

Ref 48

Lottning har tillåtits för att begränsa antalet likvärdiga anbudssökande vid en offentlig upphandling enligt det selektiva förfarandet.

4 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 18 november 2022 följande dom (mål nr 7741-21).

Bakgrund

1. Vid offentlig upphandling finns olika förfaranden som den upphandlade myndigheten kan välja mellan, ett av dessa är det selektiva förfarandet. När det selektiva förfarandet används ska myndigheten i annonsen eller inbjudan att lämna anbudsansökan ange de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud. Myndigheten får vid detta förfarande även begränsa antalet anbudssökande som kommer att få lämna anbud, under förutsättning att det i annonsen eller inbjudan anges det högsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in.

2. Frågan i det här målet är om det är tillåtet att använda lottning för att begränsa antalet kvalificerade anbudssökande vid det selektiva förfarandet.

3. Kammarkollegiet bjöd i september 2020 in leverantörer att lämna anbudsansökan avseende en upphandling av IT-konsulttjänster enligt ett selektivt förfarande. Av inbjudan – som totalt omfattade fem anbudsområden – framgick att högst tio anbudssökande vardera för anbudsområde 2 ”Ledning av IT-projekt” och 4 ”Arkitektur och Utveckling” skulle få lämna anbud. För att kvalificeras som anbudssökande uppställdes ett antal krav i inbjudan. Om fler anbudssökande än angivet högsta antal uppfyllde samtliga krav skulle en begränsning därefter göras enligt vissa angivna s.k. begränsningskriterier. Om två eller flera kvalificerade anbudssökande, efter urval genom dessa begränsningskriterier, fortfarande låg på delad sista plats med samma poäng skulle särskiljning mellan dessa ske genom lottning under överinseende av notarius publicus.

4. Efter att ansökningsförfarandet var avslutat fattade Kammarkollegiet i januari 2021 ett selekteringsbeslut för varje anbudsområde. I besluten för anbudsområdena 2 och 4 konstaterade myndigheten att det fortfarande var 13 respektive 21 anbudssökande som låg på delad sista plats sedan begränsningskriterierna

hade tillämpats. Myndigheten genomförde därför lottning för att skilja dessa anbudssökande åt i respektive anbudsområde.

5. Kvadrat Stockholm AB (Kvadrat) uppfyllde samtliga krav i inbjudan att lämna anbudssökningen men låg på delad sista plats efter att begränsningskriterierna hade tillämpats i både anbudsområde 2 och 4. Efter lottdragningen bjöds bolaget inte in att lämna anbud avseende något av områdena.

6. Förvaltningsrätten i Stockholm avslog Kvadrats ansökan om överprövning avseende anbudsområdena 2 och 4. Förvaltningsrätten ansåg att frågan om lottning är tillåten måste avgöras i det enskilda fallet och konstaterade att det i detta fall var tillåtet eftersom de anbudssökande som varit föremål för lottning var likvärdiga och det i inbjudan tydligt framgick att lottning kunde komma att användas.

7. Kvadrat överklagade till Kammarrätten i Stockholm som avslog överklagandet med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

Yrkanden m.m.

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

9. *Kammarkollegiet* anser att överklagandet ska avslås.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

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

Rättslig reglering m.m.

11. Enligt 6 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling får bl.a. upphandlingsförfarandena öppet förfarande och selektivt förfarande användas vid offentlig upphandling. Enligt 2 § får vid ett öppet förfarande alla leverantörer lämna anbud. Av 3 § framgår att vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som

den upphandlande myndigheten begärt för urvalet och att de anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud.

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

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

13. En myndighet som tillämpar ett selektivt förfarande ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud. Det framgår inte av lagtexten och inte heller av förarbeten eller praxis vilken typ av kriterier och regler som får användas eller om lottning ingår bland dessa.

14. Kvadrat har åberopat EU-domstolens avgörande kommissionen mot Italien, C-360/89, EU:C:1992:235, till stöd för sin uppfattning att lottning inte är ett tillåtet medel för att skilja anbudssökande åt. I det avgörandet fann domstolen att ett i den nationella lagstiftningen uppställt urvalskriterium, som innebar att företräde gavs till företag som bedrev sin huvudsakliga verksamhet i den region där det upphandlade arbetet skulle utföras, inte var förenligt med det då gällande upphandlingsdirektivet (71/305/EEG). Domstolen tog dock inte ställning till huruvida lottning fick användas i selekteringsfasen för att skilja likvärdiga anbud åt. Avgörandet gällde dessutom tillämpningen av ett äldre direktiv. Det går därför inte att dra några slutsatser av det avgörandet vid bedömningen av frågan i detta mål.

15. I RÅ 2009 ref. 60 prövades frågan om lottning var tillåtet i ett öppet förfarande. Av rättsfallet framgår att när två lika anbud med lägsta pris har lämnats i ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas ligger det nära till hands att skilja anbuden åt genom lottning. För detta talade enligt Högsta förvaltningsdomstolen att lottning förekommer i många sammanhang där man vill låta slumpen särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika, bl.a. när det visat sig att de vanliga urvalsreglerna inte räcker till. Enligt domstolen anses det allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning ansåg domstolen därför inte att det fanns.

16. Att detta synsätt även är förenligt med det nu tillämpliga direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling, talar formuleringen i direktivets skäl 93 där det anges att man vid tilldelning av kontrakt bör undvika att tillgripa lottning som den enda metoden.

17. Vid ett selektivt förfarande lämnar leverantörerna inte några anbud när de bekräftar sitt intresse att delta i upphandlingen. Anbud lämnas först i ett senare skede av förfarandet, och då endast av de anbudssökande som efter selekteringen bjudits in att lämna anbud. I selekteringsfasen är det således inte olika anbud som ska jämföras utan det är leverantörernas kvalifikationer med avseende på upphandlingsföremålet och deras förmåga att utföra det kontrakt som ska tilldelas som ska bedömas. Denna skillnad i förhållande till det öppna förfarandet motiverar enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte en annan syn på om det bör vara tillåtet att använda lottning som urvalsmetod, förutsatt att myndigheten först har bedömt anbudssökandenas förmåga att utföra kontraktet utifrån uppställda kvalificerings- och begränsningskriterier.

18. Kammarkollegiet har valt att begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud och har i inbjudan att lämna anbudsansökan angett det högsta antal som kommer att bjudas in. Vid selekteringen har myndigheten först tillämpat de i inbjudan uppställda kraven för att kvalificera anbudssökandena. Därefter har särskiljning skett genom de i inbjudan angivna begränsningskriterierna. Först därefter har lottning använts som den slutliga metoden för att skilja anbudssökandena åt. Såvitt framkommit har de anbudssökande som varit föremål för lottning likvärdig förmåga att utföra kontraktet.

19. Mot bakgrund härav gör Högsta förvaltningsdomstolen bedömningen att Kammarkollegiet, genom att i slutskedet skilja likvärdiga anbudssökande åt genom lottning för att begränsa antalet sökande till det i inbjudan angivna högsta antalet, inte har brutit mot upphandlingsregelverket. Överklagandet ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten*, *Knutsson*, *Jönsson*, *Haggren* och *Nilsson*. Föredragande var justitiesekreteraren Lina Bjersbo.

[I detta referat återges inte underinstansernas bedömning av de s.k. begränsningskriterierna utan endast deras prövning av om lottning är en tillåten metod för att särskilja anbudssökandena åt i selekteringsfasen.]

Förvaltningsrätten i Stockholm (2021-06-18, Berg):

Kammarkollegiet har valt lottning som en slutlig särskiljning av anbuderna och metoden för detta har även framgått av inbjudan att lämna anbudsansökan. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i upphand-

lingslagstiftningen eller av praxis framgår om lottning som en urvalsmetod bland anbudssökande är i enlighet med lagen om offentlig upphandling. 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 of 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*, tredje 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 anbudena 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 25 november 2011 i mål nr 6215-11 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 lagen om offentlig upphandling 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. Kammarkollegiet 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. Anbudssökningarna 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 anbudssökningarna 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 att lämna anbudssökning 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 objektiva 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 Kammarkollegiets tillämpning av lottning för att välja ut de anbudssökanden som skulle bjudas in för att lämna anbud, inte står i strid med lagen om offentlig upphandling eller de grundläggande unionsrättsliga principerna.

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

– Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Kammarrätten i Stockholm (2021-12-22, *Hemmingsson, Ericson och Sköld*):

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 lagen om offentlig upphandling genom att tillämpa lottning.

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

– Kammarrätten avslår överklagandet.