



KLAGANDE

Luleå kommun
Inköpsavdelningen
971 85 Luleå

Ombud: Andreas Wallstén
Luleå kommun
971 85 Luleå

MOTPARTER

1. Servera R & S AB, 556233-2451
Region Nord
112 89 Stockholm

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

2. Menigo Foodservice AB, 556044-4647
Box 10013
121 26 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 31 maj 2011
i mål nr 248-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår
Servera R & S AB:s ansökan om överprövning i förvaltningsrätten.

- Klagande/ombud
 Motpart/ombud
 SKV
 Fk NFC
 Lst/Trp.st
 Fr

Konkurrensverket

- För delgivning
 För kännedom
 För handläggning

KONKURRENSVERKET	
2011-09-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Luleå kommun (nedan kommunen) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom i dess helhet alternativt att kammarrätten upphäver domen i den del den gäller varugrupp 6 (Färskt kött, fläsk- och charkvaror).

Kommunen anför. Servera R & S AB har gjort gällande att Menigo Foodservice AB:s anbud är bristfälligt i det avseendet att Menigo inte fyllt i N-kolumnen i anbudsspecifikationen. Förvaltningsrätten har bifallit ansökan och beslutat om rättelse genom att en ny utvärdering ska ske varvid Menigos anbud avseende både varugrupp 1 (Huvudsortiment) och 6 (Färskt kött, fläsk- och charkvaror) inte får beaktas. Kommunen har i förvaltningsrätten visat att de siffror som redovisas i N-kolumnen inte behövs för att göra en relevant jämförelse mellan anbuden. Förvaltningsrätten synes inte ha beaktat detta. I det fall där anbudsgivare har avvikit från instruktionerna i förfrågningsunderlaget trots att anbudet innehåller alla relevant information måste det vara tillåtet att utvärdera anbudet. Av de uppgifter Menigo lämnat framgår hur jämförpriset beräknats. Menigos anbud innehåller således all relevant information. I kolumnen N skulle anbudsgivarna ange respektive varas ”avrunna vikt”. Inte någon anbudsgivare, inte heller klaganden Servera, har fyllt i kolumnen N när gäller färskt kött, fläsk- och charkvaror (varugrupp 6). Att redovisa uppgifter i kolumnen N har endast varit aktuellt för varor i de varugrupper där livsmedlen är förpackade på ett sådant sätt att nettovikten är intressant.

Servera R & S AB medger att förvaltningsrättens dom upphävs såvitt gäller varugrupp 6 (Färskt kött, fläsk- och charkvaror) men motsätter sig bifall till överklagandet såvitt gäller varugrupp 1 (Huvudsortiment).

Servera anför. I målet är ostridigt att Menigo Foodservice AB inte fyllt i kolumnen N för varugruppen 1. Detta var ett krav som kommunen under upphandlingsperioden förtydligade för anbudsgivarna. Kommunen har anført att jämförpriset är det relevanta vid utvärderingen men inte nämnt att begärd uppgift i kolumn N ska anges för att kontrollera jämförprisuppgiften. Att frågå detta krav i förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen och diskriminerar andra anbudsgivare. Eftersom Menigo inte uppfyller skall-kraven ska deras anbud förkastas innan utvärdering sker. Förvaltningsrättens dom är riktig avseende varugrupp 1.

Menigo Foodservice AB har fått tillfälle att yttra sig över överklagandet och anført att de inte har något ytterligare att tillföra utöver vad Luleå kommun anført.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet är ostridigt att det faktum att anbudsgivarna underlåtit att fylla i kolumnen N avseende Varugrupp 6 (Färskt kött, fläsk- och charkvaror) inte utgör skäl att ingripa enligt LOU och exkludera Menigo Foodservice AB från utvärderingsmomentet. Kammarrätten finner inte skäl att frågå parternas uppfattning i denna del.

Fråga i målet är därefter om rättelse ska ske avseende varugrupp 1 (Huvudsortiment) på den grunden att Menigo Foodservice AB inte har fyllt i kolumnen N i prisbilaga till förfrågningsunderlaget.

Det första som kammarrätten har att ta ställning till är om ifyllandet av kolumnen N är ett s.k. skall-krav och följaktligen om en underlåtenhet att fylla i kolumnen medför att det finns grund för att utesluta en leverantör från utvärderingsfasen.

I kolumnen "Jämförpris" ska priset anges per kilo eller liter vara, färdig vara eller avrunnen vikt. Kolumnen N i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget har rubriken "Kommentar". I samband med ett tillägg till förfrågningsunderlaget benämnt förtydligande, angav upphandlande myndighet att i kolumnen N skulle anges antal liter/kg färdig vara som försäljningsenheten ger.

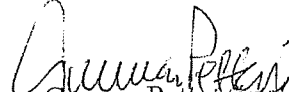
Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (RÅ 2002 ref. 50).

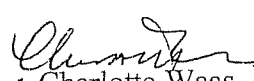
En upphandlande myndighet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbudet ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. För att den upphandlande myndigheten ska tillgodose bl.a. öppenhetsprincipen i LOU är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera dessa förändringar som kompletteringar/tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. I stället bör den pågående upphandlingen avbrytas och en ny upphandling äga rum.

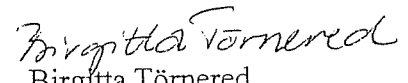
Under kolumnen N finns enligt kammarrättens mening inte något skall-krav enligt förfrågningsunderlagets ursprungliga ordalydelse. Inte heller den komplettering som gjorts av upphandlande myndighet innebär att det kan anses vara ett skall-krav att uppgifter lämnas under kolumn N. Detta mot bakgrund av att de siffror som skulle redovisas i N-kolumnen inte har behövts för att göra en relevant jämförelse mellan anbudet. Med hänsyn härtill strider det inte mot transparensprincipen och diskriminerar inte andra anbudsgivare att Menigo Foodservice AB trots att bolaget inte fyllt i kolumnen N får delta i utvärderingen.

Sammanfattningsvis finner kammarrätten att tilldelningsbeslutet den 17 januari 2011 avseende Varugrupp 1 (Huvudsortiment) och Varugrupp 6 (Färskt kött-, fläsk- och charkprodukter) alltjämt ska gälla. Överklagandet ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Gunnar Pettersen
kammarrättsråd
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Birgitta Törnered
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ

Föredraganden: C. Andersson

DOM
2011-05-31
Meddelad i
Luleå

Bilaga A Mål nr
248-11 E
D5

Sida 1 (15)

SÖKANDE

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

Ombud: Stig Hermansson
c/o Servera R & S AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun
Inköpsavdelningen
971 85 Luleå

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning i den del vad gäller tilldelning av kontrakt till Menigo Foodservice AB avseende varugrupperna 1. Huvudsortiment och 6. Färskt kött-, fläsk och charkprodukter och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats, varvid Menigo Foodservice AB:s anbud avseende varugrupperna 1 och 6 inte får beaktas.

Dok.Id 14921

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun har upphandlat livsmedel genom en öppen upphandling och av underrättelsen om beslut framgår att upphandlingskontrakt tilldelats enligt följande.

1. Huvudsortiment (pos. 1-101,117-925) till Menigo Foodservice AB (Menigo).
2. Fryst fisk (pos. 102-116) till Servera R & S AB (Servera).
3. Mejerivaror (pos. 926-1011) till Normmejerier ek. förening.
4. Färsk potatis (pos. 1012-1013) till Servera R & S AB.
5. Färska frukter och grönsaker (pos. 1014-1058) till Menigo.
6. Färskt kött, fläsk- och charkvaror (pos. 1059-1131) till Menigo.

YRKANDEN

Servera har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om avseende varugrupperna 1. Huvudsortiment samt 6. Färskt kött, fläsk- och charkprodukter. Servera har vidare yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

Luleå kommun har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER

Servera har sammanfattningsvis anfört följande.

Ska-krav

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen i steg två vid sin prövning av anbud har uppgett att ska-krav ska vara uppfyllda. I upphandlingen finns ca 200 frågor och svar och i ett förtydligande till förfrågningsunder-

laget 2.11 anges att..."För det produkter som gäller för ovanstående ska anbudsgivaren i kolumnen N, Kommentar, ange antal liter/kg färdig vara som försäljningsenheten ger." I vinnande anbudet från Menigo har detta krav ostridigt inte genomförts trots att kommunen ställt detta som ett förtydligat ska-krav. Kommunen har inte tagit hänsyn till detta och godkänt Menigos anbud trots att det rätteligen skulle ha förkastats.

Kommunen har även angivit som ska-krav 2-3 leveranser per vecka och Gunnar Dafgård AB (Dafgård) har angivit måndag och onsdag som leveransdagar i sitt anbud. Om behov uppstod skulle översyn av leveransavtalet göras hävdas det. Anbudet uppfyller inte det uppställda ska-kravet och kommunen har brutit mot LOU och likabehandlingsprincipen genom att godkänna avsteget.

Felaktiga artiklar

Kommunen har utvärderat att Menigos anbud är 135 379 kronor lägre i pris än Servera som har det näst lägsta priset. För varugrupp har Menigo i tio positioner angivit fel produkter gentemot kravspecifikationen samt artiklar och producenter som försvunnit från marknaden. Kommunen har inte uppmärksammat detta. Menigo ska därför påföras ytterligare 155 266 kronor i utvärderingen. Detta innebär även att Servera blir 19 887 kronor billigare och bör därmed tilldelas varugruppen eftersom kriteriet är lägsta pris.

Djurskydd

Kommunen har i upphandlingen ställt som obligatoriskt krav på varan att Miljöstyrningsrådets (MSR) dokument för animaliska livsmedel ska vara uppfyllda. Dessa krav är avvikande mot EU-direktivet och kommunens krav är mycket högre ställda än EU:s krav. Kommunens ska-krav gällande antibiotika – att detta får användas i vissa fall strider mot EU:s generella förbud mot antibiotika. Kravet strider mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen i LOU. Kommunen har vidare strängare

krav vad gäller djurtransport av fjäderfä. Djuren tillåts max transporteras i åtta timmar eller tolv timmar nattetid jämte EU:s krav vilka tillåter transporter om max 14 timmar samt ytterligare 14 timmar efter en timmes uppehåll, dvs. 29 timmar i följd. Vidare har kommunen som ska-krav att djuret är helt bedövat när avblodning sker. EU tillåter att undantag görs från bedövning av religiösa eller kulturella skäl.

Ingen producent med produktion utanför Sverige har kännedom om kraven eller kan uppfylla dessa anvisningar varför de måste anses vara diskriminerande då endast svensk produktion kan komma att klara kraven eftersom de är anpassade till de svenska djurskyddslagarna. Kraven är således diskriminerande mot producenter utanför Sveriges gränser. Om kommunen behandlat frågan om djurskydd i enlighet med LOU hade Servera kunnat lämna sitt bästa bud i upphandlingen och haft stora chanser att tilldelas kontraktet även för varugruppen kött och chark.

Kommunen anser att MSR:s djurskydds krav är proportionerliga och att de överensstämmer med upphandlingsreglerna och hänvisar till MSR:s hemsida. Servera anser att det som står där kunde vara riktigt om förutsättningarna för att göra utvärderingar funnits. MSR anvisar endast till leveransförsäkring enligt LOU, vilket enligt Kammarrätten i Göteborg är otillräckligt.

Kommunen har inte angivit eller bevisat att bättre djurskydd ger bättre kvalitet eller prestanda på de slutliga styckningsdetaljerna av kött eller köttprodukter. Eftersom detta inte har visats faller möjligheten att ange kvalitet som argument mot lagen. Kraven ska också enligt proportionalitetsprincipen ha ett naturligt samband till det som upphandlas – om det finns flera alternativa krav bör det krav som är minst ingripande väljas. MSR använder vidare samma utvärderingssystem på djurskydd som på miljö, dvs. certifieringar till standarder som finns på miljösidan. Dessa standarder finns inte på djurskydd och därför blir det omöjligt att utvärdera

dessa krav – vilket inte heller görs av upphandlande myndigheter. Produkter producerade i andra länder utestängs då standardiserade certifikat på djurskydd inom EU helt saknas. Detta innebär också att utvärdering av ett anbud inte kan ske, vilket strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling.

Om kommunen ställer skärpa krav gentemot EU-bestämmelserna på produkter måste det finnas möjlighet att kontrollera uppföljningsgraden av kravet. Eftersom det inom EU inte finns något utvecklat kontrollsystem och det måste betraktas som oproportionerligt att en utländsk producent ska ha kännedom om svensk djurskyddslagstiftning och svensk branschpolicy. Dessa leverantörer ställs därför utanför deltagande i upphandlingen. Detta drabbar även grossister som Servera som inte kan konkurrera med sitt fulla sortiment.

En produkt som lagligen producerats i ett EU-land ska kunna säljas i alla de andra medlemsländerna (ömsesidigt erkännande) med enda undantaget om särskilt skyddsintresse föreligger dvs. risk för människors och djurs liv och hälsa (artikel 30 i EU-fördraget numera ersatt av 34 europeiska unionens funktionssätt, FEUF). Då handlar det om skydd mot djursjukdomar, växtskadegörare, undermåliga produktionsmetoder och dåliga livsmedel. I EG-domstolens praxis har undantagsgrunderna i artikel 30 EG tillämpats restriktivt. Om undantagsreglerna skall kunna gälla måste landet vara i en unik situation som är baserad på oförutsedd händelse, vara baserad på fakta och innebära förändrade förutsättningar. Enbart misstro mot andra länders kontrollsystem får inte enligt EU-domstolen ligga bakom ett beslut att ange nationella regler vid upphandling. Eftersom kommunen har avsevärt mer långtgående krav och bestämmelser än vad EU:s skyddsdirektiv innehåller, uppstår problem då EU tillåter nationella regler, men samtidigt anger att offentlig upphandling inte får hindra varutillförsel av produkter som följer det gemensamma regelverket, med undantag för möjligheten att ange

skyddssynpunkt, men det ankommer inte på upphandlande myndigheter att avgöra frågan om skyddsintresse.

Vad gäller kommunens hänvisning till EFSA-rapporten anser Servera att oavsett utvecklingen och nya utredningar förändras inte EU-direktivet för detta och en förändring måste ske via ett direktiv och inte enskilda forskningsrapporter.

Kammarrätten i Göteborg har i dom i mål 2216-2221-10 ansett att det inte är tillräckligt att kräva att anbudslämnaren intygar att uppgifterna stämmer och dessutom strider det mot EU-domstolens dom i mål C-448/01 att inte kontrollera att anbuden är korrekta.

Kommunen har huvudsakligen anfört följande.

Ska-krav

Den vinnande anbudsgivaren Menigo har inte fyllt i kolumnen N för varugrupp 1 men denna brist har inte varit sådan att hinder förelegat mot att utvärdera anbudet. I de olika kolumnerna i anbudsspecifikationen skulle ett flertal uppgifter redovisas. Vid en jämförelse mellan de olika anbuden har jämförpriset i kolumn H varit avgörande. Den anbudsgivare som exempelvis kunnat erbjuda en burk sill som kostar 25 kr där enbart fisken i burken vägde 0,3 kg ("avrunden vikt") har i kolumnen H angett jämförpriset 83,33 kr/kg (25/0,3). I exemplet utgör siffran 0,3 den siffra som efterfrågats i kolumnen N. Anbudsgivarna skulle visserligen enligt givna förutsättningar fylla i kolumnen N men det kan i efterhand konstateras denna siffra inte behövs för att göra en relevant jämförelse mellan anbuden. Det väsentliga har varit att anbudsgivarna lämnat ett jämförpris och att det går att härleda hur detta jämförpris beräknats. Menigos anbud innehåller all relevant information och det har därför varit möjligt att utvärdera anbudet utan åsidosättande av någon av de principer som gäller vid offentlig upphandling.

Dafgård har i sitt anbud angett att leverans sker måndag och onsdag varje vecka. Enligt kommunens uppfattning uppfyller därmed Dafgård kravet vad gäller antalet leveranser. Kommunen anser inte att det finns stöd för att uppfatta Dafgårds anbud som att Dafgårds förbehållit sig rätten att dra ned på antalet leveranser eller att det finns anledning att uppfatta anbudet som "orent" i något annat avseende.

Felaktiga artiklar

Varje anbudsgivare har ansvar för att de produkter som offererats uppfyller kraven och att produkterna finns på marknaden. I nu aktuell upphandling är utbudet av produkter stort och varierande och kontroller har skett via DABAS, en produkt databas som innehåller information om de livsmedelsprodukter som finns tillgängliga på den svenska s.k. foodservicesmarknaden. Det kan givetvis inte uteslutas att det, trots kommunens kontroller, i de anbud som inkommit förekommer produkter som utgått eller produkter som inte helt motsvarar vad som efterfrågas. Det ligger i kommunens intresse att anbuden är korrekta men någon skyldighet för en upphandlande myndighet att försäkra sig om att varje uppgift som lämnats av en anbudsgivare är korrekt finns inte. Kommunen har, i motsats till vad Servera påstår, antagit den leverantör som lämnat lägst pris helt enligt de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget.

Kommunen anser inte att det skulle finnas en skyldighet för den upphandlande myndigheten att detaljgranska varje uppgift i lämnade anbud. Det offentliga upphandlingsförfarandet skulle inte gå att genomföra på ett effektivt sätt om en sådan ordning rådde. Servera kan inte genom det påstådda om utgående artiklar etc. anses ha visat att kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen eller någon annan princip.

Djurskydd

En upphandlande myndighet får efterfråga en produkt som håller högre kvalitet än den miniminivå som anges i lag, sådana krav måste dock vara proportionerliga. Kraven får heller inte vara formulerade på ett sådant sätt att de gynnar eller missgynnar någon enskild leverantör eller någon särskild leverantörs produkt eller utestänger leverantörer från ett visst land. Kommunen har i upphandlingen använt sig av Miljöstyrningsrådets (MSR) djurskyddskrav. MSR har på uppdrag av regeringen tagit fram miljö- och djurskyddskrav som är proportionerliga och i övrigt överrensstämmande med upphandlingsreglerna. Inom djurhållningsområdet finns inom EU ett regelverk som anger en viss miniminivå och kommunen har ställt högre krav än miniminivån enligt EU:s regelverk. Detta förhållande ensamt innebär dock inte att kraven i upphandlingen strider mot LOU eller mot de unionsrättsliga principerna.

Det Servera gör gällande att kommunen diskriminerar leverantörer från andra länder eftersom producenter med produktion utanför Sverige inte har kännedom eller kan uppfylla de ställda kraven – stämmer inte enligt kommunen. De krav som Servera har invändningar mot är klart och tydligt angivna i förfrågningsunderlaget och det krävs ingen kännedom om svensk djurskyddslagstiftning för att förstå förfrågningsunderlaget. Servera har påstått men har inte visat att endast svensk produktion kan komma ifråga för att uppfylla kraven. Kraven är som nämnts tidigare framtagna av MSR och det finns flera exempel på produktion i andra länder än Sverige som kan leva upp till dess kriterier.

Att ställa djurskyddskrav vid en upphandling av livsmedel kan heller inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Kraven har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som ska upphandlas.

Den leverantör som antas har en avtalsrättslig förpliktelse att uppfylla ställda krav. Det är fullt möjligt att kontrollera om leverantören uppfyller sina åtaganden enligt avtalet genom att exempelvis begära in dokumentation från leverantören som verifierar att ställda krav har uppfyllts.

Kommunen anser att de krav som ställts ifråga om djurskydd står i överensstämmelse med upphandlingsprinciperna och att det från djurskyddssynpunkt funnits befogad anledning att ställa dessa krav. Den myndighet inom Europeiska Unionen som hanterar livsmedelssäkerhet, European Food Safety Authority (EFSA) har i en nyligen utkommen rapport benämnd Scientific Opinion Concerning the Welfare of Animals during Transport, redogjort för forskningsläget vad gäller djurtransporter. Rapporten visar att det finns goda skäl för att hålla nere transporttiderna för slaktdjur (s. 39 f.) och kommunen menar att det mot bakgrund av EFSA:s inställning måste finnas utrymme för att ställa krav gällande t.ex. transporttider som går utöver minimikraven.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § LOU 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 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ska-krav gällande Menigos anbud

Servera har gjort gällande att Kommunen rätteligen skulle ha förkastat Menigos anbud då det inte uppfyllde uppställda ska-krav vad gäller kolumn N.

Det är i målet ostridigt att Menigo inte alls har fyllt i kolumn N trots att det av tillägget till förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren *ska* fylla i denna uppgift. Förvaltningsrätten kan inte tolka förfrågningsunderlaget på annat sätt än att kolumnen N är ett ska-krav. En av huvudprinciperna inom offentlig upphandling är att anbud som inte uppfyller ska-kraven inte får beaktas. Att kommunen beaktat Menigos anbud trots att detta inte uppfyllde givna ska-krav står därför i strid med LOU.

Eftersom Serveras anbud ostridigt kommit på andra plats i utvärderingen avseende 1. Huvudsortiment och 6. Färskt kött-, fläsk och charkprodukter lider eller riskerar Servera att lida skada på grund av felet. Grund för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen av den anledningen.

Ska-krav gällande Dafgårds anbud

Servera har även gjort gällande att Dafgårds anbud inte uppfyller de i upphandlingen uppställda ska-kraven vad gäller antalet leveranser per vecka. Kommunen har anfört att Dafgårds har uppfyllt kravet vad gäller antalet

leveranser då det i anbudet anges att leveranser sker måndagar och onsdagar – dvs. två dagar i veckan.

I förfrågningsunderlaget har kommunen angett vad gäller antal leveranser till större skolor samt produktionskök 2-3 leveranser per vecka. Dafgård har i sitt anbud vidare uppgett att "Om andra önskemål finns gällande leveransdagar och leveranstider gör vi en översyn vid anbudsstart". Förvaltningsrätten anser att Dafgårds anbud uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven för antalet leveranser i veckan.

Felaktiga artiklar

Servera har gjort gällande att kommunen inte har kontrollerat de uppgifter anbudsgivaren lämnat angående offererade produkter. Kommunen har å sin sida anfört att varje anbudsgivare har ett ansvar för de uppgifter vilka lämnats för produkterna. En upphandlande myndighet kan rimligen inte heller förväntas detaljgranska varje lämnad uppgift i ett anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet visserligen är skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnats i anbudet uppfyller de uppställda ska-kraven. Enligt praxis kan den upphandlande myndigheten inte anses skyldig att kontrollera huruvida angivna uppgifter i ett anbud i sig är riktiga såvida inte omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter (jmf exempelvis Kammarrätten i Stockholm dom den 16 augusti 2006 i mål 3354-06 samt Kammarrätten i Sundsvall dom den 30 november 2005 i mål 3243-04). Förvaltningsrätten anser inte att det funnits skäl att ifrågasätta lämnade uppgifter i nu aktuell upphandling.

Djurskydd

Kommunen har i aktuell upphandling hänvisat till MSR:s djurskyddskrav och att det är ostridigt att de ställda kraven vad gäller användning av anti-

biotika, maximal tid för djurtransporter och krav på bedövning är högre än gällande miniminivå inom unionen.

Servera har gjort gällande att producenter med produktion utanför Sverige rimligen inte kan ha kännedom om djurskyddskraven i upphandlingen eftersom dessa krav är anpassade till de svenska djurskyddslagarna.

Kommunen har i upphandlingen inte hänvisat till de svenska djurskyddslagarna och de ställda kraven är tydligt angivna i upphandlingen. Förvaltningsrätten delar därför kommunens ståndpunkt att det inte krävs någon kännedom om svensk djurskyddslagstiftning för att förstå de ställda kraven. Kraven kan därför – enligt förvaltningsrättens mening – i sig inte anses diskriminerande mot producenter med produktion utanför Sverige.

Servera har vidare gjort gällande att kommunen inte har redogjort för hur kontrollen och uppföljningen av de högre kraven skulle komma att genomföras. Som förvaltningsrätten ovan konstaterat har kommunen i aktuell upphandlingen inte generellt hänvisat till svensk djurskyddslagstiftning utan hänvisat till MSR:s riktlinjer. Det råder därför enligt förvaltningsrättens mening inte någon oklarhet när de ställda kraven kan anses uppfyllda av anbudsgivaren och det torde underlätta kontrollen och verifieringen av eventuella intyg och certifikat. Kommunen har anfört att det är leverantörens skyldighet att vid begäran med dokumentation verifiera att uppställda krav är uppfyllda och Servera har enligt förvaltningsrättens mening inte visat att kommunen på ett otillräckligt sätt avsett att genomföra denna kontroll.

Förvaltningsrätten konstaterar dock att i det fall kommunen ställer högre krav gällande miniminivån i enlighet med EU-direktivet vad avser djurskyddsfrågor får dessa krav inte strida mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har i aktuell upphandling ställt stängare krav än EU:s minimi-

krav och bör därför kunna motivera att kraven är ändamålsenliga och inte framstår som godtyckliga eller uppenbarat osakliga.

Djurskyddslagstiftningen inom EU inte är helt harmoniserad utan medlemsländerna har möjlighet att tillämpa nationella bestämmelser. Principen om fri rörlighet av varor inom EU är dock en central grundfrihet och medlemsländerna ska iaktta att hinder för den fria handeln undanröjs. I syfte att vid offentliga upphandlingar underlätta den fria handeln inom medlemsländerna tillämpas principen om ömsesidigt erkännande. Principen innebär att en vara som lagligen tillverkats eller saluförts i ett av EU:s medlemsländer ska kunna säljas i alla andra medlemsländer. I fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF) anges i artikel 34 att kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsländerna. Enda undantaget (artikel 36 FEUF) är att inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner som grundas med hänsyn till särskilt skyddsintresse för bland annat människors och djurs liv och hälsa. I EU-domstolens praxis har undantagsreglerna tillämpats restriktivt.

Kommunen har anfört att det av LOU uttryckligen framgår att den upphandlande myndigheten *bör* ställa miljökrav och sociala krav vid offentliga upphandlingar. Vidare att de krav i enlighet med MSR som är uppställda i aktuell upphandling har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas.

En upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för upphandlingen och Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörande angående ställda miljökrav, mål nr 7957-09, bedömt att en myndighet kan ta miljöhänsyn så länge dessa krav är kopplade till det som upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. Kraven får vidare inte strida mot principerna i LOU och i övrigt vara förenliga med unionsrätten. Den upphandlande myndighetens ställda krav ska ha en objektiv

utformning och inte vara diskriminerande och vidare inte heller vara godtyckliga eller uppenbart osakliga.

Förvaltningsrätten anser inte att det är tillräckligt att kommunen i förevarande mål har hänvisat till EFSA-rapporten som skäl att frångå EU:s minimikrav eller att kommunen på annat sätt motiverat att ställda krav är befogade från djurskyddssynpunkt eller med hänsyn till produktens kvalitet. Kommunens krav på högre djurskyddskrav utgör således en otillåten importrestriktion och förvaltningsrätten anser inte att de ställda kraven är proportionerliga i förhållande till föremålet i upphandlingen.


En förutsättning för ett ingripande enligt LOU är dock att överträdelsen har medfört att Servera lidit eller riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten anser inte att Servera gjort det sannolikt att de på grund av kommunens agerande gällande djurskyddsfrågor har lidit eller kunnat komma att lida skada. Ett ingripande enligt LOU kan därför inte ske.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner sålunda sammanfattningsvis att grund för ingripande enligt LOU endast föreligger på grund av att kommunen beaktat Menigos anbud trots att det inte uppfyller ställda ska-krav vad gäller kolumnen N.

Det brott mot LOU som förvaltningsrätten ansett föreligga är inte hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till kvalificeringen av anbuden. Den åtgärd som då blir aktuell är rättelse. Serveras ansökan ska således bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärderingen har gjorts, varvid Menigos anbud ska förkastas i den del det avser 1. Huvudsortiment och 6. Färskt kött, fläsk- och charkvaror.

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


Britt Dahlin

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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.