



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
7741-21

meddelad i Stockholm den 18 november 2022

KLAGANDE

Kvadrat Stockholm AB, 556319-6301

Ombud: Advokat Erik Gadman
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 22 december 2021 i mål nr 4835-21

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

1. Vid offentlig upphandling finns olika förfaranden som den upphandlade myndigheten kan välja mellan, ett av dessa är det selektiva förfarandet. När det selektiva förfarandet används ska myndigheten i annonsen eller inbjudan att lämna anbudsansökan ange de kriterier och regler som den kommer att tillämpa

vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud. Myndigheten får vid detta förfarande även begränsa antalet anbudssökande som kommer att få lämna anbud, under förutsättning att det i annonsen eller inbjudan anges det högsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in.

2. Frågan i det här målet är om det är tillåtet att använda lottning för att begränsa antalet kvalificerade anbudssökande vid det selektiva förfarandet.
3. Kammarkollegiet bjöd i september 2020 in leverantörer att lämna anbudsansökan avseende en upphandling av IT-konsulttjänster enligt ett selektivt förfarande. Av inbjudan – som totalt omfattade fem anbudsområden – framgick att högst tio anbudssökande vardera för anbudsområde 2 ”Ledning av IT-projekt” och 4 ”Arkitektur och Utveckling” skulle få lämna anbud. För att kvalificeras som anbudssökande uppställdes ett antal krav i inbjudan. Om fler anbudssökande än angivet högsta antal uppfyllde samtliga krav skulle en begränsning därefter göras enligt vissa angivna s.k. begränsningskriterier. Om två eller flera kvalificerade anbudssökande, efter urval genom dessa begränsningskriterier, fortfarande låg på delad sista plats med samma poäng skulle särskiljning mellan dessa ske genom lottning under överinseende av notarius publicus.
4. Efter att ansökningsförfarandet var avslutat fattade Kammarkollegiet i januari 2021 ett selekteringsbeslut för varje anbudsområde. I besluten för anbudsområdena 2 och 4 konstaterade myndigheten att det fortfarande var 13 respektive 21 anbudssökande som låg på delad sista plats sedan begränsningskriterierna hade tillämpats. Myndigheten genomförde därför lottning för att skilja dessa anbudssökande åt i respektive anbudsområde.
5. Kvadrat Stockholm AB (Kvadrat) uppfyllde samtliga krav i inbjudan att lämna anbudsansökan men låg på delad sista plats efter att begränsningskriterierna

hade tillämpats i både anbudsområde 2 och 4. Efter lottdragningen bjöds bolaget inte in att lämna anbud avseende något av områdena.

6. Förvaltningsrätten i Stockholm avslog Kvadrats ansökan om överprövning avseende anbudsområdena 2 och 4. Förvaltningsrätten ansåg att frågan om lottning är tillåten måste avgöras i det enskilda fallet och konstaterade att det i detta fall var tillåtet eftersom de anbudssökande som varit föremål för lottning var likvärdiga och det i inbjudan tydligt framgått att lottning kunde komma att användas.
7. Kvadrat överklagade till Kammarrätten i Stockholm som avslog överklagandet med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

8. *Kvadrat Stockholm AB* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta att upphandlingen avseende anbudsområdena 2 och 4 ska göras om och anför att lottning inte är tillåtet eftersom den upphandlande myndigheten enbart får tillämpa begränsningskriterier som hänför sig till sökandenas kvalifikationer med avseende på upphandlingsföremålet. Lottning är inte ett sådant kriterium.
9. *Kammarkollegiet* anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

10. Frågan i målet är om det är tillåtet att använda lottning när antalet kvalificerade anbudssökande vid ett selektivt förfarande överstiger det högsta antal sökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud.

Rättslig reglering m.m.

11. Enligt 6 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling får bl.a. upphandlingsförfarandena öppet förfarande och selektivt förfarande användas vid offentlig upphandling. Enligt 2 § får vid ett öppet förfarande alla leverantörer lämna anbud. Av 3 § framgår att vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet och att de anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud.
12. Av 4 kap. 6 § framgår att en upphandlande myndighet som använder ett selektivt förfarande får begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud och, i förekommande fall, det högsta antal som kommer att bjudas in.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

13. En myndighet som tillämpar ett selektivt förfarande ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud. Det framgår inte av lagtexten och inte heller av förarbeten eller praxis vilken typ av kriterier och regler som får användas eller om lottning ingår bland dessa.
14. Kvadrat har åberopat EU-domstolens avgörande kommissionen mot Italien, C-360/89, EU:C:1992:235, till stöd för sin uppfattning att lottning inte är ett tillåtet medel för att skilja anbudssökande åt. I det avgörandet fann domstolen att ett i den nationella lagstiftningen uppställt urvalskriterium, som innebar att företräde gavs till företag som bedrev sin huvudsakliga verksamhet i den region där det upphandlade arbetet skulle utföras, inte var förenligt med det då

gällande upphandlingsdirektivet (71/305/EEG). Domstolen tog dock inte ställning till huruvida lottning fick användas i selekteringsfasen för att skilja likvärdiga anbud åt. Avgörandet gällde dessutom tillämpningen av ett äldre direktiv. Det går därför inte att dra några slutsatser av det avgörandet vid bedömningen av frågan i detta mål.

15. I RÅ 2009 ref. 60 prövades frågan om lottning var tillåtet i ett öppet förfarande. Av rättsfallet framgår att när två lika anbud med lägsta pris har lämnats i ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas ligger det nära till hands att skilja anbuden åt genom lottning. För detta talade enligt Högsta förvaltningsdomstolen att lottning förekommer i många sammanhang där man vill låta slumpen särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika, bl.a. när det visat sig att de vanliga urvalsreglerna inte räcker till. Enligt domstolen anses det allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning ansåg domstolen därför inte att det fanns.
16. Att detta synsätt även är förenligt med det nu tillämpliga direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling, talar formuleringen i direktivets skäl 93 där det anges att man vid tilldelning av kontrakt bör undvika att tillgripa lottning som den enda metoden.
17. Vid ett selektivt förfarande lämnar leverantörerna inte några anbud när de bekräftar sitt intresse att delta i upphandlingen. Anbud lämnas först i ett senare skede av förfarandet, och då endast av de anbudssökande som efter selekteringen bjudits in att lämna anbud. I selekteringsfasen är det således inte olika anbud som ska jämföras utan det är leverantörernas kvalifikationer med avseende på upphandlingsföremålet och deras förmåga att utföra det kontrakt som ska tilldelas som ska bedömas. Denna skillnad i förhållande till det öppna förfarandet motiverar enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte en annan syn på om det bör vara tillåtet att använda lottning som urvalsmetod, förutsatt att

myndigheten först har bedömt anbudssökandenas förmåga att utföra kontraktet utifrån uppställda kvalificerings- och begränsningskriterier.

18. Kammarkollegiet har valt att begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud och har i inbjudan att lämna anbudsansökan angett det högsta antal som kommer att bjudas in. Vid selekteringen har myndigheten först tillämpat de i inbjudan uppställda kraven för att kvalificera anbudssökandena. Därefter har särskiljning skett genom de i inbjudan angivna begränsningskriterierna. Först därefter har lottning använts som den slutliga metoden för att skilja anbuds-sökandena åt. Såvitt framkommit har de anbudssökande som varit föremål för lottning likvärdig förmåga att utföra kontraktet.
19. Mot bakgrund härav gör Högsta förvaltningsdomstolen bedömningen att Kammarkollegiet, genom att i slutskedet skilja likvärdiga anbudssökande åt genom lottning för att begränsa antalet sökande till det i inbjudan angivna högsta antalet, inte har brutit mot upphandlingsregelverket. Överklagandet ska därför avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Margit Knutsson, Marie Jönsson, Linda Haggren och Martin Nilsson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Lina Bjersbo.