

HANDLEDNING FÖR KONSULTER PÅ DEN OFFENTLIGA MARKNADEN

INNEHÅLL

Inledning	3
Kommunikation med en upphandlande myndighet	3
Inför en upphandling	3
Att delta i förberedande arbete inför upphandling	4
Under pågående upphandling	4
Efter tilldelningsbeslut.....	4
Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?	5
Vanligt förekommande problemområden:	6
1. Beställaren vill göra en lång rad avsteg från ABK	6
2. Beställaren vill göra avsteg från ABK i ett ramavtal	9
3. Beställaren tillämpar inte ABK	12
4. Kompetens- och kvalitetsaspekter får inte genomslag i utvärderingen, timpriset helt utslagsgivande	15
5. Beställaren ställer krav på att konsulten ska använda en viss programvara, exempelvis Revit eller Autocad	18
6. Beställaren använder inte konsultindex	22
7. Beställaren föreskriver ett mer långtgående ansvar än enligt ABK	25
8. Beställaren kräver att få äganderätt eller ensamrätt till uppdragsresultatet	28
9. Beställaren vill ha utökad nyttjanderätt till uppdragsresultatet	33

INLEDNING

Innovationsföretagen arbetar för långsiktigt sund konkurrens. En utgångspunkt för detta är att affärsvillkoren på den offentliga marknaden möjliggör utvecklingen av en fortsatt konkurrenskraftig och innovativ tjänstesektor.

Att offentliga upphandlingar är attraktiva för leverantörerna att delta i är en ömsesidigt viktig fråga som på senare år även har lyfts i en forskningsrapport av SKL Kommentus Inköpscentral.¹ Tillsammans med beställarsidan genom SKR, har Innovationsföretagen även tagit fram en handbok för upphandling av tekniska konsulttjänster.²

På grund av frågornas komplexitet och det stora antalet upphandlande myndigheter och enheter kommer det trots allt arbete som läggs ner finnas upphandlingar där du som leverantör upplever att kravställningen i upphandlingen är onödigt begränsande, irrationell eller oskälig.

I denna handledning, som är framtagen av Innovationsföretagen inom Almega, tar vi upp hur du som leverantör kan agera och argumentera i de vanligast förekommande frågeställningarna som vi får från våra medlemsföretag om avtalsvillkor och krav som förekommer i offentliga upphandlingar.

KOMMUNIKATION MED EN UPPHANDLANDE MYNDIGHET

INFÖR EN UPPHANDLING

Ta möjligheten att vara med i den dialog som upphandlande myndigheter och enheter bjuder in till inför förestående upphandlingar. Det ger er möjlighet att ge er syn på olika former av krav som försvårar medverkan i upphandlingen och även på upplägg som skulle kunna öppna för bättre upphandlingar och ger förutsättningar för god leverans.

Dialogen kan exempelvis bestå i så kallad extern remiss eller request for information (RFI), där intresserade företag ges möjlighet att tycka till om utkast till upphandlingsdokument och uppställda krav. En annan variant är olika former av dialogmöten, där företag som verkar på den aktuella marknaden kan ge sin syn på marknadens möjligheter och vad den upphandlande myndigheten behöver beakta vid utformningen av upphandlingen. Syftet med dialog-

mötena är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få in information för att kunna utforma en upphandling som ger bästa möjliga resultat.

Det finns inget hinder mot att den leverantör som är intresserad av att arbeta med en viss offentlig beställare kontaktar denna och berättar om sitt erbjudande. Om beställaren redan har ett ramavtal är det bra att ta en sådan kontakt i god tid innan det löper ut. Att upphandla ramavtal är en lång process, redan över ett år innan ett befintligt ramavtal löper ut kan beställaren inleda sitt arbete inför kommande upphandling.

Däremot kan det i vissa situationer uppstå problem i kommande upphandling om leverantören deltar i myndighetens förberedande arbete såsom framgångs nedan.

¹ <https://www.sklkommentus.se/globalassets/kommentus/aktuellt/filer/kundattraktivitet-i-offentlig-sektor.pdf>

² <https://www.innovationsforetagen.se/upphandling/>



ATT DELTA I FÖRBEREDANDE ARBETE INFÖR UPPHANDLING

Det är möjligt för en leverantör att medverka i det förberedande arbetet inför en upphandling, exempelvis i egenskap av konsult som genomför förstudier. Om en sådan leverantör p.g.a. sin dubbla

medverkan har fått fördelar som gör att likabehandlingsprincipen inte kan upprätthållas kan leverantören dock som en yttersta åtgärd uteslutas från upphandlingen.



UNDER PÅGÅENDE UPPHANDLING

När upphandlingen har annonserats och upphandlingsdokumenten därmed är klara är det svårare att påverka kravställandet. Även i sådana situationer bör man som potentiell anbudsgivare dock lyfta frågor och ifrågasättanden som man har rörande de krav som ställs. Alla möjliga frågor kan ställas under upphandlingens gång. Bara som ett par exempel kan det handla om att man anser att ett krav är onödigt långtgående och kan få utestängande effekter eller om att kravställandet inte är förenligt med branschpraxis.

I upphandlingssystemet finns en frågor och svars-funktion kopplad till varje specifik upphandling. Man ställer sin fråga anonymt och den upphandlande myndigheten publicerar sitt svar så att det

blir tillgängligt för alla anbudsgivare samtidigt. För att skapa bästa förutsättningar för upphandlande myndigheter att åtgärda eventuella missar bör man lyfta sina frågor så tidigt som möjligt. Upphandlande myndighet ska lämna sitt svar senast sex dagar före angiven sista dag för anbud förutsatt att frågan har ställts "i god tid".

Det finns även möjlighet att under pågående upphandling hos förvaltningsrätt överklaga krav som man anser inte uppfyller de EU-rättsliga principerna.

Observera att anbudet måste svara mot de krav som faktiskt ställs i upphandlingen. Det är alltså inte möjligt att hantera "dåligt" kravställande genom att göra reservationer i sitt anbud. Sådana anbud är otillåtna och kommer att förkastas av den upphandlande myndigheten.



EFTER TILDELNINGSBESLUT

Den leverantör som har synpunkter på tilldelningsbeslutet bör alltid först kontakta den upphandlande myndigheten. På sådant sätt finns möjlighet att reda ut oklarheter. Om den upphandlande myndigheten finner att anledning föreligger kan den även i normalfallet återta eller ändra sitt tilldelningsbeslut. Möjligheten att i detta skede ändra de krav som ställts i upphandlingen är dock i princip obefintliga.

Den anbudsgivare som alltjämt har synpunkter på krav som ställts i upphandlingen kan begära överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätt för att få en rättslig bedömning av om de EU-rättsliga principerna efterlevs. Sådant överklagande ska ske inom tio dagar från dagen då tilldelningsbeslutet fattades.

VILKA TYPER AV KRAV ÄR TILLÅTNA ATT STÄLLA I OFFENTLIG UPPHANDLING?

Alla offentliga upphandlingar inklusive de krav som ställs måste levas upp till EU-rättens fem grundläggande principer. Av särskild betydelse vid utformandet av krav är **proportionalitetsprincipen**.

Enligt proportionalitetsprincipen måste de krav, kriterier och villkor som ställs i en upphandling vara rimliga i förhållande till det som upphandlas. Kraven måste vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Om det finns flera alternativ bör den upphandlande myndigheten eller enheten välja det alternativ som är minst betungande för leverantörerna.

Kraven som ställs i upphandlingen ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till myndighetens behov.

Bedömningen av om ett visst krav är proportionerligt sker i tre steg. För det första ska kravet vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträfvade syftet. För det andra ska kravet vara nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet, det vill säga att det inte ska finnas några mindre ingripande alternativ. Slutligen görs en värdering så att den negativa effekten av kravet inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med kravets syfte.

Proportionalitetsprincipen kan sägas syfta till att förhindra att upphandlande myndigheter ställer andra eller högre krav än vad som behövs och som är ändamålsenligt, eftersom det i så fall innebär en onödigt konkurrensbegränsning.

Även **principen om icke-diskriminering** har betydelse vid kravställandet, eftersom den innebär att det är förbjudet att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Inhemska eller lokala leverantörer får inte gynnas på bekostnad av övriga leverantörer. Vidare är **likabehandlingsprincipen** av central betydelse i alla upphandlingar. Den innebär att leverantörer i lika situationer ska behandlas lika. Samma regler och tidsfrister för anbud ska exempelvis gälla alla leverantörer. Principen betyder också att leverantörer som befinner sig i olika situationer ska behandlas olika. Detta innebär att leverantörer kan behöva visa på olika sätt att de kan leverera det som ska upphandlas. Även **principen om öppenhet** kan ha betydelse för hur kraven presenteras i en upphandling. Principen innebär att upphandlingsdokumenten ska vara förutsebara, det vill säga klart och tydligt formulerade och att de ska innehålla samtliga krav som ställs.

VANLIGT FÖREKOMMANDE PROBLEMOMRÅDEN:



BESTÄLLAREN VILL GÖRA EN LÅNG RAD AVSTEG FRÅN ABK

Vi får många frågor där offentliga beställare gör avsteg från standardavtalet ABK som potentiellt offererande konsulter har svårt att hantera.

Ofta behövs juristkompetens för att bedöma konsekvenserna av ett sådant avsteg. Leverantörer utan egna jurister, alltså de allra flesta av våra medlemsföretag, får därför stora svårigheter att kalkylera risker samt prissättning och delta i upphandlingen. Antingen får de då chansa och hoppas att allt går bra eller överväga om upphandlingen är så pass viktig och chanserna att erhålla kontraktet tillräckligt goda för att det ska vara värt att ta in kostsam extern juristhjälp. Eller så väljer man att inte vara med och lämna anbud.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera dessa frågor om avsteg från ABK med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de som beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet eller likabehandling.³

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

Ett viktigt syfte med att tillämpa branschstandardavtalet ABK 09 är att hålla transaktions- och administrationskostnaderna nere och samtidigt undvika oklarheter och missförstånd som uppkommer när alternativa formuleringar tagits fram. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att göra en lång rad avsteg från ABK 09 vilket försvårar för alla potentiella anbudsgivare som inte kan lägga resurser på juristgranskning av vad det innebär för oss i praktiken? Våra arbetssätt och rutiner i projektet utgår från branschstandard och att ABK är avtalat. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i de många avsteg ni föreskriver? För oss leverantörer innebär detta stora problem för möjligheten att både räkna på anbud, administrera

och arbeta i uppdraget, säkerställa rätt försäkringslösningar och hantera frågor som kan uppkomma under och efter uppdraget.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 1: Beställaren vill göra en lång rad avsteg från ABK":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

³ Se rubrik ovan; "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling".

PROBLEMBESKRIVNING

Avsteg från ABK riskerar leda till:

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- ökade kostnader och minskad effektivitet
- tolkningsproblem och missuppfattningar

Det finns några viktiga fördelar för beställarsidan med att använda standardavtalet ABK. Vilket också är en anledning till att branschen sedan lång tid tillbaka lägger ner stora resurser på att förhandla standardavtalet och hålla det aktuellt.

De allra flesta konsultuppdrag inom bygg- och anläggningsbranschen är av relativt begränsad omfattning med en ersättning under 100 000 kr. Samtidigt utförs arbetet i komplexa projekt där ett fel eller en dåligt utformad lösning kan få oerhört kostsamma konsekvenser under lång tid. Där ett arbete som genererar en intäkt i tiotusen kronorsklassen riskerar att leda till skadeståndskrav på mångmiljonbelopp. Att tillämpa standardiserade kontraktsvillkor möjliggör för beställarsidan att hålla transaktionskostnaderna nere och samtidigt kunna få en konkurrensutsättning där flera företag har möjlighet att lämna anbud i konkurrens.

Standardiserade villkor är samtidigt en förutsättning för konsultsidan att kunna lämna anbud i många upphandlingar och arbeta gentemot många olika beställare i många olika projekt. Genom de standardiserade kontrakten kan konsultsidan nämligen förutse och försäkra sig mot riskerna, som i förhållande till intäkterna ofta är mycket stora. Standardvillkor effektiviserar anbudslämnandet och gör det möjligt för företagen att upparbeta kostnadseffektiva rutiner och system för exempelvis affärsutveckling, arbetsprocesser, kvalitetsarbete och fakturering i projekten.

Om varje kontrakt däremot reglerar ansvar, formaliakrav, immateriella rättigheter, faktureringsrutiner etc. på olika sätt omöjliggör det för konsulterna att utveckla en effektiv och generell arbetsmetodik och systemstöd. Något som begränsar det antal projekt och beställare som leverantören har möjlighet att samarbeta med och utvecklingsarbetet istället får läggas på projektspecifika rutiner och arbetsmetodik som kan användas en gång och sedan skrotas då nästa kontrakt ställer annorlunda krav. Arbete får också läggas på att teckna projektspecifika försäkringar, immaterialrättsavtal i alla led liksom juriststöd för att bedöma riskerna med avstegen ifråga. Detta är ofta inte rimligt att göra om det inte rör sig om större kontrakt eller verksamhetskritiska kunder.

Nya kontraktsvillkor innebär också att nya tolkningsfrågor hela tiden uppkommer och att det så viktiga samarbetet mellan parterna försämras på grund av rena missuppfattningar.

Det är också en allmän branschfarenhet att många av de större allmängiltiga avsteg som beställare försöker göra är effektlösa och i grunden inte ger en beställare det resultat man hoppats på. Förankringen till beställarens projektorganisationer brister ofta vilket gör att avtalen inte efterlevs. Något som gynnar de konsulter som tidigare arbetat med beställaren ifråga och känner till att risken för att de avtalade kraven ska realiseras är så liten att man ändå kan offerera sina sedvanliga priser trots den, på pappret, betydligt högre avtalade riskbild. Detta försvårar därför för nya företag att ta sig in, då det för dessa är omöjligt att värdera hur avtalet kommer att tillämpas och de därmed inte heller kommer kunna lämna anbud som prismässigt matchar de företag som har denna erfarenhet.

Att avtalets innehåll och tillämpning skiljer sig åt innebär därför en konkurrensbegränsning i sig. Beställare som vill ha en konkurrensutsättning på lika villkor ska därför inte föreskriva avtalsvillkor utan att de är välförankrade i organisationen och avsedda att faktiskt tillämpas och följas upp i det aktuella projektet. Eller om det rör sig om ett ramavtal, i samtliga avropade projekt.

ABK är framtaget av branschen där beställarsidan företräts av erfarna personer med juridik- och affärskunskaper från organisationer som Byggherrarna, Trafikverket, SKR, Fortifikationsverket och HSB. Motsvarande organisationer har även förhandlat fram AB, ABT, ABM och varit delaktiga i många andra kontraktsrelaterade frågor för sektorn. Genom att hålla sig till vad standardavtalen föreskriver får beställaren ett avtalskomplex i projekten som är anpassat just för att skapa en effektiv och välfungerande enhet i projekten.

Vad en ändring kan få för konsekvenser, inte bara för det enskilda avtalet utan för helheten och andra aktörers ansvar, kan många gånger vara svårt att förutse. Avsteg kan därmed, utöver en sämre konkurrensutsättning, medföra mer oförutsägbara villkor och kanske även oväntat ökade risker för beställaren.

Många avsteg från ABK riskerar också att uppfattas som oproportionerligt av leverantörerna vilket för med sig en risk för att någon av dem vill få upphandlingen överprövad.

Juristkåren är nog den som har mest att tjäna på att antalet avsteg från ABK ökar.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor.
- Ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal.
- Att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet och hämmar konkurrensen.
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten.
- Ökat fokus på slutresultat, funktion och långsiktigt värdeskapande.
- Att upphandlingsunderlag bör i högre grad tas fram genom extern remiss, RFI och tidig dialog.

LÄNKAR

Även de beställarorganisationer som är medlemmar i [BKK \(Byggandets Kontraktskommitté\)](#) arbetar för att upprätthålla en hög tillämpning av det partsförhandlade standardavtalet ABK.

- [Upphandlingsmyndighetens information om upphandling av konsulttjänster.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

2. BESTÄLLAREN VILL GÖRA AVSTEG FRÅN ABK I ETT RAMAVTAL

Hur avsteg från standardavtalet ABK generellt sett påverkar en upphandling har tagits upp ovan⁴ och kommer inte återupprepas här.

En annan fråga vi får från medlemsföretagen är däremot om det är någon skillnad om avstegen görs i ett ramavtal.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera frågor om avsteg från ABK i ramavtal med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de som beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet eller likabehandling.⁵ Risken är att kraven som ställs inte är relevanta för de uppdrag som kan komma att omfattas av ramavtalet.

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

Ett viktigt syfte med att tillämpa bransch-standardavtalet ABK 09 är att hålla transaktions- och administrationskostnaderna nere och samtidigt undvika oklarheter och missförstånd som uppkommer när alternativa formuleringar tagits fram. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att göra en lång rad avsteg från ABK 09 vilket försvårar för alla potentiella anbudsgivare som inte kan lägga resurser på juristgranskning av vad det innebär för oss i praktiken? Våra arbetssätt och rutiner i projektet utgår från branschstandard och att ABK är avtalat. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i de många avsteg ni föreskriver? För oss leverantörer innebär detta stora problem för möjligheten att både räkna på anbud, administrera och arbeta i uppdraget,

säkerställa rätt försäkringslösningar och hantera frågor som kan uppkomma under och efter uppdraget.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 1: Beställaren vill göra en lång rad avsteg från ABK":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

⁴ Se ovan under rubriken "Beställaren vill göra en lång rad avsteg från ABK".

⁵ Se ovan under rubriken "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

PROBLEMBESKRIVNING

Avsteg från ABK riskerar leda till:

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- ökade kostnader och minskad effektivitet
- tolkningsproblem och missuppfattningar
- att avtalsregleringarna blir illa anpassat till de olika uppdrag som avropas

Eftersom en stor del av konsultuppdragen är av mindre omfattning använder sig många beställare av ramavtal.

Generellt sett blir avsteg från ABK svårare att hantera vid ramavtal, eftersom samma villkor ska tillämpas på många olika typer av uppdrag av mycket varierande art och omfattning. När ramavtalet tecknas är det dessutom oftast oklart för de som lämnar anbud vilka typer av uppdrag och tjänster som kommer att avropas under avtalstiden. Någon samlad riskbedömning av vad ett visst avsteg kan komma att innebära låter sig därmed inte göras.

Ramavtal är särskilt användbara för att hantera små- och medelstora uppdrag. För sådana uppdrag är det samtidigt särskilt viktigt att avtalsfrågorna kan hanteras utan inblandning av jurister, eftersom juristkostnaderna blir för höga för att kunna bäras av projektet. Möjligheten för projektdeltagarna att på egen hand hantera avtalsfrågorna omöjliggörs om ramavtalet innehåller betydande avsteg. Avsteg i ramavtal innebär istället att konsulten för varje avrop behöver analysera hur ramavtalsvillkoren påverkar just den typen av uppdrag som det aktuella avropet handlar om och vilka anpassningar i arbetssätt, avtal med underkonsulter och partskommunikation som behövs för att efterleva avtalet. Vilket i regel kräver juristkompetens.

De uppdrag som vanligtvis avropas under ramavtal är konventionella uppdrag som hör till beställarens löpande förvaltning eller specialistkompetenser som beställaren kan behöva. För den typen av uppdrag torde behovet av ändringar i ABK vara begränsat eftersom standardavtalet är framförhandlat av beställarrepresentanter just för att kunna tillämpas generellt på alla olika typer av konsultuppdrag.

Grundprincipen i ABK är att avsteg kan behöva ske om det är särskilt påkallat med hänsyn till omständigheterna i ett enskilt uppdrag. Att däremot göra generella avsteg i ramavtal är en mycket ingripande åtgärd som ofta helt åsidosätter möjligheterna till en effektiv avtalsadministration och konkurrensutsättning. Att detta ändå förekommer kan möjligen bero på att det saknas utrymme för myndigheten att ändra i avtalsvillkoren i samband med ett avrop. Beställare kan därför, för att vara på den säkra sidan, vilja ta med alla möjliga typer av avsteg som det kan tänkas uppkomma behov av under avtalsperioden. Något som innebär att ramavtalet till slut inte är rimligt och anpassat för något av de uppdrag som ska avropas utan blir ett illa sammansatt hopkok av än det ena än det andra.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor.
- Ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal.
- Att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet.
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten.

LÄNKAR

Även de beställarorganisationer som är medlemmar i [BKK \(Byggandets Kontraktskommitté\)](#) arbetar för att upprätthålla en hög tillämpning av det partsförhandlade standardavtalet ABK.

- [Upphandlingsmyndighetens information om upphandling av konsulttjänster.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)

3. BESTÄLLAREN TILLÄMPAR INTE ABK

Det förekommer att offentliga beställare inte tillämpar standardavtalet ABK vid upphandling av konsulttjänster inom samhällsbyggnadssektorn.

För leverantörer utan egna jurister, alltså de allra flesta av våra medlemsföretag, blir det då svårt att analysera vilka effekter det får och därmed också att delta i upphandlingen. Antingen får de då chans och hoppas att allt går bra eller överväga om upphandlingen är så pass viktig och chanserna att erhålla kontraktet tillräckligt goda för att det ska vara värt att ta in kostsam extern juristhjälp. Eller så väljer man att inte vara med och lämna anbud.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera dessa frågor med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning ovan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de såsom beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet eller likabehandling.⁶

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

För den här typen av konsultuppdrag tillämpar vi branschstandardavtalet ABK. På så vis kan man hålla transaktions- och administrationskostnaderna nere samtidigt som vi undviker oklarheter och missförstånd när era andra avtalsvillkor ska tillämpas. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att inte följa branschpraxis och använda ABK 09 vilket försvårar för alla potentiella anbudsgivare som inte kan lägga resurser på juristgranskning av vad det innebär för oss i praktiken? Våra arbetssätt och rutiner i projekten utgår från branschstandard och att ABK är avtalat. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i att inte använda ABK? För oss leverantörer innebär detta stora problem för möjligheten att både räkna på anbud,

administrera och arbeta i uppdraget, säkerställa rätt försäkringslösningar och hantera frågor som kan uppkomma efter att uppdraget är klart.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 3: Beställaren tillämpar inte ABK":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

⁶ Se ovan under rubrik "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

PROBLEMBESKRIVNING

Att inte tillämpa det branschförhandlade standardavtalet ABK 09 riskerar leda till:

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- ökade kostnader och minskad effektivitet
- tolkningsproblem och missuppfattningar

Det finns några viktiga fördelar för beställarsidan med att använda standardavtalet ABK. Vilket också är en anledning till att branschen sedan lång tid tillbaka lägger ner stora resurser på att förhandla standardavtalet och hålla det aktuellt.

De allra flesta konsultuppdrag inom bygg- och anläggningsbranschen är av relativt begränsad omfattning med en ersättning under 100 000 kr. Samtidigt utförs arbetet i komplexa projekt där ett fel eller en dåligt utformad lösning kan få oerhört kostsamma konsekvenser under lång tid. Där ett arbete som genererar en intäkt i tiotusen kronorsklassen riskerar att leda till skadeståndskrav på mångmiljonbelopp. Att tillämpa standardiserade kontraktsvillkor möjliggör för beställarsidan att hålla transaktionskostnaderna nere och samtidigt kunna få en konkurrensutsättning där flera företag har möjlighet att lämna anbud i konkurrens.

Standardiserade villkor är samtidigt en förutsättning för konsultsidan att kunna lämna anbud i många upphandlingar och arbeta gentemot många olika beställare i många olika projekt. Genom de standardiserade kontrakten kan konsultsidan nämligen förutse och försäkra sig mot riskerna, som i förhållande till intäkterna ofta är mycket stora. Tillämpas inte ABK 09:s ansvarsregleringar behöver konsulterna teckna projektspecifika försäkringar eftersom de standardiserade ansvarsförsäkringarna bygger på ett ansvar enligt ABK 09. Standardvillkor effektiviserar anbudslämnandet och gör det möjligt för företagen att upparbeta kostnadseffektiva rutiner och system för exempelvis affärsutveckling, arbetsprocesser, kvalitetsarbete och fakturering i projekten.

Om varje kontrakt däremot reglerar ansvar, formaliakrav, immateriella rättigheter, faktureringsrutiner etc. på olika sätt omöjliggör det för konsulterna att utveckla en effektiv och generell arbetsmetodik och

systemstöd. Något som begränsar det antal projekt och beställare som leverantören har möjlighet att samarbeta med och utvecklingsarbetet istället får läggas på projektspecifika rutiner och arbetsmetodik som kan användas en gång och sedan skrotas då nästa kontrakt ställer annorlunda krav. Oklarheter kan också lätt uppkomma vad gäller immateriella tillgångar och hur uppdragsresultatet får nyttjas av beställaren. Något som konsulten behöver hantera i förhållande till varje anställd eller underkonsult som arbetar i projektet eftersom upphovsrätten som huvudregel uppkommer hos den person som utför arbetet och inte hos företaget. En ändring vad gäller nyttjanderättsfrågan innebär därför stort merarbete för att kunna säkra upp rättigheterna avtalsmässigt i förhållande till alla som arbetar i uppdraget.

Den här typen av omfattande projektspecifika anpassningar är ofta inte rimliga att göra om det inte rör sig om större kontrakt eller verksamhetskritiska kunder.

Nya kontraktsvillkor innebär också att nya tolkningsfrågor hela tiden uppkommer och att det så viktiga samarbetet mellan parterna försämras på grund av rena missuppfattningar.

Att inte tillämpa standardavtalet ABK 09 gynnar de konsulter som tidigare arbetat med beställaren och har erfarenhet av att hantera det alternativa avtalet. Men försvårar för nya företag att ta sig in och kunna konkurrera med de befintliga leverantörerna.

ABK är framtaget av branschen där beställarsidan företräts av erfarna personer med juridik- och affärskunskaper från organisationer som Byggherrarna, Trafikverket, SKR, Fortifikationsverket och HSB. Motsvarande organisationer har även förhandlat fram AB, ABT, ABM och varit delaktiga i många andra kontraktsrelaterade frågor för sektorn. Genom att använda standardavtalen får beställaren ett avtalskomplex som är anpassat just för att skapa en effektiv och välfungerande helhet i projekten.

Juristkåren kan vara de som har mest att tjäna på att helt nya och alternativa avtal tas fram.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor.
- Ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal.
- Att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet och hämmar konkurrensen.
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten.
- Ökat fokus på slutresultat, funktion och långsiktigt värdeskapande.
- Att upphandlingsunderlag i högre grad tas fram genom extern remiss, RFI och tidig dialog.

LÄNKAR

Även de beställarorganisationer som är medlemmar i [BKK \(Byggandets Kontraktskommitté\)](#) arbetar för att upprätthålla en hög tillämpning av det partsförhandlade standardavtalet ABK.

- [Upphandlingsmyndighetens information om upphandling av konsulttjänster.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

4. KOMPETENS- OCH KVALITETSASPEKTER FÅR INTE GENOMSLAG I UTVÄRDERINGEN, TIMPRISET HELT UTSLAGSGIVANDE

Pris och kostnad är olika saker. Priset per timme kan exempelvis vara högt medan kvalitet- och hållbarhetsaspekterna liksom minskade framtida kostnader för de lösningarna som tas fram kan vara mycket värdefulla ur ett längre perspektiv.

Ofta ersätts konsulten per arbetad timme vilket innebär att det inte heller finns någon säker korrelation mellan det avtalade priset och slutkostnaden för konsulttjänsten. Detta eftersom antalet debiterade timmar kommer variera på ett ofta helt oförutsebart sätt beroende på vilken konsult som anlitas.

Att upphandla komplexa konsulttjänster enbart utifrån ett offererat timpris uppfattas därför som mer eller mindre meningslöst och bidrar inte till att konsulterna kan konkurrera med sitt kunnande. Resurser som läggs ner på att utveckla digitaliserade lösningar, kvalitetsarbetet och effektiva arbetsprocesser ger inget mervärde för konsulten utan bidrar snarare till minskade intäkter om exempelvis en uppgift därmed kan lösas snabbare.

Den som önskar diskutera dessa frågor med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Om du avstår från att lämna anbud i en upphandling på grund av utvärderingsmodellen så berätta gärna det för ansvarig chef hos upphandlaren. Har du även en lösning på hur myndigheten skulle kunna få er och kanske även flera andra att lämna anbud så berätta också gärna dina tankar kring det. Leverantörernas synpunkter är en viktig del av utvecklingsarbetet här liksom annars.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

För den här typen av uppdrag är konsultens timpris inte särskilt relevant för att bedöma varken er slutliga konsultkostnad för uppdraget eller vilka värden som levereras ur ett längre perspektiv. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att inte låta kompetens- och kvalitetsaspekter få avgörande genomslag? För oss leverantörer innebär detta stora begränsningar i möjligheten att utveckla och leverera digitaliserade lösningar, kvalitetsarbete och effektiva arbetsprocesser eftersom detta inte ger något mervärde utan snarare bidrar till minskade intäkter om exempelvis en uppgift därmed kan lösas snabbare.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 4: Kompetens- och kvalitetsaspekter får inte genomslag i utvärderingen, timpriset helt utslagsgivande":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

PROBLEMBESKRIVNING

Att timpriserna blir utslagsgivande riskerar leda till:

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- att livscykelperspektivet inte blir tillgodosett
- att offererade priser ändå inte speglar kostnaden för konsulttjänsten eftersom antalet timmar som kommer läggas ner varierar beroende på leverantör

Även om kvalitetskriterier numer ofta ställs upp i offentliga upphandlingar av konsulttjänster inom samhällsbyggnad är det mer sällan de viktas så tungt att de blir utslagsgivande.

Att värdera anbudsgivarnas förmåga att hantera såväl förutsedda som oförutsedda frågor i projektet är centralt i upphandling av den här typen av konsulttjänster. Kvalitet kan exempelvis bestå av särskilda spetskompetenser inom exempelvis digitaliserad byggprocess och IT, kreativitet, kapacitet, väl upparbetade system för kommunikation och dokumentation, tillgänglighet osv. En del i utvärderingen kan vara en muntlig presentation från konsulten. En fråga att beakta är hur konsultföretaget avser att se till att redovisade tidigare erfarenheter och den befintliga kompetens som åberopas kommer projektet och beställaren till godo.

I projekteringen fastställs livscykelkostnader för åtskilliga decennier framåt. Att upphandla en sådan tjänst utifrån vilken konsults timpris som är några kronor lägre bäddar inte för att den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen väljs, varken sett till projekttiden eller livscykelkostnaderna.

Om kvalitetsaspekter inte får genomslag i tillräcklig utsträckning är risken stor för att de konsulter som satsar på effektivitet, digitalisering och kvalitetsarbete inte lämnar anbud i upphandlingen då kostnaderna som är förknippade med sådana satsningar och investeringar i utveckling och kompetens gör

att de inte kan konkurrera med marknadens lägsta timpriser för just konsulttimmarna. Även om de med hjälp av sina smarta tekniska och organisatoriska systemlösningar skulle kunnat leverera tjänsten till ett i slutändan totalt sett lägre pris eller med betydande framtida mervärden. Blir timpriset avgörande premierar det istället företaget som håller nere den typen av overhead- och utvecklingskostnader till ett minimum. Incitament för de konsulter som arbetar aktivt med kvalitetsarbete, effektivisering, digitalisering och dylikt utvecklingsarbete att delta i upphandlingen saknas då helt.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- ökat fokus på slutresultat, funktion och långsiktigt värdeskapande,
- att undvika tvingande sociala krav, sysselsättningskrav eller andra oflexibla krav som inte är nödvändiga och hämmar konkurrensen i upphandlingen,
- förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten och
- ökad kunskap kring inköp och leverans av kunskapsintensiva tjänster.

LÄNKAR

Även de beställarorganisationer som är medlemmar i [BKK \(Byggandets Kontraktskommitté\)](#) arbetar för att upprätthålla en hög tillämpning av det partsförhandlade standardavtalet ABK.

- [Upphandlingsmyndighetens information om upphandling av konsulttjänster.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

5. BESTÄLLAREN STÄLLER KRAV PÅ ATT KONSULTEN SKA ANVÄNDA EN VISS PROGRAMVARA, EXEMPELVIS REVIT ELLER AUTOCAD

En annan vanligt förekommande fråga är när en beställare ställer krav på att konsultens arbete ska utföras med en viss programvara eller någon motsvarande som är fullt ut kompatibel med denna. Vilket försvårar eller omöjliggör för de konsulter som arbetar i andra dataprogram att delta i upphandlingen.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de som beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet eller likabehandling – se "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att inte möjliggöra användningen av öppna dataformat? Alla krav på en viss programvara eller programvara som är fullt kompatibel med denna bidrar till att låsa ute leverantörer. För oss leverantörer innebär den typen av krav även stora problem för möjligheten att kunna lämna det bästa anbudet i upphandlingen och leverera de bästa lösningarna i projektet. Den här typen av krav hindrar också den digitala utvecklingen på både kort och lång sikt.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 5: Beställaren ställer krav på att konsulten ska använda en viss programvara, exempelvis Revit eller Autocad":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

Frågan om det är tillåtet att uppställa ett krav på leverans i särskild programvara bedöms ofta genom en proportionalitetsavvägning. Det handlar om att ta ställning till om de uppställda kraven är nödvändiga och lämpliga för att uppnå det önskade syftet. Kan man nå samma resultat på ett sätt som är mindre betungande för leverantörerna, så ska det alternativet väljas. Om det krävs omfattande tekniska anpassningar, som är oproportionerligt betungande för den upphandlande myndigheten i ekonomiskt och tekniskt hänseende, kan det i vissa fall motivera ett obligatoriskt krav på leverans i viss programvara.

Ökad användning av öppna standarder kan dock leda till ekonomiska stordriftsfördelar, lägre licensavgifter, ökade möjligheter till samverkan mellan olika system, lättare tillgänglig information samt ökad konkurrens. Det möjliggör också att i framtiden kunna ta del av innovationer och teknisk utveckling. Något som får vägas mot de kortsiktiga fördelarna för upphandlande myndighet att ställa krav på leverans i den aktuella programvaran. Avvägningen gäller under förutsättning att det inte finns något annat mindre ingripande sätt att uppnå det eftersträvade resultatet, vilket i så fall ska väljas.

Huvudregeln är att fabrikat, varumärke, ursprung, tillverkning och liknande inte får anges i upphandlingsdokumenten i en upphandling. Det är för att ingen leverantör ska gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock ske om det motiveras av det som ska anskaffas. I de fall det är nödvändigt att ange exempelvis fabrikat måste detta följas av orden "eller likvärdigt".

Även om en produkt finns fritt tillgänglig på marknaden riskerar en hänvisning till densamma att missgynna de leverantörer som annars inte använder den hänvisade programvaran i sin verksamhet. De som inte redan använder programvaran får en betydligt högre kostnad jämfört med konkurrenter som redan använder programvaran och därmed kan fördela programvarukostnaden över flera projekt. Huruvida konsulten sedan tidigare är van att jobba i den utpekade programvaran kan även det påverka effektiviteten. Hänvisningen kan också medföra att leverantörer som inte har erfarenhet av att jobba i den aktuella programvaran avstår att lämna anbud redan av det skälet. Samtliga leverantörer kommer visserligen ha möjlighet att uppfylla ett dylikt programvarukrav, men vissa hindras att utforma det för dem mest konkurrenskraftiga anbudet.

När en IT-leverans upphandlas kan det finnas ett behov för myndigheten att beskriva sin befintliga infrastruktur och utrustning, till exempel genom att ange varumärken. Det är i ett sådant fall inte den efterfrågade tjänsten eller leveransen som specificeras, utan den miljö i vilken den ska fungera. Att på det sättet ange varumärket och modell på befintliga produkter av relevans har av domstolarna inte ansetts strida mot upphandlingsreglerna, utan en sådan upplysning kan i vissa typer av upphandlingar vara av väsentligt intresse för anbudsgivare.

Det finns således inte något definitivt hinder mot att vid en upphandling förklara att en offererad tjänst ska kommunicera med befintlig utrustning. Dock måste alltid en prövning enligt proportionalitetsprincipen ske, det vill säga prövningen av om kravet är ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå syftet, nödvändigt för att uppnå syftet och om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som det förorsakar berörda enskilda intressen.

PROBLEMBESKRIVNING

Att inte öppna upp för öppna dataformat riskerar att leda till:

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- långvariga inlåsnings effekter
- att den digitala utvecklingen hämmas

När en upphandlande myndighet anger en viss programvara som ska användas av leverantörerna istället för att efterfråga leveranser i öppna dataformat så riskerar det att bryta mot de grundläggande upphandlingsprinciperna. Det bidrar även till att låsa ute leverantörer, minska konkurrensen och hämma den digitala utvecklingen.

Den typen av krav skapar beroenden till vissa programvaruleverantörer, både i det aktuella projektet och på lång sikt. Genom att låsa lagrad datainformation till vissa specifika format och programvaror blir det också svårare för upphandlande myndigheter att använda informationen långsiktigt eftersom man gjort sig beroende av den aktuella leverantören och dess lösningar. Lösningar som dessutom sällan är utvecklade för fastigheters långsiktiga förvaltning.

Leverantörer kan exempelvis initialt ge förmånliga priser på grundsystem, för att längre fram när beroende uppstått ta ut en högre ersättning för licenser, tilläggsprogram och support.

Eftersom licenskostnaderna för den här typen av programvaror är en stor kostnadspost för konsultsidan så uppkommer en reell konkurrensbegränsning när programvaruspecifika krav ställs. Leverantörer som redan använder sig av en specifikt efterfrågad programvara har en stor fördel i förhållande till leverantörer som använder sig av annan programvara.

Upphandling av IT-leveranser skiljer sig från andra typer av upphandlingar eftersom beroendet av befintliga IT-system ofta blir större än vad som annars är fallet. Detta drabbar både den som upphandlar och alla de konsulter som ska jobba tillsammans med denne. Diskussioner avseende om kravställandet är förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet uppkommer därmed oftare här. Krav på att använda viss programvara upplevs ofta som obefogat och omotiverat från leverantörshåll då man anser att behovet likväl skulle kunna uppfyllas genom att använda öppna standarder som exempelvis IFC.

Genom att låsa sig till vissa IT-system och dataformat hämmas alltså konkurrensen. Även möjligheten att dra nytta av innovationer och den så viktiga tekniska utvecklingen minskar.

Investeringsviljan för innovation och teknikutveckling uteblir också om en stor del av marknaden är uppbunden i befintliga system. Möjligheten att genom användning av öppna standarder enkelt kunna koppla på nya tilläggstjänster, istället för att vid utveckling av systemen helt behöva byta ut sin tekniska plattform, påverkar den långsiktiga kostnadsbilden. Även sådana fördelar i förhållande till en befintlig teknisk plattform behöver beaktas i upphandlingarna.

På kort sikt kan det bedömas billigare att köpa in den enda programvaran som är helt kompatibel med en befintlig teknisk plattform. Långsiktigt kan däremot en mer gynnsam lösning vara att helt byta till en teknisk plattform med öppen standard där upphandlaren får en betydligt större kontroll över sin framtida digitala utveckling. Det här är frågor där man behöver arbeta långsiktigt och strategiskt.

Även om upphandlande myndigheter "bara" ställer krav på att programvaran konsulten använder ska vara fullt kompatibel med en leverantörsbunden programvara man har sedan tidigare, möjliggör det upphandling av öppen programvara. I sådana fall saknar det även betydelse att öppen standard vägs in i bedömningen, så länge kravet på kompatibilitet med gammal programvara värderas högre än öppenhet. Rör det sig om leverantörsbundna system kommer konkurrenterna inte att kunna uppfylla ett obligatoriskt krav på full kompatibilitet på samtliga plan.

För att möjliggöra framtida digital utveckling är det viktigt att upphandla på ett sätt som minskar risken för inlåsnings vid kommande upphandlingar. Genom att utforma den ursprungliga upphandlingen på ett optimalt sätt kan konkurrensmöjligheterna tillvaratas både i den aktuella upphandlingen och längre fram.

En ökad användning av öppna standarder öppnar för en friare marknad och bättre konkurrens. Det öppnar för fler leverantörer att konkurrera med och därmed också utveckla sina produkter. Öppen standard motverkar därmed inlåsnings effekter och naturliga monopol. Ju fler som använder en öppen standard, desto mer värdefull torde den bli ur ett konkurrensperspektiv.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Öppna standarder och format alltid ska vara utgångspunkten vid leverans av digitala underlag i upphandlingar.
- Upphandlande myndigheter inte ska ställa krav på specifika verktyg och utvecklingssystem om inte särskilda skäl föreligger.
- Upphandlande myndigheter inte ställer krav på hur arbetsprocessen ska se ut för att ta fram det som ska levereras.
- Förbättra kunskapen kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten.
- Öka fokus på slutresultat, funktion och långsiktigt värdeskapande.
- Undvika tvingande eller andra oflexibla krav som inte är nödvändiga och hämmar konkurrensen i upphandlingen.

LÄNKAR

- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande öppna dataformat.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)

6.

BESTÄLLAREN ANVÄNDER INTE KONSULTINDEX

För avtal som löper under en längre tid kommer parterna ofta överens om att ersättningsnivåerna ska indexjusteras årligen. Men vissa långvariga avtal saknar helt regleringar om index. Eller så hänvisar beställaren till något annat index än K84, som är anpassat för just konsultbranschen.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Ofta anger konsulten i sitt anbud att offererade priser ska indexregleras enligt K84. Vid offentlig upphandling är det dock inte möjligt att ta in avtalsklausuler i anbudet som skiljer sig från det som efterfrågats i upphandlingen. Principen om likabehandling kräver att anbuden måste uppfylla kraven i upphandlingsdokumenten, annars blir det inte möjligt att göra en objektiv jämförelse mellan de inkomna anbuden.

Om leverantören skriver in en reservation i sitt anbud kan upphandlaren därför bli tvungen att förkasta anbudet. Konsulten har då ingen chans att vinna

kontraktet. Om leverantören vill ha en indexreglering är det därför inte någon bra idé att bara lägga in detta som ett prisvillkor i sitt anbud.

Istället rekommenderar vi leverantören att ställa frågor till upphandlaren. Du som leverantör får då gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan. Om ett annat index har angivits i upphandlingsdokumentet kan det ju bero på ett rent misstag, förbiseende eller felskrivning. Även sådant som anges genom frågasvarsfunktionen är en del av upphandlingsdokumenten. Det är därmed inte omöjligt att en korrigerig av en felaktig indexreglering skulle kunna göras där och därmed bli gällande för upphandlingen. Om ändringen är väsentlig kommer dock tidsfristen för att lämna med anbud behöva förlängas, så att alla leverantörer ska hinna hantera det nya villkoret i anbudsarbetet.

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att inte tillämpa konsultindex K 84 med årlig indexjustering. Syftet med en indexklausul är att undvika spekulation i den framtida kostnadsutvecklingen. Vilka överväganden har gjorts när ni valt att inte tillämpa K84? För oss leverantörer innebär detta stora problem för möjligheten att beräkna och offerera ett pris som är relevant under hela avtalsperioden.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 6: Beställaren använder inte konsultindex":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

Är det så att frågan kommer upp först efter att upphandlingen vunnits och kontrakt har tecknats kan det möjligen finnas visst utrymme för parterna att komma överens om en ändring. För att ändra i kontraktet krävs då att parterna är eniga om att en ändring ska ske och vad som istället ska gälla. Upphandlade avtal kan dock endast ändras under vissa förutsättningar och ändringarna får aldrig vara väsentliga eller ändra avtalets övergripande karaktär. En indexjustering innebär i praktiken en ren prishöjning vilket kan utgöra en otillåten väsentlig ändring av den ekonomiska jämvikten i kontraktet i LOU:s mening. Men om ändringen är av mindre värde skulle den möjligen kunna vara tillåten. Gränserna för vilka ändringar som kan göras är inte helt klarlagda i detta hänseende.

PROBLEMBESKRIVNING

Att inte tillämpa konsultindex K84 för avtal som löper över längre tid riskerar leda till

- att offererade priser baseras på anbudsgivarnas spekulationer i framtida kostnadsutveckling och därmed inte blir jämförbara samt
- att framtida prisjusteringar inte speglar prisutvecklingen

Byggbranschens standardavtal ABK anger ingen indexreglering. För att få till stånd en indexreglering behöver parterna därför på egen hand föra in det i avtalet.

Syftet med en indexklausul är att parterna inte ska behöva spekulera i den framtida kostnadsutvecklingen och även att en avtalad ersättningsnivå kan hållas relevant under en längre tid. På så sätt kan man ta bort en osäkerhetsfaktor som riskerar att medföra en onödigt och svårhanterlig påverkan på de priser som offereras i anbud. För att uppnå detta behöver indexet som tillämpas vara relevant för den aktuella tjänsten. Det ska alltså spegla kostnadsstrukturen för tjänsteutföraren. I detta fallet konsulten.

Fördelarna med indexklausuler gör sig särskilt gällande i ramavtal som löper över flera år och där ett konsultuppdrag som avropas efter exempelvis tre år sedan kan pågå ytterligare flera år framåt i tiden. Att förutse kommande kostnadsförändringar under lång tid framöver låter sig inte göras. Utan indexreglering blir det dessutom mycket svårt att fastställa en ersättningsnivå som är relevant såväl vid upphandlings-tidpunkten som flera år senare.

För att hantera frågan har Innovationsföretagen tagit fram ett faktorprisindex för konsulttjänster, K 84. Indexet tar sikte på arkitekt- och teknik-konsult-tjänster och är anpassat till kostnadsstrukturen hos företagen.

K84 utgår från förändringarna av konsultföretagens kostnader. Med hjälp av indexet kan ersättnings-nivåer (exklusive mervärdesskatt) för konsultuppdrag regleras i enlighet med de reella kostnadsförändringarna för den aktuella branschen.

Det finns även ett liknande index i indexsamlingen Entreprenadindex, som heter Litt 511, projektering. Det är uppbyggt på samma sätt som K84 med två (betydande) skillnader. Man får endast reglera ökningen i index till 90 % samt lönejusteringen sker endast med förväntad löneutveckling (tidigare en avtalad siffra i kollektivavtalet). Man missar därmed en väsentlig del av löneökningarna i branschen då lönejusteringar görs defensivt. K84 justerar både med förväntade löneökningar och med utfallet på dessa löneökningar, så att ökningarna alltid kommer med om än i efterhand. Entreprenadindex är dock att betrakta som ett relevant index för tekniska konsult-tjänster. Men det vore positivt om det i framtiden reglerades på samma sätt som K84 och framförallt att den reella löneutvecklingen följdes.

Om beställaren däremot väljer att reglera ersättningen baserat på något annat index kommer prisjusteringen inte ha någon anknytning till kostnadsutvecklingen hos konsultbolagen. Därmed brister den eftersträlvade kopplingen till kostnadsutvecklingen. Tillämpas ett annat index kommer inte prisnivåerna att justeras på ett för uppdraget relevant sätt.

För att få jämförbara anbud som inte baseras på spekulationer i framtida konjunktursvängningar behöver ramavtal tillämpa för upphandlingsföremålet relevant index.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Ökad kunskap kring inköp och leverans av kunskapsintensiva tjänster.
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten.

LÄNKAR

- [Upphandlingsmyndighetens information om fråga- svar i offentlig upphandling.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om möjligheten att ändra i upphandlade kontrakt.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

7. BESTÄLLAREN FÖRESKRIVER ETT MER LÅNGTGÅENDE ANSVAR ÄN ENLIGT ABK

Konsulttjänster innebär ofta stora risker i förhållande till den ersättning som konsulten erhåller för arbetet. Genom användningen av standardavtal kan detta hanteras genom standardiserade försäkringslösningar. Ibland gör beställarna avsteg från ansvarsregleringen i standardavtalen, något som ofta leder till många frågor från konsulter och oklarheter kring vad ändringen innebär i praktiken.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera dessa ansvarsfrågor med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de som beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet eller likabehandling.⁷

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

För den här typen av konsultuppdrag tillämpar vi branschstandardavtalet ABK. På så vis kan transaktions- och administrationskostnaderna hållas nere samtidigt som man undviker de oklarheter och missförstånd som ofta uppkommer när särregleringar ska tillämpas. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom ert val att föreskriva ett mer långtgående ansvar - vilket försvårar anbudsarbetet väsentligt. Särskilt för alla potentiella anbudsgivare som inte kan lägga resurser på juristgranskning av vad ändringen innebär i praktiken. Marknadens försäkringslösningar utgår från ett ansvar enligt ABK. Så fort avsteg görs innebär det att konsulten behöver skaffa en försäkringslösning som motsvarar det utökade ansvaret, vilket följer av ABK 09. Det är inte alltid det ansvar beställaren föreskriver ens är möjligt att försäkra. Vi behöver även göra riskbedömningar och anpassa våra projektrutiner och de lösningar vi levererar efter den ökade risken. Vi måste givetvis även bedöma om risken står i

rimlig proportion till den ersättning uppdraget kan generera. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i att föreskriva ett högre ansvar än vad som är branschstandard? För oss leverantörer innebär detta betydande merarbete för att ens kunna ta ställning till upphandlingsdokumenten och kalkylera vårt anbud.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 7: Beställaren föreskriver ett mer långtgående ansvar än enligt ABK":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

⁷ Se ovan under rubrik "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

PROBLEMBESKRIVNING

Avsteg från ABK 09:s ansvarsregleringar riskerar leda till

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- ökade transaktionskostnader
- att konsulten saknar möjlighet att försäkra risken enligt ABK 09:s krav
- att anbudena inte bli jämförbara då möjligheten att genomdriva ett ansvarsutkrävande i praktiken blir beroende av respektive anbudsgivares långsiktiga förmåga att bära den typen av ökade risker

Det finns några viktiga fördelar för beställarsidan med att använda standardavtalet ABK. Vilket också är en anledning till att branschen sedan lång tid tillbaka lägger ner stora resurser på att förhandla standardavtalet och hålla det aktuellt.

De allra flesta konsultuppdrag inom bygg- och anläggningsbranschen är av relativt begränsad omfattning med en ersättning under 100 000 kr. Samtidigt utförs arbetet i komplexa projekt där ett fel eller en dåligt utformad lösning kan få oerhört kostsamma konsekvenser under lång tid. Ett arbete som genererar en intäkt i tiotusen kronorsklassen riskerar att leda till skadeståndskrav på mångmiljonbelopp. Att tillämpa standardiserade kontraktsvillkor hjälper beställarna att hålla transaktions- och projektkostnaderna nere och samtidigt kunna få en konkurrensutsättning där flera företag har möjlighet att lämna anbud i konkurrens. Genom de standardiserade försäkringslösningar som utgår från standardavtalets ansvarsreglering kan beställaren också känna sig trygg med att ersättning för skada kan erhållas via försäkringsbolaget, oavsett konsultbolagets egna ekonomiska förutsättningar att bära skadekostnaden.

Standardiserade villkor är samtidigt en förutsättning för konsultsidan att kunna lämna anbud i många upphandlingar och arbeta gentemot många olika beställare i många olika projekt. Genom de standardiserade kontrakten kan konsultsidan nämligen förutse och försäkra sig mot riskerna, som i förhållande till intäkterna kan vara mycket stora. Standardvillkoren gör det också möjligt för företagen att ingå de allra flesta kontrakt utan att ta in dyrköpt juristkompetens.

Om varje kontrakt däremot reglerar ansvarsfrågorna på olika sätt omöjliggör det för konsulterna att teckna generella försäkringslösningar. Istället behöver projektspecifika försäkringar tas fram för varje uppdrag. Något som

ofta inte är rimligt att göra om det inte rör sig om större kontrakt eller en verksamhetskritisk kund. Att hålla försäkringskostnaderna på en rimlig nivå ligger i beställarnas intresse, kostnaden för dessa, många gånger obefogade, projektförsäkringar hamnar i slutändan på beställaren. Dessutom försvårar den här typen av speci- allösningar små- och medelstora företags möjligheter att hantera kraven och lämna anbud.

Särskilda problem uppkommer i ramavtal, där det när avtalet ingås är okänt exakt vilka projekt som kommer avropas. Eftersom ansvar utöver ABK behöver försäkras separat för varje projekt är det därmed omöjligt för konsulterna att i anbudsskedet kalkylera försäkringskostnaderna. Om beställaren önskar ha ett utökat ansvar i ett ramavtal bör kostnaderna för projektförsäkringarna därför ersättas separat enligt 6 kap 5 § ABK 09. Då kan även konsulternas påslag på försäkringskostnaderna konkurrensutsättas och utvärderas på ett enhetligt sätt. Det kan även vara mer fördelaktigt att beställaren i dessa fall tecknar en projektförsäkring, eftersom olika anbudsgivare har olika förutsättningar att upphandla projektförsäkringar på de bästa prisnivåerna.

Avvikande och egenhändigt formulerade kontraktsvillkor innebär också alltid en risk för motstridighet i de olika kontraktshandlingarna, tolkningsfrågor och oklarhet om vad som egentligen avses med en viss skrivning. Det bäddar för missförstånd och tvister om hur avtalet ska tillämpas och tolkas.

Det finns vissa typer av ansvar som inte är möjliga att försäkra, exempelvis innehåller varje försäkring ett tak för hur mycket som kan utbetalas i varje uppdrag. Om uppdragsavtalet saknar något beloppstak och alltså har ett beloppsmässigt obegränsat ansvar kommer konsulten därmed inte ha någon försäkringstäckning över försäkringens takbelopp. Beställaren blir därför i dessa fall helt beroende av konsultens ekonomiska ställning och möjlighet att betala ett eventuellt skadestånd ur egen kassa.

Den typen av skrivningar gör därför att stora konsultbolag som i och för sig skulle ha möjlighet att betala ut ett stort skadestånd utan att gå i konkurs kan välja att inte lämna anbud, eftersom ett helt obegränsat ansvar är en alltför stor risk att ta.

En mindre konsultfirma utan några tillgångar att tala om och utan marginaler att betala ut några större skadestånd kan däremot välja att skriva under ett sådant avtal där ansvaret är beloppsmässigt obegränsat. Om skadeståndet skulle falla ut kan bolaget ju ändå inte betala och beställaren kan då välja på att avskriva kravet eller försätta bolaget i konkurs. I vilket fall kommer beställaren inte kunna få det fulla skadeståndskravet ersatt. Att föreskriva ansvar som i praktiken inte är försäkringsbara riskerar att snedvrider konkurrensen eftersom anbudsgivarnas möjlighet att bära ett omfattande skadeståndskrav inte är varken jämförbara eller förutsebara. Särskilt inte som ansvarstiden löper så lång tid som 10 år efter att uppdraget har avslutats. De offererande konsultfirmornas ekonomiska ställning under så lång tid framöver går inte att förutsäga när anbudena ska utvärderas. Enligt ABK 09 är konsulten skyldig att teckna försäkring som motsvarar avtalat ansvar. Ett större ansvar innebär därmed att konsulten har en skyldighet att skaffa motsvarande försäkring. Det är därför viktigt att beställaren kontrollerar att den öns-

kade ansvarsomfattningen också är försäkringsbar. Annars kommer konsulten inte kunna uppfylla kravet på att teckna försäkring.

Att föreskriva ett högre ansvar än enligt ABK innebär att beställarna behöver följa upp att konsulten också tecknar en försäkring som täcker det avtalade ansvaret. Annars är risken att beställaren ändå inte kan få ut den ersättning denne i och för sig har rätt till. Det är enligt vår mening mycket sällan som beställare kontrollerar i vilken mån konsultens försäkring verkligen täcker det avtalade ansvaret. Ett utökat ansvar riskerar därmed att ändå inte kunna genomdrivas om en skada skulle uppkomma.

Ett utökat ansvar har därmed sällan det värde som beställaren önskar och kanske tror. Långtgående ansvarsskrivningar riskerar också att uppfattas som oproportionerliga av leverantörerna vilket för med sig en risk för att någon av dem begär att få kravställningen och upphandlingen överprövad.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor,
- ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal,
- att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet och hämmar konkurrensen,
- förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten,
- ökat fokus på slutresultat, funktion och långsiktigt värdeskapande samt
- att upphandlingsunderlag bör i högre grad tas fram genom extern remiss, RFI och tidig dialog.

LÄNKAR

Även de beställarorganisationer som är medlemmar i [BKK \(Byggandets Kontraktskommitté\)](#) arbetar för att upprätthålla en hög tillämpning av det partsförhandlade standardavtalet ABK.

- [Upphandlingsmyndighetens information om upphandling av konsulttjänster.](#)
- [Upphandlingsmyndighetens information om strategiskt inköpsarbete.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

8.

**BESTÄLLAREN KRÄVER ATT FÅ ÄGANDE-
RÄTT ELLER ENSAMRÄTT TILL UPPDRAGS-
RESULTATET**

I takt med teknisk utveckling och ökande tjänstefiering blir immateriella tillgångar allt viktigare. De kunskapsbaserade tillgångarna utgör en allt större del - många gånger merparten - av företagets värde.

Balansgången kan vara vanskelig mellan att å ena sidan dela kunskap, vilket bidrar till innovationskraft och utveckling, samt att å andra sidan skydda de verksamhetskritiska delar som är en förutsättning för det egna företagets möjlighet att investera i utveckling och därmed inte lämpar sig att sprida. För att möjliggöra nödvändig teknikutveckling och konkurrenskraftig företagsamhet behövs därför strategiskt arbete och medvetna vägval i hanteringen av de immateriella tillgångarna.

Nya lösningar utvecklas och sprids inte av sig själva utan kräver resurser och målmedvetet arbete i planering, utveckling, marknadsföring, uppdateringar och förvaltning. Inte minst inom samhällsbyggnadssektorn finns en stark vilja och en efterfrågan på modernisering och innovationskraft. Möjligheterna

till detta begränsas dock av en utbredd okunskap om kunskapsbaserade tillgångar och hur de tas tillvara. Något som får allvarliga konsekvenser på såväl företags- som samhällsnivå.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera den här typen av kravställningar med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning ovan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de som beskrivits ovan kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet.⁸

**I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN
FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:**

För den här typen av konsultuppdrag tillämpas det branschförhandlade standardavtalet ABK. På så vis skapas samhällsekonomiskt och innovationsmässigt mest gynnsamma förutsättningar, till fördel för alla aktörer. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom era skrivelser vad gäller immaterialrättsförvärv och vad det är ni vill uppnå? Konsultsidan satsar stora resurser på utveckling av nya smarta lösningar, arbetssätt och processer. När beställare förskriver ensamrätt eller äganderätt till resultatet innebär det att den leverantör som upphandlas inte kommer kunna leverera sådana lösningar som bygger på tidigare erfarenheter som denne behöver kunna fortsätta att använda i sin övriga verksamhet. Ni riskerar därmed att gå miste om de bästa lösningarna. Om konsultsidan förhindras återanvända tidigare material behöver vi hela tiden börja om från noll vilket dessutom blir både ineffektivt och kostsamt för beställarna. En fördel med att anlita en konsult är att få del av dennes kunskap och erfarenheter, vilket helt omintetgörs om beställarna kräver ensamrätten i situationer där så egentligen inte krävs.

Offentliga beställare saknar dessutom ofta såväl intresse som möjlighet att ta tillvara på den här typen av rättigheter, genom exempelvis vidareutveckling och kommersialisering. Att omfattande rättigheter läggs över på beställaren hindrar därmed också den generella utvecklingen. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i att föreskriva ett sådant utökat rättighetsförvärv? För oss leverantörer innebär detta betydande problem att kunna arbeta med era projekt och leverera våra bästa lösningar.

En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 8: Beställaren kräver att få äganderätt eller ensamrätt till uppdragsresultatet":

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

⁸ Se ovan under rubrik "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

PROBLEMBESKRIVNING

Att föreskriva ensamrätt eller äganderätt till uppdragsresultatet riskerar leda till

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- att leverantören hindras leverera de bästa lösningarna i projektet
- att utvecklingen och ett effektivt resursutnyttjande hämmas

Ett återkommande problem som konsultsektorn stöter på är att upphandlingsdokumenten innehåller onödigt omfattande rättighetsförvärv. Detta medför att värdefulla immaterialrättigheter övertas av offentliga aktörer som varken har kompetens, intresse eller möjlighet att ta tillvara på rättigheterna genom exempelvis vidareutveckling och kommersialisering.

Att låsa inne kunskap i projekten är inte vägen framåt för samhällsbyggnadssektorn. Istället behövs förutsättningar som möjliggör och premierar investeringar och satsningar på utveckling och innovation. De immateriella rättigheterna bör innehåsas av den part som bäst kan utnyttja dem. På så vis får vi samhällsekonomiskt och innovationsmässigt mest gynnsamma förutsättningar till fördel för samtliga aktörer.

Genom standardavtalet ABK 09 regleras nyttjanderättsfrågan i 7 kap 1 § där beställaren ges rätt att använda uppdragsresultatet för det avsedda ändamålet. På så sätt får beställaren möjlighet att använda resultatet såsom avsett samtidigt som konsulten kan lägga erfarenheterna till grund för fortsatt affärs- och teknikutveckling.

Konsultföretag bygger ständigt upp kunskap och erfarenheter från sina olika uppdrag. Kunskap som sedan ligger till grund för arbetet i kommande uppdrag. En viktig anledning för beställare att anlita en konsult är att denne önskar få del just av konsultens kunskap och tidigare erfarenheter. Om beställare då väljer att skriva över ensamrätt eller äganderätten till uppdragsresultatet innebär det att konsulten inte kan återanvända dessa erfarenheter i senare uppdrag. Vilket direkt hämmar framtida teknik-, process-, och tjänsteutveckling.

Den här typen av krav riskerar dessutom att bli onödigt kostnadsdrivande eftersom konsulterna tvingas att hela tiden börja om från noll om de inte kan återanvända gammalt material och lösningar. De som får betala för detta ständiga omarbete blir beställarna och inga andra. Samtidigt tappar branschen attraktionskraft för kreativa personer som vill arbeta i en modern miljö och vara del av en utveckling istället för att hela tiden behöva starta från noll.

Att beställaren vill avtala om onödigt stora rättighetsförvärv hämmar både konkurrensen och möjligheten att få del av marknadens bästa lösningar i projektet - för varför skulle någon vilja sälja bort dessa så att de bara kan användas i ett enda projekt? Den konsult

som satsar på tjänsteutveckling och nya tekniska lösningar kommer knappast vara intresserad av att riskera sina framtida affärsmöjligheter och havda investeringar i den typen av projekt där beställaren kräver att få ensamrätt eller full äganderätt till delar eller hela uppdragsresultatet och ibland ännu mer än så. Den konsult som får uppdraget kan dessutom behöva välja en sämre lösning för att inte riskera att i ett enda projekt sälja iväg sådant som tagits fram under år av investeringar i utvecklingsarbete. Den typen av mycket begränsande avtalsvillkor kan därmed rent utav omöjliggöra för konsulten att leverera den bästa lösningen till beställaren.

Liksom övriga krav som ställs i en offentlig upphandling behöver även kraven på rättighetsöverlåtelser ligga i linje med regelverket om offentlig upphandling och exempelvis inte vara mer långtgående än vad som är befogat och förenligt med proportionalitetsprincipen.⁹

Ett vanligt misstag vid den här typen av regleringar är att beställaren hanterar alla förekommande immateriella tillgångar på ett och samma sätt. Föreskrivs då ägande- eller ensamrätter innebär det en stor risk att även sådant som konsulten arbetat fram utanför det aktuella uppdraget riskerar att övergå till beställaren. Exempelvis beräkningsmodeller som konsulten tillämpar i uppdraget. Ett annat exempel är rättigheterna till någon annans programvara som används och som konsulten levererar uppdragsresultatet med hjälp av, rättigheter som konsulten inte kan förfoga över på sätt som ger beställaren ensamrätt eller äganderätt. Trots detta förekommer långtgående generella skrivningar som i praktiken innebär att beställaren kräver full äganderätt eller ensamrätt även till befintliga datafiler, beräkningsmodeller, uppgifter från konsultens mallmodeller, programvara osv. Bakgrundsmaterial som konsulten behöver använda för att kunna leverera det bästa möjliga uppdragsresultatet men som inte tillkommit inom ramen för uppdraget. Den typen av formuleringar blir särskilt skadliga då de i praktiken är omöjliga att efterleva.

I praktiken riskerar den här typen av rättighetsförvärv att slå undan benen på företag som i upphandlingen saknat tillräcklig kunskap att fullt ut värdera vad avtalsregleringarna om att överlåta äganderätten till de immateriella rättigheterna innebär i praktiken. Medan de företag som insett konsekvenserna härav kanske avstått från att lämna anbud i upphandlingen eller väljer att inte använda de hjälpmedel och tekniska lösningar som står till buds i uppdraget. Med följd att upphandlande myndighet inte får del av de mest aktuella verktygen och lösningarna som skulle kunna bidra till ett bättre resultat.

⁹ Se ovan under rubrik "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i offentlig upphandling?".

För konsulternas del är det mycket viktigt att undvika att beställaren erhåller ensamrätt eller äganderätt till digitala verktyg och immaterialrättsliga tillgångar som konsulten har med sig in i uppdraget. Att reglera immaterialrättsförvärv som går utöver rena resultat av arbetet i det aktuella uppdraget torde aldrig vara befogat i den här typen av uppdragsavtal.

I uppdragsavtalen behöver man därför göra skillnad på olika typer av immateriella tillgångar.

- Sådant som konsulten har med sig in i uppdraget.
- Sådant som tas fram av konsulten inom ramen för uppdraget.
- Sådant som tas fram gemensamt av konsulten och beställaren eller någon annan i uppdraget.
- Sådant som kommer konsulten till del från beställaren och dess övriga kontraktsparter i projektet.

Innovationsföretagen uppmanar både upphandlande enheter och konsulter som kommer i kontakt med den här typen av skrivningar att sätta sig in i frågorna på sätt som krävs för att skapa långsiktigt hållbara lösningar av immaterialrättsfrågorna. Den som, utan att vara insatt i hanteringen av immateriella tillgångar, gör avsteg från standardavtalets regleringar riskerar att göra sig själv en björntjänst. I själva verket gör den typen av okvalificerade regleringar betydligt mer skada än nytta såsom beskrivits ovan.

Det är även kutym att konsultens resurser och kompetens i anbud för kommande uppdrag redovisas bland annat med hjälp av hänvisning till tidigare genomförda projekt. Vid vissa långtgående rättighetsförvärv kan även möjligheten för konsulten att använda projektet som sådan referens inskränkas. Konsulten har då inte möjlighet att berätta för framtida kunder vilken kompetens och erfarenhet man besitter. Något som på svikt försvårar för beställare som önskar information om vilken kompetens och erfarenhet olika konsultföretag har. Möjligheten för beställare att i senare upphandlingar värdera vilken som är den bäst lämpade konsulten inskränks därmed.

En av våra mest välkända immaterialrätter är upphovsrätten. Upphovsrätten skyddar exempelvis facktexter, såsom konsultrapporter och strategiska planer, byggnadskonst, design och tekniska ritningar. Därmed har den mycket stor praktisk betydelse för i princip alla typer av företag. Särskilt viktig är upphovsrätten som skyddar datorprogram.

Om beställaren avtalar om äganderätt till uppdragsresultatet innebär det att endast beställaren får använda det. Beställaren får en ensamrätt. Från början ligger dock all upphovsrätt hos upphovspersonerna. Så ser det ut i så gott som hela världen eftersom det är en grundförutsättning för att möjliggöra satsningar

och engagemang i kreativt, nyskapande och innovation. För att konsultbolaget ska kunna överlåta någon som helst upphovsrätt krävs därför avtal om detta med alla inblandade, allt ifrån egna anställda, inhyrd personal, underkonsulter, praktikanter osv. Vid en anställning har arbetsgivaren per automatik viss upphovsrätt till arbetsresultatet men denna är begränsad så ofta tecknar konsultbolaget separata upphovsrättsregleringar även gentemot anställda.

Så länge beställaren håller sig till upphovsrättsregleringen enligt ABK är detta relativt enkelt för konsulten att hantera eftersom man då kan använda sig av standardskrivningar för att den avtalade nyttjanderätten alltid ska kunna säkerställas. Men så fort beställaren vill ha en utökad rätt till uppdragsresultatet behöver konsulten se över sina avtal med samtliga inblandade personer i projektet som kan komma att bidra till en upphovsskyddad del. Något som innebär såväl extra administration som behov av juridiska överväganden och överenskommelser.

På detta sätt bildas en väv av avtal som vid avsteg från ABK:s reglering behöver upprättas, uppdateras och upprätthållas genom hela projektet, vilket drar resurser och kräver hög kompetens vad gäller immateriella tillgångar för att kunna hanteras på ett korrekt sätt.

Även om beställaren skaffat sig ensamrätt eller äganderätt till uppdragsresultatet gäller att upphovsmannens ideella rätt alltid måste respekteras. Den ideella rätten till ett verk uppkommer per automatik i och med att verket skapas och kan inte säljas eller ens ges bort. Det är alltså den fysiska person, exempelvis en anställd hos konsulten, som skapat något som också innehar den ideella rätten. Detta är ingenting som kan påverkas genom mer omfattande avtal eller något annat utan den rätten kan inte tas ifrån upphovspersonen. Ofta har flera personer medverkat vid framtagandet vilket kan innebära att upphovsrätten ligger hos flera olika individer.

Det är långt ifrån säkert att de personer och kompetenser som konsulten anser skulle kunna bidra till den bästa lösningen i projektet går med på den här typen av utökade överlåtelser av immateriella rättigheter. Konsulten behöver då hitta en annan, kanske mindre lämpad, samarbetspartner som kan tänka sig att sälja iväg resultatet helt och hållet. Även av dessa anledningar kan beställarens krav på utökad rätt till uppdragsresultatet verka inte bara konkurrensbegränsande utan också leda till att projektet riskerar att inte få del av den mest lämpade kompetensen och resurserna.

En annan aspekt är att en immateriell tillgång kan skyddas av flera olika immateriella rättigheter på samma gång, exempelvis upphovsrätt, mönsterrätt och patent kan alla gälla samtidigt i olika avseenden för en viss tillgång. Där kan även finnas företagshemligheter inbakade.

Även här uppstår ofta oklarheter om vem som har vilken rättighet. Hamnar dessa olika rättigheter på olika parter kan det förhindra alla från att använda tillgången utan att samtliga inblandade dessförinnan kommer överens. Den typen av frågor är ofta oerhört svåra att reglera i efterhand när de väl ställs på sin spets utan är något man behöver tänka på redan från början. Även gällande patent finns relevanta regleringar redan i standardavtalet ABK 09.

Som framgår ovan så får den här typen av avtalsklausuler påverka inte bara i det enskilda projektet utan generellt i konsultbolagets och beställarens verksamheter. Om konsultbolaget har ett projekt som kräver särskild hantering av immaterialrätterna är det ofta hanterbart, under förutsättning att uppdraget är så stort att det är lönt att lägga ner de förhållandevis omfattande resurser som kan krävas för att säkerställa en korrekt hantering i alla led.

Problemet uppkommer om särregleringar förekommer i många projekt, då blir rättighetshandlingen snabbt svår att överblicka och upprätthålla. Har man exempelvis tjugo olika immaterialrättsregleringar gällande allt från affärshemligheter, patent, upphovsrätt och mönsterrätt med samtliga anställda, inhyrd personal, vikarier, underkonsulter osv. som är inblandade i de tjugo projekten under hela dess mångåriga livslängd och som skulle kunna skapa något som är upphovsrättsligt skyddat eller skyddat av patent - då blir det snabbt enorma mängder avtal och regleringar att hålla reda på.

Med många särregleringar får konsulten även svårighet att överblicka vilket material som kan användas på vilket sätt. Den osäkerheten blir en betydande tröskel i utvecklingsarbetet. Osäkerheten gör att konsultbolag kan välja att avstå från ett visst utvecklingsarbete eftersom det skulle vara alltför resurskrävande att gå igenom alla rättighetsaspekter innan man ens kan inleda en förstudie gällande idéns utvecklingspotential. Och att inleda en sådan förstudie utan att ha säkerställt att man verkligen får använda den kunskap och de lösningar som ingår leder inte till något större engagemang och resurser prioriteras då lätt någon annanstans i verksamheten för att inte riskera förgävesarbete. Bara en sådan osäkerhet kring hur erfarenheter och kunskap kan användas hämmar därmed i sig utvecklingsbenägenheten i ett företag. En osäkerhet som blir allt större ju fler avsteg och speciallösningar som förekommer.

Redan utan ändringar i ABK har beställaren som sagt alltid rätt att nyttja resultatet i avsett syfte. Beställaren får också återanvända enskilda lösningar. Alla framtida ägare och brukare av det fysiska slutresultatet av en projektering får också använda resultatet i förvaltningen och vid exempelvis en framtida ombyggnation eller dylikt, utan att betala något extra.

Som sagt behöver den ideella upphovsrätten alltså beaktas så att upphovspersoner namnges enligt god sed och eventuella ändringar som görs inte är kränkande. Även patentfrågan hanteras i ABK 09.

Normalt sett har handlingar som upprättas i ett visst uppdrag mycket begränsad användbarhet i andra uppdrag. Regleringen i ABK har tagits fram gemensamt av konsult- och beställarsidan och ger beställaren de rättigheter som normalt behövs. Från konsult-håll upplever man att rättighetsöverlåtelser därutöver ofta tas in av beställaren som hängslen och livrem och utan att beställaren kan förklara vad syftet är och varför man behöver äganderätt eller ensamrätt till uppdragsresultatet.

Erfarenheten är att upphandlande myndigheter som föreskriver den här typen av rättighetsförvärv sällan, eller till och med aldrig, utnyttjar rättigheten. Eftersom avstegen från ABK vad gäller äganderätt och ensamrätt brukar vara extremt generellt formulerade och myndighetens planerade användning inte klarlagd är särregleringarna närmast omöjliga för konsulterna att prissätta. Resultatet blir sammantaget att priset för tjänsten knappast påverkas, de immateriella rättigheterna inte utnyttjas av beställaren - men de negativa effekterna som beskrivs alltså kvarstår.

Att på detta sätt slentrianmässigt införa rättighetsöverlåtelser är direkt skadligt för branschen och stoppar upp den utveckling som beställarsidan själva efterfrågar och eftersträvar. Den upphandlande myndighet som behöver en utökad rätt behöver ta hänsyn till att detta sker utan att konsultens möjlighet att använda materialet inskränks i onödan. I de allra flesta fall kan det hanteras genom att en nyttjanderätt upplåts till beställaren i relevanta delar, exempelvis såsom man gjort i ABK 09 och som därför gäller redan i och med att parterna avtalar om att tillämpa standardavtalet.

Redan av regeringens nationella upphandlingsstrategi framgår att offentlig upphandling ska ha som mål att främja innovationer. Leverantören, i det här fallet konsulten, är i de flesta fall bättre lämpad än en upphandlande myndighet att driva utvecklingen av en innovation. En smart idé eller lösning är bara ett första steg. För att den ska kunna utvecklas, spridas och bygga värde över tid krävs ett målmedvetet arbete och exempelvis sakkompetens, ekonomiska incitament, förfogande över immateriella tillgångar, investeringar, utveckling, marknadsföring, förvaltning osv. Att låta konsulten behålla immaterialrättigheter är ett sätt att främja den politiska ambitionen att använda upphandling för att stimulera innovation.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Bättre möjligheter till avkastning på kunskaps- och FoU-investeringar
- Att företagen ska kunna skydda sina affärsidéer och immateriella rättigheter i affärsrelationer och upphandlingar
- Ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor
- Ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal
- Att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten
- Ökad kunskap kring inköp och leverans av kunskapsintensiva tjänster
- Att nya upphandlingsformer ger rätt förutsättningar för leverans av kunskapsintensiva konsulttjänster

LÄNKAR

- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)
- [Mål för offentlig upphandling i den nationella upphandlingsstrategin.](#)

Svenskt näringslivs policyexpert för immaterialrätt Christina Wainikkas relaterade artiklar,

- ["Mager utdelning på innovationer"](#)
- ["Patent och andra immaterialrättigheter"](#)
- ["Stora kunskapsluckor om immaterialrätten - här är lösningen" samt](#)
- ["Det här händer när innovationer flödar över nationsgränser"](#)

9. BESTÄLLAREN VILL HA UTÖKAD NYTTJANDERÄTT TILL UPPDRAGSRESULTATET

I takt med teknisk utveckling och ökande tjänstefering blir immateriella tillgångar allt viktigare. De kunskapsbaserade tillgångarna utgör en allt större del - många gånger merparten - av företagets värde.

Balansgången kan vara vanskelig mellan att å ena sidan dela kunskap, vilket bidrar till innovationskraft och utveckling, samt att å andra sidan skydda de verksamhetskritiska delar som är en förutsättning för sitt eget företags möjlighet att investera i utveckling och därmed inte lämpar sig att sprida. För att möjliggöra nödvändig teknikutveckling och konkurrenskraftig företagsamhet behövs därför strategiskt arbete och medvetna vägval i hanteringen av de immateriella tillgångarna.

Nya lösningar utvecklas och sprids inte av sig själva utan kräver resurser och målmedvetet arbete i planering, utveckling, marknadsföring, uppdateringar och förvaltning. Inte minst inom samhällsbygg-

nadssektorn finns en stark vilja och en efterfrågan på modernisering och utveckling. Möjligheterna till detta begränsas dock av en utbredd okunskap om kunskapsbaserade tillgångar och hur de tas tillvara. Något som får allvarliga konsekvenser på såväl företags- som samhällsnivå.

VAD KAN DU SOM LEVERANTÖR GÖRA?

Den som önskar diskutera den här typen av kravställningar med en upphandlande myndighet kan behöva kontakta såväl den enskilda upphandlaren som berörda chefer inom den upphandlande organisationen. Dessa frågor behöver ofta hanteras inom ramen för det strategiska upphandlingsarbetet snarare än i respektive upphandling.

Du som leverantör får gärna hänvisa till, eller för egen del använda dig av hela eller delar av vår problembeskrivning nedan.

Kontraktsvillkoren kan i vissa fall även angripas rättsligt, om de kan anses strida mot LOU:s principer, i synnerhet de som rör proportionalitet.¹⁰

I EN ENSKILD UPPHANDLING KAN EXEMPELVIS EN FRÅGA SOM NEDAN BLI AKTUELL ATT STÄLLA:

För den här typen av konsultuppdrag tillämpas det branschförhandlade standardavtalet ABK. På så vis skapas samhällsekonomiskt och innovationsmässigt mest gynnsamma förutsättningar, till fördel för alla aktörer. Vi undrar vilka överväganden som ligger bakom era skrivningar vad gäller utökad nyttjanderätt och vad det är ni vill uppnå? Konsultsidan satsar stora resurser på utveckling av nya smarta lösningar, arbetssätt och processer. När beställare föreskriver långtgående nyttjanderätter är risken att den leverantör som upphandlas inte kommer kunna leverera sådana lösningar som bygger på tidigare erfarenheter som denne behöver kunna fortsätta utveckla och investera i. Ni riskerar därmed att gå miste om de bästa lösningarna. Att onödigt omfattande rättigheter införskaftas av beställaren begränsar konsultens möjligheter att skapa investerings- och utvecklingsutrymme och hämmar därför den generella utvecklingen. Dessutom är det svårt att prissätta den här typen av utökad nyttjande-

rätt eftersom det är oklart hur ni faktiskt avser att använda de inhandlade rättigheterna och därmed vilken konsekvens det får för vår fortsatta verksamhet. Vilka överväganden har gjorts vad gäller lämpligheten och nödvändigheten i att föreskriva ett sådant utökad rättighetsförvärv? Behövs det verkligen i alla delar eller skulle man kunna precisera ytterligare vilka rättigheter ni behöver till olika delar? Normalt skiljer man exempelvis på rättigheter som konsulten har med sig in i uppdraget, som tas fram i uppdraget och som konsulten får tillgång till genom uppdraget. För oss leverantörer innebär den typ av nyttjanderätt som ni föreskriver betydande problem att kunna arbeta med era projekt och satsa på utveckling och nya lösningar. En mer utförlig problembeskrivning hittar ni här under rubrik "Problemområde 9:

<https://www.innovationsforetagen.se/offentlig-upphandling/handledning-for-konsulter-pa-den-offentliga-marknaden/>

¹⁰ Se ovan under rubriken "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i en offentlig upphandling".

PROBLEMBESKRIVNING

Att föreskriva onödigt omfattande rättighetsförvärv riskerar leda till

- att potentiella anbudsgivare avstår från att lämna anbud
- att leverantören hindras leverera de bästa lösningarna i projektet
- att utvecklingen hämmas

Ett återkommande problem som konsultsektorn stöter på är när upphandlingsdokumenten innehåller onödigt omfattande rättighetsförvärv. Det hämmar både konkurrensen och möjligheten att få del av marknadens bästa lösningar i projektet.

Beställarsidan ropar efter ökad effektivitet och digitalisering. När leveranserna till allt större del består av digitala lösningar, modeller och projektledningssystem istället för rena konsulttimmar blir de immateriella rättigheterna en nyckelfråga för konsultbolagets utveckling och på sikt överlevnad.

De konsulter som satsar på en sådan utveckling kommer knappast ge sina beställare obegränsad eller mycket vidsträckt tillgång till resultatet under lång tid eftersom det slår undan benen för hela verksamheten och framtida affärer. Vill man som beställare i projektet få del av nya digitala verktyg, nya beräkningsmetoder, nya tekniska lösningar osv. bör man därför tänka efter noga innan man väljer att skriva in en alltför omfattande nyttjanderättsreglering. Annars riskerar man att inte få del av de bästa tekniska lösningarna som konsulten givetvis inte har möjlighet att lättvindigt skänka bort efter år av utvecklingsarbete och investeringar.

Att prissätta den här typen av rättighetsförvärv är nämligen mycket svårt. Särskilt som avtalstexterna i de här delarna ofta är så pass luddigt formulerade att det är omöjligt att förutse hur beställaren faktiskt avser att använda de inhandlade rättigheterna. Anbudet vid en offentlig upphandling i konkurrens kommer därmed snarare bygga på konsulternas gissningar om hur beställaren kommer agera än objektivt jämförbara förutsättningar. Konsulternas anbud blir därmed knappast jämförbara.

Den konsult som chansar på att beställaren inte i någon mån kommer utnyttja en sådan utökad nyttjanderätt kommer därmed, allt annat lika, att vinna upphandlingen. Medan en annan konsult som räknar med att beställaren helt och fullt utnyttjar denna inskrivna rättighet i samtliga framtida fall då möjlighet ges kommer att lämna ett pris på helt andra nivåer. Historiskt sett har de offentliga beställare som tillskrivit sig en utökad nyttjanderätt så gott som aldrig valt att också utnyttja den. Att skriva in den typen av

rättigheter utan att med någon grad av säkerhet veta att och i vilken mån de behövs och också kommer att utnyttjas innebär därmed att anbud lämnas på ren spekulat

Vid sidan av immateriella tillgångar som uppkommit inom ramen för konsultens generella utvecklingsarbete finns i uppdragen ofta även projektspecifika uppgifter och lösningar. Genom standardavtalet ABK 09 regleras nyttjanderättsfrågan i 7 kap 1 § där beställaren ges rätt att använda uppdragsresultatet för det avsedda ändamålet. På så sätt får beställaren möjlighet att använda resultatet som avsett samtidigt som anbudet blir jämförbara då samtliga anbudsgivare lämnar sitt anbud utifrån samma grundförutsättningar, oberoende av spekulationer i eventuella framtida utnyttjanden av långtgående nyttjanderätter.

Beställarens rätt är därmed redan säkerställd. Ett krav i en upphandling som går därutöver riskerar att vara oproportionerligt och därmed i strid med upphandlingslagstiftningen. Precis som övriga krav i en offentlig upphandling behöver även regleringar om nyttjanderättsförvärv ligga i linje med regelverket om offentlig upphandling. Inte heller dessa krav får vara mer långtgående än vad som är befogat i upphandlingen.¹¹

Specifikt för entreprenader och utredningar är att många viktiga grundförutsättningar skiljer sig åt mellan projekten. Det går därför sällan att industrialisera byggandet eller annars räkna med att man kan använda samma handlingar gång efter annan. Inte heller vad gäller den här typen av projektspecifika lösningar fyller det därför någon egentlig funktion att beställaren föreskriver exempelvis en för all framtid fri och obegränsad förfoganderätt. En överhängande risk är att den typen av krav inte kan anses varken relevanta eller proportionerliga att ställa i en enskild upphandling. Än mindre i en ramavtalsupphandling där den typen av skrivningar också förekommer.

Ett vanligt misstag vid den här typen av regleringar är att beställaren hanterar alla förekommande immateriella tillgångar på ett och samma sätt. Föreskrivs då långtgående nyttjanderätter innebär det en stor risk att även sådant som konsulten arbetat fram utanför det aktuella uppdraget riskerar att övergå till beställaren. Exempelvis beräkningsmodeller som konsulten tillämpar i uppdraget eller programvara som används och som konsulten levererar uppdragsresultatet med hjälp av. Trots detta förekommer inte sällan skrivningar som i praktiken innebär att beställaren kräver oinskränkt nyttjanderätt eller ensam nyttjanderätt även till befintliga datafiler, beräkningsmodeller, uppgifter från konsultens mallmodeller, programvara osv.

¹¹ Se ovan under rubriken "Vilka typer av krav är tillåtna att ställa i en offentlig upphandling".

Bakgrundsmaterial som konsulten behöver använda för att kunna leverera det bästa möjliga uppdragsresultatet men som inte tillkommit inom ramen för uppdraget. Den typen av formuleringar blir särskilt skadliga då de i praktiken är omöjliga att efterleva.

Det är viktigt att undvika att beställaren erhåller äganderätt till verktyg och immaterialrättsliga tillgångar som konsulten har med sig in i uppdraget. Att reglera en nyttjanderätt som går utöver rena resultat av arbetet i det aktuella uppdraget torde aldrig vara befogat i ett ABK-avtal. Önskar man sådan nyttjanderätt till digitala verktyg, programvara etc. tecknas istället normalt sett ett löpande licensavtal på viss tid. Ofta med ersättning som erläggs löpande under nyttjandeperioden.

I uppdragsavtalen behöver man därför göra skillnad på olika typer av immateriella tillgångar.

- Sådant som konsulten har med sig in i uppdraget.
- Sådant som tas fram av konsulten inom ramen för uppdraget.
- Sådant som tas fram gemensamt av konsulten och beställaren eller någon annan i uppdraget.
- Sådant som kommer konsulten till del från beställaren och dess övriga kontraktsparter i projektet.

Alla särregleringar vad gäller nyttjanderätten innebär också rent administrativa och juridiska följd effekter. Upphovsrätt och flera andra immateriella rättigheter uppkommer nämligen som huvudregel hos den person som skapar dem. För att ens ha någon rättighet att överlåta till beställaren behöver konsulten därför först och främst se till att man själv har rätt att förfoga över och sälja den i den omfattning som beställaren efterfrågar. Så länge beställaren håller sig till upphovsrättsregleringen enligt ABK är det relativt enkelt för konsulten att hantera. Konsulten kan då använda sig av standardskrivningar och bolagsövergripande rutiner för att säkerställa att konsulten själv har förvärvat den nyttjanderätt som tillfaller beställaren.

Så fort beställaren vill ha en utökad rätt till uppdragsresultatet behöver konsulten dock se över sina avtal med samtliga inblandade personer i projektet som kan komma att bidra till en upphovsskyddad del. Något som innebär såväl extra administration som behov av juridiska överväganden och överenskommelser. På detta sätt bildas en väv av avtal som behöver upprättas, uppdateras och upprätthållas genom hela projektet, vilket drar resurser och kräver hög kompetens vad gäller immateriella tillgångar för att kunna hantera på ett korrekt sätt.

Särskilda problem uppkommer om särregleringar förekommer i många olika projekt, då blir rättighetshanteringen snabbt mycket svår att överblicka och upprätthålla. Har man exempelvis 20 olika nyttjanderättsregleringar som vardera innehåller fem separata moment som ska stämmas av med samtliga anställda, inhyrdpersonal, vikarier, underkonsulter osv. som är inblandade under projektets hela livslängd och som skulle kunna skapa något som är upphovsrättsligt skyddat - då blir det snabbt enorma mängder avtal och regleringar att hålla reda på.

Det är långt ifrån säkert att de personer och kompetenser som konsulten anser skulle kunna bidra till den bästa lösningen i projektet går med på den här typen av utökad nyttjanderätt till immateriella rättigheter. Konsulten behöver då hitta en annan, kanske mindre lämpad, samarbetspartner som kan tänka sig att sälja iväg sina rättigheter. Även av dessa anledningar kan beställarens krav på utökad rätt till uppdragsresultatet verka inte bara konkurrensbegränsande utan också leda till att projektet riskerar att inte få del av den mest lämpade kompetensen och resurserna.

Att beställaren vill avtala om onödigt stora rättighetsförvärv hämmar både konkurrensen och möjligheten att få del av marknadens bästa lösningar i projektet - för varför skulle någon välja att lättvindigt sälja bort resultatet dessa investeringar? Den konsult som satsar på tjänsteutveckling och nya tekniska lösningar kommer knappast vara intresserad av att riskera sina framtida affärsmöjligheter och havda investeringar i den typen av projekt där beställaren kräver att få mer långtgående nyttjanderätt till delar eller hela uppdragsresultatet än vad som egentligen är nödvändigt.

Redan utan ändringar i ABK har beställaren som sagt alltid rätt att nyttja resultatet i avsett syfte. Beställaren får också återanvända enskilda lösningar. Alla framtida ägare och brukare av det fysiska slutresultatet av en projektering får också använda resultatet i förvaltningen och vid exempelvis en framtida ombyggnation eller dylikt, utan att betala något extra. Oavsett vilka avtal som skrivs behöver man alltid beakta den ideella upphovsrätten så att upphovspersoner namnges enligt god sed och eventuella ändringar som görs inte är kränkande. Det gäller enligt lag och går inte att avtala bort hur skarpa skrivningar man än har.

Regleringen i ABK har tagits fram gemensamt av konsult- och beställarsidan och ger beställaren de rättigheter som normalt behövs. Från konsulthåll upplever man att rättighetsöverlåtelser därutöver ofta tas in av beställaren som hängslen och livrem och utan att beställaren kan förklara vad syftet är och varför man behöver en utökad nyttjanderätt till uppdragsresultatet.

Att på detta sätt slentrianmässigt införa rättighetsöverlåtelser är direkt skadligt för branschen och stoppar upp den utveckling som beställarsidan själva efterfrågar och eftersträvar. Den upphandlande myndighet som behöver en utökad rätt behöver ta hänsyn till att detta sker utan att konsultens verksamhet äventyras.

Innovationsföretagen uppmanar både upphandlande enheter och konsulter som kommer i kontakt med den här typen av skrivningar att sätta sig in i frågorna på sätt som krävs för att skapa långsiktigt hållbara lösningar av immaterialrättsfrågorna. Den som, utan att vara insatt i hanteringen av immateriella tillgångar, gör avsteg från standardavtalets regleringar riskerar

att göra sig själv en björntjänst. Många gånger kan den typen av regleringar göra mer skada än nytta såsom beskrivits ovan.

Redan av regeringens nationella upphandlingsstrategi framgår att offentlig upphandling ska ha som mål att främja innovationer. Leverantören, i det här fallet konsulten, är i de flesta fall bättre lämpad än en upphandlande myndighet att driva utvecklingen av en innovation. En smart idé eller lösning är bara ett första steg. För att det ska kunna utvecklas, spridas och bygga värde över tid krävs ett målmedvetet arbete och exempelvis sakkompetens, ekonomiska incitament, förfogande över immateriella tillgångar, investeringar, utveckling, marknadsföring, förvaltning osv.

En genomtänkt och strategisk hantering av kunskapsbaserade och immateriella tillgångar främjar den politiska ambitionen att använda upphandling för att stimulera innovation och möjliggör för offentlig sektor att faktiskt få del av de bästa lösningarna.

INNOVATIONSFÖRETAGENS STÄLLNINGSTAGANDE

Innovationsföretagen verkar för

- Bättre möjligheter till avkastning på kunskaps- och FoU-investeringar
- Att företagen ska kunna skydda sina affärsidéer och immateriella rättigheter i affärsrelationer och upphandlingar
- Ökad förståelse för vikten av balanserade avtalsvillkor
- Ett ökat användande av branschgemensamma standardavtal
- Att minska avsteg från standardavtal då det snedvrider avtalens innehåll i sin helhet
- Förbättrad kunskap kring hur effektiv samverkan, enkla spelregler och sund konkurrens ökar produktiviteten
- Ökad kunskap kring inköp och leverans av kunskapsintensiva tjänster
- Att nya upphandlingsformer ger rätt förutsättningar för leverans av kunskapsintensiva konsulttjänster

LÄNKAR

- [Innovationsföretagens ställningstagande balanserade villkor.](#)
- [Innovationsföretagens ställningstagande offentlig upphandling.](#)

Svenskt näringslivs policyexpert för immaterialrätt Christina Wainikkas relaterade artiklar,

- ["Mager utdelning på innovationer"](#)
- ["Patent och andra immaterialrättigheter"](#)
- ["Stora kunskapsluckor om immaterialrätten - här är lösningen" samt](#)
- ["Det här händer när innovationer flödar över nationsgränser"](#)