

KLAGANDE

Fortum Markets AB, 556549-0678

Ombud:

Advokaterna Johan Karlsson och Peter Forsberg
Advokatfirman Vinge KB

Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 11 september 2007 i mål
nr 15215-07, se bilaga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

Fortum Markets AB (Fortum Markets) yrkar att kammarrätten med undanröjande av länsrättens dom bifaller bolagets ansökan om överprövning och förordnar att Vallentuna kommuns upphandling med beteckningen EL 2008-2010 skall göras om.

Vallentuna kommun (kommunen) bestrider bifall till överklagandet.

Fortum Markets anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Fortum Markets ägs av Fortum Holding AB som i sin tur ägs av Fortum Oyj. Eftersom inget av dessa bolag producerar elkraft är Fortum Markets inte ägarmässigt beroende av elkraftproducent. Fortum Markets anbud skulle därför inte ha diskvalificerats. Fortumkoncernens verksamhet är uppdelad på fyra rapporteringssegment. Kraft produceras av segmentet Kraftproduktion i kraftverk som Fortum äger helt eller delvis och av segmentet

Värme i kraftvärmeanläggningar. Segmentet Markets säljer el bl.a. till privat- och företagskunder. Segmentet Värme säljer ånga och fjärrvärme bl.a. till industriella kunder. Fortums elöverföring via lokal- och regionnät rapporteras under segmentet Distribution. Det är Fortum Markets dotterbolag Fortum Portfolio Services AB (Fortum Portfolio Services) som svarar för rådgivning/förvaltning till kunder som Vallentuna kommun. Rådgivningen bedrivs med tillstånd och under tillsyn av Finansinspektionen. Det innebär bl.a. att rådgivningen sker utan iakttagande av andra intressen än kundens bästa. Några intressekonflikter uppstår därför inte.

Enligt det av Vallentuna kommun uppställda kravet utgör en förutsättning för deltagande i upphandlingen att anbudsgivare ej själv får vara (eller ägarmässigt beroende av) elkraftproducent som är betydande elkraftsäljare. Såsom kommunen tillämpat kravet utesluter det per automatik Fortum Markets från upphandlingen utan att bolaget ges möjlighet att visa att det inte föreligger någon risk för intressekonflikt. Som framgår av EG-domstolens praxis (de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État Belge) strider ett sådant krav mot proportionalitetsprincipen. Vallentuna kommun skulle kunna tillämpa ett mindre ingripande krav som tillgodoser det av kommunen angivna syftet utan att begränsa anbuds-konkurrensen. Ett sådant mindre ingripande krav skulle kunna vara att anbudsgivare som ingår i kraftproducerande koncern skall kunna visa sitt oberoende genom tillstånd från Finansinspektionen eller motsvarande nationell myndighet.

I senare avgöranden från svenska domstolar där krav ansetts proportionerliga bekräftas att krav som med automatik utesluter anbudsgivare är oförenliga med LOU (t.ex. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4475-07).

Kommunen anför bl.a. följande. Det finns enligt vad kommunen har erfarit inga särregler för Fortum Markets och Fortum Portfolio Services

som gör att det inte är ägarna som bestämmer över och styr bolagen. Under Fortums koncernchef finns det sju affärsenheter med var sin chef. Affärsenhetscheferna ingår i koncernchefens affärsledningsgrupp. Chefen för affärsenheten "Markets" är styrelseordförande i Fortum Markets och i dotterbolaget Fortum Portfolio Services. Styrningen av Fortum Markets och Fortum Portfolio Services ligger alltså helt nära koncernchefen. Enligt årsredovisningen 2006 (s. 38) satsar Fortum mycket på att få individerna, grupperna och hela företaget att sträva efter samma mål. I detta ingår bl.a. att de flesta anställda förutom grundlön omfattas av någon typ av årligt bonussystem.

Kommunens eftersträlvade syfte är att köpa el av elhandlare som kan ge från kraftproducentintressen oberoende rådgivning om tidpunkter och former för prissäkring etc. för att uppnå ett budgeterbart och förmånligt elpris under avtalstiden. Kommunen kan konstatera att Finansinspektionen kan granska om Fortum Portfolio Services ger olika villkor för t.ex. prisbindning viss dag. Däremot kan inspektionen inte granska den för kommunen viktiga rådgivningsfrågan om prisbindning av framtida leveranser skall ske vid en viss tidpunkt eller om det är bättre att vänta med prisbindning.

Eftersom det är en marginalprissättning på Nord Poolbörsen kan säljare av Fortums storlek mycket väl påverka prissättningen. Att elkraftproducenter påverkar priset på Nord Pool Spot noterar Konkurrensverket tydligt i punkt 34 i Bilaga 1 till Fortum Markets senaste inlägga till länsrätten (Konkurrensverkets beslut 2007-05-07). I punkt 34 uttalas bl.a. följande. "På elmarknaden kan producenterna i första hand påverka prisbildningen på Nord Pool genom att minska utbudet. Riskerna för att även små produktionsneddragningar får effekter på elpriset är förhållandevis stora på grund av ett antal specifika förhållanden på denna marknad". Motsvarande gäller även på Nord Pools finansiella marknader. Som kommunen ser det är kvalificeringskravet därför en lämplig och

effektiv åtgärd för att få tillgång till elleverans med oberoende rådgivning.

Som redovisas i inbjudan till anbudsansökan har kommunen valt att utvärderingskriterium för anbud är lägsta administrationspåslag. Om det hade varit möjligt att objektivt bedöma anbudsgivarnas förmåga till bästa framtida rådgivning hade det givetvis varit med som utvärderingskriterium. I administrationspåslaget ingår ersättning för riskhantering. Den avser bl.a. att elhandelsbolaget inte vet vilken exakt förbrukning deras kunder kommer att ha timme för timme och måste därför hantera över- och underskottsmängder till viss merkostnad.

Kommunen undersökte möjligheterna att göra en separat upphandling av rådgivningskonsult men fann att det fanns mycket få sådana oberoende rådgivningskonsulter att tillfråga. De som fanns hade uppdrag åt elhandelsföretag och de hade inte samma omfattande analysverksamhet som elhandelsföretag med rådgivning. Vidare skulle en sådan uppdelning ge en högre sammanlagd kostnad för administrationspåslaget på den fysiska leveransen och rådgivningsarvodet jämfört med att upphandla oberoende elhandelsföretag.

Kommunens medvetna val i denna upphandling har varit att vända sig till oberoende elhandelsföretag trots deras något högre kostnad för riskhantering för att få en från kraftproducentintressen fristående rådgivning om inköpsstrategi och prissäkring. Kommunens uppläggning ger de ca 20 oberoende elhandelsföretagen på den svenska elhandelsmarknaden en möjlighet att konkurrera sinsemellan om elhandel med oberoende rådgivning. Det får med andra ord betraktas som en särskild marknadsnisch för en särskild produkt.

Som kommunen ser det finns det inget mindre ingripande alternativ än det aktuella kvalificeringskravet om oberoende rådgivning. Kommunen anser att uppdraget att få elleveransen till Vallentuna kommun inte är av

sådan betydelse för Fortum Markets att kvalificeringskravet skulle vara oproportionerligt eller överdrivet i förhållande till det eftersträvade syftet. Vidare gäller att även om Fortum Markets inte är elleverantör till kommunen så kan Fortums kraftproduktionssida stå för en del av elkraften, särskilt om man ökar den andel av sin produktion som bjuds ut på Nord Pools elspotbörs.

Kammarrätten har inhämtat yttrande i målet från Konkurrensverket. I sitt yttrande har verket angett bl.a. följande.

LOU skall tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området skall öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. I alla upphandlingar skall den upphandlande enheten beakta de grundläggande principer som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven men som till fullo inte alltid går att uttolka ur LOU. Principerna om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81.

Vare sig LOU eller förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling innehåller någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får istället avgöras med tillämpning av de ovan nämnda grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i "funktionella termer", dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.

Skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central i direktiven om offentlig upphandling. Enligt EG-domstolens rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

EG-domstolen har i sin dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot État Belge berört frågeställningar rörande jäv för leverantörer. Den belgiska lagstiftningen innehöll bestämmelser med innebörden att en person som utfört visst förberedande arbete i en upphandling vare sig hade rätt att ansöka om att få delta i eller lämna anbud i den upphandlingen. Inte heller ett företag som på sätt specificerades i lagen var närstående till en sådan person hade denna rätt. EG-domstolen konstaterade att en person som har deltagit i visst förberedande arbete har en fördel när det gäller att formulera anbudet på grund av den information som personen kan ha erhållit om upphandlingen när den utförde det förberedande arbetet. Likaså kan denne befinna sig i en situation som kan leda till en intressekonflikt, genom att den kan påverka villkoren för upphandlingen på ett för den gynnsamt sätt om den själv lämnar anbud inom ramen för upphandlingen, även om den inte har en sådan avsikt. EG-domstolen fann att likabehandlingsprincipen inte kan innebära ett krav på att denna person skall behandlas på samma sätt som samtliga övriga anbudsgivare. EG-domstolen konstaterade dock att den berörda bestämmelsen inte gav den person som har utfört visst förberedande arbete någon möjlighet att i det konkreta fallet visa att problem med otillbörliga fördelar eller intressekonflikter inte förelåg. Bestämmelsen gick därför enligt EG-domstolens uppfattning utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet avseende likabehandling av samtliga anbudsgivare.

Kammarrätten i Sundsvall har i en nyligen meddelad dom prövat huruvida det är förenligt med LOU och gemenskapsrätten att ställa upp krav med innebörden att anbudsgivaren skall ha tillstånd från Finans-

inspektionen (FI) för att bedriva handel med finansiella instrument. Upphandlingen rörde konsultuppdrag avseende finansiell prissäkring av framtida elbehov och förfrågningsunderlaget innehöll nämnda krav. Den upphandlande enheten antog dock en norsk leverantör, som saknar möjlighet att erhålla tillstånd från FI och som inte heller behöver sådant tillstånd. Kammarrätten fann att upprätthållandet av ett sådant krav måste anses strida mot proportionalitetsprincipen, eftersom kravet när det riktas mot en sådan anbudsgivare går utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet skall kunna uppnås. Att upprätthålla kravet gentemot en utländsk leverantör torde enligt kammarrätten vidare strida mot likabehandlingsprincipen, då det innebär att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande enheter tilldelas kontrakt.

LOU innehåller inga uttryckliga bestämmelser om jävssituationer. Kravet på affärsmässighet och förbudet mot att ta ovidkommande hänsyn enligt 1 kap. 4 § LOU får dock anses täcka in sådana situationer. EG-domstolens praxis i det ovan refererade målet rörande jäv för leverantörer ger stöd för att det är möjligt att ställa kvalificeringskrav med innebörden att den leverantör som tilldelas kontraktet inte får befinna sig i en situation som leder till en intressekonflikt. Krav som syftar till att erhålla en oberoende leverantör kan sålunda inte i sig anses oförenliga med LOU och gemenskapsrätten.

Fråga uppkommer därefter huruvida det av kommunen formulerade kvalificeringskravet är förenligt med LOU och gemenskapsrätten.

Kommunen har ställt ett kvalificeringskrav med innebörden att anbudssökanden inte själv skall vara elkraftsproducent som är betydande elkraftsäljare genom Nord Pool. Inte heller får anbudssökanden vara ägarmässigt beroende av en sådan producent. Syftet med detta krav har angetts vara att säkerställa att den konsult som skall biträda kommunen avseende leverans av elkraft samt portföljförvaltning med kundrådgivning under åren 2008 - 2010 är oberoende och inte befinner sig i någon intressekonflikt.

Enligt Konkurrensverkets mening är proportionalitetsprincipen avgörande för bedömningen i detta fall. EG-domstolens praxis innebär, som angetts ovan, att denna bedömning bör ske i tre steg.

I det *första* steget skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.

Fråga har uppkommit i målet huruvida kraftproducenter över huvudtaget kan påverka priset på Nord Pool. Om utredningen i målet inte leder till slutsatsen att redan elmarknadens funktion medför att någon problematik med intressekonflikter över huvudtaget inte kan förekomma vad gäller producenter med betydande försäljning genom Nord Pool och att kvalificeringskravet följaktligen skulle vara obehövligt, synes emellertid

det av kommunen uppställda kravet som en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att erhålla en oberoende leverantör.

I det *andra* steget skall en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Frågan är här alltså om kommunen hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre begränsande kvalificeringskrav.

Kvalificeringskravet medför ett fullständigt och undantagslöst hinder för anbudssökande som själv är elkraftsproducent med betydande försäljning på Nord Pool, eller som är ägarmässigt beroende av sådan, att delta i upphandlingen. Kravet ger således inte en enskild anbudssökande någon möjlighet att i det konkreta fallet visa sitt oberoende och att problem med intressekonflikter kan uteslutas. Klart är att det uppställda kvalificeringskravet utesluter ett antal anbudssökande. Det ligger dock enligt Konkurrensverkets mening nära till hands att anta, att de som själva är elkraftproducenter med betydande försäljning på Nord Pool, eller som är ägarmässigt beroende av sådana, kan befinna sig i en intressekonflikt som gör dem olämpliga som rådgivare vid upphandlingar av el. Frågan huruvida kommunen hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre ingripande och transparent utformat krav måste avgöras utifrån de faktiska omständigheterna och den bevisning som parterna åberopat i målet.

Fortum Markets har gjort gällande att det skulle ha varit tillräckligt att anbudssökandena står under tillsyn av FI. Marknaden för elderivat, elcertifikat och utsläppsrätter innebär handel med finansiella instrument och står därför under tillsyn av FI. Den finansiella tillsynens fokus ligger på frågor kring genomlysning av marknaden och hantering av intressekonflikter. Krav med innebörden att anbudssökanden måste ha tillstånd från FI hade dock inte varit ett mindre ingripande alternativ, eftersom sådana krav skulle ha varit diskriminerande mot utländska leverantörer och således strider mot såväl likabehandlings- som proportionalitetsprincipen.

Vad parterna i övrigt åberopat i denna del – så som Fortumkoncernens organisation och marknadsmakt – utgör bevisvärderingsfrågor, som Konkurrensverket inte tar ställning till.

I det *tredje* och sista steget skall en bedömning göras om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Kvalificeringskravet utesluter, som tidigare nämnts, ett antal anbudssökande. Denna negativa effekt måste dock vägas mot den upphandlande enhetens intresse av att erhålla rådgivning från en oberoende leverantör. Upphandlingen har föranletts av att kommunen inte själv förfogar över den kompetens som krävs för att bedöma elmarknaden. Kommunen är

alltså i dessa frågor, som får antas vara av stor ekonomisk betydelse, beroende av de råd som ges av leverantören. Kommunens intresse att anlita en rådgivare vars lojalitet inte kan ifrågasättas är därför berättigat och väger tungt.

Sammanfattningsvis gör Konkurrensverket den bedömningen att krav som syftar till att erhålla en oberoende leverantör inte i sig kan anses oförenliga med LOU och gemenskapsrätten samt att det av kommunen uppställda kvalificeringskravet är proportionellt och i övrigt förenligt med LOU och gemenskapsrätten under förutsättning att det är en lämplig och effektiv samt nödvändig åtgärd för att uppnå det av kommunen eftersträvade syftet. ---

Kammarrätten har i beslut den 20 september 2007 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Vallentuna kommun har genomfört en selektiv upphandling enligt 2 kap. LOU avseende leverans av elkraft samt portföljförvaltning med kundrådgivning under åren 2008 - 2010. Genom annons inbjöd kommunen leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. I en kort beskrivning av upphandlingen angavs bl.a. att elleveranserna successivt skall kunna prissäkras hos leverantören (portföljförvaltning med kundrådgivning) i dialog om prognoser, strategier och riktlinjer för prissäkring. I annonsen angavs bl.a. följande kvalificeringskrav:

Anbudssökanden skall ej själv vara (eller ägarmässigt beroende av) elkraftproducent som är betydande elkraftsäljare genom Nordpool.

Fortum Markets är ett av de företag som sökt om att få lämna anbud men som av kommunen bedömts inte uppfylla det angivna kvalificeringskravet. Fortum Markets har begärt överprövning av upphandlingen under åberopande av att det uppställda kvalificeringskravet strider mot LOU samt medför att bolaget lider skada.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Fortum Markets ingår i Fortumkoncernen som producerar elkraft vilken säljs över den nordiska

elbörsen, Nord Pool. Bolaget förfogar däremot inte själv över några produktionsresurser avseende elkraft utan köper, som andra elleverantörer, elkraft genom Nord Pool för försäljning till slutkund. Rådgivning till kund tillhandahålls av Fortum Markets dotterbolag Fortum Portfolio Services.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Det uppställda kvalificeringskravet medför att ett antal anbudssökande utesluts. Frågan i målet är om det i upphandlingen har varit berättigat att ställa ett sådant krav och i så fall om det bakomliggande syftet med kravet hade kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ.

Vallentuna kommun har angett att syftet med det uppställda kravet varit att köpa el av elhandlare som kan ge en från kraftproducentintressen oberoende rådgivning om tidpunkter och former för prissäkring etc. för att det skall vara möjligt för kommunen uppnå att budgeterbart och förmånligt elpris under avtalstiden. Fortum Markets har för sin del anfört att bolaget inte borde ha diskvalificerats eftersom det varken producerar elkraft eller är ägarmässigt beroende av en sådan producent. Vidare har bolaget framhållit att kommunen skulle ha kunnat tillämpa ett mindre ingripande kvalificeringskrav såsom att begära att rådgivaren står under Finansinspektionens eller annan nationell myndighets tillsyn.

Kammarrätten anser att med hänsyn till vad som framkommit i målet om Fortumkoncernens organisation att Fortum Markets och dess dotterbolag Fortum Portfolio Services inte intar en så självständig ställning i förhållande till koncernens kraftproduktion att man uppfyller kommunens uppställda krav på oberoende.

Såvitt gäller frågan om kravet är berättigat gör kammarrätten i likhet med länsrätten bedömningen att en rådgivare som är knuten till en elkraftproducerande koncern riskerar en intressekonflikt eftersom rådgivaren

skall verka för att uppdragsgivaren kan köpa elkraft till lägsta möjliga pris samtidigt som rådgivaren ingår i en koncern som är intresserad av ett så högt elpris som möjligt. Som länsrätten har angett i sin dom utgör enbart det faktum att en sådan intressekonflikt kan misstänkas föreligga vid rådgivningen skäl för kommunen att söka undvika en sådan situation. Det ifrågavarande kvalificeringskravet har således varit en berättigad åtgärd som får anses lämplig och effektiv för att uppnå det av kommunen eftersträvade syftet att erhålla en oberoende leverantör.

Frågan härfter är om kommunen hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre begränsande kvalificeringskrav. Fortum Markets har i denna del anfört att kommunen såsom ett mindre ingripande och godtagbart krav hade kunnat begära att rådgivaren står under Finansinspektionens eller annan nationell myndighets tillsyn. Kommunen har dock invänt att inspektionen inte kan granska hanteringen av rådgivningen huruvida prisbindning av framtida leveranser skall ske vid en viss tidpunkt eller om det är bättre att vänta med sådan bindning. Vidare har kommunen angett att det eftersträvade syftet är förutsebarhet beträffande kostnaderna för att kommunen skall kunna uppnå ett budgeterbart och förmånligt elpris under avtalstiden. Enligt kammarrättens mening kan det uppställda kravet inte anses gå utöver det åsyftade önskemålet om oberoende rådgivning i frågor som rör bl.a. prissäkring av elleveranser. Det faktum att Fortum Portfolio Services har tillstånd från Finansinspektionen och skall följa dess regelverk innebär visserligen ett visst skydd mot en orättvis behandling i samband med intressekonflikter. Mot bakgrund av vad som ovan sagts om den inbyggda intressekonflikten mellan koncernens intressen och i detta fall kommunens intresse är emellertid det av Fortum Markets föreslagna alternativet med tillstånd/tillsyn av Finansinspektionen eller annan nationell myndighet inte ett i sammanhanget tillräckligt kvalificeringskrav.

Vad slutligen gäller bedömningen om den negativa effekt som uteslutningen får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med kommunens eftersträlvade syfte att upphandla en oberoende leverantör, finner kammarrätten med hänsyn till de förhållanden som gäller för elmarknaden att den negativa effekten inte är överdriven eller oproportionerlig.

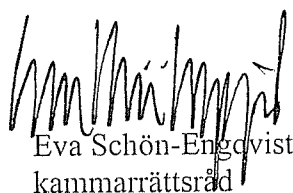
På grund av det ovan anförda och med hänsyn till vad Konkurrensverket har angett i sitt yttrande får kommunen sammantaget anses ha ställt ett proportionerligt kvalificeringskrav som inte strider mot kravet på affärsmässighet i LOU. Fortum Markets överklagande skall därför avslås.

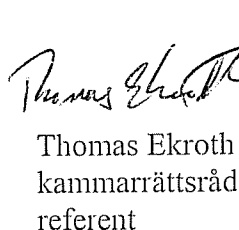
DOMSLUT

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten upphäver det interimistiska förordnandet i beslutet den 20 september 2007.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1), se bilaga.


Eva Schön-Engqvist
kammarrättsråd


Thomas Ekroth
kammarrättsråd
referent


Eva-Lotta Hedin
kammarrättsråd


Lisa Wiberg
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2007-09-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15215-07
Rotel 551

SÖKANDE

Fortum Markets AB
Lidingövägen 115
115 77 Stockholm

Ombud:

Advokat Johan Karlsson
Jur. kand. Peter Forsberg
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 253748

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-14:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Vallentuna kommun (härefter kommunen) har genomfört en selektiv upphandling av leverans av elkraft under åren 2008-2010 (benämnd EI 2008-2010).

Fortum Markets AB (härefter Fortum Markets) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den skall göras om. Vidare yrkar bolaget att länsrätten interimistiskt skall besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Upphandlingen avser leverans av elkraft åren 2008-2010 och genomförs som ett selektivt förfarande. Upphandlingen annonserades av kommunen den 13 april 2007 och anbudsansökningar skulle vara kommunen till handa senast den 25 maj 2007. Annonsen innehåller bl.a. följande kvalificeringskrav i p III.2.1. ”Anbudssökanden skall ej själv vara (eller ägarmässigt beroende av) elkraftproducent som är betydande elkrafts säljare genom Nordpool. Ägarförhållande för anbudssökanden och ev. moderbolag skall redovisas i ansökan.” Innebörden av detta krav är att ett elkraftsföretag som självt är eller är ägarmässigt beroende av elkraftproducent utesluts från deltagande i upphandlingen, i vart fall såvitt avser sådana elkraftsföretag som är betydande säljare på den nordiska elbörsen, Nordpool. Således utesluts företag som exempelvis Fortum. Av principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU följer att den upphandlande myndighetens kvalificeringskrav måste vara objektiva. Detta innebär bl.a. att de måste begränsas till leverantörers tekniska förmåga, kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning (se t.ex. Nämndens för offentlig upphandling yttrande i Regeringsrättens mål nr 1772-1998). Detta följer även uttryckligen av artikel 44.1 och 44.3 i direktiv 2004/18/EG, där det anges att krav skall avse leverantörs ekonomiska och finansiella ställning samt yrkesmässiga och tekniska kunskap samt att dessa skall vara objektiva och icke-diskriminerande. En be-

stämmelse med motsvarande innehåll föreslås i 11 kap. 2 § i den nya LOU, vari anges att krav får ställas på en lägsta nivå för anbudssökandes ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt att sådana lägsta nivåer för den kapacitet som krävs skall ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta (prop. 2006/07:128). Sammanfattningsvis måste kraven således vara sakliga och stå i relation och proportion till det som skall upphandlas för att säkerställa att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas. Regeringsrätten har tidigare konstaterat att ett krav som en upphandlande myndighet ställt i samband med upphandling av elkraft med innebörden att minst 50 procent av leverantörens totalförsäljning skulle utgöras av produktion i egna kraftverk stred mot 1 kap. 4 § LOU (RÅ 1999 ref. 12). Ett elkraftföretags möjlighet att leverera elkraft påverkas varken av om företaget är en elkraftproducent eller har en ägarmässig koppling till en elkraftproducent. Kravet utgör därför ingen som helst relevant lägsta nivå för leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det framstår vidare som tämligen uppenbart att kravet varken står i relation eller proportion till kontraktets föremål. Kommunens krav utgör därför en otillåten diskriminering av anbudsgivare, vars enda effekt är att begränsa befintlig konkurrens. Då kravet innebär att Fortum Markets utesluts från deltagande i upphandlingen är det uppenbart att man kommer att lida stor skada för det fall att kommunen tillåts avsluta upphandlingen innan länsrätten hunnit pröva Fortum Markets yrkanden i sak. Det är vidare uppenbart att denna skada är större än den eventuella olägenhet som kan uppstå om upphandlingsprocessen fördröjs.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden och yttrar bl.a. följande. Köp av elkraft kompliceras av den marginalprissättning som sker på Nordpool och det stora antalet alternativ för prissäkring på kort och lång tid. Det är kommunens erfarenhet att tidigare upphandlingar lett till prislåsningar vid inte alltid bästa tidpunkt och stora svängningar i priset som är svåra att hantera inom den kommunala budgeten. Inför upphandlingen av el för 2008-2010

har kommunen förutom lågt pris därför också velat eftersträva ett mindre risktagande och ett säkrare budgeteringsunderlag. Kommunen har valt en uppläggning för upphandlingen med möjlighet till successiv prissäkring genom Nordpool beroende på aktuell marknadsbedömning. Kommunen har dock inte kompetens eller kapacitet för att följa elmarknaden på det sätt som krävs varför man måste anlita extern kompetens. Ett alternativ är då att välja en leverantör som förutom att leverera el också kan erbjuda prissäkringsalternativ och stå för den rådgivning som krävs för successiva prissäkringsval. Sådan rådgivning skall självklart vara oberoende från företag som har betydande försäljning av elkraft genom Nordpool. Fortum Markets framställer det som att upphandlingen endast avser leverans av elkraft. Om upphandlingens föremål bara varit detta hade Fortum Markets inte kunnat uteslutas. Som framgår av "Meddelande om upphandling" II.1.5. är upphandlingens föremål dock inte endast fysisk elleverans utan också rådgivning. Det är kommunens klara uppfattning att det skulle strida mot kravet på affärsmässighet i LOU om man inte hade fört in kravet om oberoende från elproduktion. En betydande elproducent kan anses ha ekonomisk vinning av uppdraget på grund av möjligheten att påverka prisbildningen på Nordpool. Det blir därmed inte lika villkor för leverantörer med betydande elproduktion som för leverantörer som inte är prispåverkande på Nordpool. Kommunen avstod därför från att välja ut Fortum Markets till anbudsgivningen. Kommunens gällande avtal med Fortum Markets som leverantör går ut den 31 december 2007. Om kommunen till dess inte har klart med upphandling av ett nytt avtal kommer man att få betala det tillsvidarepris som gäller, vilket normalt är avsevärt högre än det pris man skulle få betala genom att fullfölja upphandlingen och påbörja prissäkring successivt under hösten 2007 för elleveranserna efter årsskiftet. Ett interimistiskt beslut skulle därför medföra betydligt större skada för kommunen än vad skadan skulle bli för Fortum Markets om ett sådant beslut uteblir.

Fortum Markets har i yttrande anfört sammanfattningsvis följande. Det saknar betydelse huruvida en elleverantör är elkraftproducent eller har en ägarmässig koppling till en elkraftproducent för företagets möjlighet att leverera elkraft och rådgivning till en kund. Kommunens kvalificeringskrav är därför diskriminerande, det saknar samband med kontraktsföremålet och står inte i proportion till detta. Fortum Markets ingår i Fortumkoncernen (Fortum). Den elkraft som produceras av Fortum säljs över den nordiska elbörsen, Nordpool. På Nordpool köper bl.a. elleverantörer elkraft för försäljning till slutkunder. Fortum Markets är en sådan elleverantör vars verksamhet innefattar försäljning och leverans av elkraft samt därtill hörande tjänster till slutkund. Det skall understrykas att Fortum Markets varken producerar eller förfogar över några produktionsresurser vad avser elkraft. Fortum Markets köper, som andra elleverantörer, elkraft genom Nordpool för försäljning till slutkund. Som skäl för att diskriminera anbudssökande som ingår i kraftproducerande koncerner som är betydande elkraftsäljare genom Nordpool förefaller kommunen göra gällande att Fortum Markets kan påverka prisbildningen på Nordpool. Innebörden av kommunens yttrande synes vara att Fortum genom en dominerande ställning har sådan marknads-makt att man kan påverka prisbildningen och även att Fortum skulle missbruka en sådan ställning i strid med konkurrenslagen. Ett antal utredningar har tidigare bekräftat att kraftproducenterna inte kan påverka prisbildningen på Nordpool. Konkurrensverket har t.ex. i år konstaterat att Fortums marknadsandel på den nordiska råkraftsmarknaden uppgick till ca 13 procent 2006 samt att Fortums, Vattenfalls och E.ON:s gemensamma marknadsandel uppgick till ca 39 procent. Konkurrensverket konstaterade att dessa producenter, varken var för sig eller gemensamt, innehar en dominerande ställning (se beslut dnr 408/2006). Härav följer att Fortum inte har en sådan marknads-makt att man kan styra sin produktion för att påverka priset på Nordpool. Fortum Markets agerar självständigt och utan påverkan från andra företag i Fortumkoncernen vad gäller försäljning och rådgivning avseende elkraft i förhållande till sina slutkunder.

Kommunen har i yttrande anfört sammanfattningsvis följande. Fortum Markets framställer det i sin ansökan som att upphandlingen endast avser leverans av elkraft. I sin inläga daterad den 27 juli 2007 har Fortum Markets lagt till "rådgivning till kund" och anför att det saknar betydelse huruvida en elleverantör är elkraftproducent eller har en ägarmässig koppling till en elkraftproducent för företagets möjlighet att leverera elkraft och rådgivning till en kund. Enligt kommunens uppfattning är det så att om elleverantören/rådgivaren, som Fortum Markets, ingår i en koncern som har stor elkraftsäljning över Nordpool så föreligger det givetvis en intressekonflikt inom koncernen mellan att ge bästa möjliga råd till kommunen respektive intresset av att prissäkring för framtida leveranser sker på så hög nivå som möjligt. Kommunen delar inte Fortum Markets uppfattning att kraftproducenterna inte kan påverka prisbildningen på Nordpool. Eftersom det är en marginalprissättning kan en säljare av Fortums storlek mycket väl påverka prissättningen. Detta noterar också Konkurrensverket tydligt i det beslut som Fortum Markets refererat till. För kommunen är det helt naturligt att en koncern som öppet redovisar att man sysslar med elkraftförsäljning och elhandel (med eller utan rådgivning) med så kallad vertikal integration, agerar för att nå totalt sett bästa resultat. Därför har kommunen inte intresse av att köpa annat än elleverans med oberoende rådgivning om prissäkring och portföljförvaltning. Att uppställa ett oberoendekrav vid rådgivning är förenligt med kravet på affärsmässighet i LOU 1 kap. 4 § och i övrigt. Fortum Markets påstår men har inte visat att bolaget är oberoende av sin ägare Fortumkoncernen.

Fortum Markets har i yttrande anfört sammanfattningsvis följande. Huruvida en elleverantör är elkraftproducent eller har en ägarmässig koppling till en sådan saknar betydelse för leverantörens möjlighet att leverera elkraft eller lämna rådgivning. Kommunens krav är därför diskriminerande, det saknar samband med kontraktsföremålet och står inte i proportion till detta.

Kommunen synes göra gällande att det föreligger en oacceptabel intressekonflikt om en leverantör producerar el eller ingår i en elproducerande koncern, detta eftersom den levererande delen av koncernen försöker säkra lägsta pris åt kunden medan den producerande delen av koncernen strävar efter att få ut högsta möjliga pris för elkraften. Fortum är en av flera producenter som säljer elkraft över Nordpool och dess marknadsandel på den nordiska råkraftmarknaden har uppskattats till 13 procent av Konkurrensverket. Det framstår därför som uppenbart att Fortum inte kan påverka eller förutse gällande pris. Kommunen synes vidare göra gällande att Fortum skulle kunna begränsa sin produktion i syfte att få priset på elkraft att stiga. Ett sådant agerande skulle bara vara lönsamt om man hade en dominerande ställning på marknaden. För Fortum skulle en prispåverkan av en produktionsbegränsning inte kompensera intäktsbortfallet i form av minskad försäljning. En produktionsbegränsning skulle således vara olönsam. Fortumkoncernen är organiserad på ett sådant sätt att såväl produktion som rådgivning/portföljförvaltning och slutkundsförsäljning sker genom separata bolag. Rådgivning till elkunder sker genom Fortum Portfolio Services AB som tillhandahåller sådana tjänster på uppdrag av, men organisatoriskt separerat från, Fortum Markets.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 7 kap. 2 § LOU stadgas att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får rätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interi-

mistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Handlingarna i målet

Under avsnitt II punkt 1.5 i kommunens ”Meddelande om upphandling” anges bl.a. följande. Upphandlingen avser leverans av elkraft åren 2008-2010. Elleveranserna skall successivt kunna prissäkras hos leverantören (portföljförvaltning med kundrådgivning) i dialog om prognoser, strategier och riktlinjer för prissäkring.

Under avsnitt III punkt 2.1 i kommunens ”Meddelande om upphandling” anges bl.a. följande. Anbudssökanden skall ej själv vara (eller ägarmässigt beroende av) elkraftproducent som är betydande elkraftsäljare genom Nordpool.

Länsrätten gör följande bedömning

Länsrätten tar upp målet till slutligt avgörande. Fortum Markets yrkande om ett interimistiskt förordnande att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats föranleder därför inte någon åtgärd från länsrätten.

Länsrättens prövning utifrån LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 7 kap. 2 § LOU. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU. Prövningen kan också avse att andra gemenskapsrättsliga principer som skall beaktas vid all offentlig upphandling inte trätts för när. För att ett ingripande skall bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det rör sig om en selektiv upphandling. Kännetecknande för denna upphandlingsform är att den upphandlande enheten annonserar för ansökan att komma med anbud, varefter inkomna

ansökningar kvalificeras och väljs ut. Först därefter inbjuds anbudssökande att avge anbud. Anledningen till denna uppdelning är att den upphandlande enheten skall få ett hanterligt antal anbudsgivare.

Kommunen har i sitt meddelande om upphandling som villkor för deltagande angett att anbudssökanden inte själv skall vara (eller ägarmässigt beroende av) elkraftproducent som är betydande elkraftsäljare genom Nordpool.

Det är enligt länsrättens uppfattning uppenbart att det uppställda kravet utesluter vissa anbudsgivare. Frågan i målet är om denna begränsning av tänkbara leverantörer är förenlig med bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU.

Fortum Markets har gjort gällande att möjligheten att leverera elkraft inte påverkas av om företaget är en elkraftproducent eller har en ägarmässig koppling till en sådan producent. Det uppställda villkoret står därför enligt Fortum Markets inte i relation eller proportion till kontraktsföremålet och kommunens krav utgör därför en otillåten diskriminering av anbudsgivare, vars enda effekt är att begränsa befintlig konkurrens.

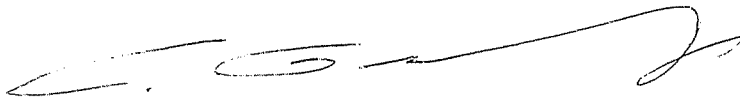
Kommunen har anfört att upphandlingens föremål inte endast avser fysisk leverans av elkraft utan också rådgivning för bl.a. prissäkringsval. Det uppställda villkoret motiveras av den intressekonflikt som kan uppstå om leverantören/rådgivaren ingår i en koncern som har stor elkraftförsäljning över Nordpool. Intressekonflikten skulle i så fall stå mellan att ge bästa möjliga råd till kommunen, vilket innebär så lågt pris som möjligt, respektive koncernens intresse av att prissäkring för framtida leveranser sker på så hög nivå som möjligt.

Enligt länsrättens mening kan det i vart fall inte uteslutas att en rådgivare som är knuten till en elkraftproducerande koncern hamnar i en intressekonflikt, detta då rådgivaren å ena sidan skall verka för att uppdragsgivaren

skall kunna köpa elkraft till lägsta möjliga pris och å andra sidan ingår i en koncern i vars intresse ligger ett så högt elpris som möjligt. Enbart det faktum att en sådan intressekonflikt kan misstänkas föreligga vid rådgivningen får anses utgöra goda skäl för kommunen att söka undvika en sådan situation. Det förhållandet att rådgivningen skall ges av ett bolag som är organisatoriskt separerat från Fortum Markets innebär enligt länsrättens uppfattning inte skäl för ett annat synsätt.

Länsrätten anser med hänvisning till ovanstående inte att det uppställda villkoret innebär att kommunen kan anses ha åsidosatt kravet på affärsmässighet i LOU. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som ställs upp i LOU. Vad Fortum Markets anfört föranleder inte någon annan bedömning. Fortum Markets framställning om överprövning skall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a)



Christian Groth
chefsrådman

Föredragande har varit Magnus Ehn.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.