III

(Andre retsakter)

DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE SAMARBEJDSOMRÅDE

EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDENS DELEGEREDE AFGØRELSE

Nr. 42/19/COL

af 17. juni 2019

om at fritage drift af offentlig bustransport i Norge fra anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU [2019/…]

EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDEN HAR —

under henvisning til den retsakt, der henvises til i punkt 4 i bilag XVI til EØS-aftalen om fastlæggelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter i forsyningssektoren (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF ([1]) (herefter »direktivet«), særlig artikel 34 og 35,

under henvisning til aftalen mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol (»tilsyns- og domstolsaftalen«), særlig artikel 1 og 3 i protokol 1 til aftalen,

efter høring af EFTA-udvalget for indkøb,

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFREMSTILLING

(1) Den 27. november 2018 efter drøftelser forud for anmeldelsen modtog EFTA-tilsynsmyndigheden (herefter »myndigheden«) en anmodning fra Nettbuss AS, nu Vy Buss AS, (herefter »ansøgeren«) i henhold til artikel 35, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU (herefter »anmodningen«) ([2]).

(2) Anmodningen vedrører drift af offentlig bustransport i Norge. Forvaltningsaktiviteter af offentlig transport, der i praksis udføres af offentlige transportmyndigheder, er ikke omfattet af anmodningen ([3]).

(3) Ansøgeren er en »offentlig virksomhed« som defineret i direktivet, eftersom det norske transport- og kommunikationsministerium indirekte ejer 100 % af selskabets aktiekapital gennem sit ejerskab af NSB AS, nu Vygruppen AS, (en transportgruppe, der omfatter ansøgeren) ([4]).

(4) Ansøgeren udøver en af de aktiviteter, der er omfattet af direktivet, og er derfor en »ordregivende enhed« som defineret i direktivet.

([1]) EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243. indføjet i EØS-aftalen ved afgørelse truffet af Det Blandede Udvalg nr. 97/2016 (EUT L 300 af 16.11.2017, s. 49, og EØS-tillæg nr. 73 af 16.11.2017, s. 53).

([2]) Dokument nr. 1040381.

([3]) En kommunes tildeling af en kontrakt om at drive busruter til en busoperatør er eksempelvis ikke omfattet af denne anmodning. Derimod vil en kontrakt, som den pågældende operatør tildeler (f.eks.) et rengøringsfirma til rengøring af busser eller til en virksomhed, der leverer busser til brug af operatøren, være omfattet af anmodningen. Denne sondring er blevet præciseret af EU-Domstolen i sag C-388/17, SJ, ECLI:EU:C:2019:161 (»SJ«), præmis 53 (jf. betragtning 31 nedenfor). Myndigheden henviser i denne afgørelse til begrebet »virksomhed« som omhandlet i direktiv 2014/25/EU.

([4]) Side 3 i anmodningen.

(5) I henhold til afsnit 2-9 i den norske bekendtgørelse nr. 975 af 12. august 2016 om indkøb af enheder, der er aktive inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ([5]), kan ordregivende enheder indsende anmodninger efter direktivets artikel 35.

(6) Anmodningen var ledsaget af en begrundet og dokumenteret afgørelse truffet af det norske konkurrencetilsyn den 29. juni 2018, hvori det konkluderes, at ansøgeren er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår i sin levering af offentlige bustransporttjenester, og at adgang til markedet for tildeling af kontrakter for at drive offentlige bustransporttjenester i Norge var ubegrænset ([6]).

(7) Myndigheden underrettede Norge om modtagelsen af anmodningen den 30. november 2018 ([7]).

(8) I overensstemmelse med punkt 1 i bilag IV til direktiv 2014/25/EU har myndigheden 130 arbejdsdage til at vedtage en afgørelse om anmodningen senest den 18. juni 2019 ([8]).

(9) I henhold til delegeret afgørelse nr. 37/19/COL af 23. april 2019 ([9]) anmodede myndigheden EFTA-udvalget for indkøb om at indsende udvalgets holdning i henhold til rådgivningsproceduren, der er fastsat i artikel 2 i det stående udvalgs afgørelse nr. 3/2012 ([10]).

(10) EFTA-udvalget for indkøb afgav den 22. maj 2019 en positiv udtalelse ved enstemmighed om myndighedens udkast til afgørelse i henhold til den skriftlige procedure ([11]).

2. **RETSGRUNDLAG**

(11) Direktivet finder bl.a. anvendelse på tildeling af kontrakter med henblik på udøvelse af aktiviteter i forbindelse med tilrådighedsstillelse eller drift af net til ydelse af tjenester til offentligheden inden for bustransport ([12]).

(12) I henhold til direktivets artikel 11, andet afsnit, er der tale om forekomsten af et net, hvis driften foregår på driftsbetingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

(13) I sag SJ ([13]) udtalte Domstolen ved sin fortolkning af artikel 5, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF ([14]) (hvis ordlyd er identisk med direktivets artikel 11) i forbindelse med jernbanenet, følgende: »… skal det fastslås, at 'drift af net' henviser til udøvelsen af retten til at anvende jernbanenettet til at udføre transporttjenester, mens 'tilrådighedsstillelse af net' henviser til forvaltning af nettet« ([15]). Domstolen konkluderede, at »artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at den virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed, og som består af udførelse af offentlige transporttjenester under udøvelse af retten til at anvende jernbanenettet, udgør »drift af net« som omhandlet i dette direktiv« ([16]). »Drift af offentlig personbefordring med bus« i Norge svarer i forbindelse med bustransport til den virksomhed, der udøves af en jernbanevirksomhed, der er omhandlet i SJ, inden for transport med jernbane, og er således en aktivitet, der er omfattet af direktivet.

([5]) *Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene* (forsyningsforskriften) https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975

([6]) Dokument nr. 1040380.

([7]) Dokument nr. 935075.

([8]) I henhold til Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (EFT L 124 af 8.6.1971, s. 1) er helligdage undtaget fra tidsfristen. Se Helligdage 2018 og 2019: EØS- og EFTA-staterne samt EØS-institutionerne, EUT C 429 af 14.12.2017, s. 25 og EØS-tillæg nr. 81 af 14.12.2017, s. 1, EUT C 422 af 22.11.2018, s. 7, og EØS-tillæg nr. 77 af 22.11.2018, s. 1.

([9]) Dokument nr. 1056012.

([10]) I overensstemmelse med artikel 4 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 182/2011 af 16. februar 2011 om de generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser (EUT L 55 af 28.2.2011, s. 11), som ændret.

([11]) Jf. dokument nr. 1070910 om resultatet af den skriftlige procedure.

([12]) Direktivets artikel 11.

([13]) Citeret i fodnote 3 ovenfor.

([14]) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1), som indarbejdet i EØS-aftalen ved afgørelse truffet af Det Blandede Udvalg nr. 68/2006 (EUT L 245 af 7.9.2006, s. 22, og EØS-tillæg nr. 44 af 7.9.2006, s. 18).

([15]) SJ, dommens præmis 53.

([16]) SJ, præmis 54 og præmis 2 i domskonklusionen.

(14) I direktivets artikel 34 er det fastlagt, at kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de aktiviteter, der er omhandlet i direktivet, ikke er underlagt direktivet, hvis den pågældende aktivitet i den medlemsstat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen ikke er begrænset. Om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, afgøres på grundlag af objektive kriterier under hensyntagen til den pågældende sektors særlige kendetegn.

(15) I direktivets artikel 35 fastsættes proceduren for afgørelse af, om undtagelsen i artikel 34 finder anvendelse. Det fremgår af denne bestemmelse, i sin tilpassede form, at en medlemsstat eller en ordregivende enhed, hvis lovgivningen i den berørte medlemsstat tillader det, kan fremsætte en anmodning til myndigheden om at fastslå, at direktivet ikke finder anvendelse på tildeling af kontrakter eller afholdelse af projektkonkurrencer med henblik på udøvelse af den pågældende aktivitet. Myndigheden skal træffe afgørelse om, hvorvidt den pågældende aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen ikke er begrænset (på grundlag af kriterierne i artikel 34).

(16) Denne afgørelse indskrænker ikke anvendelsen af konkurrencereglerne ([17]) og andre områder af EØS-retten. Navnlig svarer de kriterier og den metode, der anvendes til at vurdere, om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår i henhold til artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, ikke nødvendigvis til dem, der anvendes til at foretage en vurdering efter EØS-aftalens artikel 53 eller 54 eller Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 ([18]), som tilpasset EØS-aftalen ([19]).

(17) Formålet med nærværende afgørelse er at afgøre, om de aktiviteter, der er omfattet af anmodningen, er undergivet konkurrencevilkår i et sådant omfang (på markeder, hvortil adgangen ikke er begrænset, jf. direktivets artikel 34), og at det også ved fravær af de disciplinerende detaljerede kontraktregler i direktivet sikres, at kontrakter vedrørende udøvelsen af de berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig, ikke-diskriminerende måde, på grundlag af kriterier, der gør det muligt for køberne at finde den løsning, som samlet set er den økonomisk mest fordelagtige.

3. **VURDERING**

3.1. **Fri adgang til markedet**

(18) I den foreliggende sag er den relevante virksomhed drift af offentlig bustransport. Virksomheden udføres i henhold til kontrakter indgået af offentlige trafikselskaber. I Norge findes der forskellige typer bustjenester (jf. betragtning 41 nedenfor), og den omhandlede virksomhed bliver på nationalt plan omtalt som leveringen af rutebuskørsel.

(19) Der er ingen relevant EØS-lovgivning vedrørende levering af rutebuskørsel, der kan danne grundlag for en formodning om fri adgang til markedet i henhold til direktivets artikel 34, stk. 3. Det er derfor nødvendigt at foretage den relevante vurdering på grundlag af den lovgivningsmæssige ramme og offentlige trafikselskabers praksis, som skal påvise, at adgangen til markedet *faktisk* og *retligt* er fri.

(20) Det bør erindres, at formålet med nærværende afgørelse er at afgøre, om de aktiviteter, der er omfattet af anmodningen, er undergivet konkurrencevilkår i et sådant omfang (på markeder, hvortil adgangen ikke er begrænset, jf. direktivets artikel 34), og at det også ved fravær af de disciplinerende detaljerede kontraktregler i direktivet sikres, at kontrakter vedrørende udøvelsen af de berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig, ikke-diskriminerende måde, på grundlag af kriterier, der gør det muligt for køberne at finde den løsning, som samlet set er den økonomisk mest fordelagtige. Vurderingen, der foretages i denne forbindelse, omfatter ikke en gennemgang af, hvorvidt hver enkelt kontrakt om offentlig personbefordring med bus er blevet tildelt i fuld overensstemmelse med EØS-retten, men snarere om den lovgivningsmæssige ramme og/eller offentlige trafikselskabers praksis *faktisk* eller *retligt* begrænser adgangen til markedet.

([17]) Direktivets artikel 34, stk. 1. Jf. også betragtning 44 til direktivet.
([18]) Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1).
([19]) Jf. dom i Österreichische Post AG mod Kommissionen, T-463/14, EU:T:2016:243, præmis 28.

(21) Med hensyn til eventuelle retlige begrænsninger for adgang til markedet for offentlig personbefordring med bus, påpeger myndigheden, at der er krav om licens, og at tjenesterne leveres i henhold til en kontrakt. I anmodningen var ansøgeren imidlertid af den opfattelse, at kravet om licens ikke udgjorde en begrænsning af adgangen til markedet ([20]), og desuden at der ikke var nogen særlige eller eksklusive rettigheder knyttet til licensen ([21]). Ansøgeren anførte endvidere, at udbuddene er i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 ([22]) og direktivet, og kravet derfor hverken *retligt* eller *faktisk* begrænser adgangen til markedet ([23]).

(22) Det er fast retspraksis, at en ordning med forudgående godkendelse ikke kan legitimere skønsmæssige afgørelser, der træffes af nationale myndigheder, og som kan påvirke effektiviteten af bestemmelserne i EØS-retten ([24]). For at en ordning med forudgående godkendelse kan være begrundet, skønt den bryder med en grundlæggende frihedsrettighed, må den bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som er kendte, således at de danner en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke bliver udtryk for vilkårlighed ([25]).

(23) Rutebustransporttjenester i Norge er reguleret ved lov af 21. juni 2002 nr. 45 om erhvervsmæssig transport med motorkøretøjer eller skib ([26]) (»erhvervstransportloven«) og forskriften om erhvervsmæssig transport, der er vedtaget på grundlag af denne lov ([27]).

(24) Del 4 i erhvervstransportloven kræver, at virksomheder, der agter at levere offentlige bustransporttjenester, indhenter en almen licens (»transportløyve«), der udstedes af Norges vejvæsen (Statens vegvesen) ([28]). Ordlyden i erhvervstransportloven angiver, at vejvæsnet har en vis skønsbeføjelse som følge af ordet »kan«, det er imidlertid almindeligt i norsk ret at anvende dette ord, selvom der i praksis er tale om en reduceret eller slet ingen skønsbeføjelse. Det følger af det forberedende arbejde til loven, at licensordningen er et redskab til at kontrollere kvaliteten af de leverede tjenester ([29]). Del 4 i forskriften om erhvervsmæssig transport præciserer, at hvis der ikke er nogen væsentlige grunde imod en licens, kan den udstedes til en ansøger, der opfylder kravene. Desuden har de norske konkurrencemyndigheder tilkendegivet, at der udstedes en sådan licens til enhver, der opfylder de objektive betingelser ([30]). Myndigheden har ikke modtaget nogen oplysninger, der modsiger ovenstående resultater.

(25) Derudover kræves der normalt i forbindelse med levering af rutebustransporttjenester en licens i henhold til del 6, stk. 1, i erhvervstransportloven, der er udstedt af den relevante amtskommune ([31]). Administrationsselskaber er undtaget fra kravet om licens, og hvis det offentlige trafikselskab er et administrationsselskab og fortsat ansvarligt over for offentligheden, og operatøren fungerer som dets underleverandør, er der ikke krav om licens, fordi administrationsselskabets fritagelse også gælder for operatøren ([32]).

(26) Del 8 i erhvervstransportloven fastslår, at licenser for transporttjenesteydelser, der er genstand for kompensationsbetalinger eller en enerettighed, tildeles i udbudsprocedurer, hvis dette er forskrevet i erhvervstransportloven, loven om offentlige indkøb eller relevante forskrifter, der er vedtaget på grundlag af en af disse retsakter. Når der er krav om en licens efter del 6, tildeles den vinderen af kontrakten ([33]).

([20]) Se f.eks. s. 40 i anmodningen.
([21]) Side 11 i anmodningen.
([22]) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT L 315 af 3.12.2007, s. 1), indføjet i EØS-aftalen ved afgørelse truffet af Det Blandede Udvalg nr. 85/2008 (EUT L 280 af 23.10.2008, s. 20, og EØS-tillæg nr. 64 af 23.10.2008, s. 13).
([23]) Side 30 i anmodningen.
([24]) Domme i Smits og Peerbooms, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, præmis 90: Müller-Fauré og van Riet, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, præmis 84; Watts, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, præmis 115; Udtalelse fra generaladvokaten i Watts, C-372/04, ECLI:EU:C: 2005:784, præmis 70.
([25]) Domme i Analir o.a., C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107, præmis 38; Watts, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, præmis 116.
([26]) Yrkestransportloven.
([27]) Forskrift om erhvervsmæssig transport af 26. marts 2003 nr. 401 (»yrkestransportforskriften«).
([28]) Erhvervstransportloven, del 4, og forskrift om erhvervsmæssig transport, del 3.
([29]) Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) kapitel 2.
([30]) Side 4 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([31]) Erhvervstransportloven, del 6, og forskrift om erhvervsmæssig transport, del 3.
([32]) Erhvervstransportloven, del 6, stk. 2.
([33]) Side 4 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.

(27) I praksis leveres offentlig busbefordring, der er omfattet af direktivet, i henhold til kontrakter, der tildeles af offentlige trafikselskaber. Disse kontrakter er omfattet af EØS-regler om offentlige indkøb ([34]), navnlig:

a) forordning (EF) nr. 1370/2007

b) direktiv 2014/25/EU og/eller

c) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU ([35]).

(28) Direktiv 2014/24/EU og 2014/25/EU trådte i kraft i EØS den 1. januar 2017. Før denne dato fandt direktiv 2004/17/EF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF ([36]) anvendelse.

(29) Alle de tre nuværende instrumenter kræver normalt et åbent, gennemsigtigt og ikke-diskriminerende udbud med begrænsede undtagelser. Kontrakter og licenser for offentlige rutebustjenester skal altså tildeles/udstedes gennem udbudsprocedurer, medmindre en undtagelse i henhold til den relevante EØS-retsakt finder anvendelse, eller kontrakten er under tærskelværdierne for anvendelse af de relevante retsakter. Det samme var gældende under de tidligere direktiver.

(30) Ifølge anmodningen har offentlige trafikselskaber i stigende grad benyttet udbud ved tildeling af kontrakter om bustjenester. Kun 43 % af kontrakterne om regelmæssige bustjenester blev i 2010 tildelt ved udbud, men den procentdel i 2018 var steget til mere end 98 % og vil være tæt på 100 % pr. 3. december 2019 ([37]). Ansøgeren anførte endvidere, at undtagelser fra udbud anvendes sjældent, ingen offentlige trafikselskaber yder selv offentlig personbefordring med bus i henhold til undtagelsen i artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1370/2007, og muligheden for at indgå direkte kontraktdelinger under tærsklerne i artikel 5, stk. 4, i forordning (EF) nr. 1370/2007 benyttes i meget begrænset omfang.

(31) Myndigheden sammenlignede oplysningerne fra ansøgeren vedrørende situationen i 2018 med de oplysninger, myndigheden modtog fra den norske regering den 9. november 2018 ([38]) i forbindelse med en generel undersøgelse af kontrakter om offentlige serviceforpligtelser på grundlag af forordning (EF) nr. 1370/2007 ([39]). Denne undersøgelse bekræftede stort set oplysningerne fra ansøgeren. Den norske regering forelagde nærmere oplysninger om i alt 27 direkte kontrakttildelinger, hvoraf 13 skulle erstattes i løbet af 2019 med kontrakter, der allerede var genstand for udbud. Den samlede årlige værdi af direkte kontraktdelinger, var angivet til at være ca. 275 mio. NOK, hvilket kun udgør en brøkdel af den samlede værdi af kontrakter om offentlig forsyningspligt vedrørende vejtransport i Norge (der er anslået til 11,6 mia. NOK i 2017). Endvidere er de eneste kontrakter, der er indgået uden forudgående udbud, og som forventes være i kraft efter den 10. august 2019, dem, der opfylder betingelserne i artikel 5, stk. 4, i forordning (EF) nr. 1370/2007 (der giver mulighed for direkte kontrakttildelinger, når værdien eller antal vognkilometer er under en bestemt grænse).

(32) En gennemgang af de retlige bestemmelser, der gælder for tildeling af kontrakter og udstedelse af licenser for offentlig personbefordring med bus i Norge, viser, at sådanne kontrakter og licenser i øjeblikket tildeles og udstedes på et ikke-diskriminerende grundlag. Procedurerne for udstedelse af licenser og tildeling af kontrakter og de relevante kriterier er ens for alle markedsaktører. Dette kan således ikke udgøre en begrænsning af adgangen til markedet i forbindelse med denne afgørelse.

(33) Den frie adgang til denne virksomhed blev også bekræftet af det norske konkurrencetilsyn ([40]).

([34]) Hvilket instrument, der finder anvendelse, afhænger *blandt andet* af den tildelte kontrakts karakter, og om betingelserne i artikel 11 i direktiv 2014/25/EU om tilrådighedsstillelse eller drift af net er opfyldt. Ansøgeren har anført, at offentlige trafikselskaber generelt følger direktiv 2014/25/EU ved tildeling af kontrakter om offentlig bustransport, nogle offentlige trafikselskaber har dog tildelt kontrakter efter direktiv 2014/24/EU, og udbudskrav i overensstemmelse med forordning (EF) nr. 1370/2007 kan finde anvendelse på nogle kontrakter.

([35]) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65), indarbejdet i EØS-aftalen ved Det Blandede Udvalgs afgørelse nr. 97/2016 (EUT L 300 af 16.11.2017, s. 49 og EØS-tillæg nr. 73 af 16.11.2017, s. 53).

([36]) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114), indarbejdet i EØS-aftalen ved afgørelse af Det Blandede Udvalg nr. 68/2006 (EUT L 245 af 7.9.2006, s. 22 og EØS-tillæg nr. 44 af 7.9.2006, s. 18).

([37]) Side 6 i anmodningen.

([38]) Dokument nr. 1037921, brev fra de norske myndigheder af 9. november 2018.

([39]) Sag nr. 74680, gennemgang af kontrakter om offentlig serviceforpligtelse på grundlag af forordning (EF) nr. 1370/2007.

([40]) Side 4 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.

(34) Myndigheden konkluderer, at drift af offentlig personbefordring med bus i Norge i overvejende grad er organiseret på grundlag af udbud, hvor der desuden er et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere med 3,8 tilbudsgivere i gennemsnit ([41]). Det er muligt at deltage i disse udbud på en ikke-diskriminerende måde.

(35) På baggrund af ovenstående og med hensyn til vurdering af betingelserne i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, uden at dette berører anvendelsen af konkurrenceretten, myndighedens mulighed for at undersøge Norges overholdelse af forordning (EF) nr. 1370/2007, direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/25/EU eller alle andre bestemmelser i EØS-lovgivningen om offentlige udbud vedrørende almindelige overvågningsforpligtelser eller anvendelse af et andet område af EØS-retten, kan adgangen til markedet for drift af offentlig bustransport *faktisk* og *retligt* betragtes som fri.

3.2. **Direkte eksponering for konkurrence**

(36) For at vurdere om den anden betingelse for fritagelse er opfyldt, nemlig at den pågældende aktivitet er omfattet af ansøgningen, og som opfylder betingelsen om *retlig* og *faktisk* fri adgang til markedet, er direkte eksponeret for konkurrence, defineres det relevante produktmarked og geografiske marked, og der udføres markedsanalyse på dette grundlag.

(37) Om en aktivitet er direkte eksponeret for konkurrence, bør bedømmes på grundlag af forskellige indikatorer, hvoraf ingen er afgørende i sig selv. Hvad angår de markeder, der er omfattet af denne afgørelse, er hovedaktørernes markedsandel på et givet marked ét kriterium, som bør tages i betragtning. I betragtning af de særlige kendetegn ved markederne som udbudsmarkeder bør også andre kriterier tages i betragtning såsom udbudsmønstre eller markedsdeltagernes evne og vilje til at afgive bud i nuværende og fremtidige udbudsprocedurer.

(38) Formålet med nærværende afgørelse er at afgøre, om de aktiviteter, der er omfattet af anmodningen, er eksponeret (på markeder, hvortil adgangen ikke er begrænset, jf. artikel 34 i direktivet) for en grad af konkurrence, der sikrer, også ved fravær af de disciplinerende detaljerede kontraktregler i direktivet, at kontrakter vedrørende udøvelsen af de berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig, ikke-diskriminerende måde, på grundlag af kriterier, der gør det muligt for køberne at finde den løsning, som samlet set er den økonomisk mest fordelagtige.

(39) Det er i denne forbindelse vigtigt at holde sig for øje, at ikke alle aktørerne på det pågældende marked er undergivet regler om offentlige udbud ([42]). Derfor kan de virksomheder, der ikke er omfattet af disse regler, når de udøver deres virksomhed på disse markeder, principielt udøve konkurrencepres på disse andre markedsaktører, der er omfattet af reglerne for offentlige udbud.

(40) Myndigheden skal afgøre, om de pågældende aktiviteter er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår. Myndigheden har med henblik herpå undersøgt den dokumentation, ansøgeren har indsendt, samt oplysninger fra det norske konkurrencetilsyn. Myndigheden har primært henholdt sig til markedsoplysninger fra ansøgeren og det norske konkurrencetilsyn til at vurdere markedsandele og koncentrationsniveauer. Ud over oplysningerne fra ansøgeren har det norske konkurrencetilsyn også henholdt sig til oplysninger fra andre bustransportvirksomheder i Norge og fra ni offentlige trafikselskaber ([43]).

([41]) Se side 14 i anmodningen.
([42]) Udover ansøgeren er også Unibuss AS underlagt regler om offentlige indkøb. Andre aktører såsom Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS og Nobina Norge AS er private aktører, som ikke synes at opfylde betingelserne for at være omfattet af EØS-reglerne om offentlige indkøb.
([43]) Side 3 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.

3.2.1. *Definition af produktmarked*

(41) I anmodningen definerede ansøgeren det relevante produktmarked som markedet for tildeling af kontrakter for drift af offentlig bustransport ([44]). Ansøgeren redegjorde også for sin holding om, at kommerciel langdistancebusruter (f. eks. ekspresbusruter), kommercielle busruter over korte afstande (f.eks. lufthavnsbusser) og turbusruter adskiller sig fra offentlig bustransport, der er genstand for tildeling af kontrakter ([45]). Kommercielle bustjenester er alene reguleret af behovet på markedet og modtager ikke statsstøtte. Alle kommercielle bustjenester på markedet konkurrerer på pris, kapacitet, hyppighed og andre servicefunktioner. Derimod finder konkurrencen mellem offentlige busselskaber sted i forbindelse med udbud, dvs. markedet for tildeling af kontrakter til drift af offentlig bustransport, og ikke efterfølgende på markedet på pris, kapacitet, hyppighed og andre servicefunktioner. Ansøgeren beskrev i overensstemmelse hermed, at busselskaber, der opererer i henhold til en kontrakt med et offentligt trafikselskab, normalt har meget lidt indflydelse på grundlæggende konkurrenceparametre som f.eks. hyppighed, herunder tidsplaner, billetpriser eller passagerernes komfort, da disse elementer normalt fastlægges af det offentlige trafikselskab, der tildeler kontrakten ([46]).

(42) Ifølge ansøgeren er offentlige trafikselskabers forskellige krav ikke specifikke nok til at konkludere, om der er tale om særskilte produktmarkeder for tildeling af kontrakter for at drive offentlig bustransport ([47]). For at få tildelt en kontrakt til drift på kommunalt eller regionalt niveau, skal busselskaber i princippet følge de samme lovgivningsmæssige rammer og kan tilpasse deres tilbud de enkelte offentlige trafikselskabers krav. Ifølge ansøgeren viser de store busselskabers faktiske tilbudsgivning, at de har evne og vilje til at tilpasse deres tilbud de enkelte offentlige trafikselskabers særlige betingelser, eftersom disse selskaber sædvanligvis konkurrerer om alle kontrakter, der er genstand for offentlige udbud i Norge, uanset eventuelle forskelle mellem dem ([48]).

(43) Det norske konkurrencetilsyn fandt, at det af ansøgeren indikerede relevante produktmarked var i overensstemmelse med etableret brancheprаksis i Norge, og foretog sin vurdering på grundlag af denne definition, der er foreslået af ansøgeren ([49]).

(44) Kommissionen har i tidligere beslutninger vedrørende offentlig transport (herunder med bus) fastlagt, at det er muligt at afgrænse specifikke markeder for tildeling af kontrakter for at drive offentlig bustransport ([50]). Kommissionen gjorde også gældende, at der i forbindelse med offentlig bustransport på basis af koncessioner (kontrakter) ikke kan skelnes mellem kontraherede tjenester i byer, mellem byer og over store afstande, eftersom de sædvanligvis er underlagt de samme lovgivningsmæssige rammer, og at der kun var få særlige karakteristika i de offentlige trafikselskabers krav, der vedrørte tekniske specifikationer ([51]).

(45) Kommissionens praksis bekræfter også det synspunkt, at kommercielle bustjenester og (kontraherede) offentlige bustjenester indgår i forskellige produktmarkeder som følge af forskellene i konkurrencevilkårene. Konkurrencen mellem de offentlige busselskaber finder sted i forbindelse med tilbudsgivning ved udbud, dvs. markedet for tildeling af kontrakter til at drive offentlig bustransport og ikke efterfølgende på markedet på pris, kapacitet, hyppighed eller andre servicefunktioner ([52]). Sammenlignet med kommercielle tjenester har (kontraherede) offentlige busselskaber normalt meget lidt indflydelse på grundlæggende konkurrenceparametre såsom hyppighed, priser eller passagerernes komfort, da disse parametre er fastsat af de offentlige trafikselskaber, der tildeler kontrakten for at levere tjenesten. Busselskaber er forpligtet til at levere deres tjenesteydelser i henhold til kontrakten med det offentlige trafikselskab, og de kan ikke tilpasse deres tjenesteydelser efter passagerernes behov, som kommercielle selskaber normalt gør. ([53]))

([44]) Side 25 i anmodningen.
([45]) Side 26 i anmodningen.
([46]) Ibidem.
([47]) Ibidem.
([48]) Ibidem.
([49]) Side 3 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([50]) Jf. i denne henseende sag COMP/m. 1768 – Schoyens/Goldman Sachs/Swebus, præmis 10 og 14; sag COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, præmis 16-23; sag COMP/M.5855 – DB/Arriva, præmis 21; sag COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, præmis 19-21; sag COMP/M.6818 – DB/Veolia, præmis 19 og 56.
([51]) Sag COMP/M.6818 – DB/Veolia, præmis 19-21; sag COMP/M.5855 – DB/Arriva, præmis 23-24.
([52]) Sag COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, præmis 17; sag COMP/M.6818 – DB/Veolia, præmis 22 og 58; sag COMP/M.5855 – DB/Arriva, præmis 22.
([53]) Sag COMP/M.6818 – DB/Veolia, præmis 23; sag COMP/M.5855 – DB/Arriva, præmis 22.

(46) På baggrund af de særlige omstændigheder på det norske busmarked, jf. betragtning 41 og 42, er det relevante busmarked i forbindelse med evaluering af betingelserne i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, og uden at dette berører anvendelsen af konkurrenceretten, hermed defineret som markedet for tildeling af kontrakter til at drive offentlig bustransport. Myndigheden har i denne konkrete sag og i forbindelse med ovenfor nævnte formål ikke registreret nogen forhold, der kan begrunde fastsættelsen af offentlige trafikselskabers enkelte udbud som særskilte relevante markeder.

3.2.2. *Geografisk markedsdefinition*

(47) Hvad angår det geografiske marked fandt ansøgeren, at det relevante marked for tildeling af kontrakter for at drive offentlig bustransport som minimum omfatter det nationale marked, herunder alle kontraherede bustjenester i Norge ([54]). Ansøgeren fremførte, at erhvervstransportloven fastsætter fælles rammebestemmelser for udbud vedrørende busdrift i hele Norge ([55]). Ansøgeren bemærkede også, at stort set alle (98 %) igangværende kontrakter om offentlig bustransport er tildelt ved udbudsprocedurer, og at de fleste er bruttokontrakter med samme primære egenskaber ([56]). I overensstemmelse hermed er alle eventuelle forskelle i udbudsprocedurerne og de enkelte offentlige trafikselskabers kontrakter mindre og nemme for busselskaber at overkomme.

(48) Ansøgeren understregede, at også mønsteret for tilbudsgivning blandt de busselskaber, der er aktive på markedet i øjeblikket, afspejler, at der er fælles rammebestemmelser for udbudsprocedurer for bustransport i hele Norge ([57]). Busselskaberne Torghatten, Boreal og Nobina er aktive i hele landet, og der er intet, der forhindrer andre busselskaber i at konkurrere om alle kontrakter. Ansøgeren hævdede, at der med få undtagelser, har været betydelig konkurrence vedrørende alle bustjenester, der er tildelt siden den 1. januar 2015, uden hensyn til eventuel eksisterende regional tilstedeværelse ([58]).

(49) Ansøgeren konkluderede imidlertid, at definitionen i forbindelse med anmodningen af det nøjagtige geografiske marked i sidste ende kan forblive uafgrænset ([59]). Ansøgeren mener, at der er ubegrænset adgang til markedet, og at det fuldt ud er undergivet almindelige konkurrencevilkår, uanset en eventuel geografisk definition af markedet.

(50) Det norske konkurrencetilsyn konkluderede, at den præcise geografiske afgrænsning af det relevante marked kan forblive ubesvaret, da resultatet af analysen var det samme, uanset om den er baseret på en snæver eller en bred markedsafgrænsning ([60]).

(51) Ansøgerens holdning er i overensstemmelse med Kommissionens praksis. I tidligere afgørelser har Kommissionen, der dog oftest lader den nøjagtige geografiske afgrænsning af markedet være ubesvaret, anset det relevante geografiske marked for tildeling af kontrakter til drift af offentlig bustransport for at være et område, hvor der er fælles lovgivningsmæssige rammer for udbud af busdrift ([61]).

(52) Med henblik på vurdering af betingelserne i direktivets artikel 34, og uden at det berører anvendelsen af konkurrenceregler eller et andet område af EØS-retten, finder myndigheden kort sagt, at den relevante geografiske dimension af det pågældende produktmarked som minimum er det nationale marked. Dette skyldes, at der er tale om en fælles lovgivningsmæssig ramme, at der kun er mindre forskelle mellem offentlige trafikselskabers udbudsprocedurer og busselskabers evne og vilje til at deltage i udbudsprocedurer i hele Norge.

([54]) Side 28 i anmodningen.
([55]) Ibidem.
([56]) Ibidem.
([57]) Ibidem.
([58]) Ibidem.
([59]) Side 29 i anmodningen.
([60]) Side 3 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([61]) Sag COMP/M.6818 – DB/Veolia, præmis 29; sag COMP/M.5855 – DB/Arriva, præmis 27. Se også sag COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA og sag COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, præmis 31.

3.2.3. *Markedsanalyse*

(53) Det konkluderes, at en indikator for omfanget af konkurrencen hvad angår markedet for tildeling af offentlige kontrakter for drift af offentlig bustransport er den største aktørs markedsandel og den samlede markedsandel for de vigtigste operatører på markedet. Ifølge de oplysninger, som ansøgeren har indsendt i sin anmodning, har ansøgeren den største markedsandel på det relevante marked med [25-30 %] baseret på omsætning og 28 % baseret på mængde ([62]). Der er imidlertid en række stærke konkurrenter med tocifrede markedsandele baseret på omsætning, som f.eks. Torghatten [15-20 %], Tide [15-20 %] eller Unibuss [12-17 %], efterfulgt af mindre, men ikke ubetydelige markedsaktører såsom Boreal [5-10 %] og Nobina [5-10 %] ([63]). Den resterende markedsandel er delt mellem 29 mindre busselskaber. Tallene for markedsandele, der er indsendt af ansøgeren, er i overensstemmelse med beregningerne fra det norske konkurrencetilsyn ([64]).

(54) Som forklaret ovenfor under betragtning 45 er konkurrencen forskellig med hensyn til offentlig bustransport, fordi virksomheder konkurrerer om markedet og ikke på markedet på grundlag af pris, køreplaner eller servicekvalitet. På det norske marked for tildeling af kontrakter om drift af offentlig bustransport er konkurrencen om tildeling af kontrakter i form af offentlige udbud, der arrangeres af offentlige trafikselskaber. Ifølge ansøgeren er 98 % af samtlige igangværende kontrakter blevet tildelt ved udbudsprocedurer, og dette tal vil være tæt på 100 % den 3. december 2019 ([65]). På denne baggrund skal vurderingen af konkurrencen og markedsanalysen undersøge mønstre i tilbudsgivning og markedsaktørers evne og vilje til at konkurrere i aktuelle og kommende udbud.

(55) Ansøgerens vigtigste konkurrenter er store virksomheder, der ofte indgår i multinationale transportvirksomheder med multinationale aktiviteter. Torghatten er et af de største transportselskaber i Norge og tilbyder offentlig transport med færge, hurtigbåd, bus samt lufttransport. Selskabet driver også kommercielle busruter og har en samlet konsolideret indtægt på mere end 9 mia. NOK. Tide er et selskab i transportkoncernen DSD, der driver offentlige og kommercielle busruter i Norge, og som også er aktivt i Danmark. DSD-koncernens konsoliderede indtægt er næsten 6 mia. NOK. Unibuss ejes af Oslo kommune. Unibuss-koncernen tilbyder både offentlige og kommercielle tjenester i flere norske byer. Boreal Buss er en del af Boreal-koncernen, der har en omfattende transportvirksomhed, både offentlig og kommerciel. Borealsnuværende endelige ejer er en privat aktiefond fra Hongkong, der investerer i infrastruktur på globalt plan. Borealskonsoliderede indtægter er næsten 3 mia. NOK. Endelig er Nobina en del af den svenske Nobina-koncern, der driver offentlig transport i hele Skandinavien. Disse virksomheder deltager i udbudsprocedurer i hele Norge, og de har kapacitet og erfaring til at afgive tilbud i alle norske udbudsprocedurer.

(56) Ansøgeren har bemærket, at der i 58 udbudsprocedurer i Norge fra den 1. januar 2015 i gennemsnit var 3,8 konkurrenter, der afgav tilbud ([66]). Dette tal er blevet bekræftet af de skøn, som det norske konkurrencetilsyn har udarbejdet ([67]). Der er stor forskel på antallet af udbydere mellem de forskellige kontrakter, fra et til otte i de 46 kontrakter, det norske konkurrencetilsyn så på. Det norske konkurrencetilsyn fandt også, at offentlige trafikselskaber generelt er tilfredse med hensyn til antallet af udbydere ([68]). Ansøgeren fremlagde desuden detaljerede oplysninger om udbudsprocedurer i de forskellige områder af norske offentlige trafikselskaber, der bekræfter den generelle konkurrence ved tildeling af kontrakter om offentlig bustransport i Norge ([69]). De detaljerede oplysninger og ansøgerens interne oplysninger viste desuden, at der var en ny aktør i ca. 40 % af alle kontrakter, der er genstand for konkurrence ([70]). Dette bekræfter de forskellige aktørers evne til at konkurrere effektivt.

([62]) Side 30 i anmodningen.
([63]) Ibidem.
([64]) Side 5 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([65]) Side 6 i anmodningen. Se også myndighedens procedure, der er nævnt i betragtning 31 herover.
([66]) Side 14 i anmodningen.
([67]) Side 5 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([68]) Ibidem.
([69]) Jf. s. 14-24 i anmodningen.
([70]) Side 24 i anmodningen.

(57) Ansøgeren fremførte også, at markedet for tildeling af offentlig bustransport i Norge er kendetegnet ved lave adgangsbarrierer og udvidelse, og det norske konkurrencetilsyns vurdering bekræftede denne konklusion ([71]). Denne konklusion var baseret på en stabil og forudsigelig indtægt gennem kontrakter med offentlige trafikselskaber og let adgang til nødvendige oplysninger samt infrastruktur, eftersom de offentlige trafikselskaber leverer den nødvendige infrastruktur bortset fra busser ([72]). Desuden har medarbejderne fra den forrige indehaver af den pågældende kontrakt ret til at blive overført til den nye indehaver af kontrakten. Eftersom offentlige trafikselskabers udbudsbetingelser normalt indeholder krav om en ny flåde af busser, lider potentielle nye aktører ikke nogen væsentlig ulempe for så vidt angår erhvervelse af busser ([73]).

(58) Faktorerne nævnt i betragtning 53-57 bør i denne afgørelse, og uden at det indskrænker anvendelsen af konkurrencelovgivningen, opfattes som en indikator på eksponering for konkurrence, hvad angår drift af offentlig bustransport i Norge. Dette er også i overensstemmelse med udtalelse fra det norske konkurrencetilsyn. Det er sandsynligt, at selskaber med aktiviteter på dette marked er underkastet tilstrækkeligt konkurrencepres. Intet tyder på, at sektoren ikke er drevet af markedskræfterne. Myndigheden konkluderer derfor, at markedet for tildeling af offentlige kontrakter til drift af offentlig bustransport er direkte eksponeret for konkurrence i henhold til direktivet.

(59) Myndigheden noterer sig, at det nuværende konkurrencepres på markedet for tildeling af kontrakter til drift af offentlig bustransport i det store hele er reguleret af de gældende lovgivningsmæssige rammer, og at offentlige trafikselskaber arrangerer udbudsprocedurer, snarere end at levere tjenesteydelser internt eller ved anvendelse af undtagelser for direkte kontrakttildelinger i henhold til de relevante EØS-regler om offentlige indkøb, undtagen begrænset brug af tildeling af kontrakter uden forudgående udbud ved kontrakter med værdi og/eller vedrørende korte afstande. Det betyder, at ændringer af disse politikker eller af denne praksis kan ændre markedets dynamik og det overordnede konkurrencemæssige pres på ordregivende enheder, der driver offentlige bustransporttjenester, som er omfattet af denne afgørelse.

4. **KONKLUSIONER**

(60) Resultaterne af markedsanalysen, der er nævnt i betragtning 53-57, bør i denne afgørelse, og uden at det indskrænker anvendelsen af konkurrencelovgivningen, opfattes som en indikator på eksponering for konkurrence i henhold til direktivets artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, hvad angår drift af offentlig bustransport i Norge. Da betingelserne fastsat i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU er opfyldt, bør det fastsættes, at direktiv 2014/25/EU derfor ikke anvendes for kontrakter, hvis formål er at udøve denne aktivitet i Norge.

(61) Denne afgørelse er baseret på gældende lovgivning og den faktiske situation i perioden fra januar 2015 til juni 2019, som den fremgår af oplysningerne fra ansøgeren og det norske konkurrencetilsyn. Myndigheden forbeholder sig ret til at revidere denne afgørelse, hvis betingelserne for at anvende artikel 34 i direktiv 2014/25/EU ikke længere er opfyldt, eller hvis der er betydelige ændringer af de retlige og faktiske forhold.

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

1. Den retsakt, der er nævnt i punkt 4 i bilag XVI til EØS-aftalen, om fastlæggelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter i forsyningssektoren (direktiv 2014/25/EU) gælder ikke for kontrakter, der tildeles af, eller projektkonkurrencer, der afholdes af ordregivende enheder, der udøver, eller hvis aktiviteter omfatter drift af offentlig bustransport, hvis formålet med sådanne kontrakter eller projektkonkurrencer er at gøre det muligt for dem at levere offentlig bustransport i Norge (en sådan aktivitet vedrører drift af et netværk, der leverer en tjeneste til offentligheden inden for bustransport).

2. Denne afgørelse er rettet til Kongeriget Norge.

3. Kun den engelske udgave af denne beslutning er autentisk.

([71]) Side 31 i anmodningen og side 5 i holdningspapiret fra de norske konkurrencemyndigheder om betingelserne for anvendelsen af artikel 34, stk. 1, i direktiv 2014/25/EU.
([72]) Ibidem.
([73]) Side 31 i anmodningen.

Udfærdiget i Bruxelles, den 17. juni 2019.

For EFTA-Tilsynsmyndigheden, der handler i henhold til delegeret beslutning nr. 19/19/COL

Högni S. KRISTJÁNSSON
Det ansvarlige medlem af kollegiet

Carsten ZATSCHLER
Kontrasignering som direktør for juridiske og eksekutive anliggender