

Europakontoret i Skåne AB

Därför kan djurskydds krav ställas vid livsmedelsupphandlingar

Christina Möll

Därför kan djurskyddskrav ställas vid livsmedelsupphandlingar
Rapport 2011
Undersökningen är utförd av Europakontoret i Skåne AB
på uppdrag av Lantbrukarnas Riksförbund

För mer information kontakta:
Christina Möll 0708293251
E-post: kontakt@europakontoret.se

FÖRORD

Under de senaste åren har frågan om huruvida det är möjligt att ställa djurskyddskrav i samband med livsmedelsupphandling eller ej uppstått. Oklarheten har varken varit till fördel för den livsmedelsproduktion som honorerar djurskyddskrav eller för de offentliga myndigheter som önskar beakta sådana krav. Lantbrukarnas Riksförbund, LRF, har genom att ge mig uppdraget att analysera svensk rättspraxis sammanhållen med EU-rätten önskat att belysa området och underbygga påståendet: "Därför kan djurskyddskrav ställas vid livsmedelsupphandlingar".

Vid en granskning av detta slag, där arbetet är att betrakta som ett detektivarbete innefattande en analys av tusentals sidor i syfte att hitta stöd för det önskade resultatet, är man beroende av goda råd och tips. Därför vill jag rikta ett särskilt tack till, bland flera andra: Jenny Lundström på LRF och Gunnela Ståhle på svenskt Sigill för ihärdigt och kompetent arbete gällande djurskyddsfrågan och inte minst för den värdefulla information som kommit mig till del. Elisabeth Tamms ord verkar skrivna för Jenny, Gunnela och djurskyddsfrågan:

"Det måste finnas kvinnor, modiga och behjärtade nog att våga stå för en mening även om den inte är populär, men som kanske är ämnad att präglade en kommande tid."

Ängelholm den 23/6-2011
Christina Möll
Jurist/Europakontoret i Skåne AB

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Sammanfattning

1. Rapportens syfte, metod och avgränsning	7
1.1 Syfte	7
1.2 Metod	7
1.3 Avgränsning	7
2. Inledning.....	8
3. EU:s offentliga marknad	9
3.1 Motivet för EU:s upphandlingsregler	9
3.2 Svensk upphandling av livsmedel, i ett överordnat perspektiv	9
4. Sverige och den inre marknaden	11
5. EU och Sverige.....	12
5.1 Subsidiaritetsprincipen	12
6. Djurskydd.....	14
6.1 Djurskyddet inom EU	14
6.2 EU:s handlingsprogram för djurskydd och djurs välbefinnande	14
7. Upphandling, miljö och djurskydd	17
7.1 Upphandling med miljöhänsyn, härunder hänsyn till djurskydd	17
7.2 Upphandlingsprocessens enskilda delar	17
7.3 Påverkas kvaliteten av produktionsmetoden?.....	19
7.4 Prövning av anbudslämnare och anbud	20
7.5 Anbudslämnarens väg till ett kontrakt	20
7.5.1 Kvalificeringsfasen	20
7.5.2 Köp av produkt/tjänst -kravspecifikationen	22
7.5.3 Avtalet	23
7.6 Hör krav på djurskydd ihop med miljöområdet?	23
7.7 EU:s anvisning rörande miljömässig upphandling av livsmedel.....	24
7.8 Föremålet för kontraktet.....	24
7.9 Vilka kriterier kan tas med vid utvärderingen av det som köps?.....	24
7.10 Hur kan anbudslämnaren styrka att kraven uppfylls?.....	25
8. Exempel från svensk rättspraxis.....	26
8.1 Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 2216-2221-10	26
8.2 Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 2921-2922-10	27
8.3 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 46844-10 och 46958-10.....	28

8.3.1 Konkurrensverkets yttrande	28
8.4 Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 8227-10	31
8.4.1 Krav på att antibiotika endast används efter förskrivning från veterinär	31
8.4.2 Krav på att djuret är bedövat vid avlivning.....	32
8.4.3 Krav på att djuret har en längsta transporttid till slakt	33
8.5 Konklusion avseende domarna	33
9. Sammanfattning och rekommendationer.....	35
9.1 Producenternas ansvar	35
9.2 Jordbruket i framtiden.....	35
9.3 I syfte att underlätta för den svenska gröna näringens tillträde till offentlig marknad behövs följande:	36
Källförteckning:	37

Sammanfattning

Rapporten visar att djurskyddskrav kan ställas vid livsmedelsupphandlingar och att det inte bara är möjligt att ställa kravet, utan att det dessutom är ett krav som bottnar i EU:s gemensamma mål. Det är dock angeläget att kravet inte framstår som ett nationellt protektionistiskt krav, eller som gynnande av ett visst fabrikat etc. Ett djurskyddskrav som kopplas till kontrakt föremålet och som uppfyller likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, transparensprincipen och principen om ömsesidigt erkännande har goda utsikter att vinna framgång.

Upphandlande myndigheter behöver bättre klargöra de rättsliga förutsättningarna för de ställda kraven och redovisa en mer genomarbetad argumentation.

När det gäller den svenska gröna näringen och livsmedelsupphandling står produktionen starkt i förhållande till de kundpreferenser som finns på området. Det är dock önskvärt att producenterna blir mer synliga i de konkreta affärer som görs på offentlig marknad.

1. Rapportens syfte, metod och avgränsning

1.1 Syfte

Denna rapportens syfte är att tydliggöra möjligheten att ställa djurskyddskrav genom att synliggöra de EU-rättsliga villkoren för att väga in djurskyddskrav i upphandling och därmed skapa bättre förutsättningar för att den svenska gröna näringens konkurrenskraft kan tillvaratas på offentlig marknad.

1.2 Metod

En analys med utgångspunkt i den överordnade EU-rätten på området, sammanhållen med svensk rättpraxis har genomförts. Vidare har undertecknad, med LRF, deltagit i möten med Miljöstyrningsrådet. Vid dessa möten har vi betonat värdet av att ställda krav sker i överensstämmelse med EU-rätten och att kraven kan motiveras med EU:s bärande principer. Bakgrunden till att understryka vikten av EU-rätten i sammanhanget behandlas i det följande.

1.3 Avgränsning

Rapporten behandlar inte arts specifika och branschspecifika villkor, inte heller nationell reglering i de enskilda medlemsländerna. Miljöstyrningsrådet genomför i dagsläget en översyn av kriteriedokumenterna omkring krav vid livsmedelsupphandling. I detta arbete deltar en expertgrupp som bistår rådet med gedigen kunskap och goda råd. En analys av kriteriedokumenterna ligger utanför rapportens syfte.

2. Inledning

Drygt fyra procent av den totala svenska konsumtionen av livsmedel står offentlig sektor för (8,4 miljarder). Den största delen upphandlas av kommunerna.¹

Enligt Konkurrensverkets rapport, "Mat och marknad" råder ett oligopol på livsmedelsmarknaden, där Servera och Menigo har 70 % av marknaden.

Mot bakgrund av detta kan det konstateras att det finns utrymme för växt på marknaden för offentlig upphandling av livsmedel, från den svenska "gröna näringen". Detta förutsätter dock att marknadsstrukturen, där grossister dominerar och där producenterna i huvudsak fungerar som leverantörer åt grossisterna, underkastas en närmare analys med tydliga ambitioner från både upphandlares och producenters sida om utökade möjligheter för producenternas direkta tillträde till den offentliga marknaden.

Livsmedelssektorn är hårt prövad av konkurrens, både från utlandet och internt i Sverige. Det är därför avgörande att frågan ses i ljuset av ett "företagarperspektiv" och att livsmedelssektorn får ett ökat genomslag som en essentiell del av svensk ekonomi.

En väsentlig konkurrensfaktor för svensk livsmedelsproduktion är de svenska djurskyddsreglerna och producenternas höga kvalitetskrav på tillverkning och uppfödning som rimmar väl med konsumenternas preferenser. Dessa preferenser återfinns bland stora delar av de europeiska konsumenterna.

Då inköpare och slutanvändare inom offentlig sektor också är konsumenter torde det vara självklart att de dominerande kundpreferenserna också återfinns här.

Genom att marknadsföra den svenska livsmedelsproduktionen som en etisk, miljömässig och kvalitetsmässig produktion synliggörs marknadsfördelar för näringen såväl inom som utanför Sverige.

Den svenska marknaden är dock inte en isolerad marknad, utan är integrerad med marknaderna omkring oss. Ur ett EU-perspektiv är EU-marknaden att betrakta som en "inhemsk marknad", vilket smittar av på den offentliga sektorns möjlighet att ställa krav på sina inköp. Inga åtgärder från offentlig sektors sida får ha den effekt att de fungerar som diskriminerande mot andra leverantörer från EU:s medlemsländer.

¹ "Mat och Marknad" KKV 2011:4

3. EU:s offentliga marknad

Av EUF-fördraget² (artikel 11) framgår att miljöskydds krav skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, särskilt för att främja en hållbar utveckling. Detta innefattar sociala aspekter, ekonomi och miljö. Vidare framgår det, som ses nedan, att djurväl-färden skall respekteras fullt ut (FEFU artikel 13). Vilka hänsyn som får beaktas vid upphandling skall läsas i ljust av bl.a. dessa regler.

3.1 Motivet för EU:s upphandlingsregler

Enligt EU-kommissionens grönbok om upphandling är upphandling ett förfarande som handlar om att göra anskaffningar för offentliga medel. Reglerna för offentlig upphandling erbjuder procedurer som skall säkerställa att offentliga inköp skall ske så rationellt, transparent och rättvist som möjligt. I regelverket återfinns strukturer som skall säkra mot risken för brist på kommersiell förmåga, såväl som mot risken för kostnadskrävande favorisering av nationella eller lokala aktörer. Därför gäller EU:s upphandlingsregler för alla offentliga kontrakt där leverantörer från EU:s marknad kan ha ett möjligt intresse i att få kontraktet. Syftet är att erbjuda leverantörerna en likvärdig och rättvis konkurrens i närmandet till EU:s offentliga marknad.³

3.2 Svensk upphandling av livsmedel, i ett överordnat perspektiv

När offentlig sektor skall upphandla livsmedel skall detta ske i enlighet med reglerna i lagen om offentlig upphandling, LOU. LOU är en förfarandelag och har implementerat EU:s direktiv på området. Lagen beskriver dessutom hur upphandlaren skall förfara vid upphandlingar utanför direktivens områden. EU:s bärande principer reglerar all upphandling och skall i korthet förstås som:

- att alla leverantörer skall behandlas lika,
- att upphandlingen skall vara transparent,
- att inga oproportionerliga krav får ställas och
- att de varor som lagligt tillverkas i ett land och med de märkningar som godkänns där skall, som huvudregel, också godkännas i Sverige.

² Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

³KOM (2011) 15 sid. 6

Upphandlingsdirektivens främsta syfte är att samordna reglerna för den offentliga upphandlingen inom EU med syftet att främja den fria rörelsen av varor och tjänster och den fria etableringsrätten, samt att ge lika och rättvisa förutsättningar för alla leverantörer. Ursprungligen låg tonvikten, i bedömningen på hur regelverket skulle förstås, på rent ekonomiska hänsyn. EU-domstolen har genom åren dock skapat en praxis som visar att också icke-pekuniära intressen kan och skall beaktas. Vidare har utvecklingen på EU:s områden skett i riktning mot större hänsyn till miljö och andra samhällliga frågor som numera skall vägas in i offentlig sektors agerande.⁴ Förutsättningarna är alltid att de grundläggande EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och likabehandling är uppfyllda och att kraven tydligt kan kopplas till egenskaperna hos det som skall upphandlas.

Hur upphandlingen skall gå till regleras som sagt, men vad som skall upphandlas är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma. När livsmedel skall upphandlas kan det finnas skäl för den upphandlande myndigheten att ställa vissa krav som kopplas till produktionsmetoder och kvalitet. Bortsett från upphandlingar rörande ekologiska produkter är det svårt att formulera krav på produktionsmetoderna som fångar upp upphandlande myndigheters önskemål, utan att EU:s principer och regler träds för när.

⁴ Direktiv 2004/18

4. Sverige och den inre marknaden

Sverige är bundet av sitt medlemskap i unionen och begränsas av de regler och villkor som gäller. Förutom ovan listade principer gäller principen om varornas fria rörlighet. Syftet med denna regel är att alla åtgärder från nationens sida som kan hindra varornas fria flöde, som utgångspunkt, är förbjudna. EU:s rättspraxis⁵ har etablerat följande riktlinjer, som visar att en åtgärd med den effekt att åtgärden fungerar som ett handelshinder som är:

- aktuellt,
- potentiellt,
- direkt,
- indirekt

och betraktas därmed som ett förbjudet handelshinder. Värt att notera är att det inte behöver påvisas en faktisk begränsning i varornas tillträde till den nationella marknaden, ej heller behöver hindret ha en aktuell verkan, om blott omständigheterna är sådana att åtgärden i framtiden kan ha en handelshindrande effekt. Alla varor som lagligen har tillverkats i ett land anses omfattade av den fria rörligheten. Undantag till den fria rörligheten kan motiveras bl.a. med skydd av människors och djurs hälsa och miljö.⁶ Ett undantag i form av ett handelshinder förutsätter att åtgärden är av en sådan natur att inga andra medel står till buds, när det gäller att uppnå syftet med åtgärden. Vidare skall åtgärden stå i proportion till syftet, inte innehålla godtycklig nationell diskriminering och åtgärden får inte riktas mot en av EU harmoniserad vara. Detta eftersom det förutsätts att EU i sitt harmoniseringsarbete vägt in de skyddshänsyn som kan anses vara nödvändiga att beakta och har en dialog med medlemsstaterna som har en möjlighet att reservera sig mot harmoniseringsbeslutet. Denna möjlighet finns också efter harmoniseringsbeslutet, men kräver att nya vetenskapliga rön kommit i dager.

Sammanfattningsvis kan sägas att ett land inte får genomföra en åtgärd som medför att tillträdet till marknaden för lagliga produkter från EU:s medlemsstater begränsas. Skyldigheten att respektera EU:s principer och regler åvilar staten i alla dess former, härunder enskilda handläggare inom offentlig sektor. När detta är sagt, skall samtidigt sägas att ovanstående är en generell beskrivning av varornas fria rörlighet och gäller för generella åtgärder. När en upphandlande myndighet skall upphandla, i det här fallet livsmedel, gäller att situationen är specifik och att ett kontrakt skall ingås.

Vi befinner oss här i ett kommersiellt läge där behoven och kundens preferenser i vidast möjliga mån skall avgöra vad som upphandlas.

Inom upphandling skall inte bara det som inte är tillåtet beaktas, utan också de hänsyn som EU önskar tillgodosedda, såsom miljö och sociala hänsyn. Bilden är som det ses brokig!

⁵ EG-domstolen Mål 8/74 "Dassonville" och Mål 249/81 "Buy Irish"

⁶ Art. 36 fd. artikel 30 FEG

5. EU och Sverige

Även om Sverige är medlem i EU betyder detta inte att Sverige saknar manöverutrymme, eller att EU har obegränsade befogenheter. EU:s rättskällor innehåller en hierarki, där fördraget har högst rang och där de sekundära rättskällorna i form av direktiv och förordningar inte får strida mot fördraget eller EU:s principer. Viktiga principer att framhäva i sammanhanget är subsidiaritetsprincipen, som behandlas nedan, och legalitetsprincipen vilken innebär att när EU stiftar rättsakter får dessa inte strida mot överordnade regler och principer. Dessutom gäller en miljömässig grundprincip, försiktighetsprincipen som behandlas under avsnittet om upphandling av livsmedel med beaktande av miljöhänsyn.

5.1 Subsidiaritetsprincipen

En viktig princip inom EU-samarbetet är subsidiaritetsprincipen.⁷ Syftet med subsidiaritetsprincipen är att fördela befogenheter på flera maktnivåer. Inom EU-samarbetet innebär subsidiaritetsprincipen att medlemsstaterna behåller de befogenheter som de själva kan administrera mest effektivt, och gemenskapen ges de befogenheter som medlemsstaterna inte kan utöva på tillfredsställande sätt.

”Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.”

Inom områden där fördraget ger gemenskapen befogenheter, som delas med medlemsstaterna, anger principen en norm för utnyttjandet av denna rättighet.

Subsidiaritetsprincipen gäller de områden som gemenskapen och medlemsstaterna gemensamt ansvarar för.

Det är ett uttryckt samband mellan subsidiaritetsprincipen och närheten till medborgaren, vilket särskilt betonas i ingressen till EU-fördraget.

Att subsidiaritetsprincipen skall beaktas vid stiftandet av rättsakter visas bl.a. i domarna den 12 november 1996 i mål C-84/94, REG s. I-5755 och den 13 maj 1997 i mål C-33/94, REG s. I-2405 där EG-domstolen fastställde att iakttagande av subsidiaritetsprincipen är en av de omständigheter som omfattas av den motiveringsskyldighet som anges i artikel 253 (190) i EG-fördraget.

Offentliga myndigheters upphandling rör sig inom ett område med både tydliga spelregler och med konkurrerande behörighet, mellan EU och medlemsstaten, avseende regleringen för upphandlingen. Det finns därför skäl att ha subsidiaritetsprincipen i åtanke när diskussionen förs om vad en upphandlande myndighet kan kräva i sitt förfrågningsunderlag.

⁷ Artikel 5, Fördraget om Europeiska Unionen

Detta eftersom villkoren för den inre marknaden är att betrakta som ett område där medlemsstaterna och EU har delade befogenheter som medför att medlemsstaterna kan vidta åtgärder så länge dessa åtgärder inte äventyrar EU:s mål.

Att EU:s medlemsstater således bör kunna reglera vad som köps för offentliga medel och vilka hänsyn som skall omgärda dessa köp, torde ligga inom medlemsstatens befogenhet så länge utnyttjandet av rättigheten inte uttryckligen bryter mot EU:s regler och principer.

6. Djurskydd

6.1 Djurskyddet inom EU

I FEUF (Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt) artikel 13 stadgas att Unionen och medlemsstaterna vid utformning och genomförande av unionens politik i fråga om jordbruk, fiskeri, transport, inre marknad m.m. skall "fullt ut ta hänsyn till välfärd för djuren som kännande varelser". Begreppet "fullt ut" är av juridiskt intresse, då artikelns placering ligger högst i rangordningen av EU:s rättsakter.

Det är obestridligt att en EU-harmonisering (vilken sker i form av en sekundär rättsakt) på området för den fria rörligheten som huvudregel, förtränger medlemsländernas möjlighet att begränsa rörligheten. Men vad händer om EU inte "fullt ut" har tagit hänsyn till djurens välfärd i sin lagreglering och medlemsstaterna anser att man bör gå längre? Frågan får stå öppen. Det skall dock inflikas att EU-parlamentet i sitt yttrande rörande EU-kommissionens arbetsdokument om gemenskapens handlingsplan för djurskydd 2006–2010⁸, uttalar att det i och med artikel 13 (se ovan om skyldigheten att beakta djurens välfärd) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt har skapats en ny rättsordning och att kommissionen senast år 2014 bör presentera en allmän djurskyddslagstiftning för EU. Frågan om skyldigheten att beakta djurvälferden är relevant i relation till både EU:s och medlemsstaternas åtagande i relation till djurskyddet. Det finns också skäl att konstatera att djurskyddshänsynen är ett av de hänsyn som skall beaktas vid utövande av aktiviteter av gemenskapsrättslig natur, härunder upphandling.

Det finns ett flertal direktiv fastställda med gemensamma normer för djurskyddet. Kort innebär direktiven att medlemsstaterna skall fastställa bestämmelser så att välbefinnandet hos djur garanteras och att dessa djur inte utsätts för någon onödig smärta, onödigt lidande eller onödig skada. Därtill finns EG-förordningar som gäller för samtliga medlemsstater och är direkt tillämpliga, bl.a. för ekologisk produktion och transporter av djur till slakt. En förordning är att betrakta som en EU-lag som binder medlemsstaten till alla delar som EU:s djurskyddsdirektiv är, s.k. minimidirektiv som tillåter medlemsstaterna att ha en egen nationell lagstiftning så länge som direktivens syften inte åsidosätts.

6.2 EU:s handlingsprogram för djurskydd och djurs välbefinnande

Förutom ovanstående direktiv och förordningar finns ett antal avsiktsförklaringar och handlingsprogram av relevans för frågan om djurskydd och upphandling.

I kommissionens och rådets meddelande om gemenskapens handlingsplan för djurskydd och djurs välbefinnande 2006-201 återfinns följande i förteckningen över möjliga konkreta steg i handlingsplanen:

⁸ KOM (2006) 14

”Eventuellt inrätta en europeisk kvalitetsstandard för produkter som härrör från produktionssystem där djurens välbefinnande är väl tillgodosett och skapandet av ett tekniskt och finansiellt system för att på europeisk nivå stödja tillämpningen av striktare djurskyddsnormer så att den tekniska nivån på dem skall kunna höjas och att tillämpningen av dem skall kunna spridas i och utanför EU.”⁹

Det är värt att bemärka att kommissionen och rådet inte utesluter strängare djurskyddsnormer i de enskilda medlemsländerna, utan öppnar upp för att till och med premiera utvecklingen av högre djurskyddsnormer genom möjliga planer på tekniska och finansiella stödsystem.

I den Europeiska unionens nya strategi för djurhälsa (2007–2013) uttalas att:

”Begreppet djurhälsa avser inte bara frånvaron av sjukdom bland djur, utan även det kritiska förhållandet mellan djurens hälsa och välfärd. Det är också en grundpelare för kommissionens politik för folkhälsa och livsmedelssäkerhet.”

Målen i strategin anges vara följande¹⁰:

Mål 1

Säkerställa en hög nivå i fråga om folkhälsa och livsmedelssäkerhet genom att minimera förekomsten av biologiska och kemiska risker för människors hälsa.

Mål 2

Främja djurhälsa genom att förebygga eller minska förekomsten av djursjukdomar och på detta sätt stödja jordbruket och landsbygdsekonomin.

Mål 3

Stärka den ekonomiska tillväxten, sammanhållningen respektive konkurrenskraften och garantera fri rörlighet och en proportionell rörlighet för djur. (Notera att kommissionen i en fotnot framhäver att den fria rörligheten står i proportion till risken att sjukdomar sprids och djurens välfärd under transport.)

Mål 4

Främja metoder inom jordbruket och för djurens välfärd som förebygger djurhälsorelaterade hot, minimerar miljökonsekvenserna och stöder EU:s strategi för hållbar utveckling.

Principen om varornas fria rörlighet är, som det må förstås, inte absolut i relation till transport av djur, utan begränsas av hänsynen till djurets hälsa och välfärd.

Allmänt kan konstateras att EU i sitt regelsystem och i sin politik har djurskydd som ett prioriterat område. Hur detta formuleras i praktiken i ett upphandlingsmässigt perspektiv visas av det specifika regelverk som gäller för upphandlingar inom EU.

⁹ KOM (2006) 13 sid.9

¹⁰ KOM 539 (2007) sid 9

I det följande kommer EU:s regelverk för upphandlingar att behandlas. Syftet är att följa processen från överordnade direktiv till EU-kommissionens vägledning för hur upphandlande myndighet skall förfara vid livsmedelsupphandlingar, om upphandlaren vill väga in miljöhänsyn i upphandlingen.

7. Upphandling, miljö och djurskydd

7.1 Upphandling med miljöhänsyn, härunder hänsyn till djurskydd

EU reglerar, som tidigare nämnts, hur upphandlingen skall gå till. Förfarandereglerna återfinns i direktiv 2004:18 och 2004:17. Direktiven har implementerats i svensk rätt genom lagen om offentlig upphandling (2007:1091).

De nya direktiven innehåller bestämmelser om integrering av miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingsprocessen (vilket särskilt framhävs i Prop. 2006/07).

I LOU anges följande regler som kan kopplas till miljöhänsyn:

- 6 kap. 3 §: Tekniska specifikationer i form av prestanda eller funktionskrav
- 6 kap. 12 §: Information om miljöskydd
- 6 kap. 13 §: Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt
- 10 kap. 2 § punkt 3: Brott avseende yrkesutövningen
- 10 kap. 2 § punkt 4: Allvarligt fel i yrkesutövningen
- 11 kap. 11 § punkt 7: Miljöskyddsåtgärder
- 11 kap. 12 §: Tillgång till andra företags kapacitet
- 11 kap. 15 §: Standarder för miljöledning
- 12 kap. 1 §: Miljöegenskaper vid tilldelning av kontrakt

Innehållet i föreskrifterna presenteras närmare nedan, under de enskilda momenten i ett upphandlingsförfarande.

7.2 Upphandlingsprocessens enskilda delar

När en upphandlare skall väga in miljöhänsyn och hänsyn till djurens välfärd kan detta ske under samtliga moment av upphandlingen som i stort genomförs i följande steg:

- behovsanalys
- marknadsanalys
- förfrågningsunderlag
- annonsering
- uteslutning
- kvalificering
- tilldelning
- uppföljning.

Förutom direktiven har EU, genom sin rättspraxis, presenterat en rad klargöranden omkring hur bl.a. de bärande principerna skall förstås och var och hur i dokumenten krav på anbudslämnaren, den levererade produkten och avtalsförhållandet kan formuleras. Då djurvälfärd faller in under EU:s anvisningar omkring hur man som upphandlare köper livsmedel på ett miljömedvetet sätt, skall utgångspunkten tas i EU:s vägledning om att "köpa

grönt”¹¹ och de närmare råd som ges under livsmedelsspecifik upphandling¹². Upphandlaren skall utifrån behoven välja vad som upphandlas och kan välja tjänster och produkter som är miljöanpassade. Förfarandet vid upphandlingen skall ske jämte de upphandlingsregler som gäller och vid varje steg innan kontraktstilldelningen kan miljöhänsynen beaktas.

En offentlig upphandling inleds med att identifiera inköpsbehovet och hur behovet kan tillgodoses. Det finns en stor möjlighet att ta miljöhänsyn under denna förberedelsefas.

Det kan från den upphandlande myndighetens sida anses önskvärt att produkterna/tjänsterna uppfyller vissa miljöegenskaper och LOU fastställer hur dessa krav skall ställas:

6 kap 3 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven skall vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

En upphandlande myndighet får hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt för leverantören att visa att de uppställda prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket är uppfyllda.

En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna genom hänvisning till specifikationerna enligt 2 § i fråga om vissa egenskaper och till prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket i fråga om andra egenskaper.

6 kap 4 § De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt".

6 kap. 7 § LOU

Om en upphandlande myndighet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om 1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som skall upphandlas, 2. kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och 3. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

¹¹ Att köpa grönt!

Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling (EU-kommissionen)

¹² Europeiska kommissionens utbildningspaket i miljöanpassad offentlig upphandling. Livsmedel och cateringtjänster

Den upphandlande myndigheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke skall antas motsvarade tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget men skall godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

I beaktandesats 29 i det klassiska direktivet anges följande:

”De tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar bör tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna måste följaktligen kunna bygga på prestanda- och funktionskrav och, om det hänvisas till europeisk standard, eller i avsaknad av sådan, till nationell standard, måste de upphandlande myndigheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar. För att visa att en lösning är likvärdig bör anbudsgivarna få använda alla former av bevis. Den upphandlande myndigheten måste kunna motivera alla beslut om att likvärdighet inte föreligger.

En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper t.ex. en viss produktionsmetod, och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster.” (min understrykning)

Även om det finns stöd¹³ för att hävda att en hänvisning till produktionsmetoden kan användas för att ställa djurskydds krav kan det inte bortses från att det måste finnas en koppling mellan kravet och kontrakt föremålet.¹⁴

7.3 Påverkas kvaliteten av produktionsmetoden?

”Det råder ett samband mellan, djurskydd, djurhälsa och produktsäkerhet: en hög djurskyddsnivå från avel till slakt kan påverka produktsäkerheten positivt”¹⁵

Genom en formulering i handlingsplanen för djurskydd¹⁶: *Kommissionen ger i sin vitbok om livsmedelssäkerhet sitt erkännande åt de samband som finns mellan livsmedelssäkerhet och djurskydd* ” visar EU-kommissionen att den anser att det finns ett tydligt samband mellan produktionsmetod och slutprodukt. Det blir således upp till den upphandlande myndigheten att konkret visa hur ett eventuellt krav på djurskydd har ett samband med kontrakt föremålet. Att produktionsmetoder och andra åtgärder kring produkten kan påverka produktens slutgiltiga egenskaper torde vara ställt utom tvivel.

¹³ Miljöstyrningsrådet Rapport 2011:1

”EXTERNT RÄTTSUTLÅTANDE OM DJURSKYDDSKRAV I OFFENTLIG UPPHANDLING”

Niklas Bruun

¹⁴ ”Att köpa grönt” (Europeiska Kommissionen)

¹⁵ Europaparlamentets resolution av d. 5 maj 2010 om utvärdering och bedömning av handlingsplanen för djurskydd och djurs välbefinnande

¹⁶ Kom (2006) 14 sid. 11

Att valet av en produktionsmetod är ett tillåtet krav i relation till de miljöhänsyn man som upphandlare önskar tillgodose framgår av beaktandesatsen och direktiven samt lagen i övrigt. Dock finns här skäl att framhäva det faktum att en produktionsmetod måste ha en tydlig koppling till kontrakt föremålet.

7.4 Prövning av anbudslämnare och anbud

Enligt praxis skall prövningen av anbuden göras i två steg. Först prövas anbudslämnarnas lämplighet och sedan prövas hur väl anbudet svarar mot de krav som upphandlaren ställt på produkten/tjänsten. Krav som avser bedömning av leverantörens förmåga att utföra uppdraget, såsom krav på miljöledningssystem, hör till kvalificeringsfasen. Tilldelningen av kontraktet skall genomföras enligt utvärderingsgrunderna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Den upphandlande myndigheten får, vad avser tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, välja vilka kriterier som skall användas vid utvärderingen och dessa skall sammanlagt ge stöd för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet har dessutom möjlighet att ta miljöhänsyn och skydda miljön genom att ställa krav på hur kontraktet skall fullgöras, så kallade särskilda villkor för fullgörande av kontrakt.

7.5 Anbudslämnarens väg till ett kontrakt

Anbudslämnarens väg till ett kontrakt går genom tre steg: kvalificeringsfasen, köp av produkt/tjänst -kravspecifikationen samt avtalet.

7.5.1 Kvalificeringsfasen

Är anbudslämnaren att diskvalificera mot bakgrund av tidigare förseelser i form av bristande uppfyllelse av kraven på fullgörande av sina plikter rörande skatt etc., har anbudslämnaren dömts för bedrägeri el. likn eller har denne allvarligt brustit i yrkesutövningen kan/skall anbudslämnaren sällas bort, beroende på vilken typ av grund som motiverar diskvalificeringen.

Att diskvalificera en anbudslämnare för att denne anses allvarligt ha brustit i yrkesutövningen är möjligt, men öppnar upp för en hel del tolkningsproblem.

Begreppet "allvarligt fel i yrkesutövning" har inte getts någon självständig EU-rättslig definition i upphandlingsdirektivet. Hur begreppet skall förstås och vilken räckvidd begreppet innehar överlämnas till medlemsstaterna att fastställa.

I förarbetena till LOU, Prop 2006/07 uttalas följande:

”När det gäller punkterna 3 och 4 (pkt. 4 handlar om allvarligt fel i yrkesutövningen) framgår av beaktandesats 43 att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel.”

Svensk förvaltningsdomstol har uttalat att med hänsyn till de konsekvenser en tillämpning av bestämmelsen får för en anbudsgivare bör uteslutningsgrunden tillämpas restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen (Kammarrätten i Göteborg mål 4442-09).

I mål 44-11 E Göteborg behandlades en fråga rörande det faktum att en upphandlande myndighet, vid en upphandling av byggkontrakt, diskvalificerade en anbudslämnare mot bakgrund av att han ansågs ha brutit ett avtal. Oavsett att en tvist verserade vid skiljenämnd ansåg Förvaltningsrätten i Göteborg att det efter det upplysta var ostridigt att anbudslämnaren hade gjort sig skyldig till avtalsbrott i ett offentligt byggkontrakt och att detta var att betrakta som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. I mål 2090-11 bekräftade Kammarrätten förvaltningsrättens uppfattning.

En anbudslämnares yrkesutövning får således relevans i relation till diskvalificeringsreglerna, förutsatt självfallet att detta har koppling till det som skall upphandlas.

När det har fastställts att en anbudslämnare inte skall diskvalificeras skall det konstateras om anbudslämnaren kvalificerar sig till uppdraget.

En anbudslämnare skall ha tillräcklig kompetens och ekonomi för att kunna fullgöra uppdraget och upphandlaren skall värdera om anbudslämnaren uppfyller de krav som ställs och vilka bevis upphandlaren önskar få ta del av. När det gäller hur den tekniska förmågan, härunder utbildning och erfarenhet, skall styrkas föreskriver LOU, 11 kap. 11 § följande:

11 § Den upphandlande myndigheten skall i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör skall styrka sin tekniska kapacitet. Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt:

- 1. genom en förteckning över slutförda byggtreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggtreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggtreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt,*
- 2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare,*
- 3. genom uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller som berörs på annat sätt, vare sig de direkt*

tillhör leverantörens företag eller inte, och, i fråga om byggentreprenader, uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. genom en beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser,
5. när det är fråga om komplexa varor eller tjänster eller, om det finns särskilda skäl, varor eller tjänster avsedda för ett särskilt ändamål, genom en kontroll som skall utföras av den upphandlande myndigheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,
6. genom uppgifter om tjänsteleverantörens eller entreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som skall ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggentreprenaden,
7. när det är fråga om byggentreprenader eller tjänster, genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter,
8. genom en uppgift om antalet anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antalet anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,
9. genom en uppgift om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,
10. genom en upplysning om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören kan komma att lägga ut på underleverantörer, eller
11. när det gäller varor som skall levereras, genom prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet skall styrkas om den upphandlande myndigheten begär det, eller genom intyg som upprättas av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det skall framgå att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder.

7.5.2 Köp av produkt/tjänst -kravspecifikationen

Den upphandlande myndigheten anger under denna del vilka krav som ställs på produkten/tjänsten. Miljömässiga krav, ekologi etc.

12 kap 1 § En upphandlande myndighet skall anta antingen

- 1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller*
- 2. det anbud som innehåller det lägsta priset.*

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.

I mål C-448/01 (Wienstrom) godtog EU-domstolen ett högt viktat miljökriterium för att den elektricitet (en vara) som skulle köpas kom från förnybar elektricitet och Domstolen refererade till det EU-allmänna målet att minska utsläppen av växthusgaser. Det kan antas att ett liknande resonemang skulle kunna göras rörande djurskydds krav – ett formulerat EU-mål att förbättra djurskyddet. Återigen förutsatt en tydlig koppling mellan krav och kontrakt föremål.

7.5.3 Avtalet

Under kontrakt med "tillkommande villkor" kan den upphandlande myndigheten lägga till rena avtalsvillkor som har med leveransen att göra.

Kap 6 13 § (LOU) En upphandlande enhet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Dessa villkor skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Förutom att ställa krav på leverantören och krav på det som köps kan den upphandlande myndigheten beskriva hur de vill att kontraktet skall genomföras.

En milstolpe i EU:s rättspraxis är "Beentjesmålet" C-31/87 som handlade om att när kvalificeringen av leverantören och utvärderingen av anbudet var klara, ville den upphandlande myndigheten sluta kontrakt med den leverantör som dessutom kunde sysselsätta arbetslösa.

EU-domstolen konstaterade att det var möjligt att använda tillkommande kriterier så länge dessa var lämpliga för en sådan bedömning och inte hade någon diskriminerande effekt. Domstolen benämnde kravet som ett tillkommande särskilt villkor, dvs. ett villkor som, trots att det inte angavs i direktivet, ändå kunde uppställas. Domstolen betonade att villkoret inte direkt eller indirekt fick ha diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra länder och att leverantörer skall få reda på villkoret i inledning av upphandlingsprocessen.

En annan central dom från EU-domstolen är mål C-225/98, Nord Pas de Calais. Enligt denna dom ansåg EU-domstolen att det var möjligt med ett villkor som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslöshet. Med hänvisning till Beentjesmålet accepterade EU-domstolen villkoret och underströk att sådana villkor inte får strida mot gemenskapsrätten. Bl.a. skall villkoren vara förenliga med alla de grundläggande principerna.

Mot bakgrund av ovanstående genomgång av var och hur miljökraven kan ställas under upphandlingsprocessen ses att den upphandlande myndigheten kan ställa krav, förutsatt att åtgärderna sker i överensstämmelse med EU:s förfaranderegler.

7.6 Hör krav på djurskydd ihop med miljöområdet?

Efter att ha konstaterat att hänsyn till djurskydd är ett EU-gemensamt hänsyn, dyker frågan upp om djurskydds krav är att betrakta som ett miljömässigt krav på så sätt att den praxis och det utrymme som ges detta område kan överföras till djurskyddsområdet. För att svara på denna fråga skall inte utgångspunkt enbart tas i de allmänna råden, från EU-kommissionen,

om hur miljömässig upphandling skall gå till, utan också i EU-kommissionens vägledning på livsmedelsområdet.

Specifik vägledning ges i EU:s livsmedelsorienterade "verktygslåda" som kan användas vid myndigheters upphandling.

I utbildningsmaterialet till miljömässiga inköp skriver EU-kommissionen att GPP säkerställer att den miljömässiga upphandlingen inte stöter på några rättsliga hinder¹⁷. En upphandlare som följer modellen i utbildningsmaterialet borde därför stå på säker grund i relation till överprövningar.

7.7 EU:s anvisning rörande miljömässig upphandling av livsmedel¹⁸

Enligt vägledningen anger upphandlingsdirektiven den rättsliga ramen för upphandlingen som fylls ut genom beaktande av hänsyn till de olika politikområden som EU anser skall tillgodoses. Det är återigen värt att understryka att EU uttrycker att den upphandlande myndigheten "inte stöter på några rättsliga hinder" om den använder sig av vägledningens anvisningar.

7.8 Föremålet för kontraktet

Under listningen, i EU:s anvisning, av vad som kan upphandlas nämns bl.a.:

- Upphandling av ekologiska livsmedel.
- Upphandling av livsmedel som har producerats inom ramen för ett "integrerat produktionssystem".
- Upphandling av vattenbruks- och havsprodukter som har producerats eller fångats på ett hållbart sätt.
- Upphandling av köttprodukter från djur som omfattas av bra djurskyddsstandarder.
- Upphandling av säsongprodukter.
- Upphandling i lösvikt eller i förpackningar som till stor del består av återvunnet material.
- Användning av bestick, porslin, glas och dukar som kan återanvändas.
- Användning av miljövänliga pappersprodukter.

7.9 Vilka kriterier kan tas med vid utvärderingen av det som köps?

Under avsnittet om hur inköpen kan utvärderas, av relevans för denna rapport, ses att EU-kommissionen uttryckligen lyfter fram djurskyddsstandarder:

"4. Djurskyddsstandarder: Andelen animaliska produkter som produceras med höga djurskyddsstandarder enligt nationella riktlinjer."

¹⁷ GPP Training toolkit module 2

¹⁸ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/food_GPP_product_sheet_template.pdf

7.10 Hur kan anbudslämnaren styrka att kraven uppfylls?

När det gäller hur anbudslämnaren skall visa att kraven uppfylls pekar EU-kommissionen på följande verifikat:

”Verifiering: Produkter som anbudsgivaren på lämpligt sätt kan bevisa uppfyller relevanta nationella frivilliga standarder som går längre än den obligatoriska lagstiftningen, t.ex. certifiering från ett erkänt organ, skall anses uppfylla kraven. Alternativt skall anbudsgivaren på annat lämpligt sätt styrka att djurskyddsstandarderna uppfylls.”

Mot bakgrund av fördraget, direktiv och livsmedelsspecifika upphandlingsanvisningar visas att djurskyddskrav på inget sätt är en främmande fågel inom livsmedelsupphandling. Djurskyddskrav är, som det ses av det ovan anförda, att betrakta som ett legitimt krav vid urvalet av vilka produkter den upphandlande myndigheten önskar att köpa in.

8. Exempel från svensk rättspraxis

Den svenska offentliga livsmedelsupphandlingen omgärdas i dagsläget av ett antal frågetecken rörande vilka krav som får ställas avseende produktionsmetoder och djurens välbefinnande.

Nedan presenteras domstolens motivering från de domar som representerar gällande rättspraxis och som varit utgångspunkt för Konkurrensverkets yttrande i frågan.

Samtliga domar handlade om ställda djurskyddskrav och centrala frågeställningar. Mina kommentarer följer varje dom.

8.1 Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 2216-2221-10

Kammarrätten konstaterar bland annat följande i målet.

Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad utan medlemstaterna 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 skall kunna säljas i alla andra medlemsländer. Enda undantaget 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.

Förfrågningsunderlaget innehåller krav på att varor skall 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 ur t.ex. djurskyddssynpunkt. En upphandlande myndighet skall 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.

- Kammarrätten framhäver att kommunen inte har lyft sin bevisbörda rörande varför kommunen anser att kravet med hänvisning till svensk djurskyddslagstiftning ansetts befogat.
- Kammarrätten pekar på vikten av att de krav som ställs verkligen kan följas upp.

- En sanningsförsäkran anses, av Kammarrätten, inte vara tillräckligt verifikat. I EU-kommissionens anvisningar pekas på att anbudslämnaren på ett ”lämpligt sätt” visar att kraven är uppfyllda. EU:s rättspraxis visar att ett ställt krav SKALL kunna följas upp¹⁹, men hur det följs upp är upp till myndigheterna att bestämma med respekt för EU:s bärande principer. Som ett exempel kan nämnas egenkontroll vid CE-märkning och anbudslämnarens redovisning av ett miljöledningssystem, när den upphandlande myndigheten kräver EU:s egna miljöledningssystem EMAS åtföljt av orden ”eller likvärdigt”.

8.2 Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 2921-2922-10

När det gäller kravet att produkter skall ha producerats med en lägsta djurskyddsnivå (med hänvisning till 2 och 4 §§ djurskyddslagen, EG-direktiv samt svenska föreskrifter utfärdade av djurskyddsmyndigheten) ställs det inte, enligt kammarrätten, något krav på att produkterna skall vara producerade i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning. Det kravet kan inte anses diskriminerande. När det gäller kravet på transporttid till slakt (där det finns en EU-förordning) 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.

- Krav ställda utan formuleringen att produkterna skall ha producerats i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning anses inte diskriminerande.
- Kravet på lägsta transporttid till slakt anses vara diskriminerande då det avviker från EU-förordningens angivelse av längsta transporttid. Det skall härtill bemärkas att EU:s transportförordning definierar långa transporter som transporter över åtta timmar²⁰. EU:s transportförordnings syfte är att minimera djurens lidande. Förordningen kan, med utgångspunkt i dess syfte, också läsas som att transporter upp till åtta timmar är huvudregeln och att transporttider över åtta timmar är ett undantag som skall kringgärdas av särskilda villkor och krav på transportören. Om en upphandlande myndighet kan visa att egenskapen på produkten påverkas av t.ex. transporttider bör ett krav på längsta transporttid, i enlighet med transportförordningen, med framgång kunna ställas.
- Kammarrätten efterlyser en motivering från kommunens sida som visar att ett krav som anses vara konkurrensbegränsande är befogat.

¹⁹ C-448/01 (Wienstrom) pkt. 51

²⁰ EG 1/2005 artikel 2, m.

8.3 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 46844-10 och 46958-10

Det är i målet ostridigt att förfrågningsunderlaget innehåller högre djurskyddskrav än de som uppställs enligt EU:s miniminivå. EU-domstolen har i mål C-305/08 punkt 3 uttalat bl.a. följande. Domstolen har funnit att ett av syftena med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt och att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran. Av det ovan anförda följer att en upphandlande myndighet vid utformningen av ett förfrågningsunderlag skall se till att de krav som ställs öppnar upp för så bred konkurrens som möjligt. Om ett krav inskränker konkurrensen måste det prövas om detta är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten anser att kraven är konkurrensbegränsade eftersom det är sannolikt att många utländska producenter, med lägre djurskyddskrav inom sitt land samt bristande kännedom om svenska djurskyddsregler, riskerar att uteslutas från aktuell upphandling. Det kan ifrågasättas om de ställda kraven är lämpliga och effektiva för att nå uppställt syfte. Kommunerna har i vart fall inte visat att det i aktuell upphandling varit nödvändigt att uppställa högre djurskyddskrav än de enligt EU:s mininivå för att uppnå syftet med upphandlingen. Kommunerna har därför brutit mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten framför samma slutsatser som kammarrätten ovan (i mål 2216-221-10) vad gäller frågan om uppföljning.

- Det ligger i sakens natur att alla krav som ställs gynnar en produkt framför en annan. Kraven är dock tillåtna så länge de uppfyller EU:s bärande principer. Att öppna för en så bred konkurrens som möjligt betyder att anbudslämnare som uppfyller kraven skall ha möjlighet att på lika villkor kunna tävla om uppdragen. (Jfr EU-kommissionens motiv till offentlig upphandling.)
- Förvaltningsrätten efterlyser också en motivering från den upphandlande myndighetens sida, till varför kraven ställs och hur de förankras i EU:s bärande principer.

8.3.1 Konkurrensverkets yttrande

Mot bakgrund av ovan redovisade domar har Konkurrensverket yttrat sig²¹ och mina kommentarer till Konkurrensverkets yttrande kan läsas under varje citerad del.

”Det strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling att ställa krav på att livsmedel skall vara producerade i enlighet med den svenska djurskyddslagstiftningen vid offentlig upphandling. Krav som består av formuleringar tagna från den svenska djurskyddslagstiftningen försätter anbudsgivare i en ojämlig ställning och gynnar svenska produkter.”

Påståendet att en hänvisning till svenska djurskyddsregler automatiskt försätter utländska anbudslämnare i en ojämlig ställning är inte en absolut sanning. Tidigare avsnitt av denna rapport har visat på valda delar av EU-kommissionens vägledning för livsmedelsupphandlingar, där det kan ses att verifikat kan utgöras av nationella standarder. Sammanfattningsvis kan sägas att en nationell reglering som ställer krav inte omedelbart är i strid med principerna om den fria rörligheten så länge regleringen är i överensstämmelse med de bärande EU-principerna och inte strider mot EU:s regler. Men eftersom EU:s tolkning av när otillåtna hinder för den fria rörligheten föreligger är mycket strikt, finns skäl att lyfta ett varningens finger för all hänvisning som kan verka nationellt protektionistisk.

”Principen om ömsesidigt erkännande gäller för den offentliga upphandlingen. Denna princip innebär att en vara som lagligen tillverkats eller saluförts i ett medlemsland inom EU skall kunna säljas i alla andra medlemsländer. Undantag finns då ett särskilt skyddsintresse kan hävdas till skydd för människors och djurs liv och hälsa.”

Att en kund har en specifik preferens i en specifik upphandling betyder att vissa varor väljes från och att vissa varor väljes till. Detta är en självklar sanning i kommersiella förhållanden och bör inte omedelbart leda till att upphandlaren skall klä skott för handelshindrande aktiviteter.

Denna åsikt är i överensstämmelse med Högsta förvaltningsdomstolens (regeringsrätten) dom i målet nr. 7957-09 (18.10.2010) där klaganden hänvisade till att dennes produkt var CE-märkt, och därmed omfattad av harmonisering från EU:s sida och som måste godkännas av landstinget som hade uppställt längre gående miljökrav. Högsta förvaltningsdomstolen betonade att det faktum att produkten var CE-märkt inte innebär att ”landstinget måste upphandla varan”, utan att landstinget på ett godtagbart sätt har velat främja sina miljömål och undvika produkter med ett visst miljöfarligt tillsatsämne (triclosan).

²¹ ”Krav på djurskydd vid offentlig upphandling - rättspraxis och slutsatser”
Konkurrensverket 2011-03-15

”En upphandlande myndighet har rätt att tämligen fritt formulera sina behov och krav på föremålet för upphandlingen. Konkurrensverket anser att det inte är förbjudet att ställa krav på djurskyddshänsyn vid offentlig upphandling. Däremot måste en upphandlande myndighet kunna säkerställa att alla leverantörer behandlas lika, att de ges lika förutsättningar att lämna ett anbud, att kraven är förutsebara och att myndigheten samtidigt har en reell möjlighet att kontrollera att de ställda kraven uppfylls. Kraven på djurskyddshänsyn skall också vara proportionella i förhållande till det syfte som skall uppnås och inte begränsa konkurrensen mer än nödvändigt.”

Denna utsago är helt i överensstämmelse med gällande rätt på området och bör fungera som en ledstjärna för upphandlande myndigheter.

”Konkurrensverket vill betona vikten av att de krav som ställs i en upphandling följs upp och en upphandlande myndighet måste försäkra sig om att de krav som ställs i en upphandling verkligen kan följas upp. Myndigheten måste också ta med i beräkningen om denna uppföljning leder till mer administration och ökade kostnader för leverantörerna. Utan några EU-gemensamma riktlinjer, indikatorer och gemensam kontrollfunktion kan det dessutom vara svårt för en upphandlande myndighet här i Sverige att bedöma om ett livsmedel är producerat med en högre nivå av djurskydd än den miniminivå som är fastlagd inom EU.”

En upphandlande myndighet skall kräva att leverantören visar hur kraven uppfylls och leverantören skall då på lämpligt sätt styrka att kraven uppfylls. I EU-kommissionens anvisningar pekas på att anbudslämnaren på ett ”lämpligt sätt” visar att kraven är uppfyllda. EU:s rättspraxis visar att ett ställt krav SKALL kunna följas upp, men hur det följs upp är upp till myndigheterna att bestämma, med respekt för EU:s bärande principer. Som ett exempel kan nämnas egenkontroll vid CE-märkning och anbudslämnarens redovisning av ett miljöledningssystem, när den upphandlande myndigheten kräver EU:s egna miljöledningssystem EMAS åtföljt av orden ”eller likvärdigt”.

Det förutsätts att den upphandlande myndigheten har kompetens att värdera innehållet i leverantörens bevisning. Av hänsyn till likabehandlingsprincipen och egenintresset i att man som kund får det man betalar för bör uppföljningsverktyg och mål etableras. Men detta betyder inte att ett krav skall underkännas blott för att domstolen anser att det är svårt att följa upp.

”Djurskyddslagstiftningen inom EU är inte helt harmoniserad (det är främst minimidirektiv) och medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa nationella regler. I dessa fall gäller principen om ömsesidigt erkännande.”

Om en upphandlande myndighet anser att det är relevant att ställa djurskyddskrav skall en leverantör från andra medlemsländer kunna visa att de ställda kraven uppfylls och den upphandlande myndigheten skall acceptera bevis från andra länder. Detta betyder dock inte att en upphandlande myndighet måste acceptera att bortse från sitt krav enkom för att produkten lagligen har tillverkats i ett annat land. Kunden har ju här en preferens som ryms inom EU:s bärande principer och regler.

8.4 Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 8227-10

Tre huvudfrågor har utkristalliserats i målet:

- Krav på att antibiotika endast används efter förskrivning från veterinär
- Krav på att djuret är bedövat vid avlivning
- Krav på att djuret har en längsta transporttid till slakt

8.4.1 Krav på att antibiotika endast används efter förskrivning från veterinär

Att kräva att antibiotika endast används som läkemedel när det är medicinskt motiverat betyder inte att produkten inte är accepterad, blott att användningen skall ske utifrån försiktighetsprincipen.

Direktiv 90/167 och Direktiv 2001/82 visar att antibiotika inte är en vara vilken som helst, utan skall kringgärdas av de åtgärder som hör till veterinärmedicinska läkemedel.

Inom miljöområdet råder en viktig EU-rättslig princip²², som kallas försiktighetsprincipen. I Kommissionens anvisningar bör tre principer vara vägledande för användningen av försiktighetsprincipen:

- Användningen av principen bör grundas på en så fullständig vetenskaplig bedömning som möjligt, som, så långt det går, skall fastställa graden av vetenskaplig osäkerhet i varje skede.
- Varje beslut att vidta eller inte vidta åtgärder enligt försiktighetsprincipen skall föregås av en bedömning av risken och möjliga konsekvenser av att inte vidta åtgärder.
- Så snart resultaten från den vetenskapliga bedömningen och/eller riskbedömningen finns tillgängliga, skall samtliga berörda parter ha möjlighet att delta i studiet av olika tänkbara åtgärder med största möjliga insyn.

Förutom dessa principer är de allmänna principerna för god riskhantering tillämpliga i samband med försiktighetsprincipen. Det rör sig om följande fem principer:

²² Meddelande från kommissionen av den 2 februari 2000 om försiktighetsprincipen [KOM(2000) 1 slutlig

- De åtgärder som vidtas skall vara proportionella i förhållande till den eftersträvade skyddsnivån.
- Åtgärderna skall vara icke-diskriminerande.
- Åtgärderna skall vara förenliga med de åtgärder som redan vidtagits i liknande situationer eller där man använt liknande tillvägagångssätt.
- Möjliga fördelar och kostnader för en åtgärd eller brist på åtgärd skall undersökas.
- Åtgärderna skall omvärderas mot bakgrund av nya vetenskapliga rön.

Enligt det danska livsmedelsverket ligger den danska konsumtionen av antibiotika till djur inom livsmedelsproduktionen, på bottenivå inom EU. "Fødevarestyrelsen" har riktlinjer för hur mycket antibiotika man anser vara acceptabelt. Producenter vars användning överstiger 80 % av den accepterade nivån kommer att få en varning – ett gult kort som känns igen från fotbollssporten. Konsekvenserna blir att producenterna måste presentera en handlingsplan med konkreta åtgärder i syfte att minska antibiotikaanvändningen och ålagda avgiftsbelagda kontrollbesök från myndigheterna. Denna tydliga signal från den danska staten om begränsningen av antibiotikaanvändning har inte ansetts strida med varornas fria rörlighet.

Användning av antibiotika efter förskrivning av veterinär skall inte blandas ihop med EU:s regler för fodertillsatser (Förordning 1831/2003) där det anges att koccidiostatika och histomonostatika (annan antibiotika är inte tillåten som fodertillsats, enligt förordningen) skall fasas ut.

8.4.2 Krav på att djuret är bedövat vid avlivning

Huvudregeln, enligt EU:s regelverk, är att djuret är bedövat vid slakt. Endast vid särskilda undantag, i t.ex. form av religiösa hänsyn, kan huvudregeln frångås.

Undantaget från kravet på bedövning vid religiös slakt som äger rum i slakterier beviljades genom direktiv 93/119/EG.

I förordning 1099/2009 anges att

"Skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning är en fråga av allmänt intresse som påverkar konsumenternas attityder till jordbruksprodukter. Dessutom bidrar bättre djurskydd vid tidpunkten för slakt till bättre köttkvalitet och indirekt till bättre arbetsmiljö i slakterier."

samt att

"Avlivning av djur kan orsaka djuren smärta, plåga, rädsla eller andra former av lidande även under bästa möjliga tillgängliga tekniska förhållanden. Många avlivningsmetoder är plågsamma för djur. Därför behövs bedövning för att framkalla medvetlöshet och avsaknad av känslöförmågor innan eller samtidigt som djuret avlivas".

Inom flera EU-länder finns nationella föreskrifter, till illustration, för bedövning vid slakt.²³

8.4.3 Krav på att djuret har en längsta transporttid till slakt

I förordning 1/2005 sägs att "Långa djurtransporter, även långa transporter av djur som förs till slakt, bör med hänsyn till djurens välbefinnande begränsas i största möjliga utsträckning".

Med fördragets text om att hänsyn till djurens välfärd skall tas fullt ut, in mente bör en upphandlare kunna kräva att transporttid till slakt inte överstiger åtta timmar, som är fördragets längsta tid för "sedvanliga transporter". Då transporter över detta tidsrum, enligt förordningen, är transporter som skall uppfylla särskilda krav på inredning och övervakning kan dessa långa transporter visa sig fördyrande för upphandlaren och påverka slutproduktens kvalitet.

Vidare skall här pekas på det faktum att EU i sin vägledning om livsmedelsupphandlingar lyfter fram standarder för djurskydd.

8.5 Konklusion avseende domarna

Sammantaget visar domarna att djurskydds krav kan ställas, men att hänvisningar till svenska förhållanden etc. har ansetts diskriminerande och i övrigt i strid med likabehandlingsprincipen. Domstolarna visar överlag en, i mina ögon, alltför långtgående försiktighet med att godkänna krav som ställts, av upphandlande myndigheter, i relation till transport, slakt och antibiotika. Denna uppfattning stöds av Professor Niklas Bruun och underbyggs av resonemanget i denna rapport. Domstolarnas förmodade försiktighet kan dels motiveras med en generell utgångspunkt i principerna om varornas fria rörlighet och EU-rättens företräde framför nationell rätt och dels i att den upphandlande myndigheten inte tydligt kunnat visa kopplingen mellan de ställda kraven och föremålet för kontraktet.

²³ http://www.q-s.de/dc_slaughtering_deboning.html.

<http://archive.defra.gov.uk/foodfarm/farmanimal/welfare/slaughter/guidance.htm>

http://www.organicfarmers.org.uk/licensees/controlmanual/pdf/CM_12_Abattoir_Standards_Oct06.pdf

<http://www.sweden.gov.se/sb/d/12020>

Advokatfirman Delphi har, på uppdrag av Konkurrensverket, sammanställt och analyserat överprövningsmål om upphandling av livsmedel.²⁴ I rapporten pekas på att det ofta saknas en utvecklad rättslig argumentation från myndighetens sida. Vidare sägs att

”I många fall konstaterar domstolen att myndigheten inte förmått förklara varför ett krav varit t.ex. proportionerligt och nödvändigt för att uppnå en viss produktkvalitet. Det intryck som ges är att de upphandlande myndigheterna inte så ofta analyserat de rättsliga förutsättningarna att ställa kraven”.

Sammanhålls svensk rättspraxis med EU:s reglering på området ses att utrymmet för att ställa djurskyddskrav vid livsmedelupphandling är stort.

²⁴ Rapporten En studie av överprövningsmål – Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010, 2011, Advokatfirman Delphi

9. Sammanfattning och rekommendationer

Rapporten visar att djurskyddskrav kan ställas vid livsmedelsupphandlingar och att det inte bara är möjligt att ställa kravet, utan att det dessutom är ett krav som bottnar i EU:s gemensamma mål. Det är dock angeläget att kravet inte framstår som ett nationellt protektionistiskt krav, eller som gynnande av ett visst fabrikat etc. Ett djurskyddskrav som kopplas till kontraktsföremålet och som uppfyller likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, transparensprincipen och principen om ömsesidigt erkännande har goda utsikter att vinna framgång.

I avsnittet om svensk rättspraxis visades att upphandlande myndigheter bättre behöver klargöra de rättsliga förutsättningarna för de ställda kraven och redovisa en mer genomarbetad argumentation.

När det gäller den svenska gröna näringen och livsmedelsupphandling står produktionen starkt i förhållande till de kundpreferenser som finns på området. Det är dock önskvärt att producenterna blir mer synliga i de konkreta affärer som görs på offentlig marknad. Upphandlande myndigheter kan här arbeta mer med att se på möjligheterna att upphandla färskvaror, upphandla mindre volymer, delade kontrakt och att kräva en högre grad av produkttillgänglighet. Vidare kan upphandlande myndigheter separera distributionen från livsmedelsupphandlingen.

9.1 Producenternas ansvar

Producenterna måste vilja ha en plats på offentlig marknad och kan behöva bryta den rådande marknadsstrukturen av ett oligopol genom att samarbeta om anbudet. Det är enligt upphandlingsreglerna möjligt att åberopa andra företags kompetens och kapacitet, om man som anbudslämnare önskar att lägga ett anbud man kanske själv inte har fullständig förmåga att fullgöra. Det bör i sammanhanget nämnas att konkurrenslagen inte hindrar att företag får samarbeta (det s.k. konsortieundantaget), oavsett om de är konkurrenter eller ej, om något av berörda företag inte ensamt kan klara ett visst åtagande eller inte ensamt vinna en upphandling.

9.2 Jordbruket i framtiden

Dacian Cioloș, kommissionsledamot med ansvar för jordbruk och landsbygdsutveckling, genomförde en bred undersökning om jordbruksfrågan i EU inför förändringsarbetet med sikte på 2013.²⁵ I sammanställningen av undersökningen sägs följande.

”Det fanns en samstämmighet i alla samhällsgrupper om att de främsta syftena med EU:s jordbruk bör vara att

²⁵ http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/debate/report/summary-report_sv.pdf

- *tillhandahålla ett säkert och hälsosamt sortiment av livsmedel till överblickbara och överkomliga priser,*
- *garantera en hållbar markanvändning,*
- *främja verksamheter som bevarar landsbygden och dess samhällen, samt trygga livsmedelsförsörjningen.”*

9.3 I syfte att underlätta för den svenska gröna näringens tillträde till offentlig marknad behövs bl.a följande:

- En nära dialog mellan Lantbrukarnas branschförbund och EU omkring arbetet med GPP (krav vid upphandling).
- En strategi rörande offentlig sektor som marknad, som en del i LRF:s ”Nya vägar till matmarknaden” .
- En analys av producenternas vilja och förmåga att leverera till offentlig sektor, såväl inom som utanför Sverige.
- En analys av upphandlande myndigheters preferenser i relation till den svenska gröna näringens konkurrensparametrar.
- Användandet av EU:s anvisningar på hur små och medelstora företag kan hjälpas till att bli anbudslämnare till offentlig sektor.
- En rikstäckande förståelse av livsmedelssektorn som en essentiell del av svensk ekonomi.

Källförteckning:

EU:

- EU:s grönbok KOM (2011) 15 om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling
- KOM (2006) 14 Kommissionens arbetsdokument om gemenskapens handlingsplan för djurskydd och djurs välbefinnande
- KOM (2007) 539 En ny strategi för djurhälsa för Europeiska unionen (2007-2013)
- Förordning 1831/2003 om fodertillsatser
- Förordning 1/2005 om transport
- "Att köpa grönt" Handbok i miljöanpassad upphandling (EU-kommissionen)
http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_sv.pdf
- Europeiska Kommissionens utbildningspaket i miljöanpassad offentlig upphandling
- Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet av den 23 januari 2006 om gemenskapens handlingsplan för djurskydd och djurs välbefinnande 2006–2010 KOM (2006) 13 – EUT C 49, 28.2.2006].
- "Fri rörlighet för varor.Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor" (Europeiska Kommissionen)
- Fördraget om Europeiska unionen
- Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Jordbruksverket:

- "Läkemedelsanvändning till djur" Handbok

Konkurrensverket:

- 2011 Mat och marknad - offentlig upphandling
- 2011 Studie i överprövningsmål - livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010
- 2011 Mat och marknad - från bonde till bord
- 2011 Konkurrens och makt i den svenska livsmedelskedjan
- 2011 Konkurrenstryckets och konkurrenskraftens inverkan på livsmedelskedjans prisbildning - Sverige i internationell jämförelse

Miljöstyrningsrådet:

- 2011 "EXTERNT RÄTTSUTLÅTANDE OM DJURSKYDDSKRAV I OFFENTLIG UPPHANDLING" Professor Niklas Bruun