



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-04-29
Meddelad i
Uppsala

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.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-05-02 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

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 lägst 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 anbuderna 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 leverantörens 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 avtalsperiodens 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 oskäliga 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 anbudsintyg tydliga. De anbud som uppfyller samtliga skallkrav utvärderas enligt utvärderingsgrunden lägsta pris. Djurskyddskraven är skallkrav. Skallkraven 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 Miljöstyrningsrådet 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 djurskyddskrav. 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 djurskyddskrav. Man får då utgå från att Servera anser sig kunna kontrollera att kött från Polen, Tyskland och Danmark uppfyller djurskyddskraven i upphandlingen. Serveras talan motsägs alltså av bolagets eget anbud. I vart fall har kommunens djurskyddskrav 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 Miljöstyrningsrådet 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 anbudsinvitan 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 anbudsinvitan 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 leverantörens 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 anfört 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

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

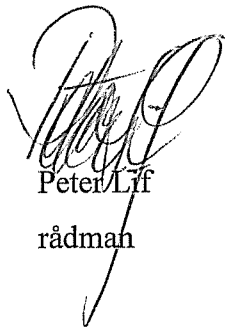
kontraktsföremålet och är förenligt med unionsrättens grundläggande principer, särskilt icke-diskrimineringsprincipen. Kommunen har inte ställt som krav att producenten ska följa svenska bestämmelser. Den omständigheten att kravet helt motsvarar vad som krävs enligt svenska bestämmelser innebär emellertid 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 Liff
rådman

Målet har föredragits av Camilla Thor.