

Sag nr. 24723-1/AJE/PDJ

## OVERSIGTSNOTAT OM UDBUDSPLIGT PÅ ELEKTRICITET

## **1. Indledning og formål**

SKI A/S (herefter benævnt "SKI") har bedt Bender von Haller Dragsted om at udarbejde et kort oversigtsnotat vedrørende offentlige myndigheders køb af elektricitet.

Spørgsmålet er om køb af elektricitet på Nord Pool via en mægler er annonceringspligtig efter reglerne i tilbudsloven (LBK nr. 1410 af 12. juli 2007) eller udbudspligtig efter reglerne i udbudsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF), hvis de gældende tærskelværdier overskrides.

Notatet har til formål at belyse om offentlige myndigheders indkøb af elektricitet på Nord Pool er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c. Der tages ligeledes stilling til om anvendelse af en professionel energimægler i forbindelse med køb af elektricitet på en varebørs udgør en selvstændig tjenesteydelse, som skal annonceres efter reglerne i tilbudsloven eller i udbud efter reglerne herom i udbudsdirektivet.

## **2. Indkøb af elektricitet**

Siden liberaliseringen af det danske el-marked, den 1. januar 2003, er indkøb af elektricitet at betragte som køb af en vare. Det betyder som udgangspunkt, at offentlige myndigheders køb af elektricitet skal i udbud efter reglerne i udbudsdirektivet eller annonceres efter reglerne i tilbudsloven, hvis kontraktværdien er under tærskelværdierne i udbudsdirektivet men over kr. 500.000.

Udbudsdirektivets art. 31 indeholder imidlertid en række undtagelser til denne hovedregel. Ifølge udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c kan en ordregivende myndighed indgå offentlige vareindkøbskontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse:

*"når der er tale om varer, der noteres og købes på en varebørs."*

For at være omfattet af undtagelsesbestemmelsen skal to betingelser opfyldes. i) der være tale om en varebørs i udbudsdirektivets forstand. Om køb af elektricitet på Nord Pool opfylder denne betingelse, vil blive vurderet nærmere nedenfor under punkt 3. ii) varerne, som omfattes af kontrakten, købes på varebørsen. Ordregiver skal altså som udgangspunkt købe varen direkte på varebørsen uden brug af mellemmænd.

Offentlige myndigheder kan således ikke under henvisning til udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, købe elektricitet hos et forsyningsselskab uden forudgående iagttagelse af de almindelige udbudsprocedurer. Dette er uanset, at forsyningsselskabet køber den elektricitet, som videresælges til den offentlige myndighed på en varebørs. Det er heller ikke muligt at anvende undtagelsesbestemmelsen for så vidt angår værdien af den indkøbte elektricitet, og alene vurdere

udbudspilgten i forhold til værdien af forsyningssekskabets dækningsbidrag for den solgte elektricitet.

Ved anvendelse af et forsyningssekskab som leverandør af elektricitet, skal den ordregivende myndighed derfor iagttagere reglerne om udbud i udbudsdirektivet, hvis værdien af kontrakten overstiger tærskelværdierne.

En anvendelse af udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, forudsætter altså, at den ordregivende myndighed indkøber varen på varebørsen direkte, se dog nedenfor under punkt 5 vedrørende muligheden for brug af mæglere.

### **3. Nord Pool**

Nord Pool er en af verdens største markedspladser for handel med energi og udgør fundamentet for al handel med fysisk elektricitet på det nordiske marked. Nord Pool fungerer som andre varebørser, hvor prisen fastsættes ud fra udbud og efterspørgsel.

På baggrund af flere udtalelser fra Konkurrencestyrelsen samt med støtte i den juridiske litteratur lægges det i det følgende til grund, at Nord Pool udgør en varebørs i udbudsdirektivets forstand.

Indkøb af elektricitet, som foretages direkte på Nord Pool, er derfor omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c. Offentlige myndigheders indkøb af elektricitet på Nord Pool kan derfor foretages uden forudgående annoncering eller offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse – uanset kontraktens værdi.

### **4. Auktionshuse**

Indkøb af elektricitet gennem et auktionshus, hvor forsyningssekskaber, elnetselskaber og andre leverandører af elektricitet byder ind på udbud af leverancer af elektricitet til offentlige myndigheder, kan ikke rummes inden for undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde. Dette skyldes, at der i sådan et tilfælde ikke er tale om køb foretaget på en varebørs.

For at blive betragtet som en varebørs skal følgende kriterier, blandt andre, opfyldes:

i) der skal være tale om en handelsplads, ii) hvor der foretages daglige noteringer og iii) hvoraf der føres tilsyn.

Et auktionshus opfylder utvivlsomt ikke disse kriterier og kan derfor ikke betragtes som en varebørs i udbudsdirektivets forstand.

Auktionshuse er således ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c og idet, der er tale om en undtagelse, som per definition, skal fortolkes indskrænkende, kan auktionshusene heller ikke anvende

undtagelsesbestemmelsen under henvisning til, at der er tale om en auktion af en vare, som noteres og købes på en varebørs.

Anvendelsen af undtagelsen forudsætter, at indkøbet sker direkte på en varebørs, som det er beskrevet ovenfor under punkt 3.

## **5. Anvendelse af mægler**

Uanset at det ovenfor under punkt 3 er understreget, at indkøb af elektricitet skal ske direkte på en varebørs, er det anerkendt, at dette kan ske ved brug af en mægler uden at indkøbet af elektriciteten af den grund falder uden for anvendelsesområdet i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c. Det er dog en forudsætning, at mægleren køber elektriciteten direkte på Nord Pool.

Mæglerydelsen udgør imidlertid ikke et køb af en vare, der noteres og købes på en varebørs, hvorfor ydelsen må udskilles fra vareindkøbskontrakten vedrørende køb af elektricitet.

Mæglerydelsen udgør således en selvstændig tjenesteydelse og såfremt ydelsen overstiger tærskelværdierne, skal tjenesteydelsen annonceres eller i udbud alt afhængig af tjenesteydelseskontraktens værdi. Denne antagelse støttes af Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006.

## **6. Konklusion**

En offentlig myndigheds indkøb af elektricitet på Nord Pool er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, hvorfor offentlige myndigheder kan foretage indkøb af elektricitet uden annoncering eller forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse – dette er uanset om værdien af den indkøbte elektricitet overstiger tærskelværdierne i henholdsvis tilbudsloven og udbudsdirektivet.

Det er imidlertid en forudsætning, at indkøbet sker direkte via en varebørs, som f.eks. Nord Pool. Dette krav medfører at indkøb af elektricitet hos et forsynings-selskab eller ved brug af auktionshuse ikke kan rummes inden for undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c.

Dog anerkendes det, at indkøbet kan forestås af en mægler dog forudsat, at mægleren køber elektriciteten direkte på Nord Pool.

Såfremt en offentlig myndighed anvender en sådan mægler i forbindelse med indkøb af elektricitet omfattet af udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, skal værdien af mæglerydelsen udskilles fra vareindkøbskontrakten.

Såfremt værdien af mæglerydelsen overstiger tærskelværdierne, skal tjenesteydelseskontrakten annonceres efter reglerne i tilbudslovens afsnit 2 eller i udbud efter udbudsdirektivets regler.

København, den 22. december 2009  
Bender von Haller Dragsted

Peter Dann Jørgensen  
Cand.merc.jur.