

Lagen om offentlig upphandling och den reformerade elmarknaden

Lagen om offentlig upphandling (LOU) tar sikte på den upphandling som görs av upphandlande enheter. Med upphandling avses köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. El anses utgöra "vara" i lagens mening.

Med upphandlande enheter avses förutom staten, landsting, kommuner och kyrkliga kommuner även vissa bolag, föreningar, stiftelser etc. För det första omfattas sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse och inte har en industriell eller kommersiell karaktär och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en kyrklig kommun eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en kyrklig kommun. För det andra kan även helt privata bolag utgöra upphandlande enheter. Detta gäller sådana bolag som bedriver verksamhet inom de s k försörjningssektorerna i 4 kap. LOU. En förutsättning för att dessa skall vara upphandlande enheter är dock att de bedriver verksamheten med särskilt tillstånd från en myndighet, exempelvis nätkoncession.

Jag skall först behandla kommunens inköp av energi för eget bruk. Därefter behandlar jag enheter som bedriver nätverksamhet, enheter som bedriver produktion av el och enheter som bedriver köp och försäljning av el. Jag avslutar med några kommentarer runt den kommande elbörsen.

Kommunens inköp av el för eget bruk

LOU har i och för sig ända sedan lagen trädde i kraft omfattat kommunens inköp av el för eget bruk. I dag råder emellertid knappast någon konkurrens på området. En kommun kan därför fram till nyår, inom ramen för LOU:s undantagsregler för ensamrätt, tillämpa förhandlad upphandling med endast en leverantör om upphandlingen ligger över tröskelvärdet och förhandlad upphandling/direktupphandling vid upphandling under tröskelvärdet. Det nu sagda gäller inte när kommunen köper el från en energiverksamhet som drivs i förvaltningsform, eftersom det då inte rör sig om upphandling över huvud taget. Detta beror på att en nämnd inte kan ingå civilrättsliga avtal med en annan nämnd.

Med den reformerade elmarknaden kommer en konkurrens att uppstå vad gäller elförsäljningen. Detta medför att kommunen, i vart fall om elförsäljningen ligger i en juridisk person utanför kommunen, vid upphandling av el

som sker efter nyår måste utnyttja förefintliga konkurrensmöjligheter och genomföra en regelrätt upphandling. LOU anvisar då vid upphandling över tröskelvärdet öppen alternativt selektiv upphandling som upphandlingsformer. Ingen av dessa förfaranden tillåter förhandling, vilket i sin tur medför krav på väl genomarbetade förfrågningsunderlag. Ligger elförsäljningen i förvaltningsform (vilket torde vara ovanligt) blir det däremot inte fråga om upphandling, utan kommunen kan köpa direkt av det egna elverket.

Kommunerna har sedan länge i stor utsträckning bedrivit sin energiverksamhet i bolagsform. Förslaget till reformerad elmarknad har också lett till en ökad bolagisering i kommunerna. För många kommunala energibolag torde den egna kommunen vara en viktig kund. Det är då naturligt att kommunerna och deras bolag vill ha en omställningsperiod för att anpassa sig till de nya förhållandena. Detta måste dock lösas inom ramen för reglerna i LOU. Kommunerna måste vara inställda på att på sikt konkurrensutsätta inköpen av el för eget bruk. Hur snabbt detta skall ske kan inte generellt anges. Av betydelse i sammanhanget är om kommunens nuvarande avtal med elleverantören är tidsbestämt eller löper tills vidare. Tidsbestämda avtal med förlängningsmöjlighet bör som huvudregel sägas upp så snart detta är möjligt. Beträffande tillsvidareavtal blir det en avvägningsfråga hur snabbt de måste sägas upp.

Enheter som bedriver nätverksamhet

Enheter som bedriver nätverksamhet är, oavsett om de bedrivs i förvaltningsform eller i bolagsform, att anse som upphandlande enheter enligt 4 kap. LOU. All upphandling över tröskelvärdet måste därmed ske inom ramen för reglerna i 4 kap. LOU (beträffande tjänster även vissa regler i 5 kap. LOU). Reglerna i 4 kap. LOU är något liberalare än reglerna inom de "klassiska" sektorerna. Ett exempel på detta är att den upphandlande enheten får välja mellan öppen, selektiv eller förhandlad upphandling. Vid upphandling under tröskelvärdet gäller 6 kap. LOU.

Upphandling av el för att täcka nätförluster kan enligt Nämnden för offentlig upphandling göras utan iakttagande av reglerna i LOU. Detta beror på att det i 4 kap. 7 § LOU finns ett undantag som säger att bestämmelserna i 4 kap. LOU inte gäller upphandling av energi och bränsle för energiproduktion m m. Vi ifrågasätter dock om man kan tala om "energiproduktion" när det gäller nätförluster.

Enheter som bedriver produktion av el

Enheter som bedriver produktion av el är, oavsett om de bedrivs i nämndform eller i bolagsform (förutsatt att kommunen har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande i bolaget), att betrakta som upphandlande enheter enligt 4 kap. LOU. Detta följer av 4 kap. 1 § LOU, där det efter en lagändring som trätt i kraft den 1 juli 1995 (SFS 1995:704) angivits att även produktion av el faller inom de s k försörjningssektorerna. Det anges också att leverans av elektricitet till fasta när omfattas av reglerna (4 kap. 1 § LOU återges nedan).

Ett viktigt undantag är bestämmelsen i 4 kap. 7 § LOU. Där anges att bestämmelserna i 4 kap. LOU inte gäller upphandling av energi eller bränsle för energiproduktion m m. Detta innebär att exempelvis ett kraftvärmeverk inte behöver iaktta reglerna i LOU vid inköp av bränsle för kraft- och värmeproduktionen.

Enheter som bedriver köp/försäljning av el

Lagtexten i 4 kap. 1 § LOU är på denna punkt inte helt klar. Paragrafen har följande lydelse i nu aktuella delar:

Bestämmelserna i detta kapitel skall tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedrivna verksamhet som består av

1. *drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät.*

I dagsläget talar mycket för att ett *kommunalt bolag* som bedriver handel med el inte är att betrakta som en upphandlande enhet, och följaktligen inte behöver iaktta reglerna i LOU över huvud taget. Anledningen härtill är att bolaget varken producerar el, levererar el till fasta nät eller driver något nät. Verksamheten tycks således falla utanför ordalydelsen i 4 kap. 1 § LOU. Nämnanden för offentlig upphandling har också gjort denna bedömning. Att bolaget eventuellt innehar leveranskoncession förändrar inte saken, eftersom detta kriterium enbart tar sikte på bolag som bedriver verksamhet inom de områden som räknas upp i 4 kap. LOU.

Kan då inte dessa kommunala bolag komma att anses som upphandlande enheter inom de "klassiska" sektorerna enligt 1 kap. 6 § LOU? Som angavs inledningsvis träffar inte 1 kap. 6 § LOU kommunala bolag som bedriver verksamhet av "kommersiell karaktär". Nu angivna bolag skall enligt 5 § lagen (1994:618) om handel med el bedrivas på affärsmässig grund, och är således undantagna från den kommunala självkostnads- och likställighetsprincipen. Det sagda leder till att de kommunala bolag som enbart bedriver handel med el, med den utformning LOU idag har, inte är underkastade reglerna i LOU.

Annorlunda förhåller det sig med elhandel som ligger i *förvaltningsform*. Denna enhet befinner sig lika litet som det kommunala bolaget inom försörjningssektorerna. Kommunen är dock alltid att betrakta som en upphandlande enhet, varför handel med el i förvaltningsform bör vara att hänföra till de "klassiska sektorerna". Detta leder i sin tur till att energiverket inte heller kan utnyttja reglerna om undantag för vidareförsäljning i 4 kap. 4 § LOU och för energiproduktion i 4 kap. 7 § LOU, eftersom 4 kap. LOU endast gäller försörjningssektorerna. Upphandling av el måste således i dessa fall göras enligt reglerna i 2 kap. LOU.

Jag har ovan nämnt att kommunala bolag som enbart bedriver handel med el, med den utformning som LOU idag har, sannolikt inte är att betrakta som

upphandlande enheter. Ser man på texten i det direktiv som ligger till grund för 4 kap. LOU (direktiv 93/38/EEC) kan man dock få ett annat intryck. Direktivtexten pekar på att den som med el förser ett nät, som drivs av någon med särskilt tillstånd, själv blir "smittad" och blir underkastad direktivets regler. Denna regel i direktivet har dock inte flutit in i LOU. Detta beror sannolikt på att det med den utformning vår elmarknad har i dag, det har saknats anledning till införlivande av regeln. Det bör dock inte hållas för osannolikt att LOU anpassas till direktivet på denna punkt. Detta innebär att verksamhet bestående i handel med el i framtiden kan komma att omfattas av reglerna i 4 kap. LOU.

Något om en kommande elbörs

Reglerna i LOU är i olika grad anpassade för handel på börs. Vad gäller de klassiska sektorerna finns inget undantag som möjliggör "direktupphandling" på börs i form av förhandlad upphandling utan annonsering. Detta gör att kommuner som skall handla el för eget bruk sannolikt inte kan göra detta på en elbörs. Nämnden för offentlig upphandling har dock uttalat att dessa kommuner möjligen kan utnyttja elbörsen på så sätt att de vid upphandling av el begär "lägsta påslag" på för varje tillfälle gällande börspris.

Verksamheter inom försörjningssektorerna (nätverksamhet och produktionsenheter) bör kunna handla på elbörs genom att utnyttja undantagsreglerna för förhandlad upphandling utan annonsering i 4 kap 16 § LOU. Förhandlad upphandling utan annonsering får enligt dessa regler användas exempelvis när det erbjudit sig en möjlighet att göra sk förmånsköp (10 p.). Möjligen skulle även 8 p. i sagda paragraf kunna åberopas. Denna punkt möjliggör förhandlad upphandling utan annonsering när det gäller upphandling av varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad.

Enheter som bedriver handel med el och som i dagsläget inte omfattas av LOU kan naturligtvis handla på elbörs utan några restriktioner.
