II

(Rättsakter som antagits i enlighet med EG- och Euratomfördragen och vars offentliggörande inte är obligatoriskt)

BESLUT

KOMMISSIONEN

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 (försörjningsdirektivet), när det gäller produktion och försäljning av el i Sverige

[delgivet med nr K(2007) 5197]

(Endast den svenska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2007/706/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 (försörjningsdirektivet) [1], särskilt artikel 30.4 och 30.6,

med beaktande av den ansökan som Sverige lämnade per e-post den 29 juni 2007,

efter samråd med rådgivande kommittén för offentlig upphandling, och

av följande skäl:

I **Bakgrund**

(1) Den 29 juni 2007 lämnade Sverige en ansökan per e-post till kommissionen i enlighet med artikel 30.4 i direktiv 2004/17/EG. I ett e-brev av den 20 juli 2007 begärde kommissionen kompletterande upplysningar, som de svenska myndigheterna, efter en förlängning av den ursprungliga tidsfristen, överlämnade i ett e-brev av den 17 augusti 2007.

(2) Sveriges ansökan gäller produktion och försäljning (grossist- och detaljistförsäljning) av el.

(3) Ansökan åtföljs av slutsatser från den oberoende nationella myndigheten, Konkurrensverket, om att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG är uppfyllda.

II **Regelverk**

(4) Enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG ska kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet 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

[1] EUT L 134, 30.4.2004, s. 1. Direktivet senast ändrat genom rådets direktiv 2006/97/EG (EUT L 363, 20.12.2006, s. 107).

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 ([1]). 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 ([2]), där det krävs en ännu högre grad av marknadsöppnande.

(5) Sverige har genomfört och tillämpar inte bara direktiv 96/92/EG utan även direktiv 2003/54/EG och har valt att införa full åtskillnad när det gäller ägande av överföringsnät samt juridisk och funktionell åtskillnad när det gäller distributionsnät, utom när det gäller de minsta företagen, som är befriade från kraven på funktionell åtskillnad. Därför bör i enlighet med artikel 30.3 första stycket tillträdet till marknaden anses vara fritt.

(6) Den direkta konkurrensutsattheten 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 de viktigaste aktörernas marknadsandelar på en viss specifik 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 graden av likviditet, balansmarknadens funktion, graden av priskonkurrens och den utsträckning i vilken kunder byter leverantör.

(7) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna.

III **Bedömning**

(8) Sveriges ansökan gäller produktion och försäljning (grossist- och detaljistförsäljning) av el.

(9) Grossistmarknaden för el i Sverige är till stor del integrerad i den nordiska energimarknaden, som består av Danmark, Norge, Sverige och Finland. Den består av en bilateral handelsmarknad mellan producenter å ena sidan och leverantörer och industriföretag å andra sidan, samt en frivillig nordisk elbörs, Nord Pool, som har en spotmarknad och en terminsmarknad. Detta samt Nord Pools ([3]) utformning som en integrerad marknad visar att det finns en tydlig utveckling mot en grossistmarknad som omfattar regionen Norden. Flaskhalsar i överföringen (överbelastning) en del av tiden delar emellertid upp det nordiska området i sex geografiskt tydliga prisområden, varav Sverige är ett. Sverige har fem huvudförbindelser mellan sina nät och näten i andra delar av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (västra Danmark – Sverige, östra Danmark – Sverige, Sverige – södra Norge, Sverige – norra Norge och Sverige – Finland). Under 2005 var den mest belastade av dessa fem förbindelser överbelastad under 52 % av tiden och den minst belastade förbindelsen överbelastad under 8 % av tiden ([4]). Detta inträffade dock sällan samtidigt i alla fem förbindelser. Enligt de svenska myndigheterna var Sverige följaktligen ett helt separat prisområde, dvs. utan förbindelser med något annat prisområde, under 0,5 % av antalet timmar 2005. En översikt över de områden som haft förbindelser med Sverige sedan 2001 visar vidare att Sverige hade förbindelser med åtminstone fyra av de sex andra prisområdena – Norge var tidigare uppdelat i tre områden i stället för de nuvarande två – under 82,4 % av tiden ([5]). Följaktligen, och i linje med kommissionens praxis ([6]), kommer frågan huruvida marknaden är nationell eller regional att lämnas öppen, eftersom resultatet av analysen blir detsamma oavsett om den grundas på en smal eller en vidare definition.

(10) Av i huvudsak samma skäl finns det också en tydlig utveckling mot en nordisk regional marknad när det gäller elproduktion, även om flaskhalsar i överföringen och begränsningar av kapaciteten – i storleksordningen 24 % av den installerade produktionskapaciteten i Sverige – i förbindelserna mellan de svenska näten och näten i andra områden av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet kan leda till att marknaden temporärt begränsas till att omfatta Sveriges territorium. Även i detta avseende kommer frågan huruvida marknaden är nationell eller regional att lämnas öppen, eftersom resultatet av analysen blir detsamma oavsett om den grundas på en smal eller en vidare definition.

([1]) EGT L 27, 30.1.1997, s. 20.
([2]) EUT L 176, 15.7.2003, s. 37.
([3]) Se s. 334, punkt A.2 5 i KOM(2006) 851 slutlig, 10.1.2007. Meddelande från kommissionen: Utredning i enlighet med artikel 17 i förordning (EG) nr 1/2003 av de europeiska gas- och elsektorerna (nedan kallad ”slutrapporten”).
([4]) Se s. 333, punkt A.1, tabell c i slutrapporten.
([5]) Punkt 28 i ärende COMP/M.3867 Vattenfall/Elsam och E2 Assets, 22.12.2005.
([6]) Se ovannämnda ärende COMP/M.3867, punkterna 22–33, och kommissionens beslut 2006/422/EG 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). Se i det avseendet även slutrapporten, s. 334, punkt A.2.5.

(11) Som det bekräftas av de svenska myndigheterna utgörs detaljistmarknaden av Sveriges territorium, beroende på bl.a. skillnader i beskattning och regler för balansansvar mellan de nordiska länderna. Konkurrensverket säger vidare uttryckligen att detaljistmarknaden ”är nationell, främst som en följd av ett antal tekniska och regleringsmässiga hinder för att slutkunder ska kunna köpa el från elhandlare i andra länder”.

(12) I meddelandet från kommissionen till rådet och Europaparlamentet – Rapport om framsteg i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden ([1]) (nedan kallad ”rapporten från 2005”) anges att på ”många nationella marknader kännetecknas dessutom branschen av hög koncentration, vilket hindrar utvecklingen av en väl fungerande konkurrens” ([2]). Således anses det när det gäller elproduktion att en ”indikator på konkurrensgraden på de nationella marknaderna är den totala marknadsandelen för de tre största producenterna” ([3]). Enligt de ”tekniska bilagorna” ([4]) är den sammanlagda marknadsandelen för de tre största producenterna på den nordiska marknaden 40 % ([5]), vilket är en tillfredsställande låg nivå. När det gäller Sveriges territorium var den sammanlagda marknadsandelen för de tre största producenterna givetvis större 2004 och låg på 86,7 % ([6]). Den period under vilken den svenska marknaden var isolerad motsvarade emellertid bara 0,5 % av antalet timmar 2005 ([7]). På den svenska marknaden finns det således ett konkurrenstryck under en betydande del av året eftersom el kan importeras från leverantörer utanför Sveriges territorium, i synnerhet som inga överföringsavgifter tas ut mellan de nordiska länderna. Eftersom förbindelserna mellan Sverige och andra prisområden ofta inte är överbelastade kan investeringar i elsektorn inte göras på svenskt territorium utan hänsyn till andra producenter på den nordiska marknaden. Dessa faktorer bör därför ses som en indikation på att produktionsmarknaden är direkt utsatt för konkurrens, oavsett om man ser till den nationella svenska marknaden eller till den framväxande regionala marknaden.

(13) Graden av koncentration, liksom graden av likviditet, är också bra indikatorer för konkurrensen på grossistmarknaden för el. På regional nivå såldes under perioden 2004–2005 ([8]) 42,82 % av den i Norden förbrukade elen via Nord Pool Spot AS – den frivilliga nordiska elbörs som nämns i skäl 9. På denna typ av elbörs har enligt slutrapporten graden av koncentration när det gäller produktion direkt motsvarighet i en tämligen stabil likvärdig ([9]) koncentration på själva börsen ([10]). För de tre största producenterna i Norden är andelen 40 % ([11]), vilket för en regional marknad är en tillfredsställande nivå. När det gäller enbart den svenska marknaden var den sammanlagda marknadsandelen för de tre största aktörerna på grossistmarknaden givetvis större 2006 och låg på 86 % ([12]). Det bör emellertid understrykas att det på grossistnivå råder konkurrens mellan de tre stora aktörerna och ett flertal mindre aktörer på den svenska marknaden. När det gäller förbindelserna till det nordiska området bör det återigen noteras att de ovan nämnda flaskhalsproblemen (överbelastning) inte är konstanta utan av tillfällig karaktär. Utöver den inhemska konkurrensen finns det således ofta ett externt konkurrenstryck på den svenska marknaden, eftersom el kan erhållas utanför Sveriges territorium. Detta åskådliggörs av att Sverige är den tredje största nettoimportören av el i EU, mätt i procent av landets inhemska förbrukning ([13]), och har bl.a. sin grund i att några överföringsavgifter inte tas ut mellan de nordiska länderna. Konkurrensförhållandena på grossistmarknaden för el påverkas också starkt av den finansiella handeln med el inom det berörda marknadsområdet, som i fråga om volymer via Nord Pool var nästan två gånger så stor som förbrukningen i de nordiska länderna under 2005 ([14]) (och mer än fem gånger så stor under samma år ([15]) om övriga identifierade transaktioner som OTC [Over The Counter] eller direkt försäljning inkluderas). I de tekniska bilagorna ([16]) ansågs denna likviditetsgrad vara tillfredsställande, dvs. den utgjorde en indikator på en välfungerande och konkurrensutsatt marknad. Med tanke på den starka kopplingen mellan den svenska grossistmarknaden och den nordiska marknaden bör denna likviditetsgrad också anses skapa ett konkurrenstryck på den svenska marknaden. I slutrapporten rankas Nord Pool som en av de mest likvida och effektiva grossistmarknaderna för el ([17]). Dessa faktorer bör därför ses som en indikation på att grossistmarknaden är direkt utsatt för konkurrens, oavsett om man ser till den nationella svenska marknaden eller till den framväxande regionala marknaden.

(14) Med tanke på landets storlek är antalet företag på detaljistmarknaden ganska

([1]) KOM(2005) 568 slutlig, 15.11.2005.
([2]) Rapporten från 2005, s. 2.
([3]) Se rapporten från 2005, s. 7.
([4]) Se kommissionens arbetsdokument, tekniska bilagor till rapporten från 2005, SEK(2005) 1448.
([5]) De tekniska bilagorna, s. 44, tabell 4.1.
([6]) Enligt slutrapporten, bilaga C, s. 338.
([7]) Se skäl 9.
([8]) Slutrapporten, s. 126, punkt 380, tabell 16.
([9]) Kursivering och fet stil har införts för att underlätta läsningen.
([10]) S. 141, punkt 424.
([11]) De tekniska bilagorna, s. 44, tabell 4.1.
([12]) Enligt uppgifter från de svenska myndigheterna.
([13]) Slutrapporten, s. 112, punkt 319.
([14]) Slutrapporten, s. 127, punkt 383, tabell 17.
([15]) Slutrapporten, s. 127, punkt 383, tabell 17.
([16]) S. 44 och 45.
([17]) S. 193, punkt 581.

stort ([1]) enligt de svenska myndigheterna är antalet cirka 130, varav en betydande andel erbjuder landstäckande tjänster), och det gäller även antalet företag med en marknadsandel på över 5 %. Vid utgången av 2004 låg de tre största företagens sammanlagda marknadsandel i fråga om leveranser till alla användarkategorier (stora industriella användare, små och medelstora företag och mycket små kommersiella kunder och hushåll) på en tillfredsställande låg nivå, nämligen 50 % ([2]). Enligt de svenska myndigheternas uppgifter uppgick de tre största företagens sammanlagda andel på den svenska detaljistmarknaden till 43 % i fråga om antalet kunder under 2006. Dessa faktorer bör därför ses som en indikation på direkt konkurrensutsättning.

(15) Balansmarknadernas funktionssätt bör vidare betraktas som indikatorer inte bara när det gäller produktionen, utan även för grossist- och detaljistmarknaden. Varje ”marknadsaktör som har svårt att anpassa sin produktionssammansättning till sina kunders särdrag löper en risk som är knuten till skillnaden mellan det pris till vilket den systemansvarige för överföringssystemet säljer balanskraft och det pris till vilket denne återköper överskottsproduktion. Dessa priser kan antingen direkt föreskrivas den systemansvarige av tillsynsmyndigheten, eller så används en marknadsbaserad mekanism där priset bestäms av erbjudanden från andra producenter om att öka eller begränsa sin produktion […]. Det blir särskilt besvärligt för små marknadsaktörer om det finns risk för stora skillnader mellan inköpspriset från den systemansvarige och försäljningspriset. Detta förekommer i ett antal medlemsstater och är troligen skadligt för konkurrensutvecklingen. En stor prisspridning kan tyda på otillräcklig konkurrens på balansmarknaden, som kanske domineras av endast en eller två större producenter. Sådana svårigheter förvärras om nätanvändarna inte förmår ändra sin position nära leveranstidpunkten.” ([3]) I Norden finns en nästan helt integrerad balansmarknad för leverans av balanskraft och dess huvudegenskaper – marknadsbaserad prissättning, tidsgränser varje timme för anbudsgivning, dvs. möjlighet för nätanvändare att ändra sina positioner varje timme, och en liten spridning mellan inköpspriset från den systemansvarige och försäljningspriset – är sådana att de bör ses som en indikation på direkt konkurrensutsättning.

(16) Till följd av särdragen hos den berörda produkten (el) och knappheten på eller avsaknaden av lämpliga ersättningsprodukter och ersättningstjänster, får priskonkurrens och prisbildning större betydelse vid en bedömning av konkurrenssituationen på elmarknaderna. Antalet kunder som byter leverantör är en indikator på genuin 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” ([4]). 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” ([5]).

(17) I ett nyligen offentliggjort arbetsdokument från kommissionen ([6]) anges att ”det är väldigt vanligt att kunder byter leverantör på den svenska detaljistmarknaden för el. Sammanlagt 54 % av elkunderna har antingen omförhandlat sina kontrakt eller bytt leverantör sedan reformen av marknaden 1996. Konkurrensen när det gäller slutkunder anses i allmänhet fungera.” ([7]) Dessutom har Sverige ingen reglering av slutanvändarpriset ([8]), vilket innebär att företagen själva sätter sina priser och att dessa priser inte måste godkännas av en myndighet innan de börjar gälla. Situationen i Sverige är därför tillfredsställande när det gäller byte av leverantör och reglering av slutanvändarpriset och bör ses som en indikator på direkt konkurrensutsättning.

([1]) Som en jämförelse finns i Förenade kungariket sex huvudleverantörer som är aktiva på hushållsmarknaden, samt ytterligare företag som är aktiva inom segmentet för stora användare. Se kommissionens beslut 2007/141/EG 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 är tillämplig på leverans av el och gas i England, Skottland och Wales (EUT L 62, 1.3.2007, s. 23). Antalet företag på detaljistmarknaden i Finland är över 60 (se ovannämnda beslut 2006/422/EG).

([2]) De tekniska bilagorna, s. 45.

([3]) De tekniska bilagorna, s. 67 och 68.

([4]) Rapporten från 2005, s. 9.

([5]) De tekniska bilagorna, s. 17.

([6]) ”SEK(2006) 1709, 10.1.2007: Medföljande dokument till meddelandet från kommissionen till rådet och Europaparlamentet: Utsikterna för den inre el- och gasmarknaden – Rapport om genomförandet av KOM(2006) 841 slutlig. Nedan kallas dessa dokument Carbetsdokumentet från 2007” respektive ”meddelandet från 2007”.

([7]) Arbetsdokumentet från 2007, s. 158.

([8]) De tekniska bilagorna, s. 124.

IV **Slutsatser**

(18) Med tanke på de omständigheter som granskats i skälen 8–17 bör villkoren för direkt konkurrensutsatthet enligt artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG anses vara uppfyllda när det gäller produktion och försäljning (grossist- och detaljistnivå) av el i Sverige.

(19) Eftersom villkoret om obegränsat tillträde till marknaden anses vara uppfyllt bör vidare direktiv 2004/17/EG inte tillämpas när upphandlande enheter tilldelar kontrakt för produktion eller försäljning (grossist- och detaljistnivå) av el i Sverige och inte heller när upphandlande enheter organiserar projekttävlingar för utförandet av sådan verksamhet i Sverige.

(20) Detta beslut grundas på de rättsliga och faktiska omständigheter under perioden juni–augusti 2007 som framgår av de uppgifter som lämnats av Sverige och av rapporten från 2005 och de tekniska bilagorna till den, meddelandet från 2007, arbetsdokumentet från 2007 och slutrapporten. Beslutet kan komma att ändras om betydande förändringar av de rättsliga och faktiska omständigheterna skulle medföra att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG inte längre är uppfyllda.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Direktiv 2004/17/EG får inte tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter i avsikt att göra det möjligt för dessa att bedriva produktion eller försäljning av el i Sverige.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Konungariket Sverige.

Utfärdat i Bryssel den 29 oktober 2007.

På kommissionens vägnar
Charlie McCREEVY
Ledamot av kommissionen