

Sagsnr. 24723-1
Af 6. maj 2010/AJE/PDJ

NOTAT OM ANVENDELSESOMRÅDET FOR
UDBUDSDIREKTIVETS ART. 31, STK. 2, LITRA C.

1. Indledning og formål

SKI A/S (herefter benævnt "SKI") har bedt Bender von Haller Dragsted om at udarbejde et notat vedrørende omfanget af udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, herunder en vurdering af i hvilket omfang indkøb af elektricitet ved brug af mæglere, auktioner eller via forsyningsselskaber kan rummes inden for bestemmelsens anvendelsesområde.

Notatet har til formål at skabe klarhed over, hvilke fremgangsmåder offentlige myndigheder kan anvende i forbindelse med indkøb af elektricitet og hvornår disse er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c.

2. Indkøb af elektricitet

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

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."

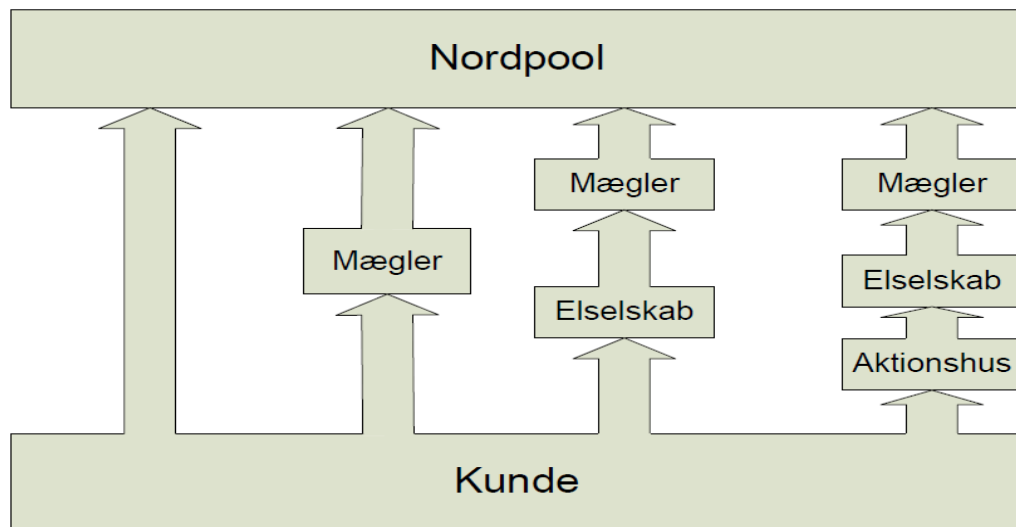
For at anvende undtagelsesbestemmelsen i art. 31, stk. 2, litra C skal følgende betingelser således være opfyldt:

- i) der skal være tale om en varebørs i overensstemmelse med udbudsdirektivet, og
- ii) elektriciteten skal indkøbes direkte på en sådan varebørs.

Nord Pool Spot AS (herefter "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 udgør en varebørs i overensstemmelse med udbudsdirektivet og fungerer som andre varebørser, hvor prisen fastsættes ud fra udbud og efterspørgsel¹.

Nedenfor vil vi gennemgå følgende fire scenarier og vurdere, hvorvidt indkøb af elektricitet efter de enkelte fremgangsmåder kan omfattes af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra C:

¹ Jf. Vejledende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen af 10. april 2002.



2.1. Direkte køb på Nord Pool

Offentlige myndigheder kan i princippet selv forestå deres indkøb af elektricitet direkte på Nord Pool.

For at handle på Nord Pool, skal der stilles en bankgaranti, som udgør værdien af den foregående uges netto-køb hos Nord Pool. Bankgarantien skal som minimum udgøre EUR. 30.000.

Den offentlige myndighed skal i øvrigt indgå en balanceaftale med Energinet.dk, som forestår den fysiske balance i elnettet².

De ovenfor nævnte forhold sammenholdt med det faktum, at energimarkedet er ganske komplekst taler imod, at den offentlige myndighed skulle vælge selv at forestå indkøbet af elektricitet via Nord Pool og det er heller ikke hovedreglen at slutbrugere handler direkte på Nord Pool.

Offentlige myndigheders køb af elektricitet direkte på Nord Pool må anses som værende et af kerneområderne for bestemmelsen i udbudsdirektivets art, 31, stk. 2, litra c og der kan derfor ikke være tvivl om, at offentlige myndigheders indkøb af elektricitet direkte på Nord Pool, uden brug af mellemmænd, vil være omfattet af udbudsdirektivets undtagelsesbestemmelse i art. 31, stk. 2 litra c.

2.2. Indkøb ved brug af mægler

Hvorvidt en offentlig myndigheds indkøb af elektricitet ved brug af en mægler, er omfattet af art. 31, stk. 2, litra c, afhænger af mæglerens rolle i forbindelse med indkøbet.

² Energinet.dk er udpeget som TSO (Transmission System Operator) i Danmark og har således ansvaret for at varetage denne opgave.

Der må indledningsvist sondres mellem tradere og mæglere. En trader er en aktør, der ejer strømmen under vejs i handelsprocessen. Dette kan fx være et forsyningsselskab som køber strømmen fra en producent og derefter sælger strømmen videre til detailhandelen.

I modsætning til en trader så ejer en mægler ikke elektriciteten under vejs. Mægleren forestår alene en formidling af handlen. Typisk vil en mægler fungere på vegne af en detailhandler, som har bedt en mægler om at undersøge, om der findes en producent, der vil sælge en given mængde elektricitet på et givet tidspunkt.

For at benytte undtagelsesbestemmelsen er det en forudsætning, at mellemmanden alene formidler købet af elektriciteten og endvidere at indkøbet sker direkte på Nord Pool. Såfremt mellemmanden køber elektriciteten og derefter videresælger den indkøbte elektricitet til den ordregivende myndighed, påhviler udbudspligten fortsat den ordregivende myndighed, idet den ordregivende myndighed ikke indkøber elektriciteten på en varebørs, som det er foreskrevet i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c.

Når der benyttes en mellemmand, er det således afgørende for anvendelsen af art. 31, stk. 2, litra c, at der er tale om en mægler, som blot formidler købet og ikke en trader, som selvstændigt forestår indkøbet og derefter videresælger elektriciteten til den offentlige myndighed. Afregningen af elektriciteten skal således ske direkte mellem Nord Pool og den offentlige myndighed.

Hvorvidt indkøb af elektricitet ved brug af en mellemmand er omfattet af undtagelsesbestemmelsen eller om indkøbet skal udbydes efter reglerne herom må således afhænge af en konkret vurdering af mellemmandens rolle.

2.3. Indkøb via forsyningsselskab

Et forsyningsselskab udgør utvivlsomt ikke en varebørs i overensstemmelse med udbudsdirektivets ordlyd idet et forsyningsselskab selvsagt ikke opfylder de betingelser, der stilles til en markedsplads, herunder kravene om daglige noteringer, jf. ovenfor under pkt. 2.

Et forsyningsselskab fungerer i princippet som en trader, som det er beskrevet ovenfor under pkt. 2.2. Forsyningsselskabet indkøber elektriciteten på vegne af dem selv for efterfølgende at videresælge denne til selskabets detailkunder, herunder offentlige myndigheder.

Indkøb af elektricitet gennem et forsyningsselskab opfylder ikke betingelserne i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c idet der stilles krav om, at indkøbet skal ske "*direkte over denne børs*"³. Det er den offentlige myndighed der skal indkøbe

³ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006, s. 89.

elektriciteten direkte på varebørsen. Det er i denne sammenhæng uden betydning, at forsyningsselskabet eventuelt indkøber elektriciteten på Nord Pool.

Bestemmelsen i art. 31, stk. 2, litra c er en undtagelsesbestemmelse, som per definition skal fortolkes indskrænkende. En udvidelse af bestemmelsen til at omfatte offentlige myndigheders indkøb af elektricitet via et forsyningsselskab vil i princippet medføre, at al indkøb af elektricitet vil blive omfattet af undtagelsesbestemmelsen med det til følge, at offentlige myndigheders indkøb af elektricitet aldrig skal bringes i udbud.

Elektricitet skal som udgangspunkt betragtes som en vare, der skal bringes i udbud efter reglerne i udbudsdirektivet eller annonceres efter tilbudslovens afsnit II, hvorfor det næppe har været hensigten med undtagelsesbestemmelsen i art. 31, stk. 2, litra c, at al indkøb af elektricitet skal undtages fra at bringes i udbud.

Dette støttes ligeledes af Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, hvori det fremgår, at *"bestemmelsen i art. 31, stk. 2, litra c giver mulighed for at indkøbe varer, der noteres og sælges på en råvarebørs direkte over denne børs uden udbud."*

Ved indkøb af elektricitet via et forsyningsselskab, er det værdien af den indkøbte elektricitet der er afgørende for om indkøbet skal bringes i udbud efter reglerne i udbudsdirektivet eller annonceres efter tilbudslovens regler.

Forsyningsevirsomhedernes provision skal bringes i et selvstændigt udbud eller annonceres, hvis provisionen overstiger tærskelværdierne⁴.

2.4. Indkøb ved brug af auktioner

Ved brug af webauktioner eller andre former for auktioner i forbindelse med indkøb af elektricitet, forestår den offentlige myndighed, eventuelt via arrangørerne af auktionen, kontakten til de forsyningsselskaber, som opfordres til at byde på den offentlige myndigheds forestående indkøb af elektricitet.

Ved at anvende sådanne auktioner i forbindelse med indkøb af elektricitet skabes der en konkurrence mellem de indbudte forsyningsselskaber, som skal levere den indkøbte elektricitet. Forsyningsselskaberne konkurrerer på den provision, der skal lægges oven på den el-pris, der noteres på Nord Pool og som forsyningsselskaberne indkøber elektriciteten til. Provisionen opkræves normalt ikke separat, men pålægges blot kWh prisen, som leverandøren opkræver hos den offentlige myndighed.

Som beskrevet ovenfor under pkt. 2, er det en forudsætning for at anvende undtagelsesbestemmelsen i art. 31, stk. 2, litra C, at elektriciteten indkøbes direkte på en varebørs.

⁴ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006, s. 89.

Ved brug af auktioner indkøbes elektriciteten imidlertid ikke via en varebørs, men derimod direkte hos et forsyningsselskab. Der kan således i vidt omfang henvises til beskrivelsen ovenfor under pkt. 2.3 om indkøb af elektricitet via et forsyningsselskab.

Indkøb af elektricitet ved brug af auktioner, kan som udgangspunkt ikke rummes inden for undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde, hvorfor offentlige myndigheders indkøb af elektricitet ved brug af auktioner, skal bringes i udbud eller annonceres, hvis tærskelværdierne overskrides.

3. Mæglerydelsen

Mæglerydelsen udgør ikke et køb af en vare, der noteres og købes på en varebørs og er derfor utvivlsomt ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i art. 32, stk. 2, litra c, hvorfor ydelsen må udskilles fra vareindkøbskontrakten vedrørende køb af elektricitet.

Mæglerydelsen udgør en selvstændig tjenesteydelse, omfattet af kategori 6 i udbudsdirektivets bilag II A og såfremt ydelsen overstiger tærskelværdierne, skal tjenesteydelsen som udgangspunkt annonceres eller i udbud alt afhængig af tjenesteydelseskontraktens værdi. Denne antagelse støttes af Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006.

Ifølge en udtagelse fra Kommissionen kan det imidlertid ikke udelukkes, at mæglerydelsen i særlige tilfælde udgør en finansiel tjenesteydelse i overensstemmelse med udbudsdirektivets art. 16 d, hvorefter mæglerydelsen er undtaget fra direktivets regler.

Ifølge artikel 16 d, finder udbudsdirektivet ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:

"om finansielle tjenesteydelser vedrørende emission, køb, salg og overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter, navnlig transaktioner med henblik på den ordregivende myndigheds penge- eller kapitalanskaffelse samt tjenesteydelser leveret af centralbanker."

Med udbudsdirektivet blev der indsat den præcisering i art. 16, litra d, at undtagelsen for finansielle tjenesteydelser vedrørende finansielle instrumenter navnlig omfatter transaktioner med henblik på den ordregivende myndigheds penge- og kapitalanskaffelse. Det er således en forudsætning for at være omfattet af udbudsdirektivets art. 16 d, at den ordregivende myndighed foretager transaktionen med henblik på at skaffe penge eller kapital.

Mæglerydelsen som ydes i forbindelse med en offentlig myndigheds indkøb af elektricitet udgør formentligt en finansiel tjenesteydelse i overensstemmelse med udbudsdirektivets art. 16 d, men forudsætningen om, at transaktionen sker med

henblik på myndighedens penge- eller kapitalfremskaffelse vil formentligt sjældent være opfyldt.

Offentlige myndigheders indkøb af elektricitet, kan som udgangspunkt ikke antages at ske *med henblik på den ordregivende myndigheds penge- eller kapitalfremskaffelse*. Udgangspunktet må derfor være, at mæglerydelsen skal i selvstændigt udbud, hvis værdien af tjenesteydelseskontrakten overstiger tærskelværdierne.

Det kan imidlertid ikke udelukkes, at mæglerydelsen i konkrete tilfælde kan omfattes af art. 16 d og derved undtages fra udbudsdirektivets regler. Dette må afhænge af en konkret vurdering.

4. Konklusion

Indkøb af elektricitet er et væsentligt og relevant område for undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, litra c, da der er tale om en standardiseret vare der udbydes til salg på en varebørs i overensstemmelse med udbudsdirektivets ordlyd.

Offentlige myndigheders indkøb af elektricitet kan således i visse tilfælde være undtaget fra reglerne om udbudspligt. Afgørende herfor er, at elektriciteten indkøbes af den offentlige myndighed direkte på en varebørs.

Det anerkendes imidlertid, at indkøbet kan forestås af en mellemmand. Der må i den situation sondres mellem mæglere og tradere, da det er afgørende for brugen af undtagelsesbestemmelsen i art. 32, stk. 2, litra c, at mellemmanden alene formidler købet af elektriciteten. Indkøbes elektriciteten af mellemmanden og efterfølgende videresælges til den offentlige myndighed, påhviler udbudspligten fortsat myndigheden, da betingelserne for anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen ikke er opfyldt.

Anvender en offentlig myndighed en mellemmand i overensstemmelse med direktivet i forbindelse med indkøb af elektricitet omfattet af 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 II eller i udbud efter udbudsdirektivets regler, medmindre mæglerydelsen udgør en finansiel tjenesteydelse omfattet af udbudsdirektivets art. 16 d.

Hvis SKI A/S har spørgsmål eller ønsker en uddybning af et eller flere punkter i notatet, står vi naturligvis fortsat til rådighed.

København, den 6. maj 2010

Bender von Haller Dragsted

Peter Dann Jørgensen
Cand.merc.jur.