III

(Други актове)

ЕВРОПЕЙСКО ИКОНОМИЧЕСКО ПРОСТРАНСТВО

ДЕЛЕГИРАНО РЕШЕНИЕ НА НАДЗОРНИЯ ОРГАН НА ЕАСТ

№ 42/19/COL

от 17 юни 2019 година

за освобождаване на извършването на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия от прилагането на Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета [2019/...]

НАДЗОРНИЯТ ОРГАН НА ЕАСТ,

като взе предвид акта, посочен в точка 4 от приложение XVI към Споразумението за ЕИП, за определяне на процедурите за възлагане на обществени поръчки в сектора на комуналните услуги (Директива № 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО ([1]) („Директивата“), и по-специално членове 34 и 35 от нея,

като взе предвид Споразумението между държавите от ЕАСТ за създаване на надзорен орган и съд (наричано по-нататък „Споразумението за надзорен орган и съд“) и по-специално членове 1 и 3 от Протокол 1 към него,

след консултация с Комитета на ЕАСТ по обществените поръчки,

като има предвид, че:

1. ФАКТИ

(1) След обсъждания, предхождащи уведомлението, на 27 ноември 2018 г. Надзорният орган на ЕАСТ („Органът“) получи искане от Nettbuss AS, понастоящем Vy Buss AS („заявителят“) в съответствие с член 35, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС („искането“) ([2]).

(2) Искането се отнася до предоставянето на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия. Дейностите по управление на обществения транспорт, извършвани на практика от органите за обществен транспорт, не са обхванати от искането ([3]).

(3) Заявителят е „публично предприятие“ по смисъла на Директивата, тъй като Министерството на транспорта и съобщенията притежава непряко 100 % от неговия записан капитал чрез собствеността си върху NSB AS, понастоящем Vygruppen AS (транспортна група, от която е част заявителят) ([4]).

(4) Заявителят упражнява една от дейностите, попадащи в обхвата на Директивата, и следователно е „възложител“ по смисъла на Директивата.

([1]) ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 243. Включена в Споразумението за ЕИП с Решение на Съвместния комитет на ЕИП № 97/2016 (ОВ L 300, 16.11.2017 г., стр. 49 и притурка за ЕИП № 73, 16.11.2017 г., стр. 53).

([2]) Документ № 1040381.

([3]) Така например, възлагането от страна на община на договор за извършване на автобусни услуги на автобусен превозвач не би попаднало в обхвата на искането. За разлика от това, договор, възложен от този оператор на (например) дружество за почистване на автобуси или на дружество, предоставящо автобуси за използване от оператора, би попаднал в обхвата на искането. Това разграничение е изяснено от Съда на ЕС по дело C-388/17, *SJ*, EU:C:2019:161 („*SJ*“), точка 53 (вж. също съображение 31 по-долу). В настоящото решение Органът се позовава на понятието за „дейност“ съгласно определението в Директива 2014/25/ЕС.

([4]) Стр. 3 от искането.

(5) В съответствие с членове 2—9 от Норвежката наредба № 975 относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги от 12 август 2016 г. ([5]), възложителите могат да подават искания по член 35 от Директивата.

(6) Искането беше придружено от обоснована позиция, приета от Норвежкия орган за защита на конкуренцията на 29 юни 2018 г., в която се заключава, че заявителят е бил пряко изложен на конкуренция при предоставянето на обществени услуги за автобусен транспорт и че достъпът до пазара за възлагане на договори за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия е бил неограничен. ([6])

(7) Органът информира Норвегия за получаването на искането на 30 ноември 2018 г. ([7])

(8) В съответствие с точка 1 от приложение IV към Директива 2014/25/ЕС Органът разполага с 130 работни дни, за да приеме решение по искането, с краен срок 18 юни 2019 г. ([8])

(9) В съответствие с Делегирано решение № 37/19/COL от 23 април 2019 г. ([9]) Органът поиска от Комитета на ЕАСТ по обществените поръчки да представи становището си в съответствие с процедурата по консултиране, предвидена в член 2 от Решение № 3/2012 на Постоянния комитет ([10]).

(10) На 22 май 2019 г. Комитетът на ЕАСТ по обществените поръчки даде положително становище с единодушно гласуване по писмената процедура относно проекта на решение на Органа ([11]).

1 **ПРАВНА УРЕДБА**

(11) Директивата се прилага наред с другото за възлагането на поръчки за извършване на дейности, свързани с предоставянето или експлоатацията на мрежи за предоставяне на обществена услуга в областта на автобусния транспорт ([12]).

(12) Съгласно член 11, параграф 2 от Директивата се счита, че съществува мрежа, когато услугата се предоставя при експлоатационни условия, установени от компетентен орган на държава членка, като например условията на обслужваните маршрути, капацитета, който трябва да е наличен, или честотата на услугата.

(13) По дело *SJ* ([13]), при тълкуването на член 5, параграф 1 от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета ([14]) (текстът на който е идентичен с член 11 от Директивата) в контекста на железопътните мрежи Съдът посочва, че „*... следва да се приеме, че дейността, насочена към експлоатиране на мрежи, се отнася до упражняване на правото на използване на железопътната мрежа за доставката на транспортни услуги, докато дейността, насочена към предоставяне на мрежа, се отнася до управлението на мрежата*“ ([15]). Съдът стига до извода, че „*член 5, параграф 1, първа алинея от Директива 2004/17 трябва да се тълкува в смисъл, че дейността, осъществявана от железопътно предприятие, състояща се в доставка на обществени транспортни услуги при упражняване на правото на ползване на железопътната мрежа, представлява „експлоатиране на мрежи“ за целите на тази директива*“ ([16]). „Извършването на обществени услуги за автобусен транспорт“ в Норвегия е еквивалентът в областта на автобусния превоз на дейността на железопътно предприятие, посочена по дело *SJ* в областта на железопътния транспорт, и следователно представлява дейност, която попада в обхвата на Директивата.

([5]) Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975.
([6]) Документ № 1040380.
([7]) Документ № 935075.
([8]) Съгласно Регламент (ЕИО, ЕВРАТОМ) № 1182/71 на Съвета от 3 юни 1971 г. за определяне на правилата, приложими за срокове, дати и крайни срокове (ОВ L 124, 8.6.1971 г., стр. 1) официалните празници се изключват от срока. Вж. Официални празници през 2018 и 2019 г.: държави от ЕАСТ, които са членки на ЕИП, и институции на ЕИП (ОВ C 429, 14.12.2017 г., стр. 25 и Притурка за ЕИП № 81, 14.12.2017 г., стр. 1 и ОВ C 422, 22.11.2018 г., стр. 7 и Притурка за ЕИП № 77, 22.11.2018 г., стр. 1).
([9]) Документ № 1056012.
([10]) В съответствие с член 4 от Регламент (ЕС) № 182/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 2011 г. за установяване на общите правила и принципи относно реда и условията за контрол от страна на държавите членки върху упражняването на изпълнителните правомощия от страна на Комисията (ОВ L 55, 28.2.2011 г., стр. 13), както е адаптиран.
([11]) Вж. Документ № 1070910 относно резултата от писмената процедура.
([12]) Член 11 от Директивата.
([13]) Посочено в горната бележка под линия 3.
([14]) Директива № 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, 30.4.2004 г., стр. 1), включена в Споразумението за ЕИП с Решение на Съвместния комитет на ЕИП № 68/2006 (ОВ L 245, 7.9.2006 г., стр. 22 и притурка за ЕИП № 44, 7.9.2006 г., стр. 18).
([15]) Дело SJ, точка 53 от Решението.
([16]) Дело SJ, точка 54 и точка 2 от диспозитива на Решението.

(14) Член 34 от Директивата предвижда, че по отношение на поръчките, предназначени да създадат условия за осъществяването на една от дейностите, за които се прилага Директивата, Директивата не се прилага, ако в държавата членка, в която тя се осъществява, дейността е изложена пряко на конкуренцията на пазари, достъпът до които не е ограничен. Прякото излагане на конкуренция се оценява въз основа на обективни критерии, като се отчитат особените характеристики на съответния сектор.

(15) В член 35 от Директивата се определя процедурата за установяване на приложимостта на освобождаването по член 34. В адаптираната си формулировка, той предвижда, че държава или, когато това е предвидено в законодателството на съответната държава, възложител могат да подадат до Комисията искане да установи, че Директивата не се прилага за възлагане на поръчки или организиране на конкурси за проект за изпълнението на тази дейност. Органът взема решение дали дейността е пряко изложена на конкуренция на пазари, до които достъпът не е ограничен (въз основа на критериите, посочени в член 34).

(16) Това решение не засяга прилагането на правилата за конкуренцията ([17]) и други области на правото на ЕИП. По-специално критериите и методиката, използвани за оценка на прякото излагане на конкуренция съгласно член 34 от Директива 2014/25/ЕС, не са непременно идентични с използваните за извършване на оценка съгласно член 53 или 54 от Споразумението за ЕИП или Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета ([18]), адаптиран към Споразумението за ЕИП ([19]).

(17) Целта на настоящото решение е да се установи дали дейността, за която се отнася искането, е изложена на равнище на конкуренция (на пазари, достъпът до които не е ограничен по смисъла на член 34 от Директивата), което ще гарантира, че дори при липсата на дисциплината, произтичаща от подробните правила за възлагане на обществени поръчки, определени в Директивата, възлагането на обществени поръчки за упражняване на въпросната дейност ще се извършва по прозрачен и недискриминационен начин въз основа на критерии, позволяващи на купувачите да идентифицират решението, което като цяло е икономически най-изгодно.

2 **ОЦЕНКА**

2.1 **Свободен достъп до пазара**

(18) В настоящия случай съответната дейност е извършването на обществени услуги за автобусен транспорт. Тази дейност се извършва по договори, възлагани от органите за обществен транспорт. В Норвегия съществуват различни видове автобусни услуги (вж. съображение 41 по-долу) и съответната дейност се определя на национално равнище като извършване на редовни услуги за автобусен транспорт.

(19) Що се отнася до извършването на обществени услуги за автобусен транспорт, няма релевантно законодателство на ЕИП, въз основа на което да може да се направи презумпцията за свободен достъп до пазара съгласно член 34, параграф 3 от Директивата. Поради това е необходимо съответната оценка да се направи въз основа на регулаторната уредба и практиката на органите за обществен транспорт, което следва да докаже, че достъпът до пазара е свободен *de facto* и *de jure*.

(20) Следва да се има предвид, че целта на настоящото решение е да се установи дали дейността, за която се отнася искането, е изложена на равнище на конкуренция (на пазари, достъпът до които не е ограничен по смисъла на член 34 от Директивата), което ще гарантира, че дори при липсата на дисциплината, произтичаща от подробните правила за възлагане на обществени поръчки, определени в Директивата, възлагането на обществени поръчки за упражняването на въпросната дейност ще се извършва по прозрачен и недискриминационен начин въз основа на критерии, позволяващи на купувачите да идентифицират решението, което като цяло е икономически най-изгодно. Оценката, която се прави с тази цел не включва преглед дали всеки отделен договор за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт е бил възложен при пълно спазване на правото на ЕИП, а по-скоро дали регулаторната уредба и/или практиката на органите за обществен транспорт ограничават достъпа до пазара *de facto* или *de jure*.

([17]) Член 34, параграф 1 от Директивата. Вж. също съображение 44 от Директивата.
([18]) Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (регламент за сливанията на ЕО) (ОВ L 24, 29.1.2004 г., стр. 1).
([19]) Вж. Решение по дело *Österreichische Post AG / Комисия*, T-463/14, EU:T:2016:243, точка 28.

(21) Що се отнася до потенциалните правни ограничения по отношение на достъпа до пазара на обществени услуги за автобусен транспорт, Органът отбелязва, че съществуват изисквания за лиценз и че услугите се извършват по договор. В искането обаче заявителят изразява мнение, че изискванията за лиценз не могат да представляват ограничение на достъпа до пазара ([20]) и нещо повече, че не е имало никакви специални или изключителни права, свързани с лицензите ([21]). В допълнение заявителят посочва, че тръжните процедури съответстват на Регламент (ЕО) № 1370/2007 на Европейския парламент и на Съвета ([22]) и на Директивата и следователно *de jure* или *de facto* не ограничават достъпа до пазара ([23]).

(22) Съгласно постоянната съдебна практика режимът за предварително разрешение не може да легитимира дискреционни решения на националните органи, които могат да лишат от действие разпоредбите на правото на ЕИП ([24]). За да бъде оправдан режимът за предварително разрешение, макар да предвижда дерогация от свободата на предоставяне на услуги, той трябва да се основава на обективни, недискриминационни и предварително известни критерии, така че да се ограничи упражняването на преценка от страна на националните органи, за да се избегне произволното му прилагане ([25]).

(23) Услугите за редовен автобусен транспорт в Норвегия се уреждат със Закон № 45 от 21 юни 2002 г. за професионалния транспорт с моторни превозни средства или кораби ([26]) (наричан по-нататък „Законът за професионалния транспорт“) и с Наредбата за професионалния транспорт, приета въз основа на този акт ([27]).

(24) Член 4 от Закона за професионалния транспорт изисква от дружествата, възнамеряващи да предоставят обществени услуги за автобусен транспорт, да получат общ лиценз („transportøyve“), издаден от Норвежката публична пътна администрация (Statens vegvesen) ([28]). Макар формулировката в Закона за професионалния транспорт да предполага възможност за преценка от страна на публичната пътна администрация, тъй като е използвана думата „може“, тази дума се използва често в норвежкото законодателство, въпреки че на практика е налице много малка свобода за преценка или такава изобщо липсва. От подготвителните работи по закона следва, че лицензионната схема е инструмент за контрол на качеството на предоставяните услуги ([29]). Член 4 от Наредбата за професионалния транспорт пояснява, че ако няма особени причини това да не бъде направено, лиценз може да бъде даден на всеки кандидат, който изпълнява изискванията. Освен това Норвежкият орган за защита на конкуренцията посочва, че всеки, който отговаря на обективните условия, може да получи такъв лиценз ([30]). Органът получи информация, която противоречи на горните констатации.

(25) Освен това, за извършването на услуги за редовен автобусен транспорт по принцип се изисква лиценз съгласно член 6, параграф 1 от Закона за професионалния транспорт, който се издава от съответните областни общини ([31]). Дружествата за управление са освободени от изискването за притежание на лиценз и когато органът за обществен транспорт е дружество за управление и продължава да носи отговорност пред обществеността и операторът действа като негов подизпълнител, не се изисква лиценз, тъй като освобождаването на дружеството за управление се прилага и за оператора ([32]).

(26) В член 8 от Закона за професионалния транспорт се предвижда, че лицензите за транспортни услуги, подлежащи на компенсационни плащания или на изключително право, се предоставят чрез конкурентни тръжни процедури, ако са предвидени в Закона за професионалния транспорт, Закона за обществените поръчки или в съответните наредби, приети въз основа на който и да е от тези актове. Когато се изисква лиценз по член 6, той се предоставя на спечелилия договора ([33]).

([20]) Вж, например стр. 40 от искането.
([21]) Стр. 11 от искането.
([22]) Регламент (ЕО) № 1370/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 г. относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета (ОВ L 315, 3.12.2007 г., стр. 1) и включен в Споразумението за ЕИП с Решение на Съвместния комитет на ЕИП № 85/2008 (ОВ L 280, 23.10.2008 г., стр. 20 и притурка за ЕИП № 64, 23.10.2008 г., стр. 13).
([23]) Стр. 30 от искането.
([24]) Решения по дело *Smits и Peerbooms* (C-157/99 , EU:C:2001:404, точка 90; *Müller-Fauré и van Riet*, C-385/99, EU:C:2003:270, точка 84; *Watts*, C-372/04, EU:C:2006:325, точка 115; Заключение на генералния адвокат по дело Watts, C-372/04, EU:C:2005:784, точка 70.
([25]) Решения по дело *Analir и др.* , C-205/99, EU:C:2001:107, точка 38; Решение по дело *Watts*, C-372/04 , EU:C:2006:325, точка 116.
([26]) Yrkestransportloven.
([27]) Наредба № 401 за професионалния транспорт от 26 март 2003 г. („yrkestransportfoskritten“).
([28]) Член 4 от Закона за професионалния транспорт и член 3 от Наредбата за професионалния транспорт.
([29]) Ot.prp. nr. 74 (2001-2002), глава 2.
([30]) Стр. 4 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([31]) Член 6 от Закона за професионалния транспорта и член 3 от Наредбата за професионалния транспорт.
([32]) Член 6, параграф 2 от Закона за професионалния транспорт.
([33]) Стр. 4 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.

(27) На практика обществените услуги за автобусен транспорт, попадащи в приложното поле на Директивата, се извършват по договори, възложени от органите за обществен транспорт. Тези договори подлежат на правилата за обществените поръчки на ЕИП, по-специално ([34]):

а) Регламент (ЕО) № 1370/2007;

б) Директива 2014/25/ЕС; и/или

в) Директива 2014/24/ЕС ([35]).

(28) Директиви 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС влязоха в сила в ЕИП на 1 януари 2017 г. Преди това бяха приложими Директива 2004/17/ЕО и Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета ([36]).

(29) И трите сегашни инструмента като цяло изискват открита, прозрачна, недискриминационна конкурентна тръжна процедура с ограничени изключения. Следователно договорите и лицензите за редовни обществени услуги за автобусен транспорт трябва да се възлагат чрез конкурентни тръжни процедури, освен ако се прилага освобождаване по силата на съответния акт на ЕИП или ако договорът е под праговите стойности за прилагането на съответния акт. Същото се прилагаше и по силата на предходните директиви.

(30) В искането се посочва, че органите за обществен транспорт все по-често използват конкурентни тръжни процедури при възлагането на договори за автобусен транспорт. Докато през 2010 г. само 43 процента от услугите за редовен автобусен превоз са възложени чрез конкурентни тръжни процедури, през 2018 г. този дял се е увеличил до над 98 процента и ще достигне почти 100 % до 3 декември 2019 г. ([37]) Заявителят също така посочи, че дерогации от конкурентните тръжни процедури се използват рядко, самите органи за обществен транспорт не предоставят обществени услуги за автобусен транспорт по силата на изключението по член 5, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 1370/2007 и прякото възлагане под праговете по член 5, параграф 4 от Регламент (ЕО) № 1370/2007 се използва в много ограничена степен.

(31) Органът сравни информацията, предоставена от заявителя във връзка със ситуацията през 2018 г., с информацията, получена от Органа от правителството на Норвегия на 9 ноември 2018 г. ([38]) в контекста на общия преглед на договорите за задължения за извършване на обществени услуги въз основа на Регламент (ЕО) № 1370/2007 ([39]). Оценката потвърди в общи линии информацията, предоставена от заявителя. Правителството на Норвегия предостави подробности за общо 27 пряко възложени договора, като 13 от тях трябваше да бъдат заменени в хода на 2019 г. с договори, които вече са били предмет на тръжна процедура. Посочената обща годишна стойност на пряко възложените договори е около 275 млн. NOK, което представлява само малка част от цялата стойност на договорите за обществени услуги за автомобилен транспорт в Норвегия (която се оценява на 11,6 млрд. NOK през 2017 г.). Освен това единствените пряко възложени договори, които се предвижда да останат в сила след 10 август 2019 г., са договори, които отговарят на условията по член 5, параграф 4 от Регламент (ЕО) № 1370/2007 (който позволява пряко възлагане на поръчки под определена стойност или прагове за разстояние).

(32) Прегледът на правните разпоредби, приложими по отношение на възлагането на обществени поръчки и издаването на лицензи за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия, показва, че понастоящем тези договори и лицензи се предоставят на недискриминационна основа. Процедурите за предоставяне на лицензи и възлагане на договори и съответните критерии са едни и същи за всички участници на пазара, поради което това не може да доведе до ограничаване на достъпа до пазара за целите на настоящото решение.

(33) Свободният достъп до тази дейност беше потвърден и от Норвежкия орган за защита на конкуренцията ([40]).

([34]) Това кой инструмент се прилага зависи, наред с другото, от естеството на възложения договор и това дали са изпълнени условията в член 11 от Директива 2014/25/ЕС по отношение на предоставянето или експлоатирането на мрежи. Заявителят посочва, че органите за обществен транспорт като цяло спазват Директива 2014/24/ЕС при възлагането на договори за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт, но някои органи за обществен транспорт възлагат договори по силата на Директива 2014/24/ЕС, а изискванията за представяне на оферти съгласно Регламент (ЕО) № 1370/2007 може да се прилагат за някои договори.

([35]) Директива № 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 65) и включена в Споразумението за ЕИП с Решение на Съвместния комитет на ЕИП № 97/2016 (ОВ L 300, 16.11.2017 г., стр. 49 и притурка за ЕИП № 73, 16.11.2017 г., стр. 53).

([36]) Директива № 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, 30.4.2004 г., стр. 114), включена в Споразумението за ЕИП с Решение на Съвместния комитет на ЕИП № 68/2006 (ОВ L 245, 7.9.2006 г., стр. 22 и притурка за ЕИП № 44, 7.9.2006 г., стр. 18).

([37]) Стр. 6 от искането.

([38]) Документ № 1037921, писмо от правителството на Норвегия от 9 ноември 2018 г.

([39]) Дело № 74680, Разглеждане на договорите за задължения за извършване на обществени услуги въз основа на Регламент (ЕО) № 1370/2007.

([40]) Стр. 4 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.

(34) Органът стига до заключението, че дейността по извършване на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия е организирана предимно въз основа на публични търгове, като е налице и достатъчен брой участници — средно 3,8 ([41]). Участието в тези търгове е възможно по недискриминационен начин.

(35) С оглед на горепосоченото, за целите на оценката на условията, определени в член 34 от Директива 2014/25/ЕС, и без да се засяга прилагането на правото в областта на конкуренцията, способността на Органа да разследва спазването от страна на Норвегия на Регламент (ЕО) № 1370/2007, Директива 2014/24/ЕС, Директива 2014/25/ЕС и всяка друга разпоредба на законодателството на ЕИП в областта на обществените поръчки в контекста на своите общи задължения за надзор или прилагането на всяка друга област на правото на ЕИП, достъпът до пазара за дейността по извършване на обществени услуги за автобусен транспорт може да се счита за свободен *de facto* и *de jure*.

2.2 **Пряко излагане на конкуренция**

(36) За да се прецени дали второто условие за освобождаване е изпълнено, а именно дали дейността, обхваната от искането, и която отговаря на условието за свободен достъп до пазара *de jure* и *de facto*, е пряко изложена на конкуренция, следва да се определят съответният продуктов и съответно географски пазар и на тази основа да се извърши анализ на пазара.

(37) Прякото излагане на конкуренция следва да се оценява въз основа на различни показатели, като нито един от тях не е определящ сам по себе си. По отношение на пазарите, засегнати от настоящото решение, пазарният дял на основните участници на даден пазар представлява един от критериите, които следва да бъдат взети предвид. Като се имат предвид характеристиките на засегнатите пазари като тръжни пазари, следва да се вземат предвид и други критерии, като тръжните модели или способността и готовността на участниците на пазара да представят оферти в текущи и бъдещи тръжни процедури.

(38) Настоящото решение има за цел да се установи дали услугите, за които се отнася искането, са изложени (на пазари, достъпът до които не е ограничен по смисъла на член 34 от Директивата) на степен на конкуренция, която гарантира, че дори при липсата на дисциплината, произтичаща от подробните правила за възлагане на обществени поръчки, определени в Директивата, възлагането на обществени поръчки за извършването на съответните дейности ще се извършва по прозрачен и недискриминационен начин, въз основа на критерии, позволяващи на купувачите да идентифицират решението, което като цяло е икономически най-изгодно.

(39) В този контекст е важно да се има предвид, че на засегнатия пазар не всички пазарни участници са подчинени на правилата за възлагане на обществени поръчки ([42]). Следователно, когато извършват дейност на тези пазари, дружествата, които не са предмет на тези правила, по принцип имат възможността да оказват конкурентен натиск върху онези участници на пазара, които са предмет на правилата за възлагане на обществени поръчки.

(40) Органът трябва да определи дали съответните дейности са пряко изложени на конкуренция. За тази цел той разгледа доказателствата, предоставени от заявителя, както и информацията, предоставена от Норвежкия орган за защита на конкуренцията. Органът разчита предимно на пазарните данни, предоставени от заявителя и от Норвежкия орган за защита на конкуренцията, за да оцени пазарните дялове и нивата на концентрация. В допълнение към информацията, предоставена от заявителя, Норвежкият орган за защита на конкуренцията също се е позовал на информация от други предприятия за автобусен транспорт в Норвегия и от девет органа за обществен транспорт ([43]).

([41]) Вж. стр. 14 от искането.

([42]) Правилата за възлагане на обществени поръчки се прилагат освен за заявителя също и за Unibuss AS. Други оператори като Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS или Nobina Norge AS са частни оператори, които не отговарят на условията, за да бъдат предмет на правилата на ЕИП за възлагане на обществени поръчки.

([43]) Стр. 3 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.

3.2.1. *Определяне на продуктовия пазар*

(41) В искането си заявителят е определил съответния продуктов пазар като пазара за възлагане на поръчки за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт ([44]). Заявителят също така твърди, че услугите за търговски автобусен транспорт на дълги разстояния (като например експресните автобусни услуги), търговският транспорт на къси разстояния (като например експресните услуги от и до летищата) и туристическите автобуси се различават от възложените с договор обществени услуги за автобусен транспорт ([45]). Услугите за търговски автобусен транспорт се управляват единствено от нуждите на пазара и не получават финансиране от държавни ресурси. Всички търговски автобусни услуги се конкурират на пазара по цени, капацитет, честота или други характеристики на услугата. За разлика от това, конкуренцията между обществените оператори на автобусен транспорт се осъществява на равнището на конкурентните тръжни процедури, а именно на пазара за възлагане на обществени поръчки за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт, а не впоследствие на пазара по цени, капацитет, честота или други характеристики на услугата. Заявителят посочи, че поради тази причина операторите на автобусен транспорт, които извършват дейност по договор с орган за обществен транспорт, обикновено имат много слабо влияние върху основните параметри на конкуренцията за пътниците, като например честотата, включително разписанията, цените или удобството на пътниците, тъй като тези характеристики обикновено се определят от възлагащия орган за обществен транспорт ([46]).

(42) Според заявителя различните изисквания на органите за обществен транспорт не са достатъчно конкретни, за да се заключи, че са налице отделни продуктови пазари за възлагане на поръчки за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт ([47]). За да им бъде възложена обществена поръчка за извършване на обществен автобусен транспорт на ниво община или регион, операторите на автобусен транспорт по принцип трябва да спазват същата регулаторна уредба и могат да адаптират своята оферта към изискванията на съответния орган за обществен транспорт. Според заявителя действителните тръжни модели на големите автобусни превозвачи демонстрират способността и готовността на тези автобусни превозвачи да адаптират своите оферти към отделните изисквания, определени от различните органи за обществен транспорт, тъй като тези превозвачи като цяло се конкурират за всички договори, възлагани с обществени поръчки в Норвегия, независимо от евентуалните различия между тях ([48]).

(43) Норвежкият орган за защита на конкуренцията счете, че предложеният от заявителя съответен продуктов пазар е в съответствие с установената промишлена практика в Норвегия и е извършил оценката си въз основа на това определение, предложено от заявителя ([49]).

(44) В предишни решения, свързани с обществения транспорт (включително автобусни услуги), Комисията зае позицията, че могат да бъдат определени конкретни пазари за възлагане на договори за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт ([50]). Комисията също така бе на мнение, че в рамките на (възложените) обществените услуги за автобусен транспорт на концесия не може да се прави разграничение между вътрешноградски услуги, междуградски услуги и услуги по договор за транспорт на дълги разстояния, тъй като те обикновено се регулират от една и съща регулаторна уредба и изискванията на органите за обществен транспорт са имали само няколко различни характеристики, свързани с техническите спецификации ([51]).

(45) Практиката на Комисията също така потвърждава становището, че услугите за автобусен транспорт и (възложените с договор) обществени услуги за автобусен транспорт са част от различни продуктови пазари поради различията в естеството на конкуренцията. Конкуренцията между операторите на обществени услуги за автобусен транспорт се осъществява на равнището на тръжната процедура, а именно на пазара за възлагане на поръчки за обществени услуги за автобусен транспорт, а не впоследствие на пазара по цени, капацитет, честота или други характеристики на услугата ([52]). В сравнение с търговските услуги, операторите на обществени услуги за автобусен транспорт (с които се сключват договори) обикновено имат много слабо влияние върху основните измерения на конкуренцията, като например честотата, тарифите или комфорта на пътниците, тъй като тези характеристики се определят от органите за обществен транспорт, които възлагат договора за предоставяне на услугата. Автобусните оператори са задължени да предоставят услугите си в съответствие с договора с органа за обществен транспорт и не могат да адаптират своите услуги в зависимост от нуждите на пътниците, както по принцип биха направили търговските оператори ([53]).

([44]) Стр. 25 от искането.
([45]) Стр. 26 от искането.
([46]) Пак там.
([47]) Пак там.
([48]) Пак там.
([49]) Стр. 3 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([50]) Вж. по този въпрос дело COMP/M.1768 — Schoyens/Goldman Sachs/Swedbus, точки 10 и 14; дело COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, точки 16—23; дело COMP/M.5855 — DB/Arriva, точка 21; дело COMP/M.6794 — Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, точки 19—21; дело COMP/M.6818 — DB/Veolia, точки 19 и 56.
([51]) Дело COMP/M.6818 — DB/Veolia, точки 19—21; дело COMP/M.5855 — DB/Arriva, точки 23—24.
([52]) Дело COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, точка 17; дело COMP/M.6818 — DB/Veolia, точки 22 и 58; дело COMP/M.5855 — DB/Arriva, точка 22.
([53]) Дело COMP/M.6818 — DB/Veolia, точка 23; дело COMP/M.5855 — DB/Arriva, точка 22.

(46) Предвид особеностите на норвежкия пазар за автобусен транспорт, посочени в съображения 41—42, за целите на оценката на условията, определени в член 34 от Директива 2014/25/ЕС, и без да се засяга прилагането на правото в областта на конкуренцията, с настоящото съответният продуктов пазар се определя като пазара за възлагане на договори за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт. В конкретния случай и за посочените по-горе цели Надзорният орган не е установил обстоятелства, които биха обосновали определянето на отделните тръжни процедури на органите за обществен транспорт като отделни съответни пазари.

2.2.2 *Определяне на географския пазар*

(47) Що се отнася до географския пазар, заявителят счита, че съответният пазар за възлагане на обществени поръчки за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт е поне национален по обхват, като обхваща всички договорни автобусни услуги в Норвегия ([54]). Заявителят твърди, че Законът за професионалния транспорт осигурява обща регулаторна уредба за конкурентните тръжни процедури за автобусни услуги в Норвегия ([55]). Заявителят също така отбелязва, че на практика всички (98 %) текущи договори за обществени услуги за автобусен транспорт са възложени в резултат на конкурентна тръжна процедура и повечето от тях се използват като брутни договори, имащи едни и същи основни характеристики ([56]). При това положение всяка разлика в процедурите за възлагане на обществени поръчки и договорите на различните органи за обществен транспорт са незначителни и лесни за преодоляване за автобусните оператори.

(48) Заявителят подчерта, че съществуването на обща регулаторна уредба за конкурентното възлагане на автобусни услуги на цялата територия на Норвегия е отразено и в действителния модел на оферирane на предприятията за автобусен транспорт, които понастоящем развиват дейност на пазара ([57]). Автобусните оператори Torghatten, Boreal и Nobina извършват дейност в национален мащаб и нищо не пречи на други предприятия, извършващи автобусни превози, да се конкурират за всички договори. Заявителят твърди, че с малки изключения и независимо от евентуалното наличие на регионално присъствие е имало значителна конкуренция за всички възложени услуги за автобусен транспорт от 1 януари 2015 г. насам ([58]).

(49) Заявителят обаче стига до заключението, че за целите на искането в крайна сметка не е необходимо точно определяне на географския пазар ([59]). Според него при всяко възможно определение за географски пазар, при което заявителят има текущи договори и/или е подало оферти за поръчки, достъпът до пазара е неограничен и е напълно изложен на конкуренция.

(50) Норвежкият орган за защита на конкуренцията установи, че не е необходимо точно определяне на съответния географски пазар, тъй като резултатът от анализа е останал непроменен, независимо дали е бил основан на тясно или широко определение на пазара ([60]).

(51) Позицията на заявителя е в съответствие с практиката на Комисията. В предишни решения Комисията, макар и най-често да оставя отворено точното определение на географския пазар, считаше, че съответният географски пазар за възлагане на поръчки за обществени услуги за автобусен транспорт е област, в която съществува обща регулаторна уредба за конкурентно възлагане на автобусни услуги ([61]).

(52) В заключение, за целите на оценката на условията, определени в член 34 от Директивата, и без да се засяга прилагането на законодателството в областта на конкуренцията или на други области на законодателството на ЕИП, Органът счита, че съответното географско измерение на съответния продуктов пазар е поне национално по обхват. Това се дължи на наличието на обща регулаторна уредба, само на малки разлики в тръжните процедури на органите за обществен транспорт, както и на способността и готовността на автобусните оператори да участват в процедурите за възлагане на обществени поръчки в цяла Норвегия.

([54]) Стр. 28 от искането.
([55]) Пак там.
([56]) Пак там.
([57]) Пак там.
([58]) Пак там.
([59]) Стр. 29 от искането.
([60]) Стр. 3 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([61]) Дело COMP/M.6818 – DB/Veolia, точка 29; дело COMP/M.5855 — DB/Arriva, точка 27. Вж. също дело COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA и дело COMP/M.6794 — Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, точка 31.

2.2.3 *Пазарен анализ*

(53) Счита се, че по отношение на пазара за възлагане на обществени поръчки за извършване на обществени услуги автобусен транспорт един от показателите за степента на конкуренция е пазарният дял на най-големия оператор и общият пазарен дял на най-големите оператори на пазара. Според данните, предоставени от заявителя в неговото искане, той има най-голям пазарен дял на съответния пазар [25—30 %] въз основа на оборота и 28 % въз основа на обема ([62]). Съществуват обаче няколко силни конкуренти с двуцифрени пазарни дялове въз основа на оборота, като например Torghatten [15 —20 %], Tide [15—20 %] и Unibuss [12—17 %], следвани от малки, но не и незначителни пазарни участници, като например Boreal [5—10%] и Nobina [5—10 %] ([63]). Оставащият пазарен дял е поделен между 29 по-малки автобусни превозвачи. Предоставените от заявителя данни за пазарния дял съответстват на изчисленията, направени от Норвежкия орган за защита на конкуренцията ([64]).

(54) Както е обяснено в съображение 45 по-горе, естеството на конкуренцията е различно при услугите за обществен автобусен транспорт, тъй като дружествата се конкурират за пазара, а не на пазара въз основа на цените, разписанията или качеството на услугите. На норвежкия пазар за възлагане на обществени поръчки за извършване на обществени услуги за автобусен транспорт конкуренцията при възлагането на поръчки се осъществява под формата на публични търгове, организирани от органите за обществен транспорт. Според заявителя 98 % от всички текущи договори са възложени чрез състезателна тръжна процедура, като тази стойност ще достигне почти 100 % до 3 декември 2019 г. ([65]). При тези обстоятелства оценката на конкуренцията и пазарният анализ трябва да проучат моделите на оферирane и способността и готовността на участниците на пазара да се конкурират в текущите и предстоящите търгове.

(55) Най-важните конкуренти на заявителя са големи дружества, които често са част от транспортни дружества с многонационални операции. Torghatten е едно от най-големите транспортни дружества в Норвегия и доставчик на обществен транспорт с ферибот, експресен кораб, автобус и въздушен транспорт. То извършва също търговски автобусни услуги и има общи консолидирани приходи от над 9 милиарда NOK. Tide е част от транспортната група DSD, която извършва публични и търговски услуги за автобусен транспорт в Норвегия и която има присъствие и в Дания. Консолидираните приходи на групата DSD са почти 6 млрд. NOK. Unibuss е собственост на община Осло. Групата Unibuss предлага както обществени, така и търговски услуги в няколко норвежки града. Boreal Buss е част от Boreal Group с мащабни транспортни публични и търговски дейности. Настоящият краен собственик на Boreal е фонд за частни капиталови инвестиции от Хонконг, чиято дейност се съсредоточава в областта на инфраструктурните инвестиции в световен мащаб. Консолидираните приходи на Boreal възлизат на почти 3 млрд. NOK. И накрая, Nobina е част от шведската група Nobina group, която предоставя услуги за обществен транспорт в цяла Скандинавия. Тези дружества участват в тръжни процедури в цяла Норвегия, разполагат с капацитет и опит, които им позволяват да представят оферти във всички тръжни процедури в Норвегия.

(56) Заявителят отбелязва, че от 1 януари 2015 г. насам в 58-те конкурентни търга в Норвегия е имало средно по 3,8 конкурента с подадени оферти ([66]). Тази цифра беше потвърдена от оценките, изготвени от Норвежкия орган за защита на конкуренцията ([67]). Въпреки че броят на доставчиците се различава значително между различните договори, от един до осем в 46-те договора, които проучи Норвежкият орган за защита на конкуренцията, Норвежкият орган за защита на конкуренцията констатира също, че органите за обществен транспорт са като цяло удовлетворени по отношение на броя на доставчиците ([68]). Заявителят предостави също подробни данни за тръжните процедури в различните региони на норвежките органи за обществен транспорт, която потвърждава като цяло конкурентния характер на възлагането на поръчки за автобусен транспорт в Норвегия ([69]). Подробните данни и вътрешните данни на заявителя също така показаха, че е имало смяна на оператора в приблизително 40 % от всички договори, които са предмет на конкурентна тръжна процедура ([70]). Това потвърждава способността на различните оператори да се конкурират ефективно.

([62]) Стр. 30 от искането.
([63]) Пак там.
([64]) Стр. 5 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([65]) Стр. 6 от искането. Вж. също процедурата на Органа, посочена в съображение 31 по-горе.
([66]) Стр. 14 от искането.
([67]) Стр. 5 от позицията на Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([68]) Пак там.
([69]) Вж. стр. 14—24 от искането.
([70]) Стр. 24 от искането.

(57) Заявителят също така твърди, че пазарът за предоставяне на обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия се характеризира с ниски бариери за навлизане и разширяване, а оценката на Норвежкия орган за защита на конкуренцията потвърди тази констатация ([71]). Тя се основава на стабилен и предвидим доход благодарение на договорите с органите за обществен транспорт и лесен достъп до необходимата информация и инфраструктура, тъй като органите за обществен транспорт осигуряват необходимата инфраструктура с изключение на автобусите ([72]). Освен това служителите на предишния притежател на съответния договор имат право да се прехвърлят при новия притежател на договора. Също така, тъй като спецификациите на органите за обществен транспорт обикновено изискват наличието на нов парк от автобуси, следователно потенциалните нови оператори не са в по-неблагоприятна позиция по отношение на разходите по отношение на закупуването на автобуси ([73]).

(58) За целите на настоящото решение и без да се засяга прилагането на правото в областта на конкуренцията, факторите, изброени в съображения 53—57, следва да бъдат възприети като показател за излагането на конкуренция на услугите за обществен автобусен транспорт в Норвегия. Това съответства също на становището на Норвежкия орган за защита на конкуренцията. Има вероятност дружествата, които развиват дейност на този пазар, да са подложени на достатъчно конкурентен натиск. Няма индикации, че секторът не функционира на пазарен принцип. Поради това Органът заключава, че пазарът за възлагане на обществени поръчки за обществен автобусен транспорт е пряко изложен на конкуренция по смисъла на Директивата.

(59) Органът отбелязва факта, че понастоящем конкурентният натиск върху пазара за възлагане на обществени поръчки за обществен автобусен транспорт се определя основно от съществуващата нормативна уредба, както и от това, че органите за обществен транспорт организират конкурентни тръжни процедури вместо да използват вътрешен доставчик или изключенията за пряко възлагане, предвидени от съответните правила на ЕИП за възлагане на обществени поръчки, различни от ограниченото използване на пряко възлагане на поръчки на ниски цени и/или договори за къси разстояния. Това означава, че промените в тези политики или практики могат да изменят динамиката на пазара и цялостния конкурентен натиск върху възложителите, които извършват обществени автобусни транспортни услуги, обхванати от настоящото решение.

3 **ЗАКЛЮЧЕНИЯ**

(60) За целите на настоящото решение и без да се засяга прилагането на правото в областта на конкуренцията, констатациите от анализа на пазара, изброени в съображения 53—57, следва да се разглеждат като признак за излагане на конкуренция по смисъла на член 34 от Директивата за дейността по извършване на обществени автобусни транспортни услуги в Норвегия. Следователно, тъй като условията, посочени в член 34 от Директива 2014/25/ЕС, са изпълнени, следва да се установи, че Директива 2014/25/ЕС не се прилага за договори, предназначени да способстват за упражняването на тази дейност в Норвегия.

(61) Това решение се основава на приложимото право и фактическото положение между януари 2015 г. и юни 2019 г., както е видно от информацията, предоставена от заявителя и Норвежкия орган за защита на конкуренцията. Органът си запазва правото да преразгледа настоящото решение, ако условията за прилагането на член 34 от Директива 2014/25/ЕС вече не са изпълнени или са налице съществени промени в правното или фактическото положение.

ПРИЕ НАСТОЯЩОТО РЕШЕНИЕ:

1. Актът, посочен в точка 4 от приложение XVI към Споразумението за ЕИП за определяне на процедурите за възлагане на обществени поръчки в сектора на комуналните услуги (Директива № 2014/25/ЕС) не се прилага за възложени договори или конкурси за проект, които се организират от възложители, които желаят да извършват или извършват обществени услуги за автобусен транспорт, доколкото тези договори или конкурси за проект имат за цел да им се позволи да извършват обществени услуги за автобусен транспорт в Норвегия (дейност, свързана с експлоатацията на мрежа за предоставяне на услуги в областта на обществения автобусен транспорт).

2. Адресат на настоящото решение е Кралство Норвегия.

3. Настоящото решение е автентично на английски език.

([71]) Стр. 31 от искането и стр. 5 от позицията, приета от Норвежкия орган за защита на конкуренцията относно условията за приложимост на член 34, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.
([72]) Пак там.
([73]) Стр. 31 от искането.

Съставено в Брюксел на 17 юни 2019 година.

За Надзорния орган на ЕАСТ, действащ съгласно Решение за делегиране № 19/19/COL,

Högni S. KRISTJÁNSSON
Отговорен член на колегиума

Carsten ZATSCHLER
Преподписващ в качеството си на директор „Правни и административни въпроси“