



RÄTTEN


Lagmannen Inga-Lill Askersjö, ordförande
Kammarrättsrådet Eva Edwardsson *EVO*
Tf. assessorn Louise Alfredsson, referent *LA*

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE
Kammarrättsfiskalen David Brandell

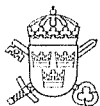
KONKURRENSVERKET	
2012-02-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE, MOTPART, ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE OCH SAKEN
Se dom

Kammarrättsrådet Eva Edwardsson är av skiljaktig mening, se dom.


David Brandell

Protokollet uppvisat *23 februari 2012/RA*



KLAGANDE

Sigtuna kommun

Ombud:

Förbundsjuristen Mathias Sylwan
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

MOTPART

Martin & Servera Aktiebolag (tidigare Servera R&S Aktiebolag),
556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud:

Stig Hermanson
adress som ovan

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 29 april 2011 i
mål nr 8227-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten prövar inte Martin & Servera Aktiebolags åberopade omständighet att kommunens utvärdering utförts på ett sätt som strider mot förfrågningsunderlaget.
 2. Med bifall till överklagandet upphäver kammarrätten förvaltningsrättens dom och avslår Martin & Servera Aktiebolags ansökan om överprövning avseende varugrupp ett, huvudsortiment/kolonial.
-

YRKANDEN M.M.

Sigtuna kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Martin & Servera Aktiebolags (Servera) ansökan om överprövning avseende varugrupp ett, huvudsortiment/kolonial.

Servera bestrider bifall till överklagandet.

Kommunen hänvisar till vad den anfört i förvaltningsrätten och anför därtill bl.a. följande.

Allmänt om produktkraven

Samtliga produktkrav i kommunens upphandling har en objektiv utformning och är kopplade till kontraktsföremålet eftersom kraven avser de varor som ska levereras till kommunen. De är också icke-diskriminerande, likabehandlande och proportionerliga. Kraven har ett legitimt syfte, d.v.s. att värna om djurens välfärd, och är lämpliga, effektiva och nödvändiga. Kraven har vare sig hindrat Servera eller någon annan anbudsgivare från att offerera utländskt kött från många olika länder.

Antibiotika

Förordning (EG) nr 1831/2003 om fodertillsatser saknar betydelse vid bedömningen av huruvida kravet om antibiotika är tillåtet. Förordningen avser användning av fodertillsatser medan kommunens krav avser användning av antibiotika som läkemedel. De substanser som Servera pekar på, koccidostatika och histomonostatika, är inte klassade som läkemedel utan som fodertillsatser. I förfrågningsunderlaget hänvisar kommunen till AB Svenska Miljöstyrningsrådets (MSR) baskrav för animaliska livsmedel. Av MSR:s gemensamma kriterier för animaliska livsmedel framgår att baskravet om antibiotikaanvändning avser antibiotika som läkemedel. Tillämpliga EU-

regler finns i direktiv 90/167/EEG om fastställande av villkor för framställning, utsläppande på marknaden och användning av foderläkemedel inom gemenskapen samt direktiv 2001/82/EG om upprättande av gemenskapsregler för veterinärmedicinska läkemedel. Kommunens krav överensstämmer med bestämmelserna i dessa två direktiv. Kravet är alltså inte mer långtgående än EU:s regler. Skulle kammarrätten anse att kravet avseende antibiotikaanvändning är strängare än vad EU föreskriver gör kommunen gällande att kravet ändå är tillåtet. Förordning (EG) nr 1831/2003 avser godkännande för utsläppande på marknaden och användning av fodertillsatser. Förordningen hindrar inte en upphandlande myndighet från att ställa mer långtgående krav i en offentlig upphandling.

Transport till slakt

Förordning (EG) nr 1/2005 om skydd av djur under transport m.m. ger medlemsstater rätt att vidta strängare åtgärder som syftar till att förbättra djurens välbefinnande (artikel 1.3). En enskild medlemsstat får alltså ha strängare regler för transport till slakt på medlemsstatens territorium än vad som följer av förordningen. Sverige har också antagit strängare regler. Förordning (EG) nr 1/2005 avser vilka produkter som får saluföras på EU:s marknad och sätter inte gränser för vilka krav som får ställas i en offentlig upphandling. En upphandlande myndighet har rätt att ställa mer långtgående krav. Mer långtgående krav strider inte mot förordningens syfte. Förvaltningsrättens tolkning av unionsrätten innebär att upphandlande myndigheter som huvudregel inte får efterfråga varor som producerats enligt strängare krav än EU:s minimiregler. Denna tolkning kan svårigen förenas med ordalydelsen i flera bestämmelser i LOU, t.ex. 12 kap. 1 § enligt vilken en upphandlande myndighet får ta hänsyn till olika kvalitets- och miljöegenskaper hos en vara när den tilldelar kontrakt enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tolkningen innebär vidare att mer långtgående krav är otillåtna även om de motsvaras av specifikationerna för sådana miljömärken som avses i 6 kap. 7 § LOU. Det finns emellertid flera exempel på miljömärken som uppfyller kriterierna i 6 kap. 7 § LOU och som ställer strängare

krav på transporttider än som följer av förordning (EG) nr 1/2005, t.ex. KRAV, RSPCA och Le Belle Rouge.

Slaktmetod

Kommunens krav att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker överensstämmer med artikel 5.1 c i direktiv 93/119/EG om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning, enligt vilken djur ska bedövas före slakt eller avlivning. Från denna huvudregel finns visserligen ett undantag i artikel 5.2 för djur som slaktas med särskilda metoder som krävs i samband med vissa religiösa ceremonier. Bestämmelsen är emellertid ett undantag och merparten av allt kött som produceras inom EU bedövas före slakt. Kommunens krav motiveras av att djuret ska besparas onödigt lidande och smärta, vilket också är syftet bakom direktivet.

Kontroll

En upphandlande myndighet är inte skyldig att kontrollera att uppgifter i ett anbud är riktiga så länge det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Några sådana omständigheter har inte framkommit vid kommunens utvärdering. Trots att kommunen inte har varit skyldig att kontrollera anbudens riktighet har kommunen begärt in bevis från Menigo som styrker uppgiften i Menigos anbud att offererade produkter uppfyller djurskyddskraven. Menigo har då i en särskild handling intygat att anbudet uppfyller kommunens krav. En leverantör som levererar varor som inte uppfyller produktkraven gör sig skyldig till avtalsbrott, vilket kan föranleda hävning av avtalet. Avtalsbrott är vidare ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som föranleder att leverantören kan uteslutas i framtida upphandlingar. Menigos intygande underbyggs dessutom av en ingiven kvalitets- och miljöpolicy enligt vilken Menigo genom krav på egenkontroll och genom egna inspektioner kontrollerar att underleverantörerna uppfyller de krav Menigo ställer på dem. Kommunen har dessutom fått ett löfte om att i avtalet få skriva in en rätt för kommunen att genomföra egna inspektioner på anläggningar där Menigos

kött produceras. Inspektioner kan även avse dokumentation som kan finnas hos leverantören eller någon av dennes underleverantörer. Kommunen har vidare kontrollerat ett stickprov ur Menigos anbud och funnit att dessa köttprodukter uppfyller kraven. Stickprovskontrollen har gått till på så sätt att kommunen kontaktat underleverantörer som bekräftat att aktuella produkter uppfyller kraven. Denna typ av kontroll underlättas av att EU har regler om spårbarhet och märkning av köttprodukter.

Frånvaro av antibiotika i foder kan kontrolleras bl.a. genom att köttet är certifierat eller genom inspektioner av fodret (analyser av fodret eller innehållsförteckningarna på foderförpackningarna) på de gårdar där djuren föds upp. Kravet om transporttid till slakt kan kontrolleras bl.a. genom att studera dokumentation hos transportören, eftersom transportören enligt artikel 14 i förordning (EG) 1/2005 är skyldig att föra färdjournal vid transporter som överstiger åtta timmar. Kravet om slaktmetod är möjligt att kontrollera bl.a. genom inspektioner, på samma sätt som medlemsländernas tillsynsmyndigheter i enlighet med direktivet kontrollerar att bestämmelserna i direktivet, om bl.a. religiös slakt, efterlevs. Vidare finns det flera djurskyddsmärkningar och ekologiska märkningar som verifierar att kravet om slaktmetod är uppfyllt, t.ex. Label Rouge, RSPCA, KRAV och QS Audit.

Även om en upphandlande myndighet inte har någon automatisk skyldighet att kontrollera att uppgifter i anbud motsvaras av verkligheten så måste uppfyllelsen av de krav som ställs i en upphandling vara möjliga att kontrollera i och för sig. Kommunen gör gällande att detta är fullt möjligt.

Servera hänvisar till vad bolaget anfört i förvaltningsrätten och anför därtill bl. a. följande.

Antibiotika

I förfrågningsunderlaget anges inte att kravet om antibiotikaanvändning endast avser användning av antibiotika som läkemedel.

Kontroll

Servera motsätter sig inte att kommunen har rätt att ställa förhöjda djurskyddskrav. Detta måste emellertid ske under förutsättning att kontroll av riktigheten i lämnade anbud kan utföras och att verklig kontroll också genomförs vid anbudsutvärderingen.

Kommunen har inte genomfört någon verklig utvärdering av uppfyllelsen av djurskyddskraven. Vid livsmedelsupphandlingar med förhöjda djurskyddskrav gentemot EU-regleringen råder osäkerhet om huruvida kraven är uppfyllda. Denna osäkerhet bör betraktas som en omständighet i det enskilda fallet som ger kommunen skäl att kontrollera riktigheten i lämnade uppgifter.

Om det inte är möjligt att kontrollera att ett krav är uppfyllt får det inte tillämpas (EU-domstolens dom i mål C-448/01). Leverantörsförsäkran utgör inte ett tillräckligt bevis för att kraven är uppfyllda (Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål 2216--2221-10). En kvalitets- och miljöpolicy är en etisk målsättning och utgör inte någon garanti för att samtliga produkter uppfyller djurskyddskraven. Kommunen har knappast tid och resurser att i utvärderingsfasen av en upphandling genomföra egna inspektioner. Det är riktigt att EU:s regler om märkning av köttprodukter underlättar spårningen vid kontroller och revisioner under avtalsperioden. Denna kontroll kan emellertid göras först efter leverans, då det finns en märkning på produkten.

Utvärdering

I förfrågningsunderlaget anges att anbud som uppfyller samtliga skall-krav kommer att gå vidare till anbudsutvärdering. Utvärdering av skall-krav skulle därför ha gjorts före anbudsutvärderingen och då av samtliga anbudsgivare. I stället gjordes utvärderingen i steget efter anbudsutvärderingen där pris utvärderats och då enbart av Menigos vinnande anbud. Denna hantering strider mot vad som anges i förfrågningsunderlaget, enligt vilka samtliga skall-krav skulle utvärderas först.

Kommunen framställer följande invändning. Servera gör i kammarrätten gällande en ny omständighet, nämligen att utvärderingen inte skulle ha genomförts i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Detta är en sådan ny omständighet som inte ska beaktas av kammarrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningsramen

Servera åberopade i förvaltningsrätten som grund för sin talan att förfrågningsunderlaget var bristfälligt i vissa avseenden. Bolaget har i kammarrätten dessutom gjort gällande att kommunens utvärdering utförts på ett sätt som strider mot förfrågningsunderlaget. Kommunen har gjort gällande att denna omständighet inte kan läggas till grund för prövningen av om upphandlingen har varit felaktig.

Enligt kammarrättens mening bör huvudprincipen i upphandlingsmål vara att endast de omständigheter som åberopats till stöd för en leverantörs talan hos förvaltningsrätten ska kunna bli föremål för prövning i kammarrätten (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 22 september 2011 i mål 3323-11). Undantag från en sådan princip skulle kunna vara att den som ansöker om överprövning gör sannolikt att han inte kunnat åberopa omständigheterna i första instans eller att han haft giltig ursäkt för att inte göra detta. I sådana fall ska nya omständigheter kunna läggas till grund för prövningen även

om de åberopas först i kammarrätten. Kammarrätten finner att den omständighet som Servera åberopat först i kammarrätten hade kunnat åberopas i förvaltningsrätten och att Servera inte visat att bolaget haft giltig ursäkt för att inte göra detta. Den nya omständigheten ska därför inte prövas av kammarrätten.

Direktinköp m.m.

Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten såvitt avser frågorna om direktinköp, fastprisperiod, prislistor, beställningsrutiner och reklamation.

Utgångspunkter för prövningen

Huvudfrågan i målet är om kommunen genom att ställa krav om antibiotikaanvändning, transporttid till slakt och slaktmetod har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom och förvaltningsrätten har även redogjort för innehållet i de relevanta punkterna i förfrågningsunderlaget.

Att EU-regleringen på ett område är helt harmoniserad innebär att en enskild medlemsstat i sin lagstiftning inte kan upprätthålla mer långtgående krav än vad som följer av unionsrätten. Däremot finns det inte något generellt förbud mot att vid en offentlig upphandling ställa upp produktkrav som är mer långtgående än vad som följer av tillämplig unionslagstiftning, oavsett om regleringen är helt harmoniserad eller inte.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Enligt kammarrättens mening kan djurskyddshänsyn, på motsvarande sätt som t.ex. miljöhänsyn, utgöra skäl att ställa upp krav på produktens egenskaper. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas och får inte strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, t.ex. principerna om icke-diskriminering och proportionalitet (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Kammarrätten finner att kommunens krav om antibiotika, transport till slakt och slaktmetod kan motiveras av djurskyddshänsyn och att de har koppling till de aktuella produkterna.

Antibiotika

Servera har gjort gällande att kravet om antibiotika är högre än vad som följer av förordning (EG) nr 1831/2003, att det bygger på svenska regler samt att ingen leverantör med produktion utanför Sverige kan uppfylla kravet. Kommunen har anfört att förordningen inte är tillämplig eftersom kommunens krav avser användning av antibiotika som läkemedel och inte som fodertillsats.

I förfrågningsunderlaget anges att antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Kammarrätten finner att produktkravet enligt sin ordalydelse omfattar all användning av antibiotika, även som fodertillsats. Det som kommunen har anfört ger inte anledning att tolka kravet på något annat sätt. Av artikel 5.4 i förordning (EG) nr 1831/2003 framgår att antibiotikumen koccidiostatika och histomonostatika får godkännas som fodertillsatser. Kommunens krav är alltså mer långtgående än EU-reglerna. Aktuell förordning gäller emellertid även svenska producenter och det saknas avvikande nationella bestämmelser. Kravet kan alltså inte antas missgynna utländska producenter eller leverantörer. Med beaktande av att det i artikel 11.1 i förordning (EG) nr 1831/2003 finns en bestämmelse om utfasning av de aktuella substanserna som fodertillsatser senast den 31 december 2012 framstår kravet inte heller som godtyckligt eller onödigt långtgående. Servera har således inte visat att kravet på angiven grund strider mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling eller proportionalitet.

Transport till slakt

Servera har gjort gällande att kravet om transport till slakt är högre än vad som följer av förordning (EG) nr 1/2005, att det bygger på svenska regler

samt att ingen leverantör med produktion utanför Sverige kan uppfylla kravet.

Av bilaga 1, kapitel V, punkterna 1.1-3 i förordning (EG) nr 1/2005 framgår följande. Vid transport av nötkreatur, får, getter och svin får transporttiden inte överskrida åtta timmar, med undantag för flygtransporter. Den maximala transporttiden får förlängas om vissa tilläggskrav är uppfyllda.

Enligt bilaga 1, kapitel V, punkt 2.1 i förordning (EG) nr 1/2005 gäller för fjäderfä att det ska finnas lämpligt foder och vatten i tillräckliga mängder, såvida inte befordran varar kortare tid än tolv timmar fränsett tiden för lastning och lossning eller 24 timmar för småkycklingar.

Av 5 kap. 13 § Statens jordbruksverks föreskrifter och allmänna råd (SJVFS 2010:2) om transport av levande djur framgår följande. Transporttiden för slaktdjur får inte överstiga åtta timmar inom landet. Om transporttiden till närmaste slakteri överstiger åtta timmar, får transporttiden i enstaka fall förlängas med högst tre timmar om fordonen uppfyller vissa särskilt angivna krav för långa transporter. För fjäderfä som transporteras under dygnets mörka timmar, får transporttiden till närmaste slakteri förlängas med högst fyra timmar, förutsatt att fordonet uppfyller vissa särskilt angivna krav.

Kommunens krav om transport är strängare än vad som föreskrivs i såväl EU-regleringen som svenska föreskrifter. Kravet är objektivt utformat och kan inte antas missgynna utländska producenter. Såvitt avser andra djur än fjäderfä överensstämmer kravet med huvudregeln i förordningen och framstår därför inte som särskilt långtgående. Servera har därför inte visat att kravet på angiven grund strider mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling eller proportionalitet.

Slaktmetod

Servera har gjort gällande att kravet om slaktmetod är högre än vad som följer av direktiv 93/119/EG, att det bygger på svenska regler samt att ingen leverantör med produktion utanför Sverige kan uppfylla kravet.

Av artikel 5.1 c i direktiv 93/119/EG framgår att djur som där avses ska bedövas före slakt eller avlivas omedelbart i enlighet med särskilt angivna metoder. Enligt artikel 5.2 ska kraven inte tillämpas beträffande djur som slaktas med särskilda metoder som krävs i samband med vissa religiösa ceremonier.

Av 7 kap. 2 § Statens jordbruksverks föreskrifter och allmänna råd (SJVFS 2007:77) om slakt och annan avlivning av djur, framgår att avblodning vid slakt endast får ske efter bedövning.

Kommunens krav överensstämmer med de svenska föreskrifterna och är stängare än vad som följer av direktivet. Kravet är emellertid objektivt utformat och innehåller ingen hänvisning till svenska djurskyddsregler. Till sitt innehåll överensstämmer det med huvudregeln i direktivet. Kammarrätten bedömer att det finns ett stort antal slakterier i andra medlemsländer som kan leva upp till kravet. Servera har således inte visat att kravet på denna grund strider mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling eller proportionalitet.

Kontroll

Servera har gjort gällande att det är omöjligt att vid utvärderingen kontrollera djurskyddskraven eftersom det saknas standardiserade certifikat på djurskydd inom EU. Kommunen har anfört att kraven kan kontrolleras genom intygande från leverantören, redovisning av leverantörens egenkontroll, miljö- och djurskyddsmärkningar, stickprovskontroller med förfrågningar hos underleverantörer samt en avtalsenlig rätt för kommunen att genomföra egna inspektioner.

Med hänsyn till principen om likabehandling ska obligatoriska produktkrav som ställs i en upphandling vara möjliga att kontrollera (jfr EU-domstolens dom i mål C-448/01, punkterna 47-52). Den som ansöker om överprövning har bevisbördan för att det föreligger omständigheter som innebär att ett krav är otillåtet på denna grund. Möjligheten att kontrollera produktkrav förutsätter inte att den aktuella produkttegenskapen är föremål för ett gemensamt certifierings- eller kontrollsystem inom EU.

Som anförts ovan är kommunens krav om antibiotikaanvändning mer långtgående än EU-regleringen i och med att det förbjuder användning av koccidiostatika och histomonostatika som fodertillsatser. Enbart det förhållandet att leverantören intygar att dessa substanser inte används vid djuruppfödningen utgör inte ett tillräckligt bevis för att kravet är uppfyllt. Kommunen har emellertid angett att den kommer att få en avtalsenlig rätt att utföra egna inspektioner på produktionsanläggningarna. Som kommunen anført kan den vid sådana inspektioner kontrollera att fodret inte innehåller aktuella substanser, antingen genom att studera innehållsförteckningen på förpackningarna eller genom att utföra analyser av fodret. Med beaktande även av övriga kontrollmekanismer som kommunen hänvisat till finner kammarrätten att kravet om antibiotikaanvändning är möjligt att kontrollera.

Även kommunens krav om transporttider till slakt är mer långtgående än EU-regleringen. Som ovan anförts utgör ett intygande från leverantören inte ett tillräckligt bevis för att kravet är uppfyllt. Av artikel 4 i förordning (EG) 1/2005 framgår att en person får transportera djur endast om det i transportmedlet medförs handlingar där förväntad transporttid anges. Av artikel 5.4 samma förordning framgår att vid långa transporter mellan medlemsstaterna eller med tredjeland av tamdjur av nötkreatur, får, getter och svin ska transportörer och organisatörer följa vissa särskilt angivna bestämmelser om färdjournal. Inspektioner som omfattar sådan dokumentation som avses i artikel 4 och 5.4 utgör en adekvat uppföljningsåtgärd. Med beaktande även

av övriga kontrollmekanismer som kommunen hänvisat till finner kammarrätten att kravet om transporttid är möjligt att kontrollera.

Slutligen är även kommunens krav om slaktmetod mer långtgående än EU-regleringen. Kravet överensstämmer emellertid med den minimireglering som omfattar all icke-religiös slakt inom EU. Nationella kontrollmyndigheter ansvarar för att undantaget för religiös slakt inte missbrukas (jfr artikel 8 i direktiv 93/119/EG). Kommunens möjlighet att utföra inspektioner och göra förfrågningar hos underleverantörer innebär enligt kammarrättens mening att kravet är möjligt är kontrollera.

Servera har anfört att kontroll av uppgifterna i anbudet måste ske före tilldelningsbeslutet. Enligt kammarrättens mening är en upphandlande myndighet inte skyldig att vid utvärderingen kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende kraven på det upphandlade föremålet är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta. Kommunen har anfört att den före tilldelningsbeslutet har begärt in bevis för att Menigos anbud uppfyller djurskyddskraven. Menigo har då lämnat in dels ett särskilt intygande, dels en kvalitets- och miljöpolicy med information om egenkontroll. Kammarrätten finner att det inte har framkommit omständigheter som borde ha föranlett kommunen att vidta några ytterligare kontrollåtgärder.

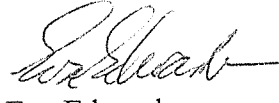
Slutsats

Servera har inte visat att kommunens produktkrav om antibiotika, transport till slakt och slaktmetod är otillåtna enligt LOU. Förvaltningsrätten har därför inte på denna grund haft fog för att ingripa mot upphandlingen. Överklagandet ska därför bifallas.

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




Inga-Lill Askersjö
lagman
ordförande



Eva Edwardsson
kammarrättsråd
(skiljaktig mening)



Louise Alfredsson
tf. assessor
referent



David Brandell
föredragande

Eva Edwardssons skiljaktiga mening

Jag delar majoritetens bedömning i fråga om prövningsramen och vad anförs som i skälen för kammarrättens avgörande under rubriken *Direktinköp m.m.* Även i fråga om möjligheterna för kommunen att kontrollera kraven som ställs i förfrågningsunderlaget är jag ense med majoriteten.

Angående produktkraven gör jag följande bedömning. En upphandlande myndighet har som köpare på en marknad stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling. Det är inte otillåtet att vid offentlig upphandling ställa mer långtgående krav än vad som följer av produktrelaterade bestämmelser i unionsrätten. De krav som ställs av en upphandlande myndighet ställer upp får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster (jfr RÅ 2010 ref 78). Krav i ett förfrågningsunderlag utgör samtidigt sådana nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten (se EU-domstolens mål C-234/03 Contse m.fl).

Föremålet för upphandlingen är inköp av livsmedel. Det måste därför prövas om förfrågningsunderlagets produktkrav som kommunen har baserat på AB Svenska Miljöstyrningsrådets förslag till upphandlingskriterier begränsar den fria rörligheten för varor och om kraven i sådana fall kan motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse.

Samtliga produktkrav i förfrågningsunderlaget är icke-diskriminerande, d.v.s. samma krav ställs på inhemska respektive utländska produkter. Djurskyddshänsyn utgör ett sådant tvingande allmänintresse, som kan motivera en inskränkning i den fria rörligheten för varor. Detta följer redan av att djurs hälsa och liv nämns som ett intresse som kan motivera

diskriminerande nationella regler i enlighet med artikel 36 i fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Frågan är då för vart och ett av produktkraven om de är proportionerliga, d.v.s. lämpliga och nödvändiga i förhållande till sitt syfte. Undantag från huvudregeln om fri rörlighet ska i enlighet med EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. Kommunen har bevisbördan för att kraven i förfrågningsunderlaget är i överensstämmelse med de unionsrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för varor.

Antibiotika

Förvaltningsrätten har funnit att det av kommunen uppställda kravet strider mot unionsrätten. Enligt min mening är åtgärden att i ett förfrågningsunderlag inte tillåta vissa antibiotika som fodertillsats, trots att de är tillåtna enligt de gemensamma unionsrättsliga reglerna, en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Den är således förbjuden enligt huvudregeln i artikel 34 FEUF. Kommunen har inte visat att förbudet mot antibiotika som fodertillsats verkligen leder till förbättrad djurhälsa. I den rapport, som kommissionen i artikel 11.1 i Förordning (EG) nr 1831/2003 förelades att färdigställa, är slutsatsen tvärsattom att de aktuella antibiotika kan förbättra djurs hälsa.

Transport till slakt

Kommunen har ställt som krav att djur får transporteras under maximalt åtta timmar till slakt och tolv timmar för fjäderfå. Förvaltningsrätten har funnit att det av kommunen uppställda kravet strider mot de unionsrättsliga bestämmelserna. Jag delar majoritetens bedömning att kravet är strängare än vad som följer av förordning (EG) nr 1/2005 samt vad som följer av svensk lagstiftning. Kortare tid vid djurtransporter kan rent objektivt sägas leda till bättre djurhälsa. Kommunen har dock inte visat att förkortningen av transporttiden till just åtta respektive tolv timmar är den minst ingripande åtgärden för att uppnå målet om ökad djurhälsa. Kravet

strider därför mot de unionsrättsliga bestämmelserna, närmare bestämt den fria rörligheten för varor.

Slaktmetod

Jag delar majoritetens bedömning att kommunens krav överensstämmer med de svenska föreskrifterna och är strängare än vad som följer av direktiv 93/119/EG. Kravet på bedövning före slakt kan objektivt sett sägas bidra till bättre djurhälsa. Om syftet är att djuret inte ska vara vid medvetande i avlivningsögonblicket, är någon mindre ingripande åtgärd än bedövning inte möjlig. Kravet på bedövning vid slakt strider därför inte mot reglerna om fri rörlighet för varor.

Krav som ställs av upphandlande myndigheter i ett förfrågningsunderlag måste liksom andra nationella åtgärder vara i enlighet med unionsrättens bestämmelser om de grundläggande friheterna. Begränsningar i den fria rörligheten måste uppfylla de krav som följer av EU-domstolens praxis. Krav i förfrågningsunderlag som strider mot unionsrättens regler om fri rörlighet kan inte upprätthållas. Vad gäller frågan om Servera har lidit eller kan komma att lida skada gör jag samma bedömning som förvaltningsrätten.

I fråga om de krav som ställs i förfrågningsunderlaget angående användningen av antibiotika samt transport till slakt kommer jag till samma slut som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås och Serveras begäran om överprövning av varugrupp ett, huvudsortiment/kolonial bifallas.

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. 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.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 (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. 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. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-04-29
Meddelad i
Uppsala

AKTBILAGA.....³⁵

Mål nr
8227-10
Enhet 1

SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermansson
adress som ovan

MOTPART

Sigtuna kommun

Ombud: Förbundsjurist Mathias Sylwan
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller delvis Servera R & S AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om avseende varugrupp ett, huvudsortiment/kolonial.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sigtuna kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende livsmedel, dnr. 5015-120538-2010. Genom tilldelningsbeslut den 14 februari 2011 tilldelades Menigo Foodservice AB (Menigo) varugrupp 1, huvudgrupp, Isacssons Frukt & Grönt AB varugrupp 2, frukt och grönt och Servera R & S AB (Servera eller bolaget) varugrupp 3, mejerivaror.

Servera ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till Serveras yrkande.

GRUNDER M.M.

Servera anför att ansökan om överprövning är gjord med anledning av villkoren i förfrågningsunderlaget och anser att frågorna i målet måste bedömas som om tilldelningsbeslut saknades. Servera anför även att ett tilldelningsbeslut inte hade kommit till stånd om LOU i sin tidigare lydelse hade gällt.

Till stöd för sitt yrkande, att upphandlingen ska göras om, anför Servera i huvudsak följande.

Direktinköp

Kommunen anger i anbudsinbjudan att inköp kommer göras direkt från gårdar i omgivningen, i syfte att öka skolbarns förståelse för hur livsmedel produceras. Enligt anbudsinbjudan kan inköpen uppgå till ett värde om maximalt 1 900 000 kronor per år. Inriktningen är diskriminerande och strider mot LOU.

Fastprisperiod

Kommunen anger att de i anbudet angivna priserna ska gälla under en fastprisperiod på nio månader, räknat från sista anbudsdag. Frukt/bär,

grönt, potatis, kaffe och färskt kött är undantagna från kravet på fastprisperiod. Kravet är inte relevant och är prisdrivande. Kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Krav ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Om det finns flera alternativ ska det minst belastande väljas. Grossistföretagen har inte varuprissättningen i sin hand. Det har varje producent. Att som grossist garantera fast pris under nio månader ter sig omöjligt, då förändringar ständigt sker på världsmarknaden.

Prislistor

Kommunen anger i förfrågningsunderlaget att leverantören är skyldig att tillhandahålla uppdaterade prislistor och att prislistan sänds en gång i veckan till kommunen. Att skicka prislistor varje vecka är en stor belastning och innebär att en leverantör vid anbudsläggningen behöver besked om omfattningen. Kravet är otydligt och strider mot transparensprincipen eftersom leverantörers behov av besked om omfattningen inte tillgodoses.

Beställningsrutiner

Kommunen anger att beställning ska kunna göras via e-handel, e-post och telefon. Kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Ett e-postmeddelande som ställs till en enskild medarbetare hos en leverantör är inte en säker orderväg som garanterar leverans. Samtidigt använder sig kommunen av avtalsvite, om leverantören missar något. De flesta leverantörer har möjlighet att erbjuda sina kunder att lägga order via hemsidan, vilket är en mycket bättre service. Kommunen anger även att leverans ska ske två arbetsdagar efter lagd beställning, vilket strider mot proportionalitetsprincipen. Att lagerföra så stora mängder varor så att allt finns i lager när kommunen tar ut samma produkt till alla enheter vid samma tillfälle är ogörligt. En beställningsparameter som är allmänt accepterad på marknaden är att huvudkomponenter och beställningsvaror har en ledtid på tio arbetsdagar.

Reklamation

Kommunen kräver att få ha 30 dagar på sig att reklamera vid fel. Leverantörer måste få en reklamation på felaktigheter direkt efter upptäckten. Kommunens krav ställer leverantören utan möjlighet till kontroll och uppföljning av felanmälning från kund. Kravet strider mot transparensprincipen då det inte kan anses skäligt.

Produktkrav

Kommunen anger att lägsta de obligatoriska krav som anges i de kriteriedokument som Miljöstyrningsrådet har utarbetat ska gälla. Kraven avseende exempelvis antibiotika, transport och slaktmetod är mycket högre än de vad som följer av EU-lagstiftning, men de är inom ramen för svensk lagstiftning. Användningen av antibiotika regleras i förordningen nr 1831/2003 om fodertillsatser, transport av djur till slakt regleras i förordningen nr 1/2005 om skydd av djur under transport m.m. Unionsrättsliga bestämmelser om slaktmetod återfinns i direktiv nr 93/119 om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning. Det innebär att kraven i upphandlingen strider mot principerna om icke-diskriminering, lika-behandling och proportionalitetsprincipen. Ingen producent med produktion utanför Sverige har kännedom om kraven eller kan uppfylla dessa, då de är grundade på djurskyddslagen (1988:534) och djurskydds-förordningen (1988:539) eller svenska branschbestämmelser. Det finns ont om domar där det prövats om Miljöstyrningsrådets kriterier är konkurrensbegränsande eller inte. Förvaltningsrätten i Falun förordnade i mål 2440-10 att Rättviks kommun skulle göra om sin upphandling. LOU reglerar inte vad som får säljas eller importeras i ett land, utan att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Kommunen har inte angivit eller bevisat att bättre djurskydd ger bättre kvalitet på de slutliga styckningsdetaljerna av köttprodukter. Därmed faller möjligheten att ange kvalitet som argument.

Kraven innebär att produkter som är producerade i andra länder än Sverige utestängs, eftersom standardiserade certifikat på djurskydd saknas inom EU. Det innebär även att en utvärdering av anbuden inte kan ske, vilket strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Västerås kommun genomförde under vintern år 2010 en livsmedelsupphandling där det, i likhet med denna upphandling, ställdes högre krav på djuromsorg än vad som följer av EU-lagstiftning. Efter Serveras ansökan om överprövning blev Västerås kommun tvungen att göra en ny utvärdering av del 1 och att göra om del 2 av upphandlingen. Västerås kommun hade vid utvärderingen inte ens försökt kontrollera att de offererade produkterna överensstämde med kraven. Trots att Västerås kommun i efterhand haft höga ambitioner att utvärdera de produkter de antagit har de inte lyckats. Detta är ett exempel på det ohållbara med att ställa krav som inte går att utvärdera. De leverantörer som försöker vara seriösa ställs därmed utanför affärerna. I förevarande upphandling har kommunen inte nämnt hur utvärderingen av de höga djurskyddskraven ska gå till.

Skada

Servera kan komma att lida skada med anledning av följande. Kommunen diskriminerar övriga leverantörer med att avsätta upp till tio procent av sin inköpskapacitet till köp från gårdar i närområdet. Kommunen anger en fastprisperiod som inte går att kalkylera. Kommunen ger inte klara besked angående sändning av prislistor, vilket gör det omöjligt att anpassa kostnaderna för detta i anbudet. Kommunen ställer oproportionerliga krav på beställningssätt. Kommunen anger en ledtid som inte fungerar i praktiken. Kommunens rätt att reklamera 30 dagar efter leverans tar bort leverantörs möjlighet till all kontroll och åtgärd. Kommunens krav på djurskydd enligt Miljöstyrningsrådets kriterier tar bort all möjlighet till utvärdering. Kraven är dessutom diskriminerande. Kommunen anger inte hur utvärderingen av djurskydd ska gå till. Kommunen tar inte hänsyn till att den sätter konkurrensen ur spel med djurskyddskraven. Enligt kommunen är inköpsvolymen cirka 19 miljoner kronor per år, vilket för

Servera innebär ett försäljningsbortfall på cirka 76 miljoner kronor vid en avtalsperiod om fyra år. Att de uppställda kraven inte kan kontrolleras drabbar Servera även på så vis att bolaget inte kan konkurrera med sitt fulla sortiment. Risken är att oseriösa leverantörer blir felaktigt utvärderade och erhåller avtalen.

Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Upphandlingen strider inte mot någon bestämmelse i LOU. I vart fall uppfyller den de krav som Högsta förvaltningsdomstolen uppställt för att ett upphandlingsförfarande ska anses godtagbart (RÅ 2002 ref. 50).

Direktinköp

Kommunen har inte tagit några beslut om att inleda projektet där inköp direkt från gårdar i omgivningen skulle ingå som ett pedagogiskt moment.

Fastprisperiod

Kravet på att offererade priser ska gälla under en period om nio månader räknat från sista anbudsdag är förenligt med proportionalitetsprincipen och fullt möjligt för branschen att leva upp till. Ett syfte med kravet är att de priser som offereras i upphandlingen också ska gälla åtminstone under avtalstidens första månader. Att, såsom Servera hävdar, leverantörerna ska ha rätt att ändra sina priser redan första avtalsdagen, skulle innebära att de priser som utvärderas i upphandlingen aldrig skulle tillämpas. Detta är inte rimligt, särskilt med tanke på att utvärderingsgrunden är "lägsta pris".

Fastprisperioden är nio månader från sista anbudsdag. Villkoret är därmed transparent. Villkoret är likabehandlande och skäligt. Eftersom sista anbudsdag är den 21 december 2010 och avtalet tidigast börjar löpa den 1 april 2011 kommer den maximala period som leverantören inte får ändra sina priser vara mindre än sex månader. Varor som är särskilt priskänsliga såsom frukt, grönt, kaffe och färskt kött är undantagna från kravet på fastprisperiod. Kommunen har alltså tagit rimlig hänsyn till branschen. Skyldigheten att under fastprisperioden betala vite motverkar att oseriösa

leverantörer ”prisar in sig” genom att offerera varor till låga priser som de inte kommer leverera. Kommunen uppskattar att man sänkt priserna med cirka 10–15 procent genom denna upphandling. Om avtalsvillkoret var branschfrämmande och prisdrivande skulle det ha lett till att leverantören varit tvungen priskompensera sig för betungande avtalsvillkor. Att kommunen istället sänkt sina priser visar att leverantörerna inte upplever kraven och villkoren som oskäligen eller oproportionerliga.

Prislistor

Särskilt med tanke på de frekventa prisförändringarna på vissa livsmedel är det angeläget för kommunens verksamheter att ha aktuella prislistor. Villkoret att tillhandahålla prislistor är lika för alla och diskriminerar inte någon leverantör. Villkoret är tillräckligt tydligt angivet. Servera utnyttjade möjligheten att ställa frågor om förfrågningsunderlaget men ansåg att svaret inte var tillräckligt klarläggande. Det var fullt möjligt för Servera att upprepa frågan eller formulera om den tills man fått den information man ansåg sig behöva. Det ankommer på ”normalt omsorgsfulla anbudsgivare” att ta tillvara denna möjlighet till ytterligare information (EG-domstolens dom den 4 december 2003 i mål 448/01, p. 57). Eftersom villkoret om prislistor är angivet i anbudsinvitan har leverantören möjlighet att väga in kostnaden för att hantera prislistor i anbudet.

Beställningsrutiner

Kravet att beställning ska kunna göras via e-handel, e-post och telefon strider inte mot LOU. Kommunen har verksamheter som behöver kunna få skicka sina beställningar via e-post. Att ta emot beställningar via e-post kan knappast anses särskilt betungande vare sig för Servera eller för andra leverantörer. Ett krav att beställning måste kunna tas emot via Internet skulle däremot kunna strida mot proportionalitetsprincipen eftersom inte alla leverantörer inte har möjlighet att efterkomma ett sådant krav. Vad gäller avtalsvitet är det skäligt att leverantörer som inte lever upp till sina åtaganden drabbas av en sanktion. Vitet är ägnat att motverka att oseriösa

leverantörer utlovar saker de inte kan hålla. Vitet gäller endast under fastprisperioden.

Kravet att varor ska levereras senast två vardagar efter beställning strider inte mot proportionalitetsprincipen. Kommunen kommer att ha längre framförhållning när det är möjligt, men många av kommunens verksamheter behöver korta ledtider. Om Servera vet med sig att man inte kan leverera en viss vara senast två vardagar efter beställning är bolaget fritt att inte offerera just den varan. Leverantörer som klarar att leverera inom den angivna tiden är i detta avseende mer konkurrenskraftiga.

Reklamation

Villkoret att kommunen är skyldig att reklamera inom skälig tid, dock senast 30 dagar från det att fel eller annan brist uppdagas, strider inte mot LOU. Kommunen har i svar på Serveras fråga uppgett att reklamationer normalt sker omgående.

Produktkrav

Högsta förvaltningsdomstolen har i dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09 uttalat att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vad den vill köpa och därvid ta miljöhänsyn. Kommissionen har i tolkningsmeddelande den 7 april 2001 (KOM(2001)274) gett uttryck för samma uppfattning. Den omständigheten att bara några få leverantörer kan uppfylla ett krav innebär inte att kravet skulle strida mot unionsrätten. (EG-domstolens dom den 17 september 2002 i mål nr 513/99). Kravet är tydligt angivet och missgynnar inte leverantörer som inte är bekanta med den svenska djurskyddslagstiftningen. Av EUs förordning nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter framgår att djurskydds krav är en form av miljöhänsyn. Enligt 1 kap. 9 a § LOU bör upphandlande myndigheter beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. I kommunens upphandling finns inget krav att livsmedel ska vara producerat i enlighet med den svenska djurskyddslagstiftningen.

Kravet att antibiotika endast får användas efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat strider inte mot någon EU-rättslig bestämmelse eller mot LOU. EU-förordningarna reglerar vad som får saluföras inom EU. Det är skillnad mellan vad som får saluföras inom EU och vad en lokal myndighet är skyldig att upphandla.

Kravet att djur ska ha transporterats max åtta timmar till slakt eller max tolv timmar nattetid för fjäderfä strider inte mot EUs förordning nr 1/2005 om skydd av djur under transport eller mot LOU. Kravet är inte anpassat efter svensk lag eller gynnar särskilt svensk produktion. Jordbruksverkets föreskrifter om transport av levande djur innehåller visserligen ett krav på maximalt åtta timmars transport, men godtar samtidigt undantag från kravet. Kravet gynnar snarare produktion i andra medlemsstater, vilka på grund av sina geografiska förhållanden normalt har betydligt kortare transportavstånd till slakterier. Kravet är transparent och fullt möjligt för utländska leverantörer att förstå. Kraven är ställt för att säkerställa en rimlig djurskyddsnivå. Kommunens upphandling skiljer sig från den som var föremål för Förvaltningsrättens i Falun prövning i mål nr 2440-10, eftersom Rättvik kommun ställde kravet att leverantörerna skulle uppfylla kriterierna i svensk djurskyddslag. EG-domstolen har i dom den 17 september 2002 i mål nr 513/99 uttalat att det är tillåtet att ställa miljökrav om de har samband med kontraktets föremål, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet och är förenlig med EUs grundläggande principer.

Kravet att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker strider inte mot EUs direktiv 93/119/EG om skydd vid tidpunkten för slakt eller avlivning eller mot LOU. Kommunen har ingen skyldighet att bevisa att kraven har en miljömässig effekt. Enligt EG-domstolens dom den 4 december 2003 i mål nr 448/01 och Högsta förvaltningsdomstolens dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09 är ett upphandlingskriterium tillåtet även om det

inte har någon bevisad effekt. Det är inte ogörligt för en utländsk leverantör att förstå och leva upp till de obligatoriska krav på livsmedel som Miljöstyrningsrådet har tagit fram. Kommunen har valt Miljöstyrningsrådets obligatoriska miljökrav för livsmedel, dvs. den lägsta nivån. En del av Miljöstyrningsrådets krav finns utlagda också på engelska och en utländsk leverantör kan kontakta Miljöstyrningsrådet och på så sätt få den information som behövs angående kravens innebörd. Det finns gott om köttproducenter i övriga delar av EU som uppfyller kommunens produktkrav. Enligt uppgift från Svenskt Sigill finns det 64 djurvälståndards i EU. Exempelvis har The Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA) ett generellt krav på att nötkreatur och grisar inte ska transporteras längre än åtta timmar. För kycklingar gäller högst fyra timmars transport före slakt. RSPCA kontrollerar regelbundet att medlemsföretagen uppfyller organisationens krav. RSPCAs standard omfattar cirka 3 000 stora som små köttproducenter.

Vad gäller utvärderingen av anbuderna är anbudsintyggen tydliga. De anbud som uppfyller samtliga skall-krav utvärderas enligt utvärderingsgrunden lägsta pris. Djurskyddskraven är skall-krav. Skall-kraven utvärderas i steget före prisutvärderingen. Antingen anses kravet uppfyllt eller inte. Efter det att kommunen genomfört en preliminär anbudsutvärdering begärde man, med stöd av 11 kap. 17 § LOU, in bevis från leverantörerna som styrker deras ekonomiska och tekniska kapacitet. Bevis som styrker att anbudet uppfyller produktkraven begärdes in från Menigo, som tilldelades varugrupp 1, huvudgrupp. Menigo har inom utsatt tid lämnat sådana bevis och övriga uppgifter att kommunen anser att anbudet är kvalificerat. I en särskild handling har behörig företrädare för Menigo intygat på heder och samvete att Menigo säkerställer att varorna uppfyller kommunens krav enligt punkten 4 i anbudsintyget. Menigo hänvisar i övrigt till en signerad kopia av Menigos Kvalitets- och miljöpolicy med riktlinjer. Av detta dokument framgår att Menigo har som krav att djur transporteras i max åtta timmar inför slakt. Vidare framgår att Menigo

regelmässigt kontrollerar att Menigos krav på djurhållning följs, bl.a. med inspektioner. Menigo kräver även att underleverantörerna har en dokumenterad egenkontroll. De bevis som Menigo lämnat måste anses tillräckliga för att styrka uppfyllelsen av kommunens krav på djurskydd. Kommunen kommer dessutom löpande kontrollera att kraven efterlevs.

Skada

Servera är väl bekant med de krav avseende djurskydd som Miljöstyrelsens rådet har tagit fram och som gäller i upphandlingen. På så vis kan Servera inte lida någon skada. Servera gör gällande att kraven hindrar bolaget från att konkurrera med sitt fulla sortiment. Serveras talan får förstås som att det bara är möjligt för Servera att offerera svenskt kött, eftersom det inte går att kontrollera att kött från andra länder än Sverige uppfyller kommunens djurskydds krav. I så fall borde Serveras anbud endast innehålla svenskt kött. Serveras anbud innehåller kött från många andra länder än Sverige, t.ex. Tyskland, Polen och Danmark. Servera har intygat att anbudet uppfyller kommunens djurskydds krav. Man får då utgå från att Servera anser sig kunna kontrollera att kött från Polen, Tyskland och Danmark uppfyller djurskydds kraven i upphandlingen. Serveras talan motsägs alltså av bolagets eget anbud. I vart fall har kommunens djurskydds krav inte hindrat Servera från att konkurrera med sitt fulla sortiment och kan därmed inte anses ha lidit skada.

Kommunen åberopar ett rättsutlåtande av Niklas Bruun, professor i handelsrätt vid Helsingfors universitet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Handlingarna i målet

I anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

1 Allmän information

1.1 Syfte och mål

Syftet med denna upphandling är att säkerställa Sigtuna kommuns behov av livsmedel under avtalsperioden. Upphandlingen innefattar köp och distribution av livsmedel. Kommunen har som mål att successivt öka andelen ekologiskt odlad mat i skolor, förskolor och äldreomsorg samt tillhandahålla rätt kvalitet och servera god och näringsrik mat. Kommunen kommer att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer. Sigtuna kommun kommer att arbeta med projekt i syfte att öka skolbarns förståelse för hur livsmedel produceras. Det innebär att vi i pedagogiskt syfte kommer att göra inköp direkt från gårdar i omgivningen. Denna verksamhet ingår alltså som en del i skolans pedagogiska verksamhet och volymen på dessa inköp är ytterst begränsad, högst 10 % av det totala värdet av kommunens inköp av livsmedel men troligtvis mindre än så.

3 Krav på uppdraget

3.1 Ska-krav

Anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav kan komma att förkastas.

3.3 Priser

Av anbudet ska framgå att priserna gäller under en fastprisperiod på nio månader, räknat från sista anbudsdag. Följande varor är undantagna från krav på fastprisperiod: frukt/bär, grönt, potatis, kaffe och färskt kött. [...] Leverantören är skyldig att tillhandahålla uppdaterade prislistor. Denna prislista sänds en gång i veckan till kommunen.

3.3 Avrop/Beställning

Beställning ska kunna göras via e-handel, e-post och telefon. Beställning vardagar levereras senast två vardagar efter beställning.

3.11 Reklamation

Kommunen är skyldig att reklamera inom skälig tid, dock senast 30 dagar från det att fel eller annan brist uppdagas.

4. Krav på produkter

Sigtuna kommun har beslutat att lägst de obligatoriska krav som anges i de kriteriedokument som Miljöstyrmingsrådet utarbetat ska gälla i denna upphandling av livsmedel där följande varugrupper ingår: 1. Huvudgrupp, 2. Frukt och grönt färska, 3. Mejerivaror och 4. Ägg färska.

4.1 Information om ursprung

Baskrav för produkter av en animalisk råvara och beredningar av kött. För produkter av en köttråvara ska skriftlig information kunna lämnas vid förfrågan om i vilket land djuret är fött, uppfött, slaktat och förädlad. För produkter mjölk, t.ex. konsumtionsmjölk, ska skriftlig information kunna lämnas vid förfrågan om i vilket land mjölken är producerad. För produkter av ägg, t.ex. hela ägg, ska skriftlig information kunna lämnas vid förfrågan om i vilket land ägget är producerat.

4.3 Antibiotika

Baskrav. Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat.

4.4 Transport av djur till slakt (ej ägg och mjölk)

Baskrav. Djuret har transporterats max åtta timmar till slakt eller max tolv timmar nattetid för fjäderfä.

4.5 Slaktmetod (Gäller ej ägg och mjölk)

Djuret är helt bedövat när avblodning sker. (Ett tillägg till denna formulering finns för kyckling och står i kriteriedokumentet för kycklingkött.)

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlingen påbörjades i oktober 2010. Tillämplig lag är därmed LOU i lydelse från och med den 15 juli 2010. Med anledning av Serveras invändning att ett tilldelningsbeslut inte hade aktualiserats om LOU i dess tidigare lydelse hade gällt, erinrar förvaltningsrätten om att ett interimistiskt beslut enligt LOU – oavsett lydelse – inte har annan effekt än att den upphandlande myndig-

heten tills vidare inte får ingå eller fullgöra ett avtal respektive att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Kommunen genomför en öppen upphandling avseende livsmedel med avsikt att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer. Utvärderingsgrunden är lägsta pris. Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns grund att ingripa mot kommunens upphandling. Grund för ingripande kan föreligga om sökanden visar att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Sökanden måste även ha lidit eller kan komma att lida skada.

Till stöd för sin talan anför Servera att ett antal av de krav som kommunen ställt upp i förfrågningsunderlaget strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Direktinköp

I kommunens anbudsinbjudan anges, under rubriken ”syfte och mål”, bl.a. att kommunen planerar att göra en del inköp direkt från gårdar, som en del av skolans pedagogiska verksamhet. Servera anför att inriktningen strider mot LOU. Servera gör inte gällande att någon otillåten direktupphandling har ägt rum. Skrivningar som ger upphov till misstanke om att en otillåten direktupphandling eventuellt kan komma att äga rum kan inte bli föremål för rättens prövning. Enligt förvaltningsrättens mening saknar därför skrivningen i anbudsinbjudan om framtida inköp direkt från gårdar relevans i målet.

Fastprisperiod

Servera anför att kommunens krav att de i anbudet angivna priserna ska gälla under en fastprisperiod på nio månader, räknat från sista anbudsdag står i strid med proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs i upphandlingen inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Det måste även finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och kraven. Mot

bakgrund av vad parterna har anfört och med beaktande av att särskilt priskänsliga varor är undantagna, finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kravet står i strid med proportionalitetsprincipen.

Prislistor

Servera anför att kommunens krav att leverantören är skyldig att tillhandahålla uppdaterade prislistor och att prislistan sänds en gång i veckan till kommunen strider mot transparensprincipen. Principen om transparens innebär bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt att resultatet av den upphandlande myndighetens utvärdering blir rättvisande. Av detta följer bl.a. att anbudsgivare måste kunna bilda sig en rimlig uppfattning om vilka kostnader ett visst krav medför. Den omständigheten att uppgift om mottagare av prislistorna saknas i förfrågningsunderlaget innebär, enligt förvaltningsrättens mening, inte att kostnaden för hanteringen av prislistor blir så oförutsebar att transparensprincipen träds för när.

Beställningsrutiner

Servera hävdar att kommunens krav att beställning ska kunna göras via e-handel, e-post och telefon samt kravet om två vardagars leveranstid strider mot proportionalitetsprincipen. Servera anför att det vore bättre att order lämnas via leverantörers hemsida och att det är ogörligt att lagerföra så stora mängder varor som kravet på två dagars leveranstid medför. Kommunen har anfört att många av kommunens verksamheter behöver korta ledtider och att den leverantör som inte klarar kravet på två dagars leveranstid kan avstå från att offerera just den varan. Kommunen anser att den leverantör som kan leva upp till leveranskravet är mer konkurrenskraftig i detta avseende. Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten bestämmer föremålet för upphandling. Myndigheten har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget efter de behov som verksamheten har. Med anledning av vad parterna har anfört finner förvaltningsrätten att Servera inte har visat att kraven som kommunen ställt

upp avseende beställningsrutiner är så betungande i förhållande till upphandlingsföremålet att de står i strid med proportionalitetsprincipen.

Reklamation

Servera hävdar att kommunens villkor avseende tid för reklamation är oskäligt och därför strider mot transparensprincipen. Enligt det aktuella villkoret ska kommunen reklamera inom skälig tid, dock senast 30 dagar från det att fel eller brist uppdagas. Redan av villkorets ordalydelse följer, enligt förvaltningsrättens mening, att det inte ger utrymme för en oskäligt lång reklamationstid. Det uppställda villkoret står därför inte i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU.

Produktkrav

Servera hävdar att kraven avseende antibiotika, transport av djur till slakt och slaktmetod, strider mot principerna om icke-diskriminering, lika-behandling och mot proportionalitetsprincipen. Servera anför vidare att bolaget har lidit skada eftersom bolaget, med anledning av produktkraven, varit förhindrat från att konkurrera med sitt fulla sortiment samt att bolaget har riskerat att lida skada då oseriösa leverantörer erhåller avtal på felaktiga grunder. Servera hävdar även att det inte går att kontrollera att kraven efterlevs, vilket strider mot LOU. Kommunen anser att kraven är förenliga med LOU och att kraven inte gynnar svenska producenter.

Kommunen har ställt upp som krav att antibiotika endast får användas efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Servera har anført att detta krav står i strid med EG-förordningen nr 1831/2003 om fodertillsatser eftersom förordningen tillåter att antibiotikorna koccidiostatika och histomonostatika godkänns som fodertillsatser. EG-förordningens bestämmelser gäller i Sverige utan implementering. Det av kommunen uppställda kravet är alltså även strängare än vad producenter som lyder under svensk lagstiftning har att rätta sig efter. Kravet strider därför inte mot principen om icke-diskrimi-

nering. Eftersom regelverket kring användning av antibiotika i djurfoder har harmoniserats i och med nämnda EG-förordning, saknas utrymme för mer långtgående bestämmelser, jfr. Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2005 ref. 2 och RÅ 2010 ref. 80. Det av kommunen uppställda kravet står alltså i strid med unionsrätten och är därför inte tillåtet enligt LOU.

Vad gäller transporttid inför slakt har kommunen ställt som krav att djuret har transporterats max åtta timmar till slakt eller max tolv timmar nattetid för fjäderfä. Servera har anfört att kravet är strängare än EG-förordningen 1/2005 om skydd av djur under transport och därmed sammanhängande förfaranden, men inom ramen för svensk lagstiftning. Såsom kommunen har anfört ger även svenska bestämmelser utrymme för undantag från kravet. Kravet är alltså även strängare än de krav som ställs upp i svensk lagstiftning. Kravet står därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte i strid med principen om icke-diskriminering. Kravet är dock mer långtgående än vad som föreskrivs i EG-förordningen 1/2005 om skydd av djur under transport och därmed sammanhängande förfaranden. Bestämmelserna i förordningen 1/2005 har antagits bl.a. i syfte att harmonisera regelverket kring djur under transport, vilket innebär att strängare krav än de i förordningen uppställda strider mot unionsrätten. Eftersom kommunens krav att djur ska ha transporterats till slakt under max åtta timmar eller tolv timmar nattetid står i strid med de unionsrättsliga bestämmelserna är kravet inte tillåtet enligt LOU.

Vad gäller kommunens krav att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker är detta strängare än vad som föreskrivs i Rådets direktiv 93/119/EG om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning, men identiskt med det krav som ställs enligt svensk rätt (8 kap. 3 § SJVFS 2007:77). Direktivet om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning är ett minimidirektiv vilket innebär att en upphandlande myndighet kan tillåtas ställa strängare krav, under förutsättning att kravet har ett samband med


kontraktsföremålet och är förenligt med unionsrättens grundläggande principer, särskilt icke-diskrimineringsprincipen. Kommunen har inte ställt som krav att producenten ska följa svenska bestämmelser. Den omständigheten att kravet helt motsvarar vad som krävs enligt svenska bestämmelser innebär emellertid att svenska producenter har en stor fördel jämfört med utländska producenter. Kravet utgör därför, enligt förvaltningsrättens mening, en sådan åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten. Konkurrensbegränsande krav kan vara tillåtna, men det ankommer på den upphandlande myndigheten att motivera kravet. Det kan ifrågasättas om det kommunen har anfört visar att kravet är förenligt med LOU och unionsrätten.

Oavsett om det kravet att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker, är förenligt med LOU följer det av likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten inte kan uppställa krav av sådant slag att de inte kan bli föremål för en verklig och likabehandlande kontroll. Inom EU finns inget gemensamt certifierings- eller kontrollsystem som möjliggör en verklig kontroll av sådana djurskydds krav som är strängare än den i unionsrätten fastlagda miniminivån, jfr. Kammarrättens i Göteborg dom den 16 februari 2010 i mål nr 2216-2221-10. Vad kommunen har anfört visar, enligt förvaltningsrättens mening, inte att en verklig och likabehandlande kontroll av kravet är möjlig. Det uppställda kravet är därför inte förenligt med LOU.

För att grund för ingripande ska föreligga krävs även att sökanden har lidit eller kan komma att lida skada. Servera har härvid anfört att bolaget har varit förhindrat från att konkurrera med sitt fulla sortiment och att oseriösa leverantörer kan erhålla avtal på felaktiga grunder. Servera har tilldelats kontraktet för varugrupp tre, mejerivaror. Bolaget kan därför inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada med anledning av de otillåtna kraven avseende denna varugrupp. De otillåtna kraven tar sikte på animaliska produkter. De kan därför inte ha påverkat kommunens

tilldelningsbeslut avseende varugrupp två, frukt och grönt. Servera kan därmed inte heller anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada avseende varugrupp två. Avseende varugrupp ett, huvudsortiment/kolonial, har Servera, enligt förvaltningsrättens mening, i vart fall riskerat att lida skada med anledning av de otillåtna krav som kommunen har uppställt. Vad kommunen har anfört ifråga om innehållet i Serveras anbud föranleder ingen annan bedömning. Eftersom de otillåtna kraven är hänförliga till kvalificeringsfasen är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om avseende varugrupp ett.

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



Peter Lif
rådman

Målet har föredragits av Camilla Thor.