KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESAFGØRELSE (EU) 2022/418

af 10. marts 2022

om anvendelsen af artikel 34 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU på ikkekommerciel buskørsel i østrigske regioner, der henhører under de regionale transportmyndigheder Verkehrsverbund Ost-Regions (VOR) og Oberösterreich Verkehrsverbunds (OÖVV)

(meddelt under nummer C(2022) 1352)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde,

under henvisning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF ([1]), særlig artikel 35, stk. 3,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Udbud, og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFREMSTILLING

1.1. Anmodningen

(1) Den 2. oktober 2020 indgav Østrigs Faste Repræsentation på vegne af Österreichische Postbus AG (herefter »Postbus« eller »ansøgeren«) en anmodning til Kommissionen i henhold til artikel 35, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU (herefter »anmodningen«). Anmodningen opfylder de formelle krav i artikel 1, stk. 1, i og bilag I til Kommissionens gennemførelsesafgørelse (EU) 2016/1804 ([2]).

(2) Ansøgeren tilhører ÖBB-koncernen (de østrigske jernbaner). 100 % af aktierne i ansøgeren ejes af ÖBB-Personenverkehr AG, som selv er et datterselskab ejet 100 % af ÖBB-Holding AG. Alle aktierne i ÖBB-Holding AG ejes af Republikken Østrig. Ansøgeren er aktiv inden for buskørsel af passagerer.

(3) Ansøgeren er en ordregivende enhed som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2014/25/EU og udøver virksomhed vedrørende drift af net til betjening af offentligheden inden for buskørsel som omhandlet i direktivets artikel 11.

(4) Rutebuskørsel er periodiske og offentligt tilgængelige personbefordringstjenester, som udføres af personbefordringsoperatører mod betaling inden for bestemte transportruter, og som gør det muligt for passagerer at komme ind og ud af bussen på forud fastsatte stationer. Hvis de offentlige myndigheder yder en økonomisk kompensation til en virksomhed for at udføre disse tjenester, kaldes de ikkekommercielle transporttjenester.

([1]) EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243.

([2]) Kommissionens gennemførelsesafgørelse (EU) 2016/1804 af 10. oktober 2016 om nærmere regler for anvendelsen af artikel 34 og 35 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 275 af 12.10.2016, s. 39).

(5) Ikkekommerciel buskørsel giver anledning til tildeling af to forskellige typer kontrakter. Den første type er de kompetente transportmyndigheders indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening i overensstemmelse med bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 ([3]), som finder anvendelse på offentlig personbefordring med jernbane og ad vej. Den anden type er tildelingen af kontrakter fra den operatør, der er udpeget til at udføre en sådan offentlig tjenesteydelseskontrakt, såsom kontrakter med et rengøringsselskab om rengøring af busser eller med et selskab, der leverer busser til brug for operatøren.

(6) Anmodningen vedrører udelukkende den anden type kontrakter, dvs. tildeling af kontrakter, der har til formål at muliggøre udførelse af ikkekommerciel rutebuskørsel i Østrig, en aktivitet vedrørende drift af net i overensstemmelse med artikel 11 i direktiv 2014/25/EU. Anmodningen omfatter ikke tildeling af kontrakter om udførelse af ikkekommerciel buskørsel, som tildeles interne operatører uden forudgående udbud. Den omfatter heller ikke en regional transportmyndigheds (Verkehrsverbund) tildeling af en kontrakt om buskørsel til en busselskab, da sådanne kontrakter falder ind under anvendelsesområdet for forordning (EF) nr. 1370/2007.

(7) Anmodningen var i første omgang ikke ledsaget af en begrundet udtalelse fra Bundeswettbewerbsbehörde (den nationale østrigske konkurrencemyndighed). I henhold til punkt 1, litra b), i bilag IV til direktiv 2014/25/EU skal Kommissionen vedtage en gennemførelsesafgørelse om anmodningen inden for 130 arbejdsdage, i betragtning af at der ikke kan formodes at være fri adgang til markedet på grundlag af artikel 34, stk. 3, første afsnit, i nævnte direktiv. Den oprindelige frist blev stillet i bero i overensstemmelse med punkt 2 i bilag IV til direktiv 2014/25/EU. Kommissionen bør vedtage en gennemførelsesafgørelse senest den 28. februar 2022.

(8) Kommissionen anmodede de østrigske myndigheder om yderligere oplysninger den 11. november 2020. De østrigske myndigheder fremsendte oplysninger den 2. december 2020, den 23. februar 2021 og den 23. marts 2021. Skrivelsen af 23. marts 2021 indeholdt en holdning fra den nationale konkurrencemyndighed, som analyserer, om artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU finder anvendelse på de pågældende aktiviteter i overensstemmelse med denne artikels stk. 2 og 3.

(9) Den 19. oktober 2021 indsnævrede ansøgeren det geografiske anvendelsesområde for ansøgningen om fritagelse til to dele af Østrigs område, Wien, Niederösterreich og Burgenland (under den regionale transportmyndighed Verkehrsverbund Ost-Regions (VOR) kompetence) og Oberösterreich (under den regionale transportmyndighed Oberösterreich Verkehrsverbunds (OÖVV) kompetence). Ansøgeren fremlagde yderligere oplysninger den 21. oktober og den 8. november 2021.

2. **RETLIG RAMME**

(10) Direktiv 2014/25/EU finder anvendelse på tildeling af kontrakter om udførelse af aktiviteter vedrørende tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel, medmindre aktiviteten er fritaget i henhold til artikel 34 i nævnte direktiv.

(11) I artikel 34 i direktiv 2014/25/EU fastslås det, at kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de aktiviteter, der er omhandlet i direktivet, ikke er underlagt nævnte direktiv, hvis den pågældende aktivitet i den medlemsstat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

(12) Om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, afgøres på grundlag af objektive kriterier under hensyntagen til den pågældende sektors særlige kendetegn ([4]). Denne vurdering er imidlertid begrænset af de korte frister og af behovet for at basere sig på de oplysninger, som Kommissionen har til rådighed. Disse oplysninger stammer enten fra allerede tilgængelige kilder eller fra de oplysninger, der er indhentet i forbindelse med ansøgningen i henhold til artikel 35 i direktiv 2014/25/EU, og kan ikke suppleres med mere tidskrævende metoder, herunder navnlig offentlige forespørgsler rettet til de berørte erhvervsdrivende ([5]).

([3]) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT L 315 af 3.12.2007, s. 1).

([4]) Jf. direktiv 2014/25/EU, betragtning 44.

([5]) *Ibid*.

(13) Spørgsmålet om, hvorvidt en given aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, bør bedømmes på grundlag af forskellige indikatorer, hvoraf ingen nødvendigvis er afgørende i sig selv. For så vidt angår det marked, der er omfattet af nærværende afgørelse, udgør markedsandele ét kriterium, som tillige med andre kriterier bør tages i betragtning, såsom eksistensen af hindringer for markedsadgang eller intermodal konkurrence.

3. **VURDERING**

(14) Formålet med nærværende afgørelse er at fastslå, hvorvidt de tjenester, der er omfattet af anmodningen, er undergivet konkurrencevilkår i et sådant omfang (på markeder, hvortil der er fri adgang, jf. artikel 34 i direktiv 2014/25/EU) — selv uden budgetdisciplin i henhold til de detaljerede EU-regler for offentlige indkøb i direktiv 2014/25/EU — at kontrakter vedrørende udøvelsen af de berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig og ikkediskriminerende måde, på grundlag af kriterier, der gør det muligt for køberne at finde den løsning, som samlet set er den økonomisk mest fordelagtige.

(15) Denne afgørelse er baseret på den retlige og faktiske situation i november 2021 og på de oplysninger, som ansøgeren, de østrigske myndigheder, herunder det østrigske forbundsministerium for klima, miljø, energi, mobilitet, innovation og teknologi (»BMK«), den nationale konkurrencemyndighed og de regionale transportmyndigheder, har forelagt, samt på de offentligt tilgængelige oplysninger.

3.1. **Fri adgang til markedet**

(16) Adgangen til et marked betragtes som fri, hvis den pågældende medlemsstat har gennemført og anvender den relevante EU-lovgivning om åbning af en bestemt sektor eller en del heraf. Forordning (EF) nr. 1370/2007 finder anvendelse på offentlig personbefordring med jernbane og ad vej. I henhold til artikel 5, stk. 1, i nævnte forordning indgås kontrakter om offentlig trafikbetjening om offentlig personbefordring med bus i form af koncessionskontrakter om tjenesteydelser i overensstemmelse med reglerne i forordning (EF) nr. 1370/2007 ([6]). Disse regler, der er fastsat i forordningens artikel 4, indebærer bl.a. en klar definition af de forpligtelser til offentlig tjeneste, som operatøren af offentlig trafikbetjening skal opfylde, de berørte geografiske områder eller kontraktens varighed. Forordning (EF) nr. 1370/2007 er imidlertid ikke opført i bilag III til direktiv 2014/25/EU. Ansøgeren skal derfor godtgøre, at adgangen til markedet for levering af ikkekommercielle bustjenester er fri de facto og de jure.

(17) Andre kontrakter om offentlig trafikbetjening med bus, som ikke har form af tjenesteydelseskoncessioner, skal indgås i overensstemmelse med reglerne om offentlige indkøb, der gennemfører (bl.a.) direktiv 2014/25/EU.

(18) Den relevante nationale lovgivning er loven om rutekørsel med bus (Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz — KflG) ([7]) og loven om lokal og regional offentlig personbefordring (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 — ÖPNRV-G 1999) ([8]).

(19) KflG finder anvendelse på periodiske og offentligt tilgængelige personbefordringstjenester, som udføres af personbefordringsoperatører mod betaling inden for bestemte transportruter, og som gør det muligt for passagerer at komme ind og ud af bussen på forud fastsatte stationer. Koncessioner i henhold til KflG, som falder ind under anvendelsesområdet for forordning (EF) nr. 1370/2007, tildeles for bestemte ruter. Hvis de offentlige myndigheder yder økonomisk kompensation for opfyldelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste, er der tale om ikkekommercielle transporttjenester.

([6]) Artikel 5, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1370/2007 har følgende ordlyd: »Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning. Servicekontrakter eller kontrakter om offentlig trafikbetjening som defineret i direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF vedrørende offentlig personbefordring med bus eller sporvogn indgås efter procedurerne fastlagt i disse direktiver, i det omfang sådanne kontrakter ikke er udformet som koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i disse direktiver.«

([7]) Østrigs statstidende (BGBl.) I nr. 203/1999.

([8]) Østrigs statstidende (BGBl.) I nr. 204/1999.

(20) ÖPNRV-G regulerer de organisatoriske og finansielle aspekter af driften af lokal og regional offentlig personbefordring (jernbane og bus) samt transportsammenslutningernes struktur og ansvarsområde.

(21) Hvad angår fri adgang retligt til markedet for ikkekommercielle bustjenester, fastslår både KflG og ÖPNRV-G, at den ordregivende myndighed skal vælge transportvirksomheden i overensstemmelse med reglerne om offentlige indkøb, der gennemfører direktiv 2014/25/EU og forordning (EF) nr. 1370/2007.

(22) Forordning (EF) nr. 1370/2007 og den østrigske lovgivning finder anvendelse på ansøgerens virksomhed. Selv om forordning (EF) nr. 1370/2007 ikke er opført i bilag III til direktiv 2014/25/EU, fastsætter den et regelsæt, der kan sikre en passende konkurrence fra sag til sag. I henhold til artikel 5, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1370/2007 skal kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås på grundlag af en udbudsprocedure, undtagen i meget specifikke tilfælde (gennemsnitlig årlig værdi under 1 000 000 EUR, årlig levering af mindre end 300 000 km offentlig personbefordring eller (umiddelbar risiko for) afbrydelse af trafikbetjeningen). Som følge heraf finder konkurrencen sted i forbindelse med tildelingen af kontrakter om drift af buslinjer i den foreliggende sag, eftersom sådanne kontrakter tildeles efter offentligt udbud i de to regioner, der er omfattet af anmodningen, i overensstemmelse med forordning (EF) nr. 1370/2007.

(23) I lyset af ovenstående finder Kommissionen, at betingelserne for retlig fri markedsadgang er opfyldt.

(24) Med hensyn til faktisk fri adgang til markedet for ikkekommerciel buskørsel bemærker Kommissionen, at nye markedsaktører er kommet ind på markedet i de seneste år. For eksempel kom tre virksomheder fra andre medlemsstater end Østrig ind på markedet i de to regioner, der var genstand for anmodningen, mellem 2016 og 2020.

(25) Ifølge ansøgeren har de to regionale ordregivende myndigheder i de seneste år i stigende grad anvendt udbud i forbindelse med tildeling af kontrakter om buskørsel som følge af vedtagelsen af forordning (EF) nr. 1370/2007. I henhold til forordning (EF) nr. 1370/2007 skal indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening med jernbane og ad vej være i overensstemmelse med principperne i forordningens artikel 5 fra den 3. december 2019, hvorved direkte tildeling af kontrakter er strengt begrænset. I juni 2021 var andelen af konkurrencebaserede udbud 92 % for regionen under VOR's kompetence og 100 % for regionen under OÖVV's kompetence.

(26) BMK og den nationale konkurrencemyndighed anerkender efter deres opfattelse, at adgangen til det pågældende marked retligt og faktisk er fri.

(27) Med henblik på denne afgørelse konkluderer Kommissionen, at adgang til markederne for ikkekommerciel buskørsel på de respektive områder i de regioner, der henhører under VOR og OÖVV, bør betragtes som retligt og faktisk fri i henhold til artikel 34 i direktiv 2014/25/EU.

3.2. **Konkurrencemæssig vurdering**

3.2.1. *Relevant afgrænsning af produktmarkedet*

3.2.2. *Afgrænsning af produktmarkedet*

(28) Buskørseltjenester i Østrig omfatter følgende: rutebuskørsel, som er omfattet af KflG, og ikkeplanmæssig buskørsel, der er reguleret i henhold til lov om ikkeplanmæssig buskørsel — Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG).

(29) ÖPNRV-G og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1073/2009 ([9]) sondrer mellem kommercielle og ikkekommercielle bustransporttjenester. I henhold til punkt 3, stk. 2, i ÖPNRV-G betragtes transporttjenester kun som kommercielle transporttjenester, hvis de offentlige myndigheder ikke yder nogen kompensation. Når offentlige myndigheder yder økonomisk kompensation, betragtes transporttjenester som ikkekommercielle.

(30) Når den ordregivende myndighed køber ikkekommercielle transporttjenester eller foretager ændringer i en eksisterende driftsplan, skal den vælge transportvirksomheden i overensstemmelse med de gældende bestemmelser i lovgivningen om offentlige indkøb og forordning (EF) nr. 1370/2007. Generelt er ikkekommerciel buskørsel underlagt obligatoriske udbudsprocedurer. Efter ikrafttrædelsen af forordning (EF) nr. 1370/2007 den 7. december 2019 er et stigende antal ikkekommercielle bustransporttjenester blevet tildelt i forbindelse med konkurrencebaserede udbudsprocedurer i Østrig. Kommissionens fusionspraksis ([10]) bekræfter den opfattelse, at kommercielle bustransporttjenester og ikkekommercielle offentlige bustransporttjenester udgør forskellige produktmarkeder på grund af konkurrenceforskellen.

(31) For så vidt angår markedet for ikkekommerciel buskørsel finder konkurrencen mellem operatører af offentlig buskørsel sted på udbudsniveau, dvs. i forbindelse med tildelingen af kontrakter om drift af offentlig buskørsel, og ikke efterfølgende på markedet i forbindelse med aspekter som pris, kapacitet, frekvens eller andre servicefunktioner. Sammenlignet med kommercielle transporttjenester har ikkekommercielle busselskaber normalt kun meget lidt indflydelse på de grundlæggende dimensioner af konkurrencen, såsom frekvenser, billetpriser eller passagerernes komfort, da disse elementer fastsættes af den myndighed, der tildeler kontrakten om at levere tjenesten. Ikkekommercielle busselskaber er forpligtet til at levere deres tjenester i overensstemmelse med den kontrakt, der er indgået med den ordregivende myndighed, og de kan ikke tilpasse deres tjenester til passagerernes behov, sådan som kommercielle operatører normalt ville gøre.

(32) Ansøgeren hævdede, at ikkekommercielle bustransporttjenester, der leveres af interne operatører, kan udgøre et særskilt relevant marked på markedet for ikkekommerciel buskørsel af følgende årsager:

— Transporttjenester, der leveres af interne operatører, er ikke omfattet af obligatoriske udbudsprocedurer, så længe kravene i den relevante lovgivning (artikel 5, stk. 2, forordning (EF) nr. 1370/2007, artikel 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU ([11]) eller artikel 28 eller 29 i direktiv 2014/25/EU) er opfyldt.

— Så længe kravene i forordning (EF) nr. 1370/2007 er opfyldt, kan ejeren kompensere den interne operatørs omkostninger, selv om disse omkostninger er højere end de omkostninger, der afholdes af konkurrerende virksomheder.

— Beslutningen om at »skabe eller købe« er måske ikke udelukkende baseret på den interne operatørs omkostninger i forhold til det forventede resultat af et konkurrencepræget udbud. Kommunale trafikoperatører har ofte ansatte med særlig beskyttelse mod afskedigelse og vil skulle afholde deres lønomkostninger, selv om de har afgivet et forgæves tilbud på kontrakten om offentlig trafikbetjening.

— Der har endnu ikke været nogen udbud i Østrig for transporttjenester, der tidligere blev varetaget af interne operatører. Interne operatører gennemfører også selv offentlige udbud vedrørende underentrepriser. I sådanne tilfælde bliver den valgte tilbudsgiver den interne operatørs underleverandør. Den interne operatør Wiener Linien GmbH & Co KG udbyder f.eks. ca. 44 % af sine buskørseltjenester til underleverandører.

(33) BMK bekræftede ([12]) ansøgerens holdning til omfanget af det relevante produktmarked.

(34) Kommissionen accepterer, at interne operatører tilhører et særskilt marked.

([9]) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1073/2009 af 21. oktober 2009 om fælles regler for adgang til det internationale marked for buskørsel og om ændring af forordning (EF) nr. 561/2006 (EUT L 300 af 14.11.2009, s. 88).

([10]) Sag M.5855, DB/Arriva af 11.8.2010, præmis 20 ff., sag M.6818, Deutsche Bahn/Veolia af 30.4.2013, præmis 19, sag M.6818, Deutsche Bahn/Veolia af 30.4.2013, præmis 25 ff.

([11]) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65).

([12]) BMK's svar af 2. december 2020.

(35) Med henblik på vurderingen i henhold til denne afgørelse og med forbehold af anvendelsen af konkurrencelovgivningen finder Kommissionen, at det relevante produktmarked er markedet for ikkekommerciel bustransport for passagerer, hvor der er konkurrence om markedet.

3.2.3. *Geografisk afgrænsning af markedet*

(36) Ansøgeren har anført, at de lovgivningsmæssige rammer for buskørseltjenester og den østrigske forbundslov om offentlige indkøb finder konsekvent anvendelse i hele Østrig. Desuden skal tilbudsgiverne overholde yderligere regler for at afgive et tilbud, f.eks. bestemmelser om arbejdsret eller kollektive overenskomster, som finder ensartet anvendelse i hele Østrig (personaleomkostningerne tegner sig for ca. 50 % af de samlede omkostninger til rutebustransport). På den anden side påpeger ansøgeren, at der er betydelige forskelle mellem regionerne som følge af eksistensen af regionale transportsammenslutninger med ansvar for buskørsel.

(37) BMK anførte, at de forskelle, der var konstateret på regionalt plan, ikke berettigede en regional markedsafgrænsning.

(38) Den nationale konkurrencemyndighed forklarer i sin holdning, at den offentlige buskørsel udbydes af syv regionale trafiksammenslutninger, som tilsammen dækker hele Østrigs område. Interne operatører udliciterer underentrepriser, f.eks. i storbyområdet Wien. Hver transportsammenslutning udliciterer kun tjenesteydelserne inden for sit område. Den nationale konkurrencemyndighed konkluderer, at det forhold, at udbud og kontraktindgåelse af rent regionale eller lokale ikkekommercielle bustransporttjenester ikke finder sted samtidig, og at kontraktbeslutninger træffes af syv regionalt aktive transportsammenslutninger, der alle forfølger deres egne interesser, taler imod et ensartet nationalt marked.

(39) I sin fusionspraksis har Kommissionen defineret det relevante geografiske marked for bustransporttjenester som det marked, hvor de samme lovgivningsmæssige rammer gælder for alle offentlige transportmyndigheder ([13]).

(40) Kommissionen bemærker, at ansvaret for tilrettelæggelsen af ikkekommercielle busruter ligger hos de kompetente regionale myndigheder (Verkehrsverbünde). Disse myndigheder er ansvarlige for udformningen af tilbuddene inden for de rammebetingelser, der er fastsat i den gældende nationale lovgivning (KflG, GelverkG, ÖPNRV-G og loven om offentlige udbud BVergG 2018).

(41) I begge de regioner, der er omfattet af anmodningen, er den respektive kompetente regionale transportmyndighed og interne operatører, der udbyder bruttokontrakter ([14]), og de vigtigste tilbudsgivere identiske.

(42) I lyset af ovenstående og med henblik på vurderingen i henhold til denne afgørelse og med forbehold af anvendelsen af konkurrencelovgivningen finder Kommissionen, at de relevante geografiske markeder på den ene side er den region, der henhører under VOR, og på den anden side den region, der henhører under OÖVV.

3.3. **Markedsanalyse**

(43) I Østrig er eksisterende kontrakter om ikkekommerciel buskørsel blevet tildelt gennem konkurrencebaserede udbud eller ved direkte tildeling. Langt størstedelen af disse kontrakter blev tildelt efter en udbudsprocedure. Ved forordning (EF) nr. 1370/2007 blev der fastsat en overgangsperiode indtil december 2019 for tildeling af kontrakter, der falder ind under dens anvendelsesområde. Ansøgeren hævder, at dens faldende markedsandel i de to regioner samt den høje procentdel af udbudte kontrakter, det høje antal bud og det høje antal operatørskift i begge regioner viser, at disse markeder er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår.

([13]) Sag M.5855, DB/Arriva af 11.8.2010, præmis 27.

([14]) Sag M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, beslutning af 30.4.2013, præmis. 14: »I forbindelse med bruttokontrakter afgiver operatøren bud på de fulde driftsomkostninger, og alle indtægter tilfalder myndigheden. Ved nettokontrakter får operatøren alle indtægter og vil kun byde på den nødvendige forskel mellem billetindtægterne og det beløb, der er nødvendigt for at opnå den ønskede fortjeneste.«

(44) Ifølge BMK ([15]) bør indkøb foretaget af operatører, der leverer de tjenester, som er blevet udbudt (f.eks. drift af busruter eller underleverandørvirksomhed i forbindelse med den specifikke ikkekommercielle transporttjeneste), når der finder en udbudsprocedure sted, udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/25/EU, da disse operatører utvivlsomt er underlagt konkurrence på grundlag af den specifikke udbudsprocedure.

(45) Den nationale konkurrencemyndighed gør derimod gældende, at forekomsten af visse faktorer (lang kontraktvarighed, små udbudte mængder, få aktive tilbudsgivere) har tendens til at give begrænsede muligheder for bæredygtig konkurrence. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at argumentationen med hensyn til det præjudicielle spørgsmål peger i retning af utilstrækkelig konkurrence.

(46) Kommissionen har i sin analyse taget hensyn til flere faktorer. Kommissionen deler ikke BMK's opfattelse, hvorefter konkurrencebaserede udbud i sig selv er tilstrækkelige til at påvise, at de er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår. Mens konkurrencebaserede udbud af ikkekommercielle bustransporttjenester er en forudsætning for konkurrence på markedet, mener Kommissionen, at der skal tages hensyn til andre faktorer.

(47) Markedsandele er et vigtigt aspekt, men da markedet for ikkekommerciel buskørsel er genstand for udbud eller direkte tildeling, bør der også tages hensyn til antallet af tilbudsgivere og succesraten for de forskellige markedsaktører.

3.3.1. *Markedsandele, antal tilbudsgivere og succesraten*

(48) Alle beregninger af markedsandele og angivelser vedrørende andelen af udbudte kontrakter er baseret på oplysninger fra ansøgeren ([16]).

3.3.1.1. Det østlige Østrig (omfattende Wien, Niederösterreich og Burgenland)

(49) I 2021 udgjorde den ikkekommercielle buskørsel i denne region [100-110] mio. rutekilometer om året. Fraregnet direkte tildelinger til interne operatører (Wiener Linien og Wiener Neustadt [ca. 20 mio. rutekilometer] udgør det relevante marked [80-90] mio. rutekilometer om året. De vigtigste ordregivende myndigheder er Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR) ([65-70] mio. rutekilometer) og Wiener Linien ([15-20] mio. rutekilometer).

(50) I november 2021 var ansøgerens markedsandel i det østlige Østrig [35-45] % (den var [45-55] % i 2013, som var det år, hvor de åbne udbud begyndte). Ansøgerens vigtigste konkurrenter har følgende markedsandele: Dr. Richard ([25-30] %), Gschwindl ([10-15] %), Blaguss ([5-10] %), N-Bus ([5-10] %), Zuklin ([0-5] %) og Retter ([0-5] %).

(51) I det østlige Østrig var 92 % af de eksisterende kontrakter (i mio. rutekilometer) blevet udbudt pr. juni 2021.

(52) Siden 2018 har der været 14 udbudsprocedurer i regionen med 75 tilbud, hvilket har resulteret i et gennemsnitligt antal på 5,4 tilbudsgivere pr. procedure. Ud over ansøgeren har ansøgerens største konkurrent, Dr. Richard, deltaget i 12 udbud med en succesrate på […] %. Ansøgerens succesrate er på […] %. I de fleste udbudsprocedurer var vinderne Postbus eller Dr. Richard.

3.3.1.2. Oberösterreich

(53) Den ikkekommercielle buskørsel i denne region udgør [35-45] mio. rutekilometer. Fraregnet direkte tildelinger til interne operatører ([ca. 5 mio.] rutekilometer for Linz og Steyr), udgør det relevante marked [30-40] mio. rutekilometer om året i 2021. Den vigtigste ordregivende myndighed er Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. og Co KG (OÖVV) ([30-35] million rutekilometer). Bybustransporttjenesterne i Wels udbydes af EWW ([1-2] mio. rutekilometer).

([15]) BMK's svar af 2. december 2020.

([16]) Kommissionens beregning baseret på bilag 3 til den nationale konkurrencemyndigheds holdning.

(54) I 2021 udgjorde ansøgerens markedsandel i Oberösterreich [40-50] % ([45-55] % i 2020 og [60-70] % i 2013, som var det år, hvor de åbne udbud begyndte). På grund af udformningen af udbuddene i Oberösterreich, som favoriserer små delkontrakter, har små virksomheder kunnet vinde fem af de ti udbud, der for nylig blev afholdt. Samlet set er Postbus' største konkurrenter i Oberösterreich Sabtours ([15-20] % af markedet), Welser ([10-15] %), Stern and Hafferl ([5-10] %), Dr. Richard ([5-10] %) og Leitner ([5-10] %).

(55) I Oberösterreich er 100 % af de eksisterende kontrakter (i mio. rutekilometer) blevet udbudt i 2021. Ifølge den regionale myndighed er der siden 2011 blevet gennemført 21 udbudsprocedurer fordelt på 90 delkontrakter med et gennemsnitligt antal på 5,2 tilbudsgivere pr. delkontrakt. Ud af 90 delkontrakter vandt Postbus […] ([…] %).

3.3.2. *Konklusion vedrørende vurdering af konkurrencen*

(56) Ansøgeren har en ret stor, men faldende andel af kontrakter om ikkekommerciel buskørsel i de regioner, der er omfattet af anmodningen. Ansøgerens markedsandel er siden 2013 faldet med næsten […] % i det østlige Østrig og med ca. […] % i Oberösterreich.

(57) Andelen af konkurrenceprægede udbud er meget høj i begge regioner, hvilket fører til en andel af udbudte kontrakter på henholdsvis 92 % og 100 %.

(58) Antallet af tilbudsgivere pr. konkurrencebaseret udbud er højere end det gennemsnitlige antal tilbudsgivere i Unionen for offentlige kontrakter, nemlig 5,4 (det østlige Østrig) og 5,2 (Oberösterreich). Selv om det er korrekt, at ansøgeren normalt afgiver et bud i næsten alle udbudsprocedurer uafhængigt af beliggenheden, er der stadig konkurrence fra andre aktører. Navnlig Dr. Richard er meget aktiv i begge regioner, mens andre operatører regelmæssigt byder i den region, hvor de allerede er aktive.

(59) Generelt er kontrakterne om ikkekommerciel buskørsel i Østrig af lang varighed, ca. 6-10 år ifølge ansøgeren ([17]). Dette træk er uløseligt forbundet med markedet, da de regionale transportmyndigheder forsøger at undgå hyppige komplekse udbud. Selv om dette kan være skadeligt for konkurrencen ([18]), opvejes det af, at udbud fra de respektive regionale transportmyndigheder for det meste er små delkontrakter, som ofte er på under 1 mio. rutekilometer. Sidstnævnte er et vigtigt element, der fremmer markedsadgangen og i sidste ende konkurrencen i begge regioner ([19]).

(60) Den nationale konkurrencemyndighed gør derimod gældende, at forekomsten af visse faktorer (lang kontraktvarighed, små udbudte mængder, få aktive tilbudsgivere) har tendens til at give begrænsede muligheder for bæredygtig konkurrence. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at argumentationen med hensyn til det præjudicielle spørgsmål peger i retning af utilstrækkelig konkurrence. Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at den nationale konkurrencemyndighed i sin konklusion tog konkurrencesituationen i hele Østrig i betragtning, og at den nationale konkurrencemyndighed anerkendte meget betydelige forskelle mellem Verkehrsverbünde (regionale transportsammenslutninger). De faktorer, der er nævnt i den nationale konkurrencemyndigheds holdning, er betydeligt mere relevante for andre østrigske regioner end dem, der er omfattet af anmodningen. For eksempel var andelen af konkurrencebaserede udbud kun på 30 % i Kärnten og 32 % i Tyrol i 2020 (mod 92 % og 100 % i regionen under VOR's kompetence og i regionen under OÖVV's kompetence). Det gennemsnitlige antal tilbudsgivere nåede kun op på 2,3 i Vorarlberg sammenlignet med mere end fem i de to regioner, der var omfattet af anmodningen. Mens ansøgerens markedsandel i Salzburg var på [70-80] %, var den under 50 % i begge de regioner, der er omfattet af anmodningen.

(61) På baggrund af de faktorer, der er gennemgået ovenfor, konkluderer Kommissionen, at ikkekommerciel buskørsel i de transportregioner, der henhører under VOR og OÖVV, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, jf. artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.

([17]) Jf. ansøgningen, s. 28.

([18]) Jf. betragtning 15 i forordning (EF) nr. 1370/2007.

([19]) Meddelelse COM 2017/572 »Udbud, der virker — i og for Europa«, hvori Kommissionen anfører, at den første foranstaltning til forbedring af SMV'ers adgang til markederne for offentlige indkøb er opdelingen af kontrakter i delkontrakter.

4. **KONKLUSION**

(62) Med henblik på denne afgørelse, og uden at det berører anvendelsen af Den Europæiske Unions konkurrencelovgivning, bør resultaterne af markedsanalysen i betragtning 43-55 ses som en indikation af, at ikkekommerciel buskørsel i de to østrigske transportregioner, der henhører under VOR og OÖVV, er undergivet almindelige konkurrencevilkår som omhandlet i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU. Det bør derfor fastslås, at direktiv 2014/25/EU ikke finder anvendelse på kontrakter, der har til formål at muliggøre udøvelsen af denne aktivitet i de to transportregioner under VOR's og OÖVV's kompetence.

(63) Direktiv 2014/25/EU bør fortsat finde anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivere, og som har til formål at muliggøre levering af ikkekommerciel buskørsel på de andre transportregioners område, der ikke er omfattet af denne afgørelse.

(64) Denne afgørelse indskrænker ikke anvendelsen af konkurrencereglerne og andre områder af EU-retten. Vel at mærke svarer de kriterier og den metode, der anvendes til at vurdere, om en given aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår i henhold til artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, ikke nødvendigvis til dem, der anvendes til at foretage en vurdering efter artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde eller Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 ([20]), som bekræftet af Retten ([21]) —

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Eneste artikel

Direktiv 2014/25/EU finder ikke anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivere, og som har til formål at muliggøre levering af ikkekommerciel buskørsel i de regioner, der henhører under Verkehrsverbund Ost-Region, og den region, der henhører under Oberösterreich Verkehrsverbund.

Denne afgørelse er rettet til Republikken Østrig.

Udfærdiget i Bruxelles, den 10. marts 2022.

På Kommissionens vegne
Thierry BRETON
Medlem af Kommissionen

([20]) Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1).

([21]) Dom af 27. april 2016, Österreichische Post AG mod Kommissionen, T-463/14, EU:T:2016:243, præmis 28. Jf. direktiv 2014/25/EU, betragtning 44.