



KLAGANDE

Ework Group AB, 556587-8708

Ombud: [REDACTED]

MOTPART

Kammarkollegiet

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

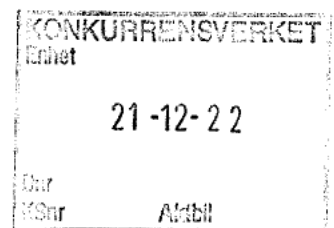
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 juni 2021
i mål nr 6795-21, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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



YRKANDEN M.M.

Ework Group AB yrkar att upphandlingen av anbudsområde 2, 3 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 anbudssökande. Vidare har Kammarkollegiet underlåtit att göra en utökad kontroll av om selekterade anbud uppfyller ställda krav.

De begränsningskriterier som avser kvalitetsledningssystem, omsättning, erfarenhet och referensuppdrag samt flest antal konsulter i referensbilagorna för aktuella anbudsområden är kriterier som går utöver vad som är nödvändigt. Dessa strider därmed mot LOU och är inte tillåtna. Det finns därtill begränsningskriterier i form av kompetensområden och leveranskapacitet, vilka helt saknas i 14 och 15 kap. LOU och inte kan användas som kvalificerings- eller selekteringskriterier i upphandlingen.

Att använda lottning som metod för att skilja anbudssökandena åt i selekteringsfasen är inte tillåtet enligt LOU, EU-domstolens praxis eller doktrin. I upphandlingen var det inte nödvändigt med lottning eftersom en upphandlande myndighet kan använda sig av mindre ingripande åtgärder. Hela upphandlingen är behäftad med detta fel och det utgör skäl för att upphandlingen i sin helhet ska göras om.

När det gäller kontroller av kravuppfyllelsen för utvalda sökande måste det beaktas att upphandlingen uppgår till ett värde av cirka sex miljarder kronor. Det räcker inte med enstaka stickprovskontroller som Kammarkollegiet har gjort. En mer fullständig kontroll måste genomföras för att säkerställa att det verkligen är rätt anbud som valts ut. Med hänvisning till antalet uppdrag i relation till omsättningen hos vissa anbudsgivare finns det anledning att ifrågasätta korrektheten hos flera av de inlämnade anbuden. Det har därmed uppstått en skyldighet för

Kammarkollegiet att kontrollera dessa. Referensblanketten innehöll inte någon skrivning om att det endast var resurskonsulter som skulle anges i referensbilagorna. Det har funnits en uppenbar risk för att leverantörer som inte har lämnat korrekta referensuppdrag ändå har tilldelats poäng. Kammarkollegiet har därför brutit mot likabehandlingsprincipen.

Genom att använda oproportionerliga och otillåtna begränsningskriterier, lottning samt genom att inte kontrollera lämnade anbud har Kammarkollegiet brutit mot LOU, vilket medför att bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada.

Kammarkollegiet anser att överklagandet ska avslås och för fram detsamma som i förvaltningsrätten med i huvudsak följande tillägg. Bolaget kan inte anses ha lidit skada eller riskera att lida skada till följd av lottning i anbudsområde 2 och 3 eftersom bolaget inte gick vidare till lottning i anbudsområde 2 och det inte blev aktuellt med lottning i anbudsområde 3. Det påstådda felet – att använda lottning i selekteringsfasen – har inget samband med anledningen till att bolagets anbudsansökan inte selekterades.

Kammarkollegiet har ingen skyldighet att kontrollera att lämnade uppgifter i en anbudsansökan i sig är riktiga. De gjorda stickprovskontrollerna resulterade inte i någon förändring och man fann inte anledning att göra ytterligare kontroller eller misstänka något annat fel i upphandlingen. Bolaget har inte visat att någon anbudsgivare enbart har en annan inriktning än resurskonsulter. Vidare menar Kammarkollegiet att det saknar betydelse om en anbudsgivare i sin totala verksamhet till viss del har en annan inriktning än resurskonsulter. Vad som krävs för att ett referensuppdrag ska vara godkänt framgår klart och tydligt av respektive avsnitt i inbjudan och tillhörande referensbilagor.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och Kammarkollegiet har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna, varför bolaget inte 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, 3 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 upphandlingsdirektivet¹ 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, med hänvisning till doktrin, fört fram att EU-domstolens dom i målet kommissionen mot Italien (C-360/89, EU:C:1992:235) indikerar att lottning är uteslutet som selekteringsmetod. 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

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

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.

Begränsningskriterierna i upphandlingen som avser erfarenhet och referensuppdrag samt flest antal konsulter i referensbilagorna är enligt kammarrätten kriterier kopplade till leverantörernas yrkesmässiga kapacitet. Kammarrätten instämmer sammantaget i förvaltningsrättens bedömning att de har en koppling till det som upphandlas och får anses vara proportionerliga och relevanta i förhållande till syftet med selekteringen. Kammarrätten instämmer även i förvaltningsrättens bedömning att bolaget inte kan anses ha lidit skada avseende de övriga ifrågasatta kriterierna. Det finns alltså inte skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av att dessa kriterier har använts som begränsningskriterier.

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.

Kammarrätten anser slutligen att det som bolaget har fört fram om Kammarkollegiets skyldighet att vidta ytterligare kontroller av lämnade uppgifter från en anbudsgivare saknar stöd i upphandlingslagstiftningen. Kammarkollegiet har gjort stickprovskontroller och inte funnit anledning att göra ytterligare kontroller eller misstänka något annat fel i upphandlingen. De kontroller som Kammarkollegiet har gjort får anses ha varit tillräckliga. Det finns alltså inte heller skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av att Kammarkollegiet skulle ha en skyldighet att kontrollera riktigheten av lämnade uppgifter från en anbudsgivare.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det inte har kommit fram att upphandlingen av anbudsområde 2, 3 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

6795-21

SÖKANDE

Ework Group AB, 556587-8708

Ombud: [REDACTED]

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1368291

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Kammarkollegiet (Kollegiet) genomför en upphandling av IT-konsulttjänster, dnr 23.3-2940-20. Upphandlingen är indelad i fem anbudsområden och genomförs som ett selektivt förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Ework Group AB (bolaget) har ansökt om att få delta i upphandlingen men har inte bjudits in till att lämna anbud avseende anbudsområde 2, 3 och 4.

Bolaget ansöker om överprövning av anbudsområde 2, 3 och 4 och yrkar att upphandlingen i dessa delar ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kollegiet har tillämpat det selektiva förfarandet i strid med LOU och har vid genomförandet av upphandlingen tillämpat begränsningskriterier som strider mot likabehandlings- och/eller proportionalitetsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU. Kollegiet har vidare tillämpat lottnings vid selekteringsfasen i strid med LOU. Bolaget har inte heller getts tillräcklig tid för att lämna information i ansökningsfasen och har därför förtagits möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Kollegiet har även, genom att förändra förutsättningarna för vilka krav som ställs, gjort en väsentlig förändring som inte är tillåten. Bolaget var en av de kvalificerade anbudssökanden, som på grund av begränsningen av antalet anbudssökande i form av otillåtna begränsningskriterier och lottdragning, inte bjöds in till att lämna anbud. Om upphandlingen hade genomförts på ett sätt som var förenligt med LOU, hade bolaget med stor sannolikhet bjudits in eller i vart fall haft större möjlighet att bjudas in till att lämna anbud. Bolaget har därmed lidit skada till följd av Kollegiets överträdelse.

Kollegiet bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU, de grundläggande unionsrättsliga principerna och vad som föreskrivs i upphandlingsdokumenten. Kollegiets begränsningskriterier är tillåtna och selekteringen

bryter inte mot likabehandlingsprincipen. Kollegiet har inte heller brutit mot LOU genom att använda lottdragning. Inlämnade uppgifter har kontrollerats i enlighet med LOU och Inbjudan. Kollegiet har vidare inte ändrat förutsättningarna för vilka krav som ställs i anbudsfasen. Det är även bolaget som ansvarar för sin påstådda tidsnöd och för att inte ha använt sig av möjligheten att lämna in nya eller uppdaterade kompletterande dokument under den förlängda tidsfristen. Det är även bolaget som inte har lämnat referenser för att nå full poäng i urvalsfasen. Bolaget har inte visat att Kollegiet har handlat i strid med LOU eller de grundläggande principerna på ett sätt som medfört att bolaget lidit eller riskerat 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 anfört ett flertal invändningar som i huvudsak rör det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten kommer nedan att redogöra för relevanta delar av upphandlingsdokumenten, vad parterna har anfört och förvaltningsrättens bedömning i varje del.

Selektivt förfarande

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 3 är 7 anbudssökande och att ramavtal kommer att tecknas med högst 6 anbudssökande. För anbudsområde 2 och 4 kommer

högst 10 anbudssökande att bjudas in och högst 9 ramavtal kommer att tecknas för respektive anbudsområde.

I punkt 3.2.2 Anbudsområde 2 *Ledning av IT-projekt*, punkt 3.2.3 *Säkerhet i IT och 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 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 anbudssökande 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 huvudsak anfört följande. Kollegiet får välja ett selektivt förfarande utan motivering. Det innebär emellertid inte att sådana förfaranden alltid kan användas, särskilt ifråga om större ramavtalsupphandlingar. Det finns ett antal legala begränsningar i LOU som, beroende på hur Kollegiet genomför sin upphandling, innebär att det kan leda till att det selektiva förfarande inte blir lagligt. Kollegiet har ett ansvar att utforma kriterier som leder till ett konkret urval och som är ägnade att identifiera de bäst lämpade anbudsgivarna. De ska även säkerställa att det antal leverantörer som angetts också bjuds in utan att lottning används. Om detta inte är möjligt hade Kollegiet exempelvis kunnat genomföra ett öppet förfarande och ställa proportionerliga kvalificeringskrav för att därefter utvärdera samtliga anbud som kvalificeras. Alla leverantörer som erhåller full poäng ska bjudas in att lämna anbud. En invändning om det eventuella merarbete detta orsakar Kollegiet är inte giltig. I förevarande fall har effekten blivit att de som kvalificerats i steg 1 även har antagits som leverantör i steg 2.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. Det är alltid tillåtet för en upphandlande myndighet att använda sig av ett selektivt förfarande, även om upphandlingen avser ett ramavtal. En upphandlande myndighet får använda ett selektivt förfarande även om det är sannolikt att fler kvalificerade leverantörer ansöker om att få lämna anbud än det högsta antal som kommer att bjudas in. Kollegiet bestrider vidare bolagets påstående om att begränsningskriterierna inte utformats så att de leder till en reell selektering. För anbudsområde 2 och 4 har Kollegiet tillämpat två steg av begränsning innehållande totalt 13 begränsningskriterier före lottning. Det första steget består av 12 begränsningskriterier. Samtliga anbudssökande hade inte full poäng vilket visar att kriterierna hade en effekt. Att 20 av 33 respektive 28 av 45 hade full poäng är inget dåligt utan visar på bra anbudssökningar. Efter det andra steget återstod 13 respektive 21 anbudssökande varför lottning genomfördes. Kollegiet bestrider också

bolagets påstående om att alla leverantörer som erhåller full poäng ska bjudas in att lämna anbud. I sådant fall hade Kollegiet handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Kollegiet har istället behandlat lika fall lika. Det är vidare omöjligt för en upphandlande myndighet att på förhand veta eller förutse bl.a. hur många anbudssökande som kommer att uppfylla ett eller flera begränsningskriterier. Det finns därför alltid en risk att hamna i ett läge där fler anbudssökande än det maximala antalet får högsta möjliga poäng. Kollegiet har genomfört förfarandet enligt de bestämmelser som framgår av LOU och med iakttagande av de grundläggande principerna.

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 har genomförts 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.

Ett selektivt förfarande medför alltså att endast ett visst antal av de anbudssökande som uppfyller ställda krav på leverantören bjuds in till anbudsgivning. Det är därmed accepterat att även leverantörer som uppfyller angivna kvalificeringskrav kan komma att selekteras bort på grund av att endast ett visst antal anbudsgivare ska bjudas in. Förvaltningsrätten anser att Kollegiet har uppställt kriterier som bevisligen har haft en viss effekt och som minskat antalet anbudssökande i enlighet med dess syfte, även om antalet anbudssökande inte har minskats till det maximala antal som sedan skulle bjudas in. Enligt förvaltningsrätten är det inte visat i målet att Kollegiet har utformat kriterierna så att det inte leder till en reell selektering

så som bolaget gjort gällande. Förvaltningsrätten har vid denna bedömning beaktat att det inte är möjligt att förutse hur många anbudssökande som har ett intresse av att lägga anbud samt hur många och i vilken mån anbudssökandena kommer att uppfylla begränsningskriterierna. Även om det enligt bolaget kan ha funnits andra bättre lämpade förfaranden, finns det enligt LOU inte någon begränsning för när ett selektivt förfarande får användas (se prop. 2015/16:195 s. 495). Vidare konstaterar förvaltningsrätten att en upphandlande myndighet, som i ett selektivt förfarande uppställt en gräns för hur många anbudssökande som maximalt ska bjudas in till att lämna anbud, är förhindrad att bjuda in samtliga anbudssökande som erhåller full poäng om antalet anbudssökande överstiger det maximala antalet som ska bjudas in. Bolagets invändning om att Kollegiet använt sig av ett selektivt förfarande medför därmed inte något ingripande mot upphandlingen.

Begränsningskriterier

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Kollegiet har tillämpat begränsningskriterier som strider mot 14 och 15 kap. LOU. Kriterierna måste beröra den ekonomiska och finansiella ställningen och/eller den yrkesmässiga kapaciteten samt vara lämpade för att selektera de leverantörer som är mest kapabla att fullgöra uppdraget. Kriterierna måste vidare bedömas enligt proportionalitetsprincipen i förhållande till syftet med selekteringen och alla anbudssökande som uppfyller kriterierna ska enligt likabehandlingsprincipen behandlas på samma sätt. Gränsen för nivån på dessa kriterier får enligt proportionalitetsprincipen endast gälla upp till den nivå som Kollegiet har behov av. Kriteriet ”erfarenhet och referensuppdrag” är tillåtet att ställa enligt 14 och 15 kap. LOU som ett kvalificeringskriterium. Ett sådant bakåtsyftande kriterium säger dock inget om vem som är bäst lämpad att utföra uppdraget och saknar därför en koppling mellan det syfte som ska uppnås och kriteriets innebörd. Inte heller kriteriet som ger poäng för det antal konsulter som har levererats enligt referensuppdragen är

ägnad att identifiera den leverantör som är bäst lämpad. Referensuppdragen talar enbart om vad som har utförts och innebär i många fall att konsulterna dessutom är uppbundna i dessa uppdrag. Kriteriet går långt utöver vad som krävs och är därmed inte tillåtet. I stort sett samtliga selekteringskriterier går längre än vad som är nödvändigt när det handlar om att premiera olika egenskaper hos leverantörerna. Vad gäller kvalitetsledningssystem är det inte nödvändigt med en ISO-certifiering för att kunna utföra uppdraget. Kollegiet har vidare, vad gäller omsättning, inte visat på hur det skulle vara nödvändigt med en omsättning på 50 miljoner kronor per leverantör. Bolaget ifrågasätter vidare kriteriet kompetensområde eftersom det saknas i 14 och 15 kap. LOU. Ska detta användas måste det i så fall ingå som ett absolut krav i kravspecifikationen eller som ett utvärderingskriterium vid det slutliga valet av leverantör.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. De begränsningskriterier som har använts är tillåtna. Kollegiet har i Inbjudan tydligt angett de begränsningskriterier som kommer att tillämpas. De 13 kriterier som uppställts i två steg rör leverantörens förmåga att fullgöra kontraktet vad avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 14–15 kap. LOU. Kriterierna är objektiva, proportionerliga och noggrant utvalda för att avgöra vilka leverantörer som är bäst lämpade att fullgöra kommande kontrakt. Kriterierna har vidare poängsatts utifrån hur stort värde Kollegiet tillmäter respektive kriterium. Begränsningskriterier som beaktar anbudssökandens yrkesmässiga och tekniska kunskap eller kapacitet har i förarbetena anförts som lämpliga kriterier för urval av anbudssökande. Tidigare erfarenhet av sådana uppdrag som upphandlingen avser är en form av teknisk och yrkesmässig kapacitet varför kriteriet avseende erfarenhet och referensuppdrag är tillåtet. De avrop som genomförs från ramavtalet varierar stort i omfattning och komplexitet varför ett begränsningskriterium som premierar sökande med erfarenhet av många olika uppdragsgivare,

inom flera olika kompetensområden, måste anses såväl proportionerligt som relevant.

Vad gäller begränsningskriteriet avseende antal konsulter avser kriteriet inte sökandens leveranskapacitet vad gäller konsulter. Kriteriet tar istället sikte på anbudssökandens tekniska och yrkesmässiga kapacitet i form av tidigare erfarenhet av leveranser, motsvarade de som kommer att bli aktuella i kommande kontrakt. Kriteriet innehåller inget absolut krav vad gäller antal konsulter utan är relativt på så sätt att en anbudssökande som har använt fler konsulter i sina referensuppdrag än andra, premieras eftersom den relativt sett anses vara bättre lämpad att fullgöra kommande kontrakt. Eftersom begränsningskriteriet är relativt saknar det absoluta antalet konsulter betydelse. Däremot har det betydelse om en anbudssökande har mer tidigare erfarenhet av uppdrag med många konsulter i jämförelse med övriga. Kommande leverantörer måste kunna genomföra såväl enkla som komplexa uppdrag där ett stort antal konsulter med olika kompetensnivåer och roller behöver samordnas för att åstadkomma avtalat resultat. Ett kriterium som tar hänsyn till erfarenhet är lämpligt för att avgöra vilka anbudssökande som är bäst lämpade att fullgöra uppdraget i fråga. Detta aktualiseras vidare först när övriga 12 begränsningskriterier inte lett till det angivna urvalet. Kriteriet måste därför anses vara ett såväl proportionerligt som relevant kriterium. Kollegiet förstår inte varför bolaget ifrågasätter begränsningskriterierna avseende kvalitetsledningssystem, omsättning och kompetensområden eftersom bolaget uppfyller kriterierna och erhållit full poäng. Bolaget har, oavsett kriteriernas innehåll inte lidit skada till följd av begränsningskriterierna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har anfört att i stort sett samtliga begränsningskriterier går längre än vad som är nödvändigt när det handlar om att premiera olika egenskaper hos

leverantörerna och att kriteriet ”erfarenhet och referensuppdrag” samt kriteriet som ger poäng för det antal konsulter som har levererats enligt referensuppdragen inte är ägnade att identifiera de leverantörer som är bäst lämpade att utföra uppdraget.

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

Vad gäller kriteriet ”erfarenhet och referensuppdrag” anser förvaltningsrätten följande. Den upphandlande myndigheten kan ställa krav för att se till att leverantörerna förfogar över nödvändiga resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet. De upphandlande myndigheterna får särskilt kräva att leverantörerna har tillräcklig erfarenhet som visas med lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt. Förvaltningsrätten anser att det inte framkommit annat än att Kollegiets kriterium på ”erfarenhet och referensuppdrag” varit kopplat till föremålet för upphandlingen samt även lämpligt och nödvändigt för att säkerställa uppdragets fullgörande. Förvaltningsrätten anser att bolaget inte visat att kriteriet strider mot proportionalitetsprincipen eller LOU i övrigt.

Vad gäller kriteriet som avser poängsättning utifrån totala antalet angivna konsulter i aktuellt anbudsområdes referensbilagor anför förvaltningsrätten följande. 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. Enligt förvaltningsrätten tar kriteriet sikte på flest antal konsulter i de referensbilagor som leverantörerna själva angett och inte flest antal konsulter totalt. 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. Poängsättningen har vidare påverkats av vad övriga anbudssökande angett. Förvaltningsrätten anser 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 vid 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. Det finns därför inte skäl för ingripande av upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört.

Vad gäller bolagets invändningar mot övriga begränsningskriterier anser förvaltningsrätten i likhet med Kollegiet att bolaget inte kan anses ha lidit skada av eventuella brister avseende dessa kriterier, då bolaget har tilldelats full poäng för de angivna kriterierna. Det finns därmed inte heller skäl för ingripande av upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört i denna del.

Lottning

Som ovan angetts framgår av punkt 3.2 i Inbjudan att särskiljning kommer att ske genom lottning under överinseende av notarius publicus, i det fall två eller fler anbudssökande i något anbudsområde fortfarande ligger på delad sista plats för selektering med samma poäng.

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Lottningen som använts i selekteringsfasen är otillåten. EU-domstolen har i mål C-360/89 (Kommissionen vs. Italien) konstaterat att det är vad som framgår av upphandlingsdirektivets och LOU:s regler om kvalificering som är tillåtet

att använda vid selekteringen i ett selektivt förfarande. Lottning är inte uppräknat där. Även i litteraturen förs samma uppfattning fram. Majoriteten av de författare som har en annan uppfattning konstaterar endast att ”lottning är tillåtet” utan att göra en analys i förhållande till de grundläggande principerna. Den författare som gör en mer djupgående analys är Arrowsmith. Hennes analys talar för att lottning inte är tillåten. Vad gäller Högsta förvaltningsdomstolens avgörande saknar denna prejudikatvärde vad gäller bl.a. lottning i allmänhet. Utöver praxis från EU-domstolen faller lottningens tillåtlighet även på frågan om proportionalitet. Lottning är inte nödvändigt och det finns mindre ingripande åtgärder. När ett konstaterande har gjorts att ett visst antal anbudsgivare erhåller samma poäng och är lämpade på samma nivå, innebär en lottning att andra skäl än att välja den bäst lämpade leverantören tillämpas. Lottning är därför inte heller lämpligt eller effektivt.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. I fråga om tillåtligheten av lottdragning i urvalsfasen har det framförts skilda uppfattningar i såväl rättsfall som i litteraturen. När flera lika anbudsansökningar har lämnats vid ett selektivt förfarande, där ett färre antal ska selekteras, ligger det nära till hands att skilja anbuderna åt genom lottning. HFD har slagit fast att lottning är ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Även om avgörandet inte berör lottdragning vid begränsning av antalet anbudssökande går det av avgörandet att dra slutsatsen att lottdragning även är tillåtet vid begränsning av antalet anbudssökande som ska bjudas in. Bolaget har vidare hänvisat till EU-praxis (C-360/89) och Arrowsmiths tolkning av denna. Arrowsmith menar dock att domstolen inte uttryckligen tar hänsyn till lottning och liknande metoder och att avgörandet sannolikt kan tolkas som att det endast avser urval baserade på materiella begränsningskriterier. Vidare lyfts frågan om att en ändrad ordalydelse i 2004-års direktiv medför en ökad sannolikhet för att bredare begränsningskriterier är tillåtna idag. Kollegiet anser att

avgörandet sannolikt saknar betydelse för frågan om lottdragning är tillåten i urvalsfasen. Om lottning kan spela en avgörande roll i en utvärdering av anbud kan lottdragning enligt Kollegiet också vara en tillåten och lämplig metod samt spela en avgörande roll i urvalsfasen för att hantera en situation när lika fall står mot varandra. Detta har även stöd i litteraturen. Lottning medför inte heller några negativa effekter för berörda anbudssökande eftersom den inte gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Lottdragning är vidare en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Om lottning inte hade kunnat tillämpas, hade upphandlingen behövt göras om i dessa anbudsområden. Lottning har därför varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Bolaget har inte visat att lottning är otillåten vid begränsning av antalet anbudssökande.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kollegiet har valt lottning som en slutlig särskiljning av anbuden och metoden för detta har framgått av Inbjudan. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i upphandlingslagstiftningen eller av praxis framgår om lottning 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 bl.a. uttalat 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 huruvida 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.

Som ovan nämnts finns det inte 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 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 Kollegiets tillämpning av lottning, för att välja ut de anbudsökanden som skulle bjudas in för att lämna anbud, inte står i strid med LOU eller de grundläggande unionsrättsliga principerna.

Ändrade förutsättningar i upphandlingsdokumentet

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Kollegiet har ändrat på de krav som ställts i steg 1 genom att tillåta att de inbjudna leverantörerna fått komplettera med bl.a. nya underleverantörer och konsulter/referensuppdrag. Det har visat sig att leverantörerna, när de skulle bevisa sin kapacitet i steg 2, inte hade den angivna kapaciteten varför de fått lägga till nya underleverantörer. En sådan möjlighet innebär att leverantörer som inte skulle ha tilldelats full poäng i steg 1 och som rätteligen inte skulle ha godkänts ändå har blivit inbjudna att lämna anbud i steg 2. Detta innebär att fel leverantörer har selekterats i steg 1. Kollegiet har förändrat förutsättningar som påverkar selekteringen. Om selekteringen hade gjorts på ett korrekt sätt hade bolaget selekterats för samtliga områden och därmed bjudits in. Kollegiet har angett att kompletteringen inte gällde kraven i steg 1 utan i steg 2. Bolaget menar att detta är felaktigt men anser samtidigt att det är Kollegiet som har tillgång

till all information och därför är den enda som har möjlighet att visa på hur det faktiskt förhåller sig i denna fråga.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. Det är olika saker som utvärderas i anbudsfasen jämfört med urvalsfasen. Utvärderingarna i de olika faserna är fristående från varandra. I urvalsfasen bevisas och kontrolleras sökandenas kapacitet. Har inte en anbudssökande tillräcklig egen kapacitet finns en rättighet enligt LOU att åberopa annat företags kapacitet. Kollegiet kan inte begränsa denna rättighet. I anbudsfasen utvärderas tjänsten i syfte att identifiera de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga. Tilldelningskriterier och förutsättningar för att uppfylla dessa har inte med kapacitet eller urvalsfasen i övrigt att göra. Åberopade företag ska således inte läggas till i anbudsfasen. Underlaget inför anbudsfasen är inte heller nödvändigtvis helt känt för anbudssökande vid urvalsfasen, vilket innebär att kraven på tjänsten och förutsättningarna för anbudsgivning specificeras i Inbjudan. Kollegiet har i Inbjudan specificerat att inbjuden anbudssökande kan uppfylla tilldelningskriterier genom att lägga till underleverantörer. Redan i urvalsfasen framgick det tydligt av svar på fråga 32 och 230 att underleverantörer inte behövde redovisas redan i urvalsfasen och att underleverantörer får läggas till under ramavtalsperioden. Det är nödvändigt att ramavtalsleverantören har möjlighet att använda underleverantörer eftersom krav gällande specifika konsulttjänster kan variera i förnyade konkurrensutsättningar. Konsulter kan exempelvis avsluta sin anställning. Kollegiet har därför tillåtit inbjudna anbudssökande att lägga till underleverantörer för att bevilja uppfyllnad av tilldelningskriterier i anbudsfasen. Om förvaltningsrätten anser att Kollegiet agerat fel genom att tillåta att de inbjudna anbudssökandena fått lägga till underleverantörer i anbudsfasen, anser Kollegiet att bolaget inte har konkretiserat hur bolaget lidit skada, eftersom det enbart är hänförligt till anbudsfasen och bolaget inte deltagit i denna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I punkt 2.5 i Inbjudan anges att anbudssökanden vid behov kan stödja sig på återopade företag för att uppfylla krav. Det anges vidare att bilaga Åberopat företag ska fyllas i och bifogas ansökan och att Kollegiet kan begära att bilagan kompletteras efter sista ansökningsdag, utan att det innebär tillförande av ny information, då den tillhör kvalificeringskrav/begränsningskriterier. I punkt 10.3.1 i Inbjudan anges att det med underleverantör avses en juridisk person som ramavtalsleverantören anlitar för att fullgöra hela eller delar av det åtagande som följer av ramavtalet och kontrakt. Kollegiet har som svar på fråga 32 och 230 i funktionen ”frågor och svar” angett att det inte är möjligt att lägga till återopat företag senare i anbudsprocessen då det av anbudsansökan ska framgå att upphandlingens krav på ekonomiskt och finansiell samt teknisk och yrkesmässig kapacitet och begränsningskriterier uppfylls. Det har vidare förtydligats att underleverantörer inte behöver redovisas vid anbudsansökan utan att dessa kan läggas till fritt under ramavtalsperioden vid leveranser och fullgörande av kontrakt. Bolaget har bl.a. gjort gällande att detta är felaktigt, men samtidigt angett att det är Kollegiet som har tillgång till all information och därför är den enda som har möjlighet att visa på hur det faktiskt förhåller sig i denna fråga.

Förvaltningsrätten anser att Kollegiet på ett tydligt sätt redogjort för anbudssökandens möjligheter att återopa företag och underleverantörer. Mot denna bakgrund och med hänsyn till vad bolaget anfört om att det är Kollegiet som har tillgång till all information anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Kollegiet har handlat i strid med LOU genom att ändra förutsättningarna i upphandlingen. Bolaget har inte heller visat att Kollegiet har handlat i strid med upphandlingsdokumenten. Det finns därmed inte heller skäl för ingripande av upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Tid för inlämnande av komplettering

I punkt 5.1.4, 6.1.4 och 7.1.4 under rubriken Erfarenhet och referensuppdrag för anbudsområde 2–4 i Inbjudan anges bl.a. följande. Anbudssökande ska ha sådan erfarenhet som behövs för att ramavtal och kontrakt ska kunna fullgöras och detta styrks genom att sökanden bifogar eller omgående på begäran av Kollegiet inkommer med minst tre stycken bilaga Referensuppdrag för respektive anbudsområde. Anbudssökande kan bifoga eller inkomma med mer än tre stycken bilaga Referensuppdrag och erhålla poäng för ytterligare bifogade bilagor på angivet sätt. Poäng erhålles emellertid inte för bilagor som omfattas av det obligatoriska kravet. Poäng kan erhållas för upp till sju stycken bilagor som är korrekt ifyllda och signerade samt bifogas ansökan med referens till denna fråga eller skickas in omgående på begäran av Kollegiet som kompletterande dokument.

Kollegiet har den 6 november 2020 skickat ut ett e-postmeddelande till samtliga anbudssökande som uppfyllt kraven, med en begäran om att anbudssökandena ska skicka in kompletterande dokument i form av bl.a. bilaga Referensuppdrag för respektive anbudsområde. Det angavs vidare att dokumenten skulle vara Kollegiet tillhanda den 10 november 2020. Kollegiet har därefter den 9 november 2020 skickat ut ett publikt informationsmeddelande om att det är sökandes ansvar att ha uppsikt över om meddelanden angående upphandlingen hamnar i eventuell skräppost etc. Därtill har Kollegiet den 12 november 2020, genom ett publikt informationsmeddelande, påmint sökandena om att inkomma med kompletterande dokument enligt tidigare utskick den 6 november 2020 och att eventuella dokument ska inkomma senast den 13 november 2020 kl. 12.00.

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Efter Kollegiets meddelande den 9 november 2020 upptäckte bolaget att meddelandet från Kollegiet hade

fastnat i skräpkorgen. Meddelandet hade hamnat där för att Kollegiet hade skickat ut frågeställningen med en annan avsändare än tidigare. Visserligen har mailet skickats från Tendsign men ”on behalf of Sara” vilket inte har skett tidigare. Vidare har mailet inte skickats via Tendsigns funktion för ”frågor och svar” såsom anges i punkt 2.6.1 i Inbjudan. Tidsfristen för att inkomma med kompletteringar förkortades på grund av detta från knappt fem dagar till mindre än två dagar. På grund av tidspressen placerade bolaget referenserna i område 2 och 3 i fel brevlåda. Samtliga referenser fanns med i anbudet, men tre av dessa, som var avsedda att ge en hög poäng användes istället för att uppfylla ska-krav, medan referenserna som var avsedda för att uppfylla ska-krav användes för att få poäng och dessa uppdrag gav därför en lägre poäng. Hade Kollegiet förlängt tidsfristen redan i början, hade den extrema tidspressen och misstaget inte uppstått. Det föreligger således kausalitet mellan Kollegiets felaktiga e-postmeddelande och bolagets misstag gällande inlämnade uppdrag. Genom att i efterhand ge övriga anbudsgivare ytterligare tidsbrist har upphandlingen inte genomförts transparent eller likabehandlande eftersom bolaget i praktiken fått förhålla sig till den tidigare tidsfristen och därigenom inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. Av avsnitt 2.4.2 i Inbjudan framgår att Kollegiet använder sig av verktyget TendSign för all hantering i samband med upphandlingsärendet. Begäran har inte skickats via funktionen för ”frågor och svar” så som bolaget gör gällande. Begäran om att lämna in kompletterande dokument är individuellt och skickades enbart till de anbudssökande som uppfyllde de administrativa kraven i upphandlingen. Det är anbudssökandens ansvar att ha uppsyn över kommunikationen som förmedlas i och via detta verktyg. Kollegiet kan inte lastas för att bolaget inte har uppsikt och det är därför enbart bolaget som ansvarar för sin påstådda tidsnöd genom att meddelandet som skickades den 6 november inte upptäcktes förrän den 9 november. Kollegiet ställer sig

vidare frågandes till bolagets påstående om att meddelandet skickats med annan adress då Kollegiet har använt sig av den enda adress som anges i Inbjudan. I Inbjudan anges vidare att kompletterande dokument redan ska finnas tillgängliga då dessa ska lämnas in utan dröjsmål på Kollegiets begäran. Kollegiet har vidare på fråga 353 och 364 i ”frågor och svar” förtydligat att med ”omgående” och ”utan dröjsmål” avses inom 1-2 arbetsdagar. Anbudssökande har, med hänsyn till angiven ansökningstid, haft minst 44 dagar på sig att ta fram kompletterande dokument. En normalt omsorgsfull anbudssökande har naturligtvis kompletterande dokument redo på sista ansökningsdag för att kunna lämna in utan dröjsmål. Kollegiet kan därmed inte lastas för bolagets påstådda misstag om att det lagt referenserna i anbudsområde 2 och 3 i fel brevlåda. Kollegiet har inte heller varit skyldig att förlänga tidsfristen men valde att förlänga denna för samtliga anbudssökande varför även bolaget haft möjlighet att lämna in nya eller uppdaterade kompletterande dokument inom den nya tidsfristen. Tillvägagångssättet för att göra detta har varit detsamma som när bolaget lämnade in kompletterande dokument vid första tillfället. Bolaget hade bl.a. kunnat ange att dokumenten kompletterar eller ersätter tidigare dokument. Även om någon förlängning inte hade skett hade det blivit samma utfall eftersom varken bolaget eller någon annan använde sig av möjligheten att lämna in nya uppgifter i kompletterande dokument som påverkade krav eller kriterieuppfyllnad. Bolaget har därför inte lidit skada.

Det har vidare i Inbjudan varit tydligt att poäng inte ges för obligatoriska referensuppdrag då det tydligt anges att poäng kan erhållas för referensuppdrag *utöver* obligatoriska referensuppdrag. Kollegiet har vidare på fråga 4 förtydligat att poäng inte ges för obligatoriska krav. Respektive anbudsområdes bilagor för referensuppdrag har även numrerats av anbudssökandena. I exempelvis bilaga Referensuppdrag anbudsområde 2 framgår att 1–3 ska anges för obligatoriskt krav och 4–10 för eventuella poäng. Bolaget har själv numrerat bilagorna och Kollegiet har bedömt och

utvärderat dessa enligt beskrivningen i Inbjudan. Bolaget har erhållit poäng för bilagor numrerade 4–10. Att bolaget begått ett misstag eller hamnat i påstådd tidsnöd kan Kollegiet inte lastas för.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i Inbjudan tydligt anges att sökandena ska styrka erfarenhet och referensuppdrag genom att till ansökan bifoga dokument eller omgående på begäran av Kollegiet inkomma med efterfrågade dokument. Kollegiet har angett att det med omgående i funktionen ”frågor och svar” förtydligats att detta innebär 1–2 dagar. Detta har inte ifrågasatts av bolaget. Bolaget har invänt att Kollegiet har skickat sin begäran på annat än sedvanligt sätt och att meddelandet därför hamnat i skräpkorgen. Det framgår dock inte annat än att Kollegiet har skickat meddelandet via den adress som anges i Inbjudan. Det är därmed inte visat att Kollegiet har skickat meddelandet på ett sådant sätt att det automatiskt hamnar i skräpkorgen. I Inbjudan anges vidare att *alla frågor om upphandlingsdokumenten* ställs till och besvaras via Tendsign. Det framgår därmed enligt förvaltningsrätten inte att även meddelanden av detta slag skulle skickas via Tendsigns ”frågor och svar” såsom bolaget gör gällande. Bolaget har vidare invänt att det på grund av misstag eller tidsnöd numrerat referensuppdragen felaktigt och därför erhållit lägre poäng. Förvaltningsrätten anser att det faktum att bolaget tagit del av information som skickats till den av bolaget angivna adressen först den 9 november 2020 under de angivna omständigheterna får ligga bolaget till last. Oaktat detta har Kollegiet dessutom den 12 november 2020 beslutat att förlänga tidsfristen till den 13 november 2020 kl. 12.00. Bolaget har därför, i likhet med övriga anbudsökanden, haft möjlighet att komplettera sina dokument. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte är visat att Kollegiet har agerat i strid med LOU på det sätt som bolaget har gjort gällande. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att bolaget har erhållit poäng på det

sätt som angetts i Inbjudan, dvs. för andra referensuppdrag än de obligatoriska. Det finns därmed inte skäl för ingripande av upphandlingen i denna del.

Kontroll av lämnade anbud

Bolaget har i huvudsak anfört följande. Kollegiet har både i Inbjudan och i ett informationsmeddelande upplyst om att en kontroll av inlämnade referensuppdrag skulle komma att ske. Kollegiet har vidare i fråga 230 upplyst om att det inte skulle vara tillåtet att senare under processen lägga till återopade företag. Det kan inte uppfattas på annat sätt än att Kollegiet avsåg att göra kontroller på att insänt material var korrekt då det dels skett i tidigare upphandlingar och eftersom upphandlingen avser en väldigt stor andel av den offentliga affären inom IT-området i Sverige. Eftersom Kollegiet endast gjort stickprovskontroller, har varken Kollegiet eller någon annan någon kunskap om vilka leverantörer som uppfyllt kraven i steg 1. Alla handlingar lämnas in genom mallar som utformats av Kollegiet och som på ytan ser vederhäftiga ut, oavsett faktiskt innehåll. Kollegiet har inte använt den kontrollmetod som visar på vilka leverantörer som uppfyllt kraven och vilka som har chansat. En sådan kontroll är inte lagenlig eller tillräcklig.

Med hänvisning till antalet uppdrag i relation till omsättning hos vissa anbudsgivare samt bolagets vetskap om dessa, finns det anledning att ifrågasätta korrektheten hos flera av de inlämnade anbuden. Ett exempel är en anbudsgivare som hade en omsättning på cirka 795 miljoner kr och som angivit totalt cirka 4 500 uppdrag, vilket ger en omsättning om cirka 3,7 miljarder kr. Med det antal konsulter som har erbjudits, borde anbudsgivaren ha en väsentligt högre omsättning än vad de hade för det senaste fastställda räkenskapsåret. Kollegiet måste ha förstått detta och har därmed

haft en skyldighet att genomföra kontroller. Detta gäller även om anbudsgivarens uppdrag rör ett antal anbudsområden. Det är Kollegiet som har att visa att de leverantörer som gått vidare till steg 2 verkligen uppfyller kraven i steg 1.

Kollegiet har i huvudsak anfört följande. Det framgår varken av förarbetena eller praxis att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i en anbudsansökan i sig är riktiga. Någon skyldighet att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan därför inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Vad Kollegiet måste kontrollera framgår av LOU och Inbjudan. Av Kollegiets meddelande den 29 september 2020 framgår att anbudssökande *ska kunna* visa upp beställningar och fakturor som påvisar kompetensområde, antal konsulter och omfattning/tid. Kollegiet har gjort samtliga nödvändiga kontroller. Kollegiet har genomfört ett antal kontroller bl.a. avseende den anbudsgivare som bolaget ifrågasätter. Dessa stickprovskontroller resulterade inte i någon förändring. Kollegiet har inte funnit anledning att vidta ytterligare kontroller eller misstänka något annat fel i upphandlingen. Den anbudsgivare som bolaget menar har angivit 4 200 konsulter, har för anbudsområde 2, angivit 360 konsulter och 1 725 konsulter för anbudsområde 4. Det högsta antalet konsulter saknade betydelse eftersom det var de sju anbudssökande som hade högst antal konsulter i sina referensuppdrag som erhåller poäng. För att erhålla poäng och gå vidare i anbudsområde 2 var gränsen 112 konsulter. Gränsen för anbudsområde 4 var 396 konsulter. Kollegiet bestrider därmed bolagets påstående.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den upphandlande myndigheten har varken enligt LOU eller dess förarbeten någon skyldighet att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud

avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga, såvida omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Förvaltningsrätten konstaterar att det av Kollegiets meddelande framgår att sökandena ska kunna visa upp bl.a. antalet konsulter. Detta innebär emellertid inte att Kollegiet har varit skyldigt att kontrollera varje anbudsgivares lämnade uppgifter. Bolaget har vidare gjort gällande att Kollegiet inte har vidtagit tillräckliga kontroller trots att det i vart fall avseende en anbudssökande funnits skäl att ifrågasätta lämnade uppgifter. Av utredningen i målet framgår emellertid att Kollegiet, på grund av det jämförelsevis höga antalet konsulter i denna anbudssökandes uppdrag, genomfört en verifiering av referensuppdragen genom stickprov i anbudsområde 4. Kontaktpersoner för två referensuppdrag kontaktades och det kunde konstateras att angivna konsulter och kompetensområden överensstämde med leveranser under angiven tidsperiod. Mot bakgrund av vad som framkommit anser förvaltningsrätten att Kollegiet får anses ha vidtagit tillräckliga åtgärder avseende denna anbudssökande. Bolaget har i övrigt inte närmare redogjort för på vilket sätt Kollegiets agerande avseende andra anbudssökande skulle strida mot LOU. Det finns därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl för att ingripa i 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 (FR-05).

Ulrika Berg

Rådman

Specialistföredraganden Narin Demirel har föredragit målet.



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 nyårsafton, 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 rättstillämpningen.
- 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.

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.