IZVEDBENI SKLEP KOMISIJE (EU) 2022/418

z dne 10. marca 2022

o uporabi člena 34 Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza v avstrijskih regijah, za kateri sta pristojna regionalna organa za promet Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) in Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)

(notificirano pod dokumentarno številko C(2022) 1352)

(Besedilo v nemškem jeziku je edino verodostojno)

(Besedilo velja za EGP)

EVROPSKA KOMISIJA JE –

ob upoštevanju Pogodbe o delovanju Evropske unije,

ob upoštevanju Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES ([1]) in zlasti člena 35(3) Direktive,

po posvetovanju s Svetovalnim odborom za javna naročila,

ob upoštevanju naslednjega:

1. DEJSTVA

1.1. Zahtevek

(1) Stalno predstavništvo Avstrije je 2. oktobra 2020 Komisiji v imenu družbe Österreichische Postbus AG (v nadaljnjem besedilu: Postbus ali prijavitelj) predložilo zahtevek v skladu s členom 35(1) Direktive 2014/25/EU (v nadaljnjem besedilu: zahtevek). Zahtevek izpolnjuje formalne zahteve iz člena 1(1) in Priloge I k Izvedbenemu sklepu Komisije (EU) 2016/1804 ([2]).

(2) Prijavitelj spada v skupino ÖBB (Avstrijske zvezne železnice). 100 % delnic prijavitelja je v lasti družbe ÖBB-Personenverkehr AG, ki je 100-odstotna hčerinska družba družbe ÖBB-Holding AG. Vse delnice družbe ÖBB-Holding AG so v lasti Republike Avstrije. Prijavitelj deluje v sektorju avtobusnega potniškega prevoza.

(3) Prijavitelj je naročnik v smislu člena 4(2) Direktive 2014/25/EU in opravlja dejavnosti v zvezi z upravljanjem omrežij, ki zagotavljajo javno storitev na področju prevoza z avtobusi, kot je navedeno v členu 11 Direktive.

(4) Redni avtobusni prevozi so redne in javno dostopne storitve potniškega prevoza, ki jih za plačilo zagotavljajo prevozniki v potniškem prometu v okviru določenih prometnih poti, tako da lahko potniki v avtobus vstopijo in iz njega izstopijo na vnaprej določenih postajah. Če javni organi za izvajanje teh storitev podjetju dodelijo finančno nadomestilo, gre za nekomercialne storitve prevoza.

([1]) UL L 94, 28.3.2014, str. 243.

([2]) Izvedbeni sklep Komisije (EU) 2016/1804 z dne 10. oktobra 2016 o podrobnih pravilih za uporabo člena 34 in 35 Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L 275, 12.10.2016, str. 39).

(5) Za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza se oddajata dve različni vrsti javnih naročil. Prva vrsta je sklepanje pogodb o izvajanju javne službe s strani pristojnih organov za promet v skladu z določbami Uredbe (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta ([3]), ki se uporablja za javne storitve železniškega in cestnega potniškega prevoza. Druga vrsta je sklepanje pogodb s strani izvajalca, imenovanega za izvrševanje take pogodbe o izvajanju javne službe, kot je pogodba s čistilnim podjetjem za čiščenje avtobusov ali s podjetjem, ki prevozniku daje v uporabo avtobuse.

(6) Zahtevek zajema samo drugo vrsto pogodb, tj. sklepanje pogodb za omogočanje izvajanja nekomercialnih rednih storitev avtobusnega prevoza v Avstriji, tj. dejavnosti, povezane z upravljanjem omrežij v skladu s členom 11 Direktive 2014/25/EU. Zahtevek ne zajema oddaje javnih naročil za izvajanje nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza, neposredno oddanih notranjim izvajalcem. Prav tako ne zajema oddaje javnega naročila s strani regionalnega organa za promet (Verkehrsverbund) za izvajanje storitev avtobusnega prevoza avtobusnemu prevozniku, saj take pogodbe spadajo na področje uporabe Uredbe (ES) št. 1370/2007.

(7) Zahtevku prvotno ni bilo priloženo obrazloženo mnenje avstrijskega nacionalnega organa za konkurenco (Bundeswettbewerbsbehörde). V skladu s Prilogo IV, točka 1(b), k Direktivi 2014/25/EU mora Komisija, ker prostega dostopa do trga ni mogoče predpostavljati na podlagi člena 34(3), prvi pododstavek, navedene direktive, izvedbeni sklep o zahtevku sprejeti v 130 delovnih dneh. Začetni rok je bil začasno odložen v skladu z odstavkom 2 Priloge IV k Direktivi 2014/25/EU. Komisija bi morala izvedbeni sklep sprejeti do 28. februarja 2022.

(8) Komisija je 11. novembra 2020 od avstrijskih organov zahtevala dodatne informacije. Avstrijski organi so informacije predložili 2. decembra 2020, 23. februarja 2021 in 23. marca 2021. Med drugim je bilo 23. marca 2021 predloženo mnenje avstrijskega nacionalnega organa za konkurenco, v katerem je preučeno, ali se člen 34(1) Direktive 2014/25/EU uporablja za zadevne dejavnosti v skladu z odstavkoma 2 in 3 navedenega člena.

(9) Prijavitelj je 19. oktobra 2021 geografsko področje uporabe zahtevka za izvzetje zožil na dva dela avstrijskega ozemlja, tj. Dunaj, Spodnjo Avstrijo in Gradiščansko (za katere je pristojen regionalni organ za promet Verkehrsverbund Ost-Region (VOR)) ter Gornjo Avstrijo (za katero je pristojen regionalni organ za promet Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)). Prijavitelj je zagotovil dodatne informacije 21. oktobra in 8. novembra 2021.

2. **PRAVNI OKVIR**

(10) Direktiva 2014/25/EU se uporablja za oddajo javnih naročil za opravljanje dejavnosti v zvezi z zagotavljanjem ali upravljanjem omrežij, ki zagotavljajo javno storitev na področju prevoza z železnico, avtomatiziranimi sistemi, tramvajem, trolejbusom, avtobusom ali žičnico, razen če je dejavnost izvzeta v skladu s členom 34 navedene direktive.

(11) Člen 34 Direktive 2014/25/EU določa, da se navedena direktiva ne uporablja za javna naročila, katerih namen je omogočiti opravljanje ene od dejavnosti, za katere velja navedena direktiva, če je v državi članici, v kateri se dejavnost opravlja, ta dejavnost neposredno izpostavljena konkurenci na trgih, do katerih dostop ni omejen.

(12) Neposredna izpostavljenost konkurenci se oceni na podlagi objektivnih meril, pri čemer se upoštevajo posebne značilnosti zadevnega sektorja ([4]). Vendar to oceno otežujejo kratki roki, ki jih je treba spoštovati, in dejstvo, da mora temeljiti na informacijah, ki so na voljo Komisiji. Te informacije morajo izvirati bodisi iz že razpoložljivih virov bodisi iz informacij, pridobljenih v okviru uporabe člena 35 Direktive 2014/25/EU, in jih ni mogoče dopolniti z bolj zamudnimi metodami, vključno zlasti z javnimi preiskavami zadevnih gospodarskih subjektov ([5]).

([3]) Uredba (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (UL L 315, 3.12.2007, str. 1).

([4]) Direktiva 2014/25/EU, uvodna izjava 44.

([5]) *Prav tam*.

(13) Neposredno izpostavljenost konkurenci bi bilo treba oceniti na podlagi različnih kazalnikov, od katerih ni nobeden sam po sebi nujno odločilen. V zvezi s trgom, na katerega se nanaša ta sklep, je eno od meril, ki ga je treba upoštevati, tržni delež, skupaj z drugimi merili, kot je obstoj vstopnih ovir ali intermodalna konkurenca.

3. **OCENA**

(14) Cilj tega sklepa je ugotoviti, ali so storitve, na katere se nanaša zahtevek, izpostavljene stopnji konkurence (na trgih, do katerih dostop ni omejen v smislu člena 34 Direktive 2014/25/EU), ki tudi ob odsotnosti discipline, dosežene s podrobnimi pravili o javnem naročanju iz Direktive 2014/25/EU, zagotavlja pregledno in nediskriminatorno izvajanje javnih naročil za opravljanje zadevnih dejavnosti na podlagi meril, ki naročnikom omogočajo ugotoviti, katera rešitev je v celoti ekonomsko najugodnejša.

(15) Ta sklep temelji na pravnem in dejanskem stanju novembra 2021, na informacijah, ki so jih predložili prijavitelj in avstrijski organi, vključno z avstrijskim zveznim ministrstvom za podnebne ukrepe, okolje, energijo, mobilnost, inovacije in tehnologijo (v nadaljnjem besedilu: BMK), avstrijskim nacionalnim organom za konkurenco in regionalnimi organi, pristojnimi za promet, ter na javno dostopnih informacijah.

3.1 **Neomejen dostop do trga**

(16) Dostop do trga se šteje za neomejen, če je zadevna država članica prenesla in uporablja ustrezno zakonodajo Unije o odprtju določenega sektorja ali njegovega dela za konkurenco. Uredba (ES) št. 1370/2007 se uporablja za javne storitve železniškega in cestnega potniškega prevoza. Skladno s členom 5(1) navedene uredbe se pogodbe o izvajanju javne službe za storitve avtobusnega javnega potniškega prevoza v obliki naročil koncesij za storitve sklepajo v skladu s pravili, določenimi v Uredbi (ES) št. 1370/2007 ([6]). Ta pravila, opredeljena v členu 4 Uredbe, med drugim jasno določajo obveznosti javne službe, ki jih mora izpolniti izvajalec javne službe, zadevna geografska območja ali trajanje pogodbe. Vendar Uredba (ES) št. 1370/2007 ni navedena v Prilogi III k Direktivi 2014/25/EU. Zato mora prijavitelj dokazati, da je dostop do trga za zagotavljanje nekomercialnih avtobusnih storitev dejansko in pravno prost.

(17) Druge pogodbe o izvajanju javne službe za javni avtobusni prevoz, ki niso v obliki koncesij za storitve, se sklenejo v skladu s pravili o javnem naročanju, s katerimi je (med drugim) prenesena Direktiva 2014/25/EU.

(18) Ustrezna nacionalna zakonodaja sta zakon o rednih avtobusnih storitvah (Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz – KflG)) ([7]) ter zakon o lokalnem in regionalnem javnem potniškem prevozu (Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999)) ([8]).

(19) Zakon KflG se uporablja za redne in javno dostopne storitve potniškega prevoza, ki jih za plačilo zagotavljajo prevozniki v potniškem prometu v okviru določenih prometnih poti, tako da lahko potniki v avtobus vstopijo in iz njega izstopijo na vnaprej določenih postajah. Koncesije na podlagi KflG, ki spadajo na področje uporabe Uredbe (ES) št. 1370/2007, se podelijo za določene proge. Če javni organi dodelijo finančno nadomestilo za izpolnjevanje obveznosti javne službe, so take storitve prevoza nekomercialne storitve prevoza.

([6]) Člen 5(1) Uredbe Komisije (ES) št. 1370/2007 določa: „Pogodbe o izvajanju javne službe se sklepajo v skladu s pravili, določenimi v tej uredbi. Vendar se pogodbe o izvajanju storitev in pogodbe o izvajanju javne službe, kot so opredeljene v direktivah 2004/17/ES ali 2004/18/ES, glede storitev avtobusnega ali tramvajskega javnega potniškega prevoza sklepajo v skladu z navedenima direktivama, kolikor te pogodbe niso oblikovane kot naročila koncesij za storitve, kot so opredeljena v teh direktivah."

([7]) Avstrijski zvezni uradni list (BGBl.) I št. 203/1999.

([8]) Avstrijski zvezni uradni list (BGBl.) I št. 204/1999.

(20) ÖPNRV-G ureja organizacijske in finančne vidike opravljanja lokalnih in regionalnih storitev (železniškega in avtobusnega) javnega potniškega prevoza ter strukturo in področje pristojnosti prevoznih združenj.

(21) Kar zadeva pravno prost dostop do trga nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza, tako KflG kot ÖPNRV-G določata, da mora javni naročnik izbrati prevozno podjetje v skladu s pravili o javnem naročanju, s katerimi je prenesena Direktiva 2014/25/EU, in z Uredbo (ES) št. 1370/2007.

(22) Za dejavnosti prijavitelja se uporabljata Uredba (ES) št. 1370/2007 in avstrijska zakonodaja. Čeprav Uredba (ES) št. 1370/2007 ni navedena v Prilogi III k Direktivi 2014/25/EU, določa regulativni okvir, ki lahko zagotovi ustrezno konkurenco za vsak primer posebej. Člen 5(3) Uredbe (ES) št. 1370/2007 določa, da se pogodbe o izvajanju javne službe sklepajo na podlagi za konkurenco odprtega razpisnega postopka, razen v zelo posebnih primerih (povprečna letna vrednost nižja od 1 000 000 EUR, letno opravljanje manj kot 300 000 kilometrov storitev javnega potniškega prevoza ali (neposredno tveganje) prekinitev storitev). Posledično je v tem primeru pri oddaji javnih naročil za upravljanje avtobusnih prog prisotna konkurenca, saj so takšne pogodbe sklenjene na podlagi odprtih razpisnih postopkov v dveh regijah, ki sta predmet zahteve, v skladu z Uredbo (ES) št. 1370/2007.

(23) Glede na zgoraj navedeno Komisija meni, da so pogoji za pravno prost dostop do trga izpolnjeni.

(24) Kar zadeva dejansko prost dostop do trga nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza, Komisija ugotavlja, da so v zadnjih letih na trg vstopili novi udeleženci. Med letoma 2016 in 2020 so na primer na trg v dveh regijah, ki sta predmet zahtevka, uspešno vstopila tri podjetja iz držav članic, ki niso Avstrija.

(25) Po navedbah prijavitelja sta regionalna naročnika v zadnjih letih pri sklepanju pogodb za avtobusne storitve vse bolj uporabljala odprt razpisni postopek, kar je posledica sprejetja Uredbe (ES) št. 1370/2007. Uredba (ES) št. 1370/2007 določa, da je sklepanje pogodb o izvajanju javne službe za železniški in cestni prevoz od 3. decembra 2019 skladno z načeli, določenimi v členu 5, tako da je neposredna sklenitev strogo omejena. Do junija 2021 je delež konkurenčnih razpisov znašal 92 % za regijo, za katero je pristojen VOR, in 100 % za regijo, za katero je pristojen OÖVV.

(26) BMK in avstrijski nacionalni organ za konkurenco v svojih mnenjih priznavata, da je dostop do zadevnega trga dejansko in pravno prost.

(27) Za namene tega sklepa Komisija ugotavlja, da bi se moral dostop do trgov nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza na zadevnih ozemljih regij, za kateri sta pristojna VOR in OÖVV, šteti za dejansko in pravno prost v smislu člena 34 Direktive 2014/25/EU.

3.2 **Presoja konkurence**

3.2.1 *Opredelitev upoštevnega proizvodnega trga*

3.2.2 *Opredelitev proizvodnega trga*

(28) Storitve avtobusnega prevoza v Avstriji zajemajo: redne storitve avtobusnega prevoza, za katere velja KflG, in posebne storitve avtobusnega prevoza, urejene z zakonom o posebnih avtobusnih storitvah (Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG)).

(29) ÖPNRV-G in tudi Uredba (ES) št. 1073/2009 Evropskega parlamenta in Sveta ([9]) razlikujeta med komercialnimi in nekomercialnimi storitvami avtobusnega prevoza. V skladu s členom 3(2) ÖPNRV-G se storitve prevoza štejejo za komercialne storitve prevoza samo, če javni organi ne dodeljujejo nadomestila. Kadar koli javni organi dodeljujejo finančno nadomestilo, se storitve prevoza opredelijo kot nekomercialne.

(30) Pri naročanju nekomercialnih storitev prevoza ali spreminjanju obstoječega obratovalnega urnika mora javni naročnik izbrati prevozno podjetje v skladu z upoštevnimi določbami zakona o javnem naročanju in Uredbo (ES) št. 1370/2007. Na splošno se za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza obvezno uporabljajo razpisni postopki. Potem ko je 7. decembra 2019 začela veljati Uredba (ES) št. 1370/2007, je bilo v Avstriji vse več nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza oddanih v konkurenčnih razpisnih postopkih. Praksa Komisije glede združitev ([10]) potrjuje stališče, da komercialne storitve avtobusnega prevoza in nekomercialne javne storitve avtobusnega prevoza predstavljajo različna proizvodna trga zaradi razlik v naravi konkurence.

(31) Kar zadeva trg nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza, konkurenca med izvajalci javnega avtobusnega prevoza poteka na ravni oddaje ponudb za javna naročila, in sicer med oddajo javnih naročil za izvajanje javnih storitev avtobusnega prevoza in ne pozneje na trgu v zvezi z vidiki, kot so cena, zmogljivost, pogostost ali druge značilnosti storitev. V primerjavi s komercialnimi storitvami prevoza imajo prevozniki v nekomercialnem avtobusnem prevozu navadno zelo malo vpliva na osnovne vidike konkurence, kot so pogostost, voznine ali udobje potnikov, saj te značilnosti določi organ, ki odda javno naročilo za zagotavljanje storitev. Prevozniki v nekomercialnem avtobusnem prevozu morajo svoje storitve zagotavljati v skladu s pogodbo, sklenjeno z javnim naročnikom, in svojih storitev ne morejo prilagajati potrebam potnikov, kot to navadno počnejo komercialni prevozniki.

(32) Prijavitelj je navedel, da bi lahko nekomercialne storitve avtobusnega prevoza, ki jih zagotavljajo notranji izvajalci, predstavljale ločen upoštevni trg znotraj trga nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza iz naslednjih razlogov:

— za storitve prevoza, ki jih zagotavljajo notranji izvajalci, se ne uporabljajo obvezni razpisni postopki, če so izpolnjene zahteve iz ustrezne zakonodaje (člen 5(2) Uredbe (ES) št. 1370/2007, člen 10 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta ([11]) ali člen 28 ali 29 Direktive 2014/25/EU),

— če so izpolnjene zahteve iz Uredbe (ES) št. 1370/2007, lahko lastnik nadomesti stroške notranjega izvajalca, tudi če ti stroški presegajo stroške, ki jih imajo konkurenčna podjetja,

— odločitev „naredi ali kupi“ morda ne temelji zgolj na stroških notranjega izvajalca v primerjavi s pričakovanim rezultatom konkurenčnega razpisa. Občinski prevozniki imajo pogosto zaposlene, ki uživajo posebno zaščito pred odpustom, in bi morali nositi stroške njihovih plač, tudi če njihova ponudba v okviru postopka za oddajo javnega naročila za javni prevoz ne bi bila izbrana,

— v Avstriji še ni bilo razpisov za storitve prevoza, ki so jih prej opravljali notranji izvajalci. Notranji izvajalci tudi sami objavljajo javne razpise za oddajo naročil podizvajalcem. V takih primerih izbrani ponudnik postane podizvajalec notranjega izvajalca. Notranji izvajalec Wiener Linien GmbH & Co KG na primer oddaja naročila podizvajalcem za okoli 44 % svojih storitev avtobusnega prevoza.

(33) BMK je potrdil ([12]) stališče prijavitelja o obsegu upoštevnega proizvodnega trga.

(34) Komisija se strinja, da notranji izvajalci pripadajo ločenemu trgu.

([9]) Uredba (ES) št. 1073/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. oktobra 2009 o skupnih pravilih za dostop do mednarodnega trga avtobusnih prevozov in spremembi Uredbe (ES) št. 561/2006 (UL L 300, 14.11.2009, str. 88).

([10]) Zadeva COMP/M.5855 DB/Arriva z dne 11. avgusta 2010, točka 20 in naslednje; zadeva COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia z dne 30. aprila 2013, točka 19; zadeva COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia z dne 30. aprila 2013, točka 25 in naslednje.

([11]) Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L 94, 28.3.2014, str. 65).

([12]) Odgovor BMK z dne 2. decembra 2020.

(35) Komisija za namene ocene v okviru tega sklepa in brez poseganja v uporabo konkurenčnega prava meni, da je upoštevni proizvodni trg trg nekomercialnih storitev avtobusnega potniškega prevoza, na katerem se pojavlja konkurenca.

3.2.3 *Opredelitev geografskega trga*

(36) Prijavitelj navaja, da se regulativni okvir v zvezi s storitvami avtobusnega prevoza in avstrijski zvezni zakon o javnem naročanju uporabljata dosledno po vsej Avstriji. Hkrati morajo ponudniki upoštevati še druge predpise za oddajo ponudbe, kot so predpisi v zvezi z delovnim pravom ali kolektivnimi pogodbami, ki se uporabljajo enotno po vsej Avstriji (stroški osebja predstavljajo približno 50 % vseh stroškov rednih storitev avtobusnega prevoza). Po drugi strani prijavitelj opozarja na znatne razlike med regijami zaradi obstoja regionalnih prevoznih združenj, pristojnih za avtobusni prevoz.

(37) BMK je navedel, da razlike, opazne na regionalni ravni, ne upravičujejo opredelitve regionalnega trga.

(38) Nacionalni organ za konkurenco v svojem mnenju pojasnjuje, da storitve javnega avtobusnega prevoza prek razpisov oddaja sedem regionalnih prevoznih združenj, ki skupaj pokrivajo celotno ozemlje Avstrije. Notranji izvajalci objavljajo razpise za oddajo naročil podizvajalcem, na primer na metropolitanskem območju Dunaja. Vsako prevozno združenje objavlja razpise za oddajo naročil samo za storitve na svojem ozemlju. Nacionalni organ za konkurenco ugotavlja, da nekonkurenčni razpisi in sklepanje pogodb za izključno regionalne ali lokalne nekomercialne storitve avtobusnega prevoza ter dejstvo, da odločitve o sklenitvi pogodb sprejema sedem regionalno aktivnih prevoznih združenj, ki vsa sledijo lastnim interesom, govorijo proti obstoju enotnega nacionalnega trga.

(39) Komisija je v svoji praksi glede združitev opredelila upoštevni geografski trg za storitve avtobusnega prevoza kot trg, na katerem se isti regulativni okvir uporablja za vse organe, pristojne za javni prevoz ([13]).

(40) Komisija pripominja, da so za organiziranje nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza odgovorni pristojni regionalni organi (Verkehrsverbünde). Ti organi so pristojni za oblikovanje razpisov znotraj okvirnih pogojev, ki jih določa veljavna nacionalna zakonodaja (KflG, GelverkG, ÖPNRV-G in zakon o javnih naročilih BVergG iz leta 2018).

(41) V obeh regijah, na kateri se nanaša zahtevek, zadevni regionalni organ za promet in notranji izvajalci objavljajo razpise za bruto pogodbe ([14]), glavni ponudniki pa so isti.

(42) Glede na zgoraj navedeno Komisija za namene ocene v okviru tega sklepa in brez poseganja v uporabo konkurenčnega prava meni, da sta upoštevna geografska trga na eni strani regija, za katero je pristojen VOR, in na drugi strani regija, za katero je pristojen OÖVV.

3.3 **Tržna analiza**

(43) V Avstriji so bile obstoječe pogodbe za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza sklenjene na podlagi konkurenčnih razpisov ali na podlagi neposredne sklenitve. Velika večina takih pogodb je bila sklenjena v razpisnem postopku. Z Uredbo (ES) št. 1370/2007 je bilo do decembra 2019 določeno prehodno obdobje za sklenitev pogodb, ki spadajo na njeno področje uporabe. Prijavitelj trdi, da njegov padajoči tržni delež v obeh regijah ter visok odstotek objavljenih razpisov za naročila, veliko število ponudb in visoka stopnja zamenjave izvajalcev v obeh regijah kažejo, da so ti trgi neposredno izpostavljeni konkurenci.

([13]) Zadeva COMP/M.5855 DB/Arriva z dne 11. avgusta 2010, točka 27.

([14]) Zadeva COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, sklep z dne 30. aprila 2013, str. 14: „Pri bruto pogodbah izvajalec odda ponudbo za celotne stroške poslovanja, vse prihodke pa prevzame organ; pri neto pogodbah se izvajalcu zagotovijo vsi prihodki, ponudba pa se odda samo za potrebno razliko med prihodki od voznin in zneskom, ki je potreben za ustvarjanje želenega dobička."

(44) Po navedbah BMK ([15]) bi moralo biti v primeru konkurenčnega razpisnega postopka javno naročanje s strani izvajalcev, ki zagotavljajo storitve, za katere se zbirajo ponudbe (npr. upravljanje avtobusnih prog ali oddajanje storitev za določene nekomercialne prevozne storitve podizvajalcem), izključeno s področja uporabe Direktive 2014/25/EU, ker so ti izvajalci nedvomno izpostavljeni konkurenci na podlagi posameznega postopka javnega naročanja.

(45) Nacionalni organ za konkurenco nasprotno trdi, da je zaradi razširjenosti določenih dejavnikov (dolgoročne pogodbe, objavljanje razpisov za majhne obsege, malo aktivnih ponudnikov) malo prostora za trajnostno konkurenco. Zato na zastavljeno vprašanje odgovarja, da teža argumenta kaže na nezadostno konkurenco.

(46) Komisija v svoji analizi upošteva več dejavnikov. Ne strinja se z mnenjem BMK, da konkurenčni razpisi sami po sebi zadoščajo za dokaz neposredne izpostavljenosti konkurenci. Čeprav so konkurenčni razpisi za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza osnovni pogoj za konkurenco na trgu, je po mnenju Komisije treba upoštevati še druge dejavnike.

(47) Tržni deleži so pomemben vidik, ker pa se na trgu nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza naročila oddajajo z razpisi ali neposredno, je treba upoštevati tudi število ponudnikov in stopnjo uspešnosti različnih tržnih akterjev.

3.3.1 *Tržni deleži, število ponudnikov in stopnja uspešnosti*

(48) Vsi izračuni tržnih deležev in navedbe glede deleža prek razpisov oddanih pogodb temeljijo na informacijah, ki jih je predložil prijavitelj ([16]).

3.3.1.1 Vzhodna Avstrija (zajema Dunaj, Spodnjo Avstrijo in Gradiščansko)

(49) Leta 2021 so nekomercialne storitve avtobusnega prevoza v tej regiji predstavljale [100 do 110] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov letno. Brez neposrednih sklenitev pogodb z notranjimi izvajalci ([približno 20 milijonov po urniku načrtovanih kilometrov] za Wiener Linien in Wiener Neustadt) upoštevni trg predstavlja [80 do 90] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov. Glavna javna naročnika sta Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR) ([65 do 70] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov) in Wiener Linien ([15 do 20] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov).

(50) Novembra 2021 je tržni delež prijavitelja v Vzhodni Avstriji znašal [35 do 45 %] (leta 2013, ko so se začeli odprti razpisi, je znašal [45 do 55] %). Njegovi glavni konkurenti imajo naslednje tržne deleže: Dr. Richard ([25 do 30] %), Gschwindl ([10 do 15] %), Blaguss ([5 do 10] %), N-Bus ([5 do 10] %), Zuklin ([0 do 5] %) in Retter ([0 do 5] %).

(51) V Vzhodni Avstriji je bilo junija 2021 92 % obstoječih pogodb (v milijonih po urniku načrtovanih kilometrov) sklenjenih na podlagi javnih razpisov.

(52) Od leta 2018 je bilo v regiji izvedenih 14 postopkov javnega naročanja, v okviru katerih je bilo oddanih 75 ponudb, kar je povprečno 5,4 ponudnika na postopek. Poleg prijavitelja je njegov največji konkurent, družba Dr. Richard, sodeloval na 12 razpisih in bil pri tem […]-odstotno uspešen. Stopnja uspešnosti prijavitelja je […] %. V večini razpisnih postopkov sta bili izbrani podjetji Postbus ali Dr. Richard.

3.3.1.2 Gornja Avstrija

(53) Nekomercialne storitve avtobusnega prevoza v tej regiji predstavljajo [35 do 45] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov. Brez neposrednih sklenitev pogodb z notranjimi izvajalci ([približno 5 milijonov] po urniku načrtovanih kilometrov za Linz in Steyr) upoštevni trg v letu 2021 predstavlja [30 do 40] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov. Glavni javni naročnik je Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG (OÖVV) ([30 do 35] milijonov po urniku načrtovanih kilometrov). Javne razpise za storitve mestnega avtobusnega prevoza v mestu Wels objavlja družba EWW (1 do 2] milijona po urniku načrtovanih kilometrov).

([15]) Odgovor BMK z dne 2. decembra 2020.

([16]) Izračun Komisije na podlagi Priloge 3 k mnenju avstrijskega nacionalnega organa za konkurenco.

(54) V letu 2021 je tržni delež prijavitelja v Gornji Avstriji znašal [40 do 50] % (leta 2020 je znašal [45 do 55] %, leta 2013, ko so se začeli odprti razpisi, pa [60 do 70] %). Zaradi zasnove razpisov v Gornji Avstriji, pri katerih se daje prednost majhnim sklopom, so bila lahko mala podjetja izbrana na petih od desetih nedavno organiziranih razpisov. Skupno so glavni konkurenti družbe Postbus v Gornji Avstriji Sabtours ([15 do 20] % trga), Welser ([10 do 15] %), Stern&Hafferl ([5 do 10] %), Dr. Richard ([5 do 10] %) in Leitner ([5 do 10] %).

(55) V Gornji Avstriji so bili leta 2021 javni razpisi objavljeni za 100 % obstoječih pogodb (v milijonih po urniku načrtovanih kilometrov). Po navedbah regionalnega organa je bilo od leta 2011 organiziranih 21 postopkov javnega naročanja, razdeljenih v 90 sklopov, povprečno število ponudnikov na sklop pa je bilo 5,2. Pri […] od 90 sklopov je bilo izbrano podjetje Postbus ([…] %).

3.3.2 *Sklepna ugotovitev o presoji konkurenčnosti*

(56) Prijavitelj ima v regijah, ki sta predmet zahtevka, razmeroma velik delež na področju nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza, vendar se njegov delež zmanjšuje. Njegov tržni delež se je od leta 2013 zmanjšal za skoraj […] % v Vzhodni Avstriji in za približno […] % v Gornji Avstriji.

(57) Delež konkurenčnih razpisov je v obeh regijah zelo visok, saj je bilo na podlagi javnih razpisov sklenjenih 92 % oziroma 100 % pogodb.

(58) Število ponudnikov na posameznem konkurenčnem razpisu je višje od povprečnega števila ponudnikov za javna naročila v Uniji ter znaša 5,4 za Vzhodno Avstrijo in 5,2 za Gornjo Avstrijo. Čeprav drži, da prijavitelj navadno odda ponudbo v skoraj vseh razpisnih postopkih neodvisno od lokacije, je še vedno prisotna konkurenca drugih izvajalcev. Zlasti družba Dr. Richard je zelo dejavna v obeh regijah, preostali izvajalci pa redno oddajajo ponudbe v regiji, kjer so že dejavni.

(59) Na splošno so pogodbe za nekomercialne storitve avtobusnega prevoza v Avstriji dolgoročne in po navedbah prijavitelja trajajo približno 6 do 10 let ([17]). Ta značilnost je neločljivo povezana s trgom, saj se regionalni organi za promet poskušajo izogniti pogostim zapletenim razpisom. Čeprav to morda škoduje konkurenci ([18]), je protiutež temu dejstvo, da gre pri razpisih teh regionalnih organov za promet večinoma za majhne sklope, ki pogosto znašajo manj kot 1 milijon po urniku načrtovanih kilometrov. To je pomemben element, ki spodbuja vstop na trg in konec koncev konkurenco v obeh regijah ([19]).

(60) Nacionalni organ za konkurenco nasprotno trdi, da je zaradi razširjenosti določenih dejavnikov, kot so dolgoročne pogodbe, objavljanje razpisov za majhne obsege in malo aktivnih ponudnikov, malo prostora za trajnostno konkurenco. Zato na zastavljeno vprašanje odgovarja, da teža argumenta kaže na nezadostno konkurenco. Pomembno je sicer opozoriti, da se ugotovitev nacionalnega organa za konkurenco nanaša na stanje konkurence v celotni Avstriji, pri čemer je ta organ priznal obstoj zelo velikih razlik med regionalnimi prevoznimi združenji (Verkehrsverbünde). Dejavniki, navedeni v mnenju nacionalnega organa za konkurenco, so precej pomembnejši za druge avstrijske regije kot pa za regiji, zajeti v zahtevku. Stopnja izvedbe konkurenčnih razpisov je na primer v letu 2020 na Koroškem znašala samo 30 %, na Tirolskem pa samo 32 % (v primerjavi z 92 % oziroma 100 % v regiji, za katero je pristojen VOR, oziroma v regiji, za katero je pristojen OÖVV). Povprečno število ponudnikov je v Predarlškem znašalo samo 2,3 v primerjavi z več kot pet v regijah, ki sta predmet zahtevka. Tržni delež prijavitelja je na Salzburškem znašal [70 do 80] %, v regijah, ki sta predmet zahtevka, pa je bil pod 50 %.

(61) Glede na zgoraj preučene dejavnike Komisija ugotavlja, da je dejavnost nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza v prometnih regijah, za kateri sta pristojna VOR in OÖVV, neposredno izpostavljena konkurenci v smislu člena 34(1) Direktive 2014/25/EU.

([17]) Vloga, str. 28.

([18]) Glej uvodno izjavo 15 Uredbe (ES) št. 1370/2007.

([19]) Sporočilo COM(2017) 572 z naslovom Uspešno izvajanje javnega naročanja v Evropi in za njo, v katerem Komisija navaja, da je prvi ukrep za izboljšanje dostopa malih in srednjih podjetij na trge javnega naročanja razdelitev pogodb na sklope.

4. **ZAKLJUČEK**

(62) Za namene tega sklepa in brez poseganja v uporabo konkurenčnega prava Evropske unije bi bilo treba ugotovitve tržne analize, navedene v uvodnih izjavah (43) do (55), obravnavati kot znak, da so nekomercialne storitve avtobusnega prevoza v dveh avstrijskih prometnih regijah, za kateri sta pristojna VOR in OÖVV, izpostavljene konkurenci v smislu člena 34 Direktive 2014/25/EU. Zato bi bilo treba ugotoviti, da se Direktiva 2014/25/EU ne bi smela uporabljati za javna naročila, katerih namen je omogočiti opravljanje navedene dejavnosti v obeh prometnih regijah, za kateri sta pristojna VOR in OÖVV.

(63) Direktiva 2014/25/EU bi se morala še naprej uporabljati za javna naročila, ki jih oddajo naročniki in katerih namen je omogočiti zagotavljanje nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza na ozemlju drugih prometnih regij, ki niso zajete s tem sklepom.

(64) Ta sklep ne posega v uporabo pravil o konkurenci in na druga področja prava Unije. Zlasti merila in metodologija, ki se uporabljajo pri oceni neposredne izpostavljenosti konkurenci v skladu s členom 34 Direktive 2014/25/EU, niso nujno enaki tistim, ki se uporabljajo pri oceni v skladu s členom 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije ali v skladu z Uredbo Sveta (ES) št. 139/2004 ([20]), kot je potrdilo Splošno sodišče ([21]) –

SPREJELA NASLEDNJI SKLEP:

Edini člen

Direktiva 2014/25/EU se ne uporablja za javna naročila, ki jih oddajo naročniki in katerih namen je omogočiti zagotavljanje nekomercialnih storitev avtobusnega prevoza na ozemlju regij, za katere je pristojen Verkehrsverbund Ost-Region, in regije, za katero je pristojen Oberösterreich Verkehrsverbund.

Ta sklep je naslovljen na Republiko Avstrijo.

V Bruslju, 10. marca 2022

Za Komisijo
Thierry BRETON
član Komisije

([20]) Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (Uredba ES o združitvah) (UL L 24, 29.1.2004, str. 1).

([21]) Sodba z dne 27. aprila 2016, Österreichische Post AG/Komisija, T-463/14, EU:T:2016:243, točka 28. Glej tudi Direktivo 2014/25/EU, uvodna izjava 44.