Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 30. juni 2016 [1]

Sag C-51/15

Remondis GmbH & Co. KG Region Nord
mod
Region Hannover

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Celle (den regionale appeldomstol i Celle, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse — artikel 4, stk. 2, TEU — respekt for medlemsstaternes nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, herunder regionalt og lokalt selvstyre — medlemsstaternes interne organisation — lokale myndigheder — juridisk instrument, hvorved der oprettes et nyt offentligt organ, og hvorved der organiseres overførsel af kompetencer og ansvar vedrørende udførelse af offentlige opgaver — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 1, stk. 2, litra a) — begrebet »offentlige udbud««

1. I den foreliggende sag, der angår en anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Celle (regional appeldomstol i Celle, Tyskland), har Domstolen mulighed for at behandle det delikate spørgsmål om samspillet mellem medlemsstaternes beføjelse til at foretage reorganisering og de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter. Domstolen anmodes nærmere bestemt om at afklare om, og i givet fald på hvilke betingelser akter, hvorved der overføres kompetencer mellem administrative myndigheder, kan udgøre en offentlig kontrakt og dermed være undergivet EU-reglerne på dette område. Det er et spørgsmål af væsentlig praktisk betydning, som er genstand for interesse i den juridiske litteratur, specielt i Tyskland, og som Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at behandle umiddelbart.

2. De spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet under denne sag, er opstået under en tvist mellem en virksomhed, der udfører renovationsydelser, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (herefter »Remondis«), i Region Hannover (regionen Hannover, Tyskland) angående lovligheden af sidstnævntes overdragelse af opgaver vedrørende affaldsbehandling, som påhvilede virksomheden, til et offentligretligt organ, Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (sammenslutning af lokale myndigheder i regionen Hannover, herefter »konsortiet«), som den oprettede i forening med Landeshauptstadt Hannover (delstatshovedstaden i Hannover, Tyskland, herefter »byen Hannover«) med dette formål for øje.

1 — Originalsprog: fransk.

3. Den forelæggende ret spørger nærmere bestemt, om en sådan transaktion udgør en offentlig kontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18/EF [2], og, såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, om en sådan transaktion kan være undtaget fra anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ifølge den såkaldte »*in house*«-undtagelse som omhandlet i Teckal-dommen [3], eller ifølge undtagelsen vedrørende kontrakter, hvorved der etableres et samarbejde mellem offentlige myndigheder som omhandlet i dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [4].

I – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

4. Artikel 4, stk. 2, TEU, bestemmer:

»Unionen respekterer medlemsstaternes lighed over for traktaterne samt deres nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, herunder regionalt og lokalt selvstyre. Den respekterer deres centrale statslige funktioner, herunder sikring af statens territoriale integritet, opretholdelse af lov og orden samt beskyttelse af den nationale sikkerhed […]«

5. Ifølge artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 forstås ved offentlige kontrakter i dette direktiv gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

6. Direktiv 2004/18 blev ophævet ved direktiv 2014/24 [5], der ifølge dettes artikel 90, stk. 1, skal gennemføres af medlemsstaterne senest den 18. april 2016.

7. Det fremgår af fjerde betragtning til direktiv 2014/24, at »[d]e mere og mere forskelligartede former for offentlige foranstaltninger har gjort det nødvendigt at præcisere definitionen af selve indkøbsbegrebet; denne præcisering bør dog ikke udvide anvendelsesområdet for dette direktiv sammenlignet med anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF; EU-reglerne om offentlige udbud tager ikke sigte på at omhandle alle former for udbetaling af offentlige midler, men kun de midler, der betales til anskaffelse i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser ved hjælp af en offentlig kontrakt«.

8. Artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24 bestemmer, at »[a]ftaler, afgørelser eller andre juridiske instrumenter, der organiserer overførsel af kompetencer og ansvar vedrørende gennemførelse af offentlige opgaver mellem ordregivende myndigheder eller grupperinger af ordregivende myndigheder og ikke indebærer, at der skal ydes betaling for kontraktmæssige ydelser, betragtes som et spørgsmål om intern organisation i den berørte medlemsstat og berøres som sådan ikke af dette direktiv«.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114, berigtiget i EUT 2004, L 351, s. 44).

3 — Dom af 18.11.1999 (C-107/98, EU:C:1999:562).

4 — Dom af 19.12.2012 (C-159/11, EU:C:2012:817).

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

B – *National ret*

9. I Tyskland følger det af forbundslovgivningen, at forpligtelserne inden for området affaldsbortskaffelse påhviler de offentligretlige juridiske personer, som denne forpligtelse påhviler ifølge delstatslovgivningen [6]. I delstaten Niedersachsen er landdistrikter og bykredse i henhold til delstatsaffaldsloven udpeget som de offentlige myndigheder, der har til opgave at varetage affaldsbehandling, og loven bestemmer, at konsortier, som oprettes af disse myndigheder med henblik på affaldsbehandling, træder i stedet for disse, når det fremgår af konsortiets vedtægter [7].

10. I henhold til lov om konsortier i Niedersachsen, som var gældende på tidspunktet for oprettelsen af konsortiet [8], har kommunerne mulighed for med henblik på fælles udførelse af visse opgaver, som de har ret eller pligt til at udføre, at slutte sig sammen i frivillige konsortier, eller kan samles i obligatoriske konsortier. Konsortierne er offentligretlige institutioner, som selv bærer ansvaret for deres forvaltning. Ved oprettelse af et konsortium overføres den ret og pligt, der tilkommer de kommuner, der deltager i et konsortium, til at udføre den opgave, der pålægges konsortiet, til dette. Konsortiets vedtægter skal endvidere regulere spørgsmålet om dækning af omkostningsbehovet i forbindelse med opgaven, således at konsortiets medlemmer pålægges at betale bidrag, der fastsættes årligt, i det omfang konsortiets øvrige indtægter ikke er tilstrækkelige til at dække udgifterne i forbindelse med disse opgaver.

11. Loven i Niedersachsen om kommunalt samarbejde, som var gældende på forelæggelsestidspunktet [9], bestemmer bl.a., at overdragelse af en offentlig opgave til et konsortium indebærer overførsel af samtlige rettigheder og forpligtelser i forbindelse med opgavens udførelse, og at konsortiet hos sine medlemmer opkræver et bidrag, i det omfang de øvrige indtægter ikke er tilstrækkelige til at dække dets finansielle behov.

II – **Faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne for den nationale retsinstans og de præjudicielle spørgsmål**

A – *Konsortiets oprettelse og dets vedtægter*

12. Inden konsortiet blev oprettet, havde regionen Hannover og byen Hannover i henhold til den tyske forbundsstatslige lovgivning og lovgivningen i Niedersachsen på affaldsområdet til opgave at forestå bortskaffelse og behandling af affald inden for deres lokalområder, henholdsvis i regionen Hannover og i byen Hannover.

13. Efter visse lovændringer vedrørende regionen Hannover og med henblik på en omorganisering af den nævnte opgave indgik regionen Hannover og byen Hannover den 29. november 2002 en aftale, hvorved sidstnævnte overdrog de opgaver vedrørende affaldsbortskaffelse, som påhvilede den som offentligretligt organ, til regionen Hannover.

6 — Jf. § 17, stk. 1, og § 20, stk. 1, i Kreislaufwirtschaftsgesetz (herefter »KrWG« – lov om kredsløbsøkonomi vedrørende affald) samt § 13 og § 15 i Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (herefter »KrW-/AbfG« – lov om kredsløbsøkonomi og affald), der var gældende på tidspunktet for konsortiets oprettelse.

7 — Jf. § 6 i Niedersächsisches Abfallgesetz (lov om affald i Niedersachsen) som affattet ved lov af 14.7.2003, samt § 6, stk. 1, i lov af 14.10.1994, der var gældende på tidspunktet for konsortiets oprettelse.

8 — Niedersächsisches Zweckverbandsgesetz af 7.6.1939. Jf. navnlig lovens § 1, § 2, stk. 1, § 4 og § 29, stk. 1.

9 — Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (herefter »NKomZG«) af 21.12.2011. Jf. navnlig § 1, § 2, § 7, § 8, § 9 og § 16.

14. Kort tid senere, den 19. december 2002, vedtog regionen Hannover og byen Hannover i fællesskab Verbandsordnung des Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region Hannover (vedtægter for konsortiet bestående af lokale myndigheder i regionen Hannover herefter »konsortiets vedtægter«) [10]. Ved disse vedtægter oprettede de konsortiet, organiserede dets funktion og tillagde det forskellige opgaver.

15. I henhold til vedtægterne er konsortiet en offentligretlig institution (§ 2, stk. 3), som træder i stedet for regionen Hannover for så vidt angår dennes funktion som offentlig myndighed med ansvar for affaldsbortskaffelse i henhold til den relevante lovgivning (§ 4, stk. 1). Foruden affaldsbortskaffelse (såkaldte »type B-opgaver«) er konsortiet endvidere blevet pålagt andre funktioner; visse af disse vedrører udelukkende byen Hannover (såkaldte »type C-opgaver«), andre er fælles for de to medlemmer (såkaldte »type A-opgaver«) [11].

16. Ifølge vedtægterne udfører konsortiet ligeledes affaldsbortskaffelse med henblik på nyttiggørelse og kan i dette øjemed indgå aftaler med indsamlingssystemer (»*Duale Systeme*«, § 4, stk. 4). Konsortiet kan benytte tjenesteydelser fra tredjemand ved opfyldelsen af sine opgaver og med henblik herpå deltage i virksomheder og organer (§ 4, stk. 5). Konsortiet fastsætter desuden vedtægter og forskrifter vedrørende benyttelsen af dets offentlige infrastrukturer, om pålæggelse af afgifter og bidrag samt vedrørende godtgørelse af udgifter (§ 4, stk. 6).

17. I henhold til § 5 i konsortiets vedtægter overdrager regionen Hannover og byen Hannover vederlagsfrit de enheder, der hidtil har varetaget opfyldelsen af opgaver bestående i bortskaffelse af affald, gaderengøring og vintertjeneste samt 94,9% af andelene i Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH (selskab med begrænset ansvar, der behandler affald i regionen Hannover, herefter »ARH«), der er et selskab, der forestår affaldsbehandling i regionen Hannover, og hvis andele hidtil ejedes 100% af regionen.

18. Konsortieforsamlingen består af kommunaldirektøren for regionen Hannover og kommunaldirektøren for byen Hannover, der er bundet af anvisninger fra det lokale organisationsmedlem af konsortiet, som de repræsenterer (§ 7, stk. 1 og 3). Ved afstemninger om type A-opgaver har repræsentanterne for de to medlemmer af konsortiet stemmeret i forsamlingen. Hvad angår afstemninger vedrørende type B-opgaver eller type C-opgaver har enten repræsentanterne for regionen Hannover (ved type B-opgaver) eller repræsentanterne for byen Hannover (ved type C-opgaver) derimod stemmeret (§ 7, stk. 2). I henhold til vedtægternes § 8 har forsamlingen kompetence til bl.a. at ændre vedtægterne og til at udpege konsortiets administrative leder (*Geschäftsführerin/führer*) [12].

19. I henhold til § 16, stk. 1, i konsortiets vedtægter skal konsortiet endelig på lang sigt som minimum sikre, at dets indtægter dækker dets omkostninger. I henhold til samme bestemmelses stk. 2 har dets medlemmer pligt til at betale bidrag, der fastsættes årligt, i det omfang dets indtægter ikke er tilstrækkelige til at dække omkostningerne i forbindelse med dets opgaver.

20. Det fremgår af sagens akter, at konsortiet og ARH i 2011 til sammen havde en omsætning på 189 020 912 EUR, hvoraf 11 232 173 EUR (svarende til ca. 6%) hidrørte fra kommercielle transaktioner med tredjemænd, og at disse beløb ifølge prognoserne for 2013 vil andrage henholdsvis 188 670 370,92 EUR og 13 085 190,85 EUR.

10 — ABl. für den Regierungsbezirk Hannover 2002, s. 766.

11 — Det fremgår nærmere bestemt af § 4, stk. 2, i konsortiets vedtægter, at type C-opgaver, som konsortiet udfører i lokalområdet for byen Hannover, omfatter gaderengøring, vintertjeneste og forvaltning af køretøjer, og at type A-opgaver, der er fælles for de to medlemmer, omfatter såvel bortskaffelse af affald som gaderengøring.

12 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at konsortieforsamlingen ligeledes har kompetence til bl.a. at vælge sin formand, træffe afgørelse om anliggender, som afgøres af kommunalbestyrelsen eller administrationsudvalget i overensstemmelse med kommunalvedtægten i Niedersachsen, samt om anliggender, som i henhold til samme vedtægt ikke er omfattet af den administrative leders kompetence.

B – *Retsforhandlingerne for den nationale retsinstans og de præjudicielle spørgsmål*

21. Henset til størrelsen af den omsætning, som konsortiet nu har fra transaktioner med andre end dets to medlemmer, indgav Remondis en klage (*Nachprüfungsantrag*) til Vergabekammer (myndighed for offentlige kontrakter). Remondis har under sagen gjort gældende, at betingelserne for, at der ikke skal iværksættes en udbudsprocedure i anledning af en *in house*-tildeling i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Teckal-dommen [13], ikke længere er opfyldt. Remondis har gjort gældende, at under disse betingelser må konsortiedannelsen og den deraf følgende overdragelse af opgaver til det herefter anses for en »retsstridig de facto-tildeling af kontrakt«, og at regionen Hannover som følge af denne ugyldighed på ny er den kompetente offentlige myndighed for affaldsbortskaffelse. Ifølge Remondis følger det heraf, at i det omfang, hvor regionen Hannover ikke selv agter at levere de tjenesteydelser, som påhviler den, er den forpligtet til at iværksætte en udbudsprocedure.

22. Da Vergabekammer ikke gav Remondis medhold i klagen [14], anlagde selskabet sag for den forelæggende ret med påstand om, at afgørelsen om ikke at tage klagen til følge, ophæves. Remondis har under denne sag navnlig gjort gældende, at dannelsen af konsortiet, og den dertilhørende overdragelse af opgaver til det, udgør en offentlig kontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18. Regionen Hannover og konsortiet finder, at oprettelsen af konsortiet og overdragelsen af opgaver til dette, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne om offentlige kontrakter, da oprettelsen og overdragelsen støttedes på en vedtægtsmæssig beslutning, ikke en kontrakt eller en administrativ aftale.

23. Den forelæggende ret har anført, at udfaldet af den tvist, der verserer for den, afhænger af reaktionen på Remondis ovenfor anførte anbringende. Retten har bekræftet, at dannelse af konsortier og overdragelse af opgaver til disse ifølge den fremherskende opfattelse i tysk juridisk teori ikke kræver, at der gennemføres udbudsprocedurer, idet sådanne transaktioner ikke udgør en offentlig kontrakt, men udelukkende giver anledning til omfordeling af kompetencer, hvilket udgør en forfatningssikret intern statslig organisatorisk foranstaltning. Den forelæggende ret nærer imidlertid tvivl med hensyn til, om denne opfattelse er i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, hvoraf det fremgår, at aftaler, der indgås mellem flere offentlige institutioner med henblik på udførelse af en offentlig opgave som led i det interkommunale samarbejde, i princippet ligeledes er undergivet bestemmelserne om offentlige kontrakter, medmindre visse, præcist definerede undtagelser finder anvendelse.

24. I den foreliggende sag hviler oprettelsen af konsortiet og den deraf følgende overdragelse af opgaver til dette på en aftale mellem dets medlemmer, nemlig i henhold til en offentligretlig kontrakt. Såfremt det måtte vise sig, at denne oprettelse og overdragelse udgør en offentlig kontrakt som omhandlet af direktiv 2004/18, vil dette direktiv skulle finde anvendelse i det omfang, hvor samtlige øvrige betingelser for dets anvendelse er opfyldt. Særligt i betragtning af bestemmelserne i § 5 og § 16 i konsortiets vedtægter finder den foreliggende ret, at det må lægges til grund, at den offentlige kontrakt er en gensidigt bebyrdende aftale.

13 — Dom af 18.11.1999 (C-107/98, EU:C:1999:562). Ifølge dommens præmis 50 finder EU-rettens bestemmelser om offentlige kontrakter ikke anvendelse, såfremt den offentlige institution både underkaster den institution, hos hvilken den foretager indkøb, eller som leverer den tjenesteydelser, en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og denne anden institution udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de offentlige institutioner, den ejes af.

14 — Vergabekammer fastslog, at den omsætning, som konsortiet havde fra transaktioner med tredjemand, ikke oversteg den tærskelværdi, over hvilken det ikke længere overvejende handlede for den ordregivende myndighed som omhandlet i dom af 18.11.1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562).

25. Den forelæggende ret finder endvidere, at såfremt den omhandlede transaktion udgør en offentlig kontrakt som omhandlet af direktiv 2004/18, bør det efterprøves, om der er anledning til at anvende princippet om »in house-tildeling« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i Teckal-dommen [15], på kontrakten, eller princippet om samarbejde mellem offentlige organer som omhandlet i dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [16].

26. På denne baggrund har den forelæggende ret ved kendelse af 17. december 2014 fundet det nødvendigt at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Udgør en aftale mellem to lokale myndigheder, på grundlag af hvilken de lokale myndigheder ved hjælp af vedtægter stifter et fælles konsortium med egen juridisk personlighed, som fremover selvstændigt skal varetage visse opgaver, som hidtil har påhvilet de deltagende lokale myndigheder, en »offentlig kontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i […] direktiv 2004/18[…], når denne overdragelse af opgaver vedrører tjenesteydelser som omhandlet i dette direktiv og sker mod betaling, når konsortiet udøver opgaver, som går ud over det, der tidligere påhvilede de deltagende lokale myndigheder, og når overdragelsen af opgaver ikke hører til »de to kontrakttyper«, som, skønt de er indgået af offentlige enheder, ifølge Domstolens retspraksis […] dog ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter?

2) Hvis første spørgsmål besvares bekræftende: Retter spørgsmålet om, hvorvidt dannelse af et konsortium og den dermed forbundne overdragelse af opgaver til dette undtagelsesvis ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, sig efter de principper, som Domstolen har udviklet vedrørende aftaler indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed i retlig forstand forskellig person, og ifølge hvilke EU's udbudsregler ikke finder anvendelse, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af (jf. i denne retning bl.a. dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, præmis 50), eller finder i stedet de principper anvendelse, som Domstolen har udviklet vedrørende kontrakter, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige organer, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. i denne retning dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 34 ff.)?«

III – **Retsforhandlingerne for Domstolen**

27. Forelæggelseskendelsen blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 6. februar 2015. Der er blevet indgivet indlæg af Remondis, regionen Hannover, konsortiet, den franske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen. I retsmødet, der fandt sted den 20. april 2016, blev der afgivet indlæg af Remondis, regionen Hannover, konsortiet samt Kommissionen.

15 — Dom af 18.11.1999 (C-107/98, EU:C:1999:562).

16 — Dom af 19.12.2012 (C-159/11, EU:C:2012:817).

IV – **Retlig vurdering**

A – *Det første præjudicielle spørgsmål*

28. Med sit første præjudicielle spørgsmål spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, hvorvidt en aftale som den, der er genstand for hovedsagen, mellem to lokale myndigheder, ved hvilken de på grundlag af vedtægter har stiftet et fælles konsortium med status som juridisk person, som selvstændigt skal varetage visse opgaver, som hidtil har påhvilet de deltagende myndigheder, udgør en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

29. Den forelæggende ret fremhæver dernæst i sit spørgsmål fire forhold, der efter dens opfattelse karakteriserer den omhandlede transaktion, nemlig at der for det første er tale om overdragelse af opgaver vedrørende tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 2004/18; den nævnte overdragelse skal for det andet ske mod vederlag; konsortiet skal for det tredje udføre mere omfattende aktiviteter, end de opgaver, der tidligere påhvilede de deltagende myndigheder; overdragelsen af opgaver hører for det fjerde ikke til de »to kontrakttyper«, som, skønt de henhører under offentlige organer, ifølge Domstolens retspraksis imidlertid ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

30. Det første præjudicielle spørgsmål skal således give den forelæggende ret mulighed for at vurdere, om den transaktion, som Remondis har anfægtet, nemlig regionen Hannovers og byen Hannovers oprettelse af konsortiet og den deraf følgende overdragelse til dette af opgaver, som tidligere påhvilede dem, skal kvalificeres som en offentlig kontrakt i henhold til direktiv 2004/18.

31. De interesserede parter, der har indgivet indlæg til Domstolen, har i denne henseende gjort modstridende synspunkter gældende. Regionen Hannover, konsortiet og den franske og den østrigske regering finder på den ene side, at en kompetenceoverførsel som den, der fandt sted ved den nævnte transaktion, i princippet falder uden for området for offentlige kontrakter. Kommissionen og Remondis støtter på den anden side den modsatte opfattelse, hvorefter en situation som den, hovedsagen angår, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18.

32. Domstolen har endnu aldrig haft lejlighed til specifikt at efterprøve spørgsmålet om, hvorvidt og eventuelt på hvilke betingelser en overførsel af kompetencer mellem offentlige myndigheder kan udgøre en offentlig kontrakt. Den omstændighed, at der foreligger overførsel af kompetencer, er imidlertid blevet behandlet i flere domme, navnlig i sagen Kommissionen mod Frankrig [17] og i Piepenbrock-sagen [18], der indeholder nyttige oplysninger for vurderingen. Der bør derfor henvises til disse oplysninger med henblik på besvarelsen af den forelæggende rets første spørgsmål.

1. Forholdet mellem begrebet offentlig kontrakt og overførsel af kompetencer mellem offentlige myndigheder

33. Artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 definerer en offentlig kontrakt som en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

17 — Dom af 20.10.2005 (C-264/03, EU:C:2005:620). Jf. specielt præmis 54.

18 — Dom af 13.6.2013 (C-386/11, EU:C:2013:385).

34. For så vidt angår de forskellige principper, som Domstolen har udviklet i relation til begrebet offentlig kontrakt, bemærkes med henblik på den foreliggende sag for det første, at det fremgår af retspraksis, at den retlige kvalifikation af en transaktion som en offentlig kontrakt er omfattet af EU-retten, og følgelig at en eventuel kvalifikation i national ret ikke er afgørende i denne henseende [19]. I den foreliggende sag følger det heraf, at selv om den omhandlede transaktion ikke i tysk ret kvalificeres som offentlig kontrakt, er denne omstændighed ikke til hinder for, at den kvalificeres på denne måde i EU-retten.

35. Det fremgår endvidere ligeledes af retspraksis, at for det tilfælde, at tildelingen af en offentlig kontrakt finder sted som led i en retlig konstruktion, der omfatter flere transaktioner, skal tildelingen af kontrakten derfor vurderes i lyset af alle disse faser og deres formål for at sikre den effektive virkning af de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter [20]. Det følger heraf, at en transaktion som den, hovedsagen angår, og som finder sted i flere faser, og som bl.a. indebærer, at der oprettes en juridisk enhed, skal vurderes samlet med henblik på at fastslå, om den giver anledning til tildeling af en offentlig kontrakt, der er omfattet af EU-retlige bestemmelser, eller ej.

36. Det fremgår desuden af selve ordlyden af den ovenfor anførte definition af begrebet offentlig kontrakt i direktiv 2004/18, hvori der henvises til en »gensidigt bebyrdende aftale«, at et væsentligt element i dette begreb er, at der skabes retligt bindende forpligtelser af gensidigt bebyrdende karakter. En offentlig kontrakt er karakteriseret af en udveksling af ydelser mellem den ordregivende myndighed, som betaler en pris, og entreprenøren, der til gengæld forpligter sig til at udføre bygge- og anlægsarbejder eller arbejder eller til at levere tjenesteydelser [21]. Begrebet offentlig kontrakt forudsætter og omfatter følgelig transaktioner, der består i, at den ordregivende myndighed mod vederlag foretager anskaffelse i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser [22].

37. Særligt hvad angår den gensidigt bebyrdende karakter fremgår det af retspraksis, som den forelæggende ret med rette har anført, at en kontrakt ikke kan falde uden for begrebet offentlig kontrakt alene på grund af, at vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse [23].

38. Det fremgår derimod klart af retspraksis, at statens interne organisation ikke er omfattet af EU-retten. Domstolen har således gentagne gange anerkendt, at hver enkelt medlemsstat frit kan fordele kompetencen på nationalt plan, som den finder det hensigtsmæssigt [24], og at spørgsmålet om, på hvilken måde medlemsstaterne har indrettet udøvelsen af offentlige beføjelser internt i staten, alene henhører under den enkelte stats forfatningssystem [25].

19 — Dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Jf. i denne retning dom af 10.11.2005, Kommissionen mod Østrig (C-29/04, EU:C:2005:670, præmis 41 ff.).

21 — Jf. dom af 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 62), samt punkt 77 i mit forslag til afgørelse i samme sag (EU:C:2009:710). Jf. ligeledes generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Kommissionen mod Spanien (C-306/08, EU:C:2010:528, punkt 84 og 87) og generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Kommissionen mod Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:340, punkt 47).

22 — Jf. i denne retning udtrykkeligt fjerde betragtning til direktiv 2014/24. Jf. punkt 45 og 46 i nærværende forslag til afgørelse for så vidt angår relevansen for nærværende sag.

23 — Jf. dom af 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 29), af 13.6.2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, præmis 31), og af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 37).

24 — Jf. dom af 3.4.2014, Cascina Tre Pini (C-301/12, EU:C:2014:214, præmis 42), af 4.10.2012, Kommissionen mod Belgien (C-391/11, EU:C:2012:611, præmis 31), og af 16.7.2009, Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458, præmis 50).

25 — Jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458 præmis 49), samt, specielt i relation til Forbundsrepublikken Tyskland, af 12.6.2014, Digibet og Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, præmis 33).

39. Denne retspraksis er i øvrigt i overensstemmelse med dels artikel 4, stk. 2, andet punktum, TEU, hvorefter Unionen respekterer de centrale statslige funktioner, hvilket utvivlsomt omfatter den funktion, der kan defineres som statens egen interne organisation. Dels er den i overensstemmelse med princippet om kompetencetildeling i artikel 5, stk. 1 og 2, TEU, idet der ikke findes nogen bestemmelser, hvorved Unionen tillægges kompetence til at gribe ind i medlemsstaterne interne organisation.

40. I denne henseende bekræftede Domstolen i en sag, der som den foreliggende vedrørte Forbundsrepublikken Tyskland, udtrykkeligt, at EU-retten ikke kan rejse tvivl om beføjelsesfordelingen mellem lokale myndigheder, idet fordelingen er omfattet af beskyttelsen i artikel 4, stk. 2, TEU, hvorefter Unionen er forpligtet til at respektere medlemsstaternes nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, herunder regionalt og lokalt selvstyre [26].

41. Da afledte retsakter, som i den foreliggende sag direktiv 2004/18, skal være i overensstemmelse med den primære ret, må det antages, at disse retsakter ikke kan fortolkes således, at de tillader, at der gøres indgreb i medlemsstaternes institutionelle struktur. Det følger heraf, at retsakter, hvorved der foretages en reorganisering af statens interne kompetencer, fortsat falder uden for EU-rettens anvendelsesområde, nærmere bestemt de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.

42. En retsakt, hvorved en offentlig forvaltning ensidigt inden for rammerne af sine institutionelle beføjelser – eller flere offentlige forvaltninger inden for rammerne af en offentligretlig aftale – foretager en overførsel af visse offentlige kompetencer fra ét offentligt organ til et andet offentligt organ, udgør en retsakt vedrørende en intern reorganisering i medlemsstaten. En sådan retsakt henhører følgelig principielt ikke under EU-rettens anvendelsesområde, og nærmere bestemt ikke under de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter [27].

43. Det følger i øvrigt af selve ordlyden af den tidligere anførte definition af begrebet offentlig kontrakt, at dette begreb ikke vedrører retsakter, hvorved offentlige myndigheder overfører kompetencer, navnlig med henblik på opfyldelse af offentlige tjenesteydelsesopgaver som led i en omorganisering af disse opgaver. Formålet med sådanne kompetenceoverførsler er således ikke »erhvervelser mod vederlag« af varer eller tjenesteydelser, men er langt mere omfattende, idet de indebærer en overdragelse af forpligtelser og rettigheder til at udføre de omhandlede opgaver, herunder den officielle myndigheds ret til at fastsætte de lovgivningsmæssige rammer for udførelsen af disse opgaver. Sådanne retsakter er således ikke omfattet af EU-rettens hovedformål hvad angår offentlige kontrakter, nemlig adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater i forbindelse med udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser [28].

44. En sådan fortolkning bekræftes i øvrigt udtrykkeligt af bestemmelsen i artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24, hvorefter juridiske instrumenter, der organiserer overførsel af kompetencer og ansvar vedrørende gennemførelse af offentlige opgaver mellem ordregivende myndigheder, uden at der skal ydes betaling for kontraktmæssige ydelser, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde som retsakter vedrørende medlemsstatens interne organisation.

26 — Dom af 12.6.2014, Digibet og Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, præmis 34).

27 — Det bemærkes i denne forbindelse, at Kommissionen allerede har afsluttet overtrædelsesprocedurer, der var blevet indledt mod Forbundsrepublikken Tyskland, idet den fandt, at fuldstændig overdragelse af en offentlig tjenesteydelse fra ét offentligt organ til et andet, med henblik på at tjenesteydelsen udføres af modtageren i fuld uafhængighed og på dennes eget ansvar, er omfattet af den pågældende medlemsstats interne organisering af sin offentlige forvaltning, og at overdragelsen følgelig ikke falder ind under anvendelsesområdet for EU-retten. Jf. pressemeddelelse af 21.3.2007 (IP/07/357).

28 — Dom af 8.5.2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis). Jf. i denne henseende ligeledes dom af 9.6.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, præmis 47).

45. I denne henseende bemærkes, at den omstændighed, at direktiv 2014/24 rationae temporis ikke kan finde anvendelse under den foreliggende sag, og at direktiv 2004/18 ikke indeholdt en tilsvarende bestemmelse, giver på ingen måde grundlag for at slutte, at det princip, der er kommet til udtryk i artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24, ikke kan finde anvendelse på begrebet offentlig kontrakt i direktiv 2004/18.

46. Som allerede anført er forholdet således ikke alene, at udelukkelse af retsakter med henblik på medlemsstaternes interne organisation, hvorved der overføres kompetencer, fra anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter er i overensstemmelse med primærretten, således som Domstolen har fortolket den i sin retspraksis forud for vedtagelsen af direktiv 2014/24, men det fremgår ligeledes af fjerde betragtning til direktiv 2014/24, at direktivets præcisering af begrebet offentlig kontrakt ikke udvider anvendelsesområdet i forhold til anvendelsesområdet for direktiv 2004/18. Det følger heraf, at bestemmelsen i artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24 blot præciserer begrebet offentlig kontrakt uden at ændre omfanget i forhold til det, der var gældende i henhold til direktiv 2004/18.

47. Selv om det fremgår af de ovenfor anførte betragtninger, at retsakter vedrørende medlemsstaternes interne organisation ikke er omfattet af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, ændrer det ikke den omstændighed, således det fremgår af Domstolens faste retspraksis, at offentlige myndigheder ikke må benytte konstruktioner, der har til formål at omgå reglerne om offentlige kontrakter, for at unddrage sig de forpligtelser, der følger af disse regler[29]. Det følger heraf, at transaktioner, der nærmere bestemt har til formål, mod vederlag, at lade en eller flere ordregivende myndigheder erhverve varer eller tjenesteydelser, er omfattet af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, når betingelserne for anvendelsen af disse er opfyldt, uanset at de eventuelt formelt er blevet kvalificeret som retsakter med henblik på intern reorganisation[30], idet en sådan tilgang i øvrigt er i overensstemmelse med den retspraksis, der er anført i punkt 34 i nærværende forslag til afgørelse.

2. Hovedtrækkene ved overførsel af kompetencer

48. Selv om begrebet juridisk instrument, der organiserer overførsel af kompetencer, nu udtrykkeligt er nævnt i artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24, indeholder EU-retten ingen bestemmelser, der fastlægger dets rammer. Det skyldes, at det tilkommer den enkelte medlemsstat at regulere sin interne organisation, hvorfor fastsættelsen af betingelserne og de nærmere regler for overførsel af kompetence er omfattet af national ret. Henset hertil er jeg ikke sikker på, at der bør defineres et autonomt EU-retligt begreb for så vidt angår begrebet juridisk instrument, der organiserer overførsel af kompetence. Ikke desto mindre bør hovedtrækkene ved overførsel af kompetencer skitseres for at skabe mulighed for at identificere, under hvilke betingelser et juridisk instrument giver anledning til en sådan overførsel og følgelig må anses for undtaget fra anvendelsesområdet for EU-retlige bestemmelser, navnlig på området offentlige kontrakter.

49. De juridiske instrumenter, der organiserer overførsel af kompetencer mellem offentlige myndigheder, kan antage meget forskellige former, der kan variere afhængig af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende for hver enkelt medlemsstat og/eller den berørte myndighed. Sådanne instrumenter kan f.eks. omfatte lovgivningsmæssige eller administrative retsakter, en myndigheds beslutninger eller offentligretlige aftaler indgået mellem flere myndigheder. En overførsel af kompetencer kan finde sted på »vertikalt« plan, når den vedrører overførsel fra staten til en underordnet, lokal myndighed. Den kan også være »horisontal«, når flere lokale myndigheder opretter

29 — Jf. bl.a. dom af 9.6.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, præmis 48), og af 10.9.2009, Sea (C-573/07, EU:C:2009:532, præmis 71).

30 — Dette var tilfældet i Piepenbrock-sagen (dom af 13.6.2013, C-386/11, EU:C:2013:385). Jf. punkt 64 og fodnote 44 i nærværende forslag til afgørelse.

en fælles struktur, som tildeles kompetencer, der tidligere blev udøvet af disse lokale myndigheder. En horisontal overførsel af kompetencer kan endvidere finde sted »frivilligt«, dvs. på grundlag af en fælles beslutning truffet af de berørte myndigheder, eller kan være »obligatorisk«, dvs. at den pålægges af en overordnet myndighed [31].

50. I sagen Kommissionen mod Frankrig [32] gav Domstolen nogle nyttige oplysninger med henblik på identifikation af hovedtrækkene ved overførsel af kompetencer. Denne angik et søgsmål, der var blevet anlagt for Domstolen af Kommissionen med påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik havde tilsidesat visse forpligtelser, som påhvilede den i henhold til EU-rettens dagældende bestemmelser om offentlige kontrakter. Som reaktion på et anbringende, som medlemsstaten havde gjort gældende som begrundelse for den omtvistede nationale lovgivning, antog Domstolen, at denne lovgivning ikke gav anledning en overførsel af offentlige kompetencer [33].

51. Domstolen begrundede dette resultat med henvisning til tre betragtninger [34]. For det første kunne den oprindeligt kompetente offentlige myndighed ikke afstå sin kompetence, idet det ikke var tilladt i henhold til den relevante nationale lovgivning. For det andet kunne det organ, som havde fået tillagt beføjelsen, kun handle med den oprindeligt kompetente myndigheds godkendelse, således at det ikke autonomt kunne udføre de hverv, der var forbundet med beføjelsen. For det tredje finansieredes udførelsen af opgaven af den oprindeligt kompetente myndighed, således at det organ, der havde fået tillagt beføjelsen, ikke havde noget råderum i denne henseende.

52. En analyse af de betragtninger, som Domstolen anlagde i denne dom, giver mulighed for at identificere visse elementer, der karakteriserer overførsel af kompetencer, navnlig på horisontalt plan, hvilket eventuelt er relevant i forbindelse med den foreliggende sag.

53. Det fremgår for det første af det af Domstolen formulerede krav om, at den myndighed, der overfører kompetencer, skal afstå sin kompetence, idet det er nødvendigt, at overførslen af kompetencen er *fuldstændig*, for at den kan anses for reel [35]. Det organ, som har fået overført kompetencerne, skal være tillagt samtlige de beføjelser og det ansvar, der kræves, for fuldt ud og autonomt at kunne udføre den offentlige opgave, med henblik på hvilken organet har fået overført kompetencer. Det skal navnlig have beføjelse til at fastlægge den lovgivningsmæssige ramme og de nærmere regler for opgavens udførelse. Efter overførslen skal den overførende myndighed til gengæld fuldstændig have afstået sin kompetence vedrørende den omhandlede offentlige serviceopgave.

54. Det er derimod ikke min opfattelse, at det er nødvendigt, at overførslen er uigenkaldelig, for at der kan antages at foreligge en reel kompetenceoverførsel. En tilbageførsel af kompetencer til den overførende myndighed må imidlertid ikke være afhængig af, at den er blevet tillagt en ensidig omgørelsesbeføjelse for det tilfælde, at opgaven ikke udføres tilfredsstillende. En sådan mulighed falder inden for kontraktmæssige betragtninger, der forekommer mig at være fremmede i forbindelse med kompetenceoverførsel. En tilbageførsel af kompetencerne vil derimod kunne være resultatet af en ny reorganisering af de omhandlede offentlige opgaver.

31 — I henhold til lov om konsortier i Niedersachsen, der er nævnt i punkt 10 i nærværende forslag til afgørelse, kan oprettelsen af syndikatet således eksempelvis være »frivillig« eller »obligatorisk«.

32 — Dom af 20.10.2005 (C-264/03, EU:C:2005:620).

33 — Dom af 20.10.2005, Kommissionen mod Frankrig (C-264/03, EU:C:2005:620). Jf. specielt dommens præmis 54 samt punkt 41 i generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i denne sag (C-264/03, EU:C:2004:747).

34 — Kommissionen fortolker denne dom i arbejdsdokument af 4.10.2011 (SEK(2011)1169 endelig) om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndigheder (»offentligt-offentligt samarbejde«) (jf. punkt 4.1, s. 19).

35 — Jf. ligeledes s. 20 i det kommissionsdokument, der er anført i den forudgående fodnote.

55. Det fremgår for det andet af det af Domstolen anførte krav, hvorefter den institution, der har fået overført kompetencerne, ikke skal have godkendelse fra den overførende myndighed, at det nævnte organ skal være i stand til *fuldstændig autonomt* at udføre den opgave, med henblik på hvilken det har fået overført kompetencer, for at overførslen er reel. Da den overførende myndighed herefter ikke råder over nogen kompetence inden for det pågældende område, må den ikke længere have mulighed for at gribe ind i udførelsen af den opgave, der nu fuldt ud er omfattet af den kompetence, der tilkommer det organ, til hvilket kompetencerne er blevet overført.

56. For det tilfælde, at en kompetenceoverførsel vedrører udførelsen af en offentlig tjenesteydelsesopgave, indebærer dette krav imidlertid ikke nødvendigvis, at en lokal myndighed, der overfører sådanne kompetencer til et nyt organ, ikke må have nogen forbindelse med dette. Som følge af det politiske ansvar, som den lokale myndighed har over for sine borgere for så vidt angår udførelsen af den offentlige tjenesteydelsesopgave inden for sit lokalområde, anser jeg det for acceptabelt, at den bevarer en vis indflydelse på det nye organ, hvilket kan kvalificeres som en form for »politisk« kontrol [36]. For at der er tale om en reel kompetenceoverførsel, må den overførende myndighed imidlertid ikke forbeholde sig beføjelser i relation til den konkrete udførelse af den offentlige opgave.

57. Domstolen har for det tredje fremhævet kravet om, at det organ, til hvilket kompetencerne er blevet overført, råder over en *finansiel autonomi* ved udførelsen af den offentlige opgave, med henblik på hvilken det har fået overført kompetencerne. Det skal således være finansielt uafhængigt af den overførende myndighed ved opgavens udførelse. Denne myndighed – eller en hvilken som helst anden myndighed – der deltager i den interne reorganisering af de omhandlede offentlige beføjelser, skal stille de ressourcer, der er nødvendige til udførelsen af dem, til dens rådighed. Denne rådighed er imidlertid den nødvendige følge af kompetenceoverførslen. Der må derimod ikke herved være tale om, hvad der svarer til betaling for kontraktmæssige ydelser som led i et gensidigt bebyrdende forhold [37].

58. Der skal under hensyn til de ovenfor anførte betragtninger foretages en samlet vurdering af, hvorledes transaktionen er udformet, for at afgøre, om der ved en transaktion som den, der anfægtes under tvisten i hovedsagen, er sket en reel overførsel af kompetencer, der som sådan ikke er omfattet af reglerne om offentlige kontrakter, eller om der derimod er tale om en gensidigt bebyrdende aftale med henblik på de omhandlede lokale myndigheders erhvervelse af tjenesteydelser.

59. Selv om det i denne henseende i sidste instans tilkommer den nationale ret, der som den eneste har kompetence til at vurdere de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen, at efterprøve, om den omhandlede transaktion er omfattet af begrebet offentlig kontrakt eller har givet anledning til en reel kompetenceoverførsel, er Domstolen, der har til opgave at give den forelæggende ret et fyldestgørende svar, kompetent til at vejlede denne ret på en sådan måde, at denne kan træffe afgørelse [38]. Ud fra denne betragtning vil jeg på grundlag af de oplysninger, der fremgår af sagens akter, nøjes med følgende betragtninger.

3. Kvalificeringen af en transaktion som den, hovedsagen angår, som en offentlig kontrakt eller som overførsel af kompetencer

60. For så vidt angår kvalificeringen af en transaktion som den, Remondis har anfægtet under hovedsagen, bemærkes for det første, at det klart fremgår af forelæggelseskendelsen, at oprettelsen af konsortiet i den foreliggende sag har givet anledning til en reel kompetenceoverførsel, der har haft til følge, at regionen Hannover har afstået sine kompetencer og sit ansvar på området for affaldsbortskaffelse.

36 — I det i fodnote 34 nævnte dokument antager Kommissionen i lighed hermed, at muligheden for indflydelse f.eks. kan bestå i, at medarbejdere i det organ, der overfører kompetence, deltager i de ledende eller administrative organer i den enhed, som kompetencen er blevet overført til, eller i, at den overførende myndighed forbeholder sig ret til at få adgang til visse oplysninger (jf. s. 20).

37 — Jf. i denne henseende ordlyden af artikel 1, stk. 6, i direktiv 2014/24 samt punkt 44, 45 og 46 i nærværende forslag til afgørelse.

38 — Dom af 1.10.2015, Trijber og Harmsen (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641, præmis 54 og 55).

61. En sådan vurdering følger allerede af selve indholdet af det første præjudicielle spørgsmål, der henviser til konsortiets »selvstændige varetagelse af opgaver«, hvilket udtrykkeligt bekræftes af den forelæggende rets forelæggelseskendelse. Det følger ligeledes af ordlyden af konsortievedtægternes § 4, stk. 1, der er anført i punkt 15 i nærværende forslag til afgørelse, samt af den relevante nationale lovgivning, der er anført i punkt 10 og 11 i nærværende forslag til afgørelse.

62. Konsortiet varetager således opgaven med bortskaffelse af affald, hvilken er omfattet af den selvstændige kompetence, det er tillagt i henhold til konsortievedtægternes § 4, stk. 6, det har den nødvendige vedtægtsmæssige beføjelse til at udføre denne opgave, og det kan i henhold til samme vedtægts § 4, stk. 5, benytte tjenesteydelser, der leveres af tredjemand, i hvilket tilfælde konsortiet handler som ordregivende myndighed.

63. Hvad angår den omhandlede transaktions karakter af gensidigt bebyrdende aftale finder den forelæggende ret med henvisning til den retspraksis, der er anført i punkt 37 i nærværende forslag til afgørelse, for det andet, at denne kan udledes af bestemmelserne i § 5 og § 16, stk. 2, i konsortiets vedtægter. Jeg tror imidlertid ikke, at disse bestemmelser kan begrunde, at transaktionen må anses for en gensidigt bebyrdende aftale, således at den indebærer betaling for kontraktmæssige ydelser, hvilket jeg vil begrunde i det følgende.

64. Hvad angår det vederlagsfri indskud i konsortiet fra de organer, der hidtil udførte de opgaver, der er genstand for kompetenceoverførslen – hvilket fremgår af den nævnte § 5 – må det således konstateres, at et sådant indskud er i overensstemmelse med det krav, som fremgår af betragtningerne i punkt 57 ovenfor, om, at der i forbindelse med kompetenceoverførslen skal stilles de materielle og menneskelige ressourcer til rådighed for det nye kompetente organ, som er nødvendige for udførelsen af den opgave, som det har fået tillagt kompetence til. Et sådant indskud er i øvrigt beviset for, at de to berørte lokale myndigheder fuldstændig har afstået de omhandlede offentlige opgaver.

65. For så vidt angår forpligtelsen til at betale bidrag i henhold til § 16 i konsortiets vedtægter udgør denne en lovbestemt garanti af finansiel karakter for, at konsortiet er solvent [39]. Der er tilsyneladende tale om et bidrag, der kan defineres som værende af »subsidiær karakter«, og som alene bliver relevant i tilfælde af, at det ikke lykkes konsortiet at dække udgifterne i forbindelse med den offentlige tjenesteydelsesopgave, som det varetager, gennem sine indtægter [40]. Et sådant bidrag kan ikke rejse tvivl om konsortiets finansielle autonomi, idet det tværtimod i henhold til vedtægternes § 4, stk. 6, har kompetence til at fastsætte vedtægter og forskrifter om gebyrer, bidrag og omkostningsgodtgørelse i forbindelse med de opgaver, som det udfører. Domstolen har i øvrigt allerede fastslået, at den blotte eksistens af en ordning mellem to offentlige organer vedrørende finansiering af udførelsen af en offentlig tjenesteydelsesopgave, der varetages på grundlag af selvstændige kompetencer, ikke indebærer, at præsteringen af de omhandlede tjenesteydelser, der udføres af et af disse organer, skal anses for at være blevet udført som led i en offentlig kontrakt [41].

66. Det indskud og den garanti, der følger af de to bestemmelser, som den forelæggende ret har henvist til (nemlig § 5 og § 16 i konsortiets vedtægter), kan efter min opfattelse under ingen omstændigheder fortolkes som en betaling til fordel for konsortiet for levering af ydelser til dets medlemmer.

39 — Jf. § 29 i lov om konsortier i Niedersachsen, der er nævnt i punkt 10 i nærværende forslag til afgørelse, samt § 16 i lov om interkommunalt samarbejde i Niedersachsen, der er anført i punkt 11 i nærværende forslag til afgørelse. Det fremgår endvidere af indlæg for Domstolen, at det følger af Niedersächsisches Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts (lov om undtagelse af offentlige juridiske personer for så vidt angår insolvens i Niedersachsen), at »der kan ikke indledes nogen form for insolvensbehandling for så vidt angår formuen i offentlige juridiske personer, som delstaten har kontrolbeføjelse over«.

40 — I denne forbindelse har regionen Hannover i sit indlæg bekræftet, at der aldrig er blevet betalt sådanne bidrag.

41 — Dom af 18.12.2007, Kommissionen mod Irland (C-532/03, EU:C:2007:801, præmis 37).

67. Den omhandlede transaktion, således som den er blevet præsenteret for Domstolen, synes reelt på ingen måde at have til formål at erhverve tjenesteydelser fra de to konsortiemedlemmer mod betaling af et vederlag. Det gensidigt bebyrdende element, der, som jeg anførte i punkt 36 i nærværende forslag til afgørelse, er karakteristisk for begrebet offentlig kontrakt, synes at mangle i den foreliggende sag.

68. For det tredje fremgår det af en umiddelbar betragtning af oplysningerne i sagens akter, at konsortiet ikke alene har finansiel autonomi, men ligeledes fuld autonomi ved udførelsen af de offentlige opgaver, som det er blevet pålagt, navnlig for så vidt angår bortskaffelse af affald. Det er i denne henseende korrekt, som det er blevet anført af Remondis og af Kommissionen, at det fremgår af § 7 i konsortiets vedtægter, at regionen Hannover er repræsenteret i konsortiets forsamling, og at kun regionens repræsentanter har stemmeret i tilfælde af afstemning om opgaver, der udelukkende vedrører opgaver med bortskaffelse af affald. Det synes imidlertid at fremgå af samme vedtægts § 8, at forsamlingens kompetencer ikke omfatter den konkrete udførelse af de offentlige tjenesteydelser, men er begrænset til at angå spørgsmål af institutionel karakter eller i relation til overholdelse af lovgivningen. En sådan form for indflydelse synes snarere at være omfattet af den »politiske« kontrol, der er nævnt i punkt 56 i nærværende forslag til afgørelse, end at øve indflydelse på konsortiets strategiske målsætninger eller dets vigtige beslutninger vedrørende udførelsen af de offentlige tjenesteydelsesopgaver, der er omfattet af dets kompetence [42]. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at efterprøve, om dette er tilfældet, og om konsortiet reelt råder over fuldstændig autonomi ved udførelsen af de omhandlede offentlige tjenesteydelser uden at skulle indhente godkendelse fra regionen Hannover.

69. De ovenfor anførte betragtninger understreger de væsentlige forskelle, der er mellem den foreliggende sag og Piepenbrock-sagen [43], som den forelæggende ret har henvist til. I denne sag fremhævede Domstolen således klart den omstændighed, at den offentlige myndighed (Kreis Düren, dvs. distriktet Düren), der havde pålagt en anden lokal myndighed (Stadt Düren, dvs. byen Düren) opgaven med renholdelse af bygninger, havde forbeholdt sig ret til at kontrollere, at den nævnte opgave blev udført korrekt, samt til ensidigt at kunne opsige den omhandlede offentligretlige aftale i tilfælde af mangelfuld udførelse. Selv om kontrakten blev betegnet som en »delegationsaftale«, omfattede kontraktforholdet mellem de to lokale myndigheder således navnlig ikke en reel overførsel af kompetencer, men var et gensidigt bebyrdende forhold, der alene bestod i udførelse af tjenesteydelser til fordel for distriktet Düren mod finansiel kompensation. Det er således efter min opfattelse forkert at fortolke denne dom således, at Domstolen herved skulle have tiltrådt, at overførsel af kompetencer er omfattet af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter, som det ifølge forelæggelseskendelsen er blevet anført af visse dele af den tyske juridiske litteratur, og som Remondis har gjort gældende [44].

70. Henset til de anførte betragtninger, hvis faktiske rigtighed det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, er det mit indtryk, at den transaktion, som tvisten i den foreliggende sag angår, har givet anledning til en reel overførsel af kompetencer mellem offentlige myndigheder, der som en retsakt med henblik på medlemsstatens interne organisation er udelukket fra anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

42 — Herved adskiller den foreliggende sag sig fra den sag, der lå til grund for dom af 13.11.2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, jf. navnlig præmis 34), som den forelæggende ret har henvist til. I denne henseende bemærkes tillige, at den berørte lokale myndighed i denne sag på ingen måde havde haft til hensigt, at der skulle ske en kompetenceoverførsel. Sagen angik indgåelse af en klassisk aftale om tjenesteydelseskoncessioner, og den faktiske baggrund for sagen var således fuldstændig forskellig fra baggrunden for den foreliggende sag.

43 — Dom af 13.6.2013 (C-386/11, EU:C:2013:385).

44 — Efter min opfattelse er Piepenbrock-sagen snarere implicit omfattet af den retspraksis, der er nævnt i punkt 47 i nærværende forslag til afgørelse, hvorefter offentlige myndigheder ikke må benytte konstruktioner (i dette tilfælde en kvalificering) med det formål at omgå regler om offentlige kontrakter for at unddrage sig de forpligtelser, der følger af disse regler. Jf. i denne henseende den tvivl, som den forelæggende ret selv har tilkendegivet i den omhandlede doms præmis 24.

71. I denne forbindelse anser jeg det endvidere for nødvendigt at anlægge nogle betragtninger for så vidt angår den omstændighed, at betingelserne for, at der foreligger en offentlig kontrakt, ikke er opfyldt i den foreliggende sag. For det første finder jeg ikke, at begrebet skriftlig aftale kan forstås således, som Kommissionen har gjort gældende, at det omfatter den transaktion, således om den, der har fundet sted i den foreliggende sag. Kommissionen synes at have foreslået en sådan udvidelse på basis af en frygt for omgåelse af forpligtelsen til at iværksætte en udbudsprocedure, således som de EU-retlige regler om offentlige kontrakter kræver. Selv om en sådan frygt, som det fremgår af punkt 47 i nærværende forslag til afgørelse, under visse omstændigheder kan vise sig at være yderst relevant, må det imidlertid konstateres, at sagens akter på ingen måde giver anledning til at antage, at dette skulle være tilfældet i den foreliggende sag. Forholdet er således det, at der i den foreliggende sag ikke synes at være nogen begrundelse for at udvide begrebet en skriftlig aftale, således som denne institution har foreslået, når der ikke findes en sådan aftale mellem regionen Hannover og konsortiet.

72. Selv om det er korrekt som den forelæggende ret og Kommissionen har anført, at bortskaffelse af affald ikke er omfattet af udøvelsen af beføjelser som offentlig myndighed og kan udgøre tjenesteydelser som anført i kategori 16 i bilag II A til direktiv 2004/18, må det for det andet konstateres, at genstanden for den omhandlede transaktion ikke blot er at præstere disse tjenesteydelser, men vedrører den reelle overførsel af kompetencen til at udføre denne offentlige tjenesteydelsesopgave bestående i bortskaffelse af affald.

73. For så vidt angår den omstændighed, at konsortiet har aktiviteter, der er mere omfattende end de opgaver, som tidligere påhvilede de deltagende myndigheder, forekommer dette mig for det tredje ikke relevant for kvalificeringen af den omhandlede transaktion som offentlig kontrakt.

74. Henset til de anførte betragtninger finder jeg, at det første præjudicielle spørgsmål bør besvares med, at en aftale mellem to lokale myndigheder, på grundlag af hvilken disse ved hjælp af vedtægter stifter et offentligretligt organ med egen juridisk personlighed, til hvilket de overfører kompetence med henblik på udførelse af tjenesteydelsesopgaver, som hidtil påhvilede de deltagende myndigheder, uden at der er fastsat betaling for kontraktmæssige ydelser, ikke udgør en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, men udgør en retsakt, der er omfattet af den berørte medlemsstats interne organisation, der som sådan er undtaget fra anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål*

75. Når henses til, at den forelæggende ret alene stiller Domstolen det andet præjudicielle spørgsmål for det tilfælde, at denne måtte besvare det første spørgsmål bekræftende, og i betragtning af min foreslåede besvarelse af det første spørgsmål, finder jeg ikke, at det er fornødent at besvare det andet spørgsmål.

76. For alle eventualiteters skyld bemærkes blot, at der ved faktisk overførsel af kompetence ikke er tale om tildeling af en *in house*-kontrakt, idet det juridiske instrument, hvorved kompetenceoverførslen finder sted, hverken angår levering af ydelser mod betaling eller samarbejde mellem offentlige organer som omhandlet i retspraksis i dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [45], henset til, at dette instrument overfører offentlige beføjelser og ikke omhandler et samarbejde mellem myndigheder.

45 — Dom af 19.12.2012 (C-159/11, EU:C:2012:817).

V – **Forslag til afgørelse**

77. På baggrund af de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som er blevet forelagt af Oberlandesgericht Celle (regional appeldomstol i Celle, Tyskland), således:

»En aftale mellem to lokale myndigheder, på grundlag af hvilken disse ved hjælp af vedtægter stifter et offentligretligt organ med egen juridisk personlighed, til hvilket de overfører kompetence med henblik på udførelse af tjenesteydelsesopgaver, som hidtil påhvilede de deltagende myndigheder, uden at der er fastsat betaling for kontraktmæssige ydelser, udgør ikke en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, men udgør en retsakt, der er omfattet af den berørte medlemsstats interne organisation, der som sådan er undtaget fra anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.«