

BESCHLÜSSE

DURCHFÜHRUNGSBESCHLUSS (EU) 2018/71 DER KOMMISSION

vom 12. Dezember 2017

zur Freistellung der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels in den Niederlanden von der Anwendung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2017) 8339)

(Nur der niederländische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,

gestützt auf die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG⁽¹⁾, insbesondere auf Artikel 35 Absatz 3,

gestützt auf den von DONG Energy A/S (im Folgenden „DONG“)⁽²⁾, Eneco B.V. (im Folgenden „Eneco“) und N.V. Nuon Energy (im Folgenden „Nuon“) (im Folgenden „die Antragsteller“) per E-Mail vom 30. Januar 2017 übermittelten Antrag,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. SACHVERHALT

- (1) Am 30. Januar 2017 übermittelten DONG, Eneco und Nuon der Kommission per E-Mail einen Antrag gemäß Artikel 35 der Richtlinie 2014/25/EU (im Folgenden „Antrag“).
- (2) Der Antrag von DONG, Eneco und Nuon, die als Auftraggeber im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 2014/25/EU anzusehen sind, betrifft, wie im Antrag dargelegt, die Stromerzeugung und den Großhandelsmarkt für Strom.
- (3) Bei den Antragstellern handelt es sich um „öffentliche Unternehmen“ im Sinne der Richtlinie, da sie letztlich vom Staat oder von Gebietskörperschaften kontrolliert werden.
 - a) DONG gehört zur DONG-Energy-Gruppe. Von den Anteilen an der Dachholding von DONG Energy werden derzeit 50,4 % vom Königreich Dänemark gehalten, das die alleinige Kontrolle ausübt. Bis vor Kurzem übte das Königreich Dänemark die Kontrolle gemeinsam mit Goldman Sachs aus⁽³⁾; im Rahmen eines IPO, das am 9. Juni 2016 stattfand, reduzierte das Königreich Dänemark seine Beteiligung von zuvor 58,8 %, erlangte aber die alleinige Kontrolle über DONG. Einer von einer Mehrheit im dänischen Parlament erzielten politischen Einigung zufolge wird das Königreich Dänemark seine Mehrheitsbeteiligung bis mindestens 2020 aufrechterhalten.
 - b) Eneco wird von der Eneco Holding B.V. kontrolliert. Die Anteile an der Eneco Holding B.V. werden von 53 Kommunen gehalten, die sich größtenteils in den niederländischen Provinzen Südholland, Nordholland, Utrecht und Friesland befinden.
 - c) Die Nuon-Anteile werden von der Vattenfall AB gehalten. Die Vattenfall AB ist eine nicht börsennotierte Gesellschaft, die sich zu 100 % im Besitz des schwedischen Staates befindet.

⁽¹⁾ ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243.

⁽²⁾ Einschließlich folgender Unternehmen:

1. (Tochtergesellschaften von) DONG Energy Wind Power A/S, einer indirekten hundertprozentigen Tochtergesellschaft von DONG, die auch den förmlichen Freistellungsantrag im Namen von DONG gestellt hat;
2. DONG Energy Netherlands B.V., das eine indirekte Beteiligung in Höhe von 50 % am Kraftwerk Enecogen hält.

⁽³⁾ Siehe Sache COMP/M.7068.

- (4) Da dem Antrag keine Stellungnahme einer unabhängigen nationalen Behörde im Sinne des Artikels 35 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU beigefügt war, setzte die Kommission die niederländischen Behörden über den Antrag in Kenntnis und forderte mit E-Mail vom 24. März 2017 weitere Informationen an. Die Antwort der niederländischen Behörden wurde mit E-Mail vom 19. Juni 2017 übermittelt. Da die Antwort für unvollständig erachtet wurde, sah sich die Kommission veranlasst, am 27. Juli 2017 um weitere Klarstellungen zu ersuchen; diesem Ersuchen kamen die niederländischen Behörden am 25. September 2017 nach.
- (5) In Anbetracht der Tatsache, dass die Antworten auf das Auskunftsersuchen nicht innerhalb der von der Kommission festgesetzten Frist eingingen, wurde die Frist für die Beschlussfassung für die Zeit zwischen dem Ablauf der im Auskunftsersuchen festgesetzten Frist (17. April 2017) und dem Eingang der vollständigen Informationen (25. September 2017) ausgesetzt; der neue Termin für die Annahme eines Beschlusses der Kommission war somit der 12. Dezember 2017.

2. RECHTLICHER RAHMEN

- (6) Die Richtlinie 2014/25/EU gilt für die Vergabe von Aufträgen zur Ausübung von Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Stromerzeugung und dem Stromgroßhandel, sofern die betreffenden Tätigkeiten nicht gemäß Artikel 34 der Richtlinie ausgenommen wurden.
- (7) Nach Maßgabe des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU unterliegen Aufträge, mit denen die Ausübung einer unter die Richtlinie fallenden Tätigkeit ermöglicht werden soll, nicht der Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, unmittelbar dem Wettbewerb auf Märkten ausgesetzt ist, die keiner Zugangsbeschränkung unterliegen. Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wird anhand objektiver Kriterien festgestellt, wobei die besonderen Merkmale des betreffenden Sektors zu berücksichtigen sind.

3. WÜRDIGUNG

3.1. Freier Marktzugang

- (8) Der Zugang zu einem Markt gilt als frei, wenn der betreffende Mitgliedstaat die einschlägigen Rechtsvorschriften der Union, durch die ein bestimmter Sektor oder ein Teil davon für den Wettbewerb geöffnet wird, umgesetzt hat und anwendet. Diese Rechtsvorschriften sind in Anhang III der Richtlinie 2014/25/EU aufgeführt. Für den Elektrizitätssektor ist dort die Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ angegeben.
- (9) Die Niederlande haben die Richtlinie 2009/72/EG mit dem niederländischen Elektrizitätsgesetz von 1998 ⁽²⁾ (*Elektriciteitswet*) in nationales Recht umgesetzt. Daher sollte der Marktzugang gemäß Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU im gesamten Hoheitsgebiet der Niederlande als nicht beschränkt erachtet werden.

3.2. Unmittelbarer Einfluss des Wettbewerbs

- (10) Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, ist anhand verschiedener Indikatoren zu beurteilen, von denen keiner für sich allein genommen den Ausschlag gibt. Hinsichtlich der Märkte, die dieser Beschluss betrifft, ist der Marktanteil der Hauptakteure auf einem bestimmten Markt ein Kriterium, das berücksichtigt werden sollte. Angesichts der Merkmale der betreffenden Märkte sind noch weitere Kriterien zu berücksichtigen.
- (11) Dieser Beschluss lässt die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften und der Vorschriften in anderen Bereichen des Unionsrechts unberührt. Insbesondere sind die Kriterien und Methoden, anhand deren gemäß Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU bewertet wird, ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, nicht notwendigerweise dieselben, die für eine Beurteilung nach Artikel 101 oder 102 AEUV oder der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ⁽³⁾ herangezogen werden. Dies hat auch das Gericht in einem neueren Urteil ⁽⁴⁾ bestätigt.

⁽¹⁾ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 55).

⁽²⁾ Wet van 12-7-2012, Stb. 2012, 334 en Inwerkingtreedingsbesluit van 12-7-2012, Stb. 2012, 336.

⁽³⁾ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

⁽⁴⁾ Urteil vom 27. April 2016, Österreichische Post AG/Kommission, T-463/14, EU:T:2016:243, Rn. 28.

- (12) Zu bedenken ist, dass mit diesem Beschluss festgestellt werden soll, ob die Dienstleistungen, auf die sich der Antrag bezieht, (auf Märkten, die keiner Zugangsbeschränkung im Sinne des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU unterliegen) einem so starken Wettbewerb ausgesetzt sind, dass auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie 2014/25/EU festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, gewährleistet ist, dass die Vergabe von Aufträgen zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten transparent, diskriminierungsfrei und auf der Grundlage von Kriterien erfolgt, anhand deren die Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Lösung ermitteln können. Dabei ist zu beachten, dass nicht alle Marktakteure auf dem betreffenden Markt unter die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen⁽¹⁾. Somit haben die nicht den Vergabevorschriften unterliegenden Unternehmen, die auf den betreffenden Märkten tätig werden, die Möglichkeit, auf die den Vorschriften unterliegenden Marktakteure Wettbewerbsdruck auszuüben.

3.2.1. Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes

- (13) Im Zusammenhang mit der früheren Sache COMP/M.4110 — E.ON/ENDESA vom 25. April 2006⁽²⁾ hat die Kommission festgestellt, dass im Elektrizitätssektor zwischen folgenden sachlich relevanten Märkten unterschieden werden kann: i) Erzeugung und Großhandel, ii) Übertragung, iii) Verteilung und iv) Einzelhandel. Manche dieser Märkte ließen sich zwar weiter unterteilen, doch hat die Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis⁽³⁾ nicht zwischen einem Stromerzeugungsmarkt und einem Stromgroßhandelsmarkt unterschieden, da die Erzeugung als solche lediglich eine erste Stufe in der Wertschöpfungskette ist und die erzeugten Strommengen über den Großhandelsmarkt abgesetzt werden.
- (14) Der Antrag von DONG, Eneco und Nuon betrifft Stromerzeugung und Stromgroßhandel.
- (15) Nach der in einem früheren Fall geäußerten Auffassung der niederländischen Behörde für Verbraucher und Märkte (*Autoriteit Consument & Markt* — ACM) umfasst der Markt für Stromerzeugung und Stromgroßhandel sowohl die Erzeugung aus konventionellen Quellen als auch die Erzeugung aus erneuerbaren Quellen⁽⁴⁾. In dem betreffenden Fall stellte die ACM fest, dass Windenergie Teil des Marktes für Stromgroßhandel und Stromerzeugung ist⁽⁵⁾. Außerdem werde der aus Wind erzeugte Strom auf denselben Märkten gehandelt wie Strom aus anderen Quellen⁽⁶⁾. Deshalb beschloss die ACM, keine separate Bewertung des Großhandels mit Windenergie vorzunehmen.
- (16) Die Antragsteller sind der Ansicht, dass sich die Situation beim Strom aus erneuerbaren Quellen in den Niederlanden von der Situation in Deutschland und Italien unterscheidet. Den Antragstellern zufolge unterliegt Strom aus erneuerbaren Quellen in den Niederlanden den Marktkräften und ist somit gegen Strom aus konventionellen Quellen austauschbar. Die Antragsteller stellen diesbezüglich fest, dass alle in den Niederlanden tätigen Energieunternehmen über eine Handelsgesellschaft verfügen. Gegenstand der Handelstätigkeiten dieser Handelsgesellschaften ist die Beschaffung von Strom im Wege der Eigenproduktion und auf dem Markt im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden auf den Stromeinzelhandelsmärkten. Innerhalb dieses Handelsportfolios sind Strom aus erneuerbaren Quellen und Strom aus konventionellen Quellen völlig untereinander austauschbar. Decken sich die Handelsgesellschaften auf dem Markt ein, kaufen sie den Strom nicht nur an der Strombörse, sondern auch auf der Grundlage bilateraler Vereinbarungen wie Strombezugsverträgen (*Power Purchase Agreements* — PPA) ein. Die Handelsgesellschaften schließen solche PPA sowohl mit Erzeugern konventioneller Energien als auch mit Erzeugern erneuerbarer Energien. Beim Abschluss von Strombezugsverträgen sind die Handelsgesellschaften der Energieunternehmen dem Wettbewerb mit Erzeugern erneuerbarer Energien, die ihren Strom an Marktparteien verkaufen, ausgesetzt. Der Übertragungsnetzbetreiber selbst beschafft keinen Strom aus erneuerbaren Quellen. Den Antragstellern zufolge unterliegt die Erzeugung von Strom aus erneuerbarem Quellen tatsächlich den Marktkräften, weshalb es nicht erforderlich sei, die europäischen Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhalten.
- (17) Die Antragsteller führen ferner aus, dass der Rechtsrahmen für die Hersteller von Strom aus konventionellen Quellen und Hersteller von Strom aus erneuerbaren Quellen vergleichbar sei. Der einzige signifikante Unterschied besteht ihrer Ansicht darin, dass die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Quellen zum Ausgleich des Unterschieds zwischen den Kosten von erneuerbarem Strom und dem Marktpreis Beihilfen erhalten. Die in den Niederlanden geltende Beihilferegelung ist unter der Bezeichnung „*Stimulering Duurzame Energieproductie*“ (SDE+) bekannt.

(1) Dem Antrag zufolge sind nur Delta, DONG, EDF, Eneco und Nuon Auftraggeber im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 2014/25/EU, sodass sie unter die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen.

(2) Sache COMP/M.4110 — E.ON/ENDESA vom 25. April 2006, Erwägungsgründe 10 und 11, S. 3.

(3) Sache COMP/M.3696 — E.ON/MOL vom 21. Januar 2005, Erwägungsgrund 223, Sache COMP/M.5467 — RWE/Essent vom 23. Juni 2009, Erwägungsgrund 23.

(4) ACM-Beschluss in der Sache 6015 Nuon/Essent vom 21. Mai 2007, Randnummer 53.

(5) Nuon/Essent, Randnummer 14, 174.

(6) Darüber hinaus merkte die ACM an, dass es für die Endverbraucher nicht mehr nachvollziehbar sei, aus welcher Quelle genau der jeweilige Strom stammt. Ein gewisses Maß an Rückverfolgbarkeit mag aufgrund von Herkunftsnachweisen gegeben sein — der Strom, den die (End-)Verbraucher kaufen, kann jedoch nach wie vor nicht bis zur Quelle zurückverfolgt werden.

- (18) Im Jahr 2012 erließ die Kommission Freistellungsbeschlüsse, die den deutschen und den italienischen Strommarkt betrafen ⁽¹⁾. In Bezug auf Deutschland vertrat die Kommission die Auffassung, dass die „Erzeugung und Vermarktung von Strom, der dem EEG ... unterliegt“, nicht Teil des „Marktes für die Erzeugung und den Erstaussatz von konventionellem Strom“ ist, da „EEG-Strom ... in der Regel nicht direkt auf dem Großhandelsmarkt abgesetzt, sondern zuerst von den Übertragungsnetzbetreibern zu einem gesetzlich festgelegten Vergütungssatz abgenommen“ wird. Im Falle Italiens argumentierte sie in ähnlicher Weise, dass es sich beim „Markt für die Erzeugung von und den Großhandel mit Strom aus erneuerbaren Quellen“ und dem „Markt für die Erzeugung von und den Großhandel mit konventionellem Strom“ um voneinander getrennte Märkte handelt, da „der Verkauf von Strom aus erneuerbaren Quellen, die unter den CIP6-Mechanismus oder den FIT-Mechanismus fallen, meist über den Energiedienstbetreiber“ erfolgt. Dass die Kommission eine solche Unterscheidung vornahm, hatte seinen Grund vor allem darin, dass die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Quellen ihre Produktion an einen Akteur außerhalb des Marktes (Übertragungsnetzbetreiber in Deutschland und Gestore dei Servizi Energetici — GSE in Italien) verkaufen. Weitere Erwägungen bei den beiden Präzedenzfällen betrafen i) die vorrangige Einspeisung erneuerbarer Energien und ii) die gesetzlich festgelegte Vergütung. Die Kommission gelangte zu dem Schluss, dass die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen in Deutschland und Italien nicht den Marktkräften unterliegt.
- (19) Im aktuellen Fall bieten die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Quellen ihren Strom direkt auf dem Großhandelsmarkt an und stehen dabei im Wettbewerb mit Erzeugern von Strom aus konventionellen Quellen.
- (20) Zudem schreibt das niederländische Elektrizitätsgesetz keine vorrangige Einspeisung erneuerbarer Energien vor. Eine vorrangige Einspeisung erneuerbarer Energien ist nur in den Vorschriften für das Engpassmanagement vorgesehen und erfolgt ausschließlich im Falle von Netzengpässen. Hierzu ist allerdings anzumerken, dass es in den vergangenen Jahren in den Niederlanden keine derartigen Fälle eines Engpassmanagements gab.
- (21) Das einzige Element, das dem vorliegenden Fall und den Deutschland und Italien betreffenden früheren Fällen gemeinsam ist, ist der gesetzlich festgelegte Vergütungssatz. Es ist jedoch festzustellen, dass selbst in Bezug auf diesen Aspekt deutliche Unterschiede gegenüber den beiden früheren Fällen bestehen. Die Kommission nimmt diesbezüglich zur Kenntnis, dass die Gewährung einer SDE+-Beihilfe auf der Grundlage eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens erfolgt, womit Anreize für ein disziplinierteres Ausschreibungsverhalten der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Quellen gesetzt werden ⁽²⁾. Beim SDE+-Programm konkurrieren nämlich Projekte, die auf unterschiedlichen Technologien zur Erzeugung erneuerbarer Energien basieren, untereinander um Fördergelder in einer vorab festgesetzten Gesamthöhe. Der Wettbewerb ist technologieneutral. Zunächst erhalten die Projekte und/oder Technologien mit den niedrigsten Angebotspreisen eine Beihilfe bis die Mittel ausgeschöpft sind. Auf diese Weise setzt die niederländische SDE+-Regelung Anreize für die Einreichung wettbewerbsorientierter Angebote und für eine Minimierung der Kosten (und damit auch der Höhe der Beihilfe) aufseiten der Wettbewerber.
- (22) Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich somit der Schluss ziehen, dass die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Quellen in den Niederlanden einem Wettbewerbsdruck unterliegen.
- (23) Unter Berücksichtigung der genannten besonderen Merkmale des niederländischen Strommarktes wird für eine Prüfung der Bedingungen des Artikels 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und unbeschadet des Wettbewerbsrechts der sachlich relevante Markt als Markt für die Erzeugung von Strom und den Großhandel mit Strom sowohl aus konventionellen als auch aus erneuerbaren Quellen definiert.

3.2.2. Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes

- (24) Der Antrag bezieht sich auf Tätigkeiten im Hoheitsgebiet der Niederlande
- (25) In ihrem Beschluss in der Sache RWE/Essent ⁽³⁾ gelangte die Kommission zu der Auffassung, dass der räumlich relevante Markt entweder Deutschland und die Niederlande (zu Schwachlastzeiten) und das nationale Hoheitsgebiet (zu Spitzenlastzeiten) oder grundsätzlich das nationale Hoheitsgebiet (unabhängig von den Lastzeiten) umfasst — je nachdem, ob eine weitergehende Unterscheidung zwischen Spitzenlastzeiten und Schwachlastzeiten getroffen wird ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Durchführungsbeschluss 2012/218/EU der Kommission vom 24. April 2012 zur Freistellung der Erzeugung und des Großhandels von Strom aus konventionellen Quellen in Deutschland von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 114 vom 26.4.2012, S. 21) und Durchführungsbeschluss 2012/539/EU der Kommission vom 26. September 2012 zur Freistellung der Erzeugung von und des Großhandels mit Strom aus konventionellen Quellen in der Makrozone Nord und der Makrozone Süd in Italien von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Änderung des Beschlusses 2010/403/EU der Kommission (ABl. L 271 vom 5.10.2012, S. 4).

⁽²⁾ Die SDE+-Fördersystem wurde im Jahr 2015 für mit den EU-Beihilfavorschriften vereinbar befunden, da es Wettbewerbsverzerrungen auf ein Minimum reduziert (siehe SA.39399 (2015/N)).

⁽³⁾ Sache COMP/M.5467, C(2009) 5177.

⁽⁴⁾ RWE/Essent, Erwägungsgrund 32.

- (26) Die ACM stellte in der Sache Nuon/Reliant fest, dass der Markt für Stromerzeugung und Stromgroßhandel in seiner räumlichen Ausdehnung mindestens ein nationaler Markt ist ⁽¹⁾. Die ACM berücksichtigte auch den von Einfuhren ausgehenden Wettbewerbsdruck. Der ACM zufolge umfasst der räumlich relevante Markt zu Schwachlastzeiten mindestens die Niederlande und Deutschland ⁽²⁾. Allerdings merkte die ACM an, dass in Zeiten hoher Nachfrage der von Einfuhren ausgehende Wettbewerbsdruck aufgrund begrenzter Verbindungskapazitäten beschränkt sei. Die ACM stellte eine begrenzte Korrelation zwischen den Preisen in den Niederlanden und den Preisen in Deutschland fest.
- (27) Die ACM nannte Anhaltspunkte dafür, dass der räumlich relevante Markt auch zu Spitzenlastzeiten über die nationalen Grenzen hinausreichen könnte. Dies werde der Fall sein, wenn die tatsächlich verfügbare Einfuhrkapazität auf mindestens 6 500 MW erhöht würde ⁽³⁾. Außer den Niederlanden würde dieser Markt auch Deutschland oder Belgien umfassen. Zudem würde der räumlich relevante Markt für den Fall, dass es einen Markt für „Superspitzenlastzeiten“ („superpiekuren“) gäbe (was die ACM letztlich offen gelassen hat) ⁽⁴⁾, mindestens die Niederlande und Deutschland umfassen, wenn die tatsächlich verfügbare Einfuhrkapazität auf mindestens 8 250 MW erhöht würde ⁽⁵⁾.
- (28) Seit dem Beschluss in der Sache Nuon/Essent gab es verschiedene Projekte, deren Zweck die Erhöhung der zwischen den Niederlanden und anderen Ländern (in beide Richtungen) bestehenden Verbindungskapazitäten. Die NorNed-Leitung zwischen Norwegen und den Niederlanden mit einer Kapazität von 700 MW ist seit 2008 in Betrieb. Die BritNed-Leitung zwischen Großbritannien und den Niederlanden mit einer Kapazität von 1 000 MW ist seit 2011 in Betrieb. Mehrere weitere Projekte sind im Gange:

Grenze	Verbindungsleitung	Kapazität (in MW)	Bau
Deutschland	Doetinchem-Wesel (neu)	1 500	2016 (Inbetriebnahme 2018)
Deutschland	Meeden-Diele (Ausbau)	500	2018
Dänemark	COBRA	700	2019
Belgien	Kreekrak-Zandvliet	700-900	2021

- (29) Der signifikante Anstieg der Verbindungskapazität zwischen den Niederlanden und ihren Nachbarländern dürfte sich günstig auf den Wettbewerb auf dem niederländischen Stromerzeugungsmarkt ausgewirkt haben.
- (30) Die Kommission nimmt die wachsende Bedeutung von Einfuhren auf dem niederländischen Markt für Stromerzeugung und Stromgroßhandel zur Kenntnis und gelangt zu dem Schluss, dass — unbeschadet des Wettbewerbsrechts — bei der Beurteilung, ob die in Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU festgelegten Bedingungen erfüllt sind, der niederländische Markt für Stromerzeugung und Stromgroßhandel mindestens als nationaler Markt anzusehen ist.

3.2.3. Marktanalyse

a) Marktanteile

- (31) In früheren Beschlüssen ⁽⁶⁾ vertrat die Kommission die Auffassung, dass hinsichtlich der Märkte für Stromerzeugung und Stromgroßhandel der kumulierte Marktanteil der drei größten Unternehmen maßgeblich ist. Da aber nicht alle Marktakteure den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegen, stellt die Analyse vornehmlich auf die Marktposition der den Vergabevorschriften unterliegenden jeweiligen Marktakteure und auf den Wettbewerbsdruck ab, dem sie ausgesetzt sind. Darüber hinaus können auch andere Maßzahlen für die Marktkonzentration als relevant betrachtet werden.

⁽¹⁾ ACM-Beschluss in der Sache 5098/E.ON–NRE; ACM-Beschluss in der Sache 3386/Nuon — Reliant Energy Group.

⁽²⁾ „Vision document [on] concentrations [in the] energy markets“, veröffentlicht im November 2006 von der niederländischen Wettbewerbsbehörde (NMa), Randnummer 139.

⁽³⁾ Ebd., Randnummer 139.

⁽⁴⁾ Ebd., Randnummer 29, Randnummer 72 und frühere Definition in der Sache Nuon/Reliant, Fußnote 4: „Die Superspitzenlast ist die an Werktagen zwischen 8.00 Uhr und 20.00 Uhr benötigte Strommenge.“

⁽⁵⁾ Ebd., Randnummer 139. Nuon/Essent, Randnummer 91.

⁽⁶⁾ Durchführungsbeschluss 2012/218/EU.

- (32) Das niederländische Zentrale Statistisches Amt (*Centraal Bureau voor de Statistiek*, im Folgenden „CBS“) legte im Februar 2015 einen Bericht über den Strommarkt in den Niederlanden ⁽¹⁾ vor. Dem Bericht zufolge betrug die installierte Kapazität in den Niederlanden etwa 31,5 GW, davon 20,1 GW zentrale installierte Kapazität und 11,5 GW dezentrale installierte Kapazität. Zentrale Erzeugung ist definiert als Erzeugung von Strom in thermischen Kraftwerken oder Kernkraftwerken, die den Strom direkt in das Hochspannungsnetz einspeisen. Alle anderen Arten der Stromerzeugung erfolgen dezentral durch Thermieanlagen, Windenergie, Wasserkraft und Solarenergie.

Tabelle 1

Installierte Kapazität (MW und Anzahl der Anlagen) 2012, 2013 und 2014

	2012 (MW)	2012 (Anzahl)	2013 (MW)	2013 (Anzahl)	2014 (MW)	2014 (Anzahl)
Zentral	19 025	48	20 132	50	21 515	49
Dezentral	10 905	6 405	11 408	6 451	11 799	6 445
Insgesamt	29 930	6 453	31 540	6 501	33 314	6 494

(Quelle: CBS)

- (33) Die Antragsteller legen auch eigene Produktionszahlen vor, aufgeschlüsselt nach konventionellen und erneuerbaren Energieträgern. Aus der Tabelle geht hervor, dass die Gesamtproduktion langsam abnimmt, während der jeweilige Anteil von DONG und Eneco an der Gesamtproduktion langsam zunimmt. Die Gesamtproduktion von Nuon ist relativ stabil geblieben. Auf die Antragsteller entfällt ein geschätzter kombinierter Anteil von weniger als 20 % an der Gesamterzeugung. Bei ihrem kombinierten Marktanteil besteht kein signifikanter Unterschied zwischen konventionellen und erneuerbaren Energieträgern.

Tabelle 2

Stromerzeugung aus erneuerbaren und konventionellen Energieträgern (in Mio. MWh) 2011-2015 (vorläufige Daten) ⁽¹⁾, Marktanteile in Klammern

Erzeugung	2011	2012	2013	2014	2015
<i>Erzeugung</i>	113 000	102 500	100 900	103 400	109 600
Dong	500 (0,5 %)	600 (0,6 %)	500 (0,5 %)	1 300 (1,2 %)	1 300 (1,2 %)
Eneco	1 500 (1,3 %)	2 200 (2,2 %)	1 500 (1,5 %)	2 600 (2,5 %)	4 900 (4,4 %)
Nuon	13 400 (11,9 %)	13 100 (12,8 %)	17 100 (17 %)	13 900 (13,4 %)	13 700 (12,5 %)
Sonstige	97 500 (86,3 %)	86 600 (84,5 %)	81 800 (81 %)	85 700 (82,8 %)	89 700 (81,8 %)
<i>Konventionell</i>	101 000	90 000	88 900	91 600	96 400
Dong	[...] (*)	(...)	(...)	(...)	(...)
Eneco	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Nuon	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Sonstige	86 900 (86,1 %)	75 500 (83,9 %)	71 400 (80,3 %)	75 900 (82,9 %)	79 400 (82,3 %)

⁽¹⁾ Centraal Bureau voor de Statistiek, „Elektriciteit in Nederland“, Februar 2015, siehe <https://www.cbs.nl/nl-nl/publicatie/2015/07/elektriciteit-in-nederland>.

Erzeugung	2011	2012	2013	2014	2015
Erneuerbar	12 000	12 500	12 000	11 800	13 200
Dong	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Eneco	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Nuon	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Sonstige	10 600 (88,4 %)	11 100 (88,5 %)	10 400 (86,4 %)	9 800 (82,7 %)	10 300 (77,9 %)

(*) Vertrauliche Informationen.

(¹) <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=00377&D1=a&D2=701,712,714-715,718,729,731-732&HDR=G1&STB=T&VW=T> (Quelle: CBS).

- (34) Am 25. September 2017 legten die niederländischen Behörden weitere Daten vor. Diese werden in nachstehender Tabelle im Überblick dargestellt.

Betreiber	Marktanteil	2013	2014	2015
Delta	Erzeugung:	(...)	(...)	(...)
	Kapazität:			
DONG	Erzeugung:	(...)	(...)	(...)
	Kapazität:			
EDF	Erzeugung:	(...)	(...)	(...)
	Kapazität:			
Eneco	Erzeugung:	(...)	(...)	(...)
	Kapazität:			
NUON	Erzeugung:	(...)	(...)	(...)
	Kapazität:			

- (35) Aus den von den Antragstellern (¹) und den niederländischen Behörden vorgelegten Daten geht hervor, dass andere Stromerzeuger, auf die zusammen ein kumulativer Marktanteil in einer Größenordnung von 70 bis 80 % entfällt, nicht dem Vergaberecht unterliegen.
- (36) Zweck dieses Beschlusses ist es, festzustellen, ob die Tätigkeiten der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels (auf Märkten mit freiem Zugang) einem so starken Wettbewerb ausgesetzt sind, dass auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie 2014/25/EU festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, gewährleistet ist, dass die Vergabe von Aufträgen zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten transparent, diskriminierungsfrei und auf der Grundlage von Kriterien erfolgt, anhand deren die Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Lösung ermitteln können.
- (37) Der vorstehend beschriebene Sachverhalt kann in Bezug auf die Stromerzeugung und den Stromgroßhandel als Hinweis darauf gewertet werden, dass die dem Vergaberecht unterliegenden Marktakteure unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

(¹) In Abschnitt 5.2.3 des Antrags.

b) Sonstige Faktoren

- (38) Auf Einfuhren entfällt in den Niederlanden ein Anteil von 28 % des Gesamtangebots und Gesamtverbrauchs. Damit ist der Anteil höher als beispielsweise der Anteil der Stromimporte Italiens (13,4 %) zum Zeitpunkt der Bewertung des italienischen Stromerzeugungsmarktes ⁽¹⁾. Die Kommission war der Ansicht, dass diese Importe eine wettbewerbsfördernde Wirkung hatten und dass sich die Situation in dem Maße weiter verbessern dürfte, in dem zusätzliche Verbindungskapazitäten verfügbar würden. Die hohen Einfuhrmengen auf dem niederländischen Markt untermauern die Schlussfolgerung, dass die auf dem niederländischen Stromerzeugungsmarkt tätigen Auftraggeber dem Wettbewerb ausgesetzt sind.
- (39) Der Liquiditätsgrad auf dem Großhandelsmarkt, der von der nationalen Wettbewerbsbehörde ACM analysiert wurde ⁽²⁾, und die Funktionsweise des niederländischen Ausgleichsmarktes stehen nicht der Schlussfolgerung entgegen, dass die auf dem niederländischen Stromerzeugungsmarkt tätigen Auftraggeber dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

4. SCHLUSSFOLGERUNGEN

- (40) Angesichts der vorstehend untersuchten Faktoren sollte die in Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU festgelegte Bedingung, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, in Bezug auf die Auftraggeber in den Bereichen Stromerzeugung und Stromgroßhandel in den Niederlanden als erfüllt betrachtet werden.
- (41) Da die Bedingung des freien Marktzugangs als erfüllt gilt, sollte die Richtlinie 2014/25/EU weder dann Anwendung finden, wenn Auftraggeber Aufträge vergeben, die die Stromerzeugung und den Stromgroßhandel in den Niederlanden ermöglichen sollen, noch dann, wenn sie in diesem geografischen Gebiet Wettbewerbe für die Ausübung einer solchen Tätigkeit durchführen.
- (42) Dieser Beschluss beruht auf der Rechts- und Sachlage von Januar 2017 bis November 2017, wie sie sich nach den von den Antragstellern und den niederländischen Behörden vorgelegten Informationen darstellt. Er kann geändert werden, falls signifikante Veränderungen der Rechts- oder Sachlage dazu führen, dass die Bedingungen für die Anwendbarkeit des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU nicht mehr erfüllt sind.
- (43) Es wird daran erinnert, dass in Artikel 16 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁾ über die Konzessionsvergabe eine Ausnahme von der Anwendung dieser Richtlinie für Konzessionen von Auftraggebern vorgesehen ist, wenn für den Mitgliedstaat, in dem die Konzessionen gelten werden, gemäß Artikel 35 der Richtlinie 2014/25/EU festgestellt wurde, dass die Tätigkeit gemäß Artikel 34 der Richtlinie unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Da geschlussfolgert wurde, dass die Tätigkeiten der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels dem Wettbewerb ausgesetzt sind, werden Konzessionsverträge, die die Ausübung dieser Tätigkeiten in den Niederlanden ermöglichen sollen, von der Anwendung der Richtlinie 2014/23/EU ausgenommen.
- (44) Die in diesem Beschluss vorgesehenen Maßnahmen stehen im Einklang mit der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen —

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Die Richtlinie 2014/25/EU gilt nicht für Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden, um die Ausübung der Tätigkeiten der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels in den Niederlanden zu ermöglichen.

⁽¹⁾ Beschluss 2010/403/EU der Kommission vom 14. Juli 2010 zur Freistellung der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels in Italiens Makrozone Nord und des Stromeinzelhandels für Endkunden mit Mittel-, Hoch- und Höchstspannungsnetzanschluss in Italien von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 186 vom 20.7.2010, S. 44), Erwägungsgrund 11.

⁽²⁾ In ihrem jüngsten Liquiditätsbericht, der im Jahr 2014 veröffentlicht wurde, gelangte die ACM zu dem Schluss, dass sich die Liquidität des Großhandelsmarktes für Strom (z. B. höheres Handelsvolumen, geringere Preisvolatilität und ein geringerer Bid-Ask-Spread) im Zeitraum 2009-2013 erhöht zu haben scheint. Die ACM stellte ferner fest, dass sich die Zahl der Intra-Day-Produkte betreffenden Transaktionen im Jahr 2013 gegenüber dem Vorjahr mehr als verdoppelt hat.

⁽³⁾ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1).

Artikel 2

Dieser Beschluss ist an das Königreich der Niederlande gerichtet.

Brüssel, den 12. Dezember 2017

Für die Kommission
Elżbieta BIENKOWSKA
Mitglied der Kommission
