

KLAGANDE

Fortum Markets AB, 556549-0678

Ombud:

Advokaterna Johan Karlsson och Peter Forsberg
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting genom Locum AB, 556438-7909

Ombud:

Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 21 september 2007 i mål
nr 16194-07, 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 Locum AB:s upphandling med beteckningen LOC 0705-0676 skall göras om.

Locum AB (Locum) bestrider bifall till överklagandet.

Fortum Markets anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Locums krav utesluter uttryckligen ett antal anbudsgivare, nämligen de som ingår i en elproducerande koncern. Fortum Markets har principiellt inga invändningar mot att Locums konsult skall agera utan andra hänsyn än

kundens bästa. Tvärtom måste detta vara en självklarhet. Fortumkoncernens organisation och elmarknadens funktion säkerställer dock att Fortum Markets, som teoretisk leverantör till Locum, agerar oberoende och utan andra hänsyn än Locums bästa. Locums krav måste därför anses oproportionerligt. Kravet utgör en otillåten diskriminering av anbudsgivare samt begränsar, och därmed inte utnyttjar, befintlig konkurrens i strid med 1 kap. 4 § LOU.

Fortumkoncernens verksamhet är uppdelad på fyra rapporteringssegment. Kraft produceras av segmentet Kraftproduktion 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. Det är bolagets dotterbolag Fortum Portfolio Services AB (Fortum Portfolio Services) som svarar för rådgivning/förvaltning till kunder som Locum. Fortum Portfolio Services 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.

Såsom Locum tillämnat kravet utesluter det per automatik bolaget 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. Locum skulle kunna tillämpa ett mindre ingripande krav som tillgodoser det av Locum angivna syftet utan att begränsa anbudskonkurrensen. 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. Ett sådant krav tillgodoser det av Locum angivna syftet (genom värdepapperslagstiftningens krav beträffande intressekonflikter m.m. samt den tillsyn inspektionen utövar över lagstiftningen) utan att begränsa möjligheten för företag som ingår i en kraftproducerande koncern att delta i anbudskonkurrens. Per den

1 november 2007 gäller en ny lag (2007:528) om värdepappersmarknaden som har ersatt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse. Den nya lagen baseras på ett EG-direktiv vilket bl.a. innehåller regler om utseende av behöriga nationella myndigheter (motsvarande Finansinspektionen i Sverige) och deras tillsyn över regelverket. Genom tillägget *eller motsvarande nationell myndighet*, torde därför inte heller kravet strida mot likabehandlingsprincipen vilket Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 1885-07 ansåg vara fallet i förhållande till utländska anbudsgivare om kravet begränsades till tillstånd från Finansinspektionen.

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).

Locum anför bl.a. följande. Locum har tidigare redovisat att i praktiken kan endast elleverantörer lämna anbud. Det beror på att Locum i annonsen under punkten III.2.1 föreskrivit att leverantören/elkonsulten skall kunna ta balansansvar för varje uttagspunkt. Såvitt Locum uppfattat Fortum Markets begäran om överprövning har bolaget inte påstått att det skulle vara i strid med upphandlingslagstiftningen att uppställa balansansvar som ett kvalificeringskrav på företaget. Av annonsen framgår under punkten II.1.5 att uppdraget består i att leverantören skall vara Locums konsult för handel med elkraft och att konsulten skall kunna: upphandla el för Locums räkning, sköta all upphandling av el och vara avtalspart till kraftleverantörerna samt förvalta Locums elkraftportfölj. Den som erhåller uppdraget kommer alltså att ge råd till Locum i en rad frågor som har med upphandling av el och portföljförvaltning att göra. Exempel på sådana råd kan vara förfrågningsunderlagens innehåll, lämplig tidpunkt för upphandling och förslag på avtalspart. Mot den redovisade bakgrunden har Locum bedömt att det är av synnerlig vikt att den som erhåller uppdraget (elkonsulten) står oberoende i förhållande till kraftproducenter och därför redovisat detta som en förutsättning för uppdraget. Kravet på oberoende är alltså av betydelse i

Locums kommande upphandlingar av el som elkonsulten skall medverka i för Locums räkning.

Fortum MarketsBolaget har i målet uppehållit sig vid begreppet elleverantör och hävdar att den elleverantör som tilldelats kontraktet i upphandlingen skulle komma att hantera upphandlingar av el i vilka samma elleverantör skulle komma ifråga som anbudsgivare och som leverantör av el. Det förekommer enligt Locum olika slag av elleverantörer. Det ena slaget är kraftproducent som levererar el som har producerats av honom själv eller av någon inom samma koncern. Fortum tillhör det slaget och Fortum Markets ingår i Fortumkoncernen. Det andra slaget är elhandlare som varken är kraftproducenter eller ingår i kraftproducerande koncern, s.k. oberoende elhandlare. Dessa oberoende elhandlare betecknas dock per definition som elleverantörer så snart de åtar sig ett balansansvar. Det föreligger dock en stor skillnad mellan de två slagen av elleverantörer i och med att elhandlare inte lämnar anbud på elkraftsförfrågningar utan istället uppträder som konsult åt myndigheter och företag vid bl.a. deras köp av el. Dessa elhandlare vinnlägger sig om oberoendet i förhållande till kraftproducenter och företag i en kraftproducerande koncern. Tilläggas kan att Locum aldrig skulle godta att en upphandlad elkonsult lämnar anbud på en elkraftsförfrågan eftersom det skulle vara i direkt strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 4 § LOU.

Locum vidhåller således att det är en stor skillnad på en elleverantör i form av kraftproducent och en elleverantör i form av elkonsult. För Locums del är det uppenbart att det kommer att föreligga en jävsituation i nästa steg, dvs. när Locum skall köpa el med biträde av den upphandlade elkonsulten, om kraftproducent eller företag som ingår i kraftproducerande koncern medverkar som elkonsult för Locum samtidigt som en kraftproducent i samma koncern lämnar anbud på el.

Locums elleveransavtal kommer inte att träffas med Nord Pool utan med en eller flera elleverantörer för en viss tidsperiod. I dessa upphandlingar av el

kommer elkonsulten att ha medverkat i bl.a. framtagande av förfrågningsunderlag, utvärdering av anbud och andra frågor kopplade till upphandlingen. Eftersom elmarknaden är avreglerad kommer anbudspriserna och villkoren i anbuden att variera mellan olika leverantörer. Priserna på elbörsen kan dock, men behöver inte ha, betydelse för elleverantörernas prissättning. I vissa fall kan t.ex. vid rörliga elpriser anbud lämnas med pris kopplade till det rörliga börspriset. En anbudsgivare kan då lämna ett pris på exempelvis 96 procent av vid varje tidpunkt gällande pris på börsen och en annan 97 procent. Vid förfrågan om fast pris för elleverans kommer anbudsgivaren av el att bedöma risker och möjligheter inför en sådan prissättning. Varje anbudsgivare av elkraft gör med andra ord sin egen bedömning och Nord Pool utgör inte någon garant för oberoende eftersom det är elleverantörer i form av kraftproducenter som lämnar anbud på el.

Den elkonsult som upphandlas kommer att lämna råd till Locum inför, under och efter genomförda upphandlingar av el. Avtal om elleverans kommer att slutas direkt mellan vinnande elleverantör och antingen Locum eller elkonsulten. Elkonsulten skall också kunna förvalta Locums elkraftportfölj. Det är således av största betydelse att elkonsulten står oberoende av egna intressen i kraftmarknaden. För Locums del står det klart att ett sådant oberoende inte föreligger om Fortum Markets skulle komma att hantera upphandlingar av el i vilka bolag i samma koncern kan komma att lämna anbud.

Fortum Markets har även hänvisat till att dotterbolaget Fortum Portfolio Services står under tillsyn av Finansinspektionen. Locum anser att inspektionens granskning inte garanterar ett oberoende.

Konkurrensverket har konstaterat att Locums intresse att anlita en konsult vars lojalitet inte kan ifrågasättas är berättigat och väger tungt och att Locum står i en beroendeställning till konsulten samt att de råd som konsulten ger får antas vara av stor ekonomisk betydelse. Konkurrensverkets konstaterande överensstämmer med vad Locum har lagt till grund

för sitt i annonsen uppställda krav på oberoende. Locum menar att det inte under några omständigheter i den nu aktuella upphandlingen kan vara möjligt för ett bolag som ingår i en kraftproducerande koncern att medverka i anbudsgivningen avseende uppdraget som Locums elkonsult. Locum kan således inte se att något mindre ingripande alternativ kunde ha valts.

Kammarrätten ha 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 eftersträlvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträlvade 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 genom-

föras 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 Finansinspektionen (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 Locum formulerade kvalificeringskravet är förenligt med LOU och gemenskapsrätten.

Locum har ställt ett kvalificeringskrav med innebörden att leverantören inte till någon del får äga kraftproduktion eller ingå i kraftproducerande koncern. Syftet med detta krav har angetts vara att säkerställa att den konsult som skall biträda Locum är oberoende och inte befinner sig i någon jävsliknande situation.

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.

Kvalificeringskravet innebär ostridigt att endast elleverantörer kan komma i fråga som leverantör i denna upphandling. Fråga har uppkommit i målet huruvida detta medför att den elleverantör som tilldelas upphandlingskontraktet lämnar anbud i de efterföljande upphandlingarna av elleveranser. I sådana fall skulle detta kunna innebära en negativ särbehandling av Fortum Markets. EG-domstolen har emellertid i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i "funktionella termer", dvs. att det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas. Enbart en hypotetisk möjlighet att en elleverantör kan lämna anbud i de efterföljande upphandlingarna synes således inte vara tillräcklig.

Om utredningen i målet inte leder till slutsatsen att Fortum Markets blivit negativt särbehandlad genom att kvalificeringskravet inneburit att endast elleverantörer kunnat komma ifråga – eller att redan elmarknadens funktion medför att någon problematik med intressekonflikter över huvudtaget inte kan förekomma vad gäller kraftproducenter och kvalificeringskravet följaktligen skulle vara obehövligt – synes emellertid det av Locum 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 Locum hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre begränsande kvalificeringskrav.

Kvalificeringskravet medför ett fullständigt och undantagslöst hinder för anbudssökande som till någon del äger kraftproduktion eller ingår i kraftproducerande koncerner 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 kraftproducenter eller ingår i sådana koncerner kan befinna sig i en intressekonflikt som gör dem olämpliga som konsulter vid upphandlingar av el. Frågan huruvida Locum 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 bl.a. åberopat att det 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 marknadsstyrka – 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 anbuds-sökande. Denna negativa effekt måste dock vägas mot den upphandlande enhetens intresse av att erhålla rådgivning från en oberoende konsult. Locum står i en beroendeställning till konsulten och de råd som konsulten ger får antas vara av stor ekonomisk betydelse. Locums intresse att anlita en konsult vars lojalitet inte kan ifrågasättas är därför berättigat och väger tungt.

Sammanfattningsvis gör Konkurrensverket 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 Locum 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 Locum eftersträvade syftet. ---

Kammarrätten har i beslut den 1 oktober 2007 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Locum har genomfört en selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU avseende konsult för elhandel. Genom annons inbjöd Locum leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. I annonsen angavs bl.a. följande kvalificeringskrav:

Leverantören får ej till någon del äga kraftproduktion eller ingå i kraftproducerande koncern och skall således vara oberoende av egna intressen i kraftmarknaden.

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. Bolaget ingår i Fortum-koncernen 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 bolagets 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 om det bakomliggande syftet med kravet hade kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ.

Locum har angett att syftet med det uppställda kravet har varit att elkonsulten skall vara oberoende av egna intressen i kraftmarknaden eftersom denne kommer att ge råd till Locum om t.ex. förfrågningsunderlagens innehåll, lämplig tidpunkt för upphandling samt förslag på avtalsparter. Fortum Markets har för sin del anfört att kravet inte utgör en lägsta nivå för leverantörens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt att Locum skulle ha kunnat tillämpat ett mindre ingripande kvalificeringskrav såsom att begära att rådgivaren står under Finansinspektionens eller annan nationell myndighets tillsyn.

Såvitt gäller frågan om kravet är berättigat gör kammarrätten i likhet med länsrätten bedömningen att den leverantör som skall sköta Locums upphandlingar av el, som bl.a. innebär att Locum skall kunna köpa el till lägsta möjliga pris, riskerar en intressekonflikt om denne själv äger elproduktion och därmed har intresse av ett så högt elpris som möjligt eller ingår i en koncern i vars intresse ligger ett så högt elpris som möjligt. Som länsrätten har angett i sin dom utgör enbart det faktum att en sådan intressekonflikt kan misstänkas föreligga skäl för Locum att söka undvika en sådan situation. Det ifrågasvarande kvalificeringskravet har således varit en berättigad åtgärd som får anses lämplig och effektiv för att uppnå det av Locum eftersträlvade syftet att erhålla en oberoende elkonsult.

Frågan härfter är om Locum hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre begränsande kvalificeringskrav. Fortum Markets har i denna del anfört att Locum såsom ett mindre ingripande och godtagbart krav hade kunnat begära att elkonsulten står under Finansinspektionens eller annan nationell myndighets tillsyn. Locum har dock invänt att inspektionens granskning inte garanterar ett oberoende. Enligt kammarrättens mening kan det uppställda kravet inte anses gå utöver det åsyftade önskemålet att genom en oberoende konsult för handel med elkraft åstadkomma en reducering av landstingets energikostnader. 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 Locums 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 Locums eftersträvade 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.

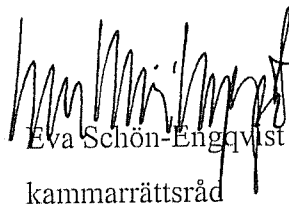
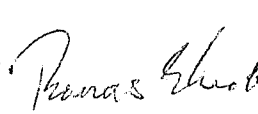

På grund av det ovan anförda och med hänsyn till vad Konkurrensverket har angett i sitt yttrande får Locum sammantaget anses ha ställt ett proportionerligt kvalificeringskrav som inte strider mot kravet på affärsmässighet i LOU. Fortum Markets överklagande skall därför avslås

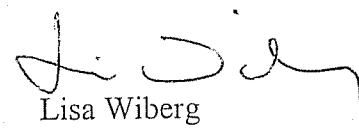
DOMSLUT

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten upphäver det interimistiska förordnandet i beslutet den 1 oktober 2007.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.

		
Eva Schön-Engqvist	Thomas Ekroth	Eva-Lotta Hedin
kammarrättsråd	kammarrättsråd	kammarrättsråd
	referent	


Lisa Wiberg
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2007-09-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
16194-07
Rotel 554

SÖKANDE

Fortum Markets AB, 556549-0678

Ombud

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

MOTPART

Locum AB

Ombud

Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut den 23 augusti 2007 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 254507

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-14:30

BAKGRUND

Locum AB (Locum) genomför en upphandling av konsult för handel med elkraft (LOC 0705-0676). Upphandlingen genomförs som en selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Upphandlingen annonserades av Locum i bilaga S till Europeiska Unionens officiella tidning den 15 maj 2007. I annonsen anges i punkten III.2.1 under rubriken "De ekonomiska aktörernas personliga förhållanden, inklusive krav på registrering i yrkes- eller handelsregister" bl.a. följande villkor för deltagande.

Leverantören får ej till någon del äga kraftproduktion eller ingå i kraftproducerande koncern och skall således vara oberoende av egna intressen i kraftmarknaden. Leverantören skall till intresseanmälan foga intyg att sådant ägande ej förekommer./.../ För att säkra leverantörens oberoende skall dennes totala portföljförvaltning under 2005 ha överstigit 4 TWh fysisk kraft./.../ Leverantören skall kunna ta balansansvar för varje uttagspunkt enligt de regler som Svenska Kraftnät utfärdar för balansansvarig part. Certifikat för balansansvarig från Svenska Kraftnät skall medfölja intresseanmälan.

YRKANDE m.m.

Fortum Markets AB (Fortum Markets) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Enligt 1 kap. 4 § LOU skall all offentlig upphandling göras affärsmässigt och med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Anbudsgivare och anbud skall behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Detta skall garanteras bl.a. genom att kvalifikationskrav och krav i kravspecifikationer måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som skall upphandlas och att sådana krav inte får utformas på sådant sätt att leverantörer diskrimineras och konkurrens begränsas. Kvalificeringskraven i punkt III.2.1 i annonsen innebär att anbudssökande dels skall kunna ta balansansvar (dvs. ansvara för att lika mycket elkraft som förbrukas varje timme per uttagspunkt tillförs uttagspunkten) och dels ha en portföljförvaltning som 2005 skall ha överstigit

4 TWh fysisk kraft. Således kan endast elleverantörer komma ifråga som leverantör. Innebörden i kravet är vidare att elleverantör inte får äga eller ingå i elkraftproducerande koncern. Således utesluts alla företag som producerar eller har ägarmässiga band till företag som producerar elkraft, däribland Fortum Markets, från deltagande i upphandlingen.

De kvalificeringskrav som en upphandlande myndighet ställer på leverantörer skall vara ägnade att förvissa den upphandlande myndigheten om att leverantör som kvalificeras och slutligen tilldelas kontraktet kommer att kunna fullgöra sina åtaganden enligt kontraktet. Av principen om affärs-mässighet i 1 kap. 4 § LOU följer att dessa krav måste vara objektiva. Detta innebär bl.a. att de måste begränsas till leverantörers tekniska förmåga, kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning (se t.ex. sid. 2 och 3 i Nämnden för offentlig upphandlings yttrande i Regeringsrättens mål 1772-1998). Detta följer även uttryckligen av artikel 44.1 och 44.3 i direktiv 2004/18/EG vari bl.a. anges, beträffande val av anbudssökande i selektiva förfaranden, att krav skall avse leverantörs ekonomiska och finansiella ställning samt yrkesmässiga och tekniska kunskap samt att dessa skall vara objektiva och icke-diskriminerande. En bestämmelse 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 kontraktsföremålet och stå i proportion till detta (se prop. 2006/07:128 s. 33 och 244 ff). Sammanfattningsvis måste kraven således vara sakliga och stå i relation och, inte minst, proportion till det som skall upphandlas för att säkerställa att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 1999 ref. 12 konstaterat att ett krav som en upphandlande enhet ställt i samband med upphandlingen av elkraft med

innebörden att minst 50 procent av leverantörens totalförsäljning skulle utgöras av produktion i egna kraftverket stred mot 1 kap. 4 § LOU. Locums krav innebär att elleverantörer utesluts från deltagande om dessa är eller ingår i en koncern som producerar elkraft. En elleverantörs möjlighet att leverera till Locum påverkas varken av om elleverantören är en elkraftproducent eller ingår i elkraftproducerande koncern. Kravet utgör därför ingen som helst relevant lägsta nivå för leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det framstår vidare som tämligen uppenbart att det varken står i relation, och än mindre proportion, till kontraktets föremålet. Locums krav utgör därför en otillåten diskriminering av anbudsgivare vars enda effekt är att begränsa, och därmed inte utnyttja, befintlig konkurrens i strid med 1 kap. 4 § LOU.

Locum bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Skälet till kravet att leverantören inte till någon del får äga kraftproduktion eller ingå i kraftproducerande koncern och således skall vara oberoende av egna intressen i kraftmarknaden är att det är av stor betydelse att den leverantör som erhåller uppdraget att för landstingets räkning upphandla el står helt oberoende av egna intressen i kraftmarknaden. Det är helt enkelt en fråga om tilltron till objektiviteten i leverantörens kommande upphandlingar av el för landstingets räkning.

Fortum Markets har anfört bl.a. att kravet i punkten III.2.1 inte utgör någon som helst relevant lägsta nivå för leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Locum får framhålla att kravet på oberoende inte är något krav på leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Fortum Markets argumentation faller redan på den grunden och därmed även hänvisningen till RÅ 1999 ref 12 och NOU:s yttrande. Kravet är istället ett berättigat krav på oberoende som är förenligt med de grundläggande principer på vilka LOU vilar. Kravet har uppställts av det skälet att den leverantör som vinner upphandlingen kommer att ombesörja

Stockholms läns landstings upphandlingar av el och det är då av utomordentligt stor betydelse att den leverantören står oberoende i förhållande till kraftproducenter.

Locum får i sammanhanget hänvisa till artikel VI.4 i Agreement on Government Procurement (GPA). Punkten har följande lydelse:

”Upphandlande enheter skall inte, på ett sådant sätt, att det kan komma att utesluta konkurrens, efterfråga eller acceptera råd som kan användas i sammanställning av underlag för enskild upphandling från ett företag som kan ha kommersiella intressen i upphandlingen.”

I ingressen till det nya upphandlingsdirektivet 2004/18/EG hänvisas bl.a. till GPA. Den citerade bestämmelsen om s.k. jäv i samband med upphandling som intagits i GPA kan inte vara oförenlig med LOU förutsatt att föremålet för upphandlingen motiverar begränsningar i anbudsgivarkretsen med hänvisning till risk för kommande jäv. Bestämmelsen i GPA ger enligt Locum stöd för att det varit förenligt med LOU att i den aktuella upphandlingen av konsult för handel med elkraft uppställa krav på oberoende i förhållande till kraftproducenter.

Locum får vidare hänvisa till punkterna 30, 31 och 35 i EG-domstolens dom den 3 mars 2005 i mål C-21/03 och C-34/03. Av punkten 30 framgår bl.a. att s.k. jäv i samband med upphandling kan uppstå även om det inte varit leverantörens avsikt. Redan risken för s.k. jäv utgör med andra ord en omständighet som kan rubba tilltron till upphandlingen. Av punkten 31 framgår vidare att likabehandlingsprincipen inte innebär att samtliga anbudsgivare skall behandlas på samma sätt, dvs. ett krav på t.ex. oberoende kan vara ett berättigat krav förutsatt att föremålet för upphandlingen motiverar ett sådant krav. Punkten 35 får tolkas som att endast om det står klart att ett deltagande i förfarandet inte skulle innebära någon som helst risk för den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna föreligger inte ett s.k. jäv i

samband med upphandling. Även om det nu aktuella målet inte berör motsvarande situation som den i EG-domstolens dom utan istället nästa steg, dvs. när den upphandlade leverantören i sin tur skall upphandla el för landstingets räkning, så belyser EG-domstolens dom ändå vikten av att en upphandling, dvs. i detta fall de upphandlingar som kommer att göras av den upphandlade leverantören för landstingets räkning, genomförs utan att det ens föreligger någon misstanke om snedvriden konkurrens i form av t.ex. s.k. jäv i upphandlingssammanhang. Kravet på oberoende är således berättigat, då den som erhåller uppdraget att sköta landstingets kommande upphandlingar av el m.m. skall stå fri från varje misstanke att upphandlingen av el inte genomförs alternativt inte genomförts på ett objektivet sätt.

Fortum Markets har i genmäle anfört i huvudsak följande. Mot bakgrund av annonsen krav avseende balansansvar samt portföljförvaltning innefattande fysisk kraft kan endast elleverantör komma ifråga som leverantör till Locum. Den identifierade jävsproblematik, med vilken Locum motiverar kravet, innebärande att den leverantör som skall ansvara för Locums upphandlingar inte själv skall ha några intressen i elmarknaden kommer således ändå att uppkomma då endast elleverantör kommer i fråga som leverantör. Huruvida denne elleverantör äger eller ingår i elkraftproducerande koncern saknar relevans från ett jävsperspektiv. Att under sådana förhållanden diskvalificera elleverantörer som ägs av eller ingår i kraftproducerande koncerner utför därför en otillåten diskriminering.

Locum har i yttrande den 16 augusti 2007 anfört bl.a. följande. Locum vitsordar att i praktiken kan endast elleverantör ansöka om att få lämna anbud i nu aktuell upphandling. Locums elleveransavtal kommer att träffas med en eller flera elleverantörer för en viss tidsperiod. I dessa upphandlingar av el kommer elkonsulten att ha medverkat i bl.a. framtagande av förfrågningsunderlag, utvärdering av anbud och andra frågor kopplade till

upphandlingen. Eftersom elmarknaden är avreglerad kommer anbudspriserna och villkoren i anbudena att variera mellan olika leverantörer. Det är således av största betydelse att elkonsulten står oberoende av egna intressen i kraftmarknaden. Ett sådant oberoende föreligger inte om exempelvis Fortum Markets skulle komma att hantera upphandlingar av el i vilka bolag i samma koncern kan komma att lämna anbud. Locum kan inte vitsorda att motsvarande jävsproblematik föreligger för en elkonsult som varken äger kraft eller ingår i elkraftsproducerande koncern. I litteraturen (Hentze Sylvé, Offentlig upphandling – en kommentar, 1998, s. 51 ff.) anges att en upphandling bör skötas så att några misstankar om partiskhet inte rimligen kan uppkomma. Uttalandet stödjer tolkningen att det är av stor betydelse att den elkonsult som upphandlas för rådgivning i elupphandlingar m.m. skall stå oberoende i förhållande till kraftproducenter som kan komma att lämna anbud på el. Kravet på oberoende är således inte diskriminerande utan tvärtom ägnat att säkerställa att kommande upphandlingar av el sker utan ovidkommande hänsyn enligt 1 kap. 4 § LOU.

Fortum Markets har i yttrande den 24 augusti 2007 anfört bl.a. följande. Locum vitsordnar att endast elleverantörer kan komma ifråga som leverantör av de ifrågavarande konsulttjänsterna i nuvarande upphandling. Detta innebär att den elleverantör som tilldelas kontraktet i upphandlingen skulle komma att hantera upphandlingar av el i vilka samma elleverantör skulle komma ifråga som anbudsgivare som leverantör av el. Således kan inte Locums krav på att anbudssökande inte får äga eller ingå i elkraftsproducerande koncern motiveras med den av Locum anförda jävsproblematiken då det uppställda kravet inte kommer att förhindra denna från att uppkomma. Den elleverantör som kommer att tilldelas kontraktet har således själv (i egenkap av elleverantör) ett intresse i elmarknaden och kommer att delta i de upphandlingar denne själv kommer att hantera. Huruvida denne elleverantör ingår i kraftproducerande eller inte saknar därför betydelse. Något annat

skäl för att diskriminera anbudssökande som äger eller ingår i kraftproducerande koncern har Locum inte anfört.

Locum har i yttrande den 30 augusti 2007 anfört bl.a. följande. Fortum Markets gör tolkningen att den elleverantör som tilldelas kontraktet i upphandlingen skulle komma att hantera upphandlingar av el i vilka samma elleverantörer skulle komma ifråga som anbudsgivare som leverantör av el. Locum delar inte den tolkningen eftersom det förekommer olika slag av elleverantörer. Det ena slaget är kraftproducent som levererar el som har producerats av honom själv. Fortum tillhör det slaget och Fortum Markets ingår i Fortumkoncernen. Det andra slaget är elhandlare som varken är kraftproducenter eller ingår i kraftproducerande koncern, s.k. oberoende elhandlare. Dessa oberoende elhandlare betecknas dock per definition som elleverantörer så snart de åtar sig ett balansansvar. Det föreligger dock en stor skillnad mellan de två slagen av elleverantörer i och med att elhandlaren inte lämnar anbud på elkraftsförfrågningar utan istället uppträder som konsulter åt myndigheter och företag vid bl.a. deras köp av el. Dessa elhandlare vinnlägger sig om oberoende i förhållande till kraftproducenter och företag i kraftproducerande koncern. Locum skulle aldrig godta att en upphandlande elkonsult lämnar anbud på en elkraftsförfrågan eftersom det skulle vara i direkt strid med upphandlingens grundläggande principer i 1 kap. 4 § LOU. Det torde ligga i sakens natur att en upphandlad elkonsult/elhandlare inte lämnar anbud på en elkraftsförfrågan. I de upphandlingar av el som Locum tidigare genomfört har aldrig en elleverantör i form av elhandlare lämnat anbud på el utan endast kraftproducerande företag.

Fortum Markets har i yttrande den 7 september 2007 anfört bl.a. följande. Fortum Markets producerar ingen elkraft utan köper denna på Nordpool för försäljning till slutkund. Denna elkraft behöver därför inte heller vara producerad inom Fortumkoncernen utan kan vara producerad av vilken

elkraftsproducent som helst. Fortum Markets agerar således lika självständigt och oberoende på marknaden som vilken annan elleverantör som helst. En jävsproblematik innebärande att Fortum Market tilldelas kontraktet i aktuell upphandling skulle komma att hantera upphandlingar av elkraft i vilka kraftproducerande bolag inom Fortumkoncernen skulle komma att lämna anbud kan därför inte uppkomma. Huruvida den elleverantör som tilldelas kontraktet i förevarande upphandling faktiskt kommer att delta eller inte i senare upphandling saknar betydelse. Det förhållandet att elleverantör kommer att tilldelas kontraktet i förevarande upphandling möjliggör för denna att delta i senare upphandlingar vilket dock är av yttersta vikt. Detta medför att en jävsproblematik innebärande att Locums elleverantör i förevarande upphandling kan komma att hantera upphandlingar i vilka elleverantören kan delta ändå kan uppkomma. Huruvida den elleverantör som tilldelas kontraktet i förevarande upphandling ingår eller inte ingår i kraftproducerande koncern saknar därvid betydelse.

Fortum Markets har i yttrande den 19 september 2007 tillagt i huvudsak följande. Rådgivning till kund kommer att tillhandahållas av Fortum Markets dotterbolag Fortum Portfolio Services AB (Fortum Portfolio). Fortum Portfolios portföljförvaltning och rådgivning innebärande att kund kan prislåsa framtida förbrukning sker genom så kallade elderivat, vilka utgör finansiella instrument. Detta innebär att Fortum Portfolio bedriver värdepappersrörelse enligt lagen om värdepappersrörelse (VHP) med tillstånd av Finansinspektionen och verksamheten står under Finansinspektionens tillsyn. VHP innehåller ett sundhetskrav innebärande att värdepappersrörelse skall bedrivas så att allmänhetens förtroende för värdepappersmarknaden upprätthålls, bl.a. genom att verksamheten skall handla på ett ärligt och rättvist sätt samt undvika att intressekonflikter uppstår. Fortum Portfolio har antagit riktlinjer för hantering av etiska frågor för verksamheten. Av dessa framgår bl.a. att Portfolio skall handla lojalt och korrekt samt tillse att

kunderna erbjuds marknadsmässiga villkor. Vidare följer att Fortum Portfolio inte till nackdel för annan eller i strid med marknadens förutsättningar skall genomföra affärer på villkor som kan anses vara uppenbart felaktiga med avseende på pris eller andra väsentliga villkor. Finansinspektionens regelverk och tillsyn medför således en ytterligare garanti för att rådgivningen är objektiv och oberoende av andra intressen än kundens.

Länsrätten har i beslut den 23 augusti 2007 med stöd av 7 kap. 2 § andra stycket LOU förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas samt att beslutet gäller till dess länsrätten förordnar annat.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 är bl.a. följande föreskrivet. 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.

Utredningen i målet

I annonsen om upphandling anges under avsnitt II, punkten II.1.5, rubriken "Kort beskrivning av upphandlingen" bl.a. följande.

Denna upphandling avser upphandling av konsult för handel med elkraft./.../Leverantören skall sköta all upphandling av el och vara avtalspart i förhållande till kraftleverantörerna. I tjänsten ingår att prislåsa andelar av förväntad förbrukning hos en kraftleverantör till ett förutbestämt påslag på terminspriset. Detta innebär att beställaren får möjlighet att prislåsa sin framtida förbrukning i flera steg och på så sätt minska risken att låsa på höga priser./.../Leverantören skall förvalta beställarens elkraftsportfölj.

Länsrättens bedömning

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 hänsynstagande i 1 kap. 4 § LOU. Prövningen kan också avse frågan om andra gemenskrätsrättsliga principer som skall beaktas vid all offentlig upphandling trätts för när.

Locum har som villkor för deltagande i upphandlingen angett att leverantören inte till någon del får äga kraftproduktion eller ingå i kraftproducerande koncern och således skall vara helt oberoende av egna intressen i kraftmarknaden.

Det är enligt länsrättens mening klart att det uppställda villkoret utesluter vissa anbudsgivare. Frågan i målet är om denna begränsning av tänkbara leverantörer är förenlig med 1 kap. 4 § LOU.

Fortum Markets har gjort gällande att en elleverantörs möjlighet att leverera till Locum inte påverkas av om elleverantören är en elkraftproducent eller ingår i elkraftproducerande koncern, varför det uppställda villkoret inte utgör någon relevant lägsta nivå för leverantörens ekonomiska eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Locum har angett att villkoret inte tar sikte på ekonomisk eller teknisk förmåga, utan istället är ett tillåtet krav på leverantörens oberoende i syfte att undvika jävssituationer. Länsrätten anser i likhet med Locum att det uppställda kravet inte tar sikte på leverantörens ekonomiska eller tekniska förmåga, utan i stället leverantörens oberoende. Enligt länsrättens mening finns det inte något absolut hinder mot att ställa

upp ett sådant krav. Vad Fortum anført att kravet inte påverkar leverantörens möjlighet att leverera till Locum visar således inte att kravet strider mot LOU.

Fortum Markets har angett att eftersom bolaget köper sin el på Nordpool agerar det lika självständigt och oberoende som andra elkonsulter, varför någon jävsproblematik innebärande att Fortum Markets skulle hantera upphandlingar där Fortumkoncernen skulle komma att lämna anbud inte kan uppkomma. Vidare kommer rådgivning till kund att tillhandahållas av Fortum Portfolio. Det bolaget står under Finansinspektionens regelverk och tillsyn, vilket utgör garanti för att rådgivningen är objektiv och oberoende av andra intressen än kundens. Locum har angett att det är av största betydelse att elkonsulten står oberoende av egna intressen i kraftmarknaden då det är en fråga om tilltron till objektiviteten i leverantörens kommande upphandlingar av el för landstingets räkning.

Enligt länsrättens mening kan det i vart fall inte uteslutas att den leverantör som skall sköta Locums upphandlingar av el – vilket bl.a. innebär att verka för att Locum skall kunna köpa el till lägsta möjliga pris – hamnar i en intressekonflikt om denne själv äger elproduktion och därmed har ett intresse av ett så högt elpris som möjligt eller ingår i en koncern vars intresse är ett så högt elpris som möjligt. Enbart det faktum att en sådan intressekonflikt kan misstänkas föreligga får anses utgöra goda skäl för Locum att försöka undvika en sådan situation. Vad Fortum Markets anført om att det köper el via Nordpool och därför är lika oberoende som andra elleverantörer samt att en del av uppdraget (rådgivningen till kund) skulle komma att utföras av Fortum Portfolio föranleder inte någon annan bedömning.

Fortum Markets har slutligen angett att det uppställda villkoret inte leder till att jävssituationer förhindras eftersom endast elleverantör kan komma ifråga som leverantör till Locum och ingen elleverantör – oavsett om denne

äger eller ingår i kraftproducerande koncern – står oberoende av egna intressen i kraftmarknaden. Till stöd härför har Fortum Markets hänvisat till att det uppställda villkoret möjliggör för den elleverantör som vinner upphandlingen att lämna anbud i kommande upphandlingar som samma leverantör genomför åt Locum. Locum har angett att elleverantörer som varken själva producerar el eller ingår i kraftproducerande koncern inte lämnar anbud på elkraftsförfrågningar och att det torde ligga i sakens natur att den upphandlade elleverantören inte lämnar anbud på en elkraftsförfrågan. Fortum Markets har mot detta invänt att det saknar betydelse om leverantören faktiskt kommer att delta i kommande upphandlingar eller ej.

Locums uppgift att elleverantörer som varken själva producerar el eller ingår i kraftproducerande koncern inte lämnar anbud på elkraftsförfrågningar har inte bestritts. Något annat skäl till varför sådana elleverantörer skulle vara jäviga har inte angetts. Med hänsyn härtill finner länsrätten att vad Fortum Markets anfört inte visar att samma jävsproblematik skulle föreligga för sådana elleverantörer som för elleverantörer som äger kraftproduktion eller ingår i kraftproducerande koncern. Den omständigheten att den elleverantör som vinner upphandlingen teoretiskt skulle kunna delta i kommande upphandlingar som den genomför åt Locum medför inte någon annan bedömning.

Sammanfattningsvis finner länsrätten med hänvisning till det ovan anförda att vad Fortum Markets anfört inte visar att det uppställda villkoret strider mot kravet på affärsmässighet i LOU. Inte heller i övrigt har det visats att

förfarandet strider mot de krav som ställs upp i LOU. Fortum Markets ansökan om överprövning skall därför avslås.

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

Hans L Larsson
Rådman

Föredragande har varit Carina Johansson.

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.