

Protokoll fört vid enskild föredragning

Infrastrukturavdelningen
Vägnätsbyrån, I3

Beslutande
Minister
Christian Wikström

Föredragande
Vägingenjör
Åsa Mattsson

Justerat
Omedelbart

Nr 28

Utlåtande på besvär gällande beslut om
avbrytande av upphandling
ÅLR 2022/2944
36 I3

Beslut

Beslöts att lämna utlåtande avseende "Beläggningsarbeten på Ålands landskapsregerings vägar 2022-2023" enligt bilaga 1 I323E21.

TILL HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN

YTTRANDE

ÄRENDE Besvär över Ålands landskapsregerings beslut 3.8.2022, ÅLR 2022/2944, diarienummer 2488/03.04.04.00.04/2022

PARTSUPPGIFTER

Givare av yttrande Ålands landskapsregering
Infrastrukturavdelningen, Vägnätsbyrån

Ändringssökande Asfalt AX AB
Karlssons Schakt & Transport
(nedan "**Konsortiet**")

1. YTTRANDE

Med anledning av högsta förvaltningsdomstolens begäran om yttrande av 10.3.2023 önskar Ålands landskapsregering anföra följande:

1.1. Upphandlingens krav om miljötillstånd

I punkt 10.1 i upphandlingens entreprenadprogram anges att entreprenören innan entreprenaden påbörjas ska ha ett miljötillstånd för verksamheten, samt att den verksamhet som upphandlas är tillståndspliktig. Såsom Ålands landskapsregering framfört i utlåtandet daterat 6.10.2022 var kravet därmed inte ett så kallat ska-krav i upphandlingen som måste uppfyllas vid tidpunkten för avgivande av anbud, utan ett lagstadgat krav som entreprenören måste se till att uppfylls då entreprenaden börjar för att entreprenören ska kunna utföra den upphandlade tjänsten på ett lagligt sätt. Konsortiets påstående om att kravet om miljötillstånd är ett ska-krav som skulle kontrollerats och godkänts av myndigheten vid antagning av Konsortiets anbud är följaktligen inte korrekt.

Konsortiet framför även att Ålands landskapsregering inte påvisat att Konsortiet vid avbrytande av upphandlingen inte skulle hunnit erhålla miljötillstånd i tid för inledande av arbetet. Till denna del noterar Ålands landskapsregering att arbetena enligt punkt 8.1 i entreprenadprogrammet skulle inledas omedelbart efter avtalstecknande, och avtalstecknande enligt den planerade tidplanen i punkt 1.10 i upphandlingsföreskriften skulle ske vecka 25-26 2022 (dvs. 20.6-3.7.2022). Konsortiet har följaktligen vid givande av anbud varit medvetna om att arbetena skulle inledas i början av juli 2022, och att miljötillstånd då skulle innehas. Såsom redogjorts i Ålands landskapsregerings utlåtande daterat 6.10.2022 har Konsortiet i sitt anbud angivit att de innehar miljötillstånd för verksamheten. Vid mötet för undertecknande av avtal mellan Ålands landskapsregering och Konsortiet 8.7.2022 kunde Konsortiet inte uppvisa de handlingar som krävdes för verksamheten, bl.a. miljötillstånd, varmed avtalstecknandet avbröts. Ålands landskapsregering har informerat Konsortiet om kravet på bl.a. miljötillstånd och orsaken till att avtalstecknandet avbröts på det sätt som anges i utlåtandet daterat 6.10.2022. För ordningens skull bifogas e-postmeddelandet 23.6.2022 från Ålands landskapsregering som hänvisas till i utlåtandet ([Bilaga 10](#)). Att Konsortiet inte innehaft miljötillstånd vid tidpunkten då arbetena enligt upphandlingsdokumentationen skulle inledas visar tydligt att Konsortiet inte erhållit miljötillstånd i tid, och Konsortiet hade inte heller vid tidpunkten för avbrytandet av upphandlingen, 3.8.2022, erhållit sådant miljötillstånd.

Konsortiet framför i sin utsaga upprepade gånger att beslutet om miljögranskning från Ålands miljö- och hälsoskyddsmyndighet (nedan ”ÅMHM”) i ärende 2022-485 daterat 30.6.2022¹, där det i villkorspunkt 2 konstaterats att ren retursasfalt inte får mellanlagras vid anläggningen, är felaktigt. Ålands landskapsregeringen kan inte uttala sig om detta myndighetsbeslut, men konstaterar på ett allmänt plan att sökande har möjlighet att besvara sig över myndighetsbeslut om den anser det vara felaktigt.

Konsortiet framför i sin utsaga att miljötillstånd enligt gällande lagstiftning inte krävs för de arbeten som ska utföras inom den upphandlade entreprenaden, med

¹ Bilaga 4 till Ålands landskapsregerings utlåtande daterat 6.10.2022.

hänvisning till landskapsförordning (ÅFS 2010:79) om återvinning av vissa avfall i markbyggnaden. Till denna del noterar Ålands landskapsregering att det i landskapsförordningens 4 § stadgas att avfall får återvinnas utan sådant miljötillstånd som avses i 7 § landskapslag (ÅFS 2018:83) om tillämpning av rikets avfallslag, om kvalitetskontroll och återvinning av avfallet sker enligt förordningen. Avseende återvinning av ren returafalt enligt 5 § stadgas att sådan återvinning ska rapporteras till ÅMHM inom 30 dagar efter att verksamheten genomförts. Följaktligen utgör detta ett undantag från huvudregeln att återvinning av ren returafalt (dvs. uppbruten asfalt som innehåller högst 70 mg/kg 16-PAH) förutsätter miljötillstånd, och tillämpning av detta undantag förutsätter att villkoren enligt 5 § uppfylls, bl.a. att det ska finnas ett visst kvalitetssäkringssystem. Det är innehavaren av återvinningsplatsen, i detta fall Ålands landskapsregering, som ska tillse att villkoren för undantag uppfylls. I upphandlingsdokumentationen har Ålands landskapsregering inte angett att villkoren för undantag från miljötillståndsplikten för återvinning av ren returafalt kommer att uppfyllas i entreprenaden. Baserat på upphandlingsdokumentationen bör anbudsgivare därmed ha utgått från att återvinningen av ren returafalt och därtill kopplad mellanlagring i entreprenaden – i enlighet med huvudregeln – har förutsatt miljötillstånd.

Såsom närmare anges under punkt 1.2 nedan finns det i upphandlingsdokumentationen även en viss otydlighet kring hurdan returafalt som entreprenören ska hantera. Om upphandlingsdokumentationen tolkas så, att arbetena även kunde omfatta återvinning och mellanlagring av tjärasfalt skulle det förutsätta miljötillstånd eller – om tjärasfalten innehåller stenkoltjära med ett innehåll av 70-1000 mg/kg 16-PAH och undantagsvillkoren enligt 6 § i landskapsförordning (ÅFS 2010:79) om återvinning av vissa avfall i markbyggnaden uppfylls – miljögranskning.

1.2. Beslutet att avbryta upphandlingen

I yttrandet fokuserar Konsortiet till stor del på att argumentera för att Konsortiet uppfyller de krav som ställts i upphandlingsdokumentationen med hänvisning till att det – trots kravet om miljötillstånd i entreprenadprogrammet - inte krävs miljötillstånd för det arbete som ska utföras inom entreprenaden. För ordningens skull önskar Ålands landskapsregering därför understryka att Ålands landskapsregering har fattat beslut om att avbryta upphandlingen utgående från oklarheter och motstridigheter i upphandlingsdokumentationen, och det är lagligheten i detta beslut som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till.

Såsom framförts i utlåtandet daterat 6.10.2022 fanns det i upphandlingsdokumentationen motstridiga uppgifter kring om lagring av returafalt skulle ske på område som entreprenören tillhandahåller eller på landskapets lagerområde. Huruvida entreprenören ska tillhandahålla ett lagringsområde eller inte är av relevans i förhållande till entreprenörens miljötillståndsplikt och kan även ha betydelse för entreprenörens anbudspris. Att Konsortiet anser att det inte krävs miljötillstånd för entreprenören trots att det är angivet i entreprenadprogrammet är i sig ett tydligt tecken på att det finns oklarheter i upphandlingsdokumentationen. Till stöd för oklarheterna hänvisas även till Konsortiets olika uppfattningar om var returafalt ska lagras och huruvida miljötillstånd krävs, i enlighet med vad som redogjorts för i utlåtandet daterat 6.10.2022. Oklarheterna i upphandlingsdokumentationen avseende miljötillståndsplikten ökar även genom hänvisningarna i punkt 10.1 i entreprenadprogrammet till lagstiftning som inte längre är i kraft och att det i

upphandlingsdokumentationen inte tydligt angetts huruvida undantag enligt landskapsförordning (ÅFS 2010:79) om återvinning av vissa avfall i markbyggnaden kan tillämpas i entreprenaden vid återvinning av ren returafalt.

Ålands landskapsregeringen noterar därtill att även om avsikten varit att lagring av tjärasfalt enbart ska ske på landskapets upplagsplatta för asfalt, så har detta inte tydligt specificerats i upphandlingsdokumentationen. I punkt 3.1 i entreprenadprogrammet anges att entreprenören ska hålla upplagsplats för ”gammal returafalt”, och samma benämning används i punkt 4.2 i tekniska beskrivningen. Följaktligen har det inte specificerats att det endast är ren returafalt som avses i kraven gällande gammal returafalt, utan detta kan endast indirekt utläsas av att det i punkt 4.2 i tekniska beskrivningen anges att gamla åländska beläggningar som har stenkolstjära i de undre lagren enbart körs till landskapsregeringens lagerområde. Att det inte tydligt angetts vad som avses med gammal returafalt ökar otydligheten kring vilka arbeten som upphandlingen omfattar och kring miljötillståndsplikten.

Med beaktande av att det i entreprenadprogrammet krävts att entreprenören innehar miljötillstånd skulle det i enlighet med vad som framförts i utlåtandet daterat 6.10.2022 strida mot principerna om transparens och lika behandling om Ålands landskapsregering ingick avtal med anbudsgivare som inte innehar miljötillstånd, oberoende av vilken tolkning som görs avseende den faktiska miljötillståndsplikten för det arbete som ska utföras enligt upphandlingsdokumentationen.

Utgående från dessa oklarheter och motstridigheter i upphandlingsdokumentationen, och med beaktande av principerna om transparens och lika behandling, anser Ålands landskapsregering att det varit motiverat och funnits grund för att avbryta upphandlingen. Det kan även noteras att i rättspraxis har man förhållit sig relativt tillåtande till avbrytande av upphandling².

Konsortiet framför i yttrandet att samma formuleringar har använts i tidigare upphandlingar utförda av Ålands landskapsregering. Till denna del önskar Ålands landskapsregering notera att bara för att en viss formulering har använts i tidigare upphandlingar innebär det inte per automatik att formuleringen är klar och tydlig. I tidigare upphandlingar har frågan om huruvida entreprenören ska inneha miljötillstånd och egen upplagsplats för returafalt inte aktualiserats, med beaktande av att vinnande anbudsgivare då har innehaft upplagsplats och miljötillstånd. I aktuell upphandling har Consortiet efter att de inte kunde uppvisa miljötillstånd vid mötet för avtalstecknande 8.7.2022 framfört att miljötillstånd inte krävs för arbetet som ska utföras. Detta föranledde Ålands landskapsregering att särskilt granska skrivningarna i upphandlingsdokumentationen kopplade till miljötillstånd och miljötillståndspliktigt arbete. Vid denna granskning noterades ovanbeskrivna oklarheter och motstridigheter i upphandlingsdokumentationen.

1.3. Påstått jäv

Konsortiet framför i yttrandet att tjänsteman Åsa Mattsson skulle varit jävig gällande beslutet om avbrytande av upphandlingen, med hänvisning till att hon varit gift och har barn med advokat Dan Karlsson, som enligt Consortiet företräder den andre anbudsgivaren Ab Rafael.

² Se bl.a. Määttä – Voutilainen: Julkisten hankintojen sääntely 2017, s. 388.

Till denna del noterar Ålands landskapsregering att den enda kontakt advokat Dan Karlsson har haft med Ålands landskapsregering i ärendet är att advokat Karlsson per e-postmeddelande 8.6.2023 har begärt ut ärendehandlingar. I övrigt har all kontakt med Ab Rafael i ärendet skett via bolagets verkställande direktör Jesper Blomsterlund. Alla handlingar som Ab Rafael inlämnat i ärendet har undertecknats av Blomsterlund, inklusive de skrivelser som Ab Rafael inlämnat till Ålands landskapsregering och som Konsortiet hänvisat till i sina besvär. Av de handlingar som Ab Rafael inlämnat kan följaktligen inte utläsas att advokat Karlsson skulle ha fungerat som bolagets ombud i ärendet.

För ordningens skull konstaterar Ålands landskapsregering att även om det mot förmodan skulle anses klarlagt att advokat Karlsson fungerat som Ab Rafaels ombud i ärendet – och att Ålands landskapsregering borde utgått från detta vid behandlingen av ärendet – utgör detta ingen jävsgrund enligt 5 kap. 24 § förvaltningslag (ÅFS 2008:9) för Åland. Det kan noteras att tidigare make inte är nämnd bland närstående personer i lagrummet och att detta inte heller i övrigt skulle vara fråga om omständighet som är ägnad att rubba förtroendet för tjänstemannens opartiskhet i ärendet. Det kan även noteras att jäv baserat på ställning som ombud eller biträde endast är angivet i förhållande till tjänstemannens tidigare ställning som sådan, i lagrummets 2 mom. 5 punkt.

För ordningens skull konstaterar Åland landskapsregering även att tjänsteman Åsa Mattsson inte är den enda person som arbetar med den aktuella upphandlingen, utan att flera tjänstemän har varit involverade i behandlingen, däribland byråchef Lennart Nord.

1.4. Övrigt

I övrigt hänvisar Ålands landskapsregering till det som framförts i utlåtandet daterat 6.10.2022.

Mariehamn den 30.3.2023

ÅLANDS LANDSKAPSREGERING

Victor Schåman

Från: Åsa Mattsson
Skickat: torsdag 23 juni 2022 16:55
Till: Aadu Nael
Kopia: Thomas Idman; Robert Karlsson; Lennart Nord
Ämne: dokument som behövs vid kontraktsskrivning - belägning

Hej,

Kontraktsskrivning är planerad till v 28. För att kunna skriva kontrakt behöver vi ert miljötilstånd, recept, CE-märkning och så behöver ni kunna visa att samtliga arbetare har gått kursen säkerhet på väg 1&2 eller motsvarande. Vi återkommer om det är ytterligare handlingar som vi behöver inför kontraktsskrivandet.

Med vänliga hälsningar o trevlig midsommar!

Åsa Mattsson
Vägingenjör
Infrastrukturavdelningen



Ålands landskapsregering/
Government of Åland
PB 1060
AX-22111 MARIEHAMN
+358 18 25327
+358 400539506

