



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 1

DOM
 2011-08-01
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 5694-10
 Domare 1:1

SÖKANDE

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

Ombud: Stig Hermanson

MOTPART

Rättviks kommun
 Box 6533
 795 80 Rättvik

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-08-03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Serveras ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 28 september 2010.

Dok.Id 19256

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00

E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Servera R&S AB (nedan Servera) ansöker om överprövning av Rättviks kommuns (nedan kommunen) upphandling av livsmedel, dnr 2010/45. Kommunen har den 1 februari 2010 inbjudit till upphandling som prövades av Förvaltningsrätten i Falun den 19 april 2010 (målnummer 2440-10). Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om. Kommunen genomför upphandlingen på nytt i och med anbudsinbjudan den 3 september 2010.

Servera yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att förfrågningsunderlaget med bilagor ska förklaras strida mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och att upphandlingen därför ska göras om. Till stöd för sin talan anför Servera i huvudsak följande. Det finns i förfrågningsunderlaget ett flertal skall-krav gällande djurskydd som är inom ramen för den svenska djurskyddslagstiftningen men som är mycket högre än kraven inom EU. Exempelvis kraven på antibiotika, slakttransporter, betessäsong, inredda burar för höns, näbbtrimning och grisars golvyta och strö, där EU-kraven inte blir obligatoriska förrän 2013. Detta innebär att upphandlingen strider mot de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering och likabehandling.

Ingen producent utanför Sverige har kännedom om kraven eller kan uppfylla dessa anvisningar. Kraven måste därför anges som diskriminerande, eftersom endast svensk produktion kan komma att klara dessa då de är grundade på svenska djurskyddsbestämmelser. Detta gäller i synnerhet då inget skäl för att frångå EU-direktivet har framförts. När kommunen ställer skärpta krav gentemot EU-bestämmelserna på produkter måste det dessutom finnas en möjlighet att kontrollera efterlevnaden av kraven. Till följd av att det inte finns någon samordnad kontrollfunktion inom EU har inte kommunen möjlighet att kontrollera att ställda djurskyddskrav verkligen efterlevs av alla leverantörer. Att ställa okontrollerbara krav i en upphand-

ling måste strida mot likabehandlingsprincipen och diskrimineringsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Servera kommer att lida skada då Servera inte kan arbeta med fullt konkurrerande sortiment då man måste begränsa sig till enbart svenska produkter för att vara säker på att klara kraven. Då kontroll av djurhållningen inte kan säkerställas, är det högst troligt att utvärderingen av anbuden inte går att genomföra med likabehandling. Det finns en uppenbar risk att oseriösa leverantörer blir antagna på produkter som inte följer kraven. Detta kan drabba Servera, som slås ut i prisutvärderingen då svenskt kött generellt är dyrare än motsvarande import. Kommunen sätter konkurrensen ur spel eftersom det hindrar Servera från att använda produkter som enbart är EU-godkända. Den enda skillnaden i villkoren mellan denna upphandling och den föregående är att man inte skriver ut kravet som lagkrav gentemot svensk djurhållningslag, utan enbart skriver ut dem som kravspecifikation.

Servera hänvisar till uttalanden från Konkurrensverket, Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr. 2216-2221-10, 2921-2922-10 och 2924-10 samt Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 46844-10 och 46958-10. Angående kontroll av ställda krav måste givetvis kontrollen göras i utvärderingsfasen för att likabehandlingsprincipen i LOU ska gälla. Tillämpningen av regeln med begränsad kontroll har inte angetts i förfrågningsunderlaget.

Kommunen motsätter sig ansökan och anför i huvudsak följande. Det stämmer att kommunens krav överstiger gällande minimikrav från EU. EU-kraven är minimikrav och kommunen har möjlighet att ställa mer långtgående krav. Alla producenter som uppfyller kommunens ställda krav kan delta i upphandlingen. Kommunen har inte efterfrågat närproducerade eller svenska livsmedel. Ambitionen i upphandlingen har varit att värna om miljön och även att djuren ska behandlas väl och ha bra levnadsförhållan-

den. Av LOU framgår att upphandlande myndigheter ska beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling, om upphandlingens art motiverar detta. Miljöhänsyn är relevanta beträffande livsmedelsupphandlingar. Vad gäller uppföljning av kommunens krav så är det upp till den som offererar varor att denne är seriös och har kontroll på sina leverantörer så att efterfrågade krav från en kund kan följas. Dessutom finns det inget hinder mot att kommunen själv kontrollerar ställda krav alternativt upphandlar tjänsten leverantörsinspektioner.

Regeringsrätten har i dom den 18 oktober 2010 (mål nr 7957-10) fastslagit att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vad den vill köpa och därvid ta miljöhänsyn. Av Kommissionens handbok "Att köpa grönt" framgår tydligt att myndigheter får välja att upphandla de mer miljövänliga alternativen som erbjuds på marknaden. Kommunen bestrider att endast svenska leverantörer kan uppfylla kraven i upphandlingen. Djurskyddskrav är en form av miljöhänsyn.

Slakttransporter

Det finns inga hinder mot att en kommun i en offentlig upphandling ställer krav beträffande transport av djur till slakt som går längre än i EU:s förordning 1/2005. Kravet gynnar inte svensk produktion särskilt. Det gynnar snarast produktionen i andra medlemsländer, vilka på grund av sina geografiska förhållanden har normalt betydligt kortare transportavstånd till slakterier.

Slaktmetod

Direktivet 93/119/EG eller LOU hindrar inte en kommun från att ställa krav att ett djur ska vara helt bedövat när avblodning sker. Det ankommer på Servera att visa att bolaget skulle komma att lida skada på grund av kravet.

Antibiotika

Kravet strider inte mot någon EU-bestämmelse eller mot LOU. Det är en viktig skillnad mellan vad som får saluföras inom EU och vad som en lokal myndighet är skyldig att upphandla. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg eller certifikat som utfärdas av en medlemsstats myndigheter ska gälla också i en annan medlemsstat.

Kvalité

Inom EU är det mycket tydligt att kvalitetsbegreppet då det gäller livsmedel omfattar såväl produktionskvalitet som produktkvalitet. Djurskydds-krav är en form av miljöhänsyn. Av LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa miljökrav. Det finns ingen skyldighet för kommunen att bevisa att kraven har en miljömässig effekt. Kommunen åberopar Regeringsrättens dom i mål nr 7957-09. Regeringsrättens resonemang är överförbara på de krav som kommunen ställer avseende antibiotika och djurskydd i den aktuella upphandlingen.

Kontroll

Kommunen bestrider att ställda krav i upphandlingen skulle vara okontrollerbara. Kommunen tillämpar regeln om begränsad kontroll enligt 11 kap. 17 § LOU och kommer att begära in bevis där det är behövt. Ett annat sätt att verifiera kraven är att leverantören skriftligt får redogöra för vilka rutiner som tillämpas för att kommunicera kraven vidare till underleverantörer.

Förvaltningsrätten har i beslut den 28 september 2010 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är bl.a. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och fri rörlighet

för varor och tjänster. Samtidigt har den upphandlande myndigheten stor frihet att bestämma upphandlingsföremålet. Enskilda motiverade specifikations- eller kvalitetskrav på en vara i ett enskilt upphandlingsfall kan indirekt begränsa den fria rörligheten men ändå utgöra ett tillåtet krav enligt EU-rätten. Enligt förvaltningsrätten skiljer sig i detta avseende inte livsmedel från andra typer av varor.

I flera relativt färska avgöranden som avsett livsmedelsupphandlingar har olika svenska förvaltningsdomstolar prövat om högre djurskyddskrav respektive krav på viss transporttid till slakt är förenliga med LOU, se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 2216-2221-10 respektive 2921-2922-10, Förvaltningsrätterna i Stockholm (mål nr 46844-10 och 46958-19) och Uppsala (mål nr 8227-10).

EU:s djurskyddsdirektiv (78/923/EEG) är ett så kallat minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa strängare nationella bestämmelser så länge som direktivets syften inte åsidosätts. Det står enligt förvaltningsrätten klart att man inte kan uppställa ett generellt krav på tillämpning av svensk djurskyddslagstiftning vid djurhållning, särskilt inte då det finns EU-rättsliga minimiregler på området. Ett sådant krav skulle tveklöst anses gynna svenska producenter och stå i strid med LOU.

Specifika produktions- och/eller kvalitetskrav som ställs i ett upphandlingsförfarande och som är strängare än EU:s minimireglering måste kunna motiveras av den upphandlande enheten. Förvaltningsrätten menar att både djurskyddshänsyn och hänsyn till varans kvalitet kan utgöra skäl för att ställa upp sådana krav. Dessa måste dock vara förenliga med gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, dvs. proportionella och inte diskriminerande. Ett motiverat och klart uttryckt djurskyddskrav som går längre än EU:s minimireglering kan därför inte automatiskt anses vara otillåtet, jfr Högsta

förvaltningsdomstolens (Regeringsrättens) dom i mål 7957-09. Målet har åberopats av kommunen i nu aktuell upphandling.

Av ett flertal avgöranden från EU-domstolen framgår att bestämmelserna på upphandlingsområdet ska öppna upp för så bred konkurrens som möjligt och att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran, se bl.a. målet *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare* (C-305/08). Även om ett allmänt syfte med upphandlingsregleringen är att öppna för bred konkurrens kan detta per automatik inte leda till att djurskyddskrav åsidosätts.

Förvaltningsrätten menar att den grundläggande utgångspunkten att det är upphandlaren som avgör vad den önskar upphandla i för stor utsträckning har tonats ner i de tidigare domstolsprocesserna. I sammanhanget beaktar förvaltningsrätten vad kommunen åberopat om kopplingen mellan djurskyddskrav och miljöhänsyn. Det framgår vidare av det nya EU-fördraget (FEUF Artikel 13) att vid utformning och genomförande av unionens politik i fråga om jordbruk, fiskeri, transport, inre marknad, forskning och teknisk utveckling samt rymden ska unionen och medlemsstaterna fullt ut ta hänsyn till välfärd för djuren som kännande varelser, samtidigt som unionen och medlemsstaterna ska respektera medlemsstaternas lagar och andra författningar samt sedvänjor särskilt i fråga om religiösa riter, kulturella traditioner och regionalt arv. Förvaltningsrätten gör bedömningen att fördragsartikeln är relevant för prövningen och ska beaktas.

Servera har inte visat att kommunen ställt krav på att produkterna ska vara producerade i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning. Kraven kan således av denna anledning inte anses diskriminerande.

När det gäller kravet på transporttid till slakt är det ostridigt att det är strängare än i vissa andra EU-länder. För att ett sådant krav ska vara tillåtet krävs att kravet kan motiveras av den upphandlande enheten och att kravet är proportionellt och inte diskriminerande. Förvaltningsrätten gör i denna del bedömningen att kravet på transporttid kan motiveras med hänsyn till såväl djurskydds- som kvalitetsaspekter. Med hänsyn till att, som kommunen har framhållit, produktionen i andra medlemsländer på grund av geografiska förhållanden normalt har betydligt kortare transportavstånd till slakterierna än vad som är fallet i Sverige och det därmed måste antas finnas ett stort antal slakterier inom EU som kan klara åtta timmars transporttid anser förvaltningsrätten att kravet varken är oproportionellt eller diskriminerande.

Även övriga krav som kommunen har ställt upp – antibiotika, betessäsong, inredda burar för höns, näbbtrimning och grisars golvyta och strö – har en objektiv utformning och har av kommunen motiverats med hänsyn till de tillåtna kriterierna djurskydd och kvalitet. Servera har sagt att kraven strider mot de EU-rättsliga principerna men har inte närmare motiverat på vilket sätt detta skulle vara fallet. Förvaltningsrätten bedömer att det finns ett stort antal producenter och leverantörer i andra medlemsländer som kan leva upp till kraven och att Servera därmed inte har visat att dessa krav är diskriminerande eller oproportionella.

När det gäller frågan om de uppställda kraven kan kontrolleras genom en verklig kontroll av att den information som lämnas i anbuden är korrekt (jfr målet C-448/01 Wienstrom) har kommunen bl.a. anfört att man kommer att begära in bevis där det är behövligt. Servera har anfört att det inte finns någon samordnad kontrollfunktion inom EU och att kommunen därmed inte har möjlighet att kontrollera att ställda djurskyddskrav verkligen efterlevs av alla leverantörer. Förvaltningsrätten bedömer att Servera inte har visat att de uppställda kraven är okontrollerbara eller att en samordnad

kontrollfunktion är det enda sätt som en myndighet kan bedriva en verklig kontroll inom det aktuella området. Kommunens uppgift om leverantörsbevis och skriftliga redogörelser uppfyller enligt förvaltningsrätten det gemenskapsrättsliga kontrollkravet.

Sammanfattningsvis har inte Servera genom sin ansökan visat att kommunen genom det aktuella förfrågningsunderlaget handlat i strid med LOU. Följaktligen kan Servera inte anses ha lidit någon skada. Serveras begäran om överprövning ska avslås och förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 28 september 2010 upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).



Anders Lidman
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

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

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

DV 3109/1C LOU