MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
TEL+43 1 531 61-11 FAX+43 1 531 61-99 hotline@manz.at
Johannesgasse 23, 1010 Wien www.manz.at

Dokumentinformation

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.07.2008
Publiziert von	Verlag Österreich
Glossator	**Christian F. Schneider *)** **Florian Neumayr *)**
Fundstelle	**RPA 2008, 238**
Heft	**4 / 2008**
Seite	**238**
Entscheidung	**EG-Kommission 7.7.2008, 2008/585/EG** ▾ Zu den Verweisen

Leitsatz

In einem Verfahren nach Art 30 SektorenRL hat die Kommission entschieden, dass die Sektoren RL nicht länger "für Aufträge, die die Auftraggeber in die Lage versetzen sollen, in Österreich Strom zu erzeugen" gilt.

Text

Hintergrund - Sachverhalt:

Im Verband der Elektrizitätsunternehmen Österreichs (VEÖ) organisierte Stromerzeugungsunternehmen haben den auf den liberalisierten Strommärkten bestehenden Wettbewerb zum Anlass genommen, einen Antrag auf Freistellung gemäß Art 30 SektorenRL zu erwägen.

§ 179 BVergG 2006, der in Österreich Art 30 SektorenRL umsetzt, sieht sowohl die Möglichkeit einer Antragstellung durch den BMWA (Abs 4) als auch seitens "die betreffende Sektorentätigkeit ausübender Sektorenauftraggeber" (Abs 5) vor. Nach Einschaltung einer Anwaltskanzlei wurde beschlossen, den Antrag in enger Abstimmung mit dem zuständigen Regulator durch den BMWA einbringen zu lassen. Der Antrag wurde auf Basis des vorgesehenen Formblatts (Anhang zur Entscheidung 2005/15/EG der Kommission vom 7. 1. 2005 über die Durchführungsmodalitäten für das Verfahren nach Artikel 30 SektorenRL) erstellt und nach Pränotifikationsgesprächen mit der zuständigen Generaldirektion Binnenmarkt formal am 10. 1. 2008 per E-Mail eingebracht.

Der Antrag bezog sich auf die Erzeugung von Elektrizität. Ausgeführt wurde, dass die Freistellung auch für mit derStromerzeugung verbundene Tätigkeit gelten soll und der Antrag insb auch das Ziel verfolgt, die Errichtung, den Kauf und den Betrieb von

Stromerzeugungsanlagen vom Vergaberecht freizustellen, wenn diese Stromerzeugungsanlagen gleichzeitig der Erzeugung von Wärme dienen.

Nach einer Verlängerung der ursprünglichen Entscheidungsfrist von drei Monaten um weitere drei Monate (vgl Art 30 Abs 6 SektorenRL) und einem Auskunftsverlangen, mit dem zusätzliche Informationen abgefragt wurden, hat die Kommission eine - an die Republik Österreich gerichtete unkonditionelle Freistellungsentscheidung erlassen: "Die Richtlinie 2004/17/EG gilt nicht für Aufträge, die die Auftraggeber in die Lage versetzen sollen, in Österreich Strom zu erzeugen".

Aus den Erwägungsgründen: (FN [1])

[...] Dem Antrag liegt ein Schreiben der unabhängigen nationalen Behörde E-Control (Energie-Control GmbH, Regulierungsbehörde für den österreichischen Elektrizitäts und Gasmarkt) bei, in dem diese sich auf die Feststellung beschränkt, dass "... kein Einwand gegen eine Freistellung von der Anwendung des Vergaberechts im Bereich Erzeugung von elektrischer Energie besteht." [Anm: Die zuständige "unabhängige Behörde" könnte auch selbst feststellen, dass eine Sektorentätigkeit auf einem Markt mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist - vgl Art 30 Abs 4 und 6 bzw § 179 Abs 1, 4 und 5 BVergG 2006.]

[...] Nach Maßgabe von Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG fallen Aufträge, die die Ausübung einer richtlinienrelevanten Tätigkeit ermöglichen sollen, nicht unter die Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

[...] Der Zugang zu einem Markt gilt als frei, wenn der Mitgliedstaat die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften zur Öffnung eines Sektors oder Teilsektors umgesetzt hat und anwendet. [...] Österreich hat sowohl die Richtlinie 96/92/EG als auch die Richtlinie 2003/54/EG umgesetzt und wendet sie an; dabei hat sich das Land für die rechtliche

Ende Seite 238

Anfang Seite 239»

und funktionelle Entflechtung bei den Übertragungs- und Verteilungsnetzen unter Ausnahme der kleinsten Unternehmen entschieden. Daher kann entsprechend Artikel 30 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Zugang zum Markt als frei gelten.

Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, sollte anhand verschiedener Indikatoren beurteilt werden, von denen keiner für sich genommen den Ausschlag gibt. Hinsichtlich der Märkte, die diese Entscheidung betrifft, ist der Marktanteil der Hauptakteure auf einem bestimmten Markt ein Kriterium, das berücksichtigt werden sollte. Ein weiteres Kriterium ist der Konzentrationsgrad auf diesen Märkten. Angesichts der Merkmale der betrachteten Märkte sollten zusätzliche Kriterien berücksichtigt werden, zB das Funktionieren des Ausgleichsmarkts, der Preiswettbewerb und das Ausmaß, in dem Kunden den Versorger wechseln.

[...] Das Fehlen von Engpässen bei den Verbindungen mit Deutschland warf die Frage auf, ob möglicherweise ein die beiden Länder umfassender geografischer Markt existiert. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass dies nicht der Fall ist. (Anm: Zu diesem Schluss kam sie in ihrer Branchenuntersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren - vgl Mitteilung der Kommission vom 10. Jänner 2007, KOM(2006) 851 endg) Daher sollte das Hoheitsgebiet der Republik Österreich als der Markt angesehen werden, der für eine Prüfung der Bedingungen des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG in Betracht kommt, auch wenn er nicht isoliert von den

Nachbarländern gesehen werden kann.

[...] Im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 15. April 2008 (SEK(2008) 460 (6)) wird für 2006 der Gesamtmarktanteil der drei größten Erzeuger mit 52,2 Prozent angegeben. Österreich führt jedoch beträchtliche Strommengen ein und aus. 2005 beliefen sich die Exporte auf über 17 500 GWh und die Importe auf über 20 000 GWh. Daher ist Österreich Nettoimporteur von Elektrizität, wobei die Importe etwa ein Viertel des Gesamtbedarfs deckten, insbesondere als Grundlaststrom. Demzufolge unterliegen die führenden österreichischen Erzeuger aufgrund der ausländischen Importe gewissen Zwängen bei ihrem Preisverhalten, und bei den Investitionen im Elektrizitätssektor innerhalb des österreichischen Hoheitsgebiets werden die Erzeuger in den Nachbarländern, insbesondere Deutschland, berücksichtigt. Diese Faktoren sollten daher als Indikator dafür angesehen werden, dass die Elektrizitätserzeugung in einem gewissen Umfang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

Ferner sollte das Funktionieren der Ausgleichsmärkte ebenfalls als Kriterium herangezogen werden, auch wenn diese nur einen kleinen Teil der in einem Mitgliedstaat erzeugten und/oder verbrauchten Elektrizitätsmenge repräsentieren. Jeder Marktteilnehmer nämlich, der sein Erzeugungsportfolio nur mit Schwierigkeiten auf die Merkmale seiner Kunden abstimmen kann, sieht sich möglicherweise mit einer großen Preisdifferenz zwischen dem Preis, zu dem der Übertragungsnetzbetreiber [...] Ausgleichsenergie bereitstellt, und dem Preis, zu dem er Überproduktion zurückkauft, konfrontiert. [...] Der österreichische Ausgleichsmarkt und seine Hauptmerkmale - insbesondere die marktbasierte Preisbildung und eine relativ niedrige Preisspanne zwischen dem Preis des Ankaufs [...] und dem Verkaufspreis - deuten ebenfalls darauf hin, dass die Elektrizitätserzeugung unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

Angesichts der Merkmale des hier betrachteten Produkts (Elektrizität) und der Knappheit bzw des Fehlens geeigneter Ersatzprodukte oder Dienstleistungen kommt bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation [...] dem Preiswettbewerb und der Preisbildung größere Bedeutung zu. Bei großen industriellen (End-)Verbrauchern, die ihren Strom am ehesten unmittelbar von Lieferanten beziehen, die gleichzeitig Erzeuger sind, kann die Anzahl der Kunden, die den Versorger wechseln, ein Indikator für Preiswettbewerb sein [...]. Wechseln wenige Kunden den Versorger, dürfte ein Problem mit dem Funktionieren des Marktes vorliegen, auch wenn die Vorteile, die mit der Möglichkeit verbunden sind, mit dem historisch gewachsenen Versorger neu zu verhandeln, nicht außer Acht gelassen werden sollten. [...]

Entsprechend den jüngsten vorliegenden Informationen beträgt die Versorgerwechselrate für große und sehr große Industriekunden in Österreich 41,5 Prozent. Außerdem gibt es keine Endnutzerpreis-Kontrolle in Österreich, dh, die Wirtschaftsbeteiligten setzen ihre Preise selbst fest, ohne dass sie sie behördlich genehmigen lassen müssen. Somit ist die Situation in Österreich im Hinblick auf den Versorgerwechsel der großen und sehr großen industriellen (End-)Verbraucher und die Kontrolle der Endnutzerpreise als zufrieden stellend zu betrachten und sollte daher als Indikator für einen unmittelbar wirksamen Wettbewerb gewertet werden.

[...] Angesichts der [...] untersuchten Faktoren sollte davon ausgegangen werden, dass die in Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG festgelegte Bedingung, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, in Österreich für die Stromerzeugung erfüllt wird.

«Ende Seite 239

Anfang Seite 240

Fußnoten

Im Folgenden wird ausgewählt aus der hier besprochenen Entscheidung zitiert.

Glosse

Art 30 SektorenRL, in Österreich umgesetzt durch § 179 BVergG 2006, bietet die Möglichkeit, Sektorentätigkeiten, die "auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt" sind, vom Vergaberecht freistellen zu lassen.

Märkte, die durch umgesetzte gemeinschaftsrechtliche Vorschriften (wie in Anhang XI zur SektorenRL aufgelistet) liberalisiert sind, gelten als frei zugänglich. Für Österreich trifft dies außer auf die Stromerzeugung etwa auf Postdienste zu. Besteht keine Vermutung des freien Zugangs, "muss der Nachweis erbracht werden, dass der Zugang zu diesem Markt de jure und de facto frei ist" (vgl Art 30 Abs 3 SektorenRL). Für die Frage, ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, war der Kommission bisher (eine Auflistung sämtlicher ergangener Entscheidungen findet sich auf der Website www.ec.europa.eu/internal market/publicprocurement/ legislation de.htm) vor allem ein geringer Marktkonzentrationsgrad (in ihrer Entscheidung 2007/564/EG hat die Kommission aber etwa Standardpaketdienste in Finnland vom Vergaberecht freigestellt, obwohl es nur zwei Marktteilnehmer mit 63 Prozent bzw 37 Prozent Marktanteil gab) wichtig. Gerade im Strombereich legte die Kommission außerdem auf bestehenden Preiswettbewerb, Liquidität (im Sinne von mehrfach An- und Verkäufen von Energie) und das Funktionieren der Ausgleichsenergiemärkte wert.

Die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission zeigt, dass auf Märkten mit Wettbewerb die Kommission durchaus bereit ist, das "Korsett" des Vergaberechts für unanwendbar zu erklären. Dementsprechend könnten ähnliche Freistellungsanträge etwa im Hinblick auf im Wettbewerb stehende Postdienste oder den Schienengüterverkehr folgen.

*

Christian F. Schneider, Florian Neumayr, am Verfahren beteiligt.

Zitiervorschlag

Fußnote(n)

1) Im Folgenden wird ausgewählt aus der hier besprochenen Entscheidung zitiert.

*) Christian F. Schneider, Florian Neumayr, am Verfahren beteiligt.

Meta-Daten

Schlagwort(e)

Europäische Kommission: Freistellung der österreichischen Stromerzeugung vom Vergaberecht. "Freistellungsentscheidung". Sektorenauftraggeber.

Rubrik(en)

Judikatur

Hinweis

Europäische Kommission 7. 7. 2008, 2008/585/EG (K [2008] 3382).

Verweise

EG-Kommission 7.7.2008, 2008/585/EG

ÔÇ§ § 179 BVergG 2006
Art 30 RL 2004/17/EG
Art 30 Sektoren-RL 2004/17/EG

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH