

HÖGSTA DOMSTOLENS BESLUT

Mål nr

meddelat i Stockholm den 30 december 2003

Ö 3682-02

PARTER

1. Högmarsö varv AB, 556466-8449, Högmarsö 351,
760 19 FURUSUND

Ombud: advokaten AH

2. Högmarsö samfällighetsförening, 716416-9257,
Högmarsö 333, 760 19 FURUSUND

Ombud: advokaten UJ

SAKEN

Skadestånd

BESLUT OM HÄNSKJUTANDE ENLIGT 56 KAP. 13 § RÄTTEGÅNGS- BALKEN

Norrtälje tingsrätt, beslut den 14 oktober 2002 i mål T 443-01

HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta domstolen förklarar att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling har

varit tillämplig på Högmarsö samfällighetsförenings upphandling avseende ombyggnad, alternativt ny färja, enligt offertförfrågningar den 11 oktober 1999 respektive den 2 januari 2000.

BAKGRUND M.M.

Högmarsö är en ö intill Svartnö i Norrtälje kommun. På ön finns cirka 230 fastigheter varav ett mindre antal är fast bebodda. I samband med att staten på 1950-talet lät bygga en allmän väg från Penningby till Furusund som sträckte sig över Svartnö, påbörjades en förrättning enligt lagen (1939:608) om enskilda vägar i syfte att få till stånd en enskild väg inklusive en färjled med sträckning från den allmänna vägen på Svartnö till Högmarsö, där den väg som fanns sedan 1930-talet skulle kompletteras. För ändamålet bildades en vägsamfällighet. Staten och kommunen lämnade ekonomiskt bidrag till projektet.

Efter en förrättning enligt anläggningslagen (1973:1149) inrättades 1977 en gemensamhetsanläggning och vägsamfälligheten ombildades samtidigt till en samfällighetsförening enligt lagen (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter (samfällighetslagen), den i målet instämnda Högmarsö samfällighetsförening. Genom ett nytt anläggningsbeslut 1986 upphävdes 1977 års anläggningsbeslut och bildades gemensamhetsanläggningen Högmarsö ga:13, som också den omfattar bl. a. utfartsvägen från den allmänna vägen på Svartnö till Högmarsö brygga inklusive lindriven färja. Gemensamhetsanläggningen förvaltas av samfällighetsföreningen. I denna anläggning liksom i föregångaren deltar fastigheterna på Högmarsö. Ägarna av de deltagande fastigheterna är medlemmar i samfällighetsföreningen.

I anläggningsbesluten av år 1977 och 1986 föreskrevs bl.a. att gemensamhetsanläggningen skulle hållas i sådant skick som krävs för erhållande av statsbidrag samt att, om inte styrelsen i samfällighetsföreningen beslöt om tillfälligt avbrott i färjtrafiken e.d., de i anläggningen ingående vägarna och färjan skulle hållas öppna för trafik året om.

Alltsedan färjan mellan Svartnö och Högmarsö började användas har staten och kommunen lämnat ekonomiskt bidrag till driften. År 2000 uppbar samfällighetsföreningen bidrag för driftkostnaderna dels från staten genom Vägverket med drygt 1.600.000 kr, vilket utgjorde cirka 80 procent av föreningens intäkter, dels från Norrtälje kommun med ytterligare drygt 100.000 kr. Resterande intäkter bestod huvudsakligen av färjavgifter och till en mindre del av avgifter från ägarna till de i gemensamhetsanläggningen deltagande fastigheterna.

I oktober 1999 respektive januari 2000 infortrade föreningen anbud avseende ombyggnad av den befintliga färjan alternativt inköp av en ny färja. Högmarsö varv AB inkom med anbud avseende ombyggnaden på 1.700.000 kr samt beträffande den nya färjan med olika alternativa belopp. Föreningen antog ett anbud avseende ombyggnaden på 1.941.000 kr från en annan leverantör.

Bolaget har väckt talan vid Norrtälje tingsrätt mot föreningen och yrkat att föreningen skall utge skadestånd om 500.000 kr jämte ränta till bolaget då föreningen i strid med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) inte har antagit bolagets anbud.

Bolaget har åberopat bl.a. följande. Samfällighetsföreningen är att betrakta som en upphandlande enhet enligt LOU. Föreningen har inrättats i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse och dess upphandling skall därmed omfattas av

LOU. Föreningens kapital har huvudsakligen tillskjutits av staten och Norrtälje kommun genom att dessa har stått för den övervägande delen, 85 procent, av föreningens driftskostnader sedan inrättandet.

Samfällighetsföreningen har bestritt käromålet och åberopat bl.a. följande. Föreningen är inte en upphandlande enhet, varför det inte föreligger någon på LOU grundad skyldighet för föreningen att utge skadestånd till bolaget. Avgörande för frågan om en enskild väghållare, t.ex. en samfällighetsförening, skall anses vara en upphandlande enhet enligt LOU är inte att samfällighetsföreningen uppbär statliga bidrag. Frågan om samfällighetsföreningen skall anses ha inrättats i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse måste i stället prövas med utgångspunkt i föreningens egen historia och grunden för den enskilda vägens tillkomst. Drivkraften för tillkomsten av vägsamfälligheten var varvets dåvarande ägare som ansåg att en fast förbindelse med fastlandet var nödvändig för varvets fortsatta existens. Ett privat intresse kan sålunda sägas ha varit drivande och avgörande för bildandet av den ursprungliga vägsamfälligheten och anskaffandet av färjan. Gemensamhetsanläggningen och den tidigare vägsamfälligheten tillkom enbart till förmån för de i anläggningen deltagande fastigheterna. En gemensamhetsanläggning kan enligt lag endast inrättas för de fastigheter som direkt kommer att beröras av anläggningen och endast de deltagande fastigheterna har normalt rätt att använda anläggningen. Syftet med denna är alltså att tillgodose de deltagande fastigheternas behov. Föreskriften i anläggningsbeslutet om att vägen skall hålla sådan standard att statsbidrag skall utgå är inte ovanlig och innebär att lantmätaren inte närmare behöver beskriva den standard som vägen och i detta fall färjan behöver hålla och som föreningen har att följa vid förvaltningen. Föreskriften får därmed närmast karaktären av en norm för väghållningens standard. Föreskriften i anläggningsbeslutet om att vägen skall hållas öppen året om är vanlig i de situationer då de flesta medlemmarna är fritidsboende.

Tingsrätten har i enlighet med 56 kap. 13 § rättegångsbalken hänskjutit frågan huruvida lagen om offentlig upphandling varit tillämplig på samfällighetsföreningens upphandling avseende ombyggnad av Högmarsö färja, alternativt ny färja, enligt offertförfrågningarna den 11 oktober 1999 respektive den 2 januari 2000.

SKÄL

Tingsrätten har med den fråga som hänskjutits till Högsta domstolen velat få svar på om Högmarsö samfällighetsförening vid målets fortsatta handläggning skall anses ha varit en sådan upphandlande enhet som avses i LOU.

I 1 kap. 5 § LOU finns en definition av vad som i lagen avses med upphandlande enhet. Enligt definitionen omfattas bl.a. sådana föreningar och samfälligheter som anges i 6 §. Enligt 6 § innefattar termen ”upphandlande enhet” bl.a. föreningar och samfälligheter som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

Definitionen av ”upphandlande enhet” i LOU är avsedd att motsvara den definition av ”upphandlande myndigheter” som finns i artikel 1 b) i vart och ett av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG (upphandlingsdirektiven). De i 1 kap. 6 § LOU angivna organen betecknas i direktiven som ”organ som lyder under offentlig rätt”. Vid bedömningen av om samfällighetsföreningen varit en upphandlande enhet enligt LOU vid tiden för anbudsinfordran skall upphand-

lingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis beaktas.

I LOU regleras även vissa upphandlingar som inte omfattas av direktiven på grund av att värdet för upphandlingskontraktet understiger det för upphandlingens art gällande s.k. tröskelvärde. En lagbestämmelse eller ett begrepp som används inom gemenskapsrätten bör emellertid normalt ges samma innebörd oberoende av om bestämmelsen eller begreppet skall tillämpas i ett fall som omfattas av EG-rättsliga regler eller inte. Det är därför inte för att besvara den av tingsrätten framställda frågan nödvändigt att pröva om upphandlingen har avsett en vara eller en tjänst eller hur tröskelvärde skall beräknas.

I målet är ostridigt att samfällighetsföreningen inte tillkommit för att tillgodose behov av industriell eller kommersiell karaktär. Av EG-domstolens praxis (EG-domstolens dom den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, *The University of Cambridge*, p. 33 och 44) framgår vidare att ett organ vars verksamhet staten under det år då upphandlingsförfarandet påbörjas finansierar med mer än 50 procent är att anse som till större delen finansierat av staten. Det i LOU använda uttrycket ”vars kapital huvudsakligen tillskjutits av staten” skall tolkas på motsvarande sätt.

Den avgörande frågan i Högsta domstolen är därför hur det i LOU använda uttrycket ”som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse” och dess motsvarighet i upphandlingsdirektiven, ”established for the specific purpose of meeting needs in the general interest”, skall tolkas.

EG-domstolen har i sin praxis tagit ställning till flera frågor som rör tolkningen av begreppen ”organ som lyder under offentlig rätt” och ”behov i det allmännas intresse”. Sammanfattningsvis kan sägas att begreppen är att uppfatta som ge-

menskapsrättsliga begrepp med en självständig och enhetlig betydelse som är oberoende av nationell lagstiftning. Tolkningen av begreppen skall göras med beaktande av sammanhanget och syftet med den föreskrift där begreppen används.

I dom den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley, p. 42-43, som avsåg begravningsverksamhet, förklarade EG-domstolen att begreppet organ som lyder under offentlig rätt skall ges en stor räckvidd med hänsyn till upphandlingsdirektivens dubbla syfte att öppna upp för konkurrens och för insyn. EG-domstolen har vidare i flera domar, bl.a. i dom den 1 februari 2001 i mål C-237/99, Kommissionen mot Frankrike, p. 43, fastslagit att mot bakgrund av dessa syften begreppet organ som lyder under offentlig rätt måste tolkas funktionellt.

En särskild fråga mot den nu angivna bakgrunden är hur det såväl i direktiven som i LOU använda uttrycket att ett organ "inrättats" i visst syfte skall tolkas. Frågan har berörts i EG-domstolens dom den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. I p. 56-57 och 63 fastslog domstolen att ändamålet med upphandlingsdirektivet inte skulle tillgodoses till fullo, om inte direktivet var tillämpligt på en enhet som utförde uppgifter av allmänt intresse på grund av den enda omständigheten att uppgifterna inte anförtrotts enheten redan då den bildades. Domstolen fann därför att ett organ som åtagit sig att tillgodose allmänna intressen och faktiskt tillgodoser dessa kan vara att anse som ett organ som lyder under offentlig rätt, även om organet inte tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose sådana intressen. Det avgörande är alltså inte omständigheterna när organet bildats eller vad som då kommit till uttryck utan förhållandena vid den tidpunkt när upphandlingsförfarandet genomförs.

Frågan om en verksamhet täcker behov i det allmännas intresse skall enligt EG-domstolens praxis bedömas objektivt och den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar betydelse (se domen den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding, p. 63). Av p. 37 i domen den 10 maj 2001 i mål C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior, framgår att allmänna intressen i allmänhet antingen avser behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor och tjänster på marknaden eller 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.

Den statliga bidragsgivningen till byggande och drift av enskild väg (inklusive färjleder) regleras i förordningen (1989:891) om statsbidrag till enskild väghållning. Bidrag kan lämnas av Vägverket till vägar som inte är av obetydlig längd och som tillgodoser ett kommunikationsbehov för de fast boende, näringslivet eller det rörliga friluftslivet. Bidrag lämnas också för vägar som är av väsentlig betydelse som genomfartsvägar eller som uppsamlingsvägar för fritidsbebyggelse. Bidrag lämnas endast för sådana vägar som är ändamålsenliga med hänsyn till övriga vägar och om kostnaderna är skäligen med hänsyn till nyttan. Bidrag kan utgå bl.a. i form av årligt driftbidrag. I allmänhet gäller som villkor för statsbidrag att vägen hålls öppen för motortrafik för allmänheten.

Av 1 § i Vägverkets föreskrifter om statsbidrag till enskild väghållning (VVFS 1990:4) framgår att statsbidrag lämnas till väg som utgör ett komplement till det allmänna vägnätet och som har någon av vissa specificerade funktioner, däribland väg för fast boende inom bebyggelseområde där vägen inte har funktion enbart som lokalväg, väg för normalt minst 25 fritidshus och där vägen utgör uppsamlingsväg för bebyggelsen samt väg för näringslivet respektive för det rörliga friluftslivet med en viss årsdygnstrafik.

De behov som statsbidragen är avsedda att täcka är sådana som normalt tillgodoses av det allmänna antingen genom att staten svarar för anläggning och väghållning av allmänna vägar eller genom att statsbidrag lämnas till enskild väghållare. Behoven måste därför, oavsett om de primärt avser fast boende, fritidsboende, näringsliv eller det rörliga friluftslivet, anses vara av sådan karaktär att de är att betrakta som behov i det allmännas intresse i den mening som avses i LOU. Det förhållandet att i detta fall föreningens intressen sammanfaller med det allmännas och att föreningen primärt inrättats för att tillgodose medlemmarnas egna intressen kan inte påverka bedömningen.

Tingsrättens fråga skall således besvaras med den utgångspunkten att föreningen vid den fortsatta handläggningen av målet skall betraktas som en upphandlande enhet i LOU:s mening.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Munck, Victor, Dahllöf, Lindeblad och Calissendorff (referent)
Föredragande revisionssekreterare: Mosesson