

DECISÃO DA COMISSÃO

de 22 de Dezembro de 2008

que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, não é aplicável à produção de electricidade na República Checa

[notificada com o número C(2008) 8569]

(Apenas faz fé o texto em língua checa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2009/47/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais⁽¹⁾, nomeadamente os n.ºs 4 e 6 do artigo 30.º,

Tendo em conta o pedido apresentado pela República Checa, por correio electrónico, em 3 de Julho de 2008,

Após consulta do Comité Consultivo dos Contratos Públicos,

Considerando o seguinte:

I. OS FACTOS

- (1) Em 3 de Julho de 2008, a Comissão recebeu um pedido da República Checa ao abrigo do n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE, transmitido à Comissão por correio electrónico. A Comissão solicitou informações suplementares, por correio electrónico de 26 de Setembro de 2008, que foram transmitidas pelas autoridades checas por correio electrónico de 9 de Outubro de 2008.
- (2) O pedido apresentado pela República Checa diz respeito à produção de electricidade.
- (3) O pedido era acompanhado por uma carta de uma autoridade nacional independente (*Energetický regulační úřad*, a entidade reguladora de energia da República Checa) e por uma carta de outra autoridade independente (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, o serviço de protecção da concorrência da República Checa). Ambas as autoridades analisam as condições de acesso ao mercado pertinente,

que consideram não limitado, mas nem uma nem outra estabelecem que a condição adicional relativa à exposição directa à concorrência está satisfeita no que se refere à produção de electricidade na República Checa.

II. QUADRO JURÍDICO

- (4) O artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE estabelece que os contratos destinados a permitir a realização de uma das actividades referidas na directiva não estão abrangidos pela mesma se, no Estado-Membro em que a actividade se realiza, esta última estiver directamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado. A exposição directa à concorrência é avaliada com base em critérios objectivos, tomando em consideração as características específicas do sector em causa. O acesso a um mercado é considerado não limitado se o Estado-Membro tiver transposto e aplicado a legislação comunitária pertinente, abrindo à concorrência um determinado sector ou parte dele. Essa legislação consta do anexo XI da Directiva 2004/17/CE, que refere, para o sector da electricidade, a Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade⁽²⁾. A Directiva 96/92/CE foi substituída pela Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE⁽³⁾, que impõe um grau ainda maior de abertura do mercado.
- (5) A República Checa transpôs e aplicou não só a Directiva 96/92/CE, mas também a Directiva 2003/54/CE, optando pela separação jurídica e funcional das redes de transporte e distribuição, excepto no caso das empresas de distribuição de menores dimensões, as quais, embora continuando a estar sujeitas à dissociação da contabilidade, estão isentas da obrigação de separação jurídica e funcional se tiverem menos de 100 000 clientes ou se tiverem servido redes de electricidade com um consumo inferior a 3 TWh em 1996. Além disso, o operador de redes de transporte (CEPS) está separado em termos de propriedade. Em consequência, e nos termos do n.º 3, primeiro parágrafo, do artigo 30.º, o acesso ao mercado deve ser considerado não limitado.

⁽¹⁾ JO L 134 de 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ JO L 27 de 30.1.1997, p. 20.

⁽³⁾ JO L 176 de 15.7.2003, p. 37.

- (6) A exposição directa à concorrência deve ser avaliada com base em vários indicadores, nenhum dos quais, por si só, determinante. No caso dos mercados a que se refere a presente decisão, a quota dos principais intervenientes num dado mercado constitui um critério a ter em conta. Um outro critério é o grau de concentração nesses mercados. Atendendo às características dos mercados em causa, devem ser também tomados em consideração outros critérios, como o funcionamento do mecanismo de compensação, a concorrência a nível dos preços e o grau de mudança de fornecedor por parte dos consumidores.
- (7) A presente decisão não prejudica a aplicação das regras da concorrência.

III. AVALIAÇÃO

- (8) O pedido apresentado pela República Checa diz respeito à produção de electricidade nesse Estado-Membro.
- (9) O pedido da República Checa considera que o mercado geográfico relevante seria mais vasto do que o território nacional, incorporando os territórios da República Checa, da Polónia, da Eslováquia, da Áustria e da Alemanha. Foi alegado que uma das principais razões desta definição do mercado reside no elevado nível de interligação (com diversos Estados-Membros), comparativamente à produção e procura internas. De acordo com as informações fornecidas pelas autoridades checas na sua resposta de 9 de Outubro de 2008, em 2007 as exportações atingiram 25,6 TWh e as importações 9,5 TWh. Por conseguinte, a República Checa é um exportador líquido de electricidade, com exportações líquidas de 16,1 TWh, o que equivale a quase 20 %⁽¹⁾ da produção total líquida de electricidade (81,4 TWh). Outro argumento avançado no respeitante à existência de um mercado geográfico mais vasto é a evolução no sentido de uma convergência de preços entre o mercado nacional da República Checa e o mercado alemão, bem como o papel cada vez mais importante desempenhado pela PXE (*Prague Energy Exchange*, a bolsa de produtos energéticos de Praga).
- (10) A capacidade de interligação relativamente elevada e a convergência de preços não são, porém, suficientes para determinar um mercado pertinente. As regras do mercado local e, nomeadamente, o carácter indispensável e a posição dominante de qualquer interveniente no mercado (no caso da República Checa, o operador CEZ) podem levar à definição de um mercado mais restrito. Neste contexto, há que assinalar que, segundo a resposta das autoridades checas de 9 de Outubro de 2008, a maior parte do volume crescente do PXE resulta de transacções em que o operador CEZ participa. Além disso, no respeitante a definições eventuais de mercados geográficos

que superem o âmbito nacional, a Comissão, no seu *Energy Sector Inquiry*⁽²⁾ (inquérito sobre o sector da energia), examinou igualmente a possibilidade de determinados países da Europa Central estarem envolvidos em mercados bilaterais pertinentes. No caso do par Áustria-Alemanha, a dimensão do principal operador na Áustria, associada à congestão interna da rede austríaca, impediu a Comissão de concluir que o mercado pertinente excederia o âmbito nacional. Do mesmo modo, no caso da República Checa e da Eslováquia, a dimensão respectiva dos operadores dominantes e o facto de serem indispensáveis para satisfazer a procura levam à conclusão de que mesmo esses dois pares de países não fazem parte de um único mercado geográfico pertinente. Além disso, a Comissão examinou recentemente os mercados de produção de electricidade da Áustria e da Polónia e considerou-os mercados de âmbito nacional⁽³⁾. Por último, na sua recente decisão «*anti-trust*» C(2008) 7367, de 26.11.2008, contra o operador E.ON no respeitante ao mercado grossista alemão⁽⁴⁾, a Comissão considerou que este mercado é de âmbito nacional, excluindo a possibilidade de países vizinhos (tanto a oeste como a leste) pertencerem a um mercado geográfico mais vasto.

- (11) Consequentemente, a existência de um mercado regional deve ser rejeitada. Esta conclusão é igualmente coerente com a declaração do serviço de protecção da concorrência da República Checa, segundo a qual, «na avaliação do [pedido apresentado em conformidade com o artigo 30.º], o serviço fundamentou-se, tendo em conta as suas pesquisas anteriores, na presunção de que o mercado pertinente da produção de electricidade deveria, do ponto de vista geográfico, corresponder ao território da República Checa». Atendendo aos factos expostos nos considerandos 9 e 10 *supra*, deve considerar-se que o território da República Checa constitui o mercado relevante para efeitos de avaliação das condições estabelecidas no n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE.
- (12) Tal como se depreende de uma prática contínua⁽⁵⁾ observada nas decisões da Comissão a título do artigo 30.º, a Comissão considerou que, no que diz respeito à produção de electricidade, «um dos indicadores do grau de concorrência nos mercados nacionais é a parte total do mercado dos três maiores produtores». Segundo o «Quadro 6: *Wholesale Market Position 2006*» (situação do mercado grossista em 2006), p. 12 e seguintes do

⁽¹⁾ 19,78 %. As exportações totais (brutas) ascenderam a 31,45 % da produção total líquida, enquanto as importações totais ascenderam a 11,67 % da produção total líquida. Relativamente ao consumo interno líquido de electricidade em 2007 (segundo as autoridades checas, aproximadamente 59,7 TWh), as exportações totais atingiram os 42,88 % e as exportações líquidas 26,97 %, enquanto as importações totais representaram 15,91 % do consumo interno líquido de electricidade.

⁽²⁾ COM(2006) 851 final de 10.1.2007 — Comunicação da Comissão: Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da electricidade (a seguir denominado «Relatório final», anexo B, ponto A.2.7., p. 339).

⁽³⁾ Ver Decisão 2008/585/CE da Comissão, de 7 de Julho de 2008, que isenta a produção de electricidade na Áustria da aplicação da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 188 de 16.7.2008, p. 28) e da Decisão da Comissão, de 11 de Setembro de 2008, que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais não é aplicável à produção e à venda por grosso de electricidade na Polónia (JO L 251 de 19.9.2008, p. 35).

⁽⁴⁾ Ainda não publicado no Jornal Oficial. Ver comunicado oficial de imprensa IP/08/1774 de 26.11.2008.

⁽⁵⁾ Mais recentemente, nas Decisões 2008/585/CE e 2008/741/CE, acima referidas.

documento de trabalho dos serviços da Comissão: «Documento de acompanhamento do relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade (1)», as partes dos três maiores geradores representaram 69,4 % da produção eléctrica em 2006 e 73,9 % em 2007. Segundo as informações transmitidas pelas autoridades checas na sua resposta de 9 de Outubro de 2008, a empresa dominante detinha quase 70 % da capacidade total instalada, enquanto as segunda e terceira maiores empresas detinham, respectivamente, 3,5 % e 3 %. Estes níveis de concentração, que englobam a parte total do mercado dos três maiores geradores, são superiores à percentagem correspondente a que as Decisões 2006/211/CE da Comissão (2) e 2007/141/CE da Comissão (3) fazem referência para o Reino Unido, a saber, 39 %. São também significativamente superiores ao nível (52,2 %) referido na Decisão 2008/585/CE da Comissão (4), respeitante à Áustria, e ao nível (58 % da produção bruta) referido na Decisão 2008/741/CE da Comissão (5), respeitante à Polónia.

(13) Por último, os níveis de concentração dos três maiores operadores na República Checa são semelhantes, ou inferiores, aos níveis correspondentes referidos nas Decisões 2006/422/CE da Comissão (6) e 2007/706/CE da Comissão (7), respeitantes, respectivamente, à Finlândia

(73,6 %) e à Suécia (86,7 %). No entanto, há uma importante diferença entre o caso checo, por um lado, e os casos sueco e finlandês, por outro. No caso da República Checa, há um único operador dominante, cabendo aos dois outros principais concorrentes partes do mercado vinte vezes mais pequenas (a quota mais baixa é de 3 %, enquanto a mais alta é de quase 70 %). No caso da Finlândia, os valores correspondentes indicam que, dos três principais operadores, aquele com a quota mais baixa detinha 18,3 %, enquanto o operador com a mais alta detinha 33,7 % do mercado. Da mesma forma, na Suécia os valores correspondentes vão de 17,4 % para a quota mais baixa a 47,1 % para a mais alta.

(14) É de recordar que, de acordo com jurisprudência constante neste contexto (8), «quotas de mercado extremamente importantes constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante. Esse é o caso de uma quota de mercado de 50 %».

(15) O nível das importações de electricidade para a República Checa ascende a pouco mais de 11 % da sua procura total (9), o que, embora superior à parte de importações de electricidade para a Polónia, representa menos de metade da parte das importações da Áustria (10) (11). Nos casos da Suécia e da Finlândia, estes elevados níveis de concentração dos três maiores produtores são também «compensados» pela «pressão concorrencial no mercado [...] devida à possibilidade de se obter electricidade fora do território...» (12). Dificilmente se pode, por conseguinte, afirmar que existe uma pressão concorrencial substancial resultante das importações de electricidade para a República Checa e o argumento de que há uma capacidade de transporte suficiente para aumentar substancialmente o nível das importações é apenas teórico, dado que, desde pelo menos 2003, a República Checa tem sido, ano após ano, um exportador líquido e que continuará a sê-lo a médio prazo. Por conseguinte, este nível de concentração não pode ser considerado um indicador de exposição directa dos mercados de produção à concorrência.

(16) A resposta enviada pelas autoridades checas em 9 de Outubro de 2008 indica, igualmente, que o CEZ planeia situar a maioria dos futuros projectos de produção a grande escala ao nível da rede de transporte, nomeadamente através da eventual construção de novas instalações nucleares, da extensão prevista do período de vida da central nuclear existente de Dukovany e dos projectos de centrais a carvão e a gás. Aos planos da CEZ há que

(1) COM(2008) 192 final de 15.4.2008, a seguir denominado «anexo ao Relatório de 2007 sobre os progressos realizados». O relatório propriamente dito [SEC(2008) 460] será denominado «Relatório de 2007 sobre os progressos realizados».

(2) Decisão da Comissão de 8 de Março de 2006 que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, se aplica à produção de electricidade em Inglaterra, na Escócia e no País de Gales (JO L 76 de 15.3.2006, p. 6).

(3) Decisão da Comissão, de 26 Fevereiro 2007, que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, se aplica ao fornecimento de electricidade e gás em Inglaterra, na Escócia e no País de Gales (JO L 62 de 1.3.2007, p. 23).

(4) Decisão da Comissão, de 7 de Julho de 2008, que isenta a produção de electricidade na Áustria da aplicação da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 188 de 16.7.2008, p. 28).

(5) Decisão 2008/741/CE da Comissão, de 11 de Setembro de 2008, que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, não é aplicável à produção e à venda por grosso de electricidade na Polónia (JO L 251 de 19.9.2008, p. 35).

(6) Decisão da Comissão, de 19 de Junho de 2006, que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, se aplica à produção e à venda de electricidade na Finlândia, com excepção das Ilhas Åland (JO L 168 de 21.6.2006, p. 33).

(7) Decisão da Comissão, de 29 de Outubro de 2007, que isenta a produção e a venda de electricidade na Suécia da aplicação da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 287 de 1.11.2007, p. 18).

(8) Cf. n.º 328 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 28 de Fevereiro de 2002. Atlantic Container Line AB e outros contra Comissão das Comunidades Europeias. Processo T-395/94. Colectânea da Jurisprudência 2002, página II-875.

(9) Ou seja, a quantidade de electricidade necessária para consumo interno e exportações.

(10) 23,5 %, de acordo com as informações das autoridades austríacas.

(11) Ver considerando 10 da Decisão 2008/585/CE: «[...] a electricidade importada representou cerca de um quarto das suas necessidades totais, especialmente a utilizada como carga de base».

(12) Ver, por exemplo, considerando 12 da Decisão 2007/706/CE. Na verdade, nos casos sueco e finlandês, a existência de um mercado regional foi deixada em aberto, o que, a tomar-se como referência, resultou em níveis de concentração de 40 %.

acrescentar projectos previstos por outros operadores, especialmente no domínio das fontes de energia renováveis, ligados, em parte, ao transporte e, principalmente, à distribuição.

- (17) Além disso, embora os mecanismos de compensação representem uma pequena parte do volume total de electricidade produzida e/ou consumida num Estado-Membro, o seu funcionamento deve igualmente ser considerado um indicador suplementar. De acordo com as informações disponíveis, o funcionamento do mecanismo de compensação — nomeadamente a tarifação em função do mercado e um mercado intradiário bem desenvolvido, com encerramento a cada hora e meia, ou seja, possibilidade de ajustamento da posição por parte dos utilizadores da rede a cada hora e meia — é tal que não impede que a produção de electricidade seja directamente exposta à concorrência.
- (18) Tendo em conta as características do produto em questão (electricidade) e a escassez ou indisponibilidade de produtos ou serviços que o possam substituir de forma adequada, a concorrência dos preços e a formação dos preços revestem-se de uma maior importância quando se trata de avaliar a competitividade dos mercados da electricidade. No que diz respeito aos grandes utilizadores (finais) industriais, o número de clientes que muda de fornecedor pode servir de indicador da competitividade nos preços, constituindo assim, indirectamente, um «indicador natural» da eficácia da concorrência. Se forem poucos os consumidores a mudar, há provavelmente um problema com o funcionamento do mercado, ainda que não se devam ignorar os benefícios decorrentes da possibilidade de renegociar com o fornecedor histórico ⁽¹⁾. Além disso, «a existência de preços no consumidor final regulados é claramente um factor determinante do comportamento do cliente [...]. Embora a manutenção de controlos se possa justificar num período de transição, estes controlos causarão cada vez maiores distorções, à medida que a necessidade de investimento for aumentando» ⁽²⁾.
- (19) Segundo as últimas informações disponíveis, a taxa de mudança de fornecedor na República Checa foi classificada de «muito elevada» ⁽³⁾ e, de acordo com as informações mais recentes dadas pelas autoridades checas na sua resposta de 9 de Outubro, «desde a abertura do mercado da electricidade, praticamente um em cada dois clientes no segmento dos grandes clientes mudou de fornecedor de electricidade». Esta situação deve ser considerada no contexto das realidades descritas em decisões anteriores relativas ao sector da electricidade em que as taxas de mudança de fornecedor no caso dos grandes e muito grandes utilizadores industriais variaram de mais de 75 % (Decisão 2006/422/CE para a Finlândia) até 41,5 % (Decisão 2008/585/CE para a Áustria). Além

disso, de acordo com a prática decisória anterior da Comissão, os mercados do fornecimento (a clientes domésticos, clientes industriais, etc.) foram definidos como mercados separados de produtos, cuja situação concorrencial pode, sob a influência de empresas de abastecimento fortes e bem implantadas, diferir da do mercado de venda por grosso ou do mercado de produção. Por conseguinte, este nível elevado de mudança de fornecedor não pode ser considerado um indicador inequívoco de exposição directa à concorrência.

- (20) No que diz respeito à produção de electricidade na República Checa, a situação pode portanto resumir-se da seguinte forma: as partes do mercado cumuladas dos três maiores geradores são elevadas, mas, o que é mais importante, o maior gerador representa, por si só, uma quota de mercado de quase 70 %, sem que isso seja contrabalançado pela electricidade importada; pelo contrário, pelo menos nos últimos 5 anos, a República Checa tem sido de forma constante um exportador líquido de quantidades substanciais de electricidade. Como exposto no considerando 17, o funcionamento do mecanismo de compensação não impede que exista uma exposição directa à concorrência no mercado da produção de electricidade e o grau de mudança de fornecedor é elevado. Contudo, o bom funcionamento do mecanismo de compensação e o elevado nível de mudança de fornecedor não podem compensar o grau de concentração bastante elevado, especialmente a quota muito significativa do maior produtor, tendo em conta a jurisprudência referida no considerando 14 *supra*.

IV. CONCLUSÕES

- (21) Em virtude dos factores examinados nos considerandos 9 a 20, é de concluir que a produção de electricidade não está neste momento directamente exposta à concorrência na República Checa. Por conseguinte, o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE não é aplicável a contratos destinados a permitir a realização dessas actividades na República Checa. Consequentemente, a Directiva 2004/17/CE continua a ser aplicável nos casos em que as entidades adjudicantes adjudiquem contratos destinados a permitir a produção de electricidade na República Checa ou nos casos em que essas entidades organizem concursos para trabalhos de concepção tendo em vista a prossecução dessas actividades na República Checa.
- (22) A presente decisão baseia-se na situação de direito e de facto existente entre Julho e Outubro de 2008, tal como decorre da informação apresentada pela República Checa, da Comunicação e do documento de trabalho de 2007, do Relatório final e do Relatório de 2007 sobre os progressos realizados e do seu anexo. A decisão poderá ser revista caso se verifiquem alterações significativas na situação de direito e de facto que indiquem que as condições de aplicabilidade do n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE estão cumpridas.

⁽¹⁾ Relatório de 2005, p. 9.

⁽²⁾ Anexo técnico, p. 17.

⁽³⁾ Ver Relatório de 2007 sobre os progressos realizados, p. 8, ponto 7.

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

O n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE não é aplicável à produção de electricidade na República Checa. Consequentemente, a Directiva 2004/17/CE continua a ser aplicável aos contratos adjudicados por entidades adjudicantes e destinados a permitir-lhes a realização dessas actividades na República Checa.

Artigo 2.º

A República Checa é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 22 de Dezembro de 2008.

Pela Comissão
Charlie McCREEVY
Membro da Comissão
