

EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDENS BESLUTNING

Nr. 189/12/KOL

af 22. maj 2012

om undtagelse af produktion og engrossalg af elektricitet i Norge fra anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDEN HAR —

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde,

under henvisning til den retsakt, der henvises til i punkt 4 i bilag XVI til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde om fastlæggelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter i forsyningssektoren (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjenester ⁽¹⁾) («direktiv 2004/17/EF») særlig artikel 30,

under henvisning til aftalen mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol («tilsyns- og domstolsaftalen»), særlig artikel 1 og 3 i protokol 1 til aftalen,

under henvisning til ansøgningen fra Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS og Østfold Energi AS («ansøgerne») til tilsynsmyndigheden af 24. januar 2012,

under henvisning til EFTA-Tilsynsmyndighedens beslutning af 19. april 2012 om bemyndigelse af medlemslande med særlige forpligtelser inden for offentlige indkøb til at tage visse beslutninger på dette område (beslutning nr. 138/12/KOL),

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler som assisterer EFTA-Tilsynsmyndigheden, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

(1) Den 24. januar 2012 modtog EFTA-Tilsynsmyndigheden («tilsynsmyndigheden») en ansøgning fra Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS og Østfold Energi AS om at godkende anvendelsen af artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF på produktion og engrossalg af vandkraftenergi i Norge, jf. artikel 30, stk. 5, i direktiv 2004/17/EF. Ved breve af 17. februar 2012 anmodede tilsynsmyndigheden om yderligere oplysninger fra både Norge (dok. nr. 624270) og ansø-

gerne (dok. nr. 624258). Tilsynsmyndigheden modtog svar på anmodningen fra Norge ved brev af 20. marts 2012 og fra ansøgerne ved brev af 22. marts 2012.

(2) Ansøgningen fra ansøgerne, som må anses for offentlige virksomheder i henhold til direktiv 2004/17/EF, vedrører produktion og engrossalg af vandkraftenergi, som beskrevet i denne.

II. RETSGRUNDLAG

(3) Det hedder i artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF, at kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de i artikel 3-7 omhandlede aktiviteter, ikke er underlagt direktivet, hvis den pågældende aktivitet i den EFTA-stat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

(4) I henhold til artikel 30, stk. 5, i direktiv 2004/17/EF kan de ordregivende myndigheder indgive en ansøgning om anvendelse af artikel 30, stk. 1, hvis lovgivningen i den pågældende EØS-stat giver mulighed herfor. Det fremgår af § 15-1, stk. 2, i de norske bestemmelser om offentlige indkøb i forsyningssektorerne (Forskrift nr. 403 av 7. April 2006 om innkjøp i forsyningssektorene), at ordregivende myndigheder kan indsende en ansøgning om anvendelse af artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF til tilsynsmyndigheden, hvis de har indhentet en udtalelse fra det norske konkurrencetilsyn.

(5) Den 16. marts 2011 fik ansøgerne udtalelsen fra det norske konkurrencetilsyn, hvori tilsynet konkluderer, at de pågældende aktiviteter er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på et marked, hvortil adgangen er fri.

(6) Adgangen til markedet betragtes som fri, hvis medlemsstaten har gennemført og anvender den relevante EØS-lovgivning, som åbner en given sektor eller en del heraf. Denne lovgivning er anført i bilag XI til direktiv 2004/17/EF, som for så vidt angår elsektoren henviser til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet ⁽²⁾. Direktiv 96/92/EF er blevet

⁽¹⁾ EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1.

⁽²⁾ EFT L 27 af 30.1.1997, s. 20.

afløst af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF⁽¹⁾ («direktiv 2003/54/EF»), som er indarbejdet i punkt 22 i bilag IV til EØS-aftalen. Adgangen til markedet betragtes derfor som fri, hvis den norske stat har gennemført og anvendt direktiv 2003/54/EF korrekt.

- (7) Der tages på grundlag af forskellige indikatorer, hvoraf ingen i sig selv er afgørende, stilling til, om en aktivitet er underlagt almindelige konkurrencevilkår. Hvad angår de markeder, der er omfattet af nærværende afgørelse, er hovedaktørernes markedsandel på et givet marked et af de kriterier, som bør tages i betragtning. Et andet kriterium er koncentrationsgraden på disse markeder. På grund af markedernes særlige kendetegn bør der også tages hensyn til andre kriterier som f.eks. balancemarkedets virkemåde, priskonkurrencen og omfanget af leverandørskift blandt kunderne.

III. VURDERING

Markedsdefinition

Produktmarkedet

- (8) Det relevante produktmarked er produktion og engrosalg af elektricitet⁽²⁾. Markedet dækker derfor produktion af elektricitet på kraftværker og import af elektricitet gennem samkøringslinjer med henblik på videresalg direkte til store industrikunder eller detailforhandlere.

Det geografiske marked

- (9) Det norske engrosmarked for elektricitet er i høj grad integreret i det nordiske marked (Danmark, Norge, Sverige og Finland). En stor del af elektricitetsproduktionen i det nordiske område handles gennem den fælles nordiske børs for kontrakter om fysisk levering af elkraft, som drives af Nord Pool Spot AS (Nord Pool). Nord Pools nordiske elbørs omfatter på nuværende tidspunkt engrosmarkederne for elektricitet i Norge, Sverige, Danmark, Finland og Estland.

- (10) Nord Pool driver to markeder for fysisk engrossalg af elkraft: day-ahead-markedet Elspot, hvor der dagligt

⁽¹⁾ EUT L 176 af 15.7.2003, s. 37. Direktiv 2003/54/EF blev indarbejdet i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 146/2005 af 2. december 2005 (EUT L 53 af 23.2.2006, s. 43) og trådte i kraft for EFTA-staterne den 1. juni 2007.

⁽²⁾ Se Europa-Kommissionens afgørelse af 26. januar 2011 i sag COMP/M.5978 — GDF Suez/International Power, afgørelse af 22. december 2008 i sag COMP/M.5224 — EDF/British Energy, afgørelse af 14. november 2006 i sag COMP/M.4180 — Gaz de France/Suez og i afgørelse af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP. Se også Kommissionens beslutning om undtagelse af produktion og salg af elektricitet i Sverige og Finland fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF, beslutning af 19. juni 2006 om, at artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF finder anvendelse på produktion og salg af elektricitet i Finland med undtagelse af Ålandsøerne og beslutning af 29. oktober 2007 om undtagelse af produktion og salg af elektricitet i Sverige fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF.

handles med elkontrakter på timebasis om fysisk levering i det følgende døgn, og Elbas, som er et løbende, grænseoverskridende intraday-marked, hvor der foretages justeringer af handler, som blev indgået på day-ahead-markedet indtil en time før levering. Tilsammen dækkede disse markeder 74 % af det nordiske elforbrug i 2010 svarende til en mængde på 307 TWh. Den resterende mængde handles bilateralt mellem køber og sælger.

- (11) Det nordiske marked er opdelt i flere udbudsområder, som er koblet sammen med samkøringslinjer. Handelsprisen på Elspot er baseret på bud og tilbud fra alle markedsdeltagere, og den skal skabe balance mellem udbud og efterspørgsel på markedet for hver time i døgnet. Prismekanismen på Elspot justerer overførslen af elektricitet i markedets samkøringslinjer til den handelskapacitet, de nordiske transmissionssystemoperatører har angivet.

- (12) Begrænsninger på transmissionskapaciteten i det nordiske område kan medføre midlertidige overbelastninger, som geografisk opdeler området i mindre markeder. Prismekanismen bruges i samkøringslinjerne mellem de nordiske lande og internt i Norge til at afhjælpe overbelastning af nettet, idet Elspot har flere forskellige prisområder. Der kan derfor være forskellige priser i prisområderne, der skaber balance mellem udbud og efterspørgsel i området.

- (13) Som følge heraf kan det relevante geografiske marked variere fra time til time. I tilfælde af overbelastning bliver det relevante geografiske marked mindre end det nordiske område og kan svare til nationale budområder.

- (14) Der er på nuværende tidspunkt fem budområder i Norge⁽³⁾.

- (15) Imidlertid er procentdelen af timer, hvor der er prisforskel mellem områderne i Norden, begrænset:

Prisområde	% timer med forskel
NO 1 — Oslo	1,4 %
NO 2 — Kristiansand	16,4 %
NO 3 — Trondheim	6,2 %
NO 4 — Tromsø	6,6 %
NO 5 — Bergen	4,1 %
15.3.2010-11.3.2011.	

⁽³⁾ Oslo-NO 1, Kristiansand-NO 2, Trondheim-NO 3, Tromsø-NO 4 og Bergen-NO 5. Den 5. september 2011 blev grænserne mellem budområderne NO 2 og NO 5 rykket nordpå, fordi der blev sat en ny forbindelse i drift. Dataene i ansøgningen tager ikke højde for denne ændring.

Størstedelen af tiden er der ingen prisforskel mellem områderne:

Prisområdepar	% timer uden forskel
NO 1-NO 2	77,7 %
NO 1-NO 3	48,0 %
NO 1-NO 5	94,9 %
NO 2-NO 5	76,6 %
NO 3-NO 4	89,9 %
NO 1-NO 2-NO 5	75,7 %
NO 3-NO 4-Sverige	76,3 %

15.3.2010-11.3.2011.

De norske prisområder er almindeligvis integreret med Sverige.

- (16) Risikoen for overbelastning kan give anledning til bekymring over muligheden for at udnytte midlertidige flaskehalse til at øge styrken på det lokale marked. Derfor har de norske konkurrencemyndigheder defineret det relevante geografiske marked som det nordiske område i timer uden overbelastning, og som mindre områder i timer med overbelastning⁽¹⁾.
- (17) Spørgsmålet om, hvorvidt markedet skal defineres som det nordiske område eller et mindre område, tages der ikke stilling til, idet resultatet af analysen forbliver det samme, uanset om der anvendes en snæver eller bredere definition.

Markedsadgang

- (18) På grundlag af de foreliggende oplysninger, og for så vidt angår den konkrete sag, ser det ud til, at Norge fuldstændig har gennemført og anvendt direktiv 2003/54/EF. Derfor og i overensstemmelse med artikel 30, stk. 3, første afsnit, bør adgangen til markedet betragtes som fri på hele Norges område.

Konkurrencen på markedet

- (19) Tilsynsmyndigheden vil, på linje med Europa-Kommissionen⁽²⁾, analysere de tre vigtigste producenters markedsandel, markedets koncentrations- og likviditetsgrad.

⁽¹⁾ Se administrationsdepartementets afgørelse af 14. oktober 2002 Statkraft – Agder Energi og af 7. februar 2003 Statkraft – Trondheim Energiverk.

⁽²⁾ Beslutning af 19. juni 2006 om, at artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF finder anvendelse på produktion og salg af elektricitet i Finland med undtagelse af Ålandsøerne og beslutning af 29. oktober 2007 om undtagelse af produktion og salg af elektricitet i Sverige fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF, betragtning 7-13.

- (20) Hvad angår elektricitetsproduktion, er Europa-Kommissionen er af den opfattelse, at »én indikator for omfanget af konkurrencen på de nationale markeder er den markedsandel, som de tre største producenter (...) råder over«⁽³⁾.

- (21) De tre største producenters samlede andel af produktionsmarkedet i det nordiske område var i 2010 på 45,1 % (Vattenfall: 18,8 %, Statkraft: 13,3 %, Fortum: 13 %), hvilket er et acceptabelt niveau.

- (22) Koncentrationsgraden på Hirschman-Herfindahl-indekset (HHI) blev i Norge målt til 1 826 i 2008⁽⁴⁾.

- (23) Det nordiske engrosmarked for elektricitet må anses som værende konkurrencepræget. Overgangen til et åbent marked har været meget vellykket i det nordiske område. Siden åbningen af et fælles norsk-svensk marked i 1996 er de andre nordiske lande blevet integreret i markedet. Finland kom med i 1998, Danmark i 1999/2000 og Estland i 2010. Omkring 74 % af elforbruget i det nordiske område blev i 2010 handlet via elbørsen, og der er over 300 handlende registreret på børsen.

- (24) Som illustreret ovenfor er flaskehalse som følge af overbelastning sjældne og af midlertidig karakter. Der er altså et konstant konkurrencepres i Norge, fordi man kan få elektricitet udefra. Der opkræves ingen transmissionsgebyrer mellem de nordiske lande. Da der ofte er ledig kapacitet i forbindelserne mellem Norge og andre prisområder, kan der ikke investeres i elsektoren på norsk område, uden at andre producenter på det nordiske marked tages i betragtning. Endvidere bliver engrosprisen for el fastsat af Nord Pool, som opererer på en meget likvid handelsplatform.

- (25) Derudover bør balancemarkedernes virkemåde også betragtes som en indikator, ikke kun hvad angår produktion, men også hvad angår engrosmarkedet. Rent faktisk vil en markedsdeltager, som ikke hurtigt kan tilpasse sin produktionssammensætning til sine kunders særlige kendetegn, blive udsat for de risici, der er forbundet med forskellen på den pris, som transmissionssystemoperatøren (TSO) vil sælge overskudsproduktion til, og den pris, som den pågældende TSO vil købe den tilbage til. Disse priser kan TSO'en enten have fået pålagt af den regulerende myndighed, eller de kan fremkomme som resultat af en markedsbaseret mekanisme, hvor prisen fastsættes ud fra andre producenters bud på at sætte deres produktion op eller ned. Der findes et

⁽³⁾ Se Rapport om udviklingen med hensyn til realisering af det indre marked for gas og elektricitet, KOM(2005) 568 endelig af 15.11.2005, beslutning af 29. oktober 2007 om undtagelse af produktion og salg af elektricitet i Sverige fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF.

⁽⁴⁾ Se Kommissionens tjenestegrenes arbejdsdokument, teknisk bilag til meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet rapport om opbygning af det indre marked for gas og elektricitet, KOM(2010) 84 endelig, s. 12.

næsten fuldt integreret balancemarked for balancekraft i det nordiske område, og markedets hovedtræk — markedsbaseret prifsættelse og en relativt lille prisforskel mellem TSO's købs- og salgspris — er af en sådan karakter, at de bør opfattes som en indikator for, at markedet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår.

- (26) Disse forhold skal derfor ses som en indikator for, at det undersøgte markedet er undergivet almindelige konkurrencevilkår, uanset om markedets geografiske område omfatter det nordiske område samlet set eller et mindre område.

IV. KONKLUSION

- (27) På baggrund af ovennævnte indikatorer i Norge bør betingelsen om, at den pågældende aktivitet skal være direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, jf. artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF, anses for at være opfyldt, hvad angår produktion og engrossalg af elektricitet i Norge. Endvidere må betingelsen om fri adgang til markedet, jf. betragtning 18, anses for at være opfyldt. Som følge heraf bør direktiv 2004/17/EF ikke finde anvendelse, når ordregivere indgår kontrakter med henblik på at muliggøre produktion eller engrossalg af elektricitet i disse geografiske områder, eller når de afholder projektkonkurrencer med henblik på udøvelse af en sådan aktivitet i områderne.
- (28) Denne beslutning bygger på den retlige og faktiske situation pr. 24. januar 2012, som den fremgår af de oplysninger, ansøgerne har indgivet. Den kan ændres, hvis betydelige ændringer af de retlige og faktiske forhold medfører, at betingelserne for at anvende artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF ikke længere er opfyldt.
- (29) Denne beslutning er udelukkende truffet for at indrømme en undtagelse i henhold til artikel 30 i direktiv

2004/17/EF og berører ikke anvendelsen af konkurrence reglerne.

- (30) Denne beslutning vedrører produktion og engrossalg af elektricitet i Norge og indvirker ikke på aktiviteter som transmission, distribution og detailsalg af elektricitet i Norge.
- (31) Foranstaltningerne i denne beslutning er i overensstemmelse med udtalelsen fra EFTA's Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler, der bistår EFTA-Tilsynsmyndigheden —

VEDTAGET DENNE BESLUTNING:

Artikel 1

Den retsakt, der henvises til i punkt 4 i bilag XVI til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde om fastsættelse af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter i forsyningssektoren (direktiv 2004/17/EF) finder ikke anvendelse på kontrakter, der tildeles af ordregivere, og som har til formål at muliggøre produktion og engrossalg af elektricitet i Norge.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til Kongeriget Norge.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. maj 2012.

På EFTA-Tilsynsmyndighedens vegne

Sverrir Haukur GUNNLAUGSSON
Medlem af kollegiet

Xavier LEWIS
Formand