DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2022/418 DE LA COMMISSION

du 10 mars 2022

relative à l'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil aux services non commerciaux de transport par autobus dans les régions autrichiennes relevant de la compétence des autorités régionales de transport «Verkehrsverbund Ost-Region» (VOR) et «Oberösterreich Verkehrsverbund» (OÖVV)

[notifiée sous le numéro C(2022) 1352]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ([1]), et notamment son article 35, paragraphe 3,

après consultation du comité consultatif pour les marchés publics,

considérant ce qui suit:

1. FAITS

1.1. La demande

(1) Le 2 octobre 2020, la représentation permanente de l'Autriche a présenté à la Commission, au nom de Österreichische Postbus AG (ci-après «Postbus» ou le «requérant»), une demande au titre de l'article 35, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE (ci-après la «demande»). La demande satisfait aux exigences formelles énoncées à l'article 1, paragraphe 1, et à l'annexe I de la décision d'exécution (UE) 2016/1804 de la Commission ([2]).

(2) Le requérant appartient au groupe ÖBB (chemins de fer fédéraux autrichiens). Postbus est détenu à 100 % par ÖBB-Personenverkehr AG, elle-même filiale à 100 % d'ÖBB-Holding AG. Toutes les actions d'ÖBB-Holding AG sont détenues par la République d'Autriche. Le requérant est actif dans le secteur du transport de voyageurs par autobus.

(3) Le requérant est une entité adjudicatrice au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE et il exerce une activité concernant l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par autobus, au sens de l'article 11 de cette directive.

(4) Par services d'autobus, il faut entendre les services de transport périodiques et publics de voyageurs, qui sont fournis contre rémunération par des opérateurs de transport de voyageurs sur des itinéraires spécifiques, permettant aux voyageurs de monter et de descendre à des arrêts prédéterminés. Si les pouvoirs publics octroient une indemnité financière à une entreprise pour l'exécution de ces services, ces derniers sont appelés services de transport non commerciaux.

([1]) JO L 94 du 28.3.2014, p. 243.

([2]) Décision d'exécution (UE) 2016/1804 de la Commission du 10 octobre 2016 relative aux modalités d'application des articles 34 et 35 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 275 du 12.10.2016, p. 39).

(5) Les services d'autobus non commerciaux donnent lieu à l'attribution de deux types de contrats différents. Le premier correspond à l'attribution de contrats de service public par les autorités compétentes en matière de transport conformément aux dispositions du règlement (CE) nº 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil ([3]), applicable aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route. Le second est l'attribution de marchés par l'opérateur désigné pour exécuter un tel contrat de service public, par exemple un contrat passé avec une entreprise de nettoyage pour le nettoyage d'autobus ou avec une société fournissant des autobus destinés à être utilisés par l'opérateur.

(6) La demande ne concerne que le second type de contrat, c'est-à-dire l'attribution de marchés destinés à l'exécution de services réguliers de transport par autobus non commerciaux en Autriche, activité liée à l'exploitation de réseaux conformément à l'article 11 de la directive 2014/25/UE. La demande ne s'étend pas à l'attribution de marchés concernant la prestation de services d'autobus non commerciaux directement attribués à des opérateurs internes. Elle ne couvre pas non plus l'attribution par une autorité régionale de transport (Verkehrsverbund) d'un contrat d'exploitation de services de transport par autobus à un opérateur d'autobus, étant donné que ces marchés relèvent du champ d'application du règlement (CE) nº 1370/2007.

(7) Initialement, la demande n'était pas accompagnée d'un avis motivé de la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité nationale autrichienne de la concurrence, ci-après l'«ANC»). Conformément à l'annexe IV, point 1 b), de la directive 2014/25/UE, la Commission doit adopter une décision d'exécution concernant la demande dans un délai de 130 jours ouvrables, étant donné que le libre accès au marché ne saurait être présumé sur la base de l'article 34, paragraphe 3, premier alinéa, de ladite directive. Le délai initial a été suspendu conformément à l'annexe IV, point 2, de la directive 2014/25/UE. La Commission devrait adopter une décision d'exécution au plus tard le 28 février 2022.

(8) Le 11 novembre 2020, la Commission a demandé des informations complémentaires aux autorités autrichiennes. Le 2 décembre 2020, le 23 février 2021 et le 23 mars 2021, les autorités autrichiennes ont transmis des renseignements complémentaires. La communication du 23 mars 2021 comprenait un avis de l'ANC, qui examinait si l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE s'applique aux activités concernées, conformément aux paragraphes 2 et 3 dudit article.

(9) Le 19 octobre 2021, le requérant a réduit la portée géographique de la demande d'exemption à deux parties du territoire autrichien, Vienne, Basse-Autriche et Burgenland [relevant de la compétence de l'autorité régionale des transports Verkehrsverbund Ost-Region (VOR)] et Haute-Autriche [relevant de la compétence de l'autorité régionale des transports Oberösterreich Verkehrsverbund (OÖVV)]. Le requérant a fourni des informations complémentaires les 21 octobre et 8 novembre 2021.

2. **CADRE JURIDIQUE**

(10) La directive 2014/25/UE s'applique à la passation de marchés destinés à l'exercice d'activités visant à mettre à disposition ou à exploiter des réseaux destinés à fournir un service public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble, sauf si l'activité est exemptée en vertu de l'article 34 de ladite directive.

(11) Conformément à l'article 34 de la directive 2014/25/UE, les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée par ladite directive ne sont pas soumis aux dispositions de celle-ci, si l'activité exercée dans l'État membre concerné est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

(12) L'exposition directe à la concurrence est évaluée sur la base de critères objectifs prenant en considération les caractéristiques spécifiques du secteur concerné ([4]). Cette évaluation est toutefois limitée par la brièveté des délais applicables et par la nécessité de s'appuyer sur les informations dont dispose la Commission. Ces informations proviennent de sources déjà disponibles ou d'informations obtenues dans le cadre de la demande au titre de l'article 35 de la directive 2014/25/UE et ne peuvent être complétées par des méthodes plus longues, y compris, en particulier, des enquêtes publiques adressées aux opérateurs économiques concernés ([5]).

([3]) Règlement (CE) nº 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) nº 1191/69 et (CEE) nº 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1).

([4]) Considérant 44 de la directive 2014/25/UE.

([5]) *Ibid*.

(13) Il convient d'évaluer l'exposition directe à la concurrence sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est nécessairement déterminant en soi. En ce qui concerne le marché concerné par la présente décision, les parts de marché constituent un critère qui devrait être pris en considération, au même titre que d'autres critères, comme l'existence d'obstacles à l'entrée ou la concurrence intermodale.

3. **APPRÉCIATION**

(14) La présente décision a pour objectif de déterminer si les services concernés par la demande sont exposés à un niveau de concurrence (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive 2014/25/UE) tel que, même en l'absence de la discipline apportée par les règles détaillées de passation des marchés énoncées dans la directive 2014/25/UE, les marchés destinés à l'exercice des activités concernées pourront être passés de manière transparente et non discriminatoire, et reposeront sur des critères permettant aux acheteurs de déterminer la solution d'ensemble la plus avantageuse au niveau économique.

(15) La présente décision se fonde sur la situation juridique et factuelle du mois de novembre 2021 et sur les informations fournies par le requérant, les autorités autrichiennes, y compris le ministère fédéral autrichien de l'action pour le climat, de l'environnement, de l'énergie, de la mobilité, de l'innovation et de la technologie (ci-après le «BMK»), l'ANC et les autorités régionales chargées des transports, ainsi que sur les informations accessibles au public.

3.1. **Accès non limité au marché**

(16) L'accès au marché est réputé non limité, dès lors que l'État membre concerné a transposé et appliqué la législation pertinente de l'Union concernant l'ouverture à la concurrence d'un secteur donné ou d'une partie de celui-ci. Le règlement (CE) nº 1370/2007 est applicable aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route Conformément à l'article 5, paragraphe 1, dudit règlement, l'attribution de contrats de service public pour des services de transport public de voyageurs par autobus sous la forme de contrats de concession de services est attribuée conformément aux règles énoncées dans le règlement (CE) nº 1370/2007 ([6]). Ces règles, énoncées à l'article 4 du règlement, impliquent notamment une définition claire des obligations de service public auxquelles l'opérateur de services publics doit se conformer, des zones géographiques concernées et de la durée du contrat. Toutefois, le règlement (CE) nº 1370/2007 ne figure pas à l'annexe III de la directive 2014/25/UE. Par conséquent, le requérant doit démontrer que l'accès au marché de la fourniture de services d'autobus non commerciaux est libre *de facto* et *de jure*.

(17) Les autres contrats de service public de transport public par autobus, qui ne prennent pas la forme de concessions de services, doivent être attribués conformément aux règles de passation des marchés publics transposant (entre autres) la directive 2014/25/UE.

(18) La législation nationale pertinente est la loi sur les services conventionnés d'autobus («Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen», ci-après la «Kraftfahrliniengesetz» ou «KflG») ([7]) et la loi sur le transport public local et régional de passagers («Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalkehrungsgesetz 1999», ci-après la «ÖPNRV-G 1999»). ([8]).

(19) La KflG s'applique aux services de transport périodiques et publics de voyageurs qui sont fournis contre rémunération par des opérateurs de transport de voyageurs sur des itinéraires spécifiques, permettant aux voyageurs de monter et de descendre à des arrêts prédéterminés. Les concessions au titre de la KflG, qui relèvent du champ d'application du règlement (CE) nº 1370/2007, sont accordées pour des liaisons spécifiques. Si les pouvoirs publics octroient une indemnité financière pour la prise en charge d'obligations de services publics, ces services de transport sont des services non commerciaux.

([6]) L'article 5, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1370/2007 dispose que: «Les contrats de service public sont attribués conformément aux règles établies dans le présent règlement. Toutefois, les marchés de services ou marchés publics de services, tels que définis par la directive 2004/17/CE ou par la directive 2004/18/CE, pour les services publics de transport de voyageurs par autobus ou par tramway sont attribués conformément aux procédures prévues par lesdites directives lorsque ces contrats ne revêtent pas la forme de contrats de concession de services tels que définis dans ces directives».

([7]) Journal officiel autrichien (BGBl. I nº 203/1999).

([8]) Journal officiel autrichien (BGBl. I nº 204/1999).

(20) L'ÖPNRV-G régit les aspects organisationnels et financiers de l'exploitation des services publics locaux et régionaux de transport de voyageurs (chemin de fer et autobus), ainsi que la structure et le domaine de responsabilité des associations de transport.

(21) En ce qui concerne le libre accès *de jure* au marché des services d'autobus non commerciaux, tant la KflG que l'ÖPNRV-G établissent que le pouvoir adjudicateur doit choisir la société de transport conformément aux règles de passation des marchés publics qui transposent la directive 2014/25/UE et en accord avec le règlement (CE) nº 1370/2007.

(22) Le règlement (CE) nº 1370/2007 et la législation autrichienne s'appliquent aux activités du requérant. Même si le règlement (CE) nº 1370/2007 ne figure pas à l'annexe III de la directive 2014/25/UE, il prévoit un cadre réglementaire susceptible d'assurer une concurrence appropriée au cas par cas. L'article 5, paragraphe 3, du règlement (CE) nº 1370/2007 prévoit l'attribution de contrats de service public sur la base d'une procédure de mise en concurrence, sauf cas très spécifiques [valeur annuelle moyenne inférieure à 1 000 000 EUR, fourniture annuelle de moins de 300 000 kilomètres de services publics de transport de voyageurs ou (risque immédiat de) perturbation des services]. En conséquence, il y a bien concurrence lors de l'attribution des marchés relatifs à l'exploitation de lignes d'autobus dans le cas d'espèce, étant donné que ces marchés sont attribués à la suite d'appels d'offres ouverts dans les deux régions faisant l'objet de la demande, conformément au règlement (CE) nº 1370/2007.

(23) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère que les conditions du libre accès *de jure* au marché sont remplies.

(24) En ce qui concerne le libre accès *de facto* au marché des services non commerciaux de transport par autobus, la Commission note que de nouveaux acteurs ont pris pied sur le marché ces dernières années. Par exemple, trois entreprises d'autres États membres que l'Autriche sont entrées avec succès sur le marché dans les deux régions faisant l'objet de la demande entre 2016 et 2020.

(25) Selon le requérant, les deux pouvoirs adjudicateurs régionaux ont de plus en plus recouru à la mise en concurrence pour l'attribution de services d'autobus sous contrat au cours des dernières années, à la suite de l'adoption du règlement (CE) nº 1370/2007. Le règlement (CE) nº 1370/2007 a établi que l'attribution de contrats de service public de transport par chemin de fer et par route doit être conforme aux principes énoncés à son article 5 à partir du 3 décembre 2019, ce qui limite strictement les attributions directes.. En juin 2021, la part des appels d'offres était de 92 % pour la région relevant de la compétence de VOR et de 100 % pour la région relevant de la compétence de l'OÖVV.

(26) Dans leurs positions, le BMK et l'ANC reconnaissent que l'accès au marché en cause est libre *de jure* et *de facto*.

(27) Aux fins de la présente décision, la Commission conclut que l'accès aux marchés des services non commerciaux de transport par autobus sur les territoires respectifs des régions relevant de la compétence de la VOR et de l'OÖVV devrait être considéré comme libre *de jure* et *de facto* au sens de l'article 34 de la directive 2014/25/UE.

3.2. **Appréciation concurrentielle**

3.2.1. *Définition du marché de produits concerné*

3.2.2. *Définition du marché de produits*

(28) Les services de transport par autobus en Autriche comprennent les services suivants: les services réguliers de transport par autobus, qui sont soumis à la KflG, et les services non réguliers de transport par autobus, régis par la loi sur les services d'autobus non réguliers — («Gelegenheitsverkehrs-Gesetz» ou «GelverkG»).

(29) L'ÖPNRV-G et le règlement (CE) nº 1073/2009 du Parlement européen et du Conseil ([9]) établissent une distinction entre les services de transport par autobus commerciaux et non commerciaux. Conformément à l'article 3, paragraphe 2, de l'ÖPNRV-G, les services de transport ne sont considérés comme des services de transport commerciaux que si les pouvoirs publics n'octroient aucune indemnité financière pour ces services. Chaque fois que les pouvoirs publics accordent une indemnité financière, les services de transport sont considérés comme non commerciaux.

(30) Lorsqu'il achète des services de transport à des fins non commerciales ou qu'il modifie un programme d'exploitation existant, le pouvoir adjudicateur doit choisir la société de transport conformément aux dispositions applicables de la législation sur les marchés publics et du règlement (CE) nº 1370/2007. En général, les services de transport non commerciaux par autobus font obligatoirement l'objet de procédures d'appel d'offres. À la suite de l'entrée en vigueur du règlement (CE) nº 1370/2007, le 7 décembre 2019, un nombre croissant de services non commerciaux de transport par autobus ont été attribués dans le cadre d'appels d'offres concurrentiels en Autriche. La pratique de la Commission en matière de concentrations ([10]) confirme que les services commerciaux de transport par autobus et les services publics non commerciaux de transport par autobus constituent des marchés de produits différents en raison de la nature différente de la concurrence.

(31) En ce qui concerne le marché des services non commerciaux de transport par autobus, la concurrence entre les opérateurs publics de transport par autobus a lieu au niveau des appels d'offres, c'est-à-dire lors de l'attribution de contrats d'exploitation de services de transport public par autobus, et non par la suite sur le marché en ce qui concerne des aspects tels que les tarifs, les capacités, les fréquences ou d'autres caractéristiques du service. Par rapport aux services de transport commerciaux, les exploitants d'autobus de transport public non commerciaux n'ont généralement qu'une influence très limitée sur les paramètres fondamentaux de la concurrence, telles que les fréquences, les tarifs ou le confort, étant donné que ces caractéristiques sont fixées par l'autorité de transport public qui attribue le marché de service. Les opérateurs de services non commerciaux de transport par autobus sont tenus de fournir leurs services conformément au contrat conclu avec le pouvoir adjudicateur et ne peuvent pas adapter leurs services aux besoins des passagers, comme le font normalement les opérateurs commerciaux.

(32) Le requérant a fait valoir que les services non commerciaux de transport par autobus fournis par des opérateurs internes pouvaient constituer un marché significatif distinct au sein du marché des services non commerciaux de transport par autobus pour les raisons suivantes:

— les services de transport fournis par les opérateurs internes ne sont pas soumis à des procédures d'appel d'offres obligatoires, pour autant que les exigences prévues par la législation applicable [article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1370/2007, article 10 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil ([11]) ou article 28 ou 29 de la directive 2014/25/UE] sont respectées.

— tant que les exigences du règlement (CE) nº 1370/2007 sont remplies, le propriétaire peut verser une indemnité financière à l'opérateur interne en contrepartie des coûts encourus, même si ces coûts sont supérieurs aux coûts supportés par les entreprises concurrentes.

— la décision de «faire ou acheter» pourrait ne pas se fonder uniquement sur les coûts de l'opérateur interne par rapport au résultat attendu d'un appel d'offres. Les transporteurs municipaux ont souvent des salariés bénéficiant d'une protection spéciale contre le licenciement et devraient supporter leurs coûts salariaux même s'ils ont fait une offre infructueuse pour le contrat de transport public.

— Il n'y a pas encore eu d'appels d'offres en Autriche pour des services de transport exploités auparavant par des opérateurs internes. Les opérateurs internes procèdent eux aussi à des appels d'offres publics pour des contrats de sous-traitance. Dans ce cas, le soumissionnaire sélectionné devient le sous-traitant de l'opérateur interne. Par exemple, l'opérateur interne Wiener Linien GmbH & Co KG attribue des appels d'offres à des sous-traitants pour environ 44 % de ses services de transport par autobus.

(33) Le BMK a confirmé ([12]) le point de vue du requérant sur l'étendue du marché de produits concerné.

(34) La Commission admet que les opérateurs internes appartiennent à un marché distinct.

([9]) Règlement (CE) nº 1073/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, et modifiant le règlement (CE) nº 561/2006 (JO L 300 du 14.11.2009, p. 88).

([10]) Affaire COMP/M.5855 DB/Arriva du 11.8.2010, points 20 et suivants; affaire COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia du 30.4.2013, point 19; affaire COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia du 30.4.2013, points 25 et suivants.

([11]) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65).

([12]) Réponse du BMK du 2 décembre 2020.

(35) Aux fins de l'évaluation réalisée au titre de la présente décision, et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, la Commission estime que le marché de produits concerné est le marché de services non commerciaux de transport de voyageurs par autobus, où une concurrence s'exerce «sur le marché».

3.2.3. *Définition géographique du marché*

(36) Le requérant indique que le cadre réglementaire relatif aux services de transport par autobus ainsi que la loi fédérale autrichienne sur les marchés publics s'appliquent de manière homogène partout en Autriche. En outre, les soumissionnaires doivent se conformer à d'autres réglementations pour soumettre une offre, notamment en ce qui concerne le droit du travail et les conventions collectives, qui sont applicables de manière uniforme dans l'ensemble de l'Autriche (les frais de personnel représentent environ 50 % du total des coûts des services réguliers de transport par autobus). En revanche, le requérant relève des différences importantes entre les régions en raison de l'existence d'associations régionales de transport en charge du transport par autobus.

(37) Le BMK a déclaré que les différences observées au niveau régional ne justifiaient pas une définition du marché régional.

(38) Dans sa position, l'ANC explique que les services publics de transport par autobus sont attribués par sept associations régionales de transport, qui couvrent l'ensemble du territoire autrichien. Les opérateurs internes lancent des appels d'offres pour des contrats de sous-traitance, par exemple dans la zone métropolitaine de Vienne. Chaque association de transport n'offre que des services sur son propre territoire. L'ANC conclut que les adjudications et les appels d'offres non concomitants de services de transport par autobus à caractère purement régional ou local, ainsi que le fait que les décisions contractuelles sont prises par sept associations de transport actives au niveau régional, qui poursuivent toutes leurs propres intérêts, tendent à plaider contre l'idée d'un marché national uniforme.

(39) Dans sa pratique en matière de concentrations, la Commission a défini le marché géographique en cause pour les services de transport par autobus comme étant le marché sur lequel s'applique le même cadre réglementaire à toutes les autorités de transport public ([13]).

(40) La Commission observe que la responsabilité de l'organisation de services d'autobus non commerciaux incombe aux autorités régionales compétentes (Verkehrsverbünde). Ces autorités sont chargées de la conception des appels d'offres, dans les conditions cadres fixées par la législation nationale applicable (KflG, GelverkG, ÖPNRV-G et loi sur les marchés publics BVergG 2018).

(41) Dans les deux régions faisant l'objet de la demande, l'autorité régionale compétente en matière de transport et les opérateurs internes mettent en concurrence les marchés bruts ([14]) et les principaux soumissionnaires sont les mêmes.

(42) Compte tenu de ce qui précède, et aux fins de l'appréciation au titre de la présente décision et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, la Commission considère que les marchés géographiques en cause sont, d'une part, la région relevant de la compétence de la VOR et, d'autre part, la région relevant de la compétence de l'OÖVV.

3.3. **Analyse du marché**

(43) En Autriche, les contrats existants pour des services de transport non commerciaux par autobus ont été passés au moyen d'appels d'offres ou d'une attribution directe. La grande majorité de ces marchés ont été attribués à la suite d'une procédure d'appel d'offres. Le règlement (CE) n° 1370/2007 avait établi une période de transition jusqu'en décembre 2019 pour l'attribution des marchés relevant de son champ d'application. Le requérant fait valoir que la baisse de sa part de marché dans les deux régions, ainsi que le pourcentage élevé de contrats faisant l'objet d'appels d'offres, le nombre élevé d'offres et le taux élevé de changement d'opérateur dans les deux régions montrent que ces marchés sont directement exposés à la concurrence.

([13]) Affaire COMP/M.5855 du 11.8.2010, DB/Arriva, point 27.

([14]) Affaire COMP/M.6818, Deutsche Bahn/Veolia, décision du 30.4.2013, point 14: «Pour les marchés bruts, l'opérateur fait une offre pour la totalité des coûts d'exploitation et toutes les recettes sont versées à l'autorité; dans le cadre de contrats nets, l'opérateur recevra toutes les recettes et ne fera offre que pour la différence nécessaire entre les recettes tarifaires et le montant nécessaire pour réaliser le bénéfice souhaité.»

(44) Selon le BMK ([15]), lorsqu'une procédure de mise en concurrence a lieu, les marchés passés par des opérateurs fournissant les services qui ont fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres (par exemple, l'exploitation de lignes d'autobus ou la sous-traitance de services de transport non commerciaux spécifiques) devraient être exclus du champ d'application de la directive 2014/25/UE, car ces opérateurs sont indubitablement soumis à la concurrence sur la base de la procédure de passation de marché spécifique.

(45) L'ANC soutient au contraire que la prévalence de certains facteurs (longue durée du contrat, petits volumes soumis à appel d'offres, faible nombre de soumissionnaires actifs) tend à laisser peu de place à une concurrence durable. Elle considère donc, aux fins de la question préjudicielle, que l'importance de l'argument est révélatrice d'une concurrence insuffisante.

(46) Dans son analyse, la Commission tient compte de plusieurs facteurs. La Commission ne partage pas l'avis du BMK selon lequel la mise en concurrence suffit à elle seule à démontrer une exposition directe à la concurrence. Si la mise en concurrence des services non commerciaux de transport par autobus est une condition préalable à la concurrence sur le marché, la Commission considère que d'autres facteurs doivent être pris en considération.

(47) Les parts de marché sont un aspect important, mais étant donné que le marché des services non commerciaux de transport par autobus fait l'objet d'appels d'offres ou d'attributions directes, il convient également de tenir compte du nombre de soumissionnaires et du taux de réussite des différents acteurs du marché.

3.3.1. *Parts de marché, nombre de soumissionnaires et taux de réussite*

(48) Tous les calculs relatifs aux parts de marché et les indications relatives à la part des contrats faisant l'objet d'un appel d'offres sont fondés sur les informations fournies par le requérant ([16]).

3.3.1.1. Est de l'Autriche (couvrant Vienne, Basse-Autriche et Burgenland)

(49) En 2021, les services d'autobus non commerciaux dans cette région représentaient [100 à 110 millions] de kilomètres réguliers (skm) par an. Si l'on exclut les attributions directes aux opérateurs internes ([environ 20 millions] de skm pour Wiener Linien et Wiener Neustadt), le marché en cause représente [80 à 90] millions de skm par an. Les principaux pouvoirs adjudicateurs sont Verkehrsverbund Ostregion GmbH (VOR) ([65 à 70] millions de skm) et Wiener Linien ([15 à 20] millions de skm).

(50) En novembre 2021, la part de marché du requérant dans l'est de l'Autriche était de [35 à 45] % (elle était de [45 à 55] % en 2013, année du lancement des appels d'offres ouverts). Ses principaux concurrents détiennent les parts de marché suivantes: Dr. Richard ([25 à 30 %]), Gschwindl ([10 à 15]%), Blaguss ([5 à 10]%), N-Bus ([5 à 10]%), Zuklin ([0 à 5]%) and Retter ([0 à 5]%).

(51) Dans l'est de l'Autriche, 92 % des contrats (en millions de skm) ont fait l'objet d'un appel d'offres en juin 2021.

(52) Depuis 2018, 14 procédures de passation de marchés ont eu lieu dans la région, avec 75 offres présentées, soit un nombre moyen de 5,4 soumissionnaires par procédure. Au-delà du requérant, son principal concurrent, D[r] Richard, a participé à 12 appels d'offres, avec un taux de réussite de […] %. Le taux de réussite du requérant est de […] %. Pour la majorité des procédures d'appel d'offres, les lauréats étaient Postbus ou Dr. Richard.

3.3.1.2. Haute-Autriche

(53) Les services d'autobus non commerciaux dans cette région représentent [35 à 45] millions de skm par an. Si l'on exclut les attributions directes aux opérateurs internes ([environ 5 millions] de skm pour Linz et Steyr), le marché en cause représentait [30 à 40] millions de skm par an en 2021. Le pouvoir adjudicateur principal est Oberösterreichische Verkehrsverbund-Org. GmbH Nfg. & Co KG (OÖVV) ([30 à 35] millions de skm). Les services de transport urbain par autobus à Wels font l'objet d'appels d'offres lancés par EWW ([1 à 2] millions de skm).

([15]) Réponse du BMK du 2 décembre 2020.

([16]) Calcul de la Commission fondé sur l'annexe 3 de la position de l'ANC.

(54) En 2021, la part de marché du requérant en Haute-Autriche était de [40 à 50] % (elle était de [45 à 55] % en 2020 et de [60 à 70] % en 2013, année de lancement des appels d'offres ouverts). Grâce à la conception des appels d'offres en Haute-Autriche, qui favorise les petits lots, les petites entreprises ont pu remporter cinq des dix appels d'offres récemment organisés. Au total, les principaux concurrents de Postbus en Haute-Autriche sont Sabtours ([15 à 20]% du marché), Welser ([10 à 15]%), Stern&Hafferl ([5 à 10]%), Dr. Richard ([5 à 10]%) et Leitner ([5 à 10]%).

(55) En Haute-Autriche, 100 % des contrats (en millions de skm) ont fait l'objet d'un appel d'offres à compter de 2021. Selon l'autorité régionale, 21 procédures d'appels d'offres ont été organisées depuis 2011, subdivisées en 90 lots, avec une moyenne de 5,2 soumissionnaires par lot. Sur les 90 lots, Postbus en a remporté […] ([…] %).

3.3.2. *Conclusion concernant l'appréciation sous l'angle de la concurrence*

(56) Le requérant détient une part relativement élevée, mais en baisse, des contrats de services non commerciaux de transport par autobus dans les régions faisant l'objet de la demande. Depuis 2013, sa part de marché a diminué de près de […] % dans l'est de l'Autriche et d'environ […] % en Haute-Autriche.

(57) La proportion d'appels d'offres concurrentiels est très élevée dans les deux régions, ce qui se traduit par une proportion respective de passation de contrats de 92 % et de 100 %.

(58) Le nombre de soumissionnaires par mise en concurrence est supérieur au nombre moyen de soumissionnaires dans l'Union pour les marchés publics, qui s'établit à 5,4 (Autriche orientale) et à 5,2 (Haute-Autriche). S'il est vrai que le requérant présente habituellement une offre dans presque toutes les procédures d'appel d'offres indépendamment de la localisation, il existe toujours une concurrence de la part d'autres opérateurs. En particulier, D[r] Richard est très actif dans les deux régions, tandis que d'autres opérateurs soumissionnent régulièrement dans la région où ils sont déjà actifs.

(59) En général, les contrats de services non commerciaux de transport par autobus en Autriche sont de longue durée, d'environ 6 à 10 ans selon le requérant ([17]). Cette caractéristique est inhérente au marché, étant donné que les autorités régionales de transport cherchent à éviter des appels d'offres complexes et fréquents. Si cette pratique peut nuire à la concurrence ([18]), elle est compensée par le fait que les appels d'offres des autorités régionales de transport respectives concernant pour la plupart des petits lots, souvent inférieurs à 1 million de skm. Cette dernière caractéristique est un élément important favorisant l'entrée sur le marché et, en fin de compte, la concurrence dans les deux régions ([19]).

(60) L'ANC soutient au contraire que la prévalence de certains facteurs – tels que la longue durée du contrat, les petits volumes soumis à appel d'offres, le peu de soumissionnaires actifs – tend à laisser peu de place à une concurrence durable. Elle considère donc, aux fins de la question préjudicielle, que l'importance de l'argument est révélatrice d'une concurrence insuffisante. Il importe toutefois de noter que la conclusion de l'ANC tenait compte de la situation concurrentielle dans l'ensemble de l'Autriche et que l'ANC reconnaissait des différences très importantes entre les Verkehrsverbünde (associations régionales de transport). Les facteurs mentionnés dans la position de l'ANC sont nettement plus pertinents pour d'autres régions autrichiennes que celles qui sont couvertes par la demande. Par exemple, le taux de mise en concurrence n'était que de 30 % en Carinthie et de 32 % au Tyrol en 2020 (contre 92 % dans la région relevant de la compétence de la VOR et 100 % dans la région relevant de la compétence de l'OÖVV). Le nombre moyen de soumissionnaires n'a atteint que 2,3 au Vorarlberg, contre plus de cinq dans les deux régions faisant l'objet de la demande. Alors que la part de marché du requérant s'élevait à [70 à 80] % à Salzbourg, elle était inférieure à 50 % dans les deux régions faisant l'objet de la demande.

(61) Au vu des facteurs analysés ci-dessus, la Commission conclut que l'activité de fourniture de services non commerciaux de transport de voyageurs par autobus, sous la compétence de la VOR et de l'OÖVV, est directement exposée à la concurrence au sens de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

([17]) Requête, p. 28.

([18]) Voir le considérant 15 du règlement (CE) n° 1370/2007.

([19]) Communication COM 2017/572 «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe», dans laquelle la Commission fait valoir que la première mesure visant à améliorer l'accès des PME aux marchés publics est la division des marchés en lots.

4. **CONCLUSIONS**

(62) Aux fins de la présente décision et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne, les conclusions de l'analyse du marché énumérées aux considérants 43 à 55 doivent être considérées comme une indication que l'activité de fourniture de services non commerciaux de transport par autobus dans les deux régions de transport autrichiennes relevant de la compétence deVerkehrsverbund Ost-Region et de Oberösterreich Verkehrsverbund est pas exposée à la concurrence au sens de l'article 34 de la directive 2014/25/UE. Par conséquent, il convient d'établir que la directive 2014/25/UE s'applique aux contrats destinés à permettre l'exercice de cette activité dans les deux régions de transport relevant de la compétence de la VOR et de l'OÖVV.

(63) La directive 2014/25/UE devrait continuer à s'appliquer aux marchés attribués par des entités adjudicatrices et destinés à permettre la fourniture de services non commerciaux de transport par autobus sur le territoire des autres régions de transport non couvertes par la présente décision.

(64) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles en matière de concurrence et d'autres dispositions du droit de l'Union. En particulier, les critères et la méthode utilisés pour évaluer l'exposition directe à la concurrence en vertu de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui sont utilisés pour effectuer une évaluation conformément à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, ([20]) ainsi que l'a confirmé le Tribunal. ([21])

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article unique

La directive 2014/25/UE ne s'applique pas aux marchés passés par des entités adjudicatrices et destinés à permettre la fourniture de services non commerciaux de transport par autobus sur le territoire des régions relevant de la compétence de Verkehrsverbund Ost-Region et de OberÖsterreich Verkehrsverbund.

La République d'Autriche est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 10 mars 2022.

Par la Commission
Thierry BRETON
Membre de la Commission

([20]) Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le «règlement CE sur les concentrations») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).

([21]) Arrêt du 27 avril 2016, *Österreichische Post AG v. Commission*, T-463/14, EU:T:2016:243, point 28. Voir également considérant 44 de la directive 2014/25/UE.