



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 3

DOM

2010-12-16

Meddelad i Göteborg

KLAGANDE

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

Ombud: Stig Hermansson
samma adress

MOTPARTER

1. Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

2. Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

Ombud för 1 och 2: Kommunjuristen Bo Erlandsson
Stadshuset
312 80 Laholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 juni 2010 i mål nr 8169-10
och 8170-10, se bilaga A

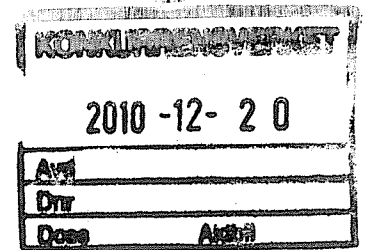
SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 23 juni 2010 upphör därmed att gälla.



YRKANDEN M.M.

Servera R&S AB (Servera) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget åberopar vad man tidigare anfört samt tillägger följande. Diskriminerande krav för produkter från andra EU-länder är inte tillåtna. Upphandlande myndighet ska dessutom ha möjlighet att kontrollera att djurskyddskraven följs. En sådan kontroll är inte möjlig, eftersom det inte finns några EU-gemensamma certifikat eller riktlinjer. Bolaget har lidit skada genom att man har tvingats att avstå från att använda produkter som enbart är EU-godkända och begränsat sig till svenska produkter för att vara säker på att klara kraven. Detta på grund av att en kontroll av djurhållningen på importerat kött inte kan säkerställas. Bolaget har därigenom avstått från att lägga anbud med de alternativ som skulle ha bidragit med lägsta pris. Bolaget har vidare lidit skada eftersom man riskerar att bli utsatt för en felaktig bedömning vid anbudsutvärderingen då kraven på utvärderingen av eventuella importprodukter, eller svenskproducerade produkter med utländskt kött, inte går att följa upp och därför kan antas till ett lägre pris. Bolaget är marknadsledande grossist inom restaurang och storkök och bör bedömas ha goda chanser att vinna den aktuella upphandlingen om den genomförs i enlighet med LOU. En anbudsläggning vid ett livsmedelsanbud kräver en arbetsinsats om tre till fyra veckor. Bolaget är i dagsläget leverantör till kommunerna och förlorar en årsförsäljning på 10 miljoner kr per år om man inte vinner upphandlingen.

Kommunerna anser att överklagandena ska avslås och åberopar vad man tidigare anfört.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kommunerna har genom kompletterande ändringar av förfrågningsunderlaget gjort vissa ändringar i djurskyddskraven. Detta innebär, som kam-

marrätten uppfattar det, att Servera numera gör gällande att kraven i punkten 3.35 avseende transport av djur till slakt och punkten 3.37 avseende grisar är att anse som diskriminerande. Vidare anser Servera att ett antal krav i punkterna 3.29–3.41 strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom de avser även beredda produkter.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det som Servera anfört inte visar att kraven i punkterna 3.29–3.41 strider mot proportionalitetsprincipen.

Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad utan 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 särskilda skyddsintressen för bland annat människors och djurs liv och hälsa. I EU-domstolens praxis har undantagsreglerna tillämpats restriktivt.

När det gäller kravet i punkten 3.37 framgår att produkter ska ha producerats med en lägsta djurskyddsnivå. Som en jämförelse lämnas 2 och 4 §§ djurskyddslagen, EG-direktiv samt svenska föreskrifter utfärdade av djurskyddsmyndigheten. Enligt kammarrätten ställs det inte något krav på att produkterna ska vara producerade i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning. Mot den bakgrunden kan kravet i punkten 3.37 inte anses diskriminerande. När det gäller kravet i punkten 3.35 på transporttid till slakt är det ostridigt att det är strängare än i vissa andra EU-länder. Det får enligt kammarrätten anses utgöra en sådan importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten. Kommunerna har i målet inte visat varför ett sådant konkurrensbegränsande krav är befogat från t.ex. djurskydds-

synpunkt. Vid sådana förhållanden bedöms Servera ha visat att kravet strider mot principen om icke-diskriminering i 1 kap. 9 § LOU.


Däremot bedömer kammarrätten att det som Servera anfört om kommunernas möjlighet att kontrollera de krav som ställts i förfrågningsunderlaget, inte visar att kraven strider mot likabehandlingsprincipen.


En ytterligare förutsättning för ingripande är att överträdelsen av LOU medfört att Servera lidit eller kan komma att lida skada. Med hänsyn till att bolaget genom det aktuella kravet har förlorat möjligheten att lämna vad bolaget anser vara sitt bästa bud i upphandlingen har bolagets chanser att tilldelas kontrakt i upphandlingen minskat på ett sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU.

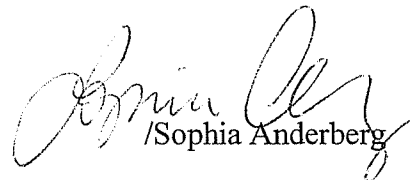
Eftersom felaktigheten påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt att rätta upphandlingen. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Per Ove Svensson


Ewa Hagard Linander


Eveline Nilsson
referent


/Sophia Anderberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2010-06-15
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8169-10 E
8170-10 E
Enhet 2:1

Sida 1 (5)

Bestämma 17 juni 2010

SÖKANDE

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

Ombud: Stig Hermansson
Servera
112 89 Stockholm

MOTPART

1. Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

2. Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2001:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Laholms och Hylte kommuner har bjudit in leverantörer att lämna anbud i upphandling (öppet förfarande) avseende ramavtal gällande livsmedel med dnr 09-378 SeN. Anbudstiden löpte ut den 12 mars 2010.

Förvaltningsrätten beslutade den 11 mars 2010 att upphandlingen inte fick avslutas innan rätten avgjort målet slutligt eller något annat beslutats.

YRKANDEN

Servera R&S AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin begäran om överprövning anför bolaget sammanfattningsvis att Laholms och Hylte kommuner har brutit mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga reglerna genom att medvetet ha anpassat upphandlingen till att i vissa delar enbart innehålla produkter som är producerade av svenskt kött på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Laholms kommun bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. Bolaget har bekräftat att bolaget kunnat lämna anbud i upphandlingen som uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda skallkraven. Bolaget har inte visat att den brist som bolaget anser belastar upphandlingen är sådan att den medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Därmed saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i LOU. För det fall rätten finner annorlunda åberopas vad gäller förfrågningsunderlagets krav på djurskyddshänsyn Miljöstyrningsrådets upphandlingskriterier för kött, fågel och fisk, som bland annat anger att kraven i svensk djurskyddslagstiftning på intet sätt kan anses vara orimliga. Upphandlingen strider därför inte mot 1 kap. 9 § LOU på sätt bolaget gör gällande.

Hylte kommun har förelagts att svara men har inte hörts av.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 2 § LOU första stycket ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Utredningen i målet

Upphandlingen avser Laholms och Hylte kommuners behov av livsmedel. Av förfrågningsunderlaget framgår att ett flertal produkter som omfattas av upphandlingen ska vara producerade enligt EU:s grundläggande djurskyddsregler och därutöver antingen uppfylla bestämmelserna i svensk djurskyddslagstiftning eller närmare angivna specifika krav som återfinns i nämnda regelverk.

Servera menar sammanfattningsvis att ingen producent med produktion utanför Sverige har kännedom om eller kan uppfylla angivna krav. Enligt bolaget skulle ett sådant krav även vara oproportionerligt. EU:s medlemsstater har ett stort utrymme att tillämpa strängare nationella regler. De svenska djurskyddsbestämmelserna ställer bland annat hårdare och mer precisa krav än de minimikrav som finns i EU:s skyddsdirektiv. Hänvis-

ningen till svensk djurskyddslagstiftning eller specifika krav som anges i detta regelverk utestänger enligt bolaget i praktiken samtliga produkter som är producerade i andra länder, vilket strider mot principerna om lika-behandling och icke-diskriminering. Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling, har i en tidigare granskning av kommunernas nu aktuella upphandling gjort samma bedömning. Vidare menar bolaget att om kommunen ställer krav på svensk djurhållning så måste det också finnas möjlighet att kontrollera uppföljningsgraden av kravet samt att EU har inte har utvecklat något gemensamt regelverk för uppföljning av djurhållning, vilket innebär att det är ogörligt att kontrollera och följa upp att den information som lämnas i anbuden är korrekt.

Förvaltningsrättens bedömning

Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad utan 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 särskilda skyddsintressen för bland annat människors och djurs liv och hälsa. I EG-domstolens praxis har undantagsreglerna tillämpats restriktivt. Förhållandena i förevarande mål är inte sådana att undantagsreglerna får anses tillämpliga.

Det klandrade kravet innebär att endast leverantörer som anlitar djurhållare som i alla hänseenden uppfyller kriterierna i svensk djurskyddslagstiftning eller livsmedelstillverkare vars kött råvaror producerats av sådan djurhållare kan komma ifråga. Kommunerna har inte förmått förklara kopplingen mellan detta krav och föremålet för upphandlingen. De uppställda kraven innebär inte heller med nödvändighet att kvaliteten på livsmedlen blir sämre om uppställda kriterier i något hänseende inte uppfylls.

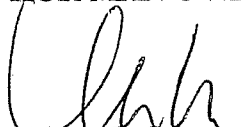
Servera uppger ostridigt att svensk djurskyddslagstiftning i vissa avseende är strängare än bestämmelserna i andra EU-länder. Kommunerna har inte visat varför sådana konkurrensbegränsande krav är befogade ur exempelvis djurskyddssynpunkt.

Slutligen har kommunerna inte visat hur kontroll och uppföljning av de krav på svensk djurhållning som ställs i upphandlingen ska gå till, om djuren inte omfattas av svensk djurskyddslagstiftning.

Vid ovan angivna förhållanden får Servera anses ha visat att kommunernas förfarande strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

En ytterligare förutsättning för ingripande är att överträdelsen av LOU har medfört att Servera lidit eller kan komma att lida skada. Ostridigt har Servera tillgång till svenskt kött och kan lämna anbud baserat på svenskt kött. Servera har inte gjort sannolikt att bolaget, om det hade lämnat anbud, skulle ha fått kontraktet om upphandlingen hade gått rätt till. Servera har inte heller gjort sannolikt att bolaget, om det hade lämnat anbud, skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet om upphandlingen hade gått rätt till. Slutligen har Servera inte visat att bolaget haft några kostnader för att förbereda anbud. Sammanfattningsvis har Servera inte gjort sannolikt att överträdelsen har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada av något slag. Detta innebär att något ingripande enligt LOU inte ska ske, trots den överträdelse som skett.

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


Urban Karlsson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.