

DECYZJE

DECYZJA WYKONAWCZA KOMISJI (UE) 2018/71

z dnia 12 grudnia 2017 r.

wyłaczająca produkcję i hurtową sprzedaż energii elektrycznej w Niderlandach z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE

(notyfikowana jako dokument nr C(2017) 8339)

(Jedynie tekst w języku niderlandzkim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

uwzględniając dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE⁽¹⁾, w szczególności jej art. 35 ust. 3,

uwzględniając wniosek złożony przez DONG Energy A/S (DONG)⁽²⁾, Eneco B.V. (Eneco) i N.V. Nuon Energy (Nuon) (zwanym dalej „wnioskodawcami”) za pomocą wiadomości e-mail z dnia 30 stycznia 2017 r.,

po zasięgnięciu opinii Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. FAKTY

- (1) W dniu 30 stycznia 2017 r. DONG, Eneco i Nuon przekazały Komisji, za pomocą wiadomości e-mail, wniosek na podstawie art. 35 dyrektywy 2014/25/UE (zwany dalej „wnioskiem”).
- (2) Wniosek złożony przez DONG, Eneco i Nuon, które uznaje się za podmioty zamawiające w rozumieniu art. 4 dyrektywy 2014/25/UE, dotyczy, jak to opisano we wniosku, „rynku produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej”.
- (3) Wnioskodawcy są „przedsiębiorstwami publicznymi” w rozumieniu dyrektywy, jako że są one ostatecznie kontrolowane przez władze państwowe, regionalne lub lokalne:
 - a) DONG należy do grupy DONG Energy. 50,4 % akcji jednostki dominującej najwyższego szczebla DONG Energy znajduje się obecnie w posiadaniu Królestwa Danii, które sprawuje wyłączną kontrolę. Do niedawna Królestwo Danii sprawowało wspólną kontrolę wraz z Goldman Sachs⁽³⁾, jednak w ramach pierwszej oferty publicznej (IPO), która miała miejsce w dniu 9 czerwca 2016 r., Królestwo Danii zmniejszyło swój udział w spółce z 58,8 %, zyskując jednak wyłączną kontrolę nad DONG. Zgodnie z porozumieniem politycznym wyrażonym większością głosów w parlamencie Danii Królestwo Danii ma utrzymać swój większościowy udział przynajmniej do roku 2020;
 - b) Eneco jest kontrolowane przez Eneco Holding B.V. Udziały w spółce Eneco Holding B.V. posiadają 53 gminy, głównie z niderlandzkich prowincji Holandia Południowa, Holandia Północna, Utrecht i Fryzja;
 - c) akcje Nuon znajdują się w posiadaniu Vattenfall AB. Vattenfall AB jest spółką nienotowaną na rynku regulowanym, będącą w 100 % własnością państwa szwedzkiego.

⁽¹⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243.

⁽²⁾ Uwzględnia się tu działalność:

1. (jednostek zależnych) DONG Energy Wind Power A/S, które jest pośrednią jednostką zależną przedsiębiorstwa DONG kontrolującego ją w 100 %. Jednostka ta jest również podmiotem formalnie składającym wniosek o wyłączenie w imieniu DONG;
2. DONG Energy Netherlands B.V., które pośrednio posiada 50 % udziałów w elektrowni Enecogen.

⁽³⁾ Zob. sprawa nr COMP/M.7068.

- (4) Ponieważ do wniosku nie dołączono stanowiska przyjętego przez niezależny organ krajowy w rozumieniu art. 35 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, Komisja poinformowała władze niderlandzkie o wniosku i zwróciła się również o dodatkowe informacje za pomocą wiadomości e-mail z dnia 24 marca 2017 r. Władze niderlandzkie przekazały odpowiedź na ten wniosek pocztą elektroniczną w dniu 19 czerwca 2017 r. Odpowiedź uznano za niekompletną, co spowodowało, że Komisja poprosiła o dalsze wyjaśnienia w dniu 27 lipca 2017 r., a władze niderlandzkie przedłożyły je w dniu 25 września 2017 r.
- (5) Ze względu na fakt, iż w wyznaczonym przez Komisję terminie nie otrzymano odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji, termin wydania decyzji został zawieszony w okresie między wygaśnięciem terminu określonego w wezwaniu do udzielenia informacji (tj. 17 kwietnia 2017 r.) a otrzymaniem kompletnych informacji (tj. 25 września 2017 r.), w związku z czym nowy termin przyjęcia decyzji przez Komisję został wyznaczony na dzień 12 grudnia 2017 r.

2. RAMY PRAWNE

- (6) Dyrektywa 2014/25/UE ma zastosowanie do udzielania zamówień na potrzeby prowadzenia działalności związanej z produkcją i hurtową sprzedażą energii elektrycznej, o ile działalność ta nie jest wyłączona na podstawie art. 34 tej dyrektywy.
- (7) Art. 34 dyrektywy 2014/25/UE stanowi, że zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia jednego z rodzajów działalności, do których ma zastosowanie dyrektywa, nie podlegają dyrektywie, jeżeli w państwie członkowskim, w którym taka działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, dokonuje się na podstawie obiektywnych kryteriów, uwzględniających specyfikę danego sektora.

3. OCENA

3.1. Swobodny dostęp do rynku

- (8) Dostęp do rynku uznaje się za nieograniczony, jeżeli państwo członkowskie wdrożyło i stosuje odpowiednie przepisy Unii otwierające dany sektor lub jego część. Wspomniane przepisy zostały wymienione w załączniku III do dyrektywy 2014/25/UE. W przypadku sektora energii elektrycznej wskazano w nim dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE⁽¹⁾.
- (9) Niderlandy dokonały transpozycji dyrektywy 2009/72/WE do prawa krajowego poprzez niderlandzką ustawę o energii elektrycznej z 1998 r.⁽²⁾ (*Elektriciteitswet*). W związku z tym i zgodnie z art. 34 ust. 1 dostęp do rynku na całym terytorium Niderlandów należy uznać za nieograniczony.

3.2. Bezpośrednie podleganie konkurencji

- (10) Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, należy dokonać na podstawie różnych czynników, z których żaden nie jest sam w sobie decydujący. W odniesieniu do rynków objętych niniejszą decyzją jednym z kryteriów, które należy uwzględnić, jest udział w rynku najważniejszych podmiotów działających na danym rynku. Biorąc pod uwagę cechy odnośnych rynków, należy uwzględnić także dodatkowe kryteria.
- (11) Niniejsza decyzja pozostaje bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji i innych obszarów prawa Unii. W szczególności kryteria i metodyka użyte do oceny bezpośredniego podlegania konkurencji zgodnie z art. 34 dyrektywy 2014/25/UE nie zawsze są identyczne z tymi stosowanymi do przeprowadzenia oceny dokonywanej na podstawie art. 101 lub 102 Traktatu lub rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁽³⁾. Punkt ten został także utrzymany w mocy przez Sąd w niedawno wydanym wyroku⁽⁴⁾.

(1) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz.U. L 211 z 14.8.2009, s. 55).

(2) Wet van 12-7-2012, Stb. 2012, 334 en Inwerkingtredingsbesluit van 12-7-2012, Stb. 2012, 336.

(3) Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1).

(4) Wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r., Österreichische Post AG przeciwko Komisji, T-463/14, EU:T:2016:243, pkt 28.

- (12) Należy pamiętać, że celem niniejszej decyzji jest ustalenie, czy usługi, których dotyczy wniosek, podlegają konkurencji (na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE) w takim stopniu, że zapewnione zostanie – również w przypadku zwolnienia z obowiązku stosowania szczegółowych przepisów dotyczących zamówień określonych w dyrektywie 2014/25/UE – przejrzyste i niedyskryminacyjne udzielanie zamówień związanych z prowadzeniem przedmiotowych rodzajów działalności na podstawie kryteriów umożliwiających nabywcom znalezienie rozwiązania, które będzie ogólnie najkorzystniejsze ekonomicznie. W tym kontekście należy pamiętać, że na danym rynku nie wszyscy jego uczestnicy podlegają przepisom dotyczącym zamówień publicznych⁽¹⁾. Dlatego też gdy przedsiębiorstwa niepodlegające tym przepisom działają na danych rynkach, mogą wywierać presję konkurencyjną na uczestników rynku podlegających przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

3.2.1. Definicja rynku produktowego

- (13) Zgodnie z precedensową sprawą Komisji COMP M.4110 E.ON – ENDESA z dnia 25 kwietnia 2006 r.⁽²⁾ w sektorze energii elektrycznej można wyróżnić następujące właściwe rynki produktowe: (i) wytwarzanie i dostawy hurtowe; (ii) przesył; (iii) dystrybucja i (iv) dostawy detaliczne. W przypadku niektórych z tych rynków można dokonać dalszego podziału, jednak w dotychczasowej praktyce Komisji⁽³⁾ odrzucano rozróżnienie na rynek wytwarzania energii elektrycznej i rynek dostaw hurtowych, ponieważ wytwarzanie jako takie jest jedynie pierwszym etapem łańcucha wartości, natomiast wytworzone ilości energii elektrycznej są wprowadzane na rynek za pośrednictwem rynku hurtowego.
- (14) Wniosek DONG, Eneco i Nuon dotyczy wytwarzania i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej.
- (15) Niderlandzki Urząd ds. Ochrony Konsumentów i Rynków (*Autoriteit Consument & Markt* – ACM) uznał, że rynek produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej obejmuje wytwarzanie zarówno ze źródeł konwencjonalnych, jak i ze źródeł odnawialnych⁽⁴⁾. W tym przypadku ACM zauważył, że energia wiatrowa jest częścią rynku sprzedaży hurtowej i produkcji energii elektrycznej⁽⁵⁾. Dodał, że energia elektryczna wytwarzana z wiatru jest sprzedawana na tych samych rynkach co energia elektryczna wytwarzana z innych źródeł⁽⁶⁾. W związku z tym ACM postanowił nie dokonywać osobnej oceny hurtowej sprzedaży energii wiatrowej.
- (16) Wnioskodawcy uważają, że sytuacja w zakresie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w Niderlandach różni się od sytuacji, odpowiednio, w Niemczech i we Włoszech. Według wnioskodawców energia elektryczna ze źródeł odnawialnych w Niderlandach podlega mechanizmom rynkowym i dlatego jest zamienna z energią elektryczną ze źródeł konwencjonalnych. W tym względzie wnioskodawcy zauważają, że wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne działające w Niderlandach posiadają spółkę handlową. Działalność handlowa w ramach spółek handlowych jest wykorzystywana do pozyskiwania energii elektrycznej poprzez własną produkcję oraz na rynku w celu wypełnienia zobowiązań wobec klientów na rynkach detalicznych. W ramach tego portfela handlowego energia elektryczna ze źródeł odnawialnych jest w pełni zamienna z energią ze źródeł konwencjonalnych. Jeżeli spółki handlowe pozyskują energię elektryczną na rynku, kupują energię elektryczną na giełdach energii elektrycznej, ale także w ramach umów dwustronnych, na przykład umów zakupu energii elektrycznej. Spółki handlowe zawierają umowy zakupu energii elektrycznej z producentami energii ze źródeł konwencjonalnych oraz producentami energii ze źródeł odnawialnych. Spółki handlowe przedsiębiorstw energetycznych konkurują o sprzedaż umów zakupu energii elektrycznej z producentami energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, którzy sprzedają swoją energię elektryczną podmiotom rynkowym. Operator systemu przesyłowego (OSP) nie nabywa energii produkowanej ze źródeł odnawialnych. Dlatego też, zdaniem wnioskodawców, produkcja energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w istocie podlega mechanizmom rynkowym, co oznacza, że nie jest konieczne stosowanie europejskich przepisów dotyczących zamówień publicznych.
- (17) Wnioskodawcy dodają, że ramy prawne działalności producentów energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych i źródeł odnawialnych są podobne. W ich opinii jedyną znaczącą różnicą jest dotacja otrzymywana przez wytwórców energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, mająca na celu pokrycie różnicy między kosztem energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych a ceną rynkową. Program dotacji wprowadzony w Niderlandach funkcjonuje pod nazwą *Stimulerend Duurzame Energieproductie (SDE+)*.

(1) Zgodnie ze złożonym wnioskiem jedynie Delta, DONG, EDF, Eneco i Nuon są podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 4 dyrektywy 2014/25/UE i, tym samym, podlegają przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

(2) Sprawa COMP M.4110 E.ON – ENDESA z dnia 25 kwietnia 2006 r., pkt 10 i 11, s. 3.

(3) Sprawa COMP/M.3696 E.ON – MOL z dnia 21 stycznia 2005 r., pkt 223; sprawa COMP/M.5467, RWE- ESSENT z dnia 23 czerwca 2009 r., pkt 23.

(4) Decyzja ACM w sprawie 6015 Nuon/Essent z dnia 21 maja 2007 r., pkt 53.

(5) Nuon/Essent, pkt 14, 174.

(6) Ponadto ACM zauważył, że w przypadku klientów końcowych nie można już ustalić dokładnego źródła energii elektrycznej. Może istnieć pewien stopień identyfikowalności związany z gwarancjami pochodzenia, ale nie można prześledzić pochodzenia energii elektrycznej, którą kupują klienci (końcowi), do samego jej źródła.

- (18) W 2012 r. Komisja wydała decyzje w sprawie wyłączenia w odniesieniu do niemieckiego i włoskiego rynku energii elektrycznej ⁽¹⁾. W przypadku Niemiec Komisja uznała, że „produkcja i wprowadzanie na rynek energii elektrycznej regulowanej na mocy EEG” nie należą do „rynku wytwarzania i pierwszej sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych”, ponieważ „energia elektryczna EEG nie jest zazwyczaj sprzedawana bezpośrednio na rynku hurtowym, lecz jest najpierw nabywana przez operatorów sieci przesyłowych po stawkach ustawowych”. Podobnie w przypadku Włoch Komisja uznała, że rynek „produkcji i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych” jest odrębny od rynku „produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych”, ponieważ „sprzedaż energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, która została objęta mechanizmami CIP 6 i FIT, odbywa się przeważnie za pośrednictwem operatora usług energetycznych”. Najważniejsze powody dokonania przez Komisję takiego rozróżnienia odnosiły się przede wszystkim do sprzedaży energii produkowanej przez producentów energii ze źródeł odnawialnych podmiotowi nierynkowemu (operatorowi systemu przesyłowego – OSP w Niemczech i Gestore dei Servizi Energetici – GSE we Włoszech). W tych dwóch precedensowych sprawach wskazano następujące dodatkowe kwestie: (i) pierwszeństwo wprowadzania do obrotu energii ze źródeł odnawialnych; (ii) opłaty według stawki ustawowej. Komisja zauważyła, że w Niemczech i we Włoszech wytwarzanie energii ze źródeł odnawialnych nie podlega zatem mechanizmom rynkowym.
- (19) W przedmiotowej sprawie producenci energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych sprzedają swoją energię elektryczną bezpośrednio na rynku hurtowym, konkurując z producentami energii elektrycznej ze źródeł konwencjonalnych.
- (20) Ponadto niderlandzka ustawa o energii elektrycznej nie zawiera wymogu pierwszeństwa wprowadzania do obrotu energii ze źródeł odnawialnych. Dostęp na zasadzie pierwszeństwa dla odnawialnych źródeł energii jest przewidziany w przepisach dotyczących zarządzania ograniczeniami przesyłowymi i ma zastosowanie tylko w przypadku przeciążenia sieci. Należy jednak zauważyć, że w ostatnich latach w Niderlandach nie wystąpiły problemy z zarządzaniem ograniczeniami przesyłowymi.
- (21) Jedyne element, który jest wspólny z precedensowymi sprawami z Niemiec i Włoch, dotyczy opłat według stawki ustawowej. Należy jednak zauważyć, że nawet w przypadku tego elementu występują znaczne różnice w stosunku do dwóch powyższych spraw precedensowych. W tym względzie Komisja zauważa, że przyznanie dotacji SDE+ podlega konkurencji poprzez procedurę przetargową, która reguluje zachowania producentów energii ze źródeł odnawialnych w odniesieniu do ich polityki w zakresie udzielania zamówień publicznych ⁽²⁾. W istocie w ramach systemu dotacji SDE+ projekty obejmujące różne technologie odnawialne muszą konkurować o z góry określoną kwotę dostępnych środków. Ta konkurencja jest neutralna pod względem technologicznym. Projekty lub technologie, w przypadku których złożona zostanie oferta o najniższej cenie, uzyskują dotację w pierwszej kolejności, aż do wyczerpania środków z dotacji. Niderlandzki system SDE+ zachęca zatem do składania konkurencyjnych ofert, podczas gdy konkurenci starają się minimalizować swoje koszty (a tym samym wartość dotacji).
- (22) Dlatego też, z uwagi na powyższe kwestie, producenci energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w Niderlandach podlegają ograniczeniom wynikającym z konkurencji.
- (23) Uwzględniając przedstawioną powyżej specyfikę niderlandzkiego rynku energii elektrycznej, do celów oceny warunków określonych w art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, oraz nie naruszając przepisów prawa konkurencji, właściwy rynek produktowy zostaje niniejszym zdefiniowany jako rynek wytwarzania i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych i źródeł odnawialnych.

3.2.2. Definicja rynku geograficznego

- (24) Zgodnie z jego treścią wniosek dotyczy działalności na terytorium Niderlandów.
- (25) W decyzji w sprawie RWE/Essent ⁽³⁾ Komisja uznała, że zasięg geograficzny rynku jest albo równy Niemcom i Niderlandom (dla okresu pozaszczytowego zapotrzebowania na energię) i krajowy (dla okresu szczytowego zapotrzebowania na energię), albo krajowy (niezależnie od okresu), tj. w zależności od tego, czy dokonuje się dalszego rozróżnienia pomiędzy okresami szczytowego i pozaszczytowego zapotrzebowania na energię ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Decyzja wykonawcza Komisji 2012/218/UE z dnia 24 kwietnia 2012 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 114 z 26.4.2012, s. 21) oraz decyzja wykonawcza Komisji 2012/539/UE z dnia 26 września 2012 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych w Makroregionie Północ i Makroregionie Południe we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz zmieniająca decyzję Komisji 2010/403/UE (Dz.U. L 271 z 5.10.2012, s. 4).

⁽²⁾ Program dotacji SDE+ uznano za zgodny z unijnymi zasadami pomocy państwa w 2015 r., ponieważ do minimum ogranicza zakłócenie konkurencji – zob. SA.39399 (2015/N).

⁽³⁾ Sprawa COMP/M.5467, C(2009) 5177.

⁽⁴⁾ RWE/Essent, pkt 32.

- (26) ACM zaobserwował w sprawie Nuon-Reliant, że rynek produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej ma co najmniej zasięg krajowy ⁽¹⁾. ACM uwzględnił presję konkurencyjną spowodowaną importem. ACM zauważył, że rynek geograficzny dla okresu pozaszczytowego zapotrzebowania na energię obejmuje przynajmniej Niemcy i Niemcy ⁽²⁾. ACM zauważył jednak, że w czasie dużego popytu presja konkurencyjna spowodowana importem była ograniczona ze względu na ograniczoną przepustowość połączeń międzysystemowych. ACM zauważył, że istnieje ograniczona korelacja między cenami w Niderlandach a cenami w Niemczech.
- (27) ACM odniósł się do wskazówek, że rynek geograficzny może być również szerszy niż krajowy w okresie szczytowego zapotrzebowania na energię. ACM przewidywał, że miałyby to miejsce, gdyby efektywnie dostępna moc importowa została zwiększona do co najmniej 6 500 MW ⁽³⁾. Oprócz Niderlandów rynek ten obejmowałby również Niemcy lub Belgię. Dodatkowo, w przypadku gdyby istniał rynek „okresu superszczytowego zapotrzebowania na energię” (którą to kwestię ACM ostatecznie pozostawił otwartą) ⁽⁴⁾, rynek geograficzny obejmowałby co najmniej Niemcy i Niemcy, gdyby efektywnie dostępna moc importowa została zwiększona do co najmniej 8 250 MW ⁽⁵⁾.
- (28) Od czasu decyzji Nuon/Essent zrealizowano różne projekty mające na celu zwiększenie przepustowości połączeń międzysystemowych z Niderlandów i do Niderlandów. Kabel NorNed między Norwegią a Niderlandami o mocy 700 MW działa od 2008 r. Kabel BritNed między Wielką Brytanią a Niderlandami o mocy 1 000 MW działa od 2011 r. W trakcie realizacji jest kilka innych projektów:

Granica	Połączenie międzysystemowe	Moc (MW)	Data budowy
Niemcy	Doetinchem–Wesel (nowe)	1 500	2016 r. (uruchomienie w 2018 r.)
Niemcy	Meeden–Diele (rozbudowa)	500	2018 r.
Dania	COBRA	700	2019 r.
Belgia	Kreekrak–Zandvliet	700–900	2021 r.

- (29) Znaczny wzrost przepustowości połączeń międzysystemowych między Niderlandami a państwami sąsiadującymi będzie miał pozytywny wpływ na konkurencję na niderlandzkim rynku wytwarzania energii elektrycznej.
- (30) Komisja przyjmuje do wiadomości rosnące znaczenie importu na niderlandzkim rynku wytwarzania i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej oraz uważa, że do celów oceny warunków określonych w art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, oraz nie naruszając prawa konkurencji, zasięg niderlandzkiego rynku wytwarzania i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej należy uznać za co najmniej krajowy.

3.2.3. Analiza rynkowa

a) Udziały w rynku

- (31) W poprzednich decyzjach ⁽⁶⁾ Komisja uznała, że w przypadku rynku produkcji i sprzedaży hurtowej istotny jest łączny udział w rynku największych trzech przedsiębiorstw. Jednak z uwagi na fakt, że nie wszyscy uczestnicy rynku podlegają przepisom dotyczącym zamówień publicznych, analiza skupia się na pozycji rynkowej oraz wynikających z konkurencji ograniczeniach poszczególnych uczestników rynku podlegających przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Za istotne uznać również można inne miary koncentracji.

⁽¹⁾ Decyzja ACM w sprawie 5098/E.ON–NRE; decyzja ACM w sprawie 3386/Nuon – Reliant Energy Group.

⁽²⁾ „Vision document [on] concentrations [in the] energy markets” [Dokument koncepcyjny [na temat] koncentracji [na] rynkach energii], opublikowany w listopadzie 2006 r. przez niderlandzki organ ochrony konkurencji (NMa), pkt 139.

⁽³⁾ Tamże, pkt 139.

⁽⁴⁾ Tamże, pkt 29 i 72 oraz wcześniejsza definicja w sprawie Nuon/Reliant w przypisie 4: „Superszczytowe zapotrzebowanie to energia elektryczna niezbędna w dni robocze w godz. od 8.00 do 20.00”.

⁽⁵⁾ Tamże, pkt 139. Nuon/Essent, pkt 91.

⁽⁶⁾ Decyzja wykonawcza 2012/218/UE oraz decyzja wykonawcza 2012/539/UE.

- (32) Niderlandzki Główny Urząd Statystyczny (*Centraal Bureau voor de Statistiek – CBS*) opublikował w lutym 2015 r. raport na temat rynku energii elektrycznej w Niderlandach ⁽¹⁾. Zgodnie z tym raportem moc zainstalowana w Niderlandach wynosiła około 31,5 GW, z czego 20,1 GW to scentralizowana moc zainstalowana, a 11,5 GW – zdecentralizowana moc zainstalowana. Centralną produkcję definiuje się jako wytwarzanie energii elektrycznej przez elektrownie ciepłe lub jądrowe, które zasilają bezpośrednio sieć wysokiego napięcia. Całą pozostałą produkcję energii elektrycznej, wytwarzaną przez instalacje ciepłe, energię wiatrową, energię wodną i energię słoneczną, nazywa się produkcją zdecentralizowaną.

Tabela 1

Moc zainstalowana (MW i liczba instalacji) w 2012 r., 2013 r. i 2014 r.

	2012 r. (MW)	2012 r. (liczba)	2013 r. (MW)	2013 r. (liczba)	2014 r. (MW)	2014 r. (liczba)
Scentralizowana	19 025	48	20 132	50	21 515	49
Zdecentralizowana	10 905	6 405	11 408	6 451	11 799	6 445
Ogółem	29 930	6 453	31 540	6 501	33 314	6 494

(Źródło: CBS)

- (33) Wnioskodawcy przedstawiają również własne dane dotyczące produkcji, w tym w podziale na produkcję ze źródeł konwencjonalnych i źródeł odnawialnych. Tabela pokazuje, że całkowita produkcja nieco się zmniejszyła, podczas gdy udziały DONG i Eneco w produkcji ogółem powoli się zwiększały. Całkowita produkcja przedsiębiorstwa Nuon pozostała na względnie stałym poziomie. Wnioskodawcy posiadają łączny przybliżony udział poniżej 20 % całkowitego wytwarzania. Jeśli chodzi o ich łączny udział w rynku, nie ma znaczących różnic między wytwarzaniem ze źródeł konwencjonalnych i źródeł odnawialnych.

Tabela 2

Wytwarzanie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych i konwencjonalnych (mln MWh) w latach 2011–2015 (dane szacunkowe) ⁽¹⁾ (źródło: CBS), w nawiasach udziały w rynku

Wytwarzanie	2011 r.	2012 r.	2013 r.	2014 r.	2015 r.
<i>Wytwarzanie</i>	113 000	102 500	100 900	103 400	109 600
Dong	500 (0,5 %)	600 (0,6 %)	500 (0,5 %)	1 300 (1,2 %)	1 300 (1,2 %)
Eneco	1 500 (1,3 %)	2 200 (2,2 %)	1 500 (1,5 %)	2 600 (2,5 %)	4 900 (4,4 %)
Nuon	13 400 (11,9 %)	13 100 (12,8 %)	17 100 (17 %)	13 900 (13,4 %)	13 700 (12,5 %)
Inne	97 500 (86,3 %)	86 600 (84,5 %)	81 800 (81 %)	85 700 (82,8 %)	89 700 (81,8 %)
<i>Ze źródeł konwencjonalnych</i>	101 000	90 000	88 900	91 600	96 400
Dong	[...] (*)	[...]	[...]	[...]	[...]
Eneco	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuon	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Inne	86 900 (86,1 %)	75 500 (83,9 %)	71 400 (80,3 %)	75 900 (82,9 %)	79 400 (82,3 %)

⁽¹⁾ Centraal Bureau voor de Statistiek, „Elektriciteit in Nederland”, luty 2015 r., zob. <https://www.cbs.nl/nl-nl/publicatie/2015/07/elektriciteit-in-nederland>.

Wytwarzanie	2011 r.	2012 r.	2013 r.	2014 r.	2015 r.
<i>Ze źródeł odnawialnych</i>	12 000	12 500	12 000	11 800	13 200
Dong	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Eneco	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuon	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Inne	10 600 (88,4 %)	11 100 (88,5 %)	10 400 (86,4 %)	9 800 (82,7 %)	10 300 (77,9 %)

(*) Informacje poufne.

(¹) <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=00377&D1=a&D2=701,712,714-715,718,729,731-732&HDR=G1&STB=T&VW=T>

- (34) Władze niderlandzkie przekazały dodatkowe dane w dniu 25 września 2017 r. Podsumowano je w poniższej tabeli.

Podmiot gospodarczy	Udział w rynku	2013 r.	2014 r.	2015 r.
Delta	Produkcja: Moc:	[...]	[...]	[...]
DONG	Produkcja: Moc:	[...]	[...]	[...]
EDF	Produkcja: Moc:	[...]	[...]	[...]
Eneco	Produkcja: Moc:	[...]	[...]	[...]
NUON	Produkcja: Moc:	[...]	[...]	[...]

- (35) Dane przekazane przez wnioskodawców (¹) i przez władze niderlandzkie pokazują, że pozostali producenci energii elektrycznej, którzy łącznie mają skumulowany udział w rynku wynoszący w przybliżeniu 70–80 %, nie podlegają przepisom prawa dotyczącego udzielania zamówień.
- (36) Celem niniejszej decyzji jest określenie, czy działalność polegająca na wytwarzaniu i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej podlega konkurencji (na rynkach, do których jest swobodny dostęp) w takim stopniu, który może gwarantować – również w przypadku braku dyscypliny określonej szczegółowymi zasadami udzielania zamówień zawartymi w dyrektywie 2014/25/UE – że zamówienia udzielane na potrzeby prowadzenia rodzajów działalności, o których tutaj mowa, będą udzielane w sposób przejrzysty i niedyskryminujący, w oparciu o kryteria umożliwiające podmiotowi zamawiającemu wskazanie rozwiązania ogólnie najkorzystniejszego pod względem ekonomicznym.
- (37) W odniesieniu do wytwarzania i hurtowych dostaw energii elektrycznej można uznać, że przytoczone wyżej fakty wskazują, iż uczestnicy rynku objęci przepisami prawa dotyczącego udzielania zamówień bezpośrednio podlegają konkurencji.

(¹) Zgodnie z treścią wniosku, pkt 5.2.3.

b) Pozostałe czynniki

- (38) Poziom importu w Niderlandach wynosi 28 % całkowitych dostaw i zużycia. Dla przykładu jest to poziom wyższy niż import energii elektrycznej we Włoszech (13,4 %) w czasie, gdy prowadzono ocenę włoskiego rynku wytwarzania energii elektrycznej⁽¹⁾. Komisja stwierdziła, że import ten pozytywnie wpływa na konkurencję i że może ulec dalszemu zwiększeniu wraz z udostępnianiem dodatkowej przepustowości połączeń międzysystemowych. Wielkość importu na rynku niderlandzkim jest potwierdzeniem wniosku, że podmioty zamawiające działające na niderlandzkim rynku wytwarzania energii elektrycznej podlegają konkurencji.
- (39) Poziom płynności rynku hurtowego, analizowany przez krajowy organ ds. konkurencji ACM⁽²⁾, jak również funkcjonowanie niderlandzkiego rynku bilansującego nie przeczą wnioskowi, że podmioty zamawiające działające na niderlandzkim rynku produkcji podlegają konkurencji.

4. WNIOSKI

- (40) Uwzględniając przeanalizowane wyżej czynniki, warunek bezpośredniego podlegania konkurencji określony w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE należy uznać za spełniony w odniesieniu do podmiotów zamawiających w zakresie produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej w Niderlandach.
- (41) Ponadto, jako że za spełniony uważa się warunek nieograniczonego dostępu do rynku, dyrektywa 2014/25/UE nie powinna mieć zastosowania w odniesieniu do udzielania przez podmioty zamawiające zamówień mających na celu umożliwienie produkcji energii elektrycznej i jej dostaw hurtowych w Niderlandach ani w odniesieniu do organizacji przez podmioty zamawiające konkursów na prowadzenie takiej działalności na tym obszarze geograficznym.
- (42) Niniejsza decyzja została podjęta w oparciu o stan prawny i faktyczny w okresie od stycznia 2017 r. do listopada 2017 r., ustalony na podstawie informacji przedłożonych przez wnioskodawców oraz przez władze niderlandzkie. Decyzja ta może zostać zmieniona, jeżeli nastąpią istotne zmiany stanu prawnego lub faktycznego, które spowodują, iż warunki stosowalności art. 34 dyrektywy 2014/25/UE przestaną być spełniane.
- (43) Przypomina się, że w art. 16 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE⁽³⁾ przewidziano wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy koncesji udzielanych przez podmioty zamawiające, w przypadku których w stosunku do państwa członkowskiego, w którym te koncesje mają być realizowane, ustalono na podstawie art. 35 dyrektywy 2014/25/UE, że działalność bezpośrednio podlega konkurencji zgodnie z art. 34 tej dyrektywy. Ponieważ uznano, że działalność polegająca na produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej podlega konkurencji, koncesje mające na celu umożliwienie wykonywania odnośnych rodzajów działalności na terenie Niderlandów zostaną wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2014/23/UE.
- (44) Środki przewidziane w niniejszej decyzji są zgodne z opinią Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Dyrektywa 2014/25/UE nie ma zastosowania do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające i mających na celu umożliwienie prowadzenie produkcji i hurtowej sprzedaży energii elektrycznej w Niderlandach.

⁽¹⁾ Decyzja Komisji 2010/403/UE z dnia 14 lipca 2010 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej we włoskiej Makroregionie Północ oraz sprzedaż detaliczną energii elektrycznej odbiorcom końcowym podłączonym do sieci średniego, wysokiego i bardzo wysokiego napięcia we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 186 z 20.7.2010, s. 44), pkt 11.

⁽²⁾ W ostatnim (opublikowanym w 2014 r.) sprawozdaniu dotyczącym płynności ACM stwierdził, że płynność hurtowego rynku energii elektrycznej zwiększyła się w latach 2009–2013 (co objawiało się na przykład większymi wolumenami sprzedaży, mniejszą zmiennością cen i mniejszą różnicą pomiędzy ceną kupna a ceną sprzedaży). ACM zauważył również, że liczba transakcji w zakresie produktów dnia bieżącego wzrosła w 2013 r. ponad dwukrotnie w stosunku do roku 2012.

⁽³⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1).

Artykuł 2

Niniejsza decyzja skierowana jest do Królestwa Niderlandów.

Sporządzono w Brukseli dnia 12 grudnia 2017 r.

W imieniu Komisji
Elżbieta BIENKOWSKA
Członek Komisji
