

DECYZJA WYKONAWCZA KOMISJI (UE) 2022/418**z dnia 10 marca 2022 r.****w sprawie stosowania art. 34 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE do niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego w regionach Austrii podlegających kompetencjom regionalnych organów odpowiedzialnych za transport Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) i Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)***(notyfikowana jako dokument nr C(2022) 1352)***(Tekst mający znaczenie dla EOG)****(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)**

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

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 ⁽¹⁾, w szczególności jej art. 35 ust. 3,

po zasięgnięciu opinii Komitetu Doradczego ds. Zamówień Publicznych na Roboty Budowlane,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. STAN FAKTYCZNY**1.1. Wniosek**

- (1) W dniu 2 października 2020 r. Stałe Przedstawicielstwo Austrii przedłożyło Komisji, w imieniu Österreichische Postbus AG („Postbus” lub „wnioskodawca”), wniosek na podstawie art. 35 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE („wniosek”). Wniosek spełnia wymogi formalne określone w art. 1 ust. 1 oraz załączniku I do decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2016/1804 ⁽²⁾.
- (2) Wnioskodawca należy do grupy ÖBB (austriackie koleje federalne). 100 % udziałów wnioskodawcy należy do ÖBB-Personenverkehr AG, która z kolei jest w 100 % spółką zależną ÖBB-Holding AG. Wszystkie udziały w ÖBB-Holding AG należą do Republiki Austrii. Wnioskodawca prowadzi działalność w sektorze autobusowego transportu pasażerskiego.
- (3) Wnioskodawca jest podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE i prowadzi działalność obejmującą obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu autobusami, o którym mowa w art. 11 tej dyrektywy.
- (4) Regularne usługi autobusowe są to okresowe i publicznie dostępne usługi w zakresie transportu pasażerskiego świadczone przez przewoźników za opłatą na określonych trasach transportowych, umożliwiające pasażerom wsiadanie do autobusu i wysiadanie z autobusu na wcześniej określonych stacjach. Jeżeli organy publiczne przyznają przedsiębiorstwu rekompensatę finansową z tytułu świadczenia tych usług, usługi te są określane jako niekomercyjne usługi transportowe.

⁽¹⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243.

⁽²⁾ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotycząca szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 275 z 12.10.2016, s. 39).

- (5) Niekomercyjne usługi autobusowe skutkują udzielaniem dwóch różnych rodzajów zamówień. W pierwszym przypadku chodzi o udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych przez właściwe organy ds. transportu zgodnie z przepisami rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady ⁽³⁾, które ma zastosowanie do usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego. W drugim przypadku chodzi o udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów przez przewoźnika wyznaczonego do wykonania takiego zamówienia publicznego na usługi, takich jak umowy z przedsiębiorstwem sprzątającym na sprząkanie autobusów lub z przedsiębiorstwem udostępniającym autobusy do użytku przez operatora.
- (6) Wniosek dotyczy wyłącznie udzielenia tego drugiego rodzaju zamówień, tzn. zamówień mających na celu umożliwienie wykonywania niekomercyjnych regularnych usług w zakresie transportu autobusowego w Austrii, co stanowi działalność związaną z obsługą sieci zgodnie z art. 11 dyrektywy 2014/25/UE. Wniosek nie obejmuje udzielania zamówień na świadczenie niekomercyjnych usług autobusowych, które są bezpośrednio przyznawane przewoźnikom wewnętrznym. Nie obejmuje on również udzielenia przez regionalny organ odpowiedzialny za transport (Verkehrsbund) zamówienia na świadczenie usług transportu autobusowego przewoźnikowi autobusowemu, ponieważ takie zamówienia wchodzą w zakres rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.
- (7) Początkowo do wniosku nie dołączono uzasadnionego stanowiska Bundeswettbewerbsbehörde (austriacki krajowy organ ochrony konkurencji, „krajowy organ ochrony konkurencji”). Zgodnie z pkt 1 lit. b) załącznika IV do dyrektywy 2014/25/UE, biorąc pod uwagę, że na podstawie art. 34 ust. 3 akapit pierwszy tej dyrektywy nie można założyć, że dostęp do przedmiotowego rynku jest swobodny, Komisja ma przyjąć decyzję wykonawczą w sprawie wniosku w terminie 130 dni roboczych. Pierwotny termin zawieszono zgodnie z pkt 2 załącznika IV do dyrektywy 2014/25/UE. Komisja powinna przyjąć decyzję wykonawczą do dnia 28 lutego 2022 r.
- (8) W dniu 11 listopada 2020 r. Komisja zwróciła się do władz austriackich o udzielenie dodatkowych informacji. Władze austriackie przedstawiły dodatkowe informacje w dniach 2 grudnia 2020 r., 23 lutego 2021 r. i 23 marca 2021 r. Informacje przekazane w dniu 23 marca 2021 r. zawierały stanowisko krajowego organu ochrony konkurencji, w którym przeanalizowano, czy art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE ma zastosowanie do rodzajów działalności, których dotyczy wniosek, zgodnie z ust. 2 i 3 tego artykułu.
- (9) W dniu 19 października 2021 r. wnioskodawca zawęził zakres geograficzny wniosku o zwolnienie do dwóch części terytorium Austrii: Wiednia, Dolnej Austrii i Burgenlandu [podlegających kompetencjom regionalnego organu odpowiedzialnego za transport Verkehrsbund Ost-Region (VOR)] oraz Górnej Austrii [podlegającej kompetencjom regionalnego organu odpowiedzialnego za transport Oberösterreich Verkehrsbund (OOVV)]. Wnioskodawca przedstawił dodatkowe informacje w dniach 21 października i 8 listopada 2021 r.

2. RAMY PRAWNE

- (10) Dyrektywa 2014/25/UE ma zastosowanie do udzielania zamówień na potrzeby prowadzenia działalności obejmującej zapewnianie lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejją, systemami automatycznymi, tramwajami, trolejbusami, autobusami lub kolejami linowymi, chyba że działalność ta jest wyłączona na podstawie art. 34 tej dyrektywy.
- (11) Na podstawie 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, podlega ona bezpośrednio konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.
- (12) Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, dokonuje się na podstawie obiektywnych kryteriów, uwzględniających specyfikę danego sektora ⁽⁴⁾. Ocena ta jest jednak ograniczona ze względu na mające zastosowanie krótkie terminy oraz konieczność oparcia się na danych dostępnych Komisji. Dane te pochodzą z udostępnionych wcześniej źródeł albo z informacji uzyskanych w kontekście zastosowania art. 35 dyrektywy 2014/25/UE i nie można ich uzupełniać za pomocą bardziej czasochłonnych metod, w tym w szczególności poprzez przeprowadzanie publicznych ankiet wśród zainteresowanych wykonawców ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1).

⁽⁴⁾ Motyw 44 dyrektywy 2014/25/UE.

⁽⁵⁾ *Ibid.*

- (13) Oceny, czy działalność bezpośrednio podlega konkurencji, należy dokonać na podstawie różnych wskaźników, z których żaden sam w sobie nie ma znaczenia rozstrzygającego. W odniesieniu do rynku objętego niniejszą decyzją udziały w rynku stanowią jedno z kryteriów, które należy uwzględnić wraz z innymi kryteriami, takimi jak istnienie barier wejścia lub konkurencja międzygałęziowa.

3. OCENA

- (14) Celem niniejszej decyzji jest ustalenie, czy usługi, których dotyczy wnioski, podlegają konkurencji (na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE) w stopniu, który zapewnia — również w przypadku zwolnienia z obowiązku stosowania szczegółowych przepisów dotyczących zamówień publicznych określonych w dyrektywie 2014/25/UE — udzielanie zamówień związanych z prowadzeniem przedmiotowych rodzajów działalności w przejrzysty i niedyskryminacyjny sposób na podstawie kryteriów umożliwiających nabywcom znalezienie rozwiązania, które ostatecznie będzie najkorzystniejsze ekonomicznie.
- (15) Niniejsza decyzja została podjęta na podstawie stanu prawnego i faktycznego w listopadzie 2021 r. oraz na podstawie informacji przedłożonych przez wnioskodawcę, władze austriackie, w tym austriackie Federalne Ministerstwo ds. Działań w dziedzinie Klimatu, Środowiska, Energii, Mobilności, Innowacji i Technologii („BMK”), krajowy organ ochrony konkurencji i regionalne organy odpowiedzialne za transport, oraz na podstawie publicznie dostępnych informacji.

3.1. Nieograniczony dostęp do rynku

- (16) Dostęp do rynku uznaje się za nieograniczony, jeżeli dane państwo członkowskie wdrożyło i stosuje odpowiednie przepisy Unii otwierające dany sektor lub jego część. Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 ma zastosowanie do usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego. Na podstawie art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego w formie koncesji na usługi musi odbywać się zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 ⁽⁶⁾. Zasady te, ustanowione w art. 4 rozporządzenia, obejmują między innymi jednoznaczne określenie zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, które musi wypełniać podmiot świadczący usługi publiczne, jak również obszar geograficzny, którego zobowiązania te dotyczą lub okres obowiązywania umowy. Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 nie zostało jednak wymienione w załączniku III do dyrektywy 2014/25/UE. W związku z tym wnioskodawca musi wykazać, że dostęp do rynku świadczenia niekomercyjnych usług transportu autobusowego jest swobodny *de facto* i *de iure*.
- (17) Pozostałe zamówienia na usługi publiczne w zakresie transportu publicznego autobusami, które nie mają formy koncesji na usługi, mają być udzielane zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych transponującymi (między innymi) dyrektywę 2014/25/UE.
- (18) Odpowiednimi przepisami krajowymi są ustawa o regularnych usługach autobusowych (Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrlineiengesetz – KfllG)) ⁽⁷⁾ oraz ustawa o lokalnym i regionalnym publicznym transporcie pasażerskim (Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999) ⁽⁸⁾.
- (19) Ustawa KfllG ma zastosowanie do okresowych i publicznie dostępnych usług w zakresie transportu pasażerskiego świadczonych przez przewoźników za opłatą na określonych trasach transportowych, umożliwiających pasażerom wsiadanie do autobusu i wysiadanie z autobusu na wcześniej określonych stacjach. Koncesji na podstawie ustawy KfllG, które są objęte zakresem rozporządzenia 1370/2007, udziela się na konkretne trasy. Jeżeli organy publiczne przyznają rekompensatę finansową z tytułu świadczenia usług publicznych, usługi te są określane jako niekomercyjne usługi transportowe.

⁽⁶⁾ Art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 stanowi: „Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozporządzeniu. Jednakże zamówienia na usługi i usługi publiczne, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE lub w dyrektywie 2004/18/WE, w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile zamówienia takie nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach”.

⁽⁷⁾ Austriacki federalny dziennik ustaw (BGBl.) I nr 203/1999.

⁽⁸⁾ Austriacki federalny dziennik ustaw (BGBl.) I nr 204/1999.

- (20) Ustawa ÖPNRV-G reguluje aspekty organizacyjne i finansowe prowadzenia lokalnych i regionalnych usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego (kolejowego i autobusowego), jak również strukturę i zakres odpowiedzialności stowarzyszeń transportowych.
- (21) Jeśli chodzi o swobodny dostęp *de iure* do rynku niekomercyjnych usług autobusowych, zarówno KfLG, jak i ÖPNRV-G stanowią, że instytucja zamawiająca musi dokonać wyboru przedsiębiorstwa transportowego zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, które transponują dyrektywę 2014/25/UE oraz zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007.
- (22) Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 oraz ustawodawstwo austriackie mają zastosowanie do działalności prowadzonej przez wnioskodawcę. Chociaż w załączniku III do dyrektywy 2014/25/UE nie wymienia się rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, przewiduje ono ramy regulacyjne, które mogą zapewnić odpowiednią konkurencję w poszczególnych przypadkach. Na podstawie art. 5 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udziela się na podstawie procedury przetargowej, z wyjątkiem bardzo szczególnych przypadków (średnia roczna wartość niższa niż 1 000 000 EUR, świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300 000 km rocznie lub sytuacja (bezpośredniego ryzyka) zakłócenia w świadczeniu usług). W związku z tym przy udzielaniu zamówień na obsługę linii autobusowych w niniejszej sprawie ma miejsce konkurencja, jako że takie zamówienia są udzielane w drodze przetargów otwartych w obu regionach, których dotyczy wnioski, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007.
- (23) Uwzględniając powyższe wnioski, Komisja uważa, że spełniono warunki dotyczące swobodnego dostępu *de iure* do rynku.
- (24) Jeżeli chodzi o swobodny dostęp *de facto* do rynku niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego, Komisja zauważa, że w ostatnich latach na rynku pojawiły się nowe podmioty. Na przykład w latach 2016–2020 trzy przedsiębiorstwa z państw członkowskich innych niż Austria weszły z powodzeniem na rynek w dwóch regionach objętych wnioskiem.
- (25) Zdaniem wnioskodawcy w ostatnich latach, w wyniku przyjęcia rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, dwie regionalne instytucje zamawiające w coraz większym stopniu stosowały przetarg konkurencyjny przy udzielaniu zamówień na usługi autobusowe. Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 stanowi, że od dnia 3 grudnia 2019 r. udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego i drogowego odbywa się zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 tego rozporządzenia, ograniczając tym samym ściśle bezpośrednio udzielanie zamówień. Do czerwca 2021 r. udział przetargów konkurencyjnych wynosił 92 % w przypadku regionu podlegającego kompetencjom VOR i 100 % w przypadku regionu podlegającego kompetencjom OÖVV.
- (26) W swoich stanowiskach BMK i krajowy organ ochrony konkurencji uznają fakt, że dostęp do przedmiotowego rynku jest swobodny *de iure* i *de facto*.
- (27) Do celów niniejszej decyzji Komisja stwierdza, że dostęp do rynków niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego na odpowiednich terytoriach regionów podlegających kompetencjom VOR i OÖVV należy uznać za swobodny *de iure* i *de facto* w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE.

3.2. Ocena zgodności z regułami konkurencji

3.2.1. Definicja właściwego rynku produktowego

3.2.2. Definicja rynku produktowego

- (28) Usługi w zakresie transportu autobusowego w Austrii obejmują co następuje: regularne usługi w zakresie transportu autobusowego, które podlegają KfLG, oraz nieregularne usługi w zakresie transportu autobusowego regulowane na podstawie ustawy o nieregularnych usługach autobusowych – Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG).

- (29) W ÖPNRV-G, jak również w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1073/2009⁽⁹⁾, rozróżnia się pomiędzy komercyjnymi i niekomercyjnymi usługami w zakresie transportu autobusowego. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ÖPNRV-G usługi transportowe uznaje się za komercyjne usługi transportowe jedynie w przypadku, gdy organy publiczne nie przyznają rekompensaty. W przypadku gdy organy publiczne przyznają rekompensatę finansową, usługi transportowe uznaje się za usługi o charakterze niekomercyjnym.
- (30) Przy zakupie niekomercyjnych usług transportowych lub wprowadzaniu zmian do istniejącego rozkładu jazdy instytucja zamawiająca musi dokonać wyboru przedsiębiorstwa transportowego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa o zamówieniach publicznych i rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Ogólnie rzecz biorąc, niekomercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego podlegają obowiązkowym procedurom przetargowym. Po wejściu w życie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w dniu 7 grudnia 2019 r. coraz większą liczbę niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego w Austrii przyznano w ramach przetargów konkurencyjnych. Praktyka Komisji w zakresie połączeń⁽¹⁰⁾ potwierdza pogląd, że komercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego i niekomercyjne usługi publiczne w zakresie transportu autobusowego stanowią różne rynki produktowe ze względu na różnicę w charakterze konkurencji.
- (31) Jeśli chodzi o rynek niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego, konkurencja między przewoźnikami świadczącymi usługi transportu autobusowego w odniesieniu do takich aspektów, jak cena, zdolność przewoźowa, częstotliwość lub inne cechy usług, odbywa się na etapie składania ofert, a mianowicie podczas udzielania zamówień na świadczenie usług publicznych w zakresie transportu autobusowego, a nie później na rynku. W porównaniu z komercyjnymi usługami transportowymi, niekomercyjni przewoźnicy świadczący usługi w zakresie transportu autobusowego mają zazwyczaj bardzo niewielki wpływ na podstawowe aspekty konkurencji, takie jak częstotliwość, opłaty lub komfort pasażerów, ponieważ elementy te określa organ udzielający zamówienia na świadczenie usług. Niekomercyjni przewoźnicy świadczący usługi w zakresie transportu autobusowego są zobowiązani do świadczenia usług zgodnie z umową zawartą z organem udzielającym zamówienia i nie mogą dostosowywać swoich usług do potrzeb pasażerów, co zwykle czynią przewoźnicy komercyjni.
- (32) Wnioskodawca twierdził, że niekomercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego świadczone przez przewoźników wewnętrznych mogą stanowić odrębny rynek właściwy w ramach rynku niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego z następujących powodów:
- usługi transportowe świadczone przez przewoźników wewnętrznych nie podlegają obowiązkowym procedurom przetargowym, o ile spełnione są wymogi określone w odpowiednich przepisach (art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, art. 10 dyrektywy 2014/24/UE⁽¹¹⁾ bądź art. 28 lub 29 dyrektywy 2014/25/UE),
 - o ile spełnione są wymogi rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, właściciel może zrekompensować koszty przewoźnika wewnętrznego, nawet jeśli koszty te są wyższe niż koszty ponoszone przez konkurencyjne przedsiębiorstwa,
 - wybór między „tworzeniem a zakupem” może nie być oparty wyłącznie na kosztach przewoźnika wewnętrznego w porównaniu z oczekiwanym wynikiem przetargu konkurencyjnego. Przewoźnicy świadczący usługi transportu miejskiego często zatrudniają pracowników objętych specjalną ochroną przed zwolnieniem i musieliby ponosić koszty ich wynagrodzeń, nawet jeśli ich oferta dotycząca umowy o świadczenie usług w zakresie transportu publicznego okazałaby się niewystarczająca.
 - W Austrii nie przeprowadzono jeszcze żadnych przetargów na usługi transportowe świadczone wcześniej przez przewoźników wewnętrznych. Przewoźnicy wewnętrzeni sami również przeprowadzają przetargi publiczne na podwykonawstwo. W takich przypadkach wybrany oferent staje się podwykonawcą przewoźnika wewnętrznego. Na przykład, przewoźnik wewnętrzny Wiener Linien GmbH & Co KG rozstrzyga przetargi na podwykonawców w odniesieniu do około 44 % swoich usług w zakresie transportu autobusowego.
- (33) BMK potwierdziło⁽¹²⁾ stanowisko wnioskodawcy co do zakresu właściwego rynku produktowego.
- (34) Komisja zgadza się, że przewoźnicy wewnętrzeni należą do odrębnego rynku.

⁽⁹⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1073/2009 z dnia 21 października 2009 r. w sprawie wspólnych zasad dostępu do międzynarodowego rynku usług autokarowych i autobusowych i zmieniające rozporządzenie (WE) nr 561/2006 (Dz.U. L 300 z 14.11.2009, s. 88).

⁽¹⁰⁾ Sprawa COMP/M.5855 DB/Arriva z 11.8.2010 pkt 20 i nast., sprawa COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia z 30.4.2013, pkt 19, sprawa COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia z 30.4.2013, pkt 25 i nast.

⁽¹¹⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

⁽¹²⁾ Odpowiedź BMK z 2 grudnia 2020 r.

- (35) Do celów oceny w ramach niniejszej decyzji i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji Komisja uważa, że właściwym rynkiem produktowym jest rynek niekomercyjnych usług w zakresie transportu pasażerskiego autobusami, w przypadku którego konkurencja ma miejsce w ramach rynku.

3.2.3. Definicja rynku geograficznego

- (36) Wnioskodawca wskazuje, że ramy regulacyjne dotyczące usług w zakresie transportu autobusowego, jak również austriacka ustawa federalna o zamówieniach publicznych obowiązują jednolicie w całej Austrii. Ponadto oferenci, którzy w celu złożenia oferty muszą przestrzegać kolejnych przepisów, takich jak przepisy dotyczące prawa pracy lub układów zbiorowych pracy, które obowiązują jednolicie w całej Austrii (koszty personelu stanowią około 50 % całkowitych kosztów regularnych usług w zakresie transportu autobusowego). Z drugiej strony, wnioskodawca wskazuje na znaczne różnice pomiędzy regionami ze względu na istnienie regionalnych organizacji transportowych odpowiedzialnych za transport autobusowy.
- (37) BMK stwierdziło, że różnice zaobserwowane na poziomie regionalnym nie uzasadniają definicji rynku regionalnego.
- (38) W swoim stanowisku krajowy organ ochrony konkurencji wyjaśnia, że usługi publiczne w zakresie transportu autobusowego są objęte postępowaniami o udzielenie zamówienia organizowanymi przez siedem regionalnych organizacji transportowych, które obejmują łącznie całe terytorium Austrii. Przewoźnicy wewnętrzni udzielają zamówień na podwykonawstwo, na przykład w obszarze metropolitalnym Wiednia. Każda organizacja transportowa ogłasza przetargi jedynie na usługi świadczone na swoim terytorium. Krajowy organ ochrony konkurencji stwierdza, że brak równoczesnych przetargów i zawieranie umów dotyczących wyłącznie regionalnych lub lokalnych niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego oraz fakt, że decyzje w sprawie umów podejmowane są przez siedem organizacji transportowych działających na poziomie regionalnym, z których każda realizuje swoje własne interesy, przemawiają przeciwko istnieniu jednolitego rynku krajowego.
- (39) W ramach swojej praktyki dotyczącej połączeń Komisja zdefiniowała właściwy rynek geograficzny dla usług w zakresie transportu autobusowego jako rynek, na którym te same ramy regulacyjne mają zastosowanie do wszystkich organów odpowiedzialnych za transport publiczny ⁽¹³⁾.
- (40) Komisja zauważa, że odpowiedzialność za organizację niekomercyjnych usług autobusowych spoczywa na właściwych organach regionalnych (Verkehrsverbünde). Organy te są odpowiedzialne za przygotowanie procedur przetargowych zgodnie z warunkami ramowymi określonymi w obowiązujących przepisach krajowych (KfVG, GelverkG, ÖPNRV-G i ustawa o zamówieniach publicznych BVergG 2018).
- (41) W obu regionach, których dotyczy wnioski, właściwy organ regionalny odpowiedzialny za transport i przewoźnicy wewnętrzni ogłaszają przetargi na umowy brutto ⁽¹⁴⁾, a główni oferenci są ci sami.
- (42) W związku z powyższym, do celów oceny w ramach niniejszej decyzji i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji Komisja uważa, że właściwymi rynkami geograficznymi są z jednej strony region podlegający kompetencjom VOR, a z drugiej strony region podlegający kompetencjom OÖVV.

3.3. Analiza rynkowa

- (43) Umowy na niekomercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego obowiązujące w Austrii udzielono w drodze przetargów konkurencyjnych lub w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia. Zdecydowaną większość takich umów udzielono w wyniku procedury przetargowej. W rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 ustanowiono okres przejściowy dla udzielania zamówień objętych zakresem tego rozporządzenia trwający do grudnia 2019 r. Wnioskodawca twierdzi, że jego malejący udział w rynku w tych dwóch regionach, a także wysoki odsetek zamówień udzielanych w drodze przetargu, duża liczba ofert i wysoki wskaźnik zmiany przewoźnika w obu regionach wskazują, że rynki te bezpośrednio podlegają konkurencji.

⁽¹³⁾ Sprawa COMP/M.5855, DB/Arriva, z 11.8.2010, pkt 27.

⁽¹⁴⁾ Sprawa COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, decyzja z 30.4.2013 r., pkt 14: „W przypadku umów brutto przewoźnik składa ofertę obejmującą pełne koszty operacyjne, a cały dochód trafia do organu; w przypadku umów netto przewoźnik otrzymuje cały dochód i składa ofertę obejmującą jedynie niezbędną różnicę między dochodem z opłat a kwotą potrzebną do osiągnięcia pożądanego zysku”.

- (44) Zdaniem BMK ⁽¹⁵⁾ w przypadku przeprowadzania procedury przetargowej z zakresu stosowania dyrektywy 2014/25/UE należy wykluczyć udzielanie zamówień przez przewoźników świadczących te usługi, które zostały objęte przetargiem (na przykład obsługa linii autobusowych lub usługi podwykonawstwa w zakresie konkretnej niekomercyjnej usługi transportowej), ponieważ przewoźnicy ci niewątpliwie podlegają konkurencji w ramach konkretnej procedury przetargowej.
- (45) Krajowy organ ochrony konkurencji twierdzi natomiast, że przewaga niektórych czynników (długi okres obowiązywania umowy, małe ilości objęte przetargiem, niewielu aktywnych oferentów) zasadniczo nie stwarza wielu trwałych możliwości konkurowania. W związku z tym organ uważa, dla celów przedmiotowego pytania, że z posiadanych informacji wynika, iż konkurencja jest niewystarczająca.
- (46) W swojej analizie Komisja bierze pod uwagę szereg czynników. Komisja nie podziela opinii BMK, że same przetargi konkurencyjne są wystarczające do wykazania, że działalność bezpośrednio podlega konkurencji. Chociaż przetargi konkurencyjne na niekomercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego są warunkiem wstępnym dla istnienia konkurencji na rynku, Komisja uważa, że należy wziąć pod uwagę inne czynniki.
- (47) Udziały w rynku są istotnym aspektem, ale biorąc pod uwagę, że rynek niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego podlega przetargom lub bezpośredniemu udzielaniu zamówień, należy również uwzględnić liczbę oferentów i wskaźnik powodzenia różnych uczestników rynku.

3.3.1. Udziały w rynku, liczba oferentów i wskaźnik powodzenia

- (48) Wszystkie obliczenia udziałów w rynku oraz wskazania dotyczące udziału w udzielonych zamówieniach oparte są na informacjach przekazanych przez wnioskodawcę ⁽¹⁶⁾.

3.3.1.1. Austria Wschodnia (obejmująca Wiedeń, Dolną Austrię i Burgenland)

- (49) W 2021 r. niekomercyjne usługi autobusowe w tym regionie odpowiadały za [100 do 110] mln planowych kilometrów (skm) rocznie. Wyłączając zamówienia udzielone bezpośrednio przewoźnikom wewnętrznym ([ok. 20 mln planowych kilometrów] dla Wiener Linien i Wiener Neustadt), właściwy rynek reprezentuje [80 do 90] mln planowych kilometrów rocznie. Głównymi instytucjami zamawiającymi są Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR) ([65 do 70] mln planowych kilometrów) i Wiener Linien ([15 do 20] mln planowych kilometrów).
- (50) W listopadzie 2021 r. udział wnioskodawcy w rynku w Austrii Wschodniej wynosił [35 do 45 %] (w 2013 r., gdy zorganizowano otwarte przetargi, udział ten wynosił [45 do 55 %]). Jego główni konkurenci posiadają następujące udziały w rynku: Dr Richard ([25 do 30] %), Gschwindl ([10 do 15] %), Blaguss ([5 do 10] %), N-Bus ([5 do 10] %), Zuklin ([0 do 5] %) oraz Retter ([0 do 5] %).
- (51) W Austrii Wschodniej do czerwca 2021 r. ogłoszono przetargi dotyczące 92 % obowiązujących zamówień (w mln planowych kilometrów).
- (52) Od 2018 r. w regionie przeprowadzono 14 postępowań o udzielenie zamówienia, w których przedstawiono 75 ofert, z czego wynika że średnia liczba oferentów w jednym postępowaniu wynosiła 5,4. Główny konkurent wnioskodawcy, przedsiębiorstwo Dr Richard, uczestniczyło w 12 przetargach, a jego wskaźnik powodzenia wynosił [...] %. Wskaźnik powodzenia wnioskodawcy wynosi [...] %. Większość procedur przetargowych wygrali Postbus lub Dr Richard.

3.3.1.2. Górna Austria

- (53) Niekomercyjne usługi autobusowe w tym regionie odpowiadały za [35 do 45] mln planowych kilometrów. Wyłączając zamówienia udzielone bezpośrednio przewoźnikom wewnętrznym ([ok. 5 mln planowych kilometrów] dla Linz i Steyr), właściwy rynek odpowiada za [30 do 40] mln planowych kilometrów rocznie w 2021 r. Główną instytucją zamawiającą jest Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG (OÖVV) ([30 do 35] mln planowych kilometrów). Usługi w zakresie transportu autobusowego w Wels świadczy EWW na podstawie przetargu ([1 do 2] mln planowych kilometrów).

⁽¹⁵⁾ Odpowiedź BMK z 2 grudnia 2020 r.

⁽¹⁶⁾ Obliczenia Komisji na podstawie załącznika 3 do stanowiska krajowego organu ochrony konkurencji.

- (54) W 2021 r. udział wnioskodawcy w rynku w Górnej Austrii wynosił [40 do 50] % ([45 do 55] % w 2020 r. i [60 do 70] % w 2013 r., gdy zorganizowano otwarte przetargi). Ze względu na strukturę przetargów w Górnej Austrii, w ramach której preferuje się podział zamówienia na małe części, małe przedsiębiorstwa były w stanie wygrać pięć z dziesięciu przetargów zorganizowanych ostatnio. Podsumowując, głównymi konkurentami Postbus w Górnej Austrii są Sabtours ([15 do 20] % rynku), Welser ([10 do 15] %), Stern&Hafferl ([5 do 10] %), Dr Richard ([5 do 10] %) i Leitner ([5 do 10] %).
- (55) W 2021 r. w Górnej Austrii 100 % obowiązujących zamówień (w mln planowych kilometrów) było przedmiotem przetargu. Według organów regionalnych od 2011 r. zorganizowano 21 postępowań o udzielenie zamówienia, podzielonych na 90 części, a średnia liczba oferentów w tych postępowaniach wynosiła 5,2 na część. Spośród 90 części Postbus wygrał [...] ([...] %).

3.3.2. Wnioski z oceny wpływu na konkurencję

- (56) Wnioskodawca posiada dość wysoki, ale malejący udział w zamówieniach o świadczenie niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego w regionach objętych wnioskiem. Od 2013 r. jego udział w rynku zmniejszył się o prawie [...] % w Austrii Wschodniej i o około [...] % w Górnej Austrii.
- (57) Odsetek przetargów konkurencyjnych jest bardzo wysoki w obu regionach, co prowadzi do odpowiednio 92 % i 100 % udziału zamówień udzielonych w drodze przetargu.
- (58) Liczba oferentów przypadających na jeden przetarg konkurencyjny jest wyższa niż średnia liczba oferentów w Unii w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i wynosi 5,4 (Austria Wschodnia) oraz 5,2 (Górna Austria). Chociaż prawdą jest, że zazwyczaj wnioskodawca przedstawia ofertę w prawie wszystkich procedurach przetargowych niezależnie od lokalizacji, nadal istnieje konkurencja ze strony innych przewoźników. W szczególności przedsiębiorstwo Dr Richard jest bardzo aktywne w obu regionach, podczas gdy inni przewoźnicy regularnie składają oferty w regionach, w którym już prowadzą działalność.
- (59) Ogólnie rzecz biorąc, umowy dotyczące niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego w Austrii są długoterminowe – zawiera się je na około 6–10 lat w zależności od wnioskodawcy⁽¹⁷⁾. Cecha ta jest nieodłącznie związana z rynkiem, ponieważ organy regionalne odpowiedzialne za transport starają się unikać częstego organizowania skomplikowanych przetargów. Chociaż z jednej strony może to ograniczać konkurencję⁽¹⁸⁾, z drugiej strony przetargi organizowane przez odpowiednie organy regionalne odpowiedzialne za transport dotyczą w większości małych części, często obejmujących poniżej 1 mln planowych kilometrów. Ta ostatnia cecha jest ważnym elementem sprzyjającym wchodzeniu na rynek i w rezultacie konkurencji w obu regionach⁽¹⁹⁾.
- (60) Krajowy organ ochrony konkurencji twierdzi natomiast, że przewaga niektórych czynników takich jak długi okres obowiązywania umowy, małe ilości objęte przetargiem, czy niewielu aktywnych oferentów zasadniczo nie stwarza wielu trwałych możliwości konkurowania. W związku z tym organ uważa, dla celów przedmiotowego pytania, że z posiadanych informacji wynika, iż konkurencja jest niewystarczająca. Należy jednak zauważyć, że w swoich wnioskach krajowy organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę warunki konkurencji panujące w całej Austrii oraz że krajowy organ ochrony konkurencji przyznał, że istnieją znaczne różnice pomiędzy Verkehrsverbände (regionalnymi organizacjami transportowymi). Czynniki wskazane w stanowisku krajowego organu ochrony konkurencji dotyczą w dużo większym stopniu innych regionów Austrii niż regiony, których wnioski dotyczy. Na przykład wskaźnik przetargów konkurencyjnych wynosił w 2020 r. jedynie 30 % w Karyntii i 32 % w Tyrolu (w porównaniu z 92 % i 100 % w regionie podlegającym kompetencjom VOR i w regionie podlegającym kompetencjom OÖVV). W Vorarlbergu średnia liczba oferentów wyniosła jedynie 2,3 w porównaniu z ponad 5 w dwóch regionach objętych wnioskiem. Podczas gdy udział w rynku wnioskodawcy wynosił [70 do 80] % w Salzburgu, w obu regionach objętych wnioskiem wynosił on poniżej 50 %.
- (61) W świetle przeanalizowanych powyżej czynników Komisja stwierdza, że działalność dotycząca niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego w regionach transportowych podlegających kompetencjom VOR i OÖVV bezpośrednio podlega konkurencji w rozumieniu art. 34 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

⁽¹⁷⁾ Wniosek, s. 28.

⁽¹⁸⁾ Zob. motyw 15 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

⁽¹⁹⁾ Komunikat COM 2017/572 pt. „Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy”, w którym Komisja twierdzi, że aby pomóc MŚP w uzyskaniu dostępu do zamówień publicznych, należy po pierwsze dzielić zamówienia na części.

4. WNIOSKI

- (62) Do celów niniejszej decyzji i bez uszczerbku dla stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej wyniki analizy rynkowej wymienione w motywach (43)–(55) należy traktować jako wskazanie, że niekomercyjne usługi w zakresie transportu autobusowego w dwóch regionach transportowych Austrii podlegających kompetencjom VOR i OÖVV podlegają kompetencji w rozumieniu art. 34 dyrektywy 2014/25/UE. W związku z tym należy stwierdzić, że dyrektywa 2014/25/UE nie powinna mieć zastosowania do zamówień mających na celu umożliwienie prowadzenia wspomnianej działalności w dwóch regionach transportowych podlegających kompetencjom VOR i OÖVV.
- (63) Dyrektywa 2014/25/UE powinna nadal mieć zastosowanie do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające, mających na celu umożliwienie świadczenia niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego na terytorium pozostałych regionów transportowych znajdujących się poza zakresem niniejszej decyzji.
- (64) Niniejsza decyzja pozostaje bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji i dla innych obszarów prawa Unii. W szczególności kryteria i metodyka wykorzystane do celów oceny bezpośredniego podlegania konkurencji na podstawie art. 34 dyrektywy 2014/25/UE nie zawsze są identyczne z tymi stosowanymi do celów oceny dokonywanej na podstawie art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 ⁽²⁰⁾, co potwierdził Sąd ⁽²¹⁾,

PRZYMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł

Dyrektywa 2014/25/UE nie ma zastosowania do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające, mających na celu umożliwienie świadczenia niekomercyjnych usług w zakresie transportu autobusowego na terytorium regionów podlegających kompetencjom Verkehrsverbund Ost-Region oraz regionu podlegającego kompetencjom Oberösterreich Verkehrsverbund.

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Austrii.

Sporządzono w Brukseli dnia 10 marca 2022 r.

W imieniu Komisji
Thierry BRETON
Członek Komisji

⁽²⁰⁾ 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).

⁽²¹⁾ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r., Österreichische Post AG/Komisja, T-463/14, EU:T:2016:243, pkt 28. Zob. również motyw 44 dyrektywy 2014/25/UE.