

BESLUT

KOMMISSIONENS GENOMFÖRANDEBESLUT (EU) 2016/1674

av den 15 september 2016

om medgivande av undantag från Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU när det gäller detaljistförsäljning av el och gas i Tyskland

[delgivet med nr C(2016) 5779]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt,

med beaktande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG ⁽¹⁾, och i synnerhet artikel 34.3,

med beaktande av den begäran som lämnats av företagssammanslutningen i den tyska energi- och vattensektorn Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (nedan kallad BDEW) via e-post av den 21 mars 2016,

efter samråd med rådgivande kommittén för offentliga upphandlingskontrakt, och

av följande skäl:

1. BAKGRUND

- (1) Den 21 mars 2016 skickade BDEW en begäran i enlighet med artikel 35 i direktiv 2014/25/EU (nedan kallad *begäran*) till kommissionen via e-post.
- (2) Den begäran som skickats av BDEW, en sammanslutning som företräder företag inom den tyska energi- och vattensektorn som betraktas som upphandlande enheter i den mening som avses i artikel 4 i direktiv 2014/25/EU, gäller följande verksamheter, som beskrivs i begäran:
 - a) Detaljistförsäljning av el till kunder vars elförbrukning registreras genom konsumtionsmätning (registrierende Leistungsmessung) (nedan kallade *RLM-kunder*) och kunder vars elförbrukning debiteras på grundval av en normal förbrukningsprofil (nedan kallade *SLP-kunder*), med undantag av SLP-kunder som försörjts inom ramen för de standardleveransvillkor som fastställts enligt lag och marknaden för elvärme.
 - b) Detaljistförsäljning av gas till RLM- och SLP-kunder, med undantag för dem som försörjs enligt de standardleveransvillkor som fastställts i tillämplig lagstiftning.
- (3) Begäran åtföljdes av ett yttrande från den tyska federala kartellmyndigheten Bundeskartellamt (nedan kallad *BKartA*) av den 11 december 2015 (nedan kallat *yttrandet*). I detta yttrande bedömer BKartA marknaderna i detaljistledet för el och gas och drar slutsatsen att villkoren för undantag är uppfyllda för detaljistförsäljning av el och gas till RLM- och SLP-kunder.

⁽¹⁾ EUT L 94, 28.3.2014, s. 243.

2. RÄTTSLIG RAM

- (4) Direktiv 2014/25/EU gäller för tilldelning av kontrakt för utövandet av verksamhet med anknytning till detaljför försäljning av el och gas, såvida inte denna verksamhet undantas i enlighet med artikel 34 i det direktivet.
- (5) Enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU ska kontrakt som syftar till att medge utförandet av någon av de verksamheter som direktivet gäller inte omfattas av direktivet om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Bedömningen av direkt konkurrensutsättning görs på grundval av objektiva kriterier, varvid hänsyn tas till den berörda sektorns särdrag.

3. BEDÖMNING

3.1 Fritt tillträde till marknaden

- (6) Tillträdet till marknaden betraktas som fritt om medlemsstaten har genomfört och tillämpar relevant gemenskapslagstiftning om öppning av en viss sektor eller en del av den. Denna lagstiftning förtecknas i bilaga III till direktiv 2014/25/EU. För elsektorn hänvisar den till Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG ⁽²⁾. För gassektorn hänvisar den till Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG ⁽³⁾.
- (7) Tyskland har införlivat direktiven 2009/72/EG och 2009/73/EG i den nationella lagen om energiindustrin, *Energiewirtschaftsgesetz* (nedan kallad *EnWG*). Försäljningen av el och gas regleras i artikel 36 och följande i del 4 i *EnWG*. Den tyska förordningen om standardförsörjning av el, *Stromgrundversorgungsverordnung* (nedan kallad *StromGKV*) ⁽⁴⁾, och förordningen om standardförsörjning av gas, *Gasgrundversorgungsverordnung* (nedan kallad *GasGKV*) ⁽⁵⁾, innehåller även särskilda föreskrifter för försäljning av el och gas. Följaktligen, och i enlighet med artikel 34.1, bör tillgången till marknaden inte anses vara begränsad på Förbundsrepubliken Tysklands hela territorium.

3.2 Direkt konkurrensutsättning

- (8) Den direkta konkurrensutsättningen bör bedömas på grundval av olika indikatorer varav ingen i sig bör vara utslagsgivande. När det gäller de marknader som berörs av detta beslut utgör huvudaktörernas marknadsandel på en given marknad ett kriterium som bör beaktas. Med hänsyn till de berörda marknadernas egenskaper bör även ytterligare kriterier beaktas.
- (9) I vissa fall kan snävare eller vidare marknadsdefinitioner komma i fråga, men för detta besluts syften kan en exakt definition av den berörda marknaden lämnas därhän, eftersom analysresultaten inte påverkas av huruvida de grundas på en snäv eller vid definition.
- (10) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna och andra områden av unionsrätten. De kriterier och metoder som används för att bedöma direkt konkurrensutsättning enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är inte nödvändigtvis identiska med dem som används för att göra en bedömning enligt artikel 101 eller 102 i fördraget eller rådets förordning (EG) nr 139/2004 ⁽⁶⁾. Denna punkt bekräftades också av tribunalen i en nyligen avkunnad dom ⁽⁷⁾.

⁽²⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, 14.8.2009, s. 55).

⁽³⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, 14.8.2009, s. 94).

⁽⁴⁾ Den tyska förordningen om allmänna villkor för standardförsörjning till privatkunder och stödförsörjning av el från lågspänningsnätet (*Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz – StromGKV*) av den 26 oktober 2006, BGBl. I, s. 2391, senast ändrad genom artikel 1 i förordningen av den 22 oktober 2014, BGBl. I, s. 1631.

⁽⁵⁾ Den tyska förordningen om allmänna villkor för standardförsörjning av privatkunder och stödförsörjning av gas från lågspänningsnätet (*Gasgrundversorgungsverordnung – GasGKV*) av den 26 oktober 2006, BGBl. I, s. 2391, 2396, senast ändrad genom artikel 2 i förordningen av den 22 oktober 2014, BGBl. I, s. 1631.

⁽⁶⁾ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG:s koncentrationsförordning") (EUT L 24, 29.1.2004, s. 1).

⁽⁷⁾ T-463/14, Österreichische Post AG, punkt 28.

- (11) Man bör komma ihåg att syftet med detta beslut är att slå fast om de tjänster som begäran avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU) är konkurrensutsatta i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktiv 2014/25/EU medför, sker på ett öppet, icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för köpare att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga.

3.2.1 Relevanta produktmarknader

3.2.1.1 Detaljistförsäljning av el

- (12) Enligt kommissionens tidigare praxis är den relevanta produktmarknaden för elleveranser i detaljistledet elhandelsmarknaden ⁽⁸⁾. När det gäller leverans av el till slutkunder, skiljer kommissionen mellan leveranser till småkunder (privat bostadsområde, småföretag) och leverans till stora industrikunder som är anslutna till hög- och mellanspänningsnätet (industrin och storföretag) ⁽⁹⁾. Denna differentiering är relaterad till de olika kraven och profilerna på efterfrågesidan och olika tjänster och teknologier på utbudssidan ⁽¹⁰⁾.
- (13) I likhet med kommissionen skiljer BKartA även mellan små och stora elleverantörskunder på grundval av deras olika konsumtionsbeteende ⁽¹¹⁾. På så sätt skiljer den mellan kunder vars elförbrukning registreras genom konsumtionsmätning (RLM-kunder) och kunder vars elförbrukning debiteras på grundval av en normal förbrukningsprofil (SLP-kunder).
- (14) RLM-kunder har en årlig förbrukning på mer än 100 MWh och är därför som regel industri- eller storföretag ⁽¹²⁾. På grund av de höga kostnader som är förknippade med RLM är detta bara värt besväret när höga konsumtionsvolymerna uppnås. Användningen av el som en produktions- och kostnadsfaktor är kännetecknande för RLM-kunder. För denna kundgrupp är användningen av el en karakteristisk produktions- och kostnadsfaktor i deras egen produktion. Efterfrågan har i huvudsak en annan inriktning och en annan struktur i jämförelse med SLP-kunder ⁽¹³⁾.
- (15) SLP-kunder är elanvändare med relativt låga konsumtionsnivåer. De är privatkunder (med en förbrukning på upp till 10 000 kWh per år) och småföretag (med en årlig elförbrukning på upp till 100 MWh) i den mening som avses i avsnitt 3 nr 22 i den tyska energiindustrilagen (EnWG), som köper energi främst för eget bruk i hemmet eller för egen konsumtion för professionella, jordbruks- eller affärsändamål ⁽¹⁴⁾.
- (16) BKartA definierar ytterligare tre separata produktmarknader för leverans till SLP-kunder ⁽¹⁵⁾:
- a) Marknaden för leverans till SLP-kunder med allmänna villkor och allmänna taxor enligt artiklarna 36 och 38 i EnWG ⁽¹⁶⁾ som standardleveranser och kompletterande leveranser är en genom lag nästan helt fastställd och utformad produkt. Kontraktet för SLP-kunder med standardleverans har inte förhandlats fram mellan parterna; i stället träder avtalet i kraft mellan slutkund och den lagstadgade leverantören i enlighet med artikel 2.2 i den tyska förordningen om standardförsörjning av el (StromGVV) så snart el används.

⁽⁸⁾ M.3440 – EDP/ENI/GDP, skäl 56; M.5496 – Vattenfall/Nuon Energy, skäl 12.

⁽⁹⁾ M.3440 – EDP/ENI/GDP, skäl 73; M.2947 – Verbund/EnergieAllianz, skäl 35.

⁽¹⁰⁾ M.5496 – Vattenfall/Nuon Energy, skäl 12.

⁽¹¹⁾ BKartA beslut av den 30 november 2009, B8-107/09 – Integra/Thüga, punkt 28; beslut av den 30 april 2010, B8-109/09 – RWE bland andra, punkt 55.

⁽¹²⁾ Artikel 12 i förordningen om åtkomst till elnätet (Stromnetzzugangsverordnung [StromNZV]) av den 25 juli 2005 (BGBl. I, s. 2243), senast ändrad genom artikel 8 i förordningen av den 21 juli 2014 (BGBl. I s. 1066); övervakningsrapport 2014, s. 32 och följande.

⁽¹³⁾ BKartA, yttrande, s. 4.

⁽¹⁴⁾ BNetzA och BKartA, övervakningsrapport i enlighet med artikel 63.3 jämförd med artikel 35 i EnWG och artikel 48.3 jämförd med artikel 53.3 i lagen om konkurrensbegränsningar (GWB) av den 10 november 2015 (övervakningsrapport 2015), s. 33; Bundeskartellamt (se fotnot 8), s. 5.

⁽¹⁵⁾ BKartA, beslut av den 30 november 2009, B8-107/09 – Integra/Thüga, punkt 32; beslut av den 30 april 2010, B8-109/09 – RWE bland andra, punkt 55.

⁽¹⁶⁾ I enlighet med artikel 36.1 i EnWG måste energileverantörer avslöja och publicera på internet de allmänna villkor och allmänna priser för leverans av lågspänning och lågt tryck för nätområden där de tillhandahåller ett grundläggande utbud för privatkunder och leverera till dessa privatkunder inom ramen för dessa villkor och enligt dessa priser. I enlighet med artikel 38 i EnWG har standardleverantörer också en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla hjälpspänning i lågspänning i upp till tre månader för alla slutkunder vars energileverantör har misslyckats.

- b) Marknaden för leverans till SLP-kunder utanför allmänna villkor och avgifter (särskilda avtalskunder), för vilken distinkta prisskillnader i jämförelse med standardleveranskunder har utvecklats ⁽¹⁷⁾.
- c) Marknaden för leverans till SLP-kunder med allmänna villkor och tariffer med el för uppvärmning (elvärmemarknaden), som är föremål för betydande variationer beroende på tidpunkt på året, men som behövs i mycket större volymer vid högtrafik än hushållsel, vilket resulterar i stora prisskillnader, vilket utesluter substitution av de andra produkter som avses ⁽¹⁸⁾.

- (17) Begäran omfattar marknaden för leverans av elektricitet till RLM-kunder och SLP-kunder med särskilda avtal. Begäran täcker inte SLP:s standardmarknadsutbud och elvärmemarknaden, där villkoren för undantag inte är uppfyllda enligt BKartA:s yttrande.

3.2.1.2 Detaljistförsäljning av gas

- (18) Kommissionen skiljer mellan följande marknader: leverans av naturgas till i) små kunder (inklusive hushåll) och ii) stora kunder, som är indelade i stora industrikunder och kraftverk ⁽¹⁹⁾.
- (19) Vid definiering av marknaden fokuserar BKartA på tillförselstegen och skiljer på leveranser av naturgas till stora och små kunder, särskiljer separata marknader för leverans till RLM- och SLP-kunder ⁽²⁰⁾. RLM-kunder har en årlig förbrukning på mer än 1,5 GWh, medan SLP-kunder har en årlig förbrukning på upp till 1,5 GWh ⁽²¹⁾.
- (20) Till skillnad från sin tidigare beslutspraxis i fråga om SLP-kunder gör BKartA nu ytterligare åtskillnad, liksom i elsektorn, mellan:

a) standardmässig och extra tillförsel till SLP-kunder (marknad med standardavtal) och

b) leverans till SLP-kunder på grundval av särskilda avtal (marknad med särskilda avtal) ⁽²²⁾.

- (21) Skillnaden mellan dessa två marknader är baserad på det faktum att standardleveranser och kompletterande leveranser medför en näst intill obligatorisk skyldighet att ingå avtal ⁽²³⁾. Standardleverantören är skyldig att leverera till privatkunder och villkoren för utbudet är, för det mesta, fastställda i lag. Dessutom finns det en betydande prisskillnad mellan standardförsörjning och försörjning på grundval av särskilda avtal ⁽²⁴⁾.

- (22) Begäran omfattar marknaden för leverans av gas till RLM-kunder och SLP-kunder med särskilda avtal.

- (23) Med tanke på de faktorer som granskas i skälen 12–21 för att bedöma om villkoren enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU uppfylls och utan att det påverkar tillämpningen av annan unionslagstiftning, är de relevanta produktmarknaderna följande:

a) Detaljistförsäljning av el till RLM-kunder.

b) Detaljistförsäljning av el till SLP-kunder med särskilda avtal.

⁽¹⁷⁾ Se fotnot 16, med hänvisning till övervakningsrapporten 2015, s. 10, enligt vilken överträdelser av konkurrenslagstiftningen genom alternativa leverantörer endast observeras på marknader där kunderna har särskilda avtal.

⁽¹⁸⁾ BKartA, yttrande s. 6.

⁽¹⁹⁾ M.4180 *Gaz de France/Suez*, skäl 63; M.3868 – *DONG/Elsam/Energi E2*, skäl 193 och följande; M.3440 – *EDP/ENI/GDP*, skäl 215 och följande; M.5740 – *Gazprom/A2A/JOE*, skäl 17 och följande.

⁽²⁰⁾ BKartA:s beslut av den 23 oktober 2014, B8 – 69/14, punkt 74.

⁽²¹⁾ Artikel 24 i Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) av den 3 september 2010, BGBl. I, s. 1261), senast ändrad genom artikel 4 i lag av den 21 juli 2014, BGBl. I, s. 1066.

⁽²²⁾ BKartA:s beslut av den 23 oktober 2014, B8 – 69/14, punkt 168.

⁽²³⁾ BKartA, yttrande, s. 8.

⁽²⁴⁾ BKartA, yttrande, s. 9; övervakningsrapport 2015, s. 329.

- c) Detaljistförsäljning av gas till RLM-kunder.
- d) Detaljistförsäljning av gas till SLP-kunder med särskilda avtal.

3.2.2 Relevanta geografiska marknader

3.2.2.1 Detaljistförsäljning av el

- (24) I sitt beslut M.5496 Vattenfall/Nuon Energy ⁽²⁵⁾ fann kommissionen att marknaden för stora kunder (eller RLM-kunder) i Tyskland var nationell, medan den kunde vara regional för små kunder och hushållskunder (eller SLP-kunder), beroende på distributörens storlek. Men det fastställdes ingen exakt definition av den relevanta geografiska marknaden. I sitt beslut M.7778 – Vattenfall/Engie/GASAG ⁽²⁶⁾ diskuterade kommissionen på nytt om både marknaden för detaljisthandel för elförsörjning till småkunder och detaljisthandeln för gasförsörjning till småkunder i Tyskland borde definieras som regional och således lämnas öppna.
- (25) BKartA fann att marknaden för elleveranser i detaljistledet var nationell både för RLM- och för SLP-kunder. I det senare fallet avvek den från sin tidigare nätrelaterade marknadsdefinition, med tanke på förändrade konkurrensmässiga förhållanden för kunder med särskilda avtal, som nu har ett brett utbud av leverantörer att välja mellan.
- (26) Även om majoriteten av regionala leverantörer som erbjuder särskilda avtal för SLP-kunder har en regional inriktning, har ett betydande (och ökande) antal leverantörer handlat utanför sitt eget etablerade leveransområde. 4 % av alla leverantörer, vilket motsvarar mer än 30 företag, levererar till kunder i 251–500 nätområden, dvs. i hela landet. Ytterligare 56 företag är verksamma i mer än 500 nätområden, som täcker hela landet.
- (27) För att kunna bedöma huruvida de villkor som anges i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är uppfyllda, och utan att det påverkar tillämpningen av annan unionslagstiftning, är den relevanta geografiska marknaden för detaljisthandeln för elförsörjning nationell för RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal. Även om bedömningen skulle fokusera på den regionala nivån, skulle jämförbara konkurrensbegränsningar finnas på marknaden för detaljistförsäljning av el till små kunder.

3.2.2.2 Detaljistförsäljning av gas

- (28) I sitt beslut M.5467 RWE/Essent ⁽²⁷⁾ fann kommissionen att det fanns bevis för att detaljistmarknaden för gas var regional. Men någon exakt definition av den relevanta geografiska marknaden fastställdes inte.
- (29) BKartA fann att marknaden för elleveranser i detaljistledet var nationell både för RLM- och för SLP-kunder. Utifrån sin tidigare nätrelaterade marknadsdefinition noterade BKartA förändringar i konkurrensvillkoren för RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal, som nu har ett brett utbud av leverantörer att välja mellan.
- (30) I sitt beslut om EWE/VNG-sammanslagningen ⁽²⁸⁾ undersökte BKartA i detalj ramvillkoren för gassektorn genom att genomföra många marknadsundersökningar inom ramen för förfarandet. Den drog slutsatsen att marknaden för leverans till RLM-kunder var nationell och inte längre nätrelaterad eller relaterad till marknadsområdet. BKartA konstaterade att en snabbt utvecklad konkurrens genomsyrar de traditionella distributionsområdena. Också vad gäller SLP-kunder konstaterade BKartA att marknaden var nationell. SLP-kunder har ett tillräckligt antal leverantörer att välja mellan (ca 10 i genomsnitt), för vilka de högsta priserna ligger högst 10 % över de billigaste. Även om majoriteten av gasleverantörerna har en regional inriktning, arbetar mer än 50 (eller 7 %) på nationell basis.

⁽²⁵⁾ M.5496 – Vattenfall/Nuon Energy, skäl 15 och följande.

⁽²⁶⁾ M.7778 – Vattenfall/Engie/GASAG, skäl 37.

⁽²⁷⁾ M.5467 RWE/Essent, skäl 372 och följande.

⁽²⁸⁾ BKartA, beslut av den 23 oktober 2014, EWE/VNG.

- (31) För att kunna bedöma huruvida de villkor som anges i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är uppfyllda, och utan att det påverkar tillämpningen av annan unionslagstiftning, kommer kommissionen i detta beslut att beakta att den relevanta geografiska marknaden för detaljistsförsäljning av gas är nationell för RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal. Även om bedömningen skulle fokusera på den regionala nivån, skulle jämförbara konkurrensbegränsningar finnas på marknaden för detaljistsförsäljning av gas till små kunder.

3.2.3 Marknadsanalys

3.2.3.1 Detaljistsförsäljning av el

- (32) De totala volymerna av uttag av el i Tyskland är följande, i enlighet med en gemensam övervakningsrapport från den tyska nationella tillsynsmyndigheten Bundesnetzagentur (BNetzA) och BKartA (nedan kallad övervakningsrapport):

	2012 ⁽¹⁾	2013 ⁽²⁾	2014 ⁽³⁾
Totala uttagsvolymer (i TWh)	512,0	510,6	497,8
varav industri- och handelsföretag	377,2	372,9	367,3
varav privatkunder ⁽⁴⁾	124,5	126,1	120,2
varav pumpad lagring	10,3	11,6	10,3

⁽¹⁾ BNetzA och BKartA, övervakningsrapport i enlighet med artikel 63.3 jämförd med artikel 35 i EnWG och artikel 48.3 jämförd med artikel 53.3 i GWB av den 19 december 2013 (övervakningsrapport 2013), s. 24.

⁽²⁾ Övervakningsrapport 2014, s. 26.

⁽³⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 29.

⁽⁴⁾ Privatkunder är slutkunder som köper energi främst för eget bruk i hushållet eller för sin egen årsförbrukning av högst 10 000 kilowattimmar för professionella, jordbruksrelaterade eller kommersiella ändamål (avsnitt 3.22 i EnWG), som definierats tidigare.

- (33) När det gäller fördelningen av försäljningen till alla kunder på den tyska marknaden har sökanden lämnat uppgifter baserade på de årliga uppgifterna om elleverantörerna för 2012. Det framgår att den sammanlagda marknadsandelen för de fyra största företagen är ca 41,6 %. De två största leverantörerna, RWE och E.ON, omfattas inte av reglerna för offentlig upphandling.
- (34) Enligt övervakningsrapporten från 2015 sålde de undersökta elleverantörerna totalt ca 268 TWh el till RLM-kunder över hela Tyskland. Ca 88 TWh tillskrevs de fyra största företagen (RWE, Vattenfall, EnBW och E.ON) på marknaden för RLM-kunder. Detta resulterar i en sammanlagd marknadsandel för de fyra största företagen på denna marknad på ca 33 % ⁽²⁹⁾.
- (35) Totalt ca 103 TWh såldes till SLP-kunder med särskilda avtal 2014, vilket motsvarar 64 % av den totala volymen som sålts till SLP-kunder ⁽³⁰⁾. År 2014 uppgick de fyra största företagens sammanlagda försäljning till ca 37 TWh, vilket ger en sammanlagd marknadsandel för de fyra största företagen på ca 36 % ⁽³¹⁾.
- (36) Marknadsandelarna för de större medlemmarna i BDEW, som kan betraktas som upphandlande enheter, tillhandahölls av sökanden i en konfidentiell bilaga till begäran. Dessa marknadsandelar är [...] för leverans till RLM-kunder och [...] för leverans till SLP-kunder.

⁽²⁹⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 39.

⁽³⁰⁾ Se fotnot 29.

⁽³¹⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 40.

- (37) I enlighet med fast praxis för kommissionens beslut när det gäller artikel 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG ⁽³²⁾ ansåg kommissionen beträffande elförsörjningen att de tre största företagens totala marknadsandel var relevant. I kommissionens beslut 2010/403/EU ⁽³³⁾ var de aggregerade marknadsandelarna för de tre största återförsäljarna av el i Italien 43,89 %. I kommissionens beslut 2007/706/EG ⁽³⁴⁾ avseende Sverige var denna marknadsandel 43 %. I förevarande fall är marknadsandelen för de tre största återförsäljarna på den tyska elmarknaden 36,8 %.
- (38) Antalet verksamma leverantörer på den tyska elmarknaden är högt. I sitt yttrande konstaterar BKartA att mer än 50 leverantörer är verksamma i 82 % av alla nätområden. I genomsnitt kan tyska slutkunder (som omfattar både RLM- och SLP-kunder) välja mellan 106 leverantörer i sitt nätområde ⁽³⁵⁾.
- (39) Ytterligare bevis på en effektiv konkurrens är den höga bytesfrekvensen i elförsörjningen. Leverantörsbytesfrekvensen bland RLM-kunder (industri och handel) var ca 11 % 2014. Bytesfrekvensen bland kunder inom industri och handel har varit mer eller mindre konstant sedan 2006 ⁽³⁶⁾. Inga kostnader tillkommer vid byte av elleverantör.
- (40) Däremot har bytet bland SLP-kunder ökat markant sedan 2006, och uppgår till 3,8 miljoner ⁽³⁷⁾. Andelen privatkunder med standardleveranser under 2014 var 32,8 %, vilket innebär att 67,2 % av privatkunderna har bytt elhandelsavtal åtminstone en gång och därför har ett särskilt avtal ⁽³⁸⁾.
- (41) En allt effektivare konkurrens framgår också av standardleverantörernas minskande betydelse som avtalsparter. De förblir dock dominerande för privatkunder: 2014 hade 43 % ett särskilt avtal med den lokala standardleverantören. 32,8 % av privatkunderna hade ett klassiskt standardleveransavtal (2012: 36,7 %), 24 % av alla kunder hade en annan leverantör än standardleverantören (2012: 20,1 %) ⁽³⁹⁾. Situationen är annorlunda för kunder inom industri och handel med särskilda avtal. Av den totala volymen som levererades till RLM-kunder 2014 utgjordes ca 66 % av leverantörsavtal med någon annan än den lokala standardleverantören och ca 34 % av särskilda avtal med standardleverantören. Mindre än 1 % av RLM-kunderna har ett standardleveransavtal, så standardförsörjningen spelar en mycket begränsad roll.
- (42) Under 2014 kännetecknades elgrossistmarknaderna i Tyskland av hög likviditet. Vid sidan av den bilaterala OTC-handeln i grossistledet spelade elbörsen en avgörande roll. De skapar ett pålitligt handelsforum och ger samtidigt viktiga prissignaler för marknadsaktörerna inom andra sektorer.
- (43) Under 2014 ökade spot- och terminsmarknaderna. Volymen för påföljande daghandel på Epex Spot ⁽⁴⁰⁾ och EXAA ⁽⁴¹⁾ ökade från 254 TWh 2013 till 269 TWh 2014. Volymen för daghandel på Epex Spot ökade med 30 %. Volymen för handel med elterminkontrakt på EEX ökade med 21 % från 669 TWh till 812 TWh. Däremot minskade terminshandeln via mäklarplattformar med 17 %. År 2014 förmedlade mäklarplattformar elterminkontrakt med en total volym på ca 4 500 TWh ⁽⁴²⁾. Den höga likviditeten på grossistmarknaden gör det lättare för nya aktörer på detaljhandelsmarknaden att konkurrera till exempel med etablerade aktörer som har sin egen produktionskapacitet.

⁽³²⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1).

⁽³³⁾ Kommissionens beslut 2010/403/EU av den 14 juli 2010 om medgivande av undantag från Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, när det gäller produktion och grossistförsäljning av el i Italiens norra makroområde och när det gäller detaljistförsäljning av el till slutkunder som är anslutna till mellan- och högspänningsnätet samt till ultrahögspänningsnätet (EUT L 186, 20.7.2010, s. 44).

⁽³⁴⁾ Kommissionens beslut 2007/706/EG av den 29 oktober 2007 om medgivande av undantag från Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), när det gäller produktion och försäljning av el i Sverige (EUT L 287, 1.11.2007, s. 18).

⁽³⁵⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 180.

⁽³⁶⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 186; yttrande från BKartA, s. 13.

⁽³⁷⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 188.

⁽³⁸⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 187.

⁽³⁹⁾ Se fotnot 38.

⁽⁴⁰⁾ Epex Spot är börsen för spotmarknader i Tyskland, Frankrike, Österrike och Schweiz.

⁽⁴¹⁾ Energy Exchange Austria (EXAA) är en centraleuropeisk energibörs som omfattar Österrike och Tyskland.

⁽⁴²⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 24 och följande.

- (44) En ytterligare minskning av de genomsnittliga grossistpriserna ägde rum under 2014. De genomsnittliga priserna på spotmarknaderna minskade på årsbasis med ca 13 %. Den genomsnittliga dagliga prisspridningen var mindre i en jämförelse mellan olika år. Priserna för elterminer sjönk också under 2014. Med ett pris på 35,09 euro per MWh föll det genomsnittliga årspriset för Phelix Base Year Future med drygt 10 % jämfört med föregående år. Det genomsnittliga årspriset för Phelix Peak Year Future var 44,40 euro per MWh, hälften av 2008 års siffra.
- (45) När det gäller elpriserna har Tyskland ett av de högsta priserna i EU för privatkunder ⁽⁴³⁾. Detta beror till stor del på att elpriset påverkas av skatter, sociala avgifter och kostnader. Priset före skatt motsvarar EU-genomsnittet. För industrikunder är prisnivån inklusive skatter högre än EU-28-genomsnittet, men under genomsnittet om skatter är undantagna ⁽⁴⁴⁾.

3.2.3.2 Detaljistförsäljning av gas

- (46) Den analys som gjorts av BNetzA och BKartA i sektorn för detaljisthandel med gas visade att ca 391 TWh gas såldes till RLM-kunder 2014 (inklusive försäljning till gaskraftverk). De tre starkaste företagens sammanlagda försäljning uppgick till 123 TWh. Dessa företags sammanlagda marknadsandel var därför ca 32 % av RLM-kunderna ⁽⁴⁵⁾.
- (47) Den analys som genomfördes i sektorn för detaljisthandel med gas 2014, visade att ca 321 TWh gas såldes till SLP-kunder. Av detta utgjorde särskilda avtal 261 TWh och standardavtal 60 TWh. De tre starkaste företagens sammanlagda försäljning till SLP-kunder uppgick till ca 71 TWh, varav ca 6 TWh utgjordes av särskilda avtal. Detta resulterar i en samlad marknadsandel för de tre starkaste företagen på ca 19 % för SLP-kunder med särskilda avtal och 22 % för SLP-kunder ⁽⁴⁶⁾.
- (48) Marknadsandelarna för de större medlemmarna i BDEW, som kan betraktas som upphandlande enheter, tillhandahölls av sökanden i en konfidentiell bilaga till begäran. Dessa marknadsandelar är [...] för leverans till RLM-kunder och [...] för leverans till SLP-kunder.
- (49) Det finns en stark leverantörmångfald på slutkundsmarknaden inom gassektorn. Mer än 50 gasleverantörer är tillgängliga för konsumenter i nästan 74 % av nätverken ⁽⁴⁷⁾. Om man endast tar hänsyn till privatkunder (SLP-kunder) förses de med gas av 50 eller fler leverantörer i nästan 60 % av alla nätområden ⁽⁴⁸⁾. Antalet leverantörer har stigit under de senaste åren.
- (50) Frekvensen för byte av leverantör bland RLM-kunder (industri och handel) under 2014 var knappt 12 % och har varit stabil under de senaste åren ⁽⁴⁹⁾. Bland SLP-kunder (privatkunder) förblev det totala antalet leverantörsbyten stabilt i jämförelse med föregående år. SLP-kunder med särskilda avtal har, per definition, redan bytt leverantör åtminstone en gång för att komma ur basutbudet ⁽⁵⁰⁾.
- (51) År 2014 hade 19 % av privatkunderna en annan gasleverantör än en standardleverantör. Knappt 57 % av privatkunderna hade ett särskilt avtal med sin standardleverantör. 24 % av volymen för gas som levererades till hushåll såldes genom standardavtal ⁽⁵¹⁾. Men standardleverantörer spelar en mindre roll bland RLM-kunder (industri och handel) med särskilda avtal. Av den totala volymen som levererades till RLM-kunder 2014 utgjordes ca 67 % av leverantörsavtal med någon annan än den lokala standardleverantören och endast ca 33 % av särskilda avtal med standardleverantören. Mindre än 1 % av RLM-kunderna har ett standardavtal ⁽⁵²⁾.

⁽⁴³⁾ [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Electricity_prices_for_household_consumers,_2015s1_\(EUR_kWh\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Electricity_prices_for_household_consumers,_2015s1_(EUR_kWh).png)

⁽⁴⁴⁾ Se fotnot 43.

⁽⁴⁵⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 254.

⁽⁴⁶⁾ Se fotnot 45.

⁽⁴⁷⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 300.

⁽⁴⁸⁾ Se fotnot 47.

⁽⁴⁹⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 306.

⁽⁵⁰⁾ BKartA, yttrande s. 19.

⁽⁵¹⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 307; yttrande från BKartA, s. 19.

⁽⁵²⁾ Övervakningsrapport 2015, s. 304.

- (52) Det förekom en ytterligare ökning av likviditeten i grossistmarknaden för naturgas i Tyskland 2014. Den överlägset största andelen av grossisthandeln med naturgas är bilateral, det vill säga utanför börserna (over the counter, OTC). Fördelen med bilateral handel är att den kan genomföras på ett flexibelt sätt, det vill säga i synnerhet utan att man behöver teckna ett begränsat antal avtal. OTC-handel spelar en viktig roll genom förmedling via mäklarplattformar. Bilateral grossisthandel har ökat avsevärt. År 2014 uppgick affärstransaktionerna med naturgas som förmedlats via mäklarplattformar med Tyskland som försörjningsområde totalt till 3 000 TWh. Detta motsvarar en ökning på 15 %. Volymerna för gashandel på spotmarknaden mer än fördubblades under 2014 och motsvarade ca 129 TWh. Detta motsvarar fem gånger volymen på spotmarknaden under 2012. Volymen terminskontrakt ökade från 29 TWh år 2013 till 83 TWh 2014 ⁽⁵³⁾.
- (53) 2014 präglades av betydligt lägre grossistpriser för gas. De dagliga referenspriserna som beräknats av EEX minskade med omkring 22 % (årsgenomsnitt) och det genomsnittliga gränsöverskridande priset som beräknats av Bafa (förbundskontoret för ekonomi och exportkontroll) sjönk med 15 %. Denna prisnedgång kan i allmänhet tillskrivas nedgången i den tyska och europeiska gasförbrukningen.
- (54) Gaspriserna är mycket nära genomsnittet i EU, både för privat- och industrikunder ⁽⁵⁴⁾.

4. SLUTSATSER

- (55) När det gäller detaljistsförsäljning av el till RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal i Tyskland kan situationen således sammanfattas på följande sätt: den sammanlagda marknadsandelen för de tre största detaljhandelsföretagens försörjning är låg, graden av leverantörsbyte är tillfredsställande, det finns ingen reglering av slutanvändarpriset och grossistmarknadens likviditet är hög. I sitt yttrande bedömer BKartA att dessa marknader är direkt konkurrensutsatta.
- (56) Med beaktande av de omständigheter som granskats i skälen 32–45 bör villkoret om direkt konkurrensutsättning i artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU anses vara uppfyllt när det gäller detaljistsförsäljning av el till RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal på hela Förbundsrepubliken Tysklands territorium.
- (57) När det gäller detaljistsförsäljning av naturgas till RLM- och SLP-kunder i Tyskland med särskilda avtal kan situationen således sammanfattas på följande sätt: den sammanlagda marknadsandelen för de tre största detaljhandelsföretagen är låg, graden av leverantörsbyte är tillfredsställande, det finns ingen reglering av slutanvändarpriset och grossistmarknadens likviditet är hög. I sitt yttrande bedömer BKartA att dessa marknader är direkt konkurrensutsatta.
- (58) Med beaktande av de omständigheter som granskats i skälen 46–54 bör villkoret om direkt konkurrensutsättning i artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU anses vara uppfyllt när det gäller detaljistsförsäljning av naturgas till RLM- och SLP-kunder med särskilda avtal på hela Förbundsrepubliken Tysklands territorium.
- (59) Detta beslut bygger på den rättsliga och faktiska situationen från mars 2016 till maj 2016 såsom den framgår av de uppgifter som lämnats in av sökanden och av BKartA. Beslutet kan komma att ändras, om villkoren för tillämpningen av artikel 34 i direktiv 2014/25/EU inte längre uppfylls, till följd av betydande förändringar av den rättsliga och faktiska situationen.
- (60) Eftersom vissa tjänster med anknytning till detaljistsförsäljning av el ⁽⁵⁵⁾ och gas ⁽⁵⁶⁾ även fortsättningsvis omfattas av direktiv 2014/25/EU, bör det påpekas att upphandlingskontrakt som omfattar flera typer av verksamhet bör behandlas i enlighet med artikel 6 i det direktivet. Detta betyder att hänsyn bör tas till den verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser, när en upphandlande enhet sysslar med "blandad" upphandling, dvs. upphandling både för utövandet av verksamhet som är undantagen från tillämpningen av direktiv 2014/25/EU och verksamhet som inte är undantagen. Bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU är tillämpliga på sådan blandad upphandling om huvudsyftet är att stödja verksamhet som inte är undantagen. Om det är objektivt omöjligt att avgöra för vilken verksamhet kontraktet främst är avsett, bör kontraktet tilldelas enligt reglerna i artikel 6.3 i direktiv 2014/25/EU ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ För den totala försäljningen, se övervakningsrapport 2015, s. 245 och 291 och följande.

⁽⁵⁴⁾ Se fotnot 43.

⁽⁵⁵⁾ Standard- och reservleverans till SLP-kunder och leverans av el för uppvärmning.

⁽⁵⁶⁾ Standard- och reservleverans till SLP-kunder.

⁽⁵⁷⁾ Tillämpningen av artikel 9 i direktiv 2004/17/EG ger samma resultat.

- (61) De åtgärder som föreskrivs i detta beslut är förenliga med yttrandet från rådgivande kommittén för offentliga upphandlingskontrakt.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Direktiv 2014/25/EU ska inte tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och syftar till att medge genomförandet av följande verksamheter:

- a) Detaljistförsäljning av el till kunder vars elförbrukning registreras genom konsumtionsmätning (registrierende Leistungsmessung, RLM) och kunder vars elförbrukning debiteras på grundval av en normal förbrukningsprofil (SLP), med undantag av SLP-kunder som försörjts inom ramen för de standardleveransvillkor som fastställts enligt lag och marknaden för elvärme på Förbundsrepubliken Tysklands territorium.
- b) Detaljistförsäljning av naturgas till kunder vars förbrukning registreras genom konsumtionsmätning (registrierende Leistungsmessung, RLM) och kunder vars förbrukning debiteras på grundval av en normal förbrukningsprofil (SLP), med undantag av SLP-kunder som försörjts inom ramen för de standardleveransvillkor som fastställts enligt lag på Förbundsrepubliken Tysklands territorium.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 15 september 2016.

På kommissionens vägnar
Elżbieta BIEŃKOWSKA
Ledamot av kommissionen
