



**KLAGANDE**

Kvadrat Stockholm AB, 556319-6301

Ombud: Advokat Erik Gadman

**MOTPART**

Kammarkollegiet

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 juni 2021  
i mål nr 6794-21, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
  2. Kammarrättens interimistiska beslut den 28 juni 2021 upphör därmed att gälla.
-

**YRKANDEN M.M.**

**Kvadrat Stockholm AB** yrkar att upphandlingen av anbudsområde 2 och 4 ska göras om och för fram bl.a. följande. Kammarkollegiet har brutit mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att tillämpa otillåtna begränsningskriterier och lottning vid selekteringen av de sökande som fick lämna anbud i upphandlingen.

Det använda begränsningskriteriet som avser antal konsulter i referensbilagorna för aktuella anbudsområden är inte relaterat till en anbudssökandes möjlighet att fullgöra avtalet. Det strider därför mot proportionalitetsprincipen. Det är inte heller förenligt med principen om likabehandling att välja bort en sökande som har bättre förmåga att fullgöra uppdraget och samtidigt bjuda in en som har sämre förmåga. De sökande som valts bort har uppenbarligen haft tillräcklig erfarenhet att fullgöra avtalet eftersom de uppfyllt kvalificeringskravet. Kammarkollegiet har därtill inte valt bort sökandena på grund av deras nuvarande eller framtida leveranskapacitet utan på grund av storleken av deras tidigare leveranser. Kriteriet har därför gynnat stora leverantörer på bekostnad av mindre.

Att använda lottning som metod för att skilja anbudssökandena åt är inte tillåtet enligt upphandlingsdirektivet<sup>1</sup>, EU-domstolens praxis eller doktrin. Ett urval baserat på lottning är inte grundat på rationella skäl eller sakliga överväganden och är därmed inte ett objektiva kriterium. Kammarkollegiet har i vilket fall inte använt sig av lottning som en sista utväg för att välja mellan likvärdiga ansökningar som var omöjliga att skilja åt på något annat sätt.

Genom att använda otillåtna begränsningskriterier och lottning har Kammarkollegiet brutit mot LOU, vilket medfört att bolaget har lidit skada.

---

<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.

**Kammarkollegiet** anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Begränsningskriteriet som avser antal konsulter i referensbilagorna är objektivt, proportionerligt och noga utvalt för att avgöra vilka leverantörer som är bäst lämpade att fullgöra kommande kontrakt. Kammarkollegiet håller principiellt med om att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att välja bort en sökande som har bättre förmåga att fullgöra uppdraget och bjuda in en som har sämre förmåga. Bolaget har dock inte en bättre förmåga än någon av de sökande som selekterades att komma in med anbud. I upphandlingen har det tagits höjd för att fler omfattande uppdrag med ett stort antal konsulter kan komma att avropas under ramavtalets löptid. Ett begränsningskriterium som beaktar den sökandes erfarenhet av uppdrag motsvarande dem som kommer att bli aktuella i kommande kontrakt måste anses vara ett proportionerligt och relevant kriterium för att avgöra vilka sökande som är bäst lämpade att fullgöra uppdraget.

När det gäller lottning som metod att skilja sökandena åt har Kammarkollegiet inte brutit mot LOU genom att tillämpa ett sådant förfarande. Lottning är onekligen en objektiv metod och tillämpligt när lika fall står mot varandra. De ansökningar som blev föremål för lottning var inte bara likvärdiga utan identiska i alla relevanta avseenden eftersom de fick samma poäng och inte gick att särskilja. Lottning användes för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall stod mot varandra.

Det har inte skett någon överträdelse av LOU eller de grundläggande principerna som medfört att bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen avseende anbudsområde 2 och 4 på de grunder bolaget har fört fram.

Bolaget har invänt att Kammarkollegiet har använt sig av otillåtna begränsningskriterier i upphandlingen. Kammarrätten kan inledningsvis konstatera att upphandlingsdirektivet och LOU saknar tydliga bestämmelser kring vilka kriterier som får ställas som begränsningskriterier vid ett selektivt förfarande. I upphandlingsdirektivets artikel 65 anges endast att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande. Bolaget har anfört att det framgår av EU-domstolens dom i kommissionen mot Italien (C-360/89, EU:C:1992:235) att endast de uteslutningsgrunder och kvalificeringskriterier som uttryckligen anges i upphandlingsdirektivet får beaktas vid begränsning av antalet sökande som bjuds in för att lämna anbud. Kammarrätten noterar dock att domen baseras på en tidigare version av direktivet som innehöll en tydligare bestämmelse i fråga om urvalet i det selektiva förfarandet, vilket det nu gällande direktivet saknar. Det är därför osäkert vilken betydelse domen har för tolkningen av det nu gällande direktivet.

Det selektiva förfarandet är uppdelat i en inledande fas, i vilken de mest lämpade anbudssökandena ska väljas ut och bjudas in att lämna anbud, följt av en utvärderingsfas. 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. För att begränsningskriterierna i praktiken ska kunna användas för att skilja anbudssökandena åt måste de i selekteringsfasen även kunna viktas, genom att t.ex. ytterligare erfarenheter, utöver minimikravet i kvalificeringsfasen, får beaktas.

Begränsningskriteriet i upphandlingen som avser antalet konsulter i referensbilagorna är enligt kammarrätten ett kriterium kopplat till leverantörernas yrkesmässiga kapacitet. Kammarrätten instämmer

sammantaget i förvaltningsrättens bedömning att det har en koppling till det som upphandlas och får anses vara proportionerligt och relevant i förhållande till syftet med selekteringen. Det finns alltså inte skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av att kriteriet har använts som begränsningskriterium.

Frågan är då om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att lottning har använts i selekteringsfasen.

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

För att principerna om likabehandling ska upprätthållas bör lottning dock tillämpas endast för att särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika (jfr RÅ 2009 ref. 60). Utgångspunkten för den upphandlande enheten bör vara att de begränsningskriterier som ställs upp kommer vara tillräckliga för att skilja anbudssökandena åt. Om det ändå skulle visa sig att två eller flera leverantörer inte går att särskilja genom de uppställda kriterierna bör dock lottning kunna användas.

Kammarkollegiet har i upphandlingen ställt upp 13 begränsningskriterier för att välja ut vilka leverantörer som ska bjudas in att lämna anbud. Flera av kriterierna är viktade så att olika leverantörer kan förväntas få olika poäng. Lottning skulle tillämpas endast för att skilja mellan leverantörer som hamnat på en delad sista plats efter att de övriga 13 kriterierna tillämpats. Även om antalet leverantörer som kom att omfattas av lottningen kan framstå som förhållandevis stort anser kammarrätten att det inte har visats att någon leverantör har diskriminerats eller att Kammarkollegiet på något annat sätt har brutit mot bestämmelserna i LOU genom att tillämpa lottning.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det inte har kommit fram att upphandlingen av anbudsområde 2 och 4 skett i strid med LOU eller någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Pär Hemmingsson  
kammarrättsråd  
ordförande

Susanne Ericson  
kammarrättsråd

Johanna Sköld  
tf. assessor  
referent

Caroline Buck  
fiskal  
föredragande

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

**DOM**

2021-06-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr  
6794-21**SÖKANDE**

Kvadrat Stockholm AB, 556319-6301

Ombud: Advokaten Erik Gadman

**MOTPART**

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1366902

| Postadress       | Besöksadress     | Telefon   | Telefax | Expeditionstid               |
|------------------|------------------|---|---------|------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00<br>E-post: <a href="mailto:avd32.fst@dom.se">avd32.fst@dom.se</a><br><a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/">www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/</a> | -       | måndag–fredag<br>08:00–16:00 |

**YRKANDEN M.M.**

**Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet** (Kollegiet) genomför en upphandling av IT-konsulttjänster, dnr 23.3-2940-20. Upphandlingen är indelad i fem anbudsområden och genomförs genom ett selektivt förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Kollegiet har tillämpat angivna kriterier och i vissa fall lottning för att välja ut de anbudssökanden som ska bjudas in till att lämna anbud i upphandlingen. Kvadrat Stockholm AB (bolaget) har ansökt om att få delta i upphandlingen men har inte bjudits in till att lämna anbud.

**Bolaget** ansöker om överprövning avseende anbudsområde 2 och 4 och yrkar att upphandlingen ska göras om i dessa delar. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kollegiet har brutit mot LOU genom att tillämpa otillåtna kriterier vid begränsningen av antalet anbudssökande som fått lämna anbud. Kollegiet har vidare brutit mot LOU genom att tillämpa lottdragning vid begränsningen av antalet anbudssökande som fått lämna anbud. Bolaget har lidit skada då det var en av de kvalificerade anbudssökanden som på grund av Kollegiets överträdelse av LOU inte bjöds in att lämna anbud. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU hade bolaget med stor sannolikhet bjudits in eller i vart fall haft större möjligheter att bjudas in till att lämna anbud.

**Kollegiet** bestrider bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingsdokumenten, LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Bolaget har inte visat att något eventuellt brott mot LOU eller de grundläggande principerna har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.



## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Utgångspunkter för prövningen**

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 4 kap. 6 § LOU får den upphandlande myndigheten, vid ett selektivt förfarande, begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange dels de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud, dels det lägsta antal anbudssökande som kommer att få lämna anbud och i förekommande fall, det högsta antal som kommer att bjudas in.

Enligt 6 kap. 3 § LOU får alla leverantörer, vid ett selektivt förfarande, efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU. Det är vidare den som ansöker om överprövning

som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt är det inte tillräckligt att sökanden anser sig lida skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så varit fallet på grund av de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har i huvudsak gjort gällande att Kollegiet har tillämpat otillåtna begränsningskriterier genom att beakta hur många konsulter de anbudssökande tidigare har levererat samt genom att använda lottning för att slutligt särskilja anbuden. Förvaltningsrätten kommer nedan att redogöra för bl.a. relevanta delar av upphandlingsdokumenten, vad parterna har anfört och förvaltningsrättens bedömning.

**Begränsning av anbudssökande genom att poängsätta det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor**

Av punkt 1.5.6 *Antal inbjudna och ramavtal* i Inbjudan framgår att det högsta antalet ramavtalsleverantörer som Kollegiet kommer att bjuda in avseende anbudsområde 2 och 4 är 10 anbudssökande vardera. Vidare är det högsta antalet ramavtal som kommer att tecknas för respektive anbudsområde 9.

I punkt 3.2.2 *Anbudsområde 2 Ledning av IT-projekt* och punkt 3.2.4 *Anbudsområde 4 Arkitekt och utveckling* i Inbjudan anges att ansökningarna kan erhålla poäng för angivna kriterier och att poängen sedan adderas och att de 10 anbudssökande som erhållit mest poäng bjuds in att lämna anbud. Ansökningarna kan erhålla poäng för kvalitets- och miljöledningssystem, omsättning, ärendehanteringssystem, referensuppdrag, kompetensområden, leveranskapacitet allmän och leveranskapacitet dynamisk rangordning.

I punkt 3.2 *Begränsningskriterier* i Inbjudan anges bl.a. följande. Om fler anbudssökande än angivet högsta antal uppfyller de administrativa kraven, obligatoriska krav per anbudsområde samt kraven enligt kapitel Uteslutning och kvalificering kommer begränsning att göras enligt nedan. 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 att ske genom att det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor räknas samman. 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. Näst flest erhåller 0,35 poäng, tredje flest erhåller 0,3 poäng, fjärde flest erhåller 0,25 poäng, femte flest erhåller 0,2 poäng, sjätte flest erhåller 0,15 poäng, sjunde flest erhåller 0,1 poäng och 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 lottning under överinseende av notarius publicus.

**Bolaget** har i denna del i huvudsak anfört följande. Det måste finnas en koppling mellan kriteriet samt de anbudssökandes förmåga att fullgöra avtalet och kriteriet ska vidare syfta till att välja ut de anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra uppdraget. Kollegiet har, genom att använda sig av ett kriterium som inte är relaterat till den anbudssökandes möjlighet att fullgöra avtalet, handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Det är inte heller förenligt med likabehandlingsprincipen att välja bort en anbudssökande som har bättre förmåga att fullgöra uppdraget och samtidigt bjuda in en som har sämre förmåga. Att en anbudssökande tidigare har levererat ett stort antal konsulter innebär inte att denne har en bättre förmåga att fullgöra avtalet. Begränsningen har inte behövts för att säkerställa att anbudssökandena skulle kunna genomföra avrop så som Kollegiet har

påstått. De som har valts bort har uppenbarligen haft tillräcklig erfarenhet att fullgöra avtalet eftersom de uppfyllt kvalificeringskravet relaterat till erfarenhet. Man har trots detta inte valt att ta bort anbudssökande på grund av deras nuvarande eller framtida leveranskapacitet utan på grund av deras tidigare leveranser. Kriteriet har därmed gynnat stora leverantörer på bekostnad av mindre leverantörer.

**Kollegiet** har i denna del i huvudsak anfört följande. Upphandlingen har delats upp i fem olika anbudsområden i syfte att även ge små- och medelstora företag samt företag med olika inriktningar och kompetenser en ökad möjlighet att lämna anbudsansökan. Begränsningskriterierna har vidare valts mot bakgrund av de avropsberättigades behov och de stora krav som ställs på de statliga ramavtalens leverantörer av IT-konsulttjänster vad avser exempelvis historisk erfarenhet, leveranskapacitet, ekonomisk stabilitet m.m. Varken LOU-direktivet eller LOU reglerar närmare hur eller på vilka grunder urval ska göras. Samtliga 13 begränsningskriterier anges tydligt i Inbjudan och rör leverantörens förmåga att fullgöra kontraktet vad avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 14 och 15 kap. LOU. Kriterierna är vidare objektiva, proportionerliga och noggrant utvalda för att avgöra vilka leverantörer som är bäst lämpade att fullgöra kommande kontrakt och dessa har poängsatts utifrån hur stort värde Kollegiet tillmäter respektive kriterium.

Begränsningskriteriet som beaktar anbudssökandes konsulter i referensuppdrag är tillåtet, proportionerligt och relevant. Tidigare erfarenhet av sådana uppdrag som upphandlingen avser är en form av teknisk och yrkesmässig kapacitet. De avrop som genomförs från ramavtalet varierar stort i omfattning och komplexitet. Kommande ramavtalsleverantörer måste kunna genomföra såväl enkla som komplexa och under lång tid pågående uppdrag där ett stort antal konsulter med olika kompetensnivåer och roller behöver samordnas för att åstadkomma avtalat resultat. Detta kriterium

aktualiseras vidare först när övriga 12 begränsningskriterier inte lett till det angivna urvalet.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Den i målet aktuella upphandlingen genomförs i två steg genom ett selektivt förfarande. Ett sådant förfarande innebär att alla leverantörer som önskar har rätt att ansöka om att få lämna anbud. Därefter görs ett urval av de anbudssökande leverantörerna som uppfyller de uppställda kraven. De leverantörer som väljs ut inbjuds att lämna ett anbud. I det fall upphandlande myndighet gör ett sådant urval genom tillämpning av begränsningskriterier är myndigheten skyldig att ange de kriterier som myndigheten kommer att tillämpa för att begränsa antalet anbud.

I den aktuella upphandlingen har Kollegiet i ett första skede tillämpat 12 begränsningskriterier och därefter ytterligare ett kriterium genom att, enligt en angiven skala, poängsätta det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor. För det fall ytterligare särskiljning behövde göras skulle lottning tillämpas.

Bolaget har framfört invändningar mot begränsningskriteriet som avser poängsättning för det totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor. Frågan är om Kollegiet, genom att tillämpa detta kriterium, har handlat i strid mot LOU på det sätt som bolaget gjort gällande.

I artikel 58 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU anges att urvalskriterierna kan avse behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga,

ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kriterierna får endast tillämpas på ekonomiska aktörer som krav för deltagande. Upphandlande myndigheter ska begränsa eventuella krav till sådana som är lämpliga för att se till att anbudssökanden eller anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmåga som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för det. Alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. När det gäller exempelvis teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard. De upphandlande myndigheterna får särskilt kräva att de ekonomiska aktörerna har tillräcklig erfarenhet som visas med lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt.

Motsvarande krav anges i 14 kap. 1–5 §§ LOU. I 14 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning som leverantörerna bör lämna in. I förarbetena anges att kriterierna måste vara objektiva och icke diskriminerande (se prop. 2006/07:128 s. 243f. och prop. 2015/16:195 s. 495).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i punkt 3.2 *Begränsningskriterier* i Inbjudan tydligt anges att selektering av anbudssökande skulle ske genom poängsättning utifrån de angivna begränsningskriterierna och

därefter, om inget urval kunnat ske, särskiljning genom bl.a. poängsättning utifrån totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor. Leverantörerna har därför haft kännedom om att antalet konsulter kan komma att påverka urvalet i upphandlingen. Bolaget hävdar att kriteriet gynnar stora företag framför mindre företag. Kollegiet menar å sin sida att upphandlingen har delats upp i olika anbudsområden i syfte att även ge små- och medelstora företag möjlighet att delta i upphandlingen samt förklarat syftet med de begränsningskriterier som valts. 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. På så sätt har leverantörerna haft möjlighet att välja de referenser som ger flest poäng vid både poängsättningen för de 12 första begränsningskriterierna samt vid poängsättning för flest antal konsulter. 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. Förvaltningsrätten har i denna bedömning även beaktat att det ifrågasatta kriteriet blir aktuellt först när de första 12 begränsningskriterierna inte får full effekt. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget inte visat att Kollegiet har handlat i strid med likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen genom att använda sig av det aktuella kriteriet. Bolaget har inte heller visat att kriteriet har gynnat stora leverantörer framför mindre leverantörer på ett sådant sätt att myndigheten får anses ha handlat i strid med någon av de grundläggande principerna. Det finns därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

### **Begränsning av anbudssökande genom lottning**

Om två eller fler anbudssökande i något anbudsområde fortfarande ligger på delad sista plats för selektering med samma poäng kommer särskiljning, enligt punkt 3.2 i Inbjudan, att ske mellan dessa genom lottning under överinseende av notarius publicus.

**Bolaget** har i denna del i huvudsak anfört följande. Det är enligt EU-praxis (C-360/89, Kommissionen vs. Italien) inte tillåtet att tillämpa andra begränsningskriterier än de som är hänförliga till de anbudssökandes 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 om ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Enligt EU-praxis kan därför lottning inte användas vid selektivt förfarande och detta har företrädare framför andra avgöranden och uppfattningar i frågan. Det går inte heller att av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 60 dra slutsatsen att lottning skulle vara tillåtet att använda som begränsningskriterium vid valet av anbudsansökningar. Detta har även stöd i andra rättskällor. Bl.a. Arrowsmith, Steinicke och Vesterdorf samt Nämnden för offentlig upphandling har ifrågasatt tillämpningen av lottdragning som begränsning av antalet anbudssökande. Lottning har inte heller någon koppling till kontraktsföremålet eller frågan om vilka anbudssökande som har bäst förmåga att fullgöra avtalet. Även om förvaltningsrätten skulle anse att lottdragning kan vara tillåtet i vissa undantags-situationer så har det inte varit tillåtet för Kollegiet i denna upphandling. Kollegiet har inte använt sig av lottning som en sista utväg för att välja mellan likvärdiga anbudsansökningar som varit omöjliga att skilja på annat sätt. Kollegiet har inte heller ens gjort gällande att anbudsansökningarna har varit lika i alla relevanta avseenden.



**Kollegiet** har i denna del i huvudsak anfört följande. Kollegiet har tillämpat en begränsning i två steg, innehållande totalt 13 begränsningskriterier, innan lottningsprocessen blivit aktuell. Det är omöjligt för en upphandlande myndighet att på förhand veta eller förutse hur många som kommer att lämna in anbudssökningar och vilka anbudssökanden som kommer att uppfylla ett eller flera begränsningskriterier. Det finns därför alltid en risk att hamna i ett läge där två eller flera anbudssökande inte går att särskilja efter tillämpning av begränsningskriterier. Om det inte skulle finnas en lämplig metod för att hantera en sådan situation skulle upphandlingen behöva göras om. Lottningsprocessen har tillämpats för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Kollegiet har inte brutit mot LOU genom att använda lottdragning. Det har i såväl rättsfall som i litteraturen framförts skilda uppfattningar om tillåtligheten av lottdragning. Även om RÅ 2009 ref. 60 inte berör lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande som ska bjudas in uttrycker sig domstolen på ett relativt allmängiltigt sätt i fråga om när lottningsprocessen förekommer. Kollegiet finner inga bärande skäl till att det skulle vara annorlunda vid selektering av anbudssökningar jämfört med val av anbud när det gäller lottdragning. Bolaget har inte visat att lottningsprocessen är otillåten vid begränsningen av antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud i upphandlingen.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Kollegiet har valt lottningsprocessen som en slutlig särskiljning av anbuderna och metoden för detta har även framgått av Inbjudan. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i upphandlingslagstiftningen eller av praxis framgår om lottningsprocessen som en urvalsmetod bland anbudssökande är i enlighet med LOU. Parterna har refererat till ett antal utlåtanden i doktrinen där det framgår skilda uppfattningar. Det finns bl.a. en uppfattning om att det troligtvis inte kan användas andra kriterier än de som rör leverantörens ekonomiska samt yrkesmässiga och tekniska kunskap eller kapacitet och att

lottning därför inte är tillåtet (se bl.a. Arrowsmith, The law public and utilities procurement, regulation in the EU and UK, Volume 1, tredje upplagan). Det finns även en uppfattning om att det bör vara möjligt att tillämpa ett lottningsförfarande om anbudsansökningarna är likvärdiga samt att detta 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 (se bl.a. Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, 3:e upplagan).

Bolaget har vidare åberopat EU-domstolens avgörande i mål C-360/89, Kommissionen vs Italien. I avgörandet ansåg EU-domstolen att Italien brutit mot de unionsrättsliga reglerna genom att tillämpa en italiensk lag som krävde att den vinnande anbudsgivaren skulle ha ett registrerat kontor i den regionen där arbetet skulle utföras. Regeln ansågs bryta mot unionsrätten eftersom den var diskriminerade mot leverantörer som var etablerade i andra medlemsstater.

Parterna har vidare olika uppfattningar om vilken betydelse Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 60 har för lottning vid val av anbudssökanden. Målet rörde en offentlig upphandling där anbudet med lägst pris skulle antas. Domstolen ansåg att två lika anbud kunde avgöras genom lottning. Domstolen har i målet uttalat bl.a. följande. Det finns ingen reglering som särskilt tar sikte på hur en upphandling ska avgöras när mer än ett anbud vid ett öppet förfarande innehåller lägst pris. I ett sådant fall 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. Det anses allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning finns därför inte.

Även Kammarrätten i Stockholm har i dom den 27 oktober 2011 i mål 2810-11 bedömt att det inte finns någon anledning för att Högsta förvaltningsdomstolens synsätt angående lottning inte skulle kunna tillämpas även i en upphandling där tilldelningskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

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. 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. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att frågan om lottning är tillåten måste bedömas i det enskilda fallet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns någon begränsning för när en upphandlande myndighet får använda sig av ett selektivt förfarande. Kollegiet har för den aktuella upphandlingen använt sig av 13 kriterier för att begränsa antalet anbudsgivare som ska få möjlighet att lämna anbud. Dessa kriterier har medfört en viss begränsning av antalet anbudssökande. Anbudsansökningarna har emellertid, även efter tillämpning av kriterierna, varit fler än det antal som skulle bjudas in.

Det har i målet inte framkommit att begränsningskriterierna har utformats på ett sådant sätt att de varit verkningslösa eller att det mot bakgrund av de valda kriterierna varit oundvikligt att lottning skulle komma att ske. 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. Förvaltningsrätten har vid denna bedömning även fäst avseende vid att det i Inbjudan tydligt framgått att lottning kan komma att användas för att slutligt särskilja anbudssökandena. Det har vidare inte framkommit annat än att samtliga sökanden har behandlats lika vid lottning och att metoden använts för att göra ett objektivet urval av anbudssökandena. Lottning kan inte heller anses strida mot proportionalitetsprincipen eller principen om icke-diskriminering. Det har inte heller anförts eller i övrigt framkommit någon omständighet som ger anledning att ifrågasätta hur lottningen har utförts. Förvaltningsrätten anser därmed att Kollegiets tillämpning av lottning för att välja ut de anbudssökanden som skulle bjudas in för att lämna anbud, inte står i strid med LOU eller de grundläggande unionsrättsliga principerna.

### **Sammanfattning**

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl för att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Ulrika Berg  
Rådman

Specialistföredraganden Narin Demirel har varit föredragande.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.