III

(Andra akter)

EUROPEISKA EKONOMISKA SAMARBETSOMRÅDET

DELEGERAT BESLUT AV EFTAS ÖVERVAKNINGSMYNDIGHET

nr 42/19/KOL

av den 17 juni 2019

om att undanta offentliga busstrafiktjänster i Norge från tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU [2019/…]

EFTAS ÖVERVAKNINGSMYNDIGHET HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av den rättsakt som det hänvisas till i punkt 4 i bilaga XVI till EES-avtalet i vilken förfarandena vid offentlig upphandling i den allmännyttiga sektorn fastställs (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]), nedan kallat *direktivet*), särskilt artiklarna 34 och 35,

med beaktande av avtalet mellan Eftastaterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol (nedan kallat *övervakningsavtalet*), särskilt artiklarna 1 och 3 i protokoll 1,

efter samråd med Eftakommittén för offentlig upphandling, och

av följande skäl:

1. BAKGRUND

(1) Den 27 november 2018 mottog Eftas övervakningsmyndighet (nedan kallad *övervakningsmyndigheten*), efter diskussioner före anmälan, en ansökan från Nettbuss AS, numera Vy Buss AS (nedan kallad *sökanden*), i enlighet med artikel 35.1 i direktiv 2014/25/EU (nedan kallad *ansökan*) ([2]).

(2) Ansökan avser driften av offentliga busstrafiktjänster i Norge. Offentlig transportförvaltningsverksamhet som i praktiken utförs av offentliga transportmyndigheter omfattas inte av ansökan ([3]).

(3) Sökanden är ett offentligt företag i den mening som avses i direktivet eftersom 100 % av det tecknade kapitalet indirekt innehas av det norska Kommunikationsdepartementet i dess egenskap av ägare till NSB AS, numera Vygruppen AS (en transportkoncern som sökanden ingår i) ([4]).

(4) Sökanden bedriver en av de verksamheter som omfattas av direktivet och är därför enligt direktivet en ”upphandlande enhet”.

([1]) EUT L 94, 28.3.2014, s. 243. Införlivat med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 97/2016 (EUT L 300, 16.11.2017, s. 49 och EES-supplement nr 73, 16.11.2017, s. 53).
([2]) Dokument nr 1040381.
([3]) Om t.ex. en kommun tilldelar en operatör ett kontrakt för att driva busstrafik skulle detta inte omfattas av den aktuella ansökan. Om operatören t.ex. tilldelar ett städbolag ett kontrakt för städning av bussar eller ett företag ett kontrakt för att tillhandahålla operatören bussar skulle detta däremot omfattas av ansökan. Europeiska unionens domstol har klargjort denna distinktion i målet C-388/17, SJ, ECLI:EU:C:2019:161 (nedan kallat *målet SJ*), punkt 53 (se ytterligare information i skäl 31 nedan). I detta beslut använder övervakningsmyndigheten begreppet *verksamhet* så som fastställs i direktiv 2014/25/EU.
([4]) Sidan 3 i ansökan.

(5) Enligt paragraferna 2–9 i den norska föreskriften nr 975 av den 12 augusti 2016 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ([5]) får upphandlande enheter lämna ansökningar i enlighet med artikel 35 i direktivet.

(6) Ansökan åtföljdes av ett motiverat och välgrundat yttrande som antagits av den norska konkurrensmyndigheten Konkurransetilsynet den 29 juni 2018, i vilket det konstaterades att sökanden i sitt tillhandahållande av offentliga busstrafiktjänster var direkt konkurrensutsatt och att det rådde fritt tillträde till marknaden för tilldelning av kontrakt för att bedriva offentliga busstrafiktjänster i Norge ([6]).

(7) Övervakningsmyndigheten meddelade Norge om att den mottagit ansökan den 30 november 2018 ([7]).

(8) Enligt punkt 1 i bilaga IV till direktiv 2014/25/EU har övervakningsmyndigheten 130 arbetsdagar på sig att anta ett beslut om ansökan, och tidsfristen sträckte sig till den 18 juni 2019 ([8]).

(9) I enlighet med delegerat beslut nr 37/19/KOL av den 23 april 2019 ([9]) begärde övervakningsmyndigheten ett yttrande från Eftas kommitté för offentlig upphandling inom ramen för det rådgivande förfarande som föreskrivs i artikel 2 i beslut av Eftastaternas ständiga kommitté nr 3/2012 ([10]).

(10) Eftas kommitté för offentlig upphandling avgav enhälligt ett positivt yttrande om övervakningsmyndighetens utkast till beslut genom skriftligt förfarande den 22 maj 2019 ([11]).

2. **RÄTTSLIG RAM**

(11) Direktivet gäller bland annat vid tilldelning av kontrakt för verksamheter som avser tillhandahållande eller drift av nät för att tillhandahålla busstrafiktjänster för allmänheten ([12]).

(12) Enligt artikel 11 andra stycket i direktivet anses ett nät för transporttjänster föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt driftsvillkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, till exempel i fråga om linjedragning, kapacitet som ska finnas tillgänglig eller turtäthet.

(13) I målet SJ ([13]) angav domstolen i sin tolkning av artikel 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG ([14]) (vars lydelse är identisk med artikel 11 i direktivet) i samband med järnvägsnät att ”den verksamhet som består i ’drift av nät’ [ska] anses avse utövandet av rätten att använda järnvägsnätet för att tillhandahålla transporttjänster, medan den verksamhet som avser ’tillhandahållande av nät’ ska anses avse förvaltningen av nätet” ([15]). Domstolen konstaterade att ”[a]rtikel 5.1 första stycket i direktiv 2004/17 ska tolkas så, att en verksamhet som bedrivs av ett järnvägsföretag och som består i att med utövande av en rätt att använda järnvägsnätet tillhandahålla allmänheten transporttjänster utgör en sådan ’drift av nät’ som avses i direktivet” ([16]). ”Driften av offentliga busstrafiktjänster” i Norge motsvarar på busstrafikområdet den verksamhet som avses i målet SJ som ett järnvägsföretag bedriver på området järnvägstransporter, och är således en verksamhet som omfattas av 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]) Enligt rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister (EGT L 124, 8.6.1971, s. 1) undantas helgdagar från tidsfristen. Se *Helgdagar 2018: Eftastaterna i EES samt EES-institutionerna* (EUT C 429, 14.12.2017, s. 25 och EES-supplement nr 81, 14.12.2017, s 1) och *Allmänna helgdagar 2019: Eftastaterna i EES samt EES-institutionerna* (EUT C 422, 22.11.2018, s. 7 och EES-supplement nr 77, 22.11.2018, s. 1).
([9]) Dokument nr 1056012.
([10]) I enlighet med artikel 4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 182/2011 av den 16 februari 2011 om fastställande av allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter (EUT L 55, 28.2.2011, s. 13), i dess anpassade lydelse.
([11]) Se dokument nr 1070910 om resultatet av det skriftliga förfarandet.
([12]) Artikel 11 i direktivet.
([13]) Se källhänvisning i fotnot 3 ovan.
([14]) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1), införlivat med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 68/2006 (EUT L 245, 7.9.2006, s. 22 och EES-supplement nr 44, 7.9.2006, s. 18).
([15]) Målet SJ, punkt 53 i domen.
([16]) Målet SJ, punkt 54 samt punkt 2 i domslutet.

(14) Enligt artikel 34 i direktivet ska kontrakt som syftar till att medge utförandet av någon av de verksamheter som direktivet gäller inte omfattas av direktivet om den aktuella verksamheten i den stat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Bedömningen av direkt konkurrensutsättning görs på grundval av objektiva kriterier, varvid hänsyn bör tas till den berörda sektorns särdrag.

(15) I artikel 35 i direktivet anges förfarandet för att fastställa om undantaget i artikel 34 är tillämpligt. Med en anpassning av lydelsen fastställer den att en stat eller, om det föreskrivs i den berörda statens lagstiftning, en upphandlande enhet får ansöka om att övervakningsmyndigheten ska fastställa att direktivet inte ska vara tillämpligt på tilldelning av kontrakt eller anordnande av projekttävlingar för utövandet av verksamheten i fråga. Övervakningsmyndigheten ska fatta beslut om huruvida verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde (på grundval av de kriterier som anges i artikel 34).

(16) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna ([17]) eller reglerna på andra områden inom EES-lagstiftningen. I synnerhet behöver inte de kriterier och de metoder som används för att bedöma huruvida verksamheten är direkt konkurrensutsatt enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU nödvändigtvis vara identiska med dem som används för en bedömning enligt artiklarna 53 eller 54 i EES-avtalet eller rådets förordning (EG) nr 139/2004 ([18]) så som de anpassats till EES-avtalet ([19]).

(17) Syftet med detta beslut är att slå fast om den verksamhet som ansökan avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktivet) är konkurrensutsatt i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktivet medför, sker på ett öppet, icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för köparna att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga.

3. **BEDÖMNING**

3.1 **Fritt tillträde till marknaden**

(18) Den verksamhet som avses i det aktuella ärendet är driften av offentliga busstrafiktjänster. Denna verksamhet bedrivs inom ramen för kontrakt som tilldelas av offentliga transportmyndigheter. I Norge finns olika typer av busstrafiktjänster (se skäl 41 nedan) och den verksamhet som avses betecknas på nationell nivå som busslinjetrafik.

(19) När det gäller driften av offentliga busstrafiktjänster finns ingen relevant EES-lagstiftning på grundval av vilken det kan förutsättas att det råder fritt tillträde till marknaden i enlighet med artikel 34.3 i direktivet. Det är därför nödvändigt att göra relevanta bedömningar på grundval av de offentliga transportmyndigheternas regelverk och praxis, som bör visa att det rättsligt och faktiskt råder fritt tillträde till marknaden.

(20) Man bör komma ihåg att syftet med detta beslut är att slå fast om den verksamhet som ansökan avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktivet) är konkurrensutsatt i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktivet medför, sker på ett öppet, icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för köparna att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga. Den bedömning som görs i detta avseende innefattar ingen granskning av huruvida varje enskilt kontrakt om drift av offentliga busstrafiktjänster har tilldelats helt i överensstämmelse med EES-lagstiftningen, utan snarare huruvida de offentliga transportmyndigheternas regelverk och praxis rättsligt och faktiskt begränsar tillträdet till marknaden.

([17]) Artikel 34.1 i direktivet. Se även skäl 44 i direktivet.
([18]) 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)
([19]) Se domen i målet Österreichische Post mot kommissionen, T-463/14, ECLI:EU:T:2016:243, punkt 28.

(21) När det gäller potentiella rättsliga begränsningar av tillträdet till marknaden för driften av offentliga busstrafiktjänster konstaterar övervakningsmyndigheten att det finns tillståndskrav och att tjänsterna utförs inom ramen för kontrakt. Sökanden ansåg i sin ansökan emellertid inte att tillståndskravet kunde utgöra en begränsning av tillträdet till marknaden ([20]) och inte heller att det fanns några särskilda eller exklusiva rättigheter kopplade till tillstånden ([21]). Sökanden uppgav vidare att upphandlingarna överensstämmer med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 ([22]) och med direktivet, och att de därför inte rättsligt eller faktiskt begränsar tillträdet till marknaden ([23]).

(22) Enligt fast rättspraxis kan ett system med förhandstillstånd inte tas till intäkt för skönsmässiga beslut av de nationella myndigheterna som sannolikt kan motverka EES-rättens ändamålsenlighet ([24]). För att ett system med förhandstillstånd ska kunna anses berättigat trots att den grundläggande friheten att tillhandahålla tjänster därigenom inskränks måste det grunda sig på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, detta för att begränsa de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig ([25]).

(23) Busslinjetrafiken i Norge regleras av lag nr 45 av den 21 juni 2002 om yrkestransport med motorfordon och fartyg ([26]) (nedan kallad *yrkestransportlagen*) och den föreskrift om yrkestransporter som antagits på grundval av den lagen ([27]).

(24) Enligt paragraf 4 i yrkestransportlagen måste företag som avser att bedriva offentliga busstrafiktjänster ha ett generellt tillstånd (*transportløyve*) som utfärdas av den norska vägmyndigheten Statens vegvesen ([28]). Även om användningen av ordet ”kan” i yrkestransportlagens lydelse antyder en möjlighet till skönsmässig bedömning för vägmyndigheten, är detta ord vanligt förekommande i norsk lagstiftning även när det i praktiken finns litet eller inget utrymme för skönsmässig bedömning. Av förarbetet till lagen framgår att systemet med tillstånd är ett verktyg för att kontrollera kvaliteten hos de tjänster som tillhandahålls ([29]). I paragraf 4 i yrkestransportföreskriften klargörs att om inga särskilda skäl talar mot det kan ett tillstånd tilldelas en sökande som uppfyller kraven. Vidare har Konkurransetilsynet uppgett att alla som uppfyller de objektiva kriterierna tilldelas ett sådant tillstånd ([30]). Övervakningsmyndigheten har inte mottagit några uppgifter som motsäger ovanstående.

(25) För att bedriva busslinjetrafik krävs i allmänhet även ett tillstånd i enlighet med paragraf 6.1 i yrkestransportlagen som utfärdas av de berörda fylkeskommunerna ([31]). Förvaltningsföretag är undantagna från kravet på tillstånd, och om den offentliga transportmyndigheten är ett förvaltningsföretag och är ansvarigt gentemot allmänheten och operatören agerar som dess underleverantör, krävs inget tillstånd eftersom förvaltningsföretagets undantag även gäller för operatören ([32]).

(26) Enligt paragraf 8 i yrkestransportlagen ska tillstånd för transporttjänster som utförs mot ersättning eller med ensamrätt tilldelas genom konkurrensutsatt upphandling om detta följer av yrkestransportlagen, yrkestransportföreskriften, lagen om offentlig upphandling eller av relevanta föreskrifter antagna på grundval av någon av dessa lagar och föreskrifter. Om ett tillstånd enligt paragraf 6 krävs ska det tilldelas vinnaren av kontraktet ([33]).

([20]) Se t.ex. sidan 40 i ansökan.
([21]) Sidan 11 i ansökan.
([22]) 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), införlivad med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 85/2008 (EUT L 280, 23.10.2008, s. 20 och EES-supplement nr 64, 23.10.2008, s. 13).
([23]) Sidan 30 i ansökan.
([24]) Domstolens domar i målen Smits och Peerbooms, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, punkt 90; Müller-Fauré och van Riet, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, punkt 84; Watts, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, punkt 115; generaladvokatens förslag till avgörande i målet C-372/04, ECLI:EU:C:2005:784, punkt 70.
([25]) Domstolens dom i målen Analir m.fl., C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107, punkt 38; Watts, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, punkt 116.
([26]) *Yrkestransportloven*.
([27]) Föreskrift om yrkestransport nr 401 av den 26 mars 2003 (*yrkestransportforskriften*).
([28]) Yrkestransportlagen, paragraf 4, och yrkestransportföreskriften, paragraf 3.
([29]) Ot.prp. nr. 74 (2001–2002), kapitel 2.
([30]) Sidan 4 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([31]) Yrkestransportlagen, paragraf 6, och yrkestransportföreskriften, paragraf 3.
([32]) Yrkestransportlagen, paragraf 6.2.
([33]) Sidan 4 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.

(27) I praktiken utförs offentliga busstrafiktjänster som omfattas av direktivet inom ramen för kontrakt som tilldelas av offentliga transportmyndigheter. Dessa kontrakt lyder under EES-bestämmelserna om offentlig upphandling, närmare bestämt ([34])

a) förordning (EG) nr 1370/2007,

b) direktiv 2014/25/EU, och/eller

c) Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU ([35]).

(28) Direktiven 2014/24/EU och 2014/25/EU trädde i kraft i EES den 1 januari 2017. Dessförinnan gällde direktiv 2004/17/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG ([36]).

(29) Alla de tre aktuella instrumenten ställer i allmänhet krav på öppen, transparent, icke-diskriminerande och konkurrensutsatt upphandling, med vissa undantag. Kontrakt och tillstånd för offentlig busslinjetrafik måste därför tilldelas genom konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden såvida inte ett undantag i enlighet med den relevanta EES-rättsakten är tillämpligt eller kontraktet understiger tröskelvärdena för tillämpningen av den relevanta rättsakten. Detta gällde även enligt de föregående direktiven.

(30) Enligt ansökan har de offentliga transportmyndigheterna i allt högre grad använt sig av konkurrensutsatt upphandling vid tilldelning av kontrakt för busstrafiktjänster. År 2010 tilldelades bara 43 % av kontrakten för reguljär busstrafik genom konkurrensutsatt upphandling, medan denna siffra hade ökat till över 98 % år 2018 och kommer stiga till nästan 100 % fram till den 3 december 2019 ([37]). Sökanden uppgav även att undantagen från konkurrensutsatt upphandling sällan används, att inga offentliga transportmyndigheter själva tillhandahåller offentliga busstrafiktjänster i enlighet med undantaget i artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 och att direkttilldelning av kontrakt under tröskelnivåerna i artikel 5.4 i förordning (EG) nr 1370/2007 används i mycket liten omfattning.

(31) Övervakningsmyndigheten jämförde sökandens uppgifter om situationen 2018 med de uppgifter som lämnades till övervakningsmyndigheten av den norska regeringen den 9 november 2018 ([38]) i samband med en generell granskning av kontrakt om allmän trafikplikt på grundval av förordning (EG) nr 1370/2007 ([39]). Granskningen bekräftade i stort sett de uppgifter som sökanden lämnat. Den norska regeringen lämnade uppgifter om totalt 27 direkttilldelade kontrakt varav 13 planerades att under 2019 ersättas med kontrakt som redan var föremål för upphandling. Det sammanlagda årliga värdet av direkttilldelade kontrakt uppgavs uppgå till omkring 275 miljoner norska kronor, vilket bara utgör en bråkdel av det totala värdet av kontrakt om allmän trafikplikt inom offentliga vägtransporter i Norge (som 2017 beräknades uppgå till 11,6 miljarder norska kronor). De enda direkttilldelade kontrakt som väntas fortsätta att gälla efter den 10 augusti 2019 är dessutom kontrakt som uppfyller villkoren i artikel 5.4 i förordning (EG) nr 1370/2007 (som tillåter direkttilldelning av kontrakt som understiger vissa tröskelnivåer i fråga om värde eller avstånd).

(32) En granskning av de rättsliga bestämmelser som är tillämpliga vid tilldelning av kontrakt och utfärdande av tillstånd för att driva offentliga busstrafiktjänster i Norge visar att tilldelningen av kontrakten och utfärdandet av tillstånden i nuläget sker på en icke-diskriminerande grund. Samma förfaranden och kriterier för att utfärda tillstånd och tilldela kontrakt gäller för alla marknadsaktörer och kan därför inte utgöra någon begränsning av tillträdet till marknaden i den mening som avses i detta beslut.

(33) Att det råder fritt tillträde i fråga om denna verksamhet bekräftades också av Konkurransetilsynet ([40]).

([34]) Vilka instrument som är tillämpliga beror bl.a. på vilken typ av kontrakt som tilldelas och huruvida villkoren i artikel 11 i direktiv 2014/25/EU angående tillhandahållande eller drift av nät är uppfyllda. Sökanden har uppgett att offentliga transportmyndigheter i allmänhet följer direktiv 2014/25/EU vid tilldelningen av kontrakt för drift av offentliga busstrafiktjänster, men vissa offentliga transportmyndigheter har tilldelat kontrakt i enlighet med direktiv 2014/24/EU, och för vissa kontrakt kan anbudskraven i förordning (EG) nr 1370/2007 vara tillämpliga.

([35]) 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), införlivat med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 97/2016 (EUT L 300, 16.11.2017, s. 49 och EES-supplement nr 73, 16.11.2017, s. 53).

([36]) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114), införlivat med EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 68/2006 (EUT L 245, 7.9.2006, s. 22 och EES-supplement nr 44, 7.9.2006, s. 18).

([37]) Sidan 6 i ansökan.

([38]) Dokument nr 1037921, skrivelse från den norska regeringen av den 9 november 2018.

([39]) Ärende nr 74680, granskning av kontrakt om allmän trafikplikt på grundval av förordning (EG) nr 1370/2007.

([40]) Sidan 4 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.

(34) Övervakningsmyndigheten konstaterar att driften av offentliga busstrafiktjänster i Norge till överväldigande del sker på grundval av offentliga upphandlingar i vilka det också finns ett tillräckligt antal anbudsgivare, i genomsnitt 3,8 ([41]). Deltagandet i upphandlingarna sker på ett icke-diskriminerande sätt.

(35) Mot bakgrund av ovanstående, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna, övervakningsmyndighetens möjlighet att utreda Norges efterlevnad av förordning (EG) nr 1370/2007, direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/25/EU eller andra bestämmelser i EES-lagstiftningen om offentlig upphandling i samband med övervakningsmyndighetens övervakningsskyldigheter, eller tillämpningen av annan EES-lagstiftning, kan för bedömningen av de villkor som anges i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU tillträdet till marknaden när det gäller bedrivandet offentliga busstrafiktjänster anses vara fritt både rättsligt och faktiskt.

3.2 **Direkt konkurrensutsättning**

(36) För att bedöma huruvida det andra villkoret för undantag uppfylls, dvs. att den verksamhet som omfattas av ansökan, och som uppfyller villkoret att tillträdet till marknaden är fritt rättsligt och faktiskt, är direkt konkurrensutsatt, måste den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden definieras, och på grundval av detta görs en marknadsanalys.

(37) Den direkta konkurrensutsättningen bör bedömas på grundval av olika indikatorer varav ingen i sig är utslagsgivande. När det gäller de marknader som berörs av detta beslut utgör huvudaktörernas marknadsandel på en given marknad ett kriterium som bör beaktas. Med tanke på att de berörda marknaderna är anbudsmarknader bör även ytterligare kriterier beaktas, såsom anbudsmönster eller marknadsaktörernas möjlighet och vilja att lämna anbud i aktuella och framtida upphandlingsförfaranden.

(38) Syftet med detta beslut är att slå fast om den verksamhet som ansökan avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktivet) är konkurrensutsatt i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktivet medför, sker på ett öppet, icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för köparna att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga.

(39) I detta sammanhang är det viktigt att komma ihåg att alla marknadsaktörer på den berörda marknaden inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling ([42]). De företag som inte omfattas av dessa regler har därför i princip möjlighet att utsätta de marknadsaktörer som omfattas av reglerna för offentlig upphandling för konkurrenstryck när de agerar på dessa marknader.

(40) Övervakningsmyndigheten måste avgöra om den berörda verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Övervakningsmyndigheten har därför granskat de bevis som sökanden har tillhandahållit och de uppgifter som lämnats av Konkurransetilsynet. För att bedöma marknadsandelar och koncentrationsgrad har övervakningsmyndigheten i första hand använt sig av den marknadsinformation som lämnats av Konkurransetilsynet. Utöver uppgifterna från sökanden har Konkurransetilsynet även använt sig av information från andra företag som bedriver busstrafik i Norge och från nio offentliga transportmyndigheter ([43]).

([41]) Se sidan 14 i ansökan.
([42]) Förutom sökanden omfattas även Unibuss AS av reglerna om offentlig upphandling. Andra aktörer som Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS och Nobina Norge AS är privata aktörer som inte tycks uppfylla villkoren för att vara bundna av EES-bestämmelserna om offentlig upphandling.
([43]) Sidan 3 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.

3.2.1 *Definition av produktmarknaden*

(41) I ansökan definierade sökanden den relevanta produktmarknaden som marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster ([44]). Sökanden gav också uttryck för sin uppfattning att kommersiell fjärrtrafik med buss (t.ex. expressbusstrafik), kommersiell kortdistanstrafik (t.ex. flygbusstrafik) och turistbusstrafik skiljer sig från upphandlade offentliga busstrafiktjänster ([45]). Kommersiell busstrafik styrs enbart av marknadens behov och erhåller ingen finansiering från statliga medel. All kommersiell busstrafik konkurrerar på marknaden genom priser, kapacitet, turtäthet eller andra egenskaper hos tjänsterna. Operatörerna av offentlig busstrafik konkurrerar däremot inom ramen för de konkurrensutsatta upphandlingsförfarandena, närmare bestämt på marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster, och inte i ett senare skede på grundval av pris, kapacitet, turtäthet eller andra egenskaper hos tjänsterna. Därför har enligt sökanden bussoperatörer som bedriver verksamhet inom ramen för ett kontrakt med en offentlig transportmyndighet normalt sett mycket små möjligheter att påverka de grundläggande parametrarna för konkurrensen om passagerarna, såsom tidtabeller, biljettpriser eller passagerarkomfort, eftersom dessa vanligtvis bestäms av den upphandlande offentliga transportmyndigheten ([46]).

(42) Enligt sökanden är de offentliga transportmyndigheternas olika krav inte tillräckligt specifika för att det ska anses föreligga olika produktmarknader för tilldelning av kontrakt för offentliga busstrafiktjänster ([47]). För att bussoperatörer ska tilldelas ett kontrakt för att driva kommunal eller regional trafik måste de i princip följa samma regelverk och kan anpassa sitt anbud till kraven från respektive offentlig transportmyndighet. Enligt sökanden visar de större bussoperatörernas faktiska anbudsmönster att de har möjlighet och vilja att anpassa sina anbud till de olika offentliga transportmyndigheternas individuella krav, eftersom operatörerna i allmänhet konkurrerar om alla offentligt upphandlade kontrakt i Norge oavsett eventuella skillnader mellan dem ([48]).

(43) Konkurransetilsynet ansåg att den relevanta produktmarknad som sökanden föreslog överensstämde med etablerad praxis för branschen i Norge och genomförde sin bedömning baserat på sökandens förslag till definition ([49]).

(44) Kommissionen har i tidigare beslut som rör kollektivtrafik (inklusive busstrafik) ansett att särskilda marknader för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster kan fastställas ([50]). Kommissionen har också ansett att det i koncessioner för (upphandlade) offentliga busstrafiktjänster inte kan göras någon distinktion mellan upphandlad lokaltrafik, regionaltrafik och fjärrtrafik eftersom de vanligtvis styrs av samma regelverk och de offentliga transportmyndigheternas krav bara skiljer sig på ett fåtal punkter som rör tekniska specifikationer ([51]).

(45) Kommissionens praxis bekräftar också uppfattningen att kommersiella busstrafiktjänster och (upphandlade) offentliga busstrafiktjänster utgör delar av olika produktmarknader på grund av skillnader i konkurrensens karaktär. Operatörerna av offentlig busstrafik konkurrerar genom anbuden för kontrakt, dvs. på marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster, och inte i ett senare skede på marknaden på grundval av pris, kapacitet, turtäthet eller andra egenskaper hos tjänsterna ([52]). Jämfört med kommersiell trafik har operatörerna av (upphandlade) offentliga busstrafiktjänster normalt sett mycket små möjligheter att påverka grundläggande konkurrenskomponenter såsom turtäthet, biljettpriser eller passagerarkomfort, eftersom dessa vanligtvis bestäms av den upphandlande offentliga transportmyndigheten. Bussoperatörerna måste tillhandahålla sina tjänster i enlighet med kontraktet med den offentliga transportmyndigheten och kan inte anpassa dem efter passagerarnas behov på det sätt som kommersiella operatörer vanligtvis gör ([53]).

([44]) Sidan 25 i ansökan.
([45]) Sidan 26 i ansökan.
([46]) Ibid.
([47]) Ibid.
([48]) Ibid.
([49]) Sidan 3 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([50]) Se i detta avseende ärende COMP/M.1768 – Schoyens/Goldman Sachs/Swebus, punkterna 10 och 14; ärende COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, punkterna16–23; ärende COMP/M.5855 – DB/Arriva, punkt 21; ärende COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, punkterna 19–21; ärende COMP/M.6818 – DB/Veolia, punkterna 19 och 56.
([51]) Ärende COMP/M.6818 – DB/Veolia, punkterna 19–21; ärende COMP/M.5855 – DB/Arriva, punkterna 23–24.
([52]) Ärende COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, punkt 17; ärende COMP/M.6818 – DB/Veolia, punkterna 22 och 58; ärende COMP/M.5855 – DB/Arriva, punkt 22.
([53]) Ärende COMP/M.6818 – DB/Veolia, punkt 23; ärende COMP/M.5855 – DB/Arriva, punkt 22.

(46) Med hänsyn till den norska bussmarknadens särskilda karaktär, som beskrivs i skälen 41–42, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen, definieras den relevanta produktmarknaden härmed, för bedömningen av de villkor som anges i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, som marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster. Övervakningsmyndigheten har inte i detta enskilda ärende, och för de ändamål som avses ovan, konstaterat någon omständighet som skulle kunna motivera fastställandet av offentliga transportmyndigheters enskilda upphandlingar som separata relevanta marknader.

3.2.2 *Definition av geografisk marknad*

(47) När det gäller den geografiska marknaden ansåg sökanden att den relevanta marknaden för tilldelning av kontrakt för att bedriva offentliga busstrafiktjänster åtminstone är nationell till sin omfattning och innefattar all upphandlad busstrafik i Norge ([54]). Enligt sökanden utgör yrkestransportlagen ett gemensamt regelverk för konkurrensutsatt upphandling av busstrafiktjänster i hela Norge ([55]). Sökanden konstaterade också att så gott som alla (98 %) löpande kontrakt för offentliga busstrafiktjänster har tilldelats efter konkurrensutsatt upphandling, och att de flesta är bruttokontrakt med samma grundläggande egenskaper ([56]). Eventuella skillnader mellan olika offentliga transportmyndigheters upphandlingsförfaranden och kontrakt är därför små och lätta att hantera för busstrafikföretagen.

(48) Sökanden underströk att förekomsten av ett gemensamt regelverk för konkurrensutsatt upphandling av busstrafiktjänster i hela Norge även återspeglas i det faktiska anbudsmönstret för de busstrafikföretag som för närvarande är aktiva på marknaden ([57]). Bussföretagen Torghatten, Boreal och Nobina är verksamma i hela landet, och det finns inget som hindrar andra bussföretag från att konkurrera om alla kontrakt. Sökanden hävdade att det med ett fåtal undantag har varit betydande konkurrens om alla kontrakt för busstrafiktjänster som tilldelats sedan den 1 januari 2015 oavsett eventuell regional närvaro ([58]).

(49) Sökanden konstaterade emellertid att definitionen av den geografiska marknaden för ansökan skulle kunna lämnas öppen ([59]) eftersom det enligt sökanden råder fritt tillträde till marknaden och full konkurrens där sökanden har löpande kontrakt och/eller pågående anbud, oavsett hur den geografiska marknaden skulle komma att definieras.

(50) Konkurransetilsynet har konstaterat att den exakta definitionen av den relevanta geografiska marknaden kan lämnas öppen eftersom resultatet av analysen blir detsamma oavsett om den baseras på en snäv eller en bred definition av marknaden ([60]).

(51) Sökandens ståndpunkt är därmed förenlig med kommissionens praxis. I tidigare beslut har kommissionen, även om den oftast lämnat den exakta definitionen av den geografiska marknaden öppen, ansett att den relevanta geografiska marknaden för tilldelning av kontrakt för att bedriva offentliga busstrafiktjänster är det område inom vilket det finns ett gemensamt regelverk för konkurrensutsatt upphandling av busstrafiktjänster ([61]).

(52) Övervakningsmyndigheten anser därför, för bedömningen av villkoren i artikel 34 i direktivet, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna eller annan EES-lagstiftning, att den relevanta geografiska marknaden för den relevanta produktmarknaden åtminstone är nationell till sin omfattning. Skälen till detta är förekomsten av ett gemensamt regelverk, att det endast förekommer små skillnader i de offentliga transportmyndigheternas upphandlingsförfaranden samt bussoperatörernas möjlighet och vilja att delta i upphandlingsförfaranden i hela Norge.

([54]) Sidan 28 i ansökan.
([55]) Ibid.
([56]) Ibid.
([57]) Ibid.
([58]) Ibid.
([59]) Sidan 29 i ansökan.
([60]) Sidan 3 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([61]) Ärende COMP/M.6818 – DB/Veolia, punkt 29; ärende COMP/M.5855 – DB/Arriva, punkt 27. Se även ärende COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA och ärende COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, punkt 31.

3.2.3 *Marknadsanalys*

(53) När det gäller marknaden för tilldelning av offentliga kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster anses en indikator för konkurrensgraden vara den största operatörens marknadsandel och den sammanlagda marknadsandelen för de viktigaste operatörerna på marknaden. Enligt de uppgifter som sökanden lämnat i sin ansökan har denne den största marknadsandelen på den relevanta marknaden med [25–30 %] baserat på omsättning och 28 % baserat på volym ([62]). Det finns dock starka konkurrenter med tvåsiffriga marknadsandelar baserat på omsättning, till exempel Torghatten [15–20 %], Tide [15–20 %] och Unibuss [12–17 %], följda av mindre men inte obetydliga marknadsaktörer såsom Boreal [5–10 %] och Nobina [5–10%] ([63]). Den återstående marknaden är fördelad på 29 mindre bussoperatörer. Sökandens uppgifter om marknadsandelar överensstämmer med de beräkningar som gjorts av Konkurransetilsynet ([64]).

(54) Som förklaras i skäl 45 ovan är konkurrensen annorlunda till sin karaktär när det gäller offentliga busstrafiktjänster, eftersom företagen konkurrerar om marknaden och inte på marknaden genom pris, tidtabeller eller tjänstekvalitet. På den norska marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster sker konkurrensen om tilldelningen av kontrakt i form av offentliga upphandlingar som anordnas av offentliga transportmyndigheter. Enligt sökanden har 98 % av alla löpande kontrakt tilldelats genom konkurrensutsatt upphandling, och denna siffra kommer att närma sig 100 % fram till den 3 december 2019 ([65]). Med tanke på dessa omständigheter måste konkurrensbedömningen och marknadsanalysen granska anbudsmönster och marknadsaktörernas möjlighet och vilja att konkurrera i aktuella och kommande upphandlingar.

(55) De viktigaste konkurrenterna till sökanden är stora företag som ofta ingår i transportföretag med multinationell verksamhet. Torghatten är ett av de största transportföretagen i Norge och tillhandahåller offentliga färje-, snabbåts-, buss- och flygtransporter. Företaget bedriver även kommersiell busstrafik och har konsoliderade intäkter på totalt mer än 9 miljarder norska kronor. Tide är en del av transportkoncernen DSD, som bedriver både offentlig och kommersiell busstrafik i Norge och även har verksamhet i Danmark. DSD-koncernens konsoliderade intäkter uppgår till närmare 6 miljarder norska kronor. Unibuss ägs av Oslo kommun. Unibusskoncernen erbjuder både offentliga och kommersiella trafiktjänster i flera norska städer. Boreal Buss är en del av koncernen Boreal Group, som bedriver omfattande transportverksamhet både i offentlig och kommersiell form. Den slutliga ägaren till Boreal är för närvarande en riskkapitalfond från Hongkong som inriktar sig på globala investeringsmöjligheter i infrastruktur. Borealsʼ konsoliderade intäkter uppgår till närmare 3 miljarder norska kronor. Nobina är en del av den svenska Nobinakoncernen, som tillhandahåller offentliga transporttjänster i hela Skandinavien. Dessa företag deltar i upphandlingar i hela Norge och har kapacitet och erfarenhet att lämna anbud i alla upphandlingar i Norge.

(56) Sökanden har konstaterat att i de 58 konkurrensutsatta upphandlingar som har genomförts i Norge sedan den 1 januari 2015 har i genomsnitt 3,8 konkurrerande företag inkommit med anbud ([66]). Siffran har bekräftats av de bedömningar som tagits fram av Konkurransetilsynet ([67]). Även om antalet leverantörer varierar mycket från kontrakt till kontrakt, från en leverantör till åtta leverantörer för de 46 kontrakt som Konkurransetilsynet granskat, konstaterade Konkurransetilsynet även att de offentliga transportmyndigheterna i allmänhet är nöjda med antalet leverantörer ([68]). Sökanden lämnade också detaljerade uppgifter om upphandlingsförfarandena i de norska offentliga transportmyndigheternas olika regioner som bekräftade att tilldelningen av kontrakt för offentliga busstrafiktjänster generellt sett sker på konkurrensmässiga grunder ([69]). De detaljerade uppgifterna och interna uppgifter från sökanden visade också att byte av operatörer förekom i omkring 40 % av alla kontrakt som tilldelades genom konkurrensutsatt upphandling ([70]). Detta bekräftar att olika operatörer har förutsättningar att konkurrera effektivt.

([62]) Sidan 30 i ansökan.
([63]) Ibid.
([64]) Sidan 5 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([65]) Sidan 6 i ansökan. Se även övervakningsmyndighetens förfarande som nämns i skäl 31 ovan.
([66]) Sidan 14 i ansökan.
([67]) Sidan 5 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([68]) Ibid.
([69]) Se sidorna 14–24 i ansökan.
([70]) Sidan 24 i ansökan.

(57) Sökanden ansåg också att marknaden för tilldelning av offentliga busstrafiktjänster i Norge har låga hinder för tillträde och expansion, vilket bekräftades av Konkurransetilsynets bedömning ([71]). Denna iakttagelse baserades på att inkomsterna från kontrakt med de offentliga transportmyndigheterna är stabila och förutsägbara och på att det är lätt att få tillgång till nödvändig information och infrastruktur eftersom all nödvändig infrastruktur förutom bussarna tillhandahålls av de offentliga transportmyndigheterna ([72]). Anställda hos den tidigare kontraktsinnehavaren har dessutom rätt att övergå till den nya kontraktsinnehavaren. Eftersom kravspecifikationerna från de offentliga transportmyndigheterna normalt sett kräver nya bussar har potentiella nya operatörer inte heller någon kostnadsnackdel när det gäller förvärv av nya bussar ([73]).

(58) För detta beslut och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna bör de faktorer som anges i skälen 53–57 ses som ett tecken på att driften av offentliga busstrafiktjänster i Norge är konkurrensutsatt. Detta är också i linje med Konkurransetilsynets ståndpunkt. Det är sannolikt att företag som är verksamma på denna marknad är utsatta för ett tillräckligt konkurrenstryck. Det finns ingenting som tyder på att sektorn inte fungerar på ett marknadsmässigt sätt. Övervakningsmyndighetens slutsats är därför att marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster är direkt konkurrensutsatt i den mening som avses i direktivet.

(59) Övervakningsmyndigheten noterar att det nuvarande konkurrenstrycket på marknaden för tilldelning av kontrakt för att driva offentliga busstrafiktjänster i huvudsak styrs av det befintliga regelverket och av att offentliga transportmyndigheter anordnar offentliga upphandlingar snarare än att tillhandahålla tjänster i egen regi eller att utnyttja undantagen för direkttilldelning i enlighet med EES-bestämmelserna om offentlig upphandling, utom i ett begränsat antal fall där direkttilldelning används för kontrakt med låga värden och/eller korta avstånd. Detta innebär att förändringar av dessa strategier och denna praxis kan komma att påverka marknadsdynamiken och det övergripande konkurrenstrycket på upphandlande enheter som bedriver offentliga busstrafiktjänster som omfattas av detta beslut.

4. **SLUTSATS**

(60) För detta beslut och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna bör resultatet av marknadsanalysen som anges i skälen 53–57 ses som ett tecken på att driften av offentliga busstrafiktjänster i Norge är konkurrensutsatt i den mening som avses i artikel 34 i direktivet. Eftersom villkoren i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är uppfyllda bör det därför fastställas att direktiv 2014/25/EU inte är tillämpligt på kontrakt som möjliggör sådan verksamhet i Norge.

(61) Beslutet grundar sig på den lagstiftning som var tillämplig och den faktiska situation som rådde mellan januari 2015 och juni 2019 enligt de uppgifter som sökanden och Konkurransetilsynet har lämnat. Övervakningsmyndigheten förbehåller sig rätten att ändra detta beslut om villkoren för tillämpningen av artikel 34 i direktiv 2014/25/EU inte längre uppfylls eller till följd av betydande förändringar av den rättsliga och faktiska situationen.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

1. Den rättsakt som det hänvisas till i punkt 4 i bilaga XVI till EES-avtalet i vilken förfarandena vid offentlig upphandling i den allmännyttiga sektorn fastställs (direktiv 2014/25/EU) ska inte tillämpas på kontrakt som tilldelas eller projekttävlingar som anordnas av upphandlande enheter som bedriver eller har som en av sina verksamheter att bedriva offentliga busstrafiktjänster, om sådana kontrakt eller projekttävlingar syftar till att bedriva offentliga busstrafiktjänster i Norge (verksamhet som rör driften av ett nät i syfte att betjäna allmänheten med busstransport).

2. Detta beslut riktar sig till Konungariket Norge.

3. Endast den engelska texten är giltig.

([71]) Sidan 31 i ansökan och sidan 5 i Konkurransetilsynets yttrande om villkoren för tillämpningen av artikel 34.1 i direktiv 2014/25/EU.
([72]) Ibid.
([73]) Sidan 31 i ansökan.

Utfärdat i Bryssel den 17 juni 2019.

För Eftas övervakningsmyndighet, enligt delegeringsbeslut nr 19/19/KOL,

Högni S. KRISTJÁNSSON
Ansvarig ledamot av kollegiet

Carsten ZATSCHLER
Kontrasignerande som direktör fö
avdelningen för rättsliga och exekutiva frågor