

ÄR PRIVATA VINDKRAFTSFÖRETAG SKYLDIGA ATT TILLÄMPA DE NYA UPPHANDLINGSREGLERNA?

Eftersom ny lagstiftning införts inom upphandlingsområdet har svaret på frågan i vilken utsträckning privata elproducenter och elnätsbolag behöver iaktta lagregler om upphandling förändrats. Färre bolag inom branschen bör numera vara skyldiga att iakttaga reglerna.

Det är en stor skillnad mellan att vara skyldig att iaktta upphandlingsregler och inte då en mängd formella och materiella krav behöver iakttagas av de som omfattas av regelverket. Åsidosättande av dessa regler antingen av misstag eller med avsikt kan leda till skadeståndsansvar och skyldighet att göra om upphandlingen. Som privat utvecklare av vindkraft är det lätt att utgå ifrån att man inte är skyldig att iakttaga några offentligrättsliga regler om upphandling. Som vi utvecklat i en tidigare artikel i denna tidskrift (nr 3, oktober 2006) är rättsläget mer komplicerat än så. Till följd av implementeringen av bland annat EG-direktiv 2004/17/EC genom införandet av lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningslagen), ersattes de gamla upphandlingslagarna av två nya lagar den 1 januari 2008. Rättsläget har därmed förändrats.

Försörjningslagen är bland annat tillämplig på verksamheter som innebär ett tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av el samt på leverans av el till fasta publika nät (1 kap 4 § försörjningslagen). Försörjningslagen är främst tillämplig på verksamheter som bedrivs av offentligrättsliga subjekt som stat och kommun, men blir även tillämplig på privata företag när de bedriver sådan verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Med särskild rätt eller ensamrätt menas att en sådan rätt i) skall ha beviljats enligt lag eller annan författning, ii) begränsa rätten att utöva verksamheten till ett eller flera företag, samt iii) väsentligt påverka andra företags möjlighet att bedriva samma typ av verksamhet (2 kap 20 § försörjningslagen). Uppfyller det privata företaget dessa kriterier är det en upphandlande enhet i lagens mening, och försörjningslagen blir tillämplig när företaget ingår avtal om varor, tjänster och byggtreprenader överstigande vissa värden.

Genom beslut 2007/706/EC har dock EU-kommissionen från försörjningslagens tillämplighet undantagit kontrakt ingångna av svenska företag som syftar till att ge företagen möjlighet att bedriva elproduktion eller elförsäljning i Sverige. Det innebär att elproducenter i Sverige inte är skyldiga att tillämpa försörjningslagens regler. Frågan aktualiseras då vad som gäller för företagens elnätsbolag och andra elnätsbolag i privat ägo.

Då det krävs koncession enligt 2 kap 1 § ellagen (1997:857) för att bygga eller använda en starkströmsledning får det anses att elnätsbolag har beviljats en särskild rätt enligt det första rekvisitet ovan. Frågan är då dels om en koncession till ett elnätsbolag begränsar rätten att utöva verksamheten till ett eller flera företag, och dels om den väsentligt påverkar andra elnätsbolags möjlighet att bedriva samma typ av verksamhet.

I C-302/94 (British Telecom) uttalade EG-domstolen vid tolkningen av begreppet särskild rättighet att detta var en sådan rättighet som myndigheterna tilldelade ett eller ett begränsat antal företag på grunder som inte är objektiva, proportionella eller icke-diskriminerade och som väsentligen påverkar möjligheten för andra företag att anlägga och upprätthålla telenät eller tillhandahålla teletjänster inom samma geografiska område på huvudsakligen lika villkor. En koncession medges den som uppfyller de i 2 kap 6 -10 §§ ellagen uppställda

kraven bland annat om anläggningens och verksamhetsutövarens lämplighet. Dessa krav förefaller vara objektiva, proportionella och icke-diskriminerande.

Koncession kan antingen medges för ett område eller för en linje. För ett visst område kan endast en områdeskoncession föreligga medan däremot flera linjekoncessioner kan finnas inom ett område. I British Telecom-målet var antalet licenser som kunde beviljas inte begränsat till antal, utan licens beviljas de sökande som uppfyllde kriterierna. På motsvarande sätt finns ingen begränsning i hur många linjekoncessioner som kan finnas i Sverige. Det gör det däremot för områdeskoncessioner. Det torde betyda att ett vindkraftsföretag med linjekoncession inte begränsar rätten att utöva verksamheten till ett eller flera företag, eller väsentligt påverkar andra elnätbolags möjligheter att bedriva samma verksamhet. Motsatsen torde dock gälla för ett privat företag med områdeskoncession. Ett vindkraftsföretag med linjekoncession bör således inte anses inneha någon särskild rättighet i försörjningslagens mening, och därmed inte vara skyldigt att iaktta några upphandlingsregler. Motsatsen borde däremot gälla för företag med områdeskoncession. Några enskilda fall har dock inte varit föremål för prövning i svensk domstol.

Advokatfirman Oebergs AB

Björn Öberg
Advokat

Maria Hanbo
Biträdande jurist