



KLAGANDE

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 16 oktober 2014 i
mål nr 8401-14, se bilaga A (här utelämnad)

SAKEN

Avvisad ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår yrkandena om muntlig förhandling och att rätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.
 2. Kammarrätten avvisar yrkandena om att målet ska avskrivas, att upphandlingen ska göras om och att visst avtal ska ogiltigförklaras.
 3. Kammarrätten avslår överklagandet.
-

VAD PARTERNA YRKAR

MBVB Kommunikation AB (MBVB) yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar MBVB att kammarrätten ska fastställa att Systembolaget AB (Systembolaget) tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och återförvisa målet till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. I tredje hand yrkar MBVB att Systembolagets avtal med Forsman & Bodenfors AB ska ogiltigförklaras. MBVB yrkar även att kammarrätten, för det fall rätten avser att fastställa förvaltningsrättens dom, inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen avseende vissa frågor.

Systembolaget bestrider bifall till överklagandet och gör i första hand gällande att målet ska avskrivas eftersom upphandlingen har dragits tillbaka och ändamålet med prövningen därför förfallit. I andra hand anser Systembolaget att överklagandet ska avslås och att yrkandena om att kammarrätten ska fastställa att Systembolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, återförvisa målet till förvaltningsrätten och ogiltigförklara avtalet med Forsman & Bodenfors AB, ska avvisas. Systembolaget yrkar även att det ska hållas muntlig förhandling.

MBVB anser att målet inte ska avskrivas.

VAD PARTERNA FÖR FRAM

MBVB för i huvudsak fram detsamma som i förvaltningsrätten och åberopar därutöver ett rättsutlåtande från docenten och advokaten Andrea Sundstrand samt ett utlåtande från professorn i ekonomi Marcus Asplund.

Systembolaget för i huvudsak fram detsamma som i förvaltningsrätten och åberopar därutöver en rapport från RBB Economics.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Kammarrätten anser att det inte finns skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet härom ska därför avslås.

Rättsliga utgångspunkter

Kammarrättens prövning avser i första hand frågan om Systembolaget omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, dvs. om det var riktigt av förvaltningsrätten att avvisa MBVB:s ansökan om överprövning.

Vid denna prövning har kammarrätten inledningsvis att bedöma om redan artikel 37 (1) fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF, villkoren i överenskommelsen med Europeiska kommissionen inför Sveriges inträde i EU eller konsekvenserna av en tillämpning av LOU innebär att en tillämpning av lagen i fråga är utesluten.

För det fall en tillämpning av LOU inte är utesluten på någon av de angivna grunderna, har kammarrätten att gå vidare i sin prövning och därvid bedöma om Systembolaget utgör ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU.

Först därefter, och om kammarrätten kommer fram till att Systembolaget omfattas av LOU, kan det bli aktuellt att pröva övriga yrkanden i sak.

Betydelsen av artikel 37 (1) FEUF m.m.

Kammarrätten konstaterar, i likhet med förvaltningsrätten, att Systembolaget är ett sådant statligt handelsmonopol som avses i artikel 37 (1) FEUF (jfr prop. 2009/10:125 s. 60 samt EU-domstolens avgöranden i

mål C-189/95, Franzén, och mål C-170/04, Rosengren). Det kan inte anses föreligga någon konflikt när det gäller att uppfylla de respektive syftena bakom å ena sidan artikel 37 (1) FEUF och å andra sidan Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och LOU. Rätten finner inget stöd för uppfattningen att redan det förhållandet att Systembolaget utgör ett statligt handelsmonopol innebär att det inte omfattas av bestämmelserna i LOU.

Rätten anser inte heller att vad Systembolaget har anfört kring villkoren i överenskommelsen med Europeiska kommissionen inför Sveriges inträde i EU eller om konsekvenserna av en tillämpning av LOU, utesluter att Systembolaget kan omfattas av regleringen.

Offentligt styrt organ

Tillämpliga bestämmelser

LOU gäller för viss offentlig upphandling (1 kap. 2 § första stycket LOU). Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (2 kap. 13 § samma lag). Enligt 2 kap. 19 § andra stycket 2 LOU ska, vid tillämpning av lagen, med myndighet jämsställas offentligt styrda organ som avses i 2 kap. 12 §.

I 2 kap. 12 § LOU anges att med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser 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.

Statens kontroll

Inledningsvis konstaterar kammarrätten att Systembolaget har en sådan anknytning till staten som avses i 2 kap. 12 § 3 LOU.

Därefter övergår kammarrätten till att pröva om Systembolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse och huruvida detta behov är av industriell eller kommersiell karaktär.

Behov i det allmännas intresse

Föremålet för Systembolagets verksamhet är att bedriva detalj- och partihandel med bl.a. alkoholdrycker. Systembolaget innehar i Sverige ensamrätten till detaljhandel med spritdrycker, vin och starköl. Detta framgår av avtalet mellan Systembolaget och staten, statens ägardirektiv för Systembolaget och bolagsordningen. Den verksamhet som Systembolaget bedriver riktar sig till allmänheten. Enligt kammarrättens mening kan Systembolaget därigenom anses tillgodose ett sådant behov i det allmännas intresse som avses i 2 kap. 12 § LOU.

Industriell eller kommersiell karaktär

Behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgörs i allmänhet dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv

tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (se EU-domstolens avgörande i mål C-360/96, BFI Holding, punkterna 50–51). Det behov som Systembolaget tillgodoser genom försäljning av alkoholdrycker, kan till sin natur knappast anses vara ett sådant behov som en stat typiskt sett väljer att själv tillgodose. Det behov i det allmännas intresse som Systembolaget tillgodoser kan alltså i allmänhet anses vara ett sådant behov som har kommersiell karaktär.

EU-domstolens praxis (se mål C-18/01, Korhonen, punkterna 48, 49 och 59 samt däri angivna avgöranden) innebär att kammarrätten vid sin bedömning vidare har att ta hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av Systembolaget och de villkor på vilka det utövar sin verksamhet. Denna bedömning innefattar, förutom en bedömning av Systembolagets konkurrensförhållanden, en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt inte står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering. Vidare framgår av EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-223/99 och 260/99, Agorà Excelsior, punkterna 40 och 43 att om ett organ saknar vinstsyfte, kan vikt läggas vid huruvida det ska drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund.

Vad gäller frågan om Systembolaget är utsatt för konkurrens konstaterar kammarrätten att bolaget har getts monopol att bedriva detaljhandel med spritdrycker, vin och starköl. Bolaget får därmed anses ha en mycket gynnsam marknadsposition.

I den rapport från RBB Economics som Systembolaget har åberopat anför emellertid att framför allt resandeförseln innebär att Systembolaget är utsatt för konkurrens. I rapporten hänvisas även till data från Centralförbundet för Alkohol- och Narkotikaupplysning, CAN, som visar att försäljning genom Systembolaget under 2014 stod för ca 60 procent av den

svenska alkoholkonsumtionen mätt i antal liter ren alkohol per invånare. Andra viktiga källor till alkohol var enligt CAN resandeförsel (14 procent) och restauranger (11 procent). I rapporten dras slutsatsen att Systembolaget är utsatt för betydande konkurrens.

MBVB har å sin sida åberopat ett utlåtande från professorn i ekonomi Marcus Asplund, i vilket han för fram att man inte kan säga att Systembolaget är utsatt för något betydande konkurrenstryck. Han för fram att även om förändringar i framför allt utländska skatter under några perioder och i vissa regioner ökat resandeförseln, så är detta inget som kontinuerligt påverkar Systembolagets försäljning. Vidare att den ökade resandeförseln inte är något som Systembolaget kan svara på med de beslutsvariabler man har att tillgå, vilket även betyder att de utländska aktörerna inte heller tar i beaktande hur Systembolaget agerar.

Kammarrätten anser med anledning av vad som framkommit att det står klart att Systembolaget, trots den monopolställning som bolaget har getts inom detaljhandelsområdet, är utsatt för viss konkurrens. Därutöver är Systembolaget endast ett av flera organ som bedriver partihandel med alkoholdrycker och bolagets marknadsposition inom detta område kan inte anses vara alls lika gynnsam som inom detaljhandelsområdet.

Vad gäller frågan om vinstsyfte konstaterar kammarrätten att Systembolaget har ett sådant. Exempelvis bedrivs bolaget i aktiebolagsform, vilket förutsätter att det finns ett vinstsyfte om inte annat har angetts. Vidare framgår att ägaren, staten, förväntar sig utdelning. Därutöver står det enligt kammarrättens mening klart att Systembolagets verksamhet bedrivs med produktions-, effektivitets- och lönsamhetskrav. Detta framför allt med hänsyn till vad som framgår av statens ägardirektiv för Systembolaget att gälla från och med den 24 november 2008, i vilka anges bl.a. följande. Utifrån bolagets uppdrag ska verksamheten bedrivas ekonomiskt effektivt. Vid fastställandet av handelsmarginalen ska bolaget beakta att man, med

utnyttjande av lämpliga effektivitets- och produktivetsförbättringar och sådana faktorer i övrigt som bolaget kan påverka, får täckning för sina kostnader och att staten får skälig avkastning i enlighet med angivet räntabilitetsmål. Utdelning bör uppgå till ett belopp motsvarande minst hälften av årets resultat i koncernen med beaktande av soliditetsmålet.

Kammarrätten konstaterar vidare att det inte har framkommit annat än att Systembolaget fastställer sina egna priser. Det står också klart att Systembolaget inte har någon offentlig finansiering.

Vad gäller frågan om Systembolaget bär sin egen ekonomiska risk, har i doktrin (Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement*, volym 1, 2014 s. 363) förts fram att det är möjligt att det, för att en domstol ska kunna komma till slutsatsen att ett bolag inte bär sin egen risk, krävs att det tidigare har inträffat att t.ex. staten räddat bolaget från konkurs. Vidare för Arrowsmith fram synpunkten att det i sammanhanget borde vara nödvändigt att visa att ett ingripande från staten är tillräckligt sannolikt i den grad att det även påverkar organets beteende. Det har enligt kammarrättens mening inte kommit fram några omständigheter som visar att Systembolaget på här angivet sätt inte bär sin egen ekonomiska risk.

Vid en sammantagen bedömning av samtliga de ovan nämnda faktiska och rättsliga omständigheterna, finner kammarrätten att det behov i det allmännas intresse som Systembolaget tillgodoser är av kommersiell karaktär.

Sammanfattning

Kammarrätten anser att Systembolaget har en sådan anknytning till staten och tillgodoser ett sådant behov i det allmännas intresse som avses i 2 kap. 12 § LOU. Kammarrätten anser emellertid att det behov i det allmännas intresse som bolaget tillgodoser är av kommersiell karaktär.

Systembolaget är därför inte ett sådant offentligt styrt organ som vid tillämpningen av LOU ska jämföras med en upphandlande myndighet och omfattas inte av bestämmelserna om upphandling i LOU.

Förvaltningsrättens beslut att avvisa MBVB:s ansökan om överprövning var därmed riktigt. Vid sådant förhållande saknas skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska följaktligen avslås.

Avslutande frågor

Det är obehövligt att hålla muntlig förhandling vid denna utgång. Systembolagets yrkande om muntlig förhandling ska därför avslås.

Utgången i målet innebär vidare att kammarrätten inte prövar Systembolagets yrkande att målet ska avskrivas på den grunden att ändamålet för prövningen har förfallit. Detsamma gäller MBVB:s yrkanden att upphandlingen ska göras om och att Systembolagets avtal med Forsman & Bodenfors AB ska ogiltigförklaras. Yrkandena härom ska därför avvisas.

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

Thomas Rolén
kammarrättspresident
ordförande

Marie Jönsson
kammarrättslagman

Anette Briheim Fällman
kammarrättsråd

Linnéa Westman
tf kammarrättsassessor
referent