

BESCHLUSS DER EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE

Nr. 189/12/KOL

vom 22. Mai 2012

über die Freistellung der Erzeugung und des Verkaufs von Strom an Großkunden in Norwegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

DIE EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE —

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum,

gestützt auf den Rechtsakt gemäß Ziffer 4 von Anhang XVI des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, in dem die Verfahren für die öffentliche Auftragsvergabe im Versorgungssektor festgelegt sind (Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste ⁽¹⁾) („Richtlinie 2004/17/EG“), insbesondere auf Artikel 30,

gestützt auf das Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (das „Überwachungs- und Gerichtsabkommen“), insbesondere auf Artikel 1 und 3 des Protokolls 1 hierzu,

gestützt auf den Antrag von Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS und Østfold Energi AS (die „Antragsteller“) an die Überwachungsbehörde am 24. Januar 2012,

gestützt auf den Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde (die „Überwachungsbehörde“) vom 19. April 2012, mit dem das Mitglied, das besondere Verantwortung für die öffentliche Auftragsvergabe trägt, ermächtigt wird, bestimmte Entscheidungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zu treffen (Beschluss Nr. 138/12/KOL),

nach Konsultation des EFTA-Ausschuss über das Öffentliche Auftragswesen, der die EFTA-Überwachungsbehörde unterstützt,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. SACHVERHALT

(1) Am 24. Januar 2012 ging bei der Überwachungsbehörde ein Antrag nach Artikel 30 Absatz 5 der Richtlinie 2004/17 von Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS und Østfold Energi AS auf Genehmigung der Anwendbarkeit von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Erzeugung und dem Verkauf von Strom aus Wasserkraft an Großkunden in Norwegen ein. Mit Schreiben vom 17. Februar 2012 forderte die Überwachungsbehörde von Norwegen (Vorgang Nr. 624270) sowie vom Antragsteller (Vorgang Nr. 624258) zusätzliche Informationen an. Bei der Überwachungsbehörde ging mit Schreiben vom 20. März 2012 eine Antwort Norwegens auf dieses Ersuchen sowie mit Schreiben vom 22. März 2012 eine Antwort der Antragsteller ein.

(2) Der Antrag der Antragsteller, die als öffentliche Unternehmen im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG zu betrachten sind, betrifft — wie im Antrag beschrieben — die Erzeugung und die Lieferung von Strom aus Wasserkraft an Großkunden.

II. RECHTLICHER RAHMEN

(3) Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG besagt, dass Aufträge, die die Ausübung einer Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 ermöglichen sollen, nicht unter die Richtlinie 2004/17/EG fallen, wenn die Tätigkeit in dem EFTA-Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

(4) Nach Artikel 30 Absatz 5 der Richtlinie 2004/17/EG kann von den auftraggebenden Behörden ein Antrag auf die Anwendbarkeit von Artikel 30 Absatz 1 gestellt werden, wenn dies in den Rechtsvorschriften des betreffenden EWR-Staats vorgesehen ist. Aus Abschnitt 15-1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 403 vom 7. April 2006 über öffentliche Auftragsvergabe bei Versorgungsunternehmen (Forskrift nr. 403 av 7. April 2006 om innkjøp i forsyningssektorene) geht hervor, dass die auftraggebenden Behörden einen Antrag auf die Anwendung von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG bei der Überwachungsbehörde stellen können, sofern sie eine Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde eingeholt haben.

(5) Die Antragsteller holten am 16. März 2011 die Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde ein, in der die norwegische Wettbewerbsbehörde zu der Feststellung kam, dass die betreffenden Tätigkeiten auf einem Markt mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

(6) Ein uneingeschränkt freier Zugang zum Markt gilt dann als gegeben, wenn der Staat die entsprechenden EWR-Rechtsvorschriften umgesetzt hat, mit denen eine bestimmte Branche ganz oder teilweise geöffnet wird. Diese Rechtsvorschriften sind in Anhang XI der Richtlinie 2004/17/EG enthalten, in dem für den Elektrizitätssektor auf Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt ⁽²⁾ verwiesen wird. Die Richtlinie 96/92/EG wurde

⁽¹⁾ ABL L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

⁽²⁾ ABL L 27 vom 30.1.1997, S. 20.

durch die Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG⁽¹⁾ („Richtlinie 2003/54/EG“) abgelöst, die in Ziffer 22 von Anhang IV des EWR-Abkommens aufgenommen wurde. Der Marktzugang gilt also als frei, wenn der norwegische Staat die Richtlinie 2003/54/EG umgesetzt und ordnungsgemäß angewandt hat.

- (7) Ob eine Tätigkeit dem Wettbewerb ausgesetzt ist, ist anhand unterschiedlicher Indikatoren zu bewerten, von denen keiner für sich alleine entscheidend ist. Hinsichtlich der Märkte, die von diesem Beschluss betroffen sind, stellt der Marktanteil der Hauptakteure auf einem Markt ein Kriterium dar, das zu berücksichtigen ist. Als weiteres Kriterium gilt der Grad der Konzentration auf diesen Märkten. Angesichts der Merkmale der betreffenden Märkte sind außerdem noch weitere Kriterien zu berücksichtigen, beispielsweise die Funktionsfähigkeit des Ausgleichsmarktes, der Preiswettbewerb und der Grad der Wechselbereitschaft der Kunden.

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Definition des Marktes

Der Produktmarkt

- (8) Der entsprechende Produktmarkt umfasst die Erzeugung und den Verkauf von Strom an Großkunden⁽²⁾. Der Markt erstreckt sich daher auf die Stromerzeugung in Kraftwerken und auf die Einfuhr von Strom über Schaltstellen für den direkten Weitervertrieb an große Industrieannehmer oder für den Vertrieb an Endkunden.

Der geografische Markt

- (9) Der norwegische Strommarkt für Großkunden ist in hohem Maße in den nordischen Markt (Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland) integriert. Ein hoher Anteil der Stromerzeugung im skandinavischen Raum wird über die gemeinsame nordische Terminbörse für Kontrakte für die physische Lieferung von Strom gehandelt, die von Nord Pool Spot AS („Nord Pool“) betrieben wird. Die nordische Strombörse von Nord Pool umfasst derzeit die Strommärkte Norwegens, Schwedens, Dänemarks, Finnlands und Estlands.

⁽¹⁾ ABl. L 176 vom 15.7.2003, S. 37. Richtlinie 2003/54/EG wurde durch Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 146/2005 vom 2. Dezember 2005 (ABl. L 53 vom 23.2.2006, S. 43) in das EWR-Abkommen aufgenommen und trat für die EFTA-Staaten am 1. Juni 2007 in Kraft.

⁽²⁾ Siehe Entscheidungen der Europäischen Kommission vom 26. Januar 2011 in der Sache COMP/M.5978 - GDF Suez/International Power, vom 22. Dezember 2008 in der Sache COMP/M.5224 -EDF/British Energy, vom 14. November 2006 in der Sache COMP/M.4180 - Gaz de France/Suez und vom 9. Dezember 2004 in der Sache M.3440 - EDP/ENI/GDP. Siehe auch die Entscheidungen der Kommission über die Freistellung der Erzeugung und des Verkaufs von Strom in Schweden und Finnland von der Anwendung von Richtlinie 2004/17/EG; die Entscheidung der Kommission vom 19. Juni 2006 über die Anwendung von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG auf die Erzeugung und den Verkauf von Strom in Finnland mit Ausnahme der Åland-Inseln, sowie die Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 2007 zur Freistellung der Erzeugung und des Verkaufs von Strom in Schweden von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG.

- (10) Nord Pool betreibt zwei Märkte für den physischen Handel mit Strom an Großkunden: den Day-Ahead-Markt Elspot, an dem stündliche Stromkontrakte für die physische Lieferung innerhalb des 24-Stunden-Zeitraums des Folgetages gehandelt werden, sowie den kontinuierlichen Intra-Day-Markt „Elbas“ für den grenzüberschreitenden Handel, bei dem Anpassungen an die Kontrakte im Day-Ahead-Markt bis zu einer Stunde vor Lieferung vorgenommen werden. Zusammen deckten diese Märkte im Jahr 2010 74 % des nordischen Stromverbrauchs mit einem Volumen von 307 TWh ab. Das verbleibende gehandelte Volumen wird bilateral zwischen Lieferant und Verbraucher gehandelt.

- (11) Der nordische Markt ist in mehrere Bietergebiete unterteilt, die über Schaltstellen miteinander verbunden sind. Der Handelspreis im Elspot basiert auf den Geboten und Angeboten aller Marktteilnehmer und wird festgelegt, um stündlich während des 24-Stunden-Zeitraums ein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage auf dem Markt herzustellen. Der Preismechanismus im Elspot dient zur Anpassung des Stromflusses über die Schaltstellen in den Markt an die verfügbare Handelskapazität, die durch die Betreiber des nordischen Übertragungssystems vorgegeben wird.

- (12) Engpässe in den Übertragungskapazitäten innerhalb der nordischen Region können zu vorübergehender Überlastung führen, wodurch der nordische Raum geografisch in kleinere Märkte aufgeteilt wird. An den Schaltstellen zwischen den nordischen Ländern und innerhalb Norwegens wird der Netzüberlastung durch die Nutzung von Preismechanismen mittels Einführung unterschiedlicher Elspot-Gebietspreise entgegengewirkt. Innerhalb der Preisgebiete kann es also zu unterschiedlichen Preisen kommen, wodurch ein Gleichgewicht zwischen Nachfrage und Angebot innerhalb des Gebiets hergestellt wird.

- (13) Der relevante geografische Markt könnte somit stündlich variieren. Bei Überlastungen ist der relevante geografische Markt kleiner als der nordische Raum und könnte mit inländischen Bietergebieten zusammenfallen.

- (14) Norwegen ist gegenwärtig in fünf Bietergebiete aufgeteilt⁽³⁾.

- (15) Der Prozentanteil der Stunden, in denen Preisdifferenzen zwischen den Gebieten innerhalb der nordischen Region bestehen, ist allerdings begrenzt:

Preisgebiet	% Stunden abgeschaltet
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 und Bergen — NO 5. Am 5. September 2011 wurde die Grenze zwischen Bietergebiet NO 2 und NO 5 nach Norden verschoben, da eine neue Verbindung in Betrieb genommen wurde. Bei den im Antrag vorgelegten Daten ist diese Änderung nicht berücksichtigt.

Die meiste Zeit über sind die Preisgebiete zugeschaltet:

Gruppe der Preisgebiete	% Stunden zugeschaltet
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 — Schweden	76,3 %

15.3.2010-11.3.2011

Die norwegischen Preisgebiete sind normalerweise mit Schweden zusammengelegt.

- (16) Die Möglichkeit, dass Überlastungen auftreten, kann zu Bedenken hinsichtlich einer möglichen Ausnutzung von Engpässen führen, die zu einem Anstieg der lokalen Marktmacht führen könnte. Daher haben die norwegischen Wettbewerbsbehörden den relevanten geografischen Markt als den nordischen Markt während Stunden ohne Überlastung und als kleineren Markt während Überlastungszeiten definiert ⁽¹⁾.
- (17) Die Frage, ob der Markt so definiert werden soll, dass er die nordische Region abdeckt, oder ob er als kleinere Region definiert werden soll, bleibt offen, da das Ergebnis der Analyse — je nachdem, ob diese auf einer enger oder weiter gefassten Definition aufbaut — gleich bleibt.

Zugang zum Markt

- (18) Nach den gegenwärtig vorliegenden Informationen und für die vorliegenden Zwecke stellt sich die Sachlage so dar, dass Norwegen offenkundig die Richtlinie 2003/54/EG in vollem Umfang umgesetzt und angewandt hat. Demzufolge — und entsprechend dem ersten Unterabschnitt von Artikel 30 Absatz 3 — ist davon auszugehen, dass der Marktzugang nicht auf das Staatsgebiet Norwegens beschränkt ist.

Ist die Tätigkeit dem Wettbewerb ausgesetzt?

- (19) Die Überwachungsbehörde analysiert in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission ⁽²⁾ den Marktanteil der drei Haupterzeuger, den Konzentrationsgrad auf dem Markt und den Grad der Marktliquidität.

⁽¹⁾ Siehe Beschlüsse des Ministeriums für Staatsverwaltung vom 14. Oktober 2002 Statkraft — Agder Energi und vom 7. Februar 2003 Statkraft — Trondheim Energiverk.

⁽²⁾ Entscheidung der Kommission vom 19. Juni 2006 über die Anwendung von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG auf die Erzeugung und den Verkauf von Strom in Finnland mit Ausnahme der Åland-Inseln sowie Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 2007 zur Freistellung der Erzeugung und des Verkaufs von Strom in Schweden von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG, Ziffern 7-13.

- (20) Die Europäische Kommission vertritt die Auffassung, dass im Bereich der Stromerzeugung „ein Indikator für den Grad des Wettbewerbs auf den nationalen Märkten der Gesamtmarktanteil der drei größten Erzeuger“ ist ⁽³⁾.
- (21) Der Gesamtmarktanteil hinsichtlich der Produktionskapazität betrug bei den drei größten Erzeugern in der nordischen Region im Jahr 2010 45,1 % (Vattenfall: 18,8 %, Statkraft: 13,3 % und Fortum: 13 %), was als angemessener Wert gelten kann.
- (22) Der Konzentrationsgrad in Norwegen lag nach Messung entsprechend dem Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) nach der Kapazität im Jahr 2008 bei 1 826 ⁽⁴⁾.
- (23) Der nordische Strommarkt für Großkunden ist als Wettbewerbsmarkt zu betrachten. Der Übergang zu einem offenen Markt war in der nordischen Region sehr erfolgreich. Seit der Eröffnung eines gemeinsamen norwegisch-schwedischen Marktes im Jahr 1996 wurden die übrigen nordischen Länder in den Folgejahren in den Markt integriert: Finnland im Jahr 1998, Dänemark in den Jahren 1999/2000 und Estland im Jahr 2010. Ungefähr 74 % des Stromverbrauchs in der nordischen Region wurden im Jahr 2010 über die Börse gehandelt. Insgesamt sind an der Börse über 300 Händler registriert.
- (24) Wie oben dargestellt, sind Engpässe infolge Überlastung selten und zeitlich befristet. Ein ständiger Wettbewerbsdruck, der sich aus der Möglichkeit ergibt, Strom aus Regionen außerhalb des norwegischen Hoheitsgebiets beziehen zu können, ist daher gegeben. Durchleitungsgebühren werden zwischen den nordischen Ländern nicht erhoben. Die häufig nicht überlasteten Verbindungsstellen zwischen Norwegen und anderen Preisgebieten sorgen dafür, dass Investitionen im Stromsektor innerhalb des norwegischen Staatsgebiets nicht getätigt werden können, ohne andere Erzeuger auf dem nordischen Markt zu berücksichtigen. Außerdem werden die Preise für Strom für Großabnehmer durch Nord Pool festgesetzt, der eine ausgesprochen liquide Handelsplattform betreibt.
- (25) Das Funktionieren der Ausgleichsmärkte sollte ebenfalls als Kriterium herangezogen werden, nicht nur im Hinblick auf die Erzeugung, sondern auch für den Groß- und Einzelhandelsmarkt. Jeder Marktteilnehmer nämlich, der sein Erzeugungssportfolio nur mit Schwierigkeiten auf die Merkmale seiner Kunden abstimmen kann, erfährt möglicherweise die große Preisdifferenz zwischen dem Preis, zu dem der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) Ausgleichsenergie bereitstellt, und dem Preis, zu dem er Überproduktion zurückkauft. Diese Preise können dem ÜNB entweder direkt vom Regulierer vorgeschrieben werden, oder sie sind marktbasierend, d. h. sie werden durch die Gebote anderer Erzeuger bestimmt, die ihre Produktion auf diese Weise nach oben oder unten korrigieren wollen. In

⁽³⁾ Siehe Bericht über die Fortschritte bei der Schaffung des Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM(2005) 568 endg. vom 15. November 2005, Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 2007 zur Freistellung der Erzeugung und des Verkaufs von Strom in Schweden von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG.

⁽⁴⁾ Siehe Arbeitspapier der Kommission, Technischer Anhang zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament — Bericht über die Fortschritte bei der Verwirklichung des Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM(2010) 84 endg., S. 12.

der nordischen Region besteht ein fast vollständig integrierter Ausgleichsmarkt für die Lieferung von Ausgleichsstrom, dessen Hauptmerkmale — marktgestützte Preisfestlegung und ein geringer Abstand zwischen dem Ankaufspreis vom ÜNB und dem Verkaufspreis — erkennen lassen, dass sie als Indikator für das Vorhandensein von unmittelbarem Wettbewerb gelten können.

- (26) Diese Faktoren sind daher als Anzeichen dafür zu verstehen, dass der betreffende untersuchte Markt dem direkten Wettbewerb ausgesetzt ist, und zwar unabhängig davon, ob sich der geografische Umfang des Marktes auf die nordische Region als Ganzes erstreckt oder ein kleineres Gebiet abdeckt.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

- (27) In Anbetracht der oben beschriebenen Indikatoren in Norwegen ist davon auszugehen, dass die Voraussetzung des unmittelbar wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG bei der Erzeugung und dem Verkauf von Strom an Großkunden in Norwegen erfüllt ist. Wie bereits in Erwägungsgrund 18 ausgeführt, ist auch die Voraussetzung des freien Zugangs zu der Tätigkeit als erfüllt anzusehen. Daher sollte die Richtlinie 2004/17/EG nicht zur Anwendung kommen, wenn Auftraggeber Aufträge vergeben, die die Erzeugung von Strom oder den Verkauf von Strom an Großkunden in den betreffenden Regionen ermöglichen sollen, oder wenn sie Wettbewerbe für die dortige Ausübung dieser Tätigkeiten durchführen.
- (28) Der vorliegende Beschluss stützt sich auf die Rechts- und Sachlage zum 24. Januar 2012, wie sie sich nach den Angaben des Antragstellers darstellt. Sollten aufgrund entscheidender Änderungen der Rechts- und Sachlage die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG nicht mehr erfüllt sein, kann der Beschluss zurückgenommen werden.
- (29) Dieser Beschluss ergeht ausschließlich mit dem Ziel, eine Freistellung nach Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG

zu gewähren, und greift der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften nicht vor.

- (30) Dieser Beschluss bezieht sich auf die Erzeugung und den Verkauf von Strom an Großkunden in Norwegen und erstreckt sich nicht auf die Tätigkeit der Übertragung, der Verteilung und des Verkaufs von Strom an Endkunden in Norwegen.
- (31) Die in diesem Beschluss vorgesehenen Maßnahmen stehen im Einklang mit der Stellungnahme des EFTA-Ausschusses über das öffentliche Auftragswesen, der die EFTA-Überwachungsbehörde unterstützt —

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Der Rechtsakt gemäß Ziffer 4 von Anhang XVI des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, in dem die Verfahren für die öffentliche Auftragsvergabe im Versorgungssektor festgelegt sind (Richtlinie 2004/17/EG), findet keine Anwendung auf Aufträge durch Auftraggeber, die die Erzeugung und den Verkauf von Strom an Großkunden in Norwegen ermöglichen sollen.

Artikel 2

Dieser Beschluss ist an das Königreich Norwegen gerichtet.

Brüssel, den 22. Mai 2012

Für die EFTA-Überwachungsbehörde

Sverrir Haukur GUNNLAUGSSON
Mitglied des Kollegiums

Xavier LEWIS
Direktor