

DECISIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Nº 189/12/COL

de 22 de mayo de 2012

que excluye la producción y venta al por mayor de electricidad en Noruega 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

EL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Visto el Acto mencionado en el punto 4 del anexo XVI del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por el que se establecen los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos en el sector de los servicios públicos [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⁾] («Directiva 2004/17/CE») y, en particular, su artículo 30,

Visto el Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (en lo sucesivo denominado «el Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción») y, en particular, los artículos 1 y 3 de su Protocolo 1,

Vista la solicitud presentada por *Akershus Energi Vannkraft AS*, *E-CO Energi AS*, *EB Kraftproduksjon AS* y *Østfold Energi AS* («los solicitantes») al Órgano el 24 de enero de 2012,

Vista la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC («el Órgano»), de 19 de abril de 2012, por la que se autoriza al miembro responsable de la contratación pública a adoptar determinadas decisiones en el ámbito de la contratación pública (Decisión nº 138/12/COL),

Previa consulta al Comité de adjudicación de contratos públicos que asiste al Órgano de Vigilancia de la AELC,

Considerando lo siguiente:

I. HECHOS

(1) El 24 de enero de 2012, el Órgano recibió una solicitud, de conformidad con el artículo 30, apartado 5, de la Directiva 2004/17/CE, de *Akershus Energi Vannkraft AS*, *E-CO Energi AS*, *EB Kraftproduksjon AS* y *Østfold Energi AS* para aprobar la aplicabilidad del artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE a las actividades de producción y venta al por mayor de energía hidroeléctrica en Noruega. Mediante cartas de 17 de febrero de 2012, el Órgano de Vigilancia solicitó información adicional,

tanto a Noruega (ref. nº 624270) como al solicitante (ref. nº 624258). El Órgano recibió una respuesta de Noruega por carta de 20 de marzo de 2012 y de los solicitantes, por carta de 22 de marzo de 2012.

(2) La solicitud de los solicitantes, que deben considerarse empresas públicas en el sentido de la Directiva 2004/17/CE, se refiere a la producción y el suministro al por mayor de energía hidroeléctrica, según lo descrito en la solicitud.

II. MARCO JURÍDICO

(3) El artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE prevé que dicha Directiva no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7, siempre que en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad esta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

(4) Con arreglo al artículo 30, apartado 5, de la Directiva 2004/17/CE, cuando el Derecho del Estado miembro interesado lo contemple, las entidades adjudicadoras podrán solicitar a la Comisión que establezca la aplicabilidad del apartado 1. Del artículo 15-1, apartado 2, del Reglamento nº 403, de 7 de abril de 2006, sobre la contratación pública en el sector de los servicios públicos (*Forskrift nr. 403 av 7. April 2006 om innkjøp i forsyningssektorene*) se desprende que las entidades adjudicadoras podrán presentar al Órgano una solicitud para la aplicación del artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, a condición de que hayan obtenido un dictamen de la autoridad de competencia noruega.

(5) Los solicitantes obtuvieron el dictamen de la autoridad de competencia noruega el 16 de marzo de 2011, en el que dicha autoridad concluyó que las actividades de referencia están directamente expuestas a la competencia en un mercado cuyo acceso no está limitado.

(6) Se considera que el acceso a un mercado no está limitado cuando el Estado ha incorporado y aplicado las disposiciones pertinentes de la legislación del EEE que liberalizan un sector determinado o parte de este. Esta legislación figura en el anexo XI de la Directiva 2004/17/CE, que, para el 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⁽²⁾. La Directiva

⁽¹⁾ DO L 134 de 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ DO L 27 de 30.1.1997, p. 20.

96/92/CE ha sido 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 ⁽¹⁾ («Directiva 2003/54/CE»), que está incorporada en el punto 22 del anexo IV del Acuerdo EEE. Así pues, el acceso al mercado se considerará libre si el Estado noruego ha transpuesto y aplicado correctamente la Directiva 2003/54/CE.

- (7) La exposición a la competencia debe evaluarse sobre la base de distintos indicadores, ninguno de los cuales es 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 mercados. En consideración de 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 grado de facilidad a la hora de cambiar de proveedor.

III. EVALUACIÓN

Definición del mercado

Mercado de producto

- (8) El mercado del producto de referencia es la producción y el suministro al por mayor de electricidad ⁽²⁾. El mercado abarca, por tanto, la producción de electricidad en centrales eléctricas y la importación de electricidad a través de interconexiones con el fin de revenderla directamente a grandes clientes industriales o a minoristas.

Mercado geográfico

- (9) El mercado noruego de energía al por mayor está muy integrado en el mercado escandinavo (Dinamarca, Noruega, Suecia y Finlandia). Una parte importante de la producción de energía eléctrica en la región escandinava se comercializa a través de la bolsa escandinava común de contratos para el suministro físico de energía eléctrica, operada por Nord Pool Spot AS («Nord Pool»). La bolsa de electricidad escandinava de Nord Pool cubre actualmente los mercados mayoristas de electricidad de Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia y Estonia.
- (10) Nord Pool opera con dos mercados de comercialización física mayorista de energía eléctrica: el mercado del día

anterior Elspot, en el que los contratos de electricidad por horas se negocian cada día para un suministro físico en el plazo de las 24 horas siguientes, y Elbas, que es un mercado continuo intradía transfronterizo en el que los ajustes a los intercambios realizados en el mercado del día anterior se efectúan hasta una hora antes de la entrega. Estos mercados cubrieron el 74 % del consumo de electricidad escandinavo en 2010 con un volumen de 307 TWh. El restante volumen comercializado se negocia bilateralmente por el proveedor y el cliente.

- (11) El mercado escandinavo se divide en varias zonas de licitación agrupadas mediante interconectores. El precio en Elspot se basa en las ofertas de todos los participantes en el mercado y se fija para equilibrar la oferta y la demanda, para cada hora durante el período de 24 horas. El mecanismo de precios en Elspot ajusta el flujo de energía entre los interconectores en el mercado a la capacidad comercial disponible ofrecida por los operadores de sistemas de transporte escandinavos.
- (12) Las limitaciones en materia de capacidad de transporte en la región escandinava pueden conducir a una congestión temporal que separe geográficamente la región en mercados más pequeños. En las interconexiones entre los países escandinavos y dentro de Noruega, los mecanismos de precios se utilizan para aliviar la congestión de la red mediante la introducción de diferentes precios en la zona del mercado Elspot. Así pues, puede haber diferentes precios en las áreas de precios que equilibren la oferta y la demanda en la zona.
- (13) Por tanto, el mercado geográfico de referencia puede variar de una hora a la siguiente. En caso de congestión, es más restringido que la región escandinava y podría coincidir con las zonas de licitación nacionales.
- (14) Actualmente existen cinco zonas de licitación en Noruega ⁽³⁾.
- (15) Sin embargo, el porcentaje de horas en que existen diferencias de precios entre las zonas de la región escandinava es limitado:

Zona de precio	% horas aisladas
Nº 1 – Oslo	1,4 %
Nº 2 – Kristiansand	16,4 %
Nº 3 – Trondheim	6,2 %
Nº 4 – Tromsø	6,6 %
Nº 5 – Bergen	4,1 %
15.3.2010-11.3.2011	

⁽¹⁾ DO L 176 de 15.7.2003, p. 37. La Directiva 2003/54/CE se incorporó al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 146/2005 de 2 de diciembre de 2005 (DO L 53 de 23.2.2006, p. 43) y entró en vigor para los Estados de la AELC el 1 de junio de 2007.

⁽²⁾ Véanse las siguientes decisiones de la Comisión Europea: de 26 de enero de 2011 en el asunto COMP/M.5978-GDF Suez/International Power, de 22 de diciembre de 2008 en el asunto COMP/M.5224 –EDF/British Energy, de 14 de noviembre de 2006 en el asunto COMP/M.4180 – Gaz de France/Suez, de 9 de diciembre de 2004 en el asunto M.3440 – EDP/ENI/GDP. Véanse también las decisiones adoptadas por la Comisión de eximir la producción y venta de electricidad en Suecia y Finlandia de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE; Decisión de 19 de junio de 2006, por la que se establece que el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE se aplica a la producción y venta de electricidad en Finlandia, a excepción de las Islas Åland, y Decisión de 29 de octubre de 2007 por la que se exime la producción y venta de electricidad en Suecia de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE.

⁽³⁾ Oslo – nº 1, Kristiansand – nº 2, Trondheim – nº 3, Tromsø – nº 4 y Bergen – nº 5. El 5 de septiembre de 2011, el límite entre la zona nº 2 y la nº 5 se trasladó hacia el norte debido a la entrada en funcionamiento de una nueva conexión. Los datos facilitados en la solicitud no tienen en cuenta este cambio.

La mayor parte del tiempo, las zonas de precios están conectadas:

Conjunto de zonas de precios	% horas conectadas
Nº 1 – Nº 2	77,7 %
Nº 1 – Nº 3	48,0 %
Nº 1 – Nº 5	94,9 %
Nº 2 – Nº 5	76,6 %
Nº 3 – Nº 4	89,9 %
Nº 1 – Nº 2 – Nº 5	75,7 %
Nº 3 – Nº 4 – Suecia	76,3 %
15.3.2010-11.3.2011	

Las zonas de precios noruegas están en general integradas con Suecia.

- (16) La posibilidad de aparición de congestiones podría suscitar preocupación sobre la posible explotación de puntos de estrangulamiento temporales que podrían aumentar el poder del mercado local. Sobre esta base, las autoridades de la competencia noruegas han definido el mercado geográfico de referencia como escandinavo en horas sin congestión y menor en horas de congestión ⁽¹⁾.
- (17) La cuestión de si debería considerarse que el mercado engloba la región escandinava o es de alcance más limitado se dejará abierta, puesto que el resultado del análisis será el mismo en cualquier caso.

Acceso al mercado

- (18) A la luz de la información de que se dispone actualmente, y a los efectos que nos ocupan, se observa que Noruega ha aplicado plenamente la Directiva 2003/54/CE. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 30, apartado 3, párrafo primero, debe considerarse que el acceso al mercado no está limitado en el territorio de Noruega.

Exposición a la competencia

- (19) El Órgano, de acuerdo con la Comisión Europea ⁽²⁾, analizará la cuota de mercado de los tres principales productores, el grado de concentración del mercado y el grado de liquidez del mercado.

- (20) La Comisión Europea, en lo que se refiere a la producción de electricidad, considera que «un indicador que refleja el grado de competencia en los mercados nacionales es la cuota total de mercado de los tres principales productores» ⁽³⁾.

- (21) La cuota de mercado agregada en términos de capacidad de producción de los tres mayores productores de la región escandinava en 2010 fue del 45,1 % (Vattenfall: 18,8 %, Statkraft: 13,3 % y Fortum: 13 %), que es un nivel aceptable.

- (22) El grado de concentración en Noruega, medido por el índice Hirschman-Herfindahl (HHI) por capacidad fue de 1 826 en 2008 ⁽⁴⁾.

- (23) El mercado mayorista escandinavo de energía eléctrica debe considerarse competitivo. La transición a un mercado abierto en la región escandinava ha sido muy positiva. Desde la apertura de un mercado conjunto noruego-sueco en 1996, los otros países escandinavos se han integrado en el mercado; Finlandia en 1998, Dinamarca en 1999/2000 y Estonia en 2010. Alrededor del 74 % del consumo de energía eléctrica en la región escandinava en 2010 se negoció en bolsa. Existen más de 300 comercializadores registrados en la bolsa.

- (24) Como se ha ilustrado anteriormente, los estrangulamientos debidos a la congestión son escasos y temporales. Por tanto, existe una presión constante de la competencia derivada de la posibilidad de obtener electricidad de fuera del territorio noruego. No se cobra ningún canon de transporte entre los países escandinavos. Las conexiones entre Noruega y otras zonas tarifarias no suelen sufrir congestiones y garantizan que las inversiones en el sector eléctrico dentro del territorio noruego no se puedan efectuar sin tener en cuenta a otros productores del mercado escandinavo. Además, los precios de venta mayorista de electricidad son fijados por Nord Pool, que explota una plataforma de negociación altamente líquida.

- (25) Además, el funcionamiento de los mercados de ajustes también debe ser considerado un indicador, tanto por lo que se refiere a la producción como al mercado mayorista. En realidad, todo participante en el mercado que no consiga adaptar fácilmente su cartera de producción a las características de sus clientes corre el riesgo de quedar expuesto a la diferencia entre el precio al cual el GRT (gestor de redes de transporte) vende la energía de ajuste y el precio al cual vuelve a comprar la producción excedentaria. Estos precios bien los imponen directamente las autoridades de regulación al GRT o se fijan a través de un mecanismo basado en el mercado, en el cual el precio viene determinado por las ofertas de otros productores que desean regular su producción al alza o a la baja.

⁽¹⁾ Véanse las decisiones del Ministerio de Administraciones Públicas, de 14 de octubre de 2002 – *Statkraft – Agder Energi*, y de 7 de febrero de 2003 – *Statkraft – Trondheim Energiverk*.

⁽²⁾ Decisión de 19 de junio de 2006, por la que se establece que el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE se aplica a la producción y venta de electricidad en Finlandia, a excepción de las Islas Åland, y Decisión de 29 de octubre de 2007 por la que se exime la producción y venta de electricidad en Suecia de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE, apartados 7 a 13.

⁽³⁾ Véase el Informe sobre el progreso en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad, COM(2005) 568 final de 15.11.2005, Decisión de 29 de octubre de 2007 por la que se exime la producción y venta de electricidad en Suecia de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE.

⁽⁴⁾ Véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, anexo técnico de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — Informe sobre los progresos realizados en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad, COM(2010) 84 final, p. 12.

Existe un mercado de ajustes casi completamente integrado en la región escandinava para el suministro de energía de ajuste y sus características principales (tarificación en función del mercado y escasa divergencia entre el precio de compra del GRT y el precio de venta) son tales que debe considerarse un indicador de exposición directa a la competencia.

- (26) Por tanto, estos factores deben considerarse un indicio de la exposición directa a la competencia del mercado de referencia, con independencia de si el alcance geográfico del mercado se extiende a toda la región escandinava o es de ámbito más restringido.

IV. CONCLUSIÓN

- (27) En vista de los indicadores mencionados en Noruega, la condición que establece el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, a saber, la sujeción directa a la competencia, debe considerarse cumplida en lo que respecta a la producción y venta al por mayor de electricidad en Noruega. Como se ha indicado anteriormente en el considerando 18, la condición de libre acceso a la actividad también debe considerarse cumplida. Por tanto, la Directiva 2004/17/CE no es aplicable cuando las entidades adjudicadoras otorguen contratos destinados a permitir la producción o la venta al por mayor de electricidad en estas zonas geográficas ni cuando organicen concursos para desarrollar en esas zonas la actividad en cuestión.
- (28) La presente Decisión se basa en la situación de hecho y de derecho existente a 24 de enero de 2012 según la información facilitada por el solicitante. Puede 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 previstas en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE.
- (29) La presente Decisión se adopta solamente a efectos de la concesión de una exención con arreglo a lo dispuesto en

el artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE, sin perjuicio de la aplicación de las normas de competencia.

- (30) La presente Decisión se aplicará a la producción y venta al por mayor de electricidad en Noruega y no afecta a las actividades de transporte, distribución y suministro al por menor de electricidad en Noruega.
- (31) Las medidas previstas en la presente Decisión se ajustan al dictamen del Comité de adjudicación de contratos públicos de la AELC que asesora al Órgano de Vigilancia de la AELC.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

El Acto mencionado en el punto 4 del anexo XVI del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por el que se establecen los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos en el sector de los servicios públicos (Directiva 2004/17/CE), no se aplicará a los contratos adjudicados por las entidades adjudicadoras y destinados a permitir las actividades de producción y venta al por mayor de electricidad en Noruega.

Artículo 2

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de Noruega.

Hecho en Bruselas, el 22 de mayo de 2012.

Por el Órgano de Vigilancia de la AELC

Sverrir Haukur GUNNLAUGSSON
Miembro del Colegio

Xavier LEWIS
Director