III

(Otros actos)

ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

DECISIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

n.º 42/19/COL

de 17 de junio de 2019

por la que se exime la explotación de servicios públicos de autobús en Noruega de la aplicación de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [2019/…]

EL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC,

Visto el Acto mencionado en el punto 4 del anexo XVI del Acuerdo EEE, por el que se establecen los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos en el sector de los servicios públicos [Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE ([1]) («Directiva»), y en particular sus artículos 34 y 35,

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

Previa consulta al Comité de Adjudicación de Contratos Públicos de la AELC,

Considerando lo siguiente:

1 HECHOS

(1) El 27 de noviembre de 2018, tras conversaciones previas a la notificación, el Órgano de Vigilancia de la AELC («Órgano») recibió una solicitud de Nettbuss AS, ahora Vy Buss AS («solicitante»), en virtud del artículo 35, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE («solicitud») ([2]).

(2) La solicitud hace referencia a la explotación de servicios públicos de autobús en Noruega. Las actividades de administración de transportes públicos realizadas en la práctica por las autoridades de transportes públicos no están cubiertas por la solicitud ([3]).

(3) El solicitante es una «empresa pública» con arreglo a la Directiva, ya que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Noruega posee indirectamente el 100 % del capital suscrito, por medio de la propiedad de NSB AS, ahora Vygruppen AS (un grupo de transportes del que el solicitante forma parte) ([4]).

(4) El solicitante ejerce una de las actividades que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, por lo que es una «entidad adjudicadora» con arreglo a la Directiva.

([1]) DO L 94 de 28.3.2014, p. 243. Incorporada al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto n.º 97/2016 (DO L 300 de 16.11.2017, p. 49, Suplemento EEE n.º 73 de 16.11.2017, p. 53).

([2]) Documento n.º 1040381.

([3]) Así, por ejemplo, la adjudicación por parte de un municipio de un contrato para la explotación de servicios de autobús a un operador de autobús no estaría cubierta por la presente solicitud. En cambio, un contrato adjudicado por dicho operador a, por ejemplo, una empresa de limpieza para la limpieza de los autobuses o a una empresa que facilite autobuses al operador para su uso, sí que entraría dentro del ámbito de la solicitud. Esta distinción ha sido aclarada por el TJUE en el asunto C-388/17, SJ, EU:C:2019:161 («SJ»), apartado 53 (véase el considerando 31 más adelante). En esta Decisión, el Órgano hará referencia al concepto de «actividad» establecido en la Directiva 2014/25/UE.

([4]) Página 3 de la solicitud.

(5) En virtud de los apartados 2-9 del Reglamento n.º 975, de 12 de agosto de 2016, de Noruega relativo a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales ([5]), las entidades adjudicadoras pueden presentar solicitudes en virtud del artículo 35 de la Directiva.

(6) La solicitud se acompañó de una posición motivada y justificada adoptada por la Autoridad de Competencia noruega el 29 de junio de 2018, que concluye que el solicitante se expuso directamente a la competencia en la prestación de servicios públicos de autobús y que el acceso al mercado para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús en Noruega era ilimitado ([6]).

(7) El Órgano informó a Noruega de la recepción de la solicitud el 30 de noviembre de 2018 ([7]).

(8) De conformidad con el punto 1 del anexo IV de la Directiva 2014/25/UE, el Órgano tiene 130 días hábiles para adoptar una Decisión sobre la solicitud, a más tardar el 18 de junio de 2019 ([8]).

(9) En virtud de la Decisión Delegada n.º 37/19/COL de 23 de abril de 2019, ([9]) el Órgano solicitó al Comité de Adjudicación de Contratos Públicos de la AELC que emitiera un dictamen de conformidad con el procedimiento consultivo establecido en el artículo 2 de la Decisión del Comité Permanente n.º 3/2012 ([10]).

(10) El Comité de Adjudicación de Contratos Públicos de la AELC emitió un dictamen favorable por voto unánime en relación con el proyecto de Decisión del Órgano conforme al procedimiento escrito el 22 de mayo de 2019 ([11]).

2 **MARCO JURÍDICO**

(11) La Directiva se aplica, entre otros, a la adjudicación de contratos para la ejecución de actividades relacionadas con la prestación o explotación de redes que ofrecen un servicio al público en el sector del transporte en autobús ([12]).

(12) En virtud del artículo 11, párrafo segundo, de la Directiva, se considerará que existe una red cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por una autoridad competente de un Estado, tales como las condiciones relativas a los itinerarios que se seguirán, la capacidad de transporte disponible o la frecuencia del servicio.

(13) En el asunto SJ ([13]), en la interpretación del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ([14]) (cuyo texto es idéntico al artículo 11 de la Directiva), en el contexto de las redes ferroviarias, el Tribunal de Justicia declaró que «[…] procede considerar que la actividad de "explotación de redes" se refiere al ejercicio del derecho a usar la red ferroviaria para la prestación de servicios de transporte, mientras que la actividad de "puesta a disposición de redes" hace referencia a la administración de la red» ([15]). El Tribunal concluyó que «[e]l artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que la actividad desarrollada por una empresa ferroviaria, que consiste en prestar servicios de transporte público ejerciendo un derecho de uso de la red ferroviaria, constituye una "explotación de redes" a efectos de dicha Directiva» ([16]). La «explotación de servicios públicos de autobús» en Noruega es el equivalente en el sector del transporte en autobús a la actividad desarrollada por una empresa ferroviaria mencionada en el *SJ* en el sector del transporte ferroviario y, por consiguiente, es una actividad a la que es aplicable la Directiva.

([5]) Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975.
([6]) Documento n.º 1040380.
([7]) Documento n.º 935075.
([8]) En virtud del Reglamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos (DO L 124 de 8.6.1971, p. 1), los días festivos quedan excluidos del período de tiempo. Véanse los días festivos en 2018 y 2019: Estados AELC del EEE e instituciones del EEE, DO C 429 de 14.12.2017, p. 25, Suplemento EEE n.º 81 de 14.12.2017, p. 1 y DO C 422 de 22.11.2018, p. 7, Suplemento EEE n.º 77 de 22.11.2018, p. 1.
([9]) Documento n.º 1056012.
([10]) De conformidad con el artículo 4 del Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55 de 28.2.2011, p. 13), en su versión adaptada.
([11]) Véase el Documento n.º 1070910 para más información sobre el resultado del procedimiento escrito.
([12]) Artículo 11 de la Directiva.
([13]) Citado en la nota a pie de página 3 anterior.
([14]) 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 (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1), incorporada al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto n.º 68/2006 (DO L 245 de 7.9.2006, p. 22, y Suplemento EEE n.º 44 de 7.9.2006, p. 18).
([15]) Asunto SJ, apartado 53 de la sentencia.
([16]) Asunto SJ, apartados 54 y 2 de la parte dispositiva de la sentencia.

(14) El artículo 34 de la Directiva dispone que esta no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una de las actividades contempladas en la Directiva, siempre que, en el Estado en que se efectúe dicha actividad, esta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. La exposición directa a la competencia se evalúa con arreglo a criterios objetivos, tomando en consideración las características específicas del sector afectado.

(15) En el artículo 35 de la Directiva se establece el procedimiento para determinar si la exención del artículo 34 es aplicable. Según la versión adaptada, dispone que un Estado o, en los casos en los que lo disponga la legislación del Estado correspondiente, una entidad adjudicadora, puede presentar una solicitud al Órgano para establecer que la Directiva no se aplique a la adjudicación de contratos o a la organización de concursos de proyectos para el desarrollo de la actividad en cuestión. El Órgano debe emitir un dictamen sobre si la actividad está expuesta directamente a la competencia en los mercados en los que el acceso no está limitado (según los criterios establecidos en el artículo 34).

(16) La presente Decisión se adopta sin perjuicio de la aplicación de las normas en materia de competencia ([17]) y otros ámbitos del Derecho del EEE. En particular, los criterios y métodos utilizados para evaluar la exposición directa a la competencia de conformidad con el artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE no son necesariamente idénticos a los utilizados para realizar una evaluación con arreglo a los artículos 53 o 54 del Acuerdo EEE o al Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo ([18]), adaptado al Acuerdo EEE ([19]).

(17) El objetivo de la presente Decisión es determinar si la actividad a la que se refiere la solicitud está sometida, en mercados cuyo acceso no esté limitado a tenor del artículo 34 de la Directiva, a un nivel de competencia tal que garantice que, incluso en ausencia de la disciplina introducida por las disposiciones pormenorizadas que establece en materia de contratación pública la Directiva, la contratación pública para el ejercicio de la actividad considerada se realice de forma transparente y no discriminatoria y sobre la base de unos criterios que permitan a los compradores encontrar la solución que, en conjunto, sea más ventajosa desde el punto de vista económico.

3 **EVALUACIÓN**

3.1 **Libre acceso al mercado**

(18) En el caso presente, la actividad correspondiente es la explotación de servicios públicos de autobús. Esta actividad se desempeña mediante contratos adjudicados por las autoridades de transportes públicos (ATP). En Noruega existen diferentes tipos de servicios de autobús (véase el considerando 41 a continuación) y se hace referencia a la actividad correspondiente a escala nacional como la explotación de servicios programados de autobús.

(19) En relación con la explotación de servicios públicos de autobús, no existe una legislación del EEE pertinente mediante la cual pueda presumirse el libre acceso al mercado en virtud del artículo 34, apartado 3, de la Directiva. Por ello, es necesario realizar la evaluación pertinente según el marco reglamentario y la práctica de las ATP, que debe demostrar que el acceso al mercado es libre *de facto* y *de iure*.

(20) Debe tenerse en cuenta que el objetivo de la presente Decisión es determinar si la actividad a la que se refiere la solicitud está sometida, en mercados cuyo acceso no esté limitado a tenor del artículo 34 de la Directiva, a un nivel de competencia tal que garantice que, incluso en ausencia de la disciplina introducida por las disposiciones pormenorizadas que establece en materia de contratación pública la Directiva, la contratación pública para el ejercicio de la actividad considerada se realice de forma transparente y no discriminatoria y sobre la base de unos criterios que permitan a los compradores encontrar la solución que, en conjunto, sea más ventajosa desde el punto de vista económico. La evaluación realizada con este fin no incluye comprobar si cada contrato individual para la explotación de servicios públicos de autobús se ha adjudicado en pleno cumplimiento del Derecho del EEE, sino comprobar si el marco reglamentario o la práctica de las ATP limita el acceso al mercado *de facto* o *de iure*.

([17]) Artículo 34, apartado 1, de la Directiva. Véase también el considerando 44 de la Directiva.
([18]) Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).
([19]) Véase la sentencia en *Österreichische Post AG/Comisión*, T-463/14, EU:T:2016:243, apartado 28.

(21) En relación con las posibles restricciones legales en cuanto al acceso al mercado de la explotación de servicios públicos de autobús, el Órgano observa que se requieren licencias y que los servicios se prestan bajo contrato. No obstante, en la solicitud, el solicitante sostuvo que los requisitos de licencia no supusieron una limitación del acceso al mercado ([20]) y, además, que no se derivaron derechos especiales o exclusivos de las licencias ([21]). El solicitante declaró también que las licitaciones cumplen el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo ([22]) [«Reglamento (CE) n.º 1370/2007»] y la Directiva y, por consiguiente no limitan, *de iure* ni *de facto*, el acceso al mercado. ([23])

(22) Es jurisprudencia consolidada que un sistema de autorización previa no puede legitimar decisiones discrecionales por parte de las autoridades nacionales que puedan anular la validez de las disposiciones del Derecho del EEE ([24]). Para que un sistema de autorización previa se pueda justificar aunque constituya una excepción a la libertad fundamental de prestar servicios, debe basarse en criterios objetivos y no discriminatorios conocidos con antelación, de modo que se circunscriba al criterio de las autoridades nacionales y no se utilice de forma arbitraria ([25]).

(23) Los servicios programados de autobús en Noruega están regulados por la Ley de 21 de junio de 2002 n.º 45 sobre transporte ocupacional en vehículos de motor o buques ([26]) («la Ley de transporte ocupacional») y el Reglamento sobre transporte ocupacional adoptado con base en dicha Ley ([27]).

(24) El apartado 4 de la Ley de transporte ocupacional requiere que las empresas que pretenden explotar servicios públicos de autobús obtengan una licencia general («transportløyve»), expedida por la Administración Pública de Carreteras de Noruega (Statens vegvesen) ([28]). Aunque el texto de la Ley de transporte ocupacional sugiere la posibilidad de discrecionalidad por parte de la Administración Pública de Carreteras, ya que utiliza la palabra «podrá», en la legislación noruega es frecuente utilizar esta palabra aunque en la práctica haya poca o ninguna discrecionalidad. De los trabajos preparatorios de la Ley se deriva que el régimen de licencias es una herramienta para controlar la calidad de los servicios prestados ([29]). En la sección 4 del Reglamento sobre transporte ocupacional se aclara que a menos que existan razones concretas que lo desaconsejen, se otorgará una licencia a los solicitantes que cumplan los requisitos. Asimismo, la Autoridad de Competencia noruega ha declarado que se otorgará dicha licencia a cualquier entidad que cumpla las condiciones objetivas ([30]). El Órgano no ha recibido ninguna información que contradiga los hallazgos anteriores.

(25) Asimismo, para la explotación de servicios programados de autobús, se suele requerir una licencia conforme a la sección 6, apartado 1, de la Ley de transporte ocupacional, emitida por los municipios pertinentes ([31]). Las empresas de administración están exentas del requisito de licencia y en caso de que la ATP sea una empresa de administración y sea la responsable frente al público y el operador actúe como su subcontratista, no se requiere una licencia, ya que la exención de la empresa de administración también se aplica al operador ([32]).

(26) En la sección 8 de la Ley de transporte ocupacional se dispone que las licencias para los servicios de transporte sujetos a pagos de compensación o a un derecho exclusivo se adjudicarán en licitaciones si así lo establece la Ley de transporte ocupacional, la Ley de contratación pública o los reglamentos pertinentes adoptados con base en alguna de estas leyes. En caso de que se requiera una licencia de acuerdo con la sección 6, se adjudica al ganador del contrato ([33]).

([20]) Véase, por ejemplo, la página 40 de la solicitud.
([21]) Página 11 de la solicitud.
([22]) Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo (DO L 315 de 3.12.2007, p. 1), e incorporado al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto n.º 85/2008 (DO L 280 de 23.10.2008, p. 20, Suplemento EEE n.º 64 de 23.10.2008, p. 13).
([23]) Página 30 de la solicitud.
([24]) Sentencias en el asunto Smits y Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, apartado 90; Müller-Fauré y van Riet, C-385/99, EU:C:2003:270, apartado 84; Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado 115; Opinión del Abogado General en Watts, C-372/04, EU:C:2005:784, apartado 70.
([25]) Sentencias en el asunto Alanir y otros, C-205/99, EU:C:2001:107, apartado 38; *Watts*, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado 116.
([26]) Yrkestransportloven.
([27]) Reglamento sobre transporte ocupacional de 26 de marzo de 2003 n.º 401 («yrkestransportforskriften»).
([28]) La Ley de transporte ocupacional, sección 4, y el Reglamento sobre transporte ocupacional, sección 3.
([29]) Ot.prp. n.º 74 (2001-2002), capítulo 2.
([30]) Página 4 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([31]) La Ley de transporte ocupacional, sección 6, y el Reglamento sobre transporte ocupacional, sección 3.
([32]) La Ley de transporte ocupacional, sección 6, apartado 2.
([33]) Página 4 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.

(27) En la práctica, los servicios públicos de autobús que forman parte del ámbito de aplicación de la Directiva se realizan de conformidad con contratos adjudicados por las ATP. Estos contratos están sujetos a las normas de contratación pública del EEE, específicamente ([34]):

a) Reglamento (CE) n.º 1370/2007;

b) Directiva 2014/25/UE, y/o

c) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ([35]).

(28) Las Directivas n.º 2014/24/UE y 2014/25/UE entraron en vigor en el EEE el 1 de enero de 2017. Anteriormente, eran aplicables la Directiva n.º 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ([36]).

(29) Los tres instrumentos actuales suelen requerir licitaciones abiertas, transparentes y no discriminatorias con excepciones limitadas. Así, los contratos y licencias para los servicios programados de autobús se adjudicarán mediante procedimientos de licitación excepto que se aplique una exención conforme a la ley del EEE pertinente o el contrato se encuentre dentro de los valores límite para la aplicación de la ley pertinente. Se aplicó lo mismo según las Directivas anteriores.

(30) De acuerdo con la solicitud, las ATP utilizan cada vez más licitaciones en la adjudicación de servicios contratados de autobús. Aunque solo el 43 % de los servicios de autobús regulares contratados se adjudicaron mediante licitaciones en 2010, en 2018 dicha proporción aumentó a más del 98 % y será cercana al 100 % a 3 de diciembre de 2019 ([37]). El solicitante afirmó también que raramente se usan excepciones a la licitación, las ATP no prestan servicios públicos de autobús por sí mismas de conformidad con la excepción en el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 y las adjudicaciones directas por debajo de los límites en el artículo 5, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 se utilizan de forma muy limitada.

(31) El Órgano comparó la información facilitada por el solicitante en relación con la situación en 2018 con la información recibida por el Órgano del Gobierno de Noruega el 9 de noviembre de 2018 ([38]) en el contexto de una investigación general de los contratos públicos de servicios con base en el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 ([39]). Dicha evaluación confirmó ampliamente la información facilitada por el solicitante. El Gobierno de Noruega facilitó detalles de un total de 27 contratos adjudicados directamente, de los cuales 13 debían ser sustituidos durante el 2019 por contratos ya sujetos a licitación. El valor anual total de los contratos adjudicados directamente se estableció en aproximadamente 275 millones de coronas noruegas (NOK), lo que representa solo una fracción de todo el valor de los contratos públicos de servicios en el transporte público por carretera en Noruega (que se estima en 11 600 millones NOK en 2017). Asimismo, los únicos contratos adjudicados directamente que se prevé que permanezcan en vigor después del 10 de agosto de 2019 son los contratos que cumplen las condiciones del artículo 5, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 (que permite las adjudicaciones directas de contratos de acuerdo con un límite de valor o distancia determinados).

(32) Una investigación de las disposiciones legales aplicables a la adjudicación de contratos y la emisión de licencias para la explotación de servicios públicos de autobús en Noruega muestra que estos contratos y licencias se conceden actualmente de forma no discriminatoria. Los procedimientos para conceder licencias y adjudicar contratos, así como los criterios pertinentes, son los mismos para todos los operadores del mercado, por lo que no pueden representar una limitación del acceso al mercado para los fines de esta Decisión.

(33) La Autoridad de Competencia noruega también confirmó el libre acceso a esta actividad ([40]).

([34]) El instrumento aplicado depende, entre otros, del carácter del contrato adjudicado y del cumplimiento de las condiciones del artículo 11 de la Directiva 2014/25/UE en relación con la puesta a disposición o explotación de una red. El solicitante ha afirmado que las ATP normalmente siguen la Directiva 2014/25/UE a la hora de adjudicar contratos para la explotación de servicios públicos de autobús, no obstante, algunas ATP han adjudicado contratos con arreglo a la Directiva 2014/24/UE y los requisitos de licitación conformes al Reglamento (CE) n.º 1370/2007 pueden ser aplicables a algunos contratos.

([35]) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DO L 94 de 28.3.2014, p. 65, e incorporada al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto n.º 97/2016 (DO L 300 de 16.11.2017, p. 49, Suplemento EEE n.º 73 de 16.11.2017, p. 53).

([36]) Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, DO L 134 de 30.4.2004, p. 114, incorporada en el Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto n.º 68/2006 (DO L 245 de 7.9.2006, p. 22, Suplemento EEE n.º 44 de 7.9.2006, p. 18).

([37]) Página 6 de la solicitud.

([38]) Documento n.º 1037921, carta del Gobierno de Noruega con fecha de 9 de noviembre de 2018.

([39]) Asunto n.º 74680, Investigación de los contratos de servicios públicos con base en el Reglamento (CE) n.º 1370/2007.

([40]) Página 4 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.

(34) El Órgano concluye que la actividad de explotación de servicios públicos de autobús en Noruega se organiza por amplia mayoría sobre la base de licitaciones públicas, en las que también hay un número suficiente de licitadores, con 3,8 licitadores de promedio ([41]). La participación en estas licitaciones es posible de forma discriminatoria.

(35) En vista de lo anterior, con el fin de evaluar las condiciones establecidas en el artículo 34 de la Directiva 2014/25/EU y sin perjuicio de la aplicación de la legislación en materia de competencia, la capacidad del Órgano de investigar el cumplimiento de Noruega del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, la Directiva 2014/24/UE, la Directiva 2014/25/UE u otras disposiciones de la legislación en materia de contratación pública del EEE en el contexto de sus obligaciones de vigilancia generales, o la aplicación de cualquier otro ámbito del Derecho del EEE, el acceso al mercado para la actividad de explotación de servicios públicos de autobús se puede considerar libre *de facto* y *de iure*.

3.2 **Exposición directa a la competencia**

(36) Para evaluar si se cumple o no la segunda condición para la exención, es decir, que la actividad cubierta por la solicitud y que satisface las condiciones de libre acceso al mercado *de iure* y *de facto* está expuesta directamente a la competencia, se definen el producto y el mercado geográfico de referencia, y a partir de estos factores, se realiza un análisis de mercado.

(37) La exposición directa a la competencia debería evaluarse según varios criterios, ninguno de los cuales es decisivo *per se*. 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 de los principales actores en un mercado determinado. Por las características de los mercados correspondientes como mercados de licitación, también deberían tomarse en consideración otros criterios como los patrones de licitación y la capacidad y voluntad de los actores del mercado de presentar ofertas en procedimientos de licitación actuales y futuros.

(38) La presente Decisión pretende determinar si los servicios a los que se refiere la solicitud están sometidos, en mercados cuyo acceso no esté limitado a tenor del artículo 34 de la Directiva, a un nivel de competencia tal que garantice que, incluso en ausencia de la disciplina introducida por las disposiciones pormenorizadas que establece en materia de contratación pública la Directiva, la contratación pública para el ejercicio de las actividades consideradas se realice de forma transparente y no discriminatoria y sobre la base de unos criterios que permitan a los compradores encontrar la solución que, en conjunto, sea más ventajosa desde el punto de vista económico.

(39) En este contexto, cabe recordar que, en el mercado en cuestión, no todos los actores del mercado están sujetos a las normas de contratación pública ([42]). Por ello, las empresas que no están sujetas a estas normas, al actuar en esos mercados, en principio, tienen la posibilidad de presionar a otros actores del mercado que están sujetos a las normas de contratación pública.

(40) El Órgano debe determinar si las actividades afectadas están expuestas directamente a la competencia. Con esta finalidad, ha examinado las pruebas presentadas por el solicitante, así como la información proporcionada por la Autoridad de Competencia noruega. El Órgano se ha basado principalmente en los datos del mercado facilitados por el solicitante y la Autoridad de Competencia noruega para evaluar las cuotas de mercados y los niveles de concentración. Además de la información facilitada por el solicitante, la Autoridad de Competencia noruega también se basó en información de otros operadores de autobuses en Noruega y de nueve ATP ([43]).

([41]) Véase la página 14 de la solicitud.
([42]) Además del solicitante, Unibuss AS también está sujeto a las normas de contratación pública. Otros operadores como Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS o Nobina Norge AS son operadores privados que no parecen cumplir las condiciones de las normas de contratación pública del EEE.
([43]) Página 3 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.

3.2.1 *Definición del mercado de productos*

(41) En la solicitud, el solicitante definió el mercado del producto correspondiente como el mercado para la adjudicación de contratos para explotar servicios públicos de autobús ([44]). El solicitante también opinó que los servicios comerciales de autobús de larga distancia (como los servicios de autobús exprés), los servicios comerciales de corta distancia (como los servicios exprés a los aeropuertos) y los servicios de itinerarios turísticos difieren de los servicios públicos contratados de autobús ([45]). Los servicios comerciales de autobús se rigen solo por la demanda del mercado y no reciben financiación procedente de recursos públicos. Todos los servicios de autobús comerciales compiten en el mercado en términos de precio, capacidad, frecuencia u otras características del servicio. En cambio, la competencia entre los operadores públicos de autobús se realiza en el nivel de los procedimientos de licitación, es decir, el mercado para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús, y no posteriormente en el mercado en términos de precio, capacidad, frecuencia u otras características del servicio. El solicitante describió que, por consiguiente, los operadores de autobús que actúan bajo contrato con una ATP suelen tener muy poca influencia en los parámetros básicos de competencia para los pasajeros, como la frecuencia, los horarios, las tarifas o la comodidad de los pasajeros, ya que estas características las suele determinar la ATP adjudicadora ([46]).

(42) En opinión del solicitante, los diferentes requisitos de las ATP no son suficientemente específicos para concluir que existen mercados de productos separados para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús ([47]). Para recibir un contrato de explotación a escala municipal o regional, los operadores de autobús, en principio, deben seguir el mismo marco reglamentario y pueden adaptar su oferta a los requisitos de la ATP correspondiente. Según el solicitante, los patrones de licitación actuales de los principales operadores de autobuses muestran la capacidad y voluntad de dichos operadores de adaptar sus ofertas a los requisitos individuales establecidos por las diferentes ATP, ya que estos operadores suelen competir para todos los contratos sujetos a licitaciones públicas en Noruega, independientemente de las diferencias entre ellas ([48]).

(43) La Autoridad de Competencia noruega consideró que el mercado de productos correspondiente sugerido por el solicitante fue conforme a la práctica establecida en el sector en Noruega y realizó su evaluación de acuerdo con esta definición propuesta por el solicitante ([49]).

(44) La Comisión, en decisiones anteriores sobre el transporte público (incluidos los servicios de autobús) sostiene que los mercados específicos para la adjudicación de contratos de explotación de servicios públicos de autobús pueden identificarse ([50]). La Comisión también sostuvo que dentro de los servicios concesionarios (contratados) públicos de autobús no se pudo hacer una distinción entre los servicios contratados urbanos, interurbanos y de larga distancia, ya que suelen estar regulados por el mismo marco reglamentario y los requisitos de las ATP solo presentaban características diferentes en relación con las especificaciones técnicas ([51]).

(45) La práctica de la Comisión también confirma la opinión de que los servicios de autobús comerciales y los servicios públicos de autobús (contratados) forman parte de diferentes mercados de productos debido a la diferencia en el carácter de la competencia. La competencia entre los diferentes operadores públicos de autobuses se produce en el nivel de la licitación por los contratos, es decir, el mercado para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús, y no después en el mercado, en términos de precio, capacidad, frecuencia u otras características del servicio ([52]). En comparación con los servicios comerciales, los operadores (contratados) públicos de autobuses suelen tener muy poca influencia en las dimensiones básicas de la competencia, como las frecuencias, las tarifas o la comodidad de los pasajeros, ya que estas características las establecen las ATP que adjudican el contrato para prestar el servicio. Los operadores de autobuses están obligados a prestar sus servicios de conformidad con el contrato con la ATP y no pueden adaptarlos según las necesidades de los pasajeros como harían normalmente los operadores comerciales ([53]).

([44]) Página 25 de la solicitud.
([45]) Página 26 de la solicitud.
([46]) *Ibídem*.
([47]) *Ibídem*.
([48]) *Ibídem*.
([49]) Página 3 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([50]) En este sentido, consulte el asunto COMP/M.1768 – Schoyens/Goldman Sachs/Swebus, apartados 10 y 14; asunto COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, apartados 16-23; asunto COMP/M.5855 – DB/Arriva, apartado 21; asunto COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, apartados 19-21; asunto COMP/M.6818 – DB/Veolia, apartados 19 y 56.
([51]) Asunto COMP/M.6818 – DB/Veolia, apartados 19-21; asunto COMP/M.5855 – DB/Arriva, apartados 23-24.
([52]) Asunto COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, apartado 17; asunto COMP/M.6818 – DB/Veolia, apartados 22 y 58; asunto COMP/M.5855 – DB/Arriva, apartado 22.
([53]) Asunto COMP/M.6818 – DB/Veolia, apartado 23; asunto COMP/M.5855 – DB/Arriva, apartado 22.

(46) Teniendo en consideración las especificidades del mercado de autobuses de Noruega mencionadas en los considerandos 41 a 42, con el fin de evaluar las condiciones establecidas en el artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE, y sin perjuicio de la aplicación de la ley en materia de competencia, el mercado del producto correspondiente se define como el mercado para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús. El Órgano no ha identificado en este caso específico, y para los fines mencionados anteriormente, ninguna circunstancia que justifique que las licitaciones por separado de las ATP se consideren como mercados separados.

3.2.2 *Definición del mercado geográfico*

(47) En relación con el mercado geográfico, el solicitante consideró que el mercado pertinente para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús es al menos nacional en cuanto al alcance y cubre todos los servicios contratados de autobús en Noruega ([54]). El solicitante argumentó que la Ley de transporte profesional dispone un marco reglamentario común para la licitación de servicios de autobús en toda Noruega ([55]). El solicitante también indicó que prácticamente todos (el 98 %) los contratos en curso para los servicios públicos de autobús se han adjudicado después de licitaciones y la mayoría se explotan como grandes contratos y todos comparten las mismas características principales ([56]). Por consiguiente, las diferencias en los procedimientos de licitación y los contratos de las diferentes ATP son mínimas y fáciles de vencer para los operadores de autobuses.

(48) El solicitante destacó que la existencia de un marco reglamentario común para la licitación de servicios de autobús en toda Noruega también se refleja en el patrón de licitación actual de los operadores de autobuses activos actualmente en el mercado ([57]). Los operadores de autobuses Torghatten, Boreal y Nobina funcionan en todo el país y no hay nada que impida que otros operadores de autobuses compitan por todos los contratos. El solicitante afirmó que, con algunas excepciones, ha existido una competencia considerable en todos los servicios contratados de autobús adjudicados desde el 1 de enero de 2015, independientemente de la presencia regional existente ([58]).

(49) No obstante, el solicitante concluyó que con el fin de la solicitud, la definición exacta del mercado geográfico finalmente podría dejarse abierta ([59]). Según su opinión, cualquier posible definición del mercado geográfico en la que el solicitante tenga contratos u ofertas por contratos, el acceso al mercado sea ilimitado y esté plenamente expuesto a la competencia.

(50) La Autoridad de Competencia noruega encontró que la definición exacta del mercado geográfico de referencia podría dejarse abierta, pues el resultado del análisis fue el mismo independientemente de que se basara en una definición restrictiva o amplia de mercado ([60]).

(51) La posición del solicitante está en consonancia con la práctica de la Comisión. En decisiones anteriores, la Comisión, si bien con frecuencia dejó abierta la definición exacta del mercado geográfico, consideró que el mercado geográfico de referencia para la adjudicación de contratos para explotar servicios públicos de autobús es un ámbito en el que existe un marco reglamentario común para la licitación de los servicios de autobús ([61]).

(52) Para concluir, con el fin de evaluar las condiciones establecidas en el artículo 34 de la Directiva, y sin perjuicio de la aplicación de la ley en materia de competencia o cualquier otro ámbito del Derecho del EEE, el Órgano considera que la dimensión geográfica de referencia del mercado de productos correspondiente al menos es nacional en cuanto al ámbito. Esto se debe a la existencia de un marco reglamentario común, a diferencias solamente leves en los procedimientos de licitación de las ATP y la capacidad y voluntad de los operadores de autobuses de participar en procedimientos de adjudicación en toda Noruega.

([54]) Página 28 de la solicitud.
([55]) *Ibídem*.
([56]) *Ibídem*.
([57]) *Ibídem*.
([58]) *Ibídem*.
([59]) Página 29 de la solicitud.
([60]) Página 3 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([61]) Asunto COMP/M.6818 – DB/Veolia, apartado 29; asunto COMP/M.5855 – DB/Arriva, apartado 27. Véase también el asunto COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA y el asunto COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, apartado 31.

3.2.3 *Análisis del mercado*

53) Se considera que, en relación con el mercado para la adjudicación de contratos públicos para la explotación de servicios públicos de autobús, un indicador para el grado de competencia es la cuota de mercado del mayor operador y la cuota de mercado total de los operadores más importantes en el mercado. De acuerdo con los datos presentados por el solicitante en su solicitud, tiene la mayor cuota de mercado en el mercado correspondiente con un [25-30 %] basado en el volumen de negocios y el 28 % basado en el volumen ([62]). No obstante, existen varios competidores fuertes con cuotas de mercado de 2 cifras basadas en el volumen de negocios, como Torghatten [15-20 %], Tide [15-20%] o Unibuss [12-17 %], seguidas de actores del mercado más pequeños aunque no insignificantes, como Boreal [5-10 %] y Nobina [5-10 %] ([63]). La cuota de mercado restante se divide entre 29 operadores de autobuses más pequeños. Las cifras de cuota de mercado facilitadas por el solicitante están en consonancia con los cálculos realizados por la Autoridad de Competencia noruega ([64]).

(54) Según se explica en el considerando 45 anterior, el carácter de la competencia es diferente en el caso de los servicios públicos de autobús, ya que las empresas compiten por el mercado y no en el mercado en términos de precios, horarios o calidad del servicio. En el mercado noruego para la adjudicación de contratos para la explotación de servicios públicos de autobús, la competencia para la concesión de contratos se produce en forma de licitaciones públicas organizadas por las ATP. De acuerdo con el solicitante, el 98 % de todos los contratos en curso se han adjudicado mediante licitaciones y esta cifra será cercana al 100 % a fecha de 3 de diciembre de 2019 ([65]). Teniendo en cuenta estas circunstancias, la evaluación competitiva y el análisis del mercado deben analizar los patrones de licitación y la capacidad y voluntad de competir de los actores en las licitaciones actuales y futuras.

(55) Los competidores más importantes del solicitante son las grandes empresas que con frecuencia forman parte de empresas de transporte con operaciones multinacionales. Torghatten es una de las mayores empresas de transportes en Noruega y es proveedor de transporte público por ferry, barco exprés, autobús y transporte aéreo. También explota servicios comerciales de autobús y tiene unos ingresos consolidados generales de más de 9 000 millones NOK. Tide forma parte del grupo de transporte DSD, que explota servicios públicos y comerciales de autobús en Noruega y con presencia también en Dinamarca. Los ingresos consolidados del grupo DSD son de casi 6 000 millones NOK. Unibuss es propiedad del municipio de Oslo. El grupo Unibuss ofrece servicios públicos y comerciales en varias ciudades noruegas. Boreal Buss forma parte del grupo Boreal, con extensas operaciones de transporte tanto públicas como comerciales. El propietario final actual de Boreal es un fondo de capital no cotizado de Hong Kong que se centra en oportunidades de inversión en infraestructuras en todo el mundo. Los ingresos consolidados de Boreal son de casi 3 000 millones NOK. Finalmente, Nobina forma parte del grupo sueco Nobina, que ofrece servicios de transporte público en toda Escandinavia. Estas empresas participan en procedimientos de licitación en toda Noruega, tienen las capacidades y la experiencia para presentar ofertas en cualquier procedimiento de licitación noruego.

(56) El solicitante ha observado que desde el 1 de enero de 2015, en las 58 licitaciones en Noruega, hubo un promedio de 3,8 competidores que presentaron ofertas ([66]). Esta cifra se ha confirmado mediante las estimaciones preparadas por la Autoridad de Competencia noruega ([67]). Aunque el número de proveedores varía ampliamente entre los diferentes contratos, de uno a 8 en los 46 contratos que revisó la Autoridad de Competencia noruega, esta también observó que las ATP suelen estar satisfechas con el número de proveedores ([68]). El solicitante también facilitó información detallada sobre los procedimientos de licitación en las diferentes regiones de las ATP, lo que confirma el carácter competitivo de la adjudicación de contratos públicos de servicios de autobús en Noruega ([69]). Los datos detallados y los datos internos del solicitante también mostraron que se produjo un cambio de operador en aproximadamente el 40 % de todos los contratos sujetos a licitación ([70]). Esto confirma la capacidad de competir eficazmente de los diferentes operadores.

([62]) Página 30 de la solicitud.
([63]) *Ibídem*.
([64]) Página 5 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([65]) Página 6 de la solicitud. Consulte también el procedimiento del Órgano mencionado en el considerando 31 anterior.
([66]) Página 14 de la solicitud.
([67]) Página 5 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([68]) *Ibídem*.
([69]) Véanse las páginas 14 a 24 de la solicitud.
([70]) Página 24 de la solicitud.

(57) El solicitante también argumentó que el mercado para la adjudicación de servicios públicos de autobús en Noruega se caracteriza por pocos obstáculos a la entrada y la expansión y la evaluación de la Autoridad de Competencia noruega confirmó este hallazgo ([71]). Este hallazgo se basó en unos ingresos estables y predecibles a través de los contratos con las ATP y el acceso fácil a la información y la infraestructura necesarias, ya que las ATP facilitan la infraestructura necesaria excepto los autobuses ([72]). Asimismo, los empleados del antiguo titular del contrato correspondiente tienen derecho a pasar al nuevo titular del contrato. Asimismo, las especificaciones de las licitaciones de las ATP suelen requerir una nueva flota de autobuses, por lo que los nuevos operadores no se enfrentan a una desventaja de costes significativa en relación con la adquisición de autobuses ([73]).

(58) Para los fines de esta Decisión, y sin perjuicio de la aplicación de la legislación en materia de competencia, los factores enumerados en los considerandos 53 a 57 deben considerarse indicativos de la exposición a la competencia de la explotación de transporte público en autobús en Noruega. También está en consonancia con la opinión de la Autoridad de Competencia noruega. Es probable que las empresas activas en este mercado estén sometidas a una presión competitiva suficiente. No existe indicador alguno que revele que el sector no está funcionando conforme al impulso del mercado. Por ello, el Órgano concluye que el mercado para la adjudicación de contratos públicos para la explotación de servicios públicos de autobús está expuesto directamente a la competencia con arreglo a la Directiva.

(59) El Órgano toma nota del hecho de que la presión actual de la competencia en el mercado para la adjudicación de contratos para explotar servicios públicos de autobús está impulsada esencialmente por el marco reglamentario en vigor y las ATP que organizan licitaciones, en vez de prestar servicios propios o utilizar las excepciones para la adjudicación directa previstas por las normas de contratación pública pertinentes del EEE, distintas al uso limitado de adjudicaciones directas para los contratos de bajo valor o poca distancia. Esto significa que los cambios en estas políticas o prácticas pueden modificar la dinámica del mercado y la presión competitiva general en las entidades adjudicadoras que ejercen la actividad de explotación de servicios públicos de autobús a la que hace referencia la presente Decisión.

4 **CONCLUSIONES**

(60) Para los fines de esta Decisión, y sin perjuicio de la aplicación de la legislación en materia de competencia, los hallazgos del análisis del mercado enumerados en los considerandos 53 a 57 deben considerarse indicativos de la exposición a la competencia con arreglo al artículo 34 de la Directiva de la actividad de explotación de servicios públicos de autobús en Noruega. Por consiguiente, dado que se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE, procede establecer que dicha Directiva no es aplicable a los contratos destinados a posibilitar el ejercicio de esta actividad en Noruega.

(61) Esta Decisión se basa en la legislación aplicable y la situación real entre enero de 2015 y junio de 2019, según la información presentada por el solicitante y la Autoridad de Competencia noruega. El Órgano se reserva el derecho de revisar esta Decisión, en caso de que las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE ya no se cumplan, o después de cambios significativos en la situación legal o real.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

1. El Acto al que se hace referencia en el punto 4 del anexo XVI del Acuerdo EEE, por el que se establecen los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos en el sector de los servicios públicos (Directiva 2014/25/UE) no se aplicará a los contratos adjudicados o concursos de proyectos organizados por entidades adjudicadoras que ejercen o tienen como una de sus actividades la explotación de servicios públicos de autobús en caso de que dichos contratos o concursos de proyectos tengan como objetivo que puedan explotar servicios públicos de autobús en Noruega (una actividad relativa a la explotación de una red que preste un servicio al público en el sector del transporte en autobús).

2. El destinatario de la presente Decisión es el Reino de Noruega.

3. El texto de la presente Decisión en lengua inglesa es el único auténtico.

([71]) Página 31 de la solicitud y página 5 de la Posición adoptada por la Autoridad de Competencia noruega sobre las condiciones para la aplicabilidad del artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.
([72]) *Ibídem*.
([73]) Página 31 de la solicitud.

Hecho en Bruselas, el 17 de junio de 2019.

Por el Órgano de Vigilancia de la AELC, de conformidad con la Decisión Delegada n.º 19/19/COL,

Högni S. KRISTJÁNSSON
Miembro del Colegio competente

Carsten ZATSCHLER
Quien lo ratifica en calidad de director,
Asuntos jurídicos y ejecutivos