

24 juni 2021

KAMMARRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Rotel 034

INKOM: 2021-06-28  
MÅLNR: 4835-21  
AKTBIL: 1

*Endast med e-post*

Till:  
Kammarrätten i Stockholm

Överklagandet ges in till:  
Förvaltningsrätten i Stockholm  
(forvaltningsrattenistockholm@dom.se)

## Överklagande

### Brådskande: innehåller interimistiskt yrkande

---

**Klagande:** Kvadrat Stockholm AB, org.nr 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  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB

Telefon: 08-670 64 21  
Mobiltelefon: 0734-15 24 21  
E-post: erik.gadman@gda.se

**Motpart:** Kammarkollegiet, org.nr 202100-0829  
Box 2218, 103 15 Stockholm

**Saken:** Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU")

**Överklagat avgörande:** Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 juni 2021 i mål nr 6794-21

---

**Innehållsförteckning**

1	Yrkanden.....	3
2	Rättsliga grunder.....	3
2.1	Grunder i sak.....	3
2.2	Skäl för prövningstillstånd.....	3
3	Bakgrund .....	4
4	Domen är felaktig .....	4
4.1	Allmänt om begränsning av antalet anbudssökande .....	4
4.2	Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att använda lottdragning....	7
4.3	Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa otillåtna kriterier .....	22
4.4	Förvaltningsrätten har nått två oförenliga slutsatser .....	27
5	Kvadrat har lidit skada av Kammarkollegiets överträdelser av LOU .....	28
6	Skäl för prövningstillstånd.....	28
6.1	Inledning .....	28
6.2	Ändringsdispens .....	29
6.3	Granskningsdispens .....	30
6.4	Prejudikatdispens.....	32
7	Skäl för interimistiskt beslut .....	32

I egenskap av ombud för Kvadrat Stockholm AB ("Kvadrat") får jag härmed inkomma med överklagande av Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 18 juni 2021 i mål nr 6794-21 ("Domen").

Kvadrat får framhålla att överklagandet innehåller ett interimistiskt yrkande (jfr punkt 1 och avsnitt 7 nedan) och att det är synnerlig vikt att kammarrätten omedelbart, dock senast den 28 juni 2021, beslutar att Kammarkollegiet inte får ingå avtal i Upphandlingen innan något annat har bestämts.

## **1 Yrkanden**

1. Kvadrat yrkar att kammarrätten omedelbart 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.
2. Kvadrat hemställer att kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
3. Kvadrat yrkar att kammarrätten, med ändring av Domen, beslutar att Upphandlingen ska göras om.

## **2 Rättsliga grunder**

### **2.1 Grunder i sak**

4. Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
5. Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa otillåtna kriterier vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
6. Kammarkollegiets överträdelser av LOU har medfört att Kvadrat har lidit skada.

### **2.2 Skäl för prövningstillstånd**

7. Det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till.
8. Utan att prövningstillstånd meddelas går det inte att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till.
9. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

### **3 Bakgrund**

10. Kvadrat är ett konsultföretag som tillhandahåller tjänster inom management, IT och IoT.
11. Kammarkollegiet har genomfört Upphandlingen i syfte att ingå ett antal ramavtal avseende IT-konsulttjänster.
12. Upphandlingen genomfördes som ett selektivt förfarande enligt LOU.
13. Kammarkollegiet annonserade Upphandlingen den 21 september 2020. Sista dag att inkomma med anbudsansökan i Upphandlingen var den 4 november 2020.
14. Kvadrat lämnade anbudsansökningar avseende anbudsområde 2 och anbudsområde 4.
15. Genom så kallade selekteringsbeslut daterade den 5 januari 2021, uab 2 och uab 3, beslutade Kammarkollegiet att bjuda in ett antal anbudssökande att lämna anbud.
16. Kvadrat bjöds inte in att lämna anbud – vare sig avseende anbudsområde 2 eller anbudsområde 4.
17. Genom tilldelningsbeslut den 15 mars 2021, uab 3 och uab 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.
18. Kvadrat begärde därför överprövning av Upphandlingen.
19. Genom Domen avslog förvaltningsrätten Kvadrats ansökan om överprövning.

### **4 Domen är felaktig**

#### **4.1 Allmänt om begränsning av antalet anbudssökande**

20. När en upphandlande myndighet använder ett selektivt förfarande får myndigheten enligt 4 kap. 6 § första stycket LOU begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud.
21. Den upphandlande myndigheten ska i så fall enligt 4 kap. 6 § andra stycket LOU 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 samt det lägsta (och, i förekommande fall, det högsta) antal anbudssökande som kommer att få lämna anbud.

22. I Upphandlingen har Kammarkollegiet utnyttjat sig av möjligheten att begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud. Kvadrat var en av de anbudssökande som inte bjöds in att lämna anbud.
23. Som kriterier för att välja vilka anbudssökande som fick lämna anbud har Kammarkollegiet först bedömt de anbudssökande utifrån vissa kriterier hänförliga till de anbudssökandes omsättning, referensuppdrag och leveranskapacitet m.m. Avseende anbudsområde 2 och anbudsområde 4 kunde de anbudssökande som mest erhålla 75 poäng respektive 79 poäng i denna poängsättning. Ett stort antal anbudssökande erhöll maximal poäng avseende de båda anbudsområdena.
24. För att sedan välja mellan de anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven, de obligatoriska kraven för respektive anbudsområde, samt kraven enligt kapitel "Uteslutning och kvalificering", och som dessutom erhållit den maximala poängen, har Kammarkollegiet tillämpat en kombination av hur många konsulter de anbudssökande tidigare hade levererat och lottdragning.
25. Kriterierna för Kammarkollegiets val av anbudssökande återfinns i avsnitt 3.2 i inbjudan att lämna anbudsansökan, uab 6 Av det aktuella avsnittet framgår att Kammarkollegiet skulle välja ut sju anbudssökande genom att beakta hur många konsulter de anbudssökande tidigare hade levererat och att tre inbjudningar att lämna anbud skulle lottas ut:

### 3.2 Begränsningskriterier

Antalet sökande som bjuds in per anbudsområde anges enligt avsnitt 1.5.6 "Antal inbjudan och ramavtal". Om fler anbudssökande än angivet högsta antal uppfyller de administrativa kraven, obligatoriska krav per anbudsområde (se kapitel 4-8) samt kraven enligt kapitel Uteslutning och kvalificering (se kapitel 9) kommer begränsning göras enligt nedan. Mer information och frågor där svar gällande begränsningskriterierna lämnas återfinns under respektive anbudsområde. För kompetensnivåer se bilaga Kravkatalog.

Om två eller fler anbudsansökande i något anbudsområde ligger på delad sista plats för selektering med samma poäng kommer särskiljning mellan dessa anbudssökande i första hand ske genom att det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor att räknas samman och poäng kan erhållas enligt följande: Den eller de anbudssökande som har flest antal levererade konsulter totalt efter sammanräkning enligt samtliga bilagor referensuppdrag (inklusive obligatoriska) inom det aktuella anbudsområdet erhåller 0,4 poäng, den eller de som har näst flest antal erhåller 0,35 poäng, den eller de som har tredje flest erhåller 0,3 poäng, den eller de som har fjärde flest erhåller 0,25 poäng, den eller de som har femte flest erhåller 0,2 poäng, den eller

de som har sjätte flest erhåller 0,15 poäng, den eller de som har sjunde flest erhåller 0,1 poäng. Övriga erhåller noll poäng.

Om två eller fler anbudssökande i något anbudsområde fortfarande ligger på delad sista plats för selektering med samma poäng kommer särskiljning ske mellan dessa genom genom [*sic*] lottning under överinseende av notarius publicus.

26. Kammarkollegiet hade angivit att maximalt tio anbudssökande skulle bjudas in att lämna anbud avseende anbudsområde 2 respektive anbudsområde 4 (se inbjudan att lämna anbudsansökan, avsnitt 1.5.6).
27. Kammarkollegiet hade inte angivit det lägsta antalet anbudssökande som skulle bjudas in lämna anbud (jfr 4 kap. 6 § andra stycket LOU).
28. Avseende anbudsområde 2 och anbudsområde 4 var det fler än tio anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven, de obligatoriska kraven för respektive anbudsområde samt kraven enligt kapitel ”Uteslutning och kvalificering” och som dessutom erhöll full poäng i Kammarkollegiets bedömning. Kammarkollegiet vidtog därför åtgärder för att begränsa antalet anbudssökande som fick lämna anbud, varvid Kammarkollegiet tillämpade de kriterier som angivits i avsnitt 3.2 i inbjudan att lämna anbudsansökan (dvs. en kombination av hur många konsulter de anbudssökande tidigare hade levererat och lottning)
29. Det bör i detta sammanhang uppmärksammas att det för en insatt bedömare tidigt stod klart att antalet anbudssökande skulle vara så stort att ett urval skulle behöva göras.
30. I sammanhanget bör beaktas att begränsningen av antalet anbudssökande gjordes bland de redan kvalificerade leverantörerna och att samtliga leverantörer som valdes bort alltså redan hade bedömts ha en tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra de ramavtal som Kammarkollegiet tilldelade. Kvadrat återkommer till denna fråga nedan.
31. De kriterier som Kammarkollegiet har använt för att begränsa antalet anbudssökande som fick lämna anbud innebar även att stora leverantörer gynnades på bekostnad av mindre leverantörer. Detta gynnande skedde alltså trots att samtliga anbudssökande som valdes bort redan hade bedömts ha en *tillräcklig* teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra de ramavtal som Kammarkollegiet tilldelade.

#### 4.2 Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att använda lottdragning

##### 4.2.1 Kvadrats argumentation

32. Kammarkollegiet genomförde en lottdragning för att avgöra vilka av de kvalificerade anbudssökandena som skulle få lämna anbud.
33. Kvadrat var en av de anbudssökande som hade otur och således inte bjöds in för att lämna anbud.
34. Enligt Kvadrat har Kammarkollegiet brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
35. 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.
36. 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.
37. Av EU-domstolens praxis följer ytterligare begränsningar avseende vilka kriterier som kan vara tillåtna.

---

<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.

38. EU-domstolen har i mål C-360/89 slagit fast att enbart kriterier som är hänförliga till de uteslutningsgrunder och kvalificeringskriterier som uttryckligen anges i det tillämpliga upphandlingsdirektivet får beaktas vid en begränsning av antalet anbudssökande som bjuds in för att lämna anbud. EU-domstolen uttalade att det strider 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 ekonomiska och finansiella ställning, tekniska och yrkesmässiga kapacitet eller deras ärlighet, solvens och pålitlighet. Detta innebär att lottdragning, som inte anges som tillåtet i LOU-direktivet, inte får tillämpas som begränsningskriterium.



39. 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.
40. 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]

41. 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.

---

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

42. 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.

43. 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.

44. 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). Avgörandet utgör alltså gällande rätt.
45. 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). Vid tillämpning av LOU-direktivet får upphandlande myndigheter vid begränsningen av antalet anbudssökande därför enbart beakta behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

46. Av C-360/89 och LOU-direktivet följer således att enbart kriterier hänförliga till de anbudssökandes behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet får tillämpas vid begränsningen av antalet anbudssökande som får lämna anbud. Eftersom lottdragning inte är ett sådant kriterium strider det mot LOU att tillämpa lottdragning som ett kriterium för att välja vilka anbudssökande som ska bjudas in att lämna anbud.
47. 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>
48. 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>

---

<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.

49. 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.
50. 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:
- 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>
51. 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>
52. 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>

---

<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.

53. 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>

54. 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 grunder 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 Joune & 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.

---

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

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

55. I äldre svensk underrättspraxis har Länsrätten i Skåne län funnit att lottning 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>

56. Även Nämnden för offentlig upphandling ("NOU") har vid flera tillfällen uttalat att nämnden anser att lottning 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 lottning inte får användas för att begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud:

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

---

<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.

57. 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 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 anbudsansökanden 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.

58. 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 37-48 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*.
59. 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 anbudet 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

---

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

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”.

60. Följande citat från Högsta förvaltningsdomstolens dom illustrerar tydligt avgörandets begränsade räckvidd:

Det anbud ska antas som innehåller det lägsta priset i fråga om en viss garantivolym. Om mer än en anbudsgivare lämnat samma lägsta pris för den volymen, ska avtal ingås med den som erbjuder lägst pris beträffande en angiven optionsvolym. Bolaget och en annan anbudsgivare har lämnat lika anbud med lägst pris i fråga om båda volymerna. ...

Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på hur en upphandling ska avgöras när i ett fall som detta mer än ett anbud vid ett öppet förfarande innehåller lägst pris. ... När två lika anbud med lägsta pris har lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas ligger det nära till hands att skilja anbuden åt genom lottning. För detta talar 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.

Om Högsta förvaltningsdomstolen hade velat ge avgörandet en bredare räckvidd hade domstolen naturligtvis gjort det.

61. Kvadrat anser att det mot denna bakgrund är tydligt att avgörandets räckvidd är begränsat till att avse tillåtligheten av lottdragning 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). Anledningen till att några andra kriterier än priset i en sådan situation inte kan eller får användas för att skilja anbuden åt är att priset är det enda kriteriet som enligt upphandlingsdokumenten ska användas för att skilja anbuden åt vilket innebär att två anbud med samma pris i så fall är lika i alla relevanta avseenden.
62. 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 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.



63. 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>
64. 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 understrukt 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>
65. 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 58-63 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 §.

66. 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 §§.*<sup>16</sup> [min kursivering]

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 är ett tillåtet begränsningskriterium så är detta stöd därför i vart fall mycket svagt.

67. 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 64 citerade resonemanget ger därför inte stöd för att lottdragning var tillåtet i *Upphandlingen*.
68. 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 64 ovan). Anbudsansökningarna har heller inte varit ”identiska” eller ”exakt lika” (jfr punkt 64 ovan). Detta innebär att även om kammarrätten 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.
69. 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.<sup>17</sup> En begränsning baserad på lottdragning har inte någon koppling till kontraktsföremålet eller till frågan om vilka anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra

---

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

<sup>17</sup> Se vidare avsnitt 4.3 nedan.

uppdraget. Även detta innebär enligt Kvadrats uppfattning att Kammarkollegiets tillämpning av lottdragning strider mot LOU.

#### 4.2.2 Förvaltningsrättens resonemang

70. Beträffande EU-domstolens avgörande i mål C-360/89 uttalar förvaltningsrätten på sidan 13 i Domen:

Även om EU-domstolen i sitt avgörande i mål C-360/89 tar upp frågan om de krav som kunde ställas i ett urval enligt dåvarande direktiv, kan förvaltningsrätten inte se att målet direkt berör frågan om lottning som metod för att kunna särskilja anbudssökanden. Enligt förvaltningsrätten går det därför inte att enbart mot bakgrund av detta avgörande dra slutsatsen att lottning inte i någon situation skulle vara tillåtet vid val av anbudssökanden.

71. Förvaltningsrättens resonemang i denna del är felaktigt. EU-domstolen anger i domen vilka kriterier som *får* tillämpas som begränsningskriterier (nämligen kriterier som var hänförliga till någon uteslutningsgrund eller till något ekonomiskt eller tekniskt krav enligt artiklarna 25-26). EU-domstolens dom innebär att alla andra begränsningskriterier är förbjudna.
72. Det är förvisso korrekt i sak att EU-domstolen i domen inte ”direkt berör frågan om lottning”. Anledningen till detta var ju dock att domstolen uttryckligen angav vilka begränsningskriterier som var tillåtna och angav att alla andra kriterier var otillåtna. Naturligtvis fanns det härvid ingen anledning för domstolen att gå vidare och räkna upp samtliga tänkbara eller möjliga kriterier som inte var tillåtna. Det fanns därför ingen anledning för EU-domstolen att ”direkt beröra” lottning eller något av alla de andra tänkbara kriterier som *inte* får användas som begränsningskriterier. I stället har EU-domstolen slagit fast en enkel regel: enbart kriterier hänförliga till någon uteslutningsgrund eller till något ekonomiskt eller tekniskt krav enligt artiklarna 25-26 i det då gällande direktivet får användas som begränsningskriterier. Ekonomiska eller tekniska krav enligt artiklarna 25-26 i det då gällande direktivet 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).
73. EU-domstolen har således slagit fast vilka kriterier som var tillåtna (kriterier som var hänförliga till någon uteslutningsgrund eller till något ekonomiskt eller tekniskt krav enligt artiklarna 25-26) och vilka kriterier som var förbjudna (alla andra). Naturligtvis krävs det då inte för att ett visst kriterium (som inte räknas upp bland de tillåtna kriterierna) ska vara förbjudet att EU-domstolen ska ”direkt beröra” kriteriet.

74. Att, som förvaltningsrätten gjorde i Domen, tolka avgörandet i mål C-360/89 som att det inte ”direkt berör” lottning låter sig således inte göras. När en domstol slår fast (i) att enbart vissa kriterier är tillåtna och (ii) att andra kriterier är förbjudna kan det inte krävas att domstolen dessutom uttryckligen ska räkna upp vilka kriterier som är förbjudna. Inte minst eftersom en sådan uppräknings i så fall skulle vara tvungen att bokstavligen vara oändlig.
75. Förvaltningsrätten har därför tolkat EU-domstolens dom i mål C-360/89 felaktigt. Detta har fått som direkt konsekvens att domstolen felaktigt har ogillat Kvadrats ansökan om överprövning.
76. Förvaltningsrätten uttalar vidare på sidan 13 i Domen att:
- Inte heller avgörandet från Högsta förvaltningsdomstolen (RÅ 2009 ref. 60) behandlar frågan om lottning kan användas för att begränsa anbudssökande. Högsta förvaltningsdomstolen uttalar sig emellertid om lottning som metod och framhåller 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. Det är enligt förvaltningsrätten inte möjligt att dra någon säker slutsats av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande om huruvida lottning är i enlighet med LOU vid val av anbudssökanden.
77. Det är helt riktigt att Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2009 ref. 60 inte behandlar frågan om lottdragning får användas som begränsningskriterium. Frågan prövades helt enkelt inte av Högsta förvaltningsdomstolen och domstolen var mycket tydligt med att dess avgörande enbart avsåg tillåtligheten av lottdragning för att skilja på två anbud med samma pris i en upphandling där anbudet med lägst pris ska antas (jfr p. 58-63 ovan). Det är därför korrekt att det inte av domen går att ”dra någon säker slutsats” avseende de frågor som Högsta förvaltningsdomstolen inte prövade i målet. Att Högsta domstolen (utan att ha tagit ställning i frågan) inte uttryckligen har förbjudit ett visst förfarande innebär dock naturligtvis inte att förfarandet är tillåtet. Detta särskilt inte när EU-domstolen redan har slagit fast att förfarandet inte är tillåtet.
78. Förvaltningsrätten nådde alltså den felaktiga slutsatsen att frågan om det är tillåtet att tillämpa lottdragning som ett begränsningskriterium inte är avgjord (vilket i och för sig med styrka talar för att skäl för prövningstillstånd föreligger, se avsnitt 6.4 nedan). Förvaltningsrätten underlät vidare att själv ta ställning till om frågan kan avgöras. I stället ansåg domstolen att ”frågan om lottning är tillåten måste bedömas i det enskilda fallet”. Kvadrat får härvid framhålla att det är mycket

otillfredsställande att förvaltningsrätten – efter att ha nått slutsatsen att frågan inte redan är besvarad – vägrar att ens försöka formulera en regel för när lottdragning är tillåtet respektive förbjudet utan i stället hänvisar upphandlande myndigheter och leverantörer till en kasuistisk bedömning.

79. Till detta kommer att förvaltningsrättens bedömning ”i det enskilda fallet” var felaktig. Domstolen uttalar härvid att:
- Anbudsansökningarna har emellertid, även efter tillämpning av kriterierna, varit fler än det antal som skulle bjudas in. ... Lottning har därmed tillämpats när det inte funnits några ytterligare kriterier eller metoder att tillämpa för att begränsa anbudssökandena. De anbudssökande som var föremål för lottning har vidare varit likvärdiga på så sätt att de uppfyllt de administrativa kraven, de obligatoriska krav som ställts per anbudsområde samt kraven enligt kapitlet Uteslutning och kvalificering. Det har inte heller i övrigt framkommit annat än att anbudsansökningarna varit likvärdiga i det skedet. Förvaltningsrätten anser att det i en sådan situation inte finns något hinder mot att använda lottning.
80. Avgörande för förvaltningsrättens slutsats att det var tillåtet för Kammarkollegiet att tillämpa lottdragning som ett begränsningskriterium synes alltså ha varit att de anbudssökande var ”likvärdiga” eftersom de ”uppfyllt de administrativa kraven, de obligatoriska krav som ställts per anbudsområde samt kraven enligt kapitlet Uteslutning och kvalificering”. Detta uttalande från förvaltningsrättens sida vittnar om att domstolen inte har förstått vad ett begränsningskriterium är eller när ett sådant kriterium används.
81. Det är en självklarhet att samtliga anbudssökande som blev föremål för lottdragning uppfyllde de administrativa kraven och kvalificeringskraven samt att de inte var föremål för någon uteslutningsgrund. De anbudssökande som inte uppfyllde samtliga administrativa krav och kvalificeringskrav och/eller som var föremål för någon uteslutningsgrund hade naturligtvis valts bort redan innan det blev aktuellt att låta sluppen avgöra vilka som skulle få lämna anbud. Att de anbudssökande som blev föremål för lottdragning uppfyllde de administrativa kraven och kvalificeringskraven samt att de inte var föremål för någon uteslutningsgrund innebär därför inte att de var ”likvärdiga”. Förvaltningsrättens resonemang i denna del är därför direkt felaktigt.
82. Som angivits ovan underlåter förvaltningsrätten att ens försöka slå fast när domstolen anser att lottdragning ska vara tillåtet respektive förbjudet. Domstolens resonemang tycks dock bygga på att lottdragning i ”det enskilda fallet” är tillåtet om de anbudssökande (och/eller, som det får förstås, anbudsansökningarna) är ”likvärdiga”. Genom att härvid tillämpa

en bedömning av den förmenta likvärdigheten som är irrelevant har förvaltningsrätten dock nått en felaktig slutsats.

83. Om förvaltningsrättens resonemang, som bygger på att alla anbudssökande är likvärdiga så snart de uppfyller de administrativa kraven och kvalificeringskraven samt inte är föremål för någon uteslutningsgrund, vore korrekt så skulle det i väldigt många upphandlingar vara omöjligt att skilja de anbudssökande åt varvid upphandlande myndigheter skulle vara tvungna att tillämpa lottdragning. Detta vore naturligtvis en omöjlig ordning.

84. Enligt Kvadrat står det därför klart att Domen är felaktig i denna del.

**4.3 Kammarkollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa otillåtna kriterier**

**4.3.1 Kvadrats argumentation**

85. Kammarkollegiet har dock inte enbart använt lottdragning för att begränsa antalet anbudssökande som fick lämna anbud avseende anbudsområde 2 och anbudsområde 4.
86. Som framgår i punkt 25 ovan var det enbart tre inbjudningar för respektive anbudsområde som lottades ut. De övriga sju inbjudningarna baserades på omfattningen av de leveranser som de anbudssökande tidigare hade genomfört.
87. Det aktuella begränsningskriteriet återfanns i avsnitt 3.2 i inbjudan att lämna anbudsansökan, uab 6, och löd, i här relevant del:

Om två eller fler anbudsansökande i något anbudsområde ligger på delad sista plats för selektering med samma poäng kommer särskiljning mellan dessa anbudssökande i första hand ske genom att det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor att räknas samman och poäng kan erhållas enligt följande: Den eller de anbudssökande som har flest antal levererade konsulter totalt efter sammanräkning enligt samtliga bilagor referensuppdrag (inklusive obligatoriska) inom det aktuella anbudsområdet erhåller 0,4 poäng, den eller de som har näst flest antal erhåller 0,35 poäng, den eller de som har tredje flest erhåller 0,3 poäng, den eller de som har fjärde flest erhåller 0,25 poäng, den eller de som har femte flest erhåller 0,2 poäng, den eller de som har sjätte flest erhåller 0,15 poäng, den eller de som har sjunde flest erhåller 0,1 poäng. Övriga erhåller noll poäng.

88. De kriterier som Kammarkollegiet tillämpade innebar alltså att de sju anbudssökande som i sina referensbilagor hade "flest antal levererade konsulter totalt" bjöds in att lämna anbud medan övriga kvalificerade anbudssökande fick sätta sitt hopp till slumpen (genom Kammarkollegiets lottdragning).

89. Genom att tillämpa detta kriterium för begränsning av antalet anbudssökande som bjöds in att lämna anbud har Kammarkollegiet brutit mot LOU.
90. Varje kriterium som tillämpas för att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud måste nämligen vara relaterat till avtalsföremålet på så vis att det finns en koppling mellan kriteriet och de anbudssökandes förmåga att fullgöra det avtal som ska tilldelas. Ett kriterium som används för att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud måste helt enkelt syfta till att välja ut de anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget.
91. Att kriterier för att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud måste vara ägnade att välja ut de anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget följer redan av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Det är inte förenligt med likabehandlingsprincipen att välja bort en anbudssökande som har bättre förmåga att fullgöra uppdraget men bjuda in en anbudssökande som har sämre sådan förmåga. Vidare strider det mot proportionalitetsprincipen att välja bort en anbudssökande med tillämpning av ett kriterium som inte är relaterat till den anbudssökandes möjlighet att fullgöra uppdraget.
92. Det är inte heller tillåtet att välja bort anbudssökande med tillämpning av ett visst kriterium, såsom till exempel erfarenhet, när samtliga anbudssökande har en erfarenhet som är tillräcklig för att fullgöra det aktuella uppdraget.

93. Att kriterier för att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud måste vara kopplade till kontraktets föremål får även stöd i litteraturen. Till exempel har Arrowsmith framhållit att det är ”klart” att kriterier för att begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud måste vara ägnade att välja ut de anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget:

It is clear, however, that in respect of economic and financial, and technical and professional, criteria the principle of proportionality requires that all criteria must bear some relationship to the objective of selection, of establishing which firms are most capable of fully performing the particular contract. If the criteria do not reasonably relate to this, there is a violation of equal treatment, since firms equally suitable for the particular contract must all be treated in the same way. [mina understrykningar]<sup>18</sup>

94. Arrowsmith har även, som ett exempel, framhållit att det inte är tillåtet att premiera en hög omsättning om omsättningen inte är relevant för förmågan att fullgöra det aktuella uppdraget:

For example, it would violate equal treatment to select between economic operators on the basis of their turnover, when all of them have a turnover that exceeds what is reasonably required to undertake the contract. There may be a temptation to choose firms that have the highest turnover or most experience of the type of work in question simply because this provides a method of selection that does not involve any subjective judgement, especially if there is not any other obvious way to distinguish between firms using the limited criteria permitted under the rules (as discussed further below). However this itself will violate the directive if the differences in firms are not relevant in the context of the specific contract. Apart from being arbitrary in nature, this sort of approach can also be criticised as tending to favour larger firms, contrary to the policy of both the EU and the domestic government (as well as the governments of many other Member States) of supporting the participation of small and medium-sized enterprises (SMEs) in public procurement. [mina understrykningar]<sup>19</sup>

Naturligtvis är Arrowsmiths resonemang även tillämpligt på andra kriterier än leverantörernas omsättning såsom, vilket är aktuellt i detta fall, kriterier hänförliga till leverantörernas erfarenhet.

95. I detta fall har Kvadrat, och de andra anbudssökande som valdes bort, uppenbarligen haft en tillräcklig erfarenhet för att fullgöra ramavtalet eftersom de uppfyllde kvalificeringskravet relaterat till erfarenhet. Trots

---

<sup>18</sup> Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK – Volume 1, 2014, s. 688.

<sup>19</sup> Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK – Volume 1, 2014, s. 688.



detta har de anbudssökande alltså valts bort på grund av att andra anbudssökande tidigare hade levererat fler konsulter.

96. Att en anbudssökande tidigare har levererat ett stort antal konsulter innebär naturligtvis inte att denne har en bättre förmåga att fullgöra det kommande ramavtalet än de andra anbudssökande (som också har en tillräcklig förmåga att fullgöra ramavtalet). Detta gäller särskilt eftersom Kvadrat (liksom de andra anbudssökande som valdes bort) hade uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och erhållit full poäng avseende bland annat referensuppdrag och leveranskapacitet.
97. Härvid bör särskilt uppmärksammas att Kammarkollegiet alltså inte valde bort anbudssökande på grund av deras nuvarande eller framtida leveranskapacitet utan på grundval av storleken på deras tidigare leveranser. Denna omständighet saknar helt betydelse för de anbudssökandes förmåga att fullgöra uppdraget.
98. Kammarkollegiet har därför brutit mot LOU genom att vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud beakta hur många konsulter de anbudssökande tidigare har levererat.
99. I detta sammanhang bör även beaktas att Kvadrat under en lång tid har varit leverantör enligt Kammarkollegiets ramavtal och att bolaget har levererat enligt ramavtalet på ett mycket bra sätt. Det ska även beaktas att Kvadrat uppfyllde samtliga kvalificeringskrav i Upphandlingen och att bolaget således uppenbart har en teknisk och yrkesmässig kapacitet som är tillräcklig för att fullgöra ramavtalet.
100. Genom tillämpningen av dessa kriterier har Kammarkollegiet gynnat stora leverantörer på bekostnad av mindre dito. Detta gynnande skedde trots att samtliga anbudssökande som valdes bort hade bedömts ha en tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra de ramavtal som Kammarkollegiet tilldelade. I sammanhanget bör särskilt beaktas att ett uttryckligt syfte med LOU-direktivet är att anpassa den offentliga upphandlingen till de små och medelstora företagens behov.<sup>20</sup>
101. Till detta kommer att om kriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter hade varit tillåtet och relevant framstår det som mycket märkligt att myndigheten enbart tillämpade det aktuella kriteriet för att välja ut sju av de tio anbudssökande som skulle bjudas in att lämna anbud. Om kriteriet hade varit relevant och förenligt med LOU så hade det inte funnits någon anledning för Kammarkollegiet att enbart använda

---

<sup>20</sup> Se till exempel beaktandesats 78 till LOU-direktivet.

det för att välja ut sju av de anbudssökande som bjöds in och därefter välja ut tre anbudsgivare genom lottdragning. Tvärtom har Kammarkollegiet, om kriteriet var relevant och förenligt med LOU, brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning.

#### 4.3.2 Förvaltningsrättens resonemang

##### 102. Förvaltningsrätten uttalar härvid på sidan 9 i Domen

Enligt förvaltningsrätten tar kriteriet inte sikte på flest antal konsulter som leverantören totalt levererat tidigare såsom bolaget framför. Kriteriet tar istället sikte på flest antal konsulter i de referensbilagor som leverantörerna själva angett.

Detta uttalande är mycket svårt att förstå. Enligt Kvadrats uppfattning finns det ingen relevant skillnad mellan att ett kriterium ”tar sikte på” antalet konsulter som en anbudssökande ”levererat” eller på ”flest antal konsulter ... som leverantörerna själva angett”. Genom att tillämpa antalet konsulter i referensuppdragen som ett begränsningskriterium har Kammarkollegiet *de facto* tillämpat ett kriterium som avser hur många konsulter som en anbudssökande tidigare har levererat och premierar de anbudssökande som har levererat flest konsulter.

##### 103. Till detta kommer att om det (som förvaltningsrätten tycks mena i Domen) hade varit så att kriteriet inte avser hur många konsulter som en anbudssökande har *levererat* utan enbart avser antalet konsulter som de anbudssökande *angett* så minskar detta ytterligare det aktuella kriteriets relevans vilket i så fall om något *talat emot* att kriteriet skulle vara tillåtet att använda.

##### 104. Förvaltningsrätten uttalar vidare på sidan 9 i Domen

Förvaltningsrätten anser vidare att Kollegiet tydligt redogjort för att ramavtalet varierar stort i omfattning och komplexitet och att leverantörerna därför måste kunna genomföra såväl enkla som komplexa och under lång tid pågående uppdrag. Med beaktande av detta och med hänsyn till att upphandlingen avser IT-konsulttjänster anser förvaltningsrätten att det aktuella kriteriet har en koppling till det som upphandlas och att det får anses proportionerligt och relevant i förhållande till syftet med urvalet.

##### 105. Kvadrat får härvid först och främst påpeka att Kvadrat som befintlig leverantör enligt Kammarkollegiets motsvarande ramavtal känner till att det är mycket ovanligt att Kammarkollegiets motsvarande ramavtal tillämpas för avrop som omfattar ett stort antal konsulter och att det därför kan ifrågasättas om storleken på de anbudssökandes tidigare leveranser har någon betydelse för deras förmåga att fullgöra det kommande ramavtalet.

106. Till detta kommer att *antalet* tidigare levererade konsulter inte säger någonting om de anbudssökandes *förmåga* att utföra komplexa och/eller långa uppdrag.
107. Kvadrat får även framhålla att samtliga anbudssökande uppfyllde kvalificeringskraven i Upphandlingen och således hade tillräcklig förmåga att utföra uppdrag av sådan komplexitet eller längd som kan bli aktuella.
108. Enligt Kvadrat står det därför klart att Domen är felaktig även i denna del.

#### 4.4 Förvaltningsrätten har nått två oförenliga slutsatser

109. Till detta kommer att förvaltningsrätten i Domen har nått två med varandra oförenliga slutsatser.
110. Förvaltningsrätten har nämligen *dels* funnit att samtliga anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven samt kvalificeringskraven och inte var föremål för någon uteslutningsgrund var "likvärdiga" och att lottdragning därför var tillåtet, *dels* att begränsningskriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter (eller, med förvaltningsrättens ord, avseende "flest antal konsulter ... som leverantörerna själva angett") var "proportionerligt och relevant" och därför tillåtet. Problemet är dock att båda dessa saker inte kan stämma samtidigt.
111. Förvaltningsrätten tycks således samtidigt mena *både att* lottdragningen var tillåten eftersom anbudsansökningarna inte gick att särskilja med tillämpning av några begränsningskriterier *och att* begränsningskriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter var relevant för att särskilja anbudsansökningarna.
112. Det förvaltningsrätten härvid bortser från är dock att båda dessa saker inte kan stämma. Det kan helt enkelt inte vara *både* så att Kammarkollegiet har varit tvunget att tillämpa lottdragning på grund av att anbudsansökningarna inte gick att särskilja med tillämpning av några begränsningskriterier *och* så att kriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter var relevant för att särskilja anbudsansökningarna.
113. Det måste helt enkelt *antingen vara så* att kriteriet avseende tidigare levererade konsulter *var relevant* för att särskilja de anbudssökande (vilket i så fall innebär att det inte var tillåtet för Kammarkollegiet att tillämpa lottdragning) *eller vara så* att kriteriet avseende tidigare levererade konsulter *inte var relevant* för att särskilja de anbudssökande

(vilket i så fall innebär att det inte var tillåtet för Kammarkollegiet att tillämpa kriteriet).

114. Enligt Kvadrat står det därför klart att Kammarkollegiet har överträtt LOU på åtminstone ett sätt och att Domen är felaktig i minst ett avseende.

## **5 Kvadrat har lidit skada av Kammarkollegiets överträdelser av LOU**

115. Kammarkollegiets överträdelser av LOU var hänförliga till myndighetens begränsning av antalet anbudssökande som fick lämna anbud.
116. Som framgår ovan anser Kvadrat att Kammarkollegiet har överträtt LOU både genom att tillämpa lottdragning och genom att beakta de anbudssökandes historiska leveranser. Kvadrat har lidit skada av båda dessa överträdelser – var för sig och tillsammans.
117. Kvadrat var en av de kvalificerade anbudssökande som, på grund av att Kammarkollegiet vid begränsningen av antalet anbudssökande som fick lämna anbud tillämpade lottdragning och otillåtna kriterier, inte bjöds in att lämna anbud.
118. Om Upphandlingen hade genomförts på ett sätt som var förenligt med LOU så hade Kvadrat med stor sannolikhet bjudits in att lämna anbud. I vart fall hade Kvadrats möjligheter att bjudas in att lämna anbud varit större om Upphandlingen hade genomförts på ett sätt som var förenligt med LOU.
119. Kvadrat har därför lidit skada av Kammarkollegiets överträdelse av LOU.

## **6 Skäl för prövningstillstånd**

### **6.1 Inledning**

120. Kvadrat får först och främst framhålla att det antingen måste vara så att frågan om huruvida det är tillåtet att tillämpa lottdragning som begränsningskriterium redan är avgjord genom EU-domstolens avgörande i mål C-360/89 (varvid skäl för ändringsdispens föreligger, se avsnitt 6.2 nedan) eller så att frågan inte är avgjord (varvid skäl för prejudikatdispens föreligger, se avsnitt 6.4 nedan).
121. Under alla omständigheter står det klart att skäl för prövningstillstånd föreligger och att kammarrätten därför ska meddela prövningstillstånd.

## 6.2 Ändringsdispens

122. Enligt 34 a § andra stycket första punkten förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska kammarrätten meddela prövningstillstånd om det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten kommit till.
123. Reglerna om prövningstillstånd i kammarrätten utformades efter vad som gäller för prövningstillstånd i hovrätt. Ledning avseende prövningstillstånd i kammarrätt kan därför hämtas från motiven till bestämmelserna om prövningstillstånd i hovrätt, 49 kap. 14 § Rättegångsbalken.<sup>21</sup>
124. I fråga om ändringsdispens i hovrätten framgår av motiven till 49 kap. 14 § Rättegångsbalken att kraven för ändringsdispens av rättssäkerhetsskäl bör ställas relativt lågt och att alla avgöranden som bedöms som tveksamma ska tas upp till fullständig prövning.<sup>22</sup> Det har dessutom i praxis från Högsta domstolen slagits fast att det inte föreligger något krav på en konkret anledning att betvivla avgörandets riktighet (se NJA 2009 s. 798).
125. Bestämmelsen om ändringsdispens i förvaltningsprocessen ska av rättssäkerhetsskäl ges en förhållandevis generös tillämpning och syftar till att säkerställa att alla avgöranden som bedöms som tveksamma ska tas upp till fullständig prövning.<sup>23</sup>
126. Att så är fallet framgår även av Högsta förvaltningsdomstolens praxis. I RÅ 2002 ref. 85 uttalade domstolen att det är tillräckligt att det framstår som osäkert om underrätten kommit fram till ett riktigt slut för att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd.
127. Ändringsdispens förutsätter således inte att kammarrätten är övertygad om att förvaltningsrättens slut är oriktigt. Det är tillräckligt att det finns utrymme för tvivel om avgörandets riktighet eller att det inte är säkert att förvaltningsrätten kommit till ett riktigt slut.
128. Som framgår av avsnitt 4 ovan innehåller Domen ett antal tveksamheter. Som exempel kan nämnas att:

---

<sup>21</sup> Se prop. 1993/94:133, s. 34.

<sup>22</sup> Se prop. 2004/05:131, s. 184 f.

<sup>23</sup> Se prop. 2012/13:45 s. 134. Se även von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, JUNO Version 7C, kommentaren till 34 a §, under rubriken ”Andra stycket – Grunderna för att meddela prövningstillstånd” med underrubriken ”Punkt ”.

- Förvaltningsrätten felaktigt har funnit att det inte finns något förbud mot att tillämpa lottdragning;
  - Förvaltningsrätten har funnit att bedömningen av om lottdragning är tillåtet ska göras i det enskilda fallet;
  - Förvaltningsrätten i sin kasuistiska bedömning har nått en felaktig slutsats;
  - Förvaltningsrätten felaktigt har funnit att samtliga anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven samt kvalificeringskraven och inte var föremål för någon uteslutningsgrund var ”likvärdiga”;
  - Förvaltningsrätten felaktigt har funnit att kriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter var tillåtet; och att
  - Förvaltningsrätten har funnit både att samtliga anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven och kvalificeringskraven samt inte var föremål för någon uteslutningsgrund var ”likvärdiga” och att begränsningskriteriet avseende antalet tidigare levererade konsulter samtidigt var relevant för att skilja de anbudssökande åt – detta trots att båda dessa saker omöjligt samtidigt kan stämma.
129. Det finns därför skäl att betvivla riktigheten i förvaltningsrättens avgörande. Kammarrätten ska därför meddela prövningstillstånd.
- 6.3 Granskningsdispens**
130. Enligt 34 a § andra stycket andra punkten förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska kammarrätten meddela prövningstillstånd om det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (så kallad granskningsdispens).
131. Prövningstillstånd för granskningsdispens överlappar prövningstillstånd för ändringsdispens (se avsnitt 6.1 ovan) och båda grunderna kan vara tillämpliga i ett och samma mål.
132. Bestämmelsen om granskningsdispens ska fungera som en form av säkerhetsventil när riktigheten av förvaltningsrättens avgörande inte låter sig bedömas utan en fullständig prövning i kammarrätten. Nu aktuell grund för prövningstillstånd är exempelvis tillämplig i komplicerade eller omfattande mål och i mål som innehåller svårbedömda rätts- eller

bevisfrågor.<sup>24</sup> Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 34 uttalat att:

Även det förhållandet att ett mål är mycket omfattande och tekniskt komplicerat kan motivera att granskningsdispens meddelas. Detsamma gäller mål som rymmer mera svårbedömda rätts- eller bevisfrågor. I mål av sådant slag kan det finnas större anledning än annars att anta att det material och den argumentation som tillförs genom ytterligare skriftväxling kan klargöra om förvaltningsrätten kommit till ett riktigt slut.

I mål av nu nämnt slag bör kammarrätten, utan en mer ingående analys av omständigheterna i målet, kunna konstatera att en närmare granskning fordras och att prövningstillstånd därför bör meddelas. ...

Förevarande mål rör ett antal svårbedömda rättsfrågor, inte minst av unionsrättsligt slag, liksom bevisfrågor som förutsätter en ingående granskning och tolkning av tekniska studier och annat omfattande material. ...

Det borde därför för kammarrätten ha framstått som svårt att, utan att meddela prövningstillstånd, med tillräcklig säkerhet bedöma riktigheten av det slut förvaltningsrätten kommit till.

133. Som anförts i avsnitt 6.2 ovan finns det anledning att betvivla riktigheten i det slut som förvaltningsrätten har kommit till och att prövningstillstånd ska meddelas redan av denna anledning. Om kammarrätten inte instämmer i att ändringsdispens ska meddelas så ska i vart fall granskningsdispens meddelas.
134. Målet är både omfattande och komplicerat vilket motiverar att granskningsdispens meddelas.
135. Målet rymmer även förhållandevis svårbedömda rättsfrågor, varav vissa är av unionsrättsligt slag, vilket även det motiverar att granskningsdispens meddelas. Härvid kan inte minst frågan om tillåtligheten av att använda lottdragning som ett begränsningskriterium nämnas.
136. Utan en ingående granskning av parternas argumentation samt den åberopade bevisningen går det inte att ta ställning till om förvaltningsrättens slut var riktigt. Även detta motiverar att granskningsdispens meddelas.
137. Utan att prövningstillstånd meddelas går det således inte att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till. Kammarrätten ska därför meddela prövningstillstånd.

---

<sup>24</sup> Se Wennergren & von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar, 6 uppl. 2013, s. 429. Se även HFD 2016 ref. 34, s. 3.

#### 6.4 Prejudikatdispens

138. Enligt 34 a § andra stycket tredje punkten förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska kammarrätten meddela prövningstillstånd när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (så kallad prejudikatdispens).

139. Kritik har riktats mot kammarrätternas ovilja att i tillräcklig utsträckning meddela prejudikatdispens. Ragnemalm uttalar exempelvis följande:

Det är mot denna bakgrund något oroande, att Regeringsrätten allt oftare funnit sig föranlåten att upphäva kammarrätts beslut att vägra prövningstillstånd (och själv meddela sådant tillstånd för prövning i kammarrätt), särskilt som det just är kammarrätternas brister i fråga om att se behovet av prejudikat som i de flesta fall motiverat Regeringsrättens ställningstaganden.<sup>25</sup>

140. Beträffande frågan om det är tillåtet att använda lottdragning som ett begränsningskriterium så saknas vägledande svensk praxis på området, vilket även förvaltningsrätten har konstaterat i Domen.

141. I sammanhanget får Kvadrat återigen framhålla att det antingen måste vara så att frågan redan är avgjord genom EU-domstolens avgörande i mål C-360/89 (varvid skäl för ändringsdispens föreligger) eller så att frågan inte är avgjord (varvid skäl för prejudikatdispens föreligger).

142. Det är därför av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av kammarrätten. Kammarrätten ska därför meddela prövningstillstånd.

#### 7 Skäl för interimistiskt beslut

143. Förvaltningsrätten meddelade Domen den 18 juni 2021. Eftersom en förlängd avtalsspärr gällde under handläggningen i förvaltningsrätten (20 kap. 8 § LOU) gäller nu en tiodagarsfrist som innebär att Kammarkollegiet till och med den 28 juni 2021 är förhindrat från att ingå avtal i Upphandlingen (20 kap. 10 § första stycket LOU).

144. Någon 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.

145. 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

---

<sup>25</sup> Se Ragnemalm, "Prövningstillstånd i kammarrätt" i Vänbok till Per Anclow, 2004, s. 266.



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).

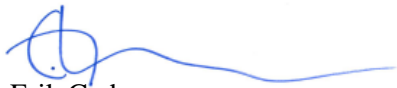
146. Ett interimistiskt beslut enligt upphandlingslagstiftningen är en nödvändighet för att göra det möjligt att över huvud taget kunna genomföra en överprövning. Ett interimistiskt förordnande om att avtal inte får ingås skiljer sig således i detta hänseende från inhibition eller motsvarande beslut 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).
147. Det kan i sammanhanget noteras att prövningen i detta mål inte avser 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. Någon sannolikhetsbedömning ska därför inte göras i detta mål.
148. Däremot ska en intresseavvägning göras med tillämpning av reglerna i LOU 20 kap. 9 § andra och tredje stycket.
149. 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.
150. 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.

151. Den intresseavvägning som ska genomföras innebär därför att kammarrätten inte ska avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om förbud att ingå avtal.
152. Ett interimistiskt beslut är en nödvändig förutsättning för att Kvadrat ska ges tillgång en effektiv överprövningsprocess.
153. Förutsättningar för att besluta att Kammarkollegiet inte får ingå avtal innan något annat har bestämts föreligger således.
154. Det är av synnerlig vikt att kammarrätten **omedelbart**, dock **senast den 28 juni 2021**, beslutar att Kammarkollegiet inte får ingå avtal i Upphandlingen innan något annat har bestämts.

\* \* \*

Stockholm som ovan



Erik Gadman