



KLAGANDE

MBVB Kommunikation AB, 556918-4483

Ombud: Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

Ombud: Juristerna Pär Cronhult och Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Systembolaget AB, 556059-9473

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell och biträdande jurist
Martin Bogg
Box 1432
111 84 Stockholm

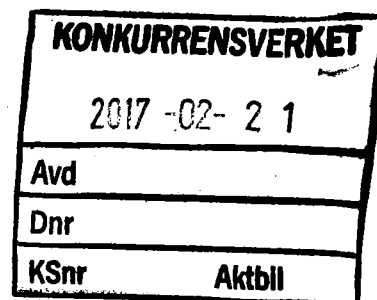
ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 juli 2016 i mål nr 14238-16,
se bilaga A

SAKEN

Öffentlig upphandling

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

MBVB Kommunikation AB yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom samt återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning i sak.

Systembolaget AB bestrider bifall till överklagandet.

MBVB Kommunikation AB anför som grund för talan, utöver vad som anförts i förvaltningsrätten, bl.a. följande. Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, har den 29 juni 2016 (mål nr 884-15) meddelat en dom rörande Akademiska Hus upphandlingsrättsliga status. Denna dom förändrar rättsläget på så sätt att Systembolaget måste anses utgöra ett offentligt styrt organ som ska tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kammarrätten har således anledning att ompröva sin tidigare bedömning av Systembolagets rättsliga status (Kammarrätten i Stockholms dom den 19 februari 2016 i mål nr 7265-14).

Av HFD:s avgörande följer att prövningen av om ett organ är ett offentligt styrt organ ska göras genom en sammanvägning av samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Härvid utmärker sig främst två omständigheter, nämligen om det aktuella organet är utsatt för *"en utvecklad konkurrens"* på den *"referensmarknad"* organet är verksamt samt om organet är inrättat för ett *"vinstsyfte som är överordnat dess samhällsuppdrag"*. Vad beträffar konkurrensen måste det enligt HFD och EU-domstolens praxis röra sig om en kvalificerad utvecklad konkurrens för att organet ska anses verka på normala marknadsmässiga villkor.

Den aktuella referensmarknaden för Systembolaget är detaljhandelsförsäljning av alkoholhaltiga drycker för vilken bolaget har givits ett lagstadgat monopol. Någon konkurrens från privat införsel och smuggling gör sig inte gällande eftersom denna inte hänför sig till samma

referensmarknad, dvs. den marknad som bolaget inrättats för. Även om man skulle bortse från den aktuella referensmarknaden och istället utgå från den totala alkoholförsäljningen i Sverige är Systembolaget alltjämt med god marginal en dominerande aktör (se KKV:s rapport Övervakning av det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker från 2016). Att Systembolaget är utsatt för en utvecklad konkurrens och verkar på normala marknadsmässiga villkor kan knappast göras gällande. Inte heller spelar det någon roll för bedömningen att Systembolaget bedriver viss konkurrerande partihandelverksamhet så länge som bolaget i någon omfattning bedriver allmännyttig verksamhet.

Vid bedömningen av om ett organ tillgodoser ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska enligt HFD:s avgörande och EU-domstolens praxis även beaktas organets samhällliga syfte i förhållande till dess vinstsyfte. Avsaknaden av ett huvudsakligt vinstsyfte som är överordnat dess samhällsuppdrag utgör en faktor som talar för att det är fråga om ett offentligt styrt organ. Av statens ägaranvisningar för Systembolaget följer bl.a. att bolagets verksamhet inte ska bedrivas utifrån ett huvudsakligt vinstsyfte utan att verksamheten istället syftar till att uppnå samhällliga mål i form av en begränsad alkoholkonsumtion, varvid staten som ägare tillgodoses genom skälig avkastning. Vidare framgår att bolaget inte ska bedriva en vinstmaximerande verksamhet. I likhet med Akademiska Hus kan Systembolaget således inte anses ha ett huvudsakligt vinstsyfte.

Att Systembolaget saknar offentlig finansiering och själv bär sina förluster ska, på samma sätt som för Akademiska Hus, bedömas mot bakgrund att bolaget inte verkar på normala marknadsmässiga villkor, varken på den referensmarknad för vilken bolaget är inrättat eller på den nationella marknaden för alkoholkonsumtion i stort. Det särskilda skydd som följer av ett straffsanktionerat monopol gör att bolaget har en unik särställning och en extremt gynnad riskprofil.

Systembolaget AB anför i huvudsak följande. Kammarrätten har för mindre än ett år sedan kommit fram till att Systembolaget inte är ett offentligt styrt organ. Verksamheten och konkurrenssituationen är alltjämt densamma. De rättsliga förutsättningarna har inte förändrats sedan kammarrättens dom. Bolaget är utsatt för en betydande konkurrens vilket stöds av rapporter från RBB Economics och verksamheten bedrivs enligt stränga vinst- och effektivitetskrav och har samma ägardirektiv som tidigare. Därtill ska bolaget i övrigt agera som en socialt ansvarstagande men i allra högsta grad kommersiell aktör.

I HFD:s dom avseende Akademiska Hus görs inte några generella eller principiella uttalanden av betydelse, istället hänvisas till de avgöranden från EU-domstolen som redan beaktats vid den tidigare prövningen av Systembolagets upphandlingsrättsliga status. Bedömningen av om ett organ tillgodoser ett behov av industriell eller kommersiell karaktär ska ta utgångspunkt i samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Att peka ut en enskild omständighet som är av större betydelse än någon annan vinner inte stöd i HFD:s avgörande eller i EU-domstolens praxis. Däremot kan en omständighet vid tillämpningen i ett enskilt fall få avgörande betydelse – allt beroende av omständigheterna och verksamhetens beskaffenhet. Detta innebär på intet sätt att samma överväganden kan appliceras på vitt skilda verksamheter utan en helhetsbedömning måste göras från fall till fall. Så har också skett i HFD:s dom rörande Akademiska Hus, där de mycket egenartade omständigheterna som präglar organets verksamhet, har beaktats.

Systembolaget tillgodoser inte ett behov i det allmännas intresse. Att bedriva detaljhandel avseende alkoholhaltiga drycker, som både är skadliga för människors hälsa och kan vara beroendeframkallande, kan inte anses som ett behov i det allmännas intresse. De olika behov som EU-domstolen tidigare har bedömt har alla det gemensamt att det är fråga om ett behov som är till nytta för allmänheten. Systembolaget tillgodoser inte något

sådant behov och faller således redan på den grunden utanför LOU och begreppet offentligt organ.

För det fall kammarrätten skulle göra en annan bedömning är detta behov i vart fall av kommersiell karaktär vilket medför att bolaget inte är skyldigt att tillämpa LOU. Mot bakgrund av att Systembolaget bl.a. utbjuder sina varor mot marknadsmässigt vederlag, drivs i aktiebolagsform med presumerat vinstsyfte, enligt ägaranvisningar ska bedrivas ekonomiskt effektivt, har avkastningskrav, inte får någon offentlig finansiering, står risken för sin verksamhet och möter betydande konkurrens från alternativa försäljningskanaler, är det behov som bolaget tillgodoser av kommersiell karaktär.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

Det kammarrätten främst ska ta ställning till är om Systembolaget utgör ett offentligt styrt organ som ska jämföras med myndighet vid tillämpningen av LOU.

Rättslig reglering

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Den nya lagen ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. I nu aktuellt mål är därför den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig och det är den som avses när det refereras till LOU.

Av 2 kap. 19 § LOU framgår att vid tillämpning av LOU ska med myndighet jämföras bl.a. offentligt styrda organ.

Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Bestämmelsen har sin grund i artikel 1.9 i det numera upphävda klassiska direktivet om offentlig upphandling (Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster). I det nya direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG) finns motsvarande reglering i artikel 2.1. I de svenska språkversionerna av direktiven används istället för "offentligt styrda organ" termen "offentligrättsliga organ". Det fanns motsvarande bestämmelser i de direktiv som föregick 2004 års direktiv.

Bakgrund

Frågan om Systembolagets upphandlingsrättsliga status har som nämnts tidigare varit föremål för kammarrättens prövning (mål nr 7265-14). Kammarrätten ansåg i det målet att Systembolaget har en sådan anknytning till staten och tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som avses i 2 kap. 12 § LOU. Däremot ansåg kammarrätten att det behov i det allmännas intresse som Systembolaget tillgodoser är av kommersiell

Jfr. HFD:s
SMM. i
Akademiska
hms. s.6
bit. — /mi

bit.

karaktär. Systembolaget ansågs därför inte vara ett sådant offentligt styrt organ som vid tillämpningen av LOU ska jämföras med en upphandlande myndighet.

HFD har efter kammarrättens dom tagit ställning till Akademiska Hus AB:s upphandlingsrättsliga status (HFD 2016 ref. 67). HFD ansåg att Akademiska Hus utgör ett sådant offentligt styrt organ som ska jämföras med myndighet och därmed omfattas av LOU. Frågan är om det, med anledning av HFD:s avgörande, finns skäl att göra en annan bedömning av Systembolagets upphandlingsrättsliga status än den som gjordes i kammarrättens tidigare dom.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten anser sig inte förhindrad att pröva frågan på nytt då det nu aktuella målet rör ett annat kontrakt än det som tidigare varit föremål för kammarrättens prövning.

Det kan därefter först konstateras att eftersom det är staten som genom bolagsstämman utser styrelsen i Systembolaget är minst ett av de kompletterande rekvisiten i 2 kap. 12 § 1–3 LOU uppfyllt.

Kammarrätten instämmer härefter i den bedömning som gjordes i den tidigare domen om att Systembolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse på det sätt som avses i 2 kap. 12 § LOU.

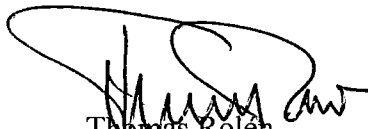
När det gäller frågan om behovet i det allmännas intresse är av kommersiell karaktär anser kammarrätten att HFD:s dom rörande Akademiska Hus inte medför att det finns skäl att frånga den bedömning som kammarrätten tidigare gjort. I denna bedömning beaktar kammarrätten särskilt att de verksamheter som Systembolaget respektive Akademiska Hus bedriver skiljer sig väsentligt från varandra och inte är på något sätt jämförbara.

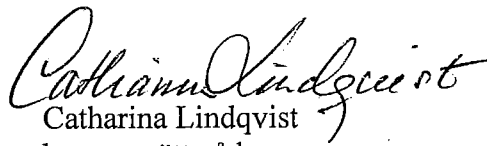
Systembolaget verkar, vad avser detaljhandeln, på en konsumentmarknad med en dynamisk kundkrets och möter därtill viss konkurrens från bl.a. egen import och resandeförsel. Den sektor som Akademiska Hus är verksam inom utgörs av uthyrning av fastigheter för högre utbildning och forskning. Kundkretsen består av statliga myndigheter som tecknar långa hyresavtal och konkurrensen är till följd av de kapacitetsbegränsningar som där råder begränsad. Marknaden för Akademiska Hus måste därför anses särpräglad och mindre dynamisk.

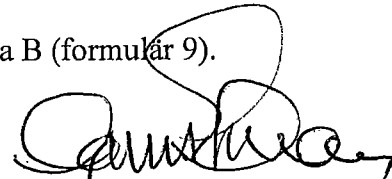
I sammanhanget måste också beaktas hur frågan om Systembolagets detaljhandelsmonopol behandlades inför Sveriges EU-medlemskap. För att Sverige skulle få behålla monopolet ansåg Europeiska kommissionen att alla effekter av monopolet som är diskriminerande mellan nationella och importerade varor skulle avlägsnas. Med icke-diskriminerande avsågs att inköps- och försäljningsvillkor för alkoholdrycker ska vara objektiva, att villkoren ska tillämpas likvärdigt på medborgare och produkter i gemenskapen samt att villkoren ska vara transparenta (jfr prop. 2009/10:125 s. 60 och Konkurrensverkets rapport till Europeiska Kommissionen, juni 2016). Efter inträdet i EU har frågan om alkoholförsäljningen i Sverige och därmed relaterade frågor varit föremål för EU-domstolens prövning flera gånger (se t.ex. Franzén, C- 189/95 och Rosengren, C- 170/04), varefter förändringar vad gäller regelverket för import m.m. har skett. I enlighet med överenskommelsen vid Sveriges anslutning till EU ska vidare Konkurrensverket utöva tillsyn över detaljhandelsmonopolet vad gäller dess icke-diskriminerande funktionssätt och rapportera till kommissionen två gånger om året, vilket skett sedan år 1995. Till detta kommer att de principer som gäller för EU-rätten och LOU såsom förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, likabehandling osv. är tillgodosedda genom de radikala förändringar av Systembolagets verksamhet (även t.ex. borttagandet av dåvarande Vin & Sprit AB:s monopol på import och parthandel) som gjordes vid EU-inträdet och även därefter när det gäller t.ex. möjligheten för leverantörer att få sälja sina varor till Systembolaget.


Sammanfattningsvis anser kammarrätten således alltjämt att Systembolaget har en sådan anknytning till staten och tillgodoser ett sådant behov i det allmännas intresse som avses i 2 kap. 12 § LOU. Till följd av att bolaget, trots sin monopolställning på detaljhandelsmarknaden, är utsatt för viss konkurrens, har ett vinstsyfte, inte erhåller offentlig finansiering samt står sin ekonomiska risk är detta behov emellertid att betrakta som kommersiellt till sin karaktär. Systembolaget är därmed inte ett sådant offentligt styrt organ som vid tillämpningen av LOU ska jämföras med en upphandlande myndighet. Förvaltningsrättens beslut att avvisa MVBV:s ansökan om överprövning var således korrekt. Överklagandet ska därför avslås.

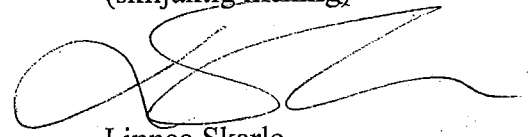
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Thomas Rolén
kammarrättspresident
ordförande


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
(skiljaktig mening)


Magnus Ekman
lagman
(annan motivering)


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent
(skiljaktig mening)


Linnea Skarle
kammarrättsfiskal
föredragande

Magnus Ekmans motivering:

LOU tillkom för att implementera direktivet om offentlig upphandling (Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster) i svensk lagstiftning. Lagen syftar således till

att uppnå de övergripande målen om konkurrens och fri rörlighet för varor och tjänster inom EU.

EU-domstolen har vid sin tolkning av direktivens bestämmelser återkommande relaterat till EU-rättens mera övergripande syften, vilka typiskt sett anses följa av fördragens allmänna målsättningar och överordnade principiella bestämmelser. EU-domstolen har bl.a. fastslagit principen om *effet utile*, vilken innebär att en bestämmelse ska tolkas så att dess nyttoverkan och praktiska värde maximeras i relation till fördragens målsättningar.

I samband med Sveriges ansökan om medlemskap i EU diskuterades frågan om Systembolagets detaljhandelsmonopol. Europeiska kommissionen ansåg därvid att en förutsättning för att Sverige skulle få behålla monopolet var att alla effekter av monopolet som är diskriminerande mellan nationella och importerade varor avlägsnas. Med detta avsågs att inköps- och försäljningsvillkor för alkoholdrycker ska vara objektiva, att villkoren ska tillämpas likvärdigt på medborgare och produkter i gemenskapen samt att villkoren ska vara transparenta (jfr prop. 2009/10:125 s. 60 och Konkurrensverkets rapport till Europeiska Kommissionen, juni 2016). Efter inträdet i EU har frågan om alkoholförsäljningen i Sverige och därmed relaterade frågor varit föremål för EU-domstolens prövning flera gånger (se t.ex. Franzén, C- 189/95 och Rosengren, C- 170/04). Domstolens beslut har medfört att det svenska regelverket avseende import av alkoholvaror m.m. har ändrats vid flera tillfällen. I samband med Sveriges anslutning till EU beslutades vidare att Konkurrensverket ska utöva tillsyn över detaljhandelsmonopolet vad gäller dess icke-diskriminerande funktionssätt. Konkurrensverket ska rapportera sina iakttagelser till kommissionen två gånger om året.

LOU saknar bestämmelser som undantar detaljhandel och annan hantering av alkoholhaltiga drycker från tillämpningen. Enligt min uppfattning kan

det dock inte ha varit lagstiftarens mening att de ifrågavarande bestämmelserna ska omfatta även en verksamhet av det slag som Systembolaget bedriver och som i allt väsentligt avser butiks försäljning av varor till slutliga konsumenter. För detta talar inte minst att de principer som gäller för EU-rätten och LOU såsom förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, likabehandling osv. är tillgodosedda genom de förändringar av förutsättningarna för Systembolagets verksamhet som gjorts i samband med Sveriges inträde i EU och senare t.ex. möjligheten för leverantörer att få sälja sina varor till Systembolaget. För ståndpunkten talar även det förhållandet att Systembolagets monopolställning har sitt ursprung i omsorger om folkhälsan, vilket är ett av EU-rätten erkänt intresse som kan leda till avsteg från den grundläggande principen om fri rörlighet för varor och tjänster.

Med hänsyn till det anförda anser jag att det skulle strida mot direktivets och LOU:s syften att betrakta Systembolaget som ett sådant offentligt styrt organ som vid tillämpningen av LOU ska jämföras med en upphandlande myndighet. Förvaltningsrättens beslut att avvisa MVBV:s ansökan om överprövning är således riktigt, varför överklagandet ska avslås.

Catharina Lindqvists och Maria Ringvalls skiljaktiga mening:

Såsom anføres i den avvikande motiveringen är syftet med upphandlingslagstiftningen och de direktiv som lagstiftningen grundas på att genomföra de övergripande målen om konkurrens och fri rörlighet av varor och tjänster inom EU. Det är vidare fråga om en procedurlagstiftning. EU-domstolen har slagit fast att följande fem principer gäller vid offentlig upphandling: likabehandling, förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Det är frågorna om objektivitet, transparens och likabehandling som har ansetts vara avgörande för om det varit möjligt att inom ramen för Sveriges medlemskap i EU acceptera Systembolagets monopolställning. Principerna som görs gällande för upphandling överensstämmer således med vad som ansetts vara avgörande för Systembolagets förenlighet med EU-medlemskapet. Vidare bör Systembolagets ställning ses i ljuset av ändamålet att värna folkhälsan, vilket är ett inom EU-rätten erkänt intresse som i vissa fall kan leda till undantag från den grundläggande principen om den fria rörligheten för varor och tjänster.

Även med beaktande av det anförda anser vi dock att det är att gå för långt att hävda att syftet med fördragen och upphandlingsdirektiven därmed inte träds för när redan genom det sätt på vilket Systembolagets inköp m.m. reglerats till följd av EU-medlemskapet och att man därigenom uppfyller fördragens övergripande syften. Inte heller bedömer vi att det förhållandet att Systembolaget kan sägas ha ett socialt syfte och värnar folkhälsan i sig utgör grund för att motivera att undantag görs från skyldigheten att iakttä direktiv och LOU (jfr Kommissionen mot Tyskland, C-271/08, p. 34, 40, 41, 55, 73). Det noteras vidare att bland de uttryckliga undantag från tillämpningsområdet som är reglerade saknas verksamhet av det slag som Systembolaget bedriver, dvs. detaljhandel. Låt vara att det inte är en sådan verksamhet som varit utgångspunkten vid utformningen av direktivens tillämpningsområde. Enligt EU-domstolens praxis ska dessutom de bestämmelser om undantag som finns tolkas restriktivt (se Kommissionen mot Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 p. 58 och prop. 2006/07:128 s. 291).

Vid prövningen här efter av om Systembolaget är ett offentligt styrt organ i LOU:s mening är vi överens med majoriteten (ordföranden) om vad som anförts i de tre första styckena under kammarrättens bedömning. Vi anser således dels att minst ett av rekvisiten i 2 kap. 12 § 1–3 LOU är

uppfyllt, dels att Systembolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. När det gäller frågan om detta behov är av industriell eller kommersiell karaktär gör vi dock, bl.a. mot bakgrund av HFD:s dom rörande Akademiska Hus, följande bedömning.

HFD redogör i domen för rättsfall från EU-domstolen, vilka givetvis även ligger till grund för vår bedömning. Vid jämförelse mellan HFD:s dom och det nu aktuella målet bör vidare beaktas att det finns såväl likheter som skillnader mellan Akademiska Hus och Systembolaget. I detta sammanhang kan först konstateras att regeringen har uttalat att den aktivt ska förvalta statens tillgångar i de statligt ägda bolagen så att dess långsiktiga värdeutveckling blir den bästa möjliga och, i förekommande fall, att de särskilt beslutade samhällsuppdragen utförs. Inget av dessa två bolag får någon offentlig finansiering utan förväntas ge årlig avkastning till sin ägare. Till skillnad från Akademiska Hus har Systembolaget ett särskilt beslutat samhällsuppdrag. Vidare är Akademiska Hus motparter statliga myndigheter medan Systembolagets motparter utgörs av enskilda konsumenter och privata bolag. Det finns även andra skillnader mellan dessa två bolag.

I domen rörande Akademiska Hus tas som utgångspunkt för prövningen den referensmarknad som bolaget har för att avgöra om verksamheten bedrivs i konkurrens med andra eller inte. För Systembolagets del anser vi att denna sektor utgörs av detaljhandelsförsäljning i Sverige av alkoholhaltiga drycker.

Av utredningen i målet framgår att Systembolaget är utsatt för viss konkurrens från bl.a. internethandel och privatimport i form av inköp utomlands. Vidare möter man konkurrens på grossistmarknaden vid försäljning till t.ex. restauranger. Beträffande den största delen av verksamheten, detaljhandel av alkoholhaltiga drycker, saknar Systembolaget däremot helt konkurrens eftersom man har en lagstadgad

ensamrätt att i Sverige bedriva detaljhandel med spritdrycker, vin och starköl. Av utredningen i målet framgår att Systembolagets marknadsandel står för ca 60 procent av den svenska alkoholkonsumtionen mätt i antal ren liter alkohol per invånare. Bolagets ställning på marknaden är därför mycket stark. Vi anser – även med beaktande av att Systembolagets motparter på den aktuella referensmarknaden är enskilda konsumenter och bolag – att det står helt klart att Systembolaget inte kan anses verka under normala marknadsmässiga villkor.

Vad härefter gäller de ekonomiska villkoren kan konstateras att i likhet med Akademiska Hus och så gott som alla andra statliga bolag ska Systembolaget bedrivas på affärsmässig grund. Att uppnå största möjliga avkastning kan dock inte anses vara ett syfte med verksamheten som är överordnat Systembolagets samhällsuppdrag. I statens ägaravisning anges att Systembolaget inte ska bedriva en vinstmaximerande verksamhet eller aktiv försäljning (jfr Ägaravisning för Systembolaget Aktiebolag antagen vid bolagsstämma den 21 april 2016).

Regeringen har vid ett flertal tillfällen uttalat att det svenska detaljhandelsmonopolet, vid sidan av alkoholskatten, är det viktigaste verktyget för att nå den svenska alkoholpolitikens mål. I förarbetena till alkohollagen (2010:1622) uttalar regeringen att genom detaljhandelsmonopolet har samhället kontroll över den allmänna tillgängligheten till alkoholdrycker. Detaljhandelsmonopolet är ett viktigt alkoholpolitiskt instrument och regeringen ser positivt på bolagets arbete med att bidra till att motverka alkoholens negativa effekter genom att utveckla och tydliggöra det sociala ansvaret (prop. 2009/10:125 s. 56 f).

Detta avspeglar tydligt den grund som sedan länge varit och alltjämt är bärande för den svenska alkoholpolitiken, där alkoholmonopolet ses som en garant för att marknadsföring och försäljning till allmänheten sker åter-

hållsamt och i enlighet med gällande bestämmelser (se t.ex. prop. 1994/95:89 s. 39 f och där gjorda hänvisningar samt prop. 2009/10:125 s. 56 f). Att det av ägaranvisningen även framgår att verksamheten ska vara affärsmässig i den meningen att den ska bedrivas med effektivitets-, produktivitets- och avkastningskrav kan enligt vår bedömning inte anses överordnat bolagets socialpolitiska syfte och uppdrag – att begränsa alkoholens skadeverkningar. Systembolaget kan således inte anses ha ett huvudsakligt vinstintresse.

Ytterligare faktorer att beakta är om Systembolaget åtnjuter offentlig finansiering samt står den ekonomiska risken för sin verksamhet. Som anförts har Systembolaget inte någon offentlig finansiering. Vad gäller frågan om den ekonomiska risken för verksamheten framgår inte annat än att Systembolaget formellt står denna. Mot bakgrund av den mycket gynnsamma konkurrenssituationen och de varor som Systembolaget säljer förefaller ett resonemang om en insolvenssituation för bolaget emellertid ytterst teoretisk. Med hänsyn till den vikt staten tillmäter Systembolagets särskilt beslutade samhällsuppdrag förefaller det enligt vår mening helt osannolikt att staten vid en eventuell obeståndssituation inte skulle gå in och rädda bolaget från konkurs (jfr SIEPSA, C-283/00, p. 91).

Sammantaget gör vi således bedömningen att Systembolagets verksamhet inte bedrivs på normala marknadsmässiga villkor och att dess huvudsakliga syfte inte är att generera vinster även om det, i likhet med samtliga statliga bolag, ska bedrivas på affärsmässig grund. Med hänsyn till att verksamheten inte bedrivs på en marknad med utvecklad konkurrens och att verksamheten har en mycket fördelaktig riskprofil har det ingen avgörande betydelse att Systembolaget formellt sett självt står den ekonomiska risken för verksamheten eller att det inte är offentligt finansierad. Det behov som Systembolaget tillgodoser är därför inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget utgör därmed ett sådant offentligt styrt organ som ska jämföras med myndighet vid tillämpningen av LOU.

Vi anser därför att överklagandet ska bifallas och målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning i sak.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-07-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14238-16

A

1

SÖKANDE

MBVB Kommunikation AB, 556918-4483

Ombud: Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

MOTPART

Systembolaget AB, 556059-9473

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jurist Martin Bogg
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning samt det interimistiska yrkandet.

Dok.Id 753250

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

MBVB Kommunikation AB (MBVB) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Systembolaget AB:s avtal med Populate AB är ogiltigt. Vidare yrkas att förvaltningsrätten interimistiskt ska förordna att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts. Till stöd för sin talan anger MBVB bl.a. följande. Systembolaget har slutit avtal med Populate utan ett offentligt upphandlingsförfarande och utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Något undantag från kravet på annonsering föreligger inte. MBVB har skadats eller riskerar att lida skada genom att inte komma ifråga för anbudsgivning avseende kontraktet. I ljuset av en ny dom från Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, måste Systembolaget anses omfattas av bestämmelserna i LOU.

Systembolaget bestrider MBVB:s yrkanden och yrkar för egen del att MBVB:s ansökan om överprövning och interimistiska yrkande ska avvisas. Till stöd för talan anförs att Systembolaget inte utgör ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU och LOU därmed inte är tillämplig avseende Systembolaget. Det avgörande från HFD som MBVB hänvisar till ändrar inte den bedömningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Den inledande frågan i målet är om Systembolaget omfattas av LOU. Först om det bedöms att LOU är tillämplig kan förvaltningsrätten gå vidare och pröva målet i sak.

För att ett bolag ska omfattas av LOU krävs att det kan jämföras med en upphandlande myndighet. Enligt 2 kap. 19 § LOU ska offentligt styrda organ jämföras med myndighet. Definitionen av ett offentligt styrt organ finns i 2 kap. 12 § LOU, av vilken framgår att bl.a. bolag som står under statlig kontroll eller finansiering och tillgodoser behov i det allmännas intresse är offentligt styrda organ under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Enligt praxis från EU-domstolen ska bedömningen avseende behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär göras med hänsyn till samtliga relevanta faktiska omständigheter. Detta innefattar de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten, inklusive om organets verksamhet är utsatt för konkurrens, om det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, om organet bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av verksamheten och om verksamheten får offentlig finansiering (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-18/01, Korhonen, punkterna 48–51)

Frågan om Systembolaget utgör ett offentligt styrt organ har tidigare prövats av Kammarrätten i Stockholm (se Kammarrätten i Stockholms dom den 19 februari 2016 i mål nr 7265-14). Kammarrätten konstaterade då att Systembolaget, trots handelsmonopolet, är utsatt för viss konkurrens inom detaljhandelsområdet men att ställningen inom partihandelsområdet är mindre gynnsam eftersom Systembolaget på det området inte har monopol. Vidare konstateras att Systembolaget har ett vinstsyfte vilket bl.a. baseras på att verksamheten bedrivs med produktions-, effektivitets- och lönsamhetskrav samt att staten som ägare förväntar sig utdelning. Systembolaget har inte någon offentlig finansiering och bär sin egen ekonomiska risk. Sammantaget fann kammarrätten att det behov i det allmännas intresse som

Systembolaget tillgodoser är av kommersiell karaktär. Domen överklagades till HFD som i beslut den 21 mars 2016 inte beviljade prövningstillstånd. HFD har i ett annat fall bedömt att Akademiska Hus AB utgör ett offentligt styrt organ (se Högsta förvaltningsdomstolen dom den 29 juni 2016 i mål nr 884-15). HFD anför i sin bedömning bl.a. följande. "Akademiska Hus verksamhet bedrivs inte på normala marknadsmässiga villkor och dess huvudsakliga syfte är inte att generera vinster även om den ska bedrivas på affärsmässig grund. Med hänsyn till att verksamheten inte kan anses bedriven på en marknad med utvecklad konkurrens, att bolagets motparter är statliga myndigheter och att verksamheten har en mycket fördelaktig riskprofil, har det ingen avgörande betydelse att bolaget formellt sett självt står den ekonomiska risken för verksamheten eller att den inte är offentligt finansierad. Det behov som Akademiska Hus tillgodoser är därför inte av industriell eller kommersiell karaktär."

Förvaltningsrättens bedömning

Såsom ovan redovisats har Kammarrätten i Stockholm funnit att LOU inte är tillämplig på Systembolaget. HFD har inte meddelat prövningstillstånd i det målet. Frågan blir då om HFD:s dom i mål 884-15 gällande Akademiska Hus innebär att synsättet på Systembolagets upphandlingsrättsliga status bör förändras, vilket MBVB anser.

Förvaltningsrätten konstaterar att Systembolagets verksamhet, detalj- och partihandel av alkoholhaltiga drycker till allmänheten, skiljer sig väsentligt från Akademiska Hus verksamhet, att äga, utveckla och förvalta fastigheter för universitet och högskolor. Eftersom verksamheterna inte är jämförbara, och det av HFD:s dom inte framkommer något i övrigt som ger anledning att göra en annan bedömning än den kammarrätten tidigare gjort avseende Systembolagets upphandlingsrättsliga status anser förvaltningsrätten att Systembolaget alltjämt inte utgör ett offentligt styrt organ. Systembolaget

omfattas därför inte av bestämmelserna i LOU. Eftersom LOU inte är tillämplig ska MBVB:s ansökan samt det interimistiska yrkandet avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Ulrika Melin

Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Johanna Sköld har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.