UITVOERINGSBESLUIT (EU) 2022/418 VAN DE COMMISSIE

van 10 maart 2022

betreffende de toepasselijkheid van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad op niet-commerciële busvervoersdiensten in de Oostenrijkse regio's die onder de bevoegdheid van de regionale vervoersautoriteiten Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) en Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV) vallen

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2022) 1352)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,

Gezien Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG ([1]), en met name artikel 35, lid 3,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten,

Overwegende hetgeen volgt:

1. FEITEN

1.1. Het verzoek

(1) Op 2 oktober 2020 heeft de permanente vertegenwoordiging van Oostenrijk namens Österreichische Postbus AG ("Postbus" of "verzoekster") bij de Commissie een verzoek krachtens artikel 35, lid 1, van Richtlijn 2014/25/EU ingediend ("het verzoek"). Het verzoek voldoet aan de formele vereisten van artikel 1, lid 1, van en bijlage I bij Uitvoeringsbesluit (EU) 2016/1804 van de Commissie ([2]).

(2) Verzoekster behoort tot de ÖBB-groep (Oostenrijkse federale spoorwegen). De aandelen in verzoekster zijn voor 100 % in handen van ÖBB-Personenverkehr AG, zelf weer voor 100 % een dochteronderneming van ÖBB-Holding AG. Alle aandelen in ÖBB-Holding AG zijn in handen van de Republiek Oostenrijk. Verzoekster is actief in de sector van het passagiersvervoer per bus.

(3) Verzoekster is een aanbestedende instantie in de zin van artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2014/25/EU en voert een activiteit uit die het exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per bus beoogt, in de zin van artikel 11 van die richtlijn.

(4) Lijnbusdiensten zijn periodieke en openbaar toegankelijke personenvervoersdiensten die door exploitanten van personenvervoer tegen betaling worden aangeboden op bepaalde vervoerstrajecten, waarbij passagiers op vooraf vastgestelde haltes in en uit de bus kunnen stappen. Indien overheidsinstanties een financiële tegenprestatie leveren aan een onderneming voor het verrichten van deze diensten, worden die niet-commerciële vervoersdiensten genoemd.

([1]) PB L 94 van 28.3.2014, blz. 243.

([2]) Uitvoeringsbesluit (EU) 2016/1804 van de Commissie van 10 oktober 2016 betreffende de nadere regels voor de toepassing van de artikelen 34 en 35 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 275 van 12.10.2016, blz. 39).

(5) Voor niet-commerciële busdiensten worden twee verschillende soorten opdrachten gegund. Bij het eerste type gaat het om de gunning van openbaredienstcontracten door bevoegde vervoersinstanties overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad ([3]), die van toepassing is op het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. Bij het tweede type gaat het om de gunning van opdrachten door de exploitant die is aangewezen om een dergelijk openbaredienstcontract uit te voeren, zoals opdrachten aan een schoonmaakbedrijf voor het schoonmaken van bussen of aan een bedrijf dat bussen ter beschikking stelt voor gebruik door de exploitant.

(6) Het verzoek heeft alleen betrekking op het tweede type opdrachten, d.w.z. op de gunning van opdrachten die bedoeld zijn om de uitvoering van niet-commerciële lijnbusdiensten in Oostenrijk mogelijk te maken, een activiteit die verband houdt met het exploiteren van netten overeenkomstig artikel 11 van Richtlijn 2014/25/EU. Het verzoek heeft geen betrekking op de gunning van opdrachten voor de uitoefening van niet-commerciële busdiensten die onderhands aan interne exploitanten worden gegund. Het heeft evenmin betrekking op de gunning door een regionale vervoersautoriteit (Verkehrsverbund) van een contract voor de exploitatie van busvervoersdiensten aan een busexploitant, aangezien dergelijke gunningen binnen het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1370/2007 vallen.

(7) Het verzoek ging aanvankelijk niet vergezeld van een gemotiveerd standpunt van de Bundeswettbewerbsbehörde (BWB, de Oostenrijkse nationale mededingingsautoriteit). Overeenkomstig punt 1, b), van bijlage IV bij Richtlijn 2014/25/EU moet de Commissie, aangezien op grond van artikel 34, lid 3, eerste alinea, van die richtlijn niet van vrije toegang tot de markt kan worden uitgegaan, binnen 130 werkdagen een uitvoeringsbesluit over het verzoek vaststellen. De oorspronkelijke termijn werd opgeschort overeenkomstig punt 2 van bijlage IV bij Richtlijn 2014/25/EU. De Commissie moet uiterlijk op 28 februari 2022 een uitvoeringshandeling vaststellen.

(8) Op 11 november 2020 heeft de Commissie de Oostenrijkse autoriteiten om aanvullende informatie verzocht. De Oostenrijkse autoriteiten hebben op 2 december 2020, 23 februari 2021 en 23 maart 2021 informatie ingediend. De op 23 maart 2021 ingediende stukken omvatten een standpuntbepaling van de BWB, waarin de voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 34, lid 1, van Richtlijn 2014/25/EU op de betrokken activiteiten overeenkomstig de leden 2 en 3 van dat artikel wordt geanalyseerd.

(9) Op 19 oktober 2021 heeft verzoekster de geografische werkingssfeer van het verzoek om vrijstelling beperkt tot twee delen van het Oostenrijkse grondgebied, te weten enerzijds Wenen, Neder-Oostenrijk en Burgenland (onder de bevoegdheid van de regionale vervoersautoriteit Verkehrsverbund Ost-Region (VOR)) en anderzijds Opper-Oostenrijk (onder de bevoegdheid van de regionale vervoersautoriteit Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)). Verzoekster heeft op 21 oktober en 8 november 2021 aanvullende informatie ingediend.

2. **RECHTSKADER**

(10) Richtlijn 2014/25/EU is van toepassing op de gunning van opdrachten voor activiteiten die verband houden met het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus, autobus of kabelbaan, tenzij de activiteit op grond van artikel 34 van die richtlijn is vrijgesteld.

(11) Op grond van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU is die richtlijn niet van toepassing op opdrachten voor activiteiten die onder die richtlijn vallen, wanneer de activiteit in de lidstaat waarin zij wordt uitgeoefend, rechtstreeks blootstaat aan concurrentie op marktgebieden waarvoor de toegang niet beperkt is.

(12) In hoeverre er sprake is van rechtstreekse blootstelling aan concurrentie wordt beoordeeld aan de hand van objectieve criteria waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke eigenschappen van de betrokken sector ([4]). Deze beoordeling ondervindt echter beperkingen door de toepasselijke korte termijnen en door het feit dat moet worden uitgegaan van de informatie waarover de Commissie beschikt. Die informatie is ofwel afkomstig van reeds beschikbare bronnen, ofwel van informatie die in het kader van het verzoek overeenkomstig artikel 35 van Richtlijn 2014/25/EU is verkregen, en kan niet worden aangevuld door middel van meer tijdrovende methoden, zoals met name openbare onderzoeken die gericht zijn op de betrokken ondernemers ([5]).

([3]) Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315 van 3.12.2007, blz. 1).

([4]) Richtlijn 2014/25/EU, overweging 44.

([5]) *Ibid*.

(13) De rechtstreekse blootstelling aan concurrentie moet worden getoetst aan diverse indicatoren, waarbij geen van deze indicatoren op zichzelf doorslaggevend is. Met betrekking tot de markt waarop dit besluit betrekking heeft, vormen marktaandelen één van de criteria die in aanmerking moeten worden genomen, samen met andere criteria, zoals het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt of intermodale concurrentie.

3. **BEOORDELING**

(14) Het doel van dit besluit is om vast te stellen of de diensten waarop het verzoek betrekking heeft (op markten waartoe de toegang niet beperkt is in de zin van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU), aan een mate van concurrentie blootstaan die ervoor zorgt dat, ook zonder de discipline die door de toepassing van de in Richtlijn 2014/25/EU vastgelegde gedetailleerde regels voor het plaatsen van opdrachten wordt opgelegd, opdrachten voor de uitoefening van de hier bedoelde activiteiten op een transparante, niet-discriminerende wijze zullen worden geplaatst op basis van criteria die afnemers in staat stellen uit te maken welke in het algemeen de economisch voordeligste oplossing is.

(15) Dit besluit is gebaseerd op de juridische en feitelijke situatie van november 2021 en op de informatie die is ingediend door verzoekster, de Oostenrijkse autoriteiten, waaronder het Oostenrijkse federale ministerie van Klimaatactie, Milieu, Energie, Mobiliteit, Innovatie en Technologie (BMK), de BWB en de regionale vervoersautoriteiten, alsmede op de openbaar beschikbare informatie.

3.1. **Niet-beperkte toegang tot de markt**

(16) De toegang tot een markt wordt geacht niet beperkt te zijn indien de betrokken lidstaat de desbetreffende wetgeving van de Unie tot openstelling van een bepaalde (deel)sector ten uitvoer heeft gelegd en heeft toegepast. Verordening (EG) nr. 1370/2007 is van toepassing op openbaar personenvervoer per spoor en over de weg. Overeenkomstig artikel 5, lid 1, van die verordening worden openbaredienstcontracten voor openbaar personenvervoer per bus die de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies gegund overeenkomstig de regels van Verordening (EG) nr. 1370/2007 ([6]). Die regels, die zijn opgenomen in artikel 4 van de verordening, bevatten onder meer een duidelijke omschrijving van de openbaredienstverplichtingen waaraan de exploitant van openbare diensten moet voldoen, de betrokken geografische gebieden en de looptijd van het contract. Verordening (EG) nr. 1370/2007 is echter niet opgenomen in de lijst van bijlage III bij Richtlijn 2014/25/EU. Bijgevolg moet verzoekster aantonen dat de toegang tot de markt voor het aanbieden van niet-commerciële busdiensten rechtens en feitelijk vrij is.

(17) Andere openbaredienstcontracten voor openbaar vervoer per bus, die niet de vorm aannemen van dienstenconcessies, moeten worden gegund overeenkomstig de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten ter omzetting van (onder meer) Richtlijn 2014/25/EU.

(18) De relevante nationale wetgeving is de Wet inzake lijnbusdiensten (Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz — KflG)) ([7]) en de Wet inzake lokaal en regionaal openbaar personenvervoer (Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 — ÖPNRV-G 1999) ([8]).

(19) De KflG is van toepassing op periodieke en openbaar toegankelijke personenvervoersdiensten die door exploitanten van personenvervoer tegen betaling worden aangeboden op bepaalde vervoerstrajecten, waarbij passagiers op vooraf vastgestelde haltes in en uit de bus kunnen stappen. Concessies in het kader van de KflG, die binnen de werkingssfeer van Verordening (EG) nr. 1370/2007 vallen, worden verleend voor specifieke routes. Indien overheidsinstanties een financiële tegenprestatie leveren voor de uitvoering van openbaredienstverplichtingen, gaat het bij dergelijke vervoersdiensten om niet-commerciële vervoersdiensten.

([6]) In artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 wordt het volgende bepaald: "Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de Richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen.".

([7]) *Oostenrijks publicatieblad* (BGBl.) I nr. 203/1999.

([8]) *Oostenrijks publicatieblad* (BGBl.) I nr. 204/1999.

(20) De ÖPNRV-G regelt de organisatorische en financiële aspecten van de exploitatie van lokale en regionale openbare personenvervoersdiensten (spoor en bus), alsmede de structuur en het bevoegdheidsgebied van vervoersverenigingen (Verkehrsverbünde).

(21) Wat de rechtens vrije toegang tot de markt voor niet-commerciële busdiensten betreft, bepalen zowel het KflG als het ÖPNRV-G dat de aanbestedende dienst de vervoersonderneming moet kiezen in overeenstemming met de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten die Richtlijn 2014/25/EU omzetten, alsook met Verordening (EG) nr. 1370/2007.

(22) Verordening (EG) nr. 1370/2007 en de Oostenrijkse wetgeving zijn van toepassing op de activiteiten van verzoekster. Hoewel Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet is opgenomen in de lijst van bijlage III bij Richtlijn 2014/25/EU, voorziet zij in een regelgevingskader dat in afzonderlijke gevallen kan zorgen voor een passende concurrentie. Op grond van artikel 5, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 is gunning van openbaredienst-contracten via een openbare aanbestedingsprocedure vereist, behoudens zeer specifieke gevallen (gemiddelde jaarlijkse waarde van minder dan 1 000 000 EUR, minder dan 300 000 gereden km in het kader van openbare personenvervoersdiensten per jaar of (dreigende) uitval van de dienstverlening). Bijgevolg vindt concurrentie plaats bij de gunning van de opdrachten voor de exploitatie van buslijnen in het onderhavige geval, aangezien dergelijke opdrachten worden gegund na openbare aanbestedingen in de twee regio's waarop het verzoek betrekking heeft, in overeenstemming met Verordening (EG) nr. 1370/2007.

(23) In het licht van het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat aan de voorwaarden van een rechtens vrije markttoegang is voldaan.

(24) Wat de feitelijke vrije toegang tot de markt voor niet-commerciële busvervoersdiensten betreft, merkt de Commissie op dat nieuwe marktdeelnemers de afgelopen jaren tot de markt zijn toegetreden. Zo zijn tussen 2016 en 2020 drie ondernemingen uit andere lidstaten dan Oostenrijk met succes tot de markt toegetreden in de twee regio's waarop het verzoek betrekking heeft.

(25) Volgens verzoekster hebben de twee voor de gunning van opdrachten bevoegde regionale autoriteiten als gevolg van de vaststelling van Verordening (EG) nr. 1370/2007 de afgelopen jaren steeds vaker gebruikgemaakt van openbare aanbestedingen voor de gunning van busdiensten. In Verordening (EG) nr. 1370/2007 is bepaald dat de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg met ingang van 3 december 2019 in overeenstemming moet zijn met de in artikel 5 van die verordening vastgestelde beginselen, waardoor onderhandse gunning strikt wordt beperkt. In juni 2021 bedroeg het aandeel openbare aanbestedingen 92 % voor de regio die onder de bevoegdheid van VOR valt en 100 % voor de regio die onder de bevoegdheid van de OÖVV valt.

(26) In hun standpuntbepalingen erkennen het BMK en de BWB dat de toegang tot de betrokken markt rechtens en feitelijk vrij is.

(27) Voor de toepassing van dit besluit concludeert de Commissie dat de toegang tot de markten voor niet-commerciële busvervoersdiensten op de respectieve grondgebieden van de regio's die onder de bevoegdheid van VOR en OÖVV vallen, rechtens en feitelijk vrij moet worden geacht te zijn in de zin van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU.

3.2. **Beoordeling uit mededingingsoogpunt**

3.2.1. *Definitie van de relevante productmarkt*

3.2.2. *Definitie van de productmarkt*

(28) De busvervoerdiensten in Oostenrijk omvatten het volgende: lijnbusdiensten, waarop de KflG van toepassing is, en busdiensten voor gelegenheidsvervoer die vallen onder de Wet busdiensten voor gelegenheidsverkeer (Gelegenheits-verkehrs-Gesetz (GelverkG)).

(29) Zowel de ÖPNRV-G als Verordening (EG) nr. 1073/2009 van het Europees Parlement en de Raad ([9]) maken onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële busvervoersdiensten. Overeenkomstig artikel 3, lid 2, van de ÖPNRV-G worden vervoersdiensten alleen als commerciële vervoersdiensten beschouwd indien overheidsinstanties geen tegenprestatie leveren. Wanneer overheidsinstanties een financiële tegenprestatie leveren, worden vervoersdiensten als niet-commercieel aangemerkt.

(30) Bij de inkoop van niet-commerciële vervoersdiensten of bij het wijzigen van een bestaand exploitatieschema moet de aanbestedende dienst de vervoersonderneming kiezen in overeenstemming met de toepasselijke bepalingen van de wetgeving inzake het plaatsen van overheidsopdrachten en met Verordening (EG) nr. 1370/2007. In het algemeen zijn niet-commerciële busvervoersdiensten onderworpen aan verplichte aanbestedingsprocedures. Na de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1370/2007 op 7 december 2019 is in Oostenrijk een toenemend aantal niet-commerciële busvervoersdiensten gegund in het kader van openbare aanbestedingsprocedures. De praktijk van de Commissie op het gebied van fusies ([10]) bevestigt het standpunt dat commerciële busvervoersdiensten en niet-commerciële openbare busvervoersdiensten verschillende productmarkten vormen vanwege de verschillen in de aard van de concurrentie.

(31) Wat de markt voor niet-commerciële busvervoersdiensten betreft, vindt de concurrentie tussen exploitanten van openbaar busvervoer plaats op het niveau van de inschrijving voor opdrachten, namelijk tijdens de gunning van opdrachten voor de exploitatie van busdiensten voor openbaar vervoer, en niet nadien op de markt wat betreft aspecten als prijs, capaciteit, frequentie of andere kenmerken van de dienstverlening. In vergelijking met commerciële vervoersdiensten hebben exploitanten van niet-commerciële busvervoersdiensten doorgaans zeer weinig invloed op de basisaspecten van de concurrentie, zoals frequenties, tarieven of het comfort van de passagiers, aangezien deze kenmerken worden vastgesteld door de aanbestedende dienst die de opdracht tot verlening van de dienst gunt. Exploitanten van niet-commerciële busvervoersdiensten zijn verplicht hun diensten aan te bieden in overeenstemming met het met de aanbestedende dienst gesloten contract en kunnen hun diensten niet aanpassen aan de behoeften van de passagiers, zoals commerciële exploitanten normaal gesproken zouden doen.

(32) Verzoekster voerde aan dat niet-commerciële busvervoersdiensten die door interne exploitanten worden aangeboden, om de volgende redenen een afzonderlijke relevante markt kunnen vormen binnen de markt voor niet-commerciële busvervoersdiensten:

— vervoersdiensten die door interne exploitanten worden aangeboden, zijn niet onderworpen aan verplichte aanbestedingsprocedures, zolang wordt voldaan aan de vereisten van de desbetreffende wetgeving (artikel 5, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1370/2007, artikel 10 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad ([11]) of artikel 28 of 29 van Richtlijn 2014/25/EU);

— zolang aan de vereisten van Verordening (EG) nr. 1370/2007 is voldaan, kan de eigenaar de kosten van de interne exploitant vergoeden, zelfs als deze kosten hoger zijn dan de kosten van concurrerende ondernemingen;

— de "maken of kopen"-beslissing is mogelijk niet alleen gebaseerd op de kosten van de interne exploitant in vergelijking met het verwachte resultaat van een openbare aanbesteding. Gemeentelijke vervoerders hebben vaak werknemers met een bijzondere bescherming tegen ontslag en zouden hun loonkosten moeten dragen, zelfs als hun inschrijving voor het openbaarvervoercontract zou worden afgewezen;

— in Oostenrijk zijn er nog geen aanbestedingen geweest voor vervoersdiensten die voorheen door interne exploitanten werden geëxploiteerd. Interne exploitanten organiseren zelf ook openbare aanbestedingen voor onderaanneming. In dergelijke gevallen wordt de inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund, de onderaannemer van de interne exploitant. Zo gunt de interne exploitant Wiener Linien GmbH & Co KG aanbestedingen aan onderaannemers voor ongeveer 44 % van zijn busvervoersdiensten.

(33) Het BMK bevestigde ([12]) verzoeksters standpunt over de omvang van de relevante productmarkt.

(34) De Commissie erkent dat interne exploitanten tot een afzonderlijke markt behoren.

([9]) Verordening (EG) nr. 1073/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de internationale markt voor touringcar- en autobusdiensten en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 561/2006 (PB L 300 van 14.11.2009, blz. 88).

([10]) Zaak COMP/M.5855 DB/Arriva van 11.8.2010, punten 20 e.v., zaak COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia van 30.4.2013, punt 19, zaak COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia van 30.4.2013, punten 25 e.v.

([11]) Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 65).

([12]) Antwoord van het BMK van 2 december 2020.

(35) Voor de beoordeling in het kader van dit besluit en onverminderd de toepassing van het mededingingsrecht is de Commissie van mening dat de relevante productmarkt de markt voor niet-commerciële personenvervoersdiensten per bus is waar sprake is van concurrentie om de markt.

3.2.3. *Definitie van de geografische markt*

(36) Verzoekster stelt dat het regelgevingskader voor busvervoersdiensten en de Oostenrijkse federale wet inzake overheidsopdrachten in heel Oostenrijk consequent van toepassing zijn. Bovendien moeten inschrijvers voldoen aan verdere regelgeving om een offerte in te dienen, zoals regelgeving inzake arbeidsrecht of collectieve arbeidsovereenkomsten, die in heel Oostenrijk uniform van toepassing zijn (personeelskosten maken ongeveer 50 % van de totale kosten van lijnbusdiensten uit). Verzoekster wijst daarentegen op aanzienlijke verschillen tussen de regio's als gevolg van het bestaan van regionale vervoersverenigingen die verantwoordelijk zijn voor het busvervoer.

(37) Het BMK verklaarde dat de op regionaal niveau waargenomen verschillen geen regionale marktdefinitie rechtvaardigden.

(38) In haar standpuntbepaling legt de BWB uit dat openbare busvervoersdiensten worden aanbesteed door zeven regionale vervoersverenigingen, die samen het gehele grondgebied van Oostenrijk bestrijken. Interne exploitanten besteden onderaanneming aan, bijvoorbeeld in het grootstedelijk gebied Wenen. Elke vervoersvereniging besteedt alleen de diensten op haar grondgebied aan. De BWB concludeert dat de niet-gelijktijdige aanbesteding en gunning van zuiver regionale of lokale niet-commerciële busvervoersdiensten en het feit dat de gunningsbesluiten worden genomen door zeven op regionaal niveau actieve vervoersverenigingen die allemaal hun eigen belangen nastreven, tegen een uniforme nationale markt pleiten.

(39) In haar praktijk op het gebied van fusies heeft de Commissie de relevante geografische markt voor busvervoersdiensten gedefinieerd als de markt waarop hetzelfde regelgevingskader van toepassing is op alle openbaarvervoersautoriteiten ([13]).

(40) De Commissie merkt op dat de verantwoordelijkheid voor de organisatie van niet-commerciële busdiensten bij de bevoegde regionale autoriteiten (Verkehrsverbünde) berust. Die autoriteiten zijn belast met het ontwerpen van de aanbestedingen, binnen de in de toepasselijke nationale wetgeving (KflG, GelverkG, ÖPNRV-G, en BVergG 2018, de wet inzake overheidsopdrachten) vastgestelde randvoorwaarden.

(41) In beide regio's waarop het verzoek betrekking heeft, besteden de bevoegde regionale vervoersautoriteit en de interne exploitanten brutocontracten ([14]) aan en de belangrijkste inschrijvers zijn dezelfden.

(42) In het licht van het bovenstaande is de Commissie, met het oog op de beoordeling in het kader van dit besluit en onverminderd de toepassing van het mededingingsrecht, van oordeel dat de relevante geografische markten zijn: enerzijds, de regio die onder de bevoegdheid van VOR valt, en anderzijds, de regio die onder de bevoegdheid van OÖVV valt.

3.3. **Marktanalyse**

(43) In Oostenrijk zijn bestaande contracten voor niet-commerciële busvervoersdiensten gegund via openbare aanbestedingen of via onderhandse gunning. De overgrote meerderheid van deze opdrachten werd gegund na een aanbestedingsprocedure. Verordening (EG) nr. 1370/2007 voorzag in een overgangsperiode tot december 2019 voor de gunning van opdrachten die binnen het toepassingsgebied ervan vallen. Volgens verzoekster blijkt uit haar dalende marktaandeel in de twee regio's, alsook uit het hoge percentage aanbestede opdrachten, het grote aantal inschrijvingen en de hoge mate waarin exploitanten elkaar afwisselen in beide regio's dat deze markten rechtstreeks aan concurrentie blootstaan.

([13]) Zaak COMP/M.5855 DB/Arriva van 11.8.2010, punt 27.

([14]) Zaak COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, besluit van 30.4.2013, punt 14: "Voor brutocontracten schrijft de exploitant in voor de volledige exploitatiekosten, en gaan alle inkomsten naar de autoriteit; bij nettocontracten krijgt de exploitant alle inkomsten en doet schrijft hij alleen in voor het verschil tussen de vervoeropbrengst en het bedrag dat nodig is om de gewenste winst te behalen.".

(44) Het BMK is van mening ([15]) dat, wanneer een openbare aanbestedingsprocedure plaatsvindt, de plaatsing van opdrachten door exploitanten die de diensten aanbieden waarvoor een aanbesteding is uitgeschreven (bijvoorbeeld de exploitatie van buslijnen of de uitbesteding van diensten voor de specifieke niet-commerciële vervoersdienst), van het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/25/EU moet worden uitgesloten, omdat die exploitanten op basis van de specifieke procedure voor het plaatsen van opdrachten ongetwijfeld aan concurrentie onderhevig zijn.

(45) De BWB voert daarentegen aan dat de prevalentie van bepaalde factoren (lange contractduur, kleine aanbestede volumes, weinig actieve inschrijvers) doorgaans weinig ruimte laat voor duurzame concurrentie. In het kader van de voorgelegde vraag is zij derhalve van mening dat het gewicht van het argument wijst op een ontoereikende mededinging.

(46) In haar analyse houdt de Commissie rekening met verschillende factoren. De Commissie is het niet eens met het BMK dat een openbare aanbesteding op zich volstaat om rechtstreekse blootstelling aan concurrentie aan te tonen. Hoewel een openbare aanbesteding voor niet-commerciële busvervoersdiensten een voorwaarde is voor concurrentie op de markt, is de Commissie van mening dat andere factoren in aanmerking moeten worden genomen.

(47) Marktaandelen zijn een belangrijk aspect, maar aangezien de markt voor niet-commerciële busvervoersdiensten onderworpen is aan aanbestedingen of onderhandse gunning, moet ook rekening worden gehouden met het aantal inschrijvers en het succespercentage van de verschillende spelers op de markt.

3.3.1. *Marktaandelen, aantal inschrijvers en succespercentage*

(48) Alle berekeningen van marktaandelen en indicaties met betrekking tot het aandeel van aanbestede opdrachten zijn gebaseerd op door verzoekster ingediende informatie ([16]).

3.3.1.1. Oost-Oostenrijk (Wenen, Neder-Oostenrijk en Burgenland)

(49) Per 2021 vertegenwoordigen niet-commerciële busdiensten in deze regio [100 tot 110] miljoen dienstregelingskilometers (drkm) per jaar. Afgezien van onderhandse gunningen aan interne exploitanten ([ongeveer 20 miljoen drkm] voor Wiener Linien en Wiener Neustadt), vertegenwoordigt de relevante markt [80 tot 90] miljoen drkm per jaar. De belangrijkste aanbestedende diensten zijn Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR) ([65 tot 70] miljoen drkm) en Wiener Linien ([15 tot 20] miljoen drkm).

(50) Per november 2021 bedroeg het marktaandeel van verzoekster in Oost-Oostenrijk [35 tot 45 %] (dit was [45 tot 55] % in 2013, het jaar waarin de openbare aanbestedingen van start gingen). Haar belangrijkste concurrenten hebben de volgende marktaandelen: Dr. Richard ([25 tot 30 %]), Gschwindl ([10 tot 15] %), Blaguss ([5 tot 10] %), N-Bus ([5 tot 10] %), Zuklin ([0 tot 5] %) en Retter ([0 tot 5] %).

(51) In Oost-Oostenrijk is per juni 2021 92 % van de bestaande contracten (in miljoen drkm) aanbesteed.

(52) Sinds 2018 hebben in de regio 14 procedures voor het plaatsen van opdrachten plaatsgevonden, met 75 inschrijvingen, wat neerkomt op een gemiddeld aantal van 5,4 inschrijvers per procedure. Naast verzoekster heeft haar belangrijkste concurrent, Dr. Richard, aan 12 aanbestedingen deelgenomen, met een succespercentage van […] %. Het succespercentage van verzoekster bedraagt […] %. Bij de meeste aanbestedingsprocedures waren Postbus of Dr. Richard de winnaars.

3.3.1.2. Opper-Oostenrijk

(53) Niet-commerciële busdiensten in deze regio vertegenwoordigen [35 tot 45] miljoen drkm. Afgezien van onderhandse gunningen aan interne exploitanten ([ongeveer 5 miljoen] drkm voor Linz en Steyr) vertegenwoordigt de relevante markt in 2021 [30 tot 40] miljoen drkm per jaar. De belangrijkste aanbestedende dienst is Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG (OÖVV) ([30 tot 35] miljoen drkm). De stedelijke busvervoersdiensten in Wels worden aanbesteed door EWW ([1 tot 2] miljoen drkm).

([15]) Antwoord van het BMK van 2 december 2020.

([16]) Berekening door de Commissie op basis van bijlage 3 bij de standpuntbepaling van de BWB.

(54) In 2021 bedroeg het marktaandeel van verzoekster in Opper-Oostenrijk [40 tot 45] % (dit was [45 tot 55] % in 2020 en [60 tot 70] % in 2013, het jaar waarin de openbare aanbestedingen van start gingen). Door de opzet van de aanbestedingen in Opper-Oostenrijk, die kleine percelen begunstigt, hebben kleine ondernemingen vijf van de tien onlangs georganiseerde aanbestedingen kunnen winnen. Alles bij elkaar genomen, zijn de belangrijkste concurrenten van Postbus in Opper-Oostenrijk Sabtours ([15 tot 20] % van de markt), Welser ([10 tot 15] %), Stern&Hafferl ([5 tot 10] %), Dr. Richard ([5 tot 10] %) en Leitner ([5 tot 10] %).

(55) In Opper-Oostenrijk is per 2021 100 % van de bestaande contracten (in miljoen drkm) aanbesteed. Volgens de regionale autoriteit zijn sinds 2011 21 procedures voor het plaatsen van opdrachten georganiseerd, verdeeld in 90 percelen, met gemiddeld 5,2 inschrijvers per perceel. Van de 90 percelen won Postbus er […] ([…] %).

3.3.2. *Conclusie van de beoordeling uit concurrentieoogpunt*

(56) Verzoekster beschikt over een vrij groot maar afnemend aandeel in de opdrachten voor niet-commerciële busvervoersdiensten in de regio's waarop het verzoek betrekking heeft. Haar marktaandeel is sinds 2013 met bijna […] % gedaald in Oost-Oostenrijk en met ongeveer […] % in Opper-Oostenrijk.

(57) Het aandeel openbare aanbestedingen is in beide regio's zeer hoog, met een aandeel aanbestede opdrachten van respectievelijk 92 % en 100 %.

(58) Het aantal inschrijvers per openbare aanbesteding is hoger dan het gemiddelde aantal inschrijvers in de Unie voor overheidsopdrachten, namelijk 5,4 (Oost-Oostenrijk) resp. 5,2 (Opper-Oostenrijk). Hoewel verzoekster gewoonlijk op bijna alle aanbestedingsprocedures inschrijft, ongeacht de locatie, is er nog steeds concurrentie van andere exploitanten. Met name Dr. Richard is zeer actief in beide regio's, terwijl andere exploitanten regelmatig inschrijven in de regio waar zij al actief zijn.

(59) In het algemeen hebben opdrachten voor niet-commerciële busvervoersdiensten in Oostenrijk een lange looptijd, namelijk ongeveer 6 tot 10 jaar volgens verzoekster ([17]). Dit is een inherent kenmerk van de markt, aangezien regionale vervoersautoriteiten ernaar streven veelvuldige complexe aanbestedingen te vermijden. Hoewel dit nadelig kan zijn voor de concurrentie ([18]), wordt dit gecompenseerd door het feit dat aanbestedingen door de respectieve regionale vervoersautoriteiten meestal kleine percelen betreffen van vaak minder dan 1 miljoen drkm. Dit laatste is een belangrijk element dat de toegang tot de markt en uiteindelijk de concurrentie in beide regio's bevordert ([19]).

(60) De BWB voert daarentegen aan dat de prevalentie van bepaalde factoren, zoals lange contractduur, kleine aanbestede volumes, weinig actieve inschrijvers, doorgaans weinig ruimte laat voor duurzame concurrentie. In het kader van de voorgelegde vraag is zij derhalve van mening dat het gewicht van het argument wijst op een ontoereikende mededinging. Het is echter belangrijk op te merken dat in de conclusie van de BWB rekening is gehouden met de concurrentiesituatie in heel Oostenrijk en dat de BWB heeft erkend dat er zeer grote verschillen tussen de Verkehrsverbünde (regionale vervoersverenigingen) bestaan. De in de standpuntbepaling van de BWB genoemde factoren zijn aanzienlijk relevanter voor andere Oostenrijkse regio's dan die waarop het verzoek betrekking heeft. Zo bedroeg het percentage openbare aanbestedingen in 2020 slechts 30 % in Karinthië en 32 % in Tirol (tegenover resp. 92 % en 100 % in de regio die onder de bevoegdheid van VOR valt en de regio die onder de bevoegdheid van OÖVV valt). Het gemiddelde aantal inschrijvers bedroeg in Vorarlberg slechts 2,3, tegenover meer dan vijf in de twee regio's waarop het verzoek betrekking heeft. Hoewel het marktaandeel van verzoekster in Salzburg [70 tot 80] % bedroeg, lag het in beide regio's waarop het verzoek betrekking heeft, onder de 50 %.

(61) Gezien de hierboven onderzochte factoren concludeert de Commissie dat de activiteit van het aanbieden van niet-commerciële busvervoersdiensten in de vervoersregio's die onder de bevoegdheid van VOR en OÖVV vallen, rechtstreeks blootstaat aan concurrentie in de zin van artikel 34, lid 1, van Richtlijn 2014/25/EU.

([17]) Verzoek, blz. 28.

([18]) Zie overweging 15 van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

([19]) Mededeling "Succesvolle overheidsopdrachten in en voor Europa", COM(2017) 572, waarin de Commissie stelt dat de eerste maatregel ter verbetering van de toegang van kmo's tot de aanbestedingsmarkten bestaat in de verdeling van opdrachten in percelen.

4. **CONCLUSIE**

(62) Voor de toepassing van dit besluit en onverminderd de toepassing van het mededingingsrecht van de Europese Unie moeten de bevindingen van de in de overwegingen 43 tot en met 55 genoemde marktanalyse worden beschouwd als een aanwijzing dat niet-commerciële busvervoersdiensten in de twee Oostenrijkse vervoersregio's die onder de bevoegdheid van VOR en OÖVV vallen, blootstaan aan concurrentie in de zin van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat Richtlijn 2014/25/EU niet van toepassing moet zijn op opdrachten die bedoeld zijn om de uitoefening van die activiteit in de twee vervoersregio's die onder de bevoegdheid van VOR en OÖVV vallen, mogelijk te maken.

(63) Richtlijn 2014/25/EU moet van toepassing blijven op opdrachten die door aanbestedende instanties worden gegund en die bedoeld zijn om het aanbieden van niet-commerciële busvervoersdiensten mogelijk te maken op het grondgebied van de overige vervoersregio's die niet onder dit besluit vallen.

(64) Dit besluit laat de toepassing van de mededingingsregels en andere gebieden van het recht van de Unie onverlet. Met name zijn de criteria en methoden die worden gebruikt om rechtstreekse blootstelling aan concurrentie te beoordelen overeenkomstig artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU niet noodzakelijk identiek aan die welke worden gebruikt om een beoordeling te verrichten volgens artikel 101 of artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie of Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad ([20]), zoals het Gerecht heeft bevestigd ([21]),

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Enig artikel

Richtlijn 2014/25/EU is niet van toepassing op opdrachten die door aanbestedende instanties worden gegund en die bedoeld zijn om het aanbieden van niet-commerciële busvervoersdiensten mogelijk te maken op het grondgebied van de regio's die onder de bevoegdheid van Verkehrsverbund Ost-Region vallen en de regio die onder de bevoegdheid van Oberösterreich Verkehrsverbund valt.

Dit besluit is gericht tot de Republiek Oostenrijk.

Gedaan te Brussel, 10 maart 2022.

Voor de Commissie
Thierry BRETON
Lid van de Commissie

([20]) Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening") (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1).

([21]) Arrest van 27 april 2016, Österreichische Post AG/Commissie, T-463/14, EU:T:2016:243, punt 28. Zie ook overweging 44 van Richtlijn 2014/25/EU.