



**KLAGANDE**

Keolis Sverige AB, 556473-5057

Ombud: Advokat Fredrik Linder och biträdande jurist Jesper Fahlgren  
Advokatfirman Schjødt

**MOTPART**

1. Västtrafik AB, 556558-5873

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande [REDACTED]  
[REDACTED]  
Advokatfirman Lindahl KB

2. Bergkvarabuss AB, 556294-9973 (mål nr 31-23)

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]  
Advokatfirman Glimstedt Kalmar HB

3. Connect Bus Sandarna AB, 556493-1177 (mål nr 32-23)

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]  
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 13 december 2022  
i mål nr 1256-22 och 1257-22, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning av upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

---

### YRKANDEN M.M.

Keolis Sverige AB (Keolis) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Bergkvarabuss AB:s och Connect Bus Sandarna AB:s ansökningar om överprövning.

Västtrafik AB (Västtrafik) medger bifall till överklagandet.

Bergkvarabuss AB (Bergkvarabuss) och Connect Bus Sandarna AB (Connect) motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

### VAD PARTERNA ANFÖR

#### *Keolis*

Det enda rekvisitet som anges i LOU-direktivet och lagtexten för att en tidigare ESPD ska godtas är att leverantören bekräftar att den tidigare ESPD:n fortfarande är korrekt. Detta är i linje med ESPD-systemets övergripande syfte att förenkla deltagandet och minska den administrativa bördan för både upphandlande enheter och leverantörer. Förvaltningsrätten anger i domen att *"det får anses framgå att Keolis bekräftar att uppgifterna i tidigare ESPD fortfarande är korrekta"*. Här bekräftar förvaltningsrätten således att Keolis har uppfyllt rekvisitet för att godta ESPD:n från den tidigare upphandlingen.

Trots ovanstående kommer förvaltningsrätten till slutsatsen att det inte var tillåtet för Västtrafik att godta Keolis tidigare ESPD eftersom beviskraven i de båda upphandlingarna inte var *"desamma"*. Detta ytterligare rekvisit uppställer förvaltningsrätten mot bakgrund av uttalanden i förarbetena. I denna del måste beaktas att ESPD-regleringen har sin bas i EU-direktiv och vid tolkningen av direktiv har svenska förarbeten begränsad betydelse och kan inte ha företräde framför unionsrättsliga källor.

Även om en bedömning av om kraven i de två upphandlingarna är desamma anses nödvändig, anser förvaltningsrätten felaktigt att beviskraven behöver vara desamma. Inget talar för att andra krav än kvalificeringskraven måste vara desamma/stämma överens. Keolis och Västtrafik har argumenterat utförligt i förvaltningsrätten för att kvalificeringskraven i upphandlingarna är desamma/överensstämmer. Informationen i åberopad ESPD är fortfarande korrekt och kvalificeringskraven är desamma/överensstämmer med kvalificeringskraven i den tidigare upphandlingen. Därmed finns ingen brist i bolagets anbudsansökan. Detta innebär i sin tur att det inte har skett någon otillåten komplettering av anbudsansökan när bolaget lämnade in referensuppdrag på Västtrafiks begäran. I stället var det fråga om ingivande av sådana kompletterande dokument som Västtrafik är skyldig att begära in före tilldelningsbeslut.

Under alla förhållanden skulle det stå i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta Keolis anbudsansökan. Syftet med bestämmelserna om hänvisning till en tidigare ESPD sammanfaller med det övergripande syftet med ESPD-systemet, som är att förenkla deltagandet och underlätta den administrativa bördan. Förvaltningsrättens tolkning försvårar deltagandet i offentliga upphandlingar och ålägger upphandlande enheter och leverantörer en omfattande administrativ börda att i detalj kontrollera överensstämmelsen av samtliga krav i de två aktuella upphandlingarna. Tolkningen medför även att det i princip aldrig kommer att vara möjligt att hänvisa till en tidigare ESPD eftersom kravställningarna i praktiken aldrig är desamma. Det innebär även att det ställs högre krav för att återanvända en tidigare ESPD än ge in en ny.

Det framstår som orimligt att Västtrafik ska behöva förkasta Keolis anbudsansökan på grund av en mindre skillnad i beviskraven i de två upphandlingarna, trots att Keolis har gett in kompletterande dokument som visar att samtliga krav är uppfyllda. Detta då en annan leverantör teoretiskt sett –

medvetet och i allvarlig omfattning – hade kunnat lämna oriktiga uppgifter i sin ESPD, eller underlåta att inkomma med kravställd bevisning, utan att Västtrafik hade varit skyldig att utesluta leverantören. Det vore opropor-tionerligt att ställa högre krav för återanvändning av en tidigare ESPD än kraven som gäller för ingivande av en ny ESPD eller samtliga bevis med anbudsansökan.

#### *Västtrafik*

Den tidigare inlämnade ESPD som Keolis hänvisat till omfattar samtliga krav i upphandlingen. Mot bakgrund av att ESPD utgör ett preliminärt bevis har Västtrafik innan tilldelning begärt in kompletterande bevis som styrker att Keolis anbudsansökan uppfyllt alla krav. Det har således saknats anledning – eller möjlighet – för Västtrafik att förkasta Keolis anbudsansökan. Det hade varit i strid med de upphandlingsrättsliga principerna.

#### *Bergkvarabuss*

Keolis har inte bekräftat att återopad egenförsäkran fortfarande är korrekt. Av rubriken ”Bekräftelse, tidigare ESPD” är det inte möjligt att utläsa något annat än att Keolis bekräftar att den tidigare lämnade ESPD:n återopas. Det framgår inte att uppgifterna fortfarande är korrekta.

Som förvaltningsrätten korrekt har återgivit framgår av förarbetena att en återanvändning av en tidigare lämnad egenförsäkran kräver att de krav som ställs i upphandlingen överensstämmer med de som ställdes i den upphandling där försäkran ursprungligen lämnades. I Upphandlingsmyndighetens vägledning ”ESPD-systemet”, Vägledning nr 5 (2017), anger myndigheten med hänvisning till förarbetena att kraven i den nya upphandlingen ska vara exakt desamma som i den tidigare upphandlingen. Det sagda bekräftas även av lagkommentarer.

Med ”krav” åsyftas såväl kravet som sådant, som krav på de bevis den upphandlande myndigheten har krävt för att visa att kravet är uppfyllt. Förvaltningsrättens slutsats att det inte föreligger någon skillnad mellan kvalificeringskrav och beviskrav är därmed korrekt.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har krävt bevis för att visa att ett obligatoriskt krav är uppfyllt saknar den upphandlande myndigheten följaktligen möjlighet att kvalificera ett anbud som inte innehåller de obligatoriska bevis som har efterfrågats.

Bergkvarabuss vidhåller följaktligen att det är nödvändigt att kraven, såväl vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet som de bevis som krävs för att visa att kraven är uppfyllda, överensstämmer innehållsmässigt. Så är inte fallet rörande de två upphandlingarna. Både kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet och kravet på bevis i den nu aktuella upphandlingen är mer långtgående än i den tidigare upphandlingen.

#### *Connect*

Keolis har inte bekräftat att ESPD från den tidigare upphandlingen fortfarande är korrekt. Vad som framgår är endast att Keolis bekräftar att bolaget åberopar och hänvisar till sin tidigare ESPD. Västtrafik kan inte av ett filnamn dra slutsatsen att omständigheterna och informationen som ligger till grund för de uppgifter som Keolis lämnat i den tidigare ESPD:n inte har förändrats.

Kraven i tidigare upphandling är inte heller desamma som i aktuell upphandling. I den tidigare upphandlingen räckte för att uppfylla kravet på

teknisk och yrkesmässig kapacitet erfarenhet av ett (1) referensuppdrag. Det var vidare tillräckligt att referensuppdraget avsåg resor som genomförts dagligen. I den aktuella upphandlingen krävs erfarenhet som omfattar två (2) referensuppdrag. Dessa ska ha avsett linjetrafik samt även ha omfattat verksamhet inom trafikplanering och trafikdrift av bussar inom yrkesmässig linjetrafik med tillstånd enligt yrkestrafiklagen (2012:210).

Det framgår klart och tydligt av förarbetena att en förutsättning för att använda en tidigare lämnad egenförsäkran är att den nya upphandlingen ställer samma krav som den tidigare upphandlingen. En tillämpning av de svenska förarbetena innebär inte på något sätt att förarbetena ges företräde framför unionsrättsliga källor. Vad som framgår är endast en rimlig tolkning och en naturlig följd av förutsättningarna för användandet av en tidigare lämnad försäkran.

Vad gäller vilken typ av krav som avses anser Connect, i likhet med förvaltningsrätten, att det i förarbetena inte kan utläsas att det görs någon skillnad mellan kvalificeringskrav och beviskrav. Vad som framgår av förarbetsuttalandena är att uteslutningsgrunderna i upphandlingar alltid är desamma medan kvalificeringskrav skiljer sig åt. Beviskraven är i sin tur ofrånkomligen kopplade till kvalificeringskraven.

Det följer av väl etablerad praxis att de grundläggande principerna för upphandling medför att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att anta anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Keolis kan inte läka sin bristfälliga ESPD genom att lämna in bevis i anbudsfasen. Detta är en otillåten komplettering eftersom det innebär att ny information tillförs anbudsansökan.

Syftet med ESPD är, som Keolis anför, att minska den administrativa bördan för såväl upphandlande enheter som leverantörer. Syftet är dock inte att låta leverantörerna lämna in vilken handling som helst och därigenom

kvalificera sig. Keolis synsätt, att det vore orimligt att Västtrafik ska förkasta Keolis anbudsansökan på grund av *”en mindre skillnad i beviskrav i de två upphandlingarna”*, skulle innebära stora gränsdragningssvårigheter för en upphandlande enhet. Denna bedömning ska dessutom göras vid tidpunkten för anbudsansökan, inte när de kompletterande bevisen ges in och enheten vet om kraven de facto uppfylls eller inte. En sådan tillämpning vore definitivt att motverka ESPD-systemets syfte att minska den administrativa bördan.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En egenförsäkran (ESPD) består av en formell förklaring från leverantören om att grund för uteslutning inte finns, att kvalificeringskraven är uppfyllda och att leverantören på begäran kan lämna de bevis som krävs. En sådan försäkran lämnas i ett standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt. Den upphandlande myndigheten ska godta den som ett preliminärt bevis. En försäkran som har lämnats i en tidigare upphandling ska godtas om leverantören bekräftar att den fortfarande är korrekt (se 14 kap. 3 § lagen [2016:1146] om upphandling inom försörjningssektorerna och 15 kap. 1 och 2 §§ lagen [2016:1145] om offentlig upphandling, LOU).

Frågan som kammarrätten har att ta ställning till är om Keolis anbudsansökan uppfyller upphandlingens krav avseende egenförsäkran (ESPD).

Av det aktuella upphandlingsdokumentet framgår att en anbudssökande får lämna en egenförsäkran. Det anges även att beställaren kommer att godta en ESPD som anbudssökanden har lämnat i en tidigare upphandling om anbudssökanden bekräftar att den fortfarande är korrekt, förutsatt att den tidigare ESPD:n omfattar samtliga krav enligt upphandlingen. Anbudssökande kan således välja mellan att lämna in en komplett ifylld ESPD (alternativ a i upphandlingsdokumentets punkt 5.3) eller en bekräftelse med

hänvisning till tidigare ansökan (alternativ b). I frågor och svar anges att det inte finns några formkrav för alternativ b.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis, i likhet med förvaltningsrätten, att Keolis får anses ha bekräftat att den tidigare ESPD:n fortfarande är korrekt genom att tillämpa alternativ b och bifoga dokumentet *Bekräftelse tidigare ESPD*.

Parterna är oense om huruvida återanvändning av en tidigare ESPD förutsätter att krav som ställs i upphandlingen rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet (kvalificeringskrav med tillhörande beviskrav) måste överensstämma med krav som ställdes i den upphandling där försäkran ursprungligen lämnades.

I förarbeten och Upphandlingsmyndighetens vägledning, som hänvisar till förarbetena, anges att kraven i den nya upphandlingen ska vara *samma/överensstämmande/exakt desamma*, som de i den tidigare upphandlingen för att en ESPD ska kunna återanvändas (se prop. 2015/16:195, s. 770 och 1099 och Vägledning nr 5 [2017] "ESPD-systemet", s. 24).

I lagtexten anges dock endast att en försäkran som har lämnats i en tidigare upphandling ska godtas om leverantören bekräftar att den *fortfarande är korrekt* (se 15 kap. 2 § andra stycket LOU). Bestämmelsen bygger på LOU-direktivet där det anges att ekonomiska aktörer får återanvända en ESPD som redan har använts i ett tidigare upphandlingsförfarande, förutsatt att de bekräftar att informationen däri *fortfarande är korrekt* (se artikel 59.1 sista stycket direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling). I ESPD-förordningen anges att ekonomiska aktörer får återanvända information som har lämnats i en ESPD från ett tidigare upphandlingsförfarande, om informationen *fortfarande är korrekt och relevant* (Kommissionens genomförandeförordning 2016/7 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, bilaga I).

Syftet med ESPD-systemet är att förenkla och minska den administrativa bördan, särskilt för små och medelstora företag, och möjligheten att återanvända information framhålls som en av flera fördelar med standardformuläret (se bl.a. skäl 84 till LOU-direktivet och bilaga I ESPD-förordningen).

EU-domstolen har påpekat att när en nationell domstol gör en tolkning av nationell rätt är den skyldig att, i den utsträckning det är möjligt, tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås, även om det finns upplysningar av motsatt innebörd om hur lagen ska tolkas i förarbetena till den nationella bestämmelsen (se bl.a. dom i mål C-371/02, EU:C:2004:275, punkt 13).

En ordning där ett återanvändande av en ESPD förutsätter att kvalificeringskraven måste vara desamma i tidigare och aktuell upphandling skulle enligt kammarrättens mening motverka de uttalade förenklings- och effektiviseringssyftena med ESPD-systemet och skulle inte heller vara transparent. Inte minst parternas omfattande argumentation i aktuella mål avseende huruvida kvalificeringskraven är desamma eller inte visar på detta. En sådan ordning skulle vidare i princip omintetgöra möjligheten att återanvända en ESPD eftersom kvalificeringskrav mycket sällan är desamma i olika upphandlingar. Det skulle även göra det mycket svårare att återanvända en ESPD än att fylla i en ny. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att det inte kan vara en förutsättning för att återanvända en ESPD att kvalificeringskraven är desamma i de båda upphandlingarna. Som ovan nämnts finns inte heller någon sådan förutsättning i lagtexten eller LOU-direktivet.

En annan sak är att den ESPD som önskas återanvändas, utöver att den måste ha bekräftats vara fortsatt korrekt, även måste innehålla den information som efterfrågas i det aktuella upphandlingsdokumentet (jfr prop. 2015/16:195 s. 1099).

I aktuellt upphandlingsdokument anges att en anbudssökande kan begränsa sig till att fylla i avsnitt a: i Del IV i formuläret. Anbudssökanden behöver därmed endast fylla i om sökanden uppfyller eller inte uppfyller kvalificeringskraven. I Keolis tidigare ESPD har Keolis, i avsnitt a i Del IV, svarat att bolaget uppfyller alla kvalificeringskrav. Mot denna bakgrund, samt att Keolis har bekräftat att denna ESPD fortfarande är korrekt, får bolaget anses ha uppfyllt upphandlingens krav i detta avseende. Det fanns därför inte anledning att förkasta bolagets anbud.

Sammanfattningsvis bedömer kammarrätten att den tidigare ESPD:n som Keolis åberopat uppfyller upphandlingens krav avseende ESPD. Skäl för ingripande på av Bergkvarabuss och Connect anförda grunder finns inte, utan Keolis överklagandet ska bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

---

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

Bengt Green  
kammarrättsråd  
ordförande

Linda Svärd  
kammarrättsråd  
referent

Morris Coskun  
adjungerat råd

Mikaela Andersson  
föredragande jurist



## 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.