

Till:  
Högsta förvaltningsdomstolen  
  
Överklagandet ges in till:  
Kammarrätten i Stockholm  
(kammarrattenistockholm@dom.se)

30 december 2021

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-  
DOMSTOLEN  
Bered Enhet 1

INKOM: 2021-12-30  
MÅLNR: 7741-21  
AKTBIL: 1

## ÖVERKLAGANDE

### BRÅDSKANDE – INNEHÅLLER INTERIMISTISKT YRKANDE

Klagande	Kvadrat Stockholm AB, 556319-6301, Kungsbroplan 3A 112 27 Stockholm  Telefon: 08-441 87 00 Mobiltelefon: 073-360 70 07 E-post: upphandling@kvadrat.se
Ombud	Advokat Erik Gadman Telefon: 08-598 890 00, E-post: erik.gadman@setterwalls.se Setterwalls Advokatbyrå, Box 1050, 101 39 Stockholm
Motpart	Kammarkollegiet, org.nr 202100-0829 Box 2218, 103 15 Stockholm
Saken	Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU")
Överklagat avgörande	Kammarrätten i Stockholms dom den 22 december 2021 i mål nr 4835-21

I egenskap av ombud för Kvadrat Stockholm AB ("Kvadrat") får jag härmed överklaga Kammarrätten i Stockholms dom den 22 december 2021 i mål nr 4835-21 ("Domen"). Kammarkollegiets upphandling "IT-konsulttjänster, dnr 23.3-2940-20" benämns nedan Upphandlingen.

Kvadrat får framhålla att överklagandet innehåller ett interimistiskt yrkande och att det är av synnerlig vikt att Högsta förvaltningsdomstolen **omedelbart och helst redan den 30 december 2021**, dock **senast den 3 januari 2022**, beslutar att Kammarkollegiet inte får ingå avtal i Upphandlingen innan något annat har bestämts.

## **1. Yrkanden**

- 1.1 Kvadrat yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen **omedelbart och helst redan den 30 december 2021**, dock **senast den 3 januari 2022**, beslutar att Kammarkollegiet inte får ingå avtal avseende anbudsområde 2 (Ledning av IT-projekt) och anbudsområde 4 (Arkitektur och utveckling) i Upphandlingen innan något annat har bestämts.
- 1.2 Kvadrat hemställer att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd.
- 1.3 Kvadrat yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av Domen, beslutar att Upphandlingen ska göras om.

## **2. Rättsliga grunder**

### **2.1 Grunder i sak**

- 2.1.1 Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
- 2.1.2 Kammarkollegiets överträdelse av LOU har medfört att Kvadrat har lidit skada.

### **2.2 Skäl för prövningstillstånd**

- 2.2.1 Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta förvaltningsdomstolen.

## **3. Bakgrund**

- 3.1 Kvadrat är ett konsultföretag som tillhandahåller tjänster inom management, IT och IoT.
- 3.2 Kammarkollegiet har genomfört Upphandlingen i syfte att ingå ett antal ramavtal avseende IT-konsulttjänster.
- 3.3 Upphandlingen genomfördes som ett selektivt förfarande enligt LOU.

- 3.4 Kammarkollegiet annonserade Upphandlingen den 21 september 2020. Sista dag att inkomma med anbudsansökan i Upphandlingen var den 4 november 2020.
- 3.5 Kvadrat lämnade anbudsansökningar avseende anbudsområde 2 och anbudsområde 4.
- 3.6 Genom så kallade selekteringsbeslut daterade den 5 januari 2021, fab 2 och fab 3, beslutade Kammarkollegiet att bjuda in ett antal anbudsökande att lämna anbud.
- 3.7 Kvadrat bjöds inte in att lämna anbud – vare sig avseende anbudsområde 2 eller anbudsområde 4.
- 3.8 Genom tilldelningsbeslut den 15 mars 2021, fab 3 och fab 4, beslutade Kammarkollegiet att ingå ramavtal med ett antal leverantörer. Kvadrat, som inte hade fått lämna anbud i Upphandlingen, var inte en av dessa leverantörer.
- 3.9 Kvadrat begärde överprövning av Upphandlingen. Genom dom den 18 juni 2021 avslog förvaltningsrätten Kvadrats ansökan om överprövning.
- 3.10 Kvadrat överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm. Genom Domen avslog kammarrätten Kvadrats överklagande.
- 4. Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att använda lottdragning**
- 4.1 Kammarkollegiet genomförde en lottdragning för att avgöra vilka av de kvalificerade anbudssökandena som skulle få lämna anbud.
- 4.2 Kvadrat var en av de anbudssökande som hade otur och således inte bjöds in för att lämna anbud.
- 4.3 Enligt Kvadrat har Kammarkollegiet brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
- 4.4 Av artikel 65 i LOU-direktivet<sup>1</sup> följer att kriterier för att begränsa antalet anbudssökande måste vara objektiva och icke-diskriminerande. Enligt Kvadrat är lottdragning inte ett objektiva kriterium och Kammarkollegiets lottdragning har redan därför stridit mot LOU. I sammanhanget får Kvadrat framhålla att regeringen i andra sammanhang har uttalat att ett krav på objektiv grund innebär ett krav på ”rationella skäl eller sakliga överväganden”<sup>2</sup>. Ett urval baserat på lottdragning är inte baserat på ”rationella skäl” eller ”sakliga överväganden” och är därför inte objektivt.

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>2</sup> Prop. 1990/91:117 s 29.

- 4.5 I beaktandesats 93 till LOU-direktivet uttalas (avseende utvärdering av anbud) att lottning bör undvikas:

Med tanke på de många möjligheter som finns att bedöma förhållandet mellan kvalitet och pris på grundval av materiella kriterier bör man undvika att tillgripa lottdragning som den enda metoden för tilldelning av kontrakt.

LOU-direktivet bygger således på tanken att upphandlande myndigheter inte bör använda lottdragning och på att lottdragning inte är en lämplig metod för att skilja leverantörer och/eller anbud åt.

- 4.6 EU-domstolen har i ett avgörande avseende tolkningen av Direktiv 71/305/EEC uttalat sig om vilka kriterier som kan vara tillåtna. EU-domstolen slog därvid i mål C-360/89 fast att enbart kriterier som är hänförliga till de uteslutningsgrunder och kvalificeringskriterier som uttryckligen anges i det tillämpliga upphandlingsdirektivet fick beaktas vid en begränsning av antalet anbudssökande som bjuds in för att lämna anbud. EU-domstolen uttalade att det stred mot upphandlingsreglerna att, vid en begränsning av antalet anbudssökande som bjuds in för att lämna anbud, beakta andra kriterier än de som uttryckligen anges som tillåtna i upphandlingsdirektivet:

The Commission considers that Article 3(3) of Law No 80/87 infringes the first paragraph of Article 22 of Directive 71/305 by adopting a selection criterion different from those provided for in Articles 23 to 26 of that directive.

It must be observed that, according to the first paragraph of Article 22 of Directive 71/305, in restricted procedures within the meaning of Article 5(2) — the kind at issue in this case — the authorities awarding contracts must select the candidates they are to invite to tender on the basis of the information given in accordance with Article 17(d) of the directive.

Article 17(d) refers to information relating to the personal position of the contractor and the minimum economic and technical standards which the authorities awarding contracts require of contractors for their selection; those requirements may not be other than those specified in Articles 25 and 26.

According to Article 3(3) of Law No 80/87 in selecting undertakings to be invited to tender, preference is to be accorded to temporary associations or consortia which include undertakings carrying on their main activity in the region where the works are to be carried out.

Such preference constitutes a criterion of selection which is not mentioned in Articles 23 to 26 and, in particular, does not relate to any of the economic and technical standards provided for in Articles 25 and 26.

Consequently, Article 3(3) of Law No 80/87 infringes the first paragraph of Article 22 of Directive 71/305 in so far as the selection criterion laid down therein relates to matters of fact which cannot form part of the information on the basis of which the authorities awarding contracts are to select, on the basis of the latter provision, the candidates that they will invite to tender. [mina understrykningar]<sup>3</sup>

EU-domstolen fann således att det inte var tillåtet för en upphandlande myndighet att tillämpa några kriterier som inte var hänförliga till de anbudssökandes

<sup>3</sup> C-360/89, Commission of the European Communities v Italian Republic, pp. 16-21.

ekonomiska och finansiella ställning, tekniska och yrkesmässiga kapacitet eller deras ärlighet, solvens och pålitlighet.

4.7 I mål C-360/89 tolkade EU-domstolen reglerna om begränsning av antalet anbudssökande i Direktiv 71/305/EEC. Kvadrat får därför kortfattat redogöra för de aktuella reglerna.

4.8 Enligt artikel 17(d) i Direktiv 71/305/EEC fick upphandlande myndigheter enbart tillämpa krav hänförliga till leverantörernas personliga ställning eller vissa angivna krav avseende leverantörernas ekonomiska eller tekniska förmåga varvid inga andra krav än vad som följde av artiklarna 25-26 fick ställas:

In restricted procedures, the notice shall include at least the following information: ... the information to be given in the request to participate, in the form of statements which can later be checked concerning the *contractor's personal position and the minimum economic and technical standards* which the authorities awarding contracts require of contractors for their selection; these requirements may not be other than those specified in articles 25 and 26. [min kursivering]

4.9 I artikel 25 i direktivet angavs vilka bevis som fick krävas in avseende leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning:

Proof of the contractor's financial and economic standing may, as a general rule, be furnished by one or more of the following references:

(a) appropriate statements from bankers;

(b) the presentation of the firm's balance sheets or extracts from the balance sheets, where publication of the balance sheet is required under company law in the country in which the contractor is established;

(c) a statement of the firm's overall turnover and the turnover on construction works for the three previous financial years.

The authorities awarding contracts shall specify in the notice or in the invitation to tender which reference or references they have chosen and what references other than those mentioned under (a), (b) or (c) are to be produced.

If, for any valid reason, the contractor is unable to supply the references requested by the authorities awarding contracts, he may prove his economic and financial standing by any other document which the authorities awarding contracts consider appropriate.

- 4.10 I artikel 26 i direktivet angavs vilka bevis som fick krävas in avseende leverantörernas tekniska kunskap eller förmåga:
- Proof of the contractor's technical knowledge or ability may be furnished by:
- (a) the contractor's educational and professional qualifications and/or those of the firm's managerial staff, and, in particular, those of the person or persons responsible for carrying out the works;
  - (b) a list of the works carried out over the past five years, accompanied by certificates of satisfactory execution for the most important works. These certificates shall indicate the value, date and site of the works and shall specify whether they were carried out according to the rules of the trade and properly completed. Where necessary, the competent authority shall submit these certificates to the authority awarding contracts direct;
  - (c) a statement of the tools, plant and technical equipment available to the contractor for carrying out the work;
  - (d) a statement of the firm's average annual manpower and the number of managerial staff for the last three years;
  - (e) a statement of the technicians or technical divisions which the contractor can call upon for carrying out the work, whether or not they belong to the firm.
- 4.11 Av artikel 22 i Direktiv 71/305/EEC följde att upphandlande myndigheter vid begränsningen av antalet anbudssökande skulle beakta den information som lämnats i enlighet med artikel 17(d):
- In restricted procedures, within the meaning of article 5(2), the authorities awarding contracts shall on the basis of the information given in accordance with the provisions of article 17(d) select which candidates they shall invite to tender.
- 4.12 I mål C-360/89 uttalade EU-domstolen att upphandlande myndigheter vid begränsningen av antalet anbudssökande som bjöds in för att lämna anbud enbart får beakta information som lämnats i enlighet med artikel 17(d) och att någon annan information än vad som följde av artiklarna 25-26 inte fick krävas in (C-360/89, p. 17-18). EU-domstolen uttalade vidare att ett begränsningskriterium som inte var hänförligt till någon uteslutningsgrund eller till något ekonomiskt eller tekniskt krav enligt artiklarna 25-26 var förbjudet (C-360/89, p. 20-21).
- 4.13 Enligt det direktiv som var tillämpligt i C-360/98 var det alltså enbart tillåtet att tillämpa kriterier hänförliga till de anbudssökandes ekonomiska och finansiella ställning, tekniska och yrkesmässiga kapacitet eller deras ärlighet, solvens och pålitlighet. Dessa kriterier motsvaras i LOU-direktivet av behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet (jfr artikel 58 i LOU-direktivet). Enligt Kvadrat innebär EU-domstolens avgörande i C-360/98 därför att det även vid tillämpningen av LOU-direktivet enbart är tillåtet för upphandlande myndigheter att tillämpa begränsningskriterier hänförliga till behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Eftersom lottdragning inte är ett sådant kriterium gör Kvadrat gällande att

det därför strider mot LOU att tillämpa lottdragning som ett kriterium för att välja vilka anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud.

- 4.14 Kvadrat anser att mycket starka skäl talar för att avgörandet C-360/98 alltså utgör gällande rätt och således innebär att det är förbjudet för upphandlande myndigheter att tillämpa begränsningskriterier som inte avser behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kvadrat är dock väl medvetet om att det, som Kamrarrätten påpekar på sidan 4 i Domen, är osäkert vilken betydelse avgörandet har för tolkningen av LOU-direktivet. Enligt Kvadrat innebär denna osäkerhet ett mycket starkt skäl för att Högsta förvaltningsdomstolen bör meddela prövningstillstånd i målet (jfr avsnitt 5 nedan).
- 4.15 Även Arrowsmith tolkar C-360/89 som att avgörandet begränsar vilka kriterier en upphandlande myndighet får tillämpa för att begränsa antalet anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud.<sup>4</sup>
- 4.16 Arrowsmith har även, bland annat med hänvisning till C-360/89, framhållit att det är sannolikt att de enda kriterier som en upphandlande myndighet får beakta vid begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud är kriterier hänförliga till ekonomisk och finansiell ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet eller de anbudssökandes ärlighet, solvens och pålitlighet (som i LOU-direktivet alltså motsvaras av kriterier relaterade till behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet):
- Once the contracting authority has decided which of the interested firms it considers qualified, etc, the question arises as to how it is to choose which of these firms to invite. This is the focus of the present section.
- In this respect the explicit provisions of the directive itself are not entirely clear.
- However, it seems probable that the only criteria that may be used for this process are those listed in the directive and regulations as grounds for excluding tenderers that relate to economic and financial standing and technical or professional ability and to professional honesty, solvency and reliability.<sup>5</sup>
- 4.17 Ett förbud mot att använda lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande följer således av EU-domstolens praxis. Uppfattningen att det inte är tillåtet för upphandlande myndigheter att använda lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud har även ett mycket starkt stöd i andra rättskällor.
- 4.18 Arrowsmith har uttryckligen uttalat att det sannolikt är förbjudet för upphandlande myndigheter att tillämpa lottdragning för att välja vilka anbudssökande som ska bjudas in för att lämna anbud:

<sup>4</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK – Volume 1*, 2014, s. 686 f.

<sup>5</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK – Volume 1*, 2014, s. 687 f.

It is likely, although not clear, that the principles above also prohibit selection methods not based on a positive “selection” process, such as drawing of lots or rotation.<sup>6</sup>

- 4.19 Även Steinicke & Vesterdorf har framhållit att lottdragning kan ses som oförenligt med upphandlingsreglernas syfte och att lottdragning inte är en acceptabel metod för att begränsa antalet anbudssökande:
- By drawing lots, or similar methods, qualified undertakings are selected on the basis of chance. It can be argued that this is contrary to the spirit of the procurement rules which require a contracting authority’s decisions to be based on proper grounds, and thus not on chance. Thus the element of chance in the drawing of lots is generally not acceptable for assessing submissions; see Case 274/83 *Commission v Italy*.<sup>7</sup>
- 4.20 Steinicke & Vesterdorf har även ifrågasatt om det kan vara korrekt att låta slumpen avgöra vilka anbudssökande som ska väljas ut och vilka som ska exkluderas:
- it is questionable whether it will normally be a proper ground for selection to choose some and reject others at random.<sup>8</sup>
- 4.21 Steinicke & Vesterdorf har även avfärdat argumentet att det skulle vara acceptabelt för upphandlande myndigheter att använda sig av lottdragning för att minska sin administrativa börda. Författarna framhåller härvid att en upphandlande myndighet alltid måste pröva vilka anbudssökande som uppfyller kvalificeringskraven och att det därför inte medför någon påtaglig ökning av arbetsbördan att grunda urvalet bland de anbudssökande på sakliga skäl i stället för på slumpen:
- The argument for drawing lots or using some other random method can be that there is a heavy administrative burden associated with making a quantitative restriction by any other means, for example if applications have been received from 40 qualified candidates and the contracting authority only wants 5 qualified candidates. However, such considerations are seldom sufficiently weighty since the contracting authority must in any case make a detailed evaluation of the applications with a view to assessing whether candidates are qualified. Also, the administrative burden, for example, of assessing which candidates are qualified by giving relative weightings to the selection criteria, will usually be so slight as not to justify drawing lots.<sup>9</sup>
- 4.22 Även de Joune & Norman har uttalat att upphandlande myndigheter vid begränsningen av antalet anbudssökande som får lämna anbud enbart får beakta kriterier hänförliga till de anbudssökandes tekniska och ekonomiska förmåga:
- Det selektiva förfarandet startar som ett öppet förfarande, dvs. med att upphandlingen annonseras i TED, samt någon ytterligare lämplig hemsida. Annonsen eller det dokument som innehåller förutsättningarna för selekteringen (vanligen benämnt Ansökningsinbjudan, Request for information (RFI) på engelska). *Urvalet får endast grunda sig på dessa, i förväg uppställda kvalificeringskrav. De leverantörer som bjuds in att lämna anbud ska väljas ut dels på de formella grun-*

<sup>6</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK – Volume 1*, 2014, s. 689 f.

<sup>7</sup> Steinicke & Vesterdorf, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, 2018, s. 700.

<sup>8</sup> Steinicke & Vesterdorf, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, 2018, s. 700.

<sup>9</sup> Steinicke & Vesterdorf, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, 2018, s. 700.



*der som framgår av 13 samt 14 kap. LOU, samt de övriga kvalificerings- och selekteringskrav som beställaren uppställer i Ansökningsinbjudan avseende leverantörens tekniska och ekonomiska förmåga att leverera efterfrågat upphandlingsföremål. [min kursivering]<sup>10</sup>*

de Jounge & Norman anser alltså att upphandlande myndigheter vid begränsningen av antalet anbudssökande som får lämna anbud enbart får beakta kriterier hänförliga till de anbudssökandes tekniska och ekonomiska förmåga, vilket inte kan tolkas på något annat sätt än som att lottdragning är förbjudet vid begränsningen.

- 4.23 I äldre svensk underrättspraxis har Länsrätten i Skåne län funnit att lottnings inte är tillåtet vid begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud eftersom lottdragning inte uppfyller de krav på objektivitet som ställs vid upphandling:

Vid selektiv upphandling skall den upphandlande enheten göra urvalet bland kvalificerade leverantörer som lämnat anbudsansökan. Urvalet skall ske på objektiva grunder. Anledningen till urvalet av anbudssökande och vilka anbudssökande som inte vunnit framgång och anledningen till det skall dokumenteras i en rapport.

Som ovan sagts gäller bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU om att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och att anbud och anbudsgivare skall behandlas utan ovidkommande hänsyn, dvs, objektivt och utan diskriminering, även vid selektiv upphandling. ...

Den upphandlande enheten har i stället att följa ett förfarande som inte är diskriminerande och byggt på enbart affärsmässiga grunder. Enligt länsrättens mening tillgodoser ett lottningsförfarande inte kraven på objektivitet och affärsmässighet vid upphandling.

Genom lottningsförfarandet har Malmö Högskola vid urvalet av anbudssökande brutit mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU om att upphandlingen skall genomföra affärsmässigt.<sup>11</sup>

- 4.24 Även Nämnden för offentlig upphandling ("NOU") har vid flera tillfällen uttalat att nämnden anser att lottnings inte är tillåtet vid begränsning av antalet anbudssökande. I sitt remissyttrande över Upphandlingskommitténs delbetänkande, Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) uttalade NOU att lottnings inte får användas för att begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud:

NOU delar således inte kommitténs uppfattning att urvalet av kvalificerade anbudssökanden vid förenklad selektiv upphandling kan ske medelst lottnings.<sup>12</sup>

- 4.25 NOU har även upprepat denna uppfattning och utvecklat nackdelarna med att använda lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande. NOU har härvid framhållit att lottdragning kan innebära att "lotten kan välja dem som i realiteten är de minst lämpliga bland de kvalificerade anbudssökandena", att även en

<sup>10</sup> de Jounge & Norman, Offentlig upphandling. En handbok., JUNO version 39, kapitel 6, under rubriken Selektiv upphandling.

<sup>11</sup> Länsrättens i Skåne län dom den 16 mars 1998 i mål nr 1373-98.

<sup>12</sup> NOU, Yttrande avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139), 1999/0266-22.

leverantör som ”klarat kvalificeringskraven med bred marginal och skött sina tidigare leveranser mycket väl” riskerar att väljas bort samt att lottdragning ”minskar ... den upphandlande enhetens möjlighet att göra ett medvetet och motiverat val”:

NOU har i sitt remissvar på Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 uttalat att NOU inte delar kommitténs uppfattning att urvalet av kvalificerade anbudssökanden kan ske medelst lottning. Till nackdelarna hör också att lotten kan välja dem som i realiteten är de minst lämpliga bland de kvalificerade anbudssökandena. En annan nackdel kan vara att den senaste leverantören inte får lämna något anbud, även om denne klarat kvalificeringskraven med bred marginal och skött sina tidigare leveranser mycket väl. Användning av lottning minskar således enligt NOU:s uppfattning den upphandlande enhetens möjlighet att göra ett medvetet och motiverat val.<sup>13</sup>

NOU har således vid upprepade tillfällen uttalat att det inte är tillåtet att tillämpa lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande.

- 4.26      Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 60 uttalat att det vid ett öppet förfarande där tilldelningsgrunden är lägsta pris kan vara tillåtet att använda lottdragning för att skilja mellan två lika *anbud* med samma pris. Det går dock inte av avgörandet dra slutsatsen att lottdragning även skulle kunna vara tillåtet vid begränsning av antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud. En sådan tolkning skulle först och främst strida mot EU-domstolens avgörande i C-360/89 (jfr punkterna 4.6-4.16 ovan). Det är tydligt att Högsta förvaltningsdomstolens avgörande enbart avser särskiljande mellan olika *anbud* och att avgörandet inte har någon bäring på valet mellan olika *anbudsansökningar*.
- 4.27      Högsta förvaltningsdomstolens avgörande kan över huvud taget inte tolkas som att domstolen hade för avsikt att lottning skulle vara tillåtet i några andra situationer än just för att skilja mellan två anbud med samma pris i en upphandling där anbudet med lägst pris ska antas (och där några andra kriterier därför inte kan beaktas för att skilja anbuden åt). Först och främst anger Högsta förvaltningsdomstolen uttryckligen att det är i en situation där ”två lika anbud med lägsta pris har lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas” som det är tillåtet att tillämpa lottdragning för att ”skilja anbuden åt”. Högsta förvaltningsdomstolen poängterade även att situationen som var föremål för prövning i RÅ 2009 ref. 60 innebar ”att mer än ett anbud vid ett öppet förfarande innehåller lägst pris”, att två ”anbudsgivare lämnat lika anbud med lägst pris” samt att ”två lika anbud med lägsta pris har lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas”.
- 4.28      Det står således klart att Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2009 ref. 60 enbart har tagit ställning till just den situation som domstolen uttryckligen begränsar avgörandet till att avse (dvs. en situation där ”två lika anbud med lägsta pris har

---

<sup>13</sup> NOU info mars 2003 – Dnr 2003/0156-21, s. 4.

lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas”) och att domstolen inte avsåg att öppna för att lottdragning skulle kunna tillåtas i några andra situationer.

4.29 I sammanhanget får Kvadrat framhålla att Ulfsdotter Forsell med hänvisning till HFD 2009 ref. 60 har uttalat *att* lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud inte ska förväxlas med lottning i en anbudsutvärdering *och att* det finns anledning att ifrågasätta om det går att tolka RÅ 2009 ref. 60 som att lottdragning skulle kunna vara tillåtet även vid begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud.<sup>14</sup>

4.30 Kvadrat är medvetet om att det i den svenska litteraturen, med hänvisning till RÅ 2009 ref. 60, har förts resonemang av innebörden att lottdragning under särskilda omständigheter skulle kunna vara ett tillåtet sätt att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in för att lämna anbud. Även dessa författare har dock understrukit att lottning, om det över huvud taget är tillåtet, enbart är tillåtet om anbudsansökningarna *är likvärdiga*. Författarna har även framhållit att lottdragning, om det är tillåtet, ska användas *restriktivt* och som en *sista utväg* när det är *omöjligt* att göra ett urval efter en saklig prövning:

Högsta förvaltningsdomstolen har, när det gäller anbud, klargjort att ett lottningsförfarande kan tillämpas om två anbud har exakt samma pris, även om det inte tidigare framgått av upphandlingens underlag att lottning skulle tillämpas. I den aktuella upphandlingen fanns det inte någon omständighet som gav anledning att anta att lottningen skett på ett sätt som inte var godtagbart, se RÅ 2009 ref. 60. Det bör följaktligen vara möjligt att tillämpa ett lottningsförfarande för att välja ut det antal anbudssökande som ska få delta i anbudsgivning om anbudsansökningarna är likvärdiga. Vi anser emellertid att lottning ska användas *restriktivt* och som *en sista utväg* när det visat sig vara *omöjligt* för myndigheten att göra ett urval efter en saklig prövning av de lämpliga leverantörerna. [mina kursiveringar]<sup>15</sup>

4.31 Rosén Anderssons m.fl. resonemang om att lottdragning skulle kunna vara tillåtet vid begränsning av antalet anbudssökande bygger på en analogi med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 60. Som framgår i punkterna 4.26-4.29 ovan anser dock Kvadrat att RÅ 2009 ref. 60 inte kan tolkas som att lottdragning skulle vara tillåtet i andra situationer än sådana som var föremål för prövning i det målet.

<sup>14</sup> Ulfsdotter Forsell, Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – Djup kommentar, Lexino, kommentaren till 4 kap. 6 §.

<sup>15</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, JUNO version 3, kommentaren till 4 kap. 7 §.

- 4.32 Beträffande Rosén Andersson m.fl. så uttalar författarna dessutom – i samma verk – att vid begränsningen av antalet anbudssökande som får lämna anbud ska de kriterier som anges i LOU 14 kap. 1-5 §§ tillämpas. Detta motsäger författarnas resonemang om att lottdragning skulle kunna vara tillåtet att använda som begränsningskriterium:
- Begränsningen av antalet potentiella leverantörer som får lämna anbud måste göras på grund av objektiva kriterier. *Beträffande vilka krav som kan ställas vid urvalet, se 14 kap. 1–5 §§.* [min kursivering]<sup>16</sup>
- Rosén Andersson m.fl. uttalar alltså å ena sidan att den som vill veta vilka krav som kan tillämpas ska ”se 14 kap. 1–5 §§” (där lottdragning inte nämns) och å andra sidan att lottdragning ”bör” kunna användas ”restriktivt och som en sista utväg när det visat sig vara omöjligt för myndigheten att göra ett urval efter en saklig prövning”. I den utsträckning Rosén Anderssons m.fl. uttalanden ens kan uppfattas som ett stöd för att lottdragning kan utgöra ett tillåtet begränsningskriterium så är detta stöd därför i så fall svagt.
- 4.33 I Upphandlingen var de olika anbudsansökningarna dessutom inte likvärdiga och det var heller inte omöjligt att göra ett urval efter en saklig prövning av de anbudssökande. Det ovan i punkt 4.30 citerade resonemanget ger därför inte stöd för att lottdragning var tillåtet i *Upphandlingen*.
- 4.34 I Upphandlingen har Kammarkollegiet dessutom inte använt sig av lottdragning som en ”sista utväg” för att välja mellan ”likvärdiga” anbudsansökningar som var ”omöjliga” att skilja på något annat sätt (jfr punkt 4.30 ovan). Anbudsansökningarna har heller inte varit ”identiska” eller ”exakt lika” (jfr punkt 4.30 ovan). Detta innebär att även om Högsta förvaltningsdomstolen skulle anse att lottdragning kan vara tillåtet som begränsningskriterium i vissa undantagssituationer så har det inte varit tillåtet för Kammarkollegiet att använda sig av lottdragning i Upphandlingen.
- 4.35 Till detta kommer att samtliga kriterier som tillämpas för att begränsa antalet anbudssökande naturligtvis måste ha en koppling till kontraktsföremålet och syfta till att välja ut de anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget. En begränsning baserad på lottdragning har inte någon koppling till kontraktsföremålet eller till frågan om vilka anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget. Även detta innebär enligt Kvadrats uppfattning att Kammarkollegiets tillämpning av lottdragning strider mot LOU.
- 4.36 Kammarkollegiets överträdelse av LOU var hänförlig till myndighetens begränsning av antalet anbudssökande som fick lämna anbud.

---

<sup>16</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, JUNO version 3, kommentaren till 6 kap 3 §.

- 4.37 Kvadrat var en av de kvalificerade anbudssökande som, på grund av att Kammarkollegiet vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud tillämpade lottdragning inte bjöds in att lämna anbud.
- 4.38 Kvadrat har därför lidit skada av Kammarkollegiets överträdelse av LOU.

## **5. Skäl för prövningstillstånd**

- 5.1 Enligt 36 § första stycket första punkten FPL får Högsta förvaltningsdomstolen meddela prövningstillstånd när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta förvaltningsdomstolen.
- 5.2 Den prejudikatfråga som aktualiseras i detta mål är enkel: är det tillåtet för upphandlande myndigheter att tillämpa lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande och, om ja, under vilka förhållanden är det i så fall tillåtet?
- 5.3 Som framgår ovan anser Kvadrat att mycket starka skäl talar för att det inte är tillåtet att tillämpa lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande. Kvadrat är dock medvetet om att frågan inte har prövats rättsligt sedan LOU-direktivet och LOU trädde i kraft samt att det (viket Kammarkollegiet har påtalat i målet) i litteraturen och i äldre förvaltningsrättspraxis argumenterats för att lottdragning kan vara ett tillåtet begränsningskriterium. Det föreligger alltså en rättlig osäkerhet beträffande frågan om det är tillåtet att tillämpa lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande.
- 5.4 LOU saknar reglering av vilka begränsningskriterier som får tillämpas. I LOU-direktivet stadgas i artikel 65 att kriterier för att begränsa antalet anbudssökande måste vara objektiva och icke-diskriminerande. Kvadrat anser förvisso att artikel 65 i LOU-direktivet med styrka talar för att lottdragning inte är tillåtet att tillämpa som begränsningskriterium. Samtidigt kan Kvadrat konstatera att kammarrätten i Domen uttalar att ”upphandlingsdirektivet<sup>17</sup> och LOU saknar tydliga bestämmelser kring vilka kriterier som får ställas som begränsningskriterier vid ett selektivt förfarande”.
- 5.5 Något avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som kan ge vägledning i frågan finns inte. Inte heller finns, såvitt Kvadrat känner till, någon kammarrättspraxis i frågan.
- 5.6 EU-domstolen har visserligen i ett avgörande uttalat sig avseende vilka begränsningskriterier som kan vara tillåtna men detta avgörande avsåg, som kammarrätten konstaterar i Domen, ett numera upphävt direktiv och det är därför (i vart fall enligt kammarrätten) osäkert vilken betydelse EU-domstolens dom har för tolkningen av LOU-direktivet.

---

<sup>17</sup> Dvs. LOU-direktivet.

- 5.7 Kammarrätten sammanfattar på sidan 5 i Domen kärnfullt den rättsliga osäkerheten i frågan:

Det framgår inte av upphandlingslagstiftningen, förarbeten eller praxis om lottning är en tillåten metod för att skilja anbudssökandena åt i selekteringsfasen.

- 5.8 Rent parentetiskt kan även konstateras att kammarrätten i Domen bidrar till osäkerheten avseende vilka begränsningskriterier som är tillåtna. Å ena sidan uttalar kammarrätten på sidan 4 i Domen att begränsningskriterier enbart är tillåtna om de är hänförliga till och baserade på den sortens kriterier som får ställas upp som kvalificeringskriterier i enlighet med 14 kap 1–5 §§ LOU:

Baserat på denna systematik framstår det som rimligt att samtliga kriterier i den inledande fasen ska hänföras till kvalificeringskriterierna. Enligt kammarrättens mening bör begränsningskriterierna därmed baseras på den sortens kriterier som får ställas upp som kvalificeringskriterier i enlighet med 14 kap 1–5 §§ LOU, vilket även stämmer överens med EU-domstolens bedömning i målet kommissionen mot Italien.

Å andra sidan uttalar kammarrätten dock på sidan 5 i Domen även att den anser att det är tillåtet att använda lottdragning som begränsningskriterium, trots att domstolen anser att lottdragning inte får användas som kvalificeringskriterium och att begränsningskriterier måste vara baserade på (tillåtna) kvalificeringskriterier:

I kvalificeringsfasen, när syftet är att ställa upp de minimikrav som utgör en förutsättning för att en anbudsgivare ska kunna fullgöra det aktuella kontraktet, är det inte möjligt att använda lottning. En viktig skillnad mellan kvalificeringsfasen och selekteringsfasen är dock att det i den förstnämnda inte finns någon övre gräns för hur många anbud som kan anses kvalificerade, medan det i selekteringsfasen kan finnas en sådan övre gräns angiven av den upphandlande myndigheten. Även om begränsningskriterierna ska baseras på kvalificeringskriterierna anser kammarrätten att varken lagstiftningen eller EU-domstolens dom i målet kommissionen mot Italien utesluter att lottning kan tillämpas i selekteringsfasen i fall då ett övre tak för antal anbud som ska bjudas in har angivits.

Kvadrat kan inte förena dessa båda uttalanden med varandra. Bolaget är naturligtvis väl medvetet om att det inte är aktuellt med någon ändringsdispens i Högsta förvaltningsdomstolen, men får framhålla att kammarrättens sinsemellan oförenliga uttalanden visar på behovet av ett vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen.

- 5.9 Detta mål framstår även som ett mycket lämpligt mål för att pröva frågan. Omständigheterna i målet är ostridiga och parterna är överens om vad som förekommit i Upphandlingen. Den enda fråga av betydelse för utgången i målet där parterna har olika uppfattning är den rent rättsliga frågan om det är tillåtet eller förbjudet för upphandlande myndigheter att använda lottdragning som ett begränsningskriterium.

## 6. Skäl för interimistiskt beslut

- 6.1 Kammarrätten meddelade Domen den 22 december 2021. Eftersom kammarrätten hade fattat ett interimistiskt beslut enligt 20 kap. 9 § LOU gäller nu en tiodagarsfrist som innebär att Kammarkollegiet till och med den 3 januari 2022 är förhindrat från att ingå avtal i Upphandlingen (jfr 20 kap. 10 § första stycket LOU).
- 6.2 Någon avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr gäller däremot inte längre i Upphandlingen. Av 20 kap. 9 § LOU följer att när avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.
- 6.3 Av 20 kap. 6 § LOU följer att en upphandling inte får överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör. Ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås är därför ett sätt för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning av en pågående upphandling och det anses allmänt att en förvaltnings-domstol bör fatta ett interimistiskt beslut om domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra (se RÅ 2003 ref. 64 samt HFD 2017 ref. 60).
- 6.4 Ett interimistiskt beslut enligt upphandlingslagstiftningen är en nödvändighet för att göra det möjligt att över huvud taget kunna genomföra en överprövning. Ett interimistiskt förordnande om att avtal inte får ingås skiljer sig således i detta hänseende från inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), där det normalt förutsätts att en viss sannolikhetsbedömning av den slutliga utgången i målet har föregått beslutet (se RÅ 2005 ref. 17).
- 6.5 Det kan i sammanhanget noteras att den interimistiska prövningen i detta mål avser ett interimistiskt beslut om att *avtal inte får ingås* och inte ett interimistiskt beslut om att ett *avtal inte får fullgöras*. Detta innebär att de principer om sannolikhetsbedömning som har utvecklats genom Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i HFD 2014 ref. 13 och HFD 2020 ref. 45 inte är tillämpliga på prövningen i målet. I detta mål är nämligen ett interimistiskt beslut om att Kammarkollegiet inte får ingå avtal en förutsättning för att Kvadrats möjlighet till överprövning inte ska upphöra (till skillnad från vid ett interimistiskt beslut om att ett avtal inte får fullgöras). Denna skillnad mellan olika typer av interimistiska beslut har ansetts motivera att det inför interimistiska beslut om att ett avtal *inte får fullgöras* ska göras en sannolikhetsbedömning men att någon sannolikhetsbedömning inte ska göras inför interimistiska beslut om att avtal *inte får ingås*.
- 6.6 Någon sannolikhetsbedömning ska således inte göras i detta mål.
- 6.7 Däremot ska en intresseavvägning göras med tillämpning av reglerna i LOU 20 kap. 9 § andra och tredje stycket.



- 6.8 Rätten ska avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om förbud att ingå avtal, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.
- 6.9 Utan ett interimistiskt beslut finns det en stor risk för att Kammarkollegiet ingår avtal i Upphandlingen. Kvadrat riskerar att lida en mycket stor ekonomisk skada om Kammarkollegiet ingår avtal i Upphandlingen. Den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra för Kammarkollegiet är däremot begränsad. Enligt Kvadrat är det därför uppenbart att den skada eller olägenhet som ett interimistiskt beslut skulle kunna medföra inte är större än den skada som skulle kunna drabba Kvadrat om ett sådant beslut inte fattas.
- 6.10 Den intresseavvägning som ska genomföras innebär därför att Högsta förvaltningsdomstolen inte ska avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om förbud att ingå avtal.
- 6.11 Ett interimistiskt beslut är en nödvändig förutsättning för att Kvadrat ska ges tillgång en effektiv överprövningsprocess.
- 6.12 Förutsättningar för att besluta att Kammarkollegiet inte får ingå avtal innan något annat har bestämts föreligger således.
- 6.13 Det är av synnerlig vikt att Högsta förvaltningsdomstolen **omedelbart och helst redan den 30 december 2021**, dock **senast den 3 januari 2022**, beslutar att Kammarkollegiet inte får ingå avtal i Upphandlingen innan något annat har bestämts.

\* \* \*

Stockholm som ovan



Erik Gadman