



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 12

Mål nr 46844-10

46958-10

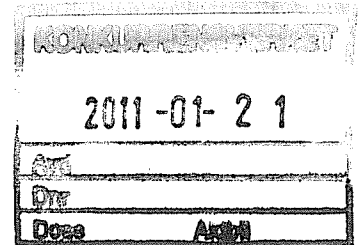
Rättelse/komplettering

Dom, 2011-01-18

Rättelse, 2011-01-19

Beslutat av: Johan Ndure

Självrättelse enligt 32 & förvaltningsrättslagen sid 1, första stycket, andra raden - siffran 7 skall strykas och sid 13, sista stycket, rad 11 - siffran 7 skall strykas





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-01-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
46844-10
46958-10
Enhet 12

SÖKANDE

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

Ombud: Stig Hermansson
Servera R&S Aktiebolag
112 89 Stockholm

MOTPART

1. Haninge kommun (mål nr 46844-10)
136 81 Haninge

2. Tyresö kommun (mål nr 46958-10)
135 81 Tyresö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller delvis ansökan och förordnar att upphandlingen i de delar som avser huvudgrupp 2, 4, 7 samt 8 avseende produktgrupperna fågel och nöt, gris, lamm, vilt ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 3 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Haninge och Tyresö kommuner (kommunerna) har gemensamt genomfört en upphandling av livsmedel, dnr 38/2010. Upphandlingen har uppdelats i 15 olika huvudgrupper och ramavtal är tänkt att tecknas avseende 13 av dessa. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Servera R&S Aktiebolag (Servera) har lämnat anbud gällande huvudgrupperna 1-6, 8 och 14. I tilldelningsbeslut avsänt den 25 november 2010 beslöt kommunerna att anta andra anbud än anbuden från Servera i aktuella huvudgrupper.

Servera ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Servera i huvudsak följande. Det finns i förfrågningsunderlaget ett flertal skallkrav gällande djurskydd som strider mot LOU och de EU-rättsliga principerna om likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering. Kommunernas krav är inom ramen för den svenska lagstiftningen men är mycket högre än EU:s krav. Ingen producent med produktion utanför Sverige har kännedom om kraven eller kan uppfylla dessa anvisningar. Kommunernas svar på frågor den 13 oktober 2010 är inte förenligt med LOU. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Att ställa okontrollerbara krav i en upphandling måste strida mot likabehandlingsprincipen och diskrimineringsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunerna har uppmanat anbudsgivare att komma in med tre referensgivare, vilka skulle vara tillgängliga för kommunerna från anbudsgivning till avtalsstart vid äventyr att anbudsgivaren får noll poäng gällande utvärderingskriteriet Kvalité och Service (Referenser). Att bestraffa leverantörerna för att referenspersonerna inte lämnar svar kan inte anses vara proportionerligt enligt LOU. Kommunerna har inte informerat om hur upphandlingen kommer att viktas och referenspersonerna har inte någon

information om hur utvärderingen kommer att gå till när de svarar. Kommunerna har ett prispålägg med max 45 procent av den totala prisbilden i anbudet och det strider mot proportionalitetsprincipen att ge referenserna så stor betydelse. Servera har fått ett prispåslag för referenser om 6 650 086 kr (15 procent). Servera har lagt det lägsta priset och skulle ha antagits i varugrupp 1-8 utan en referensbelastning.

För att upphandlande myndighet ska kunna utvärdera anbuden enligt 1 kap. 9 § LOU måste kraven kunna följas upp. Miljöstyrningsrådet använder samma utvärderingssystem på djurskydd som man gör för miljö, dvs. certifieringar till standarder som finns på miljösidan. Dessa standarder finns inte på djurskydd och därför blir det omöjligt att utvärdera dessa krav. Eftersom kriterierna saknar möjlighet att utvärderas har utvärderingen flyttats till avtalsperioden. Upphandlande myndighet kan inte säkerställa att alla leverantörer behandlas lika och kraven är inte förutsebara enligt transparensprincipen. Kommunerna har antagit leverantörer utan att utvärdera sina krav.

Med de formulerade skärpta krav som kommunerna anger riskerar Servera, som följer givna förutsättningar, att hamna i en ojämlig ställning gentemot mindre seriösa leverantörer. Servera kommer att lida skada då Servera inte kan arbeta med fullt konkurrerande sortiment och utebliven kontroll av djurhållningen innebär att fel leverantör kan ha utsetts. Inköpsvolymen av livsmedel i denna upphandling är enligt förfrågningsunderlaget ca 53 miljoner kronor per år och av dessa har Servera möjlighet att vinna 40, vilket innebär ett sammanlagt inkomstbortfall för Servera om ca 160 miljoner kr.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget och utvärderingen har i sin helhet skett på ett öppet, transparent och icke diskriminerande sätt. Kommunernas skall-krav avseende produkternas ursprung och produktion är fullt proportionerliga.

Argumenten för de högre kraven på djurhållning omöjliggör inte en utvärdering av anbudet. Härvid hänvisar kommunerna till vad som angetts under Frågor och Svar daterade den 13 oktober 2010.

Ett tillägg om 45 procent får endast den anbudsgivare som under kriteriet Kvalitet och Service (Referenser) saknar kvalitet, vilket är helt i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Servera har fått ett referenspåslag om 15 procent för att deras tre referenspersoners poäng resulterade i acceptabel kvalitet. Låga referenspoäng ska få denna proportion och det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska vinna upphandlingen, inte anbudet med lägst pris. Att som kommun vid upphandling av livsmedel upphandla med tilldelningsgrunden lägsta pris är alldeles för diskriminerande för mindre anbudsgivare.

I Kravspecifikationen/anbudsblanketten under varje huvudgrupp står följande mening: ”Vi uppfyller ovanstående kravspecifikation, kvalitetskraven för det sortiment vi offererar samt de kommersiella villkoren.” Underskrift av behörig firmatecknare verifierar för kommunerna att ställda kvalitetskrav uppfylls av anbudsgivaren och anbudsgivaren är juridiskt bunden till sitt anbud. I kvalitetskraven ingår under vissa huvudgrupper djurskyddskrav, vilka specificeras noggrant överst i varje huvudgrupp. Att kommunerna startar kvalitetskontroll av vinnande leverantör direkt efter avtalets påskrift samt hänvisar till paragraf 6, 17 och 18 i kommersiella villkor innebär inte att kommunerna förändrat utvärderingen. Det innebär endast ett förtydligande av kommunernas trovärdighet avseende uppföljning av högt ställda djurskyddskrav.

Förfrågningsunderlagets metod, kriterierna för anbudsutvärdering samt viktningen av kriterierna och hur viktningen slutgiltigt påverkar anbudspriset ger samtliga anbudsgivare en tydlig indikation på att kommunernas angivna mål inte alls är lägsta pris. Förfrågningsunderlagets angivna utvärdering är helt transparent, förutsägbar och öppen.

Förvaltningsrätten har i beslut den 3 december 2010 interimistiskt förordnat att kommunerna inte får avsluta upphandlingen i de delar som avser huvudgrupp 1-6, 8 och 14. I beslut den 7 december 2010 har förvaltningsrätten vidhållit sitt beslut från den 3 december 2010.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredning i målet

I förfrågningsunderlaget "Administrativa föreskrifter" anges på sidan 5 under punkten 5.3 "Anbudsutvärdering" bl.a. följande.

Referenspersonerna kommer att kontaktas för att verifiera uppdraget samt för att få svara på de frågor som framgår av bilaga Referenser. Svaren på frågorna kommer att användas vid utvärderingen av anbudet enligt vad som anges i bilaga Referenser. Det åligger anbudsgivaren att kontrollera att angiven referensperson är tillgänglig under aktuell period, d.v.s. från tiden för sista dag för anbudsinlämning fram till angiven avtalsstart. Endast en (1) påminnelse kommer att skickas ut om inte frågorna besvarats. Denna påminnelse skickas då dels till referenspersonen samt till den kontaktperson som anbudsgivaren uppgett för anbudet. Om svar inte lämnas resulterar det i noll (0) poäng för den aktuella referensen. Någon ytterligare referens kommer inte att efterfrågas såtillvida referenspersonen inte har oförutsedd långtidsfrånvaro. Annan referensperson kan då bli aktuell.

I förfrågningsunderlaget ”Administrativa föreskrifter” anges på sidan 6 under punkten 5.3.1 ”Kravspecifikationen/anbudsblanketten” bl.a. följande.

Samtliga offererade produkter kontrolleras per position och produkter som inte uppfyller ställda krav tas bort. De kontroller som görs av produkterna är att de har rätt:

- Klassificering, ex. efterfrågas en färsk produkt ska offererad produkt vara färsk.
- Egenskaper, ex. efterfrågas fetthalt = 20 % ska produkten ha en fetthalt som är lägre än eller lika med 20 %.
- Egenskaper, ex. efterfrågas råvara = 20 % ska produkten ha ett råvaruinnehåll som är högre än eller lika med 20 %.
- Vikt, ex. efterfrågas en köttbulle som väger 12-14 g ska den väga inom detta intervall för att blir godkänd.

I förfrågningsunderlaget ”Administrativa föreskrifter” anges på sidan 6 under punkten 5.3.2 ”Utvärderingsmetod” följande.

Vid utvärderingen får det aktuella anbudspriset ett procentuellt pålägg eller avdrag beroende på hur väl anbudsgivaren svarar upp mot utvärderingskriterierna. Kriteriet viktas således till de procentsatser som gäller för kriteriet och priset viktas till den aktuella anbudssumman. Vid utvärderingen kan angiven viktning komma att justeras inom intervallet +/- 5 %. Pålägget och/eller avdraget för samtliga kriterier summeras och sammanräknas till respektive anbuds angivna anbudspris. Anbudet som får det lägsta jämförelsevärdet, baserat på anbudspris och pålägg/avdrag, är det för kommunerna ekonomiskt mest fördelaktiga. För det fall att två anbud hamnar på samma jämförelsetal kommer de upphandlande myndigheterna i första hand att utse det anbud med lägst pris som det ekonomiskt mest fördelaktiga. I andra hand antas det anbud som bäst uppfyllt kriteriet ”Kvalitet och service”.

I förfrågningsunderlaget ”Administrativa föreskrifter” anges på sidan 6 under punkten 5.3.3 ”Utvärderingskriterier” gällande kriteriet Kvalitet och Service (Referenser) följande.

Maxpålägg för detta kriterium är 45 % (av antingen det totala anbudspriset eller anbudspriset för viss huvudgrupp). Vid utvärdering av kvalitet och service kommer den poängsumma som anbudsgivaren tillgodogör sig genom referenternas poängsättning av frågor i Referensbilagan att användas och utvärderas enligt vad som anges i bilagan.

Pålägg i denna del kommer att beräknas enligt följande:

Perfekt kvalitet = inget pålägg

Mycket hög kvalitet = 5 % i pålägg

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

Acceptabel kvalitet = 15 % i pålägg

Viss kvalitet = 25 % i pålägg

Liten kvalitet = 35 % i pålägg

Kvalitet saknas = 45 % i pålägg

I förfrågningsunderlaget "Kommersiella villkor" anges på sidan 5 under punkterna 17 och 18 "Produkter och anbudssortiment och Kvalitetskontroll" bl.a. följande.

Produkter som levereras ska ha den kvalitet som parterna här avtalat om. För det fall att en produkt inte uppfyller den kvalitet som avtalats äger köparen rätt att byta ut produkten till fullvärdig produkt.

Representanter för köpare och säljare ska träffas när endera parten har behov, för att gemensamt utvärdera verksamheten avseende kvalitet och leveranssäkerhet.

I förfrågningsunderlagets bilaga "Referenser" anges bl.a. följande.

Referenterna ska ange sin uppfattning om anbudsgivaren för varje delfråga (fem stycken) enligt en poängskala mellan 0-3, där 3 p = Mycket hög service/kvalitet, 2 p = Hög service/kvalitet, 1 p = Godkänd service/kvalitet och 0 poäng 0 dålig service/kvalitet. Den totala poängsumman som kan erhållas är 45 poäng (d.v.s. summan av alla referenternas svar). Anbudets kvalitet i denna del kommer att utvärderas enligt följande:

- 40-45 poäng = Perfekt kvalitet
- 34-39 poäng = Mycket hög kvalitet
- 26-33 poäng = Acceptabel kvalitet
- 21-25 poäng = Viss kvalitet
- 15-20 poäng = Liten kvalitet
- 0-14 poäng = Kvalitet saknas

I förfrågningsunderlagets bilaga "Kravspecifikation/Anbudsblankett" 2.

Färskt kött (nöt, gris, kyckling) anges bl.a. följande.

Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Djuret har transporterats max 8 timmar till slakt eller max 12 timmar nattetid för fjäderfä. Djuret är helt bedövat när avblodning sker. Eventuell avhorning, kastring eller andra kirurgiska ingrepp, avseende nötkreatur, ska endast ske efter bedövning och avmaskningsmedel ska endast användas efter ordination av veterinär. Samtliga grisar ska ha haft utrymme med tillgång till en separat hel golvyta för vila och en separat gödselyta. Samtliga grisar ska dagligen ha haft tillgång till material, t.ex. strö

som ger sysselsättning och svanskupering ska inte förekomma. Näbbtrimning och kastrering av kyckling ska inte tillämpas i uppfödningen.

I förfrågningsunderlagets bilaga "Kravspecifikation/Anbudsblankett" 4.
Sous-vide (nöt, gris) anges bl.a. följande.

Ur MSR:s baskrav för animaliska livsmedel. Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Djuret är helt bedövat när avblodning sker.

I förfrågningsunderlagets bilaga "Kravspecifikation/Anbudsblankett" 7.
Färska ekologiska ägg, hela med skal.

Ur MSR:s baskrav för animaliska livsmedel. Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat.

I förfrågningsunderlagets bilaga "Kravspecifikation/Anbudsblankett" 8.
Djupfrysta produkter – fågel anges bl.a. följande.

Ur MSR:s baskrav för animaliska livsmedel. Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Djuret har transporterats max 8 timmar till slakt eller max 12 timmar nattetid för fjäderfå. Djuret är helt bedövat när avblodning sker.

I förfrågningsunderlagets bilaga "Kravspecifikation/Anbudsblankett" 8.
Djupfrysta produkter – nöt, gris, lamm, vilt

Ur MSR:s baskrav för animaliska livsmedel. Antibiotika får användas endast efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat. Djuret är helt bedövat när avblodning sker.

I Frågor och Svar anges den 13 oktober 2010 angående kvalitetskravens i kravspecifikationen "färskt kött" förhållande till EU-rätten i huvudsak följande.

På djurhållningsområdet finns det en minimilagstiftning inom EU som ger medlemsstaterna stort utrymme att tillämpa strängare nationella regler inom djurhållning, vilket många EU-länder gör. LOU främjar den fria rörligheten av varor och tjänster inom EU, vilket är bra ur konkurrenssynpunkt. Ett krav i en upphandling är inte att likställa med ett förbud att saluföra en produkt i ett land. Det leder inte till ett förbud att importera och fritt sälja varor till andra aktörer på marknaden som inte ställer de högre kraven. Även

produkter med högre kvalitet och prestanda än lagkravet är lagliga att saluföra inom EU och måste därför kunna efterfrågas. Miljöstyrningsrådets baskrav för animaliska livsmedel syftar inte i sig till att diskriminera utan syftar till att efterfråga produkter från beskrivet produktionssätt. Dessa krav uppfylls inte enbart av svensk produktion.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) är huvudregeln att det är den part som gör gällande att en upphandling är belagd med fel, att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Servera har anfört att kommunerna har antagit anbud som troligtvis inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen. Servera har dock inte visat att antagna anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. Bolaget har därmed inte visat att kommunerna har brutit mot LOU eller de unionsrättsliga principerna, varför åberopad grund inte föranleder något ingripande med stöd av LOU.

Vidare har Servera anfört att kraven gällande referenser är orimliga och att utvärderingen är oproportionerlig genom det påslag som kan ske beroende på referenternas svar. Det är i upphandlingar vanligt förekommande att referenstagning sker samt att referenternas bedömning åläggs ett särskilt värde vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser inte att kommunernas förfarandesätt kring referenstagningen samt dess inverkan på upphandling-

ens resultat strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Under punkten 5.3.3. och i bilagan "Referenser" i förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur viktning och utvärdering av referenser kommer att ske. Maxpålägg om 45 % ges enligt denna punkt endast om kvalitet saknas. Därefter ges pålägg enligt en fallande skala beroende på uppnådd kvalitet. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget visat att detta skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Servera har inte heller visat att det vid poängsättningen tagits någon ovidkommande hänsyn. Åberopad grund föranleder således inte något ingripande med stöd av LOU.

Dessutom har Servera anfört att det är oproportionerligt att ge ett bolag noll poäng om referenspersonerna inte är tillgängliga under aktuell tid. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte visat att de givits noll poäng på denna grund. Oaktat om kravet är proportionerligt eller inte har bolaget därmed inte visat att det lider eller kan komma att lida skada på denna grund. Åberopad grund föranleder således inte något ingripande med stöd av LOU.

Servera har slutligen gjort gällande att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt förutsebart avseende utvärderingen samt att flera i upphandlingen ställda djurskyddskrav strider mot LOU, EU-rätten och de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet samt att dessa krav inte är kontrollerbara.

LOU bygger på två EU-direktiv (direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG). Upphandlingsdirektiven syftar bl.a. till att säkra den fria rörligheten av varor och tjänster. Direktiven hindrar emellertid inte att upphandlande myndigheter har ett stort utrymme för egna preferenser och de upphandlande myndigheterna bestämmer själva om de kvalitetsnivåer, prestanda, miljökrav m.m. som ska gälla föremålet för upphandlingen. EU:s djurskyddsdirektiv (78/923/EEG) är ett så kallat minimidirektiv som

tillåter medlemsstaterna att ha en strängare nationell lagstiftning så länge som direktivets syften inte åsidosätts.

Det är i målet ostridigt att förfrågningsunderlaget innehåller högre djurskyddskrav än de som uppställs enligt EU:s miniminivå. Enligt praxis är detta tillåtet så länge kraven inte strider mot EU-rätten, jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09.

EU-domstolen har i dom den 23 december 2009 i mål nr C-305/08 p. 37 uttalat bl.a. följande. Domstolen har funnit att ett av syftena med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är att det öppnas 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 (dom av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur, REG 2009, s. I-0000, punkt 26). Av det ovan anförda följer att en upphandlande myndighet vid utformningen av ett förfrågningsunderlag ska se till att de krav som ställs i underlaget öppnar upp för så bred konkurrens som möjligt. Om ett krav på något sätt inskränker konkurrensen måste det prövas om detta krav är förenligt med proportionalitetsprincipen.

En fråga som då aktualiseras är om dessa högre krav kan anses vara konkurrensbegränsande. Förvaltningsrätten anser att kraven är konkurrensbegränsande eftersom det är sannolikt att många utländska producenter, med lägre djurskyddskrav inom sitt land samt bristande kännedom om svenska djurskyddsregler, riskerar att uteslutas från aktuell upphandling.

En strukturerad avvägning av om en åtgärd är proportionerlig går till enligt följande. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den nega-

tiva effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

Det kan ifrågasättas om de ställda kraven är lämpliga och effektiva för att nå uppställt syfte. Kommunerna har i vart fall inte visat att det i aktuell upphandling varit nödvändigt av uppställa högre djurskyddskrav än de enligt EU:s miniminivå för att uppnå syftet med upphandlingen. Kommunerna har därför brutit mot proportionalitetsprincipen.

Oavsett om kraven är konkurrensbegränsande eller inte så är det en förutsättning för att de ska kunna ställas att de kan följas upp och kontrolleras. Av EU-domstolens praxis (mål C-448/01 Wienstrom) framgår att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av den information som lämnas av anbudsgivarna strider mot flera av de unionsrättsliga principerna, såsom bl.a. likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Det saknas gemensamma riktlinjer, indikatorer och kontrollfunktioner för att kontrollera om ett livsmedel är producerat med en högre nivå av djurskydd än den miniminivå som är fastlagd i EU. Det kan inte anses tillräckligt att kräva att anbudslämnaren intygar att uppgifterna stämmer (se Kammarätten i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål nr 2216 – 2221-10). Kommunerna har inte visat hur kontroll och uppföljning av de högre djurskyddskrav som ställs i upphandlingen ska gå till om djuren inte omfattas av de högre djurskyddskraven enligt svensk lagstiftning. Kommunernas förfarande strider således mot principen om likabehandling.

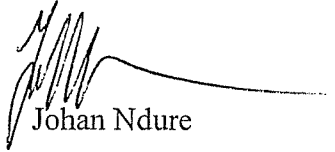
Som ovan anförts ankommer det på det sökande bolaget att visa att det lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphand-

lande enheten brutit mot LOU. Av förarbetena till LOU framgår att syftet med bestämmelsen är att en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna ska kunna angripas på ett så tidigt stadium att det blir möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommit (prop. 1992/93:88 s. 101). Detta innebär att den som ansöker om överprövning inte behöver visa att de faktiskt skulle ha vunnit upphandlingen för att domstol ska kunna pröva en upphandling. Det är således tillräckligt att i ansökan om överprövning visa att fel förekommit som kan ha påverkat utgången i upphandlingen. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det står klart att Servera lidit eller kan komma att lida skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Förutsättningar för åtgärder enligt LOU föreligger därmed.

Bolaget har yrkat att hela upphandlingen ska göras om. Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att bolaget inte lämnat anbud avseende samtliga huvudgrupper i upphandlingen. Servera har inte heller anfört att de inte kunnat lämna anbud på grund av vissa ställda krav. Bolaget kan därmed inte anses ha visat att det lidit skada avseende de huvudgrupper där det inte lämnat anbud.

Eftersom de okontrollerbara djurskyddskraven ställts i upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger inte möjlighet till rättelse utan upphandlingen ska göras om avseende de huvudgrupper där Servera påpekat att kraven ställts. Servera har anfört att Miljöstylningsrådet använder samma utvärderingssystem på djurskydd som man gör för miljö, dvs. certifieringar till standarder som finns på miljösidan. Dessa standarder finns inte på djurskydd och därför blir det omöjligt att utvärdera dessa krav. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att upphandlingen ska göras om avseende de huvudgrupper där kommunerna krävt att produkterna ska uppfylla Miljöstylningsrådets krav, dvs. huvudgrupperna 2, 4, 7 och 8 avseende produkterna fågel och nöt, gris, lamm, vilt. Ansökan om överprövning ska således delvis bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1a)



Johan Ndure

förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Åsa Backholm.