

KOMMISSIONENS GENOMFÖRANDEBESLUT (EU) 2017/132

av den 24 januari 2017

om tillämpligheten av artikel 34 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU på kontrakt om tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt i Österrike

[delgivet med nr C(2017) 260]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt,

med beaktande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ⁽¹⁾, särskilt artikel 30.5,med beaktande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG ⁽²⁾, särskilt artikel 35.3,

med beaktande av Flughafen Wiens ansökan, och

av följande skäl:

1. SAKFÖRHÅLLANDEN**1.1 Ansökan**

- (1) Den 16 januari 2015 tog kommissionen från Flughafen Wien (Wiens flygplats, nedan kallad *sökanden*) emot en ansökan i enlighet med artikel 30 i direktiv 2004/17/EG (nedan kallad *ansökan*).
- (2) Ansökan rörde verksamhet som avser exploatering av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplatsinfrastruktur på österrikiskt territorium ⁽³⁾.
- (3) Ansökan åtföljs av ett utlåtande från den oberoende myndigheten med behörighet för flygplatstjänster i Österrike, det federala ministeriet för transport, innovation och teknik (nedan kallat *BMVIT*), daterat den 22 december 2014. Detta utlåtande (nedan kallat *utlåtandet*) behandlar frågan om huruvida det råder fritt tillträde till marknaden och huruvida de verksamheter som ansökan avser är direkt konkurrensutsatta.
- (4) Sökanden kontaktade först kommissionen 2010 för att informellt diskutera möjligheterna till undantag från reglerna om offentlig upphandling. De första diskussionerna baserades på ett utkast till ansökan som dryftades vid ett möte den 17 mars 2010. Mötet följdes av en informell skriftlig förteckning över de frågor och kommentarer som kommissionen skickade till sökanden den 12 april 2010.
- (5) Den 26 september 2013 lämnade sökanden in ett uppdaterat utkast till ansökan. Därefter yttrade kommissionen sig skriftligen (genom en skrivelse av den 15 november 2013). Sökanden svarade på kommissionens skrivelse den 2 april 2014 och ytterligare ett informellt utbyte av synpunkter ägde rum vid ett möte den 26 juni 2014.

⁽¹⁾ EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

⁽²⁾ EUT L 94, 28.3.2014, s. 243.

⁽³⁾ Även om sökanden är Wiens flygplats avser ansökan tillhandahållandet av flygplatser i Österrike, varför samtliga österrikiska flygplatser omfattas av ansökan.

- (6) Den 16 januari 2015 lämnade sökanden in en formell ansökan om undantag.
- (7) Den 5 februari 2016 drog sökanden tillbaka ansökan i den del som avsåg detaljhandel ⁽¹⁾.
- (8) Enligt österrikisk lagstiftning om offentlig upphandling ⁽²⁾ får upphandlande enheter ansöka enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG.
- (9) VIE är en upphandlande enhet i enlighet med artikel 4.1 b i direktiv 2014/25/EU, eftersom den bedriver verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplatser enligt artikel 12 i direktiv 2014/25/EU och verkar med en sådan särskild rättighet som avses i artikel 4.3 i direktiv 2014/25/EU.
- (10) Efter en första bedömning fann kommissionen att ansökan inte innehöll tillräckliga uppgifter för att möjliggöra en korrekt bedömning med avseende på de relevanta kriterierna för att medge undantag från reglerna om offentlig upphandling.
- (11) Den 27 februari 2015 bad kommissionen sökanden att komplettera ansökan med de uppgifter som saknades och tillhandahålla empiriska belägg för avgränsningen av relevanta marknader, tillsammans med mer tillförlitliga uppgifter om konkurrenssituationen på var och en av dessa marknader. Svar inkom från sökanden via e-post den 4 och 15 september 2015. Den 21 september 2015 och den 23 oktober 2015 begärde kommissionen att sökanden skulle förtydliga svaret från den 15 september 2015. Sökandens svar togs emot den 14 oktober 2015 och den 5 februari 2016. Eftersom svaren inte lämnats inom den tidsfrist som kommissionen fastställt, upphävdes tidsfristen för beslut från utgången av den tidsfrist som fastställts i begäran om information (13 mars 2015) till den dag då fullständiga uppgifter togs emot (5 februari 2016). Parterna kom överens om en ytterligare förlängning av fristen. Den nya tidsfristen för antagande fastställdes till den 29 juli 2016.
- (12) Samtidigt begärde kommissionen den 20 april 2015 ytterligare upplysningar från de österrikiska myndigheterna. Svar inkom från de österrikiska myndigheterna genom e-post den 3 juli 2015.
- (13) En ytterligare skriftväxling ägde rum om sökandens rättsliga ställning som upphandlande enhet. Genom skrivelser av den 22 april och den 19 maj 2016 begärde kommissionen ytterligare upplysningar från sökanden. Sökanden svarade den 4 maj respektive den 1 juli 2016. Dessutom begärde kommissionen kompletterande upplysningar från de österrikiska myndigheterna den 11 juli och den 23 september 2016. De österrikiska myndigheterna svarade den 31 augusti respektive den 30 september 2016.
- (14) Eftersom det var nödvändigt att inhämta och analysera kompletterande uppgifter förlängdes den 5 juli 2016 tidsfristen för antagande av kommissionens beslut i ärendet, med parternas samtycke, till den 31 oktober 2016.
- (15) Eftersom svaren på begäran om information inte lämnats inom den tidsfrist som kommissionen fastställt, upphävdes tidsfristen för beslut från utgången av den tidsfrist som fastställts i begäran om information (9 augusti 2016) till mottagandet av fullständig information (31 augusti 2016), varför den nya tidsfristen för kommissionens beslut blev den 23 november 2016.
- (16) Den 8 november 2016 drog sökanden tillbaka sin ansökan i den del den avsåg tillhandahållande av infrastruktur för passagerartrafik, marktjänster och parkering. Ansökan kvarstod således endast i fråga om tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt. Parterna kom överens om en ny tidsfrist för antagande av ett kommissionsbeslut den 18 november 2016. Tidsfristen fastställdes till den 31 januari 2017.

⁽¹⁾ Sökandens skrivelse av den 5 februari 2016, s. 1.

⁽²⁾ Bundesvergabegesetz, paragraf 179.5.

- (17) Den 23 september 2015 lämnade Internationella lufttransportorganisationen (IATA) frivilligt ett ställningstagande om bedömning av konkurrensen inom flygplatssektorn i Österrike med avseende på ansökan om undantag från reglerna om offentlig upphandling. Ställningstagandet lämnades efter meddelandet om att inleda förfarandet ⁽¹⁾ i detta ärende. Ställningstagandet avser främst bedömningen av tillhandahållande av internationella ruttor till flygpassagerare.

1.2 Flygplatssektorn i Österrike

- (18) För närvarande finns det sex kommersiella flygplatser i Österrike, nämligen Wiens flygplats (nedan benämnd med dess IATA-kod som VIE), Graz flygplats (nedan kallad GRZ), Innsbrucks flygplats (nedan kallad INN), Klagenfurts flygplats (nedan kallad KLU), Linz flygplats (nedan kallad LNZ) och Salzburgs flygplats (nedan kallad SZG).
- (19) Operatören av VIE är ett aktiebolag ⁽²⁾ som varit noterat på Wienbörsen sedan 1992, och de andra österrikiska flygplatsoperatörerna är också aktiebolag.
- (20) De sex österrikiska kommersiella flygplatserna betjänade totalt 26,3 miljoner passagerare 2013 ⁽³⁾ och omkring [...] ⁽⁴⁾ ton frakt per år ⁽⁵⁾.

2. RÄTTSLIG RAM

- (21) Direktiv 2014/25/EU gäller för tilldelning av kontrakt för tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur, såvida inte denna verksamhet är undantagen enligt artikel 34 i det direktivet.
- (22) Enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är kontrakt som syftar till att medge utförandet av någon av de verksamheter på vilka det direktivet är tillämpligt undantagna från direktivets tillämpningsområde om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Bedömningen av direkt konkurrensutsättning görs på grundval av objektiva kriterier, varvid hänsyn tas till den berörda sektorns särdrag. Tillträdet till marknaden betraktas som fritt om medlemsstaten har genomfört och tillämpat de relevanta bestämmelser i unionslagstiftningen genom vilka en viss sektor eller en del av en sådan konkurrensutsätts. Denna lagstiftning förtecknas i bilaga III till direktiv 2014/25/EU. När det gäller tillhandahållande av flygplatsanläggningar förtecknas dock ingen relevant lagstiftning om avreglering av denna sektor i den bilagan. Följaktligen kan man inte förutsätta att tillträdet till marknaden är fritt, utan detta måste bevisas rättsligt och faktiskt.
- (23) Direkt konkurrensutsättning bör bedömas utifrån olika indikatorer, varav ingen är avgörande i sig. När det gäller de marknader som berörs av detta beslut utgör marknadsandel ett kriterium som bör beaktas. Med tanke på de berörda marknadernas egenskaper kan ytterligare kriterier också beaktas.
- (24) Detta beslut påverkar inte tillämpningen av konkurrensreglerna eller reglerna på andra unionsrättsliga områden. De kriterier och metoder som används för att bedöma direkt konkurrensutsatthet enligt artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är inte nödvändigtvis identiska med dem som används för att göra en bedömning enligt artikel 101 eller 102 i fördraget eller rådets förordning (EG) nr 139/2004 ⁽⁶⁾. Detta framhölls också av domstolen nyligen ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ EUT C 93, 20.3.2015, s. 22.

⁽²⁾ VIE ägs till 40 % av regionala myndigheter i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 2004/17/EG, men VIE:s rättsliga ställning som offentligt företag i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 2004/17/EG har bekräftats av den österrikiska federala upphandlingsmyndigheten (ref. Bundesvergabeamt N/0117-BVA/02/2009-24 och Bundesvergabeamt N/0117-BVA/02/2009-EV8).

⁽³⁾ Enligt undersökningen *The Austrian Aviation sector in the context of business location Austria*, juni 2014, s. 3.

⁽⁴⁾ Konfidentiella uppgifter.

⁽⁵⁾ Enligt uppgifterna i bilaga 7 var den sammanlagda fraktvolymen 226 606 ton år 2010, 208 913 ton år 2011 och 188 261 ton år 2012.

⁽⁶⁾ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, 29.1.2004, s. 1).

⁽⁷⁾ Dom av den 27 april 2016, Österreichische Post AG mot kommissionen, T-463/14, ECLI:EU:T:2016:243, punkt 28.

- (25) Man bör komma ihåg att syftet med detta beslut är att slå fast om de tjänster som ansökan avser (på marknader med fritt tillträde i den mening som avses i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU) är konkurrensutsatta i sådan utsträckning att det garanterar att upphandling för verksamheten i fråga, även utan den disciplin som de detaljerade upphandlingsreglerna i direktiv 2014/25/EU medför, sker på ett öppet, icke-diskriminerande sätt på grundval av kriterier som gör det möjligt för köparna att identifiera den lösning som totalt sett är den ekonomiskt mest fördelaktiga.

3. BEDÖMNING

3.1 Fritt tillträde till marknaden

- (26) I förevarande fall är den berörda verksamheten tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt.
- (27) När det gäller tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur finns ingen relevant unionslagstiftning på grundval av vilken fritt tillträde till marknaden kan presumeras, varför det följaktligen är nödvändigt att göra den relevanta bedömningen enligt domstolens befintliga rättspraxis om etableringsfrihet enligt artikel 49 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
- (28) Enligt sökanden är tillträdet till marknaden inte rättsligt begränsat. I Österrike ska enligt paragraf 71.1 i *Luftfahrtgesetz* (luftfartslagen, nedan kallad LFG) en operatör som ansöker om en civil flygplatslicens få en sådan licens om planen för anläggning av flygplatsen är tekniskt lämplig, säker förvaltning kan förväntas, operatören är tillförlitlig, lämplig och förfogar över tillräckliga ekonomiska resurser och det inte finns något motstridande "övrigt allmänintresse". Enligt paragraf 71.2 i LFG antas en planerad allmän flygplats inte ligga i det allmänna intresset om samtliga följande tre villkor är uppfyllda: i) flygplatsen ligger mindre än 100 km från en befintlig allmän flygplats, ii) flygplatsen kommer sannolikt att undergräva en befintlig flygplats transportfunktioner och iii) den befintliga flygplatsen kan och vill inom sex månader ta över den planerade flygplatsens tänkta tjänster.
- (29) Det är värt att erinra om att det framgår av fast rättspraxis att ett system med förhandstillstånd inte kan tas till intäkt för skönsmässiga beslut av de nationella myndigheterna som sannolikt kan motverka unionsrättens ändamålsenlighet⁽¹⁾. För att ett system med förhandstillstånd ska kunna anses berättigat trots att en grundläggande frihet därigenom inskränks måste det under alla förhållanden grundas på objektiva, icke-diskriminerande kriterier som är kända på förhand, så att myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning begränsas och bedömningen inte blir godtycklig⁽²⁾.
- (30) Om systemet med godkännande dessutom innebär villkor för minsta avstånd mellan företag, kan ett sådant system anses motiverat om det är allmänt ägnat att uppnå målet att tjänster för allmänheten, såsom tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur och tillhörande tjänster, ska vara tillförlitliga och hålla god kvalitet⁽³⁾. Enligt domstolens praxis betraktas den nationella lagstiftningen som ägnad att nå det aktuella målet endast om den verkligen återspeglar behovet av att uppnå detta mål konsekvent och systematiskt⁽⁴⁾.
- (31) I fråga om det andra kriteriet där det presumeras att allmänintresse saknas, nämligen villkoret att den planerade flygplatsen riskerar att undergräva en befintlig flygplats transportfunktioner, åberopar sökanden en dom i ett mål som rörde den österrikiska lagen om busslinjer⁽⁵⁾ (*Kraftfahriniengesetz*, KfIG), genom vilken den österrikiska högsta förvaltningsdomstolen (VwGH) fastställde att det andra kriteriet inte bör tolkas på ett sätt som skyddar befintliga företag från konkurrens. Den österrikiska högsta förvaltningsdomstolen fann dock att även om innehavaren av en ny koncession kan behöva stå ut med konkurrens till sin verksamhet från andra företag, går

⁽¹⁾ Mål C-157/99, Smits och Peerboms [2001], ECLI:EU:C:2001:404, punkt 90. Mål C-385/99 Müller-Fauré och van Riet [2003], ECLI:EU:C:2003:270, punkt 84. Mål C-372/04 Watts [2006], ECLI:EU:C:2006:325, punkt 115. Punkt 70 i generaladvokatens förslag till avgörande, punkt 115 i domen.

⁽²⁾ Mål C-205/99 Analir m.fl. [2001], ECLI:EU:C:2001:107, punkt 38. Mål C-372/04 Watts [2006], ECLI:EU:C:2006:325, punkt 116.

⁽³⁾ Förenade målen C-570/07 och C-571/07 Blanco Pérez och Chao Gómez [2010], ECLI:EU:C:2010:300, punkt 94.

⁽⁴⁾ Se exempelvis mål C-169/07 Hartlauer [2009], ECLI:EU:C:2009:141, punkt 55; förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m. fl. [2007], ECLI:EU:C:2007:133, punkterna 53 och 58.

⁽⁵⁾ Dom av den 25 mars 2009, 2008/03/0090.

gränsen när den befintliga koncessionshavaren skulle vållas inkomstbortfall som uppenbart skulle äventyra den lönsamma driften av en befintlig linje. Enligt samma domstol kan inte heller en rent tillfällig minskning av avkastningen, på grund av exempelvis säsongsbetonade variationer, kortvariga externa faktorer eller investeringar i en rutt som koncessionshavaren har för avsikt att skriva av under en viss tidsperiod, motivera ett avslag på ansökan om en ny koncession.

- (32) På grundval av ovanstående framgår att det andra villkoret tolkats av den österrikiska högsta förvaltningsdomstolen som icke avsett att begränsa konkurrensen i sig. Det begränsar utrymmet för den koncessionsbeviljande myndighetens godtycke. Dessutom implicerar den högsta österrikiska förvaltningsdomstolens dom att systemet med godkännande med särskilda kriterier för fastställande av en presumtion om avsaknad av allmänintresse i en ny flygplats inrättades under antagandet att den nya flygplatsen skulle tillhandahålla tjänster som är tillförlitliga och håller god kvalitet. Den tillämpliga österrikiska lagstiftningen och tolkningen av det ovan nämnda andra villkoret av den österrikiska högsta förvaltningsdomstolen förefaller verkligen avspegla en strävan att nå lagstiftningens mål på ett konsekvent och systematiskt sätt. För detta besluts vidkommande kan det därför konstateras att villkoren för att bevilja licens för att anlägga en flygplats i Österrike uppfyller kraven på objektivitet, icke-diskriminering och öppenhet och således att tillträdet till marknaden för tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur kan betraktas som rättsligt fritt.
- (33) Vad beträffar bedömningen av fritt marknadstillträde i praktiken anför sökanden att tillträdet inte är begränsat eftersom nya kommersiella flygplatser håller på att inrättas. Sökanden nämner flygplatserna Berlin Brandenburg och Lublin som exempel. Enligt sökanden betraktar både Lufthansagruppern och Air Berlin-gruppen flygplatsen Berlin Brandenburg som ett realistiskt alternativ till Wiens flygplats. Dessutom kan militära flygplatser anpassas för att fungera som kommersiella flygplatser, t.ex. GRZ och LNZ i Österrike. Sökanden gör dessutom gällande att existerande kommersiella flygplatser kan utvidgas, t.ex. flygplatserna Frankfurt-Hahn och Weeze i Tyskland.
- (34) På grundval av sökandens uppgifter är det svårt att med säkerhet fastställa om tillträdet till marknaden för inrättande av nya flygplatser i praktiken är begränsat. När en ny aktör inrättar en ny flygplats måste den investera mycket kapital, och det finns alltså en betydande risk för icke-återvinningsbara kostnader som kan avskräcka potentiella nykomlingar. Det verkar dock som att dessa kostnader utgör en del av den normala affärsrisken som aktörerna måste bära när de bestämmer sig för att inrätta en ny flygplats. Det finns inga uppgifter om faktiska hinder för inträde på marknaden i fråga, utöver den normala affärsrisk som följer av en stor investering som avser tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur. Det anses därför i detta beslut att tillträdet till marknaden är fritt i praktiken.

3.2 Konkurrensbedömning – marknadsanalys

- (35) I detta avsnitt analyseras huruvida det andra villkoret för undantag är uppfyllt, nämligen att den verksamhet som ansökan avser och som uppfyller kravet på att tillträdet till marknaden är fritt rättsligt och i praktiken, är direkt konkurrensutsatt. För detta ändamål ska den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden definieras, och en marknadsanalys utföras med utgångspunkt i detta.

3.2.1 Definition av produktmarknaden

- (36) I tidigare beslut av kommissionen ⁽¹⁾ har följande produktmarknader betraktats som relevanta vid tillämpningen av unionens konkurrensrätt på flygbolag och flygplatser: i) tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur-tjänster (bl.a. utveckling, underhåll, användning och tillhandahållande av start- och landningsbanor, taxibanor och andra flygplatsanläggningar samt samordning och kontroll av verksamheten på denna infrastruktur), ii) tillhandahållande (eller utläggning) av markttjänster och iii) tillhandahållande (eller utläggning) av tillhörande kommersiella tjänster (t.ex. mat och dryck, försäljning av annonsplats) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ M.7398 – Mirael/Ferrovial/NDH1, skäl 19; M.786 – Birmingham International Airport, skäl 15, M. 6732 – Ferrovial/Qatar Holding /CDPQ /Baker Street/BAA, skäl 21; M.5652 – GIP/Gatwick Airport, skäl 21; M.1035 – Hochtief/Aer Rianta/Düsseldorf Airport, skäl 11; M.2262 – Flughafen Berlin II, skäl 13 och M.3823 – MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport, skäl 15.

⁽²⁾ Säkerhetstjänster på en flygplats betraktas i allmänhet inte som en ekonomisk aktivitet, varför konkurrensreglerna normalt inte är tillämpliga (se t.ex. kommissionens beslut av den 2 maj 2005 i ärendet COMP/D3/38469, klagomål om avgifter som tas ut av AIA SA och Olympic Fiel Company SA).

- (37) Flygplatsinfrastruktur tjänster kan delas upp efter föremålet för transporten i passagerartrafik och godstransport, eftersom passagerartrafik och godstransport kräver olika infrastruktur bortsett från start- och landningsbanor.
- (38) Gods transporteras vanligen med transmodala transportmedel bortom ursprungs- och destinationsorterna. Till skillnad från passagerare kan gods också transporteras med ett större antal mellanlandningar. Enligt kommissionens tidigare beslut ⁽¹⁾ är dessutom marknaderna för flygfrakt i sig enkelriktade på grund av skillnader i efterfrågan i båda ändar av rutten.
- (39) Sökanden instämmer i definitionen av produktmarknaden enligt kommissionens praxis och strukturerade sin ansökan i enlighet med detta.
- (40) Med tanke på de faktorer som granskas i skälen 36–39 för att bedöma om villkoren i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är uppfyllda och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensrätten eller annan unionslagstiftning, är den relevanta produktmarknaden tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt.

3.2.2 Definition av den geografiska marknaden och konkurrensbedömning

- (41) Detta avsnitt är inriktat på definitionen av den relevanta geografiska marknaden som motsvarar produktmarknaden, sökandens argument och kommissionens iakttagelser och slutsatser, och här finns även en bedömning av konkurrenssituationen.
- (42) Enligt sökanden ⁽²⁾ kan den exakta marknadsdefinitionen för frakt lämnas öppen, vad ansökan anbelangar. Sökanden uppger vidare att den geografiska marknaden förefaller vara hela Europa.
- (43) Kommissionen har visserligen i tidigare beslut ⁽³⁾ funnit att den relevanta marknaden i inomeuropeiska rutter för flygfrakt kan definieras som omfattande hela Europa och bör inbegripa alternativa transportsätt, såsom väg och järnväg, men det bör erinras om att produktmarknaden i det här beslutet inte är flygfrakt utan tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt.
- (44) För bedömningen av villkoren i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna eller annan unionslagstiftning, anser kommissionen att frågan om den närmare geografiska utsträckningen av den relevanta produktmarknaden kan lämnas obesvarad, eftersom sökandens marknadsandel även med snävast möjliga definition skulle vara låg.
- (45) Enligt sökandens uppgifter ⁽⁴⁾ var VIE:s marknadsandel ⁽⁵⁾, under antagandet att den relevanta geografiska marknaden är hela Europa, för frakt [...] % 2010, [...] % 2011 och [...] % 2012, medan de övriga flygplatserna hade marknadsandelar på mindre än 1 % alla de här tre åren. Men en mer försiktig definition av den geografiska marknaden som bara omfattar Lufthansas nav hade VIE en marknadsandel på [...] % under 2010, [...] % 2011 och [...] % 2012, medan de andra österrikiska flygplatserna hade mindre än 1 % alla de här tre åren. Dessa faktorer bör därför ses som ett tecken på direkt konkurrensutsatthet inom denna verksamhet.

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

⁽²⁾ Sökandens skrivelse av den 4 september, s. 19.

⁽³⁾ Ärende M.3280 – Air France/KLM, punkt 36, 11 februari 2004; ärende M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines, punkt 29, 28 augusti 2009; ärende M.5747 – Iberia/British Airways, punkt 41, 8 september 2010.

⁽⁴⁾ Bilaga 7 till ansökan.

⁽⁵⁾ Vid beräkningen av marknadsandelar har inte alla flygplatser i Europa beaktats, utan ett urval av de flygplatser som är mest benägna att utöva konkurrensstryck på VIE. Dessa flygplatser är följande: Amsterdam-Schiphol (AMS), Paris-Charles de Gaulle (CDG), Düsseldorf (DUS), Rom-Fiumicino (FCO), Frankfurt (FRA), München (MUC), Milano-Malpensa (MXP), SZG, Berlin-Tegel (TXL) och Zürich (ZRH).

- (46) För detta besluts vidkommande, och utan att det påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen, bör de omständigheter som anges i skäl 45 ses som ett tecken på att denna verksamhet är konkurrensumsatt i Österrike. Eftersom villkoren i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU är uppfyllda bör det därför fastställas att direktiv 2014/25/EU inte är tillämpligt på kontrakt som möjliggör sådan verksamhet i Österrike.

4. SLUTSATSER

- (47) Med tanke på de omständigheter som granskats i skälen 1–46 bör villkoret om direkt konkurrensumsatt i artikel 34 i direktiv 2014/25/EU anses uppfyllt i Österrike för tillhandahållandet av flygplatsinfrastruktur för frakt.
- (48) Eftersom obegränsat tillträde till marknaden anses föreligga, bör direktiv 2014/25/EU inte gälla när upphandlande enheter tilldelar kontrakt för tjänster som ska göra det möjligt att tillhandahålla sådana tjänster i Österrike, och inte heller om projekttävlingar organiseras för sådan verksamhet i det landet.
- (49) Detta beslut grundar sig på den rättsliga och faktiska situation som rådde från januari 2015 till november 2016 enligt de uppgifter som sökanden och de österrikiska myndigheterna lämnat. Beslutet kan komma att ses över, om villkoren för tillämpningen av artikel 34 i direktiv 2014/25/EU inte längre är uppfyllda, till följd av betydande förändringar av den rättsliga eller faktiska situationen.
- (50) Eftersom vissa tjänster med anknytning till tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur till flygbolag (såsom infrastruktur för passagerartrafik, marktjänster och icke-luftfartsrelaterade tjänster) även fortsättningsvis omfattas av direktiv 2014/25/EU, bör det påpekas att upphandlingskontrakt som omfattar flera typer av verksamhet bör behandlas i enlighet med artikel 6 i det direktivet. Detta betyder att hänsyn bör tas till den verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser, när en upphandlande enhet sysslar med "blandad" upphandling, dvs. upphandling både för utövandet av verksamhet som är undantagen från tillämpningen av direktiv 2014/25/EU och verksamhet som inte är undantagen. Bestämmelserna i direktiv 2014/25/EU ska tillämpas på sådan blandad upphandling om huvudsyftet är att stödja verksamhet som inte är undantagen. Om det är objektivt omöjligt att avgöra för vilken verksamhet kontraktet främst är avsett, bör kontraktet tilldelas enligt de regler som avses i artikel 6.3 i direktiv 2014/25/EU ⁽¹⁾.
- (51) Det erinras om att det i artikel 16 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU ⁽²⁾ om tilldelning av koncessioner föreskrivs ett undantag från tillämpningen av direktivet vad gäller koncessioner som tilldelas av en upphandlande enhet, om det i enlighet med artikel 34 i direktiv 2014/25/EU har fastställts att verksamheten är direkt konkurrensumsatt i den medlemsstat där koncessionen ska utföras. Eftersom det konstaterades att verksamheten att tillhandahålla flygplatsinfrastruktur till flygbolag för frakt är konkurrensumsatt, kommer koncessionskontrakt som syftar till utförandet av sådan verksamhet i Republiken Österrike att undantas från tillämpningsområdet för direktiv 2014/23/EU.
- (52) De åtgärder som föreskrivs i detta beslut är förenliga med yttrandet från rådgivande kommittén för offentliga upphandlingskontrakt.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Direktiv 2014/25/EU ska inte tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter och syftar till att medge tillhandahållande av flygplatsinfrastruktur för frakt i Österrike.

⁽¹⁾ Samma materiella resultat skulle också följa av tillämpningen av artikel 9 i direktiv 2004/17/EG.

⁽²⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 28.3.2014, s. 1).

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Republiken Österrike.

Utfärdat i Bryssel den 24 januari 2017.

På kommissionens vägnar
Elżbieta BIENKOWSKA
Ledamot av kommissionen
