



Nytt avgörande från HFD godkänner lottning för urval av anbudsgivare vid offentlig upphandling



Charlotte Brunlid
Advokat, Special Counsel



Åke Larsson
Jurist

Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") har nyligen meddelat en dom som innebär att lottning kan användas som urvalsmetod av likvärdiga leverantörer i selektiv upphandling. Domen innebär att leverantörer får räkna med att lottning kan få en avgörande betydelse redan i ett tidigt skede vid offentlig upphandling. Domen tydliggör att lottning kan aktualiseras redan om de kvalificeringskriterier som ställts inte räcker till för att begränsa antalet leverantörer som ska bjudas in att få lämna anbud vid en selektiv upphandling.

Bakgrund

Offentlig upphandling som genomförs med selektivt förfarande innebär att upphandlingen genomförs i två steg. I det första steget väljs ett antal leverantörer, som sedan i det andra steget bjuds in att lämna anbud. Antalet leverantörer som väljs ut ska vara minst fem (om så många finns på marknaden). Vid urvalet kan leverantörernas kvalifikationer med hänsyn till upphandlingsföremålet och deras förmåga att utföra det aktuella kontraktet jämföras.

Ett nytt mål från HFD handlar om en offentlig upphandling av IT-konsulttjänster där ett selektivt förfarande använts och där lottning aktualiserades vid urvalet av leverantörer som skulle få delta i anbudsgivningen. Den upphandlande myndigheten hade ställt krav i det första steget för att selektera tio leverantörer och redovisat att

om fler leverantörer kvalificerade sig, skulle dessa särskiljas genom lottning. Sedan begränsningskriterierna hade tillämpats i det första steget, konstaterade myndigheten att fler än tio leverantörer hade kvalificerat sig. Lottning genomfördes för att välja ut dem som skulle få fortsätta delta i upphandlingens andra steg och lämna anbud.

I domen redovisade HFD att det inte framgår av lagtext, förarbeten eller praxis vilken typ av kriterier och regler som får användas för att begränsa antalet anbudssökande, inte heller om lottning kan användas. Den upphandlande myndigheten hade angivit det högsta antal anbudssökande som skulle bjudas in att lämna anbud tillsammans med de krav som skulle gälla för att kvalificera sig som anbudssökande. Först efter att myndigheten hade tillämpat de begränsningskriterier som redovisades, tillämpades lottning som slutlig metod för att skilja anbudssökandena åt. Mot bakgrund av detta drog HFD den sammanfattande slutsatsen att förfarandet inte har brutit mot upphandlingsregelverket. Lottning godkändes därmed som sista urvals metod vid selektering av anbudsgivare.

Vad är nytt?

HFD (dåvarande Regeringsrätten) har i en tidigare dom år 2009 godkänt lottning som metod för att skilja lika anbud åt vid ett öppet förfarande. I den tidigare domen, har HFD uttalat att lottning kan användas i sammanhang där man vill låta slumpen särskilja lika anbud när det visat sig att de vanliga urvalsreglerna inte räcker till. Vidare poängterade HFD i den domen att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad och att det därför inte finns något principiellt hinder mot att använda lottning vid lika anbud.

I den nya och nu aktuella domen tog HFD fasta på det tidigare uttalandet och redovisade att de skillnader som finns mellan det selektiva och det öppna förfarandet vid upphandling inte motiverar en annan syn på lottning än den som HFD etablerade år 2009. Det förutsätter dock att myndigheten först har bedömt anbudssökandenas förmåga att utföra kontraktet utifrån uppställda kvalificerings- och begränsningskriterier.

Vilken effekt får domen?

Med HFD:s nya avgörande är det nu klarlagt att lottning inte bara är tillåtet vid öppen offentlig upphandling och vid val av slutlig leverantör, utan också vid urval av de sökande som ska få lämna anbud vid selektiv upphandling.

Kvarstår att se vilken effekten blir av det som HFD redovisar om att särskiljning av anbudssökande genom tillämpning av kvalificerings- och begränsningskriterier, är en förutsättning för att lottning ska få tillämpas. Detta resonemang kan förstås som att lottning utan föregående tillämpning av urvalskriterier i tidigare skeden än det som nu aktualiserats, exempelvis vid urval av referenser vid kvalificering av anbudsgivare, är uteslutet.

För mer information är ni välkomna att kontakta vårt upphandlings team genom Charlotte Brunlid eller Åke Larsson så berättar vi mer!

