

**Enhet/Avsändare**  
Sundsvalls kommun  
Kommunstyrelsen  
kommunstyrelsen@sundsvall.se

**Datum**  
2018-11-21

**Ärendenummer**  
KS-2018-00707

Finansdepartementet  
fi.remissvar@regeringskansliet.se  
(Ange Dnr Fi2018/02531/OU samt  
Sundsvalls kommun i ämnesraden)

## **Svar på remiss: *Möjligt, tillåtet och tillgängligt* (SOU 2018:44)**

Sundsvalls kommun har getts möjlighet att lämna synpunkter på rubricerade remiss.

Sundsvalls kommun ställer sig positiv till många av utredningens förslag. Vi har en del synpunkter samt förslag på justeringar eller kompletteringar som återfinns i bilaga 1.

Med vänlig hälsning,

Peder Björk  
Kommunstyrelsens ordförande

## Bilaga 1: Sundsvalls kommuns kommentarer gällande SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt

<b>Avdelning i utredningen</b>	<b>Sundsvalls kommuns synpunkter och invändningar</b>
4.2 Upphandlingarna ska även fortsättningsvis regleras	<p>Utredningen har övervägt alternativet att föreslå att de icke direktivstyrda upphandlingarna lämnas helt oreglerade. Det finns internationella exempel på sådana lösningar. I exempelvis Finland är så fallet beträffande upphandling inom försörjningssektorerna.</p> <p>Sundsvalls kommun delar detta ställningstagande, och noterar att utredningen förtydligar att ”...Ett nytt regelverk kan emellertid göras mindre detaljerat och mer lättillgängligt än det nuvarande.” Även detta ställningstagande delar vi, men noterar att det är förhållandevis få förenklingar som föreslås i utredningen.</p>
4.3 Ett regelverk med ramar och nödvändiga skyddsreger	<p>Utredningen anser att en förenkling bör omfatta såväl utformningen av som det materiella innehållet i regelverket. Sundsvalls kommun delar detta ställningstagande. Vi ansluter oss till de positiva effekter som kan uppstå.</p> <p>Vår erfarenhet är att effektivitet och flexibilitet gynnas om upphandlande myndigheter ser till att agera som en god avtalspartner genom inköpsprocessen – från behov till betalning. En god avtalspartner tar ansvar för det man gemensamt har kommit överens om, exempelvis för beställningsförfarande, uppföljningar, leveranskvalitet, prissättning enligt avtal, löpande dialog med mera.</p>
9.2 En skyldighet att ta tillvara konkurrensen vid direktupphandling	<p>Sundsvalls kommun står bakom utredningens kommentar att det bör finnas en lagfäst princip att konkurrens ska tas tillvara i rimlig utsträckning – det bör alltså finnas en balans mellan att konkurrensutsätta en direktupphandling och att nå flexibilitet och effektivitet.</p> <p>Direktupphandlingar genomförs med de rutiner som varje upphandlande myndighet själva sätter upp, men ska ändå följa lagstiftning och principer. Direktupphandlingar är samtidigt ett verktyg för att effektivisera och förenkla anskaffningen av varor eller tjänster som en upphandlande myndighet behöver. Med hänsyn till att direktupphandlingar många gånger genomförs av personer utan</p>

	<p>särskild upphandlingsjuridisk kompetens, så behöver utredningens resonemang ytterligare förtydligas och utgå från vad direktupphandlingar faktiskt har som syfte, så att inte arbetet med direktupphandlingar i slutändan blir mindre flexibelt och effektivt.</p>
10.3 Upphandlingsdokumenten	<p>I enlighet med utredningen ser Sundsvalls kommun inget skäl i det här avseendet att ytterligare reglera hur dokumentation ska vara utformad. Det som finns i avsnittet 10.3 är väl tillräcklig. Det finns verktyg att använda sig av, exempelvis frågor under anbudsperioden, eller att en leverantör kan överpröva en upphandling och hänvisa till bristande transparens.</p>
11 Dialog i upphandlingar	<p>Sundsvalls kommun har några kommentarer enligt nedan som vi anser behöver hanteras. I övrigt står vi bakom utredningens förslag.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. När det gäller att möjliggöra för leverantörer att i dialog korrigera, komplettera och förtydliga redan lagda anbud så står Sundsvalls kommun bakom detta. Det är ett helt logiskt förfarande när två privata avtalsparter ska komma överens, men inte när det gäller offentlig upphandling. Detta förenklar, förtydligar och förbättrar upphandlingsprocessen för alla inblandade.</li><li>b. Utredningen föreslår även att kunna använda dialogverktyget som en metod för att förhandla med leverantörerna i syfte att sänka priser, förändra varu- eller tjänsteinnehåller eller i övrigt förbättra villkor för den upphandlande myndigheten. Möjligheten finns redan idag att förhandla, och nu föreslår utredningen att reglera detta förfarande även under tröskelvärdet.</li></ul> <p>Sundsvalls kommuns erfarenhet är att en förhandling kan vara ett kraftfullt verktyg för en effektiv upphandling, för kommunens räkning. Man ska vara medveten om att förhandlingar handlar till stor del om förtroende, och det krävs kompetens och erfarenhet för att förhandla på så sätt att båda parter känner sig nöjda. (Så gott det nu går.) Förhandlingar ställer krav på ett utvecklat affärsmässigt förhållningssätt gentemot en anbudslämnare, där upphandlande myndigheter idag sannolikt uppvisar olika mognadsgrader. Här hoppas vi att man i det fortsatta arbetet förtydligar vad som krävs för</p>

	<p>att använda sig av detta verktyg, eftersom det finns en risk att verktyget används fel.</p> <p>Sundsvalls kommun vill i detta sammanhang lyfta risken att förhandlingsverktyget kan hamna i konflikt med kravet och intentionen om en tydlig upphandlingsdokumentation och tydliga anbud, i synnerhet i upphandlingar av lägre belopp som i större utsträckning ”flyger under radar”. Förhandlingsverktyget ska inte vara en utväg för att kompensera för brister i upphandlingsdokumentationen, men det finns en risk att det kommer att användas på det sättet.</p> <p>I avsnitt 4.3 står ”... Om ett regelverk med färre regler innebär att upphandlingarna till än större del än i dag kommer att styras av oskrivna regler och svårtillgänglig rättspraxis, skulle enkelheten kunna bli en chimär.” Utredningen har följaktligen berört den farhåga Sundsvalls kommun har, så vi ser fram emot förtydliganden och kompletteringar.</p> <p>c. Vår önskan är också att utredningen kompletteras med ytterligare förtydliganden med exempel på tillåten dialog, för att minska risken att dialogverktyget används olika, eller att det inte används i den utsträckning som förslaget pekar mot. Det kan annars bli komplicerat för många leverantörer som svarar på upphandlingar från flera upphandlande myndigheter, om man bygger upp egna rutiner för dialogen.</p>
12.2.1 Kommunikeringsformer	<p>Sundsvalls kommun anser det viktigt att kommunikation mellan upphandlingsansvarig och anbudslämnare kan ske muntligt såväl som skriftligt. Utredningen pekar på att man ska iaktta de grundläggande principerna för upphandling, och att det ska anses tillräcklig reglering. Vi vill dock peka på en risk, som vi dock inte kan bedöma omfattningen av.</p> <p>För enskilda handläggare i en upphandlande myndighet kan gränsdragningen för vad som anses höra till grundläggande principer för upphandling vara svår att göra. På samma sätt riskerar en leverantör att muntligt gå med på något som man inte riktigt förstod konsekvensen av, eller i värsta fall inte höll med om. Eftersom vi inte kan utläsa av utredningen att dokumentationen ska signeras av båda parter finns risk att en muntlig kommunikation i en del fall kan leda till oönskade konflikter kring ändrade kontraktsvillkor som dessutom är bristfälligt dokumenterade.</p>

12.3.1 Rätten att delta i en upphandling	<p>Sundsvalls kommun anser det är bra om flera leverantörer tillsammans kan lämna anbud. Utredningen berör ansvarsfrågan, att enligt lagstiftningen har upphandlande myndighet rätt att kräva att det företag som åberopas görs solidariskt ansvarig för fullgörande av kontraktet.</p> <p>Sundsvalls kommun vill skicka med en fråga att bedöma och eventuellt förklara i det kommande arbetet. Antag att utvärderingen visar att ett eller flera företag i en grupp inte klarar ett eller flera ska-krav, exempelvis att man släpar efter med en skattebetalning. Innebär ett solidariskt ansvar att anbudet i sådant fall kvarstår, trots att kapaciteten ser ut att ha reducerats? Eller är det tillräckligt för att kunna förkasta anbudet, trots det solidariska ansvaret för hela anbudet?</p>
12.3.2 Kommuniceringsskyldighet vid onormalt låga anbud	<p>Utredningen föreslår att det inte ska finnas någon författningsreglerad skyldighet att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt. Argumentet är att det ligger i myndighetens eget intresse att göra det, eftersom det riskerar att ge upphov till utdragna överprövningar. Så upphandlande myndighet får själva bedöma om de ska agera mot onormalt låga anbud, och det övervägandet ska ske utifrån risken för överprövning.</p> <p>Sundsvalls kommun ställer sig frågande till utredningens resonemang. Sundsvalls kommun anser att det inte spelar någon roll om man agerar eller ej vid ett onormalt lågt anbud, det finns alltid en risk för en utdragen överprövning. Den här frågan ska inte betraktas som en förenkling utan hör till ett ansvar som alla upphandlande myndigheter har – en skyldighet att agera om det framkommer allvarliga brister eller fel som myndigheten har kännedom om. Utredningen tycker det är tillräckligt att en upphandlande myndighet <u>får</u> agera. Vår uppfattning är att en upphandlande myndighet <u>ska</u> agera.</p>
13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster	<p>Sundsvalls kommun ställer sig bakom utredningen i denna fråga – alla upphandlingar av tjänster ska regleras på samma sätt.</p>
13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster	<p>Sundsvalls kommun ser reserverade kontrakt som ett bra komplement till andra krav eller kontraktsvillkor för att öka den sociala hållbarheten.</p>

	<p>Vi förstår dock inte varför myndigheten efter en förnyad upphandling inte skulle få tilldela samma organisation ett reserverat kontrakt på nytt. Det finns inte heller någon tydlig förklaring varför det skulle vara så. Vad vi vet så gäller i alla andra upphandlingar att det anbud som bäst motsvarar myndighetens krav får kontraktet – men inte i detta sammanhang. Vårt förslag är att reserverade kontrakt tilldelas den/de anbudslämnare som utvärderingen pekar ut som mest lämpad utifrån skakrav och övriga kriterier.</p>
15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)	<p>Sundsvalls kommun är positiv till att införa förslaget. En upphandlande myndighet kan väldigt sällan hålla uppe med att leverera sina tjänster, oavsett orsaken till överprövning.</p>
15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar	<p>Utredningen föreslår att dokumentationsskyldigheten ska ändras från att gälla direktupphandlingar över 100.000 kr till att gälla alla direktupphandlingar oavsett värde. Utredningen konstaterar att dokumentation av mindre värden inte behöver vara särskilt omfattande, det kan i många fall vara tillräckligt med det dokument som ligger till grund för verifikat i bokföringen. I utredningen beskrivs att man anser att detta är en förenklande åtgärd, på grund av att man i förslaget undanröjer ett onödigt gränsdragningsproblem.</p> <p>Sundsvalls kommun anser att förslaget skapar nya gränsdragningsproblem och en risk för att kraven för korrekt dokumentation behöver utökas. Vi förstår inte hur förslaget kan bedömas vara en förenkling, eftersom vi ser det rakt motsatta.</p> <p>Till exempel ser vi en svårighet för en upphandlande myndighet att veta vilken dokumentation som är tillräcklig för att uppnå kravet. Kontrollbehovet riskerar att bli mycket omfattande. När utredningen konstaterar att kvitton och liknande verifikat kan vara tillräcklig dokumentation för mindre direktupphandlingar, så vill Sundsvalls kommun förtydliga att kvitton och liknande verifikat alltid ska finnas som bevis för själva transaktionen. Det är däremot inget bevis på om ansvarig upphandlare för direktupphandlingen har iakttagit lagstiftning, gällande rutiner samt tagit nödvändiga konkurrenshänsyn. För detta krävs en dokumentation av hur själva direktupphandlingen genomförts.</p> <p>Risken för en ökad administration kring direktupphandlingar är uppenbar, och riskerar därmed att</p>

	<p>leda till att fler direktupphandlingar sker utan att man respekterar lagstiftning eller myndighetens egna riktlinjer. Om förslaget ska genomföras bör det innehålla en förklaring av när det finns behov av en förhöjd dokumentationsskyldighet.</p>
20.1.2 kommissionens utvärdering av införlivandet av rättsmedelsdirektivet	<p>När det gäller uppgifterna som rör andelen överklaganden i olika länder inom EU så skulle det vara behövt med en närmare granskning av varför siffrorna mellan antalet överklaganden i Sverige och övriga jämförda länder skiljer så pass mycket som de gör. Då mycket av utredningens resonemang bygger på just dessa skillnader vore det önskvärt att det fanns med en närmare redovisning av bakgrunden till dessa siffror. Som exempel ser Sundsvalls kommun frågor kring om övriga länder har motsvarande avgifter, hur många upphandlingar görs årligen i respektive land, hur möjligheterna är till att överklaga, hur många överklaganden bifallas av rätten i de andra länder, med mera.</p>
20.2.5 Antalet överprövningsmål i Sverige har flera orsaker	<p>Utifrån uppgifterna i avsnittet så kan det inte uteslutas att en av anledningarna till att Sverige har ett högre antal överklaganden än övriga jämförda länder är att det finns en större transparens i processen här och att aktörerna har en större möjlighet till att få sin rätt prövad. Den kan således dölja sig ett betydande mörkertal i statistiken från kommissionen.</p> <p>Vad gäller överklaganden så är det viktigt att verkligen granska orsaken till dessa. Om orsaken till det höga antalet överklaganden i Sverige beror på en dålig tillämpning av lag och bestämmelse hos beställaren så är lösningen inte att stävja möjligheten till att överklaga.</p>
20.2.4 Den upphandlande myndigheten vinner i ca 80 procent av överprövningsmålen	<p>När det gäller siffran över andelen överklaganden som avslås så kan det konstateras att det urval som Upphandlingsmyndigheten har utgått ifrån i sin rapport utgör 1 000 överklagande fördelat med 500 ärenden vardera under år 2015 och 2016. 500 ärenden motsvarar enligt Upphandlingsmyndigheten 35 % (2015) och 37 % (2016) av den totala andelen överklaganden under dessa två år, se Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, kartläggning och analys av mål om överprövning s. 42.</p> <p>Utifrån detta underlag har man sedan gjort bedömningen att 8 av 10 överklaganden inte lett till någon ändring. Denna beräkning kan ställas emot den beräkning som Domstolverket gjort där man</p>

	<p>jämfört alla överklagande för ett år (2012). Av Domstolsverkets statistik framgår att av de sakprövade överklagandena så fick leverantören rätt eller delvis rätt i 37 procent av fallen, se SOU 2015:12 s. 109. Av motsvarande mätning för 2016 framgår att av de mål som sakprövats under 2016 så får 29 procent helt eller delvis bifall i sin talan, se Statistik om offentlig upphandling 2017, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5 samt Konkurrensverkets rapport 2017:11 s. 139.</p> <p>Utifrån ovanstående så kan det konstateras att det synes finnas en delad bild över hur hög andel av de överklagade upphandlingarna som leder till ändring och hur denna ska beräknas. Sundsvalls kommun är medveten om att nivån på ändringar vid överklagande endast utgör en bakgrund till de förslag som lämnats i utredningen men anser att då dessa förslag i mångt och mycket går ut på att få ner antalet överklaganden är det av vikt att ha så rättvisande siffror som möjligt som underlag. Så som Sundsvalls kommun ser det så är Domstolsverkets sätt att mäta, där urvalet utgör ett helt års bestånd av överklaganden, mer tillförlitligt än en metod där man plockar ut 35 % och 37 % av två olika års överklaganden och sedan slår samman dem för en bedömning.</p> <p>Självfallet kan utfallet i inställningen till om åtgärderna behövs vara oförändrad även om ändringsprocenten skulle uppgå till 20 %, 29 % eller 37 % av fallen. Så som Sundsvalls kommun ser det vore det dock önskvärt med en närmare analys kring detta i utredningen.</p>
21.2 Om processkostnadsansvar i domstol	<p>Ett av de med grundläggande syftena med överklagandeinstitutet är att höja kvalitén och rätts säkerheten inom det området som överklagandet sker. Genom att införa ett processkostnadsansvar kan man också se förtydligande kring ansvaret för det allmänna att se till att göra ”rätt”. Med beaktande av den komplexitet som finns i upphandlingslagstiftningen är dock farhågan den att risken för ytterligare kostnader i samband med upphandlingar riskerar att leda till en väldig försiktig upphandlande myndighet som med så god marginal som möjligt försöker hålla sig inom lagens ramar. Ett sådant förfarandesätt kan vara både kontraproduktivt när det gäller att utveckla lagstiftningen och när det gäller kostnadsutvecklingen. Det kan inte heller uteslutas att vissa mindre resursstarka upphandlande myndigheter påverkas mer av ett processkostnadsansvar än andra.</p> <p>Förutom risken att påverka mindre resursstarka offentliga aktörer så är risken här, precis så som</p>



	<p>vid införandet av en ansökningsavgift, att resurssvaga aktörer avstår från att överklaga. Ett införande av processkostnadsansvar kan även leda till att aktörerna i högre utsträckning kommer att ta hjälp av ombud, vilket i sin tur kommer öka de totala kostnaderna för överprövning än mer.</p> <p>Sundsvalls kommun är tveksam till om ett sådant utfall kan anses vara i linje med det i direktivet uppställda målen om att underlätta för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling samt att se till upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål.</p>
21.3.2 Regler om processkostnadsansvar och rätt till ersättning i olika måltyper och domstolar	Så som Sundsvalls kommun ser det så finns en risk att införandet av ett processkostnadsansvar kan leda till ökade kostnader för upphandlande myndigheter, detta särskilt med beaktande av det faktum att aktörer som anlitat ombud vunnit dubbelt så många gånger som aktörer som inte anlitat ombud.
22.2.2 Regler och erfarenheter i några andra stater	Utredningen har i detta avsnitt redogjort för ett antal länder som under lång tid eller nyligen infört avgift i överprövningsmål. Så som Sundsvalls kommun ser det så hade det i detta sammanhang varit av värde att göra en jämförelse med de länder som omnämns vid beräkningen av antalet överklaganden. Då utredningen till viss del bygger på det faktum att det finns stora skillnader i hur många upphandlingar som överklagas i de olika medlemsländerna vore det också intressant att koppla denna redovisning till om dessa länder har eller inte har infört avgift för överklagande och om detta i så fall har påverkat antalet överklaganden.
22.3.3 Utredningens överväganden	Sundsvalls kommun kan konstatera att det inte finns någon tradition i Sverige med ansökningsavgifter i förvaltningsdomstol. När det gäller vad som framförs om att det i tvistemål tas ut en avgift av sökande så vill Sundsvalls kommun peka på de olikheter som råder mellan ett tvistemål och ett överklagande av en upphandling. I ett överklagandemål rörande upphandling prövas primärt om det allmänna följt de lagar och regler som gäller, det vill säga det rör en prövning av den enskildes rätt. För många aktörer så kan det offentliga stå för avsevärd del av deras marknad och det för små aktörer kan maktförhållandena vara sådana att förfarandet i det närmaste kan upplevas som ett myndighetsutövande. Utifrån ovanstående är det enligt vår mening inte rimligt eller önskvärt att en parts möjlighet att få sin rätt prövad ska vara avhängigt av om han

	<p>eller hon betalar en avgift.</p> <p>När det gäller vad utredningen framför om att ett införande av en ansökningsavgift skulle skapa ett incitament att påpeka fel och brister till den upphandlande myndigheten eller enheten samt att avgiften skulle ge leverantören anledning att tänka igenom sitt beslut att ansöka om överprövning så ställer sig Sundsvalls kommun tveksam till hur stor effekt den tilltänka avgiften kommer att ge. Det bör i detta sammanhang beaktas att det är en väldig variation på storleken på de upphandlingar som genomförs i Sverige. Det är svårt att utesluta att en avgift om 7 500 kronor endast i mindre utsträckning skulle påverka viljan att överklaga, och då sannolikt främst i mindre upphandlingar med små eller medelstora aktörer. Den föreslagna avgiften riskerar därför båda att träffa snett och vara relativt verkningslös. Om lagstiftaren strikt bara vill minska antalet överklaganden bör avgiften vara betydligt högre än den nu föreslagna nivån, vilket i sig inte vore önskvärt då det än mer skulle försvåra för de små och medelstora aktörerna att kunna ta tillvara på sin rätt.</p> <p>Vidare så kan det konstateras att frågan om införande av en ansökningsavgift under åren har prövats ett flertal gånger och att bedömningen då varit att en sådan inte bör införas, se bland annat SOU 2013:12 samt SOU 2015:12. Så som Sundsvalls kommun ser det så tillför inte denna utredning några sådana uppgifter att inställningen i frågan förändrats.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------