



Notat om høring over udkast til bekendtgørelse om udbud af netvirksomheders nettab

J.nr.: 21/01138 (tidl.
21/05673)
SUMS

Forsyningstilsynet har afholdt offentlig høring over udkast til bekendtgørelse om udbud af netvirksomheders nettab. Høringen blev afholdt fra den 5. oktober 2021 til den 2. november 2021 og har været offentliggjort på høringsportalen.

Forsyningstilsynet har modtaget høringssvar uden bemærkninger fra:

Dansk Industri

Forsyningstilsynet har modtaget høringssvar fra:
N1, Dansk Energi og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Ud over de bemærkninger, som er sammenfattet i dette høringsnotat, indeholder høringssvarene en række mere redaktionelle, systematiske og tekniske bemærkninger til bekendtgørelsesudkastet. Disse bemærkninger har i relevant omfang givet anledning til ændringer i bekendtgørelsen og vil ikke blive behandlet i høringsnotatet.

Bemærkninger af generel politisk karakter indgår ikke i høringsnotatet.

Nedenfor redegøres for øvrige centrale bemærkninger samt de eventuelle indholdsmæssige ændringer i bekendtgørelsen, som høringssvarene har givet anledning til.

Der henvises i øvrigt til indholdet i de fremsendte høringssvar, som kan findes på høringsportalen.

ADMINISTRATIVE BYRDER

Dansk Energi har overordnet anført, at bekendtgørelsens foreslåede ordning fastsætter en umiddelbar fornuftig balance mellem administrative byrder og hensynet til konkurrenceudsættelsen inden for de givne rammer, men at der fortsat er behov for justeringer på nogle punkter.

Dansk Energi anfører dog, at bekendtgørelsens krav om annoncering på engelsk vil være en administrativ byrde for netvirksomhederne. Det er efter Dansk Energis opfattelse ikke i overensstemmelse med EU-retten, hvis der indføres et krav om annoncering på engelsk. De anfører, at en automatisk genereret oversættelse via TED formentlig ikke er juridisk bindende. Dansk Energi anfører, at et krav om at selskaberne skal annoncere på engelsk vil få selskaberne til at bekoste en professionel oversættelse, da en sådan annoncering vil være juridisk bindende, hvilket vil være en administrativ

FORSYNINGSTILSYNET
Torvegade 10
3300 Frederiksværk

Telefon 4171 5400
post@forsyningstilsynet.dk
www.forsyningstilsynet.dk

byrde. Hvis kravet opretholdes, bør det indsnævres til et absolut minimum og ikke omfatte alle oplysninger i bilag 1.

N1 har vedrørende kravet om engelsk oversættelse anført, at den byder, som vil skulle levere el til nettab, vil skulle være registreret som elleverandør i det danske marked og vil skulle sætte sig ind i en række danske love, regler og procedurer, som givetvis ikke er oversat til engelsk. Derfor er N1 meget i tvivl om, om kravet om engelsk annoncering i bekendtgørelsens § 5, stk. 2, har en reel værdi, og det vil give en ekstra administrativ opgave i forhold til oversættelse af danske betegnelser mv. for netselskaberne.

Kommentar

Det følger af bekendtgørelsens § 5, stk. 2, at annoncen vedrørende udbud af en kontrakt om anskaffelse af elektricitet til dækning af nettab skal udarbejdes på engelsk. Det følger ligeledes af bekendtgørelsens § 6, stk. 3, at annoncen vedrørende udbud af en kontrakt om annullering af VE-oprindelsesgarantier også udarbejdes på engelsk. Med "annoncen" henvises der til de rubrikker, der skal udfyldes på www.udbud.dk i forbindelse med oprettelsen af udbuddet.

For yderligere vejledning henvises der til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egne vejledninger til udfyldelse af rubrikkerne. Vejledningerne kan tilgås på <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/udbud-dk/brugervejledning/>.

Hensynet bag ovennævnte bestemmelser er ønsket om at åbne markedet op for potentielle udenlandske elhandelsvirksomheder og for at skabe størst mulig konkurrence på området. Endvidere er sprogkravet indsat i bekendtgørelsen, fordi der ikke på www.udbud.dk er en automatisk oversættelsesfunktion, som det er tilfældet med den europæiske udbudsportal Tenders Electronic Daily.

Det er Forsyningstilsynets vurdering, at bekendtgørelsens krav om en engelsksproget annonce understøtter formålet med bekendtgørelsen, nemlig at skabe udbud, der er åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende, også i forhold til udenlandske elhandelsvirksomheder.

Forsyningstilsynet finder på baggrund af ovenstående ikke anledning til at foretage ændringer i bekendtgørelsen.

UDBUDSMODEL

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i sit høringssvar anført, at der ikke er overensstemmelse mellem bekendtgørelsens § 2, stk. 1, og udbudslovens § 2, som det er anført i modelnotatet, idet udbudsloven nævner principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og *proportionalitet*.

Det anføres endvidere, at hvis den planlagte oplysningskampagne igangsættes, vil det potentielt føre til flere tilbud til netvirksomhederne, end hvad der følger af tidligere erfaring med udbud på området. Dette vil medføre en større administrativ udgift for netvirksomhederne, hvilket er i modstrid med modelnotatet, side 7, hvoraf det fremgår, at Forsyningstilsynet vurderer, at proceduren med offentligt udbud ikke vil medføre uforholdsmæssigt store administrative udgifter for netvirksomhederne.

Kommentar

Bekendtgørelsens principper om åbenhed, gennemsigtighed og ikke-diskrimination følger direkte af § 17, stk. 6, i bekendtgørelse om varetagelse af netvirksomhedsaktiviteter.

For at undgå forvirring omkring de almindelige udbudsretlige princippers betydning for nettabsbekendtgørelsen, ændres ordlyden i modelnotatet, således at der henvises til bekendtgørelse om varetagelse af netvirksomhedsaktiviteter i stedet for udbudsloven.

Det er endvidere fortsat Forsyningstilsynets vurdering, at den administrative byrde for netvirksomhederne ikke vil være uforholdsmæssig stor uagtet, at der igangsættes en større oplysningskampagne.

Forsyningstilsynet finder på den baggrund ikke anledning til at ændre på modelnotatet vedrørende netvirksomhedernes administrative byrder.

Dansk Energi anfører, at der bør være en klar henvisning i bekendtgørelsen til, at udbud skal ske efter den proces i udbudsloven, der gælder for "udbud under tærskelværdierne", via annoncering på udbud.dk, uanset den forventede kontraktsum.

Kommentar

Bekendtgørelsen fastsætter de udbudsregler, som netvirksomhederne skal følge, når de skal indkøbe elektricitet til dækning af nettab og i forbindelse med kontrakter om annullering af VE-oprindelsesgarantier. Udbudslovens regler finder ikke anvendelse på de omhandlede udbud.

På den baggrund finder Forsyningstilsynet ikke grundlag for at indføje en bestemmelse som foreslået af Dansk Energi.

Høringssvaret afspejler imidlertid en fortolkningstvivl vedrørende selve annonceringen, som Forsyningstilsynet finder anledning til at imødekomme ved at præcisere både bestemmelserne og modelnotatet. Der er ikke tale om en ændring af bekendtgørelsen, men blot om en præcisering.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har endvidere anført, at det er uklart, hvad der skal forstås ved "som minimum", som det fremgår af bekendtgørelsens § 5, stk. 1, herunder hvordan man vurderer, om en alternativ annonceringsmetode udgør "mere" og således kan bruges i stedet for udbud.dk.

Kommentar

Af bekendtgørelsens § 5, stk. 1, og § 6, stk. 2, fremgår det, at udbuddene som minimum skal annonceres på www.udbud.dk. Det følger endvidere af modelnotatet, at det fortsat skal være muligt for netvirksomhederne at offentliggøre udbud på TED. For at tydeliggøre, at minimumskravet er offentliggørelse på www.udbud.dk, tydeliggøres det i modelnotatet, at offentliggørelse andre steder er muligheder, men at der under alle omstændigheder skal ske annoncering på www.udbud.dk.

BRUG AF SKRIFTLIG KOMMUNIKATION

Dansk Energi anfører, at ordlyden i bekendtgørelsens § 4 bør være identisk med ordlyden i udbudslovens § 5, stk. 3, således at det også fremgår af bekendtgørelsen, at der er et direkte forbud mod mundtlighed.

Kommentar

Det er Forsyningstilsynets vurdering, at bekendtgørelsens § 4 med fordel kan formuleres som foreslået af Dansk Energi, så dens ordlyd er identisk med udbudslovens § 5, stk. 3, 1. pkt.

Bekendtgørelsen ændres i overensstemmelse hermed.

KRAV OM REGISTRERING I DATAHUB

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at det potentielt udgør en restriktion for udenlandske elhandelsvirksomheder, når det i modelnotatet fremgår, at det er et krav, at en udenlandsk elhandelsvirksomhed skal være registreret i Danmark. Det fremgår dog ikke klart af bekendtgørelsens § 7 (nu § 8), om virksomheder, der ikke er registrerede, er udelukket fra at afgive tilbud.

Kommentar

Det følger af § 72 a, stk. 1, i lov om elforsyning, at en elhandelsvirksomhed skal være registreret som bruger af datahubben i henhold til vilkår fastsat af Energinet for at kunne varetage sine opgaver.

Det er således ikke muligt at operere som elhandelsvirksomhed i Danmark, hvis ikke virksomheden er registreret. Dette vil også gælde for udenlandske elhandelsvirksomheder. Konsekvensen er således, at en elhandelsvirksomhed, der ikke er registreret i Datahubben, ikke har mulighed for at levere den elektricitet, som udbuddet omhandler.

På den baggrund finder Forsyningstilsynet ikke anledning til at foretage ændringer i bekendtgørelsen.

FÆLLES UDBUD

Dansk Energi har anført, at det ikke fremgår af bekendtgørelsens ordlyd, hvorvidt der ved et fælles udbud skal gives ét samlet tilbud, eller om der kan afgives forskellige tilbud.

Kommentar:

Bekendtgørelsen fastsætter mulighed for, at flere netvirksomheder kan gå sammen om at afvikle et udbud.

Muligheden for at gennemføre et udbud i fællesskab fremgår også af udbudsloven, og rækkevidden af bekendtgørelsens bestemmelse lægger sig op ad udbudsloven. Der opstilles ikke nogen grænser for, hvilke samarbejdsformer der kan aftales imellem netvirksomhederne. De kan eksempelvis foretage samordnede udbud, hvor de i fællesskab udarbejder specifikationer for udbuddet, men hvor de hver især gennemfører en

separat udbudsprocedure. Netvirksomhederne kan også gennemføre udbud i fællesskab, hvor flere netvirksomheder enten foretager indkøb sammen eller overdrager forvaltningen af udbuddet til en netvirksomhed, der indkøber på vegne af alle de deltagende netvirksomheder.

Dog skal det være muligt ud fra udbudsmaterialet at identificere de deltagende netvirksomheder, hvilket også fremgår af bekendtgørelsens § (nu) 9, nr. 3.

På baggrund af ovenstående finder Forsyningstilsynet ikke anledning til at foretage ændringer i bekendtgørelsen.

For at imødekomme eventuel tvivl foretages der en præcisering i modelnotatet.

KRAV TIL SPECIFIKATIONER

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører, at der ikke i bekendtgørelsens § 9 (nu § 10) er fastsat nogen begrænsninger for, hvad en netvirksomhed kan stille af krav i form af specifikationer. Dette vil med fordel kunne præciseres.

N1 anfører, at det ikke er muligt at finde krav og regler for optioner om forlængelse af kontrakter i udbuddet til bekendtgørelsen. Eneste angivelse af tid kan findes i bekendtgørelsens bilag, hvor det står anført, at der skal angives en kontraktløbetid.

Kommentar

Bekendtgørelsen har til formål at fastsætte udbudsregler, som dækker netvirksomheders indkøb af elektricitet til dækning af nettab og kontrakter, der omhandler annullering af VE-oprindelsesgarantier, der svarer til netvirksomhedens nettab.

Det er Forsyningstilsynets vurdering, at principperne i bekendtgørelsen bør være i overensstemmelse med udbudslovens almindelige principper. På den baggrund er det Forsyningstilsynets vurdering, at der med fordel kan indsættes en bestemmelse i bekendtgørelsen, som understreger, at der kan fastsættes særlige betingelser i kontrakten, herunder vilkår om optioner, men at dette skal fremgå klart af udbudsmaterialet.

Det er endvidere vigtigt, at de betingelser, der opstilles, skal være forbundet til kontraktens genstand, ligesom de skal stå i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb.

Bekendtgørelsen ændres på baggrund af ovenstående, idet der tilføjes et nyt stk. 4 til § 10.

FRIST FOR INDSENDELSE AF TILBUD

Dansk Energi anfører, at det af bekendtgørelsen fremgår, at fristen for modtagelse af tilbud skal være 30 dage efter annonceringen, mens der ved akut behov kan fastsættes en frist, der ikke er mindre end 14 dage fra annonceringen.

Der kan dog opstå situationer, hvor der er behov for at indgå aftale med en ny elhandler med meget kort varsel og fra den ene dag til den anden – f.eks. i tilfælde af rekonstruktion, konkurs, grov misligholdelse af forpligtelser i forhold til datahubben mv. disse

forhold er reguleret af elforsyningslovens § 72 a, stk. 6 og §§ 72 d, stk. 4 og 5. Efter §§ 72 e-f, i elforsyningsloven, er der fastsat en procedure for de tilfælde, hvor der skal overdrages aftagenumre i ovennævnte tilfælde. Der gives således mulighed for at andre elhandlere kan overtage kunderne efter de i reglerne nærmere fastsatte vilkår. Forsyningstilsynet skal for disse produkter hvert år fastlægge og offentliggøre et tillæg til spotprisen, jf. § 72 f.

Dansk Energi forudsætter, at hensynet i §§ 72 e-f, i lov om elforsyning fortsat er gældende i de tilfælde, hvor der indtræder hændelser som nævnt ovenfor, og hvor der er et akut behov for en ny elhandler, som ikke kan afvente den foreslåede procedure efter bekendtgørelsens § 12, stk. 3. Det er en velkendt procedure fastsat ved lov. For de tilfælde, hvor en elhandler har overtaget en nettabskontrakt efter en konkurs mv. efter bestemmelserne i §§ 72 e-f, kan det overvejes at fastsætte en frist for, hvornår der skal ske et nyt udbud. Fristen skal fastsættes i respekt for opsigelsesvarsler mv. og med en fornuftig tidshorisont for at gennemføre et nyt udbud. Den foreslåede frist på 14 dages annoncering kunne finde anvendelse i de tilfælde.

Udover de tilfælde, der er reguleret af §§ 72 e-f, kan der være et akut behov for en ny elhandler, f.eks. ved misligholdelse af den udbudte kontrakt mellem elhandleren og netvirksomheden. Opsigelsesvarsler ved misligholdelse vil typisk indgå som en del af kontrakten. Også i de tilfælde vil det være relevant med en 14 dages annoncering.

Kommentar

Forsyningstilsynet er enig med Dansk Energi i, at proceduren i §§ 72 e-f, i lov om elforsyning, også gælder for netvirksomheder, der indkøber elektricitet til dækning af nettab. Dette understreges i bekendtgørelsen ved indsættelse af et nyt stk. 3 i § 1.

Endvidere indsættes der en ny § 7, hvoraf det fremgår, at hvis der indtræder en eller flere af de hændelser, som fremgår af § 72 a, stk. 6, og § 72 d, stk. 4 og 5, i lov om elforsyning, skal netvirksomheden hurtigst muligt på ny afvikle et udbud med henblik på at få dækket kontrakterne. Et nyt udbud vil som udgangspunkt være omfattet af fristen på 30 dage for modtagelse af tilbud.

UDELUKKELSE OG EGNETHED

Dansk Energi anfører, at man overordnet er enig i de både de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, som fastsættes i bekendtgørelsens §§ 15-16.

Kapitelloverskriften angiver, at også egnethedskriterier kan fastsættes og Dansk Energi er enig i, at det også skal være en mulighed for selskaberne. Dansk Energi har forstået det sådan, at egnethedskriterierne skulle være omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde, der fremgår af bekendtgørelsens § 17, men det bør f.eks. også være muligt at stille økonomiske krav til tilbudsgiver, herunder krav om en vis soliditet eller krav om sikkerhedsstillelse.

Dansk Energi foreslår, at det gøres mere tydeligt, at § 17 ikke er udtømmende for så vidt angår frivillige krav til tilbudsgiver. Det kan evt. fremgå mere klart af selve bekendtgørelsen og ikke kun af bilaget, at der kan stilles økonomiske krav.

N1 anfører, at bekendtgørelsens kapitel 4 kun indeholder regler om udelukkelsesgrunde og dokumentation. "Egnethed", som i almindelige udbudstermer handler om krav til registrering og økonomisk/faglig formåen, er således fraværende fra selve bekendtgørelsen.

Det virker ikke til, at denne udeladelse er bevidst, da det i bekendtgørelsens bilag 1, pkt. 11, fremgår, at der kan være "udvælgelseskriterier, herunder økonomiske krav til elhandelsvirksomheden". Det ville dog være hensigtsmæssigt, hvis det i bekendtgørelsen, i lighed med udbudsloven, fremgår, at der kan stilles sådanne krav og hvilke.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører, at afsnittet i bekendtgørelsen med overskriften "Udelukkelse og egnethed" umiddelbart kun vedrører udelukkelse og dokumentation for pålidelighed.

Det fremgår ikke af bekendtgørelsen eller modelnotatet, hvordan tilbudsgiverne skal dokumentere, at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund. I udbudsloven udfylder tilbudsgivere European Single Procurement Document (ESPD) som foreløbig dokumentation for, at de bl.a. ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Som endelig dokumentation indhentes en serviceattest for den vindende tilbudsgiver.

Det kan dog overvejes at indføre mulighed for at afgive tro- og love erklæringer, evt. med en pligt for ordregiverne til at undersøge nærmere, hvis der er begrundet mistanke om, at en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Kommentar

Det er Forsyningstilsynets vurdering, at ovennævnte usikkerheder omkring muligheden for at fastsætte økonomiske krav til elhandelsvirksomheder bør imødekommes.

Der indsættes derfor en ny §§ 20-21 i bekendtgørelsen som fastsætter, at der kan stilles økonomiske og finansielle krav til elhandelsvirksomhederne i forbindelse med udbuddet. Det understreges, at eventuelle krav skal fremgå af annonceringen.

Det understreges i bekendtgørelsens § 20, stk. 2, at netvirksomheden kun kan anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at elhandelsvirksomheden har økonomisk og finansiell formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt.

Det følger af bekendtgørelsens § 19, stk. 3, hvordan en elhandelsvirksomhed kan dokumentere, at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, og det er Forsyningstilsynets vurdering, at der ikke er yderligere behov for erklæringer som foreslået af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

TILSYNS- OG SANKTIONSBESTEMMELSER

Dansk Energi anfører, at efter Dansk Energis opfattelse er kravet om markedsmæssighed opfyldt fuldt ud, når der er foretaget udbud efter bekendtgørelsen, hvori der også hjemles mulighed for udstedelse af påbud og hjemmel til bødestraf, hvis bestemmelserne ikke efterkommes.

Dansk Energi er således af den opfattelse, at der ikke er noget særskilt grundlag for at foretage en supplerende markedsmæssighedsvurdering efter reglerne i § 46 i lov om elforsyning, når der gennemføres udbud i overensstemmelse med reglerne i bekendtgørelsen, og det dokumenteres af netvirksomhederne at udvælgelse og parternes efterfølgende kontraktlige forpligtelser er opfyldt.

Kommentar

§ 45 a, stk. 1 og 2, i lov om elforsyning, der blev indføjet ved lov nr. 2196 af 29. december 2020, fastsætter,

En netvirksomhed skal optræde som neutral markedsformidler ved anskaffelse af den elektricitet, virksomheden anvender til at dække nettab i sit elforsyningsnet i overensstemmelse med gennemsigtige, ikkediskriminerende og markedsbaserede metoder.

Stk. 2. Klima-, energi og forsyningsministeren fastsætter nærmere regler om forhold omfattet af stk. 1, herunder om de metoder, som netvirksomhederne skal anvende ved anskaffelse af elektricitet til at dække nettabet i deres elforsyningsnet, og om, at netvirksomhederne ved anskaffelse af elektricitet til at dække nettabet i deres elforsyningsnet kan indkøbe VE-electricitet. Forsyningstilsynet fastsætter nærmere regler om udformning af metoderne.

Af lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser, jf. L 67, Folketingstidende 2020-21, tillæg A, s. 122, fremgår:

Det bemærkes, at den aftale, som netvirksomheden indgår med tilbudsgiveren efter et udbud, fortsat vil være underlagt kravene i § 46 i lov om elforsyning og Forsyningstilsynets tilsyn hermed. Dette skyldes, at det også ved udbud fortsat bør sikres, at de efterfølgende aftaler opfyldes og afsluttes markedsmæssigt. Det antages imidlertid, at Forsyningstilsynet i det omfang at aftalens pris svarer til udbudsresultatet og vilkårene svarer til udbudsspecifikationerne i udgangspunkt, vil tage højde for, at prisen er resultatet af et udbud. Det forudsættes herved, at det pågældende udbud er blevet gennemført i overensstemmelse med Forsyningstilsynets regler herom.

[Forsyningstilsynets fremhævnning]

På baggrund af ovenstående bemærkninger fra lovforslaget finder Forsyningstilsynet ikke, at der er grundlag for at foretage ændringer i bekendtgørelsen.

ANDRE FORHOLD

Dansk Energi anfører, at der ikke i bekendtgørelsen er en beskrivelse af, hvordan afregningen konkret skal foregå, herunder afregningsperiode. Afregningsmetoden vil få betydning for tilbudsprisen, da det vil indgå i beregning af tilbudsprisen (mark-up) som handelsselskaberne skal foretage inden tilbud afgives. Hvis det ikke reguleres, vil Dansk Energi forudsætte, at det er op til aftaleparterne selv at aftale eller for udbudsgiver at lade betingelserne indgå i udbudsmaterialet.

Kommentar

Forsyningstilsynet henleder opmærksomheden på, at det af § 17, stk. 2, i bekendtgørelse om varetagelse af netvirksomhedsaktiviteter fremgår, at kontrakten skal udbydes

til løbende afregning, jf. § 2, nr. 17, til elspotprisen, jf. § 2, nr. 3, for det relevante prisområde plus en fast markup i øre pr. kWh, som skal være tildelingskriteriet for udbudet. Endvidere skal kontrakten udbydes på vilkår af, at betaling af transmissionsnettarif, systemtarif og balancetarif for forbrug i tilknytning til den kontraktuelle mængde gennemfaktureres til netvirksomheden.

Af § 2, nr. 17, i bekendtgørelse om varetagelse af netvirksomhedsaktiviteter fremgår, at der ved løbende afregning forstås afregning for den i et day-ahead-marked for elektricitet givne tidsenhed for den fysiske udveksling af elektricitet.

Forsyningstilsynet finder på ovennævnte baggrund ikke, at der er grundlag for at ændre bekendtgørelsen.