



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tobias Stefansson

Upphandling av animaliska
livsmedel
Djurskydd i offentlig upphandling

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Henrik Norinder

EU- och Konkurrensrätt

VT 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Begrepp	6
1.3 Syfte och frågeställning	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Metod och material	8
1.6 Disposition	8
2 UPPHANDLINGSLAGSTIFTNING INOM EU	10
2.1 Historik	10
2.2 Översikt över gällande regler	11
2.3 Upphandlingsreglernas syfte	11
2.4 Grundläggande EU-rättsliga principer	13
2.4.1 Allmänt	13
2.4.2 Icke-diskrimineringsprincipen	13
2.4.3 Likabehandlingsprincipen	14
2.4.4 Transparensprincipen	15
2.4.5 Proportionalitetsprincipen	15
2.4.6 Principen om ömsesidigt erkännande	16
3 SVENSK UPPHANDLINGSLAGSTIFTNING	17
3.1 Översikt	17
3.2 Upphandlingsprocessen	18
3.2.1 Översikt	18
3.2.2 A- och B-tjänster	19
3.2.3 Tröskelvärden	19
3.2.4 Behovsanalys och annonsering	20
3.2.5 Förfrågningsunderlaget	21

3.2.6	Prövning av anbud och utvärdering	21
3.2.7	Ramavtal	24
3.2.8	Förfaranden	24
3.2.8.1	Allmänt	24
3.2.8.2	Upphandling under tröskelvärdena	24
3.2.8.3	Upphandling över tröskelvärdena	26
3.3	Överprövning av en upphandling	27
3.4	Miljöhänsyn	28
3.4.1	Översikt	28
3.4.2	Lagstadgade möjligheter att ställa miljökrav och sociala hänsyn	29
4	DJURSKYDD	31
4.1	Djurskyddslagstiftning i EU och Sverige	31
4.2	Upphandling av livsmedel	32
4.2.1	Allmänt	32
4.2.2	Djurskyddskrav	33
4.2.3	Överprövning av livsmedelsupphandlingar	34
5	PRAxisGRANSKNING OCH ANALYS	35
5.1	Allmänna iakttagelser	35
5.2	Tillåtna och otillåtna krav	35
5.2.1	Hänvisningar till svensk djurskyddslagstiftning	35
5.2.2	Beställning uppdelad i mindre enheter	38
5.2.3	Möjligheter att ställa krav utöver minimikrav	39
5.2.4	Krav på korta transporttider till slakt	42
5.3	Kontrollkravet	44
5.4	Är LOU ett hinder för god djuromsorg i Sverige?	45
6	SLUTSATS OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER	47
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Summary

The procurement rules in Sweden rests on a complex standard background consisting of the Lisbon Treaty, EU procurement directives and the Swedish procurement law LOU.

Food procurements have in the public procurement report (SOU 2011:71) been identified as a particular problem area and there is a great insecurity of what demands that are allowed to be set. A great number of food procurements has been re-examined in court and many food procurements was forced to be corrected or re-done. Often has this occurred because of forbidden animal welfare requirements that the contracting authority has set.

The practice on the area shows that it is possible to set standards for animal welfare in a public procurement, but it is unclear on what demands that can be set more specifically.

Through practice can one read that it is not allowed to make demands with reference to Swedish animal welfare regulations. This is because it is considered to be discriminating against foreign suppliers, as foreign suppliers cannot be expected to have knowledge of the Swedish rules and then are less likely to live up to them as Swedish suppliers can.

Something which in practice is also proving to be difficult is to set animal welfare standards that go beyond the rules of the EU directive's minimum standards. However, the practice also conclude that it does not automatically is prohibited as long as the contracting authority's requirements are proportionate, non-discriminatory and highly motivated.

However, there are no obstacles against dividing food procurement into smaller units, at least as long as it is not done with the purpose to go below a threshold value.

It must be possible to control the demands that are set in procurement, and it is not enough that one tenderer certifies that the information it has given are correct. It is also uncertain if it's enough with inspections. However, licenses or certificates issued by Swedish or foreign governments should be approved.

This essay will show that the procurement laws and the underlying standards makes it difficult for the contracting authorities to procure animal source food that are been produced with good animal welfare. But it will show that it is not impossible to set demands on animal welfare in procurement. There are no court case concerning demands on animal welfare in a public procurement in The Supreme Administrative Court of Sweden, but to get answers to some of the questions that the practice has created, it would be desirable to have one.

Sammanfattning

Upphandlingsreglerna i Sverige vilar på en komplicerad normbakgrund bestående av Lissabonfördraget, EU:s upphandlingsdirektiv och LOU.

Livsmedelsupphandlingar har i upphandlingsutredningen (SOU 2011:71) identifierats som ett särskilt problemområde och det råder en stor osäkerhet om vilka krav som är tillåtna att ställa. En stor andel livsmedelsupphandlingar har blivit överprövade och många livsmedelsupphandlingar har fått rättas eller göras om. Ofta har detta skett på grund av att den upphandlande myndigheten har ställt otillåtna krav på djurskydd.

Den praxis som finns på området visar att det är möjligt att ställa djurskydds krav vid offentlig upphandling, men att det är oklart vilka krav som får ställas mer specifikt.

Av praxis kan man dock utläsa att det inte är tillåtet att ställa krav med hänvisning till svenska djurskyddsregler. Detta på grund av att det anses diskriminerande mot utländska leverantörer då utländska leverantörer inte kan förväntas ha kännedom om svenska regler och då de har svårare än svenska leverantörer att leva upp till dem.

Något som i praxis också har visat sig vara svårt är att ställa djurskydds krav som går utöver reglerna i EU:s minimidirektiv. Dock kan man av praxis även dra slutsatsen att det inte automatiskt är otillåtet så länge den upphandlande myndighetens krav är proportionerliga, icke-diskriminerande och välmotiverade.

Däremot finns det inga hinder mot att dela upp en livsmedelsupphandling i mindre enheter, åtminstone så länge detta inte görs i syfte att understiga ett tröskelvärde.

Krav som ställs i en upphandling måste kunna kontrolleras och det räcker inte att en anbudsgivare intygar att uppgifter som denne lämnar är korrekta. Det är även osäkert om det är tillräckligt med inspektioner. Emellertid torde certifikat eller intyg utställda av svenska eller utländska myndigheter vara godkända.

Sammanfattningsvis visar denna uppsats att upphandlingslagstiftningen och dess bakomliggande normer gör det svårt för upphandlande myndigheter att upphandla animaliska livsmedel som producerats med god djurhänsyn. Men att det inte är omöjligt att ställa krav på djurskydd i upphandlingar. Ännu finns det inget rättsfall angående krav på djurskydd vid offentlig upphandling från Högsta förvaltningsdomstolen, men för att få svar på några av de frågetecken som praxis har givit upphov till vore det önskvärt med ett sådant.

Förord

När jag kom in på juristprogrammet hade jag fått höra många av skräckhistorier om hur det var på Juridicum. Det sades att studietakten var hög, att det var tävlingsinriktat och att det till och med kunde gå så långt att studenter saboterade för varandra genom att rycka ut sidor från varandras böcker.

Som tur är visade det sig att inget av detta var sant. Tiden i Lund har varit helt underbar, stämningen på Juridicum är vänskaplig och förutom under tentaperioderna har jag sällan fördrivit tiden lutad över tjocka böcker. Istället har jag fikat, festat, spelat korpfboll, hängt med mina korrekompisar, jobbat på nation, skrivit för studenttidningen Lundagård, varit utbytesstudent i Hong Kong, pluggat ekonomi och psykologi, engagerat mig i ELSA och så vidare, och så vidare.

Denna uppsats innebär att min tid som student är över, men mentalt tog den slut redan i september 2011 då jag började arbeta som föredragande på Förvaltningsrätten i Malmö. Det var där som jag uppmärksammade ämnesområdet offentlig upphandling och det var en av mina kollegor, Sune Wennerberg, som tipsade om frågeställningen till denna uppsats. Tack för det.

Jag vill också passa på att tacka min handledare Henrik Norinder och min korrekturläsare Sebastian Hagberg.

Slutligen vill jag uppmärksamma alla er som har gjort mina nästan fyra och ett halvt år i Lund till den fantastiska tid som den har varit. Ingen nämnd och ingen glömd. Men jag är säker på att ni vet vilka ni är.

Lund den 15 februari 2012

Tobias Stefansson

Förkortningar

Art.	Artikel
BNP	Bruttonationalprodukt
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EFTA	European Free Trade Association
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget (fördraget)	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
GPA	Government Procurement Agreement
Kap.	Kapitel
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LRF	Lantbrukarnas Riksförbund
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MSR	Miljöstyrningsrådet
Prop.	Proposition
SCB	Statistiska centralbyrån
SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
Skr.	Regeringens skrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar
SJVFS	Statens jordbruksverks författningssamling
TED	Tender Electronic Daily (EU:s databas med det samlade innehållet i alla upphandlingsannonser)
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Introduktion

Offentlig upphandling handlar om mycket stora affärer. Det sammanlagda värdet på upphandlingar i Sverige uppskattas årligen uppgå till 450-535 miljarder kronor¹ och det rör sig om upphandlingar av allt från kontorsmaterial till idrottsarenor. Beräkningar från 2004 visar att dryga 16 procent av EU:s BNP omfattas av offentliga kontrakt. Det är med detta i åtanke inte konstigt att ett omfattande och detaljerat regelverk har växt fram på den offentliga upphandlingens område.

Det primära målet med offentlig upphandling är att förverkliga den inre marknaden genom att främja fri rörlighet för varor och tjänster inom EU. Kort sagt: att underlätta gränsöverskridande handel. Men både på EU-nivå och i Sverige finns det en uttalad ambition om att även använda offentlig upphandling som ett politiskt styrmedel för att nå vissa samhällspolitiska mål. Ett av dessa mål är att åstadkomma ett miljöanpassat samhälle genom miljöanpassade upphandlingar.

Att upphandla varor som tar hänsyn till miljön och vår omgivning är ingen enkel uppgift och upphandlande myndigheter har ofta stora problem med att utforma förfrågningsunderlag och annonser som uppfyller de krav, regler och principer som finns på den offentliga upphandlingens område.

Livsmedelsupphandling är ett särskilt problemområde och många livsmedelsupphandlingar har blivit överprövade. Särskilt stora problem har det varit för upphandlande myndigheter i Sverige som har ställt djurskyddskrav som går utöver de som finns i EU:s minimilagstiftning och harmoniserade lagstiftning. Många upphandlande myndigheter upplever att Sveriges nationella domstolspraxis försvårar möjligheterna att ställa höga krav på djurskydd.

Denna uppsats är ett försök att ta reda på vilka slutsatser det går att dra av praxis angående krav på djurskydd och god djuromsorg. Kanske kan den ge svar på en del av de frågetecken som Sveriges nationella domstolspraxis har gett upphov till. Med uppsatsen görs också ett försök att svara på frågan om reglerna för offentlig upphandling är ett hinder för strävan att ha en god djuromsorg i Sverige.

¹ http://www.konkurrensverket.se/t/SectionStartPage____6244.aspx.

1.2 Begrepp

I de svenska upphandlingsreglerna används beteckningen upphandlande enhet eller upphandlande myndighet beroende på om upphandlingen omfattas av LUF eller LOU. För enkelhetens skull, och för att uppsatsen främst behandlar det område som omfattas av LOU, används i denna uppsats konsekvent termen upphandlande myndighet.

Animaliska livsmedel är livsmedel som härstammar från djurriket såsom kött, fisk och skaldjur, men även till exempel ägg och mjölk.

Djurskydd handlar om att djur skall behandlas väl och skyddas från onödigt lidande. Lagar om djurskydd reglerar människans förhållande till djuren. *Djurskydd* skall inte förväxlas med *djurrätt* som är en åskådning där djur tillerkänns lagliga rättigheter som skyddar deras liv och välfärd.

1.3 Syfte och frågeställning

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att diskutera krav på god djurhållning i förhållande till reglerna om offentlig upphandling. På det sättet belyser uppsatsen det eventuella motsatsförhållandet mellan upphandlande myndigheters vilja att upphandla animaliska livsmedel som ger måltider med begränsad miljöpåverkan som har föregåtts av en god djurhänsyn och strävandet om förverkligandet av den inre marknaden där varor, tjänster och kapital kan röra sig lika fritt inom EU som inom ett och samma land.

Mer konkret är det följande frågeställningar som har varit vägledande i arbetet med uppsatsen:

1. Vilka krav är och vilka krav är inte enligt praxis godkända för upphandlande myndigheter att ställa angående djurskydd och god djurhållning?
2. Är lagen om offentlig upphandling ett hinder för strävan att ha en god djuromsorg i Sverige?

När det gäller den sista frågan åsyftas inte enbart LOU i sig själv utan hela EU-rätten och de unionsrättsliga principerna såsom de manifesteras genom LOU.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är skriven ur ett svenskt perspektiv och fokus kommer därför att ligga på svenska förhållanden och svenska regler och rättsfall. Emellertid bygger reglerna om offentlig upphandling till stor del på EU-direktiv, så även relevant EU-rättslig praxis och samspelet mellan den svenska rätten och EU-rätten kommer att belysas.

Upphandlingsprocessen är komplex och detaljreglerad och det vore möjligt att skriva en uppsats om varje del av processen. Eftersom fokus i denna uppsats inte ligger på det processuella beskrivs upphandlingsprocessen därför endast översiktligt och inga anspråk görs på att beskrivningen skall vara heltäckande, utan enbart på att den skall vara tillräcklig för att läsare skall ha möjlighet att förstå uppsatsens frågeställning och analys.

Samma sak gäller för bestämmelserna om att klaga på en upphandling. Även de olika möjligheterna att klaga på en upphandling beskrivs därför enbart kortfattat.

Upphandlingsprocessen regleras, förutom av försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet, av två rättsmedelsdirektiv. Dessa båda direktiv nämns bara kort och behandlas inte närmare.

När det gäller begreppet matkvalitet talas det om två huvuddimensioner. Den första av dessa är produktkvalitet, vilket syftar på matvarans egenskaper och innehåll när det gäller till exempel smak, konsistens, utseende och tillsatser. Den andra dimensionen är produktionskvalitet det vill säga miljöpåverkan och hur djuren föds upp.² I denna uppsats kommer fokus att helt ligga på den sistnämnda dimensionen.

EU:s medlemsstater skall förutom EU-direktiven angående offentlig upphandling följa Världshandelsorganisationens (WTO:s) avtal om lojal internationell konkurrens vid offentlig upphandling. Men eftersom EU-direktiven beträffande offentlig är anpassade till WTO-avtalet för offentlig upphandling (GPA) nämns därför WTO-avtalet enbart i förbigående.

I uppsatsen diskuteras olika exempel på djurskyddskrav som förekommit i praxis. Det skulle vara möjligt att inom ramen för denna uppsats diskutera ännu fler typer av djurskyddskrav som har ställts; till exempel krav rörande användning av antibiotika eller krav på att djuret skall vara bedövat vid slakt. Av utrymmesskäl har det dock inte varit möjligt att diskutera alla typer av djurskyddskrav som förekommit i praxis och de får därför granskas i framtida utredningar.

² A. Hallström, Slutrapport: Maten kvalitet, 2004, s. 6.

1.5 Metod och material

I uppsatsen används en rättsdogmatisk metod där lagtext, förarbeten, rättsfall från Sverige och EU-domstolen samt artiklar och doktrin studeras och analyseras i syfte att fastställa rättsläget. Denna metod har valts eftersom ett syfte med uppsatsen är att belysa vad som är gällande rätt, då det är nödvändigt att förstå den gällande rätten för att kunna svara på uppsatsens frågeställningar.

Utöver dessa källor används i uppsatsen flera myndighetspublikationer från Miljöstyrningsrådet och Konkurrensverket. Detta på grund av att det är enkla, tydliga och lättförståeliga källor, som dessutom kan antas ha en stor praktisk betydelse. Majoriteten av de upphandlande myndigheterna använder sig av Miljöstyrningsrådets upphandlingskriterier vid upphandling av livsmedel och det kan därför antas att upphandlande myndigheter även studerar Miljöstyrningsrådets övriga publikationer i ämnet.

Även Konkurrensverkets publikationer har en stor betydelse eftersom det är de som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen i Sverige. Konkurrensverket kan även föra talan om upphandlingsskadeavgift. En annan av deras uppgifter är att informera om avgöranden och regler i upphandlingsärenden.³

En myndighetspublikation är emellertid inte någon rättskälla och jag har därför haft ett än mer kritiskt förhållningssätt vid studierna av dessa.

För att finna relevanta rättskällor rörande djurskydd i offentlig upphandling har jag främst använt mig av Miljöstyrningsrådets praxissamling⁴, databasen Zeteo samt riksdagens hemsida när det rör sig om offentligt tryck.

1.6 Disposition

Den första delen av uppsatsen, kapitel 2-4, utgörs av en genomgång av gällande rätt och upphandlingslagstiftningens syfte ur ett *de lege lata*-perspektiv. Denna del innehåller en undersökning av den offentliga upphandlingens komplicerade normbakgrund bestående av Lissabonfördraget, EU:s upphandlingsdirektiv och LOU. Denna del av uppsatsen är övervägande deskriptiv och innehåller varken någon kritik mot den gällande rätten eller egna värderingar.

I nästa del av uppsatsen, kapitel 5-6, analyseras den gällande rätten samt praxis och uppsatsens frågeställningar besvaras. Analysen börjar i kapitel 5 med en allmän del med några allmänna iakttagelser och sedan följer en mer ingående analys av olika former av djurskyddskrav som har ställt i

³ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 7.

⁴ <http://www.msr.se/sv/Upphandling/Juridik/>

livsmedelsupphandlingar och som har behandlats i praxis. I detta kapitel behandlas flera rättsfall som handlar om djurskyddskrav inom offentlig upphandling och som främst kommer från kammarrätterna.

De rättsfall som behandlas har valts ut eftersom de avgjorts relativt nyligen och för att de tar upp frågor som är relevanta för att besvara uppsatsens första frågeställning. Eftersom de flesta kommer från kammarrätterna har de dessutom ett visst prejudikatvärde. I skrivande stund finns det inga rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen som direkt berör krav på djurskydd i offentlig upphandling.

De ämnen som analyseras i uppsatsen är:

- Om det är tillåtet med hänvisningar till svensk djurskyddslagstiftning i förfrågningsunderlaget.
- Om det är tillåtet att dela upp en upphandling av livsmedel i mindre enheter.
- Om det är tillåtet att ställa djurskyddskrav som går utöver EU:s minimikrav angående djurskydd.
- Om det är möjligt att ställa krav på korta transporttider till slakt.

Därefter följer en diskussion om kravet på att det skall vara möjligt att kontrollera att ställda krav efterföljs. Slutligen diskuteras uppsatsens andra frågeställning: Är lagen om offentlig upphandling ett hinder för strävan att ha en god djuromsorg i Sverige?

Uppsatsen avslutas i kapitel 6 med en slutsats och några framåtblickande kommentarer.

2 Upphandlingslagstiftning inom EU

2.1 Historik

Grunden för den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen (EEG) var Romfördraget som undertecknades i Rom år 1957. Som en följd av EEG:s utveckling införlivade detta fördrag efter hand även mängder av andra fördrag.

Offentlig upphandling har och har haft en stor betydelse för ekonomin i Europa. Ändå har inga regler från detta rättsområde tagits in i fördraget. Trots det går det att säga att grunderna för offentlig upphandling finns i fördraget. Då åsyftas framförallt den fria rörligheten för varor och tjänster och den fria etableringsrätten samt de rättsliga principer som måste iaktas för att dessa friheter skall kunna förverkligas.⁵

Det första upphandlingsdirektivet kom år 1971 och omfattade enbart upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten. År 1977 kom det första varudirektivet⁶ och det skulle dröja ända in på 1990-talet innan det första tjänstedirektivet⁷ blev verklighet.

De tre klassiska EU-direktiven anpassades genom ett ändringsdirektiv till WTO-avtalet om lojal internationell konkurrens för den offentliga upphandlingen. Medlemsstater som följer reglerna i EU-direktiven följer därmed även reglerna i WTO-avtalet.

EU:s tidigare upphandlingsdirektiv är viktiga än idag eftersom EU-domstolens praxis till stor del bygger på tidigare upphandlingsdirektiv. Detta har sedan påverkat de nu gällande direktiven. I preambeln till de nuvarande direktiven anges explicit att de utformats efter EU-domstolens rättspraxis. Tidigare praxis är därför viktig för förståelsen av nu gällande rätt.⁸

Den 1 december 2009 trädde Lissabonfördraget i kraft och EG-fördraget ersattes med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, det så kallade EUF-fördraget (nedan kallat fördraget). Även detta fördrag saknar direkta regler som specifikt reglerar offentlig upphandling.

⁵ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 26.

⁶ Rådsdirektiv 77/62 EEG som reviderades genom direktiven 80/767/EEG och 88/295/EEG.

⁷ Rådsdirektiv 92/50/EG.

⁸ Ibid, s. 27.

2.2 Översikt över gällande regler

Reglerna om offentlig upphandling i Europa bygger numera främst på två direktiv: det klassiska direktivet⁹ och försörjningsdirektivet¹⁰. Förutom dessa båda direktiv bygger reglerna om offentlig upphandling på två rättsmedelsdirektiv.¹¹ De reglerar möjligheterna för leverantörer att låta förvaltningsdomstolarna överpröva upphandlingsbeslut och möjligheterna att föra skadeståndstalan i de allmänna domstolarna mot misstänkt felaktiga upphandlingsbeslut.

Upphandlingsrätt utgör inget särskilt rättsområde isolerat från annan unionsrätt utan det är en del av den väv av föreskrifter som samtliga EU-medlemsstater har att följa. De regler som tillämpas inom offentlig upphandling måste därför även bedömas mot bakgrund av bestämmelser och principer som inte helt framgår av upphandlingsdirektiven eller av de svenska lagar som implementerar direktiven.¹²

Bestämmelser i fördraget tillhör den så kallade primärrätten och har företräde framför bestämmelser i sekundärrätten; till exempel bestämmelser i förordningar eller direktiv såsom upphandlingsdirektiven. Det är därför otillåtet att tolka upphandlingsdirektiven så att de kommer i konflikt med bestämmelser i fördraget.¹³

2.3 Upphandlingsreglernas syfte

Det övergripande syftet med upphandlingsdirektiven är att förverkliga den inre marknaden genom att främja den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och säkra den fria etableringsrätten. De syftar också till att få marknaden att fungera effektivt.¹⁴

Offentlig upphandling finns också till för att främja en kostnadseffektiv användning av skattemedel. Ett av syftena med upphandlingsreglerna är nämligen att på bästa sätt främja konkurrensen på den offentliga marknaden och därmed hushålla med skattemedel.¹⁵

Angående den fria rörligheten för varor stadgas i artikel 34 i fördraget att ”kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna”. Importrestriktioner syftar på importkvoter vilka är kvantitativa begränsningar för införsel av en viss vara. Upphandlande myndigheter bör emellertid rikta mer intresse mot uttrycket

⁹ EU-direktivet 2004/18/EG.

¹⁰ EU-direktivet 2004/17/EG.

¹¹ Direktiv 89/665/EEG och direktiv 92/13/EEG.

¹² J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 27.

¹³ Ibid, s. 35.

¹⁴ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 6 f.

¹⁵ <http://upphandlingsstöd.se/grunderna-i-offentlig-upphandling>.

åtgärder med motsvarande verkan. Med detta begrepp avses alla åtgärder som försvårar handeln mellan medlemsstaterna, det vill säga som har samma effekt som en importrestriktion. EU-domstolen uttalade sig redan år 1974 i den så kallade Dassonvilledomen om det förbjudna området för åtgärder, och domstolen anförde bland annat följande:

Alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen skall anses som åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner.¹⁶

Av detta uttalande framgår att många åtgärder kan hamna inom tillämpningsområdet för artikel 34. Det rör sig således inte enbart om lagstiftning. Krav och specifikationer i offentlig upphandling kan därför komma att ingå i begreppet åtgärder om de är diskriminerande eller på annat sätt hindrar handeln mellan EU:s medlemsländer.¹⁷

I artikel 36 anges undantag till principen om fri rörlighet. Det vill säga de skäl som medlemsstater kan använda sig av för att motivera åtgärder som hindrar gränsöverskridande handel. I artikelns första del anges följande:

Bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 ska inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt.

Det är värt att notera att alla undantag rör icke-ekonomiska intressen och att skydd av djurs hälsa och liv är ett av de skyddsintressen som explicit anges.

EU-domstolen har emellertid i sin praxis tillämpat undantagsreglerna restriktivt och bevisbördan för att motivera åtgärder som antas enligt artikel 36 i fördraget ligger hos medlemsstaterna. Åtgärderna måste dessutom vara i enlighet med proportionalitetsprincipen. Om en medlemsstat presenterar övertygande bevis för att en undantagsregel är tillämplig är det upp till kommissionen att visa att vidtagna åtgärder inte är tillåtna i just det fallet.¹⁸

I artikel 36 andra del anges följande:

Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Syftet med detta stadgande är att förhindra att medlemsstaterna missbrukar bestämmelsen och antar protektionistiska åtgärder såsom att diskriminera

¹⁶ Mål 8/74, p. 5.

¹⁷ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 38.

¹⁸ Europeiska kommissionen, Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, 2010, s. 26.

varor från andra medlemsstater eller att indirekt skydda vissa inhemska produkter.¹⁹

2.4 Grundläggande EU-rättsliga principer

2.4.1 Allmänt

De grundläggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling gäller för all upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. I svensk rätt anges detta i 1 kap. 9 § LOU och i 1 kap. 24 § LUF. Hänsyn måste tas till principerna i alla faser av en upphandling.²⁰

2.4.2 Icke-diskrimineringsprincipen

Den centrala bestämmelsen om icke-diskrimineringsprincipen finns i artikel 18 i fördraget. Icke-diskrimineringsprincipen förbjuder all form av diskriminering på grund av nationalitet och gäller inte bara mellan EU:s medlemsstater, utan även mellan EU och EFTA-länder som anslutit sig till EES-avtalet.²¹

Det är inte bara direkt diskriminering som är förbjuden, utan även indirekt diskriminering. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några anbud från utländska företag får förfrågningsunderlaget inte utformas så att det innehåller krav som enbart svenska företag har möjlighet att efterleva.²² Till exempel är krav på ovidkommande korta leveranstider otillåtna eftersom det riskerar att utesluta leverantörer från andra länder.²³

Föreskrifter om att mat skall vara närodlat och andra föreskrifter som tar lokala hänsyn är i regel också förbjudna. Detta framgår av EU-domstolens rättspraxis i bland annat målet C-21/88 (Du Pont de Neours). I målet konstaterades att nuvarande artikel 34 i fördraget hindrade tillämpningen av italiensk nationell lagstiftning som innebar att en viss andel, i det här fallet 30 procent, av offentliga varuupphandlingskontrakt skulle vara förbehållna företag i södra Italien. Denna lagstiftning hade tillkommit som en åtgärd för att främja tillväxten i regionen och därigenom skapa arbetstillfällen, men var enligt EU-domstolen trots detta i strid med fördraget.²⁴

Samma princip har framgått i svenska avgöranden. Vid en upphandling av skolskjuts i Gullspångs kommun i Västra Götalands län valde kommunen att inte anta det ekonomiskt mest fördelaktiga erbjudandet. Istället antog de ett

¹⁹ Europeiska kommissionen, Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, 2010, s. 26.

²⁰ Prop. 2006/07:128, s. 156.

²¹ Nuvarande medlemsstater i EFTA är: Norge, Liechtenstein, Island och Schweiz.

²² Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 9.

²³ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 65.

²⁴ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och social hänsyn i offentlig upphandling, 2011, s. 11.

erbjudande från ett företag beläget i kommunen. De gjorde detta eftersom det lokala företaget bidrog med arbetstillfällen och skatteintäkter till kommunen. Länsrätten beslutade dock att upphandlingen skulle göras om och Kammarrätten i Jönköping fastslog detta.²⁵

Den upphandlande myndigheten har möjlighet att ställa krav som kan ha en skenbart diskriminerande effekt, men som ändå är sakligt motiverade. Till exempel kan en skolbespisning ställa krav på att få varm mat levererad eller så kan ett äldreboende ställa krav på att få färdiglagad mat, trots att det kanske bara är lokala leverantörer som har möjlighet att leverera detta. Det är också möjligt för en upphandlande myndighet att välja att köpa äpplen och blåbär som odlas i Sverige, istället för till exempel apelsiner som inte odlas i Sverige. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som är föremål för upphandlingen.²⁶

Även andra sakligt motiverade krav, såsom att leverantörens personal skall vara svensktalande, kan vara svåra för upphandlade myndigheter i andra länder att uppfylla. Trots det är detta ingen överträdelse av icke-diskrimineringsprincipen.²⁷

2.4.3 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen är nära besläktad med icke-diskrimineringsprincipen och innebär i korthet att alla leverantörer skall behandlas lika och ges lika förutsättningar, oberoende faktorer som inte gäller genomförandet av upphandlingen.²⁸ Till exempel skall alla företag som deltar, eller som har tänkt delta i en upphandling, få samma information vid samma tillfälle.²⁹

Ett annat exempel är om två leverantörer lämnar anbud i en upphandling och båda anbuden är otydliga på en och samma punkt. Då måste båda eller ingen av anbudsgivarna beredas möjlighet att förklara sig. Om enbart en av anbudsgivarna får denna möjlighet skulle det strida mot likabehandlingsprincipen.³⁰

²⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 4471-97.

²⁶ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 65.

²⁷ Ibid, s. 65.

²⁸ Prop. 2006/07:128, s. 155.

²⁹ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 9.

³⁰ P. Gertéll, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 23.

2.4.4 Transparensprincipen

Transparensprincipen kallas även principen om öppenhet och är fundamental för att principerna om icke-diskriminering och likabehandling skall kunna upprätthållas.³¹ Detta framgår explicit i ett mål från EU-domstolen där domstolen uttalade följande:

Det följer dessutom av domstolens rättspraxis att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas.³²

Principen innebär en skyldighet för upphandlande myndigheter att främja öppenhet genom att lämna all nödvändig information om upphandlingen och om hur den kommer att genomföras.³³

För att potentiella anbudsgivare skall få samma förutsättningar måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och det måste innehålla *samtliga krav* på det som skall upphandlas. På så sätt blir det förutsebart för de potentiella leverantörerna om vad det är som är viktigast vid valet av leverantör.³⁴

2.4.5 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är en grundläggande princip inom unionsrätten som tar sikte på balansen mellan medel och mål.³⁵

Inom offentlig upphandling innebär proportionalitetsprincipen att krav på leverantören och krav i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det som upphandlas. Kraven skall inte vara onödigt ingripande eller belastande för leverantören, utan de skall anpassas efter syftet. Om det finns ett annat mindre ingripande sätt att uppnå kravets syfte är det detta mindre ingripande sätt som skall användas.³⁶

³¹ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 65.

³² Mål C-92/00, p. 45.

³³ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 9.

³⁴ Ibid, s. 9.

³⁵ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 66.

³⁶ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 10.

2.4.6 Principen om ömsesidigt erkännande

Denna princip innebär att ett intyg eller ett certifikat som har utfärdats av en behörig myndighet i någon av EU eller EES medlemsstater skall gälla även i övriga EU/EES-länder.³⁷

Störst betydelse har denna princip då den upphandlande myndigheten ställer krav på olika typer av bevis på ekonomisk och finansiell ställning eller på teknisk förmåga och kapacitet. Den upphandlande myndigheten måste då godta olika typer av intyg från andra EU eller EES-länder såsom officiella bokslutshandlingar.³⁸

I preambeln till det klassiska direktivet anges att de gemenskapsrättsliga reglerna om ömsesidigt erkännande även skall gälla utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis när det krävs bevis på särskilda kvalifikationer för att kunna delta i ett upphandlingsförfarande eller i en projekttävling.³⁹

³⁷ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 10.

³⁸ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 66.

³⁹ 2004/18/EG, p. 42.

3 Svensk upphandlingslagstiftning

3.1 Översikt

Sverige är sedan 1 januari 1995 medlem i EU och har i och med det en skyldighet att iaktta det regelverk som gäller inom unionen. De två upphandlingsdirektiven har i Sverige, nästan två år försenat, införts i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling för klassisk sektor och i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Genomgången av den svenska upphandlingslagstiftningen kommer från och med nu att enbart fokuseras på reglerna i LOU.

Inom den klassiska sektorn är de upphandlande myndigheterna statliga och kommunala myndigheter, landsting, sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter och vissa offentligt styrda organ såsom kommunala och statliga aktiebolag.

Definitionen av offentligt styrda organ finns i 2 kap. 12 § LOU och överensstämmer med definitionen som finns i artikel 1.9 i det klassiska direktivet. Av bestämmelsen framgår att det är tre villkor som skall vara uppfyllda för att en verksamhet skall rymmas under begreppet upphandlande myndighet:

1. Att det skall röra sig om en juridisk person, det vill säga ett bolag, en förening, en samfällighet eller en stiftelse.
2. Som har tillkommit för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse. Den skall således inte vara av industriell eller kommersiell karaktär.
3. Det offentligt styrda organet skall ha nära anknytning till staten, kommuner, landsting eller en annan upphandlande myndighet.⁴⁰

Vid frågor om upphandling är det Konkurrensverket som är tillsynsmyndighet och i deras uppdrag ingår att de aktivt skall verka för effektiva offentliga upphandlingar.⁴¹

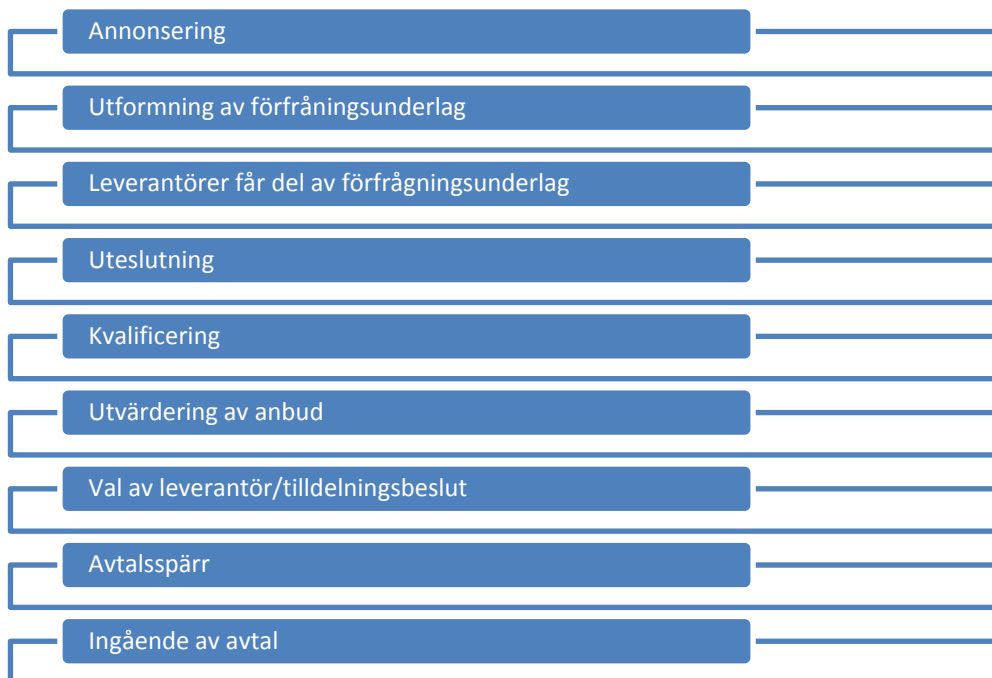
⁴⁰ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 110.

⁴¹ http://www.konkurrensverket.se/t/Page____2099.aspx.

3.2 Upphandlingsprocessen

3.2.1 Översikt

Upphandlingsprocessen börjar i regel med att den upphandlande myndigheten identifierar ett behov och därefter är nästa steg utformning av en annons och annonsering. Efter det sker vanligtvis en utformning av ett förfrågningsunderlag och sedan får de potentiella leverantörerna ta del av detta. Leverantörerna lämnar sedan sitt anbud och efter att tiden för anbud gått ut granskar den upphandlande myndigheten vilka anbud som uppfyller de krav som följer av annonsen och förfrågningsunderlaget (uteslutning). De anbud som uppfyller kraven och som lämnats av anbudsgivare som uppfyller kvalifikationskraven går vidare till själva utvärderingsfasen där den upphandlande myndigheten bestämmer vilket anbud som skall antas. Därefter tar den upphandlande myndigheten ett tilldelningsbeslut där det framgår vilket eller vilka företag som har valts som leverantör. Efter att tilldelningsbeslutet är offentliggjort påbörjas den så kallade avtalsspärren som innebär att den upphandlande myndigheten måste vänta tio, i vissa fall 15, dagar innan avtal kan ingås med leverantören eller leverantörerna som har tilldelats upphandlingen. Leverantörer som anser att den upphandlande myndigheten inte har handlat i enlighet med gällande rätt kan under denna tid ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten. När tidsfristen har löpt ut kan den upphandlande myndigheten teckna avtal med den vinnande budgivaren. Därefter är upphandlingsprocessen avslutad.⁴²



Under följande rubriker följer en mer detaljerad genomgång av några av upphandlingsprocessens faser och av de olika upphandlingsförfarandena.

⁴² M. Bergman, med flera, Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris, 2011, s. 16 ff.

3.2.2 A- och B-tjänster

Som tidigare nämnts bygger LOU till stor del på det klassiska upphandlingsdirektivet, men delar av LOU reglerar även upphandlingar som görs utanför det direktivstyrda området. Detta är framförallt upphandlingar vars värden understiger vissa tröskelvärden. Även vissa försvarsupphandlingar och upphandlingar av så kallade B-tjänster faller utanför det direktivstyrda området. Upphandlingarna görs i dessa fall enligt reglerna i 15 kap. LOU.⁴³

Tjänster delas in i A- och B-tjänster. A-tjänster är tjänster som anses lämpa sig väl för internationell konkurrens och B-tjänster är tjänster vars karaktär gör att det anses svårt att dra nytta av konkurrens från utländska leverantörer. I bilaga 2 och 3 till LOU anges vilka tjänster som skall räknas till A- respektive B-tjänster. Exempel på A-tjänster är olika transporter, reklamtjänster och fastighetsförvaltning. Exempel på B-tjänster är hotell- och restaurangtjänster som ofta enbart kan tillhandahållas på den plats där anläggningen finns.⁴⁴

Om varorna som upphandlas är en kombination av A- och B-tjänster skall den upphandlande myndigheten följa reglerna för den typ av tjänst som dominerar värdemässigt.⁴⁵ Samma princip gäller om upphandlingen utgör en kombination av tjänster och varor. Reglerna för den typ av upphandling som dominerar värdemässigt är de som den upphandlande myndigheten skall tillämpa.⁴⁶

3.2.3 Tröskelvärden

Tröskelvärden finns till för att det främst är vid värdemässigt stora upphandlingar som företag förväntas vara intresserade av att bevaka affärsmöjligheter, och eventuellt lämna anbud, i andra länder än hemlandet.

Regler om tröskelvärdenas storlek anges i 3 kap. 1 § LOU. Där framgår att de direktivstyrda reglerna för upphandling av varor och tjänster gäller för centrala statliga myndigheter. Exempel på centrala statliga myndigheter är Tullverket, Domstolsverket och Trafikverket. Av bilaga 4 till direktivet (2004/18/EG) framgår exakt vilka myndigheter som är centrala statliga myndigheter. För närvarande (år 2011) gäller de direktivstyrda reglerna för centrala statliga myndigheter när upphandlingen har ett värde på över 125 000 euro (1 243 375 kronor).⁴⁷

⁴³ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 11 f.

⁴⁴ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 130 f.

⁴⁵ Ibid, s. 130 f.

⁴⁶ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 12.

⁴⁷ Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling.

Om kontraktsvärdet överstiger 193 000 euro (1 919 771 kronor) gäller de direktivstyrda reglerna även för andra myndigheter, som kommuner, landsting och statliga bolag.⁴⁸

När en upphandlande myndighet skall räkna ut kontraktets värde framgår det av 3 kap. 1 § fjärde stycket LOU att värdet skall beräknas exklusive mervärdesskatt.

Kontraktsvärdet skall räknas för hela avtalets löptid. Det är inte tillåtet att dela upp upphandlingen eller att konstruera beräkningen i syfte att komma under ett tröskelvärde.⁴⁹

3.2.4 Behovsanalys och annonsering

En upphandling inleds i de flesta fall med att det görs en behovsanalys. Syftet med detta är att ta reda på vilka behov som finns i en organisation och vad det är som skall bli föremålet för upphandlingen. Det är också viktigt att identifiera varför upphandlingen skall göras och vad man vill att resultatet av upphandlingen skall bli. Behovsanalysen utgör grunden för innehållet i förfrågningsunderlaget.⁵⁰

Därefter sker vanligtvis en annonsering. En annonsering sker för att så många potentiella leverantörer som möjlig skall få kännedom om upphandlingen. På så sätt förbättras förutsättningarna för att åstadkomma en väl fungerande konkurrens.⁵¹

Nästan alla upphandlingar skall annonseras, men hur annonseringen skall gå till beror på vilket förfarande som tillämpas. Direktupphandlingar måste inte annonseras och vid vissa särskilda situationer av förenklade förfaranden och förhandlade förfaranden behöver inte heller annonsering ske.⁵² Mer om de olika typerna av upphandlingsförfaranden nedan.

Annonsering kan innebära att en upphandlingsannons skapas och skickas till EU-kommissionen för publicering i EUT och i den digitala databasen TED. Annonsering kan också innebära att annonsen eller förfrågningsunderlaget görs tillgängligt på en hemsida.⁵³

⁴⁸ Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling.

⁴⁹ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 13.

⁵⁰ SOU 2011:73, s. 203 f.

⁵¹ M. Bergman, med flera, Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris, 2011, s. 71.

⁵² Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 15.

⁵³ P. Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 105.

3.2.5 Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget är det underlag för anbud som upphandlande myndigheter tillhandahåller leverantörer inför en upphandling. Detta framgår av definitionen av förfrågningsunderlag som finns i 2 kap. 8 § LOU. I begreppet förfrågningsunderlag ingår även de handlingar som kompletterar huvudhandlingen såsom bilagor, kompletteringar och modeller.⁵⁴

I förfrågningsunderlaget skall, i enighet med transparensprincipen, föremålet eller föremålen för upphandlingen anges på ett tydligt, begripligt, utförligt och preciserat sätt. Det är viktigt att den upphandlande myndigheten är noggrann när förfrågningsunderlaget framställs eftersom det som huvudregel inte får ändras under upphandlingens gång.⁵⁵ Det är vanligt att de fel som görs vid en upphandling görs i just förfrågningsunderlaget.⁵⁶

Ett förfrågningsunderlag bör innehålla åtminstone följande:

1. **Krav på leverantören** (ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet) vid öppet eller förenklat förfarande.
2. **Kravspecifikation eller en uppdragsbeskrivning** (beroende på om det rör sig om en vara eller en tjänst).
3. **Utvärderingsgrunder** (mer om detta nedan).
4. **Kommersiella villkor** (till exempel betalnings- eller leveransvillkor).
5. **Administrativa bestämmelser för upphandlingen** (till exempel vilket upphandlingsförfarande som används, vilken som är den sista anbudsdagen och anbudets giltighetstid).⁵⁷

3.2.6 Prövning av anbud och utvärdering

När anbudet har inkommit inleds prövningsfasen. Det första den upphandlande myndigheten skall göra är att kontrollera eventuella grunder för uteslutning av en eller flera leverantörer. Vissa omständigheter *skall* leda till att en leverantör utesluts från upphandlingen. Enligt 10 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet utesluta en leverantör om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för viss ekonomisk brottslighet såsom bestickning, bedrägeri eller penningtvätt. En upphandlande myndighet har dock inte rätt att utesluta en leverantör

⁵⁴ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 83.

⁵⁵ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 13 f.

⁵⁶ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 83.

⁵⁷ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 14.

enbart på grund av misstankar om brott.⁵⁸ Bestämmelsens syfte är att förhindra att myndigheter ingår kontrakt med leverantörer som har begått brottslighet som riktar sig mot bland annat EU:s ekonomiska intressen. Det är också viktigt ur konkurrenssynpunkt att enbart seriösa leverantörer har chans att tilldelas ett kontrakt efter en upphandling.⁵⁹

Om det finns anledning att anta att en leverantör skall uteslutas får den upphandlande myndigheten enligt 10 kap. 1 § tredje stycket LOU begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Det finns även uteslutningsgrunder som inte är obligatoriska men som den upphandlande myndigheten *får* använda sig av. Sådana uteslutningsgrunder anges i 10 kap. 2 § LOU. Icke-obligatoriska uteslutningsgrunder innebär att den upphandlande myndigheten har en möjlighet, men inte en skyldighet, att utesluta en leverantör enligt någon av de grunder som anges i paragrafen.⁶⁰ Om den upphandlande myndigheten vill ha möjlighet att använda någon eller några de icke-obligatoriska uteslutningsgrunderna skall detta vara angivet i förfrågningsunderlaget.⁶¹

Nästa steg för den upphandlande myndigheten är att kontrollera leverantörernas lämplighet (kvalificering). Det som då sker är en prövning av de kvalificeringskrav som ställts i förfrågningsunderlaget angående leverantörernas lämplighet. Bedömningen som görs är om kravet är uppfyllt eller inte. Kvalificeringskraven kan således enbart besvaras med ett ja eller ett nej. Om ett krav inte uppfylls skall anbudet förkastas.⁶²

Bestämmelser om kvalificeringskrav finns i 11 kap. LOU. I kapitlet framgår dock endast vilka bevis en upphandlande myndighet får kräva av en leverantör så att leverantören kan visa att kraven uppfylls. Sålunda framgår det inte i kapitlet vilka krav som är tillåtna att ställa. Självfallet är det emellertid enbart tillåtet för upphandlande myndigheter att ställa krav som inte är i konflikt med de allmänna unionsrättsligapprinciperna som alltid skall åtgärdas vid upphandlingar, till exempel proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.⁶³

Det sista steget i prövningsfasen är utvärdering av anbuderna. Som det framgår under föregående rubrik skall det i förfrågningsunderlaget framgå hur upphandlingen skall utvärderas. Detsamma gäller i annonsen till upphandlingen. Syftet med utvärderingen är att avgöra vilken av anbudsgivarna som har uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget som blir upphandlingens vinnare.⁶⁴

⁵⁸ Prop. 2006/07:128 s. 237.

⁵⁹ P. Gertéll, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 127.

⁶⁰ Prop. 2006/07:128 s. 389.

⁶¹ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 17.

⁶² P. Gertéll, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 63.

⁶³ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 338.

⁶⁴ P. Gertéll, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 96.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår det att det finns två sätt att utvärdera en upphandling. Den kan utvärderas genom att den upphandlande myndigheten antingen antar:

1. Det anbud som är det *ekonomiskt mest fördelaktiga* för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det *lägsta priset*. (mina kursiveringar)

Av samma paragraf framgår det att:

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Således innebär uttrycket det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” att den upphandlande myndigheten väger pris mot olika kvalitetshänsyn utifrån en angiven utvärderingsmetod. Detta innebär i realiteten att det som utvärderas är det som den upphandlande myndigheten är beredd att betala mer för.⁶⁵

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att sådana kriterier som anges i 1 § andra stycket skall viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga. Om det inte är möjligt att vikta dem skall de anges i en fallande prioritetsordning. Hur viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning är skall framgå i bland annat förfrågningsunderlaget och annonsen om upphandlingen.

Krav kan delas upp i ”skallkrav” och ”börkrav”. Skallkrav är obligatoriska krav som måste upprätthållas och kontrolleras (om det är möjligt) av den upphandlande myndigheten, men som inte utgör grund för jämförelser mellan olika anbud. Om ett anbud inte tillgodoser ett skallkrav skall det läggas åt sidan. Börkrav är utvärderingskrav och följaktligen det som utgör grunden för jämförelsen mellan de olika anbuden.⁶⁶ Erbjudanden från leverantörer som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte vägas in i bedömningen vid valet av leverantör.⁶⁷

Utvärderingsgrunden ”lägsta pris” innebär att den upphandlande myndigheten skall anta det anbud som motsvarar kraven i annonsen eller förfrågningsunderlaget och som har det lägsta priset. Den upphandlande myndigheten kan således inte ge ”extrapoäng” till ett anbud som överträffar skallkraven.⁶⁸

⁶⁵ P. Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 97.

⁶⁶ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 386.

⁶⁷ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 18.

⁶⁸ J-E. Falk, Lag om offentlig upphandling, 2011, s. 385.

3.2.7 Ramavtal

Av 5 kap. 1 § LOU framgår att bestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenad, varor och tjänster skall tillämpas när ett ramavtal ingås. När en upphandling av ett ramavtal sker görs det således i stort sätt på samma vis som vid andra upphandlingar på det klassiska området. Det som har framförts i genomgången ovan gäller följaktligen även vid ramavtalsupphandlingar.

Det som särpräglar ett ramavtal är att det reglerar hur framtida leveranser skall gå till. En leverans sker från ett ramavtal genom att den upphandlande myndigheten genomför en beställning från ramavtalet. Detta kallas att avropa. Ramavtalet är därmed ett kontrakt som ingås mellan en eller flera leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter i syfte att fastställa villkoren som skall gälla vid en senare leverans under en förutbestämd tidsperiod.⁶⁹ Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal, såvida det inte finns särskilda skäl för detta, inte löpa under en längre tid än fyra år.

3.2.8 Förfaranden

3.2.8.1 Allmänt

Innan en upphandling påbörjas måste den upphandlande myndigheten bestämma vilket förfarande som skall tillämpas. Olika förfaranden skall användas beroende på om upphandlingens värde är över eller under tröskelvärdena. Det finns ytterligare varianter av förfaranden som till exempel projekttävling och elektronisk auktion, men dessa kommer inte att behandlas i den fortsatta framställningen.

3.2.8.2 Upphandling under tröskelvärdena

Vid upphandlingar under tröskelvärdena och vid upphandlingar av B-tjänster – oavsett värde – tillämpas bestämmelserna i 15 kap. LOU. Dessa bestämmelser kallas ibland för Sveriges nationella upphandlingsregler. Bestämmelserna bygger delvis på de regler som Sverige hade för offentlig upphandling innan EU:s upphandlingsbestämmelser antogs, dock gäller bland annat de grundläggande bestämmelserna som anges i 2 kap. LOU även vid upphandlingar som görs enligt reglerna i 15 kap. LOU.⁷⁰ I 15 kap. 2 § LOU anges exakt vilka av LOU:s bestämmelser som skall tillämpas när upphandlingen sker enligt 15 kap. LOU.

Vid en upphandling under tröskelvärdena får den upphandlande myndigheten fritt välja mellan att använda sig av ett förenklat förfarande

⁶⁹ P. Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 49 f. och 2 kap. 15 § LOU.

⁷⁰ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 23.

eller ett urvalsförfarande, 15 kap. 3 § LOU. I vissa undantagsfall har den upphandlande myndigheten även möjlighet att göra en direktupphandling.

Ett *förenklat förfarande* är ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta och lämna anbud. Den upphandlande myndigheten får efter att anbudena har inkommit förhandla med en eller flera anbudsgivare, 2 kap. 24 § LOU.

Vid ett *urvalsförfarande* har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud. Den upphandlande myndigheten bjuder därefter in leverantörer som får lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare, 2 kap. 25 § LOU. Det saknas i LOU direkta bestämmelser som reglerar hur själva urvalet av leverantörer skall gå till.⁷¹

En *direktupphandling* är en upphandling utan formkrav, 2 kap. 23 § LOU. Det skall således lämnas någon form av anbud, men det är till exempel möjligt att lämna muntliga anbud. Det ställs inga krav på att upphandlingen skall annonseras. Direktupphandling får användas under förutsättning att kontraktets värde är lågt, om det finns särskilda skäl, eller om förutsättningarna för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreligger, 15 kap. 3 § 2 st. LOU. Med lågt värde menas att ett kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet. Bestämmelserna om hur kontraktets värde skall beräknas finns i 15 kap. 3a § LOU. Regeln om direktupphandling på grund av synnerliga skäl är enligt förarbetena: ”avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över.”⁷² Uttrycket ”synnerliga skäl” innebär att bestämmelsen enbart skall användas i undantagsfall och exemplen i förarbetena är på fall då det rör sig om liv och hälsa.⁷³

Förutsättningarna för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering anges i 4 kap. 5-8 §§ LOU. Enligt bestämmelserna får en upphandlande myndighet använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av varor och tjänster, till exempel om det som skall upphandlas på grund av tekniska eller konstnärliga skäl kan fullgöras av enbart en leverantör, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbud eller om det inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändras väsentligt. Det är dock viktigt att ha i åtanke att en direktupphandling över tröskelvärdena är något som enbart skall göras undantagsvis och bestämmelserna skall därför tillämpas restriktivt.⁷⁴

⁷¹ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 22.

⁷² Prop. 2006/07:128, s. 429.

⁷³ Ibid, s. 429.

⁷⁴ P. Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 159.

3.2.8.3 Upphandling över tröskelvärdena

Vid upphandlingar över tröskelvärdena finns det huvudsakligen tre olika förfaranden att välja mellan. Dessa är öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande. Den upphandlande myndigheten får enligt 4 kap. 1 § LOU fritt välja mellan öppet och selektivt förfarande. Förhandlat förfarande får däremot enbart användas i särskilt angivna fall, se 4 kap. 2-9 §§ LOU.

Vid ett *öppet förfarande* får alla leverantörer lämna anbud, 2 kap. 22 § LOU. Den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen och sedan begär intresserade leverantörer ut förfrågningsunderlaget. Bedömningen av samtliga krav och utvärderingen sker i en omgång. Det finns därför mycket små möjligheter till förhandling eller till förändringar och justeringar efter att annonseringen har skett.⁷⁵

Vid ett *selektivt förfarande* kan alla leverantörer, efter att en annonsering har skett, ansöka om att få delta i upphandlingen. Det är dock enbart de leverantörer som bjuds in att delta av den upphandlande myndigheten som får lämna anbud, 2 kap. 16 § LOU. Kriterierna för val av anbudssökande – de leverantörer som får delta – skall vara objektiva och icke-diskriminerande och de får inte stå i strid med de grundläggande unionsrättsliga principerna. Kriterierna som avses vid val av anbudssökande är till exempel leverantörens tekniska, ekonomiska eller yrkesmässiga kapacitet, se 11 kap. 2 § LOU. Om det förväntas komma in många anbud kan det vara en fördel att välja ett selektivt förfarande då bedömningen sker i två steg. Därmed måste färre anbud gå igenom det senare steget. Ett selektivt upphandlingsförfarande anses dock vara mer tidskrävande än ett öppet upphandlingsförfarande och det sägs gynna större leverantörer.⁷⁶

Ett *förhandlat förfarande* är ett förfarande där den upphandlande myndigheten publicerar en annons om upphandlingen och där alla intresserade potentiella leverantörer sedan kan lämna in en anbudsansökan. Precis som vid ett selektivt förfarande sker sedan en kvalificering. Därefter bjuder den upphandlande myndigheten in kvalificerade och utvalda anbudssökanden till förhandling om kontraktsvillkoren.⁷⁷ Definitionen av förhandlat förfarande finns i 2 kap. 9 § LOU. I vissa fall är det möjligt att tillämpa ett förhandlat förfarande även utan en föregående annonsering, se 4 kap. 5-9 §§.

⁷⁵ P. Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling, 2010, s. 51 f.

⁷⁶ Ibid, s. 49.

⁷⁷ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 28.

3.3 Överprövning av en upphandling

Enligt 16 kap. 1 § LOU kan en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna lida skada väcka talan mot den upphandlande myndigheten om leverantören anser att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande unionsrättsliga principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Talan skall väckas vid en förvaltningsrätt och om rätten finner att en överträdelse har skett kan den besluta att upphandlingen skall göras om eller att upphandlingen får avslutas först efter att en rättelse har gjorts, 16 kap. 5 § LOU.

Det finns även andra sätt att klaga på en upphandling. Till exempel kan en leverantör begära överprövning av ett avtals giltighet. En talan om ogiltighet skall även den föras i allmän förvaltningsdomstol. En leverantör kan göra detta bland annat om ett avtal har föregåtts av en otillåten direktupphandling eller om avtalet tecknats i strid med en avtalsspärr, ett interimistiskt beslut, en tiodagarsfrist eller om ett avtal har ingåtts innan något tilldelningsbeslut har meddelats.⁷⁸

När en upphandling är avslutad kan en leverantör som anser sig ha lidit skada föra talan om skadestånd. En talan om skadestånd skall väckas i allmän domstol, med tingsrätten som första instans, och talan skall vara väckt inom ett år från den tidpunkt då kontraktet slöts, 16 kap. 20-21 §§ LOU.

Det är även möjligt att klaga på en upphandling hos den Europeiska kommissionen, Konkurrensverket, Kommerskollegiet, JO, JK eller till den upphandlande myndighetens revisorer.

Europeiska kommissionen tar emot klagomål från alla som anser att upphandlingsreglerna har överträtts. Konkurrensverket tar upp klagomål till prövning som anses vara av ett allmänt eller principiellt intresse. Kommerskollegiets främsta funktion är att försöka lösa problem som uppkommer i samband med anbudsgivning över nationsgränserna.⁷⁹

Konkurrensverket får enligt 17 kap. LOU föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet skall åläggas att betala en så kallad upphandlingsskadeavgift. Detta är en sanktionsavgift som tillfaller staten och som till exempel kan utdömas om det har skett en otillåten direktupphandling. Upphandlingsskadeavgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingskontraktets värde och den maximala avgiften som kan dömas ut är tio miljoner kronor.⁸⁰

Antalet överprövningsmål ökar stadigt. År 2010 avgjordes 3 154 mål om överprövning enligt LOU och LUF i förvaltningsrätt och i 31 procent av

⁷⁸ Se 16 kap. 15 § LOU.

⁷⁹ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – En introduktion, 2011, s. 34.

⁸⁰ <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=5973>.

fallen fick leverantören bifall till sin talan. Den upphandlande myndigheten ålades då att rätta eller att göra om upphandlingen. År 2008 avgjordes enbart 1 360 mål. Antalet avgjorda mål har alltså fördubblats på bara två år.⁸¹

3.4 Miljöhänsyn

3.4.1 Översikt

Det finns flera definitioner av miljöanpassad offentlig upphandling. Europeiska kommissionen har uppgett att offentlig upphandling i grund och botten är ett förfarande och att miljökrav i offentlig upphandling därför bör ses som:

Ett förfarande för de offentliga myndigheternas upphandling av varor, tjänster och arbeten med lägre miljöpåverkan över hela livscykeln, jämfört med varor, tjänster och arbeten med samma primärfunktion som annars skulle ha upphandlats⁸²

Principer för en miljöanpassad offentlig upphandling började i en mängd europeiska länder växa fram redan på 80-talet. Under den så kallade Cardiffprocessen i slutet av 90-talet beslutades det att miljöhänsyn skulle integreras i samtliga av EU:s beslut.⁸³

I de gällande upphandlingsdirektiven beskrivs möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Direktiven medger att miljökrav får ställas i olika faser av upphandlingsprocessen så länge de är förenliga med de grundläggande unionsrättsliga principerna.⁸⁴

Utvecklingen ledde så småningom fram till att EU-kommissionen rekommenderade EU:s samtliga medlemsländer att utveckla nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling. År 2009 hade 18 medlemsländer åtminstone påbörjat arbetet med att ta fram handlingsplaner för att effektivisera och stärka miljöanpassad offentlig upphandling.⁸⁵

Den svenska handlingsplanen kallas ”Miljöanpassad offentlig upphandling” och överlämnades till riksdagen år 2007. I handlingsplanen hävdas att miljökrav inte ställts i den utsträckning som är möjligt.⁸⁶ Som nationella inriktningsmål anges därför följande:

- Andelen offentliga upphandlingar med välformulerade miljökrav bör öka.
- Andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav bör öka.

⁸¹ Konkurrensverket, rapport 2011:4.

⁸² KOM (2008) 400, s. 6.

⁸³ SOU 2011:73, s. 189.

⁸⁴ Ibid, s. 190.

⁸⁵ Ibid, s. 189.

⁸⁶ Skr. 2006/07:54, s. 9.

- Andelen myndigheter inom stat, kommun och landsting som regelbundet ställer välformulerade miljökrav bör öka.⁸⁷

Naturvårdsverket följer regelbundet upp hur målen i handlingsplanen följs och har utvärderat och lämnat förslag på hur planen bör revideras.⁸⁸

Ur miljösynpunkt är det viktigt att ställa krav på god djuromsorg, då djurskydds krav är att betrakta som en del av miljöanpassad upphandling.⁸⁹

3.4.2 Lagstadgade möjligheter att ställa miljökrav och sociala hänsyn

Den så kallade bör-regeln infördes under år 2010 för att ytterligare framhålla vikten av hållbar upphandling. Regeln infördes i 1 kap. 9a § LOU där följande anges:

Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Bestämmelsen har karaktären av att vara ett målställningstagande och syftar till att framhålla vikten av att upphandlande myndigheter beaktar miljöhänsyn och sociala hänsyn vid en upphandling. Bestämmelsen ger således inte något stöd i sig för att kräva domstolsprövning av en upphandling där myndigheten inte har brytt sig om att ta sociala hänsyn eller hänsyn till miljön.⁹⁰

Frågan om ett krav är motiverat skall inte bara bedömas utifrån miljöhänsyn och sociala hänsyn, utan också med hänsyn till om det är rimligt med tanke på vilka resurser som krävs för att kontrollera och följa upp kraven. Upphandlande myndigheter bör också kontrollera om det finns andra åtgärder som kan användas för att uppnå samma syfte.⁹¹

Det finns flera olika typer av krav som den upphandlande myndigheten kan ställa. Krav kan ställas på leverantören, eller på den vara eller tjänst som skall upphandlas i enighet med reglerna om uteslutning av leverantör i 10 kap. LOU eller i enighet med reglerna om kontroll av en leverantörs lämplighet i 11 kap. LOU. Det går också att påverka genom de kriterier som avgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid tilldelning av kontrakt enligt 12 kap. LOU och den upphandlande myndigheten kan ange särskilda kontraktsvillkor som gäller vid fullgörande av kontrakt enligt 6 kap. 13 § LOU.⁹²

⁸⁷ Skr. 2006/07:54, s. 10 f.

⁸⁸ SOU 2011:73, s. 190.

⁸⁹ http://www.msr.se/Documents/Kriterier/Livsmedel/animaliska/msr_livsmedel_motiv_B.1_ursprung.pdf

⁹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 317.

⁹¹ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011, s. 9 f.

⁹² Ibid, s. 10.

Det nya fördraget ger särskilt stöd till att beakta djurskyddshänsyn. Detta framgår av artikel 13 där det stadgas att:

Vid utformning och genomförande av unionens politik i fråga om jordbruk, fiskeri, transport, inre, forskning och teknisk utveckling samt rymden ska unionen och medlemsstaterna fullt ut ta hänsyn till välfärd för djuren som kännande varelser, samtidigt som unionen och medlemsstaterna ska respektera medlemsstaternas lagar och andra författningar samt sedvänjor särskilt i fråga om religiösa riter, kulturella traditioner och regionalt arv.

Det är rimligt att anta att detta kan påverka tolkningen av undantagsregeln i artikel 36 i fördraget, men det finns ännu ingen praxis på området.⁹³

⁹³ Miljöstyrningsrådet, Rapport 2011:1, s. 6.

4 Djurskydd

4.1 Djurskyddslagstiftning i EU och Sverige

EU:s gemensamma regler för djurskydd är så kallade minimiregler.⁹⁴ Detta innebär att medlemsstaterna tillåts att ha egna nationella regler som kan gå utöver de EU-gemensamma reglerna. De inhemska reglerna får dock inte hindra gränsöverskridande handel av livsmedel som uppfyller kraven i direktivet.

Den gällande svenska djurskyddslagen trädde i kraft år 1988 och genom denna lag har ett flertal EU-direktiv implementerats på nationell nivå.⁹⁵ Lagen innehåller bestämmelser om hur djur skall hållas och skötas, och regler om bland annat slakt, tillståndsplikt för viss djurhållning, användning av djur för vetenskapliga ändamål, omhändertagande av djur, djurförbud och bestämmelser om offentlig kontroll. Lagen omfattar alla djur som hålls av människan. Vilda djur och vilt levande fisk omfattas således inte.⁹⁶

Enligt djurskyddslagen får regeringen, eller den myndighet som regeringen utser, utfärda närmare föreskrifter om djurskydd. Mer detaljerade bestämmelser finns därför i djurskyddsförordningen som fungerar som ett komplement till djurskyddslagen. Att ändra bestämmelser i förordningen är ett enklare och snabbare förfarande än att ändra bestämmelser i djurskyddslagen.⁹⁷

Det pågår för tillfället ett arbete med att göra en bred översyn av den svenska djurskyddslagstiftningen och i slutet av år 2011 släpptes ett betänkande. Syftet med den nya djurskyddslagen är att lagstiftningen skall moderniseras och förenklas och att lösningar skall hittas på en mängd problem som har identifierats.⁹⁸ En rad nyheter har presenterats såsom ett förbud mot sexuell användning av djur, förbud mot avel som kan medföra lidande för djuren, förbud mot att vissa djur används i cirkusverksamhet och ett förslag på att det införs krav på att katter skall vara märkta och registrerade.⁹⁹ Ett villkor för den nya svenska djurskyddslagstiftningen är att den uppgår till minst samma djurskyddsnivå som den tidigare.¹⁰⁰

Svenska djurskyddsregler är strängare än de flesta andra EU-länders, vilket kan innebära att svenska livsmedelsproducenter har högre

⁹⁴ Se bland annat 98/58/EG.

⁹⁵ SOU 2011:75, s. 173.

⁹⁶ Ibid, s. 174.

⁹⁷ Ibid, s. 174.

⁹⁸ <http://www.regeringen.se/sb/d/14129/a/181371>.

⁹⁹ SOU 2011:75, s. 27 ff.

¹⁰⁰ Ibid, s. 21.

produktionskostnader för animalieprodukter än deras utländska konkurrenter.¹⁰¹

4.2 Upphandling av livsmedel

4.2.1 Allmänt

Enligt statistik och uppgifter från SCB och SKL uppgick kommunernas kostnader för livsmedelsinköp, som främst gäller livsmedel för matlagning i storkök, till cirka 5,9 miljarder kronor år 2009. Motsvarande belopp för landstingen var drygt en miljard kronor. Inköpskostnaderna för kommuner och landsting var år 2008 ungefär desamma som för 2009, det vill säga totalt cirka sju miljarder kronor.¹⁰²

I upphandlingsutredningen (SOU 2011:73) identifieras livsmedelsupphandling som ett särskilt problemområde. Denna slutsats dras efter att utredningen mottagit flera skrivelser om just livsmedelsupphandling och på grund av att de har uppmärksammats mycket i media.

Ett av problemen som har lyfts fram är de stora oklarheterna om vilka krav på djurskydd och transporter som är möjliga att ställa och om hur kraven får utformas.¹⁰³

Kommuners och landstings upphandlingar av livsmedel görs vanligtvis med stöd av ramavtal.¹⁰⁴ Det är vanligt att samordna livsmedelsupphandlingar och det genomförs årligen ungefär 20 samordnade livsmedelsupphandlingar i landet. Kontraktsvärdet vid en samordnad livsmedelsupphandling ligger normalt på mellan 50 och 100 miljoner kronor.¹⁰⁵

Flera upphandlare har påpekat att det är problematiskt att olika centrala organ ger olika råd och anvisningar om vilka krav och kriterier som är möjliga att använda sig av. Oklarheterna leder till att djurskyddskrav inte ställs i önskad omfattning. De domstolsavgöranden som finns på området anses inte vara klargörande, utan de anses tvärtom vara förvirrande. Rädslan för överprövningar är stor.¹⁰⁶

Leverantörer klagar däremot på att förfrågningsunderlagen ofta är alltför omfattande och att detta gör det krångligt att lämna anbud. Många leverantörer menar att de upphandlande myndigheterna brister i sina kunskaper om LOU och att tyngdpunkten ofta ligger på pris istället för kvalitet. Vissa leverantörer menar också att det ställs krav som är omöjliga

¹⁰¹ Konkurrensverket, Mat och marknad – offentlig upphandling, 2011, s. 132.

¹⁰² Ibid, s. 60.

¹⁰³ SOU 2011:73, s. 164 f.

¹⁰⁴ Konkurrensverket, Mat och marknad – offentlig upphandling, 2011, s. 60.

¹⁰⁵ SOU 2011:73, s. 166.

¹⁰⁶ Ibid, s. 169.

att verifiera. Detta öppnar för oseriösa anbudsgivare som har möjlighet att vinna en upphandling utan att ha några planer på att tillhandahålla önskad kvalitet eller till att leva upp till de ställda kraven.¹⁰⁷

När det gäller bristande kunskaper och kompetens påpekar många upphandlare att de i genomsnitt upphandlar livsmedel vart fjärde år, medan många leverantörer lämnar anbud flera gånger varje år. Det är då inte möjligt för dem att komma upp på samma kompetens- och kunskapsmässiga nivå som leverantörerna.¹⁰⁸

4.2.2 Djurskydds krav

Det är tydligt att både kommuner och landsting har en uttalad vilja att genom upphandlingar av livsmedel försöka tillgodose olika politiska mål. Typexempel på sådana mål är att erbjuda närproducerad och ekologisk mat och animaliska livsmedel som har framställts på ett djurhumant, klimatsmart och miljöanpassat sätt. Ambitionen att ställa höga krav på djurskydd backas upp av en stark folkopinion, som dessutom ofta har synpunkter på den mat som serveras på till exempel förskolor, skolor, sjukhus och särskilda boenden.¹⁰⁹

Det är även tydligt att det blir allt vanligare att upphandlande myndigheter ställer olika typer av miljökrav. Något som visar detta är den ökade användningen av Miljöstyrningsrådets upphandlingskriterier. År 2004 uppgav 42 procent av de upphandlande myndigheterna att de använde sig av Miljöstyrningsrådets kriterier. Detta hade år 2009 ökat till 57 procent. Det är främst kommuner och landsting som använder sig av kriterierna (89 respektive 75 procent) medan endast 27 procent av de statliga myndigheterna uppger att de gör det.¹¹⁰

Miljöstyrningsrådets kriterier är hållbarhetskriterier och syftet är att göra det enklare för upphandlare att ställa miljökrav, men kriterierna finns också till för att informera leverantörer och anbudsgivare om vilka krav som kan förekomma i upphandlingar.¹¹¹ Många av kriterierna angående upphandling av kött, kyckling och ägg rör djurskydd.

Miljöstyrningsrådet anser att de djurskydds krav som de har arbetats fram är fullt förenliga med upphandlingslagstiftningen.¹¹²

¹⁰⁷ SOU 2011:73, s. 169.

¹⁰⁸ Ibid, s. 169.

¹⁰⁹ Ibid, s. 165.

¹¹⁰ Ibid, s. 218.

¹¹¹ <http://www.msr.se/sv/Livsmedel/Upphandla-livsmedel/Krav-pa-miljo--och-djurskydd/>.

¹¹² <http://www.msr.se/sv/Upphandling/Kriterier/Livsmedel/Kott/>.

4.2.3 Överprövning av livsmedelsupphandlingar

Antalet överprövningar av upphandlingar på livsmedelsområdet är många i jämförelse med antalet överprövningar av andra typer av upphandlingar. Under perioden den 1 januari 2007 – den 31 juli 2010 offentliggjordes sammanlagt 212 annonser som rörde upphandling av livsmedel. Under samma period avgjorde domstolarna 121 mål som rörde livsmedelsupphandling.¹¹³ Eftersom det inte är säkert att alla målen som överprövades härrörde från precis samma period som upphandlingarna annonserades går det inte att exakt säga hur många procent av målen som överprövades, men en uppskattning är att över 50 procent av livsmedelsupphandlingarna överprövades under perioden.

Tendensen är dessutom att antalet överprövningar ökar. Under de första sju månaderna år 2010 avgjordes fler mål än det totalt avgjordes under något av de föregående åren. Den vanligaste grunden för ansökan om överprövning av en livsmedelsupphandling är kritik mot förfrågningsunderlagets utformning.¹¹⁴ Den näst vanligaste grunden är kritik mot anbudsvärderingen.¹¹⁵

Andelen ansökningar om överprövningar som fick bifall var 41 procent. Detta är högt i sig, men den faktiska eller reella bifallsfrekvensen är ännu högre. Orsaken till detta är att upphandlande myndigheter under pågående domstolsprocess kan avbryta upphandlingen eller göra en ny. Då avskriver rätten målet genom ett slutgiltigt beslut. Det förekommer också att den upphandlande myndigheten frivilligt gör en rättelse såsom leverantören önskat. Även då avskriver rätten målet i ett slutgiltigt beslut.¹¹⁶

I de totalt 50 avgörandena där domstolen meddelade bifallande domar, förordnade rätten om rättelse i 22 procent av fallen och i 78 procent av fallen beslutade rätten att upphandlingen skulle göras om.¹¹⁷

¹¹³ Advokatfirman Delphi, Studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010, 2010, s. 8.

¹¹⁴ SOU 2011:73, s. 166.

¹¹⁵ Advokatfirman Delphi, Studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010, 2010, s. 12.

¹¹⁶ SOU 2011:73, s. 166.

¹¹⁷ Advokatfirman Delphi, Studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010, 2010, s. 13.

5 Praxisgranskning och analys

5.1 Allmänna iakttagelser

Inledningsvis går det att konstatera att problemen som har lett fram till processerna ofta har uppstått när de upphandlande myndigheterna har använt upphandlingsreglerna som ett medel för att uppnå andra mål än upphandlingsreglernas. Upphandlande myndigheter har ställt krav på kortare transporter och de har tagit lokala hänsyn (närproducerat). Svårigheter har uppstått när den upphandlande myndigheten har velat köpa in svenska animalieprodukter producerade enligt svensk djurskyddslagstiftning. Ett problem med detta är att de upphandlande myndigheternas mål har varit motsatt syftet med upphandlingslagstiftningen. Tanken med LOU är att främja gränsöverskridande handel och därmed finns det inget stöd för upphandlande myndigheters vilja att ta lokala hänsyn. Det som skall främjas är den gemensamma marknaden.

Något som också har visat sig vara svårt är att ställa krav som går utöver EU:s minimilagstiftning. Nedan finns en fördjupning i denna problematik.

Det kan emellertid konstateras att det råder enighet om att det är möjligt att ställa djurskyddskrav enligt LOU vid upphandling av animaliska livsmedel. Denna slutsats har både stöd i praxis och av expertisen på området.¹¹⁸ I till exempel domen i Kammarrätten i Göteborg mål nr 2921–2922-10 är det tydligt att rätten anser att allmänna kvalitetskrav som gäller djurhållning i samband med framställning av animaliska livsmedel är tillåtna.

Det råder dock både osäkerhet och oenighet om vilka krav som kan ställas mer specifikt och praxis är i detta avseende i vissa delar motsägelsefull. Under följande rubrik diskuteras domstolarnas argumentation angående några av de krav på djurskydd som upphandlande myndigheter ställt, samt några andra frågor som praxis ger upphov till.

5.2 Tillåtna och otillåtna krav

5.2.1 Hänvisningar till svensk djurskyddslagstiftning

Med hänsyn både till praxis och till LOU:s bakomliggande normer går det att fastställa att det inte är tillåtet för upphandlande myndigheter att ställa krav med hänvisning till svenska djurskyddsregler. Detta särskilt då det finns EU-rättsliga minimiregler angående djurskydd.

¹¹⁸ Se bland annat Miljöstyrningsrådet Rapport 2011:1, s. 11 och C. Möll, Därför kan djurskyddskrav ställas i livsmedelsupphandlingar, 2011, s. 35.

Ett mål som behandlar bland annat frågan om hänvisningar till svensk lagstiftning är Kammarrätten i Göteborg mål nr 2216-2221-10. I målet genomförde sex skånska kommuner en upphandling av livsmedel, bestående av bland annat färsk frukt, kött och charkuterier samt mejeriprodukter. Efter att kommunerna beslutat om tilldelningsbeslut ansökte en av anbudsgivarna, Servera, om överprövning och yrkade att upphandlingen i vissa varugrupper skulle göras om.

Servera anförde att kommunernas förfarande var ett brott mot LOU samt de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna och att de riskerade att lida avsevärd ekonomisk skada. Som en av grunderna för sin talan anförde Servera att det i förfrågningsunderlaget beträffande djurskydd angavs att produkterna skulle ha producerats med en lägsta djurskyddsnivå enligt 2 och 4 §§ i den svenska djurskyddslagen samt kommande bestämmelser enligt EU-direktiv. Servera ansåg att detta var ett brott mot den fria rörligheten av varor och tjänster. Vidare ansåg de att kravet var diskriminerande, och att leverantörer från andra länder stängdes ute från marknaden. Servera anförde också att svensk lag enbart gäller svensk produktion och att det inte är rimligt att utländska leverantörer har kännedom om detta. Kravet är även svårt att kontrollera. I upphandlingen ställdes ett krav på att bestämmelser i kommande EU-direktiv skulle tillämpas. Servera anförde att vissa av dessa bestämmelser inte blir obligatoriska förrän år 2013. Kravet är därför oklart och det brister i transparens.

De skånska kommunerna anförde beträffande djurskyddskrav att Servera har rätt i att det är tveksamt om krav på uppfyllande av lagar som är unika för ett medlemsland i EU kan ställas i en offentlig upphandling. Detta gäller dock inte i det aktuella fallet eftersom kravet är helt harmomiserat med gällande EU-direktiv. Följaktligen ansåg kommunerna att kravet inte var diskriminerande.¹¹⁹

Förvaltningsrätten i Malmö konstaterade inledningsvis i sin dom att krav som diskriminerar leverantörer och produkter från andra medlemsländer inom EU inte är tillåtna. Vidare måste en upphandlande myndighet ha möjlighet att kontrollera kraven som ställs. Mot denna bakgrund bedömde förvaltningsrätten att det är tveksamt om en upphandlande myndighet, utan att bryta mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling kan ställa uttryckliga krav på att livsmedel skall vara producerade i enlighet med den svenska djurskyddslagstiftningen. Kommunernas krav ansågs även i viss mån vara otydliga eftersom det hänvisades till ett kommande EU-direktiv.¹²⁰

Trots detta fann förvaltningsrätten att det inte fanns något skäl för ett ingripande, då Servera inte visat att de lidit någon skada på grund av de aktuella kraven och på grund av att Servera inte heller visat att anbudet skulle ha utformats på ett annat sätt om kraven inte hade ställts.¹²¹

¹¹⁹ Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 3616–3621-10 E.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

Kammarrätten i Göteborg biföll däremot Serveras talan och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Som skäl för beslutet angavs bland annat följande:

Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad utan medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa nationella regler. 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 bl.a. människors och djurs liv och hälsa. I EU-domstolens praxis har undantagsreglerna tillämpats restriktivt.

Förfrågningsunderlaget innehåller krav på att varor ska vara producerade i enlighet med vissa bestämmelser i svensk djurskyddslagstiftning i avseenden där det inte råder fullständig harmonisering inom EU-rätten. Kraven får anses utgöra sådana importrestriktioner som inte är tillåtna. Kommunerna har enligt kammarrätten inte kunnat visa varför sådana konkurrensbegränsande krav är befogade från till exempel djurskyddssynpunkt. Klaganden S får därmed anses ha visat att kommunernas förfarande strider mot principen om ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU.

Upphandlande myndighet ska vidare ha en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera att information som lämnas i anbudet är korrekt. Det saknas gemensamma riktlinjer, indikatorer och kontrollfunktioner för att kontrollera om ett livsmedel är producerat med en högre nivå av djurskydd än den miniminivå som är fastlagd i EU. Det kan inte anses tillräckligt att kräva att anbudslämnaren intygar att uppgifterna stämmer.¹²²

Avslutningsvis konstaterade kammarrätten att Servera genom de aktuella kraven förlorat sin möjlighet att lämna vad Servera ansåg vara sitt ”bästa bud” och att bolagets chans att tilldelas kontraktet därmed hade minskat. Således ansåg kammarrätten att bolaget kunde komma att lida skada enligt 16 kap. 1-2 §§ LOU.

Krav med hänvisning till svensk lagstiftning anses vara konkurrenshämmande och diskriminerande eftersom utländska producenter av animaliska livsmedel sannolikt har dålig kännedom om svenska regler och därför riskerar att utestängas från upphandlingen.

Vidare är de svenska djurskyddskraven ofta högre än kraven i EU:s andra medlemsstater. Eftersom utländska producenter, grossister och leverantörer normalt endast följer sin nationella lagstiftning riskerar de att uteslutas från upphandlingar även på denna grund, då utländska företag, av uppenbara skäl, har svårare än svenska företag att leva upp till krav på att följa svensk lagstiftning.

I Kammarrätten i Göteborg mål nr 2921–2922-10 ställde de upphandlande kommunerna krav på att produkter skulle ha producerats enligt en lägsta djurskyddsnivå. För att förtydliga vad lägsta djurskyddsnivå innebär angavs

¹²² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216–2221-10.

att leverantörerna skulle jämföra med 2 och 4 §§ djurskyddslagen, EU-direktiv och svenska föreskrifter utfärdade av djurskyddsmyndigheten. Enligt kammarrätten var detta inte att anse som ett krav på att produkterna skulle vara producerade enligt svensk djurskyddslagstiftning och kravet ansågs därför vara tillåtet. Av detta kan man dra slutsatsen att det är tillåtet att använda den svenska djurskyddslagstiftningen, eller något annat lands djurskyddslagstiftning, som en jämförelse för att utröna vad en "lägsta djurskyddsstandard" innebär. Det är däremot inte tillåtet att direkt hänvisa till nationell djurskyddslagstiftning eller att ställa direkta krav på att produkter skall vara producerade i enlighet med den.

5.2.2 Beställning uppdelad i mindre enheter

Frågan om det är tillåtet att dela upp en beställning i mindre enheter var en av de frågor som behandlades i Kammarrätten i Göteborg mål nr 2924-10.

I målet bjöd Laholms kommun in leverantörer att lämna anbud i en upphandling avseende ett ramavtal gällande köttfärs. Av förfrågningsunderlaget framgick att köttfärs som omfattas av upphandlingen skall komma från djur som hanterats enligt såväl EU:s grundläggande djurskyddsregler som bestämmelserna i svensk djurskyddslagstiftning. Kommunen valde efter att upphandlingen var avslutad att teckna avtal med Gunnar Dafgård AB.¹²³

Servera ansökte, trots att de inte lämnat något anbud i den aktuella upphandlingen, om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Som skäl för sin begäran anförde Servera sammanfattningsvis följande. Laholms kommun bröt mot LOU och de unionsrättsliga reglerna genom att medvetet anpassa upphandlingen till att enbart innehålla produkter som är producerade av svenskt kött. Ingen producent med produktion utanför Sverige har kännedom om, eller kan uppfylla, de angivna kraven. Servera har inte kunnat använda sitt väl utbyggda sortiment av köttfärs och konkurrensen har satts ur spel eftersom det inte är möjligt för kommunen att kontrollera att kravet efterföljs.¹²⁴ Servera anförde också att Laholms kommun bekräftat att man brutit ut upphandlingen av köttfärs för att få lokala leverantörer, vilket är diskriminerande.¹²⁵

Kammarrätten i Göteborg anförde i sitt avgörande att Servera inte hade visat att kommunen genom att upphandla köttfärs separat skilt från upphandlingen av övriga livsmedel brutit mot någon bestämmelse i LOU. Däremot ansåg kammarrätten att Laholms kommun inte hade lyckats visa att de konkurrensbegränsande kraven var befogade ur djurskyddssynpunkt. De konstaterade också att Laholms kommun inte hade visat hur kontroll och uppföljning av kraven skulle gå till. Således kom kammarrätten fram till

¹²³ Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 8366-10 E.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2924-10.

att kommunens förfarande stred mot principen om likabehandling och mot principen om icke-diskriminering.

Av kammarrättens korta konstaterande i inledningen av avgörandet går det att dra slutsatsen att det inte är ett brott mot LOU eller de unionsrättsliga principerna att upphandla en vara separat, skilt från en upphandling av andra livsmedel.

Att Laholms kommun i fallet bekräftade att de valde att upphandla köttfärs separat, på grund av att de ville locka lokala leverantörer att delta i upphandlingen, förändrade inte bedömningen. Något annat vore orimligt, eftersom det trots allt är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad det är som är föremålet för upphandlingen. Hade Laholms kommun inte varit tillåtna att välja att upphandla köttfärs separat hade de fråntagits denna rätt.

Vill en upphandlande myndighet upphandla köttfärs, eller någon annan vara separat, finns det därmed inga hinder mot detta i LOU, förutom att det inte är tillåtet att dela upp en upphandling i mindre enheter i syfte att understiga ett tröskelvärde, för att på så sätt till exempel kunna göra en direktupphandling.

Att dela upp en upphandling av flera olika varor i mindre enheter är därför en bra metod för upphandlande myndighet som vill attrahera mindre och lokala leverantörer att delta i upphandlingar. Större leverantörer anser antagligen att det inte är lönsamt att leverera enbart en eller ett fåtal varor. Stora och utländska leverantörer anser troligen inte heller att det är tillräckligt lönsamt att delta i små upphandlingar överhuvudtaget.

Likaså är det svårt för små leverantörer att leva upp till de krav som ställs i de stora gemensamma upphandlingar som många kommuner gör, eftersom små leverantörer har ett mindre sortiment. De har heller inte samma möjligheter att leverera stora kvantiteter och de kan inte utnyttja samma stordriftsfördelar som de större leverantörerna. På grund av detta har de sannolikt svårt att matcha de större leverantörernas anbud prismässigt.

5.2.3 Möjligheter att ställa krav utöver minimikrav

Flera av kraven som uppställts i rättsfallen som presenterats ovan är krav som har legat över EU:s minimikrav avseende djurskydds nivå. Frågan är då om man av detta kan dra slutsatsen att det automatiskt är otillåtet att i upphandlingssammanhang ställa krav som går utöver EU:s minimibestämmelser?

Konkurrensverket tycks dra denna slutsats. I en rapport från år 2011 anför de bland annat följande:

Det är möjligt att enligt LOU ställa krav på djurskyddshänsyn vid upphandling av livsmedel. Men då ska den upphandlande myndigheten bl.a. säkerställa att leverantörer, oavsett nationalitet, behandlas lika och ges lika förutsättningar att lämna anbud.

Av detta följer att ställda krav vid upphandlingen inte får vara strängare än EU-reglerna på området eller till exempel generellt hänvisa till de svenska djurskyddsreglerna. Sådana krav strider mot upphandlingsreglerna och grundläggande rättsprinciper såsom icke-diskriminering och likabehandling av leverantörer.¹²⁶

Inledningsvis fastslår Konkurrensverket här samma sak som tidigare fastställts i denna uppsats: det går att ställa krav på djurhänsyn vid upphandling av livsmedel och det är inte tillåtet att generellt hänvisa till de svenska djurskyddsreglerna. Men påståendet att ställda krav i en upphandling inte får vara strängare än EU-reglerna på området måste granskas.

Till en början går det att konstatera att krav som går längre än EU:s minimiregleringar måste motiveras av den upphandlande myndigheten. Djurskyddshänsyn torde dock vara just ett sådant godtagbart skäl som krävs för att det skall vara tillåtet att ställa krav som gör det. Detta särskilt eftersom det i det nya EU-fördraget ges särskilt stöd för att beakta bland annat djurskyddshänsyn, se FEUF artikel 13. Kraven som ställs måste emellertid vara proportionerliga och icke diskriminerande för att de skall vara tillåtna och de måste kunna motiveras av upphandlaren.

Även Kammarrätten i Göteborgs domar¹²⁷ ger stöd för denna slutsats. Bara för att kraven som ställdes i de aktuella målen blev underkända innebär det inte att det automatiskt är otillåtet att ställa krav som går utöver EU:s minimibestämmelser. Anledningen till att kraven som ställdes underkändes var att de var just diskriminerande eller för att rätten ansåg att den upphandlande myndigheten inte hade lyckats visa att ett konkurrensbegränsande krav var befogat ur djurskyddssynpunkt. Om krav som går utöver EU:s minimibestämmelser alltid hade varit otillåtna hade kammarrätten överhuvudtaget inte behövt diskutera huruvida de ställda kraven var motiverade från djurskyddssynpunkt eller inte.

Att det är möjligt att ställa djurskyddskrav som går utöver EU:s minimibestämmelser bekräftas även av två rättsfall från Kammarrätten i Sundsvall.¹²⁸

I det senare av dessa rättsfall anförde kammarrätten bland annat att: ”Det är ostridigt i målet att kommunen kan ställa upp strängare djurskyddskrav än

¹²⁶ Konkurrensverket, Mat och marknad – offentlig upphandling, 2011, s. 134.

¹²⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216–2221-10 och mål nr 2921–2922-10.

¹²⁸ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1617-11 och mål nr 2091-11.

de som anges i EU:s regelverk.” Målet kom därför istället att handla om uppföljning av de uppställda kraven. Kammarrätten bedömde att upphandlingen skulle göras om eftersom Rättsviks kommun, som var den upphandlande kommunen, inte hade gjort det sannolikt att en effektiv kontroll kunde ske av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Rättsviks kommun kommer att överklaga domen till Högsta förvaltningsdomstolen.¹²⁹

Kammarrätternas och några av förvaltningsrätternas avgöranden¹³⁰ innebär att upphandlande myndigheter fräntas möjligheten att själva bestämma vad det är de vill upphandla. Detta går emot principerna som kommer till uttryck i det så kallade *Triclosanmålet*.

I Triclosanmålet var frågan om Jönköpings kommun fick kräva att en vara inte fick innehålla ett miljöfarligt ämne vid namn triclosan. Regeringsrätten anförde att upphandlande myndigheter har en stor frihet att närmare bestämma föremålet för upphandling, bland annat rörande en varas miljöegenskaper. Vidare angavs att ställda krav måste avse och påverka varan som upphandlas. Ett krav om att en produkt inte får innehålla ett visst ämne hade enligt domstolen en sådan koppling. Jönköpings kommuns krav ansågs ha en objektiv och icke-diskriminerande utformning. Kravet framstod enligt domstolen inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Vid ett sådant förhållande ansåg domstolen att det saknades anledning att pröva om det medförde någon egentlig miljövinst. Således godkände Högsta förvaltningsrätten det ställda kravet.¹³¹

Det kan på grund av det ovan anförda därför ifrågasättas om förvaltningsrätterna och Kammarrätten i Göteborg har tagit tillräcklig hänsyn till det faktum att upphandlande myndigheter har en långtgående rätt att själva bestämma föremålet för upphandlingen.

Att ställa krav som är proportionerliga och icke-diskriminerande är dock komplicerat. Det är, som framgått ovan, förbjudet med indirekt diskriminering och eftersom svensk djurskyddslagstiftning till stor del är strängare än djurskyddslagstiftningen i övriga Europa finns det en risk för att utländska företag blir diskriminerande när en upphandlande myndighet ställer stränga krav som är lättare för svenska producenter att leva upp till. Det kan emellertid fastställas att det inte är omöjligt eller automatiskt otillåtet att ställa krav utöver minimireglerna, förutsatt att den upphandlande myndigheten uppställer välmotiverade, proportionerliga och objektiva krav. Det är viktigt att tänka på att det faktum att många producenter riskerar att uteslutas, i sig inte är diskriminerande. Det är trots allt den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som är föremål för upphandlingen.

¹²⁹ <http://www.msr.se/sv/Aktuellt/Nyheter/Dom-ger-hopp-for-djurskyddskrav/>.

¹³⁰ Se till exempel Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 8227-10 och Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 46844-10 och mål nr 46958-10.

¹³¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 7957-09.

5.2.4 Krav på korta transporttider till slakt

I Kammarrätten i Göteborg mål nr 2921–2922-10 ställdes det bland annat ett krav på korta transporttider till slakt. Livsmedelsupphandlingen som målet rörde genomfördes gemensamt av Laholms och Hylte kommun. I förfrågningsunderlaget ställdes det också krav på att ett flertal produkter som omfattades av upphandlingen skulle vara producerade enligt EU:s grundläggande djurskyddsregler och därutöver antingen uppfylla bestämmelserna i svensk djurskyddslagstiftning eller närmare angivna specifika krav som återfinns i regelverket.¹³²

Efter en granskning från Konkurrensverket ändrades dock vissa krav under upphandlingens gång.¹³³ Ett krav som kvarstod var emellertid det som rörde korta transporttider till slakt.

Servera begärde överprövning av upphandlingen och yrkade att upphandlingen skulle göras om.

Angående transporttider till slakt anförde Kammarrätten i Göteborg följande:

När det gäller kravet på transporttid till slakt är det ostridigt att det är strängare än i vissa andra EU-länder. Det får anses utgöra en sådan importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten och kommunerna har i målet inte visat varför ett sådant konkurrensbegränsande krav är befogat från djurskyddssynpunkt. Vid sådana förhållanden bedöms Servera ha visat att kravet strider mot principen om icke-diskriminering i 1 kap. 9 § LOU.¹³⁴

Eftersom Servera på grund av det aktuella kravet förlorade sin möjlighet att lämna sitt ”bästa bud” i upphandlingen beslutade kammarrätten att upphandlingen skulle göras om.¹³⁵

Kammarrätten konstaterar således i domen att kravet i förfrågningsunderlaget var strängare än vad reglerna är i vissa EU-länder och att det får anses utgöra en sådan importrestriktion som enligt huvudregeln är otillåten. Kommunerna ansågs inte ha visat varför ett sådant konkurrensbegränsande krav är befogat ur djurskyddssynpunkt.

Detta resonemang är svårbegripligt. Det borde vara uppenbart för de flesta att ett krav på korta transporter till slakt är motiverat med hänsyn till djurskydd. Det är inte rimligt att belasta en upphandlande myndighet med en sådan här långtgående bevisbörda. Den upphandlande myndigheten tycks förväntas presentera någon form av rapport där det bevisas att en viss behandling orsakar att djur lider.

¹³² Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 8169–8170-10 E.

¹³³ Miljöstylningsrådet Rapport 2011:1, s. 8.

¹³⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2921–2922-10.

¹³⁵ Ibid.

Det är allmänt känt att långa djurtransporter orsakar ett stort lidande för djuren och att det är vanligt att djur skadas och till och med dör under långa transporter. Enligt Djurtransportutredningens betänkande SOU 2003:6: ”visar ett stort antal vetenskapliga rapporter på ett övertygande sätt att transporter över 6-8 timmar innebär en gräns när djurets trötthet ökar och därmed i olika avseende belastningen på djuret.”¹³⁶

Även EU har i EU:s transportförordning 1/2005 identifierat tiden 8 timmar som den tidpunkt som skiljer en vanlig djurtransport från en lång djurtransport och som skall omgärdas av striktare regler än de som gäller vid en vanlig djurtransport. Men det är fortfarande tillåtet med mycket långa transporter så länge djuren efter vissa tidpunkter får vila innan transporten fortsätter.¹³⁷ I 5 kap. 8 § SJVFS 2010:2 anges det däremot att transporttiden för tama hästdjur, nötkreatur, får, getter, grisar, fjäderfä, renar, djurparksdjur och hägnade djur inte får överstiga åtta timmar. Kravet på en längsta transporttid kan alltså härledas både från EU-rätten och från svenska bestämmelser, men det är bara i de svenska bestämmelserna som det finns en regel mot djurtransporter på över 8 timmar.

Önskvärt vore om Högsta förvaltningsdomstolen prövade frågan om hur långtgående de upphandlande myndigheternas bevisbörda är. Är det verkligen rimligt att ett i högsta grad rimligt krav underkänns med hänvisning till att det inte är visat att kravet är befogat ur djurskyddshänsyn?

En lärdom av detta är att det är viktigt att upphandlande myndigheter använder sig av en utvecklad rättslig argumentation. Även advokatfirman Delphi poängterade detta i sin studie angående överprövningar och anförde bland annat följande:

I många fall konstaterar domstolen att myndigheten inte förmått förklara varför ett krav varit exempelvis proportionerligt och nödvändigt för att uppnå önskad kvalitet. En annan slutsats blir att de upphandlande myndigheternas beslut att ställa kraven inte så ofta bygger på en analys av de rättsliga förutsättningarna att ställa kraven.¹³⁸

Av detta kan man dra slutsatsen att en del av de krav som har underkänts i praxis hade kunnat godkännas om den upphandlande myndigheten hade använt sig av en mer utvecklad argumentation, där det anges varför kraven ställdes.

¹³⁶ SOU 2003:6, bilaga 10, s. 245.

¹³⁷ <http://www.eu-upplysningen.se/Om-EU/Vad-EU-gor/EUs-jordbrukspolitik/EUs-regler-om-djurskydd-tillater-ett-EU-land-ha-hardare-regler-/>.

¹³⁸ Advokatfirman Delphi, Studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010, 2010, s. 27.

5.3 Kontrollkravet

En fråga som aktualiseras i flera av de mål som behandlas ovan är frågan om uppställda krav skall kunna kontrolleras.

Enligt EU-domstolens praxis bör man utforma kraven så att de är möjliga att kontrollera. Ett upphandlingskriterium skall förenas med ett krav som möjliggör en verklig kontroll av den information som har lämnats av anbudsgivarna.¹³⁹ Denna princip kan härledas från fallet *Weinstrom* där det framgår att ett ställt krav skall kunna kontrolleras. Domstolen anser bland annat att det strider mot principen om likabehandling och ett öppet och objektivet upphandlingsförfarande om det framgår att uppgifterna som anbudsgivarna lämnar inte kommer att följas upp.¹⁴⁰ Men hur ett krav skall kunna följas upp framgår inte i fallet och det är därför upp till myndigheterna att bestämma detta. Dock måste det ske med respekt för EU:s bärande principer.¹⁴¹

Konkurrensen skulle riskera att snedvridas om krav som uppställs inte går att kontrollera, eftersom leverantörer då inte skulle ta de uppställda kraven på allvar. En leverantör som inte har någon ambition att leva upp till ett uppställt krav skulle om kontrollkravet inte fanns, få en kostnadsfördel jämfört med en leverantör som lever upp till kravet.¹⁴² Skulle en leverantör som inte uppfyller kravet vinna upphandlingen leder det dessutom till att upphandlarens krav inte får den avsedda effekten.

Kammarrätten i Göteborg konstaterade i mål nr 2216–2221-10 att det inte är tillräckligt att anbudsgivaren intygar att uppgifterna stämmer och domstolen ansåg i det aktuella fallet att kommunerna inte hade visat hur kontroll och uppföljning av de krav som ställdes i upphandlingen skulle gå till.

Kammarrätten i Sundsvall bekräftar i mål nr 2091-11 att det inte är tillräckligt att en anbudsgivare intygar att lämnade uppgifter är korrekta. Precis som Kammarrätten i Göteborg fastslår de nämligen inledningsvis att det inte är tillräckligt att ”anbudsgivaren eller en underleverantör till anbudsgivaren själv intygar eller försäkrar att djurskyddskraven i särskilda avseenden kommer att uppfyllas”. Sedan går de ännu längre än Kammarrätten i Göteborg då de konstaterar att inspektioner inte heller är en tillräcklig kontroll. Kammarrätten i Sundsvall anförde att:

När det gäller inspektioner kan en inspektion endast visa de aktuella och möjligen framtida förhållandena, men inte med någon större tillförlitlighet vad som förevarit tidigare och kan därför inte garantera att den vara som upphandlas uppfyller de krav som ställs.

¹³⁹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216–2221-10.

¹⁴⁰ EU-domstolen, mål nr C-448/01.

¹⁴¹ C. Möll, *Därför kan djurskyddskrav ställas i livsmedelsupphandlingar*, 2011, s. 27.

¹⁴² Konkurrensverket, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, 2011, s. 17.

Kammarrätten bedömer avslutningsvis att det inte heller är tillåtet att ställa krav på en viss miljömärkning eftersom även andra certifieringssystem eller andra relevanta bevismedel måste godtas.

Kammarrätten i Sundsvalls dom får anses vara kontroversiell eftersom den tycks ställa krav på någon slags andrapartsgranskning. Inspektioner av kommunen ansågs inte vara en tillräcklig kontroll. Miljöstyrningsrådet anser att detta inte är i linje med andra vägledande domar och EU:s praxis, där krav på andra och tredjehandsgranskning har ansetts vara för ingripande.¹⁴³ Som det angavs redan i avsnitt 5.2.3 kommer domen att överklagas.

Det torde dock inte finnas några hinder mot att upphandlande myndigheter ställer krav på certifiering som till exempel visar att det animaliska livsmedlet producerats på ett visst sätt. Enligt principen om ömsesidigt erkännande skall svenska myndigheter dessutom godta certifikat och intyg som utställts av utländska myndigheter.

Det kan sammanfattningsvis konstateras att det finns ett krav på att krav som ställts i en upphandling skall kunna kontrolleras. Det räcker inte att en anbudsgivare intygar att uppgifterna är korrekta. Kammarrätten i Sundsvalls dom ger även anledning att tvivla på om det är tillräckligt med inspektioner. Dock godkänns sannolikt certifikat och intyg som utställts av svenska och utländska myndigheter och kontrollkravet är därför inget oöverkomligt hinder mot att ställa krav på djurskydd inom offentlig upphandling.

5.4 Är LOU ett hinder för god djuromsorg i Sverige?

Redan i inledningen av denna uppsats anfördes det att många upphandlande myndigheter upplever att den nationella domstolspraxisen i Sverige försvårar möjligheterna att ställa höga krav på djurskydd. Genomgången av praxis visar att det är precis så det är: det är svårt att ställa djurskyddskrav på en hög nivå. Åtminstone om en upphandlare vill ställa djurskyddskrav på en högre nivå än EU:s minimibestämmelser angående djurskydd. När upphandlande myndigheter har gjort detta har det i svensk praxis ansetts som diskriminerande mot utländska leverantörer eftersom svenska företag har haft lättare att leva upp till de ställda kraven.

En konsekvens av detta är att svenska producenter av animaliska livsmedel missgynnas och att konkurrensen blir snedvriden till de svenska producenternas nackdel. Den höga djurskyddsnivån i Sverige innebär att det är dyrare att producera animaliska livsmedel i Sverige än i andra EU-länder och när utvärderingskriteriet som används i anbudstävlingar oftast är lägsta pris får svenska producenter svårt att hävda sig i konkurrensen.

¹⁴³ <http://www.msr.se/sv/Aktuellt/Nyheter/Dom-ger-hopp-for-djurskyddskrav/>.

Det faktum att animaliska livsmedel har tagits fram under schyssta förhållanden är ofta bara till nackdel vid upphandlingar, eftersom det har inneburit att kostnaderna för att ta fram livsmedlet har varit högre. Det är därför inte konstigt att svenska livsmedelsproducenter är negativa till hårdare svenska djurskyddsregler. Ju hårdare de svenska reglerna är, desto mer snedvriden blir konkurrensen. För lagstiftaren inte med sig livsmedelsproducenterna är det svårt att införa hårdare krav på djurskydd. Lite tillspetsat kan man säga att den nuvarande situationen innebär att producenter som struntar i djurskyddshänsyn och bara satsar på att minimera kostnaderna får en konkurrensfördel.

EU-rätten på det sätt som den manifesteras genom LOU kan därför ses som ett hinder mot god djuromsorg i Sverige av två skäl: dels försvåras möjligheterna för kommuner som vill upphandla animaliska livsmedel som producerats med god djurhänsyn och dels blir det svårare att införa regler med högre krav på djurskydd i Sverige eftersom detta snedvrider konkurrensen ytterligare och missgynnar svenska livsmedelsproducenter.

I grund och botten är det dock de svenska djurskyddsbestämmelserna som är konkurrenshämmande, eftersom de hårda reglerna försvårar för svenska producenter att sälja sina produkter på den offentliga marknaden.

Bortsett från att det har blivit svårt för upphandlare att upphandla animaliska livsmedel som producerats med god djurhänsyn är det således inte LOU i sig som är ett hinder för strävan att ha en god djuromsorg i Sverige. Problemet är snarare att lagstiftaren har svårt att få med sig svenska livsmedelsproducenterna när den försöker införa hårdare svenska djurskyddsbestämmelser, eftersom hårdare regler leder till att de svenska livsmedelsproducenterna förlorar konkurrenskraft.

Arbetet för ett förbättrat djurskydd bör därför bedrivas på europeisk nivå. Gäller samma hårda regler för alla livsmedelsproducenter inom EU missgynnas inte svenska producenter i förhållande till sina europeiska konkurrenter. Det blir även lättare för upphandlare att upphandla livsmedel som producerats med god djurhänsyn, då djurskyddskrav som inte går utöver EU:s minimibestämmelser i regel inte anses vara diskriminerande.

6 Slutsats och avslutande kommentarer

Det är möjligt att ställa djurskyddskrav vid offentlig upphandling inom EU. Däremot är det oklart vilka krav som specifikt får ställas och den praxis som finns på området är inte så klagörande som man skulle kunna önska. Snarare är den mycket oklar och domstolarna har ställt höga krav på att upphandlande myndigheter skall motivera varför uppställda djurskyddskrav är befogade.

Det kan ifrågasättas om det i praxis har tagits tillräcklig hänsyn till att upphandlande myndigheter har en långtgående rätt att själva bestämma vad det är som skall upphandlas.

Inget mål om krav på djurskydd inom offentlig upphandling av livsmedel har ännu nått Högsta förvaltningsdomstolen. Det vore önskvärt med ett avgörande därifrån för att till exempel få svar på hur långtgående en upphandlande myndighets bevisbörda är angående om att ett uppställt djurskyddskrav är motiverat, och vad Högsta förvaltningsdomstolens syn är på djurskyddskrav som går utöver EU:s minimibestämmelser.

Det är vanligt att livsmedelsupphandlingar blir överprovade. Konsekvensen av detta är förseningar och stora kostnader. Som det framkommer i avsnitt 4.2.3 bifalls många av dessa överprovningar, vilket leder till att upphandlingarna får göras om. Detta resulterar i ännu mer förseningar och högre kostnader. På grund av detta är det tydligt att det behövs klarare riktlinjer för vad som är tillåtet och kanske behöver den upphandlingsstödjande verksamheten samlas i en myndighet. Det händer att Konkurrensverket och Miljöstyrningsrådet har olika ståndpunkter i samma fråga, vilket måste vara förvirrande för de upphandlande myndigheterna.

Om Sverige menar allvar med ambitionen att stärka djurskyddet måste Sverige arbeta för en ökad harmonisering av djurskyddslagarna inom EU. Detta skulle göra det lättare för de upphandlande myndigheter att ställa höga krav på djurskydd, eftersom krav utöver EU:s minimibestämmelser ofta ses som diskriminerande och de upphandlande myndigheterna måste kunna motivera varför kravet ställs.

Om samma regler skulle gälla för alla producenter skulle det dessutom främja konkurrensen vid upphandling av livsmedel. Spelfältet skulle bli mer rättvist. Som det är nu missgynnas Sverige i den europeiska konkurrensen på livsmedelsområdet eftersom svenska producenter måste rätta sig efter svenska regler som är betydligt hårdare än reglerna i de flesta andra EU-länder. Detta leder antagligen till högre kostnader för att producera animaliska livsmedel.

Som det framkommer i avsnitt 5.3 finns det inom offentlig upphandling i EU ett kontrollkrav som innebär att ett upphandlingskriterium skall förenas med ett krav som möjliggör en verklig kontroll av den information som har lämnats av anbudsgivarna. Enklare uttryckt är det inte tillåtet att ställa krav som inte är möjliga att kontrollera. Enligt praxis är det inte tillräckligt att en anbudsgivare intygar att uppgifterna är korrekta, men det torde inte finnas något hinder mot att upphandlande myndigheter begär in certifikat eller intyg som visar att det animaliska livsmedlet producerats på ett visst sätt. Enligt principen om ömsesidigt erkännande skall svenska myndigheter även godkänna intyg som uppställts av utländska myndigheter. För att förenkla för upphandlande myndigheter är det därför viktigt att Sverige verkar för en effektiv tillsyn av djurskyddsreglerna. Detta gäller inte bara i Sverige utan i hela Europa. Det är också viktigt att, som det påtalas i upphandlingsutredningen, arbeta med standardisering, spårbarhet och märkning.¹⁴⁴ För att få en effektiv konkurrens bör det finnas gemensamma regler i hela EU även på detta område.

I det absoluta slutskedet av arbetet med denna uppsats tillkom ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm.¹⁴⁵ I domen tilläts Sigtuna kommun ställa upp djurskyddskrav om hur antibiotika får användas, hur lång tid transporter till slakteri maximalt får ta samt om bedövning av djur i samband med slakt.¹⁴⁶ De aktuella kraven ansågs inte vara oproportionerliga eller diskriminerande och de ansågs kunna motiveras av djurhänsyn. Således går denna dom emot slutsatsen i Kammarrätten i Göteborg mål nr 2921–2922-10. En domare var skiljaktig och ansåg att kraven angående antibiotika och transporttider bröt mot EU-rätten.

För att kontrollera att kraven uppfylldes avsåg Sigtuna kommun att genomföra inspektioner. I Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2091-11 ansågs inspektioner inte vara tillräckligt för att uppfylla kontrollkravet, men Kammarrätten i Stockholm ansåg att de var det och bedömde att Sigtuna kommun visat att de uppställda kraven gick att kontrollera.¹⁴⁷

Sammanfattningsvis bekräftar domen många av slutsatserna i denna uppsats. Dessvärre innebär avgörandet, även om slutsatserna är tilltalande, att rättsläget fortfarande är oklart angående krav på korta transporttider till slakt och synen på inspektioner, då domen går emot tidigare kammarrättspraxis.

¹⁴⁴ SOU 2011:73, s. 228 f.

¹⁴⁵ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.

¹⁴⁶ <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Pressrum/Nyheter-och-pressmeddelanden/Djurskyddskrav-tillats-vid-upphandling-av-livsmedel/>

¹⁴⁷ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2006/07:128. *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

Prop. 2009/10:180. *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.*

Skr. 2006/07:54. *Miljöanpassad offentlig upphandling.*

SOU 2003:6. *Kännande varor eller okända varor?*

SOU 2011:73. *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen.*

SOU 2011:75. *Ny djurskyddslag.*

Myndighetspublikationer och rapporter

Informationsbroschyr från Konkurrensverket, februari 2011. *Upphandlingsreglerna – en introduktion.*

Rapport framtagen för Konkurrensverket. Advokatfirman Delphi, april 2011. *Studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010.*

Informationsbroschyr från Konkurrensverket, juni 2011. *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling.*

Rapport från Konkurrensverket 2011:4, 2011. *Mat och marknad – offentlig upphandling.*

Rapport från Miljöstyrningsrådet 2011:1, 2011. *Externt rättsutlåtande om djurskydds krav i offentlig upphandling.*

Undersökning utförd av Europakontoret i Skåne AB på uppdrag av LRF. Möll, Christina, 2011. *Därför kan djurskydds krav ställas vid livsmedelsupphandlingar.*

Publikationer från EU-kommissionen

KOM (2008) 400 slutlig. *Offentlig upphandling för en bättre miljö.*

Europeiska kommissionen, 2010. *Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor.*

Internet

EU-upplysningen,

<http://www.eu-upplysningen.se/Om-EU/Vad-EU-gor/EUs-jordbrukspolitik/EUs-regler-om-djurskydd-tillater-ett-EU-land-ha-hardare-regler/> (2012-03-11).

Kammarkollegiet,

<http://upphandlingsstod.se/grunderna-i-offentlig-upphandling> (2012-03-11).

Konkurrensverket,

http://www.konkurrensverket.se/t/SectionStartPage___6244.aspx (2012-03-11).

Miljöstyrningsrådet,

<http://www.msr.se/sv/Aktuellt/Nyheter/Dom-ger-hopp-for-djurskyddskrav/> (2012-03-11).

<http://www.msr.se/sv/Livsmedel/Upphandla-livsmedel/Krav-pa-miljo--och-djurskydd/> (2012-03-11).

<http://www.msr.se/sv/Upphandling/Kriterier/Livsmedel/Kott/> (2012-03-11).

<http://www.msr.se/sv/Upphandling/Juridik/> (2012-03-11).

http://www.msr.se/Documents/Kriterier/Livsmedel/animaliska/msr_livsmedel_motiv_B.1_ursprung.pdf (2012-03-11).

Regeringskansliet,

<http://www.regeringen.se/sb/d/14129/a/181371> (2012-03-11).

Sveriges domstolar,

<http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Pressrum/Nyheter-och-pessmeddelanden/Djurskyddskrav-tillats-vid-upphandling-av-livsmedel/> (2012-03-11).

Litteratur

Bergman, Mats – Tobias, Indén – Sofia, Lundberg – Tom, Madell, 2011. *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*. Lund.

Falk, Jan-Erik, 2011. *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*. Andra upplagan. Stockholm.

Gertéll, Pernilla, 2010. *Nya lagen om Offentlig upphandling – en handbok*. Lund.

Hallström, Agneta, 2004. *Slutrapport: Maten kvalitet*. Stockholm.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 8/74, *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*.

Mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara*.

Mål C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien*.

Mål C-448/01, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*.

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 29 april 2011, mål nr 8227-10.

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 juni 2010, mål nr 8366-10 E.

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 juni 2010, mål nr 8169–8170-10 E.

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 4 maj 2011, mål nr 3616–3621-10 E.

Kammarrätten

Kammarrätten i Jönköping dom den 23 december 1997, mål nr 4471-97.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 december 2010, mål nr 2216–2221-10.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 december 2010, mål nr 2921–2922-10.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 december 2010, mål nr 2924-11.

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 16 september 2011, mål nr 1617-11.

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 december 2011, mål nr 2091-11.

Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2012, mål nr 2841-11.

Högsta förvaltningsdomstolen

Högsta förvaltningsdomstolens dom den 18 oktober 2010, mål nr 7957-09.