig marginal.<sup>220</sup> Forskningssamarbete mellan företag och forskningsorganisationer definieras i rambestämmelserna som projekt där minst två parter deltar i utformningen av projektet, bidrar till genomförandet och delar på risken och resultatet.<sup>221</sup> Sådant samarbete skall inte anses medföra stöd om 1) det deltagande företaget står för hela kostnaden, 2) resultatet av forskningen kan komma att spridas fritt, och eventuella immaterialrättigheter helt och hållet tilldelas forskningsorganisationen, eller 3) företaget kompenserar forskningsorganisationen motsvarande marknadspriset för de resulterande immaterialrättigheterna som tillfaller företaget, minus de egna forskningskostnaderna. Kommissionen anser att det sistnämnda kravet är uppfyllt om forskningsorganisationen i egenskap av säljare har försökt förhandla fram maximala fördelar. Även om inte något av villkoren är uppfyllda kan kommissionen ändå besluta att stöd inte utgått om immaterialrättigheter samt rätten att använda sig av dessa fördelas efter intresseområde, arbetsinsats och ekonomiska och andra bidrag till projektet.

Som ovan påpekats kan samarbeten som ändå medför stöd vara undantagna enligt artikel 87.3. Vilka slags stöd som skall vara undantagna är angivet i rambestämmelsernas kapitel 5. De generella tillåtna stödnivåerna motsvarar de som angivs i gruppundantagsförordningen (ovan).<sup>222</sup> Detsamma gäller stödberättigade kostnader.<sup>223</sup> Stöd utöver de generella stödnivåerna kan, förutom i de fall som omfattas av gruppundantaget, t ex ges för att hyra in kvalificerad personal och till innovationsrådgivningstjänster. Som ovan påpekats är gruppundantagsförordningen inte tillämplig på rena kapitaltillskott. Någon motsvarande princip finns inte i rambestämmelserna.

För att stödet skall vara undantaget krävs som ovan konstaterats att det har en faktiskt stimulerande effekt. För att en sådan stimulerande effekt skall anses föreligga kan inte FoU-projektet ha inletts när ansökan om stöd görs.<sup>224</sup> En stimulerande effekt skall automatiskt anses vara för handen i vissa fall, t ex om stödet ges till små eller medelstora företag och understiger 7,5 miljoner euro, om stödet ges till sådana företag för att täcka kostnader för immaterialrättigheter eller om det utgör stöd till nystartade innovativa företag. I övriga fall måste den anmälande medlemsstaten kunna påvisa en stimulerande effekt.

Stöd som understiger vissa tröskelvärden (motsvarande de inom vilka gruppundantaget är tillämpligt) antas inte snedvrیدا konkurrensen i någon

---

<sup>220</sup> Ibid. punkt 3.2.1

<sup>221</sup> Kommissionens rambestämmelser om stöd till FoU, punkt 3.2.2

<sup>222</sup> Ibid. punkterna 5.1.2 och 5.1.3

<sup>223</sup> Ibid. punkt 5.1.4

<sup>224</sup> Ibid. kapitel 6

större utsträckning.<sup>225</sup> Stöd som överstiger tröskelvärdena kommer däremot att mera ingående granskas, och avvägningstestet måste visa ett positivt resultat för att stödet skall tillåtas. Detaljgranskningens syfte är enligt kommissionen att säkerställa att stöd som uppgår till mycket höga belopp inte snedvrider konkurrensen i sådan utsträckning att gemenskapsintresset skadas, och skall tillförsäkra att fördelarna med stödet väger tyngre än skadan på konkurrens och handel.<sup>226</sup> Hur kommissionen kommer att väga fördelar och nackdelar mot varandra och vilka omständigheter som tas hänsyn till beskrivs utförligt i rambestämmelsernas kapitel 7. Presentationen torde vara till stor hjälp för att i förväg avgöra hur kommissionen kommer att bedöma en viss åtgärd. Rambestämmelserna kan därmed även sägas syfta till att ge kommissionen bättre kontroll över statsstöd, då de tillåter en fokusering på sådana fall som mest troligt innebär snedvridning av konkurrensen.<sup>227</sup>

## 4.4 Sammanfattande slutsatser

Som visats i denna uppsats tillämpar kommissionen och EG-domstolen ett ”marknadsaktörs-test”, innebärande att offentliga aktörers agerande som överensstämmer med hur en vinstdrivande privat aktör hade agerat i samma situation inte kan utgöra stöd. Att upphandlingsreglerna följts ses av kommissionen som ett tecken på att kontraktet tilldelats på marknads-mässiga grunder. Kontrakt som tilldelas på ett sätt som inte följer reglerna i direktivet löper därmed en större risk att fångas av artikel 87.1. En av fördelarna med att hålla sig inom reglerna för offentlig upphandling verkar därmed vara att risken att tilldelandet av kontraktet uppfattas som stöd enligt artikel 87.1 blir minimal.

Det kan konstateras att tilldelande av offentliga kontrakt inte på något sätt är undantaget från reglerna från statsstöd. Tvärtom synes dessa beslut, i den mån de inte kan visas utgöra normala kommersiella transaktioner, löpa en avsevärd risk att fångas av artikel 87.1. Konsekvensen blir därmed att FoU-stöd inte framgångsrikt kan ”maskeras” genom offentlig-privat samarbete. Hillger menar trots detta att reglerna om statsstöd sällan uppmärksammas vid bedömningen huruvida ett offentligt kontrakt tilldelats i enlighet med EG-rätten.<sup>228</sup> Istället ligger i princip allt fokus på reglerna om offentlig upphandling. Detta kan, med hänsyn till vad som påpekats ovan, få stora konsekvenser för en upphandlande enhet. Det har visserligen konstaterats att upphandling i enlighet med upphandlingsdirektivet löper mycket liten risk att betraktas som statsstöd. Så är emellertid inte nödvändigtvis fallet för kontrakt som inte omfattas av direktivet, och därför inte tilldelas i enlighet med dem. En upphandling som inte meddelats till kommissionen, i övertygelsen att det inte utgör stöd, riskerar att förklaras ogiltig, även om kommissionen vid en granskning kanske hade godkänt den. Att artikel 88.3

---

<sup>225</sup> Ibid. punkterna 1.4. & 7.1.

<sup>226</sup> Ibid. punkt 7.1.

<sup>227</sup> New State Aid Framework For R&D&I Adopted, EU Focus 2006, 200, s 24

<sup>228</sup> Hillger, s 109

sista meningen har direkt effekt innebär som bekant att den kan åberopas i nationella domstolar, av t ex konkurrenter till den aktör till vilken kontraktet tilldelats.

Mot bakgrund av ovanstående är en offentlig aktör som ingår ett offentlig-privat forskningssamarbete tvungen att ta hänsyn till reglerna om statsstöd, och bedömningen huruvida utformningen av ett samarbete är i tillåten görs i tre steg. För det första skall agerandet inte anses innefatta stöd om en privat investerare hade agerat likadant. Detta kriterium är uppfyllt om samarbetet ingåtts på marknadsmässiga villkor, vilket presumeras vara fallet om kontraktet upphandlats enligt reglerna i direktivet. Om så inte är fallet, och agerandet skall anses utgöra stöd, skall det meddelas till kommissionen, förutsatt att inte stödet är tillåtet enligt gruppundantagsförordningen. Stöd som faller utanför gruppundantagsförordningen skall prövas individuellt av kommissionen, som väger de positiva effekterna av samarbetet mot de negativa. Grunderna för kommissionens bedömning anges i rambestämmelserna.

Genom de av kommissionen utgivna rambestämmelserna (och det ännu ej antagna gruppundantaget) ges medlemsstaterna långtgående möjligheter att stödja FoU i företag. Sammanfattningsvis kan konstateras att dessa rättakter tydligt skiljer på olika typer av FoU-verksamhet, och tillåter högre stödnivåer tidigare i innovationsprocessen. Ju närmare kommersialisering tekniken är, desto lägre stöd är tillåtet. Särskilt skall uppmärksammas det extra stöd som är tillåtet till små och medelstora företag och specialreglerna för forskningsorganisationer. Samarbeten som inbegriper de senare är extra stödberättigade, och skall i vissa fall inte betraktas som stöd över huvud taget. Definitionen är dock snävt utformad, och torde främst omfatta universitet.

Avslutningsvis skall noteras att reglerna om statsstöd i mångt och mycket är präglade av en strävan efter transparens. Som ovan konstaterats riskerar ett icke-anmält stöd att betraktas som otillåtet. En stödåtgärd som inte faller under gruppundantaget måste anmälas individuellt till kommissionen, innebärande såväl tidsåtgång som risk för att det skall underkännas. Även stöd som faller under gruppundantaget måste dock publiceras. En offentlig aktör måste således mycket noggrant utvärdera huruvida en viss åtgärd kan anses innefatta stöd, innan den genomförs.

# 5 Kommunal kompetens

## 5.1 Inledning

Offentliga aktörer är, i en helt annan utsträckning än privata, begränsade av lagar och förordningar som anger deras befogenheter och kompetens. En offentlig aktör kan således inte agera inom vilket fält som helst, utan endast inom de ramar som dess uppgift anger. I detta avsnitt behandlas i vilken mån de kompetensbegränsande reglerna tillåter kommuner och landsting att ägna sig åt offentlig-privata forskningssamarbeten.<sup>229</sup> I Sverige gäller principiellt kommunalt självstyre enligt RF 1 kap 1 §. Kommuner och landsting är ändå begränsade i sin kompetens, vilken regleras genom Kommunallagen (KL). Med beteckningen ”kommun” nedan skall således förstås såväl kommun som landsting.

Inledningsvis skall konstateras att kommuner och landsting idag bedriver relativt omfattande FoU i egen regi. SCB:s undersökningar av FoU-utgifter för 2005 visar att kommuner och landsting under detta år investerade 3,2 mdkr på egen FoU.<sup>230</sup> Landstingens FoU-verksamhet, vilken i princip uteslutande är inriktad på hälso- och sjukvård, stod för den absolut övervägande majoriteten. Detta område avhandlas separat i 5.4.1 nedan.

Offentlig-privata forskningssamarbeten behandlas inte i KL. Någon specifik kompetensregel gällande kommuners möjlighet att stödja eller bedriva FoU finns inte heller i lagtexten. Istället får en bedömning göras enligt de allmänna kompetensprinciperna. Kommunen har rätt att bedriva fakultativ verksamhet, dvs. sådan som man inte är tvungen att tillhandahålla, inom ramen för den allmänna kompetensen.<sup>231</sup> Grunden för den allmänna kompetensen är existensen av ett allmänintresse. Om ett sådant kan anses finnas skall verksamheten därefter prövas mot de kompetensbegränsande principerna, vilka anger den yttre ramen för kommunens handlingsfrihet.<sup>232</sup> Förutsatt att verksamheten faller inom den kommunala kompetensen finns dessutom en rad principer som begränsar kommunens rätt att ingå avtal. I detta sammanhang skall självkostnadsprincipen diskuteras.

I syfte att anpassa kompetensen till samhällsutvecklingen lades en ny utredning rörande den kommunala kompetensen fram under 2007.<sup>233</sup> En av de samhällsförändringar som ansågs föranleda en sådan utredning var den

---

<sup>229</sup> För andra offentliga aktörer är kompetensen begränsad genom motsvarande regelverk. Dessa kommer dock inte att tas upp i detta sammanhang. Det bör även noteras att kompetensen för en stor del av den verksamhet som kommunerna bedriver regleras i diverse speciallagstiftning, vilken med undantag för regleringen i HSL inte kommer diskuteras här.

<sup>230</sup> Forskning och utveckling i kommuner i landsting samt FoU i lokala och regionala FoU-enheter, SCB Statistiska meddelanden UF 11 SM 0701

<sup>231</sup> Madell, 1998, s 167f

<sup>232</sup> Bohlin, 2007, s 87

<sup>233</sup> SOU 2007:72 s 56

ökande samverkan mellan offentligt och privat.<sup>234</sup> I utredningen förs en diskussion om kommuners kompetens att bedriva forskning.<sup>235</sup> Denna diskussion, som ännu inte resulterat i någon ändring i lagstiftningen, behandlas sist i detta kapitel.

## 5.2 Allmänintresset

Utgångspunkten för den allmänna kommunala kompetensen kommer till uttryck i 2 kap 1 § KL: ”Kommuner och landsting får själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.”

Huvudregeln är således att en verksamhet skall anses ligga inom den kommunala kompetensen om det med hänsyn till arten av denna är av allmänt intresse att verksamheten utförs. En angelägenhet som är gemensam för alla eller en majoritet av kommuninvånarna faller därmed innanför den kommunala kompetensen. Allmänintresset är dock inte beroende av några absoluta kvantitativa beräkningar, varför ett allmänintresse kan anses föreligga även om verksamheten endast gynnar en begränsad del av kommunens invånare.<sup>236</sup> Som en yttersta nedre gräns gäller dock att verksamheter som endast gynnar specifika enskilda intressen inte är kompetensliga, eftersom understöd till enskilda som huvudregel inte får lämnas utan direkt stöd i lag.<sup>237</sup>

Bedömningen huruvida en viss kommunal verksamhet anses falla inom allmänintresset skall enligt förarbetena göras med hänsyn till verksamhetens lämplighet, ändamålsenlighet, skälighet osv.<sup>238</sup> Några absoluta vägledande principer är däremot svåra att finna, och det är generellt svårt att i förhand bedöma vilka verksamheter en domstol kommer anse falla under allmänintresset.<sup>239</sup> I de allra flesta fall torde någon form av allmänintresse kunna anföras ha anknytning till den aktuella verksamheten. Den avgörande frågan blir istället huruvida någon kompetensbegränsande princip är applicerbar på verksamheten.

## 5.3 Kompetensbegränsande principer

Det räcker således inte med att kunna visa på ett allmänintresse för att en viss verksamhet skall anses kompetenslig. Som ovan nämnts finns i KL ett flertal kompetensbegränsande principer. Dessa anger fält inom vilka kommunen inte får lov att agera. De principer som närmast är aktuella i

---

<sup>234</sup> Ibid. s 62

<sup>235</sup> SOU 2007:72 s 192ff

<sup>236</sup> Bohlin, s 85

<sup>237</sup> Lindquist, 2005, s 62

<sup>238</sup> Prop. 1990/91:117 s 148

<sup>239</sup> Madell, 1998, s 181



detta sammanhang är förbudet mot spekulativ näringsverksamhet och förbudet mot stöd till enskild näringsidkare, som återfinns i KL 2 kap 7 § respektive 8§. Båda paragraferna tillkom vid 1991 års kommunallagsreform, men är i huvudsak kodifiering av gällande praxis.<sup>240</sup> I 5.3.3 nedan diskuteras även övriga begränsande principer som aktualiseras.

### 5.3.1 Åtgärder till stöd för näringsverksamhet

KL anses vila på den principen att det är staten som sörjer för den allmänna näringslivspolitik. <sup>241</sup> En kommun kan ändå enligt KL 2 kap 8 § 1st vidta sådana åtgärder som är allmänt ägnade att främja näringslivet i kommunen. Bedömningen huruvida en åtgärd skall anses innebära ett generellt eller individuellt stöd skall enligt Madell göras utifrån en rimlighetsbedömning mellan kommunens bidrag och det förväntade slutresultatet.<sup>242</sup> Exempel på åtgärder som i praxis ansetts allmänt främja näringslivet är tillhandahållande av mark till näringslivet för dess lokaler<sup>243</sup> och bidrag till den lokala företagarföreningen till en kampanj för att stimulera nyföretagande i regionen<sup>244</sup>. Den här typen av åtgärder, som syftar till att förenkla nyföretagande och företagsetablering i en kommun eller region, är idag mycket vanliga. Precis som den nya kompetensutredningen uttrycker det finns det idag ”knappast någon kommun som inte är engagerad i arbetet med näringslivsfrågor”.<sup>245</sup>

Att åtgärderna ”allmänt” skall främja näringslivet innebär att stöd till enskilda näringsidkare endast i undantagsfall är tillåtet. Detta stadgas i KL 2 kap 8 § 2st, vari föreskrivs att synnerliga skäl krävs för att sådant stöd skall vara kompetensenligt.

Vad som kan anses utgöra synnerliga skäl är inte helt klart. Endast ett fåtal rättsfall finns som kan belysa rättsläget. I RÅ 1993 ref. 98 hade en kommun undertecknat ett borgensåtagande i samband med en rekonstruktion av ett privat bolag i syfte att förbättra sysselsättningsläget i regionen. KamR upphävde beslutet, och i domen (som fastställdes blankt av RegR) anfördes att kommunen inte visat att åtgärden skulle ha sådana positiva effekter att kravet på synnerliga skäl var uppfyllt. Samma slutsats nåddes i RÅ 2000 ref. 1, som gällde ett kommunalt borgensåtagande för ett lån till ett offentligt utvecklingsbolag (som lämnade stöd till privata näringsidkare) i syfte att skapa arbetstillfällen. Sammantaget kan dessa rättsfallen anses ge ett klart uttryck för den tunga bevisbörda som åvilar kommunen att visa att synnerliga skäl föreligger.<sup>246</sup> Exempel på när stöd till enskild näringsverksamhet skulle vara kompetensenligt är sparsamma i såväl förarbeten

---

<sup>240</sup> Lindquist, s 255

<sup>241</sup> SOU 2007:72 s 216

<sup>242</sup> Madell, 1998, s 183

<sup>243</sup> RÅ 1976 Ab 154

<sup>244</sup> RÅ 1978 Ab 486

<sup>245</sup> SOU 2007: 72 s 216

<sup>246</sup> Lindquist, s 288

som praxis. Den nya kompetensutredningen ger exemplet att viktig enskild verksamhet (t ex en bensinstation) riskerar att upphöra i en glesbygd.<sup>247</sup>

Avslutningsvis skall även konstateras att stödbegreppet i KL, i jämförelse med det ovan beskrivna stödbegreppet i artikel 87.1. EGF, är förhållandevis utvecklat.<sup>248</sup> Stödbegreppet i KL är inte heller uttryckligen kopplat till det i EGF.

### 5.3.2 Förbud mot spekulativ företagsamhet

Ovan har beskrivits i vilken mån kommunen kan understödja näringslivet i stort respektive enskilda näringsidkare. Från denna situation skall skiljas kommunens möjlighet att själv agera på den allmänna marknaden i konkurrens med privata företag. All sådan näringsverksamhet som bedrivs av kommunen måste uppfylla kraven i KL 2 kap 7 §: ”Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.”

Kommunal näringsverksamhet skall således ske utan vinstsyfte, vilket även kan uttryckas som ett förbud mot att bedriva spekulativ näringsverksamhet. Denna regel innebär dock inte något absolut vinstförbud för kommunala verksamheter. Snarare innebär den ett förbud mot att verksamhet drivs med det huvudsakliga syftet att vara vinstdrivande.<sup>249</sup> En viss osäkerhetsmarginal anses acceptabel.<sup>250</sup> Förbudet mot att driva spekulativa företag motiveras traditionellt med att kommunal förvaltning är något principiellt väsenskiilt från privat näringsverksamhet, och att de samhällsliga ingripanden som kan behövas i näringslivet hör till riksangelägenheterna.<sup>251</sup>

En viktig distinktion måste i detta hänseende göras mellan kommunal verksamhet inom å ena sidan *sedvanlig kommunal affärsverksamhet* (exempelvis bostadsbolag, parkeringsanläggningar, reningsverk m.m.) och å andra sidan *det egentliga näringslivet*.<sup>252</sup> Kommunens möjligheter att bedriva verksamhet inom det senare området, dvs. som en vanlig aktör på en konkurrensutsatt marknad, är ytterst begränsade.<sup>253</sup> Viss sådan verksamhet har dock accepterats av domstolarna, i de fall då den har haft stark koppling till kompetenslig verksamhet (s.k. *anknytningskompetens*).<sup>254</sup> Ett exempel på sådan verksamhet har funnits vara en kioskverksamhet inom ramen för en rörelse för busstrafik<sup>255</sup>, ett annat det kommunala brandförsvarets konsultverksamhet i brandskyddsfrågor<sup>256</sup>. Kriteriet för att sådan

---

<sup>247</sup> SOU 2007: 72 s 228f

<sup>248</sup> Ingemarsson & Öberg, 2006, s 30

<sup>249</sup> Bohlin, s 97f

<sup>250</sup> Madell, 1998, s 187

<sup>251</sup> Lindquist, s 64

<sup>252</sup> Ibid. s 255

<sup>253</sup> Se t ex RÅ 1993 ref. 12

<sup>254</sup> Bohlin, s 99

<sup>255</sup> RÅ 1953 I 107

<sup>256</sup> RÅ 1992 ref. 61

anknytningskompetens skall accepteras anses i doktrinen vara att anknytningen är ”naturlig” eller kvalificerad.<sup>257</sup> En fabricerad eller svag anknytning innebär däremot inte att verksamheten är kompetensenlig.

### 5.3.3 Övriga begränsningsprinciper

Hänsyn måste även tas till den s.k. lokaliseringsprincipen, som uttrycks i 2 kap 1 § KL. Principen innebär att det inte är tillräckligt att angelägenheten är av allmänt intresse, utan detta intresse måste även ha en viss anknytning till kommunen och dess invånare. Detta kan ses som ett utflöde av att kommuners och landstings verksamhet grundar sig på en geografisk indelning.<sup>258</sup> RegR fastslog i RÅ 1993 ref. 25 att det inte är tillräckligt att en åtgärd inte står i strid med ett allmänt intresse, snarare krävs det att åtgärden *uppbärs* av ett till kommunen knutet intresse. Det lokalt anknutna allmänna intresset måste således vara det underliggande skälet till att vidta åtgärden.

Närbesläktat med lokaliseringsprincipen är det sista stadgandet i KL 2 kap 1 §, att kommunen inte får handskas med en angelägenhet som ankommer på annan. Denna princip anses generellt syfta avse arbetsfördelningen gentemot andra offentliga aktörer och inte på kommunens förhållande till det privata.<sup>259</sup> Stadgandet korrelerar därmed med ovan angivna princip om att näringslivs- och forskningspolitik i första hand är statliga angelägenheter.

Avslutningsvis är kommunen bunden av en självkostnadsprincip. Denna återfinns i KL 8 kap 3c §, och stadgar att kommunen inte får ta ut högre avgifter än vad som motsvarar kostnaden för de tjänster eller nyttigheter som den tillhandahåller. Principen innebär inte att de avgifter som tas ut aldrig får överskrida kostnaderna, utan högre avgifter godtas så länge inte kostnaderna väsentligen överskrids.<sup>260</sup> Detta förefaller rimligt, då beräkningar av framtida avgiftsintäkter torde präglas av ungefär samma grad av osäkerhet som andra typer av inkomstprognoser av försäljning. Självkostnadsprincipen skall rent tekniskt inte betraktas som en kompetensbegränsande princip, utan snarare som en begränsningsprincip inom ramen för kompetensen<sup>261</sup>, då den inte de facto begränsar vad kommunen kan göra, utan endast i vilken utsträckning den kan ta betalt i sin verksamhet. Detta innebär att principen går att frångå med hänvisning till hänsynstaganden under den allmänna regeln i KL 2 kap 1 §.<sup>262</sup>

Den nya kompetensutredningen hade som ett av sina mål att föreslå nya riktlinjer för undantag från självkostnadsprincipen.<sup>263</sup> Syftet med principen är att förhindra att kommunen utnyttjar en eventuell monopolställning.<sup>264</sup> I

---

<sup>257</sup> Bohlin, s 100

<sup>258</sup> Ibid. s 88

<sup>259</sup> SOU 2000:117 s 45f

<sup>260</sup> Ibid. s 74

<sup>261</sup> Bohlin, s 104

<sup>262</sup> SOU 2007:72 s 100

<sup>263</sup> Ibid. s 79

<sup>264</sup> Madell, 1998, s 189

utredningen konstaterades att en tillämpning av principen således inte ger önskvärt resultat om kommunen agerar på en konkurrensutsatt marknad<sup>265</sup>, och att undantag därför borde införas för sådan verksamhet.<sup>266</sup> Enligt det nya förslaget skulle kommuner som med stöd av KL 2 kap § bedriver intäktsfinansierad näringsverksamhet inom fakultativa icke lagreglerade områden på en marknad som är ägnad för konkurrens, om inte särskilda skäl föreligger, bedriva denna på affärsmässig grund.<sup>267</sup>

## 5.4 Kommunal kompetens att bedriva FoU

### 5.4.1 Allmänt

Ovan har angivits de allmänna gränser inom vilka kommunal forskningspolitik måste hålla sig. Eftersom ingen generell kompetens finns för sådan verksamhet måste en gränsdragning göras av domstol i varje enskilt fall. Två rättsfall finns som kan belysa hur frågan hanterats av domstolarna. I RÅ 2006 ref. 81 var frågan huruvida Stockholms kommun kunde anslå 61 mnkr till ett permanent institut för främjande av forskning och utveckling relaterad till vatten. KamR, vars dom fastställdes av RegR, fann att verksamheten kunde falla inom den kommunala kompetensen. Då de anslagna medlen främst skulle användas för internationellt inriktad FoU förelåg dock inte någon rimlig proportion mellan utgifterna och den nytta verksamheten kunde förväntas medföra för kommunen. I RÅ 81 2:53 hade Östersunds kommun beslutat att avsätta medel för att delfinansiera en forskartjänst vid Östersunds högskola för kommunanknuten social forskning. RegR ansåg att sådan forskning låg inom den kommunala kompetensen då den klagande inte visat att forskningen var utan betydelse för kommunen, och att det inte spelade någon roll att forskningen skedde utanför kommunens verksamhet (högskolan var en statlig aktör).

Som ovan konstaterats finns det i den nya kompetensutredningen för första gången en omfattande diskussion kring kommuners möjligheter att bedriva FoU. Det konstateras i utredningen att kommuner och landsting idag, förutom att ekonomiskt stödja FoU, även bedriver sådan i egen regi.<sup>268</sup> Denna bedrivs såväl inom den vanliga verksamheten som inom speciella lokala forskningsmiljöer. Forskningen bedrivs oftast inom praktiktära områden som hälso- och sjukvård (se nedan), socialtjänst samt utbildning.<sup>269</sup> Utredningen menade att FoU-arbete sammanfattningsvis kan vara en kommunal angelägenhet, och att det med fördel skulle kunna bedrivas i samspel med såväl statliga som andra aktörer.<sup>270</sup> Utredningen föreslog även att den kommunala kompetensen att bedriva FoU skulle

---

<sup>265</sup> SOU 2007:72 s 101f

<sup>266</sup> Ibid. s 106f

<sup>267</sup> Ibid. s 114

<sup>268</sup> Ibid. s 192

<sup>269</sup> Ibid. s 192ff, Prop. 2004/05:80 s 206f

<sup>270</sup> Ibid. s 196

tydliggöras i den forskningspolitiska proposition som är aviserad till hösten 2008.<sup>271</sup>

## 5.4.2 Landstingens kompetens enligt HSL

Av särskilt intresse är landstingens kompetens att bedriva forskning kopplad till verksamheten vid de i landstinget belägna sjukhusen. Denna regleras i 26 b § HSL, vilken stadgar: ”Landstingen och kommunerna skall medverka vid finansiering, planering och genomförande av kliniskt forskningsarbete på hälso- och sjukvårdens område samt av folkhälsovetenskapligt forskningsarbete. Kommunerna och landstingen ska i dessa frågor, i den omfattning som behövs, samverka med varandra samt med berörda universitet och högskolor.”

Av förarbetena framgår att införandet av denna regel hade till syfte att klargöra landstingens kompetens att bedriva sådan FoU.<sup>272</sup> Detta var således inte något nytt ansvar som lades på landstingen, utan endast en bekräftelse av rådande förhållanden. Det konstaterades att ”omfattningen och inriktningen av den av landstingen finansierade FoU-verksamheten är och förblir ett landstingskommunalt beslut” och att gränsdragningen mellan statlig och landstingskommunal kompetens bör bero på huruvida problemställningen är kopplad till en klinisk frågeställning.<sup>273</sup> Landstingen är därmed i princip obehindrade att bedriva klinisk forskning inom de områden och i den utsträckning de anser lämplig.

I realiteten är en överväldigande majoritet av den forskning som landstingen bedriver idag koncentrerad till universitetssjukhusen, som därmed är centrala aktörer inom den kliniska forskningen.<sup>274</sup> Detta är också något som normalt ingår i universitetssjukhusens uppdrag.<sup>275</sup> Universitetssjukhusen kan även fungera som forskningspartners åt privata aktörer. Ett bra exempel på forskningssamarbete mellan sjukhus och näringsliv är verksamheten som bedrivs av Karolinska Trial Alliance (KTA), som är initierat och finansierat av Stockholms Läns Landsting, Karolinska Universitetssjukhuset och Karolinska Institutet.<sup>276</sup> KTA fungerar som rådgivare och samordnare vid kliniska prövningar, men genomför även kontraktsforskning (fas I- & II-tester) åt forskare och företag.<sup>277</sup> Liknande verksamhet bedrivs av Humanfarmakologiska laboratoriet vid Karolinska Universitetslaboratoriet, som genomför fas I- och II-prövningar åt läkemedelsbolag.<sup>278</sup>

---

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Prop. 1996/97:5 s 174

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> SOU 2007:72 s 193

<sup>275</sup> Se t ex. Uppdrag år 2008 för Sjukhusförvaltningar, Primärvården Skåne och KAMBER-Skåne, s 44f

<sup>276</sup> [http://www.karolinskatrialalliance.se/#/p\\_2\\_1/](http://www.karolinskatrialalliance.se/#/p_2_1/)

<sup>277</sup> [http://www.karolinskatrialalliance.se/#/p\\_8/](http://www.karolinskatrialalliance.se/#/p_8/)

<sup>278</sup> [http://www.karolinska.se/templates/Page\\_\\_\\_\\_\\_52696.aspx?epslanguage=SV](http://www.karolinska.se/templates/Page_____52696.aspx?epslanguage=SV)

## 5.5 Sammanfattande slutsatser

Om reglerna om offentlig upphandling kan anses avgöra med *vem* och på *vilket sätt* en offentlig aktör kan ingå avtal kan reglerna om kommunal kompetens anses avgöra *vad* en kommun kan avtala om. KL innehåller inga begränsningar rörande kommuns avtals- eller samarbetspartners. Sådan fakultativ verksamhet som kommunen bedriver torde därför fritt kunna överlämnas till privata aktörer, eller bedrivas gemensamt med dessa.<sup>279</sup> Som ovan visats utesluter inte reglerna om kommunal kompetens inte kommunal forskningsverksamhet *per se* (och i HSL regleras den till och med uttryckligen). Regeringsrätten har i flera fall uttryckligen godkänt FoU som en möjlig kommunal angelägenhet. De kompetensbegränsande principerna tar istället sikte på verksamhetens upplägg.

Hur ett forskningssamarbete skall bedömas utifrån kompetensreglerna beror därför helt på dess utformning. Självkostnadsprincipen, såsom den ser ut idag, och det därtill närbesläktade förbudet mot spekulativ/vinstdrivande näringsverksamhet får, tillsammans med förbudet mot stöd till enskilda, väldigt begränsande effekter. De förstnämnda principerna innebär att en kommun normalt inte får ta ut sådana avgifter som en privat aktör hade gjort i samma situation. Förbudet mot stöd till enskilda utesluter samtidigt, i de allra flesta fall, möjligheten att ta ut avgifter som understiger kommunens kostnader för tjänsten. Sådana underprissättningar torde ju betraktas som bidrag. Sammantaget föreligger därmed ett förbud mot såväl över- som underprissättning visavi de egna kostnaderna. Den enda möjliga avgiftsnivån är därmed den som precis täcker utgifterna för verksamheten. Förbudet mot spekulativ näringsverksamhet innebär vidare att samarbetet måste utformas på sådant sätt att det inte innebär någon kommersiell risk för kommunen.

Här skall dock påminnas om självkostnadsprincipens syfte. Principen torde inte förhindra kommuns möjligheter att ta ut marknadsmässiga avgifter då man agerar på en konkurrensutsatt marknad. Som ovan konstaterats har även föreslagits en lagändring med denna innebörd. Kommunen kan dock endast agera på sådant sätt då det föreligger anknytningskompetens. Som ovan visats får kommunen lov att bedriva spekulativ näringsverksamhet, och därmed ta kommersiella risker, då så är fallet. Sådant marknadsmässigt agerande anses utesluta statsstöd.

Sammanfattningsvis kan konstateras att kommuner och landsting har ganska stora möjligheter att, inom ramen för ett allmänintresse, bedriva FoU-verksamhet, självständigt eller i samarbete med privata aktörer. Sådant samarbete får dock normalt inte innebära stöd. Här är förhållandet visavi reglerna om statsstöd intressant, och dessa regelverk är långt ifrån överensstämmande.

---

<sup>279</sup> Madell, 1998, s 203

Som ovan konstaterats kan medlemsstaterna fritt lagstifta om mer begränsade möjligheter att utge statsstöd. Det är på detta vis som regeln i KL skall förstås. Den fångar också sådant stöd som inte uppfyller kravet på påverkan på gemenskapshandeln i artikel 87.1. EGF, och innehåller inga tröskelvärden. Stöd till enskilda är därför förbjudet från första kronan. Det är däremot inte, med hänsyn till EG-rättens företräde, möjligt att med hänvisning till reglerna i KL genomföra sådana åtgärder som inte är tillåtna under de EG-rättsliga reglerna. Statsstödsreglerna begränsar alltså den kommunala kompetensen. Här kan stödbegreppet i KL bli problematiskt, då det inte är klart att detta begrepp överensstämmer med det i EGF. Framförallt synes det ganska klart att stödbegreppet i artikel 87.1. EGF omfattar icke-marknadsmässig prissättning på offentliga tjänster. Så kan inte vara fallet enligt KL, eftersom självkostnadsprincipen ofta kräver en sådan prissättning. Trots denna divergens ansåg inte kompetensutredningen att reglerna skulle harmoniseras med artikel 87.1. EGF.<sup>280</sup>

Som visats i kapitel 4 lämnar EG-rätten avsevärt utrymme för stöd till FoU-verksamhet i privata företag. Av ovanstående framställning kan dock dras slutsatsen att sådant stöd inte automatiskt är kompetensenligt enligt KL. Tvärtom torde det i de flesta fall strida mot förbudet mot stöd till enskild näringsverksamhet. Sådant stöd skall således uppenbarligen enligt den svenska lagstiftarens utbetalas av någon annan än svenska kommuner och landsting.

---

<sup>280</sup> SOU 2007:72 s 30

## 6 Det reella utrymmet för samarbete

Detta avsnitt syftar till att, mot bakgrund av ovan presenterad fakta, precisera de ramar inom vilka modeller för FoU-samarbete kan ställas upp.

Som ovan visats existerar ingen legal definition eller särreglering för OPP-projekt. Även om begreppet normalt främst förefaller användas i samband med bygg- och infrastrukturprojekt, kan det således fritt användas för beskrivning av vitt skilda typer av samarbeten mellan offentligt och privat. En sådan beteckning saknar dock legala konsekvenser, och det är den faktiska utformningen av samarbetet som är avgörande för hur det skall regleras rättsligt.

Som visats ovan kan offentlig-privata forskningssamarbeten ta väldigt många olika former, allt ifrån förkommersiell upphandling, där den offentliga aktören tillsammans med en privat partner bedriver gemensam, ofta produktspecifik, FoU, till offentligt utförd kontraktsforskning. Det ekonomiska upplägget varierar. Den offentliga aktören kan delta i samarbetet som en ren stödåtgärd, och därför inte kräva någon ekonomisk ersättning. Mer troligt torde dock vara att den offentliga aktören är intresserad av att få tillbaka sina investeringar. Även rätten till resulterande know-how och eventuella immaterialrättigheter kan naturligtvis variera. Några grundläggande typer av FoU-samarbeten mellan offentligt och privat kan dock skönjas. Från sådana ”verkliga” FoU-samarbeten som är undantagna från upphandlingsdirektivet kan särskiljas dels sådana upphandlingsvarianter som inte är undantagna, dels offentligt utförd kontraktsforskning.

Först skall dock påminnas om vad som konstaterats ovan. Någon sammanhängande särreglering för avtal om offentlig-privat FoU-samarbete, liknande de i amerikansk rätt existerande CRADA-avtalen, finns inte i EG-rätten. Varje förhållande mellan en offentlig och en privat aktör som innebär att den förra anförtror den senare med utförandet av en ekonomisk verksamhet skall därför granskas under de EG-rättsliga reglerna om offentlig upphandling. Det första som bör göras vid granskning av ett offentlig-privat förhållande är därför att avgöra om ett offentligt kontrakt tilldelats. Någon ”betalning” i ordets normala betydelse behöver som ovan konstaterats inte ske. Det avgörande är om den privata motparten erhållit någon form av ekonomisk motprestation. Detta måste rimligen anses omfatta olika typer av samarbetsavtal, varigenom båda parter erhåller fördelar.

Som ovan konstaterats finns inte någon regel som begränsar kommuners kompetens att, inom den fakultativa verksamheten, ingå offentlig-privata samarbeten. Istället skall kommunal verksamhet följa samma principer



oavsett hur den utförs. Således skall offentligt utförd kontraktsforskning och forskningssamarbeten i detta sammanhang hanteras på samma sätt. Båda typerna av avtal innebär ju att kommunen ägnar sig åt fakultativ FoU-verksamhet. För att få lov att bedriva denna verksamhet i form av spekulativ näringsverksamhet, och därigenom få lov att ta ut marknadsmässiga avgifter, krävs att en ganska stark anknytning finns till en kompetenslig verksamhet. Sådan verksamhet torde därför endast kunna bedrivas inom områden där kommunen eller landstinget redan bedriver verksamhet. Skulle en sådan anknytning saknas kan kommunen ändå ingå samarbetet, förutsatt att det föreligger ett allmänintresse. Man är dock tvungen att göra så på villkor att man ersätts för sina kostnader i projektet, och samarbetet får inte innebära att kommunen bär några egentliga kommersiella risker. Självkostnadsprincipen och förbudet mot bidrag till enskild näringsverksamhet hindrar andra typer av avtal. Som diskuterats ovan torde emellertid sådana avtal, i den mån de har en inverkan på gemenskapshandeln, innebära stöd enligt artikel 87.1. EGF.

Vid ett gemensamt forskningssamarbete ingås av nödvändighet ett avtal, skriftligen eller muntligen, och en privat samarbetspartner utses. Därmed borde rimligen den offentliga aktören anses ha tilldelat ett kontrakt. Detta torde gälla oavsett vem som varit initiativtagare till samarbetet, och hos vilken aktör olika delar av projektet genomförs.

Med samarbete förstås här ett sådant avtal som innebär att båda parterna är med och finansierar projektet eller får tillgång till resultaten. Reglerna om offentlig upphandling är inte tillämpliga på den typen av samarbete. Istället skall de allmänna fördragsprinciperna tillämpas. Följderna av att principerna om ickediskriminering, likabehandling, ömsesidigt godkännande och proportionalitet skall iakttas torde i de flesta fall vara uppenbara, i alla fall i den utsträckning de medför negativa förpliktelser. En offentlig aktör måste härvid t ex acceptera anbud från sökande från alla medlemstater och får inte använda sig av diskriminerande kriterier eller specifikationer. En privat initiativtagare kan inte garanteras del i samarbetet. På samma sätt är det klart att utebliven annonsering i de allra flesta fall strider mot principen om transparens. Däremot är det inte alltid klart vilka specifika positiva annonseringskrav principen om transparens ger upphov till. Denna bedömning har lämnats över på den upphandlande enheten. Kommissionen har förklarat att annonsering skall ske på sådant sätt att de som kan tänkas vara intresserade av att delta rimligen nås. Någon närmare kvalificering har inte gjorts. En offentlig aktör som vill ingå ett forskningssamarbete måste därför utvärdera hur intressant deltagande i samarbetet kan antas vara för privata aktörer i andra medlemsstater. En sådan utvärdering torde till allra största delen ha sin grund i det ekonomiska värdet av samarbetet. Således kan konstateras att ju högre värde samarbetet har, desto högre annonseringskrav gäller. Den offentliga aktören kan, då den skall bestämma annonseringens omfattning, utgå från de regler som finns i direktivet, men även de som kommissionen angivit i tolkningsmeddelandet rörande icke-prioriterade tjänster och avtal under tröskelvärdena. Det senare dokumentet

kan dock inte appliceras direkt, utan hänsyn måste som sagt tas till det ekonomiska värdet av samarbetet.

Samarbetet behöver alltså inte ingå i enlighet med upphandlingsdirektivet. Kontrakt som tilldelats i enlighet med direktivet presumeras däremot ha tilldelats på ett marknadsmässigt sätt. Som visats skall samarbetet, om tilldelningen av kontraktet inte kan anses utgöra en sådan normal kommersiell transaktion som en privat marknadsaktör hade genomfört, anses utgöra statsstöd. Stöd till FoU understigande vissa tröskelvärden är automatiskt undantagna genom gruppundantaget. Övriga typer av stöd (t ex alla typer av kapitaltillförsel) skall enligt kommissionens rambestämmelser prövas genom ett avvägningstest, där stödets positiva inverkan på den gemensamma marknaden skall prövas mot de negativa effekterna. Båda dessa rättakter tillåter olika stödnivåer beroende på FoU-verksamhetens karaktär. Ju närmare kommersialisering tekniken befinner sig, desto lägre är den tillåtna stödnivån.

Ovan har även teknikupphandling överskådligt behandlats. Med detta begrepp menas att en offentlig aktör upphandlar teknik som existerar, men som ännu inte kommersialiserats. På detta sätt skapas avsättning för de FoU-kostnader den privata aktören haft. Sådan teknikupphandling är dock i grund och botten fortfarande en varuupphandling, eftersom eventuell kvarvarande FoU knappast är huvudföremålet för upphandlingen. Därför måste förfarandet ske i enlighet med reglerna i direktivet. På samma sätt regleras alla sådana avtal som visserligen innefattar en FoU-tjänst, men där värdet för denna understiger värdet på de varor som avtalet omfattar, liksom FoU-tjänster vars resultat endast tillfaller den upphandlande enheten. Även den här typen av samarbeten kan utgöra statsstöd, men upphandlingar som skett i enlighet med reglerna i direktivet skall presumeras vara marknadsmässiga. De ska därför inte anses innehålla något stödelement. Det står en kommun eller landsting fritt att använda sig av denna typ av upphandling, så länge man följer gällande upphandlingsregler. Kommunen är dock förhindrad att betala överpriser eller på annat sätt lämna stöd till den privata partnern.

Slutligen skall något sägas om regleringen av offentligt utförd kontraktsforskning. Den här typen av "samarbete" (vilken exemplifierats i avsnitt 5.4.2. ovan) är i realiteten en ren tjänst som den offentliga aktören erbjuder och tar betalt för och innebär egentligen inte "gemensam" forskning. Den offentliga aktören kommer ju inte att ta del av resulterande immaterialrätter, och torde avtalsvägen ofta vara förhindrad att utnyttja forskningsresultaten för egen del (viss know-how kan dock spilla över). Ett avtal mellan en privat och en offentlig aktör om kontraktsforskning torde därför inte innebära att den offentliga aktören tilldelar ett kontrakt. Man är ju säljare, inte köpare, av en tjänst. Reglerna om offentlig upphandling är därför inte tillämpliga. Kommissionens rambestämmelser ger ganska detaljerade regler för hur kontraktsforskning kan utformas för att inte ses som statsstöd.

## 7 Avslutande kommentarer

Denna uppsats har i huvudsak avhandlat det rättsliga utrymmet för offentlig-privata FoU-samarbeten. Arbetet har dock även väckt några mer generella tankar, vilka här avslutningsvis kort skall beröras.

Över lag kan konstateras att det granskade materialet tyder på att uppsatsen rört sig inom dynamiska rättsområden, med flera gemensamma nämnare. Såväl reglerna om statsstöd som offentlig upphandling befinner sig i utveckling, och tar stor hänsyn till behovet av innovationsfrämjande åtgärder. Även om reglerna om kommunal kompetens traditionellt inte främst utmärks av sådana dynamiska hänsyn kan en tydlig tendens skönjas i den nya utredningen, mot en anpassning till rådande samhällsklimat genom ytterligare tillåtande av kommunalt FoU-stöd. Såväl reglerna om offentlig upphandling som statsstödsreglerna bygger vidare på att den offentliga aktören skall uppträda på ett sätt som motsvarar hur en privat marknadsaktör hade uppträtt. Om så skett presumeras att inget stöd utgått. Detta verkar stå i kontrast med självkostnadsprincipen, som ju innebär att kommuner inte får ta ut marknadspriser om de inte agerar på en konkurrensutsatt marknad. Att i enlighet med självkostnadsprincipen ta ut avgifter endast motsvarande de egna kostnaderna torde däremot ses som stöd enligt artikel 87.1. EGF. Den något bisarra konsekvensen skulle därmed bli att den nuvarande svenska kommunallagen tvingar kommunerna att ingå sådana avtal som kan innebära statsstöd i fördragets mening (även om de flesta avtal visserligen skulle vara tillåtna då de skulle anses sakna effekt på gemenskapshandeln).

Undantaget från upphandlingsdirektivet har skett med hänvisning till artikel 163 EGF, vilken ju anger stärkandet av den vetenskapliga och teknologiska grunden för gemenskapsindustrin som ett gemenskapsmål. De administrativt krångliga och rigida krav på transparens och likabehandling som direktivet ställer upp skall således inte tillämpas då de riskerar att försvåra eller fördyra FoU. Denna rangordning av intressen väcker naturligtvis funderingar. Skall detta tolkas som att gemenskapen är beredd att offra lite marknadsintegration mot förhoppningen om ökad innovationstakt? Syftet med de teknologiska strävandena är enligt artikel 163 EGF att öka gemenskapsindustrins internationella konkurrenskraft. Man lockas att fundera kring huruvida drömmen om den perfekta gemensamma marknaden får stå tillbaka för arbetet för en starkare konkurrenskraft på världsmarknaden för gemenskapsindustrin i stort. Med andra ord: går extern konkurrens före intern? Som visats i denna uppsats kan denna slutsats knappast dras. Även om FoU-tjänster *de facto* är undantagna från direktivet omfattas de fortfarande av de grundläggande principerna för upphandling. Avsaknaden av detaljerad vägledning kring de positiva förpliktelser dessa ger upphov till skapar naturligtvis osäkerhet. Det förefaller i min mening troligt att en sådan osäkerhet kan leda till att upphandlande enheter, för att vara på den säkra sidan, följer kommissionens råd och applicerar reglerna i direktivet ändå, varigenom syftet med undantaget förfelas.

# Käll- och litteraturförteckning

## EG-RÄTTSLIGT MATERIAL

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004

Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 (nu artikel 88) i EG-fördraget, EGT L 83, 27.3.1999

Kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT L 379, 28.12.2006

Kommissionens förordning (EG) nr 1976/2006 av den 20 december 2006 om ändring av förordningarna (EG) nr 2204/2002, (EG) nr 70/2001 och (EG) nr 68/2001 vad avser en förlängning av tillämpningsperioderna, EUT L 368, 23.12.2006

Kommissionens förordning (EG) nr 364/2004 av den 25 februari 2004 om ändring av förordning (EG) nr 70/2001 för att utvidga tillämpningsområdet till att omfatta stöd till forskning och utveckling, EUT L 63, 28.2.2004

Kommissionens förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag, EGT L 10, 13.1.2001

Kommissionens tillkännagivande av den 30 december 2006 om Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT C 323, 30.12.2006

Kommissionens meddelande KOM(2006)502 slutlig version av den 13 september 2006 - Kunskap i praktiken: en brett upplagd innovationsstrategi för EU

Kommissionens tolkningsmeddelande av den 1 augusti 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179, 1.8.2006

Kommissionens handlingsplan för statligt stöd - Mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005-2009, KOM(2005)107 slutlig version av den 7 juni 2005

Kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM (2004)327 slutlig version av den 30 april 2004

Kommissionens tredje utkast till allmän gruppundantagsförordning inom området statligt stöd av den 28 februari 2008,  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/reform/gber3\\_sv.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/gber3_sv.pdf)  
Besöktes senast den 8 april 2008, klockan 12.45

Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation, September 2007  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/reform/revised\\_final\\_memo\\_randum\\_gber.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/revised_final_memo_randum_gber.pdf)  
Besöktes senast den 10 april, klockan 14.36

Commission Draft Preliminary Paper on the Community Law applicable to Precommercial Public Procurement, 29/9/2006,  
[http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/esafety/doc/esafety\\_2007/pre\\_comm\\_proc/june5/prel\\_paper\\_legal\\_aspects\\_of\\_pre\\_comm\\_proc.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/esafety/doc/esafety_2007/pre_comm_proc/june5/prel_paper_legal_aspects_of_pre_comm_proc.pdf)  
Besöktes senast den 8 april 2008, klockan 12.45

## **OFFENTLIGT TRYCK**

Prop. 1990/91:117  
Prop. 1996/97:5  
Prop. 2004/05:80  
SOU 2000:117  
SOU 2007:72

## **LITTERATUR**

Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Norstedts Juridik, femte uppl., 2007  
Bovis, Christopher, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford University Press, 2006  
Falk, Jan-Erik & Pedersen, Kristian, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, Jure Förlag, 2004  
Glader, Markus, *Research and Development Cooperation in European Competition*, Center for European Studies working paper, 2000  
Gorton, Lars, *Rättsliga ramar för internationella affärer: en översikt*, Norstedts Juridik, andra uppl., 2005  
Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Norstedts Juridik, sjätte uppl., 2005  
Link, Albert, *Public/Private Partnerships: Innovation Strategies and Policy Alternatives*, Springer, 2006  
Madell, Tom, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts Juridik, 1998

- Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts Juridik, 2006
- St Clair Renard, Susanne, *Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF*, Iustus Förlag, 2007
- Trepte, Peter-Armin, *Public procurement in the EU: a practitioner's guide*, andra uppl., Oxford University Press, 2007
- Trepte, Peter-Armin, *Regulating Procurement: Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004

## ARTIKLAR

- Braun, Peter, *A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, P.P.L.R. 2000, 1, 39-48
- Brown, Adrian, *Case Comment: Transparency obligations under the EC Treaty in relation to public contracts that fall outside the Procurement Directives: A note on C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) V Comune Di Cingia De' Botti*, P.P.L.R. 2005, 6, NA153-159
- Brown, Adrian, *Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*, P.P.L.R. 2007, 1, 1-21
- Brown, Adrian, *Case Comment: Case T-258/06: The German Challenge to the Commission's Interpretative Communication on Contracts not Subject to the Procurement Directives*, P.P.L.R. 2007, 3, NA84-87
- Doern, Alik, *The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid*, P.P.L.R. 2004, 3, 97-129
- Domeij, Bengt, *Teknikreglering i forsknings- och utvecklingsavtal – särskilt vid stamcells forskning*, NIR 3/2004 s. 231
- Conway-Jones, Danielle, *Research and Development Deliverables under Government Contracts, Grants, Cooperative Agreements and Cradas: University Roles, Government Responsibilities and Contractor Rights*, 9 Computer L. Rev. & Tech. J. s 181
- Hagedoorn, John, m fl, *Research partnerships*, Research Policy 29(2000) s 567–586
- Hane, John, *De nya upphandlingsdirektiven*, ERT 2005, s 61-77
- Hillger, Jens, *The award of a public contract as state aid within the meaning of article 87(1) EC*, P.P.L.R. 2003, 3, 109-130
- Madell, Tom, *Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig-privata partnerskap?*, i Edström, Ö (red.) *Svensk Rätt i EU – en antologi*, Iustus, 2007, s 35-59
- Mireles, Michael, Jr, *States as Innovation System Laboratories: California, Patents, and Stem Cell Technology*, 28 Cardozo L. Rev. 1133 (2006), s 1141
- Pijnacker Hordijk, Erik, Meulenbelt, Maarten, *A bridge too far: Why the European commission's attempts to construct an obligation to*

- tender outside the scope of the public procurement directives should be dismissed*, P.P.L.R. 2005, 3, s 123-130
- Simonsson Inger, Öberg, Ulf, *Utlåtande avseende förhållandet mellan 2 kap 8 § kommunallagen och EG:s stadsstödsregler*, Öberg & Associés, 2006  
<http://www.sou.gov.se/kompetens/PDF/rapport%20EGs%20st%20atsst%C3%B6dsregler.pdf>  
Besöktes senast den 11 april 2008, klockan 10.37
- Stempkowski, Markus & Dischendorfer, Markus, *The Interplay between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid*, P.P.L.R. 2002, 3, NA47-52
- Treumer, Sten, *Technical Dialogue And The Principle Of Equal Treatment - Dealing With Conflicts Of Interest After Fabricom*, P.P.L.R. 2007, 2, s 99-115
- Treumer, Sten, *The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice*, P.P.L.R. 2006, 3, s 71-85
- Treumer, Sten & Werlauff, Erik, *The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law* (2003) 28 E.L.Rev. s 124
- Tvarno, Christina, *Public-private partnerships from a Danish perspective*, P.P.L.R. 2006, 3, NA98-108

## ÖVRIGT

Forskning och utveckling i kommuner i landsting samt FoU i lokala och regionala FoU-enheter, SCB Statistiska meddelanden UF 11 SM 0701

Konkurrensverkets skrivelse till Näringsdepartementet 2007-06-18,  
[http://www.kkv.se/upload/Filer/Ovrigt/2007/Skrivelse\\_070618.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Ovrigt/2007/Skrivelse_070618.pdf)  
Besöktes senast den 8 april 2008, klockan 12.45

New State Aid Framework For R&D&I Adopted, EU Focus 2006, 200, s 22-24

NOU Info – Nyhetsbrev från Nämnden för offentlig upphandling, Mars 2006, Dnr 2006/0060-21

Offentlig upphandling som drivkraft för innovation och förnyelse, Redovisning av regeringsuppdrag till Nutek och VINNOVA, 2006-10-16, Dnr VINNOVA 2006-01487

Public Procurement for Research and Innovation - Developing Procurement Practices Favorable to R&D and Innovation, Expert Group Report, European Commission, 2005

Pre-commercial Procurement of Innovation: A Missing Link in the Innovation Cycle, report by an ad-hoc National IST Directors Forum Working Group, 2006

The European Research Area: New Perspectives, Commissioner Janez Potočnik, Press Conference - 4 April 2007,  
[http://ec.europa.eu/research/era/pdf/speech\\_the-european-research-area\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/era/pdf/speech_the-european-research-area_en.pdf)

Besöktes senast den 8 april 2008, klockan 12.37

Uppdrag år 2008 för Sjukhusförvaltningar, Primärvården Skåne och KAMBER-Skåne,

<http://www.skane.se/upload/Webbplatser/USIL/Dokument/InfoOmOss/Uppdrag/Uppdrag2008version%20071212.pdf>

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.22

<http://www.cpvcclassification.com>

Besöktes senast den 10 april, klockan 14.46

<http://ir.curagen.com/releasedetail.cfm?releaseid=271484>

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.07

[http://www.karolinskatrionalliance.se/#/p\\_2\\_1/](http://www.karolinskatrionalliance.se/#/p_2_1/)

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.17

[http://www.karolinskatrionalliance.se/#/p\\_8/](http://www.karolinskatrionalliance.se/#/p_8/)

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.15

[http://www.karolinska.se/templates/Page\\_52696.aspx?epslanguage=SV](http://www.karolinska.se/templates/Page_52696.aspx?epslanguage=SV)

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.09

<http://www.regeringen.se/sb/d/2470>

Besöktes senast den 8 april 2008, klockan 12.41

<http://www.topotarget.com/index.dsp?page=65>

Besöktes senast den 7 april 2008, klockan 15.05



# Rättsfallsförteckning

## EG-DOMSTOLEN

120/73 *Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland* [1973] ECR 1471  
33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 632  
120/78 *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649  
136/78 *Ministère Public mot Vincent Auer* [1979] ECR I-437  
730/79 *Philip Morris Holland BV mot Kommissionen* [1980] ECR 2671  
296 & 318/82 *Leeuwarder Papierwarenfabriek BV* [1985] ECR 809  
323/82 *Intermills SA mot kommissionen* [1984] ECR 3809  
57/86 *Kommissionen mot Grekland* [1988] ECR 2855  
45/87 *Kommissionen mot Irland (Dundalk)* [1987] ECR 4927  
C-142/87 *R Belgien mot kommissionen* [1990] ECR I-959  
307/87 *Kommissionen mot Grekland* [1989] ECR 1461  
C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana* [1990] ECR 1889  
C-243/89 *Kommissionen mot Danmark* [1993] ECR I-3353  
C-76/90, *Manfred Säger* [1991] ECR I-4221  
C-354/90 *Federation Nationale du Commerce Exterieur* [1991] ECR I-5505  
C-39/94 *SFEI mot La Poste* [1996] ECR I-3547  
C-6/97 *Italien mot Kommissionen* [1999] ECR I-2981  
C-108/98 *RI.SAN* [1999] ECR I-5219  
C-275/98 *Unitron Scandinavia* [1999] ECR I-8291  
C-324/98 *Telaustria mot Telekom Austria* [2000] ECR I-10745  
C-470/99 *Universale-Bau AG* [2002] ECR I-11617  
C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard* [2001] ECR I-9505  
C-280/00 *Altmark* [2003] ECR I-7747  
C-304/01 *Spanien mot Kommissionen* [2004] ECR I-7655  
C-189/02 *P Dansk Rorindustri A/S mot kommissionen* [2005] ECR I-5425  
C-21/03 & 34/03, *Fabricom SA mot Belgien* [2005] ECR I-1559  
C-174/03 *Impresa Portuale di Cagliari* (avfört från registret)  
C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287  
C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8585  
C-182 & 217/03 *Belgien mot kommissionen* [2006] ECR I-5479  
C-507/03 *Kommissionen mot Irland*, ännu ej publicerat  
C-195/04 *Kommissionen mot Finland* [2007] ECR I-3351

## FÖRSTAINSTANSRÄTTEN

T-14/96 *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot kommissionen* [1999] ECR II-139  
T-258/06 *Tyskland mot kommissionen*, pågående

## EG-KOMMISSIONENS BESLUT

Beslut 2000/513/EG av den 8 september 1999 om det stöd som Frankrike beviljat företaget Stardust Marine, EGT L 206/6

## **REGERINGSRÄTTEN**

RÅ 1993 ref. 25

RÅ 1992 ref. 61

RÅ 1953 I 107

RÅ 1993 ref. 12

RÅ 1978 Ab 486

RÅ 1976 Ab 154

RÅ 1993 ref. 98

RÅ 2000 ref. 1

RÅ 2006 ref. 81

RÅ 81 2:53