

## BESLUT AV EFTAS ÖVERVAKNINGSMYNDIGHET

nr 189/12/KOL

av den 22 maj 2012

om medgivande av undantag från Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster när det gäller produktion och grossistförsäljning av el i Norge

EFTAS ÖVERVAKNINGSMYNDIGHET HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,

med beaktande av den rättsakt som det hänvisas till i punkt 4 i bilaga XVI till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet i vilken förfarandena vid offentlig upphandling i den allmännyttiga sektorn fastställs (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster<sup>(1)</sup>) (nedan kallat *direktiv 2004/17/EG*), särskilt artikel 30,

med beaktande av avtalet mellan Eftastaterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol (nedan kallat *övervakningsavtalet*), särskilt artiklarna 1 och 3 i protokoll 1 till detta avtal,

med beaktande av den begäran som inlämnats till övervakningsmyndigheten av Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS och Østfold Energi AS (nedan kallade *de sökande*) den 24 januari 2012,

med beaktande av Eftas övervakningsmyndighets (nedan kallad *övervakningsmyndigheten*) beslut av den 19 april 2012 som ger ledamoten med ansvar för offentlig upphandling rätt att ta vissa beslut inom området för offentlig upphandling (beslut nr 138/12/COL),

efter samråd med Eftas kommitté för offentlig upphandling som biträder Eftas övervakningsmyndighet, och

av följande skäl:

## I. BAKGRUND

(1) Den 24 januari 2012 mottog övervakningsmyndigheten, i enlighet med artikel 30.5 i direktiv 2004/17, en begäran från Akershus Energi Vannkraft AS, E-CO Energi AS, EB Kraftproduksjon AS och Østfold Energi AS om godkännande av tillämpningen av artikel 30.1 i direktiv 2004/17, för verksamhet inom produktion och grossistförsäljning av vattenkraft i Norge. I skrivelser av den 17 februari 2012 begärde övervakningsmyndigheten ytterligare uppgifter från Norge (diariernr 624270) och från

de sökande (diariernr 624258). Övervakningsmyndigheten mottog ett svar från Norge genom en skrivelse av den 20 mars 2012 och från de sökande genom en skrivelse av den 22 mars 2012.

(2) Begäran från de sökande, vilka måste betraktas som ofientliga företag i den mening som avses i direktiv 2004/17/EG, handlar om produktion och grossistförsäljning av vattenkraft, vilket beskrivs i begäran.

## II. RÄTTSLIG RAM

(3) I artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG föreskrivs att kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3–7 inte omfattas av detta direktiv om den aktuella verksamheten i den Eftastat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

(4) Enligt artikel 30.5 i direktiv 2004/17/EG kan en begäran om att artikel 30.1 ska tillämpas lämnas in av upphandlande myndigheter om det så föreskrivs i den berörda EES-statens lagstiftning. Det framgår av § 15-1, punkt 2 i förordning nr 403 av den 7 april 2006 om offentlig upphandling i den allmännyttiga sektorn (*Forskrift nr. 403 av 7. April 2006 om innkjøp i forsyningssektorene*) att upphandlande myndigheter kan lämna in en begäran om tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG till övervakningsmyndigheten, förutsatt att de har erhållit ett yttrande från den norska konkurrensmyndigheten.

(5) De sökande mottog ett yttrande från den norska konkurrensmyndigheten den 16 mars 2011, vari den norska konkurrensmyndigheten hade dragit slutsatsen att den aktuella verksamheten är direkt konkurrensutsatt på en marknad med fritt tillträde.

(6) Tillträdet till marknaden betraktas som fritt om staten har genomfört och tillämpar den relevanta EES-lagstiftning genom vilken en viss sektor eller en del av den konkurrensutsätts. Denna lagstiftning förtecknas i bilaga XI till direktiv 2004/17/EG, där det för elsektorn hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el<sup>(2)</sup>. Direktiv 96/92/EG har ersatts

<sup>(1)</sup> EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

<sup>(2)</sup> EGT L 27, 30.1.1997, s. 20.

av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG<sup>(1)</sup> (nedan kallat *direktiv 2003/54/EG*), som är införlivat med punkt 22 i bilaga IV till EES-avtalet. Därmed bör tillträdet till marknaden betraktas som fritt om den norska staten har genomfört och tillämpar direktiv 2003/54/EG på ett korrekt sätt.

- (7) Konkurrensutsattheten ska bedömas på grundval av olika indikatorer varav ingen i sig bör vara utslagsgivande. När det gäller de marknader som berörs av detta beslut utgör marknadsandelen för huvudaktörerna på en given marknad ett kriterium som bör tas i beaktande. Ett annat kriterium är koncentrationsgraden på dessa marknader. Med tanke på de berörda marknadernas särdrag bör hänsyn också tas till andra kriterier, såsom balansmarknadens funktion, priskonkurrens och i vilken utsträckning kunderna byter leverantör.

### III. BEDÖMNING

#### Marknadsdefinition

##### Produktmarknad

- (8) Den berörda produktmarknaden är marknaden för produktion och grossistförsäljning av el<sup>(2)</sup>. Marknaden täcker därmed elproduktionen vid kraftverk och importen av el som sker genom sammanlänkningslinjer för att säljas till stora industrikunder eller till återförsäljare.

##### Den geografiska marknaden

- (9) Den norska marknaden för grossisthandel med el är starkt integrerad i den nordiska marknaden (Danmark, Norge, Sverige och Finland). Större delen av elproduktionshandeln i den nordiska regionen sker genom den gemensamma nordiska börsen för kontrakt för fysisk leverans av elkraft, vilken drivs av Nord Pool Spots AS (nedan kallat *Nord Pool*). Nord Pools nordiska elbörs täcker för närvarande grossistmarknaderna i Norge, Sverige, Danmark, Finland och Estland.
- (10) Nord Pool bedriver verksamhet på två marknader för grossisthandel med fysisk el: "day-ahead"-marknaden

<sup>(1)</sup> EUT L 176, 15.7.2003, s. 37. Direktiv 2003/54/EG införlivades med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 146/2005 av den 2 december 2005 (EUT L 53, 23.2.2006, s. 43), och trädde i kraft i Eftastaterna den 1 juni 2007.

<sup>(2)</sup> Se Europeiska kommissionens beslut av den 26 januari 2011 i mål COMP/M.5978 (GDF Suez/International Power), av den 22 december 2008 i mål COMP/M.5224 (EDF/British Energy), av den 14 november 2006 i mål COMP/M.4180 (Gaz de France/Suez), och av den 9 december 2004 i mål M.3440 (EDP/ENI/GDP). Se även kommissionens beslut om undantag för produktion och försäljning av el i Sverige och i Finland, efter tillämpning av direktiv 2004/17/EG; beslut av den 19 juni 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska tillämpas på elproduktion och elförsäljning i Finland utom Åland, och beslut av den 29 oktober 2007 om undantag från direktiv 2004/17/EG för produktion och försäljning av el i Sverige.

Elspot där det dagligen köps och säljs timbaserade elavtal som levereras nästkommande dygn, och Elbas som är en kontinuerlig gränsöverskridande "intra-day"-marknad där justeringar i handeln som gjorts i "day-ahead"-marknaden kan göras fram till en timma före leveransen. Tillsammans täckte dessa marknader 74 % av den nordiska elkonsumtionen 2010, med en volym på 307 TWh. Den återstående volymen förhandlas bilateralt mellan leverantör och kund.

- (11) Den nordiska marknaden är uppdelad i ett flertal budområden som är sammanlänkade. Handelspriset på Elspot baseras på buden från samtliga deltagare på marknaden och fastställs för att balansera utbud och efterfrågan för varje timme under 24-timmarsperioden. Prismekanismen på Elspot anpassar elflödet över sammanlänkningarna på marknaden till den tillgängliga handelskapacitet som ges av det nordiska överföringssystemet.
- (12) Överföringsbegränsningar i den nordiska regionen kan leda till tillfällig överbelastning som delar upp det nordiska området till geografiskt mindre marknader. Vid sammanlänkningarna mellan de nordiska länderna och inom Norge används prismekanismer för att lätta överbelastning på elnätet, dvs. man delar upp Elspot i olika prisområden. Det kan därmed vara olika priser i prisområdena för att balansera utbudet och efterfrågan i området.
- (13) Som följd av detta kan den aktuella geografiska marknaden variera från den ena timmen till den andra. Vid överbelastning är den mindre än det nordiska området och kan sammanfalla med inhemska budområden.
- (14) Det finns för närvarande fem budområden i Norge<sup>(3)</sup>.
- (15) Antalet timmar då priserna skiljer sig mellan de olika områdena i den nordiska regionen är begränsat:

Prisområde	Andel timmar isolerade (%)
Nr 1: Oslo	1,4
Nr 2: Kristiansand	16,4
Nr 3: Trondheim	6,2
Nr 4: Trondheim	6,6
Nr 5: Bergen	4,1
15.3.2010-11.3.2011	

<sup>(3)</sup> Oslo (NO 1), Kristiansand (NO 2), Trondheim (NO 3), Tromsø (NO 4) och Bergen (NO 5). Den 5 september 2011 flyttades gränsen mellan budområde NO 2 och NO 5 norrut på grund av att en ny länk introducerades. Denna förändring tas inte hänsyn till i de uppgifter som anges i ansökan.

Oftast är prisområdena sammankopplade:

Prisområdeskonstellationer	Andel timmar sammankopplade (%)
Nr 1 + Nr 2	77,7
Nr 1 + Nr 3	48,0
Nr 1 + Nr 5	94,9
Nr 2 + Nr 5	76,6
Nr 3 + Nr 4	89,9
Nr 1 + Nr 2 + Nr 5	75,7
Nr 3 + Nr 4 + Sverige	76,3

15.3.2010-11.3.2011

De norska prisområdena är generellt sett integrerade med Sverige.

- (16) Risken för överbelastning kan öka oron för att tillfälliga flaskhalsar ska utnyttjas för att öka lokala marknadskrafter. På grund av detta har norska konkurrensmyndigheter definierat den aktuella geografiska marknaden som nordisk de timmar då det inte finns någon överbelastning, och mindre geografiskt omfattande vid överbelastning<sup>(1)</sup>.
- (17) Frågan om huruvida marknaden bör definieras som nordisk eller om den bör definieras i en smalare geografisk vidd kommer att lämnas öppen då resultatet av analysen förblir detsamma, oavsett om det baseras på en smalare eller en bredare definition.

### Marknadstillträde

- (18) Mot bakgrund av de uppgifter som för närvarande finns tillgängliga, och för de föreliggande syftena, verkar det som om att Norge helt och fullt har genomfört och tillämpar direktiv 2003/54/EG. Tillträdet till marknaden bör följaktligen, i enlighet med det första stycket i artikel 30.3, betraktas som fritt på Norges territorium.

### Konkurrensutsatthet

- (19) I linje med Europeiska kommissionen<sup>(2)</sup> kommer övervakningsmyndigheten att analysera marknadsandelen för de tre största producenterna, koncentrationsgraden på marknaden och graden av marknadslikviditet.

<sup>(1)</sup> Se det norska arbets- och administrationsdepartementets beslut av den 14 oktober 2002 *Statkraft – Agder Energi* och den 7 februari 2003 *Statkraft – Trondheim Energiverk*.

<sup>(2)</sup> Beslut av den 19 juni 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG ska tillämpas på produktion och försäljning av el i Finland utom Åland, och beslut av den 29 oktober 2007 om undantag från direktiv 2004/17/EG, punkterna 7–13, för produktion och försäljning av el i Sverige.

- (20) När det gäller elproduktion anser Europeiska kommissionen att "en indikator på konkurrensgraden på de nationella marknaderna är den totala marknadsandelen för de tre största producenterna"<sup>(3)</sup>.

- (21) Den sammanlagda marknadsandelen år 2010 för de tre största producenterna i den nordiska regionen vad gäller produktionskapacitet var 45,1 % (Vattenfall 18,8 %, Statkraft 13,3 % och Fortum 13 %) vilket är en acceptabel nivå.

- (22) Koncentrationsgraden i Norge mätt i kapacitet enligt Herfindahl-Hirschmans index (HHI) var 1 829 år 2008<sup>(4)</sup>.

- (23) Den nordiska grossistmarknaden för elkraft måste betraktas som konkurrensutsatt. Övergången till en öppen marknad i den nordiska regionen har varit mycket lyckad. Efter att en gemensam marknad öppnades mellan Norge och Sverige 1996 har andra nordiska länder senare också integrerats på marknaden: Finland 1998, Danmark 1999/2000 och Estland 2010. Omkring 74 % av konsumtionen av elenergi i den nordiska regionen 2010 köptes och såldes på börsen. På börsen finns över 300 handlare registrerade.

- (24) Som förklarats ovan är flaskhalsar på grund av överbelastning ovanliga och tillfälliga till sin natur. Därför finns det ett konstant konkurrenstryck som kommer från möjligheten att erhålla el utanför det norska territoriet. Det tas inte ut någon överföringsavgift mellan de nordiska länderna. Eftersom förbindelserna mellan Norge och andra prisområden sällan är överbelastade kan investeringar i elsektorn inte göras på norskt territorium utan hänsyn till andra producenter på den nordiska marknaden. Dessutom fastställs priserna för grossisthandel med el av Nord Pool, som driver en mycket likvid handelsplattform.

- (25) Balansmarknadernas funktionssätt bör vidare betraktas som en indikator, inte endast för produktionen utan även för grossistmarknaden. Varje marknadsaktör som har svårigheter med att anpassa sin produktionsammansättning till sina kunders särdrag löper en risk som är knuten till skillnaden mellan det pris till vilket den systemansvarige för överföringssystemet säljer balanskraft och det pris till vilket denne återköper överskottsproduktion. Dessa priser kan antingen direkt fastställas av den systemansvarige, eller så används en marknadsbaserad mekanism där priset bestäms av bud från andra producenter om att öka eller begränsa sin produktion. Det finns en nästan fullt integrerad balansmarknad i den nordiska regionen för att leverera balansenergi, och

<sup>(3)</sup> Se *Rapport om framsteg i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden* (KOM(2005) 568 slutlig) av den 15 november 2005, beslut av den 29 oktober 2007 om undantag från direktiv 2004/17/EG för produktion och försäljning av el i Sverige.

<sup>(4)</sup> Se arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar Teknisk bilaga till meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet – *Rapport om framstegen i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden*, KOM (2010) 84 slutlig, s. 12.

dess huvudkaraktärsticker – marknadsbaserad prissättning och en låg spridning mellan köppriset från den systemansvarige för överföringssystemet och försäljningspriset – är sådana att de ska ses som en indikator på direkt konkurrensutsatthet.

- (26) Dessa faktorer bör därför ses som en indikator för direkt konkurrensutsatthet för den aktuella marknaden under granskning, oavsett huruvida marknaden geografiska vidd täcker hela den nordiska regionen eller ett mindre område.

#### IV. SLUTSATSER

- (27) Med tanke på ovannämnda indikatorer i Norge bör villkoret om direkt konkurrensutsatthet enligt artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG anses vara uppfyllt när det gäller produktion och grossistförsäljning av el i Norge. Dessutom måste villkoret om fritt tillträde till verksamheten anses vara uppfyllt, vilket noterats i punkt 18. Följaktligen bör direktiv 2004/17/EG inte tillämpas när upphandlande enheter tilldelar kontrakt för produktion eller grossistförsäljning av el i dessa geografiska områden och inte heller när upphandlande enheter organiserar projektävlingar för utövande av sådan verksamhet i områdena.
- (28) Detta beslut grundar sig på den rättsliga och faktiska situationen den 24 januari 2012 sådan den ter sig i ljuset av de uppgifter som lämnats av den sökande. Beslutet kan komma att ändras om betydande förändringar i de rättsliga och faktiska förhållandena skulle medföra att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG inte längre är uppfyllda.
- (29) Detta beslut har tagits enbart i syfte att medge undantag enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG och påverkar inte tillämpningen av konkurrensbestämmelserna.

- (30) Detta beslut gäller produktion och grossistförsäljning av el i Norge och avser inte verksamheten för överföring, distribution och detaljistleveranser av el i Norge.

- (31) De åtgärder som föreskrivs i detta beslut är förenliga med yttrandet från Eftas kommitté för offentlig upphandling, som biträder Eftas övervakningsmyndighet.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

#### Artikel 1

Den rättsakt som det hänvisas till i punkt 4 i bilaga XVI till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet i vilken förfarandena vid offentlig upphandling i den allmännyttiga sektorn fastställs (direktiv 2004/17/EG) ska inte tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och som syftar till att möjliggöra produktion och grossistförsäljning av el i Norge.

#### Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Konungariket Norge.

Utfärdat i Bryssel den 22 maj 2012.

För Eftas övervakningsmyndighet

Sverrir Haukur GUNNLAUGSSON  
Ledamot av kollegiet

Xavier LEWIS  
Direktör