

DECYZJE

DECYZJA WYKONAWCZA KOMISJI (UE) 2022/1376

z dnia 26 lipca 2022 r.

w sprawie stosowania art. 34 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii

(notyfikowana jako dokument nr C(2022) 5046)

(Jedynie tekst w języku duńskim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

uwzględniając dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE⁽¹⁾, w szczególności jej art. 35 ust. 3,

po zasięgnięciu opinii Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. STAN FAKTYCZNY

1.1. WNIOSEK

- (1) 24 września 2021 r. duński Organ Ochrony Konkurencji i Konsumentów (DCCA) („wnioskodawca”) złożył wniosek do Komisji na podstawie art. 35 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE („wniosek”). Wniosek jest zgodny z art. 1 ust. 1 decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2016/1804⁽²⁾.
- (2) Wniosek dotyczy wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej z konwencjonalnych i odnawialnych źródeł w Danii.
- (3) Wniosek nie obejmuje jednak:
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez lądowe i morskie turbiny wiatrowe w trybie pozaprzetargowym,
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez turbiny wiatrowe przyłączone do sieci od 21 lutego 2008 r. do 31 grudnia 2013 r. lub później, z wyjątkiem turbin wiatrowych, które są przyłączone do instalacji wytwarzającej energię elektryczną na użytek własny konsumenta, oraz morskich turbin wiatrowych (energia elektryczna wytwarzana w instalacji wytwarzającej energię elektryczną na użytek własny konsumenta (art. 41 ustawy w sprawie promowania energii odnawialnej), przy czym morskie turbiny wiatrowe, o których mowa w art. 35 b tej ustawy, nie mogą być przedmiotem wniosku i w związku z tym nadal podlegają przepisom dyrektywy 2014/25/UE),
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez turbiny wiatrowe przyłączone do sieci nie później niż 20 lutego 2008 r., z wyjątkiem turbin wiatrowych, którym przyznawane są dopłaty do ceny zgodnie z art. 39–41 ustawy w sprawie promowania energii odnawialnej,

⁽¹⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243.

⁽²⁾ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotycząca szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 275 z 12.10.2016, s. 39).

- energii elektrycznej wytwarzanej przez turbiny wiatrowe przyłączone do sieci nie później niż 31 grudnia 2002 r.,
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez fabrycznie nową turbinę wiatrową z wykorzystaniem certyfikatów złomowania wydanych w związku z demontażem turbin wiatrowych (dodatkowa dopłata do ceny); energii elektrycznej wytwarzanej z bioenergii (biomasy i biogazu),
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez panele fotowoltaiczne, fale morskie i energię wodną,
 - energii elektrycznej wytwarzanej przez inne specjalne instalacje energii odnawialnej (energia elektryczna wytwarzana z odnawialnych źródeł energii lub technologii mających znaczenie dla przyszłego rozwoju odnawialnej energii elektrycznej lub energia elektryczna wytwarzana z odnawialnych źródeł energii innych niż wymienione),
 - energii elektrycznej wytwarzanej w zdecentralizowanych elektrociepłowniach i spalarniach,
 - energii elektrycznej wytwarzanej w innych elektrociepłowniach przeznaczonych do zasilania systemu ciepłowniczego,
 - energii elektrycznej wytwarzanej w elektrowniach przemysłowych przyłączonych do sieci nie później niż 21 marca 2012 r.,
 - usług dodatkowych.
- (4) Wytwarzanie i sprzedaż hurtowa energii elektrycznej z konwencjonalnych i odnawialnych źródeł stanowi działalność związaną z dostawami energii elektrycznej zgodnie z art. 9 dyrektywy 2014/25/UE.
- (5) Zgodnie z pkt 1 lit. a) załącznika IV do dyrektywy 2014/25/UE, jeżeli zakłada się swobodny dostęp do danego rynku na podstawie art. 34 ust. 3 akapit pierwszy tej dyrektywy, Komisja musi przyjąć decyzję wykonawczą w sprawie wniosku w terminie 90 dni roboczych.
- (6) Zgodnie z pkt 1 akapit czwarty załącznika IV do dyrektywy 2014/25/UE termin ten może zostać przedłużony przez Komisję za zgodą podmiotów, które wystąpiły o wyłączenia określonego rodzaju działalności z zakresu obowiązywania dyrektywy. Biorąc pod uwagę, że DCCA przekazał dodatkowe informacje 4 marca 2022 r., termin, w którym Komisja może podjąć decyzję w sprawie tego wniosku, ustala się niniejszym na 31 lipca 2022 r.

2. RAMY PRAWNE

- (7) Dyrektywa 2014/25/UE ma zastosowanie do udzielania zamówień na potrzeby prowadzenia działalności związanej z dostawą energii elektrycznej do stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, o ile działalność ta nie jest wyłączona na podstawie art. 34 tej dyrektywy.
- (8) Na podstawie art. 34 dyrektywy 2014/25/UE zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności, do której ma zastosowanie ta dyrektywa, nie podlegają tej dyrektywie, jeżeli w państwie członkowskim, w którym działalność ta jest wykonywana, podlega ona bezpośrednio konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Ocena, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, przeprowadza się na podstawie obiektywnych kryteriów, uwzględniających specyfikę danego sektora⁽³⁾. Ocena ta jest jednak ograniczona ze względu na mające zastosowanie krótkie terminy oraz konieczność oparcia się na danych dostępnych Komisji, których nie można uzupełnić za pomocą bardziej czasochłonnych metod, w tym w szczególności poprzez przeprowadzanie publicznych ankiet wśród zainteresowanych wykonawców⁽⁴⁾. W związku z tym, o ile kwestię, czy dana działalność bezpośrednio podlega konkurencji, należy rozstrzygać na podstawie kryteriów zgodnych z postanowieniami TFUE dotyczącymi konkurencji, o tyle nie wymaga się, aby kryteria te były dokładnie takie same jak te, o których mowa w przepisach prawa konkurencji UE⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Motyw 44 dyrektywy 2014/25/UE.

⁽⁴⁾ Ibid.

⁽⁵⁾ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie T-463/14, Österreichische Post AG/Komisja, ECLI:EU:T:2016:243, pkt 28 i motyw 44 dyrektywy 2014/25/UE.

- (9) Dostęp do rynku uznaje się za nieograniczony, jeżeli państwo członkowskie wdrożyło i stosuje odpowiednie przepisy Unii otwierające dany sektor lub jego część na konkurencję. Wspomniane przepisy zostały wymienione w załączniku III do dyrektywy 2014/25/UE. W przypadku wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej załącznik ten odnosi się do dyrektywy 2009/72/WE, uchylonej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944⁽⁶⁾ ze skutkiem od 1 stycznia 2021 r. Zdaniem wnioskodawcy Dania dokonała transpozycji dyrektywy (UE) 2019/944⁽⁷⁾. W związku z tym, na podstawie art. 34 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, można stwierdzić, że dostęp do rynku jest swobodny.
- (10) Ocenę, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, należy przeprowadzić na podstawie różnych wskaźników, z których żaden sam w sobie nie ma znaczenia rozstrzygającego. W odniesieniu do rynku objętego niniejszą decyzją udziały w rynku stanowią jedno z kryteriów, które należy uwzględnić wraz z innymi kryteriami, takimi jak presja konkurencyjna wywierana przez wytwórców z państw sąsiadujących lub liczba oferentów w przetargach dotyczących mocy energii odnawialnej.
- (11) Celem niniejszej decyzji jest ustalenie, czy usługi, których dotyczy wnioski, podlegają konkurencji (na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE) w stopniu wystarczającym, aby zapewnić — również w przypadku zwolnienia z obowiązku stosowania szczegółowych przepisów dotyczących zamówień publicznych określonych w dyrektywie 2014/25/UE — udzielanie zamówień związanych z prowadzeniem przedmiotowych rodzajów działalności w przejrzysty i niedyskryminacyjny sposób na podstawie kryteriów umożliwiających nabywcom znalezienie rozwiązania, które ostatecznie będzie najkorzystniejsze ekonomicznie.

3. OCENA

- (12) Niniejsza decyzja opiera się na sytuacji prawnej i faktycznej istniejącej we wrześniu 2021 r., ustalonej na podstawie informacji przedłożonych przez wnioskodawcę oraz informacji dostępnych publicznie.

3.1. NIEOGRANICZONY DOSTĘP DO RYNKU

- (13) Dostęp do rynku uznaje się za nieograniczony, jeżeli dane państwo członkowskie wdrożyło i stosuje odpowiednie przepisy unijne otwierające dany sektor lub jego część na konkurencję. Zdaniem wnioskodawcy Dania dokonała transpozycji dyrektywy (UE) 2019/944 za pomocą 29 środków krajowych. Potwierdziła to duńska Agencja Energetyczna⁽⁸⁾. W związku z tym Komisja uważa, że spełniono warunki swobodnego dostępu do rynku *de iure*.
- (14) Jeśli chodzi o swobodny dostęp *de facto*, Komisja zauważa postępy w liberalizacji duńskiego rynku wytwarzania energii elektrycznej od czasu jego otwarcia na konkurencję w 1999 r. Udział Danii w giełdzie energii elektrycznej Nord Pool oraz rozwój przepustowości połączeń wzajemnych odegrały znaczącą rolę we wspieraniu presji konkurencyjnej. Jeżeli chodzi o wytwarzanie energii ze źródeł odnawialnych, w szczególności morskich farm wiatrowych, przetargi organizowane przez władze duńskie przyciągały coraz większą liczbę uczestników.
- (15) Komisja stwierdza, że do celów niniejszej decyzji dostęp do rynku na terytorium Danii uznaje się za wolny *de iure* i *de facto*.

⁽⁶⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE (Dz.U. L 158 z 14.6.2019, s. 125).

⁽⁷⁾ Pozostaje to bez uszczerbku dla przeprowadzonej przez Komisję oceny transpozycji tej dyrektywy w Danii.

⁽⁸⁾ Zob. s. 28 wniosku.

3.2. OCENA WPŁYWU NA KONKURENCJĘ

3.2.1. DEFINICJA RYNKU PRODUKTOWEGO

- (16) Zgodnie z praktyką Komisji dotyczącą połączeń⁽⁹⁾ w sektorze energii elektrycznej można wyróżnić następujące właściwe rynki produktowe: (i) wytwarzanie i dostawy hurtowe; (ii) przesył; (iii) dystrybucja i (iv) dostawy detaliczne. W przypadku niektórych z tych rynków można dokonać dalszego podziału, jednak w dotychczasowej praktyce Komisji⁽¹⁰⁾ odrzucano rozróżnienie na rynek wytwarzania energii elektrycznej i rynek dostaw hurtowych, ponieważ wytwarzanie jako takie jest jedynie pierwszym etapem łańcucha wartości, natomiast wytworzone ilości energii elektrycznej są wprowadzane na rynek za pośrednictwem rynku hurtowego. Potwierdzono to w szczególności w przypadku krajów nordyckich⁽¹¹⁾.
- (17) W ramach swojej praktyki dotyczącej połączeń Komisja uznała ponadto, że właściwy rynek produktowy w regionie nordyckim obejmuje energię elektryczną sprzedawaną zarówno w ramach umów dwustronnych, jak i na platformie Nord Pool, zarówno w systemie Elspot (rynek dnia następnego), jak i Elbas (rynek dnia bieżącego)⁽¹²⁾.
- (18) Wnioskodawca twierdzi, że korporacyjne umowy zakupu energii elektrycznej należy włączyć w zakres właściwego rynku. Umowy takie są umowami dwustronnymi między wytwórcą energii elektrycznej a klientem (zazwyczaj dużym użytkownikiem energii elektrycznej), na mocy których użytkownik kupuje energię elektryczną bezpośrednio od wytwórcy. Przedsiębiorstwa handlowe zawierają umowy zakupu energii elektrycznej (PPA) z producentami zarówno energii konwencjonalnej, jak i odnawialnej, konkurując o zawarcie PPA.
- (19) Podobnie jak w przypadku innych transakcji dwustronnych, klienci zawierający PPA muszą zawrzeć umowę z podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie na potrzeby zarządzania niezbilansowaniem. Jeśli chodzi o równowagę nie wytwarzania/produkcji, wytwórcy energii (tacy jak właściciele morskich farm wiatrowych) muszą dopasować swoją prognozowaną produkcję energii elektrycznej w czasie rzeczywistym, tj. dostosować produkcję prognozowaną do rzeczywistej. Na ten obowiązek nie ma wpływu sposób, w jaki wytwórca zdecyduje się sprzedać wyprodukowaną energię elektryczną, w tym poprzez korporacyjne umowy zakupu energii elektrycznej.
- (20) W odniesieniu do kwestii, czy konwencjonalna i odnawialna energia elektryczna należą do tego samego rynku produktowego, Komisja doszła do różnych wniosków w zależności od sytuacji faktycznej. Komisja stwierdziła, że wytwarzanie energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych i odnawialnych w Niemczech⁽¹³⁾ i we Włoszech⁽¹⁴⁾ należy uznać za różne rynki produktowe.
- (21) W przypadku Niemiec⁽¹⁵⁾ Komisja uznała jednak, że wytwarzanie i hurtowe dostawy energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych i odnawialnych stanowią część tego samego właściwego rynku produktowego. W przypadku regionu nordyckiego Komisja w swojej praktyce dotyczącej połączeń uznała źródło energii elektrycznej za nieistotne do celów definicji produktu⁽¹⁶⁾.
- (22) Wnioskodawca twierdzi, że sytuacja w Danii różni się od sytuacji w Niemczech i we Włoszech, o których mowa w powyższej decyzji, i jest podobna do sytuacji w Niemczech. Wnioskodawca przedstawił tabelę wyszczególniającą podobieństwa i różnice pomiędzy przypadkami w Danii i, odpowiednio, Niemczech, Włoszech i Niemczech. Wnioskodawca wskazuje, że główne różnice w stosunku do sytuacji niemieckiej i włoskiej polegają na braku opłaty według stawki ustawowej, braku priorytetu w zakresie taryf gwarantowanych oraz na tym, że energię elektryczną ze źródeł odnawialnych sprzedaje się na rynku hurtowym po tej samej cenie co energię elektryczną ze źródeł konwencjonalnych.

⁽⁹⁾ Sprawa COMP/M.4110 – E.ON/ENDESA z 25 kwietnia 2006 r., pkt 10, s. 3.

⁽¹⁰⁾ Sprawa COMP/M.3696 – E.ON/MOL z 21.1.2005, pkt 223, sprawa COMP/M.5467, RWE/ESSENT z 23.6.2009, pkt 23.

⁽¹¹⁾ Zob. sprawa M.8660 Fortum/Uniper z 15 czerwca 2018 r., pkt 18. Zob. również COMP/M.7927 – EPH/ENEL/SE, pkt 9–12; COMP/M.6984 – EPH/Stredoslovenska Energetika, pkt 15; M.3268 – Sydkraft/Graininge, pkt 19–20.

⁽¹²⁾ Zob. sprawa M.8660 Fortum/Uniper z 15 czerwca 2018 r., pkt 18. Zob. również COMP/M.7927 – EPH/ENEL/SE, pkt 9–12; COMP/M.6984 – EPH/Stredoslovenska Energetika, pkt 15; M.3268 – Sydkraft/Graininge, pkt 19–20.

⁽¹³⁾ Dz.U. L 114 z 26.4.2012, s. 21, pkt 36–40.

⁽¹⁴⁾ Dz.U. L 271 z 5.10.2012, s. 4, pkt 46–50.

⁽¹⁵⁾ Dz.U. L 12 z 17.1.2018, s. 53, pkt 19–23.

⁽¹⁶⁾ Zob. sprawa M.8660 Fortum/Uniper z 15 czerwca 2018 r., pkt 18.

- (23) W swojej decyzji dotyczącej połączenia Fortum/Uniper ⁽¹⁷⁾ Komisja przypominała, że właściwy rynek produktowy w regionie nordyckim obejmuje zarówno wytwarzanie, jak i sprzedaż hurtową energii elektrycznej, niezależnie od źródeł wytwarzania i kanałów handlowych, oraz że obejmuje on energię elektryczną sprzedawaną na podstawie umów dwustronnych i na nordyckiej giełdzie energii elektrycznej Nord Pool.
- (24) Jeśli chodzi o energię elektryczną wytwarzaną ze źródeł odnawialnych, wniosek obejmuje morskie farmy wiatrowe Horns Rev 3, Vesterhav Syd, Vesterhav Nord i Kriegers Flak, a także przyszłe farmy wiatrowe, w tym morską farmę wiatrową Thor. Wszystkie przedmiotowe systemy wsparcia były przedmiotem decyzji Komisji potwierdzających ich zgodność z unijnymi zasadami pomocy państwa ⁽¹⁸⁾.
- (25) Ponadto premie wypłacane za produkcję energii wiatrowej spadły do minimum dzięki zwiększonej konkurencji w zakresie wytwarzania. W przypadku wszystkich wyżej wymienionych farm wiatrowych duńska Agencja Energetyczna zorganizowała otwarty przetarg na wytwarzanie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Do przetargu dotyczącego Horns Rev 3 (400 MW), który odbył się w 2015 r., zgłosiło się czterech oferentów, do przetargu dotyczącego Kriegers Flak (600 MW), który odbył się w 2016 r., siedmiu, a do przetargu dotyczącego Vesterhav Nord/Sud (350 MW), który odbył się w 2016 r., trzech.
- (26) Przed rozpoczęciem procedur przetargowych dokonuje się zabezpieczenia ryzyka, przy czym obecnie władze duńskie lepiej rozumieją rynek i nawiązały rzeczywisty dialog rynkowy.
- (27) Znacznie zmalały również całkowite koszty technologii odnawialnych, takich jak morskie turbiny wiatrowe czy fotowoltaika. W związku z tym zwycięska oferta w 2010 r. na morską farmę wiatrową Anholt stanowiła premię w wysokości 105 øre/kWh, natomiast zwycięska oferta w 2016 r. na morską farmę wiatrową Kriegers Flak stanowiła premię w wysokości 37 øre/kWh.
- (28) Dania zamierza również uruchomić trzy nowe duże morskie farmy wiatrowe. Pierwsza morska farma wiatrowa będzie miała moc około 800 MW, natomiast pozostałe morskie farmy wiatrowe będą miały moc co najmniej 800 MW. Duńska Agencja Energetyczna wystosuje zaproszenie do składania ofert w ramach programów przetargowych w przypadku każdej przyszłej morskiej farmy wiatrowej.
- (29) Podobnie jak w decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2018/71 ⁽¹⁹⁾ o wyłączeniu, dotyczącej wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Niderlandach, Komisja zauważa, że przydział dotacji podlega konkurencji poprzez proces przetargowy, który dyscyplinuje zachowanie producentów energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w odniesieniu do ich polityki zamówień. Dzięki temu konwencjonalne i odnawialne (w przypadku morskich farm wiatrowych objętych wnioskiem) wytwarzanie energii elektrycznej traktuje się w Danii na równi.
- (30) Na potrzeby oceny warunków określonych w art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji Komisja uważa, że właściwym rynkiem produktowym jest rynek wytwarzania i hurtowych dostaw energii elektrycznej, w tym poprzez korporacyjne umowy zakupu energii elektrycznej, wytwarzanej z konwencjonalnych, jak również z morskich farm wiatrowych, które są przedmiotem wniosku o wyłączenie.

⁽¹⁷⁾ Zob. sprawy M.8660 Fortum/Uniper z 15 czerwca 2018 r., pkt 18 oraz sprawy COMP/M.7927 – EPH/ENEL/SE, pkt 9–12; COMP/M.6984 – EPH/Stredoslovenska Energetika, pkt 15; M.3268 – Sydkraft/Graning, pkt 19–20.

⁽¹⁸⁾ Sprawy SA.40305, SA.43751, SA.45974 i SA.57858.

⁽¹⁹⁾ Zob. pkt 21 decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2018/71 z dnia 12 grudnia 2017 r. wyłączającej produkcję i hurtową sprzedaż energii elektrycznej w Niderlandach z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. L 12 z 17.1.2018, s. 53).

3.2.2. DEFINICJA RYNKU GEOGRAFICZNEGO

- (31) W 2006 r. w decyzji dotyczącej połączenia Komisja określiła ⁽²⁰⁾ dwa odrębne rynki geograficzne sprzedaży hurtowej energii elektrycznej: rynek Danii wschodniej („DK2”) i rynek Danii zachodniej („DK1”), ponieważ w tamtym czasie nie istniało bezpośrednie połączenie między tymi dwoma duńskimi obszarami ofertowymi (lub cenowymi). Komisja doszła do tego samego wniosku w decyzji w sprawie interkonektora DE/DK w 2018 r. ⁽²¹⁾.
- (32) W 2014 r. duńska Rada ds. Konkurencyjności zbadała rynek wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii w decyzji w sprawie elektrowni wirtualnej ⁽²²⁾. Decyzją tą duńska Rada ds. Konkurencyjności uchyliła wcześniejsze zobowiązania podjęte przez Elsam A/S w ramach połączenia Elsam A/S i Nesa A/S w 2004 r. Duńska Rada ds. Konkurencyjności częściowo poparła większy rynek geograficzny niż DK1. DK1 jest połączona z Norwegią, Szwecją i Niemcami za pomocą połączeń przesyłowych. Cena hurtowa fizycznej energii elektrycznej w DK1 różniła się od wszystkich połączonych stref cenowych o mniej niż 10 % godzin w ciągu 2013 r. Przez większość godzin cena hurtowa w DK1 była równa co najmniej jednej z połączonych stref cenowych, co zapewniało obsługę szerszego rynku geograficznego niż Dania zachodnia. Pozostawiono jednak otwartą kwestię, czy istniał szerszy rynek geograficzny niż Dania zachodnia. W 2019 r. duńska Rada ds. Konkurencyjności ⁽²³⁾ wskazała, że rynek wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej ma zasięg krajowy, ale pozostawiła otwartą kwestię, czy należy zdefiniować szerszy lub węższy rynek geograficzny. Wniosek ten oparto na następujących sprawach precedensowych: 1) decyzji M.8660 *Fortum/Uniper*, w której Komisja stwierdziła istnienie rynku krajowego w Szwecji, 2) decyzji M.3268 *Sydkraft/Gräninge*, w której Komisja stwierdziła, że Szwecja stanowiła odrębny rynek od Finlandii i Danii jedynie w nieznacznej liczbie godzin, co wskazywało na szerszy niż krajowy zasięg hurtowego rynku energii elektrycznej, oraz 3) decyzji VPP duńskiej Rady ds. Konkurencyjności, w której stwierdziła ona oznaki istnienia większego rynku geograficznego niż DK1 ze względu na rozwój sytuacji na rynku wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii. Od 2006 r. znacznie zwiększono przepustowość połączeń wzajemnych między Danią a państwami sąsiadującymi. W szczególności oddano do użytku lub rozbudowano interkonektory Skagerrak (z Norwegią), Kontiskan (ze Szwecją) i Kontek (z Niemcami). W 2019 r. oddano do użytku połączenie COBRACable (z Niderlandami). Na terenie Danii Wielki Bełt łączy obecnie zachodnią i wschodnią Danię.
- (33) Dowody przedstawione przez wnioskodawcę ⁽²⁴⁾ wskazują na rosnącą korelację cenową między wschodnią i zachodnią Danią, a także z sąsiadującymi strefami cenowymi Szwecji, Norwegii i Niemiec (SE3, SE4, NO2 i DE). Na przykład odsetek godzin, w ciągu których na DK1 cena była taka sama jak na jednym z pozostałych obszarów (DK2, SE3, SE4, NO2 i DE), wyniósł 91,7 % w 2013 r. i 96,3 % w 2018 r.; jeżeli chodzi o DK2, wartości te wyniosły 97,8 % w 2013 r. i 98,6 % w 2018 r. Natomiast odsetek godzin, w ciągu których na obszarze DK1 cena była inna niż na pozostałych obszarach, spadł z 8,3 % do 3,7 % w latach 2013–2018; w przypadku DK2 odsetek ten spadł z 2,2 % do 1,4 %.
- (34) Według Energinet połączenia wzajemne z państwami sąsiadującymi w Danii mają bardzo dużą przepustowość wynoszącą około 90 % krajowego zapotrzebowania szczytowego. Ścisła integracja z państwami sąsiadującymi z Danią oznacza, że w Danii odrębna cena energii elektrycznej na rynku kasowym obowiązuje jedynie przez około 10 % czasu. W pozostałym czasie obowiązuje cena hurtowa spójna z ceną obowiązującą w Norwegii, Szwecji albo Niemczech.
- (35) W 2019 r. dostępna zdolność handlowa międzynarodowego połączenia między wschodnią Danią (DK2) a Niemcami wynosiła 90 % całkowitej przepustowości połączenia wzajemnego po stronie wywozu oraz 95 % po stronie przywozu. Dostępna zdolność handlowa pozostałych połączeń zagranicznych po stronie eksportu kształtowała się na poziomie od 60 do 88 % całkowitej przepustowości połączenia wzajemnego. Zdolność handlowa pomiędzy zachodnią Danią (DK1) a Norwegią i Szwecją w 2019 r. była niższa niż w 2018 r. Z drugiej strony, zdolność hand-

⁽²⁰⁾ Decyzja Komisji 2007/353/WE z dnia 14 marca 2006 r. uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz z funkcjonowaniem Porozumienia EOG (Sprawa COMP/M.3868 – DONG/Elsam/Energi E2) (Dz.U. L 133 z 25.5.2007, s. 24), pkt 258–260.

⁽²¹⁾ Streszczenie decyzji Komisji z dnia 7 grudnia 2018 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (Sprawa AT.40461 – Interkonektor DK/DE) (Dz.U. C 58 z 14.2.2019, s. 7), pkt 49–50.

⁽²²⁾ Duńska Rada ds. Konkurencyjności, DONG Energys anmodning om ophævelse af VPP tilsagn, 2014: <https://www.kfst.dk/media/13295/20140528-ikkefortrolig-afgoerelse-dong.pdf>.

⁽²³⁾ Decyzja duńskiej Rady ds. Konkurencyjności z 25 czerwca 2019 r.; <https://www.kfst.dk/media/54483/20190625-fusion-se-energi.pdf>.

⁽²⁴⁾ Zob. wniosek, pkt 94–97.

lowa w stosunku do Niemiec była wyższa w przypadku obu duńskich obszarów przetargowych. Dostępna zdolność handlowa połączenia COBRACable po stronie wywozu i przywozu w 2019 r. wyniosła 87 % całkowitej przepustowości połączenia wzajemnego.

- (36) Komisja zauważa, że w obu strefach istnieją ograniczenia cenowe z zewnątrz: Na DK1 obowiązują takie same ceny jak na innych obszarach przez 89,3 % godzin, a na DK2 przez 98,4 % godzin. Dla przykładu, w pkt 28 decyzji dotyczącej połączenia Fortum/Uniper Komisja stwierdziła, że cztery szwedzkie obszary rynkowe tworzą jeden rynek geograficzny, ponieważ przez 89,7 % godzin obowiązuje na nich wspólna cena. Komisja zauważa również, że zdaniem wnioskodawcy cztery największe podmioty z udziałami w rynku powyżej 10 % są obecne zarówno na DK1, jak i na DK2.
- (37) Na potrzeby oceny warunków określonych w art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji Komisja uważa, że właściwy rynek geograficzny wytwarzania i hurtowych dostaw energii elektrycznej, w tym korporacyjne umowy zakupu energii elektrycznej wytwarzanej z źródeł konwencjonalnych, jak również z tych źródeł odnawialnych, które są przedmiotem wniosku, może pozostać otwarty, albo w przypadku odrębnego rynku dla DK1 i DK2, albo w przypadku jednolitego krajowego rynku duńskiego.

3.2.3. ANALIZA RYNKOWA

- (38) Wszystkie obliczenia udziałów w rynku oraz wskazania dotyczące udziału wytwarzania energii elektrycznej oparte są na informacjach przekazanych przez wnioskodawcę.
- (39) W swojej analizie Komisja bierze pod uwagę szereg czynników. Mimo że udziały w rynku są ważnym aspektem, uwzględnia się również presję konkurencyjną wywieraną przez wytwórców z państw sąsiadujących oraz liczbę oferentów uczestniczących w przetargach dotyczących mocy energii odnawialnej.
- (40) Na rynku wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii funkcjonuje obecnie trzech głównych uczestników rynku podlegających zasadom zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE. Są to przedsiębiorstwo Ørsted A/S (zwane dalej Ørsted) (będące w 50,1 % własnością państwa duńskiego), duńska spółka zależna przedsiębiorstwa Vattenfall, Vattenfall AB (zwana dalej Vattenfall) (będąca w 100 % własnością państwa szwedzkiego) oraz przedsiębiorstwo HOFOR Energiproduktion A/S (zwane dalej HOFOR), będące własnością gminy Kopenhaga.
- (41) Obecnie na Nord Pool handel prowadzi 18 duńskich spółek. Większość z tych spółek, takich jak Danske Commodities i Centrica Energy Trading, nie jest przedsiębiorstwami publicznymi zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE.
- (42) W 2018 i 2019 r. udział przedsiębiorstwa Ørsted w rynku łączonym DK1–DK2 (w zakresie wytwarzania) wynosił odpowiednio [20–30] % i [10–20] %, udział spółki zależnej Vattenfall wynosił [5–10] % i [10–20] %, a udział przedsiębiorstwa HOFOR wynosił [0–5] % i [0–5] %. Większymi konkurentami tych przedsiębiorstw, którzy nie są objęci przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, są Vindenergi Danmark ([40–50] % i [40–50] % udziałów w rynku) oraz Energi Danmark ([10–20] % i [10–20] %). Udziały w rynku DK1 i DK2 mieściły się zasadniczo w tym samym przedziale (Ørsted [20–30] % w DK1 i [10–20] % w DK2 w 2018 r., [20–30] % w DK1 i [10–20] % w DK2 w 2019 r., Vattenfall [5–10] % w DK1 i [0–5] % w DK2 w 2018 r., [10–20] % w DK1 i [0–5] % w DK2 w 2019 r., HOFOR [0–5] % w DK1 i [5–10] % w DK2 w 2019 r.). Gdyby właściwy rynek geograficzny był szerszy niż Dania, te udziały w rynku byłyby mniejsze.
- (43) Import i eksport są bardzo istotną cechą duńskiego rynku energii elektrycznej. W 2018 i 2019 r. zużycie energii elektrycznej wyniosło około 33,5 TWh. Import stanowił około 45,6 % całkowitego zużycia w 2018 r., natomiast produkcja krajowa pokryła 41 % zużycia w 2018 r. i 48 % w 2019 r. Znaczący jest również eksport, który wyniósł 73 % i 62 % duńskiej produkcji energii elektrycznej w 2018 r. i 2019 r.
- (44) Świadczy to o skali integracji duńskiego rynku energii elektrycznej z szerszym rynkiem geograficznym, a w rezultacie o presji konkurencyjnej wywieranej przez wytwórców energii elektrycznej przede wszystkim, ale nie wyłącznie, z państw sąsiadujących na duńskich producentów za pośrednictwem transgranicznych połączeń wzajemnych.

- (45) Jeśli chodzi o hurtowe ceny kasowe, ceny nordyckie są ustalane na giełdzie Nord Pool. Średnia cena godzinowa na rynku kasowym w zakresie DK1 i DK2 wyniosła w 2019 r. odpowiednio 38,50 i 39,84 EUR/MWh, co oznacza spadek o 13 % w obu obszarach w stosunku do roku 2018. Cena systemowa wyniosła w 2019 r. 38,94 EUR/MWh. Cena systemu nordyckiego to fikcyjna cena kasowa, która wystąpiłaby, gdyby cały region nordycki był jednym obszarem przetargowym. Na DK1 ceny są ogółem niższe niż na DK2 ze względu na stosunkowo dużą moc zainstalowanych turbin wiatrowych na DK1, co pozwala obniżyć ceny. Średnia cena kasowa w 2019 r. wyniosła 39,28 EUR/MWh w Norwegii, 37,68 EUR/MWh w Niemczech i 38,79 EUR/MWh w Szwecji, czyli bardzo podobnie jak na DK1 i DK2.
- (46) W Danii około 6 % energii elektrycznej jest przedmiotem obrotu na jednolitym europejskim rynku dnia bieżącego Xbid. Rynek dnia bieżącego opiera się na handlu ciągłym, a transakcje są rozliczane według formuły ceny z oferty (ang. „pay-as-bid”) w przeciwieństwie do rynku dnia następnego, który jest oparty na aukcjach z jedną ceną rozliczenia. Rynek dnia bieżącego wykorzystywany jest do korygowania planów konsumpcyjnych i produkcyjnych w zakresie m.in. przywracania równowagi portfeli. Oznacza to, że cena na rynku dnia bieżącego w przypadku każdej godziny rozpoczyna się od ceny kasowej, a następnie przesuwa się w górę lub w dół, jeśli w trakcie okna handlowego wystąpią nieprzewidziane zdarzenia. Średnia roczna cena na rynku dnia bieżącego na DK1 w 2019 r. wyniosła 35,1 EUR/MWh. Na DK2 było to 36,7 EUR/MWh. W 2018 r. średnia cena na DK1 wyniosła 40,4 EUR/MWh, a na DK2 41,9 EUR/MWh.
- (47) Z dalszych obliczeń zawartych we wniosku ⁽²⁵⁾ wynika, że przez zdecydowaną większość czasu ceny na DK1 i DK2 są takie same jak w co najmniej jednej sąsiedniej strefie cenowej. W 2018 r. i 2019 r. ceny na DK1 były takie same jak w innej strefie cenowej regionu (DK2, SE3, SE4, NO2 i DE) przez 94,8 % i 96,3 % czasu; ceny na DK2 były takie same jak w innej strefie cenowej regionu (DK1, SE3, SE4, NO2 i DE) przez 98,8 % i 98,6 % czasu. Ponadto korelacja między dwiema strefami duńskimi a systemem nordyckim i niemiecką ceną hurtową jest dość wysoka i wynosiła od 64 % do 83 % w latach 2017–2018.
- (48) Połączenia wzajemne z państwami sąsiadującymi w Danii mają bardzo dużą przepustowość wynoszącą około 90 % krajowego zapotrzebowania szczytowego. Ścisła integracja z państwami sąsiadującymi z Danią oznacza, że w Danii odrębna cena energii elektrycznej na rynku kasowym na DK1 i DK2 obowiązuje jedynie przez około 10 % czasu. W pozostałym czasie na DK1 i DK2 obowiązuje cena hurtowa spójna z ceną obowiązującą w Norwegii, Szwecji albo Niemczech.
- (49) Komisja uważa, że elementy te świadczą o bardzo dużej zbieżności cen energii elektrycznej w Danii z cenami w krajach regionu nordyckiego i w Niemczech.

3.2.4. WNIOSEK

- (50) Podmioty zamawiające mają ograniczony udział w rynku wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii, które to wytwarzanie i sprzedaż są przedmiotem wniosku.
- (51) Wysoki poziom importu i eksportu energii elektrycznej w porównaniu z produkcją energii elektrycznej w Danii, w połączeniu z przepustowością połączeń wzajemnych z państwami sąsiadującymi, wskazuje, że rynek wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Danii jest w dużym stopniu zintegrowany z szerszym, ponadnarodowym rynkiem. Nawet jeżeli rynek geograficzny niekoniecznie ma charakter ponadnarodowy, import energii elektrycznej do Danii w każdym przypadku wywiera presję konkurencyjną na duńskie ceny hurtowe energii elektrycznej przez znaczną liczbę godzin każdego roku.
- (52) Potwierdzają to również przedstawione przez wnioskodawcę dane dotyczące cen hurtowych, które pokazują, że ceny duńskie są bardzo podobne do cen obowiązujących na całej giełdzie Nord Pool i cen w Niemczech.
- (53) Celem niniejszej decyzji jest określenie, czy działalność polegająca na wytwarzaniu i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej podlega konkurencji (na rynkach, do których jest swobodny dostęp) w takim stopniu, który może gwarantować – również w przypadku braku dyscypliny określonej szczegółowymi zasadami udzielania zamówień zawartymi w dyrektywie 2014/25/UE – że zamówienia udzielane na potrzeby prowadzenia rodzajów działalności, o których tutaj mowa, będą udzielane w sposób przejrzysty i niedyskryminujący, w oparciu o kryteria umożliwiające podmiotowi zamawiającemu wskazanie rozwiązania ogólnie najkorzystniejszego pod względem ekonomicznym.

⁽²⁵⁾ Zob. wniosek, pkt 95.

- (54) W świetle przeanalizowanych powyżej czynników Komisja może stwierdzić, że działalność polegająca na wytwarzaniu i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych oraz z morskich farm wiatrowych objęta procedurą przetargową w Danii bezpośrednio podlega konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, w rozumieniu art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

4. WNIOSEK

- (55) Do celów niniejszej decyzji i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji z motywów 11–53 wynika, że wytwarzanie i sprzedaż hurtowa energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych i z morskich farm wiatrowych objętych procedurą przetargową w Danii podlega konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE. W związku z tym dyrektywa 2014/25/UE nie powinna mieć nadal zastosowania do zamówień mających na celu umożliwienie prowadzenia tej działalności w Danii.
- (56) Dyrektywa 2014/25/UE powinna nadal mieć zastosowanie do zamówień mających na celu umożliwienie prowadzenia działalności, która została wyraźnie wyłączona z wniosku.
- (57) Niniejsza decyzja została podjęta na podstawie stanu faktycznego i prawnego zachodzącego w okresie od października 2021 r. do marca 2022 r., ustalonego zgodnie z informacjami przedłożonymi przez wnioskodawców. Decyzja ta może zostać zmieniona, jeżeli zajdą istotne zmiany stanu prawnego lub faktycznego, które spowodują, iż warunki stosowania art. 34 dyrektywy 2014/25/UE przestaną być spełniane.
- (58) Przypomina się, że w art. 16 dyrektywy 2014/23/UE ⁽²⁶⁾ przewidziano wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy koncesji udzielanych przez podmioty zamawiające, w przypadku których w stosunku do państwa członkowskiego, w którym te koncesje mają być realizowane, ustalono na podstawie art. 35 dyrektywy 2014/25/UE, że działalność bezpośrednio podlega konkurencji zgodnie z art. 34 tej dyrektywy. Ponieważ stwierdzono, że działalność polegająca na produkcji i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej będąca przedmiotem wniosku podlega konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, umowy koncesyjne mające na celu umożliwienie wykonywania tej działalności w Danii zostaną wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2014/23/UE.
- (59) Środki przewidziane w niniejszej decyzji są zgodne z opinią Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł

Dyrektywa 2014/25/UE nie ma zastosowania do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające, mających na celu umożliwienie wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych i odnawialnych w Danii, które to wytwarzanie i sprzedaż objęte są wnioskiem złożonym zgodnie z art. 35 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

Niniejsza decyzja skierowana jest do Królestwa Danii.

Sporządzono w Brukseli dnia 26 lipca 2022 r.

W imieniu Komisji
Thierry BRETON
Członek Komisji

⁽²⁶⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1).