

Affaire C-429/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

5 juin 2019

Juridiction de renvoi :

Oberlandesgericht Koblenz (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

14 mai 2019

Partie requérante devant la Vergabekammer et l’Oberlandesgericht :

Remondis GmbH

Partie défenderesse devant la Vergabekammer et l’Oberlandesgericht :

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel

[omissis]

OBERLANDESGERICHT KOBLENZ

(tribunal régional supérieur de Coblenz, Allemagne)

ORDONNANCE

Dans la procédure de recours en matière de marchés publics

ayant pour objet la passation du marché de « [t]raitement de déchets résiduels de l’Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel [(syndicat de gestion des déchets Rhin-Moselle-Eifel, Allemagne)] dans l’installation de traitement biomécanique des déchets du Landkreis Neuwied [(district de Neuwied, Allemagne)] »

Parties à la procédure :

1.

Remondis GmbH [omissis], 68219 Mannheim

– partie requérante devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) et l’Oberlandesgericht (tribunal régional supérieur) –

[omissis] **[Or. 2]**

2.

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel [omissis], 56299 Ochtendung

– partie défenderesse devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) et l’Oberlandesgericht (tribunal régional supérieur) –

[omissis]

3.

Landkreis Neuwied [omissis], 56564 Neuwied

la chambre de recours en matière de marchés publics de l’Oberlandesgericht Koblenz (tribunal régional supérieur de Coblenz) a décidé, à l’audience du 14 mai 2019 :

La procédure est suspendue en vue d’une procédure de décision préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne.

La question suivante est déférée à la Cour de justice de l’Union européenne :

Convient-il d’interpréter l’article 12, paragraphe 4, sous a), de la 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, en ce sens qu’il suffit, pour qu’il y ait coopération, qu’un pouvoir adjudicateur, responsable sur son territoire de la valorisation et élimination des déchets, n’accomplit pas entièrement lui-même la tâche de valorisation et élimination qui lui incombe seul en vertu du droit national et qui requiert plusieurs opérations, mais charge un autre pouvoir adjudicateur, qui ne dépend pas de lui et est également responsable de la valorisation et élimination des déchets sur son propre territoire, d’effectuer, contre rémunération, l’une des opérations nécessaires ? **[Or. 3]**

A.

I. La chambre de recours en matière de marchés publics, saisie par recours et statuant en dernière instance au sens de l’article 267, troisième alinéa, TFUE, doit se prononcer sur le point de savoir si un contrat conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs le 27 septembre 2018 intitulé « *Zweckvereinbarung* » (ci-après la « convention en cause »), qui présente toutes les caractéristiques d’un marché public, échappe en application de l’article 12, paragraphe 4, de la 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 2014, L 94, p. 65), transposé en droit allemand à l'article 108, paragraphe 6, du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi de lutte contre les restrictions de concurrence, ci-après le « GWB »), au champ d'application du droit national et européen des marchés publics ou si la convention comporte, en contravention au droit des marchés publics, l'attribution directe d'un marché public qui devait obligatoirement donner lieu à une mise en concurrence. La question de fond qui se pose est de savoir s'il suffit, pour qu'il y ait « coopération » (*Zusammenarbeit, cooperation*) au sens des dispositions dérogatoires précitées, qu'un pouvoir adjudicateur s'acquitte en partie lui-même de la mission obligatoire qui lui est impartie et la fait en partie exécuter par un autre pouvoir adjudicateur, qui ne dépend pas de lui.

II. En détail

1. La qualité de partie requérante devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) et l'Oberlandesgericht (tribunal régional supérieur) appartient à une entreprise privée du groupe Remondis, qui exerce son activité dans le Sud-ouest de l'Allemagne et offre une large gamme de services dans le domaine du traitement, de la valorisation et de l'élimination des déchets.

La qualité de partie défenderesse devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) et l'Oberlandesgericht (tribunal régional supérieur) appartient à l'Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel (syndicat de gestion des déchets Rhin-Moselle-Eifel, Allemagne ; ci-après le « syndicat ») ; ses membres – le district de Mayen-Koblenz, le district de Cochem-Zell ainsi que la ville de Coblenz – sont, en application du droit national, responsables de la valorisation et élimination des déchets produits sur leurs territoires respectifs et ont confié l'exécution de cette mission au syndicat qu'ils contrôlent ensemble. Le syndicat est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 99, point 2, du GWB et de l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 4, de la directive 2014/24.

Le Landkreis Neuwied (district de Neuwied, Allemagne ; ci-après le « district »), appelé en intervention, est, en tant que collectivité territoriale, également un pouvoir adjudicateur (article 99, point 1, du GWB et article 2, paragraphe 1, point 1, de la directive 2014/24). En vertu du droit national, il est responsable de l'ensemble de la [Or. 4] valorisation et élimination des déchets sur le territoire du district ; il exploite à Linkenbach une installation de traitement des déchets qui comprend également une installation de traitement biomécanique des déchets (ci-après l'« installation TBM »).

2. Sur le territoire relevant de la compétence du syndicat, environ 50 000 Mg de déchets municipaux en mélange, provenant principalement des ménages et appelés « déchets résiduels », sont produits par an. Il s'agit là de la partie des déchets qui, dans l'idéal, ne contient pas ou très peu de matières recyclables. L'une des voies d'élimination autorisées par le droit national est la mise en décharge, qui doit cependant obligatoirement être précédée d'un prétraitement complexe dans une installation biomécanique. Dans le cadre de ce prétraitement,

les matériaux et déchets à haut pouvoir calorifique sont extraits, les polluants sont retirés dans la mesure du possible et l'activité biologique de la part organique est nettement réduite. Ce qui reste après le prétraitement et sera ensuite mis en décharge représente en moyenne un peu moins de 50 % du volume initial.

3. Le syndicat ne possède pas d'installation biomécanique lui-même. Environ 80 % des déchets résiduels produits sur le territoire du syndicat sont entièrement valorisés ou éliminés par des entreprises privées, agissant pour le compte du syndicat. Les 20 % restants – environ 10 000 Mg par an – font l'objet d'une convention conclue le 27 septembre 2018 entre le syndicat et le district, dont le texte est reproduit ci-après :

Article Premier

Situation de départ

1. Le district de Neuwied – ci-après le « district » – est un organisme public de gestion des déchets (article 17, paragraphe 1, du Kreislaufwirtschaftsgesetz) [(loi sur l'économie circulaire, ci-après « le KrWG »)], lu en liaison avec l'article 3, paragraphe 1, du Landeskreislaufwirtschaftsgesetz [(loi du Land sur l'économie circulaire, ci-après le « LKrWG »)]. En cette qualité, il doit prendre réception et valoriser ou éliminer dûment les déchets provenant des ménages privés, au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la Gewerbeabfallverordnung [(règlement sur les déchets d'origine professionnelle, ci-après la « GewAbfV »)], ou d'autres sources, produits sur son territoire et qui lui ont été remis.

Le syndicat de gestion des déchets Rhin-Moselle-Eifel – ci-après le « syndicat » – est, en tant qu'organisme de droit public, chargé, entre autres du traitement et de la valorisation et élimination des déchets résiduels provenant des ménages privés ou d'autres sources, notamment des déchets résiduels et des déchets d'origine professionnelle similaires à des déchets ménagers, produits sur le territoire des collectivités membres du syndicat, à savoir la ville de Coblenz et les districts de Mayen-Koblenz et de Cochem-Zell, et qui ont été remis au syndicat. **[Or. 5]**

L'article 3, paragraphe 2, du LKrWG impose aux organismes publics de gestion des déchets de coopérer entre eux en vue d'accomplir leur mission. Le district et le syndicat conviennent, conformément à l'article 108, paragraphe 6, du GWB, de coopérer, en ce qui concerne le traitement des déchets résiduels et la valorisation et élimination des déchets municipaux en mélange, sur la base de la présente *Zweckvereinbarung* au sens des articles 12 et 13 du Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit [(loi du Land sur la coopération entre communes, ci-après le « KomZG »)].

2. Le district exploite sur le territoire de la commune de Linkenbach l'installation de traitement des déchets de Linkenbach (ci-après l'« installation de Linkenbach »), qui comprend une installation de traitement biomécanique (ci-après « installation TBM »). [omissis]

3. Sur le fondement des dispositions précitées et eu égard au principe de proximité, le district et le syndicat conviennent, conformément à l'article 12, paragraphe 1, du KomZG, que le syndicat pourra utiliser l'installation TBM de Linkenbach pour une partie des déchets [omissis] qui lui ont été remis.

Article 2

Objet

1. Le syndicat s'engage à faire traiter une partie des déchets provenant des ménages et d'autres sources (déchets municipaux en mélange, code 20 03 01 en vertu de l'Abfallverzeichnisverordnung) [(décret relatif à la liste des déchets, ci-après l'« AVV »)] qui lui ont été remis, y compris à la suite d'une erreur de tri [omissis] dans l'installation TBM de Linkenbach.

2. Le district s'engage à prendre réception de ces déchets conformément à l'article 3 de la présente convention et à les traiter conformément aux exigences de l'article 6, paragraphe 4, de la Deponieverordnung [(règlement sur les décharges, ci-après la « DepV »)]. Le syndicat reste en charge de la valorisation et élimination des déchets résiduels.

3. Dans le cadre de la coopération, le syndicat se déclare prêt à recevoir, à concurrence de 3 000 Mg par an, une partie des déchets minéraux à traiter dans le cadre de l'obligation de valorisation et élimination dont le district est tenu en tant que puissance publique. Les quantités que le syndicat est tenu de recevoir dépendent de ses capacités et leurs détails sont convenus entre les intéressés, eu égard à leurs intérêts respectifs. **[Or. 6]**

Article 3

Conditions de livraison

1. Le syndicat s'oblige à ne pas livrer à l'installation TBM de Linkenbach plus de 50 Mg des déchets visés à l'article 2 par jour ouvrable (lundi à vendredi). Les parties s'accordent sur le point que la quantité annuelle à livrer par le syndicat est de 10 000 Mg ; pour l'année 2018, la quantité, au prorata, est d'environ 4 000 Mg. Le district peut refuser des déchets qui ne répondent pas à la définition figurant à l'article 2, paragraphe 1, en concertation avec le syndicat.

Le tonnage visé dans la deuxième phrase constitue une quantité prévisionnelle, dont la quantité effectivement traitée peut s'écarter de 15 %, vers le haut ou vers le bas, sans que cela n'ait d'incidence sur la rémunération (article 5, paragraphe 1).

[omissis – horaires et modalités de livraison]

[omissis – engagement du syndicat à respecter le règlement intérieur de l'installation de Linkenbach]

Article 4

Exploitation de l'installation TBM de Linkenbach

1. Le district exploite l'installation de traitement et de valorisation et d'élimination dans l'installation TBM de Linkenbach dans le respect des dispositions en vigueur des décisions d'autorisation.

[omissis – contrôle et enregistrement des livraisons] [Or. 7]

3. Le traitement dans l'installation TBM de Linkenbach produit des restes à mettre en décharge représentant 46 % des intrants, que le syndicat reprend conformément à l'article 2, paragraphe 2, deuxième phrase.

Article 5

Rémunération

1. Au titre du traitement des déchets résiduels, le syndicat verse au district une rémunération, qui est fonction de la quantité de déchets traitée, par la voie d'un remboursement des frais sans prise en compte d'une marge bénéficiaire pour les frais de fonctionnement courants. Les détails sont réglés dans un barème de rémunération distinct.

2. Si la quantité minimale de déchets de 8 500 Mg/an convenue à l'article 3, paragraphe 1, n'est pas atteinte, le syndicat est obligé de verser au titre de la différence entre la quantité réellement livrée et 8 500 Mg/an une compensation qui est fonction du tonnage. Le montant de cette compensation est ensuite déterminé d'un commun accord entre les parties, en ayant tout particulièrement égard à la clause de loyauté stipulée à l'article 10 de la présente convention. Lors de cette détermination, il est notamment tenu compte des frais que le district n'a pas dû exposer et des quantités traitées pour le compte de tiers. Le district n'a aucune obligation de prospection en vue de trouver des déchets à traiter pour compenser la quantité de déchets qui fait défaut. S'il est impossible au district d'exploiter les capacités disponibles et s'il ne peut réduire les frais générés par l'installation, la rémunération convenue à l'article 5, paragraphe 1, est due à titre de compensation de la quantité de déchets manquante. En cas de

dépassement de la quantité maximale de déchets (11 500 Mg/an), les parties conviendront, suivant l'idée de principe décrite ci-dessus, l'adaptation de la rémunération pour la quantité excédant 11 500 Mg.

Article 6

Durée de la présente convention

1. La présente convention, une fois approuvée par [l'autorité compétente], entre en vigueur le jour de sa publication, probablement le 1^{er} octobre 2018.
2. Elle est conclue pour une durée de dix ans. Elle peut être prolongée, à deux reprises, d'un commun accord, au moins un an avant la date d'expiration prévue, pour une durée, chaque fois, de deux ans. Sinon, elle prend fin automatiquement sans qu'une résiliation ne soit nécessaire.
3. Sans préjudice de l'article 12, paragraphe 4, du KomZG, le district et le syndicat ne peuvent révoquer ou résilier la présente convention que pour un motif grave. Le motif grave est notamment constitué si l'installation TBM ne doit plus être utilisée pour le traitement de [Or. 8] déchets résiduels ou n'est plus couverte par une autorisation en tant qu'installation de traitement biomécanique des déchets ou que cette autorisation a été modifiée. Ce qui précède est sans préjudice d'autres motifs impérieux.
4. Toute résiliation ordinaire est exclue pendant la durée prévue au paragraphe 2, première phrase, [du présent article]. Conformément à l'article 13, paragraphe 3, du KomZG, le droit d'une partie de résilier la présente convention unilatéralement pour un motif grave reste intact.

Article 7

Responsabilité

1. Si et tant qu'une partie à la présente convention est empêchée, par des circonstances ou événements qu'il lui est impossible d'empêcher ou qu'elle ne peut empêcher dans des conditions économiquement acceptables, tels qu'une grève, un lock-out, des perturbations dans l'approvisionnement énergétique, un incendie ou un cas de force majeure, d'exécuter les obligations dont elle est tenue en vertu de la présente convention, ses obligations sont suspendues. Lorsque l'obstacle disparaît les parties rattrapent l'exécution desdites obligations, en tenant dûment compte de leurs capacités respectives. Les autres inexécutions ou manquements à des obligations sont régies par la loi et notamment par le Bürgerliches Gesetzbuch [(code civil)].

2. Le district et le syndicat s'obligent à remédier, dans la mesure du possible, sans délai à d'éventuelles perturbations ou interruptions relevant de leur sphère d'influence. Ils s'informeront mutuellement sans délai de la survenance et de la cessation des circonstances ou événements perturbateurs.

Article 8

Réseau d'assistance mutuelle

Pour le cas où, en raison d'une perturbation temporaire du fonctionnement, d'une révision de l'installation ou d'autres événements relevant de la responsabilité du district, dans l'installation TBM de Linkenbach, les déchets résiduels ne pourraient pas être traités, le district a mis en place un réseau d'assistance mutuelle avec les exploitants d'autres installations. Il est en droit de transporter dans ce cas les déchets résiduels du syndicat vers ces installations du réseau d'assistance mutuelle et de les y faire traiter ou en assure la valorisation ou élimination d'une autre manière. L'éventuel surcoût est supporté par le district.

Le district se concerta avec le syndicat spécifiquement et au cas par cas au sujet de la valorisation ou élimination – s'écartant éventuellement de ce qui est prévu à l'article 2, paragraphe 2, première et deuxième phrases, de la présente convention – des déchets résiduels dans ces installations. Les parties sont libres de convenir la suspension des obligations réciproques en application de l'article 7 également dans un cas relevant de l'article 8, première phrase. [Or. 9]

Article 9

Stockage provisoire

En cas d'événement relevant de l'article 8, paragraphe 1, le syndicat, dans le cadre de la réciprocité de la présente convention, par priorité à un recours au réseau d'assistance mutuelle, stocke, dans la mesure du possible et à ses frais, les déchets à livrer par lui provisoirement sur un terrain lui appartenant. Lorsque l'obstacle disparaît les parties rattrapent l'exécution de leurs obligations, en tenant dûment compte de leurs capacités respectives. L'obligation de stockage provisoire est soumise à la réserve que l'autorisation au titre de la réglementation de protection contre les émissions soit octroyée pour le terrain du syndicat.

Article 10

Obligation de coopération loyale

Les parties s'obligent à coopérer toujours en pleine confiance et loyalement en vue de la réalisation des objectifs poursuivis au moyen de la présente convention et de se tenir toujours mutuellement informées de tout

développement ou de toute modification susceptible d'avoir une incidence sur l'exécution de la présente convention.

Article 11

Clauses finales

1. Toute modification ou ajout à la présente convention requiert la forme écrite et l'approbation de l'autorité de surveillance. Il en va de même de la suppression de la présente clause.

2. Dans l'hypothèse où certaines stipulations de la présente convention seraient invalides ou où la convention s'avérerait comporter une lacune, cela est sans incidence sur la validité des autres stipulations. La stipulation invalide sera remplacée ou la lacune comblée par une règle valide qui tienne compte ou soit aussi proche que possible de la volonté des parties telle qu'elle ressort de la présente convention ainsi que de la logique économique de la stipulation en cause et de la convention dans son ensemble. Il en va de même lorsque l'invalidité de la stipulation en cause est due à une disposition relative aux prestations ou à la durée ; la durée ou l'étendue de la prestation considérée avoir été convenue doit alors être aussi proche de l'intention des parties que la loi et la réglementation le permettent.

La convention en cause a été approuvée par l'autorité compétente le 18 octobre 2019 * et a été ensuite publiée dans des journaux officiels locaux et régionaux. [Or. 10]

Selon les parties, pour couvrir les frais, la rémunération doit actuellement s'élever à 100 euros/Mg. L'avantage que le district entend retirer de la répartition des tâches consiste en une augmentation du taux d'utilisation des capacités de l'installation biomécanique, et donc de sa rentabilité, sans devoir utiliser en même temps des capacités de décharge (lui appartenant) supplémentaires.

Comme les déchets résiduels, provenant de différentes sources, ne sont pas traités séparément dans l'installation TBM de Linkenbach, il est prévu que le syndicat reprendra non pas « ses » restes à mettre en décharge, mais une part du volume total qui corresponde à 46 % des intrants qu'il aura livrés.

4. Les parties à la convention en cause s'accordent pour dire que son article 2, paragraphe 3, est une déclaration d'intention qui, en l'absence de besoin actuel effectif du district, d'une part, et en raison de problèmes de capacité du syndicat, d'autre part, ne sera probablement jamais mise en œuvre (et qui n'était probablement jamais destinée à l'être). De plus, par courrier du mandataire ad litem du syndicat, adressé le 18 février 2019 à la Vergabekammer Rheinland-Pfalz

* Ndt : il convient sans doute de lire « 18 octobre 2018 ».

(chambre des marchés publics du Land de Rhénanie-Palatinat, Allemagne), elle a été déclarée « *expressément sans objet* ».

L'autorisation au titre de la réglementation de protection contre les émissions évoquée à l'article 9 de la convention en cause n'a jamais été accordée ; de fait, à ce jour, elle n'a même pas encore été demandée.

5. Depuis l'année 2004, le district est membre de l'association Arbeitsgemeinschaft Stoffspezifische Abfallbehandlung (ASA) eV, auquel appartiennent tant des communes que des entreprises privées de valorisation et élimination des déchets. Parmi les missions de cette association, dont l'activité couvre l'ensemble du territoire allemand, figure l'organisation d'un réseau d'assistance mutuelle. Si un incident perturbant son fonctionnement ou tout autre événement rendant temporairement tout traitement impossible intervient dans une installation de traitement des déchets, son exploitant se voit offrir la possibilité, dans le cadre d'un concept d'assistance mutuelle, d'y remédier en utilisant, contre paiement, les capacités des installations d'autres membres du réseau d'assistance mutuelle pendant que sa propre installation est indisponible. À ce jour, le district n'a jamais encore dû faire appel au réseau d'assistance mutuelle.

6. Dans l'installation TMB du district à Linkenbach, environ 30 000 Mg de déchets résiduels provenant des districts de Rhein/Hunsrück et de Bad Kreuznach sont prétraités par an. Cette [Or. 11] activité s'inscrit dans une coopération entre les districts concernés et qui comprend, outre le transfert au district de Neuwied, par voie de délégation, de la mission de valorisation et élimination des déchets résiduels, avec tous les droits et obligations qui s'y attachent, y compris le droit de percevoir des redevances, également, l'utilisation, suivie du remblayage, des décharges de Meisenheim, Kirchberg et Linkenbach (dans cet ordre), appartenant aux intéressés.

Est par ailleurs prétraitée une quantité réduite (moins de 500 Mg/an) de déchets provenant de livraisons directes (majoritairement de professionnels), dont la remise au district n'est pas obligatoire.

II. Au cours de l'automne 2018, la partie requérante, qui cherche à obtenir toute sorte de marchés publics de valorisation et élimination de déchets, a appris que le syndicat était confronté à une lacune d'environ 10 000 Mg/an en ce qui concerne la valorisation et élimination des déchets résiduels. Interrogé le 26 octobre 2018, le syndicat a, par courrier du 31 octobre 2018, transmis le même jour par télécopieur à l'heure de midi, informé le mandataire ad litem de la partie requérante de la conclusion de la convention en cause, dont une copie était jointe. Après avoir, en vain, formé une réclamation contre ce qui constituait d'après elle une attribution directe illégale, la partie requérante a formé le 3 décembre 2018 un recours auprès de la Vergabekammer Rheinland-Pfalz (chambre des marchés publics du Land de Rhénanie-Palatinat).

III. Par décision du 6 mars 2019, la Vergabekammer (chambre des marchés publics) a déclaré le recours irrecevable, au motif qu'il s'agissait d'une coopération entre deux [pouvoir adjudicateurs] qui relevait de l'article 108, paragraphe 6, du GWB (= article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24) et était dès lors soustraite, par le droit national, à la procédure de recours. Concernant la qualification de « coopération », contestée entre les parties, la Vergabekammer (chambre des marchés publics) a, entre autres, précisé :

« Une coopération au sens de [l'article 108,] paragraphe 6, point 1, ne présuppose certes pas que tous les pouvoirs adjudicateurs participant à la coopération doivent contribuer dans une même mesure à la prestation du service. Le concept de coopération est cependant nécessaire [ordonnance de l'Oberlandesgericht Naumburg (tribunal régional supérieur de Naumburg, Allemagne) du 17 mars 2017 [omissis – références, renvoi à la doctrine]]. Il suffit en règle générale que chaque participant fournisse une contribution, quelle qu'elle soit, à l'exécution commune **[Or. 12]** du service * (ibidem ; [omissis – références, renvoi à la doctrine]).

La coopération nécessaire consiste cependant déjà conceptuellement en plus que la simple prestation contre paiement ou un simple échange de prestations contre une rémunération et signifie une interaction consciente lors de l'accomplissement d'une tâche en vue d'atteindre un objectif commun [ordonnance de l'Oberlandesgericht Koblenz (tribunal régional supérieur de Coblenz) du 3 décembre 2014 [omissis – références, renvoi à la doctrine]]. Cela découle également du considérant 33 de la directive 2014/24 [ordonnance de l'Oberlandesgericht Naumburg (tribunal régional supérieur de Naumburg), précitée, et ordonnance de l'Oberlandesgericht Koblenz (tribunal régional supérieur de Coblenz), précitée]. Concernant la fourniture conjointe de leurs services publics par la voie de la coopération, il y est précisé que “[l]es services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires”. Il est également indiqué, au sujet de la coopération fondée sur le concept de coopération, qu'il n'est pas exigé que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles. Il en va toutefois uniquement ainsi “*tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question*”.

Au regard de ces déclarations univoques figurant au considérant 33 de la directive 2014/24, on ne saurait déduire du fait que le considérant 33, troisième alinéa, deuxième phrase, parle d'une “*mise en œuvre de la*

* Ndt : cette formulation se fonde sur les termes du considérant 33, troisième alinéa, deuxième phrase, de la directive 2014/24 dans sa version en langue allemande, « ... *solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten* », « tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question » dans sa version en langue française.

coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants”, qu’une contribution d’une partie à la convention qui consiste en un simple paiement suffirait pour qu’il s’agisse d’une coopération soustraite (y compris en droit national) aux règles de passation des marchés publics [ordonnance de l’Oberlandesgericht Koblenz (tribunal régional supérieur de Coblenze), précitée]. En effet, il ne s’agirait alors plus d’une “contribution” à une exécution commune, mais d’une contrepartie [omissis – renvoi à la doctrine].

[...]

De plus, la partie défenderesse s’est obligée à livrer annuellement une quantité, fixée à 10 000 Mg, de déchets résiduels, tels que définis dans la convention en cause, à l’installation TBM de Linkenbach pour les y faire traiter. La partie appelée en intervention met ses capacités à la disposition de la partie défenderesse et se charge du traitement de ses déchets. Par ce traitement mécanique et biologique, la partie appelée en intervention parvient à ce qu’une partie des déchets soient valorisés et que leur volume soit considérablement réduit. La partie défenderesse, quant à elle, s’est engagée à l’article 2, paragraphe 2, de la convention en cause, lu en liaison avec son article 4, paragraphe 3, à reprendre les restes à mettre en décharge, qui représentent environ 46 % des intrants, issus du traitement dans l’installation TBM de Linkenbach et à les éliminer sous sa propre responsabilité. Les deux parties ont ainsi contracté des obligations, fondées [Or. 13] les unes sur les autres, liées à la prestation de services visant à valoriser ou éliminer des déchets. Le concept de coopération est donc bien présent.

Par ailleurs, à l’article 9 de la convention en cause, les parties ont convenu que, dans les cas relevant de l’article 8, la partie défenderesse stockera, dans la mesure de ce qui est juridiquement et pratiquement possible, les déchets à ses frais sur un terrain lui appartenant, par priorité à un recours au réseau d’assistance mutuelle. La partie défenderesse contracte ainsi une obligation de stocker les déchets de façon provisoire en cas d’inexécution imputable à la partie appelée en intervention. Cela plaide également en faveur du concept de coopération. »

IV. Par son recours, formé en bonne et due forme et dans les délais, la partie requérante conteste la décision de la Vergabekammer (chambre des marchés publics). Elle est toujours d’avis que la coopération fondée sur le concept de coopération fait défaut ; d’après elle, la situation doit au contraire être analysée comme une « prestation contre rémunération » et il s’agit dès lors d’un marché public qui devait faire l’objet d’un appel d’offres et dont la passation sans que l’intention de passer le marché n’ait fait l’objet d’une publication préalable au Journal officiel de l’Union européenne est invalide en application de l’article 135, paragraphe 1, point 2, du GWB.

La partie défenderesse considère que la décision attaquée est bien fondée.

Le district, appelé à intervenir, n'a pas participé activement à la présente procédure de recours.

B.

I. La question préjudicielle est pertinente pour la solution du litige, l'issue de la procédure de recours dépendant de la réponse que donnera la Cour.

1. À titre liminaire, il convient de constater que l'article 135, paragraphe 2, première phrase, du GWB ne fait pas obstacle à ce que le recours aboutisse. En effet, en vertu de ladite disposition, l'invalidité d'un marché public passé sans publication préalable au Journal officiel de l'Union européenne peut uniquement être constatée si elle a été invoquée, dans le cadre d'un recours, dans un délai de trente jours calendrier après que les soumissionnaires et candidats concernés ont été informés par le pouvoir adjudicateur de la conclusion du contrat, au plus tard, cependant, six mois après la passation du marché. Si le délai de trente jours était applicable en l'espèce, le recours **[Or. 14]** devant la Vergabekammer (chambre des marchés publics) aurait dû être introduit le 30 novembre 2018 (un vendredi), au plus tard ; le recours introduit le 3 décembre 2018 l'aurait été hors délai.

Partant du libellé de la disposition précitée, la doctrine allemande défend le point de vue – partagé par la chambre de céans – que le délai de trente jours prévu à l'article 135, paragraphe 2, première phrase, du GWB est sans application aux attributions directes auxquelles ne participent pas au moins deux entreprises, comme en l'espèce [omissis – renvoi à la doctrine]. Contrairement à l'opinion, opposée, de la partie défenderesse, ledit délai conserve néanmoins un large champ d'application, par exemple en cas de passation d'un marché après recours illégal à la procédure négociée sans publication préalable, à laquelle plusieurs opérateurs ont toutefois participé, ou en cas de mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres suivant le droit national, sans publication à l'échelle de l'Union, alors que les seuils applicables avaient été dépassés. Que cette règle dérogatoire, propre à réduire le délai de recours (et par conséquent aussi la protection juridictionnelle) de jusqu'à cinq mois, ne saurait s'appliquer, au-delà de ce que son texte prévoit explicitement, à une attribution directe sans soumissionnaires ou candidats qui auraient été écartés, découle également de l'article 2 septies, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33 ; telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007), article sur lequel cette règle nationale repose, mais qui n'a été transposé que partiellement en droit national. En application de ladite disposition, il ne suffit pas d'informer les soumissionnaires ou candidats uniquement de la conclusion du contrat ; la notification doit en outre contenir les informations visées à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du

Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114) (actuellement, libellé en des termes similaires, article 55, paragraphe 2, de la directive 2014/24). Ces informations supposent cependant qu'au moins un autre opérateur ait présenté une candidature ou offre, qui a été rejetée.

2. La valeur du marché, d'environ 1 million d'euros par an, serait largement au-dessus du seuil de la procédure de recours, de 221 000 euros.

3. La convention en cause contient tous les éléments d'un marché public : un pouvoir adjudicateur souhaite ne pas réaliser lui-même une partie essentielle d'une mission publique, partie qui inclut une prestation offerte sur le marché, mais la faire réaliser par une personne morale distincte et qui ne dépend pas de lui, qui s'engage à fournir la prestation et reçoit **[Or. 15]** en contrepartie une rémunération. Le fait que le contrat soit de droit public et que l'exécutant soit lui-même un pouvoir d'adjudicateur au sens de l'article 98, point 1, du GWB, ne fait pas obstacle à la qualification de marché au sens du droit des marchés publics. De même, il importe peu de savoir si la contrepartie due par le pouvoir adjudicateur couvre les frais, voire les excède (arrêt du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817).

4. Ce marché public ne serait cependant pas soumis au droit européen et national des marchés public si les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 et à l'article 108, paragraphe 6, du GWB étaient satisfaites.

a) Le fait que l'installation de traitement biomécanique du district prétraite également de grandes quantités de déchets résiduels provenant d'autres collectivités locales ne fait pas obstacle à l'application de la dérogation dans le cas présent. Il ne s'agit en effet pas d'activités « *sur le marché concurrentiel* » au sens de l'article 12, paragraphe 4, sous c), de la directive 2014/24, étant donné qu'elles sont réalisées dans le cadre d'une coopération intercommunale exclue du champ d'application du droit (européen et national) des marchés publics. Elles n'interdisent donc pas plus que les petites quantités remises par différents déposants, d'au total environ 500 Mg/an, de considérer que les conditions prévues à l'article 12, paragraphe 4, sous c), de la directive 2014/24 sont remplies.

b) Il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir si, même après la codification de la jurisprudence de la Cour relative à l'inapplicabilité du droit européen des marchés publics à certaines conventions entre pouvoirs adjudicateurs, il faut toujours exiger – à titre de condition non-écrite – que la convention concernée n'ait pas pour effet de placer une partie privée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents [sur ce point, voir ordonnance de renvoi de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf, Allemagne) du 28 novembre 2018 [omissis], procédure de décision préjudicielle pendante devant la Cour sous le numéro C-796/18]. Aucune telle situation privilégiée ne peut être constatée en l'espèce. Elle ne résulte notamment

pas de la possibilité que, en cas d'arrêt temporaire de l'activité de l'installation TBM de Linkenbach, une installation TBM exploitée par une entreprise privée puisse, dans le cadre du réseau d'assistance mutuelle, y suppléer pendant une courte période de temps. Ce ne serait en effet pas une situation privilégiée d'une personne privée qui trouverait sa source dans la convention en cause en l'espèce, mais la conséquence de l'adhésion du district à une association qui organise un réseau d'assistance mutuelle, adhésion qui est indépendante de cette convention et vise à permettre au district de faire face à certaines situations d'urgence. **[Or. 16]**

c) La convention en cause ne relèverait donc pas du champ d'application du droit européen et national des marchés publics si elle « *établit [...] une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* » [article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24]. Ce qu'il convient d'entendre précisément par-là ne ressort ni du texte même de la disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, et fait l'objet d'une controverse en Allemagne.

aa) À cet égard, la chambre de céans considère que la (prétendue) réception de 3 000 Mg de déchets minéraux par an par le syndicat n'existait depuis le début que sur le papier et était uniquement une feuille de vigne destinée à cacher l'absence de concept de coopération. Il en va de même de l'article 9 de la convention en cause, eu égard à la restriction « *dans la mesure du possible* » et du fait que, à ce jour, le syndicat n'a même pas tenté d'obtenir l'autorisation nécessaire pour un stockage provisoire.

bb) Dès lors, le contenu de la convention en cause se limite en substance à l'obligation du district (= prestataire) de prétraiter, contre rémunération, les déchets résiduels livrés par le syndicat (= pouvoir adjudicateur), conformément aux exigences de la législation nationale, afin que la mise en décharge, qui est le but du syndicat, soit possible. Même si elles œuvrent toutes deux dans l'intérêt général à ce que les déchets soient dûment et correctement valorisés et éliminés, les parties à la convention poursuivent dans ce cadre des intérêts distincts. Le syndicat doit accomplir une mission qui lui a été confiée par la loi ; pour cela, ne disposant pas d'une installation TMB lui-même, il a besoin de l'aide d'un tiers. Le district lui fournit cette aide, parce qu'il espère que, en assumant le prétraitement en contrepartie du remboursement des frais, les capacités de son installation seront mieux exploitées et celle-ci globalement plus rentable.

cc) Ce constat ne signifie cependant pas nécessairement que les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 ne seraient pas remplies. Aux termes du considérant 33 de ladite directive, les pouvoirs adjudicateurs ont le droit « *de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière* ». La condition en est « *que la coopération soit fondée sur le concept de coopération* ». Cela « *n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations [Or. 17] contractuelles, tant*

que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question ».

S'ajoutant au libellé de la disposition en cause, qui se prête à plusieurs interprétations, ces considérations plutôt sibyllines laissent une marge d'interprétation et, en fin de compte, ne permettent pas de trancher la question de savoir

- si deux pouvoirs adjudicateurs, qui sont tous deux chargés de la gestion des déchets, coopèrent, au sens de la disposition de dérogation, du seul fait qu'ils se partagent la réalisation d'une tâche concrète de valorisation et élimination des déchets qui n'incombe qu'à un seul d'entre eux ;
- le syndicat fournit une « *contribution à l'exécution commune* » de la mission publique qu'est la valorisation et élimination des déchets s'il paie le district pour que ce dernier exécute une partie de la tâche incombant au syndicat.

Une partie de la doctrine allemande est d'avis que la seule fourniture d'une contribution financière, se limitant au remboursement des frais, suffit [omissis – références]. D'autres auteurs contestent ce point de vue [omissis – références].

II. La chambre de céans ferait droit au recours de la partie requérante, car elle est d'avis qu'une convention qui se borne à externaliser, à titre onéreux, partiellement une mission incombant à l'une des parties constitue un marché public « ordinaire », ne relevant pas de la dérogation prévue à l'article 108, paragraphe 6, du GWB, et ce indépendamment du point de savoir si – comme en l'espèce – les parties ont, chacune sur son territoire, des missions identiques. Elle interpréterait donc la notion de « *coopération* » utilisée dans ladite disposition en ce sens que le concept de coopération exige davantage, notamment une contribution de chaque partie dont l'objet aille au-delà de la simple exécution d'une obligation dont elle est déjà tenue ou d'une « contribution » purement financière. En d'autres termes : une contribution suppose que chaque partie fournisse une contribution qui, en l'absence d'accord de coopération, devrait être fournie non pas par elle-même mais par l'une des autres parties. **[Or. 18]**

La chambre de céans n'a cependant pas le pouvoir de procéder à cette interprétation parce que l'article 108, paragraphe 6, du GWB repose sur l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24. La notion de « *coopération* » devrait être interprétée d'une façon qui soit conforme au droit de l'Union, c'est-à-dire conforme à l'interprétation de l'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 sur laquelle elle repose. Or, c'est à la seule Cour de justice de l'Union européenne qu'il appartient d'interpréter le droit de l'Union, raison pour laquelle il convient de la saisir à titre préjudiciel.

[omissis]