



**KLAGANDE**

Stockholms Hamn Aktiebolag, 556008-1647

Ombud:

Advokaterna Hampus Ek och John Hane  
Foyen Advokatfirma AB  
Box 7229  
103 89 Stockholm

**MOTPART**

BTH Bygg Aktiebolag, 556447-6140

Ombud:

Advokat Anna Gustafsson  
Advokatfirman Törngren Magnell KB  
Västra Trädgårdsgatan 8  
111 53 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 8 januari 2014 i  
mål nr 27623-13, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Stockholms Hamn Aktiebolag** (Stockholms Hamn) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom avslår BTH Bygg Aktiebolags (BTH Bygg) ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan anför Stockholms Hamn i huvudsak följande. Proportionalitetsprincipen innebär i upphandlingssammanhang att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara ägnade att leda till att den upphandlande enhetens syfte med att ställa dem uppnås. Att referenterna skulle skicka in intygen direkt till Stockholms Hamn handlar inte om något krav i upphandlingen i egentlig mening utan rör sig närmast om en instruktion för på vilket sätt referenserna skulle hanteras. Syftet med utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del har varit att man skulle få så rättvisande svar som möjligt från referenterna, när dessa inte känt sig pressade av att kommunicera direkt med den som efterfrågat referenserna. Det är i upphandlingar inte ovanligt att utslutning eller prövning sker utanför en anbudsgivares eller anbudssökandes kontroll. Så sker exempelvis i de många upphandlingar i vilka uppgifter från referenser eller referensintyg inhämtas av den upphandlande myndigheten. Anbudsgivaren kan inte heller i denna situation styra referenten och det är inte heller tanken. Referenten kan, utanför anbudsgivarens kontroll, säga något oväntat som leder till att anbudsgivarens ansökan eller anbud inte uppfyller ställda krav eller tilldelas poäng i utvärderingen eller helt enkelt inte svara i telefonen. Att inhämta uppgifter eller intyg från tredje part är något som närmast kommit att utvecklas till branschpraxis i upphandlingsförfaranden.

**BTH Bygg** bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Stockholms Hamn synes tolka förvaltningsrättens dom som att det är oproportionerligt att inhämta information direkt från referent. BTH Bygg har dock uppfattat att målet snarare handlar om huruvida Stockholms Hamns

förkastande av BTH Byggs ansökan på grund av brist i uppfyllande av formkravet, avseende inskickade av tre referensintyg, varit förenligt med proportionalitetsprincipen under de rådande omständigheterna. Det är alldeles för ingripande att förkasta BTH Byggs ansökan på grund av ett formkrav som föreskriver att tre referensintyg krävs, i synnerhet som referenten alldeles uppenbart haft för avsikt att skicka in sitt intyg. Därtill har det inte framgått av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren riskerar att diskvalificeras för det fall att en referent av misstag glömmer att bifoga referensintyget.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Enligt 1 kap. 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Kammarrätten har att ta ställning till huruvida Stockholms Hamns kvalificeringskrav innebärande att tre referensintyg ska skickas per e-post direkt från referenten till Stockholms Hamn överensstämmer med proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas med upphandlingen.

Till skillnad från lagen (2007:1091) om offentlig upphandling saknar LUF bestämmelser om hur en leverantörs ekonomiska och tekniska kapacitet ska styrkas. Det finns således inget direkt hinder enligt LUF att begära in referenser för att styrka anbudsgivarens tekniska kapacitet. Det har inte heller framkommit några skäl att anse att kravet på att tre referensintyg ska

inkomma är oproportionerligt i förhållande till föremålet för den aktuella upphandlingen. Frågan är emellertid om själva förfarandet för inlämnandet av referensintygen är förenligt med proportionalitetsprincipen.

BTH Bygg har anfört att bolaget saknat rådighet över inlämnandet av referensintygen och att Stockholms Hamn, i stället för att utesluta bolaget från upphandlingen, borde ha bett bolaget inkomma med en komplettering när det stått klart att en av referenterna missat att bifoga referensintyget i sitt e-postmeddelande till Stockholms Hamn. Stockholms Hamn har anfört att syftet med att referensintygen skulle lämnas direkt till Stockholms Hamn var att referenten inte skulle påverkas av att referensintyget lämnades genom anbudsgivaren.

Kravet på att referenten ska lämna referensintyg direkt till Stockholms Hamn utgör ett formkrav för hanteringen av referenser. Vad gäller utformande av formkrav får den upphandlade enheten anses ha stor frihet så länge dessa står i rimlig proportion till syftet att underlätta genomförandet av upphandlingen och inte heller framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga (Kammarrätten i Stockholms dom den 10 september 2013, mål nr 2370-13).

Enligt kammarrättens mening finns det ett stort värde i att de referenser som lämnas ger en rättvisande bild av anbudsgivaren. Kravet på att referensintyg ska lämnas direkt från referenten till Stockholms Hamn framstår varken som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det har dessutom varit möjligt för BTH Bygg att säkerställa att referensintygen lämnats in till Stockholms Hamn genom att efterhöra med referenten om intyget skickats eller genom att be referenten att till BTH Bygg vidarebefordra det e-postmeddelande som skickats till Stockholms Hamn. Med beaktande av det anförda får det anses ha varit förenligt med proportionalitetsprincipen att ställa ett krav på att tre referensintyg ska skickas per e-post från referenten direkt till Stockholms Hamn. Eftersom bestämmelsen i 9 kap. 8 § LUF är fakultativ har det inte funnits någon skyldighet för Stockholms Hamn att begära att

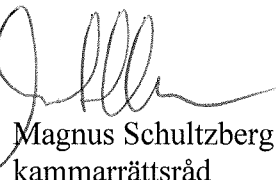
referenten eller BTH Bygg skulle inkomma med referensintyget som en komplettering till ansökningsformuläret.

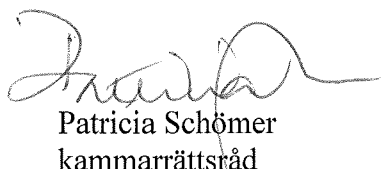
Av ansökningsinbjudan och ansökningsformuläret har det framgått att kvalificeringskraven ska vara uppfyllda för att Stockholms Hamn ska utvärdera anbudet från anbudsgivaren. Det har också framgått att anbudsgivaren måste inkomma med samtliga referensintyg i tid för att kravet på tre referensintyg ska vara uppfyllt. Eftersom BTH Bygg endast inkommit med två referensintyg inom den utsatta tiden har Stockholms Hamn haft grund för att utesluta BTH Bygg från upphandlingen. Överklagandet ska därför bifallas.


---

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

  
Christina Eng  
lagman  
ordförande

  
Magnus Schultzberg  
kammarrättsråd  
referent

  
Patricia Schömer  
kammarrättsråd

  
Eveliina Kiviniemi  
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen  
 Enhet 16

**DOM**  
 2014-01-08  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 27623-13

### **SÖKANDE**

BTH Bygg Aktiebolag, 556447-6140  
 Lundagatan 16  
 171 63 Solna

Ombud: Advokat Anna Gustafsson  
 Advokatfirman Törngren Magnell KB  
 Västra Trädgårdsgatan 8  
 111 53 Stockholm

### **MOTPART**

Stockholms Hamn AB, 556008-1647  
 Box 27314  
 102 54 STOCKHOLM

Ombud: Advokat Hampus Ek  
 Foyen Advokatfirma AB  
 Box 7229  
 103 89 Stockholm

### **SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller BTH Bygg Aktiebolags ansökan om överprövning och förordnar att Stockholms Hamn ABs upphandling ”Ramavtal omfattande byggarbeten 2013 – 2015” (diarienummer 2013-00349/E32) ska göras om.

Dok.Id 435253

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

**YRKANDEN M.M.**

Stockholms Hamn AB (Stockholms Hamn) genomför upphandlingen ”Ramavtal omfattande byggarbeten 2013 – 2015” (diarienummer 2013-00349/E32). Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Av tilldelningsbeslut den 7 november 2013 framgår att Stockholms Hamn beslutat att teckna avtal med annan leverantör än BTH Bygg Aktiebolag (BTH Bygg).

BTH Bygg ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar BTH Bygg att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts, varvid BTH Byggs anbudsansökan ska kvalificeras till att få inkomma med anbud.

Stockholms Hamn bestrider bifall till BTH Byggs ansökan.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I ansökningsinbjudan under rubriken ”Krav på referenser på utförda uppdrag” anges, såvitt nu är aktuellt, följande.

”Ansökningsgivaren ska redovisa referenser på tre (3) olika utförda uppdrag med Bygg servicearbeten. Referensuppdrag ska ha påbörjats efter 2009 och motsvarar denna ansökan. Referensen ska minst ha varit nöjd med anbudsgivarens utförda uppdrag. Redovisning sker elektroniskt på beställarens bifogade **referensblankett**. Referensintygen ska skickas med e-post direkt från referenterna till beställarens e-postadress: [upphandling6@stockholmshamn.se](mailto:upphandling6@stockholmshamn.se)

Referensintygen redovisar:

- 1) Beskrivning av entreprenaden (när, var, vad),
- 2) Omfattning på kontrakt (Summa),
- 3) Entreprenadform,
- 4) Beställare, med aktuellt telefonnummer och aktuell e-post till beställaren,
- 5) Att varje beställare minst varit nöjd med resultatet av utfört uppdrag”

BTH Bygg har bl.a. anfört följande. En av BTH Byggs referenter missade att bifoga sitt referensintyg till det e-postmeddelande som skickades till den i Anbudsinbjudan uppgivna e-postadressen. BTH Bygg hade inte någon rådighet över huruvida intygen faktiskt lämnats. Stockholms Hamn gav inte BTH Byggs referens möjlighet att förtydliga eller komplettera med det intyg som referensen alldeles uppenbart avsett att tillhandahålla Stockholms Hamn. Möjligheten att begära komplettering måste ställas mot konkurrensaspekten och proportionalitetsprincipen. En begäran om kompletterande referensintyg från Stockholms Hamn hade inte inneburit en särbehandling under förutsättning att andra anbudssökandens referenter hade behandlats på samma sätt om de missat att bifoga ett referensintyg till ett korrekt skickat e-postmeddelande. Att Stockholms Hamn underlät att begära en komplettering



avseende referensintyget har också inneburit att enheten inte tillåtit att tillgodogöra sig ytterligare ett konkurrenskraftigt anbud och på så sätt brustit i att tillvarata konkurrensen i upphandlingen. Det kan inte anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen att förkasta en anbudsansökan enbart på grund av att en referent av misstag inte bifogat ett intyg. Om BTH Bygg hade gått vidare i upphandlingen är det mycket möjligt att bolaget hade kunnat lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed fått teckna kontrakt. BTH Bygg har därför genom Stockholms Hamns agerande tillfogats skada.

Stockholms hamn har bl.a. anfört följande. Det är i målet ostridigt att det till BTH Byggs ansökan endast har ingetts två referensintyg och BTH Bygg har därigenom inte uppfyllt ställt krav. Det framgick uttryckligen av inbudans prekvalificeringskrav att referensintygen skulle vara tre till antalet och att desamma skulle skickas med e-post direkt från referenterna till beställaren för att därefter prövas enligt angivna krav. Referensintygen har, även om de skulle skickas in av den som skulle avge omdöme, varit en del av ansökan som skulle prövas mot kraven. Anbudssökande som ingett tre referensintyg klarar heller inte kraven i denna del per automatik då intygen skulle prövas mot kraven avseende konstaterad kundnöjdhet, konstaterad motsvarighet och konstaterat efterfrågat innehåll.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Stockholms Hamn, i det ovan refererade stycket i anbudsinbjudan, har ställt upp ett krav på att referensintyg ska skickas av den av anbudsgivaren uppgivna referenten direkt till den av Stockholms Hamn angivna e-postadressen. I målet är ostridigt att en av BTH Byggs referenter inte bifogade referensintyget till e-postmeddelandet.

I 9 kap. 8 § andra stycket LUF anges att den upphandlande enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras

om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Lagtexten ger således den upphandlande myndigheten en möjlighet, men inte en skyldighet, att begära en komplettering. Stockholms Hamn kan därför inte anses ha varit skyldiga att begära in en komplettering i form av det ej bifogade referensintyget.

En annan fråga är om kravet att referenten ska skicka intyget direkt till Stockholms Hamn, som är ett formkrav, är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Av förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 132) till LUF framgår att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas. I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) anges vidare att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte vara onödiga eller oproportionerliga.

I motsats till andra skall-krav saknar formkrav normalt koppling till föremålet för upphandlingen, varför en proportionalitetsbedömning med utgångspunkt i förhållandet mellan skall-kravet och föremålet för upphandlingen inte låter sig göras. Den upphandlande myndigheten får dock anses ha stor frihet vid utformandet av formkraven så länge dessa kan anses stå i rimlig proportion till syftet att underlätta genomförandet av upphandlingen och inte heller framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga (Kammarrätten i Stockholms dom den 10 september 2013, mål nr 2370-13).

Enligt förvaltningsrättens mening är det formkrav som uppställts i Stockholms Hamns anbudsinvjudan klart och tydligt formulerat, objektivt

utformat och framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Kravet att referenten ska översända referensintyget direkt till Stockholms Hamn innebär emellertid att ansökningsgivaren saknar möjlighet att tillse att ansökningen är komplett. Följden blir att anbudsgivaren riskerar att uteslutas i upphandlingens prekvalificeringsfas på grund av omständigheter utom anbudsgivarens kontroll. Stockholms Hamn har inte framfört något särskilt skäl till formkravets utformning eller att utformningen skulle vara särskilt ändamålsenlig. Mot bakgrund härav och vid beaktande av de omfattande följder kravet kan få för en potentiell anbudsgivare finner förvaltningsrätten att kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Genom att Stockholms Hamn uppställt kravet och förkastat BTH Byggs ansökning på grund av bristande uppfyllelse har BTH Bygg lidit skada.

Till följd av att åsidosättandet av proportionalitetsprincipen har medfört att BTH Bygg lidit skada finns förutsättningar för ingripande mot upphandlingen. Eftersom bristerna hänför sig till ansökningsinbjudan och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Överklagandet ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Per Eskilsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Axel Helle har föredragit målet.