
UPPHANDLINGSKRÖNIKA – DJURSKYDDSHÄNSYN VID LIVSMEDELSUPPHANDLINGAR

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

En fråga som varit föremål för livlig debatt på senare tid är om upphandlande myndigheter i samband med offentliga upphandlingar av livsmedel har möjlighet att ta djurskyddshänsyn och hur detta i så fall får göras. Från upphandlande myndigheter, främst kommuner, har framförts att detta både är tillåtet och något som har ett utbrett stöd bland allmänheten. Från leverantörshåll har framförts att krav som avser djurskyddshänsyn skulle stå i strid med EU-rätten, bl.a. eftersom sådana krav skulle diskriminera utländska leverantörer och utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner. Dessutom har från leverantörshåll påståtts att krav på djurskyddshänsyn, på områden där det saknas totalharmoniserade EU-rättsliga regler, kan strida mot principen om ömsesidigt erkännande.

Det finns numera en rad avgöranden från de svenska förvaltningsdomstolarna, främst från förvaltningsrätterna men även enstaka kammarrättsavgöranden. Något avgörande från någon av de nationella högsta instanserna, eller från EU-domstolen, finns dock ännu inte. Dessutom bör framhållas att flertalet av de hittills avgjorda målen inte har rört frågan om huruvida krav på djurskyddshänsyn överhuvudtaget är tillåtna, utan om det är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa krav på produktion av livsmedel i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning.

Det är därför intressant att konstatera att två mål som nyligen avgjorts i två olika förvaltningsrätter rör upphandlingar i vilka de upphandlande myndigheterna inte har ställt några uttryckliga krav på produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning. Istället har myndigheterna utgått från krav som utfor-

* Kristian Pedersen, advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

mats av Miljöstyrningsrådet¹, och som saknar direkt koppling till svensk djurskyddslagstiftning.

Jag kommer i denna krönika att redogöra för den rättsutveckling som just nu pågår i de svenska förvaltningsdomstolarna i frågan om krav på djurskyddshänsyn vid offentlig upphandling.

2. KORT OM ÖVERPRÖVNING AV LIVSMEDELSUPPHANDLINGAR

Jämfört med många andra branscher finns det i dagsläget relativt mycket information om överprövningsmål som rör offentliga upphandlingar av livsmedel. Konkurrensverket har på regeringens uppdrag granskat konkurrensen och andra marknadsförhållanden i livsmedelskedjan. Uppdraget resulterade bl.a. i en rapport om förhållandena på marknaden för offentlig upphandling av livsmedel.² Inom ramen för arbetet med denna rapport har Konkurrensverket låtit göra en genomgång av samtliga överprövningsmål rörande livsmedelsupphandlingar, vilka har avgjorts av förvaltningsrätterna under perioden 1 januari 2007 till och med 31 juli 2010.³

Genomgången visar bl.a. att omkring hälften av alla livsmedelsupphandlingar blir föremål för överprövning, vilket ska jämföras med att endast omkring fem procent av det totala antalet annonserade upphandlingar som genomförs blir föremål för överprövning.⁴ Genomgången visar också att ansökan om överprövning vinner bifall i omkring 41 procent av de mål som rör livsmedelsupphandlingar, medan motsvarande siffra för överprövningsmål generellt är 31 procent.⁵ Slutligen visar genomgången att antalet mål som rör krav på produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning, ekologiska livsmedel samt miljö och sociala hänsyn ökar.

¹ AB Svenska Miljöstyrningsrådet är ett bolag som bildades 1995 och som ägs gemensamt av stat och näringsliv genom Miljödepartementet, Svenskt Näringsliv och Sveriges Kommuner och Landsting med staten som huvudägare (85 procent). Regeringen har uppdragit åt Miljöstyrningsrådet att utveckla och administrera verktyg för hållbar upphandling. Se vidare www.msr.se.

² Mat och marknad – offentlig upphandling – Konkurrensverkets rapportserie 2011:4.

³ Advokatfirman Delphi, Studie i överprövningsmål – livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010.

⁴ Bättre statistik om offentliga upphandlingar – Rapport från ett pilotprojekt om insamling av upphandlingsstatistik ur annonser och tilldelningsmeddelanden – Konkurrensverkets rapportserie 2011:5.

⁵ Länsrätternas domar om offentlig upphandling – Konkurrensverkets rapportserie 2007:2.

3. PÅGÅENDE MÅL OM KRAV PÅ DJURSKYDDSHÄNSYN

De svenska förvaltningsdomstolarna har vid flera tillfällen haft anledning att pröva krav avseende djurskyddshänsyn vid livsmedelsupphandling. Exempelvis har Kammarrätten i Göteborg funnit att krav som innebar att varor skulle vara producerade i enlighet med innehållet i vissa bestämmelser i svensk djurskyddslagstiftning, i avseenden där det inte råder fullständig harmonisering inom EU-rätten, inte var förenliga med principen om icke-diskriminering då de upphandlande myndigheterna inte visat att kraven var befogade.⁶ Samma kammarrätt har också funnit att krav som ställts på transporttid till slakt var strängare än i vissa andra EU-länder, och att en sådan importrestriktion var otillåten då den inte kunnat motiveras av de upphandlande myndigheterna.⁷

För närvarande pågår emellertid två parallella domstolsprocesser som skiljer sig från de tidigare mål som rört krav på djurskyddshänsyn. Som nämnts inledningsvis är skillnaden att de upphandlande myndigheterna i de nu aktuella målen inte har ställt några uttryckliga krav på produktion i enlighet med, eller med direkt koppling till, svensk djurskyddslagstiftning, utan det istället är Miljöstyrningsrådets krav, som saknar direkt koppling till svensk djurskyddslagstiftning, vilka är föremål för prövning.

Det första av de två målen avser en upphandling av livsmedel som genomförts av Sigtuna kommun. I målet vid Förvaltningsrätten i Uppsala yrkade sökanden att upphandlingen skulle göras eftersom kommunen brutit mot de grundläggande principerna i LOU, bl.a. genom att ställa vissa krav på djurskyddsåtgärder i samband med livsmedelproduktionen. De aktuella kraven avser att antibiotika endast får användas efter ordination av svensk veterinär och när det är veterinärmedicinska motiverat, maximal transporttid inför slakt samt att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker.

I sin dom fann förvaltningsrätten att kraven avseende antibiotika och transporter var mer långtgående än vad som föreskrivs i EU-förordningarna 1831/2003⁸ och 1/2005⁹. Eftersom förordningarnas syfte är att harmonisera regelverket är strängare krav, enligt förvaltningsrätten, inte förenliga med unionsrätten och därmed inte heller med LOU. Vidare fann förvaltningsrätten att kravet på att djuret ska vara helt bedövat när avblodning sker var strängare än vad som

⁶ Kammarrättens i Göteborg dom den 16 december 2010 i mål nr 2216–2221-10.

⁷ Kammarrättens i Göteborg dom den 16 december 2010 i mål nr 2921–2922-10.

⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1831/2003 av den 22 september 2003 om fodertillsatser, EUT L 268, 18.10.2003, s. 29.

⁹ Rådets förordning (EG) nr 1/2005 av den 22 december 2004 om skydd av djur under transport och därmed sammanhängande förfaranden och om ändring av direktiven 64/432/EEG och 93/119/EG och förordning (EG) nr 1255/97, EUT L 3 05.01.2005, s. 1.

föreskrivs i direktiv 93/119/EG¹⁰. De aktuella bestämmelserna är minimikrav och det innebär, enligt förvaltningsrätten, att strängare krav kan vara förenliga med unionsrätten om kraven inte bryter mot någon annan bestämmelse. Kravet på bedövning var dock, enligt förvaltningsrätten, varken förenligt med LOU eller unionsrätten eftersom det innebär en fördel för svenska producenter och dessutom någon verklig likabehandlande kontroll av om anbudsgivarna uppfyllde kravet inte kunde genomföras. Förvaltningsrätten biföll därför ansökan om överprövning och förordnade att upphandlingen, beträffande en av varu-grupperna, skulle göras om.¹¹

Kommunen har därefter överklagat domen till Kammarrätten i Stockholm som nyligen meddelat prövningstillstånd.¹²

Det andra av de två pågående målen avser en upphandling av livsmedel som genomförts av Rättviks kommun. I målet vid Förvaltningsrätten i Falun yrkade sökanden att upphandlingen skulle göras om, eftersom kommunen brutit mot de grundläggande principerna om icke-diskriminering och likabehandling, bl.a. genom att ställa vissa krav på djurskyddsåtgärder i samband med livsmedelproduktionen.

I sin dom fann förvaltningsrätten inledningsvis att ”direktiv 78/923/EEG”¹³ är ett minimidirektiv som ger medlemsstaterna möjlighet att tillämpa strängare regler så länge inte direktivets syfte åsidosätts. Specifika produktions- och/eller kvalitetskrav som är strängare än EU:s minimireglering måste, enligt förvaltningsrätten, kunna motiveras av den upphandlande myndigheten. Enligt förvaltningsrätten kan såväl djurskyddshänsyn som hänsyn till varans kvalitet utgöra skäl för att ställa upp sådana krav, men kraven måste vara förenliga med de grundläggande principerna. Förvaltningsrätten hänvisade också till artikel 13 FEUF, i vilken det bland annat anges att unionen och medlemsstaterna fullt ut ska ta hänsyn till välfärd för djuren som kännande varelser. Eftersom sökanden i målet inte visat att kommunen i upphandlingen ställt krav på produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning ansåg förvaltningsrätten att kraven i upphandlingen inte av denna anledning var diskriminerande. Beträffande det i förfrågningsunderlaget angivna kravet på maximal transporttid till slakt fann förvaltningsrätten att kravet i och för sig var ett strängare krav än vad som gäller i vissa andra medlemsstater. Enligt förvaltningsrätten kunde kravet dock anses motiverat med hänsyn till såväl djurskydds- som kvalitetsaspekter. Dessutom

¹⁰ Rådets direktiv 93/119/EG om skydd av djur vid tidpunkten för slakt eller avlivning, EUT L 340, 31.12.1993, s. 21.

¹¹ Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 april 2011 i mål nr 8227-10.

¹² Kammarrättens i Stockholm mål nr 2841-11.

¹³ Hänvisningen torde, till skillnad från vad som framgår av domskälen, inte avse ett direktiv utan rätteligen Rådets beslut av den 19 juni 1978 om ingående av Europeiska konventionen om skydd av djur som hålls för animalieproduktion, EUT L 323, 17.11.1978, s. 12.

måste det, enligt förvaltningsrätten, antas finnas ett stort antal slakterier inom EU som kunde klara kravet och kravet var därför, enligt förvaltningsrätten, inte oproportionerligt eller diskriminerande. De krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och som avsåg antibiotikahantering, betessäsong, inredda burar för höns, näbbtrimning och grisars golvyta och strö hade, enligt förvaltningsrätten, en objektiv utformning och hade av kommunen motiverats med hänsyn till djurskydd och kvalitet. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten gjorde bedömningen att det finns ett stort antal producenter och leverantörer inom EU som klarar kraven ansåg förvaltningsrätten att sökanden inte visat att kraven var diskriminerande eller oproportionerliga. Förvaltningsrätten avlog därför ansökan om överprövning.¹⁴

Leverantören har därefter överklagat domen till Kammarrätten i Sundsvall som nyligen meddelat prövningstillstånd.¹⁵

4. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Det är intressant att notera att förvaltningsrätterna, i de två ovan refererade målen, har kommit till motsatta slut i samma fråga. Även om de två förvaltningsrätterna i grunden förefaller eniga om vilken betydelse förekomsten av EU-rättslig minimilagstiftning har för upphandlande myndigheters möjligheter att ställa mer långtgående krav¹⁶, närmare bestämt krav på djurskyddshänsyn, kan konstateras att förvaltningsrätterna i den materiella prövningen av kraven kommit till olika slutsatser i frågan om huruvida kraven var förenliga med de grundläggande principerna i EU-rätten. Detta kan möjligen vara ägnat att förvåna eftersom kraven i de båda upphandlingarna i allt väsentligt är desamma, nämligen de ovan nämnda krav som utarbetats av Miljöstyrningsrådet.

Det finns dock ytterligare en frågeställning som endast uttryckligen behandlas i den ena av de två domarna, den från Förvaltningsrätten i Uppsala, och denna frågeställning rör vilken betydelse förekomsten av EU-rättslig totalharmoniserande lagstiftning har för upphandlande myndigheters möjligheter att ställa mer långtgående krav, t.ex. avseende djurskyddshänsyn. Något klart svar på denna fråga finns, i avsaknad av tydlig vägledande rättspraxis, ännu inte. En faktor som kan förväntas ha betydelse för svaret på frågan är dock vilken roll som upphandlande myndigheter kan anses ha i samband med offentliga upp-

¹⁴ Förvaltningsrättens i Falun dom den 1 augusti 2011 i mål nr 5694-10.

¹⁵ Kammarrättens i Sundsvall mål nr 2091-11.

¹⁶ Domstolarna förefaller i denna del anse att minimilagstiftning inte hindrar mer långtgående krav, men att sådana krav måste vara förenliga med de grundläggande principerna i EU-rätten. Se för ett liknande resonemang Sandin, PM om harmoniseringsåtgärders betydelse för möjligheten att ställa krav vid offentlig upphandling, s. 2.

handlingar, dvs. om myndigheterna ska anses utgöra en del av staten i traditionell EU-rättslig bemärkelse – ”lagstiftarens förlängda arm”¹⁷ – eller om de primärt ska jämföras med (privata) aktörer på en marknad. Exempelvis har Arrowsmith och Kunzlik framfört att det finns anledning att betrakta upphandlande myndigheter som marknadsaktörer, snarare än som en del av staten, och att detta skulle innebära att många av de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar inom ramen för en offentlig upphandling är s.k. ”excluded buying decisions” som inte omfattas av EU-rättens grundläggande principer ens i de fall då åtgärderna påverkar utländska leverantörer på annat sätt än nationella.¹⁸ För egen del anser jag dock att detta synsätt i och för sig är en intressant teori, men att det i nuläget saknas övertygande rättsligt stöd för denna teori.

Bristen på vägledande rättspraxis på området, både i fråga om betydelsen av minimilagstiftning och totalharmoniserande lagstiftning, medför att det naturligtvis är särskilt välkommet att såväl Kammarrätten i Stockholm som Kammar-rätten i Sundsvall nu meddelat prövningstillstånd i de ovan refererade målen. Med tanke på frågornas komplexitet och utpräglad EU-rättsliga karaktär vore ett – eller kanske till och med två – begäranden om förhandsavgörande från EU-domstolen en nåd att stilla bedja om.

¹⁷ Sandin, a. a. s. 3.

¹⁸ Arrowsmith och Kunzlik, Public Procurement and horizontal policies in EC law: general principles, s. 21-29 och EC regulation of public procurement, s. 59-67 i Arrowsmith (red.) och Kunzlik (red.), Social and environmental policies in EC procurement law.