

DECISIÓN DE EJECUCIÓN DE LA COMISIÓN

de 24 de abril de 2012

que excluye la producción y la venta al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales en Alemania del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales

*[notificada con el número C(2012) 2426]***(El texto en lengua alemana es el único auténtico)****(Texto pertinente a efectos delEEE)**

(2012/218/UE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,

Vista la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales ⁽¹⁾, y, en particular, su artículo 30, apartados 5 y 6,

Vista la solicitud presentada por Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (*Asociación Federal de Industrias Energéticas y del Agua*), en lo sucesivo denominada «BDEW», por correo electrónico de 26 de octubre de 2011,

Considerando lo siguiente:

I. HECHOS

- (1) Por correo electrónico de 26 de octubre de 2011, BDEW transmitió a la Comisión una solicitud con arreglo al artículo 30, apartado 5, de la Directiva 2004/17/CE. La Comisión informó de la solicitud a las autoridades alemanas el 11 de noviembre de 2011 y solicitó asimismo información adicional a dichas autoridades por correo electrónico de 10 de enero de 2012, y a BDEW por correo electrónico de 21 de diciembre de 2011. Las autoridades alemanas remitieron información adicional por correo electrónico de 14 de diciembre de 2011 y BDEW lo hizo el 17 y el 26 de enero y el 28 de febrero de 2012.
- (2) La solicitud presentada por BDEW en nombre de las entidades adjudicadoras del sector se refiere, según se expone en ella, a la construcción, la adquisición y la explotación (incluido el mantenimiento) de todo tipo de plantas generadoras de electricidad, así como a las pertinentes actividades de apoyo ⁽²⁾.
- (3) La solicitud va acompañada por un dictamen del Bundeskartellamt (oficina federal de defensa de la competencia) fechado el 25 de julio de 2011. Este, en lo sucesivo denominado «el dictamen», se basa en la legislación alemana pertinente y analiza si la actividad a la que se refiere el procedimiento se encuentra directamente

expuesta a la competencia. El dictamen se sustenta en un amplio estudio sectorial de los mercados de referencia.

II. MARCO JURÍDICO

- (4) El artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE dispone que esta no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible el ejercicio de una de las actividades contempladas en la Directiva, siempre que en el Estado miembro en que se ejerza dicha actividad esta esté expuesta directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. La exposición directa a la competencia se determina sobre la base de criterios objetivos, en función de las características específicas del sector de que se trate. Se considera que el acceso a un mercado no está limitado cuando el Estado miembro ha transpuesto y aplicado las disposiciones de la legislación comunitaria pertinente que liberalizan un sector determinado o parte de este. Dichas disposiciones se enumeran en el anexo XI de la Directiva 2004/17/CE, que, en lo que respecta al sector de la electricidad, remite a la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad ⁽³⁾. La Directiva 92/96/CE fue sustituida por la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE ⁽⁴⁾, que, a su vez, ha sido sustituida por la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE ⁽⁵⁾.
- (5) Alemania ha transpuesto y aplicado no solo la Directiva 96/92/CE, sino también la Directiva 2003/54/CE y la Directiva 2009/72/CE. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 30, apartado 3, párrafo primero, debe considerarse que el acceso al mercado no está limitado en todo el territorio alemán.
- (6) La exposición directa a la competencia debe evaluarse con arreglo a distintos indicadores, ninguno de los cuales es necesariamente decisivo por sí mismo. Por lo que se refiere a los mercados objeto de la presente Decisión, un criterio que ha de tenerse en cuenta es la cuota de mercado que los principales operadores poseen en ellos. Otro criterio es el grado de concentración existente en dichos

⁽¹⁾ DO L 134 de 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ La solicitud de exención pretende englobar también las actividades ligadas a la producción de electricidad, como las centrales de cogeneración.

⁽³⁾ DO L 27 de 30.1.1997, p. 20.

⁽⁴⁾ DO L 176 de 15.7.2003, p. 37.

⁽⁵⁾ DO L 211 de 14.8.2009, p. 55.

mercados. Atendiendo a las características de los mercados en cuestión, deben tenerse en cuenta también otros criterios, como el funcionamiento del mercado de ajustes, la competencia de precios y el porcentaje de cambio de proveedor.

- (7) La presente Decisión se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas de competencia.

III. EVALUACIÓN

- (8) El mercado alemán de la electricidad se caracteriza por un elevado número de centrales eléctricas explotadas por una gran diversidad de operadores⁽¹⁾. Cuatro grandes empresas eléctricas poseen la mayor parte de la capacidad productiva, a saber: RWE AG, E.ON AG, EnBW AG y Vattenfall Europe AG. No obstante, como dos de ellas, esto es, RWE y E.ON, son empresas privadas (es decir, que no se encuentran bajo la influencia dominante, directa o indirecta, de ningún poder adjudicador a tenor del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/17/CE), que no operan en el sector de la producción de electricidad al amparo de derechos especiales o exclusivos, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE, no se consideran entidades adjudicadoras a efectos de dicha Directiva. Los contratos que otorguen con vistas a la producción o la venta de electricidad no están, por tanto, sujetos a lo dispuesto en esa Directiva; por consiguiente, en relación con dichas actividades, deben considerarse competidoras de las entidades adjudicadoras cuyos contratos sí están sujetos a lo establecido en la Directiva. En consecuencia, este análisis se centrará en adelante en las entidades adjudicadoras al examinar si la actividad está expuesta a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.
- (9) La comercialización al por mayor de electricidad se realiza a través de las bolsas, es decir, de los mercados al contado y a plazo de European Energy Exchange AG (EEX) y de European Power Exchange S.E. (EPEX), o mediante operaciones extrabursátiles. El precio registrado en las bolsas de energía suele servir de precio de referencia en las operaciones extrabursátiles. Las empresas productoras optimizan la explotación de sus centrales eléctricas según los resultados de contratación al contado en las bolsas. En principio, solo se ponen en funcionamiento aquellas centrales cuyos costes marginales son inferiores al precio de mercado.
- (10) La *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien* (en lo sucesivo denominada «la EEG») ⁽²⁾ establece las normas apli-

cables a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables⁽³⁾, que, con carácter complementario a la producida a partir de fuentes convencionales⁽⁴⁾, ocupa un lugar cada día más importante en el mercado alemán. Con arreglo a la EEG modificada que entró en vigor a comienzos de 2012, la proporción de las fuentes de energía renovables en el suministro eléctrico deberá aumentar hasta un 35 % en 2020, un 50 % en 2030 y un 80 % en 2050.

- (11) A finales de 2010, una capacidad generadora de 160,5 GW se encontraba conectada a las redes de los gestores de redes de transporte (GRT) (77,6 GW) y de los gestores de redes de distribución (GRD) (82,9 GW). En comparación con 2009 (152,7 GW), esta cifra representa un aumento de 7,8 GW, aproximadamente. De la capacidad total, 54,2 GW corresponden a las energías renovables. Alrededor de 50,7 GW procedentes de fuentes renovables se pagan con arreglo a las tarifas de la EEG, lo que significa que estas fuentes representan el 34 %, aproximadamente, de la capacidad total⁽⁵⁾.
- (12) En términos de alimentación a la red, en 2010 se introdujo un total de 531,2 TWh en las redes de los GRT (367,5 TWh) y los GRD (163,7 TWh). De este volumen correspondían a las energías renovables 93,7 TWh, de los cuales 80,7 TWh fueron remunerados de conformidad con la EEG. Ello significa que la alimentación a la red a partir de fuentes renovables representa, aproximadamente, el 18 % del volumen total de alimentación, un porcentaje inferior, por tanto, al 34 % que corresponde a dichas fuentes en la capacidad total de producción⁽⁶⁾. La diferencia obedece al hecho de que el período de utilización de las fuentes renovables por año es menor que el de las fuentes convencionales.
- (13) Otra característica del mercado alemán de la electricidad estriba en la reciente decisión de las autoridades nacionales de cerrar ocho centrales nucleares, de una capacidad total de 8 400 MW⁽⁷⁾, a raíz de la catástrofe nuclear acaecida en Japón a comienzos de 2011. Además, se decidió cerrar las restantes centrales nucleares en Alemania a más tardar en 2022. A corto plazo, esta circunstancia alteró la balanza entre importaciones y exportaciones, de modo que, de ser exportador neto de electricidad hasta 2010, Alemania pasó a ser importador neto en 2011.

⁽¹⁾ Según los datos publicados por Eurostat en el número 11/2010 de *Environment and Energy*, en 2008 había en Alemania más de 450 empresas productoras de electricidad, que representaban como mínimo el 95 % de la producción neta.

⁽²⁾ La EEG regula: la conexión prioritaria a las redes de suministro general de electricidad de aquellas instalaciones que generen electricidad a partir de fuentes renovables de energía y de gas de minería; la compra con carácter prioritario, el transporte, la distribución y el pago de esa electricidad por los operadores de redes, en relación también con la electricidad de cogeneración, así como las primas concedidas para integrar esta electricidad en el sistema de suministro de corriente; y el régimen de compensación de ámbito nacional aplicable a la cantidad de electricidad comprada por la que se ha abonado una tarifa o una prima.

⁽³⁾ A tenor de la EEG, y en las condiciones que en ella se fijan, se entiende por «fuentes de energía renovables» la energía hidráulica, incluida la energía maremotriz, undimotriz, osmótica y de las corrientes marinas, la energía eólica, la radiación solar, la energía geotérmica, la procedente de la biomasa, incluido el biogás, el biometano, el gas de vertedero y el gas obtenido en el tratamiento de aguas residuales, así como la parte biodegradable de los residuos municipales y los residuos industriales.

⁽⁴⁾ A efectos de la presente Decisión se entiende por «electricidad generada a partir de fuentes convencionales» o «electricidad convencional» aquella que no entra en el ámbito de aplicación de la EEG.

⁽⁵⁾ Según el *Monitoring Benchmark Report 2011* elaborado por Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (traducción EN), p. 9.

⁽⁶⁾ Según el *Monitoring Benchmark Report 2011* elaborado por Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (traducción EN), p. 10.

⁽⁷⁾ Según el *Monitoring Benchmark Report 2011* elaborado por Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (traducción EN).

Definición del mercado

Definición del mercado de producto

- (14) De acuerdo con los precedentes sentados por la Comisión ⁽¹⁾, pueden distinguirse en el sector de la electricidad los siguientes mercados de producto de referencia: i) generación y suministro al por mayor; ii) transporte; iii) distribución y iv) suministro al por menor. Si bien algunos de estos mercados podrían subdividirse, la práctica de la Comisión hasta la fecha ⁽²⁾ ha consistido en rechazar toda distinción entre un mercado de generación de electricidad y un mercado de suministro al por mayor, puesto que la generación en sí misma no es sino un primer eslabón de la cadena de valor y el volumen de electricidad generado se comercializa a través del mercado de suministro al por mayor.
- (15) La solicitud de BDEW se refiere a la generación y el suministro al por mayor de electricidad. En su dictamen, el Bundeskartellamt define el mercado de producto como un mercado primario de ventas de electricidad ⁽³⁾, que abarca las ventas iniciales por parte de los proveedores de electricidad de su propia producción y las importaciones netas, pero no incluye el subsiguiente comercio entre los operadores del mercado. Por otra parte, el Bundeskartellamt considera que la producción y la comercialización de electricidad regulada por la EEG (en lo sucesivo denominada «electricidad EEG») no forman parte de este mercado.
- (16) El Bundeskartellamt considera que el mercado de electricidad EEG es un mercado independiente en lo que se refiere a la primera venta de dicho producto. La electricidad EEG no suele venderse directamente en el mercado al por mayor, sino que los gestores de redes de transporte son los primeros en adquirirla a cambio de una remuneración establecida por ley. En una segunda etapa, estos la venden en el mercado al por mayor.
- (17) El Bundeskartellamt concluye que la producción y la comercialización de la electricidad EEG no se rigen por condiciones de competencia y que este producto es independiente de los indicadores de demanda y precios ⁽⁴⁾. Esta conclusión está basada fundamentalmente en las constataciones que a continuación se indican.
- (18) La electricidad EEG tiene prioridad de alimentación a la red, por lo que su producción no depende en absoluto de la demanda. La producción y la alimentación a la red son también independientes de los precios, ya que los operadores tienen derecho a una remuneración fijada por ley. Los GRT comercializan la electricidad EEG en el mercado al contado conforme a las disposiciones legalmente establecidas, sin ningún margen de maniobra.
- (19) El Bundeskartellamt destaca asimismo que, con arreglo a la normativa, la electricidad EEG puede comercializarse directamente y un determinado porcentaje de operadores hace uso de esta posibilidad. La EEG dispone que, el

primer día del mes, los operadores de instalaciones EEG pueden optar por pasar de la venta directa al cobro de la tarifa prevista en dicha norma, o a la inversa. Dependiendo de las previsiones de precios de mercado y de la demanda, dichos operadores pueden, pues, decidir cada mes qué sistema de venta les conviene más. No obstante, la comercialización directa solo tendrá en el futuro una incidencia marginal.

- (20) Conforme a la EEG modificada que entró en vigor a principios de 2012, los operadores de instalaciones EEG tienen, como se ha indicado antes, la opción de comercializar por sí mismos la electricidad que producen y de recibir además una prima de comercialización. Esta prima pretende compensar la diferencia entre la remuneración EEG fija y el precio medio mensual en la bolsa, determinado *ex post*. La percepción de esta prima es, no obstante, opcional, es decir: los operadores de instalaciones EEG pueden permanecer acogidos al sistema de remuneración fija o volver a él el mes que quieran. Con todo, se prevé que la mayor parte de la electricidad EEG se comercializará a través de los gestores de redes de transporte. Por otra parte, el modelo de prima de comercialización no altera el hecho de que el nivel de remuneración total de los productores de electricidad EEG no venga principalmente determinado por los precios del mercado ⁽⁵⁾.
- (21) El Bundeskartellamt reconoce, por tanto, que si bien la electricidad EEG ejerce una presión competitiva sobre la energía generada a partir de fuentes convencionales, no ocurre lo mismo a la inversa; así pues, la electricidad EEG no puede integrarse en el mismo mercado que la convencional, dado que las condiciones de mercado que imperan en la primera venta difieren significativamente según se trate de una u otra de esas dos formas de generación. Además, la primera venta de la electricidad EEG se realiza sobre todo a través de los gestores de redes de transporte. Por consiguiente, el mercado difiere también, como es obvio, del mercado mayorista de electricidad convencional desde la perspectiva de la demanda.
- (22) Teniendo en cuenta la especificidad del mercado alemán de la electricidad, a efectos de la evaluación de las condiciones establecidas en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, y sin perjuicio de la legislación de competencia, el mercado de producto de referencia se define como el mercado de la generación y la primera venta de electricidad producida a partir de fuentes convencionales. La generación y la primera venta de electricidad EEG no forman parte de este mercado, por los motivos antes expuestos, y se evaluarán a continuación por separado.

Definición del mercado geográfico

- (23) De acuerdo con lo señalado en ella, la solicitud se refiere a las actividades desarrolladas en el territorio de la República Federal de Alemania. Aunque el solicitante contempla la posibilidad de considerar un mercado más amplio, que comprenda a Alemania y Austria, basándose en una

⁽¹⁾ Asunto COMP/M.4110 — E.ON/ENDESA, de 25.4.2006, apartado 10, p. 3.

⁽²⁾ Asunto COMP/M.3696 — E.ON/MOL de 21.1.2005, apartado 223; Asunto COMP/M.5467, RWE-ESSENT de 23.6.2009, apartado 23.

⁽³⁾ Según el dictamen del Bundeskartellamt (traducción EN), p. 5.

⁽⁴⁾ Según el dictamen del Bundeskartellamt (traducción EN), p. 5.

⁽⁵⁾ Sin embargo, la remuneración de un determinado operador puede variar dependiendo de que consiga comercializar su electricidad a un precio superior al precio medio mensual.

serie de tendencias en la evolución del marco reglamentario, en el nivel de las importaciones y exportaciones de electricidad y en los procedimientos de acoplamiento de mercados y gestión de congestiones, acaba finalmente declarándose incapaz de extraer una conclusión definitiva sobre si el mercado mayorista alemán de la electricidad y los mercados de referencia de los países vecinos están suficientemente integrados en la actualidad para poder considerarse un mercado regional.

- (24) Tras el estudio sectorial realizado, el Bundeskartellamt admite que existe un mercado primario común de la electricidad en Alemania y Austria. Esta conclusión se basa en la ausencia de puntos de estrangulamiento en los interconectores situados en la frontera entre Alemania y Austria y en la zona estándar de comercialización y tarificación de la European Power Exchange S.E. (EPEX).
- (25) Conforme a la práctica anterior de la Comisión, los mercados de la electricidad venían definiéndose fundamentalmente como mercados de ámbito nacional ⁽¹⁾ o, incluso, más reducido ⁽²⁾. Ocasionalmente, ha dejado abierta la posibilidad de que los mercados fueran más amplios y no meramente nacionales ⁽³⁾.
- (26) La Comisión considera que, a efectos de la evaluación de las condiciones establecidas en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, y sin perjuicio de la legislación de competencia, no es necesario determinar el alcance exacto del mercado geográfico de referencia en lo que respecta a la generación y la primera venta de electricidad convencional, puesto que los resultados de la evaluación serían los mismos con cualquiera de las posibles definiciones del mercado.
- (27) En lo referente a la producción y la primera venta de electricidad EEG, su ámbito geográfico no podría extenderse más allá del territorio alemán, puesto que se basa en las condiciones legales específicas que fija la EEG alemana.

Análisis del mercado

Producción y primera venta de electricidad generada a partir de fuentes convencionales

a) Cuotas de mercado y concentración del mercado

- (28) Tal como se desprende de una práctica reiterada ⁽⁴⁾ en las decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo al artículo 30, esta considera, en lo que se refiere a la producción de electricidad, que «un indicador que refleja el

grado de competencia en los mercados nacionales es la cuota total de mercado de los tres principales productores».

- (29) Con arreglo al dictamen del Bundeskartellamt ⁽⁵⁾, las cuotas de mercado agregadas de los tres primeros productores, en términos de alimentación a la red, eran del 74 % en 2007, del 73 % en 2008 y del 70 % en 2010. El mercado alemán de la electricidad ocupa, pues, un lugar intermedio, en comparación con anteriores decisiones de exención al amparo del artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE ⁽⁶⁾.
- (30) No obstante, cabe recordar que los dos primeros productores, RWE y E.ON, que disponen conjuntamente de una cuota del 58 % del mercado ⁽⁷⁾, no están sujetos a las disposiciones de la legislación sobre contratación pública.
- (31) El objetivo de la presente Decisión es determinar si las actividades de producción y venta al por mayor de electricidad están expuestas a un nivel de competencia (en mercados de libre acceso) que garantiza que, incluso en ausencia de la disciplina introducida por las disposiciones pormenorizadas que establece en materia de contratación pública la Directiva 2004/17/CE, los contratos celebrados con vistas al ejercicio de las actividades consideradas se adjudiquen de forma transparente y no discriminatoria y sobre la base de unos criterios que permitan encontrar la solución globalmente más ventajosa desde el punto de vista económico. En este contexto, es importante tener presente que las empresas que no están sujetas a los procedimientos de contratación pública (en concreto RWE y E.ON) al operar en esos mercados tienen la posibilidad de ejercer una presión competitiva sobre los demás operadores del mercado. Este hecho no se verá alterado aun cuando se incluya a Austria en el mercado geográfico de referencia, dado que las cuotas de los primeros productores no son, según cabe suponer, sino ligeramente más pequeñas en un mercado que comprenda tanto a Austria como a Alemania ⁽⁸⁾.

- (32) En lo que respecta a la producción y venta al por mayor de electricidad procedente de fuentes convencionales, los hechos antes expuestos pueden considerarse una indicación de que los operadores del mercado que están sujetos a las disposiciones legales en materia de contratación pública se hallan directamente expuestos a la competencia.
- (33) Cabe asimismo destacar que el documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado «2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity

⁽¹⁾ Decisiones 2008/585/CE (DO L 188 de 16.7.2008, p. 28, apartado 9) y 2008/741/CE (DO L 251 19.9.2008, p. 35, apartado 9) de la Comisión, y Asunto COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP de 9.12.2004, apartado 23.

⁽²⁾ Decisión 2010/403/CE de la Comisión (DO L 186 de 20.7.2010, p. 44, apartado 9).

⁽³⁾ Asuntos COMP/M.326 SYDKRAFT/GRANINGE de 30.10.2003, apartado 27, y COMP/M.3665 ENEL/SLOVENSKE ELEKTRARNE de 26.4.2005, apartado 14.

⁽⁴⁾ Decisiones 2009/47/CE (DO L 19 de 23.1.2009, p. 57); 2008/585/CE; 2008/741/CE; 2007/141/CE (DO L 62 de 1.3.2007, p. 23); 2007/706/CE (DO L 287 de 1.11.2007, p. 18); 2006/211/CE (DO L 76 de 15.3.2006, p. 6), y 2006/422/CE (DO L 168 de 21.6.2006, p. 33) de la Comisión.

⁽⁵⁾ Según el dictamen del Bundeskartellamt (traducción EN), apartado 2, p. 7.

⁽⁶⁾ Las cuotas de mercado agregadas de los tres primeros productores en el Reino Unido (39 %), Austria (52 %) y Polonia (55 %) son menores, pero las correspondientes a Finlandia (73,6 %) y Suecia (87 %) son más altas.

⁽⁷⁾ Al calcular la producción se tienen en cuenta las centrales eléctricas propias, las participaciones en centrales de propiedad conjunta y la producción a largo plazo garantizada mediante contrato (derechos de giro).

⁽⁸⁾ Según el dictamen del Bundeskartellamt (traducción EN), apartado 3, p. 7.

Market», de junio de 2011 ⁽¹⁾, indicaba una reducción de la concentración del mercado alemán ⁽²⁾ frente a los años anteriores y clasificaba dicho mercado en la categoría de los «moderadamente concentrados» ⁽³⁾, esto es, los mercados con un índice Herfindahl-Hirschman (HHI) ⁽⁴⁾ por capacidad comprendido entre 750 y 1 800.

- (34) Habida cuenta de las cifras antes señaladas, a efectos de la presente Decisión y sin perjuicio de la legislación de competencia, cabe considerar en relación con las entidades adjudicadoras que el grado de concentración del mercado es una indicación de que existe cierto nivel de exposición a la competencia en el mercado alemán de producción y venta al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales.

b) Otros factores

- (35) En los últimos años, hasta marzo de 2011 de hecho, Alemania era un exportador neto de electricidad. No obstante, a raíz de la decisión de abandonar la producción de electricidad en varias centrales nucleares, Alemania se convirtió en importador neto. Existe, por tanto, actualmente, una presión competitiva en el mercado que se deriva de la posibilidad de importar electricidad de otros países, de modo que resulta imposible realizar inversiones en el sector eléctrico alemán sin tener en cuenta a los demás productores de los países vecinos. Atendiendo a estos factores, debería, pues, considerarse verosímil la conclusión de que las entidades adjudicadoras que operan en el mercado alemán de producción de electricidad a partir de fuentes convencionales están expuestas a la competencia. Por otra parte, el análisis de la situación en lo que respecta al cambio de proveedor por parte de la clientela ⁽⁵⁾ y al grado de liquidez del mercado de venta mayorista ⁽⁶⁾ demuestra que dichos factores no contradicen la conclusión de que las entidades adjudicadoras que operan en el mercado alemán de producción de electricidad a partir de fuentes convencionales están expuestas a la competencia. Por último, cabe señalar que

el mercado de ajustes alemán ⁽⁷⁾ y sus principales características (formación de precios en función del mercado y diferencia de precio entre la energía de ajuste positivo y negativo) tampoco invalidan la conclusión de que las entidades adjudicadoras que operan en el mercado alemán de producción de electricidad a partir de fuentes convencionales están expuestas a la competencia.

Producción y primera venta de electricidad EEG

- (36) La electricidad EEG tiene prioridad de conexión y de alimentación a la red frente a la de tipo convencional, lo que significa que su producción es independiente de la demanda. Dado que los costes de producción de la electricidad EEG son en general superiores al precio de mercado, se ha establecido un sistema de apoyo específico de la misma. Los operadores de instalaciones EEG ⁽⁸⁾ tienen derecho a percibir de los gestores de redes de transporte una remuneración establecida por ley, durante un período de veinte años más el año de puesta en servicio. Esta remuneración está destinada a cubrir sus costes y es, por tanto, más elevada que el precio de mercado. Así, pueden inyectar en la red la electricidad que producen con independencia del precio observado en las bolsas ⁽⁹⁾.
- (37) La electricidad EEG no suele venderse directamente en el mercado al por mayor, sino que los gestores de redes de transporte son los primeros en adquirirla a cambio de una remuneración establecida por ley. Los gestores de redes de transporte se encargan de comercializar la electricidad EEG en el mercado al contado, lo que, por consiguiente, entraña para ellos una pérdida. Estos costes son sufragados, en última instancia, por los consumidores eléctricos finales, quienes pagan a sus suministradores de energía un recargo en virtud de la EEG, que seguidamente se repercute a los gestores de redes de transporte. Los proveedores de energía que compren más de un 50 % de electricidad EEG, de la que al menos un 20 % es de origen solar o eólico, pagan un recargo menor por la EEG.

⁽¹⁾ http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20100609_internal_market_report_2009_2010.pdf

⁽²⁾ Véase la página 7, apartado 4, del documento de trabajo de los servicios de la Comisión.

⁽³⁾ Cuadro 3.1, p. 12, del anexo técnico del documento de trabajo de los servicios de la Comisión «2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market» de junio de 2011.

⁽⁴⁾ El índice Herfindahl-Hirschman se define como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de cada empresa. Puede oscilar desde un valor cercano a cero hasta 10 000, al pasar de una multitud de empresas muy pequeñas a una situación de monopolio de un productor. Las disminuciones del HHI indican en general un aumento de la competencia, y los aumentos implican lo contrario.

⁽⁵⁾ De acuerdo con el cuadro 2.1 (p. 6) y el cuadro 2.2 (p. 7) del anexo técnico del documento de trabajo de los servicios de la Comisión «2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market» de junio de 2011, en 2009 el porcentaje de cambio de proveedor en el caso de los grandes clientes industriales era del 10,7 % en volumen y del 15,6 % por punto de medida admisible.

⁽⁶⁾ Según el *Monitoring Benchmark Report 2011* elaborado por Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, p. 28, el mercado mayorista alemán es extremadamente líquido. En 2010, se estima que el volumen del comercio mayorista ascendió a 10 600 TWh, lo que representa más de 17 veces la demanda real de electricidad en Alemania.

⁽⁷⁾ Aunque representen un pequeño porcentaje de la cantidad total de electricidad producida y/o consumida en un Estado miembro, el funcionamiento de los mecanismos de ajuste también ha de considerarse un indicador suplementario. El motivo de ello es una diferencia considerable entre el precio al que los gestores de redes de transporte ofrecen energía de ajuste y el precio al que compran la producción excedentaria puede suponer un problema para los operadores del mercado más pequeños e inhibir el desarrollo de la competencia.

⁽⁸⁾ A efectos de la presente Decisión y conforme a la EEG, se entiende por «instalaciones EEG» cualesquiera instalaciones que generen electricidad a partir de fuentes de energía renovables o de gas de minería. En estas se incluyen también todas aquellas instalaciones que reciben y transforman en electricidad energía que ha sido almacenada temporalmente y procede exclusivamente de fuentes renovables o gas de minería. Por «operador de instalaciones EEG» se entiende cualquier agente, independientemente de toda consideración de propiedad, que explote las instalaciones para producir electricidad a partir de fuentes de energía renovables o gas de minería.

⁽⁹⁾ La remuneración abonada por la electricidad EEG suele ser superior al precio de la bolsa, por lo que dicha electricidad es más cara que la convencional. Son los consumidores energéticos quienes soportan estos costes adicionales a través del recargo EEG (3,5 cents/kWh en 2011).

- (38) Los operadores de instalaciones EEG tienen también la posibilidad de comercializar directamente la electricidad producida, lo que significa que pueden renunciar a la remuneración establecida por ley y optar por vender directamente la electricidad en el mercado al contado. Debido a los elevados costes de producción de la electricidad EEG, su comercialización directa sin ampararse en las condiciones establecidas por ley no suele constituir una opción viable. Hasta ahora, se ha recurrido en esencia a este método en casos limitados, en los que los compradores podían lograr una exención del recargo EEG combinando una determinada cantidad de electricidad EEG procedente directamente de un productor con electricidad convencional ⁽¹⁾. Con la nueva EEG que entró en vigor al comienzo de 2012, se limitó la posibilidad de lograr esta exención específica, lo que presumiblemente redundará en una reducción de esta forma de comercialización directa ⁽²⁾.
- (39) La nueva ley contiene una nueva posibilidad de «comercialización directa» que supone, no obstante, el pago de lo que se denomina una «prima de comercialización» a los productores de electricidad EEG, la cual cubre la diferencia entre los costes que soportan, más elevados, y el precio medio de mercado (en lo sucesivo «el modelo de prima de comercialización»). Los gestores de redes de transporte estiman que las ventas en el marco del modelo de prima de comercialización representarán un 15 % del total en 2012 tomando conjuntamente todos los tipos de energías renovables ⁽³⁾. De lo anterior se deduce que, por ahora y en un futuro próximo, la mayor parte, con diferencia, de la electricidad EEG se comercializará con arreglo al régimen de remuneración establecida por ley y a través de los gestores de redes de transporte. La comercialización directa no subvencionada desempeñará tan solo un papel marginal.
- (40) Por los motivos antes expuestos, la producción y la primera venta de electricidad EEG forman parte de un sistema regulado en el que la remuneración de los productores se basa en lo que establece la ley. No se hallan expuestos a la competencia, puesto que pueden vender su electricidad EEG con independencia del precio imperante en el mercado. Debido a la prioridad de alimentación a la red, también pueden vender todas las cantidades que produzcan. Por tanto, no se puede concluir que la actividad de los productores de electricidad EEG esté expuesta a la competencia. Atendiendo a cuanto antecede, no es necesario evaluar ningún otro indicador, tales como los enumerados en el considerando 6.
- y el suministro al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales en Alemania.
- (42) Además, por considerarse cumplida la condición de acceso no limitado al mercado, la Directiva 2004/17/CE no debe aplicarse cuando las entidades adjudicadoras otorguen contratos destinados a posibilitar la producción y el suministro al por mayor de electricidad procedente de fuentes convencionales en Alemania, ni cuando organicen concursos de proyectos para el ejercicio de tales actividades en esa zona geográfica.
- (43) Sin embargo, la condición que establece el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, a saber, la exposición directa a la competencia, debe considerarse incumplida, atendiendo a las entidades adjudicadoras, en lo que respecta a la producción y la primera venta de electricidad EEG en Alemania.
- (44) Dado que la producción y la primera venta de electricidad EEG siguen estando sujetas a lo dispuesto en la Directiva 2004/17/CE, resulta oportuno destacar que los contratos públicos que abarquen varias actividades habrán de ser tratados de conformidad con el artículo 9 de dicha Directiva. Esto significa que cuando una entidad adjudicadora prevea adjudicar un contrato «mixto», es decir, un contrato con vistas al desempeño tanto de actividades excluidas de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE como no excluidas, se deberá tener en cuenta qué actividades son el objeto principal del contrato. En el caso de tales contratos mixtos, si la finalidad principal es apoyar la producción y la venta al por mayor de electricidad EEG, se aplicará lo dispuesto en la Directiva 2004/17/CE. Si resulta objetivamente imposible determinar la actividad que constituye el objeto principal del contrato, este se adjudicará con arreglo a las normas mencionadas en el artículo 9, apartados 2 y 3, de la Directiva 2004/17/CE. La presente Decisión se basa en la situación de hecho y de derecho existente entre octubre de 2011 y febrero de 2012, según se desprende de la información facilitada por BDEW y las autoridades alemanas. Podrá revisarse en caso de que, como consecuencia de cambios significativos en la situación de hecho o de derecho, dejen de cumplirse las condiciones de aplicabilidad del artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE en lo que respecta a la producción y el suministro al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales.
- (45) Las medidas previstas en la presente Decisión se ajustan al dictamen del Comité consultivo para los contratos públicos.

IV. CONCLUSIONES

- (41) En vista de los factores antes examinados, la condición que establece el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, a saber, la exposición directa a la competencia, debe considerarse cumplida, atendiendo a las entidades adjudicadoras, en lo que respecta a la producción

⁽¹⁾ Este fenómeno se denomina en ocasiones «Grünstromprivileg».

⁽²⁾ Los gestores de redes de transporte estiman que esa comercialización directa (art. 33 *ter* de la EEG 2012) representará un 3,7 % en 2012. Véase http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf

⁽³⁾ Véase http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf

Artículo 1

La Directiva 2004/17/CE no se aplicará a los contratos adjudicados por las entidades adjudicadoras y destinados a posibilitar la producción y la primera venta de electricidad generada a partir de fuentes convencionales en Alemania.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

A efectos de la presente Decisión se entenderá por «electricidad generada a partir de fuentes convencionales» o «electricidad convencional» aquella que no entra en el ámbito de aplicación de la EEG. Además, a tenor de la EEG, y en las condiciones que en ella se fijen, se entenderá por «fuentes de energía renovables» la energía hidráulica, incluida la energía maremotriz, undimotriz, osmótica y de las corrientes marinas, la energía eólica, la radiación solar, la energía geotérmica, la procedente de la biomasa, incluido el biogás, el biometano, el gas de vertedero y el gas obtenido en el tratamiento de aguas residuales, así como la parte biodegradable de los residuos municipales y los residuos industriales.

Artículo 2

La destinataria de la presente Decisión será la República de Alemania.

Hecho en Bruselas, el 24 de abril de 2012.

Por la Comisión

Michel BARNIER

Miembro de la Comisión
