

III

(Sonstige Rechtsakte)

EUROPÄISCHER WIRTSCHAFTSRAUM

DELEGIERTE ENTSCHEIDUNG DER EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE

Nr. 42/19/COL

vom 17. Juni 2019

über die Ausnahme des Betriebs öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates [2019/...]

DIE EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE —

gestützt auf den in Nummer 4 von Anhang XVI des EWR-Abkommens genannten Rechtsakt zur Festlegung der Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge in der Versorgungswirtschaft (Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ⁽¹⁾ (im Folgenden die „Richtlinie“), insbesondere auf Artikel 34 und 35,

gestützt auf das Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (im Folgenden das „Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen“), insbesondere auf Artikel 1 und 3 von Protokoll 1,

nach Konsultation des EFTA-Ausschusses für das Öffentliche Auftragswesen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. SACHVERHALT

- (1) Am 27. November 2018 erhielt die EFTA-Überwachungsbehörde (im Folgenden die „Überwachungsbehörde“) nach Vorabkontakten einen Antrag nach Artikel 35 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU (im Folgenden der „Antrag“) von Nettbuss AS, jetzt Vy Buss AS, (im Folgenden der „Antragsteller“) ⁽²⁾.
- (2) Der Antrag betrifft den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen. Die in der Praxis von den öffentlichen Verkehrsbehörden ausgeübten Tätigkeiten des öffentlichen Verkehrsmanagements werden nicht von dem Antrag erfasst ⁽³⁾.
- (3) Insofern als das norwegische Ministerium für Verkehr und Kommunikation als Eigentümer von NSB AS — jetzt Vygruppen AS (ein Verkehrskonzern, zu dem der Antragsteller gehört) — indirekt 100 % des gezeichneten Kapitals hält, ist der Antragsteller ein „öffentliches Unternehmen“ im Sinne der Richtlinie ⁽⁴⁾.
- (4) Der Antragsteller übt eine der Tätigkeiten aus, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und gilt somit als „Auftraggeber“ im Sinne der Richtlinie.

⁽¹⁾ ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243. Aufgenommen in das EWR-Abkommen durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 97/2016 (ABl. L 300 vom 16.11.2017, S. 49, und EWR-Beilage Nr. 73 vom 16.11.2017, S. 53).

⁽²⁾ Dokument Nr. 1040381.

⁽³⁾ So würde beispielsweise die Vergabe eines Auftrags für den Betrieb von Busdiensten durch eine Gemeinde an einen Busbetreiber nicht von diesem Antrag erfasst. Ein von diesem Betreiber (beispielsweise) vergebener Auftrag für die Reinigung der Busse an ein Reinigungsunternehmen oder ein Auftrag an ein Unternehmen, das dem Betreiber Busse zur Nutzung bereitstellt, würden demgegenüber in den Anwendungsbereich des Antrags fallen. Der EuGH hat diese Unterscheidung in der Rechtssache C-388/17, *SJ*, EU:C:2019:161 (im Folgenden „*SJ*“), Rn. 53 (siehe auch Erwägungsgrund 31) klar herausgearbeitet. In der vorliegenden Entscheidung bezieht sich die Überwachungsbehörde auf das Konzept einer „Tätigkeit“ gemäß der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁴⁾ Seite 3 des Antrags.

- (5) Nach den Abschnitten 2 bis 9 der norwegischen Verordnung Nr. 975 vom 12. August 2016 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste ⁽⁵⁾ können Auftraggeber Anträge gemäß Artikel 35 der Richtlinie einreichen.
- (6) Dem Antrag war eine mit Gründen und Belegen versehene Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde vom 29. Juni 2018 beigelegt, der zufolge der Antragsteller unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wenn er öffentliche Busverkehrsdienste bereitstellt, und der Marktzugang für die Auftragsvergabe für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen keiner Zugangsbeschränkung unterliegt ⁽⁶⁾.
- (7) Die Überwachungsbehörde übermittelte Norwegen am 30. November 2018 eine Eingangsbestätigung für diesen Antrag ⁽⁷⁾.
- (8) Gemäß Anhang IV Nummer 1 der Richtlinie 2014/25/EU beträgt die Frist, innerhalb der die Überwachungsbehörde eine Entscheidung über den Antrag erlassen muss, 130 Tage und lief somit am 18. Juni 2019 ab ⁽⁸⁾.
- (9) Nach der Delegierten Entscheidung Nr. 37/19/COL vom 23. April 2019 ⁽⁹⁾ ersuchte die Überwachungsbehörde den EFTA-Ausschuss für das Öffentliche Auftragswesen um Übermittlung seiner Stellungnahme im Rahmen des Beratungsverfahrens gemäß Artikel 2 des Beschlusses des Ständigen Ausschusses Nr. 3/2012 ⁽¹⁰⁾.
- (10) Der EFTA-Ausschuss für das Öffentliche Auftragswesen gab im schriftlichen Verfahren vom 22. Mai 2019 einstimmig eine befürwortende Stellungnahme zum Entwurf der Entscheidung der Überwachungsbehörde ab ⁽¹¹⁾.

2. RECHTLICHER RAHMEN

- (11) Die Richtlinie findet u. a. Anwendung auf die Vergabe von Aufträgen zur Ausübung von Tätigkeiten in Bezug auf die Bereitstellung oder den Betrieb von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit im Bereich der Verkehrsleistungen per Bus ⁽¹²⁾.
- (12) Nach Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie „gilt ein Netz als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne“.
- (13) In der Rechtssache SJ ⁽¹³⁾ führte der Gerichtshof in Auslegung von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁴⁾ (dessen Wortlaut mit dem des Artikels 11 der Richtlinie identisch ist) im Zusammenhang mit den Schienennetzen aus: „...ist festzustellen, dass die Tätigkeit „Betreiben von Netzen“ die Ausübung eines Nutzungsrechts am Schienennetz zur Erbringung von Verkehrsleistungen umfasst, wohingegen sich die Tätigkeit „Bereitstellung von Netzen“ auf die Verwaltung des Netzes bezieht“ ⁽¹⁵⁾. Der Gerichtshof gelangte zu dem Schluss, „dass Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen ist, dass die von einem Eisenbahnunternehmen ausgeübte Tätigkeit der Erbringung von Verkehrsleistungen für die Allgemeinheit unter Ausübung eines Nutzungsrechts am Schienennetz ein „Betreiben von Netzen“ im Sinne dieser Richtlinie darstellt“ ⁽¹⁶⁾. Auf dem Gebiet des Busverkehrs ist der „Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste“ in Norwegen der von einem Eisenbahnunternehmen ausgeübten Tätigkeit auf dem Gebiet des Schienenverkehrs, um die es in der Rechtssache SJ geht, gleichgestellt und somit eine Tätigkeit, die von der Richtlinie erfasst wird.

⁽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⁾ Nach der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 3. Juni 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine (ABl. L 124 vom 8.6.1971, S. 1) sind die Feiertage von der Frist ausgenommen. Siehe Feiertage im Jahr 2018 und im Jahr 2019: EWR-/EFTA-Staaten und EWR-Organen, ABl. C 429 vom 14.12.2017, S. 25 und EWR-Beilage Nr. 81 vom 14.12.2017, S. 1 und ABl. C 422 vom 22.11.2018, S. 7 und EWR-Beilage Nr. 77 vom 22.11.2018, S. 1.

⁽⁹⁾ Dokument Nr. 1056012.

⁽¹⁰⁾ Im Einklang mit Artikel 4 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren (ABl. L 55 vom 28.2.2011, S. 13), in der geänderten Fassung.

⁽¹¹⁾ Siehe Dokument Nr. 1070910 über das Ergebnis des schriftlichen Verfahrens.

⁽¹²⁾ Artikel 11 der Richtlinie.

⁽¹³⁾ Zitiert in Fußnote 3.

⁽¹⁴⁾ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1), aufgenommen in das EWR-Abkommen durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 68/2006 (ABl. L 245 vom 7.9.2006, S. 22 und EWR-Beilage Nr. 44 vom 7.9.2006, S. 18).

⁽¹⁵⁾ Rechtssache SJ, Rn. 53 des Urteils.

⁽¹⁶⁾ Rechtssache SJ, Rn. 54 und Rn. 2 des Tenors des Urteils.

- (14) Nach Artikel 34 der Richtlinie fallen Aufträge, mit denen die Ausübung einer von der Richtlinie erfassten Tätigkeit ermöglicht werden soll, nicht unter die Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Staat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wird anhand objektiver Kriterien unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des betreffenden Sektors ermittelt.
- (15) In Artikel 35 der Richtlinie wird das Verfahren zur Bestimmung der Anwendbarkeit der Ausnahme nach Artikel 34 festgesetzt. Der angepassten Fassung zufolge kann ein Staat oder, falls die Rechtsvorschriften des betreffenden Staates diese Möglichkeit vorsehen, ein Auftraggeber bei der Überwachungsbehörde beantragen festzustellen, dass diese Richtlinie auf die Auftragsvergabe oder Ausrichtung von Wettbewerben für die Ausübung dieser Tätigkeit keine Anwendung findet. Die Behörde entscheidet (auf Grundlage der in Artikel 34 festgesetzten Kriterien), ob die Tätigkeit auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.
- (16) Diese Entscheidung berührt weder die Anwendung des Wettbewerbsrechts⁽¹⁷⁾ noch anderer Bereiche des EWR-Rechts. Insbesondere sind die Kriterien und Methoden zur Bewertung gemäß Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU, ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, nicht notwendigerweise dieselben, die für eine Beurteilung nach Artikel 53 oder 54 des EWR-Abkommens oder der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates⁽¹⁸⁾ in der an das EWR-Abkommen angepassten Fassung herangezogen werden⁽¹⁹⁾.
- (17) Mit dieser Entscheidung soll festgestellt werden, ob die Tätigkeit, auf die sich der Antrag bezieht, (auf Märkten mit freiem Zugang im Sinne von Artikel 34 der Richtlinie) bis zu einem Grad dem Wettbewerb ausgesetzt ist, der gewährleistet, dass die Auftragsvergabe im Rahmen der betroffenen Tätigkeit transparent, diskriminierungsfrei und auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, auf der Grundlage von Kriterien durchgeführt wird, anhand deren die Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Lösung ermitteln können.

3. BEURTEILUNG

3.1. Freier Marktzugang

- (18) Im vorliegenden Fall ist die maßgebliche Tätigkeit der Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste. Diese Tätigkeit erfolgt im Rahmen einer Auftragsvergabe durch die öffentlichen Verkehrsbehörden. In Norwegen gibt es verschiedene Arten von Busdiensten (siehe Erwägungsgrund 41) und auf nationaler Ebene wird die maßgebliche Tätigkeit als der Betrieb von Linienbusdiensten bezeichnet.
- (19) Hinsichtlich des Betriebs öffentlicher Busverkehrsdienste gibt es keine einschlägigen Rechtsvorschriften des EWR, aufgrund deren ein freier Zugang zum Markt nach Artikel 34 Absatz 3 der Richtlinie vermutet werden kann. Daher ist es erforderlich, die einschlägige Beurteilung auf der Grundlage des Regelungsrahmens und der Praxis der öffentlichen Verkehrsbehörden durchzuführen, die aufzeigen sollten, dass der Zugang zum Markt de facto und de jure frei ist.
- (20) Es sei daran erinnert, dass mit dieser Entscheidung festgestellt werden soll, ob die Tätigkeit, auf die sich der Antrag bezieht, (auf Märkten mit freiem Zugang im Sinne von Artikel 34 der Richtlinie) bis zu einem Grad dem Wettbewerb ausgesetzt ist, der gewährleistet, dass die Auftragsvergabe im Rahmen der betroffenen Tätigkeit transparent, diskriminierungsfrei und auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, auf der Grundlage von Kriterien durchgeführt wird, anhand deren die Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Lösung ermitteln können. Die Beurteilung für diese Zwecke ist nicht mit einer Überprüfung verbunden, ob jeder einzelne Auftrag für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in völliger Übereinstimmung mit dem EWR-Recht vergeben wurde, sondern geht vielmehr der Frage nach, ob der Regelungsrahmen und/oder die Praxis der öffentlichen Verkehrsbehörden den Zugang zum Markt de facto oder de jure einschränken.

⁽¹⁷⁾ Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie. Siehe auch Erwägungsgrund 44 der Richtlinie.

⁽¹⁸⁾ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

⁽¹⁹⁾ Siehe Urteil *Österreichische Post AG/Kommission*, T-463/14, EU:T:2016:243, Rn. 28.

- (21) Was die potenziellen rechtlichen Einschränkungen beim Zugang zum Markt für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste angeht, weist die Überwachungsbehörde darauf hin, dass es Zulassungskriterien gibt und die Leistungen im Rahmen eines Auftrags erbracht werden. Der Antragsteller vertrat in dem Antrag allerdings den Standpunkt, dass die Zulassungskriterien nicht zu einer Einschränkung des Marktzugangs führen könnten ⁽²⁰⁾ und zudem keine besonderen oder ausschließlichen Rechte mit den Zulassungen verbunden seien ⁽²¹⁾. Der Antragsteller erklärte außerdem, dass die Angebote im Einklang mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽²²⁾ sowie der Richtlinie stünden und somit den Zugang zum Markt de jure oder de facto nicht einschränken würden ⁽²³⁾.
- (22) Nach ständiger Rechtsprechung kann ein System der vorherigen Genehmigung keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des EWR-Rechts ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen ⁽²⁴⁾. Ein System der vorherigen Genehmigung ist nur dann trotz des Eingriffs in die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt, wenn es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die eine missbräuchliche Ausübung verhindern ⁽²⁵⁾.
- (23) Die Linienbusdienste in Norwegen unterliegen dem Rechtsakt Nr. 45 vom 21. Juni 2002 über den Berufstransport mit Kraftfahrzeugen oder Schiff ⁽²⁶⁾ (im Folgenden das „Berufstransportgesetz“) sowie der auf der Grundlage dieses Rechtsakts erlassenen Verordnung über den Berufstransport ⁽²⁷⁾.
- (24) Nach Abschnitt 4 des Berufstransportgesetzes benötigen Unternehmen, die öffentliche Busverkehrsdienste betreiben wollen, eine von der norwegischen Straßenverwaltungsbehörde (Statens Vegvesen) ausgestellte allgemeine Lizenz („Transportløyve“) ⁽²⁸⁾. Obwohl sich aus dem Wortlaut des Berufstransportgesetzes aufgrund der Verwendung eines Modalverbs hier scheinbar ein Ermessensspielraum für die Straßenverwaltungsbehörde ableiten lässt, handelt es sich um eine im norwegischen Recht übliche Formulierung, auch wenn ein solcher Spielraum in der Praxis sehr begrenzt oder gar nicht vorhanden ist. Aus den Vorarbeiten zum Rechtsakt ist ersichtlich, dass es sich bei der Lizenzregelung um ein Instrument handelt, um die Qualität der Dienstleistungen zu kontrollieren ⁽²⁹⁾. In Abschnitt 4 des Berufstransportgesetzes wird klargestellt, dass einem Antragsteller, der die Voraussetzungen erfüllt, eine Lizenz erteilt werden kann, sofern dem nicht besondere Gründe entgegenstehen. Darüber hinaus erklärt die norwegische Wettbewerbsbehörde, dass eine solche Lizenz allen erteilt wird, die die objektiven Bedingungen erfüllen ⁽³⁰⁾. Der Überwachungsbehörde liegen keinerlei Informationen vor, die im Widerspruch zu den vorgenannten Feststellungen stehen.
- (25) Weiterhin ist für den Betrieb von Linienbusdiensten grundsätzlich eine von den Gebietskörperschaften erteilte Lizenz nach Abschnitt 6 Absatz 1 des Berufstransportgesetzes erforderlich ⁽³¹⁾. Verwaltungsgesellschaften sind von der Lizenzerfordernis ausgenommen und sofern die öffentliche Verkehrsbehörde eine Verwaltungsgesellschaft ist, gegenüber der Öffentlichkeit verantwortlich bleibt und der Betreiber als ausführender Beförderer auftritt, ist keine Lizenz erforderlich, denn die Ausnahmeregelung für die Verwaltungsgesellschaft gilt auch für den Betreiber ⁽³²⁾.
- (26) Nach Abschnitt 8 des Berufstransportgesetzes werden die Lizenzen für die Verkehrsdienste, die einer Ausgleichszahlung oder einem Ausschließlichkeitsrecht unterliegen, im Rahmen von Ausschreibungsverfahren vergeben, sofern dies im Berufstransportgesetz, dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen oder den einschlägigen Vorschriften, die auf Grundlage eines dieser Gesetze erlassen wurden, zwingend vorgesehen ist. Ist eine Lizenz nach Abschnitt 6 erforderlich, so wird sie demjenigen erteilt, der den Zuschlag bekommt ⁽³³⁾.

⁽²⁰⁾ Siehe zum Beispiel Seite 40 des Antrags.

⁽²¹⁾ Seite 11 des Antrags.

⁽²²⁾ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) und aufgenommen in das EWR-Abkommen durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 85/2008 (ABl. L 280 vom 23.10.2008, S. 20 und EWR-Beilage Nr. 64 vom 23.10.2008, S. 13).

⁽²³⁾ Seite 30 des Antrags.

⁽²⁴⁾ Urteile *Smits und Peerbooms*, C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 90; *Müller-Fauré und van Riet*, C-385/99, EU:C:2003:270, Rn. 84; *Watts*, C-372/04, EU:C:2006:325, Rn. 115; Schlussantrag des Generalanwalts *Watts*, C-372/04, EU:C:2005:784, Rn. 70.

⁽²⁵⁾ Urteile *Analir u. a.*, C-205/99, EU:C:2001:107, Rn. 38; *Watts*, C-372/04, EU:C:2006:325, Rn. 116.

⁽²⁶⁾ Yrkestransportloven.

⁽²⁷⁾ Verordnung über den Berufstransport Nr. 401 vom 26. März 2003 („Yrkestransportforskriften“).

⁽²⁸⁾ Abschnitt 4 des Berufstransportgesetzes und Abschnitt 3 der Verordnung über den Berufstransport.

⁽²⁹⁾ Ot.prp. Nr. 74 (2001–2002) Kapitel 2.

⁽³⁰⁾ Seite 4 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽³¹⁾ Abschnitt 6 des Berufstransportgesetzes und Abschnitt 3 der Verordnung über den Berufstransport.

⁽³²⁾ Abschnitt 6 Absatz 2 des Berufstransportgesetzes.

⁽³³⁾ Seite 4 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

- (27) In der Praxis werden die öffentlichen Busverkehrsdienste, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, im Rahmen von Aufträgen erbracht, die von den öffentlichen Verkehrsbehörden vergeben wurden. Die entsprechenden Aufträge unterliegen den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge des EWR, und zwar insbesondere ⁽³⁴⁾:
- a) Verordnung (EG) Nr. 1370/2007;
 - b) Richtlinie 2014/25/EU; und/oder
 - c) Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁵⁾.
- (28) Die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU traten am 1. Januar 2017 im EWR in Kraft. Zuvor galten die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁶⁾.
- (29) Grundsätzlich sehen alle drei aktuellen Rechtsakte ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren mit wenigen Ausnahmen vor. Außer in Fällen, in denen eine Ausnahmeregelung nach Maßgabe des einschlägigen EWR-Rechtsakts zur Anwendung kommt oder der Auftrag die Schwellenwerte für dessen Anwendung nicht erreicht, müssen die Vergabe von Aufträgen und die Erteilung von Lizenzen für öffentliche Linienbusverkehrsdienste im Rahmen von Ausschreibungsverfahren erfolgen. Gleiches galt bereits im Rahmen der bisherigen Richtlinien.
- (30) Laut dem Antrag machen die öffentlichen Verkehrsbehörden für die Vergabe vertraglicher Busdienste zunehmend Gebrauch von Ausschreibungsverfahren. Wurden im Jahr 2010 lediglich 43 Prozent der regulären vertraglichen Busdienste im Wege der Ausschreibung vergeben, so habe sich dieser Anteil im Jahr 2018 auf über 98 Prozent erhöht und werde bis zum 3. Dezember 2019 nahezu 100 Prozent betragen ⁽³⁷⁾. Wie der Antragsteller weiter anführte: Ausnahmen von Ausschreibungsverfahren wurden selten genutzt; keine öffentlichen Verkehrsbehörde hatten selbst öffentliche Busverkehrsdienste nach dem Ausnahmeverfahren gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 betrieben; und Direktvergaben unterhalb der in Artikel 5 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genannten Schwellenwerte wurden nur in einem sehr geringem Maße genutzt.
- (31) Die Überwachungsbehörde verglich die vom Antragsteller vorgelegten Angaben zur Situation im Jahr 2018 mit den Informationen, die die Überwachungsbehörde am 9. November 2018 ⁽³⁸⁾ im Rahmen einer allgemeinen Prüfung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf der Grundlage von Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von der norwegischen Regierung erhalten hatte ⁽³⁹⁾. Die vom Antragsteller vorgelegten Informationen wurden durch diese Beurteilung weitgehend bestätigt. Die norwegische Regierung machte Angaben zu insgesamt 27 direkt vergebenen Aufträgen, von denen 13 im Laufe des Jahres 2019 durch Aufträge ersetzt werden sollten, die bereits Gegenstand einer Ausschreibung gewesen waren. Der jährliche Gesamtbetrag der direkt vergebenen Aufträge wurde auf rund 275 Mio. NOK beziffert, was nur einen Bruchteil des Gesamtwerts aller gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im öffentlichen Straßenverkehr in Norwegen (deren Wert 2017 auf 11,6 Mrd. NOK geschätzt wird) ausmacht. Darüber hinaus sind die einzigen direkt vergebenen Aufträge, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie über den 10. August 2019 hinaus in Kraft bleiben werden, Aufträge, die die Bedingungen von Artikel 5 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (wonach Direktvergaben von Aufträgen unterhalb bestimmter wertmäßiger oder auf die Entfernung bezogener Grenzwerte zulässig sind) erfüllen.
- (32) Die Untersuchung der rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe von Aufträgen und Lizenzen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen ergab, dass diese derzeit in nicht diskriminierender Weise erfolgt. Für alle Marktteilnehmer gelten die gleichen Verfahren und Kriterien für die Lizenzerteilung und die Auftragsvergabe, sodass für die Zwecke dieser Entscheidung nicht von einer Marktzugangsbeschränkung ausgegangen werden kann.
- (33) Der freie Zugang zu dieser Tätigkeit wurde auch von der norwegischen Wettbewerbsbehörde bestätigt ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁴⁾ Welches Instrument anwendbar ist, hängt u. a. von der Art des vergebenen Auftrags und der Frage ab, ob die Voraussetzungen für die Bereitstellung und den Betrieb eines Netzes des Artikels 11 der Richtlinie 2014/25/EU erfüllt sind. Laut Erklärung des Antragstellers halten sich die öffentlichen Verkehrsbehörden bei der Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste grundsätzlich an die Richtlinie 2014/25/EU, allerdings seien von einigen öffentlichen Verkehrsbehörden Aufträge nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU vergeben worden und für manche Aufträge können die Vergabevoraussetzungen nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gelten.

⁽³⁵⁾ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) und aufgenommen in das EWR-Abkommen durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 97/2016 (ABl. L 300 vom 16.11.2017, S. 49 und EWR-Beilage Nr. 73 vom 16.11.2017, S. 53).

⁽³⁶⁾ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114) aufgenommen in das EWR-Abkommen durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 68/2006 (ABl. L 245 vom 7.9.2006, S. 22 und EWR-Beilage Nr. 44 vom 7.9.2006, S. 18).

⁽³⁷⁾ Seite 6 des Antrags.

⁽³⁸⁾ Dokument Nr. 1037921, Schreiben der norwegischen Regierung vom 9. November 2018.

⁽³⁹⁾ Sache Nr. 74680, Prüfung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf der Grundlage von Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

⁽⁴⁰⁾ Seite 4 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

- (34) Die Überwachungsbehörde gelangt zu dem Schluss, dass der Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen ganz überwiegend auf der Grundlage öffentlicher Ausschreibungen organisiert ist und auch eine ausreichende Anzahl von Bietern teilnimmt (im Durchschnitt 3,8 Bieter) ⁽⁴¹⁾. Die Teilnahme an diesen Ausschreibungen ist diskriminierungsfrei möglich.
- (35) Für die Zwecke der Prüfung der Bedingungen des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU und unbeschadet der Anwendung des Wettbewerbsrechts oder jeglicher anderen Bereiche des EWR-Rechts bzw. der Fähigkeit der Überwachungsbehörde, im Rahmen ihrer allgemeinen Überwachungspflichten zu untersuchen, ob Norwegen die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die Richtlinie 2014/24/EU, die Richtlinie 2014/25/EU oder eine andere Bestimmung der EWR-Rechtsvorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen einhält, kann daher der Zugang zum Markt für die Tätigkeit des Betriebs öffentlicher Busverkehrsdienste als de facto und de jure frei angesehen werden.

3.2. Unmittelbarer Einfluss des Wettbewerbs

- (36) Zur Beurteilung, ob die zweite Voraussetzung für die Ausnahme, nämlich dass die Tätigkeit, auf die sich dieser Antrag bezieht und die die Bedingungen des freien Marktzugangs de jure und de facto erfüllt, unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, werden der sachlich relevante und der jeweilige räumliche Markt abgegrenzt und auf dieser Grundlage eine Marktanalyse durchgeführt.
- (37) Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, ist anhand verschiedener Indikatoren zu beurteilen, von denen keiner für sich genommen den Ausschlag gibt. Hinsichtlich der Märkte, die diese Entscheidung betrifft, ist der Marktanteil der Hauptakteure auf einem Markt ein Kriterium, das berücksichtigt werden sollte. Da es sich bei den betrachteten Märkten um Bietermärkte handelt, sollten noch zusätzliche Kriterien berücksichtigt werden, z. B. Bietermuster oder die Fähigkeit bzw. Bereitschaft der Marktteilnehmer, in aktuellen und zukünftigen Vergabeverfahren Angebote abzugeben.
- (38) Mit dieser Entscheidung soll festgestellt werden, ob die Dienste, auf die sich der Antrag bezieht, (auf Märkten mit freiem Zugang im Sinne von Artikel 34 der Richtlinie) bis zu einem Grad dem Wettbewerb ausgesetzt sind, der gewährleistet, dass die Auftragsvergabe im Rahmen der betroffenen Tätigkeiten transparent, diskriminierungsfrei und auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, auf der Grundlage von Kriterien durchgeführt wird, anhand deren die Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Lösung ermitteln können.
- (39) In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass nicht alle Marktteilnehmer auf dem betreffenden Markt den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegen ⁽⁴²⁾. Somit können die Unternehmen, die diesen Vorschriften nicht unterliegen, prinzipiell Konkurrenzdruck auf diejenigen anderen Marktteilnehmer ausüben, die die Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten haben, wenn sie auf diesen Märkten tätig werden.
- (40) Die Überwachungsbehörde muss feststellen, ob die betreffenden Tätigkeiten unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Sie hat zu diesem Zweck die vom Antragsteller vorgelegten Beweise sowie die Informationen der norwegischen Wettbewerbsbehörde geprüft. Um die Marktanteile und den Konzentrationsgrad zu beurteilen, hat sich die Überwachungsbehörde in erster Linie auf die vom Antragsteller und der norwegischen Wettbewerbsbehörde vorgelegten Marktdaten gestützt. Neben den vom Antragsteller vorgelegten Informationen hat die norwegische Überwachungsbehörde auch die Angaben anderer Busunternehmen in Norwegen sowie von neun öffentlichen Verkehrsbehörden herangezogen ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Siehe Seite 14 des Antrags.

⁽⁴²⁾ Neben dem Antragsteller unterliegt auch Unibuss AS den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Andere Betreiber, wie z. B. Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS oder Nobina Norge AS, zählen zu den privaten Betreibern und scheinen nicht die Bedingungen zu erfüllen, die sie an die Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge des EWR binden würden.

⁽⁴³⁾ Seite 3 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

3.2.1. *Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes*

- (41) Der sachlich relevante Markt wurde vom Antragsteller in seinem Antrag als der Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste abgegrenzt ⁽⁴⁴⁾. Zudem vertrat der Antragsteller die Auffassung, dass sich kommerzielle Busfernverkehrsdienste (wie Expressbusdienste), kommerzielle Busnahverkehrsdienste (wie Flughafenexpressdienste) und Reisebusdienste von den vertraglichen öffentlichen Busverkehrsdiensten unterscheiden ⁽⁴⁵⁾. Für kommerzielle Busdienste ist ausschließlich der Bedarf am Markt ausschlaggebend und sie erhalten keine finanziellen Mittel aus staatlichen Quellen. Zwischen allen kommerziellen Busdiensten findet ein Wettbewerb um Preise, Kapazitäten, Taktfrequenzen und sonstige Leistungsmerkmale statt. Im Gegensatz dazu findet der Wettbewerb um Preise, Kapazitäten, Taktfrequenzen und sonstige Leistungsmerkmale zwischen den öffentlichen Busbetreibern nicht später auf dem Markt, sondern auf Ebene der Ausschreibungsverfahren, und zwar dem Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste statt. Laut Darlegung des Antragstellers haben die Busbetreiber, die im Auftrag einer öffentlichen Verkehrsbehörde tätig sind, somit normalerweise sehr wenig Einfluss auf die grundlegenden wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Fahrgastverkehr, wie Taktfrequenz, einschließlich der Fahrpläne, Fahrpreise oder des Komforts der Fahrgäste, da diese Leistungsmerkmale üblicherweise von der Vergabebehörde festgelegt werden ⁽⁴⁶⁾.
- (42) Nach Ansicht des Antragstellers seien die unterschiedlichen Kriterien der öffentlichen Verkehrsbehörden nicht präzise genug, um von einzelnen Produktmärkten für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste auszugehen ⁽⁴⁷⁾. Um mit dem Betrieb auf kommunaler oder regionaler Ebene beauftragt zu werden, müssten die Busbetreiber im Prinzip den gleichen Regelungsrahmen beachten und könnten ihr Angebot an die Kriterien der jeweiligen öffentlichen Verkehrsbehörde anpassen. Laut dem Antragsteller würden die beobachteten Bietermuster der größten Busbetreiber deren Fähigkeit und Willen bestätigen, ihre Angebote an die jeweiligen, von den unterschiedlichen öffentlichen Verkehrsbehörden festgelegten Kriterien anzupassen, denn diese Betreiber konkurrierten — unabhängig etwaiger Unterschiede zwischen ihnen — im Allgemeinen um sämtliche Aufträge, die in Norwegen öffentlichen Ausschreibungen unterliegen ⁽⁴⁸⁾.
- (43) Die norwegische Wettbewerbsbehörde vertrat die Auffassung, dass der vom Antragsteller vorgeschlagene sachlich relevante Markt den eingeführten Praktiken der Branche in Norwegen entspräche und führte ihre Beurteilung auf Grundlage der vom Antragsteller vorgeschlagenen Abgrenzung durch ⁽⁴⁹⁾.
- (44) In früheren Entscheidungen zum öffentlichen Verkehr (einschließlich Busdiensten) hat die Kommission festgestellt, dass einzelne Märkte für die Auftragsvergabe zum Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste identifiziert werden können ⁽⁵⁰⁾. Die Kommission hat weiter festgestellt, dass im Rahmen konzessioneller (vertraglicher) öffentlicher Busverkehrsdienste kein Unterschied zwischen vertraglichen kommunalen, regionalen und Fernverkehrsdiensten gemacht werden konnte, da diese im Allgemeinen dem gleichen Regelungsrahmen unterliegen und die Kriterien der öffentlichen Verkehrsbehörden nur einige wenige Unterschiede im Zusammenhang mit den technischen Spezifikationen aufwiesen ⁽⁵¹⁾.
- (45) Die Auffassung, dass kommerzielle Busdienste und (vertragliche) öffentliche Busdienste aufgrund der unterschiedlichen Art des Wettbewerbs zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten gehören, wird auch durch die Praxis der Kommission bestätigt. Der Wettbewerb um Preise, Kapazitäten, Taktfrequenzen und sonstige Leistungsmerkmale zwischen den öffentlichen Busbetreibern findet nicht später auf dem Markt, sondern auf Ebene der Teilnahme an Ausschreibungsverfahren, und zwar dem Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste statt ⁽⁵²⁾. (Vertragliche) öffentliche Busbetreiber haben im Vergleich zu den kommerziellen Diensten normalerweise sehr wenig Einfluss auf die grundlegenden wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Fahrgastverkehr, wie Taktfrequenz, einschließlich der Fahrpläne, Fahrpreise oder des Komforts der Fahrgäste, da diese Leistungsmerkmale üblicherweise von der Vergabebehörde festgelegt werden. Da die Busbetreiber verpflichtet sind, ihre Dienste gemäß dem Vertrag zu erbringen, der mit der öffentlichen Verkehrsbehörde geschlossen wurde, können sie ihre Dienste nicht so an den Fahrgastbedarf anpassen, wie kommerzielle Betreiber dies in der Regel tun würden ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁴⁾ Seite 25 des Antrags.

⁽⁴⁵⁾ Seite 26 des Antrags.

⁽⁴⁶⁾ Ebenda.

⁽⁴⁷⁾ Ebenda.

⁽⁴⁸⁾ Ebenda.

⁽⁴⁹⁾ Seite 3 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁵⁰⁾ Siehe in diesem Zusammenhang Sache COMP/M.1768 — Schoyen/Goldman Sachs/Swebus, Absätze 10 und 14; Sache COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, Absätze 16 bis 23; Sache COMP/M.5855 — DB/Arriva, Absatz 21; Sache COMP/M.6794 — Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, Absätze 19, 20 und 21; Sache COMP/M.6818 — DB/Veolia, Absätze 19 und 56.

⁽⁵¹⁾ Sache COMP/M.6818 — DB/Veolia, Absätze 19, 20 und 21; Sache COMP/M.5855 — DB/Arriva, Absätze 23 und 24.

⁽⁵²⁾ Sache COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, Absatz 17; Sache COMP/M.6818 — DB/Veolia, Absätze 22 und 58; Sache COMP/M.5855 — DB/Arriva, Absatz 22.

⁽⁵³⁾ Sache COMP/M.6818 — DB/Veolia, Absatz 23; Sache COMP/M.5855 — DB/Arriva, Absatz 22.

- (46) Unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des norwegischen Busmarktes, auf die in den Erwägungsgründen 41 und 42 Bezug genommen wird, wird für die Zwecke der Prüfung der Bedingungen des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU und unbeschadet der Anwendung des Wettbewerbsrechts der sachlich relevante Markt als Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste definiert. Die Überwachungsbehörde hat im vorliegenden Fall und für die oben genannten Zwecke keine Aspekte festgestellt, die es rechtfertigen würden, die einzelnen Ausschreibungen von öffentlichen Verkehrsbehörden als einzelne sachlich relevante Märkte aufzufassen.

3.2.2. Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes

- (47) Was den räumlich relevanten Markt anbelangt, vertrat der Antragsteller die Auffassung, dass der relevante Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste zumindest einzelstaatlich abgegrenzt sei und alle vertraglichen Busdienste in Norwegen umfasse ⁽⁵⁴⁾. Der Rechtsakt über den gewerblichen Verkehr, so der Antragsteller, bilde einen gemeinsamen Regelungsrahmen für Ausschreibungen von Busdiensten in ganz Norwegen ⁽⁵⁵⁾. Weiterhin machte der Antragsteller geltend, dass praktisch alle (98 Prozent) der laufenden Verträge über öffentliche Busverkehrsdienste nach Ausschreibungsverfahren vergeben worden seien und mehrheitlich als Bruttoverträge mit denselben Hauptmerkmalen abgewickelt werden würden ⁽⁵⁶⁾. Etwaige Unterschiede in den Vergabeverfahren und Verträgen verschiedener öffentlicher Verkehrsbehörden seien mithin gering und von den Busunternehmen leicht zu bewältigen.
- (48) Der Antragsteller wies darauf hin, dass das Vorhandensein eines gemeinsamen Regelungsrahmens für Ausschreibungsverfahren zu Busdiensten in ganz Norwegen sich auch in dem konkreten Bietermuster der Busunternehmen widerspiegele, die derzeit auf dem Markt aktiv sind ⁽⁵⁷⁾. Die Busbetreiber Torghattan, Boreal und Nobina seien landesweit tätig und für andere Busunternehmen gäbe es keine Hinderungsgründe, in den Wettbewerb um die Vergabe sämtlicher Aufträge einzutreten. Der Antragsteller machte geltend, dass es abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen und unabhängig von einer etwaig vorhandenen regionalen Präsenz ein erhebliches Maß an Wettbewerb um alle vertraglichen Busdienste gegeben habe, die seit dem 1. Januar 2015 vergeben wurden ⁽⁵⁸⁾.
- (49) Der Antragsteller zog indes den Schluss, dass eine genaue Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für die Zwecke des Antrags nicht letztendlich erforderlich sei ⁽⁵⁹⁾. Seiner Ansicht nach sei der Marktzugang bei jeglicher möglicher Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes, die dem Antragsteller die Bedienung laufender Verträge und/oder Bewerbungen um Aufträge einräume, frei und vollständig dem Wettbewerb ausgesetzt.
- (50) Die norwegische Überwachungsbehörde stellte fest, dass eine genaue Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offengelassen werden könne, da unabhängig davon, ob eine enge oder weite Marktdefinition zugrunde gelegt werden würde, das Ergebnis der Analyse das gleiche bliebe ⁽⁶⁰⁾.
- (51) Die Auffassung des Antragstellers steht im Einklang mit der Praxis der Kommission. Obwohl die Kommission im Rahmen früherer Entscheidungen die genaue räumliche Abgrenzung des Marktes zumeist offen ließ, vertrat sie die Auffassung, dass der räumlich relevante Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste ein Bereich mit einem gemeinsamen Regelungsrahmen für Ausschreibungsverfahren von Busdiensten ist ⁽⁶¹⁾.
- (52) Für die Zwecke der Prüfung der Bedingungen des Artikels 34 der Richtlinie und unbeschadet der Anwendung des Wettbewerbsrechts oder jeglicher anderen Bereiche des EWR-Rechts ist die Kommission abschließend der Auffassung, dass die räumlich relevante Dimension des sachlich relevanten Marktes zumindest einzelstaatlich abgegrenzt ist. Dies wird mit dem Vorhandensein eines gemeinsamen Regelungsrahmens, nur unwesentlichen Unterschieden in den Vergabeverfahren der öffentlichen Verkehrsbehörden sowie der Fähigkeit und Bereitschaft der Busbetreiber, an Vergabefahren in ganz Norwegen teilzunehmen, begründet.

⁽⁵⁴⁾ Seite 28 des Antrags.

⁽⁵⁵⁾ Ebenda.

⁽⁵⁶⁾ Ebenda.

⁽⁵⁷⁾ Ebenda.

⁽⁵⁸⁾ Ebenda.

⁽⁵⁹⁾ Seite 29 des Antrags.

⁽⁶⁰⁾ Seite 3 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁶¹⁾ Sache COMP/M.6818 — DB/Veolia, Erwägungsgrund 29; Sache COMP/M.5855 — DB/Arriva, Absatz 27. Siehe auch Sache COMP/M.5557 — SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFfIA und Sache COMP/M.6794 — Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, Absatz 31.

3.2.3. Marktanalyse

- (53) Hinsichtlich des Markts für die Vergabe öffentlicher Aufträge für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste wird davon ausgegangen, dass der Marktanteil des größten Betreibers sowie der Gesamtmarktanteil der wichtigsten Betreiber auf dem Markt einen Indikator für das Maß an Wettbewerb auf dem Markt darstellen. Laut den vom Antragsteller in seinem Antrag bereitgestellten Daten verfügt dieser mit [25-30 %] gemessen am Umsatz und 28 % gemessen am Volumen über den größten Marktanteil auf dem relevanten Markt ⁽⁶²⁾. Es gibt jedoch mehrere starke Wettbewerber, deren Marktanteile gemessen am Umsatz ebenfalls zweistellige Werte erreichen, etwa Torghattan [15-20 %], Tide [15-20 %] oder Unibuss [12-17 %], gefolgt von kleineren, aber dennoch nicht unbedeutenden Marktteilnehmern, wie Boreal [5-10 %] und Nobina [5-10 %] ⁽⁶³⁾. Der verbleibende Marktanteil verteilt sich auf 29 kleinere Busbetreiber. Die vom Antragsteller übermittelten Zahlen zu den Marktanteilen entsprechen den Berechnungen der norwegischen Wettbewerbsbehörde ⁽⁶⁴⁾.
- (54) Wie in Erwägungsgrund 45 dargelegt, ist bei öffentlichen Busverkehrsdiensten von einer anderen Art von Wettbewerb auszugehen, denn die Unternehmen konkurrieren um den Markt und nicht auf dem Markt, beruhend auf Preisen, Fahrplänen oder der Qualität der Leistungen. Der Wettbewerb um die Auftragsvergabe auf dem norwegischen Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste findet über öffentliche Ausschreibungen statt, die von den öffentlichen Verkehrsbehörden organisiert werden. Dem Antragsteller zufolge seien 98 Prozent aller laufenden Aufträge über Ausschreibungen vergeben worden und diese Zahl werde bis zum 3. Dezember 2019 nahezu 100 Prozent betragen ⁽⁶⁵⁾. Angesichts dieses Sachverhalts hat im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Würdigung und Marktanalyse eine Untersuchung der Bietermuster sowie der Fähigkeit und Bereitschaft der Marktteilnehmer zu erfolgen, bei aktuellen und zukünftigen Ausschreibungen in unmittelbarem Wettbewerb zu stehen.
- (55) Die wichtigsten Mitbewerber des Antragstellers sind große Unternehmen, die häufig multinational tätigen Transportunternehmen angehören. Bei Torghattan handelt es sich um eines der größten Transportunternehmen in Norwegen, das öffentliche Verkehrsmittel im Bereich des Fähr-, Expressschiff-, Bus- und Luftverkehrs bereitstellt. Zudem betreibt das Unternehmen kommerzielle Busdienste und seine gesamten konsolidierten Einnahmen belaufen sich auf über 9 Mrd. NOK. Tide gehört zum Verkehrskonzern DSD, der sowohl öffentliche als auch kommerzielle Busdienste in Norwegen betreibt und ebenfalls eine Präsenz in Dänemark unterhält. Die konsolidierten Einnahmen des DSD-Konzerns belaufen sich auf fast 6 Mrd. NOK. Der Eigentümer von Unibuss ist die Stadtverwaltung Oslo. Die Unibuss-Gruppe bietet sowohl öffentliche als auch kommerzielle Dienste in mehreren norwegischen Städten an. Boreal Buss gehört zur Boreal Group, die einen umfassenden Verkehrsbetrieb sowohl im öffentlichen als auch kommerziellen Bereich unterhält. Der aktuelle Eigentümer von Boreal ist ein privater Beteiligungskapitalfonds aus Hongkong, der sich auf weltweite Investitionsmöglichkeiten im Infrastrukturbereich spezialisiert hat. Die konsolidierten Einnahmen von Boreal belaufen sich auf fast 3 Mrd. NOK. Nobina schließlich gehört zur schwedischen Nobina-Gruppe, die in ganz Skandinavien öffentliche Verkehrsdienste erbringt. Diese Unternehmen nehmen an Vergabeverfahren in ganz Norwegen teil und haben die entsprechenden Fähigkeiten und Erfahrung, um bei allen norwegischen Ausschreibungsverfahren Angebote abzugeben.
- (56) Der Antragsteller hat festgestellt, dass seit dem 1. Januar 2015 im Durchschnitt jeweils 3,8 Mitbewerber Angebote in den 58 Ausschreibungsverfahren in Norwegen abgegeben haben ⁽⁶⁶⁾. Diese Zahl wurde durch die Schätzungen der norwegischen Wettbewerbsbehörde bestätigt ⁽⁶⁷⁾. Während sich die Anzahl der Anbieter von Auftrag zu Auftrag stark unterscheidet und bei den 46 Aufträgen, die die norwegische Wettbewerbsbehörde untersuchte, die Bandbreite von einem bis acht reicht, stellte Letztere ebenfalls fest, dass die öffentlichen Verkehrsbehörden im Allgemeinen mit der Anzahl der Anbieter zufrieden sind ⁽⁶⁸⁾. Der Antragsteller lieferte zudem genaue Angaben zu den Vergabeverfahren der öffentlichen Verkehrsbehörden Norwegens in den verschiedenen Regionen, die den allgemeinen Wettbewerbscharakter bei der Vergabe von Aufträgen für den öffentlichen Busverkehr in Norwegen bestätigen ⁽⁶⁹⁾. Die detaillierten Angaben und die internen Daten des Antragstellers zeigten zudem, dass es bei ungefähr 40 % aller Aufträge, die Gegenstand eines Ausschreibungsverfahrens waren, zu einem Betreiberwechsel kam ⁽⁷⁰⁾. Dies bestätigt, dass die unterschiedlichen Betreiber imstande sind, wirksam miteinander zu konkurrieren.

⁽⁶²⁾ Seite 30 des Antrags.

⁽⁶³⁾ Ebenda.

⁽⁶⁴⁾ Seite 5 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁶⁵⁾ Seite 6 des Antrags. Siehe auch das Verfahren der Überwachungsbehörde, auf das in Erwägungsgrund 31 verwiesen wird.

⁽⁶⁶⁾ Seite 14 des Antrags.

⁽⁶⁷⁾ Seite 5 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁶⁸⁾ Ebenda.

⁽⁶⁹⁾ Siehe die Seiten 14 bis 24 des Antrags.

⁽⁷⁰⁾ Seite 24 des Antrags.

- (57) Der Antragsteller brachte weiterhin vor, dass der Markt für die Vergabe öffentlicher Busverkehrsdienste durch niedrige Schranken für den Markteintritt und die Erhöhung der Marktanteile gekennzeichnet sei, und diese Feststellung wurde durch die Beurteilung der norwegischen Wettbewerbsbehörde bestätigt ⁽⁷¹⁾. Die Feststellung wurde mit dem stabilen und voraussagbaren Einkommen durch die Aufträge der öffentlichen Verkehrsbehörden und dem leichten Zugang zu den notwendigen Informationen und der Infrastruktur begründet, da die notwendige Infrastruktur mit Ausnahme der Busse von den öffentlichen Verkehrsbehörden bereitgestellt werde ⁽⁷²⁾. Darüber hinaus haben die Arbeitnehmer des vorherigen Vertragspartners Anspruch auf Übernahme durch den neuen Vertragspartner. Hinsichtlich der Anschaffung von Bussen entstünden potenziellen neuen Betreibern zudem keine erheblichen Kostennachteile, da in den Ausschreibungsspezifikationen der öffentlichen Verkehrsbehörden üblicherweise eine neue Busflotte gefordert werde ⁽⁷³⁾.
- (58) Für die Zwecke dieser Entscheidung und unbeschadet der Anwendung des Wettbewerbsrechts sollten die in den Erwägungsgründen 53 bis 57 angeführten Faktoren als Hinweis darauf gewertet werden, dass der Betrieb öffentlichen Busverkehrs in Norwegen dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Dies entspricht auch der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde. Es ist wahrscheinlich, dass die auf diesem Markt tätigen Unternehmen einem ausreichenden Konkurrenzdruck ausgesetzt sind. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Sektor nicht von den Marktkräften gesteuert wird. Die Überwachungsbehörde schließt daraus, dass der Markt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste im Sinne der Richtlinie unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.
- (59) Die Überwachungsbehörde nimmt zur Kenntnis, dass der derzeitige Konkurrenzdruck auf dem Markt für die Vergabe von Aufträgen für den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste im Wesentlichen dem bestehenden Regelungsrahmen geschuldet ist, sowie der Tatsache, dass die öffentlichen Verkehrsbehörden die Organisation von Ausschreibungsverfahren der internen Bereitstellung der Dienste oder Inanspruchnahme der Ausnahmeregelungen für eine Direktvergabe laut den einschlägigen Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge des EWR, mit Ausnahme der begrenzten Fälle von Direktvergaben für geringe Auftragswerte und/oder Aufträge über geringe Entfernungen, vorziehen. Somit könnten Änderungen dieser Strategien bzw. Praktiken die Marktdynamik und den allgemeinen Konkurrenzdruck auf die Auftraggeber beeinflussen, die die von der vorliegenden Entscheidung betroffene Tätigkeit des Betriebs öffentlicher Busverkehrsdienste ausüben.

4. SCHLUSSFOLGERUNGEN

- (60) Für die Zwecke dieser Entscheidung und unbeschadet der Anwendung des Wettbewerbsrechts sollten die in den Erwägungsgründen 53 bis 57 angeführten Ergebnisse der Marktanalyse als Hinweis darauf gewertet werden, dass die Tätigkeit des Betriebs öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen dem Wettbewerb im Sinne von Artikel 34 der Richtlinie ausgesetzt ist. Folglich sollte festgestellt werden, dass die Richtlinie 2014/25/EU auf Aufträge, mit denen die Ausübung dieser Tätigkeit in Norwegen ermöglicht werden soll, keine Anwendung findet, da die in Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU festgelegten Bedingungen erfüllt sind.
- (61) Diese Entscheidung beruht auf dem anwendbaren Recht und der Sachlage zwischen Januar 2015 und Juni 2019, wie sie sich aus den vom Antragsteller und der norwegischen Wettbewerbsbehörde vorgelegten Informationen darstellt. Die Überwachungsbehörde behält sich vor, diese Entscheidung zu ändern, falls signifikante Veränderungen der Rechts- oder Sachlage eintreten oder die Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU nicht mehr erfüllt sind —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

1. Der in Nummer 4 von Anhang XVI des EWR-Abkommens genannte Rechtsakt zur Festlegung der Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge in der Versorgungswirtschaft (Richtlinie 2014/25/EU) findet keine Anwendung auf Auftragsvergaben oder die Ausrichtung von Wettbewerben durch Auftraggeber, die den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste verfolgen oder diesen zu ihren Tätigkeiten zählen, soweit derartige Aufträge oder Wettbewerbe sie in die Lage versetzen sollen, den Betrieb öffentlicher Busverkehrsdienste in Norwegen durchzuführen (eine Tätigkeit betreffend den Betrieb eines Netzes zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Busverkehrs).
2. Die vorliegende Entscheidung ist an das Königreich Norwegen gerichtet.
3. Die vorliegende Entscheidung ist in englischer Sprache verbindlich.

⁽⁷¹⁾ Seite 31 des Antrags und Seite 5 der Stellungnahme der norwegischen Wettbewerbsbehörde zu den Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

⁽⁷²⁾ Ebenda.

⁽⁷³⁾ Seite 31 des Antrags.

Brüssel, den 17. Juni 2019

Für die EFTA-Überwachungsbehörde, die im Rahmen des Delegierten Beschlusses Nr. 019/19/COL tätig ist

Högni S. KRISTJÁNSSON
Zuständiges Mitglied des Kollegiums

Carsten ZATSCHLER
*als gegenzeichnender Direktor
für Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten*
