BESLUT

KOMMISSIONENS GENOMFÖRANDEBESLUT

av den 20 maj 2011

som fastställer 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 (försörjningsdirektivet) inte är tillämplig på brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien

[delgivet med nr K(2011) 3406]

(Endast den tjeckiska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2011/306/EU)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt,

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, och

av följande skäl:

I. FAKTA

(1) Den 22 november 2010 mottog kommissionen en begäran per e-post från Republiken Tjeckien enligt artikel 30.4 i direktiv 2004/17/EG, där Tjeckien begärde undantag från bestämmelserna i direktiv 2004/17/EG för brytning av bituminöst kol. Kommissionen begärde via e-post den 21 januari 2011 kompletterande information. Svaret på denna begäran översändes av de tjeckiska myndigheterna via e-post den 9 februari 2011.

(2) Begäran åtföljdes av en skrivelse från en oberoende nationell myndighet (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, den tjeckiska konkurrensskyddsmyndigheten) i form av ett preliminärt yttrande av den 7 november 2008. Den tjeckiska konkurrensskyddsmyndigheten har analyserat villkoren för tillträde till den relevanta marknaden och funnit att detta är fritt. I yttrandet anges det dock inte att de övriga villkoren för direkt konkurrensutsättning uppfylldes för brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien.

(3) Den enda organisation som är verksam inom brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien är företaget OKD a.s., som är ett privat företag som ägs till 100 procent av ett privat nederländskt holdingbolag, New World Resources (NWR).

II. RÄTTSLIG RAM

(4) Enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG ska kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet som normalt omfattas av direktivet inte omfattas av detta om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. En bedömning av direkt konkurrensutsättning görs på grundval av objektiva kriterier, varvid hänsyn bör tas till den berörda sektorns särdrag. Tillträdet bedöms vara fritt om medlemsstaten har genomfört och tillämpar relevant EU-lagstiftning som öppnar en viss sektor eller en del av den för konkurrens. Denna lagstiftning förtecknas i bilaga XI till direktiv 2004/17/EG. För prospektering och brytning av kol och andra fasta bränslen finns dock ingen relevant lagstiftning om avreglering av denna sektor i bilaga XI. Följaktligen kan man inte förutsätta att tillträdet till marknaden är fritt, utan detta måste bevisas rättsligt och faktiskt.

(5) En granskning av de rättsliga bestämmelser som är tillämpliga på utfärdande av brytningslicenser i Tjeckien visar att licenser i dagsläget beviljas på ett icke-diskriminerande sätt utifrån en bedömning av den sökandes yrkesmässiga kvalifikationer och tekniska och ekonomiska förmåga att bedriva verksamheten. För ändamålet med detta beslut kan möjligheten att erhålla en brytningslicens i rättslig mening anses vara öppen.

(6) Direkt konkurrensutsättning ska bedömas utifrån olika indikatorer, varav ingen är avgörande i sig. När det gäller marknader som berörs av detta beslut utgör de sammanlagda marknadsandelarna för de tre huvudaktörerna på

[1] EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

en given marknad ett kriterium till vilket hänsyn ska tas ([2]). Ett annat kriterium är koncentrationsgraden på dessa marknader. Med tanke på de berörda marknadernas kännetecken bör hänsyn också tas till andra kriterier, såsom i vilken utsträckning kunderna byter leverantör.

(7) Detta beslut ska inte påverka tillämpningen av konkurrensreglerna.

III. **BEDÖMNING**

(8) Begäran från Republiken Tjeckien gäller brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien.

Marknadsdefinition

Produktmarknad

(9) Den tjeckiska begäran omfattar det som kallas ”primärmarknaden för bituminöst kol” och som innefattar produktion av bituminöst kol och grossistdistribution av kol ([3]). När konkurrensen på marknaden för produktion av bituminöst kol granskas måste hänsyn tas till kopplingarna mellan produktion och första försäljningen/grossistdistributionen av det bituminösa kol som bryts. Denna definition är också i linje med tidigare kommissionsbeslut ([4]) gällande utvinning av andra typer av bränslen.

(10) Det bituminösa kol som bryts har olika kemiska sammansättningar och kvaliteter beroende på de geologiska förhållandena i den enskilda åder där brytningen sker. Bituminöst kol kan delas in i kokskol och energikol. De båda typerna av bituminöst kol bryts på samma sätt, med samma tekniker, men de har helt olika slutanvändningar och olika kundbaser. Priserna skiljer sig och produkterna är inte utbytbara.

(11) Kokskol definieras som kol med en kvalitet som tillåter koksproduktion i masugn och är inte avsett för direktuppvärmning eller energiproduktion. Kokskol köps endast av företag som producerar koks. Kokskol är den enda råvaran för koksproduktion och har i dagsläget inga andra användningsområden. Kokskol kan inte ersättas med energikol.

(12) Energikol är kol som inte uppfyller kriterierna för kokskol. Energikol används i kraftverk som bränsle för produktion av el, värme och teknisk ånga, som en del av produktionsprocessen på industrianläggningar som sockerraffinaderier, tegelbruk, cementfabriker och kalkbruk m.m. Energikol kan ersättas med kokskol, men det skulle inte vara ekonomiskt hållbart att göra det.

(13) Kokskol kan indelas i ytterligare några kategorier efter kvalitet. Kokskol som kallas hårdkoks håller högst kvalitet, följt av de kategorier som kallas semikoks och gasverkskoks. Marknaden för de enskilda typerna av kokskol är dock inte åtskilda och ingen sådan åtskillnad kommer att göras för bedömningen i det här beslutet.

(14) Med tanke på det ovanstående, och i linje med ansökan, anses kokskol och energikol utgöra separata produktmarknader och ska därför granskas separat när det bedöms om villkoren i artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG uppfylls.

Geografisk marknad

(15) Enligt den tjeckiska begäran anses den relevanta geografiska marknaden vara större än det nationella territoriet och innefatta Republiken Tjeckien, Slovakien, Österrike, Polen och Ungern när det gäller kokskol. När det gäller energikol anser den sökande att den geografiska marknaden ska definieras som Republiken Tjeckien, Slovakien, Österrike, Polen, Ungern och Tyskland. Det främsta skäl som anges för denna marknadsdefinition är den viktiga ömsesidiga leveransen över gränserna, den utsträckning i vilken kunderna byter leverantörer och att inga administrativa hinder föreligger (tullhinder, kvoter osv.).

(16) Enligt ansökan ([5]) är Republiken Tjeckien nettoexportör av både kokskol och energikol. År 2009 exporterade Republiken Tjeckien 3 581 000 ton kokskol och 2 389 000 ton energikol ([6]), vilket utgjorde cirka 61 procent respektive 47 procent av den inhemska produktionen. Under samma år var importen till Republiken Tjeckien 771 000 ton kokskol och 954 000 ton energikol, vilket motsvarar 13 procent respektive 19 procent av den inhemska produktionen ([7]). Källan till importen var huvudsakligen Polen. Importen från Polen utgjorde faktiskt ungefär 90 procent för kokskol och 80 procent för energikol av den sammanlagda importen.

([2]) I linje med kommissionens fasta praxis (t.ex. kommissionens beslut 2009/47/EG (EUT L 19, 23.1.2009, s. 57; kommissionens beslut 2010/192/EU (EUT L 84, 31.3.2010, s. 52) osv.).

([3]) Se sidan 21 i ansökan: ”[…] det finns ingen marknad för brytning av bituminöst kol, marknaden kan definieras begreppsmässigt först i nästa fas, när producenterna säljer den kol som brutits”.

([4]) Se bl.a. kommissionens beslut av den 29 september 1999 i vilket kommissionen förklarade att en företagskoncentration var förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (Mål IV/M.1532 BP Amoco/Arco), punkt 14.

([5]) Se tabell 2 på sidan 39 i ansökan.

([6]) Europeiska kommissionens generaldirektorat för energi och transport, Coal and Oil Market Observatory – Supplies and requirements of solid fuels in 2009 in the Czech Republic.

([7]) Se fotnot 5.

(17) Den sökande hävdar att den kol som produceras av OKD i Republiken Tjeckien – oavsett om det gäller kokskol eller energikol – deltar i konkurrens inom en radie av 500 km, men det noteras att OKD:s kunder finns inom en radie av ungefär 350 km från produktionsstället för kolen i Ostrava.

(18) När det gäller försäljningen av kokskol har OKD en viktig kund i Republiken Slovakien, som köpte omkring 26 procent 2007 och 30 procent 2009 av OKD:s produktion, och en annan viktig kund i Österrike, som köpte 13 procent 2007 och 19 procent 2009 av OKD:s produktion. Bland sina viktigaste kunder utanför Republiken Tjeckien anger den sökande ett företag i Polen, men det företagets inköp utgör endast cirka 8 procent av OKD:s produktion.

(19) När det gäller energikol anger OKD utöver sina tjeckiska kunder en viktig kund i Österrike, som stod för omkring 12 procent 2007 och 21 procent 2009 av OKD:s försäljning och en kund i Tyskland med omkring 5 procent 2007 och 3 procent 2009 av försäljningen av energikol.

(20) Enligt ansökan är ”de tre största konkurrenterna starkt koncentrerade” ([8]), och detta kan faktiskt observeras på alla nationella marknader om dessa betraktas separat, både när det gäller energi- och kokskol. Den sökande vidgår också att ”den absoluta lejonparten av det kol som bryts konsumeras på den lokala marknaden” ([9]), och detta bekräftas i alla länder i det geografiska område som avses i ansökan där bituminöst kol produceras (Republiken Tjeckien, Polen, Tyskland).

(21) Enligt kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad ([10]) omfattar den relevanta geografiska marknaden det område inom vilket konkurrensen är tillräckligt likartad och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren. Det är därför värt att notera att kol importeras havsvägen till kustregionerna i Centraleuropa (särskilt norra Tyskland och norra Polen), och eftersom bland annat fraktkostnaderna till sjöss är betydligt lägre än kostnaderna för landtransporter kan konkurrensvillkoren därför vara annorlunda i dessa områden ([11]).

(22) I ansökan nämns det att en viktig avgörande faktor för kolpriset är en stabil och säker leverans och kontraktets löptid ([12]) samt att kontrakt för leverans av kol, oavsett om det rör sig om energikol eller kokskol, i allmänhet är långtidskontrakt.

([8]) Se ansökan, sid 23, punkt 6.
([9]) Se ansökan, sid 23, punkt 6.
([10]) Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 9.12.1997, s. 5).
([11]) Se ansökan, sid 14, punkt 4.
([12]) Se ansökan, sid 8, punkt 3.

(23) De kunder i Republiken Tjeckien som köper bituminöst kol köper det från OKD eller i begränsade kvantiteter från polska företag. Importen från andra länder ökar visserligen men har hittills inte varit särskilt omfattande ([13]).

(24) Med tanke på faktorerna ovan anses den geografiska marknaden vara begränsad till Republiken Tjeckien och Polen, både för kokskol och för energikol, när det bedöms om villkoren i artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG uppfylls. På grund av de ovannämnda skillnaderna mellan de regioner som lätt kan förses med kol havsvägen och de som kan ligga alltför långt från kusten för att ha den möjligheten skulle marknaden kunna vara ännu mindre och endast omfatta Republiken Tjeckien och södra Polen. Frågan kan dock lämnas öppen, eftersom den marknadsdefinition som ger den större marknaden är den som gynnar den sökande mer. Vid analysen ger båda marknadsdefinitionerna samma utfall.

Marknadsanalys

(25) När det gäller brytning av bituminöst kol anses det att en indikator för konkurrensgraden på de nationella marknaderna är de tre största producenternas sammanlagda marknadsandel.

Marknaden för kokskol

(26) OKD och två polska leverantörer av kokskol är utan jämförelse de viktigaste leverantörerna på den relevanta geografiska marknaden. OKD är den största leverantören av kokskol i Republiken Tjeckien (75,5 procent av marknaden i Republiken Tjeckien 2008). De båda polska leverantörerna av kokskol är de största leverantörerna i Polen (60,2 procent respektive 19,3 procent av den polska marknaden 2008). På den geografiska marknad som omfattar Republiken Tjeckien och Polen befanns de tre största producenternas sammanlagda marknadsandel 2008 vara cirka 93 procent. Det är också värt att notera att OKD:s främsta konkurrent har en egen marknadsandel på cirka 49 procent.

(27) Även om man utgår från en större marknad, som innefattar Republiken Tjeckien, Slovakien, Österrike, Polen och Ungern, som den sökande hävdar, skulle de tre största konkurrenternas sammanlagda marknadsandel fortfarande vara mycket hög (91,3 procent 2005, 87,7 procent 2006, 85 procent 2007 och 86,6 procent 2008 ([14])) och kan inte sägas vara en indikation på tillräcklig konkurrensutsättning på kokskolsmarknaden.

([13]) År 2009 utgjorde importen av kokskol från Förenta staterna cirka 1 procent av konsumtionen och importen av energikol från Ryssland utgjorde cirka 6 procent av konsumtionen. Enligt data som fortfarande är preliminära i den sökandes skrivelse av den 9 februari 2011 ökade andelen för importen av kokskol från Förenta staterna 2010 till 3 procent av konsumtionen och andelen för importen av energikol från Ryssland till 12 procent av den nationella konsumtionen.
([14]) Se tabell på sidan 58 i ansökan.

(28) Såsom tas upp i skäl 22 är en säker och stabil leverans viktig för kontraktsförhållandena. Den information den sökande lämnar om i vilken utsträckning kunderna byter leverantör av kokskol visar att det i princip inte sker några sådana byten för denna produkt. Kontrakten för leverans av kokskol är långtidskontrakt och inga bevis har lagts fram för att någon av OKD:s kunder har bytt från OKD till andra leverantörer. Följaktligen kan det inte antas att kokskolskunderna skulle vara villiga eller ens ha möjlighet att byta leverantör i händelse av en liten men kännbar prishöjning från OKD:s sida.

Marknaden för energikol

(29) OKD och två polska leverantörer av energikol är utan jämförelse de viktigaste leverantörerna på den relevanta geografiska marknaden. OKD är den största leverantören av energikol i Republiken Tjeckien (61,6 procent av marknaden i Republiken Tjeckien 2008). Två polska leverantörer av energikol är de största leverantörerna i Polen (52,5 procent respektive 17,7 procent av den polska marknaden 2008). På den geografiska marknad som omfattar Republiken Tjeckien och Polen befanns de tre största producenternas sammanlagda marknadsandel vara cirka 72 procent 2008. Det är också värt att notera att OKD:s främsta konkurrent hade en egen geografisk marknadsandel på omkring 50 procent, omfattande Tjeckien och Polen.

(30) Vidare finns det på alla de tre geografiska marknader för energikol som nämns i skäl 29 (Republiken Tjeckien enbart, Polen enbart och en geografisk marknad som omfattar båda länderna) en ekonomisk aktör som ensam har en marknadsandel på omkring 50 procent eller mer. I detta sammanhang finns det anledning att påpeka att enligt en fast rättspraxis ([15]) är ”mycket stora marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, tecken på förekomsten av en dominerande ställning. En sådan situation föreligger om marknadsandelen är 50 procent”.

(31) Även om man beaktar en marknad som är större än den nationella och omfattar Republiken Tjeckien, Slovakien, Österrike, Polen, Ungern och Tyskland, som den sökande hävdar, skulle de tre största konkurrenternas sammanlagda marknadsandel fortfarande vara relativt hög (62,7 procent 2005, 60,2 procent 2006, 56,9 procent 2007 och 57,3 procent 2008 ([16])).

(32) Liksom när det gäller kokskol är en säker och stabil leverans av energikol viktig för kontraktsförhållandena. De uppgifter som den sökande har lämnat om kundernas byten av leverantörer visar att ett antal av OKD:s kunder som köper energikol avbryter sina inköp från OKD vissa år eller att vissa ettårskontrakt eller spotkontrakt aldrig förnyades. Med tanke på att den sökande inte lämnade de uppgifter som begärdes om volymerna för berörda leveranser eller om deras andel av OKD:s produktion skulle det dock vara svårt att dra slutsatsen att någon av OKD:s kunder utan problem skulle kunna byta leverantör efter en liten men kännbar prishöjning från OKD:s sida.

IV. **SLUTSATSER**

(33) När det gäller brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien kan situationen därmed sammanfattas som följer: Både när det gäller energikol och kokskol är de tre största konkurrenternas sammanlagda marknadsandel hög på den geografiska marknaden, såsom denna definieras för ändamålet med det här beslutet. En annan, ännu viktigare omständighet är att den största producenten har en egen marknadsandel på nästan 50 procent, varför marknaderna ska betraktas som starkt koncentrerade. Såsom påpekas i skäl 20 konsumeras dessutom den absoluta lejonparten av det kol som bryts på den lokala marknaden. Informationen om i vilken utsträckning kunderna byter leverantör ger inget stöd för slutsatsen att en kund som köper bituminöst kol skulle vilja eller med lätthet skulle kunna byta leverantör i händelse av en liten men kännbar prishöjning.

(34) Den sökande vidgick också att det inte är realistiskt att en annan enhet skulle skaffa sig tillträde till den tjeckiska marknaden, eftersom utvinning av bituminöst kol inte är lönsam på andra platser än de som redan exploateras (bland annat av OKD), och detta har heller inte inträffat under de senaste fem åren ([17]). Detsamma gäller för kolleverantörer, där den sökande hävdar att man inte känner till något betydande tillträde till den tjeckiska marknaden, och de flesta av de större grossistkunderna har ingått långtidskontrakt ([18]).

(35) Med tanke på de faktorer som tas upp i skälen 8–34 kan slutsatsen dras att marknaden för brytning av bituminöst kol, både kokskol och energikol, i dagsläget inte är direkt konkurrensutsatt i Republiken Tjeckien. Därför är artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG inte tillämplig på kontrakt avsedda att möjliggöra dessa verksamheter i Republiken Tjeckien. Följaktligen ska direktiv 2004/17/EG fortsätta omfatta kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och som avser brytning av bituminös stenkol som ska bedrivas i Republiken Tjeckien eller när det anordnas projekttävlingar avseende sådan verksamhet i Republiken Tjeckien.

([15]) Se punkt 328 i förstainstansrättens (tredje kammaren) dom av den 28 februari 2002: Atlantic Container Line AB m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission. Mål T-395/94. Rättsfallssamlingen 2002, s. II-00875.

([16]) Se tabell på sidan 59 i ansökan.

([17]) Se punkt 5 på sidan 62 i ansökan.

([18]) Se punkt 6 på sidan 62 i ansökan.

(36) Detta beslut bygger på den rättsliga och faktiska situationen i november 2010 till mars 2011 såsom den framgår av de uppgifter som lämnats in av Republiken Tjeckien. Beslutet kan dock omprövas om väsentliga förändringar av den rättsliga eller faktiska situationen skulle innebära att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG uppfylls.

(37) De åtgärder som föreskrivs i detta beslut är förenliga med yttrandet från rådgivande kommittén för offentlig upphandling.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG är inte tillämplig på brytning av bituminöst kol i Republiken Tjeckien. Följaktligen ska direktiv 2004/17/EG fortsätta omfatta kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och som avser genomförandet av sådana verksamheter i Republiken Tjeckien.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Republiken Tjeckien.

Utfärdat i Bryssel den 20 maj 2011.

På kommissionens vägnar

Michel BARNIER

Ledamot av kommissionen