DECISÃO DE EXECUÇÃO (UE) 2022/418 DA COMISSÃO

de 10 de março de 2022

relativa à aplicabilidade do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho aos serviços não comerciais de transporte por autocarro nas regiões austríacas da competência das autoridades regionais de transportes Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) e Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)

[notificada com o número C(2022) 1352]

(Apenas faz fé o texto na língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

Tendo em conta a Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE ([1]), nomeadamente o artigo 35.º, n.º 3,

Após ter consultado o Comité Consultivo para os Contratos Públicos,

Considerando o seguinte:

1. FACTOS

1.1. Pedido

(1) Em 2 de outubro de 2020, a Representação Permanente da Áustria apresentou à Comissão, em nome da Österreichische Postbus AG («Postbus» ou «requerente»), um pedido nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE («pedido»). O pedido está em conformidade com os requisitos formais estabelecidos no artigo 1.º, n.º 1, e no anexo I da Decisão de Execução (UE) 2016/1804 da Comissão ([2]).

(2) A requerente pertence ao grupo ÖBB (caminhos de ferro federais austríacos). As ações da requerente são detidas a 100% pela ÖBB-Personenverkehr AG, que é, ela própria, uma filial a 100% da ÖBB-Holding AG. Todas as ações da ÖBB-Holding AG são detidas pela República da Áustria. A requerente desenvolve atividades no setor do transporte de passageiros por autocarro.

(3) A requerente constitui uma entidade adjudicante nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2014/25/UE e desenvolve uma atividade relacionada com a exploração de redes, prestando um serviço ao público no domínio dos transportes por autocarro, como se refere no artigo 11.º da mesma diretiva.

(4) Os serviços regulares de transporte por autocarro são serviços de transporte de passageiros periódicos e acessíveis ao público, prestados por operadores de transporte de passageiros mediante pagamento, em itinerários de transporte específicos, permitindo que os passageiros entrem e saiam do autocarro em estações predeterminadas. Se as autoridades públicas concederem uma compensação financeira a uma empresa pela prestação de tais serviços, estes são designados serviços não comerciais de transporte.

([1]) JO L 94 de 28.3.2014, p. 243.

([2]) Decisão de Execução (UE) 2016/1804 da Comissão, de 10 de outubro de 2016, sobre as normas de execução do disposto nos artigos 34.º e 35.º da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 275 de 12.10.2016, p. 39).

(5) Os serviços não comerciais de transporte por autocarro deram origem à adjudicação de dois tipos de contratos. O primeiro tipo é a adjudicação de contratos públicos de serviços pelas autoridades de transporte competentes, em conformidade com as disposições do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho ([3]), que é aplicável aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros. O segundo tipo é a adjudicação de contratos pelo operador designado para executar esse contrato público de serviços, tais como contratos com uma empresa de limpezas para a limpeza de autocarros ou a uma empresa que fornece autocarros para utilização pelo operador.

(6) O pedido abrange apenas o segundo tipo de contratos, ou seja, a adjudicação de contratos destinados a permitir a prestação de serviços regulares não comerciais de transporte por autocarro na Áustria, atividade relacionada com a exploração de redes, em conformidade com o artigo 11.º da Diretiva 2014/25/UE. O pedido não abrange a adjudicação de contratos para a prestação de serviços não comerciais de transporte por autocarro adjudicados diretamente a operadores internos. O pedido também não abrange a adjudicação por uma autoridade regional de transportes (Verkehrsverbund) de um contrato para a operação de serviços de transporte por autocarro a um operador de transportes por autocarro, uma vez que esse tipo de adjudicações é abrangido pelo âmbito do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

(7) Inicialmente, o pedido não foi acompanhado de uma posição fundamentada da Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridade Federal da Concorrência austríaca, a seguir «BWB»). Em conformidade com o anexo IV, ponto 1, alínea b), da Diretiva 2014/25/UE, tendo em conta que o livre acesso ao mercado não pode ser presumido com base no artigo 34.º, n.º 3, primeiro parágrafo, da mesma diretiva, a Comissão deve adotar uma decisão de execução sobre o pedido no prazo de 130 dias úteis. O prazo inicial foi suspenso, em conformidade com o anexo IV, ponto 2, da Diretiva 2014/25/UE. A Comissão deve adotar uma decisão de execução até 28 de fevereiro de 2022.

(8) Em 11 de novembro de 2020, a Comissão solicitou mais informações às autoridades austríacas. As autoridades austríacas apresentaram informações em 2 de dezembro de 2020, 23 de fevereiro de 2021 e 23 de março de 2021. As informações apresentadas em 23 de março de 2021 incluem uma posição da BWB, que analisa a aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE às atividades em causa, em conformidade com os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo.

(9) Em 19 de outubro de 2021, a requerente restringiu o âmbito geográfico do pedido de isenção a duas partes do território austríaco, Viena, Baixa Áustria e Burgenland (da competência da autoridade regional de transportes, Verkehrsverbund Ost-Region [VOR]) e Alta Áustria (da competência da autoridade regional de transportes, Oberösterreich Verkehrsverbund [OÖVV]). A requerente forneceu informações adicionais em 21 de outubro e 8 de novembro de 2021.

2. **ENQUADRAMENTO JURÍDICO**

(10) A Diretiva 2014/25/UE aplica-se à adjudicação de contratos para a realização de atividades relacionadas com a disponibilização ou a exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho de ferro, sistemas automáticos, carros elétricos, tróleis, autocarros ou cabo, salvo se a atividade estiver isenta nos termos do artigo 34.º do mesmo diploma.

(11) O artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE determina que os contratos destinados a permitir a realização de uma atividade a que é aplicável a diretiva não estão abrangidos pela mesma se, no Estado-Membro em que é exercida a atividade, esta última estiver diretamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado.

(12) A exposição direta à concorrência deve ser avaliada com base em critérios objetivos, tomando em consideração as características específicas do setor em causa ([4]). No entanto, tal avaliação é limitada pelos prazos reduzidos aplicáveis e pela necessidade de a Comissão se basear nas informações de que dispõe. Essas informações provêm de fontes já disponíveis ou de informações obtidas no contexto do pedido, nos termos do artigo 35.º da Diretiva 2014/25/UE, e não podem ser complementadas por métodos mais morosos, incluindo, nomeadamente, inquéritos públicos dirigidos aos operadores económicos em causa ([5]).

([3]) Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 1191/69 e (CEE) n.º 1107/70 do Conselho (JO L 315 de 3.12.2007, p. 1).

([4]) Diretiva 2014/25/UE, considerando 44.

([5]) *Ibidem*.

(13) A exposição direta à concorrência deve ser avaliada com base em vários indicadores, nenhum dos quais é determinante por si só. No que se refere ao mercado abrangido pela presente decisão, as quotas de mercado constituem um critério que deve ser tido em conta, juntamente com outros critérios, como a existência de obstáculos à entrada ou a concorrência intermodal.

3. **APRECIAÇÃO**

(14) O objetivo da presente decisão é determinar se os serviços abrangidos pelo pedido estão expostos a um nível de concorrência (em mercados cujo acesso é livre na aceção do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE) que garanta, mesmo na ausência da disciplina resultante das regras pormenorizadas aplicáveis aos contratos públicos definidas pela Diretiva 2014/25/UE, que os contratos para o exercício das atividades em causa serão executados de forma transparente e não discriminatória, com base em critérios suscetíveis de permitir aos compradores identificarem a solução globalmente mais vantajosa em termos económicos.

(15) A presente decisão baseia-se na situação jurídica e factual em novembro de 2021 e nas informações apresentadas pela requerente, pelas autoridades austríacas, incluindo o Ministério Federal austríaco da Ação Climática, Ambiente, Energia, Mobilidade, Inovação e Tecnologia («BMK»), a BWB e as autoridades regionais de transportes, bem como nas informações disponíveis ao público.

3.1. **Acesso não limitado ao mercado**

(16) Considera-se que o acesso a um mercado não é limitado se o Estado-Membro em causa tiver transposto e aplicado a legislação pertinente da União relativa à abertura total ou parcial de um determinado setor. O Regulamento (CE) n.º 1370/2007 é aplicável aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros. Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do referido regulamento, a adjudicação de contratos públicos de serviços para serviços públicos de transporte de passageiros por autocarro sob a forma de contratos de concessão de serviços deve ser efetuada em conformidade com as regras estabelecidas no Regulamento (CE) n.º 1370/2007 ([6]). Estas regras, estabelecidas no artigo 4.º do mesmo regulamento, implicam nomeadamente uma definição clara das obrigações de serviço público que o operador de serviço público deve cumprir, das zonas geográficas em causa ou da duração do contrato. No entanto, o Regulamento (CE) n.º 1370/2007 não consta do anexo III da Diretiva 2014/25/UE. Consequentemente, a requerente tem de demonstrar que o acesso ao mercado para a prestação de serviços não comerciais de transporte por autocarro é livre de facto e de direito.

(17) Outros contratos públicos de serviços para o transporte público por autocarro, que não assumem a forma de concessões de serviços, devem ser adjudicados em conformidade com as regras de contratação pública que transpõem (entre outras) a Diretiva 2014/25/UE.

(18) A legislação nacional relevante é a Lei federal relativa aos serviços regulares de transporte por autocarro (Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen; Kraftfahrliniengesetz, ou KflG) ([7]) e a Lei federal sobre o transporte público local e regional de passageiros (Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs; Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999, ou ÖPNRV-G 1999) ([8]).

(19) A KflG aplica-se a serviços de transporte de passageiros periódicos e acessíveis ao público, prestados por operadores de transporte de passageiros mediante pagamento, em itinerários de transporte específicos, permitindo que os passageiros entrem e saiam do autocarro em estações predeterminadas. As concessões ao abrigo da KflG, que são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1370/2007, são atribuídas para itinerários específicos. Se as autoridades públicas concederem uma compensação financeira pelo cumprimento de obrigações de serviço público, esses serviços de transporte são serviços não comerciais de transporte.

([6]) Como se lê no artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007: «Os contratos de serviço público devem ser adjudicados de acordo com as regras estabelecidas no presente regulamento. No entanto, os contratos de serviços ou os contratos públicos de serviços, tal como definidos nas Diretivas 2004/17/CE ou 2004/18/CE, para o transporte público de passageiros por autocarro ou elétrico, devem ser adjudicados nos termos dessas diretivas na medida em que tais contratos não assumam a forma de contratos de concessão de serviços, tal como definidos nessas diretivas.»

([7]) Diário Oficial Federal da Áustria (BGBl.) I n.º 203/1999.

([8]) Diário Oficial Federal da Áustria (BGBl.) I n.º 204/1999.

(20) A ÖPNRV-G regulamenta os aspetos organizacionais e financeiros da exploração dos serviços públicos locais e regionais de transporte de passageiros (transporte ferroviário e por autocarro), bem como a estrutura e o domínio de competência das associações de transportes.

(21) No que diz respeito ao livre acesso ao mercado dos serviços não comerciais de transporte por autocarro em termos jurídicos, tanto a KflG como a ÖPNRV-G estabelecem que a entidade adjudicante tem de escolher a empresa de transportes em conformidade com as regras de contratação pública que transpõem a Diretiva 2014/25/UE e com o Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

(22) O Regulamento (CE) n.º 1370/2007 e a legislação austríaca aplicam-se às atividades da requerente. Embora não conste do anexo III da Diretiva 2014/25/UE, o Regulamento (CE) n.º 1370/2007 prevê um quadro regulamentar capaz de garantir uma concorrência adequada caso a caso. O artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 determina a adjudicação de contratos de serviço público por concurso, exceto em casos muito específicos (valor anual médio inferior a 1 000 000 EUR, prestação anual de menos de 300 000 quilómetros de serviços públicos de transporte de passageiros ou [risco iminente] de rutura dos serviços). Em consequência, há concorrência aquando da adjudicação dos contratos de exploração de linhas de autocarro no caso em apreço, tendo em conta que esses contratos são adjudicados nas duas regiões objeto do pedido na sequência de concursos públicos, em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

(23) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que estão reunidas as condições jurídicas de livre acesso ao mercado.

(24) No que diz respeito ao livre acesso de facto ao mercado dos serviços não comerciais de transporte por autocarro, a Comissão observa que entraram no mercado novos operadores nos últimos anos. Por exemplo, entre 2016 e 2020, três empresas de Estados-Membros que não a Áustria fizeram uma entrada bem sucedida no mercado nas duas regiões objeto do pedido.

(25) Segundo a requerente, as duas entidades adjudicantes regionais recorreram cada vez mais a concursos para a adjudicação de serviços de transporte por autocarro contratados nos últimos anos, em resultado da adoção do Regulamento (CE) n.º 1370/2007. O Regulamento (CE) n.º 1370/2007 estabeleceu que a adjudicação de contratos públicos de serviços de transporte ferroviário e rodoviário deve respeitar os princípios estabelecidos no seu artigo 5.º a partir de 3 de dezembro de 2019, limitando assim a adjudicação estritamente por ajuste direto. Em junho de 2021, a percentagem de concursos competitivos era de 92% para a região da competência da VOR e de 100% para a região da competência da OÖVV.

(26) Nas suas posições, o BMK e a BWB reconhecem que o acesso ao mercado em causa é livre de direito e de facto.

(27) Para efeitos da presente decisão, a Comissão conclui que o acesso aos mercados de serviços não comerciais de transporte por autocarro nos territórios respetivos das regiões da competência da VOR e da OÖVV deve ser considerado livre de direito e de facto na aceção do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE.

3.2. **Apreciação da concorrência**

3.2.1. *Definição do mercado do produto pertinente*

3.2.2. *Definição do mercado do produto*

(28) Os serviços de transporte por autocarro na Áustria abrangem o seguinte: serviços regulares de transporte por autocarro, sujeitos à KflG, e serviços não regulares de transporte por autocarro regulados pela Lei relativa aos serviços não regulares de autocarro – Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG).

(29) A ÖPNRV-G, tal como o Regulamento (CE) n.º 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho ([9]) estabelecem uma distinção entre serviços comerciais e não comerciais de transporte por autocarro. Nos termos da secção 3, n.º 2, da ÖPNRV-G, os serviços de transporte só são considerados serviços comerciais de transporte se as autoridades públicas não concederem qualquer compensação. Sempre que as autoridades públicas concederem uma compensação financeira, os serviços de transporte são qualificados como não comerciais.

(30) Ao adquirir serviços de transporte não comerciais ou alterar um horário de exploração existente, a entidade adjudicante tem de escolher a empresa de transportes em conformidade com as disposições aplicáveis da legislação de contratação pública e do Regulamento (CE) n.º 1370/2007. Em geral, os serviços não comerciais de transporte por autocarro estão sujeitos a concursos públicos obrigatórios. Na sequência da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, em 7 de dezembro de 2019, tem sido adjudicado um número crescente de serviços não comerciais de transporte por autocarro no âmbito de concursos públicos na Áustria. A prática da Comissão em matéria de concentrações ([10]) confirma o ponto de vista de que os serviços comerciais de transporte por autocarro e os serviços não comerciais de transportes públicos por autocarro constituem mercados do produto diferentes devido à natureza diferente da concorrência.

(31) No que diz respeito ao mercado dos serviços não comerciais de transporte por autocarro, a concorrência entre os operadores de transportes públicos por autocarro ocorre ao nível da apresentação de propostas para a adjudicação de contratos, nomeadamente durante a adjudicação de contratos de exploração de serviços de transportes públicos por autocarro, e não posteriormente no mercado em relação a aspetos como o preço, a capacidade, a frequência ou outras características do serviço. Em comparação com os serviços comerciais de transporte, os operadores não comerciais de transporte por autocarro têm geralmente pouca influência nas dimensões básicas da concorrência, como as frequências, as tarifas ou o conforto dos passageiros, uma vez que essas características são definidas pela entidade adjudicante para a prestação do serviço. Os operadores não comerciais de transporte por autocarro são obrigados a prestar os seus serviços em conformidade com o contrato celebrado com a entidade adjudicante e não podem adaptar os seus serviços às necessidades dos passageiros, como normalmente fariam os operadores comerciais.

(32) A requerente alegou que os serviços não comerciais de transporte por autocarro prestados por operadores internos poderiam constituir um mercado relevante distinto no âmbito do mercado dos serviços não comerciais de transporte por autocarro, pelas seguintes razões:

— os serviços de transporte prestados por operadores internos não estão sujeitos a concursos públicos obrigatórios, desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos na legislação pertinente (artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, artigo 10.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ([11]) ou artigo 28.º ou 29.° da Diretiva 2014/25/UE),

— desde que os requisitos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 sejam cumpridos, o proprietário pode compensar os custos do operador interno mesmo que esses custos sejam superiores aos incorridos por empresas concorrentes,

— a decisão de «fazer ou comprar» pode não se basear apenas nos custos do operador interno em comparação com o resultado previsto de um concurso. É frequente que os operadores de transportes municipais tenham trabalhadores com uma proteção especial contra o despedimento, e teriam de suportar os seus custos salariais mesmo que apresentassem uma proposta sem sucesso para o contrato de transporte público,

— na Áustria, ainda não foram lançados concursos públicos para serviços de transporte anteriormente explorados por operadores internos. Os próprios operadores internos também realizam concursos públicos para subcontratos. Nesses casos, o adjudicatário torna-se no subcontratante do operador interno. Por exemplo, o operador interno Wiener Linien GmbH & Co KG adjudica contratos a subcontratantes para cerca de 44% dos seus serviços de transporte por autocarro.

(33) O BMK confirmou ([12]) o ponto de vista da requerente sobre o âmbito do mercado do produto pertinente.

(34) A Comissão admite que os operadores internos pertencem a um mercado distinto.

([9]) Regulamento (CE) n.º 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte em autocarro e que altera o Regulamento (CE) n.º 561/2006 (JO L 300 de 14.11.2009, p. 88).

([10]) Processo M.5855, *DB/Arriva*, de 11.8.2010, n.ºs 20 e seguintes, Processo M.6818, *Deutsche Bahn/Veolia*, de 30.4.2013, n.º 19, Processo M.6818, *Deutsche Bahn/Veolia*, de 30.4.2013, n.ºs 25 e seguintes.

([11]) Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 65).

([12]) Resposta do BMK de 2 de dezembro de 2020.

(35) Para efeitos da apreciação ao abrigo da presente decisão e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, a Comissão considera que o mercado do produto pertinente é o mercado de serviços não comerciais de transporte por autocarro, em que há concorrência pelo mercado.

3.2.3. *Definição do mercado geográfico*

(36) A requerente afirma que o quadro regulamentar relativo aos serviços de transporte por autocarro, bem como a Lei federal austríaca relativa aos contratos públicos se aplicam de forma coerente em toda a Áustria. Além disso, os proponentes têm de cumprir outros regulamentos para apresentar uma proposta, como os regulamentos relativos ao direito do trabalho ou aos acordos de negociação coletiva, que são aplicáveis uniformemente em toda a Áustria (os custos de pessoal representam cerca de 50% dos custos totais dos serviços regulares de transporte por autocarro). Em contrapartida, a requerente invoca diferenças significativas entre regiões devido à existência de associações regionais de transportes responsáveis pelo transporte por autocarro.

(37) O BMK declarou que as diferenças observadas a nível regional não justificam uma definição de mercado regional.

(38) Na sua posição, a BWB explica que os serviços de transportes públicos por autocarro são adjudicados por sete associações regionais de transportes, que cobrem em conjunto todo o território austríaco. Os operadores internos adjudicam subcontratos, como é o caso na área metropolitana de Viena. Cada associação de transportes adjudica apenas os serviços no seu território. A BWB conclui que os concursos não concomitantes e a contratação de serviços não comerciais de transporte por autocarro puramente regionais ou locais, bem como o facto de as decisões de contratação serem tomadas por sete associações de transportes com atividade regional, todas com os seus próprios interesses, tendem a contradizer a existência de um mercado nacional uniforme.

(39) Na sua prática em matéria de concentrações, a Comissão definiu o mercado geográfico pertinente dos serviços de transporte por autocarro como o mercado em que o mesmo quadro regulamentar se aplica a todas as autoridades de transportes públicos ([13]).

(40) A Comissão observa que a responsabilidade pela organização dos serviços não comerciais de transporte por autocarro cabe às autoridades regionais competentes (Verkehrsverbünde). Essas autoridades são responsáveis pela conceção dos concursos, nas condições do enquadramento estabelecido pela legislação nacional aplicável (KflG, GelverkG, ÖPNRV-G e a lei de contratação pública BVergG 2018).

(41) Em ambas as regiões objeto do pedido, a autoridade regional de transportes competente e os operadores internos adjudicam contratos brutos ([14]) e os proponentes principais são os mesmos.

(42) Tendo em conta o que precede, para efeitos da apreciação ao abrigo da presente decisão e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, a Comissão considera que os mercados geográficos pertinentes são, por um lado, a região da competência da VOR e, por outro, a região da competência da OÖVV.

3.3. **Análise do mercado**

(43) Na Áustria, os contratos existentes para serviços não comerciais de transporte por autocarro têm sido adjudicados através de concursos públicos ou por ajuste direto. A grande maioria desses contratos foi adjudicada na sequência de um concurso público. O Regulamento (CE) n.º 1370/2007 estabeleceu um período transitório até dezembro de 2019 para a adjudicação de contratos no seu âmbito de aplicação. A requerente alega que a sua quota de mercado decrescente nas duas regiões, bem como a elevada percentagem de contratos adjudicados, o elevado número de propostas e o elevado rácio de mudança de operador em ambas as regiões demonstram que esses mercados estão diretamente expostos à concorrência.

([13]) Processo M.5855, *DB/Arriva*, de 11.8.2010, n.º 27.

([14]) Processo COMP/M.6818, *Deutsche Bahn/Veolia*, decisão de 30.4.2013, ponto 14: «No caso dos contratos brutos, o operador apresenta propostas relativas à totalidade dos custos de exploração e todas as receitas revertem para a autoridade; no caso de contratos líquidos, o operador recebe todas as receitas e apresenta uma proposta apenas para a diferença necessária entre as receitas e o montante que é preciso para obter o lucro pretendido.»

(44) Segundo o BMK ([15]), quando se realiza um concurso público, os contratos públicos celebrados por operadores que prestam os serviços que foram objeto de concurso (por exemplo, exploração de linhas de autocarro ou serviços de subcontratação para o serviço não comercial de transporte por autocarro específico) devem ser excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/25/UE, uma vez que esses operadores estão indubitavelmente sujeitos a concorrência com base no procedimento de contratação específico.

(45) A BWB alega, pelo contrário, que a prevalência de determinados fatores (longa duração do contrato, pequenos volumes a concurso, poucos proponentes ativos) tende a deixar pouca margem para uma concorrência sustentável. Por conseguinte, a BWB considera que, para efeitos da questão referida, o essencial da argumentação aponta para uma concorrência insuficiente.

(46) Na sua análise, a Comissão tem vários fatores em conta. A Comissão não partilha da opinião do BMK de que a abertura à concorrência é, por si só, suficiente para demonstrar uma exposição direta à concorrência. Embora o concurso para serviços não comerciais de transporte por autocarro constitua uma condição prévia para a concorrência no mercado, a Comissão considera que devem ser tidos em conta outros fatores.

(47) As quotas de mercado são um aspeto importante, mas, dado que o mercado dos serviços não comerciais de transporte por autocarro está sujeito a concursos ou adjudicações por ajuste direto, o número de proponentes e a taxa de sucesso dos diferentes intervenientes no mercado devem também ser tidos em conta.

3.3.1. *Quotas de mercado, número de proponentes e taxa de sucesso*

(48) Todos os cálculos das quotas de mercado e indicações relativas à quota de contratos a concurso baseiam-se nas informações apresentadas pela requerente ([16]).

3.3.1.1. Áustria oriental (abrange Viena, Baixa Áustria e Burgenland)

(49) Em 2021, os serviços não comerciais de transporte por autocarro nesta região representavam 100 a 110 milhões de quilómetros previstos (qp) por ano. Excluindo as adjudicações por ajuste direto a operadores internos (aproximadamente 20 milhões de qp para Wiener Linien e Wiener Neustadt), o mercado relevante representa 80 a 90 milhões de qp por ano. As principais entidades adjudicantes são a Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR; 65 a 70 milhões de qp) e a Wiener Linien (15 a 20 milhões de qp).

(50) Em novembro de 2021, a quota de mercado da requerente na Áustria oriental era de 35% a 45% (era de 45% a 55% em 2013, ano em que tiveram início os concursos públicos). Os seus principais concorrentes têm as seguintes quotas de mercado: Dr. Richard (25% a 30%), Gschwindl (10% a 15%), Blaguss (5% a 10%), N-Bus (5% a 10%), Zuklin (0% a 5%) e Retter (0% a 5%).

(51) Na Áustria oriental, 92% dos contratos existentes (em milhões de qp) foram objeto de concurso em junho de 2021.

(52) Desde 2018, realizaram-se na região 14 concursos públicos, tendo sido apresentadas 75 propostas, o que resultou num número médio de 5,4 proponentes por concurso. Para além da requerente, o seu principal concorrente, a Dr. Richard, participou em 12 concursos, com uma taxa de sucesso de […]%. A taxa de sucesso da requerente é de […]%. Na maioria dos concursos públicos, os vencedores foram a Postbus ou a Dr. Richard.

3.3.1.2. Alta Áustria

(53) Os serviços não comerciais de transporte por autocarro nesta região representam 35 a 45 milhões de qp. Excluindo as adjudicações por ajuste direto a operadores internos (aproximadamente 5 milhões de qp para Linz e Steyr), o mercado relevante representa 40 milhões de qp por ano em 2021. A principal entidade adjudicante é a Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG (OÖVV, 30 a 35 milhões de qp). Os serviços de transporte urbano por autocarro em Wels são adjudicados pela EWW (1 a 2 milhões de qp).

([15]) Resposta do BMK de 2 de dezembro de 2020.
([16]) Cálculo da Comissão com base no anexo 3 da posição da BWB.

(54) Em 2021, a quota de mercado da requerente na Alta Áustria era de 40% a 50% (era de 45% a 55% em 2020 e de 60% a 70% em 2013, ano em que tiveram início os concursos públicos). Devido à conceção dos concursos na Alta Áustria, que favorece lotes pequenos, as pequenas empresas conseguiram ganhar cinco dos dez concursos recentemente organizados. Ao todo, os principais concorrentes da Postbus na Alta Áustria são a Sabtours (15% a 20% do mercado), a Welser (10% a 15%), a Stern & Hafferl (5% a 10%), a Dr. Richard (5% a 10%) e a Leitner (5% a 10%).

(55) Na Alta Áustria, 100% dos contratos existentes (em milhões de qp) foram objeto de concurso a partir de 2021. De acordo com a autoridade regional, desde 2011 organizaram-se 21 concursos públicos, divididos em 90 lotes, com uma média de 5,2 proponentes por lote. Dos 90 lotes, a Postbus venceu […] ([…]%).

3.3.2. *Conclusão da apreciação da concorrência*

(56) A requerente detém uma percentagem bastante elevada, mas decrescente, de contratos de serviços não comerciais de transporte por autocarro nas regiões objeto do pedido. Desde 2013, a sua quota de mercado diminuiu quase […]% na Áustria oriental e cerca de […]% na Alta Áustria.

(57) A percentagem de concursos públicos é muito elevada em ambas as regiões, conduzindo a proporções de contratos públicos de 92% e 100%, respetivamente.

(58) O número de proponentes por concurso público é superior ao número médio de proponentes na União para contratos públicos, situando-se em 5,4 (Áustria oriental) e 5,2 (Alta Áustria). Embora seja verdade que a requerente apresenta habitualmente uma proposta em quase todos os concursos, independentemente da localização, continua a haver concorrência por parte de outros operadores. Em especial, a Dr. Richard é muito ativa em ambas as regiões, ao passo que outros operadores concorrem regularmente na região onde já estão ativos.

(59) Em geral, os contratos de serviços não comerciais de transporte por autocarro na Áustria são de longa duração, cerca de seis a dez anos, segundo a requerente ([17]). Esta característica é inerente ao mercado, uma vez que as autoridades regionais de transportes procuram evitar concursos complexos frequentes. Embora tal possa prejudicar a concorrência ([18]), a frequência reduzida dos concursos é contrabalançada pelo facto de os concursos das respetivas autoridades regionais de transportes serem, na sua maioria, de pequenos lotes, muitas vezes inferiores a um milhão de qp. Esta última característica é um elemento importante que favorece a entrada no mercado e, eventualmente, a concorrência em ambas as regiões ([19]).

(60) A BWB alega, pelo contrário, que a prevalência de determinados fatores, como longa duração do contrato, pequenos volumes a concurso ou poucos proponentes ativos, tende a deixar pouca margem para uma concorrência sustentável. Por conseguinte, a BWB considera que, para efeitos da questão referida, o essencial da argumentação aponta para uma concorrência insuficiente. É importante notar, no entanto, que a conclusão da BWB teve em conta a situação da concorrência em toda a Áustria e que a BWB reconheceu que há diferenças muito significativas entre as Verkehrsverbünde (associações regionais de transportes). Os fatores mencionados na posição da BWB são significativamente mais relevantes para outras regiões austríacas do que para as abrangidas pelo pedido. Por exemplo, a taxa de concursos competitivos era de apenas 30% na Caríntia e de 32% no Tirol em 2020 (contra 92% e 100% na região da competência da VOR e na região da competência da OÖVV, respetivamente). O número médio de proponentes atingiu apenas 2,3 em Vorarlberg, em comparação com mais de cinco nas duas regiões objeto do pedido. Enquanto a quota de mercado da requerente em Salzburgo era de 70% a 80%, era inferior a 50% em ambas as regiões objeto do pedido.

(61) Dados os fatores anteriormente examinados, a Comissão conclui que a atividade de prestação de serviços não comerciais de transporte por autocarro nas regiões da competência da VOR e da OÖVV está diretamente exposta à concorrência na aceção do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.

([17]) Pedido, p. 28.

([18]) Ver considerando 15 do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

([19]) Comunicação COM 2017/572 «Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa», na qual a Comissão defende que a primeira medida para melhorar o acesso das PME aos mercados de contratos públicos é a divisão dos contratos em lotes.

4. **CONCLUSÃO**

(62) Para efeitos da presente decisão e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência da União Europeia, as constatações da análise do mercado referidas nos considerandos (43) a (55) devem ser interpretadas como uma indicação do facto de que os serviços não comerciais de transporte por autocarro nas duas regiões de transporte austríacas da competência da VOR e da OÖVV estão expostos à concorrência na aceção do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE. Por conseguinte, deve estabelecer-se que a Diretiva 2014/25/UE não se deve aplicar aos contratos destinados a permitir o exercício dessa atividade nas duas regiões de transportes da competência da VOR e da OÖVV.

(63) A Diretiva 2014/25/UE deve continuar a aplicar-se aos contratos adjudicados pelas entidades adjudicantes e destinados a permitir a prestação de serviços não comerciais de transporte por autocarro no território das outras regiões de transporte não abrangidas pela presente decisão.

(64) A presente decisão não prejudica a aplicação das regras relativas à concorrência e a outros domínios do direito da União. Em especial, os critérios e a metodologia adotados para avaliar a exposição direta à concorrência, nos termos do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE, não são necessariamente idênticos aos utilizados para a apreciação nos termos do artigo 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho ([20]), como confirmou o Tribunal Geral ([21]),

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo único

A Diretiva 2014/25/UE não é aplicável aos contratos adjudicados pelas entidades adjudicantes e destinados a permitir a prestação de serviços não comerciais de transporte por autocarro no território das regiões da competência da Verkehrsverbund Ost-Region e da região da competência da Oberösterreich Verkehrsverbund.

A destinatária da presente decisão é a República da Áustria.

Feito em Bruxelas, em 10 de março de 2022.

Pela Comissão
Thierry BRETON
Membro da Comissão

([20]) Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias») (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

([21]) Acórdão de 27 de abril de 2016, no processo *Österreichische Post AG/Comissão*, T-463/14, EU:T:2016:243, n.º 28. Ver também a Diretiva 2014/25/UE, considerando 44.