

Troms fylkeskommune
9296 TROMSØ

Deres ref
002592/03

Vår ref
200301077-65/BAL

Dato
16.03.2004

Henvendelse vedr anskaffelse av elektrisk kraft

Det vises til deres brev av 31. januar 2003 og 26. november 2003. Vi beklager at det har tatt så lang tid før deres henvendelse har blitt besvart.

Deres brev reiser en rekke problemstillinger når det gjelder kjøp av elektrisk kraft, spesielt når det gjelder kjøp av kraft på kraftbørsen Nord Pool.

1. KJØP AV ELEKTRISITET UNDER TERSKELVERDIENE

Den klare hovedregelen for kontrakter under terskelverdiene er at det skal benyttes anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 § 11-1 (1). Dersom vilkårene i § 11-2 er oppfylt kan direkteanskaffelse likevel benyttes.

Etter § 11-2 kan direkteanskaffelse anvendes dersom det gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs/råvarebørs eller lignende marked. Kjøp av elektrisitet på Nord Pool vil derfor kunne foretas som en direkteanskaffelse.

Imidlertid kan en nok ikke se på hvert enkelt kjøp av elektrisitet isolert, men på det samlede kjøp av elektrisitet i samsvar med § 2-3 (8). Kjøp av elektrisitet vil derfor ofte overstige terskelverdiene.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Bjørnar Alterskjær
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22 24 66 89
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

2. KJØP AV ELEKTRISITET OVER TERSKELVERDIENE

Ordlyden i § 4-1

Hovedregelen for kontrakter over terskelverdiene er at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse jf § 4-1. Konkurransen med forhandling kan likevel benyttes dersom vilkårene i § 4-2 eller § 4-3 er tilstede. Normalt vil disse unntakene ikke komme til anvendelse ved kjøp av elektrisitet. Når det gjelder kjøp over terskelverdiene tyder derfor ordlyden på at det ikke er mulig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på Nord Pool slik en finner når det gjelder kjøp under terskelverdiene.¹

Rådsdirektiv nr. 93/36 om offentlige varekjøp

Når det gjelder hvorvidt en likevel kan innfortolke et slikt unntak over terskelverdiene vil en måtte se på direktivene som ligger til grunn for gjennomføringen. Forskrift om offentlige anskaffelser kapittel II gir regler som gjennomfører bestemmelser i WTO-avtalen og EØS-direktivene for offentlige anskaffelser. Når det gjelder kjøp av elektrisitet vil det relevante direktivet være *rådsdirektiv nr. 93/36 om offentlige varekjøp*.² Hovedregelen er her at ved kontrakter over terskelverdiene skal det benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Konkurransen med forhandling kan likevel benyttes dersom vilkårene er tilstede. Heller ikke her finnes det noen unntak for kjøp av varer på børs.

Derimot finnes et slikt unntak i forsyningsdirektivet.³ Forsyningsdirektivet er i norsk rett gjennomført ved forsyningsforskriften. Forsyningsforskriften vil normalt ikke komme til anvendelse når det gjelder et offentlig organs innkjøp av elektrisitet til eget bruk.⁴

¹ En del av tjenestene som Nord Pool yter vil kunne tenkes definert som finansielle tjenester. Etter § 1-3 2) e) får forskriften ikke anvendelse på ”kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, samt sentralbanktjenester” Det vil imidlertid være et tolkningsspørsmål hvilke av Nord Pools ytelser som kan anses som finansielle tjenester i forbindelse med verdipapirer/andre finansinstrumenter og hvilke ytelser som må ses på som vanlige varekjøp. I de fleste tilfeller vil nok det offentliges kjøp av Nord Pools ytelser måtte ses på som varekjøp som omfattes av forskriften. For de deler av Nord Pools ytelser som eventuelt faller innefor definisjonen i § 1-3 2) e) vil imidlertid forskriften ikke få anvendelse.

² Rådsdirektiv 93/36 av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp.

³ Rådsdirektiv 93/38 av 14. juni 1993 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. I Artikkel 20 2) h) er det gitt unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse når det gjelder ”... varer som noteres og kjøpes på et råvaremarked”

⁴ Når det gjelder hvilke oppdragsgivere som er omfattet av forsyningsforskriften er dette regulert i Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) av 5. desember 2003 nr. 1424 § 4, jf § 3.

En tolking av rådsdirektiv 93/36 tilsier derfor heller ikke at en kan innfortolke et unntak når det gjelder kjøp av elektrisitet på Nord Pool slik en finner når det gjelder kjøp over terskelverdiene.

Juridisk teori

Problemstillingen har vært behandlet i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*. I forbindelse med unntaket i forsyningsdirektivet (rådsdirektiv 93/38) for kjøp av varer på børs uttales det i forhold til de øvrige direktivene følgende:

*" There is no parallel provision in the public sector rules exempting bodies from advertising contracts for products quoted on a commodity market. Thus purchases of these products must generally be made under the open or restricted procedures, following advertisement in the Official Journal. This may preclude public bodies from taking advantage of more favourable prices on the markets."*⁵

Dette tyder også på at det i forskriften om offentlige anskaffelser, som jo gjennomfører de samme direktivene som er omtalt i Arrowsmith, ikke er mulig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på børs.

Reelle hensyn

Reelle hensyn taler meget sterkt for at kjøp av elektrisitet på børs burde vært unntatt, da en her har en velfungerende markedsplass. Dette er blant annet grunnen til at en i norsk rett har valgt å gi mulighet for å unnta denne type kjøp under terskelverdiene.

Konklusjon hva angår rettsstilstanden i dag

Slik forskriften om offentlige anskaffelser lyder i dag, sammenholdt med direktiv 93/36, vil det være svært vanskelig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på børs ved anskaffelser over terskelverdiene.

3. ENDRING AV FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER NÅR DET GJELDER KJØP AV ELEKTRISITET OVER TERSKELVERDIENE

Nytt direktiv

Det europeiske parlamentet og rådet i fellesskap vedtok 9. desember 2003 et nytt direktiv om offentlige kjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter. I artikkel 28 er hovedregelen at offentlige innkjøp skal gjennomføres ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse, med mindre vilkårene for unntak er tilstede. I artikkel 30 og 31 er det åpnet for unntak fra hovedregelen. En kan nå bruke forhandlingsprosedyren uten forutgående kunngjøring blant annet når det gjelder kjøp av varer på et varemarked.⁶ (Relevante sider av direktivet er vedlagt)

⁵ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell 1996 side 488.

⁶ Direktiv .../... av parlamentet og rådet, 2000/0115(COD), 9. desember 2003, artikkel 31 (2) (c)

Direktivene vil bli gjort gjeldende i EØS-området. Når direktivene blir inntatt i EØS-avtalen vil det ikke lengre være folkerettslige skranker mot å gi unntak for kjøp av varer på børs.

Endring av forskriften

Når det gjelder forskriften om offentlige anskaffelser, må imidlertid denne endres før et unntak vil tre i kraft i nasjonal rett. Dersom direktivet blir gjort gjeldende i EØS-området med den ordlyd direktivet har i dag, vil forskriften bli vurdert endret tilsvarende slik at det vil bli mulig å gjøre direktekjøp av elektrisitet på Nord Pool også over terskelverdiene. EFTA-landene ventes å vedta direktivene i løpet av sommeren. Norge har deretter 21 måneder på seg til å implementere de nye direktivene i norsk rett. Nærings- og handelsdepartementet planlegger å påbegynne arbeidet med implementeringen til høsten. Inntil de nye direktivene er implementert i norsk rett, vil norske oppdragsgivere måtte følge det gjeldende, norske regelverket.

Med hilsen

Henriette Grønn (e.f.)
underdirektør

Bjørnar Alterskjær
rådgiver