



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
 2013-01-31
 Meddelad i
 Uppsala

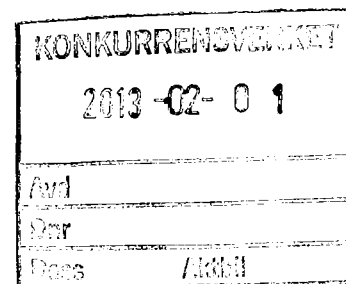
Mål nr
 4799-12 E
 Enhet 1

SÖKANDE

RGS 90 Sverige AB, 556609-2085
 Box 3041
 600 03 Norrköping

MOTPART

Sveriges geologiska undersökning
 Box 670
 751 28 Uppsala



Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder samt
 jur. kand. Nike Berlin
 Hamilton Advokatbyrå
 Box 715
 101 33 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att RGS 90 Sverige AB:s anbud kvalificerar sig för vidare prövning.

Dok.Id 74762

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-16 73 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se	018-16 73 43	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Sveriges Geologiska Undersökning (SGU) har genomfört en upphandling Sanering av Hjortsberga f.d. sågverk med ref. nr 54140-1128/2012. Genom tilldelningsbeslut den 3 september 2012 har Svevia tilldelats kontraktet. RGS 90 Sverige AB uteslöts från utvärdering i upphandlingen enligt 10 kap. 2 § LOU.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

RGS 90 Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att bolagets anbud utvärderas i upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Som grund för talan anförs att SGU i strid med 1 kap. 9 § och 10 kap. 2 § LOU uteslutit bolaget från upphandlingen. Bolaget offererade det lägsta priset och uteslutningen har därför medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

SGU bestrider bifall till bolagets ansökan.

Bolaget anför bland annat följande. Bolaget påstås i en stämmningsansökan uppsåtligen eller av oaktsamhet ha tagit emot påstått förorenade massor. Oaktsamheten i det konkreta fallet påstås ha bestått i att bolaget inte skulle ha försäkrat sig om att massor från saneringen hamnat på en godkänd anläggning i enlighet med beslut från länsstyrelsen och att bolaget inte skulle ha försäkrat sig om vad det varit fråga om för massor man hanterade. En rad faktiska och rättsliga omständigheter är stridiga och bolaget räknar med ett frikännande. SGU har inte inhämtat några uppgifter gällande bolagets inställning, utan har på ett knapphändigt och ensidigt underlag föregripit den rättsliga prövningen av åtalet och konkluderat att bolaget har gjort sig skyldig till ett allvarligt yrkesfel. Möjligen skulle en förundersökning eller ett åtal kunna tillmätas betydelse vid tillämpningen av 10 kap. 2 § 4 LOU om de faktiska omständigheterna var ostridiga.

Syftet med uteslutningsgrunden i 10 kap. 2 § punkt 4 LOU är att möjliggöra uteslutning även vid överträdelser av lagstiftning som i vissa medlemsstater är straffrättsligt sanktionerad, men som i andra medlemsstater endast kan medföra administrativa eller civilrättsliga följder. I det aktuella fallet är fråga om en påstådd överträdelse av straffrättsligt sanktionerad miljölagstiftning. Därmed ska punkt 3 i samma bestämmelse tillämpas och uteslutning kan endast komma på fråga efter en lagakraftvunnen fällande dom. Under alla omständigheter är punkt 4 inte avsedd att innebära en sänkning av beviskraven. Om samma faktiska omständigheter kan medföra uteslutning enligt både punkt 3 och punkt 4 skulle punkt 3, med sitt krav på lagakraftvunnen dom, inte fylla någon funktion eftersom uteslutning alltid skulle kunna ske med hänvisning till punkt 4. Att en sådan tolkning inte varit avsedd följer dessutom av förarbetena samt av beaktandesats 43 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/EG.

SGU anför bland annat följande. Vad bolaget anført om att punkt 4 inte kan tillämpas finner varken stöd i LOU, rättspraxis eller upphandlingsrättslig doktrin. Bestämmelsen bygger på artikel 45.2 d) i direktivet, enligt vilken gäller att "[e]n ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten. Något krav på lagakraftvunnen dom för att styrka ett allvarligt fel i yrkesutövningen enligt punkt 4 föreligger inte, vilket framgår av kammarrättsavgöranden (se Kammarrättens i Stockholm dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11, Kammarrättens i Göteborg dom den 12 juli 2012 i mål nr 959-12 och Kammarrättens i Jönköping dom den 9 juni 2009 i mål nr 4211-08).

Det ställs inte något krav på att förfaranden som innefattar brottsligt beteende måste bedömas uteslutande med stöd av tredje punkten. I lagkommentaren till motsvarande bestämmelse i tidigare gällande LOU (1992:1528) anges bl.a. att "[p]unkt 4 ställer inga krav på lagakraftvunnen

dom. Emellertid finns det krav på att den upphandlande enheten skall kunna visa att leverantören på ett allvarligt sätt brutit i sin yrkesutövning[...] Kammarrätten i Stockholm har funnit att bestämmelsen även är tillämplig på straffbara förfaranden även om en lagakraftvunnen dom inte föreligger”. Jan-Erik Falk anger att ”[v]ad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att veta, men yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som bevisas utan att dom fallit.” Den uppfattning som framgår av doktrinen har återspeglats i rättspraxis, se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11 där förvaltningsrätten, vars bedömning delas av kammarrätten, anför bl.a. att det ”[i] doktrinen uttalas att yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som bevisas utan att dom fallit”.

Vad gäller brottmål föreligger en högre bevisbörda jämfört med vad som gäller i mål om överprövning enligt LOU. Det beviskrav som gäller vid prövningen av beslutet att utesluta bolaget ur upphandlingen är således lägre än vad som gäller för en fällande dom avseende miljöbrott. En annan ordning skulle lägga en orimlig administrativ utredningsbörda på upphandlande myndigheter. Av det sagda följer vidare att en fällande dom i tingsrätten, även om SGU anser att rekvisiten för miljöbrott är uppfyllda i förhållande till bolaget, inte på något sätt är nödvändig för förvaltningsrättens prövning i detta mål samt att en eventuell friande dom i sig inte skulle innebära att bolaget inte gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att SGU har brutit mot 10 kap. 2 § LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Av punkt AFB.51 i upphandlingens förfrågningsunderlag framgår bl.a. att anbudsgivare kan uteslutas från deltagande i upphandlingen enligt 10 kap. 1-3 § § LOU.

I 10 kap. 2 § LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

...

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,

10 kap 2 § LOU motsvarar artikel 45 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/EG (direktivet), vilken i punkterna 2 c) och d) har följande lydelse:

2. En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetik,

d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

I beaktandesats 43 till direktivet anges att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som ett brott mot leverantörens yrkesetik eller som allvarligt fel. Detta har även tagits in i förarbetena till 10 kap. 2 § LOU (se prop 2006/07:128 s. 390).

Enligt 29 kap. Miljöbalken (1998:808), MB, straffbeläggs en rad åtgärder som strider mot olika bestämmelser i MB och i 30 kap. MB finns bestämmelser om miljöstraffavgifter. Den som dömts för brott mot dessa bestämmelser eller ålagts miljöstraffavgift kan antas ha gjort sig skyldig

till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen. (Konkurrensverket, Miljökrav i offentlig upphandling, 2008).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att Åklagarmyndigheten väckt åtal om miljöbrott mot RGS 90 men att dom ännu inte föreligger i målet, och att åtalet är anledningen till att SGU med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU uteslöt bolaget från utvärdering i upphandlingen.

Den inledande frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till om punkt 4 kan tillämpas för att utesluta en anbudsgivare från en upphandling med hänvisning till ett väckt åtal om miljöbrott.

Av praxis framgår att med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av 10 kap. 2 § LOU medför bör den bestämmelsen tillämpas restriktivt (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 3 februari 2010, mål nr 4442-09).

Begreppet *allvarligt fel i yrkesutövningen* omfattar bl.a. olika typ av lag- och regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade. Det kan också vara fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen när det ostridigt föreligger brott eller överträdelser av andra lagregler, även om det inte finns någon lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig verkan (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 december 1996 i mål nr 8647-1996). En tillämpning av 10 kap. 2 § LOU varigenom punkt 4 får tillämpas då en leverantör är misstänkt för brott skulle medföra att punkt 3 i princip blev överflödigt, då den upphandlande myndigheten i så fall alltid kan välja att tillämpa punkt 4, med lägre krav på bevisning till stöd för att leverantören gjort sig skyldig till brott. Den upphandlande myndigheten skulle då också kunna utesluta en leverantör på grund av ett tidigare åtal, även om leverantören inte fällts för brott. En sådan ordning skulle vidare förutsätta att förvaltningsrätten föregrep prövningen i brottmålet. En sådan tillämpning kan enligt förvaltningsrätten inte vara avsedd.

till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen. (Konkurrensverket, Miljökrav i offentlig upphandling, 2008).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att Åklagarmyndigheten väckt åtal om miljöbrott mot RGS 90 men att dom ännu inte föreligger i målet, och att åtalet är anledningen till att SGU med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU uteslöt bolaget från utvärdering i upphandlingen.

Den inledande frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om punkt 4 kan tillämpas för att utesluta en anbudsgivare från en upphandling med hänvisning till ett väckt åtal om miljöbrott.

Av praxis framgår att med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av 10 kap. 2 § LOU medför bör den bestämmelsen tillämpas restriktivt (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 3 februari 2010, mål nr 4442-09).

Begreppet *allvarligt fel i yrkesutövningen* omfattar bl.a. olika typer av lag- och regelöverträdelse som inte är straffrättsligt sanktionerade. Det kan också vara fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen när det ostridigt föreligger brott eller överträdelse av andra lagregler, även om det inte finns någon lagkraftvunnen dom eller beslut med likvärdig verkan (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 december 1996 i mål nr 8647-1996). En tillämpning av 10 kap. 2 § LOU varigenom punkt 4 får tillämpas då en leverantör är misstänkt för brott skulle medföra att punkt 3 i princip blev överflödigt, då den upphandlande myndigheten i så fall alltid kan välja att tillämpa punkt 4, med lägre krav på bevisning till stöd för att leverantören gjort sig skyldig till brott. Den upphandlande myndigheten skulle då också kunna utesluta en leverantör på grund av ett tidigare åtal, även om leverantören inte fällt för brott. En sådan ordning skulle vidare förutsätta att förvaltningsrätten föregrep prövningen i brottmålet. En sådan tillämpning kan enligt förvaltningsrätten inte vara avsedd.

När det gäller det påstådda miljöbrottet kan förvaltningsrätten konstatera att det för närvarande utreds och att bolaget, såvitt framgår, ännu inte har svarat på åklagarens stämningsansökan. Bolaget har anfört att en rad faktiska och rättsliga omständigheter är stridiga och att bolaget räknar med ett frikännande. SGU kan inte anses ha visat att bolaget har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen enbart genom att hänvisa till åtalet. Förvaltningsrätten finner att gällande rätt vid sådana förhållanden inte ger utrymme för en tillämpning av punkt 4 då en leverantör är åtalad för miljöbrott, men då lagakraftvunnen dom eller ett beslut med likvärdig verkan inte föreligger. Vad SGU anfört föranleder ingen annan bedömning. Av detta följer att SGU inte har kunnat utesluta bolaget med stöd av punkt 4.

Anledning saknas därför att närmare redogöra för den omfattande utredning som parterna förebringat gällande det miljöbrott som bolaget eventuellt gjort sig skyldigt till.

Genom att utesluta bolaget från utvärderingen har SGU brutit mot 10 kap. 2 § LOU, vilket medfört att bolaget lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således. Då felet hänför sig till utvärderingsfasen av upphandlingen är rättelse en tillräcklig åtgärd. Ansökan om överprövning ska således bifallas på så sätt att bolaget ska tillåtas delta i upphandlingen.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Erik Edström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 var till 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 uppge 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 3109/1A LOU

