

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 22 december 2008

om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster inte ska tillämpas på produktion av el i Tjeckien

[delgivet med nr K(2008) 8569]

(Endast den tjeckiska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2009/47/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT
DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen,

med beaktande av 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 ⁽¹⁾, särskilt artikel 30.4 och 30.6,

med beaktande av den ansökan som Republiken Tjeckien lämnade in per e-post den 3 juli 2008,

efter samråd med rådgivande kommittén för offentlig upphandling, och

av följande skäl:

I. BAKGRUND

- (1) Den 3 juli 2008 mottog kommissionen per brev en begäran från Tjeckien i enlighet med artikel 30.4 i direktiv 2004/17/EG. I ett e-brev av den 26 september 2008 begärde kommissionen kompletterande upplysningar, som de tjeckiska myndigheterna överlämnade i ett e-brev av den 9 oktober 2008.
- (2) Den begäran som Republiken Tjeckien har inkommit med avser produktion av el.
- (3) Begäran åtföljdes av en skrivelse från en oberoende nationell myndighet, (Energetický regulační úřad, den tjeckiska energitillsynsmyndigheten), samt en skrivelse från ytterligare en oberoende myndighet (Úřad pro ochranu

hospodářské soutěže, den tjeckiska konkurrensmyndigheten). Båda dessa myndigheter analyserar tillträdevillkoren till den relevanta marknaden och finner att denna är obegränsad, men samtidigt fastslår ingen av dem att de ytterligare villkoren som rör marknadens direkta konkurrensutsättning är uppfyllda i fråga om elproduktion i Tjeckien.

II. RÄTTSLIG RAM

- (4) Enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG ska kontrakt som syftar till att medge utförandet av en av de verksamheter som direktivet är tillämpligt på inte omfattas av direktivet, om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Bedömningen av om en verksamhet är direkt konkurrensutsatt ska grunda sig på objektiva kriterier med beaktande av de speciella omständigheterna i den berörda sektorn. Tillträdet till marknaden betraktas som fritt om medlemsstaten har genomfört och tillämpar de relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten genom vilka en viss sektor eller en del av en sådan konkurrensutsätts. Rättsakterna förtecknas i bilaga XI till direktiv 2004/17/EG, där det för elsektorns del hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el ⁽²⁾. Direktiv 96/92/EG har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG ⁽³⁾, enligt vilket det krävs en ännu högre grad av marknadsöppnande.
- (5) Tjeckien har genomfört och tillämpar inte bara direktiv 96/92/EG, utan också direktiv 2003/54/EG och har därigenom valt att införa juridisk och organisatorisk uppdelning för överförings- och distributionsnät, utom för de minsta distributionsföretagen. Dessa fortsätter att omfattas av särredovisningen, men är undantagna från kraven på juridisk och organisatorisk uppdelning om de har färre än 100 000 kunder eller levererar till elsystem som 1996 hade en konsumtion på mindre än 3 TWh. Vidare har det skett en uppdelning av ägandet av den systemansvarige för överföringssystemet, CEPS. Därför bör i enlighet med artikel 30.3 första stycket tillträdet till marknaden anses vara fritt.

⁽¹⁾ EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

⁽²⁾ EGT L 27, 30.1.1997, s. 20.

⁽³⁾ EUT L 176, 15.7.2003, s. 37.

- (6) Den direkta konkurrensutsättningen bör bedömas på grundval av flera olika indikatorer varav ingen i sig är utslagsgivande. När det gäller de marknader som berörs av detta beslut utgör de viktigaste aktörernas marknadsandelar på en viss given marknad ett kriterium som bör beaktas. Ett annat kriterium är koncentrationsgraden på dessa marknader. Med tanke på de berörda marknadernas egenskaper bör ytterligare kriterier också beaktas, som balansmekanismens funktion, priskonkurrens och den utsträckning i vilken kunder byter leverantör.

- (7) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna.

III. BEDÖMNING

- (8) Den begäran som har lämnats in av Tjeckien avser produktion av el.

- (9) Republiken Tjeckien anser i sin begäran att den relevanta geografiska marknaden avser en marknad som är större än det nationella territoriet och omfattar territorierna för Tjeckien, Polen, Slovakien, Österrike och Tyskland. Det hävdas att det som främst motiverar denna marknadsdefinition är den höga graden av sammanlänkningskapacitet (med flera medlemsstater) i förhållande till inhemsk elkraftgenerering och efterfrågan. Enligt de upplysningar som de tjeckiska myndigheterna lämnade i sitt svar av den 9 oktober 2008 exporterades 25,6 TWh 2007 och under samma år importerades 9,5 TWh. Tjeckien är således en nettoexportör av elektricitet med en nettoexport på 16,1 TWh, vilket motsvarar nästan 20 %⁽¹⁾ av den totala elproduktionen netto (81,4 TWh). Ett ytterligare argument som anfördes som belägg för en vidare geografisk marknad är en utveckling mot priskonvergens mellan den nationella marknaden inom Tjeckien och den tyska marknaden liksom en allt större roll för energibörsen i Prag, PXE.

- (10) En relativt hög sammanlänkningskapacitet och priskonvergens räcker emellertid inte för att beskriva en relevant marknad. De lokala marknadsreglerna, särskilt en marknadsaktörs dominerande ställning och oumbärlighet (vilket är fallet i Tjeckien med operatören CEZ) kan också leda till en snävare definition av marknaden. I det här

sammanhanget är det viktigt att konstatera att, enligt de tjeckiska myndigheternas svar av den 9 oktober 2008, den övervägande delen av den ökande volymen på energibörsen PXE härrör från transaktioner som inbegriper CEZ. Kommissionen har vidare i sin utredning av energisektorn⁽²⁾, med avseende på möjliga definitioner av geografisk marknad som går utöver den nationella ramen, analyserat huruvida vissa länder i Centraleuropa skulle kunna ingå som en del av möjliga par av relevanta marknader. När det gäller länderparet Österrike–Tyskland förhindrade den dominerande operatörens storlek i förening med överlastningen på det interna österrikiska nätet kommissionen från att dra slutsatsen att den relevanta marknaden skulle vara vidare än den nationella marknaden. På motsvarande sätt i fråga om Tjeckien och Slovakien leder de respektive dominerande operatörernas storlek och deras oumbärlighet när det gäller att möta efterfrågan till slutsatsen att även dessa båda länderpar inte är del av en och samma relevanta geografiska marknad. Kommissionen har dessutom nyligen undersökt de österrikiska och polska elproduktionsmarknaderna och kom fram till att de var nationella i geografisk räckvidd⁽³⁾. I sitt nyligen av den 26 november 2008 fattade beslut K(2008) 7367⁽⁴⁾ i ett antitrustärende riktat till E.ON beträffande den tyska grossistmarknaden slutligen, ansåg kommissionen att den marknaden var nationell i sin räckvidd, och att grannländer (vare sig västerut eller österut) inte utgör en del av en bredare geografisk marknad.

- (11) Följaktligen bör förekomsten av en regional marknad förkastas. Detta är också förenligt med yttrandet från den tjeckiska konkurrensmyndigheten att "vid bedömningen av [tillämpningen enligt artikel 30], utgick myndigheten, med beaktande av dess befintliga granskning, från antagandet att den relevanta marknaden för produktion av el bör, i geografiskt hänseende, definieras av Tjeckiens territorium." Därför bör Republiken Tjeckiens territorium betraktas som den relevanta marknaden vid bedömningen av huruvida villkoren i artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG är uppfyllda.

- (12) Såsom framgår av en fast praxis⁽⁵⁾ vad gäller kommissionens beslut enligt artikel 30 ansåg kommissionen,

⁽²⁾ Se KOM(2006) 851 slutlig, 10.1.2007: Kommissionens meddelande: Utredning i enlighet med artikel 17 i förordning (EG) nr 1/2003 av de europeiska gas- och elsektorerna (nedan kallad *slutrappporten*) bilaga B, punkt A2.7, s. 339.

⁽³⁾ Se kommissionens beslut 2008/585/EG av den 7 juli 2008 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 av el i Österrike (EUT L 188, 16.7.2008, s. 28) och kommissionens beslut 2008/741/EG av den 11 september 2008 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster inte ska tillämpas på produktion och grossistförsäljning av el i Polen (EUT L 251, 19.9.2008, s. 35).

⁽⁴⁾ Ännu ej offentliggjort i EUT. Se pressrelease IP/08/1774 av den 26 november 2008.

⁽⁵⁾ Senast i ovan nämnda beslut 2008/585/EG och 2008/741/EG.

⁽¹⁾ 19,78 %. Den totala elexporten (brutto) uppgick till 31,45 % av den totala elproduktionen netto, medan den totala elimporten uppgick till 11,67 % av den totala elproduktionen netto. Jämfört med den totala elförbrukningen netto 2007 (omkring 59,7 TWh enligt de tjeckiska myndigheterna) uppgick den totala elexporten till 42,88 % och elexporten netto till 26,97 %, medan den totala elimporten uppgick till 15,91 % av den inhemska elförbrukningen netto.

i fråga om elproduktion, att "en indikator på konkurrensgraden på de nationella marknaderna är den totala marknadsandelen för de tre största producentererna". Enligt tabell "6: Ställningen för grossistmarknaden", s. 12 ff. i "Kommissionens arbetsdokument: Följedokument till rapport om framstegen i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden" ⁽¹⁾ uppgick de tre största producenternas andel 2006 till 69,4 % av elproduktionen och ökade till 73,9 % 2007. Enligt de upplysningar som de tjeckiska myndigheterna lämnade i sitt svar av den 9 oktober 2008, stod det dominerande företaget för nästan 70 % av den totala befintliga elproduktionskapaciteten, medan den nästa största och tredje största producenten stod för 3,5 respektive 3 %. Dessa koncentrationsnivåer är högre än det motsvarande procentandel, 39 %, som det hänvisas till när det gäller Förenade kungariket i kommissionens beslut 2006/211/EG ⁽²⁾ och 2007/141/EG ⁽³⁾. De är också betydligt högre än den nivå (52,2 %) som i kommissionens beslut 2008/585/EG ⁽⁴⁾ anges för Österrike och är likaså högre än den nivå (58 % av elproduktionen brutto) som anges i kommissionens beslut 2008/741/EG ⁽⁵⁾ i fråga om Polen.

- (13) De tjeckiska koncentrationsnivåerna när det gäller de tre största operatörerna är slutligen snarlika eller lägre än de motsvarande nivåer för Finland (73,6 %) och Sverige (86,7 %) som anges i kommissionens beslut 2006/422/EG ⁽⁶⁾ och 2007/706/EG ⁽⁷⁾. Det finns emellertid en viktig skillnad mellan den tjeckiska situationen å

ena sidan och den svenska och finska å andra sidan. I Tjeckien finns det framför allt en enda dominerande operatör medan de övriga två av de tre största operatörerna har marknadsandelar som är tjugofalt mindre (med 3 % som den lägsta andelen och nästan 70 % som den högsta). I Finland visar motsvarande siffror att operatören med en marknadsandel på 18,3 % hade den minsta marknadsandelen av de tre största operatörerna och operatören med en marknadsandel på 33,70 % den största marknadsandelen. Situationen är likartad i Sverige där det finns ett spann på mellan som lägst 17,4 % och som högst 47,1 % i marknadsandel.

- (14) Det är skäl att påpeka i detta sammanhang att enligt EG-domstolens fasta rättspraxis ⁽⁸⁾ "är mycket stora marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, tecken på förekomsten av dominerande ställning. Så är fallet med en marknadsandel på 50 %".

- (15) Importerad elektricitet står för drygt 11 % av Tjeckiens totala efterfrågan på el ⁽⁹⁾, vilket, även om den överstiger andelen importerad el i Polen, är mindre än hälften av elimportandelen i Österrike ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾. I det svenska och finska fallet kompenseras dock koncentrationsnivåerna av att det på marknaden finns "ett konkurrenstryck (...) eftersom el kan importeras från leverantörer utanför territoriet (...)" ⁽¹²⁾. Det är därför svårt att finna att det skulle föreligga ett betydande konkurrenstryck från importerad el i Tjeckien och det förhållande att det skulle finnas transportkapacitet för att väsentligt höja importnivån är enbart teoretiskt eftersom Tjeckien har varit en nettoexportör varje år åtminstone sedan 2003 och på medellång sikt kommer att fortsätta att vara det. Denna koncentrationsgrad kan därför inte ses som en indikator på att produktions- och grossistmarknaderna direkt utsetts för konkurrens.

- (16) De tjeckiska myndigheternas svar av den 9 oktober 2008 antyder också att CEZ planerar merparten av framtida storskaliga elproduktionsprojekt i fråga om kraftöverföringsnät, särskilt genom planerad utbyggnad av kärnkraften, planerade investeringar för att förlänga driften vid det befintliga kärnkraftsverket Dukovany samt

⁽¹⁾ KOM(2008) 192 slutlig, 15.4.2008, i det följande kallad *bilaga till 2007 års framstegsrapport*. Själva rapporten SEK(2008) 460 kommer att kallas *2007 års framstegsrapport*.

⁽²⁾ Kommissionens beslut av den 8 mars 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktionen i England, Skottland och Wales, (EUT L 76, 15.3.2006, s. 6).

⁽³⁾ Kommissionens beslut av den 26 februari 2007 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktionen i England, Skottland och Wales (EUT L 62, 1.3.2007, s. 23).

⁽⁴⁾ Kommissionens beslut av den 7 juli 2008 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 av el i Österrike (EUT L 188, 16.7.2008, s. 28).

⁽⁵⁾ Kommissionens beslut 2008/741/EG av den 11 september 2008 om fastställande av att artikel 30.1 i 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 inte ska tillämpas på produktion och grossistförsäljning av el i Polen (EUT L 251, 19.9.2008, s. 35).

⁽⁶⁾ Kommissionens beslut av den 19 juni 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktion och elförsäljning i Finland utom Åland (EUT L 168, 21.6.2006, s. 33).

⁽⁷⁾ Kommissionens beslut 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 när det gäller produktion och försäljning av el i Sverige (EUT L 287, 1.11.2007, s. 18).

⁽⁸⁾ Se punkt 38 i Förstainstansrättens dom (tredje avdelningen) av den 28 februari 2002. *Atlantic Container Line AB m.fl. mot Europeiska kommissionen*. Mål T-395/94. Rättsfallssamling 2002, s. II-00875.

⁽⁹⁾ Dvs. den mängd el som behövs för intern konsumtion och export.

⁽¹⁰⁾ 23,5 % enligt uppgifter från österrikiska myndigheter.

⁽¹¹⁾ Skäl 10 i beslut 2008/585/EG. "[...] importerad el stod för cirka en fjärdedel av det totala behovet, särskilt el för grundbelastningen."

⁽¹²⁾ Skäl 12 i beslut 2007/706/EG. När det gäller Sverige och Finland har förekomsten av en regional marknad lämnats öppen, vilket, om det tas som referens, innebär att koncentrationsnivåerna hamnar på 40 %.

projekterade kol- och gaseldade elkraftverk. Förutom CEZ:s planer finns det även andra projekt, särskilt på området förnybara energikällor, som delvis planeras av andra operatörer på området för elöverföring och särskilt eldistribution.

- (17) Trots att balansmekanismerna endast står för en liten del av den totala producerade och/eller konsumerade el-volymer i en medlemsstat, bör balansmekanismernas sätt att fungera betraktas som ytterligare en indikator. Enligt nu tillgängliga uppgifter är balansmekanismens funktionssätt – särskilt den marknadsbaserade prissättningen och den välutvecklade intraday-marknaden med tidsgränser varje timme eller halvtimme för anbudsgivning, dvs. möjlighet för nätanvändare att ändra sina positioner varje timme eller halvtimme – sådant att det bör ses som en indikation på direkt konkurrensutsättning.
- (18) På grund av särdragen för el som produkt och eftersom det knappt finns några lämpliga ersättningsprodukter och ersättningstjänster, får priskonkurrens och prisbildning större betydelse vid en bedömning av konkurrenssituationen på elmarknaderna. När det gäller stora slutförbrukare i industrin kan antalet kunder som byter leverantör utgöra en indikator på priskonkurrens och är på så sätt indirekt "en naturlig indikator" på hur väl konkurrensen fungerar. Om få kunder byter leverantör fungerar marknaden förmodligen inte optimalt, även om man inte bör bortse från fördelarna med möjligheten att omförhandla med den tidigare leverantören ⁽¹⁾. Dessutom har "en förekomst av reglerade slutanvändarpriser helt klart en avgörande betydelse för kundbeteendet [...] Även om det kan vara motiverat att behålla en reglering under en övergångsperiod kommer en sådan reglering i allt högre grad att orsaka snedvridningar när behovet av investeringar rycker närmare" ⁽²⁾.
- (19) Enligt senast tillgängliga uppgifterna har bytesfrekvensen i Tjeckien betecknats som varande på en "hög nivå" ⁽³⁾ och, enligt de senaste uppgifter som de tjeckiska myndigheterna lämnat i deras svar av den 9 oktober, att "nästan varannan kund inom storkundsegmentet har bytt elleverantör sedan elmarknaden öppnades för konkurrens". Detta måste ses mot bakgrund till den situation som beskrivs i de tidigare besluten om elsektorn där bytesfrekvensen för stora och mycket stora industrikunder varierade mellan 75 % (beslut 2006/422/EG beträffande

Finland) och 41,5 % (beslut 2008/585/EG beträffande Österrike). Vidare har leveransmarknaderna (för hushåll, industrikunder osv.) i kommissionens tidigare beslutspraxis definierats som separata produktmarknader och kan, på grund av påverkan av starka och väletablerade leverantörsföretag, uppvisa en annorlunda konkurrensbild än grossistmarknaden eller produktionsmarknaden. Den höga bytesfrekvensen kan därför inte tjäna som en otvetydig indikator på direkt konkurrensutsättning.

- (20) Situationen för produktion och grossistförsäljning av el i Tjeckien kan därför sammanfattas på följande sätt: De sammanlagda marknadsandelarna för de tre största elproducenterna är höga, vad som är viktigare är att den största elproducenten för egen del står för nästan 70 %, och detta uppvägs inte av importerad elektricitet eftersom Tjeckien tvärtom har varit stadig nettoexportör av betydande elvolym under de senaste fem åren. Enligt det som anges i skäl 17 utgör inte balansmekanismens funktionssätt ett hinder för direkt konkurrensutsättning av marknaden för elproduktion och det föreligger en hög bytesfrekvens. Den väl fungerande balanseringsmekanism och en hög bytesfrekvens kan dock inte uppväga den tämligen höga koncentrationsgraden, och i synnerhet den största producentens höga marknadsandel, också i beaktande av den rättspraxis som anges i ovanstående skäl 14.

IV. SLUTSATSER

- (21) Mot bakgrund av de faktorer som diskuteras i skälen 9–20 kan man sluta sig till att produktionen av el i Tjeckien för närvarande inte är direkt konkurrensutsatt. Därför gäller artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG inte avtal avsedda att möjliggöra utövandet av sådan verksamhet i Tjeckien. Följaktligen bör direktiv 2004/17/EG fortsätta att tillämpas när upphandlande enheter tilldelar avtal i syfte att möjliggöra produktion av el i Tjeckien eller när de anordnar projekttävlingar avseende sådan verksamhet i Tjeckien.
- (22) Detta beslut grundas på de rättsliga och faktiska omständigheter i juli–oktober 2008 som framgår av de uppgifter som lämnats av Republiken Tjeckien, meddelandet från 2007 och arbetsdokumentet från 2007, slutrapporten samt 2007 års framstegsrapport och bilagan till den. Det kan komma att ändras om betydande förändringar i de rättsliga och faktiska förhållandena skulle medföra att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG uppfylls.

⁽¹⁾ Rapporten från 2005, s. 9.

⁽²⁾ Den tekniska bilagan, s. 17.

⁽³⁾ Se 2007 års framstegsrapport, s. 8, punkt 7.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG är inte tillämplig på produktion av el i Tjeckien. Direktiv 2004/17/EG ska följaktligen fortsätta att tillämpas på kontrakt som ingås av upphandlande enheter i avsikt att göra det möjligt för dessa att bedriva sådan verksamhet i Tjeckien.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Republiken Tjeckien.

Utfärdat i Bryssel den 22 december 2008.

På kommissionens vägnar

Charlie McCREEVY

Ledamot av kommissionen
