



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Angelica Lavicka

DOM
 2011-04-21
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 587 -- 592-11

SÖKANDE

Mål nr 587 – 592-11
 Servera R & S AB, 556233-2451,
 112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermansson
 Servera R & S AB, 112 89 Stockholm

MOTPART

Mål nr 587-11
 Borlänge kommun, 781 81 Borlänge

Mål nr 588-11
 Falu kommun, 791 83 Falun

Mål nr 589-11
 Gagnefs kommun, 785 80 Gagnef

Mål nr 590-11
 Ludvika kommun, 771 53 Ludvika

Mål nr 591-11
 Smedjebackens kommun, 777 81 Smedjebacken

Mål nr 592-11
 Sätters kommun, 783 27 Säter

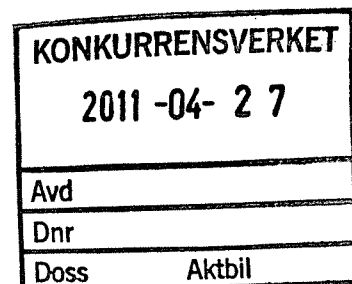
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att kommunerna ska rätta anbudsutvärderingen för varugrupp 101 och göra om upphandlingen för varugrupp 102.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 mars 2011 upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Borlänge kommun, Falu kommun, Gagnefs kommun, Ludvika kommun, Smedjebackens kommun och Sätters kommun (kommunerna) genomför i samverkan en upphandling avseende livsmedel (diarienummer 2010/26:050). Tilldelningsmeddelandet är daterat den 24 januari 2011.

Förvaltningsrätten har i beslut den 15 mars 2011 avslagit Serveras yrkande om interimistiskt förordnande eftersom förvaltningsrätten den 8 februari 2011 i mål 492- - 497-11 fattat ett sådant beslut avseende nu aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten har dock genom dom den 15 mars 2011 avslagit ansökan om överprövning i mål 492- -497-11. Med anledning av detta fattade förvaltningsrätten den 15 mars 2011 beslut om att upphandlingen inte får avslutas i de delar som omfattas av ansökan om överprövning, dvs. för varugrupperna 101 Fisk (varugrupp 101) och 102 Fågel och köttprodukter beredda (varugrupp 102).

YRKANDEN M.M.

Servera R & S AB (Servera) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse för varugrupp 101 och att upphandlingen ska göras om för varugrupp 102.

Kommunerna medger rättelse av anbudsutvärderingen för varugrupp 101 och motsätter sig ansökan avseende varugrupp 102.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Servera uppger att en felräkning skett vid utvärderingen avseende varugrupp 101, vilket har föranlett att Serveras anbud inte antagits trots att anbudssumman var lägst. I kvalitetskraven för varugrupp 102 anges att samtliga fågelprodukter ska följa Svensk Fågels policy, med hänvisning till "www.svenskfagel.se". Detta innebär att kommunerna hänvisar till en svensk branschpolicy som ska-krav. Ingen producent med produktion utan-

för Sverige har kännedom om kraven eller kan uppfylla dessa anvisningar. Kraven måste anses som diskriminerande eftersom endast svensk produktion kan komma att klara kraven då de är grundade på svenska branschbestämmelser. Kravet utestänger därför produkter som är producerade i andra länder eftersom standardiserade certifikat för djurskydd inom EU saknas helt. Vidare innebär detta att utvärderingen av ett anbud inte kan ske, vilket strider mot ickediskriminerings- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt EU-kommissionen saknas det på djurskyddsområdet någon harmonisering av rättsreglerna i enlighet med artikel 95 EU. Det handlar om minimilagstiftning. Medlemsstaterna har således ett stort utrymme att tillämpa strängare nationella regler. De svenska djurskyddslagarna ställer t.ex. hårdare och mer precisa krav än de minimikrav som finns i EU:s skyddsdirektiv. Grundsytet med LOU är att främja den fria handeln och att alla leverantörer ska behandlas lika. Att mot den bakgrunden i offentlig upphandling ange ska-kravet att produkterna ska ha producerats efter skärpta krav från EU-lagstiftningen strider mot en av hörnelarna i EU-gemenskapen, den fria rörligheten av varor och tjänster samt principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

När kommunerna ställer skärpta krav gentemot EU-bestämmelserna på produkter måste det finnas möjlighet att kontrollera uppföljningsgraden av kravet. Inom EU finns det idag inte något utvecklat verktyg för uppföljning av djurskydd, vilket gör det ogörligt från både grossist och för kommunerna att kontrollera härkomsten. Det är även att beakta som oproportionerligt att en utländsk producent ska ha kännedom om svensk djurskyddslagstiftning eller svensk branschpolicy, vilket innebär att de flesta utländska leverantörer ställs utanför deltagande i upphandlingen. Detta drabbar även svenska grossister typ Servera som i denna upphandling inte kan konkurre-

ra med sitt fulla sortiment och riskerar att oseriösa leverantörer blir felaktigt utvärderade samt får avtalen.

I den offentliga upphandlingen gäller ömsesidigt erkännande, vilket innebär att en produkt som lagligt producerats inom ett EU-land, ska kunna säljas i alla de andra medlemsländerna. Enda undantaget är enligt artikel 30 i EU-fördraget (numera ersatt av artikel 34 FEUF) om särskilt skyddsintresse föreligger d.v.s. risk för människor och djurs liv samt hälsa. Då handlar det om skydd mot djursjukdomar, växtskadegörare, undermåliga produktionsmetoder och dåliga livsmedel. I EU-domstolen har undantaget enligt artikel 30 EG tillämpats restriktivt. Enbart misstro mot andra länders kontrollsystem får inte enligt EU-domstolen ligga bakom ett beslut att ange nationella regler vid upphandling. Eftersom kommunerna har avsevärt mer långtgående krav och bestämmelser än vad EU:s skyddsdirektiv innehåller uppstår problem då EU tillåter nationella regler, men samtidigt anger att offentlig upphandling inte får hindra varutillförsel av produkter som följer det gemensamma regelverket, med undantag för möjligheten att ange skyddssynpunkt. Det ankommer dock inte på upphandlande myndigheter att avgöra frågan om skyddsintresse.

Kommunerna krävde i sin upphandling att kraven på att Svensk Fågels policy skulle garanteras av behörig företrädare för anbudslämnarna, vilket då är tänkt att tolkas som att det handlar om ett leverantörsintyg på att kraven uppfylls. Att ställa okontrollerbara krav i en upphandling måste strida mot 1 kap. 9 § LOU, likabehandlings- och diskrimineringsprincipen och innebär att seriösa leverantörer kan komma att lida skada. Servera har på kort tid tappat försäljning på 100 årsmiljoner på högre djurkrav än vad EU-direktivet tillåter och som upphandlande myndigheter underlåtit att kontrollera. Inköpsvolymen av livsmedel i denna upphandling är för överprövade varugrupper cirka 5 miljoner kr per år, vilket innebär ett försäljnings-

bortfall för Servera om cirka 20 miljoner kronor vid en avtalstid på angivna fyra år.

Kommunerna anför bl.a. följande. Kommunerna har uppmärksammats på en ren felaktighet i utvärderingen för varugrupp 101 och anser att en annan tilldelning bör ske för denna position. Dokumentation som styrker leverantörskvalificering för varugrupp 102 har begärts in men dokumentation har ännu inte inkommit till upphandlingsenheten. Kommunerna anser att upphandlingen har genomförts enligt LOU.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Av punkt 4.1 i framgår bl.a. följande. *"Livsmedel som upphandlas i detta avtal ska följa de lagar och förordningar som finns och gäller i och för Sverige. Här omfattas även EU-regler och förordningar. OBS! Regeln om ömsesidigt erkännande gäller (LOU 1:9)."*

I punkt 4.1.3. andra stycket anges att *"Av anbudsgivaren offererade produkter ska uppfylla de specificerade kvalitetskrav och miljö- och djurskyddskrav som framgår av bilaga 3 svarsformulär: pris- produkter, bilaga 6 kvalitetskrav och bilaga 7 miljö- och djurskyddskrav. Bilagor 6 och 7 ska undertecknas och bifogas anbudet."*

Av bilaga 6, varugrupp 6:1, under rubriken kvalitetskrav anges bl.a. följande. *"Att samtliga fågelprodukter skall följa Svensk fågels policy se hemsidan "www.svenskfagel.se" bl.a. att samtliga fågelprodukter ska vara levererade ifrån salmonellafria fågelköttproducenter. Att samtliga antibiotika i tillväxtfrämjande syfte inte får ha använts vid uppfödning. Att hormoner ej används i tillväxtfrämjande syfte vid uppfödning. Fiskmjöl får inte användas i foder."*

Av bilaga 7, under rubriken *"Gemensamma miljö- och djurskyddskrav för animaliska livsmedel: Griskött, nötkött naturbeteskött, lammkött, kycklingkött [...]."*, punkten B.1, andra stycket anges följande. *"Information om ursprung hos kött, fågel kan vara upplysande för upphandlande myndigheter om produkten, t.ex. vilken miljö- och djurskyddslagstiftning som gällt vid produktionen."*

I tredje stycket ovannämnda punkt anges att *"Branschorganisationen Svensk Fågel har krav för ursprungs- och kvalitetsmärkning som bland annat ställer krav på kläckt, uppfödd, slaktad och förädling i ett och samma land för att ursprunget ska anges."*

Av ovannämnda bilaga, punkten B.2 Salmonellafrihet, under stycket baskrav anges att *"Samtliga levererade produkter ska vara fria från samtliga salmonellatyper."* Vidare anges under, punkten B.3 Antibiotika, under stycket baskrav bl.a. att *"Antibiotika får användas endast efter skriftlig ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat."* Av punkten B.4 Transport av djur till slakt (gäller ej ägg och mjölk), under stycket baskrav anges att *"Djuret har transporterats max 8 timmar till slakt."* Av punkten B.5 Slakt metod (gäller ej ägg och mjölk), under stycket baskrav anges att *"Djuret är bedövat när avblodning sker."* Under rubriken "Kyckling och kycklingköttprodukter", punkten B.6 God djuromsorg/Beläggning kyckling under stycket baskrav anges att *"Produkt av kyckling skall härstamma från djur som fötts upp på anläggning där beläggningsgraden varit max 36 kg/m² (och max 25 djur/m²) och där bilaga I uppfylls enligt direktiv 2007/43/EG om fastställande av minimiregler för skydd av slaktkycklingar."* Av punkten B.7 Fiskfritt foder, under stycket baskrav anges att *"Det foder som använts i produktionen av offererade kycklingprodukter skall vara fritt från fiskanimalier under hela uppfödningstiden."*

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Tillämplig lagtext

Förvaltningsrätten tillämpar LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

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

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna i målen är om kommunerna vid upphandling av varugrupp 101 gjort en felaktig utvärdering och om kommunerna vid en upphandling av livsmedel har rätt att i förfrågningsunderlaget för varugrupp 102 ställa krav på att samtliga fågelprodukter ska följa Svensk Fågels policyer.

Av den skriftliga utredningen i målet framkommer att det är ostridigt mellan parterna att en felaktig utvärdering har skett för varugrupp 101. Med anledning av detta och då skäl till annan bedömning inte visats föreligga, finner förvaltningsrätten att en ny utvärdering bör göras för denna varugrupp.

Vad härefter avser varugrupp 102 gör förvaltningsrätten följande överväganden. Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad. Medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa nationella bestämmelser. I dessa fall gäller principen om ömsesidigt erkännande. Principen gäller för den offentliga upphandlingen och innebär att en vara som lagligen tillverkats eller saluförts i ett av EU:s medlemsländer ska kunna säljas i alla andra medlemsländer. Enda undantaget från denna princip är de restriktioner som en stat kan införa om det kan hävdas att det finns särskilt skyddsintresse för bland annat människor och djurs liv och hälsa. I EU-domstolens praxis har undantagsreglerna tillämpats restriktivt.

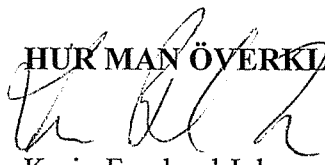
Servera har gjort gällande att de krav som ställs i förfrågningsunderlaget för varugrupp 102 är strängare än de underliggande kraven i EU-direktivet. Kommunerna har invänt att upphandlingen har genomförts enligt LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna avsett att tillämpa svensk branschpolicy vilket innebär att de uppställda djurskyddskraven i upphandlingen är mer långtgående och mer konkreta än de som ställs i artiklarna 3 och 4 i Rådets direktiv 98/58/EG av den 20 juli 1998 om skydd

av animalieproduktionens djur. Kraven får därmed anses utgöra sådana importrestriktioner som enligt huvudregeln inte är tillåtna. Kommunerna har enligt förvaltningsrätten inte kunnat visa varför sådana konkurrensbegränsande krav är befogade. Servera får därmed anses ha visat att kommunernas förfarande strider mot icke-diskrimineringsprincipen.

En ytterligare förutsättning för ingripande är att överträdelsen av LOU medfört att Servera lidit eller kommer att lida skada. Med hänsyn till att Servera genom det aktuella kravet har förlorat möjligheten att konkurrera med sitt fulla sortiment i upphandlingen har Serveras chanser att tilldelas kontrakt för varugrupp 102 minskat på ett sådant sätt att Servera lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att kommunerna ska rätta anbudsutvärderingen för varugrupp 101 och göra om upphandlingen för varugrupp 102.


HUR MAN ÖVERKLÄGAR, se bilaga (DV 3109/1C).
Karin Forslund Johansson
rådman