



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

d*en 21 december 2016 *

”Begäran om förhandsavgörande — Artikel 4.2 FEU — Respekt för medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret — Medlemsstaternas interna organisation — Lokala eller regionala myndigheter — Rättsligt instrument för bildande av ett nytt offentligrättsligt organ och för överföring av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 1.2 a — Begreppet offentligt kontrakt”

I mål C-51/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht Celle (Celles regionala överdomstol, Förbundsrepubliken Tyskland) genom beslut av den 17 december 2014, som inkom till domstolen den 6 februari 2015, i målet

Remondis GmbH & Co. KG Region Nord

mot

Region Hannover,

ytterligare deltagare i rättegången:

Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen samt domarna M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan och D. Šváby (referent),

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 april 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, genom M. Figgen och R. Schäffer, Rechtsanwälte,

* * Rättegångsspråk: tyska.

- Region Hannover, genom H. Jagau, Regionspräsident, och R. Van der Hout, advocaat, samt genom T. Mühe och M. Fastabend, Rechtsanwälte,
 - Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover, genom W. Siederer och L. Viezens, Rechtsanwälte,
 - Frankrikes regering, genom D. Colas och J. Bousin, båda i egenskap av ombud,
 - Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
 - Europeiska kommissionen, genom A. C. Becker och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 30 juni 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114 och rättelse i EUT L 351, 2004, s. 44).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (nedan kallat Remondis) och Region Hannover (regionen Hannover, Tyskland). Målet rör frågan huruvida regionen Hannovers överföring av de uppgifter avseende behandling av avfall som den ansvarade för till ett offentligt organ, Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (regionen Hannovers kommunalförbund) (nedan kallat Kommunalförbundet) skett på lagenligt sätt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 är offentliga kontrakt ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv”.
- 4 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65) ersatte direktiv 2004/18 med verkan från den 18 april 2016.
- 5 Skäl 4 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”De allt mer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling; detta klagörande bör emellertid inte utvidga tillämpningsområdet för detta direktiv i jämförelse med direktiv 2004/18/EG. Unionens regler för offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt. ...

...”

6 I artikel 1.6 i samma direktiv föreskrivs följande:

”Överenskommelser, beslut eller andra rättsliga instrument för överföring mellan upphandlande myndigheter eller grupper av upphandlande myndigheter av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning, ska ses som en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och påverkas därmed inte på något sätt av detta direktiv.”

Tysk rätt

- 7 Enligt den federala lagen om avfall och Niedersächsische Abfallgesetz (Niedersachsens lag om avfall), såväl i den lydelse som var i kraft när Kommunalförbundet, som är intervenient i det nationella målet, bildades som i den lydelse som för närvarande är i kraft, ankommer det på de lokala och regionala myndigheter som anges i nämnda lag eller på de förbund som dessa myndigheter utsett att ansvara för avfallshantering.
- 8 I 1 § Niedersächsische Zweckverbandsgesetz (Niedersachsens lag om kommunalförbund), i den lydelse som var i kraft vid den tidpunkt då Kommunalförbundet bildades, föreskrevs att kommuner och sammanslutningar av kommuner kan välja att gå samman och bilda kommunalförbund (frivilliga förbund) eller slås samman och bilda kommunalförbund (obligatoriska förbund) i syfte att gemensamt fullgöra vissa uppdrag som de har rätt eller skyldighet att utföra. I ett sådant fall överförs, i enlighet med §2 punkt 1 i nämnda lag, de rättigheter och skyldigheter som är knutna till utförandet av uppdragen till förbundet.
- 9 Enligt 4 § i samma lag utgör sådana förbund offentligrättsliga organ med egen förvaltning som organen själva ansvarar för.
- 10 I 29 § punkt 1 i samma lag föreskrivs att lokala och regionala myndigheter som är medlemmar i ett förbund är skyldiga att erlägga avgifter som fastställs årligen i den mån som förbundets övriga intäkter inte räcker för att täcka kostnaderna för dess uppdrag.
- 11 Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (Niedersachsens lag om kommunalt samarbete) som är i kraft för närvarande, innehåller liknande bestämmelser. Härav följer bland annat att de myndigheter som överför uppgifter till ett förbund inte längre är skyldiga att utföra uppgifterna.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 12 Enligt den federala lagstiftningen och Land Niedersachsen lagstiftning (delstaten Niedersachsen, Tyskland) om avfall, ansvarade regionen Hannover och Hannover stad för uppdraget att sköta avfallshantering och behandling av avfall inom det tidigare Landkreis Hannover (förvaltningsdistriktet Hannover) respektive Hannover stad.
- 13 Inom ramen för en omorganisation som dessa båda myndigheter avsåg att genomföra, överförde Hannover stad i ett första skede, den 29 november 2002, de uppgifter som ålåg den till regionen Hannover. I ett andra skede, den 19 december 2002, antog regionen Hannover och Hannover stad tillsammans Verbandsordnung des Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region Hannover (förbundsordningen för regionen Hannovers kommunalförbund, nedan kallad Kommunalförbundets förbundsordning). Genom denna förbundsordning bildade de Kommunalförbundet – ett nytt offentligrättsligt organ –, organiserade dess verksamhet och gav det olika uppgifter. Vissa av dessa uppgifter utförde de båda myndigheterna ursprungligen gemensamt och andra uppgifter utförde de var för sig. Bland annat trädde Kommunalförbundet i regionen Hannovers ställe beträffande ansvaret för avfallshantering. Kommunalförbundet bildades den 1 januari 2003.

- 14 För att Kommunalförbundet skulle kunna fullgöra de skyldigheter som det ålagts, tillsköt i enlighet med 5 § i Kommunalförbundets förbundsordning regionen Hannover och Hannover stad utan kostnad Kommunalförbundet sina respektive organ som ditintills hade ansvarat för utförandet av uppgifter avseende avfallshantering, vägrenhållning och vinterunderhåll. Därutöver överlät regionen Hannover 94,9 procent av andelarna i Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH, som är ett bolag som ombesörjer behandlingen av avfall åt regionen Hannover och som fram till dess var helägt av denna region.
- 15 I samma syfte föreskrivs i 4 § punkt 5 i Kommunalförbundets förbundsordning att Kommunalförbundet får anlita utomstående för att utföra sina uppgifter och för det syftet gå in som delägare i företag och organ, vilket är tillåtet enligt 22 § Kreislaufwirtschaftsgesetz (lagen om avfallsåtervinning).
- 16 Enligt 4 § punkt 4 i Kommunalförbundets förbundsordning ska Kommunalförbundet även hantera avfall för återvinning och kan för det ändamålet ingå avtal med blandade system (*duale Systeme*) med avseende på insamling av förpackningar. Dessa uppgifter kan överföras till Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover.
- 17 Kommunalförbundet ska vidare enligt 4 § punkt 6 i Kommunalförbundets förbundsordning anta stadgar och föreskrifter om bland annat uttag av avgifter.
- 18 Enligt 7 § i Kommunalförbundets förbundsordning består Kommunalförbundets beslutande församling av förvaltningschefer i regionen Hannover och Hannover stad, vilka är bundna av de instruktioner som de har fått av det lokala organ som är medlem av Kommunalförbundet och som de företräder. Nämda förvaltningschefer har rösträtt i den beslutande församlingen med avseende på den befogenhet som överförts av den myndighet som de företräder.
- 19 Enligt 8 § i Kommunalförbundets förbundsordning har den beslutande församlingen behörighet att bland annat ändra förbundsordningen och att utse Kommunalförbundets administrativa chef.
- 20 Enligt 16 § i Kommunalförbundets förbundsordning ska Kommunalförbundet på lång sikt åtminstone säkerställa att dess kostnader täcks av dess intäkter. I den mån dess intäkter inte räcker för att täcka kostnaderna för dess uppdrag, är de två organ som bildat Kommunalförbundet skyldiga att erlagga avgifter som ska fastställas årligen i syfte att kompensera härför.
- 21 Av beslutet om hänskjutande följer att överförandet av uppgifter i samband med att ett frivilligt eller obligatoriskt förbund bildas medför att de myndigheter som är medlemmar i förbundet får mindre omfattande befogenheter.
- 22 År 2011, det vill säga under Kommunalförbundets nionde verksamhetsår, hade Kommunalförbundet och Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover tillsammans en omsättning på 189 020 912 euro, varav 11 232 173 euro (det vill säga ungefär 6 procent) härrörde från kommersiella transaktioner med utomstående organ. Enligt prognoserna för år 2013 skulle dessa belopp uppgå till 188 670 370,92 euro respektive 13 085 190,85 euro.
- 23 Remondis, som är ett kommersiellt bolag på avfallsområdet, överklagade ett beslut rörande offentlig upphandling, vilket den hänskjutande domstolen nu har att pröva.
- 24 Remondis har gjort gällande att bildandet av Kommunalförbundet och den omständigheten att de lokala myndigheter som är medlemmar i förbundet samtidigt överförde uppgifter till förbundet utgör ett offentligt kontrakt bland annat i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, även om denna åtgärd ursprungligen inte omfattades av tillämpningsområdet för lagstiftningen om offentlig upphandling, eftersom det omfattades av det undantag som definierats i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50). Enligt Remondis var nämligen de två

villkor som uppställs för att nämnda undantag ska vara tillämpligt uppfylla, det vill säga att det offentliga organ som tilldelar ett kontrakt utövar en kontroll över den person som tilldelas kontraktet motsvarande den kontroll som det utövar över sin egen förvaltning samtidigt som personen i fråga bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med nämnda offentliga organ. Med beaktande av Kommunalförbundets omfattande omsättning för år 2013 i förhållande till utomstående organ, bedriver emellertid Kommunalförbundet inte längre huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de myndigheter som bildat förbundet. Remondis har härav dragit slutsatsen att nämnda åtgärd numera ska anses utgöra en otillåten tilldelning av ett offentligt kontrakt och att den således är ogiltig. Remondis menar att regionen Hannover, som är det organ som är ansvarigt för avfallshantering, därför ska anordna ett anbudsförfarande i den mån som den inte själv vill fullgöra uppdraget.

- 25 Regionen Hannover och Kommunalförbundet anser däremot att bildandet av Kommunalförbundet och överföring av befogenheter till det förbundet inte omfattas av tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 26 Nämnda bildande av Kommunalförbundet och nämnda överföring grundade sig nämligen på ett beslut i enlighet med stadgarna och inte på ett avtal eller en administrativ överenskommelse. Dessutom har nämnda myndigheter hänvisat till direktiv 2014/24, och särskilt till artikel 1.6 i det direktivet, som avser förfaranden för överföring av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag.
- 27 Den hänskjutande domstolen har uppgett att utgången i den tvist som är anhängig vid den beror på svaret frågan om den åtgärd som med avseende på regionen Hannover och Hannover stad bestod i att bilda Kommunalförbundet och överföra vissa uppgifter till det förbundet utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Den hänskjutande domstolen anser inte att det råder något tvivel om att det rör sig om åtgärd med ekonomiska villkor, dels med beaktande av överföringen, utan motprestation, av de medel som nämnda lokala myndigheter tidigare använt vid fullgörande av de uppdrag som överförts till Kommunalförbundet, dels med beaktande av samma myndigheters åtagande att täcka eventuella kostnader som uppstår för förbundet i förhållande till dess intäkter.
- 28 Den hänskjutande domstolen har angett att man trots detta skulle kunna anse att en sådan åtgärd inte innebär att ett offentligt kontrakt tilldelats. Det föreligger nämligen inte något avtal och inget företag berörs. Dessutom är det fråga om en åtgärd som rör medlemsstatens interna organisation som omfattas av den konstitutionella bestämmelsen om lokalt och regionalt självstyre. Åtgärden innebär en omfördelning av befogenheter mellan lokala myndigheter som utmynnat i att de myndigheter som ursprungligen ansvarade för fullgörandet av de berörda uppdragen inte längre har något sådant ansvar.
- 29 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att det är oklart hur man bör förhålla sig till det synsättet med beaktande av EU-domstolens praxis, bland annat domen av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385). Av den domen följer att den omständigheten att ett uppdrag delegeras, vilket medför att den myndighet som ursprungligen var ansvarig inte längre är det, inte påverkar bedömningen av om det föreligger ett offentligt kontrakt eller inte.
- 30 Det följer vidare av den domen att endast de två undantagen från tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling ska beaktas, det vill säga det undantag som definierats i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), och de interkommunala samarbetena, så kallade horisontella samarbeten. Det skulle således kunna göras gällande att bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga på denna typ av åtgärder, eftersom bildandet av ett kommunalförbund och överföringen av befogenheter till det förbundet inte omfattas av något av dessa undantag.

- 31 Den hänskjutande domstolen har dock framhållit att med motsatt synsätt har en sådan åtgärd sitt ursprung i ett horisontellt avtal mellan flera olika offentliga organ och inte i ett avtal som ingåtts mellan dessa organ och kommunalförbundet.
- 32 Vidare står det nämnda organ fritt att bilda ett förbund av olika lokala och regionala myndigheter, men samma organ kan även ålägga de myndigheter som omfattas av deras tillsynsområde att bilda ett sådant förbund. I ett sådant fall föreligger emellertid inte något avtal och det är då svårt att motivera att det ska anses föreligga ett offentligt kontrakt. Härvid uppkommer frågan om en åtgärd av samma slag, det vill säga en överföring av befogenheter till ett kommunalförbund kan behandlas på olika sätt beroende på om den skett frivilligt eller om den är påtvingad.
- 33 Den hänskjutande domstolen har vidare sökt klarhet i vilka följder ett konstaterande att en sådan åtgärd som är i fråga i det nationella målet utgör ett offentligt kontrakt får, särskilt med avseende på frågan om ett sådant kontrakt ska bedömas med beaktande av det undantag som definierats i domen av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), eller snarare som ett samarbete mellan lokala och regionala myndigheter i syfte att utföra uppgifter som åligger dem.
- 34 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Celle (Celles regionala överdomstol, Tyskland) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Utgör ett avtal mellan två lokala eller regionala myndigheter – enligt vilket myndigheterna genom stadgar bildar ett gemensamt kommunalförbund med egen rättskapacitet, vilket i fortsättningen självständigt ska handha vissa uppgifter som hittills har ålegat de aktuella myndigheterna – ett ’offentligt kontrakt’, i den mening som avses i artikel 1.2 a i ... direktiv 2004/18..., när denna överföring av uppgifter avser tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktivet och sker mot betalning, när kommunalförbundet bedriver verksamhet som går utöver de uppgifter som tidigare ålåg de aktuella myndigheterna och när överföringen av uppgifter inte hör till någon av de ’två typer av avtal’ som, trots att de ingås av offentliga organ inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling enligt EU-domstolens rättspraxis, senast uttryckt i domen av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 33 och följande punkter)?
- 2) Ska, för det fall den första frågan besvaras jakande, frågan huruvida bildandet av ett kommunalförbund och den därmed förbundna överföringen av uppgifter till detta förbund undantagsvis faller utanför tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling avgöras enligt de principer som domstolen har utarbetat vad gäller avtal som ingås mellan ett offentligt organ och en i förhållande till detta organ i juridisk mening fristående person, och enligt vilka unionsreglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga när nämnda organ utövar en kontroll över denna person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som personen i fråga bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de organ som innehar den (se, bland annat dom av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50), eller är det i stället de principer som domstolen har utarbetat vad gäller avtal om inrättande av ett samarbete mellan myndigheter med målsättningen att säkerställa fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag som åligger alla dessa myndigheter (se dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, punkterna 34 och följande punkter) som är tillämpliga ...?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 35 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i om artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det föreligger ett offentligt kontrakt när ett avtal ingås mellan två lokala myndigheter, såsom det avtal som är i fråga i det nationella målet, enligt vilket nämnda myndigheter antar stadgar avseende bildande av ett kommunalförbund, som är en offentlighetsjuridisk person, varvid detta nya offentliga organ ges vissa befogenheter som nämnda myndigheter har haft fram till dess och som hädanefter tillkommer kommunalförbundet.
- 36 Enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 är offentliga kontrakt skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.
- 37 Vid bedömningen av om en transaktion, som består av flera moment, ska anses utgöra tilldelning av ett kontrakt, ska det göras en helhetsbedömning av transaktionen varvid dess syfte ska beaktas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2005, kommissionen/Österrike, C-29/04, EU:C:2005:670, punkt 41).
- 38 I förevarande fall är det således nödvändigt att göra en helhetsbedömning av de olika momenten i den transaktion som är i fråga i det nationella målet. Det följer härvidlag av beslutet om hänskjutande att regionen Hannover och Hannover stad tillsammans beslutade att genom en lagstiftningsakt bilda ett nytt offentlighetsjuridiskt organ i syfte att ge det vissa befogenheter, som delvis var dessa myndigheters gemensamma uppgifter och delvis ålåg myndigheterna var för sig. Samtidigt gav nämnda myndigheter det nya organet viss rättskapacitet, så att det skulle kunna utföra de uppgifter som omfattades av dess befogenheter. De överförde de medel som de själva ditintills hade förfogat över vid utövandet av nämnda befogenheter och åtog sig att täcka det aktuella organets eventuella budgetunderskott. Organet i fråga hade dessutom rätt att ta ut avgifter och bedriva viss verksamhet som inte motsvarade utövandet av de befogenheter som överförts till det, samtidigt som den verksamheten skulle vara av samma slag som en del av den verksamhet som drevs som en följd av utövandet av de aktuella befogenheterna. Det nya organet kännetecknas slutligen av att det agerar självständigt samtidigt som det måste följa de beslut som fattas av en beslutande församling som består av företrädare för de båda myndigheter vilka grundat organet och som utgör en del därav som har behörighet att bland annat utse organets administrativa chef.
- 39 Domstolen framhåller härvidlag inledningsvis att den hänskjutande domstolens uppgift om att den verksamhet som är i fråga i det nationella målet utgör "tjänster" i den mening som avses i direktiv 2004/18 endast har till syfte att precisera att det inte råder någon tvekan om att det direktivet är tillämpligt i detta avseende. Den omständigheten att en viss verksamhet som omfattas av en myndighets behörighet utgör en tjänst som avses i nämnda direktiv räcker emellertid inte i sig för att det direktivet ska vara tillämpligt. En myndighet har nämligen möjlighet att välja om den själv vill utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den eller om den föredrar att vända sig till enheter utanför sin organisation (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 40 Det ska för det första erinras om att befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat skyddas genom artikel 4.2 FEU, enligt vilken unionen är skyldig att respektera medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juni 2014, Digibet och Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, punkt 34).

- 41 Eftersom nämnda befogenhetsfördelning kan ändras, omfattar det skydd som följer av artikel 4.2 FEU även omorganisation av befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 41 och 42 i sitt förslag till avgörande. Sådana omorganisationer, som kan avse omfördelning av befogenheter från en myndighet till en annan enligt beslut som fattats av en högre myndighet eller frivillig överföring av befogenheter mellan myndigheter, medför att en myndighet som tidigare hade vissa befogenheter blir fråntagen eller avsäger sig skyldigheten och rättigheten att utföra ett visst allmännyttigt uppdrag samtidigt som en annan myndighet i stället ges denna skyldighet och rättighet.
- 42 För det andra kan det konstateras att en sådan omfördelning eller en sådan överföring av befogenheter inte uppfyller samtliga villkor som uppställs för att det ska anses föreligga ett offentligt kontrakt.
- 43 Endast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan nämligen utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag. En sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 47–49). En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 36 i sitt förslag till avgörande.
- 44 Oberoende av att ett beslut om fördelning av myndigheters befogenheter inte rör ekonomiska transaktioner, följer det av den omständigheten att en myndighet befrias från befogenheter som den tidigare hade att den myndigheten inte har något ekonomiskt intresse av att uppgifter utförs som omfattas av de befogenheterna.
- 45 Den omfördelning av medel som används vid utövandet av befogenheterna som överförs från den myndighet som lämnar ifrån sig befogenheter till den myndighet som ges befogenheter, ska inte anses utgöra en betalning utan är tvärtom en logisk följd, och till och med en nödvändig sådan, av den frivilliga eller påtvingade omfördelningen av befogenheter från den ena myndigheten till den andra.
- 46 Inte heller innebär den omständigheten att den myndighet som tar initiativ till en överföring av befogenheter eller som beslutar om en omfördelning av befogenheter åtar sig att täcka eventuella kostnader i förhållande till de intäkter som kan följa av utövandet av nämnda befogenheter att ersättning ska anses ha utgått. Det är nämligen fråga om en garanti som ställs till förmån för tredje man. Detta följer i förevarande fall av principen att en myndighet inte ska vara föremål för ett insolvensförfarande. Förekomsten av en sådan princip omfattas av en medlemsstats interna organisation.
- 47 Domstolen understryker emellertid för det tredje att en överföring av befogenheter mellan myndigheter måste uppfylla vissa villkor, för att det ska anses vara fråga om en åtgärd som rör den interna organisationen, och således omfattas av den frihet som medlemsstaterna säkerställs enligt artikel 4.2 FEU.
- 48 Den situation som är i fråga i det nationella målet är visserligen inte identisk med den situation som avses i domen av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike (C-264/03, EU:C:2005:620). I detta mål var frågan huruvida den berörda typen av uppdrag utgjorde en tillfällig delegering av befogenheter till ett organ för genomförandet av ett projekt som i princip omfattades av ett annat organs befogenhet, och inte en överföring av nämnda befogenheter i sig. De olika typerna av överföringar är emellertid av samma slag, om än av olika omfattning, vilket innebär att de grundläggande slutsatserna i den domen i detta avseende kan överföras till förevarande fall.

- 49 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 53 i sitt förslag till avgörande, ska en överföring av befogenheter, för att anses utgöra en sådan, inte endast avse det ansvar som de överförda befogenheterna medför, bland annat skyldigheten att utföra de uppgifter som följer av befogenheterna, utan även avse den offentliga makt som följer därav. Det organ som befogenheterna överförs till ska således ha all makt som krävs för att utföra de uppdrag som befogenheterna omfattar. Organet ska ha makt att fastställa regelverket och de närmare bestämmelserna för fullgörandet av uppdragen och vara ekonomiskt självständigt, så att det kan säkerställa finansieringen av uppdragen. Så är emellertid inte fallet om den myndighet som ursprungligen hade befogenheterna behåller det huvudsakliga ansvaret för uppdragen, om den myndigheten har den ekonomiska kontrollen över dem eller om samma myndighet på förhand ska godkänna de beslut som det organ som tilldelats befogenheter avser att anta.
- 50 I detta avseende skiljer sig den situation som är i fråga i det nationella målet tydligt från den situation som var i fråga i det mål som gav upphov till domen av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385). I det målet gav en offentlig enhet en annan offentlig enhet i uppdrag att mot ekonomisk ersättning utföra vissa uppgifter, samtidigt som uppdragsgivaren förbehöll sig rätten att kontrollera att uppgiften utfördes på ett korrekt sätt, såsom domstolen konstaterade i punkt 41 i den domen.
- 51 Det kan således inte anses vara fråga om en överföring av befogenheter om det offentliga organ som tilldelats befogenheter inte utövar dessa befogenheter självständigt och på eget ansvar.
- 52 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 56 i sitt förslag till avgörande, innebär dock en sådan möjlighet att agera självständigt inte att andra offentliga organ inte får ha någon möjlighet att påverka det organ som tilldelats befogenheter. Det organ som överför befogenheter får nämligen behålla ett visst inflytande över de uppdrag som är allmännyttiga. Den överförande myndigheten får emellertid inte behålla några befogenheter som har samband med det konkreta fullgörandet av uppdrag som omfattas av de överförda befogenheterna. I en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, kan ett sådant inflytande utövas genom ett organ, såsom en beslutande församling, som är sammansatt av företrädare för de lokala myndigheter som dessförinnan hade de aktuella befogenheterna.
- 53 Rätten att agera självständigt innebär inte heller att en ålagd omfördelning eller en frivillig överföring av befogenheter ska vara oåterkallelig. Såsom följer av punkt 39 i förevarande dom kan befogenhetsfördelningen i en medlemsstat ändras, vilket innebär att det är möjligt att olika omorganisationer följer på varandra. Det ska för övrigt framhållas att de situationer som är i fråga i domen av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike (C-264/03, EU:C:2005:620), inte utgjorde permanenta lösningar, eftersom det var fråga om tillfälliga överföringar av befogenheter till ett organ med avseende på genomförandet av ett projekt som i princip omfattades av ett annat organs befogenheter, varvid sistnämnda organ behöll sina grundbefogenheter. Dessa situationer skulle inte ha ansetts omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling om de inte hade uppvisat de särdrag som domstolen angett i punkt 54 i förevarande dom, vilka medförde att det inte ansågs ha skett någon verklig överföring i det fallet. Såsom generaladvokaten har angett i punkt 54 i sitt förslag till avgörande föreligger det inte något hinder för att befogenheter som överförts eller omfördelats inom ramen för en omorganisation av allmännyttiga tjänster i ett senare skede blir föremål för en ny överföring eller omfördelning i samband med en efterföljande omorganisation.
- 54 Slutligen, i syfte att framhålla samtliga aspekter som den hänskjutande domstolen angett, erinrar domstolen om att tillstånd eller förbud för medlemsstaternas offentliga organ eller vissa kategorier av dessa organ att bedriva verksamhet på marknaden, som ligger utanför deras huvudsakliga verksamhet, omfattas av medlemsstaternas lagstiftning. Det ankommer med andra ord på medlemsstaterna att bedöma huruvida en sådan verksamhet är förenlig med de organens institutionella syften och deras stadgar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 48). Således omfattas även den omständigheten att de offentliga organ som

berörs av en överföring av befogenheter har eller inte har möjlighet att bedriva viss verksamhet på marknaden av medlemsstaternas interna organisation. Detta saknar för övrigt betydelse för bedömningen av vilket slags överföring det är fråga om, då de villkor som anges i punkterna 47–51 i förevarande dom är uppfyllda.

55 Av det anförda följer att den första frågan ska besvaras enligt följande.

- Artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det inte föreligger ett offentligt kontrakt när ett avtal ingås mellan två lokala myndigheter, såsom det avtal som är i fråga i det nationella målet, enligt vilket nämnda myndigheter antar stadgar avseende bildande av ett kommunalförbund, som är en offentlighetsjuridisk person, varvid detta nya offentliga organ ges vissa befogenheter som nämnda myndigheter har haft fram till dess och som hädanefter tillkommer kommunalförbundet.
- En sådan överföring av befogenheter rörande fullgörande av allmännyttiga uppdrag föreligger emellertid endast om den både avser det ansvar som följer av de överförda befogenheterna och den offentliga makt som krävs för att fullgöra de uppdrag som befogenheterna omfattar, så att det offentliga organ som tilldelats befogenheter är självständigt såväl vad beträffar beslutsfattande som i ekonomiskt hänseende, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Den andra frågan

56 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

57 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas på så sätt att det inte föreligger ett offentligt kontrakt när ett avtal ingås mellan två lokala myndigheter, såsom det avtal som är i fråga i det nationella målet, enligt vilket nämnda myndigheter antar stadgar avseende bildande av ett kommunalförbund, som är en offentlighetsjuridisk person, varvid detta nya offentliga organ ges vissa befogenheter som nämnda myndigheter har haft fram till dess och som hädanefter tillkommer kommunalförbundet.

En sådan överföring av befogenheter rörande fullgörande av allmännyttiga uppdrag föreligger emellertid endast om den både avser det ansvar som följer av de överförda befogenheterna och den offentliga makt som krävs för att fullgöra de uppdrag som befogenheterna omfattar, så att det offentliga organ som tilldelats befogenheter är självständigt såväl vad beträffar beslutsfattande som i ekonomiskt hänseende, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Underskrifter