

2011-06-07

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

Mål 2841-11; Sigtuna kommun ./ Servera R & S AB

Kommunen vill härmed komplettera överklagande av Förvaltningsrättens i Uppsala (förvaltningsrätten) dom 2011-04-29, mål 8227-10. Kommunen åberopar samma omständigheter och rättslig argumentering som i förvaltningsrätten med följande tillägg.

1. Varför kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom.

1.1 Sammanfattning

Kommunens upphandling strider inte mot unionsrätten eller LOU. Förvaltningsrätten rör ihop EU:s regler för offentlig upphandling med EU:s regler för vad som får saluföras inom EU. Förvaltningsrätten förefaller också ha missförstått de EU-regler som är tillämpliga på produktkraven. EU:s regler för vad som får släppas ut på marknaden hindrar inte en upphandlande myndighet från att ställa högre krav på kvalitet, miljö etc. Förvaltningsrättens dom är oförenlig med ordalydelsen i flera bestämmelser i LOU och direktiv 2004/18 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling (direktiv 2004/18)¹. Domen är också orimlig eftersom den innebär att det allmänna ska nöja sig med de billigaste tillåtna produkterna på marknaden. Därmed strider domen också mot avgöranden från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. Av rättspraxis framgår att upphandlande myndigheter har en "*stor frihet*" när de väljer "*föremålet för en upphandling*" så länge kraven inte strider mot de grundläggande unionsrättsliga principerna². Enligt Kommunen strider inte produktkraven mot EU:s grundläggande principer. De är proportionerliga, icke-diskriminerande och kopplade till kontrakt föremålet. Det är också möjligt att kontrollera att kraven efterlevs. Kraven utestänger inte utländska leverantörer eller köttproducenter. De har bevisligen inte hindrat anbudsgivarna från att ta med utländskt kött i sina anbud. Kraven har inte heller inneburit att oseriösa leverantörer blivit felaktigt utvärderade och erhållit avtal.

1.2 Krav avseende antibiotikaanvändning

¹ T.ex. LOU 6:7 och LOU 12:1 vilka motsvaras av artikel 23.6 och artikel 53.1 i direktiv 2004/18.

² Se RÅ 2010 ref. 78

Enligt förvaltningsrätten strider produktkravet att antibiotika endast får användas efter ordination av veterinär mot unionsrätten och LOU eftersom reglerna för användning av antibiotika i djurfoder har harmoniserats genom EU:s förordning 1831/2003 om fodertillsatser (förordning 1831/2003). När det finns harmoniserade regler är det, enligt förvaltningsrätten, inte tillåtet att ställa andra krav. Enligt Kommunen saknar nyss nämnda förordning relevans eftersom förordning 1831/2003 avser användning av fodertillsatser och Kommunens krav avser användning av antibiotika som *läkemedel*. De substanser som Servera pekar på, histomonostatika och koccidostatika, är inte klassade som läkemedel utan som fodertillsatser. I förfrågningsunderlaget hänvisar Kommunen till Miljöstyrningsrådets (MSR) baskrav för animaliska livsmedel. Av MSR:s gemensamma kriterier för animaliska livsmedel, 2010-06-11, B.3, framgår att baskravet om antibiotikaanvändning avser antibiotika som läkemedel³. Tillämpliga EU-regler finns i direktiv 90/167/EEG om fastställande av villkor för framställning, utsläppande på marknaden och användning av foderläkemedel inom gemenskapen samt direktiv 2001/82/EG om upprättande av gemenskapsregler för veterinärmedicinska läkemedel. Kommunens krav överensstämmer med bestämmelserna i dessa två direktiv. Kravet är alltså inte mer långtgående än EU:s regler. Skulle kammarrätten anse att kravet avseende antibiotikaanvändning är strängare än vad EU föreskriver gör Kommunen gällande att kravet ändå är tillåtet. Förordning 1831/2003 avser godkännande för utsläppande på marknaden och användning av fodertillsatser⁴. Förordningen hindrar inte en upphandlande myndighet från att ställa mer långtgående krav i en offentlig upphandling.

1.3 Transport till slakt

Enligt förvaltningsrätten är kravet att djuret har transporterats högst åtta timmar till slakt eller högst tolv timmar för fjäderfä otilåtet eftersom det går längre än EU:s förordning 1/2005 om skydd av djur under transport (förordning 1/2005). Förordning 1/2005 ger medlemsstater rätt att vidta strängare åtgärder som syftar till att förbättra djurens välbefinnande⁵. En enskild medlemsstat får alltså ha strängare regler för transport till slakt på medlemsstatens territorium än som följer av förordning 1/2005. Sverige har också antagit strängare regler. Redan av denna anledning kan man ifrågasätta förvaltningsrättens uppfattning att förordningen, ”*antagits bl.a. i syfte att harmonisera regelverket kring djur under transport, vilket innebär att strängare krav än de i förordningen upp-*

³ ”Antibiotika är läkemedel som används mot bakterier. Antibiotikaresistens betyder att bakterierna har utvecklat motståndskraft mot antibiotika, så att den aktiva substansen inte längre har någon effekt. Bakterier som har utvecklat resistens mot antibiotika är ett internationellt och växande folkhälsoproblem. Resistensutvecklingen har ett samband med överanvändning av antibiotika.”

⁴ Se artikel 1.1

⁵ Se artikel 1.3

*ställda strider mot unionsrätten.*⁶ Förvaltningsrätten rör dessutom ihop EU:s regler för vad som får saluföras inom EU med reglerna för offentlig upphandling. Förordning 1/2005 avser vilka produkter som får saluföras på EU:s marknad. Förordningen sätter inte gränser för vilka krav som får ställas i en offentlig upphandling. En upphandlande myndighet har rätt att ställa mer långtgående krav. Mer långtgående krav strider för övrigt inte mot förordningens syfte. Enligt förordningens artikel 3 a ska ”[a]lla nödvändiga åtgärder... ha vidtagits på förhand för att transporttiden skall begränsas till ett minimum och djurens behov skall vara tillfredsställda under befordran.” Förvaltningsrättens tolkning av unionsrätten är både felaktig och orimlig. Den innebär att upphandlande myndigheter som huvudregel inte får efterfråga varor som producerats enligt strängare krav än EU:s minimiregler. Detta är en mycket utmanande tolkning av unionsrätten som svårligen kan förenas med ordalydelsen i flera bestämmelser i LOU, till exempel LOU 12:1 enligt vilken en upphandlande myndighet får ta hänsyn till olika kvalitets- och miljöegenskaper hos en vara när den tilldelar kontrakt enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga. Förvaltningsrättens dom innebär till exempel att mer långtgående krav är otillåtna även om de motsvaras av specifikationerna för sådana miljömärken som avses i LOU 6:7. Domen strider därmed också här mot LOU:s ordalydelse. Det finns flera exempel på miljömärkningar som uppfyller kriterierna i LOU 6:7 och som ställer strängare krav på transporttider än som följer av förordning 1/2005, till exempel KRAV, RSPCA, La Belle Rouge och flera andra miljö- och djurskyddsmärkningar.

1.4 Bedövning vid avblodning

Enligt förvaltningsrätten är kravet att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker strängare än vad som föreskrivs i direktiv 93/119/EG om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning (direktiv 93/119/EG) men helt identiskt med det krav som ställs enligt svensk rätt. Den omständigheten att kravet ”*helt motsvarar vad som krävs enligt svenska bestämmelser innebär*”, enligt förvaltningsrätten, ”*att svenska producenter har en stor fördel jämfört med utländska producenter*”. Kravet utgör därför ”*en sådan åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten*”⁷. Kommunen kan inte förstå hur förvaltningsrätten landat i denna slutsats. Kommunens krav överensstämmer nämligen med de krav som EU ställer i direktiv 93/119/EG artikel 5.1 c) enligt vilket djur ska bedövas före slakt eller avlivning. Från denna huvudregel finns visserligen ett undantag i artikel 5.2 för djur som slaktas med särskilda metoder som krävs i samband med vissa religiösa ceremonier. Artikel 5.2 är emellertid ett undantag. Merparten av allt kött som produceras inom EU bedövas före slakt. Mot denna bakgrund är

⁶Förvaltningsrättens dom, s. 17.

⁷Förvaltningsrättens dom, s. 18.

det svårt att se hur kravet kan ge svenska producenter "en stor fördel" i förhållande till utländska producenter. Det är också svårt att se hur det skulle kunna vara "en importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten" när EU också föreskriver bedövning och merparten av alla djur som slaktas inom EU är bedövade vid avblodning. Förvaltningsrätten ifrågasätter också om "det kommunen anfört visar att kravet är förenligt med LOU och unionsrätten". Även denna reflektion är märklig, dels därför att kravet överensstämmer med huvudregeln i direktiv 93/119/EG, dels därför att det motiveras av att djuret ska besparas onödigt lidande och smärta vilket också är syftet bakom direktiv 93/119/EG. I direktivets beaktandesatser står det att djur vid "tidpunkten för slakt eller avlivning bör besparas... onödig smärta och lidande". Artikel 3 i direktiv 93/119/EG står det:

"Djur skall skonas från all onödig upphetsning, smärta och lidande under förflyttning, uppställning, fasthållning, bedövning, slakt eller avlivning."

Förvaltningsrätten anför vidare att kravet inte kan kontrolleras. Enligt förvaltningsrätten finns det nämligen inte något gemensamt certifierings- eller kontrollsystem som möjliggör en verklig kontroll av kravet att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker. Förvaltningsrätten anser inte heller att Kommunen visat att en verklig och likabehandlande kontroll av kravet är möjlig. Kommunen vill än en gång betona att Kommunens krav motsvarar vad som föreskrivs som huvudregel i direktiv 93/119/EG. I direktiv 93/119/EG finns också bestämmelser om kontroll. Enligt artikel 8 ska den behöriga myndigheten i varje medlemsstat

"ansvara för att det utförs besiktningar och kontroller av slakterier och skall vid alla tidpunkter ha fritt tillträde till slakteriernas alla delar för att säkerställa att bestämmelserna i detta direktiv efterlevs."

Av artikel 14 framgår att också kommissionens experter har rätt att "utföra kontroller... för att säkerställa att den behöriga myndigheten kontrollerar att dessa anläggningar uppfyller kraven i detta direktiv." Det är alltså reglerat i direktiv 93/119/EG att kontroller ska säkerställa att djur bedövas. Den metod för kontroll som ska användas är inspektioner ("besiktningar"). Detta är också den metod som gäller för kontroll av att Kommunens krav uppfylls (se nedan). Enligt Kommunen innebär det sätt på vilket Menigo Foodservice AB (Menigo) säkerställer att köttet uppfyller samtliga produktkrav i upphandlingen att efterlevnaden av dessa krav är möjlig att kontrollera på ett godtagbart sätt. Menigo har i särskild ordning intygat att anbudet uppfyller Kommunens krav. Detta intygande underbyggs dessutom av en kvalitets- och miljöpolicy enligt vilken Menigo genom krav på egenkontroll och genom egna inspektioner säkerställer att underleverantörer uppfyller de krav Menigo ställer på dem (se vidare p. 1.6, nedan). Kommunen kan dessutom informera kammarrätten att kommunen efter kontakt med Menigo fått positivt gensvar på att genomföra

egna inspektioner på produktionsanläggningar där Menigos kött produceras. Kommunen kommer alltså under avtalstiden genomföra egna inspektioner för att säkerställa att köttet produceras i enlighet med Kommunens produktkrav. Avsikten är att detta ska ske redan under 2012. I C-448/01 säger EU-domstolen att den upphandlande myndigheten ska ha en verklig möjlighet att kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt⁸. Den omständigheten att Kommunen nu getts rätt att genomföra egna inspektioner där köttet produceras måste rimligen innebära att kraven är möjliga att kontrollera i den mening som EU-domstolen slår fast i C-448/01.

1.5 Kommunens produktkrav är tillåtna och proportionerliga

1.5.1 Principen om ömsesidigt erkännande

Förvaltningsrätten synes ha utgått från Kammarrättens i Göteborg dom 2010-12-16, mål 2216-2221-10. I denna dom görs det gällande att principen om ömsesidigt erkännande, som EU-domstolen slog fast i C-120/78 (Cassis de Dijon), gäller för offentlig upphandling. Denna princip innebär att en vara som lagligen tillverkas i ett medlemsland ska ha tillträde till andra medlemsstaters marknader. Krav som utesluter EU-godkända varor är importrestriktioner vilka är otillåtna om inte medlemsstaten kan visa att kraven är motiverade av särskilda skyddsintressen. Kommunen vill först påpeka att den upphandling som Kammarrätten i Göteborg hade att ta ställning till i nyss nämnda mål i väsentligt avseende skiljde sig från Kommunens upphandling eftersom köttet skulle produceras enligt bestämmelser i den svenska djurskyddslagstiftningen. I Kommunens upphandling har kraven en objektiv utformning. Oavsett detta gör Kommunen gällande att den princip om ömsesidigt erkännande som EU-domstolen formulerade i C-120/78 inte är tillämplig på offentlig upphandling⁹. Det skulle innebära att upphandlande myndigheter är tvungna att köpa de billigaste alternativen inom varje produktkategori. Endast om det fanns särskilda skyddsintressen skulle något annat gälla. Så som Kommunen anfört ovan strider en sådan tolkning redan mot ordalydelsen i LOU, till exempel bestämmelsen i LOU 12:1. Tolkningsstriden strider också mot den unionsrättsliga doktrinen, se nedan.

1.5.2 Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*

Kommunen vill särskilt uppmärksamma kammarrätten på vad den kanske tyn-
gsta auktoriteten inom offentlig upphandling i EU, professor Sue Arrowsmith,

⁸ C-448/01, p. 52: "Det kan följaktligen konstateras att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling."

⁹ Denna princip ska inte förväxlas med den princip om ömsesidigt erkännande som faktiskt gäller för offentlig upphandling, nämligen att intyg, certifikat som utfärdas av en medlemsstats myndigheter ska anses som gällande också i en annan (se t.ex. Hentze/Sylvén, *Offentlig upphandling*, uppl. 1:2, 1998, s. 17).

skriver angående tillämpligheten av principen om ömsesidigt erkännande i offentlig upphandling. Enligt Arrowsmith förekom på åttiotalet uppfattningen, bland annat hos generaladvokaten i mål C-45/87, att en upphandlande myndighet måste godta alla varor som lagligen fick tillverkas i något medlemsland. Krav i en offentlig upphandling som gick längre var, enligt denna uppfattning, importrestriktioner vilka endast var tillåtna om de kunde motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse¹⁰. Detta gällde även om kraven inte var diskriminerande. Arrowsmith avfärdar emellertid denna uppfattning som "felaktig". Enligt Arrowsmith utvecklades "principen om ömsesidigt erkännande... för att bedöma regleringar i en stat mot bakgrund av regleringar på andra håll". Den passar inte "för att bedöma upphandlingsbeslut vilka är av en helt annan karaktär."¹¹ Krav i offentlig upphandling syftar till att få produkter som motsvarar myndighetens behov för en speciell användning i speciell situation. Enligt Arrowsmith är därför "antagandet att det allmänna måste upphandla varje vara som har släppts ut på marknaden helt enkelt felaktigt"¹². Förvaltningsrättens tolkning av unionsrätten att krav i upphandling som går längre än harmoniserade regler för vad som får saluföras inom EU, liksom uppfattningen att principen om ömsesidigt erkännande gäller för offentlig upphandling, står alltså i skarp kontrast till vad Sue Arrowsmith skriver i standardverket *The Law of Public and Utilities Procurement*. Enligt Arrowsmith är en upphandlande myndighet fri att välja de produktkrav den anser lämpliga. Är kraven relaterade till produkten och har ett legitimt syfte är de tillåtna även om de skulle vara enklare att uppfylla för inhemska leverantörer än för leverantörer i andra stater¹³. Arrowsmith:

*"Krav som avser produkten, till exempel kvalitets- eller miljökrav, är inte nödvändigtvis diskriminerande även om de är enklare att uppfylla för inhemska produkter än för produkter från andra medlemsländer"*¹⁴

¹⁰ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London 2005, p. 17.8: "One [view] is that the principle of mutual recognition established in *Cassis de Dijon* applies to all specifications that relate to product characteristics, as well as to regulatory measures affecting product characteristics... Advocate General Darmon in *Dundalk* [C-45/87] seemed to take this view, considering that a product is presumed 'equivalent' to that specified whenever it meets the standards of entry to the market of the Member State of origin. On this view all government decisions are *prima facie* restrictions on trade; such requirements are thus permitted only when justified by mandatory/public interest requirements or express derogations; and the rule in *Cassis de Dijon* creates a presumption that requirements are not justified where they are not considered necessary in the state of origin."

¹¹ *Ibid.*: "It is submitted that this view is incorrect. The mutual recognition concept was developed for assessing regulatory measures of one state in light of the regulatory measures adopted elsewhere, and is unsuitable for assessing purchasing decisions, which are very different in nature."

¹² "Thus a presumption that the Government must purchase any product admitted to the market is simply not appropriate."

¹³ Arrowsmith., p. 17.10.

¹⁴ *Ibid.*, "An argument can be made that for the same reason specifications relating to the product itself, such as quality or environmental requirements, are not necessarily discriminatory even if they are more likely to be met by domestic products than by those from other Member States."

Förvaltningsrätten rör ihop EU:s regler för vilka varor som får saluföras inom EU/EES med EU:s regler för offentlig upphandling. De avgöranden som förvaltningsrätten hänvisar till, RÅ 2005 ref. 2 och RÅ 2010 ref. 80, visar på detta eftersom båda dessa avgöranden avser rätten att få saluföra EU-godkända produkter på den svenska marknaden. De avser inte vilka krav som får ställas i en offentlig upphandling.

1.5.3 EU-domstolens dom i C-513/99

Kommunen hänvisar till vad som redan anförts i förvaltningsrätten angående EU-domstolens dom i C-513/99¹⁵. I detta avgörande bekräftar EU-domstolen Arrowsmiths uppfattning när den godtar tilldelningskriterier som var enklare att uppfylla av den upphandlande myndighetens egen-regi än för andra, inklusive utländska, leverantörer. Enligt EU-domstolen var tilldelningskriterierna ”objektiva och tillämpades utan åtskillnad på samtliga anbud”¹⁶. Det saknade därför betydelse att endast ett fåtal företag, varav ett var den upphandlande myndighetens egen-regi, kunde uppfylla tilldelningskriteriet¹⁷. I C-513/99 fäster EU-domstolen också avseende vid att tilldelningskriteriet inte hindrat den klagande leverantören, Concordia, från att vinna en annan busslinje¹⁸. Tilldelningskriteriet hade alltså ingen oskälig inverkan på konkurrensen. Inte heller Kommunens krav har haft någon oskälig inverkan på konkurrensen. Kommunen har visat att produktkraven inte hindrat leverantörer från att offerera köttprodukter från många andra länder än Sverige (se nedan). Servera har också vunnit en varugrupp i upphandlingen.

1.5.4 RÅ 2010 ref. 78

Kommunen vill fästa kammarrättens uppmärksamhet på Regeringsrättens (numera Högsta förvaltningsdomstolen) avgörande RÅ 2010 ref. 78, enligt vilket Jämtlands läns landsting hade rätt att kräva att suturer skulle vara fria från triclosan. Enligt Regeringsrätten var kravet tillåtet eftersom det hade en objektiv utformning, var icke-diskriminerande och kopplat till det som ska upphandlas. Det var heller inte godtyckligt eller uppenbart osakligt. Landstinget hade alltså rätt att välja bort suturer som innehöll triclosan trots att dessa var försedda med CE-märkning. CE-märkning innebär att en vara ska få säljas inom hela EU enligt harmoniserade regler, i detta fall direktiv 93/42/EEG om medicintekniska produkter. Också RÅ 2010 ref. 78 motsäger förvaltningsrättens uppfattning av unionsrätten att krav i offentlig upphandling är otillåtna om de går längre än EU:s regler för vad som får säljas inom EU.

1.5.5 Kommunens krav är proportionerliga och icke-diskriminerande

¹⁵ Se Kommunens yttrande 2011-04-11, p. 3.11.

¹⁶ C-513/99, p. 83.

¹⁷ Ibid, p. 85.

¹⁸

Samtliga produktkrav i Kommunens upphandling har en objektiv utformning och är kopplade till kontraktets föremål eftersom kraven avser de varor som ska levereras till kommunen. De är också likabehandlande och proportionerliga. Kommunen hänvisar till vad som anförs vid förvaltningsrätten, särskilt yttrande 2011-04-11, pp. 3.4 - 3.8. Kommunens krav har ett legitimt syfte, de är lämpliga, effektiva och nödvändiga. Kraven har vare sig hindrat Servera eller någon annan anbudsgivare från att offerera utländskt kött från många olika länder.

1.6 Kontroll av kraven

1.6.2 EU-domstolens praxis angående kontroll

Enligt förvaltningsrätten har Kommunen inte visat att en verklig och likabehandlande kontroll av produktkraven är möjligt. Någon närmare förklaring varför Kommunen inte anses ha visat detta ges inte. Förvaltningsrätten nöjer sig i stället med att hänvisa till Kammarrättens i Göteborg dom i mål 2216-2221-10 trots att omständigheterna där inte var identiska. Enligt förvaltningsrätten saknas det EU-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 följer emellertid inte av EU-domstolens praxis att EU måste ha tagit några sådana gemensamma riktlinjer för att krav ska anses vara kontrollerbara. EU-domstolen har i C-448/01 angett att upphandlande myndigheter ska ha möjlighet att kontrollera att anbudet uppfyller upphandlingskriterierna¹⁹. I C-448/01 hade den upphandlande myndigheten varken för avsikt eller möjlighet att kontrollera att kraven i den upphandlingen uppfylldes, dvs. att elen kom från förnyelsebara energikällor. Ett sådant upphandlingskriterium stred därför mot principen om likabehandling²⁰. C-448/01 innebär alltså att krav ska kunna kontrolleras. Avgörandet ska emellertid inte tolkas så att det är i praktiken omöjligt att ställa krav som går längre än EU:s miniminivå inom produktområden där EU inte har antagit gemensamma riktlinjer, indikatorer och kontrollfunktioner. Detta stämmer inte med den tillåtande praxis som EU-domstolen utvecklat beträffande möjligheterna att miljöhänsyn och social hänsyn i offentlig upphandling²¹. Det stämmer inte heller med kommissionens meddelanden. Enligt Kommunen är det som Kommunen anfört vid förvaltningsrätten tillräckligt för att det ska anses möjligt att kontrollera att kraven efterlevs av leverantören. I vart fall måste den omständigheten att Kommunen nu också ges rätt att genomföra egna inspektioner innebära att det är möjligt att

¹⁹ C-448/01, p. 50.

²⁰ Ibid., p. 51.

²¹ C-225/98, C-513/99 och C-448/01.

kontrollera att leverantören efterlever produktkraven i den mening som EU-domstolen avser i C-448/01²² (se p. 1.4, ovan).

1.6.2 Angående vilka bevis som godtas

Förvaltningsrätten åberopar Kammarrättens i Göteborg dom 2010-02-16 i mål 2216-2221-10 enligt vilken det inte kan *"anses tillräckligt att kräva att anbudslämnaren intygar att uppgifterna stämmer"*²³. Kommunen vill än en gång påpeka att de bevis som anförs av Kommunen inte stannar vid ett sådant intyg. Kommunen har också pekat på det faktum att Menigo gett in sin uppförandekod som visar hur Menigo säkerställer att varorna som levereras till Kommunen uppfyller produktkraven. Icke desto mindre ifrågasätter Kommunen uppfattningen att en leverantörsförsäkran inte är tillräcklig som bevismedel. Unionsrätten ska tillämpas lika i alla medlemsstater. Detta gäller också beträffande vilka bevis som ska godtas. Kommunen vill fästa kammarrättens uppmärksamhet på kommissionens guide för sociala krav i offentlig upphandling, "Buying Social, A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement" (Buying Social), oktober 2010. Av denna guide, liksom kommissionens handbok för miljöanpassad offentlig upphandling "Att köpa grönt!", framgår att upphandlande myndigheter alltid måste ge leverantörer möjlighet att med olika medel visa att varor uppfyller kraven²⁴. I "Buying Social" visar kommissionen hur en upphandlande myndighet kan kontrollera att varor inte framställts genom barnarbete bland annat genom att lyfta fram staden Düsseldorf. I Düsseldorfs upphandlingar anges att etisk märkning såsom Transfair duger som bevis. Om det saknas en sådan märkning för produkten i fråga accepterar emellertid Düsseldorf en deklARATION från leverantören att denne godtar produktkraven, dvs. en leverantörsförsäkran²⁵. Den omständigheten att kommissionen lyfter fram detta exempel motsäger uppfattningen att en leverantörsförsäkran inte är tillräcklig som bevis. Kommunen vill också uppmärksamma kammarrätten på att direktiv 2004/18 anger att många olika handlingar kan vara lämpliga bevismedel²⁶. Enligt artikel 45.3 ska den upphandlande myndigheten godta *"som tillräckligt bevis"* för att en anbudsgivare till exempel inte är dömd för bestickning eller är dömd för brott mot yrkesetiken *"en försäkran under ed eller, i medlemsstater som saknar bestämmelser om försäkran under ed, av en högtidlig försäkran som den behöriga personen avlägger inför en behörig rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller en godkänd yrkesorganisation i personens*

²² Se C-448/01, p. 52.

²³ Kammarrättens i Göteborg dom 2010-02-16 i mål 2216-2221-10, s. 6.

²⁴ Kommissionen, Buying Social, s. 32 *"Contracting authorities may stipulate which ethical trade labels/certifications are deemed to fulfill these criteria, but they must always also allow other means of proof."* Skyldigheten att godta alternative bevis än de som den upphandlande myndigheten uppgett framgår bland annat på ss 20 och 26 i "Att köpa grönt!".

²⁵ Ibid., *"If no such certification exists for the product in question, a declaration in the form of acceptance of the additional contract provisions for execution of the works and acceptance of the additional contract provisions of the Procurement Order for Supplies and Services Contracts is acceptable."*

²⁶ Se t.ex. artikel 23.4

hemland eller ursprungsland". Enligt artikel 46 får en "ekonomisk aktör" som deltar i en upphandling "anmodas" att "avlägga en försäkran under ed" som bevis på att han är inskriven i yrkes- eller handelsregister. Svensk rätt innehåller bestämmelser om försäkran under ed. Osant intygande är ett brott enligt brottsbalken 15:11. Förhör under sanningsförsäkran är ett godtagbart bevismedel i rättegång enligt rättegångsbalken 37:2. En leverantör som levererar varor som inte uppfyller produktkraven gör sig dessutom skyldig till avtalsbrott vilket kan föranleda hävning. Avtalsbrott är vidare ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som föranleder att leverantören kan uteslutas i framtida upphandlingar²⁷. En leverantör som felaktigt intygat uppgifter tar alltså en inte obetydlig risk. Det kan därför inte anses uppenbart att EU-domstolen skulle instämma i uppfattningen att en leverantörsförsäkran inte är ett tillräckligt bevismedel (se vidare under p. 3 angående yrkandet att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande). I denna upphandling har Menigo inte bara gett in en försäkran på heder och samvete att offererade varor uppfyller Kommunens krav utan också sin uppförandekod som visar hur Menigo säkerställer detta. Nu har Menigo dessutom gett Kommunen rätt att genom egna inspektioner kontrollera att kraven uppfylls.

1.7 Servera har inte visat på någon skada

Förvaltningsrätten slår utan närmare motivering fast att Servera "i vart fall riskerat att lida skada med anledning av de otillåtna krav som kommunen har uppställt"²⁸. Kommunen har visat att Serveras anbud innehåller utländskt kött från många olika länder. Detta borde rimligen medföra att Servera måste göra mer än att bara påstå att man lider skada. När allt kommer omkring är det ju Servera, inte Kommunen, som har bevisbördan för att kraven medför att Servera lider eller kan komma att lida skada. Den omständigheten att Kommunen visat att Serveras anbud på flera positioner innehåller utländskt kött borde dessutom förstärka Serveras bevisbördan. Till detta kommer att tre leverantörer, Servera, Menigo och Gunnar Dafgård AB (Dafgård) lämnat anbud på den aktuella varugruppen. Alla tre anbuden innehåller utländskt kött på många positioner och från många länder. Samtliga tre leverantörer går också i god för att köttet, inklusive det utländska köttet, uppfyller Kommunens krav. Såväl Servera, Menigo som Dafgård får anses vara seriösa företag. Servera har alltså inte heller visat att någon oseriös leverantör gynnats av Kommunens krav.

2. Skäl för prövningstillstånd

Kommunen åberopar förvaltningsprocesslagen (1971:291) 34 a § pp. 1 och 2 som skäl för att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av högre rätt. Det förekommer också anledning till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit.

²⁷ Se Kammarrätten i Göteborg, dom 2011-04-15, mål 2090-11.

²⁸ Förvaltningsrättens dom, s. 19.

Utgångspunkten för förvaltningsrättens bedömning är att krav är otillåtna om de går längre än EU:s regler för att få sälja varor. Detta bygger i sin tur på uppfattningen att principen om ömsesidigt erkännande enligt C-120/78 gäller för den offentliga upphandlingen. Enligt Sue Arrowsmith är det emellertid ”uteslutet” att tillämpa denna princip på offentlig upphandling²⁹. Står förvaltningsrättens dom fast kastas den offentliga upphandlingen mer än 20 år tillbaka i tiden. Anbudsutvärderingen kommer att reduceras till en ren prisjämförelse. Sue Arrowsmith är ett tungt namn inom offentlig upphandling. Hennes uppfattning kan inte viftas bort. Den vinner dessutom stöd i ordalydelsen i flera bestämmelser i direktiv 2004/18 och i LOU, liksom i EU-domstolens praxis och i flera dokument från kommissionen. Det har alltså uppstått en betydande rättsosäkerhet i den svenska tillämpningen av EU:s upphandlingsregler angående vad som gäller för kravställande i offentlig upphandling i allmänhet och djurskydds krav i synnerhet. Det behövs därför ett klarläggande. Vidare behövs det ett klarläggande vad gäller vilka bevismedel som ska godtas för att Kommunens produktkrav ska anses möjliga att kontrollera. Slutligen behövs det ett klarläggande angående vilken bevisbörda leverantören har för att påvisa att han lider skada. Det kan inte anses tillräckligt att leverantören gör gällande skada för att uppfylla denna bevisbörda.

3. Skäl för förhandsavgörande

Detta mål rör tolkning av unionsrättsliga bestämmelser. Både frågan om vilka krav som är tillåtna att ställa i en offentlig upphandling och frågan om kontroll av kraven rör tillämpning av unionsrätten. Målet rör också en för många svenska kommuner mycket angelägen politisk fråga, möjligheten att ta djurskyddshänsyn i offentlig upphandling. Vikten av att nationella domstolar begär förhandsavgöranden kan inte nog betonas. Till OFUKI-utredningens betänkande finns ett särskilt rättsutlåtande av doktorn i europeisk integrationsrätt, Jörgen Hettne, som bland annat tar upp vikten av en direktivkonform tolkning i den nationella rättstillämpningen av unionsrättsliga regler. Hettne:

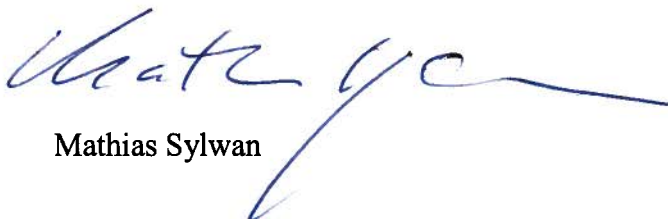
”Om EU-rätten ska fylla sitt syfte och få ett likartat genomslag i alla medlemsländer räcker det naturligtvis inte att själva införlivandet i formell mening är likartat. Minst lika viktigt är att tolkningen och tillämpningen av nationella bestämmelser som härrör från direktiven sker på likartat sätt i alla länder. Mot denna bakgrund har EU-domstolen uttalat att medlemsländernas domstolar är skyldiga att tolka nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten.”³⁰

²⁹ Arrowsmith, p. 17.10: ”...and certainly there can be no question of applying the Cassis de Dijon principle of mutual recognition.”

³⁰ SOU 2011-43, s. 773.

Nationella bestämmelser som härrör från EU-direktiv får varken tillämpas på ett för den upphandlande myndigheten generösare eller strängare sätt än EU-domstolens praxis. Unionsrätten erbjuder ett särskilt förfarande för nationella domstolar att få klarhet i unionsrättens innehåll när detta inte med tydlighet framgår av unionsrättsliga bestämmelser eller EU-domstolens praxis. Nationella domstolar har möjlighet att begära förhandsavgöranden av EU-domstolen. I princip är nationella domstolar, oavsett instans, skyldiga att begära förhandsavgörande av EU-domstolen om detta krävs för att säkerställa att unionsrätten blir korrekt tillämpad. Enligt EU-domstolens avgörande i C-283/81 ska undantag från denna princip tillämpas restriktivt. Nationella domstolar är endast befriade från skyldigheten att fråga EU-domstolen om frågan redan är besvarad av EU-domstolen eller svaret framstår som uppenbart. När det gäller det senare alternativet räcker det inte att den nationella domstolen anser att svaret är uppenbart. Den måste också vara övertygad om att svaret framstår som lika uppenbart för domstolar i andra medlemsstater³¹. Kommunen gör gällande att förvaltningsrättens dom är en felaktig tillämpning av unionsrätten. Det kan i vart fall anses uppenbart att unionsrätten ska tolkas på det sätt som förvaltningsrätten gör. Skäl finns alltså för kammarrätten att inhämta förhandsavgörande av EU-domstolen.

Stockholm 2011-06-07



Mathias Sylwan

³¹ C-283/81, p. 16.