

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Trine H. Garde og Jørgen Egholm)

J.nr.: 2010-0022652

20. december 2010

K E N D E L S E

Smørum Kraftvarme AmbA
(selv)

mod

Energinet.dk
(advokat Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg)

Ved bekendtgørelse af 2. september 2010 efter artikel 44, stk. 8, i direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet) meddelte Energinet.dk, at der uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende ville blive indgået kontrakt med Dong Energy om levering af 675 MW systemydelser. Som begrundelse er anført, at der antagelig ikke ville være tilbud ved et foregående udbud, at ydelsen kun kan leveres af en bestemt tilbudsgiver og at kontrakten ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 26, litra b.

Den 6. september 2010 indgav klageren, Smørum Kraftvarme AmbA, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Energinet.dk. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Kontraktperioden, der efter det oplyste har en varighed på 3-5 år, begynder den 1. januar 2011. Kontrakt er ikke indgået.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at konkurrenceudsætte kontrakt med DONG Energy om levering af 675 MW systemydelser.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen afvises

Indklagede har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 30. august 2010 afgivet en vejledende udtalelse i sagen. Af udtalelsen fremgår blandt andet følgende:

» Konkurrence-og Forbrugerstyrelsens vurdering

...

Det er styrelsens forståelse, at Energinet.dk driver aktiviteter, der er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2004/17/EF). ...

Energinet.dk vil dermed normalt skulle tildele kontrakter efter de procedureregler der følger af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, når der er tale om køb af varer eller tjenester eller om bygge-og anlægsarbejder der har en værdi over de gældende tærskelværdier.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder imidlertid en række undtagelsesbestemmelser, hvorefter visse kontrakter er fritaget fra direktivets regler. Således følger det af direktivets artikel 26, ... litra b), at direktivet ikke finder anvendelse på: "kontrakter om levering af energi eller brændsel til energiproduktion, som indgås af ordregivere, der udøver en af de i artikel 3, stk. 1, artikel 3, stk. 3 eller artikel 7, litra a), omhandlede virksomhed."

... Energinet.dk's forhandlinger med DONG om køb af systemydelser vedrører en aftale om levering af energi (el).

... Energinet.dk udøver en virksomhed, der omfattes af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3, stk. 3, der vedrører følgende former for virksomhed:

- tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af elektricitet, eller
- forsyning af disse net med elektricitet.

... Energinet.dk's indgåelse af aftale med DONG om køb af systemydelser i form af reservekraft for DK2 (Østdanmark) er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 26, ... litra b) og dermed ... undtaget direktivets bestemmelser.

Energinet.dk har vurderet, at der ikke er en forpligtelse til at overholde EF-traktatens principper i forbindelse med forhandlingerne med DONG om en aftale om køb af systemydelser i form af reservekraft for DK2. Energinet.dk har oplyst, at følgende omstændigheder er lagt til grund for denne vurdering:

- At det er nødvendigt at produktionskapaciteten fysisk er placeret i DK2, da produktionsfaciliteter uden for DK2 ikke med sikkerhed kan anvendes i tilfælde af nedbrud af transmissionsforbindelsen, hvorfor det ikke vil være en tilstrækkelig sikker reservekapacitet.
- At der p.t. kun findes én mulig leverandør af reservekraft i DK2, da alle andre producenter ikke har anvendelige produktionsfaciliteter
- At det ikke er muligt på kort sigt at etablere en anvendelig produktionsfacilitet.

Herudover angives det, at det af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 40 følger, at en kontrakt kan tildeles en virksomhed uden forudgående offentliggørelse, når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde kun kan overdrages til en bestemt aktør, og at dette også kan begrunde en fravigelse fra EF-traktatens gennemsigtighedsprincip.

Det er yderligere angivet, at det fremgår af EU-domstolens praksis, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke gælder, hvis økonomiske aktører i andre medlemsstater ikke vil være interesseret i kontrakttildelingen, i hvilket tilfælde de handelsbegrænsende virkninger må betragtes som for usikre og indirekte.

Endelig angives det, at EU-domstolen har anerkendt, at hensynet til forsyningssikkerheden på blandt andet energiområdet (ønsket om på et hvilket som helst tidspunkt at råde over en sikker minimumsforsyning af olieprodukter) er blandt de hensyn, der kan berettige en hindring af de frie varebevægelser.«

Parternes anbringender

Ad påstand om afvisning

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har en retlig interesse i en klagesag. Indklagede har herunder henvist til, at klageren alene råder over et kraftvarmeværk på 11,7 MW, som ikke kan levere systemydelser, der lever op til indklagedes krav, og til at klageren ikke har godtgjort at kunne levere de af indklagede påtænkt indkøbte systemydelser i nær fremtid.

Klageren har gjort gældende, at klageren og mange andre værker på Sjælland kan levere manuelle reserver, og at decentrale kraftvarmeværker på Fyn og Jylland medvirker ved levering af sådanne ydelser.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det er urimeligt, at der indgås endnu en lang aftale omkring reservekraft på Sjælland mellem de to statsvirksomheder DONG og Energinet.dk uden reel konkurrence. I Jylland og på Fyn er der reel konkurrence på regulerkraftområdet, idet man har bygget en hel del store regulerkraftværker, der står til rådighed på nævnte marked. Dette fungerer uden problemer, og med relative gode priser til de private regulerkraftværker. Det har været umuligt at bygge regulerkraftværker på Sjælland grundet den eksisterende aftale mellem DONG og Energinet.dk. Aftalen fører til endnu en lang periode uden reel konkurrence, idet det så ikke kan betale sig at bygge regulerkraftværker, ligesom det så ikke kan betale sig for decentrale kraftvarmeværker på Sjælland at byde ind på nævnte marked.

Indklagede har til støtte for frifindelsespåstanden gjort de samme synspunkter gældende, som blev fremført over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og som er gengivet den ovenfor citerede vejledende udtalelse af 30. august 2010 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand om afvisning

Klage kan indgives af, enhver, der har retlig interesse heri, jf. § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. I medfør af forsyningsvirk-

somhedsdirektivets præambel, betragtning 9 og 10, har direktivet blandt andet til formål at sikre øget konkurrence ved offentlige kontrakter indgået af enheder inden for energiforsyning og at sikre reel åbning af markedet samt passende ligevægt i anvendelsen af udbudsreglerne inden energiforsyning. I den foreliggende sag er der tale om et marked, hvor der som følge af den eksisterende aftalestruktur kun findes én køber og én sælger, og hvor en udbudsprocedure ikke er iværksat. Ud fra de nævnte formålsbetragtninger bør retlig interesse derfor ikke fortolkes indskrænkende til kun at omfatte leverandører, der aktuelt er i stand til at levere den omhandlede ydelse. En leverandør, der i tilfælde af en markedsåbning alene eller i samarbejde med andre leverandører ville kunne levere hele eller væsentlige dele af den omhandlede energiydelse kan herefter ikke frakendes retlig interesse i en sag om, hvorvidt købet af den omhandlede energiydelse skal konkurrenceudsættes efter udbudsreglerne.

Klagenævnet tager derfor ikke afvisningspåstanden til følge.

Ad påstand 1

Energinet.dk's indgåelse af aftale med DONG om køb af systemydelser i form af reservekraft for DK2 (Østdanmark) er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 26, litra b) og er dermed er undtaget fra direktivets bestemmelser.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 12, 1. pkt., in fine, at kontrakter, der falder uden for forsyningsvirksomhedsdirektivet i medfør af dette direktivs artikel 26, heller ikke er omfattet af udbudsdirektivet.

Indklagede har derfor ikke været forpligtet til at konkurrenceudsætte den i sagen omhandlede kontrakt i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet eller udbudsdirektivet.

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har været forpligtet til at konkurrenceudsætte den omhandlede kontrakt ud fra bestemmelserne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde må i første række afhænge af, om den påtænkte kontrakttildeling vil kunne interessere økonomiske aktører i andre medlemsstater. Efter de i sagen foreliggende oplysninger, herunder særlig oplysningen om, at forsyningsværk for at kunne løfte opgaven fysisk skal være beliggende i forsyningsområdet DK2, finder klagenævnet, at det

har formodningen imod sig, at kontrakttildelingen har en direkte interesse for økonomiske aktører i andre medlemsstater. Der foreligger i sagen ikke oplysninger, der føre til, at denne formodning fraviges.

Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har tilsidesat forpligtelser i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ved ikke at konkurrenceudsætte kontrakt med DONG Energy om levering af 675 MW systemydelser.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig