

---

Magnus Nedström

Innovationer, upphandling och ensamrätter

2018 nr 4

**UrT**

---

---

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

# Innovationer, upphandling och ensamrätter

*Magnus Nedström\**

## 1 Inledning

Även upphandlare med genuint intresse för och stor erfarenhet av innovationer får ofta rynkade pannor när det talas om innovationsupphandling som vore det självklart vad som avsågs. Detsamma gäller om det i samtalet plötsligt och utan omsvep dyker upp – gärna samtidigt – uttryck som innovationsvänlig upphandling, utvecklingsfrämjande upphandling, innovationstävling, funktionsupphandling, innovationspartnerskap, teknikupphandling, innovationsdialog, FoU-upphandling, innovationsplattform, alternativa anbud, projektävling, katalytisk upphandling eller liknande, för att inte nämna diverse lättförväxlade trestaviga akronymer som exempelvis PCP, PPI, OPS, OPI, PPP eller OPP.<sup>1</sup> Rynkorna är befogade. Några av begreppen har vid det här laget hunnit få etablerade innebörder, men det gäller inte alla och det utesluter inte risken för att det likafullt kan uppstå grundläggande missförstånd. Redan begreppet innovationsupphandling är i sin dagliga användning vilseledande i så måtto att det regelmässigt avser något annat än upphandling av en innovation (eller, rättare sagt, för det mesta avser något annat, eftersom det faktiskt kan beskriva också just upphandling av en innovation, något som dock mer träffande skulle betecknas som en förkommersiell upphandling eller PCP, eller annan upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster).

Syftet med denna artikel är inte att inventera och definiera de begrepp som i dag omger upphandlingar med anknytning på ett eller annat sätt till innovationer eller nya lösningar, utan att belysa ett antal angränsande frågor som har relevans för upphandlingar med sådan anknytning. Emellertid är den ovannämnda begreppsjungeln illustrerande för vikten av att i dessa sammanhang, inte minst när man närmar sig spörsmål om immateriella rättigheter, alltid göra klart för sig vad det verkligen är fråga om, och inte låta ordet styra tanken. Bättre att tala och skriva i termer av faktiska förhållanden än att förlita sig på en antagen ömsesidig förståelse för vad ett visst begrepp eller en viss akronym innebär.

”What’s in a name? That which we call a rose  
By any other name would smell as sweet”<sup>2</sup>

\* Advokat och delägare på Advokatbyrån Sigeman & Co AB, chef för upphandlingsgruppen.

<sup>1</sup> Akronymerna betyder (vanligtvis) följande, i tur och ordning: Pre-Commercial Procurement, Public Procurement of Innovative solutions, Offentlig-Privat Samverkan, Offentligt-Privat Innovationssamarbete, Public Private Partnership, och Offentligt-Privat Partnerskap.

<sup>2</sup> William Shakespeare, *Romeo and Juliet*.

Två begreppsbestämningar kan hur som helst vara på sin plats, bägge hämtade från Upphandlingsmyndigheten, som i sin tur hämtat ledning från bland annat Innovationsupphandlingsutredningens betänkande ”Innovationsupphandling”.<sup>3</sup> Med innovation förstås nyskapande och bärkraftiga lösningar som kommer till praktisk användning och nytta, och med innovationsupphandling förstås upphandling som främjar utveckling och införande av nyskapande och bärkraftiga lösningar, innovationer. Denna svenska ”definition” av innovationsupphandling förefaller innefatta bägge de två alternativa innebörder som begreppet engelska motsvarighet (innovation procurement) ges av EU-kommissionen,<sup>4</sup> nämligen dels en anskaffning av en innovationsprocess eller av forsknings- och utvecklingstjänster, innefattande i vart fall partiella resultat, dels en anskaffning av själva resultatet av andras innovationsarbete, dvs. en vara, tjänst eller process som inte tidigare funnits tillgänglig på marknaden.

Innovationer kan ofta passa väl in i traditionella miljöer och tillföra mervärden i befintliga strukturer (inkrementell innovation), men kan också bringa oreda i dessa strukturer genom tillskapandet av nya aktörer, flöden eller värden etc. (disruptiv innovation). De kan till och med förutsätta grundläggande omvandlingar av strukturer och organiseringsformer (transformativ innovation).

Innovation är en sak, upphandling en annan. Offentliga upphandlingar utgör dock utmärkta verktyg för att främja och driva innovationer, och innovationer kan skapa förutsättningar för en högkvalitativ och effektiv offentlig verksamhet. Potentialen hos denna korsbefruktning har länge framhållits både inom EU och på nationell nivå.

I det följande berörs kortfattat ett antal rättsliga frågeställningar som emellanåt aktualiseras i samband med upphandlingar eller närliggande samarbeten med innovativa inslag, utan att för den skull vara av omedelbart upphandlingsrättslig natur. Redogörelsen kan möjligen bidra till en bättre förståelse för den enskilda situationen och till en klarare blick på upphandlingens eller samarbetets närmare uppbyggnad, och vara till hjälp vid utformningen av samarbetsavtal eller upphandlingskontrakt.

## 2 De immateriella ensamrätterna – några anmärkningar

### 2.1 Rättigheternas karaktär

En upphandlande myndighet<sup>5</sup> som i en anskaffning av vara, tjänst eller entreprenad eller i någon form av samarbete eller partnerskap, har anledning att räkna med eller till och med eftersträvar att anbudet eller lösningen innefattar

---

<sup>3</sup> SOU 2010:56.

<sup>4</sup> Se t.ex. Commission Notice – Guidance on Innovation Procurement, C(2018) 3051.

<sup>5</sup> I artikeln behandlas endast lagstiftningen i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

en innovation, behöver först fundera på hur eventuellt uppkomna ensamrätter lämpligen hanteras och regleras.<sup>6</sup> Detsamma gäller naturligtvis när anskaffningen avser innovationsprocessen i sig, vanligen forsknings- och utvecklingstjänster. De ensamrätter som typiskt sett kommer ifråga är upphovsrätt (oftast för datorprogram), patenträtt och mönsterrätt.<sup>7</sup> Samtliga ensamrätter är tidsbegränsade på det sätt som närmare framgår av respektive lag.<sup>8</sup> I korthet och något förenklat innebär upphovsrätt en rätt att uteslutande förfoga över det aktuella verket, och patent- och mönsterrätt en ensamrätt att tillverka, införa, använda och sälja de produkter som omfattas av skyddet.

Enligt etablerat synsätt i vart fall i de nordiska länderna utgör den immateriella ensamrätten inte en äganderätt, utan en s.k. begränsad sakrätt, eftersom omfattningen av rättsskyddet i flera avseenden är mer begränsat än vad som gäller för äganderätten. De immateriella rättigheterna är därför rätteligen inte föremål för ägande utan för innehav. Förmögenhetsrättsligt anses de utgöra en särskild kategori av lös egendom, vilket exempelvis innebär att lagen om samäganderätt inte är direkt utan på sin höjd analogt tillämplig. Denna syn på ensamrätternas rättsliga karaktär gäller trots att det är vanligt förekommande att det i EU:s rättsakter – till och med i de svenska översättningarna – talas om ensamrätter i termer av äganderätt eller liknande. Att ett visst exemplar kan vara föremål för ägande är en annan sak och måste hållas isär från det immaterialrättsliga skyddet och rätten att förfoga över verket eller produkten genom att till exempel mångfaldiga dem.

## 2.2 Att disponera över immaterialrätterna genom avtal

Inom ramen för ett aktivt partnerskap mellan en upphandlande myndighet och en privat aktör, exempelvis ett offentligt-privat innovationssamarbete (OPI), är det visserligen fullt tänkbart att en resulterande immaterialrätt kan tillkomma myndigheten, eller någon där anställd, i egenskap av upphovsman eller uppfinnare. Vanligtvis, särskilt då det ytterst är fråga om en anskaffning från myndighetens sida, är det emellertid samarbetspartnern eller leverantören som finner lösningen och därigenom kommer i åtnjutande av rättighetsskyddet och blir innehavare av ensamrätten (i den mån förutsättningarna för sådant skydd är uppfyllda). Den upphandlande myndigheten behöver därför genom avtal med partnern eller leverantören säkerställa sina intressen av att i befintlig egen verksamhet eller vid

<sup>6</sup> Innovationer kan möjligen aktualiseras även i en projekttävling, men det får betraktas som undantagsfall. Jfr SOU 2010:56 s. 178 ff.

<sup>7</sup> Här bortses från sådan know-how som faller utanför patentskyddet och inte kan klassificeras som en ensamrätt. Sådan know-how skyddas huvudsakligen genom lagen (2018:558) om företagshemligheter och genom avtal, men kan liksom immaterialrätterna bli föremål för upplåtelse i licensavtal.

<sup>8</sup> Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, patentlagen (1967:837) och mönsterskyddslagen (1979:485).

kommande upphandlingar av varor, tjänster eller entreprenader, kunna förfoga över resultatet av innovationsarbetet i nödvändig utsträckning, utan hinder av medkontrahentens ensamrätt. I situationer där sådant eget förfogande över innovationen av någon anledning inte skulle vara aktuellt, torde det likafullt finnas starka skäl för myndigheten att säkerställa att även andra leverantörer ges möjlighet att på skäliga villkor använda eller i någon mån exploatera innovationen, så att inte den part som får ensamrätten också blir monopolist. Detta är påkallat för att hindra ”inlåsnings effekter” vid kommande upphandlingar och kan också ha betydelse för en eventuell bedömning av huruvida samarbetet innefattar otillåtet statsstöd.

Vid vissa typer av innovationstävlingar och liknande arrangemang som anordnas av statliga myndigheter (exv. Energimyndigheten) gör sig dessa hänsyn inte alltid gällande, därför att målet med tävlingen är att på en mer övergripande nivå stimulera innovationer på ett visst område som kringgärdas av ett brett samhällsintresse. Om prispengarna i en sådan tävling betalas ut till en aktör som verkar på en konkurrensutsatt marknad måste dock bidraget omfattas antingen av EU-kommissionens gruppundantagsförordning för vissa kategorier av stöd, eller av förordningen om stöd av mindre betydelse, för att inte utgöra otillåtet statsstöd. Ofta villkoras utbetalningen med att prispengarna används på visst sätt.

Om emellertid – som vanligen är fallet – samarbetet eller upphandlingen syftar till att just den upphandlande myndigheten på visst sätt ska kunna förfoga över också de delar av den innovativa processens resultat som omfattas av immaterialrättsligt skydd för den privata aktören och upphovsmannen – exempelvis för att kunna upplåta programvarulicens till vinnaren av en senare systemupphandling eller för att kunna göra en konkurrensutsatt beställning av serietillverkning av en produkt som omfattas av patentskydd eller vars konstruktion utgör en företagshemlighet – infinner sig frågan vilken avtalsfigur som är mest ändamålsenlig för att ge myndigheten de nödvändiga rättigheterna.

Bortsett från ett fåtal begränsningar kan immaterialrätter fritt överlåtas eller upplåtas. I princip råder full avtalsfrihet. En överlåtelse avser hela den rätt som innehavaren råder över, medan en upplåtelse endast avser delar av denna rätt.<sup>9</sup> Upphovsrätten till ett datorprogram kan med andra ord avyttras i sin helhet (med reservation endast för upphovsmannens s.k. ideella rätt), eller göras till föremål för en upplåtelse genom ett licensavtal. Upplåtelsen kan vara avgränsad och villkorad på olika sätt. Denna distinktion mellan begreppen överlåtelse och upplåtelse upprätthålls mer eller mindre genomgående på avtalsområdet, trots att det i upphovsrättslagen faktiskt förekommer att upplåtelse av licens eller förlagsavtal betecknas som ”överlåtelse”.

---

<sup>9</sup> Om dessa och angränsande frågor, se t.ex. Ulf Bernitz, Gunnar Karnell, Lars Pehrson och Claes Sandgren, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 14 u., Jure, Stockholm 2017.

En upphandlande myndighet som genom avtal förvärvat en ensamrätt i dess helhet eller tecknat en licens för viss användning, och som bryter mot avtalet för sådan överlåtelse respektive upplåtelse, kan drabbas inte bara av kontraktsrättsliga påföljder, som exempelvis skadestånd eller hävning, utan även av lagstadgade sanktioner för immaterialrättsintrång, såsom straff, vitesförbud, skadestånd och annan ersättning. För upphandlingskontrakt eller samarbetsavtal med immaterialrättsligt innehåll av aktuellt slag gäller allmänna avtalsrättsliga och obligationsrättsliga principer, och eventuella tolkningsdispyter får lösas med tillämpning av gängse regler och metoder.

Genom att köplagen är tillämplig på köp av ”lös egendom” är den också tillämplig på överlåtelse av immaterialrättigheter.<sup>10</sup> Eftersom köplagen emellertid är utformad med siktet inställt på varor (se vidare nedan) är det i flera avseenden osäkert om köplagens regelverk och systematik utan vidare kan appliceras på överlåtelse av en immateriell ensamrätt. Det gäller särskilt ifråga om ansvar för rådgighetsfel eller rättsliga fel och ifråga om reklamationsplikt (jfr reglerna i 31 § köplagen om köparens skyldighet att undersöka varan efter avlämnandet).

### 2.3 Överlåtelse eller upplåtelse?

Det är viktigt att varje avtal som innefattar en innovation eller en innovationsprocess innehåller tydliga villkor om allokeringen av de immateriella rättigheter som kan uppstå inom ramen för samarbetet eller anskaffningen. Som utgångspunkt finns det två alternativ: antingen erhåller beställaren (eller den upphandlande myndigheten i egenskap av samarbetspartner till innovatören) alla nya immateriella rättigheter som uppkommit som en del av resultatet, eller erhåller leverantören (eller innovatören) alla dessa nya rättigheter. Saknar avtalet uttrycklig reglering av frågan och framgår det inte på annat sätt att parterna gemensamt avsett att rättigheterna skulle övergå på beställaren, kan det, något förenklat, antas att rättigheterna ligger kvar hos upphovsmannen.

En överlåtelse av hela immaterialrätten till den upphandlande myndigheten kan ofta framstå som naturlig med hänsyn till att myndigheten betalar kanske hela kostnaden, och frestande genom att ett sådant förvärv ger myndigheten obegränsat handlingsutrymme i sin kommande användning av innovationen. Som kommer att beröras i nästföljande avsnitt, kan det emellertid från andra perspektiv riktas vägande invändningar mot ett sådant avtalsupplägg. Det är därför rimligt att i vart fall i samarbeten och anskaffningar av traditionellt slag utgå ifrån att den upphandlande myndigheten säkerställer sina intressen inte genom ett förvärv av ensamrätten, utan genom en upplåten nyttjanderätt till relevanta delar – en licens.

<sup>10</sup> 1 § första stycket köplagen (1990:931).

En upplåtelse genom licens kan utformas på olika sätt. Det finns ingen lagstiftning som särskilt reglerar licensavtal, och bortsett från ett mindre antal bestämmelser i de enskilda immaterialrättsliga lagarna finns det inte heller några dispositiva regler som griper in i avtalsförhållandet.<sup>11</sup> Avtalsfriheten är därmed mycket stor.

En första distinktion mellan olika avtalsmodeller är huruvida licensen ska vara exklusiv eller enkel. I det förra fallet ges licenstagaren som utgångspunkt en rätt att ensam och uteslutande utnyttja den skyddade ensamrätten. Ensamrätten kan dock vara begränsad, förutom i tiden, exempelvis till visst geografiskt område eller till viss marknad. Om licensen är enkel är licensgivaren oförhindrad att upplåta motsvarande och parallella licenser även till andra aktörer på marknaden. I bägge fallen kan licensgivaren förbehålla sig rätten att själv exploatera ensamrätten vid sidan av en exklusiv licenstagare eller flera enkla dito. I vart fall en licens som betecknats som exklusiv, får normalt antas ha avsetts utgöra hinder för sådant utnyttjande från licensgivarens egen sida om inte annat framgår av avtalet.<sup>12</sup> Här, liksom vid tolkningen av licensavtal i övrigt, gäller annars en vedertagen princip med innebörd att en upplåtelse inte kan anses innefatta mer ifråga om rättigheter, omfång etc. än vad som tydligt framgår av avtalet. När licensavtalet upphör att gälla återgår samtliga rättigheter till licensgivaren om inte annat avtalats.

Om licenstagaren vill ha möjlighet att upplåta licensrättigheterna vidare (genom underlicenser), kräver detta stöd i avtalet.

En licensform som kan aktualiseras snarare i olika former av innovationssamarbeten än i upphandlingar är korslicensen. Den innefattar ömsesidiga upplåtelser från två eller flera olika rättighetsinnehavare, och förekommer typiskt sett mellan aktörerna i ett gemensamt utvecklingsprojekt i vilket det inte kan förutses vilken part som kan komma att utveckla vilka lösningar. En närliggande licenskonstruktion är en s.k. grant-back, som innebär att licenstagaren är skyldig att ge licensgivaren en rätt att för egen del utnyttja sådana utvecklingar som licenstagaren kan komma att göra i sin användning av objektet för huvudupplåtelsen.

Även i fråga om bestämmandet av vilken ersättning som ska utgå för en licens är avtalsfriheten i princip obegränsad. Det handlar oftast om fasta engångsavgifter eller löpande licensavgifter, eller en kombination av båda. En löpande avgift kan vara förutbestämd eller definierad som en viss mindre andel av försäljningspris eller liknande (royalty).

---

<sup>11</sup> Se t.ex. bestämmelser om underlicenser i 28 § upphovsrättslagen eller 43 § patentlagen.

<sup>12</sup> Licenser som i grunden är exklusiva men som förbehåller licensgivaren denna rätt, betecknas ofta "ensamlicenser" eller "sole license".

### 3 Den effektiva konkurrensen och den kommunala kompetensen m.m.

#### 3.1 Allmänna lämplighetsöverväganden om innehavet av immaterialrätterna

Emellanåt kan det vara motiverat att den upphandlande myndigheten, vare sig den agerar som en av flera parter i ett innovationssamarbete eller som beställare i en offentlig upphandling, erhåller de immateriella rättigheter som blir resultatet av utvecklingsarbetet. Det kan röra sig om fall där myndighetens verksamhet är så unik att en resulterande innovation inte kan förväntas vara av intresse för någon annan, eller att verksamheten är så säkerhetsmässigt känslig att innovationen inte bör bli föremål för spridning. Det kan också handla om anskaffning av en helt skraddarsydd systemlösning som är oanvändbar för andra, och där innehavet av ensamrätten väsentligt underlättar myndighetens fortsatta underhåll och utveckling av systemet. Detta är uttryck för vad som skulle kunna beskrivas som en huvudregel: de immateriella rättigheterna bör innehas av den part som bäst kan utnyttja dem.<sup>13</sup> Bortsett från de nyssnämnda situationerna, som får betraktas som undantagsfall, är denna part regelmässigt innovatören eller leverantören, inte den upphandlande myndigheten.

Leverantören är som utgångspunkt, i kraft framför allt av ekonomiska incitament och teknisk kompetens, betydligt mer lämpad än den upphandlande myndigheten att driva utvecklingen av en innovation och att förvalta – ekonomiskt och rättsligt – tillhörande immaterialrätter. Leverantören bör därför också tillåtas behålla uppkomna ensamrätter, såvida inte något överskuggande myndighets- eller samhällsintresse talar däremot. Det är i linje med den övergripande politiska ambition som berörts inledningsvis, att använda upphandling för att stimulera innovation på bred front. Intresset från det offentliga tillgodoses lämpligast genom att leverantören upplåter en licens på villkor anpassade efter omständigheterna i det enskilda fallet. Villkoren bör utformas med hänsyn också till intresset av att i kommande upphandlingar med stöd av licensrätten kunna uppnå en effektiv konkurrenssituation, där även andra än rättighetsinnehavaren kan delta. En avtalad rätt för den upphandlande myndigheten att t.ex. upplåta underlicenser kan därför vara nödvändig.

#### 3.2 Kommunallagen

De immateriella rättigheterna motsvarar ekonomiska värden och utgör viktiga konkurrensmedel på den fria marknaden. De har också utformats för att fungera i dessa sammanhang. Även om kommuner och landsting inom

<sup>13</sup> Detta synsätt anläggs också av Innovationsupphandlingsutredningen, SOU 2010:56 s. 248 ff.



ramen för den kommunala kompetensen har möjlighet att ägna sig åt näringsverksamhet, är denna rätt kringskuren mycket på grund av konkurrensmässiga hänsyn. Kommunallagens bestämmelser om den grundläggande kompetensen, självkostnadsprincipen och förbudet mot spekulativ verksamhet kan därför i åtskilliga fall tänkas utgöra hinder mot att kommunala och landstingskommunala myndigheter eller andra organ förvärvar en innehavs rätt till en skyddad innovation.<sup>14</sup>

Det gäller även i det fall det handlar om förvärv av en vidsträckt licensrätt, i den mån den rätt man tillskansat sig går längre än vad som är motiverat av det lokala allmänintresset och därför kan sägas onödigtvis inkräkta på det privata näringslivet. Det begränsade utrymmet för denna artikel medger inga utvikin-ningar i gränsdragningsproblematiken, och det får räcka att här påminna om vikten att beakta frågan i samband med samarbeten eller upphandlingar med innovativa inslag.

### 3.3 Konkurrenslagen

En närbesläktad begränsning i offentliga organs handlingsfrihet är den som följer av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, vilka infördes i konkurrenslagen i januari 2010.<sup>15</sup> Reglerna ger Konkurrensverket möjlighet att föra talan i domstol mot staten, kommuner och landsting (eller mot juridiska personer i vilka dessa har ett dominerande inflytande) om förbud att i en säljverksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur tillämpa visst förfarande (inbegripet underlåtenhet) om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen en sådan konkurrens, allt såvida förfarandet inte är försvarbart ur allmän synpunkt. Kommuner och landsting – men inte staten – kan förbjudas att bedriva säljverksamhet som snedvrider eller hämmar konkurrensen på nämnda sätt, men endast om den inte är förenlig med lag. Det sistnämnda innebär att säljverksamheter som faller inom ramen för den kommunala kompetensen eller är tillåten enligt specialregleringar inte kan förbjudas.

Bestämmelserna skulle kunna bli tillämpliga då en upphandlande myndighet efter ett innovationssamarbete eller en upphandling finner sig förfoga över en ensamrätt eller en omfattande licensrätt, och i någon form vill ekonomiskt exploatera innovationen för egen räkning. Framför allt kan regelverket tjäna som ett memento för myndigheten att inte förvärva mer omfattande immateriella rättigheter än som behövs för det aktuella ändamålet.

<sup>14</sup> Se 2 kap. kommunallagen (2017:725) och t.ex. prop. 1990/91:117 s. 33 och 151 f.

<sup>15</sup> Se 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579).

#### 4 Vara, tjänst eller något annat?

Upphandlingslagarna och de underliggande EU-direktiven gäller för anskaffning endast av ”varor, tjänster eller byggtreprenader”. Det kan antas att en leverans av ett komplett IT-system innefattande utveckling av särskild programvara upphandlingsrättsligt är att betrakta som en tjänst.<sup>16</sup> Men hur förhåller det sig med isolerade upplåtelser eller överlåtelse av immaterialrätter? Med reservation för att definitionerna av dessa som vara eller tjänst kan variera beroende på den rättsliga och faktiska miljön, kan en del iakttagelser göras.

I ett avgörande om tillämpligheten av lagen om handelsagentur konstaterade Högsta domstolen, att en tidsbegränsad nyttjanderätt till ett dataprogram inte kan anses som en vara.<sup>17</sup> EU-domstolen förklarade, å andra sidan, i ett mål som gällde tolkningen av EG-förordningen 44/2001 om domstols behörighet m.m., att ett avtal genom vilket en innehavare av en immateriell rättighet till motparten upplåter en rätt att mot vederlag nyttja den immateriella rättigheten inte utgör en tjänst, eftersom det inte är fråga om utförandet av en bestämd verksamhet mot ersättning; licensavtalet innebär endast ett åtagande från innehavaren av immaterialrätten att låta motparten fritt utnyttja rättigheten i fråga.<sup>18</sup> Detta föranleder frågan huruvida i vart fall tidsbegränsade upplåtelser av nyttjanderätt till redan utvecklad programvara över huvud taget omfattas av upphandlingsreglerna. Lägg därtill att licensavtal är en avtalstyp av alldeles eget slag (sui generis) som inte kan sorteras in under visst regelverk, låt vara att vissa analogier kan vara möjliga, t.ex. från köplagen.

Emellertid är det på flera sätt tydligt att både den unionsrättsliga och den svenska lagstiftaren har utgått ifrån att EU-direktiven om offentlig upphandling omfattar också anskaffning av licensrättigheter, även om uttryckssätten ibland framstår som undanlidande. I det nyssnämnda avgörandet framhöll också EU-domstolen att det förhållandet att begreppet tjänster kan tolkas bredare inom andra områden än det som var aktuellt i målet, beror på en strävan att de allra flesta former av ekonomisk verksamhet ska ingå i tillämpningsområdet för fördraget.<sup>19</sup> Till dess rättspraxis eventuellt skulle peka i annan riktning, bör upphandlande myndigheter därför utgå ifrån att licensupplåtelsen utgör *antingen* en vara *eller* en tjänst i LOU:s mening, även om det fortfarande är oklart vad.

Vad gäller överlåtelse av hela ensamrätter kan det ligga närmre till hands att betrakta avtalsföremålet som en vara, även om det semantiskt ter sig utmanande.

<sup>16</sup> Det har dock hävdats att det istället skulle kunna betraktas som ett tillverkningsköp enligt 2 § köplagen, se Viveca Bergstedt Sten, Felbegreppet vid leverans av programvara, SvJT 1997, s. 227. Jfr också vad ovan i avsnittet 2.2. sagts om överlåtelse av hela ensamrätter.

<sup>17</sup> NJA 2008 s. 24.

<sup>18</sup> Dom av den 23 april 2009, Falco Privatstiftung, C-533/07, EU:C:2009:257, se särskilt punkterna 29–35.

<sup>19</sup> A.a. punkt 35.

Visst stöd för en sådan slutsats ligger i en måhända tillåten motsatsvis tolkning av Högsta domstolens ovan citerade uttalande beträffande vad som gäller ifråga om *tidsbegränsade* nyttjanderätter.

## 5 Avslutning

De upphandlingsrättsliga svårigheterna i samband med innovationer kan vara nog så respektingivande. Frågan är om inte de upphovsrättsliga och konkurrensrättsliga utmaningarna förtjänar minst lika omsorgsfullt beaktande innan ett sådant samarbete eller en sådan upphandling inleds.