

DECYZJA WYKONAWCZA KOMISJI (UE) 2017/132**z dnia 24 stycznia 2017 r.****w sprawie stosowalności art. 34 dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady do zamówień udzielanych w celu udostępnienia infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego w Austrii***(notyfikowana jako dokument nr C(2017) 260)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

uwzględniając dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych ⁽¹⁾, w szczególności jej art. 30 ust. 5,uwzględniając dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE ⁽²⁾, w szczególności jej art. 35 ust. 3,

uwzględniając wniosek złożony przez Flughafen Wien,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. STAN FAKTYCZNY**1.1. Wniosek**

- (1) Dnia 16 stycznia 2015 r. Komisja otrzymała do Flughafen Wien (port lotniczy w Wiedniu, zwany dalej „wnioskodawcą”) wniosek zgodnie z art. 30 dyrektywy 2004/17/WE (zwany dalej „wnioskiem”).
- (2) Wniosek dotyczył działań związanych z eksploatacją obszaru geograficznego w celu udostępnienia infrastruktury portu lotniczego na terytorium Austrii ⁽³⁾.
- (3) Do wniosku dołączono opinię niezależnego organu właściwego dla usług portu lotniczego w Austrii, którym jest Federalne Ministerstwo Transportu, Innowacji i Technologii (zwane dalej „BMVIT”), z dnia 22 grudnia 2014 r. W opinii tej (zwanej dalej „opinią”) odniesiono się do kwestii, czy istnieje swobodny dostęp do rynku i czy działania objęte wnioskiem podlegają bezpośrednio konkurencji.
- (4) W 2010 r. wnioskodawca po raz pierwszy zwrócił się do Komisji, aby omówić nieoficjalnie możliwości wyłączenia ze stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Pierwszą wymianę opinii prowadzono w oparciu o projekt wniosku, który omówiono na posiedzeniu dnia 17 marca 2010 r. Po posiedzeniu Komisja w dniu 12 kwietnia 2010 r. wysłała wnioskodawcy nieoficjalną listę uwag i pytań na piśmie.
- (5) Dnia 26 września 2013 r. wnioskodawca przedłożył zaktualizowany projekt wniosku. Po złożeniu wniosku przez wnioskodawcę Komisja przedstawiła uwagi na piśmie (pismem z dnia 15 listopada 2013 r.). Wnioskodawca odpowiedział na pismo Komisji w dniu 2 kwietnia 2014 r., a dalsza nieoficjalna wymiana poglądów miała miejsce na posiedzeniu dnia 26 czerwca 2014 r.

⁽¹⁾ Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 1.⁽²⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243.⁽³⁾ Chociaż wnioskodawcą jest port lotniczy w Wiedniu, wniosek dotyczy działalności związanej z udostępnieniem portów lotniczych w Austrii, a zatem zakresem wniosku objęte są wszystkie austriackie porty lotnicze.

- (6) Dnia 16 stycznia 2015 r. wnioskodawca oficjalnie przedłożył wniosek o wyłączenie.
- (7) W dniu 5 lutego 2016 r. wnioskodawca wycofał swój wniosek w zakresie, w jakim dotyczył on sektora detalicznego ⁽¹⁾.
- (8) Austriackie prawo zamówień publicznych ⁽²⁾ pozwala podmiotom zamawiającym na składanie wniosków zgodnie z art. 30 dyrektywy 2004/17/WE.
- (9) Port lotniczy w Wiedniu („VIE”) jest podmiotem zamawiającym zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE, ponieważ prowadzi działalność związaną z eksploatacją obszaru geograficznego na potrzeby udostępniania portów lotniczych na podstawie art. 12 dyrektywy 2014/25/UE i działa w oparciu o prawo specjalne w rozumieniu art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE.
- (10) Po dokonaniu pierwszej oceny Komisja uznała, że wniosek nie zawiera niezbędnych informacji, które umożliwiłyby przeprowadzenie należytej oceny istotnych kryteriów na potrzeby wyłączenia ze stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.
- (11) Dnia 27 lutego 2015 r. Komisja wezwała wnioskodawcę do uzupełnienia wniosku o brakujące informacje oraz przedstawienia dowodów empirycznych, aby określić definicję rynku wyboru, wraz z bardziej wiarygodnymi danymi na temat sytuacji w zakresie konkurencji dla każdego z rynków. Wnioskodawca przekazał odpowiedzi drogą elektroniczną w dniach 4 i 15 września 2015 r. Dnia 21 września 2015 r. i 23 października 2015 r. Komisja zwróciła się do wnioskodawcy o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień dotyczących odpowiedzi z dnia 15 września 2015 r. Odpowiedzi wnioskodawcy otrzymano dnia 14 października 2015 r. oraz dnia 5 lutego 2016 r. Ze względu na fakt, iż nie otrzymano odpowiedzi w wyznaczonym przez Komisję terminie, zawieszony został termin wydania decyzji w okresie między wygaśnięciem terminu określonego w wezwaniu do udzielenia informacji (w dniu 13 marca 2015 r.) a otrzymaniem kompletnych informacji (w dniu 5 lutego 2016 r.). Strony wspólnie uzgodniły dalsze przedłużenie terminu. Nowy termin przyjęcia ustalono na dzień 29 lipca 2016 r.
- (12) W dniu 20 kwietnia 2015 r. Komisja wezwała również władze austriackie do udzielenia dodatkowych informacji. Władze austriackie przekazały odpowiedzi pocztą elektroniczną dnia 3 lipca 2015 r.
- (13) Nastąpiła dalsza wymiana korespondencji dotycząca statusu prawnego wnioskodawcy jako podmiotu zamawiającego. W dniach 22 kwietnia i 19 maja 2016 r. Komisja zwróciła się do wnioskodawcy o udzielenie dodatkowych informacji. Wnioskodawca udzielił odpowiedzi, odpowiednio, w dniach 4 maja i 1 lipca 2016 r. Komisja zwróciła się ponadto o dodatkowe informacje w tej sprawie do władz austriackich w dniach 11 lipca i 23 września 2016 r. Władze austriackie udzieliły odpowiedzi, odpowiednio, w dniach 31 sierpnia i 30 września 2016 r.
- (14) W dniu 5 lipca 2016 r., w związku z potrzebą uzyskania i przeanalizowania dodatkowych informacji, termin przyjęcia przez Komisję decyzji w tej sprawie został przedłużony za zgodą stron do dnia 31 października 2016 r.
- (15) Ze względu na fakt, iż w wyznaczonym przez Komisję terminie nie otrzymano odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji, termin wydania decyzji został zawieszony w okresie między wygaśnięciem terminu określonego w wezwaniu do udzielenia informacji (tj. dnia 9 sierpnia 2016 r.) a otrzymaniem kompletnych informacji (tj. 31 sierpnia 2016 r.), w związku z czym nowy termin przyjęcia decyzji przez Komisję został wyznaczony na dzień 23 listopada 2016 r.
- (16) W dniu 8 listopada 2016 r. wnioskodawca wycofał swój wniosek w zakresie, w jakim obejmował on udostępnianie infrastruktury portu lotniczego na potrzeby przewozów pasażerskich, obsługi naziemnej i parkingów. Wniosek został zatem podtrzymany wyłącznie w odniesieniu do udostępniania infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego. W dniu 18 listopada 2016 r. strony uzgodniły wspólnie nowy termin przyjęcia decyzji Komisji. Termin ten został wyznaczony na dzień 31 stycznia 2017 r.

⁽¹⁾ Pismo wnioskodawcy z dnia 5 lutego 2016 r., s. 1.

⁽²⁾ Bundesvergabegesetz, art. 179 ust. 5.

- (17) Dnia 23 września 2015 r. Zrzeszenie Międzynarodowego Transportu Lotniczego – IATA przedstawiło dobrowolne stanowisko w sprawie oceny konkurencji w sektorze lotniczym w Austrii w odniesieniu do wniosku o wyłączenie ze stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Dokument przedłożono na podstawie powiadomienia ⁽¹⁾ o otwarciu procedury w tej sprawie. Stanowisko skupia się na ocenie świadczenia usług międzynarodowych przewozów pasażerskich w kontekście miejsca wylotu i przylotu.

1.2. Sektor lotniczy w Austrii

- (18) W Austrii istnieje obecnie sześć komercyjnych portów lotniczych, tj. port lotniczy w Wiedniu (zwany dalej „VIE”, zgodnie z jego kodem IATA), port lotniczy w Graz (zwany dalej „GRZ”), port lotniczy w Innsbrucku (zwany dalej „INN”), port lotniczy w Klagenfurcie (zwany dalej „KLU”), port lotniczy w Linzu (zwany dalej „LNZ”) oraz port lotniczy w Salzburgu (zwany dalej „SZG”).
- (19) Operatorem VIE jest spółka akcyjna ⁽²⁾ notowana na giełdzie papierów wartościowych w Wiedniu od 1992 r., przy czym operatorzy innych austriackich portów lotniczych to również spółki akcyjne.
- (20) Sześć austriackich komercyjnych portów lotniczych obsłużyło łącznie 26,3 mln pasażerów w 2013 r. ⁽³⁾ oraz około [...] ⁽⁴⁾ ton ładunków rocznie ⁽⁵⁾.

2. RAMY PRAWNE

- (21) Dyrektywa 2014/25/UE ma zastosowanie do udzielania zamówień związanych z prowadzeniem działalności w zakresie udostępniania infrastruktury portu lotniczego, chyba że działalność ta jest objęta wyłączeniem na podstawie art. 34 tej dyrektywy.
- (22) Zgodnie z art. 34 dyrektywy 2014/25/UE zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności, do której ma zastosowanie ta dyrektywa, nie są objęte zakresem tej dyrektywy, jeżeli w państwie członkowskim, w którym działalność ta jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, dokonuje się na podstawie obiektywnych kryteriów, uwzględniających specyfikę danego sektora. Dostęp do rynku uznaje się za nieograniczony, jeżeli państwo członkowskie wdrożyło i stosuje odpowiednie przepisy Unii otwierające dany sektor lub jego część. Wspomniane przepisy zostały wymienione w załączniku III do dyrektywy 2014/25/UE. Jeżeli jednak chodzi o udostępnianie urządzeń portów lotniczych, we wspomnianym załączniku nie wymieniono żadnych odpowiednich przepisów dotyczących liberalizacji tego sektora. W związku z tym nie można założyć, że dostęp do przedmiotowego rynku jest swobodny, i należy to wykazać faktycznie i formalnie.
- (23) Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, należy dokonać na podstawie różnych wskaźników, z których żaden nie jest sam w sobie decydujący. Jeżeli chodzi o rynki, których dotyczy niniejsza decyzja, udział w rynku stanowi kryterium, które należy wziąć pod uwagę. Biorąc pod uwagę cechy odnośnych rynków, można również uwzględnić dodatkowe kryteria.
- (24) Niniejsza decyzja pozostaje bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji i innych obszarów prawa Unii. W szczególności kryteria i metodyka użyte do oceny bezpośredniego podlegania konkurencji zgodnie z art. 34 dyrektywy 2014/25/UE nie zawsze są identyczne z tymi stosowanymi do przeprowadzenia oceny dokonywanej na podstawie art. 101 lub 102 Traktatu lub rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 ⁽⁶⁾. Argument ten został podtrzymany również przez Trybunał w niedawnym orzeczeniu ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Dz.U. C 93 z 20.3.2015, s. 22.

⁽²⁾ VIE ostatecznie należy w 40 % do władz regionalnych w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE, lecz status prawny VIE jako przedsiębiorstwa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE został potwierdzony przez austriacki Federalny Urząd Zamówień Publicznych (sygn. Bundesvergabeamt, N/0117-BVA/02/2009-24 oraz Bundesvergabeamt, N/0117-BVA/02/2009-EV8).

⁽³⁾ Zgodnie z badaniem „The Austrian Aviation sector in the context of business location Austria”, czerwiec 2014 r., s. 3.

⁽⁴⁾ Informacja poufna.

⁽⁵⁾ Według informacji zawartych w załączniku 7 całkowita ilość ładunków to 226 606 ton w roku 2010, 208 913 ton w roku 2011 oraz 188 261 w roku 2012.

⁽⁶⁾ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”) (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1).

⁽⁷⁾ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r., Österreichische Post AG przeciwko Komisji, T-463/14, ECLI:EU:T:2016:243, pkt 28.

- (25) Należy pamiętać, że celem niniejszej decyzji jest ustalenie, czy usługi, których dotyczy wniosek, podlegają konkurencji (na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE) w takim stopniu, że zapewnione zostanie — również w przypadku zwolnienia z obowiązku stosowania szczegółowych przepisów dotyczących zamówień określonych w dyrektywie 2014/25/UE — przejrzyste i niedyskryminacyjne udzielanie zamówień związanych z prowadzeniem przedmiotowych rodzajów działalności na podstawie kryteriów umożliwiających nabywcom znalezienie rozwiązania, które ostatecznie będzie najkorzystniejsze ekonomicznie.

3. OCENA

3.1. Swobodny dostęp do rynku

- (26) W niniejszej sprawie właściwą działalność stanowi udostępnianie infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego.
- (27) Jeżeli chodzi o udostępnianie infrastruktury portu lotniczego, nie istnieją odpowiednie przepisy unijne, na podstawie których można by założyć, że dostęp do rynku jest swobodny, zatem należy przeprowadzić odpowiednią ocenę w oparciu o istniejące orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące swobody przedsiębiorczości zgodnie z art. 49 TFUE.
- (28) Zdaniem wnioskodawcy dostęp do rynku nie jest ograniczony pod względem formalnym. W Austrii art. 71 ust. 1 Luftfahrtgesetz (LFG, ustawa o lotnictwie) stanowi, że operator ubiegający się o licencję cywilnego portu lotniczego jest uprawniony do otrzymania „licencji cywilnego portu lotniczego”, jeżeli plan stworzenia portu lotniczego jest odpowiedni z technicznego punktu widzenia i można oczekiwać bezpiecznego zarządzania tym portem lotniczym, operator jest solidny, odpowiedni i dysponuje wystarczającymi zasobami finansowymi oraz nie występują sprzeczne „inne interesy publiczne”. W tym zakresie zgodnie z art. 71 ust. 2 LFG uznaje się, że planowany publiczny port lotniczy nie jest w interesie publicznym, jeżeli nie zostaną jednocześnie spełnione następujące trzy warunki: (i) port lotniczy znajduje się w odległości mniejszej niż 100 km od istniejącego portu lotniczego; (ii) port lotniczy prawdopodobnie osłabi funkcje transportu istniejącego portu lotniczego; oraz (iii) istniejący port lotniczy jest w stanie i chce w ciągu sześciu miesięcy przejąć potencjalne obowiązki planowanego portu lotniczego.
- (29) Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem system wydawania uprzednich zezwoleń nie może uzasadniać podejmowania przez organy krajowe uznaniowych decyzji, które mogą negować skuteczność przepisów prawa Unii ⁽¹⁾. Aby system wydawania uprzednich zezwoleń był uzasadniony, nawet jeśli stanowi on odejście od podstawowego prawa do świadczenia usług, musi on w każdym razie opierać się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcześniej kryteriach w taki sposób, aby ograniczyć uznaniowość ze strony organów krajowych i zapewnić, aby procedury te nie były stosowane arbitralnie ⁽²⁾.
- (30) Co więcej, jeżeli system udzielania zezwoleń narzuca warunki związane z minimalną odległością między przedsiębiorstwami, taki system można uznać za uzasadniony, pod warunkiem że jest on ogólnie odpowiedni do osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie, aby świadczenie usług na rzecz społeczeństwa, takich jak udostępnianie infrastruktury portu lotniczego i usługi powiązane, charakteryzowało się rzetelnością i wysoką jakością ⁽³⁾. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału przepisy krajowe są odpowiednie do zapewnienia osiągnięcia zamierzonego celu jedynie wtedy, gdy rzeczywiście odzwierciedlają zamiar osiągnięcia tego celu w sposób spójny i systematyczny ⁽⁴⁾.
- (31) Jeżeli chodzi o drugie kryterium ustanawiające domniemanie braku interesu publicznego, a mianowicie warunek, zgodnie z którym planowany port lotniczy prawdopodobnie osłabi funkcje transportu istniejącego portu lotniczego, wnioskodawca powołuje się na orzeczenie w sprawie dotyczącej austriackiego kodeksu linii transportu samochodowego ⁽⁵⁾ (*Kraftfahrliengesetz*, KfLG), w której austriacki Trybunał Administracyjny (VwGH) orzekł, że drugiego kryterium nie należy rozumieć w sposób, który chroniłby istniejące przedsiębiorstwo przed konkurencją. Jednak zdaniem austriackiego Trybunału Administracyjnego, nawet jeśli posiadacz nowej koncesji może być zobowiązany do tolerowania konkurencji dla swojej działalności ze strony innych przedsiębiorstw, nie dotyczy to sytuacji, w której istniejący koncesjonariusz poniósłby stratę zysków, która wyraźnie podważałaby ekonomiczną obsługę istniejącej trasy. Co więcej, według tego samego Trybunału pogorszenie stosunku

⁽¹⁾ Sprawa C-157/99 Smits i Peerbooms [2001] ECLI:EU:C:2001:404, pkt 90; sprawa C-385/99 Müller-Fauré i van Riet [2003] ECLI:EU:C:2003:270, pkt 84; sprawa C-372/04 Watts [2006] ECLI:EU:C:2006:325, pkt 115. Punkt 70 pochodzi z opinii rzecznika generalnego, pkt 115 pochodzi z orzeczenia.

⁽²⁾ Sprawa C-205/99 Analir i inni [2001] ECLI:EU:C:2001:107, pkt 38; sprawa C-372/04 Watts [2006] ECLI:EU:C:2006:325, pkt 116.

⁽³⁾ Sprawy połączone C-570/07 i C-571/07 Blanco Pérez i Chao Gómez [2010] ECLI:EU:C:2010:300, pkt 94.

⁽⁴⁾ Zob. przykładowo: sprawa C-169/07 Hartlauer [2009] ECLI:EU:C:2009:141, pkt 55; sprawy połączone C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i inni [2007] ECLI:EU:C:2007:133, pkt 53 i 58.

⁽⁵⁾ Wyrok z dnia 25 marca 2009 r., 2008/03/0090.

przychodów do kosztów, które ma jedynie charakter przejściowy ze względu na sezonowe wahania, przejściowe czynniki zewnętrzne lub inwestycje w daną trasę, które koncesjonariusz zamierza zamortyzować w określonym czasie, nie może usprawiedliwiać odmowy przyznania nowej koncesji.

- (32) W związku z powyższym wydaje się, że zgodnie z interpretacją austriackiego Trybunału Administracyjnego drugie kryterium nie ma na celu ograniczania konkurencji jako takiej. Ogranicza to jakąkolwiek możliwość podjęcia arbitralnej decyzji przez organ przyznający koncesje. Dodatkowo z wyroku austriackiego Trybunału Administracyjnego można wywnioskować, że system udzielania zezwoleń, w którym określone są szczegółowe kryteria na potrzeby ustanowienia domniemania braku interesu publicznego w przypadku nowego portu lotniczego, wprowadzono, zakładając, że w nowym porcie lotniczym świadczone by solidne i wysokiej jakości usługi. Wydaje się, że odpowiednie przepisy prawa austriackiego i interpretacja wyżej wspomnianego drugiego kryterium przedstawiona przez austriacki Trybunał Administracyjny rzeczywiście odzwierciedlają zamiar osiągnięcia celów tych przepisów w sposób spójny i systematyczny. W związku z tym, do celów niniejszej decyzji, można stwierdzić, że warunki przyznawania licencji na utworzenie portu lotniczego w Austrii spełniają kryteria obiektywności, niedyskryminacji i przejrzystości, a tym samym dostęp do rynku w zakresie udostępniania infrastruktury portu lotniczego można uznać za swobodny pod względem formalnym.
- (33) Natomiast jeżeli chodzi o ocenę swobodnego dostępu do rynku pod względem faktycznym, wnioskodawca twierdzi, iż dostęp nie jest ograniczony, ponieważ powstają nowe komercyjne porty lotnicze. Wnioskodawca podaje jako przykład port lotniczy Berlin-Brandenburg oraz port lotniczy w Lublinie. Według wnioskodawcy zarówno grupa Lufthansa, jak i grupa airberlin uznaje port lotniczy Berlin-Brandenburg za konkretną alternatywę dla portu lotniczego w Wiedniu. Ponadto wojskowe porty lotnicze mogą być dostosowywane tak, aby funkcjonowały jako komercyjne porty lotnicze, np. GRZ i LNZ w Austrii. Co więcej wnioskodawca twierdzi, że istniejące komercyjne porty lotnicze, np. port lotniczy Frankfurt-Hahn i port lotniczy Weeze w Niemczech, mogą zostać rozbudowane.
- (34) W oparciu o informacje przedstawione przez wnioskodawcę trudno jest ostatecznie rozstrzygnąć, czy dostęp do rynku ustanawiania nowych portów lotniczych jest faktycznie ograniczony. Potencjalny nowy podmiot będzie musiał dokonać dużych inwestycji kapitałowych wiążących się z istotnym ryzykiem poniesienia kosztów utopionych, co może stanowić czynnik zniechęcający dla takich potencjalnych podmiotów. Wydaje się jednak, że koszty te są częścią normalnego ryzyka handlowego, z którym muszą się liczyć podmioty decydujące się na ustanowienie nowego portu lotniczego. Żadne informacje nie potwierdzają istnienia faktycznych barier uniemożliwiających wejście na przedmiotowy rynek poza normalnym ryzykiem handlowym, które nieodłącznie wiąże się z dokonywaniem dużych inwestycji związanych z udostępnianiem infrastruktury portu lotniczego. Do celów niniejszej decyzji uznaje się zatem, że pod względem faktycznym istnieje swobodny dostęp do rynku.

3.2. Ocena wpływu na konkurencję – Badanie rynku

- (35) W niniejszej sekcji przeanalizowana zostanie kwestia, czy spełniono drugi warunek wyłączenia, a mianowicie czy działalność objęta zakresem wniosku, spełniając warunek istnienia swobodnego dostępu do rynku pod względem formalnym i faktycznym, podlega bezpośrednio konkurencji. W tym celu ustala się właściwy produkt i odpowiedni rynek geograficzny i na tej podstawie przeprowadzana jest analiza rynku.

3.2.1. Definicja rynku produktowego

- (36) Zgodnie z poprzednimi decyzjami Komisji ⁽¹⁾ następujące rynki produktowe uznano za właściwe rynki produktowe do celów zastosowania prawa konkurencji Unii do przewoźników lotniczych i portów lotniczych: (i) świadczenie usług w zakresie infrastruktury portu lotniczego (w tym budowa, utrzymanie, wykorzystywanie i udostępnianie pasów startowych, dróg kołowania i innych struktur portu lotniczego, jak również koordynacja i kontrola działań prowadzonych w tych infrastrukturach); (ii) świadczenie (lub zawieranie umów na świadczenie) usług obsługi naziemnej; oraz (iii) świadczenie (lub zawieranie umów na świadczenie) powiązanych usług handlowych (np. w zakresie żywności i napojów, sprzedaży powierzchni reklamowych) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ M.7398 – Mirael/Ferrovial/NDH1, motyw 19; M.786 – międzynarodowy port lotniczy w Birmingham, motyw 15; M. 6732 – Ferrovial/Qatar Holding/CDPQ/Baker Street/BAA, motyw 21; M. 5652 – GIP/port lotniczy w Gatwick, motyw 21; M. 1035 – Hochtief/Aer Rianta/port lotniczy w Düsseldorfie, motyw 11; M.2262 – Flughafen Berlin II, motyw 13; oraz M.3823 – MAG/Ferrovial Aeropuertos/port lotniczy Exeter, motyw 15.

⁽²⁾ Usługi w zakresie ochrony portu lotniczego nie są zasadniczo uznawane za działalność gospodarczą, w związku z czym zwykle reguły konkurencji nie będą miały zastosowania (np. decyzja Komisji z dnia 2 maja 2005 r. w sprawie COMP/D3/38469, skarga dotycząca opłat nakładanych przez przedsiębiorstwo AIA SA i Olympic Fiel Company SA.).

- (37) Usługi w zakresie infrastruktury portu lotniczego można podzielić ze względu na transportowany obiekt, jak np. ruch pasażerski i ruch towarowy, ponieważ poza pasami startowymi ruch pasażerski i towarowy wymagają innych infrastruktur.
- (38) Towary są zwykle transportowane intermodalnymi środkami transportu do i z punktów pochodzenia i przeznaczenia. Ponadto w przeciwieństwie do ruchu pasażerskiego ruch towarowy można poprowadzić z większą liczbą przystanków. Ponadto zgodnie z poprzednimi decyzjami Komisji ⁽¹⁾ rynki lotniczego transportu towarowego są z definicji jednokierunkowe ze względu na różnice w popycie na każdym końcu trasy.
- (39) Wnioskodawca zgadza się z definicją rynku produktowego określoną w praktyce Komisji oraz dostosował odpowiednio wniosek do tej definicji.
- (40) W świetle okoliczności rozpatrywanych w motywach 36–39, do celów przeprowadzenia oceny, czy warunki ustanowione w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE zostały spełnione, i bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji lub przepisów prawa Unii w innych dziedzinach, właściwy rynek produktowy stanowi udostępnianie infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego.

3.2.2. Definicja rynku geograficznego i ocena konkurencji

- (41) W niniejszej sekcji przeanalizowano definicję właściwego rynku geograficznego odpowiadającą zdefiniowanemu rynkowi produktowemu, wyszczególniono argumenty wnioskodawcy oraz przedstawiono uwagi i wnioski Komisji w odniesieniu do tych argumentów, a także oceniono sytuację w zakresie konkurencji.
- (42) Według wnioskodawcy ⁽²⁾ kwestia dokładnego określenia rynku transportu towarowego do celów wniosku może pozostać otwarta. Ponadto wnioskodawca utrzymuje, że wydaje się, iż w tym przypadku rynek geograficzny obejmuje całą Europę.
- (43) Chociaż we wcześniejszych decyzjach ⁽³⁾ Komisja ustaliła, że w przypadku wewnątrz europejskich tras realizowanych w ramach lotniczego transportu towarowego właściwy rynek należy zdefiniować jako rynek ogólnoeuropejski, który powinien obejmować alternatywne rodzaje transportu, w szczególności transport drogowy i transport kolejowy, to należy przypomnieć, iż do celów niniejszej decyzji rynek produktowy nie stanowi lotniczy transport towarowy, lecz udostępnianie infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego.
- (44) Na potrzeby oceny warunków określonych w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE oraz bez uszczerbku dla prawa konkurencji lub jakiegokolwiek innego obszaru prawa Unii, Komisja uznaje, że kwestię dokładnego zasięgu geograficznego właściwego rynku produktowego można pozostawić otwartą, ponieważ udział wnioskodawcy w rynku przy zastosowaniu możliwie najwęższej definicji byłby nadal znikomy.
- (45) Z informacji przedstawionych przez wnioskodawcę ⁽⁴⁾ wynika, że – uznając rynek ogólnoeuropejski za właściwy rynek geograficzny – udziały w rynku portu lotniczego VIE ⁽⁵⁾ w zakresie transportu towarowego wyniosły [...] % w 2010 r., [...] % w 2011 r. i [...] % w 2012 r., natomiast udziały w rynku pozostałych portów lotniczych we wszystkich trzech latach nie osiągnęły poziomu 1 %. Przyjmując ostrożniejsze podejście zakładające, że rynek geograficzny obejmuje jedynie węzły lotnicze grupy Lufthansa, udziały w rynku portu lotniczego VIE wyniosły [...] % w 2010 r., [...] % w 2011 r. i [...] % w 2012 r., natomiast udziały w rynku pozostałych austriackich portów lotniczych we wszystkich trzech latach nie osiągnęły poziomu 1 %. Czynniki te należy zatem uznać za wskaźnik bezpośredniego podlegania konkurencji w zakresie omawianej działalności.

⁽¹⁾ M.5141 – KLM/Martinair, motyw 38; M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines, motyw 31.

⁽²⁾ Pismo wnioskodawcy z dnia 4 września, s. 19.

⁽³⁾ Sprawa M.3280, *Air France/KLM*, pkt 36 z dnia 11 lutego 2004 r.; sprawa M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, pkt 29 z dnia 28 sierpnia 2009 r.; sprawa M.5747, *Iberia/British Airways*, pkt 41 z dnia 8 września 2010 r.

⁽⁴⁾ Załącznik 7 do wniosku.

⁽⁵⁾ Udziały w rynku nie zostały obliczone przy uwzględnieniu wszystkich portów lotniczych w Europie, lecz na podstawie mniejszej liczby portów lotniczych, które mogą z największym prawdopodobieństwem wywierać presję konkurencyjną na port lotniczy VIE. Wspomniane porty lotnicze to: port lotniczy Amsterdam–Schiphol (AMS); port lotniczy Charles de Gaulle (CDG); port lotniczy w Düsseldorfie (DUS); port lotniczy Fiumicino (FCO); port lotniczy we Frankfurcie (FRA); port lotniczy w Monachium (MUC); port lotniczy Mediolan–Malpensa (MXP); SZG; port lotniczy Berlin–Tegel (TXL) oraz port lotniczy w Zurichu (ZRH).

- (46) Do celów niniejszej decyzji i bez uszczerbku dla prawa konkurencji czynniki wymienione w motywie 45 należy uznać za świadczące o tym, że ten rodzaj działalności podlega w Austrii konkurencji. W związku z tym, ponieważ warunki ustanowione w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE zostały spełnione, należy stwierdzić, że dyrektywa 2014/25/UE nie ma zastosowania do zamówień, które mają na celu umożliwienie prowadzenia tej działalności w Austrii.

4. WNIOSKI

- (47) W świetle czynników przeanalizowanych w motywach 1–46 uznaje się, że warunek bezpośredniego podlegania konkurencji określony w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE jest spełniony w Austrii w odniesieniu do udostępniania infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego.
- (48) Jako że warunek nieograniczonego dostępu do rynku uznaje się za spełniony, dyrektywa 2014/25/UE nie powinna mieć zastosowania w sytuacji, gdy podmioty zamawiające udzielają zamówień mających na celu umożliwienie świadczenia odnośnych usług na terenie Austrii ani gdy organizowane są konkursy na prowadzenie takiej działalności w Austrii.
- (49) Niniejsza decyzja została podjęta w oparciu o stan prawny i faktyczny w okresie od stycznia 2015 r. do listopada 2016 r., ustalony na podstawie informacji przedłożonych przez wnioskodawcę oraz władze austriackie. Decyzja ta może zostać zmieniona, jeżeli nastąpią istotne zmiany stanu prawnego lub faktycznego, które spowodują, iż warunki stosowalności art. 34 dyrektywy 2014/25/UE przestaną być spełniane.
- (50) Z uwagi na to, iż niektóre usługi związane z udostępnianiem infrastruktury portu lotniczego przewoźnikom lotniczym (np. infrastruktura portu lotniczego na potrzeby przewozów pasażerskich, obsługa naziemna, usługi pozalotnicze) nadal podlegają dyrektywie 2014/25/UE, należy przypomnieć, że zamówienia obejmujące kilka rodzajów działalności powinny być traktowane zgodnie z art. 6 wspomnianej dyrektywy. Oznacza to, że kiedy podmiot zamawiający udziela zamówień „mieszanych”, tzn. zamówień służących do prowadzenia zarówno działalności objętej wyłączeniem ze stosowania dyrektywy 2014/25/UE, jak i działalności nieobjętej wyłączeniem, należy uwzględnić rodzaje działalności, których dane zamówienie zasadniczo dotyczy. W przypadku takich zamówień mieszanych, jeżeli celem jest zasadniczo wsparcie rodzajów działalności, które nie zostały objęte wyłączeniem, należy stosować przepisy dyrektywy 2014/25/UE. Jeżeli określenie rodzaju działalności, którego zamówienie ma zasadniczo dotyczyć, nie jest obiektywnie możliwe, zamówienia udziela się zgodnie z zasadami określonymi w art. 6 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE⁽¹⁾.
- (51) Przypomina się, że w art. 16 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE⁽²⁾ przewidziano wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy koncesji udzielanych przez podmioty zamawiające, w przypadku których w stosunku do państwa członkowskiego, w którym te koncesje mają być realizowane, ustalono zgodnie z art. 34 dyrektywy 2014/25/UE, że działalność bezpośrednio podlega konkurencji. Ponieważ uznano, że działalność polegająca na udostępnianiu infrastruktury portu lotniczego przewoźnikom lotniczym dla transportu towarowego podlega konkurencji, koncesje mające na celu umożliwienie wykonywania odnośnych rodzajów działalności na terenie Republiki Austrii zostaną wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2014/23/UE.
- (52) Środki przewidziane w niniejszej decyzji są zgodne z opinią Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Dyrektywa 2014/25/UE nie ma zastosowania do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające, mających na celu umożliwienie udostępnienia infrastruktury portu lotniczego dla transportu towarowego w Austrii.

⁽¹⁾ Taki sam wynik przedmiotowy osiągnięto by, stosując art. 9 dyrektywy 2004/17/WE.

⁽²⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1).

Artykuł 2

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Austrii.

Sporządzono w Brukseli dnia 24 stycznia 2017 r.

W imieniu Komisji
Elżbieta BIEŃKOWSKA
Członek Komisji
