BESLUT

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 29 mars 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 prospektering och exploatering av olje- och gasfyndigheter i England, Skottland och Wales

[delgivet med nr K(2010) 1920]

(Endast den engelska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2010/192/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 [1], särskilt artikel 30.5 och 30.6,

med beaktande av den ansökan som Shell U.K Limited (nedan kallat *Shell*) lämnat in per e-post den 15 oktober 2009,

efter samråd med rådgivande kommittén för offentlig upphandling, och

av följande skäl:

I. BAKGRUND

(1) Enligt artikel 27 i direktiv 2004/17/EG tillåts upphandlande enheter som prospekterar och exploaterar olja och gas i Förenade kungariket att tillämpa en alternativ ordning i stället för den gängse uppsättningen regler. Den alternativa ordningen medförde vissa skyldigheter avseende statistik och iakttagandet av principerna om icke-diskriminering och konkurrensutsatt upphandling när de upphandlar varor, byggentreprenader och tjänster, särskilt när det gäller de upplysningar som enheten ska lämna till de ekonomiska aktörerna om planerade upphandlingar.

(2) Mekanismen i artikel 30, som rör undantag från bestämmelserna i direktiv 2004/17/EG för vissa aktörer under vissa omständigheter, gäller även de begränsade skyldigheter som avses i artikel 27 i detta direktiv.

(3) Den 15 oktober 2009 lämnade Shell, i enlighet med artikel 30.5 i direktiv 2004/17/EG, in en ansökan per e-post till kommissionen. I enlighet med artikel 30.5 första stycket upplyste kommissionen myndigheterna i Förenade kungariket om denna ansökan i en skrivelse av den 21 oktober 2009, som de brittiska myndigheterna besvarade per e-post den 16 november 2009. I ett e-postmeddelande av den 17 november 2009 begärde kommissionen dessutom kompletterande upplysningar från Shell som överlämnades i ett e-postmeddelande den 25 november 2009.

(4) Den ansökan som Shell lämnat in gäller prospektering och exploatering av olje- och gasfyndigheter i England, Skottland och Wales. I enlighet med tidigare beslut som kommissionen fattat i fråga om företagssammanslagningar [2] redogörs i ansökan för tre enskilda områden inom vilka Shell är verksamt.

a) Olje- och gasprospektering.

b) Produktion av olja.

c) Produktion av naturgas.

Vid tillämpningen av detta beslut menas med produktion även utveckling, dvs. uppbyggnad av erforderlig infrastruktur för framtida produktion (oljeplattformar, pipelines, terminaler osv.), vilket är i enlighet med ovan nämnda kommissionsbeslut.

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

[2] Se kommissionens beslut 2004/284/EG av den 29 september 1999 om att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr IV/M.1383 – Exxon/Mobil) (EUT L 103, 7.4.2004, s. 1) och senare beslut, exempelvis kommissionens beslut av den 3 maj 2007 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden (ärende nr IV/M.4545 – Statoil/Hydro) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 139/2004.

II. **RÄTTSLIG RAM**

(5) 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 grundas på objektiva kriterier som tar hänsyn till den berörda sektorns särskilda egenskaper. Tillträdet till marknaden betraktas som fritt om medlemsstaten har genomfört och tillämpar de relevanta bestämmelser i unionslagstiftningen genom vilka en viss sektor eller en del av en sådan konkurrensutsätts.

(6) Eftersom Förenade kungariket har genomfört och tillämpar Europaparlamentets och rådets direktiv 94/22/EG av den 30 maj 1994 om villkoren för beviljande och utnyttjande av tillstånd för prospektering samt undersökning och utvinning av kolväten [1], bör tillträdet till marknaden inte anses vara begränsat i enlighet med första stycket i artikel 30.3 i direktiv 2004/17/EG. Den direkta konkurrensutsattheten på en viss marknad bör bedömas på grundval av olika kriterier, varav inget i sig är utslagsgivande.

(7) Vid bedömningen av huruvida berörda aktörer är direkt konkurrensutsatta på de marknader som berörs av detta beslut måste man beakta de viktigaste aktörernas marknadsandelar och koncentrationsgraden på dessa marknader. Eftersom villkoren är varierande för de verksamheter som omfattas av detta beslut ska en separat bedömning göras för varje enskild verksamhet/marknad.

(8) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna.

III. **BEDÖMNING**

(9) Vart och ett av de tre verksamhetsområden som är föremål för denna ansökan (prospektering av olje- och gasfyndigheter, produktion av olja och produktion av gas) ansågs i de tidigare kommissionsbeslut som avses i skäl 4 utgöra separata produktmarknader. De bör därför prövas separat.

Olje- och gasprospektering

(10) Enligt kommissionens praxis [2] utgör prospektering av olje- och gasfyndigheter en enda produktmarknad eftersom det är omöjligt att initialt fastställa huruvida prospekteringen kommer att resultera i en olje- eller gasfyndighet. Det har vidare fastställts enligt samma sedan länge tillämpade kommissionspraxis att den geografiska omfattningen av denna marknad är global.

(11) De marknadsandelar som innehas av de aktörer som aktivt bedriver prospekteringsverksamhet kan indelas i tre parametrar: investeringar, bevisade och sannolika reserver och förväntad produktion. Det har dock visat sig olämpligt att använda investeringar för att beräkna aktörers marknadsandelar på prospekteringsmarknaden. Anledningen är bland annat de betydande skillnaderna i storleken på de investeringar som är nödvändiga i olika geografiska områden. Det krävs exempelvis större investeringar för att prospektera olja och gas i Nordsjön än för prospektering i bland annat Mellanöstern.

(12) Två andra parametrar har vanligtvis använts för att fastställa ekonomiska aktörers marknadsandelar inom denna sektor, nämligen deras andel i bevisade och sannolika reserver och förväntad produktion [3].

(13) Enligt uppgift uppgick de globala bevisade olje- och gasreserverna den 31 december 2008 till totalt 385 miljarder kubikmeter oljeekvivalenter (nedan kallade *Sm³ oljeekvivalenter*) [4]. Shells andel uppgick till 1,759 miljarder Sm^3 oljeekvivalenter, vilket motsvarar en marknadsandel på 0,46 %. Den 1 januari 2009 uppgick den sammanlagda bevisade olje- och gasreserven i Storbritannien till cirka 0,88 miljarder Sm^3 oljeekvivalenter [5], vilket motsvarar något mer än 0,22 %. Shells andel är ännu mindre. Enligt tillgängliga uppgifter finns det ett direkt samband mellan bevisade och sannolika reserver av olja och gas och förväntad framtida produktion. Det finns inget i de tillgängliga uppgifterna som tyder på att den marknadsandel som Shell innehar skulle förändras avsevärt om den skulle mätas i förväntad produktion i stället för i andelen av bevisade och sannolika reserver. I skälen 14 och 17 nedan redogörs för de marknadsandelar av produktionen av olja och produktionen av gas som Shell och dess huvudsakliga konkurrenter innehar. Med hänsyn till det samband som finns mellan bevisade och sannolika reserver och den faktiska produktionen kan dessa siffror även ses som en indikation på konkurrensläget på den berörda marknaden. Prospekteringsmarknaden är inte starkt koncentrerad. Utöver de statligt ägda företagen är det huvudsakligen två andra internationella vertikalt integrerade privata aktörer, kallade de ”superstora” (BP och ExxonMobil), samt ett visst antal ”stora” som präglar marknaden. Dessa faktorer utgör en indikation på direkt konkurrensutsättning.

[1] EGT L 164, 30.6.1994, s. 3.

[2] Se framför allt beslutet i ärendet Exxon/Mobil och ett senare beslut: kommissionens beslut av den 19 november 2007 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden (ärende COMP/M.4934 – Kazmunaigaz/Rompetrol) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 139/2004.

[3] Se framför allt beslutet i ärendet Exxon/Mobil (skälen 25 och 27).

[4] Se de uppgifter och källor som nämns i punkt 5.2.1, framför allt *BP Statistical Review of World Energy*, juni 2009, bilagan.

[5] Det vill säga 0,34 triljoner Sm^3 gas, vilket motsvarar 0,34 miljarder Sm^3 oljeekvivalenter, och 3,4 tusen miljoner fat olja, vilket motsvarar 0,540 miljarder Sm^3, som totalt blir 0,88 miljarder Sm^3.

Oljeproduktion

(14) Enligt etablerad kommissionspraxis ([1]) utgör utbyggnad och produktion av (rå)olja en separat produktmarknad med global geografisk spännvidd. Enligt uppgift ([2]) uppgick 2008 den totala globala oljeproduktionen till 81 820 miljoner fat olja per dag. Samma år producerade Shell totalt 1 771 miljoner fat olja per dag, motsvarande en marknadsandel på 2,16 %. För att analysen ska bli korrekt är det viktigt att beakta koncentrationsgraden och den relevanta marknaden i dess helhet. Kommissionen konstaterar härvidlag att marknaden för råoljeproduktion kännetecknas av stora statsägda företag och två andra internationella vertikalt integrerade privata aktörer (”de superstora”: BP och ExxonMobil vars respektive andelar av oljeproduktionen 2008 uppgick till 3,08 % och 2,32 %) samt ett visst antal ”stora” ([3]). Dessa faktorer ger vid handen att det finns ett flertal aktörer på marknaden som sannolikt på ett effektivt sätt konkurrerar med varandra.

Produktion av naturgas

(15) I ett tidigare kommissionsbeslut ([4]) om leverans i senare led av gas till slutanvändare har man gjort åtskillnad mellan gas med lågt värmevärde och gas med högt värmevärde. Kommissionen har även diskuterat huruvida man bör göra åtskillnad mellan flytande naturgas (LNG) och gas transporterad i pipeline ([5]). I ett senare kommissionsbeslut ([6]) som bland annat rör utbyggnad och produktion av gas lämnas dock frågan obesvarad huruvida det, med avseende på beslutet, finns separata marknader för gas med lågt värmevärde, gas med högt värmevärde och flytande gas eftersom detta, oavsett vilken definition man tillämpar, inte har någon betydelse för den slutgiltiga utvärderingen. Denna fråga kan även lämnas obesvarad i detta beslut av följande skäl:

— Shell producerar inte flytande gas (LNG).

— Shell U.K. Limited bedriver sin verksamhet i Storbritannien (Skottland, England och Wales), där spotmarknaden för gas, National Balancing Point, inte gör någon åtskillnad mellan lågt värmevärde och högt värmevärde. National Grid plc (den brittiska gasnätleverantören) ansvarar för att kontrollera kvaliteten på den gas som går in i nätet.

(16) När det gäller den geografiska marknaden har man i tidigare kommissionsbeslut ([7]) ansett att denna omfattas av det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och eventuellt Ryssland och Algeriet.

(17) Den totala gasproduktionen i EU uppgick enligt uppgift ([8]) till 190,3 miljarder Sm^3 2008 medan gasproduktionen i EES uppgick till 289,5 miljarder Sm^3 under samma period. Shells produktion 2008 uppgick till 37,60 miljarder Sm^3, vilket motsvarar en marknadsandel på 12,99 %. Produktionen i Ryssland och Algeriet uppgick 2008 till 601,7 miljarder Sm^3 respektive 86,5 miljarder Sm^3. Den totala produktionen i EES plus Ryssland och Algeriet uppgick således till totalt 976,7 miljarder Sm^3 varav Shells andel utgjorde 3,85 %. Koncentrationen på marknaden för gasproduktion är låg med tanke på att de två superstora ExxonMobils och BP:s marknadsandelar uppgår till 10–20 % respektive 5–10 %, och att de stora Statoils och Totals marknadsandelar uppgår till 10–20 % respektive 5–10 %, samt att två andra viktiga statsägda företag, det ryska Gazprom och det algeriska Sonatrach (med marknadsandelar på 30–40 % respektive 10–20 %) ([9]) är verksamma på marknaden. Dessa faktorer utgör en indikation på direkt konkurrensutsättning.

IV. **SLUTSATSER**

(18) Med hänvisning till de omständigheter som granskats i skälen 5–17 bör villkoren för direkt konkurrensutsatthet enligt artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG anses vara uppfyllda när det gäller följande tjänster i England, Skottland och Wales:

a) olje- och gasprospektering,

b) produktion av olja,

c) produktion av naturgas.

(19) Eftersom obegränsat tillträde till marknaden anses föreligga bör direktiv 2004/17/EG inte gälla när upphandlande enheter tilldelar kontrakt för tjänster enligt a–c i skäl 18, som utförs i England, Skottland och Wales, och inte heller om projekttävlingar organiseras för sådan verksamhet i dessa geografiska områden.

(20) Detta beslut grundar sig på den rättsliga och faktiska situationen i oktober till december 2009 sådan den ter sig i ljuset av de uppgifter som lämnats av Shell och av myndigheterna i Förenade kungariket. Beslutet kan komma att ändras om betydande förändringar i den rättsliga och faktiska situationen skulle medföra att villkoren för tillämpning av artikel 30.1 i direktiv 2004/17/EG inte längre är uppfyllda.

([1]) Se framför allt beslutet i ärendet Exxon/Mobil och senare, ovan nämnda beslut avseende Kazmunaigaz/Rompetrol.
([2]) Se sidan 8 i *BP Statistical Review of World Energy*, juni 2009, som bifogas denna ansökan (nedan *BP:s statistik*).
([3]) De ”storas” marknadsandelar är mindre än de ”superstoras”.
([4]) Kommissionens beslut 2007/194/EG av den 14 november 2006 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.4180 – Gaz de France/Suez) (EUT L 88, 29.3.2007, s. 47).
([5]) Se ovan nämnda beslut i ärendet Gaz de France/Suez.
([6]) Ovan nämnda beslut i ärendet Statoil/Hydro, punkt 12.
([7]) Se bland annat skäl 4.
([8]) Se bland annat BP:s statistik, s. 24.
([9]) Se beslutet i avseende Statoil/ Hydro.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Direktiv 2004/17/EG ska inte omfatta kontrakt som tilldelas upphandlande enheter och som avser genomförandet av följande tjänster i England, Skottland och Wales:

a) olje- och gasprospektering,

b) produktion av olja,

c) produktion av naturgas.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland.

Utfärdat i Bryssel den 29 mars 2010.

På kommissionens vägnar
Michel BARNIER
Ledamot av kommissionen