



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2012-10-31
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 2752-12

SÖKANDE

IL Recycling Service AB, 556023-0194
 Box 11079
 161 11 Bromma

Ombud: Advokaterna Ewa Krokosz och Johan Molin
 Magnusson Advokatbyrå
 Box 7413
 103 91 Stockholm

MOTPART

Tekniska nämnden i Norrköping kommun
 601 81 Norrköping

Ombud: Advokaterna David Eliasson och Rikard Setterlid
 Setterlid & Eliasson Advokatbyrå HB
 Drottninggatan 69
 411 07 Göteborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012 -11- 0 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 97242

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00
E-post:

forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Norrköping kommun, genom Tekniska nämnden (Kommunen), genomför en upphandling avseende (i) insamling av hushållsavfall och materialinköp, (ii) insamling av hushållsavfall med slamsugningsfordon samt (iii) drift av returprodukter och omhändertagande av inlämnat avfall. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande och avtal ska tecknas med den leverantör som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I tilldelningsbeslut den 19 april 2012 offentliggjordes att annan än IL Recycling Service AB (ILR) hade tilldelats kontrakt och att ILR:s anbud hade förkastats med stöd av 10 kap. 2 § p. 4 LOU.

ILR ansöker om överprövning och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att ILR:s anbud ska upptas till slutlig prövning och tilldelningsutvärdering, ILR yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om och uppger att Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och annan bestämmelse i denna lag och att detta har medfört att ILR har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider ILR:s yrkanden.

Förvaltningsrätten har den 2 och 3 oktober 2012 hållit syn och muntlig förhandling i målet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Allmänt

ILR

Efter att ha vunnit Kommunens upphandling avseende insamling av hushållsavfall år 2005 ingick ILR den 26 april 2005 avtal med Kommunen. Avtalet gällde från den 1 januari 2006 till den 31 december 2010 med en

möjlighet att förlänga avtalet med maximalt två år. SITA Sverige AB (SITA) fick uppdraget att sköta driften av returprodukter dvs. Kommunens fem återvinningscentraler samt insamling och transport av slam. Av avtalet framgår bl.a. att parterna ska hålla varandra underrättade om förhållanden som kan antas vara av betydelse för uppdraget. Entreprenören ska omgående anmäla till beställaren omständigheter som hindrar eller försvårar arbetet. Beställare och entreprenör ska gemensamt verka för att förbättra kvalitet och service vid hämtningsarbetet, liksom att förbättra renhållningsarbetarnas arbetsmiljö. Entreprenör ska vidare delta i driftsmöten i erforderlig omfattning. För entreprenörens hämtningsarbete enligt ovan angivna bestämmelser gäller bl.a. att överenskomna villkor för hämtning såsom att hämtningsdagar och utförande alltid ska gälla, att tillgrepp av material som avfallslämnare lämnat för borttransport är förbjudet, att rapportering till beställaren om Kommunens föreskrifter inte följs ska ske och att två gånger per år inventera förhållandena på samtliga hämtningsställen mot systemet. Beställaren har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan bl.a. av skäl som framgår av 10 kap. 2 § 4. LOU. Beställaren har rätt att ta ut ett vite av entreprenören vid varje tillfälle som entreprenören genom, uppsåt, oaktsamhet eller försumlighet bryter mot punkt 7.3 i avtalet (kvalitet, services och arbetsmiljö). Om entreprenören framför eller parkerar fordon i strid mot gällande trafikregler, medför detta ett vite med 10 000 kr per tillfälle. Utebliven inventering enligt avtalsförslagan av förhållandena på samtliga hämtningsställen inom respektive körtur mot systemet, föranleder ett vite på 10 000 kr.

Inför den i målet aktuella upphandlingen har Kommunen i olika avseenden agerat illojalt gentemot ILR genom att läcka till pressen, sammanställa utredningar bakom ryggen på ILR, avstå från att kommunicera med ILR och lösa eventuella frågor samt samla bevis mot ILR för att sedan meddela viten på grund av såväl nya som gamla påstådda avtalsbrott. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och annan

bestämmelse i denna lag genom att inte uppta bolagets anbud till kvalificering och utvärdering.

Kommunen

Kommunen har haft rätt att utesluta ILR från att delta i upphandlingen på den grunden att ILR har gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning.

I slutet av 2011 upptäckte Kommunen att mängderna utsorterat matavfall minskat och orsaken till detta började då utredas. När utredningen pågått en tid ökade plötsligt mängderna. Den enda rimliga förklaringen till ökningen är att E.ON, på Kommunens uppdrag, den 25 november 2011 gjorde den första oannonserade kontrollen av lasten i en av ILR:s sopbilar. Kommunen bedömde det som nödvändigt att granska ILR:s samlade verksamhet enligt avtalet. Kommunens utredning har genomförts parallellt med Kommunens upphandling avseende insamlings- och transporttjänster för den kommande avtalsperioden 2013-2018.

Kommunen har begärt avtalsviten om 1,57 mnkr gällande felaktig tömning av matavfall, 16,24 mnkr gällande överlast samt 27 500 kr för otillåten insamling av farligt avfall och sammanblandning av avfall. Dessa avtalsviten är ännu inte betalda.

Med hänsyn till allvaret i och omfattningen av regelöverträdelser och andra fel i ILR yrkesutövning som Kommunen fann i sin utredning, var det oundvikligt att inte beakta dem vid prövningen av det anbud som ILR lämnat för kommande avtalsperiod.

De fel i yrkesutövningen som anges är såväl sedda var för sig som i förening av så allvarliga att Kommunen haft rätt att utesluta ILR från upphandlingen. Beslutet att utesluta ILR är, med hänsyn till felens karaktär och

relevans för den nu aktuella upphandlingen, proportionerligt. Kommunen har agerat i enlighet med LOU när ILR uteslöts från upphandlingen. Att ILR har vidtagit mer eller mindre omfattande åtgärder för att rätta sitt felaktiga beteende när detta påpekats från Kommunens sida, kan inte befria bolaget från ansvar.

Felaktig tömning av matavfall

ILR

Syftet med matavfallet är att detta ska komposteras och omvandlas till biogas. Övriga sopor från hushållen ska förbrännas för att förvandlas till värmeenergi. Matavfallet tippas på Häradsuddens omlastningsstationen som drivs av Econova. Sopor för förbränning tippas på Händelö förbränningsanläggning som drivs av E. ON.

ILR fyllde i enlighet med avtalet i en s.k. felkodsanmälan för de hushåll som inte skötte sorteringen och Kommunen hade att vidta åtgärder för att förmå hushållen att sortera avfallet på ett korrekt sätt. ILR fick en särskild hämtningsorder från Kommunen enligt vilken ILR ombads att köra en extra hämtning för insamling av de felanmälda hushållens sopor. Från år 2008, då sortering av matavfall införts i innerstaden i Norrköping kommun, fram till och med 2011 har mängden matavfall varit förhållandevis konstant. I slutet av år 2009 kvarstod alltså problem med att hushållen blandade matavfallet med annat avfall som skulle förbrännas. Bara år 2009 rapporterades 5 249 stycken felsorteringar.

I ett e-postmeddelande den 18 december 2009 ändrade Kommunen rutiner gällande matavfall. Från årsskiftet skulle ILR lämna allt matavfall vid Häradsuddens även om det fanns annat avfall i matavfallskärnen, dvs. om det var felsorterat. Undantag skulle endast göras om farligt avfall eller elektronik fanns i matavfallskärlet. I slutet av 2010 meddelade Kommunen att ILR skulle sluta felanmäla att matavfallet innehöll annat än matavfall. ILR

kunde konstatera att felsorteringen i hushållen ökade och att matkärnen fylldes med mer brännbart avfall och vice versa. Då matavfall typiskt sett är tyngre än brännbart avfall blev matavfallskärnen också lättare. Detta är sannolikt orsaken till att viktmängden av insamlat matavfall under 2011 visade sig bli mindre än under år 2010, vilket Kommunen konstaterade i slutet av 2011.

Kommunen har gjort gällande att den i slutet av år 2011 upptäckte att mängderna av matavfall hade minskat, varvid utredning om orsaken till detta gjordes. Den utredningen erhöll ILR information om först i samband med att Kommunen i brev daterat den 22 mars 2012 aviserade att den skulle komma att kräva ett vite om 17,8 mnkr av bolaget.

ILR anser att det saknas samband mellan minskningen av matavfallet i slutet av 2011 och ILR:s påstådda avtalsbrott om felaktigt utförda tippningar, av det skälet att ILR inte hade vidtagit åtgärder i januari och februari 2012 då Kommunen menar att matavfallsmängderna återigen ökade. Totalt har ILR kört ca 18 000 lass under avtalstiden. Om det varit så att Kommunen kan visa att ILR vid 157 tillfällen har tippat matavfall felaktigt på Händelö, så utgör det knappt 0,9 procent av det totala antalet tippningar som skett under avtalsperioden. I sitt sammanhang skulle de påstådda felaktigt utförda tippningarna under alla förhållanden betyda att det är fråga om ringa avtalsbrott. När ILR av Kommunen erhöll uppgifter om matavfallsutredningen vidtog ILR genast åtgärder för att kontrollera om det var så att matavfall hade tippats felaktigt. I sin utredning har ILR kunnat konstatera att det efter år 2009 vid enstaka tillfällen förekommit att matavfall tippats felaktigt på Händelö. Det har bl.a. berott på driftstörningar såsom fel på fordonet i fråga, som sedan har tagits till verkstad. I vissa fall berodde emellertid feltippningen på att chauffören inte följt aviserade regler.

Kommunen drar slutsatsen att ILR sannolikt har tippat matavfall vid Händelö förbränningsanläggning. Av Kommunens presenterade utredning kan dock endast den slutsatsen dras att tre tvåfacksbilar vid ett antal tillfällen inte har tömt last på Häradsudden. Vidare är Kommunens beskrivning av hur ILR:s tvåfacksbilar används felaktig. Tvåfacksbilarna körs nästan uteslutande på landsbygden, i glesbygden blir matavfallsfacken i fordonen inte fulla varannan dag utan detta sker var tredje dag och tippning görs därför en till två gånger i veckan.

Det bestrids att mängderna utsorterat matavfall minskat i slutet av 2011. Det framgår under alla förhållanden av Kommunens yttrande att det är obestritt att ILR vidtagit åtgärder.

Kommunen

Det är ostridigt att ILR felaktigt tömt utsorterat matavfall vid ett flertal tillfällen. Vad parterna är oense om i målet är i vilken omfattning detta har skett.

Sammanställningen som Kommunen har gjort över de tre s.k. tvåfacksbilarna visar att sopbilarna har använts för insamling av såväl matavfall som brännbart avfall i princip dagligen, att brännbart avfall lämnats i princip varje dag som insamling sker, men att matavfall inte alls eller bara vid ett fåtal tillfällen lämnats vid omlastningsstationen. Denna slutsats underbyggs ytterligare av att då förbränningsanläggningen har driftstopp körs allt avfall till omlastningsstationen. Det brännbara avfallet mellanlagras då där i väntan på att driftstoppet hävs, medan matavfallet omhändertas på sedvanligt sätt. Sammanfattningsvis visar Kommunens utredning att ILR vid ett flertal tillfällen inte har lämnat matavfallet vid omlastningsstationen som de varit förpliktigade att göra enligt avtalet utan har istället sannolikt lämnat detta vid förbränningsanläggningen.

De felaktiga tömningar av sorterat matavfall har skett under 156 veckor, med normalt minst två till tre tömningar per vecka. Kommunen har gjort en jämförelse mellan tvåfacksbilarnas tjänstevikt och den utvikt bilarna har när de lämnar förbränningsanläggningen. Genom att jämföra dessa vikter kan det konstateras om sopbilen tömt båda facken eller om sopbilen har matavfall kvar i ena facket när de lämnat förbränningsanläggningen. När sopbilen har en vikt nära sin tjänstevikt vid utvägning samtidigt som den inte lämnat något matavfall på omlastningsstationen kan slutsatsen dras att matavfallet tömts på förbränningsanläggningen. Utredningen visar att de tre tvåfacksbilarna vid ett flertal tillfällen har en vikt nära sin tjänstevikt vid utvägning från förbränningsanläggningen. Vidare framgår av utredningen att sopbilarna inte har lämnat något matavfall på omlastningsstationen. För bil 1 har 51 fall noterats, för bil 2 har 79 fall noterats och för bil 3 har 144 fall noterats.

ILR är skyldigt att meddela Kommunen om andra sopbilar används eller om extrafordon används på grund av verkstadsbesök eller liknande. Detta har inte skett och ILR har genom förfarandet försvårat en kontroll av avtal-sefterlevnaden. Kommunens utredning visar att ILR felaktigt tömt utsorterat matavfall under 156 veckor. Om ILR:s uppgifter om stillestånd och effekterna därav är korrekta, skulle det maximalt kunna medföra en reduktion med åtta veckor. Förfarandet skulle fortsatt utgöra ett allvarligt fel i ILR:s yrkesutövning.

Kört fordon med överlast

ILR

Enligt Kommunen har den efter en fördjupad analys kunnat konstatera att ILR kört fordon med överlast vid 1 624 tillfällen och därvid vid varje tillfälle brutit mot trafikförordningen och därigenom begått brott. Det är således fråga om nyttjande av fordon, trots att högsta tillåtna axeltryck/boggitryck/trippelaxeltryck/bruttovikt överskridits. För att utkräva ansvar

enligt 14 kap. 11 § trafikförordningen (1998:1276) krävs att Kommunen kan styrka att ILR varit oaktsamt eller agerat uppsåtligt genom att ha underlåtit att göra vad som ankommit på dem för att hindra att fordonen har framförts i strid med trafikförordningen. Någon oaktsamhet eller uppsåt kan inte läggas ILR till last, eftersom ILR gjort vad som ankommit på det för att hindra att fordon har framförts i strid med trafikförordningen. Om det skulle vara så att överlasten har någon betydelse för uppdragets genomförande, borde Kommunen ha informerat ILR om det för länge sedan. Mot bakgrund av att Kommunen inte tidigare har underrättat ILR om avtalsbrott på grund av överlasten kan det även av denna anledning inte vara fråga om ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Vid inpassering till Händelö och Häradsudden använder chaufförerna passerkort som hör till respektive fordon. Det förekommer att chaufförerna använder ett passerkort som tillhör ett annat fordon än det fordon som faktiskt används. Då registreras alltså fel fordon vid inpassagen och vägningen. En av bilarna som ingår i Kommunens sammanställning befann sig under tiden den 25 augusti - 15 september 2011 på verkstad. Vidare har ILR:s tvåfacksbilar under vissa perioder haft problem med den s.k. lingivaren. Då har ett fack inte alltid kunnat användas och fordonet i fråga har inte haft något matavfall att tippa, eftersom ett annat fordon använts för insamlingen av matavfallet.

Det framgår av punkt 17.0 i avtalet att ett trafikbrott måste vara begånget för att avtalsbrott ska vara för handen. Mot bakgrund av att ILR inte har lagförts för några överlasten så har inte ILR gjort sig skyldig till något avtalsbrott. I vart fall måste Kommunen styrka att ILR:s agerande utgör ett brott.

Kommunen

Avtalet mellan Kommunen och ILR innehåller en bestämmelse om avtalsvite om ILR framfört eller parkerat fordon i strid med gällande trafikregler. Kommunen har i sin undersökning kontrollerat samtliga använda sopbilars registrerade maxlastvikt hos Transportstyrelsen. Kommunen har därefter jämfört maxlastvikten med registrerade vikter enligt vågsedel från mottagnings- och förbränningsanläggningarnas vågar vid in- och utpassage. Vågarna, som används för viktkontroll av all in- och uttransport från respektive avfallsanläggning är krönta, dvs. kontrollerade och kalibrerade av ackrediterat kontrollorgan. Vågsedlarna ligger inte bara till grund för anläggningens ersättning för mottagningen av avfallet utan också transportörernas ersättningar från deras kunder. Kommunen har i sammanställningen endast tagit med de fall då mer än ett tons överlast noterats. Sålunda framgår att vid cirka 18 000 invägningar under perioden den 1 januari 2007 – 20 mars 2012 har överlast noterats vid inte mindre än 1 624 tillfällen, fördelat på 1 380 tillfällen vid förbränningsanläggningen och 244 tillfällen vid omlastningsstationen.

Varje transport med överlast kan utgöra ett brott. Varje sådan transport utgör emellertid också ett kontraktsbrott som föranleder de kontraktuella påföljder som förskrivits i avtalet. Härigenom utgör varje sådan transport ett allvarligt fel i yrkesutövningen och som i sig utgör tillräcklig grund för ett beslut att utesluta anbudet från vidare prövning. Som framgår av sammanställningen har överlast därtill förekommit återkommande vid ett stort antal tillfällen under praktiskt taget hela avtalsperioden och felen är av sådan omfattning och art att beslutet om uteslutning är väl grundat.

Varje fordon har sitt passerkort där uppgifter på bil och kund finns registrerat. Om något sådant kort förekommit, är det allvarligt och ska rapporteras till Kommunen. Kommunen har inte fått någon sådan rapport. Kommunen kan härvid konstatera att om ILR:s påstående är korrekt, har ILR brustit i

sin hantering av inpasseringskortet. Den omständighet att ILR eller dess anställda möjligen inte har lagförts för sådan gärning under perioden, ändrar inte det grundläggande förhållandet att överträdelserna faktiskt har inträffat och att de dessutom skett frekvent, regelbundet och under lång tid.

En kontroll av tjänstevikten på de enfacksbilar som lämnat matavfall på omlastningsstationen kan visa om det är enfacksbilar eller en tvåfacksbil med felaktigt inpasseringskort som har varit och lämnat matavfall. Det skiljer sig betydligt i tjänstevikt mellan en enfackbil- och en tvåfacksbil. Sammanfattningsvis framgår av utredningen att de enfacksbilar som lämnat matavfall på omlastningsstationen är enfacksbilar. Vidare framgår det att problem med lingivare funnits vid ett tillfälle och endast avsett en av sopbilarna.

Kommunen framhåller att det enligt avtalet är tillräckligt att Kommunen kan visa att ILR framfört sopbilarna i strid med gällande trafikregler för att ett kontraktsbrott ska föreligga, i detta fall att sopbilarna vid ett stort antal tillfällen framförts med överlast. Avtalet innebär inte att Kommunen måste bevisa att ILR gjort sig skyldig till trafikbrott i straffrättslig mening.

Ingånget avtal med Hyresbostäder samt mellanlagring av farligt avfall

ILR

I januari 2011 upphandlade det kommunala bostadsbolaget Hyresbostäder i Norrköping AB ett uppdrag att insamla återvinningsmaterial och grovavfall samt skötsel av miljörum avseende hela Hyresbostäders fastighetsbestånd. I detta ingår bl.a. insamling av hushållens farliga avfall däribland elavfall. På hösten 2011 vann ILR upphandlingen. Den 20 mars 2012 erhöll ILR ett brev i vilket Kommunen meddelade att ILR har begått brott mot nationell lagstiftning och kommunernas föreskrifter genom att ha ingått ett avtal med Hyresbostäder och därigenom brutit mot punkt 7.3 i avtalet vilket skulle generera ett vite om 10 000 kr. ILR har inte begått ett avtalsbrott

genom att ingå ett annat avtal som upphandlats enligt LOU av Hyresbostäder. Det finns ingen exklusivitet i avtalet med Kommunen.

Kommunen gör gällande att ILR har fått ett uppdrag att samla in elavfall från hushållen men att SITA har uppdraget att samla in farligt avfall, vilket också definitionsmässigt omfattar elavfallet. Utifrån definitionen att elavfall också är farligt avfall har Kommunen därför träffat en överenskommelse med SITA som innebär att SITA indirekt har uppdraget att också köra vissa mängder elavfall. När det gäller elavfall finns det möjlighet för ILR att få samma uppgörelse där ILR utan uppdrag av Kommunen samlar in elavfall. När det gäller farligt avfall finns enligt Kommunen ingen möjlighet till sådan uppgörelse. Som det får förstås har Kommunen gjort gällande att ILR har gjort sig skyldig till brott mot miljöbalken genom att ha ingått särskilt avtal med Hyresbostäder avseende insamling av återvinningsmaterial och grovavfall samt skötsel av miljörum. Det kan emellertid inte utgöra något lagbrott eller avtalsbrott att ingå ett avtal med det kommunala bostadsbolaget Hyresbostäder. Av avtalet från upphandlingen 2005 framgår under punkten 2.0 att avtalet omfattar att på entreprenad utföra insamling av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall i hela Norrköpings kommun. Mot bakgrund av definitionen av hushållsavfall i 15 kap. 2 § miljöbalken (1998:808, MB) omfattar ILR:s avtal med Kommunen även farligt avfall. Om det varit så att ILR inte fick ingå avtal med Hyresbostäder, har ILR varit i god tro avseende Hyresbostädernas rätt att ingå ett sådant avtal med annan än Kommunen. ILR bestriider att ILR har mellanlagrat något avfall utan tillstånd.

Kommunen

I 15 kap. 21 § MB anges att om avfall ska transporteras genom kommunens försorg, får inte någon annan än kommunen eller den som kommunen anlitar för ändamålet ta befattning med transporten. Förbudet är straffsanktionerat i 29 kap. 9 § p. 12 MB. Det har i Kommunens utredning även

framkommit att ILR agerat i strid mot författningen genom att mellanlagra farligt avfall utan att ha genomgått erforderlig miljöprovning härav. Ärendet är anmält till tillsynsmyndigheten. ILR har inte visat att mellanlagringen av det farliga avfallet skett med tillstånd eller föregåtts av anmälan till tillsynsmyndigheten.

Kommunens lagstadgade skyldighet att ta hand om hushållsavfall har av kommunfullmäktige delegerats till Tekniska nämnden och inte till Hyresbostäder. Därav följer att ILR:s ingående av avtal med Hyresbostäder utgör en kränkning av det kommunala avfallsmonopolet och att det dessutom utgör både lag- och avtalsbrott. Rätten att ta emot och transportera farligt avfall har SITA genom avtalet med returprodukter där även den s.k. miljöbilen för fastighetsnära insamling av farligt avfall ingår. Vid upphandlingen av innevarande entreprenad lämnade ILR i sitt anbud in en bilaga med en kopia av det tillstånd för transport av avfall som återropades. I tillståndet framgår det att tillståndet inte gäller transport av farligt avfall. Detta visar tydligt att ILR rimligen inte kan ha lämnat anbud som omfattar farligt avfall.

Sammanblandning av Kommunens brännbara avfall med annans avfall

ILR

I december 2011 påstod Kommunen att ILR vid ett tillfälle blandat eget avfall med Kommunens avfall och kört det till förbränning på Kommunens bekostnad. ILR bestrider detta och har granskat de bilder som Kommunen menar utgör bevis för påståendet. Skälet till chaufförens agerande vid tömningen i Ljura-området var att det även i de blå kärlden fanns sådant hushållsavfall som rätteligen skulle ha slängts i Kommunens gröna kärle. Detta innebär också att Kommunen endast har betalat för avfallsfraktioner som Kommunen rätteligen skulle stå för. Det innebär också att inget avfall som skulle ha återanvänts har förbränts.

Kommunen

ILR har uppdrag om insamling och transport av andra avfallsfraktioner än de hushållsavfall som omfattas av kommunalt ansvar. Kommunens personal har vid sina kontroller konstaterat att ILR blandat avfall som emanerar från andra fastighetsägare med Kommunens brännbara avfall och låtit tömma det gemensamt vid förbränningsanläggningen som om allt vore avfall för vilket Kommunen har ett ansvar. Konsekvenserna av ILR:s agerande är dock inte enbart ekonomiska utan innebär också att det avfall som rätteligen skulle lämnats till särskilda anläggningar för återanvändning eller materialåtervinning istället förbränts. ILR:s agerande strider mot hela det regelverk som lagstiftaren uppställt och motverkar direkt den EU-gemensamma målsättningen att producentansvarsmaterial ska tas om hand och nyttiggöras av de producenter vars verksamhet ger upphov till avfallet. Kommunens grund för uteslutning av ILR:s anbud visas inte bara av åberopade fotografier utan också av att Kommunens personal iakttagit när ILR tömt sitt eget avfall ihop med Kommunernas avfall. Enligt det anonyma brev Kommunen fått framgick att ILR:s avfall kontinuerligt blandades med Kommunens för att på så vis spara pengar. Kommunens personal gjorde då en stickprovskontroll i Ljura-området och det konstaterades att detta stämde. Vid detta tillfälle hämtade ILR brännbart hushållsavfall i området. I samma sopbil tog ILR också med avfall om inte omfattas av ILR:s uppdrag för Kommunen.

Felaktiga inventeringar

ILR

I ILR:s kontakter med Kommunen har Kommunen tidigare inte gjort gällande att felaktigheter i inventeringen skulle ligga till grund att utesluta ILR från upphandlingen. Inte heller efter det att ILR har begärt motivering för utdelningsbeslutet har detta angetts utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

ILR bestrider att anledningen till att inventeringsintervallen skulle minska till en gång per år med början år 2010 var på grund av att ILR inte korrekt genomfört tidigare inventeringar. Såvitt ILR förstått var skälet till att Kommunen tyckte att det räckte med en inventering per år, att de inventeringar som ILR tidigare genomfört medfört att den var tillfyllest med att inventeringsintervallet minskade.

ILR har efter det att Kommunen redovisat sin stickprovskontroll utfört egna stickprovskontroller av Kommunens stickprovskontroller. I dessa har det framkommit att uppgifterna i Kommunens stickprovskontroll inte stämde med de verkliga förhållandena vid den tidpunkten. Antingen är det så att ILR:s och Kommunens kontroller är slarvigt utförda och behäftade med fel eller så är det så att inventeringar är svåra att utföra. Kommunens påstående att ILR har påförts viten för felaktigheter i inventeringen är inte korrekt. Kommunen har endast gjort gällande att ett vite om 10 000 kr ska påföras ILR i detta avseende. Det bestrids att Kommunen har lidit någon skada med anledning av den påstått felaktiga inventeringen.

ILR har inte erkänt några felaktiga inventeringar. Bolaget har däremot uppgett att inventeringar är svåra att genomföra. Det kan tilläggas att trots att ILR sedan år 2006 påpekat problem med inventeringen har Kommunen för tätorterna tagit tre år på sig att ordna speciella etiketter som ska underlätta inventeringen. Kommunen synes mena att en felaktig inventering på ett hämtningsställe medför ett vite om 10 000 kr såsom avsteg från avtalet. Kommunen har gjort gällande felaktig inventering på tio hämtställen. I avtalet finns dock en vitesbestämmelse hänförlig till inventering som innebär att en utebliven inventering enligt avtalet av förhållandena på samtliga hämtningsställen inom respektive körtur mot systemet föranleder ett vite om 10 000 kr. Kommunens tolkning av avtalet är ologisk, eftersom det innebär att det för ILR hade varit mer ekonomiskt fördelaktigt att avstå helt

från att inventera än att utföra inventeringen och riskera att begå flera fel på enskilda hämtningsställen.

ILR bestrider att det inte anmält fel på landsbygden. Bolaget har löpande påtalat problematiken, men Kommunen har inte gjort något åt problemet. Det bestrids att påståendet om underlåtenhet att utan dröjsmål meddela felaktigheter till Kommunen ens ligger till grund för uteslutningsbeslutet.

Kommunen

Enligt avtalet mellan Kommunen och ILR ska ILR två gånger per år inventera förhållandena på samtliga hämtningsställen och därvid kontrollera att antalet säckar/återgångsbehållare, deras storlek och tömningsintervall stämmer överens med registreringerna i Kommunens kundsystem. Skälet till dessa inventeringar är att uppgifterna i kundsystemet ligger till grund för Kommunens uttag av renhållningsavgifter enligt den av fullmäktige antagna taxan och att uttaget av avgifter samt ILR:s ersättning ska beräknas på korrekta grunder. Till följd av att ILR inte någon gång fullföljt sitt åtagande att korrekt genomföra inventeringarna, medgav Kommunen under 2010 att inventeringsintervallen skulle minska till en gång per år. Under 2011 meddelade ILR att de inte hunnit genomföra inventeringen och Kommunen medgav att bolaget fick inge inventeringen i början av 2012. Kommunen meddelade emellertid även att vite skulle komma att tas ut om inte inventeringen genomförts korrekt. Kommunen kunde, genom egna stickprovskontroller på de hämtningsställen som ILR inventerat, konstatera att åtminstone tio av 50 kontrollerade ställen var felaktigt inventerade och redovisade.

Kommunen har påfört ILR ett vite om 10 000 kr per fastighet, totalt 100 000 kr, inte ett vite om 10 000 kr som ILR har påstått. Kommunen delar inte ILR:s bedömning att det vore mer ekonomiskt fördelaktigt för ILR att helt avstå från att inventera. En sådan medveten vägran att utföra

inventeringen skulle kunna utlösa andra kontraktuella påföljder än vite, exempelvis hävning.

Det rör sig inte om en bristfällig inventering såsom ILR påstått utan om flera bristfälliga inventeringar. De felaktigt genomförda inventeringarna står i strid med avtalet och utgör därmed kontraktsbrott. Kommunen vidhåller att ILR:s felaktiga inventeringar av förhållandena på hämtställena utgör allvarliga fel i bolagets yrkesutövning. I tilldelningsbeslutet för aktuell upphandling angavs att ”Anbud nr 4 förkastats på grund av att ILR inte skött sitt nuvarande uppdrag i kommunen på ett tillfredställande sätt”. Häri innefattas även tidigare erkända kontraktsbrott, däribland att bolaget under innevarande avtalsperiod utfört felaktiga inventeringar.

Använt för gamla fordon

ILR

I ILR:s kontakt med Kommunen har den tidigare inte gjort gällande att användning av för gamla fordon i början av avtalsperioden skulle ligga till grund för att utesluta ILR från upphandlingen. Inte heller efter det att ILR har begärt motivering för beslutet om uteslutning har detta angetts utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Frågan är reglerad mellan parterna sedan länge. Kommunen har sedan dess förlängt entreprenaden med ILR med två år och sedan bett om ytterligare förlängning med några månader.

Kommunen

ILR använde under perioden den 1 januari 2006 - 30 april 2007 äldre fordon än som tillåts enligt avtalet. Sex för gamla fordon användes under sammanlagt 146 driftsveckor. Kravet på fordonens ålder var föreskrivet i förfrågningsunderlaget och agerande utgör kontraktsbrott och har föranlett Kommunen att påföra ILR viten om totalt 1,46 mnkr, 10 000 kr per vecka och fordon. ILR har erlagt betalningen genom att avstå från vissa höjningar av kostnadsersättningar som ILR annars hade rätt till enligt avtalet.

Under våren 2007 kunde Kommunen konstatera att både ILR och SITA använde äldre fordon än som tilläts enligt respektive avtal. I ILR:s fall rörde det sig om sex för gamla fordon som användes under sammanlagt 146 driftsveckor. I SITA:s fall rörde det sig om två för gamla fordon som användes under sammanlagt 13 driftsveckor motsvarande ett vite om 130 000 kr. Sett till omfattningen och vitesbeloppets sammanlagda storlek gjorde Kommunen bedömningen att ILR:s kontraktsbrott var att bedöma som allvarligt fel i yrkesutövningen. I SITA:s fall gjorde Kommunen bedömningen att kontraktsbrottet på grund av den mindre omfattningen inte kunde bedömas som allvarligt fel i yrkesutövningen.

SITA Sverige AB (SITA)

ILR

ILR har från Kommunen erhållit uppgift om att Kommunen inte gjort någon utredning av SITA:s efterlevnad av de kontrakt som SITA har, och har haft. Vid stickprovskontroll av hushållsavfallstippningar under 2005 som ILR gjort har det framkommit att även SITA:s fordon kört med överlast. Att utesluta ILR men inte SITA strider således bl.a. mot den likabehandlingsprincip som är central inom offentlig upphandling.

Kommunen

Kommunens utredningar av ILR:s kontraktsbrott påbörjades i slutet av november 2011 som en följd av det anonyma brevet och iakttagelserna vid Ljura-området. Någon motsvarande utredning inleddes inte mot SITA, eftersom det inte funnits sådana misstankar om avtalsbrott av SITA hos Kommunen. ILR saknar därmed fog för sitt påstående om att Kommunen inte behandlat leverantörerna lika under upphandlingen.

ILR uteslöts redan i kvalificeringsfasen på grund av att bolaget gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen. ILR fick därför inte delta i

anbudsutvärderingen. Den eventuella ekonomiska skada som kan upp-
komma för ILR är inte kausal i förhållande till den omständigheten att även
annan anbudsgivare, som sedan tilldelats kontraktet, borde ha uteslutits på
grund av egna allvarliga fel i yrkesutövningen som den upphandlande
myndigheten kan bevisa. Beslutet att inte utesluta SITA från att delta i
upphandlingen har således inte lett till ekonomisk skada för ILR som ute-
slutits på egen grund. Vidare saknade avtalet med SITA för perioden den 1
januari 2002 – den 31 december 2005 villkor som bl.a. reglerade överlast.

Jäv

ILR

Verksamhetsansvarig för avfallshantering vid Norrköping kommun tillika
tjänsteman på Tekniska kontoret är gift med avdelningschefen och styrel-
seledamot hos SITA. Då verksamhetsansvarig anges som miljöansvarig för
del av den aktuella upphandlingen (iii), kan det omöjligt vara så att hon
inte deltagit eller närvarat vid upphandlingen av ärendet på ett sätt som
medför att jäv föreligger. Det erinras om att SITA har vunnit hela upp-
handlingen.

Av en promemoria den 16 januari 2012 framgår att verksamhetsansvarig
har deltagit vid den slutliga genomläsningen och kvalitetssäkringen av
upphandlingsunderlaget inför utskicket. Det framgår även från en tjänste-
skrivelse från juni 2011, upprättad av aktuell person, att hon varit med och
planerade innehållet i upphandlingsunderlaget.

Det kan konstateras att Kommunen senast i oktober 2011 påbörjade sin
utredning mot ILR. Denna utredning har lett till att ILR uteslöts från upp-
handlingen. Kommunen har samtidigt inte företagit någon utredning mot
SITA trots att SITA har begått likadana avtalsbrott som enligt Kommunen
har lagts till grund för ILR:s uteslutning från upphandlingen. Detta innebär
att Kommunen under upphandlingsprocessen inte har behandlat leverantö-

terna lika. Detta beror enligt ILR på det jäv som förelegat. Kommunen skriver bl.a. att den vidhåller att det saknas skäl att göra om upphandlingen på grund av jäv. ILR erinrar om att alldeles oavsett om upphandlingen ska göras om på grund av jäv så är omständigheterna sådana att likabehandlingsprincipen åsidosattes under upphandlingsprocessen. Likabehandlingsprincipen åsidosattes och jäv förelåg i vart fall såvitt avser uteslutningsbeslutet. ILR:s förstahandsyrkande ska alltså bifallas redan av denna anledning.

Kommunen

Verksamhetsansvarig, numera utvecklingsansvarig har inte varit med i framtagandet av förfrågningsunderlaget. Hon har inte heller deltagit i prövningen och utvärdering av inkomna anbud eller på något annat sätt tagit befattning med eller haft möjlighet att påverka upphandlingsförfarandet. Materialet har också under hela perioden förvarats på dataserver som hon inte har tillgång till. Hon har endast läst ett begränsat avsnitt där verksamheten beskrivs. Skälet till att hon ombads läsa det avsnittet var för att kontrollera att projektgruppens beskrivning var korrekt. Påståenden om jäv saknar relevans för förekomsten av allvarliga fel i ILR:s yrkesutövning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om ILR begått så allvarliga fel i sin yrkesutövning under innevarande avtalsperiod att det motiverar Kommunens beslut att med stöd av bestämmelsen i 10 kap. 2 § 4. LOU utesluta ILR från att delta i upphandlingen.

Det finns inte någon gemenskapsrättslig definition av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen. Medlemsstaten har istället fått definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och själva avgöra om underlåtenhet att fullgöra vissa skyldigheter utgör ett sådant fel. Någon särskild nationell lagstiftning om diskvalificering av vissa leverantörer finns inte i svensk lagstiftning,

förutom vissa bestämmelser i brottsbalken och miljölagstiftningen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406-09).

Av förarbetena till 10 kap. 2 § 4. LOU (prop. 2006/07:128 sid. 390) framgår att bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I beaktandesats 43 anges vad avser punkterna 3 och 4 att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftning eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som har lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I avsnitt två i direktivet anges i artikel 45 p. 2 under vilka förhållanden en ekonomisk aktör får uteslutas från deltagandet i förfarandet för tilldelning av offentligt kontrakt. Under d anges att det får ske om denne har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten.

När det gäller frågan om bevisningen för vad som kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen kan först konstateras att bevisbördan åvilar den upphandlande myndigheten. Det följer inte av författningstexten att det krävs ett lagakraftvunnet domstolsavgörande i saken (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11). Förvaltningsrätten har istället att mot bakgrund av den utredning som presenterats av parterna i målet göra en självständig bedömning av frågan om det är visat att det förekommit allvarligt fel i yrkesutövningen (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 9 juni 2009 i mål 4211-08). Med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av bestämmelsen får för en anbudsgivare bör den nu aktuella bestämmelsen tillämpas restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivare gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010 i mål nr 4442-09).

Utredningen i målet

Kommunen har gett in ett omfattande material i syfte att påvisa att ILR inte har fullgjort sina skyldigheter enligt det tidigare upphandlade kontraktet och att bolagets agerande utgör allvarligt fel i yrkesutövningen och därmed grund för uteslutning. Materialet består bl.a. av sammanställningar för tiden den 1 januari 2007 – 20 mars 2012 av flera fordons invägda vikt och jämförelse med bilarnas tillåtna högsta maximilast. Kommunen hänvisar även till sammanställningar över tillfällena då fordonen lämnat avfall vid Händelö förbränningsanläggning respektive Häradsuddens omlastningsstation.

Vid syneförättningen har rätten och partsföreträdarna vid Händelö förbränningsanläggning fått se bl.a. invägningen, tömningen och slutlig vägning av en s.k. tvåfacksbil. Vid Häradsuddens omlastningsstation förevisades invägningen av en tvåfacksbil.

Vid den muntliga förhandlingen har vittnesförhör hållits med

- Robert Uller, transport- och personalansvarig på ILR,
- Leif Nilsson, Marcus Thorstenson och Mikael Nilsson, samtliga anställda som kranförare vid Händelö förbränningsanläggning,
- Carl Karlsson, Dennis Ramberg, Örjan Kjellner och Stefan Karlsson, chaufförer anställda vid ILR,
- Theres Stark, avfallsingenjör på Tekniska kontoret,
- Maria Larsson, driftsamordnare på Tekniska kontoret och
- Pernilla Thörnqvist, avfallsingenjör på Tekniska kontoret.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Felaktig tömning av matavfall

Kommunen hävdar att ILR vid ett flertal tillfällen inte har lämnat matavfallet vid omlastningsstationen som bolaget varit skyldigt att göra enligt avta-

let utan istället sannolikt lämnat detta vid Händelö förbränningsanläggning. ILR menar att det saknas samband mellan minskningen av matavfallet i slutet av 2011 och påstådd felaktigt utförda tippningar, och pekar på ett antal förhållande som förklaring till påvisade viktskillnader och gör gällande att det i vart fall är fråga om ett ringa antal fall.

Kommunen har presenterat sammanställningar över avtalsperioden och pekat ut de veckor, och även specifika dagar, då matavfall inte tömts vid Häradsuddens omlastningsstation trots att tvåfacksbilar varit i drift. ILR har framfört vissa relativt allmänt hållna invändningar mot Kommunens beräkningar och hävdar bl.a. att de fåtal tillfällen som felaktig tömning kan ha skett har berott på fel på fordonen eller att förarna inte följt bolagets anvisningar.

Enligt förvaltningsrättens mening visar Kommunens utredning att ILR:s fordon vid ett stort antal tillfällen har hämtat matavfall med tvåfacksbilar men fordonen har inte registrerats vid Häradsuddens omlastningsstation dit avfallet skulle föras. Det ILR uppgett som invändningar mot Kommunens beräkningar kan endast förklara avvikelserna i några enstaka fall. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta riktigheten i Kommunens sammanställningar och rätten noterar också att påståendet om felaktiga tömningar av matavfall stöds såväl av de uppgifter som lämnats av kranförarna vid Händelö förbränningsanläggning som några av ILR:s egna chaufförer. Det finns inte anledning att utgå från annat än att matavfallet istället för att lämnas vid Häradsuddens avlastningsstation har lämnats vid Händelö förbränningsanläggning, vilket flera av hörda vittnen också har uppgett har skett.

Genom åberopad utredning och de vittnesuppgifter som lämnats har Kommunen visat att de felaktiga tömningarna av matavfall har skett vid ett stort antal tillfällen. Förvaltningsrätten bedömer det som tillförlitligt utrett

att felagerandet förekommit under 156 veckor. Det kan vidare noteras att felaktigheterna har avbrutits först efter det att Kommunen inlett sin utredning och rättelsen kan därmed inte anses ha skett på ILR:s eget initiativ. Genom nu nämnda agerande har ILR gjort sig skyldig till fel i sin yrkesutövning. Förvaltningsrätten återkommer senare till frågan om felen kan anses som allvarliga.

Kört fordon med överlast

Kommunen hävdar att ILR under avtalsperioden framfört fordon med överlast vid 1 624 tillfällen. ILR anser inte att någon oaktsamhet eller något uppsåt kan läggas bolaget till last, eftersom ILR gjort vad som ankommit på dem för att hindra att fordon har framförts i strid med trafikförordningen.

Även i fråga om denna uteslutningsgrund bygger Kommunen sina slutsatser på detaljerade sammanställningar. I dessa har Kommunen kontrollerat samtliga använda fordons registrerade maxlastvikt hos Transportstyrelsen och jämfört dessa med uppgifter från de två berörda avfallsstationernas vågsedlar. Av sammanställningarna framgår att vid cirka 18 000 invägningar under perioden den 1 januari 2007 – 20 mars 2012 har överlast noterats vid 1 380 tillfällen vid Händelö förbränningsanläggning och 244 tillfällen vid Häradsuddens omlastningsstation.

Förvaltningsrätten bedömer också i denna del att det inte finns skäl att ifrågasätta innehållet i de uppgifter som ligger till grund för Kommunens utredning. Rätten har då utgått från bl.a. att uppgifterna kommer från vägningsinformation från avfallsstationernas vågar och att vågarna regelbundet kontrolleras av oberoende ackrediterat företag. I sina sammanställningar har Kommunen vidare endast tagit hänsyn till överlast som överstiger 1 ton. Sammanställningarna innehåller därmed en säkerhetsmarginal som

ökar tillförlitligheten i det påvisade resultatet. Kommunens utredning bekräftas vidare av de vittnesuppgifter lämnade av ILR:s chaufförer.

Enligt förvaltningsrätten har Kommunen visat att ILR vid drygt 1 600 tillfällen framfört fordon med betydande överlast. Detta agerande innebär att ILR bryter mot ingånget avtal men också åsidosätter väsentliga trafiksäkerhetsintressen. ILR:s påstående om att körning med överlast är vanligt inom branschen föranleder inte annan bedömning och får närmast ses som att bolaget var medvetet om det felaktiga agerandet. Förvaltningsrätten återkommer till bedömning av hur allvarliga dessa felaktigheter i yrkesutövningen bör uppfattas vara.

Ingånget avtal med Hyresbostäder samt mellanlagring av farligt avfall

ILR har efter inbjudan av Hyresbostäder i Norrköping AB lämnat anbud och sedermera också tilldelats kontrakt i en upphandling som gäller bl.a. insamling av återvinningsmaterial och grovavfall. Det är en grundförutsättning inom offentlig upphandling att en anbudsgivare, när den skickar in sitt anbud i en offentlig upphandling, kan förlita sig på att den upphandlande myndigheten har behörighet att upphandla den vara, tjänst eller annat som upphandlingen syftar till. En sådan presumtion kan endast ändras om det för den presumtive leverantören framstår som klart att den upphandlande myndigheten går utöver sina befogenheter. ILR hävdar att det varit i god tro och inte haft anledning att ifrågasätta Hyresbostäders i Norrköping AB mandat att upphandla de berörda tjänsterna. Det parterna åberopat medför att det visserligen kan ifrågasättas om Hyresbostäder i Norrköping AB varit behörigt att upphandla insamlingstjänsten m.m. Det Kommunen uppgett visar dock inte att ILR borde ha insett denna osäkerhet. Kommunen har således inte förmått visa att det ingångna avtalet innebär ett fel i ILR:s yrkesutövning.

Vad sedan gäller frågan om ILR agerat felaktigt genom att mellanlagra farligt avfall får Kommunens utredning uppfattas på så sätt att den hävdar att bolaget agerat felaktigt vid ett enstaka tillfälle. Det kan redan av den anledningen ifrågasättas om det kan utgöra ett fel i yrkesutövningen i LOU:s mening. Förvaltningsrätten bedömer vidare att den av ILR lämnade förklaringen till den inträffade händelsen måste tillmätas betydelse. Bolaget har uppgett att under samma dag som det farliga avfallet påträffades i materialförrådet hade bolaget blivit nekat tippning vid återvinningsstationen. ILR har sedan skyndsamt transporterat bort avfallet från förrådet. Det kan enligt förvaltningsrättens mening ifrågasättas om det inträffade kan hänföras till en sådan situation som rättsligt sett utgör mellanlagring i miljöbalkens mening. Den tveksamhet som ligger i det nu sagda innebär att Kommunen inte har visat att ILR agerat felaktigt i fråga om mellanlagring av farligt avfall.

Sammanblandning av Kommunens brännbara avfall med annans avfall

Kommunen uppger att dess personal vid ett tillfälle iakttagit när ILR tömt sitt eget avfall ihop med Kommunens avfall. Enligt ett anonymt brev ska detta ha skett kontinuerligt. ILR bestrider Kommunens påståenden och uppger att vid det tillfälle Kommunen hänvisar till fanns i de blå kärl som tillhör ILR sådant hushållsavfall som rätteligen skulle ha kastats i Kommunens gröna kärl.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att beakta de uppgifter som framförts i det anonyma brev som överlämnats till Kommunen. Den utredning som Kommunen sammanställt får därmed anses visa att det skett sammanblandning av Kommunens avfall och ILR:s avfall vid ett tillfälle. Som påpekats ovan vad gäller mellanlagring av farligt avfall kan det ifrågasättas om en enstaka händelse kan utgöra ett sådant fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § 4. LOU. Kommunen får dock, även med hänsyn till

ILR:s invändningar, anses ha visat att bolaget även i denna del agerat felaktigt i sin yrkesutövning. Förvaltningsrätten återkommer nedan till bedömning av felets allvarlighet.

Felaktiga inventeringar

Enligt avtalet mellan parterna ska ILR två gånger per år inventera förhållandena på samtliga hämtningsställen. Parterna har senare kommit överens om att det räcker med att inventeringarna görs en gång per år.

Kommunen menar att ILR utfört flera bristfälliga inventeringar och att vissa inventeringar inte utförts överhuvudtaget. ILR bestrider att det brustit i sina skyldigheter och hävdar att inventeringarna varit svåra att genomföra.

Den utredning som Kommunen presenterat i denna del får anses visa att ILR inte fullföljt sin skyldighet att utföra inventeringarna enligt avtalet. Denna brist förekommer även efter det att parterna enats om att sänka inventeringsintervallet. Förvaltningsrätten uppfattar bolagets invändningar som alltför oprecisa för att de, annat än för något enstaka tillfälle, ska påverka tillförlitligheten i det Kommunen gör gällande. Det får således anses klarlagt att ILR vid ett flertal tillfällen brustit i sitt ansvar att genomföra årliga inventeringar av samtliga hämtningsställen. Detta utgör fel i ILR:s yrkesutövning. Rättens bedömning av felens allvarlighet behandlas nedan.

Använt för gamla fordon

Det är ostridigt i målet att ILR under en period använt sig av för gamla fordon när det utfört den aktuella tjänsten. Detta har skett i strid med avtalets punkt 7.4 där det framgår att fordonen inklusive påbyggnad inte får vid något tillfälle under avtalsperioden vara äldre än sju år. Kommunen har påfört ILR vite för detta kontraktsbrott i enlighet med punkt 17.0 i avtalet.

Kommunens utredning visar således att ILR har använt sig av för gamla fordon under 146 veckor. Bolaget har härigenom brutit mot sina skyldigheter gentemot Kommunen och det inträffade får anses vara fel yrkesutövningen. Rätten återkommer nedan till frågan om hur allvarliga felen bör bedömas vara.

SITA och jäv – har upphandlingen genomförts i strid med likabehandlingsprincipen?

ILR gör gällande att Kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte utesluta SITA trots att det bolaget, enligt ILR:s utredning, kört med överlast under 2005. ILR hävdar även att Kommunen brutit mot denna princip mot bakgrund av att en anställd utvecklingsansvarig tjänsteman hos Kommunen är gift med avdelningschef tillika styrelseledamot i SITA.

Kommunen menar att den behandlat leverantörerna lika och att tjänstemannen inte varit med i framtagandet av förfrågningsunderlaget och inte heller tagit befattning med eller haft möjlighet att påverka upphandlingsförfarandet.

Det ILR uppgett visar inte att SITA gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen och att Kommunen genom att inte också utesluta det bolaget skulle ha särbehandlat ILR. Det finns därför inte anledning att på denna grund besluta om åtgärd enligt LOU.

Vad gäller ILR:s påstående om jäv konstaterar förvaltningsrätten att det i LOU inte finns några lagregler som reglerar jävsituationer. Jävsinvändningarna får istället bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 20 december 2011 i mål nr 2458-11). Av EU-domstolens praxis framgår att en leverantör som medverkat vid förstudier inför en

upphandling eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte kan utestängas från deltagande i upphandlingen, om leverantören kan visa att hans tidigare medverkan inte har inneburit att han fått en otillbörlig konkurrensfördel eller att det uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen (jfr Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot État belge).

Med hänsyn till Kommunens uppgifter om den ifrågasatta tjänstemannens befattning med upphandlingen finner förvaltningsrätten inte att det är fråga om jäv eller att upphandlingsprocessen skulle ha skett i strid med likabehandlingsprincipen. Det finns inte heller på denna grund anledning att beslut om åtgärd enligt LOU.

Bedömning av allvaret i det inträffade

Förvaltningsrätten har ovan bedömt att Kommunen får anses ha visat att ILR gjort sig skyldig till fel i yrkesutövningen genom

- felaktig tömning av matavfall vid ett stort antal tillfällen,
- transport med betydande överlast vid ett stort antal tillfällen,
- sammanblandning av Kommunens avfall och ILR:s avfall vid ett tillfälle,
- upprepat åsidosättande av skyldigheten att genomföra årliga inventeringar av samtliga hämtningsställen och
- användningar av för gamla fordon under 146 veckor.

Vad gäller prövningen av om överträdelser i yrkeslivet kan anses allvarliga i upphandlingslagens mening finns del skäl att lyfta fram följande. Av det EG-direktiv som ligger till grund för LOU (se ovan) framgår att allvarligt fel i yrkesutövningen exempelvis kan vara överträdelse av miljölagstiftningen och konkurrenslagstiftningen. Generaladvokat Gulman hävdade i sitt förslag till avgörande till dom C-71/92, kommissionen mot Spanien, (REG 1993 s. 1-5923), p. 95, att kontraktsbrott kunde betecknas som ett

allvarligt fel i yrkesutövningen. Kammarrätten i Göteborg har också bedömt att avtalsbrott i sig kan utgöra grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § 4. LOU, se kammarrättens dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11.

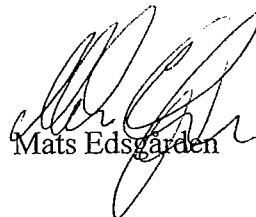
Förvaltningsrätten bedömer att de tre sistnämnda felaktigheterna inte sedda för sig kan anses utgöra allvarliga fel i yrkesutövningen och noterar särskilt att det ifråga om sammanblandning av avfall endast rör sig om ett tillfälle och att användningen av för gamla bilar avser händelser under 2006 och 2007.

ILR har dock genom att under ett stort antal tillfällen felaktigt ha tömt matavfall på Händelö förbränningsanläggning åsidosatt väsentliga miljökriterierna. Detta har även skett genom bevisad körning med betydande överlast och dessa upprepade körningar innebär även att ILR brutit mot regler som syftar till att tillgodose trafiksäkerheten. Förvaltningsrätten bedömer att dessa överträdelser, även sedda isolerat, är att betrakta som allvarliga fel i yrkesutövningen. Till detta ska läggas de ytterligare felageranden som rätten menar kan läggas ILR till last.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Kommunen visat att ILR gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i sin yrkesutövning att Kommunen haft lagligt stöd för att utesluta bolaget från upphandlingen. Det bolaget uppgett visar inte att Kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen. ILR:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).


Owe Horned


Mats Edsgården

Föredragande har varit Marion Kronberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU