KOMMISSIONENS GENOMFÖRANDEBESLUT (EU) 2022/418

av den 10 mars 2022

om tillämpligheten av artikel 34 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU på icke-kommersiell busstrafik i de österrikiska regioner som faller inom de regionala trafikmyndigheterna Verkehrsverbund Ost-Regions och Oberösterreich Verkehrsverbunds behörighetsområde

(delgivet med nr C(2022)1352)

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT FÖLJANDE BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt,

med beaktande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG ([1]), särskilt artikel 35.3,

efter samråd med rådgivande kommittén för offentlig upphandling, och

av följande skäl:

1. BAKGRUND

1.1 Ansökan

(1) Den 2 oktober 2020 lämnade Österrikes ständiga representation på Österreichische Postbus AG:s (*Postbus* eller *sökanden*) vägnar in en ansökan till kommissionen i enlighet med artikel 35.1 i direktiv 2014/25/EU (*ansökan*). Ansökan är förenlig med de formella krav som fastställs i artikel 1.1 i kommissionens genomförandebeslut (EU) 2016/1804 ([2]) och i bilaga I till det beslutet.

(2) Sökanden tillhör ÖBB-gruppen (det österrikiska statliga järnvägsbolaget). Aktierna i sökanden innehas till 100 % av ÖBB-Personenverkehr AG, som är ett helägt dotterbolag till ÖBB-Holding AG. Alla andelar i ÖBB-Holding AG innehas av Republiken Österrike. Sökanden bedriver persontransport med buss.

(3) Sökanden är en upphandlande enhet enligt artikel 4.2 i direktiv 2014/25/EU och bedriver verksamhet som avser drift av nät för att tillhandahålla tjänster för allmänheten på området busstransporter i den mening som avses i artikel 11 i det direktivet.

(4) Busslinjetrafik är regelbunden och allmänt tillgänglig kollektivtrafik som tillhandahålls av persontransportoperatörer mot betalning på vissa transportlinjer, varvid passagerare kan stiga på och av bussen vid i förväg bestämda hållplatser. Om offentliga myndigheter beviljar ekonomisk ersättning till ett företag för att det ska utföra dessa tjänster kallas tjänsterna icke-kommersiella transporttjänster.

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

([2]) Kommissionens genomförandebeslut (EU) 2016/1804 av den 10 oktober 2016 om tillämpningsföreskrifter till artiklarna 34 och 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 275, 12.10.2016, s. 39).

(5) När det gäller icke-kommersiell busstrafik förekommer två olika typer av kontrakt. Den första typen innebär att de behöriga transportmyndigheterna tilldelar avtal om allmän trafik i enlighet med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 ([3]), som är tillämplig på kollektivtrafik på järnväg och väg. Den andra typen innebär att den operatör som tilldelats dessa avtal om allmän trafik i sin tur ingår avtal med t.ex. företag som ska tillhandahålla bussar eller städföretag som ska städa dem.

(6) Ansökan gäller endast den andra typen av kontrakt, dvs. tilldelning av kontrakt som syftar till att göra det möjligt att bedriva icke-kommersiell busslinjetrafik i Österrike, en verksamhet som avser drift av nät i enlighet med artikel 11 i direktiv 2014/25/EU. Ansökan omfattar inte tilldelning av kontrakt för tillhandahållande av icke-kommersiell busstrafik som direkt tilldelas interna operatörer. Den omfattar heller inte en regional transportmyndighets (*Verkehrsverbund*) tilldelning av ett kontrakt till en bussoperatör för att denne ska tillhandahålla busstrafik, eftersom sådana kontrakt omfattas av förordning (EG) nr 1370/2007.

(7) Ansökan åtföljdes ursprungligen inte av ett motiverat yttrande från *Bundeswettbewerbsbehörde* (den österrikiska nationella konkurrensmyndigheten). I enlighet med punkt 1 b i bilaga IV till direktiv 2014/25/EU kommer kommissionen, eftersom det inte går att utgå från att det råder fritt tillträde till marknaden på grundval av artikel 34.3 första stycket i det direktivet, att inom 130 arbetsdagar anta ett genomförandebeslut om ansökan. Den ursprungliga tidsfristen upphävdes i enlighet med punkt 2 i bilaga IV till direktiv 2014/25/EU. Kommissionen bör anta ett genomförandebeslut senast den 28 februari 2022.

(8) Kommissionen begärde ytterligare upplysningar från de österrikiska myndigheterna den 11 november 2020. De österrikiska myndigheterna lämnade information den 2 december 2020, den 23 februari 2021 och den 23 mars 2021. Inlagan av den 23 mars 2021 innehöll ett yttrande från den österrikiska nationella konkurrensmyndigheten, med en analys av huruvida artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU är tillämplig på de berörda verksamheterna, i enlighet med artikel 34.2 och 34.3 i det direktivet.

(9) Den 19 oktober 2021 begränsade sökanden det geografiska området i ansökan om undantag till två delar av Österrikes territorium; Wien, Niederösterreich och Burgenland (som faller inom den regionala transportmyndigheten *Verkehrsverbund Ost-Regions* behörighetsområde) och Oberösterreich (som faller inom den regionala transportmyndigheten *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområde). Sökanden lämnade ytterligare uppgifter den 21 oktober och den 8 november 2021.

2. **RÄTTSLIG RAM**

(10) Direktiv 2014/25/EU är tillämpligt på tilldelning av kontrakt för verksamhet som rör tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana, om inte verksamheten är undantagen enligt artikel 34 i det direktivet.

(11) Enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är kontrakt som syftar till att möjliggöra utförandet av någon av de verksamheter på vilka det direktivet är tillämpligt undantagna från direktivets tillämpningsområde om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den bedrivs är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

(12) Bedömningen av direkt konkurrensutsättning görs på grundval av objektiva kriterier, varvid hänsyn tas till den berörda sektorns särdrag ([4]). Denna bedömning begränsas emellertid av de korta tidsfrister som gäller och av att den måste grundas på den information som kommissionen har tillgång till. Denna information kommer antingen från redan tillgängliga källor eller från den information som erhållits i samband med ansökan enligt artikel 35 i direktiv 2014/25/EU och kan inte kompletteras genom mer tidskrävande metoder, särskilt inte offentliga utfrågningar som riktar sig till de berörda ekonomiska aktörerna ([5]).

([3]) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315 3.12.2007, s. 1).

([4]) Direktiv 2014/25/EU, skäl 44.

([5]) *Se fotnot 4*.

(13) Direkt konkurrensutsättning bör bedömas utifrån olika indikatorer, varav ingen nödvändigtvis är avgörande i sig. På den marknad som berörs av detta beslut utgör marknadsandelar ett kriterium som bör beaktas tillsammans med andra kriterier, t.ex. förekomsten av hinder för inträde på marknaden och intermodal konkurrens.

3. **BEDÖMNING**

(14) Syftet med detta beslut är att slå fast om de tjänster som ansökan avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU) är konkurrensutsatta i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktiv 2014/25/EU innebär, sker på ett öppet och icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för upphandlarna att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga.

(15) Detta beslut grundar sig på den rättsliga och faktiska situationen från och med november 2021, på allmänt tillgänglig information och på de uppgifter som lämnats av sökanden, de österrikiska myndigheterna, inklusive *Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie i Österrike* (BMK), den nationella konkurrensmyndigheten och de regionala transportmyndigheterna.

3.1 **Fritt tillträde till marknaden**

(16) Tillträdet till en marknad anses vara fritt om den berörda medlemsstaten har genomfört och tillämpar relevant unionslagstiftning som öppnar en viss sektor eller en del av den för konkurrens. Förordning (EG) nr 1370/2007 är tillämplig på kollektivtrafik på järnväg och väg. Enligt artikel 5.1 i förordning (EG) nr 1370/2007 ska tilldelning av avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss i form av koncessionsavtal om tjänster ske i enlighet med bestämmelserna i den förordningen ([6]). Dessa bestämmelser, som fastställs i artikel 4 i förordningen, innebär bland annat att den allmänna trafikplikt som kollektivtrafikoperatören ska uppfylla, de berörda geografiska områdena eller avtalens löptid ska definieras tydligt. Förordning (EG) nr 1370/2007 finns dock inte med i förteckningen i bilaga III till direktiv 2014/25/EU. Sökanden måste därför kunna visa att tillträde till marknaden för att tillhandahålla icke-kommersiell busstrafik är fritt, rättsligt och faktiskt.

(17) Andra avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss, som inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster, ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling som (bland annat) införlivar direktiv 2014/25/EU.

(18) Relevant nationell lagstiftning är *Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen* (lagen om busslinjetrafik) ([7]) och *Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs* (lagen om lokal och regional kollektivtrafik) ([8]).

(19) Lagen om busslinjetrafik är tillämplig på regelbunden och allmänt tillgänglig kollektivtrafik som tillhandahålls av persontransportoperatörer mot betalning på vissa transportlinjer, varvid passagerare kan stiga på och av bussen vid i förväg bestämda hållplatser. Koncessioner inom ramen för lagen om busslinjetrafik, som omfattas av förordning 1370/2007, beviljas för särskilda linjer. Om offentliga myndigheter beviljar ekonomisk ersättning för tillhandahållande av allmännyttiga tjänster betraktas dessa tjänster som icke-kommersiella transporttjänster.

([6]) Artikel 5.1 i förordning (EG) nr 1370/2007 lyder som följer: ”Avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska emellertid tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i dessa direktiv.”

([7]) Österrikes officiella kungörelseorgan (BGBl.) I nr 203/1999.

([8]) Österrikes officiella kungörelseorgan (BGBl.) I nr 204/1999.

(20) Lagen om lokal och regional kollektivtrafik reglerar de organisatoriska och finansiella aspekterna av den lokala och regionala kollektivtrafiken (järnväg och buss) samt transportförbundens struktur och ansvarsområde.

(21) När det gäller rättsligt fritt tillträde till marknaden för icke-kommersiell busstrafik fastställs det både genom lagen om busslinjetrafik och genom lagen om lokal och regional kollektivtrafik att den upphandlande myndigheten måste välja transportföretag i enlighet med de regler om offentlig upphandling som införlivar direktiv 2014/25/EU och förordning (EG) nr 1370/2007.

(22) Förordning (EG) nr 1370/2007 och den österrikiska lagstiftningen är tillämpliga på den sökandes verksamhet. Även om förordning (EG) nr 1370/2007 inte förtecknas i bilaga III till direktiv 2014/25/EU, fastställer den en rättslig ram som kan säkerställa lämplig konkurrens från fall till fall. Enligt artikel 5.3 i förordning (EG) nr 1370/2007 ska avtal om allmän trafik tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande, utom i mycket specifika fall (avtalets genomsnittliga årsvärde uppskattas till mindre än 1 000 000 euro, årligt tillhandahållande av mindre än 300 000 kilometer kollektivtrafik eller (överhängande risk för) trafikstörningar). Till följd av detta råder det konkurrens vid tilldelningen av kontrakt för att bedriva busslinjetrafik i föreliggande ärende, eftersom sådana kontrakt tilldelas efter öppna upphandlingsförfaranden i de två regioner som omfattas av ansökan, i överensstämmelse med förordning (EG) nr 1370/2007.

(23) Mot bakgrund av ovanstående anser kommissionen att villkoren för rättsligt fritt marknadstillträde är uppfyllda.

(24) Med avseende på det faktiskt fria tillträdet till marknaden för icke-kommersiell busstrafik konstaterar kommissionen att nya marknadsaktörer har gjort sitt inträde på marknaden under de senaste åren. Till exempel gjorde tre företag från andra medlemsstater än Österrike mellan 2016 och 2020 sitt inträde på marknaden i de två regioner som omfattas av ansökan.

(25) Enligt sökanden har de två regionala myndigheterna som tilldelar kontrakt i allt högre grad använt sig av konkurrensutsatt upphandling vid tilldelning av kontrakt för busstrafik under de senaste åren som följd av antagandet av förordning (EG) nr 1370/2007. Genom förordning (EG) nr 1370/2007 fastställdes att tilldelningen av avtal om allmän trafik på järnväg och väg ska uppfylla de principer som fastställs i artikel 5 i förordningen från och med den 3 december 2019, vilket innebär en strikt begränsning av direkttilldelning av kontrakt. I juni 2021 var andelen konkurrensutsatta upphandlingar 92 % för den region som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* behörighetsområde och 100 % för den region som faller inom *Oberösterreich Verkehrsverbund* behörighetsområde.

(26) I sina yttranden tillstår BMK och den nationella konkurrensmyndigheten att tillträde till marknaden i fråga är fritt, i rättsligt och faktiskt hänseende.

(27) I detta beslut drar kommissionen slutsatsen att tillträde till marknaderna för icke-kommersiell busstrafik på de regioners territorium som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Region* respektive *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområden bör anses vara rättsligt och faktiskt fritt i den mening som avses i artikel 34 i direktiv 2014/25/ EU.

3.2 **Konkurrensbedömning**

3.2.1 *Relevant definition av produktmarknaden*

3.2.2 *Definition av produktmarknaden*

(28) Busstrafik i Österrike omfattar följande: busslinjetrafik, som omfattas av lagen om busslinjetrafik, och icke-busslinjetrafik som regleras genom *Gelegenheitsverkehrs-Gesetz* (lagen om icke-busslinjetrafik).

(29) Lagen om lokal och regional kollektivtrafik och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1073/2009 ([9]) gör åtskillnad mellan kommersiell och icke-kommersiell busstrafik. Enligt avsnitt 3.2 i lagen om lokal och regional kollektivtrafik ska transporttjänster endast betraktas som kommersiella transporttjänster om offentliga myndigheter inte beviljar någon ersättning. När offentliga myndigheter beviljar ekonomisk ersättning klassificeras transporttjänsterna som icke-kommersiella.

(30) Vid köp av icke-kommersiella transporttjänster eller vid ändringar av en befintlig trafikplan måste den upphandlande myndigheten välja transportföretaget i enlighet med tillämpliga bestämmelser i lagstiftningen om offentlig upphandling samt förordning (EG) nr 1370/2007. I allmänhet är icke-kommersiell busstrafik föremål för obligatoriska upphandlingsförfaranden. Efter ikraftträdandet av förordning (EG) nr 1370/2007 den 7 december 2019 har allt mer icke-kommersiell busstrafik tilldelats vid konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden i Österrike. Genom kommissionens koncentrationspraxis ([10]) bekräftas uppfattningen att kommersiella busstransporter och icke-kommersiella busstransporter utgör olika produktmarknader på grund av att konkurrensen skiljer sig åt.

(31) På marknaden för icke-kommersiell busstrafik konkurrerar kollektivtrafikoperatörerna vid upphandlingsförfarandena, dvs. under tilldelningen av kontrakt för att bedriva kollektivtrafik och inte i ett senare skede på marknaden på grundval av pris, kapacitet, turtäthet eller andra egenskaper hos tjänsterna. Jämfört med kommersiella transporter har icke-kommersiella busstrafikoperatörer i regel mycket liten inverkan på de grundläggande konkurrensdimensionerna, såsom turtäthet, biljettpriser eller bekvämlighet för passagerare, eftersom dessa egenskaper fastställs av den myndighet som tilldelar kontraktet för att tillhandahålla tjänsten. Icke-kommersiella busstrafikoperatörer är skyldiga att tillhandahålla sina tjänster i enlighet med det kontrakt som ingåtts med den tilldelande myndigheten, och de kan inte anpassa sina tjänster till passagerarnas behov, vilket de kommersiella operatörerna normalt sett skulle göra.

(32) Sökanden hävdade att icke-kommersiell busstrafik som tillhandahålls av interna operatörer kan utgöra en separat relevant marknad inom marknaden för icke-kommersiell busstrafik av följande skäl:

— Transporter som tillhandahålls av interna operatörer omfattas inte av obligatoriska upphandlingsförfaranden, så länge kraven i relevant lagstiftning (artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007, artikel 10 i direktiv 2014/24/EU ([11]) eller artikel 28 eller 29 i direktiv 2014/25/EU) är uppfyllda.

— Så länge kraven i förordning (EG) nr 1370/2007 är uppfyllda får ägaren kompensera den interna operatörens kostnader även om dessa kostnader är högre än kostnaderna för konkurrerande företag.

— Valet mellan ”internt-externt” baseras inte nödvändigtvis enbart på den interna operatörens kostnader i förhållande till det förväntade resultatet av en konkurrensutsatt upphandling. Kommunala trafikoperatörer har ofta anställda med särskilt skydd mot uppsägning och skulle behöva bära sina lönekostnader även om de lagt ett anbud som inte gav dem kontraktet om kollektivtrafik.

— Det har ännu inte förekommit några upphandlingsförfaranden i Österrike för transporter som tidigare utförts av interna operatörer. Interna operatörer genomför också själva offentliga upphandlingsförfaranden för underleverantörskontrakt. I sådana fall blir den vinnande anbudsgivaren underleverantör till den interna operatören. Den interna operatören *Wiener Linien GmbH & Co KG* tilldelar exempelvis kontrakt till underleverantörer för omkring 44 % av sina busstransporter.

(33) BMK bekräftade ([12]) sökandens uppfattning om den relevanta produktmarknadens omfattning.

(34) Kommissionen håller med om att interna operatörer tillhör en separat marknad.

([9]) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1073/2009 av den 21 oktober 2009 om gemensamma regler för tillträde till den internationella marknaden för persontransporter med buss och om ändring av förordning (EG) nr 561/2006 (EUT L 300, 14.11.2009, s. 88).

([10]) Beslut av den 11 augusti 2010 i ärende COMP/M.5855 DB/Arriva, punkt 20 och följande och beslut av den 30 april 2013 i ärende COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, punkt 19 samt punkt 25 och följande.

([11]) Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65).

([12]) BMK:s svar av den 2 december 2020.

(35) Vid bedömningen i samband med detta beslut, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen, anser kommissionen att den relevanta produktmarknaden är marknaden för icke-kommersiell kollektivtrafik, där det råder konkurrens på marknaden.

3.2.3 *Definition av geografisk marknad*

(36) Sökanden hävdar att regelverket för busstransporter och Österrikes federala lag om offentlig upphandling tillämpas konsekvent i hela Österrike. Vidare måste anbudsgivarna följa ytterligare bestämmelser för att lämna in ett anbud, såsom bestämmelser om arbetsrätt eller kollektivavtal, som är tillämpliga på ett enhetligt sätt i hela Österrike (personalkostnaderna utgör cirka 50 % av de totala kostnaderna för busslinjetrafik). Dock framhåller sökanden betydande skillnader mellan regioner på grund av att det finns olika regionala transportförbund som ansvar för busstransporter.

(37) BMK angav att de skillnader som konstaterats på regional nivå inte motiverar en regional marknadsdefinition.

(38) I sitt yttrande förklarar den nationella konkurrensmyndigheten att den kollektiva busstrafiken upphandlas av sju regionala transportförbund som tillsammans omfattar hela Österrikes territorium. Interna operatörer använder underleverantörer, till exempel i Wiens storstadsområde. Varje transportförbund upphandlar endast tjänster inom sitt territorium. Den nationella konkurrensmyndigheten drar slutsatsen att de icke-samtidiga anbuds- och upphandlingsförfarandena för rent regional eller lokal icke-kommersiell busstrafik, och det faktum att beslut om kontrakt fattas av sju regionalt aktiva transportförbund som alla eftersträvar att tillgodose sina egna intressen, tycks utgöra ett argument mot en enhetlig nationell marknad.

(39) I sin koncentrationspraxis har kommissionen definierat den relevanta geografiska marknaden för busstransporter som den marknad där samma regelverk gäller för alla kollektivtrafikmyndigheter ([13]).

(40) Kommissionen konstaterar att ansvaret för att organisera icke-kommersiell busstrafik ligger hos de behöriga regionala myndigheterna (*Verkehrsverbünde*). Dessa myndigheter ansvarar för utformningen av upphandlingsförfarandena, inom de ramvillkor som fastställs i nationell tillämplig lagstiftning (lagen om busslinjetrafik, lagen om icke-busslinjetrafik, lagen om lokal och regional kollektivtrafik och lagen om offentlig upphandling, *Bundesvergabegesetz* 2018).

(41) I båda de regioner som omfattas av ansökan erbjuder den behöriga regionala transportmyndigheten och de interna operatörerna bruttokontrakt ([14]) och de huvudsakliga anbudsgivarna är desamma.

(42) Mot bakgrund av ovanstående och vid bedömningen i samband med detta beslut, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen, anser kommissionen att de relevanta geografiska marknaderna är å ena sidan den region som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* behörighetsområde, å andra sidan den region som faller inom *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområde.

3.3 **Marknadsanalys**

(43) I Österrike har befintliga kontrakt om icke-kommersiell busstrafik tilldelats genom konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden eller genom direkttilldelning. De allra flesta av dessa kontrakt tilldelades efter ett upphandlingsförfarande. Genom förordning (EG) nr 1370/2007 fastställdes en övergångsperiod fram till december 2019 för tilldelning av kontrakt som omfattas av dess tillämpningsområde. Sökanden hävdar att dess minskade marknadsandel i de två regionerna, den höga procentandelen upphandlingskontrakt, det stora antalet anbud och den höga graden av operatörsskiften i de båda regionerna visar att dessa marknader är direkt konkurrensutsatta.

([13]) Beslut av den 11 augusti 2010 i ärende COMP/M.5855, DB/Arriva, punkt 27.

([14]) Beslut av den 30 april 2013 i ärende COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, punkt 14: När det gäller bruttokontrakt lägger operatörer anbud för hela driftskostnaden, och alla intäkter går till myndigheten. Genom nettokontrakt kommer operatören att beviljas alla intäkter och kommer endast att lägga anbud för den nödvändiga skillnaden mellan biljettintäkter och det belopp som behövs för att uppnå den önskade vinsten.

(44) BMK anser ([15]) att om ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande äger rum bör upphandling av operatörer som tillhandahåller de tjänster som upphandlas (t.ex. drift av busslinjer eller underentreprenörstjänster för specifika icke-kommersiella transporttjänster) undantas från tillämpningen av direktiv 2014/25/EU, eftersom dessa operatörer utan tvivel är föremål för konkurrens på grundval av det särskilda upphandlingsförfarandet.

(45) Den nationella konkurrensmyndigheten hävdar tvärtom att vissa föreliggande faktorer (lång löptid för kontrakt, små volymer för upphandling, få aktiva anbudsgivare) tenderar att ge lite utrymme för hållbar konkurrens. Kommissionen anser därför att argumentets tyngd i den aktuella frågan tyder på otillräcklig konkurrens.

(46) I sin analys tar kommissionen hänsyn till flera faktorer. Kommissionen delar inte BMK:s uppfattning att en konkurrensutsatt upphandling i sig är tillräcklig för att visa på direkt konkurrensutsättning. Även om konkurrensutsatt upphandling av icke-kommersiell busstrafik är en förutsättning för konkurrens på marknaden anser kommissionen att andra faktorer måste beaktas.

(47) Marknadsandelar är en viktig aspekt, men eftersom marknaden för icke-kommersiell busstrafik är föremål för upphandlingsförfaranden eller direkta tilldelningar bör även antalet anbudsgivare och de olika marknadsaktörernas framgångsgrad beaktas.

3.3.1 *Marknadsandelar, antal anbudsgivare och framgångsgrad*

(48) Alla beräkningar av marknadsandelar och uppgifter om andelen kontrakt som upphandlas baseras på uppgifter som lämnats in av sökanden ([16]).

3.3.1.1 Ostösterreich (som omfattar Wien, Niederösterreich och Burgenland)

(49) Från och med 2021 utgör icke-kommersiell busstrafik i denna region [100–110] miljoner reguljära kilometer per år. Med undantag för direkta tilldelningar till interna operatörer ([omkring 20 miljoner reguljära kilometer] för *Wiener Linien*och *Wiener Neustadt*) motsvarar den relevanta marknaden [80–90] miljoner reguljära kilometer per år. De viktigaste upphandlande myndigheterna är *Verkehrsverbund Ostregion GmbH* ([65–70] miljoner reguljära kilometer) och *Wiener Linien* ([15–20] miljoner reguljära kilometer).

(50) I november 2021 var sökandens marknadsandel i Ostösterreich [35–45 %] ([45–55] % år 2013 då öppna upphandlingsförfaranden inleddes). Dess främsta konkurrenter har följande marknadsandelar: Dr. Richard ([25–30 %]), Gschwindl ([10–15] %), Blaguss ([5–10] %), N-Bus ([5–10] %), Zuklin ([0–5] %) och Retter ([0–5] %).

(51) I Ostösterreich har 92 % av de befintliga kontrakten (i miljoner reguljära kilometer) upphandlats fram till juni 2021.

(52) Sedan 2018 har 14 upphandlingsförfaranden ägt rum i regionen, med 75 lagda anbud, vilket innebär i genomsnitt 5,4 anbudsgivare per förfarande. Utöver sökanden har dess största konkurrent, Dr. Richard, deltagit i tolv upphandlingsförfaranden med en framgångsgrad på […] %. Sökandens framgångsgrad är […] %. I merparten av upphandlingsförfarandena stod Postbus eller Dr. Richard som vinnare.

3.3.1.2 Oberösterreich

(53) Icke-kommersiell busstrafik i denna region motsvarar [35–45] miljoner reguljära kilometer. Med undantag för direkta tilldelningar till interna operatörer ([omkring 5 miljoner] reguljära kilometer för Linz och Steyr) motsvarar den berörda marknaden år 2021 [30–40] miljoner reguljära kilometer per år. Den huvudsakliga upphandlande myndigheten är *Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG* (*Oberösterreich Verkehrsverbund*) ([30–35] miljoner reguljära kilometer). Stadsbusstrafiken i Wels har upphandlats av EWW ([1–2] miljoner reguljära kilometer).

([15]) BMK:s svar av den 2 december 2020.
([16]) Kommissionens beräkning på grundval av bilaga 3 till den nationella konkurrensmyndighetens yttrande.

(54) År 2021 var sökandens marknadsandel i Oberösterreich[40–50] % (den var [45–55] % år 2020 och [60–70] % år 2013 då öppna upphandlingsförfaranden inleddes). På grund av utformningen av upphandlingarna i Oberösterreich, som främjar kontrakt i små delar, har små företag lyckats vinna fem av de tio upphandlingar som nyligen anordnats. De största konkurrenterna till Postbus i Oberösterreich är Sabtours ([15–20] % av marknaden), Welser ([10–15] %), Stern&Hafferl ([5–10] %), Dr. Richard ([5–10] %) och Leitner ([5–10] %).

(55) I Oberösterreich har 100 % av de befintliga kontrakten (i miljoner reguljära kilometer) upphandlats fram till juni 2021. Enligt den regionala myndigheten har 21 upphandlingsförfaranden anordnats sedan 2011, uppdelade i 90 delar, med i genomsnitt 5,2 anbudsgivare per del. Postbus har vunnit […] av dessa 90 delar ([…] %).

3.3.2 *Slutsats om konkurrensbedömningen*

(56) Sökanden innehar en ganska hög men minskande andel kontrakt om icke-kommersiell busstrafik i de regioner som omfattas av ansökan. Dess marknadsandel har sedan 2013 minskat med nästan […] % i Ostösterreich och med omkring […] % i Oberösterreich.

(57) Andelen konkurrensutsatta upphandlingar är mycket hög i båda regionerna, vilket innebär att andelen upphandlade kontrakt ligger på 92 % respektive 100 %.

(58) Antalet anbudsgivare per konkurrensutsatt upphandlingsförfarande är högre än det genomsnittliga antalet anbudsgivare i unionen vad gäller offentlig upphandling: 5,4 (Oberösterreich) respektive 5,2 (Ostösterreich). Även om det stämmer att sökanden vanligtvis lägger ett anbud i nästan alla upphandlingsförfaranden oberoende av plats, råder det fortfarande konkurrens från andra aktörer. I synnerhet Dr. Richard är mycket aktiv i båda regionerna, medan andra operatörer regelbundet lägger anbud i den region där de redan är verksamma.

(59) I allmänhet löper kontrakten för icke-kommersiell busstrafik i Österrike över lång tid, cirka 6 till 10 år enligt sökanden ([17]). Detta är något som kännetecknar marknaden, eftersom regionala transportmyndigheter försöker undvika frekventa och komplicerade upphandlingsförfaranden. Även om detta kan hämma konkurrensen ([18]) uppvägs det av att upphandlingsförfarandena som går genom respektive regionala transportmyndigheter till största delen gäller små delar, ofta mindre än 1 miljon reguljära kilometer. Det sistnämnda är ett viktigt inslag som gynnar marknadsinträde och så småningom konkurrens i båda regionerna ([19]).

(60) Den nationella konkurrensmyndigheten hävdar tvärtom att vissa föreliggande faktorer (lång löptid för kontrakt, små volymer för upphandling, få aktiva anbudsgivare) tenderar att ge lite utrymme för hållbar konkurrens. Kommissionen anser därför att argumentets tyngd i den aktuella frågan tyder på otillräcklig konkurrens. Det är dock viktigt att notera att den nationella konkurrensmyndigheten i sin slutsats beaktade konkurrenssituationen i hela Österrike och att den nationella konkurrensmyndigheten erkände att det finns mycket betydande skillnader mellan olika *Verkehrsverbünde* (regionala transportförbund). De faktorer som nämns i konkurrensmyndighetens yttrande är betydligt mer relevanta för andra österrikiska regioner än för de som omfattas av ansökan. Till exempel uppgick andelen konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden år 2020 endast till 30 % i Kärnten och 32 % i Tyrolen (jämfört med 92 % och 100 % i den region som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* respektive *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområde). Det genomsnittliga antalet anbudsgivare uppgick till endast 2,3 i Vorarlberg, jämfört med mer än fem i de två regioner som omfattas av ansökan. Sökandens marknadsandel i Salzburg uppgick till [70–80] %, men underskred 50 % i båda de regioner som omfattas av ansökan.

(61) Mot bakgrund av de faktorer som undersökts ovan drar kommissionen slutsatsen att verksamhet på området icke-kommersiell busstrafik i de transportregioner som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* och *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområden är direkt konkurrensutsatt i den mening som avses i artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.

([17]) Ansökan, s. 28.

([18]) Se skäl 15 i förordning (EG) nr 1370/2007.

([19]) Kommissionen hävdar i sitt meddelande COM(2017) 572 *Offentlig upphandling i och utanför EU* att den första åtgärden för att förbättra små och medelstora företags tillträde till den offentliga upphandlingen är uppdelning av kontrakt i delar.

4. **SLUTSATS**

(62) Vid tillämpningen av detta beslut och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen bör de resultat av marknadsanalysen som redovisas i skälen 43–55 ses som en indikation på att icke-kommersiell busstrafik i de två österrikiska transportregioner som faller inom Verkehrsverbund Ost-Regions och Oberösterreich Verkehrsverbunds behörighetsområden är konkurrensutsatt i den mening som avses i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU. Det bör därför fastställas att direktiv 2014/25/EU inte bör tillämpas på kontrakt som är avsedda att möjliggöra utövande av denna verksamhet i de två transportregioner som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* och *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområden.

(63) Direktiv 2014/25/EU bör fortsätta att tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och är avsedda att möjliggöra tillhandahållande av icke-kommersiell busstrafik i de andra transportregioner som inte omfattas av detta beslut.

(64) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna eller reglerna på andra unionsrättsliga områden. Särskilt kriterier och metoder som används för att bedöma direkt konkurrensutsatthet enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är inte nödvändigtvis identiska med dem som används för att göra en bedömning enligt artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller i enlighet med rådets förordning (EG) nr 139/2004 ([20]) såsom bekräftat av tribunalen ([21]).

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Enda artikel

Direktiv 2014/25/EU ska inte tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter i syfte att möjliggöra tillhandahållande av icke-kommersiell busstrafik i de regioner som faller inom *Verkehrsverbund Ost-Regions* behörighetsområde och den region som faller inom *Oberösterreich Verkehrsverbunds* behörighetsområde.

Detta beslut riktar sig till Republiken Österrike.

Utfärdat i Bryssel den 10 mars 2022.

På kommissionens vägnar
Thierry BRETON
Ledamot av kommissionen

([20]) Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, 29.1.2004, s. 1).

([21]) Dom av den 27 april 2016, Österreichische Post AG/kommissionen, T-463/14, EU:T:2016:243, punkt 28. Se även skäl 44 i direktiv 2014/25/EU.