Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 30 juni 2016 [1]

Mål C-51/15

Remondis GmbH & Co. KG Region Nord
mot
Region Hannover

(begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Celle (Celles regionala överdomstol, Tyskland))

”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”

1. I förevarande mål, vilket avser en begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Celle (Celles regionala överdomstol, Tyskland), kommer domstolen att få tillfälle att pröva den svåra frågan om växelverkan mellan medlemsstaternas befogenhet att omorganisera och unionens lagstiftning om offentlig upphandling. Närmare bestämt ska domstolen klargöra huruvida, och eventuellt på vilka villkor, rättsakter varigenom det sker en överföring av befogenheter mellan förvaltningsmyndigheter kan utgöra ett offentligt kontrakt, och således omfattas av unionsbestämmelserna på området. Detta är en fråga av stor praktisk betydelse som har väckt intresse i doktrinen, särskilt i Tyskland, och som domstolen ännu inte har haft tillfälle att pröva direkt.

2. De frågor som ställts av den hänskjutande domstolen i förevarande mål har uppkommit i ett mål mellan ett företag som tillhandahåller avfallshanteringstjänster, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (nedan kallat Remondis) och Region Hannover (nedan kallad regionen Hannover). Målet rör huruvida det är lagenligt att regionen Hannover har överfört de uppdrag avseende behandling av avfall som den ansvarade för till ett offentligt organ, Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (regionen Hannovers kommunalförbund) (nedan kallat Kommunalförbundet), som regionen bildade för det ändamålet tillsammans med Landeshauptstadt Hannover (huvudstaden i delstaten Hannover, Tyskland) (nedan kallad Hannover stad).

1 — Originalspråk: franska.

3. Den hänskjutande domstolen vill i huvudsak få klarhet i huruvida en sådan transaktion utgör ett offentligt kontrakt enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG [2] och, om svaret är jakande, huruvida en sådan transaktion kan vara undantagen från tillämpningsområdet för unionens lagstiftning om offentlig upphandling med stöd av det så kallade *in house*-undantaget, enligt domen Teckal, [3] eller undantaget för avtal om inrättande av ett samarbete mellan offentliga organ, enligt domen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [4]

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätt*

4. I artikel 4.2 FEU föreskrivs följande:

”Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. …”

5. Enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 avses med offentliga kontrakt, i detta direktiv, 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 direktivet.

6. Direktiv 2004/18 upphävdes genom direktiv 2014/24, [5] vilket enligt artikel 90.1 i nämnda direktiv ska införlivas av medlemsstaterna senast den 18 april 2016.

7. I skäl 4 i direktiv 2014/24 föreskrivs att ”[d]e allt mer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling; detta klargörande 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 byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt.”

8. I artikel 1.6 i direktiv 2014/24 föreskrivs att ”[ö]verenskommelser, 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”.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse i L 351, 2004, s. 44).

3 — Dom av den 18 november 1999, C-107/98 (EU:C:1999:562).

4 — Dom av den 19 december 2012, C-159/11 (EU:C:2012:817).

5 — 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).

B – *Nationell rätt*

9. I Tyskland uppställer den federala lagstiftningen skyldigheter i fråga om avfallshantering för de offentligrättsliga juridiska personer som ansvarar för detta åtagande enligt delstatens lagstiftning. [6] Vad beträffar delstaten Niedersachsen anges det i denna delstats avfallslag att förvaltningsdistrikten och de självständiga städerna utgör offentligrättsliga myndigheter som ansvarar för behandling av avfall och det föreskrivs att dessa ska ersättas av de kommunalförbund som bildas av dessa myndigheter för att sköta behandlingen av avfall när detta föreskrivs i kommunalförbundets förbundsordning. [7]

10. Enligt Niedersachsens lag om kommunalförbund, i den lydelse som var i kraft när Kommunalförbundet bildades, [8] har kommunerna, i syfte att gemensamt fullgöra vissa uppdrag som de har rätt eller skyldighet att utföra, möjlighet att gå samman i frivilliga kommunalförbund, eller de kan samlas i obligatoriska kommunalförbund. Kommunalförbunden är offentligrättsliga myndigheter som själva sköter sin administration på eget ansvar. Om ett kommunalförbund bildas, ska rätten och skyldigheten som de kommuner som deltar i ett kommunalförbund har att fullgöra det uppdrag som kommunalförbundet har getts överlämnas till detta kommunalförbund. Kommunalförbundets stadgar ska vidare reglera frågan hur behoven i samband med uppdraget ska täckas, så att medlemmarna i kommunalförbundet är skyldiga att erlägga avgifter som ska fastställas årligen, i den mån kommunalförbundets övriga intäkter inte räcker för att täcka kostnaderna för dess uppdrag.

11. I Niedersachsens lag om kommunalt samarbete, i den lydelse som var i kraft när beslutet om hänskjutande skickades, [9] föreskrivs bland annat att överlämnandet av ett offentligt uppdrag till ett kommunalförbund ska åtföljas av en överföring av samtliga rättigheter och skyldigheter i samband med fullgörandet av uppdraget och att kommunalförbundet ska ta ut en avgift från sina medlemmar i den mån de övriga intäkterna inte räcker för att täcka dess finansiella behov.

II – Bakgrund, det nationella förfarandet och tolkningsfrågorna

A – *Bildandet av Kommunalförbundet och dess förbundsordning*

12. Innan Kommunalförbundet bildades, i enlighet med den tyska federala lagstiftningen och delstaten Niedersachsens avfallslagstiftning, ansvarade regionen Hannover och Hannover stad för uppdraget att sköta avfallshantering och behandling av avfall inom förvaltningsdistriktet Hannover respektive Hannover stad.

13. Till följd av vissa lagändringar rörande regionen Hannover och i syfte att omorganisera detta uppdrag, ingick regionen Hannover och Hannover stad den 29 november 2002 en överenskommelse genom vilken Hannover stad överlämnade de uppdrag som ålåg den i egenskap av offentligrättsligt organ med ansvar för avfallshantering, till regionen Hannover.

6 — Se 17 § punkt 1 och 20 § punkt 1 i Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG – lagen om cirkulär ekonomi i fråga om avfall), samt 13 § och 15 § i Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG – lagen om cirkulär ekonomi och om avfall), som var i kraft när Kommunalförbundet bildades.

7 — Se 6 § i Niedersächsische Abfallgesetz, i dess lydelse av den 14 juli 2003, och 6 § punkt 1, i dess lydelse av den 14 oktober 1994 som var i kraft när Kommunalförbundet bildades.

8 — Niedersächsischen Zweckverbandsgesetz av den 7 jun 1939. Se, särskilt, 1 §, 2 § led 1, 4 § och 29 § led 1 i lagen.

9 — Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit av den 21 december 2011. Se, särskilt, 1 §, 2 §, 7 §, 8 §, 9 § och 16 §.

14. Kort därefter, 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).[10] Genom denna förbundsordning bildade de Kommunalförbundet, organiserade dess verksamhet och gav det olika uppdrag.

15. Enligt förbundsordningen utgör Kommunalförbundet en offentligrättslig myndighet (2 § punkt 3), som träder i regionen Hannovers ställe i egenskap av offentligrättsligt organ med ansvar för avfallshantering enligt den relevanta lagstiftningen (4 § punkt 1). Förutom avfallshantering (så kallat uppdrag av typ B), ansvarar Kommunalförbundet även för andra uppgifter, varav vissa enbart avser Hannover stad (så kallade uppdrag av typ C) och andra är gemensamma för dess båda medlemmar (så kallade uppdrag av typ A).[11]

16. Enligt förbundsordningen ska Kommunalförbundet även hantera avfall för återvinning och kan för det ändamålet ingå avtal med blandade system (”duale Systeme”, 4 § punkt 4). Kommunalförbundet får anlita utomstående för att utföra sina uppdrag och för det syftet gå in som delägare i företag och organ (4 § punkt 5). Kommunalförbundet ska vidare anta stadgar och föreskrifter om nyttjandet av dess offentliga infrastruktur och om uttag av avgifter, bidrag och ersättning för kostnader (4 § punkt 6).

17. Enligt 5 § i Kommunalförbundets förbundsordning ska regionen Hannover och Hannover stad utan kostnad tillskjuta Kommunalförbundet sina respektive organ som hittills har ansvarat för utförandet av uppdrag avseende avfallshantering, vägrenhållning och vinterunderhåll, samt 94,9 procent av andelarna i Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH (nedan kallat ARH), som är ett bolag som ombesörjer behandlingen av avfall åt regionen Hannover och som fram till dess var helägt av denna region.

18. Kommunalförbundets beslutande församling består 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 (7 § punkterna 1 och 3). Vid omröstning rörande uppdrag av typ A, har företrädarna för de två medlemmarna i Kommunalförbundet rösträtt i den beslutande församlingen. Vid omröstning rörande uppdrag av typ B eller C, är det däremot antingen företrädarna för regionen Hannover (för uppdrag av typ B), eller företrädarna för Hannover stad (för uppdrag av typ C) som har rösträtt (7 § punkt 2). Enligt 8 § i förbundsordningen har den beslutande församlingen behörighet att bland annat ändra förbundsordningen och att utse Kommunalförbundets administrativa chef (*Geschäftsführerin/führer*).[12]

19. Enligt 16 § punkt 1 i Kommunalförbundets förbundsordning ska slutligen Kommunalförbundet på lång sikt åtminstone säkerställa att dess kostnader täcks av dess intäkter. I 16 § punkt 2 föreskrivs dock att i den mån dess intäkter inte räcker för att täcka kostnaderna för dess uppdrag, är de två organ som bildat Kommunalförbundet skyldiga att erlägga avgifter som ska fastställas årligen.

20. Det framgår av handlingarna i målet att år 2011 hade Kommunalförbundet och ARH 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, och att enligt prognoserna för år 2013 skulle dessa belopp uppgå till 188 670 370,92 euro respektive 13 085 190,85 euro.

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

11 — Närmare bestämt framgår det av 4 § punkt 2 i Kommunalförbundets förbundsordning att uppdragen av typ C, som Kommunalförbundet utför åt Hannover stad inom dess territorium, avser vägrenhållning, vinterunderhåll och förvaltning av fordonspark och att uppdragen av typ A, vilka är gemensamma för de båda medlemmarna, avser både avfallshantering och vägrenhållning.

12 — Det framgår av beslutet om hänskjutande att Kommunalförbundets beslutande församling även har behörighet, bland annat, att välja sin egen ordförande, i de frågor som förbundsstyrelsen eller den administrativa kommittén fattar beslut om med tillämpning av Niedersachsens kommunala föreskrifter samt i de frågor som inte omfattas av den administrativa chefens behörighet enligt samma förbundsordning.

B – *Det nationella förfarandet och tolkningsfrågorna*

21. Med hänsyn till storleken på den omsättning som Kommunalförbundet numera har från verksamhet som utförs med utomstående utan band till dess två medlemmar, ingav Remondis ett överklagande (*Nachprüfungsantrag*) till Vergabekammer (nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar). I sitt överklagande gjorde Remondis gällande att de villkor som gör det möjligt att avstå från att inleda ett anbudsförfarande genom en tilldelning av kontrakt ”*in house*” enligt domen Teckal [13] inte längre är uppfyllda. Remondis har hävdat att under dessa omständigheter ska bildandet av Kommunalförbundet och det samtidiga överlämnandet av uppdrag till detta förbund hädanefter anses utgöra en ”rättsstridig de facto-tilldelning” och att regionen Hannover på grund av denna ogiltighet åter blir det offentligrättsliga organ som är behörigt i fråga om avfallshantering. Enligt Remondis följer härav att regionen Hannover är skyldig att anordna ett anbudsförfarande, i den mån som den inte har för avsikt att själv tillhandahålla de motsvarande tjänster som åligger den.

22. Överklagandet avslogs av nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar. [14] Remondis ingav därför ett överklagande till den hänskjutande domstolen och yrkade att avslagsbeslutet skulle upphävas. Vid nämnda domstol har Remondis bland annat gjort gällande att bildandet av Kommunalförbundet och det samtidiga överlämnandet av uppdrag till förbundet utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Regionen Hannover och Kommunalförbundet anser att bildandet av Kommunalförbundet och överlämnandet av uppdrag till detta förbund inte omfattas av tillämpningsområdet för lagstiftningen om offentlig upphandling, eftersom bildandet och överlämnandet grundade sig på ett beslut i enlighet med stadgarna och inte på ett avtal eller en administrativ överenskommelse.

23. Den hänskjutande domstolen har uppgett att utgången i den tvist som är anhängig vid den beror på svaret på Remondis argument som har omnämnts i föregående punkt. Den har hävdat att enligt den förhärskande uppfattningen i tysk doktrin kräver bildandet av kommunalförbund och överlämnandet av uppdrag till dessa inte en anbudsinfordran, eftersom sådana åtgärder inte utgör ett offentligt kontrakt, utan endast en omfördelning av befogenheter som utgör en åtgärd som avser statens interna organisation och som garanteras i konstitutionen. Den hänskjutande domstolen är dock osäker på huruvida denna uppfattning är förenlig med domstolens praxis, av vilken det framgår att avtal som ingåtts mellan flera offentliga organ för att utföra ett offentligt uppdrag inom ramen för kommunalt samarbete i princip också omfattas av lagstiftningen om offentlig upphandling, såvida inte vissa exakt definierade undantag är tillämpliga.

24. Bildandet av Kommunalförbundet och det samtidiga överlämnandet av uppdrag till detta förbund grundar sig i förevarande fall på överenskommelsen mellan förbundets medlemmar, och detta enligt ett offentligrättsligt kontrakt. Om det skulle visa sig att bildandet och överlämnandet utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/18, skulle detta direktiv vara tillämpligt i den mån som alla de andra villkoren som krävs för att tillämpa direktivet är uppfyllda. På grund av bestämmelserna i 5 § och 16 § i Kommunalförbundets förbundsordning anser den hänskjutande domstolen i synnerhet att det offentliga kontraktet är av ekonomisk art.

13 — Dom av den 18 november 1999 (C-107/98, EU:C:1999:562). Enligt punkt 50 i den domen är unionens lagstiftning om offentlig upphandling inte tillämplig för det fall ett offentligt organ samtidigt utövar en kontroll över det organ som tillhandahåller det varor eller tjänster motsvarande den kontroll som det utövar över sin egen förvaltning, och det andra organet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med det eller de offentliga organ som innehar det.

14 — Nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar slog fast att den omsättning som härrörde från transaktioner med i förhållande till Kommunalförbundet utomstående parter inte översteg tröskelvärdet för att Kommunalförbundet inte längre ska anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning, enligt dom av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562).

25. Vidare anser den hänskjutande domstolen att om den aktuella transaktionen utgör ett offentligt kontrakt enligt direktiv 2004/18, ska det undersökas huruvida principerna för ”*in house*-tilldelning” enligt den rättspraxis som bygger på domen i målet Teckal [15] eller principerna om samarbete mellan offentliga organ enligt domen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [16] ska tillämpas på detta kontrakt.

26. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen genom beslut av den 17 december 2014 ansett det vara nödvändigt att vilandeförklara målet som är anhängigt vid den för att hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen för förhandsavgörande:

”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 detta överlämnande 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 överlämnandet av uppgifter inte hör till någon av de ’två typer av avtal’ som, trots att de ingås av offentliga organ, enligt domstolens praxis … inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling?

2) Om fråga 1 besvaras jakande: Ska frågan huruvida bildandet av ett kommunalförbund och det därmed förbundna överlämnandet av uppgifter till detta förbund undantagsvis faller utanför tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling avgöras enligt de principer som domstolen har utvecklat 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 som det 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, för ett liknande resonemang, 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, i det avseendet, dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 34 och följande punkter) som är tillämpliga?”

III – Förfarandet vid domstolen

27. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 6 februari 2015. Remondis, regionen Hannover, Kommunalförbundet, den franska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med yttranden. Vid förhandlingen den 20 april 2016 deltog Remondis, regionen Hannover, Kommunalförbundet och kommissionen.

15 — Dom av den 18 november 1999 (C-107/98, EU:C:1999:562).

16 — Dom av den 19 december 2012 (C-159/11, EU:C:2012:817).

IV – Rättslig bedömning

A – *Den första tolkningsfrågan*

28. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida ett sådant avtal som det som är i fråga i det nationella målet, mellan två lokala eller regionala myndigheter – enligt vilket myndigheterna genom stadgar har bildat ett gemensamt kommunalförbund med egen rättskapacitet, vilket självständigt ska handha vissa uppgifter som hittills har ålegat de aktuella myndigheterna – utgör ett offentligt kontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, och av den anledningen omfattas av bestämmelserna i detta direktiv.

29. I sin fråga har den hänskjutande domstolen därefter framhållit fyra omständigheter som den anser kännetecknar den aktuella transaktionen, nämligen följande: För det första att överlämnandet av uppgifter avser tillhandahållande av tjänster, i den mening som avses i direktiv 2004/18. För det andra att detta överlämnande sker mot betalning. För det tredje att kommunalförbundet bedriver verksamhet som går utöver de uppgifter som tidigare ålåg de aktuella myndigheterna. För det fjärde att överlämnandet av uppgifter inte hör till någon av de ”två typer av avtal” som, trots att de ingås av offentliga organ, enligt domstolens praxis inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling.

30. Den första tolkningsfrågan syftar således till att göra det möjligt för den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den transaktion som Remondis har ifrågasatt vid nämnda domstol, nämligen regionen Hannovers och Hannover stads bildande av Kommunalförbundet och det samtidiga överlämnandet till Kommunalförbundet av de uppgifter som de ursprungligen hade tilldelats, ska kvalificeras som ett offentligt kontrakt enligt direktiv 2004/18.

31. De berörda parter som har inkommit med yttranden till domstolen har gjort gällande motsatta ståndpunkter i det avseendet. Å ena sidan anser regionen Hannover, Kommunalförbundet, den franska och den österrikiska regeringen att en sådan överföring av befogenheter som den som skedde i samband med denna transaktion i princip inte hör till området för offentlig upphandling. Å andra sidan har kommissionen och Remondis gjort gällande den motsatta uppfattningen, nämligen att en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18.

32. Domstolen har ännu inte haft tillfälle att specifikt undersöka frågan huruvida, och eventuellt på vilka villkor, en överföring av befogenheter mellan myndigheter kan utgöra ett offentligt kontrakt. Förekomsten av en överföring av befogenheter har dock omnämnts i några domar, bland annat i målen kommissionen/Frankrike[17] och Piepenbrock,[18] vilka ger användbara upplysningar för bedömningen. Det ska således hänvisas till denna vägledning vid besvarandet av den hänskjutande domstolens första fråga.

1. Förhållandet mellan begreppet offentligt kontrakt och överföring av befogenheter mellan myndigheter

33. I artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 definieras ett offentligt kontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en ekonomisk aktör och en upphandlande myndighet och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i själva direktivet.

17 — Dom av den 20 oktober 2005 (C-264/03, EU:C:2005:620). Se särskilt punkt 54.

18 — Dom av den 13 juni 2013 (C-386/11, EU:C:2013:385).

34. Bland de olika principer som domstolen har utvecklat med hänsyn till begreppet offentligt kontrakt, ska det, med avseende på förevarande mål, först erinras om att det följer av rättspraxis att den rättsliga kvalificeringen av en transaktion som ett offentligt kontrakt omfattas av unionsrätten och att en eventuell kvalificering av en transaktion som gjorts i nationell rätt därvid inte är avgörande. [19] Härav följer att även om den aktuella transaktionen i förevarande fall inte har kvalificerats som ett offentligt kontrakt i tysk rätt, utgör denna omständighet inte något hinder mot en sådan kvalificering i unionsrätten.

35. Vidare framgår det även av rättspraxis att om tilldelningen av ett offentligt kontrakt sker inom ramen för en rättslig konstruktion som innefattar flera transaktioner, ska tilldelningen av kontraktet bedömas med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte, för att bevara den ändamålsenliga verkan hos unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. [20] Härav följer att det ska göras en helhetsbedömning av en sådan transaktion som den som är i fråga i det nationella målet, vilken sker i flera moment och som bland annat omfattar bildandet av ett rättsligt organ, för att avgöra huruvida transaktionen ger upphov till tilldelningen av ett offentligt kontrakt som omfattas av unionsbestämmelserna.

36. Vidare framgår det av själva ordalydelsen i ovannämnda definition av begreppet offentligt kontrakt i direktiv 2004/18, vilken hänvisar till ”ett kontrakt med ekonomiska villkor”, att en väsentlig del av detta begrepp är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Ett offentligt kontrakt kännetecknas av att det sker ett utbyte av prestationer mellan den upphandlande myndigheten, som betalar ett pris, och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, vilken i utbyte mot detta pris åtar sig att utföra byggentreprenader eller uppföra byggnadsverk eller tillhandahålla tjänster. [21] Begreppet offentligt kontrakt förutsätter och åsyftar således transaktioner av den upphandlande myndigheten för att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster mot vederlag. [22]

37. Vad specifikt avser den ekonomiska arten, framgår det – såsom den hänskjutande domstolen har påpekat – av rättspraxis att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt enbart på grund av att det är fråga om en ersättning som endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna. [23]

38. Det framgår däremot klart av rättspraxis att statens interna organisation inte omfattas av unionsrätten. Domstolen har nämligen vid flera tillfällen medgett att det står varje medlemsstat fritt att som den finner lämpligt fördela befogenheterna på ett inhemskt plan [24] och att frågan på vilket sätt utövandet av de offentliga befogenheterna organiseras inom staten uteslutande ska avgöras enligt den konstitutionella ordningen i varje medlemsstat. [25]

19 — Dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

20 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2005, kommissionen/Österrike (C-29/04, EU:C:2005:670, punkt 41 och följande punkter).

21 — Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 62), och punkt 77 i mitt förslag till avgörande i samma mål (EU:C:2009:710). Se även generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i målet kommissionen/Spanien (C-306/08, EU:C:2010:528, punkterna 84 och 87) och generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i målet kommissionen/Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:340, punkt 47).

22 — Se, i det avseendet, uttryckligen skäl 4 i direktiv 2014/24. Beträffande dess relevans i förevarande mål, se punkterna 45 och 46 i förevarande förslag till avgörande.

23 — Se dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 29), dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 31), och dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 37).

24 — Se dom av den 3 april 2014, Cascina Tre Pini (C-301/12, EU:C:2014:214, punkt 42), dom av den 4 oktober 2012, kommissionen/Belgien (C-391/11, EU:C:2012:611, punkt 31), och dom av den 16 juli 2009, Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458, punkt 50).

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458 punkt 49), och, vad särskilt avser Förbundsrepubliken Tyskland, dom av den 12 juni 2014, Digibet och Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, punkt 33).

39. Denna rättspraxis överensstämmer för övrigt med artikel 4.2 andra meningen FEU, i vilken det föreskrivs att unionen ska respektera väsentliga statliga funktioner, till vilka den funktion som kan definieras som funktionen för statens interna egenorganisation säkerligen hör. Vidare är den förenlig med principen om tilldelade befogenheter som föreskrivs i artikel 5.1 FEU och 5.2 FEU, eftersom ingen bestämmelse har gett unionen befogenhet att ingripa i medlemsstaternas interna organisation.

40. I det avseendet har domstolen, i ett fall som – i likhet med det nu aktuella målet – avsåg Förbundsrepubliken Tyskland, uttryckligen slagit fast att unionsrätten inte kan ifrågasätta befogenhetsfördelningen mellan lokala eller regionala myndigheter, eftersom denna skyddas av 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. [26]

41. Eftersom sekundärrättsakter, såsom i förevarande fall direktiv 2004/18, ska rätta sig efter primärrätten, ska det anses att dessa rättsakter inte kan tolkas så, att de tillåter inblandning i medlemsstaternas institutionella struktur. Härav följer att de rättsakter som avser intern omorganisation av statens befogenheter inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsrätten och, mer specifikt, unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.

42. En rättsakt varigenom en myndighet, ensidigt inom ramen för sina institutionella befogenheter, eller flera myndigheter, inom ramen för en offentligrättslig överenskommelse, överför vissa offentliga befogenheter från ett offentligt organ till ett annat offentligt organ utgör en rättsakt som avser medlemsstatens interna omorganisation. En sådan rättsakt är således i princip undantagen från tillämpningsområdet för unionsrätten och, närmare bestämt, unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. [27]

43. Det framgår för övrigt av själva ordalydelsen i den ovannämnda definitionen av offentligt kontrakt att detta begrepp inte avser de rättsakter varigenom myndigheter överför befogenheter, särskilt för utförandet av allmännyttiga uppdrag i samband med en omorganisation av dessa uppdrag. Sådan överföring av befogenheter avser nämligen inte ”anskaffning mot vederlag” av varor eller tjänster, utan går långt utöver detta, genom att ge upphov till en överföring av skyldigheter och rättigheter att utföra de aktuella uppdragen, däribland den officiella makten att fastställa regelverket för fullgörandet av dessa uppdrag. Sådana rättsakter omfattas således inte av huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, nämligen att öppna upp området för upphandling av byggentreprenader, varor eller tjänster för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. [28]

44. En sådan tolkning bekräftas dessutom numera uttryckligen av bestämmelsen i artikel 1.6 i direktiv 2014/24, vilken undantar rättsliga instrument för överföring mellan upphandlande myndigheter av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag, utan att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning, från direktivets tillämpningsområde, såsom rättsakter som är en del av medlemsstatens interna organisation.

45. Det ska i det avseendet påpekas att den omständigheten att direktiv 2014/24 inte är tidsmässigt tillämpligt (*ratione temporis*) i förevarande mål och att direktiv 2004/18 inte innehöll någon motsvarande bestämmelse inte gör det möjligt att dra slutsatsen att den princip som anges i artikel 1.6 i direktiv 2014/24 inte skulle ha varit tillämplig på begreppet offentligt kontrakt som föreskrivs i direktiv 2004/18.

26 — Dom av den 12 juni 2014, Digibet och Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, punkt 34).

27 — Kommissionen har redan avslutat överträdelseförfaranden som inletts mot Förbundsrepubliken Tyskland, med beaktande av att den fullständiga överföringen av en offentlig tjänst från ett offentligt organ till ett annat, för att denna tjänst ska utföras av mottagaren helt självständigt och på eget ansvar, hör till den berörda medlemsstatens interna organisation av den offentliga förvaltningen och omfattas således inte av unionsrätten. Se pressmeddelande av den 21 mars 2007 (IP/07/357).

28 — Dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 22 och där angiven rättspraxis). Se, i det avseendet, även dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 47).

46. Den omständigheten att rättsakter som avser medlemsstaternas interna organisation och varigenom det sker en överföring av befogenheter är undantagna från tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna om offentlig upphandling står nämligen, såsom har angetts ovan, inte bara i överensstämmelse med primärrätten, såsom denna har tolkats av domstolen i dess praxis före antagandet av direktiv 2014/24, utan det framgår även av skäl 4 i direktiv 2014/24 att klargörandet av begreppet offentligt kontrakt som skett genom detta direktiv inte utvidgar tillämpningsområdet i jämförelse med direktiv 2004/18. Härav följer att bestämmelsen i artikel 1.6 i direktiv 2014/24 endast klargör begreppet offentligt kontrakt utan att ändra dess omfattning jämfört med det begrepp som fanns då direktiv 2004/18 gällde.

47. Även om det av det ovan anförda framgår att de rättsakter som avser medlemsstaternas interna organisation inte omfattas av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, ändrar detta inte det faktum att de offentliga myndigheterna, såsom framgår av domstolens fasta praxis, inte får göra konstlade upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling, för att undgå de skyldigheter som följer av dessa bestämmelser.[29] Härav följer att transaktioner som i huvudsak avser anskaffning av varor eller tjänster mot vederlag av en eller flera upphandlande myndigheter omfattas av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, när villkoren för att tillämpa dessa bestämmelser är uppfyllda, och detta trots att de eventuellt formellt har kvalificerats som en rättsakt som avser intern omorganisation,[30] och ett sådant synsätt är för övrigt förenligt med den rättspraxis som har angetts i punkt 34 i detta förslag till avgörande.

2. De huvudsakliga kännetecknen för överföringar av befogenheter

48. Trots att begreppet rättsligt instrument för överföring av befogenheter numera uttryckligen omnämns i artikel 1.6 i direktiv 2014/24, finns det inte någon bestämmelse i unionsrätten som fastställer dess gränser. Skälet till detta är att fastställandet av villkoren och de närmare bestämmelserna för överföring av befogenheter hör till nationell rätt, eftersom det ankommer på varje medlemsstat att fastställa statens interna organisation. Under dessa omständigheter är jag inte säker på att det är lämpligt att fastställa ett självständigt begrepp i unionsrätten för begreppet rättsligt instrument för överföring av befogenheter. Det är dock lämpligt att i grova drag beskriva de huvudsakliga kännetecknen för överföringar av befogenheter för att kunna identifiera under vilka omständigheter ett rättsligt instrument ger upphov till en sådan överföring och således ska anses vara undantaget från tillämpningsområdet för unionsrättens bestämmelser, särskilt i fråga om offentlig upphandling.

49. De rättsliga instrumenten för överföring av befogenheter mellan myndigheter kan anta mycket olika former, vilka kan variera beroende på varje berörd medlemsstats och/eller myndighets specifika karaktär. Sådana instrument kan till exempel innefatta lagar eller föreskrifter, beslut av en myndighet eller offentligrättsliga överenskommelser som ingåtts mellan flera myndigheter. En överföring av befogenheter kan ske på ett ”vertikalt” plan, när det rör sig om en överföring från staten till en lokal eller regional myndighet av lägre rang. Den kan även ske på ett ”horisontellt” plan, när flera lokala eller regionala myndigheter skapar en gemensam struktur som tilldelas de befogenheter som tidigare utövades av dessa lokala eller regionala myndigheter. En horisontell överföring av befogenheter kan dessutom ske ”frivilligt”, det vill säga på grundval av ett gemensamt beslut av de berörda myndigheterna, eller vara ”obligatorisk”, det vill säga att den åläggs av en överordnad myndighet.[31]

29 — Se, bland annat, dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 48), och dom av den 10 september 2009, Sea (C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 71).

30 — Så var fallet i målet Piepenbrock (dom av den 13 juni 2013, C-386/11, EU:C:2013:385). Se punkt 64 och fotnot 44 i förevarande förslag till avgörande.

31 — Enligt exempelvis Niedersachsens lag om kommunalförbund, som har nämnts i punkt 10 i förevarande förslag till avgörande, kan bildandet av kommunalförbund vara ”frivilligt” eller ”obligatoriskt”.

50. I målet kommissionen/Frankrike [32] gav domstolen viss användbar vägledning för att identifiera de huvudsakliga kännetecknen för överföringar av befogenheter. Det målet avsåg en talan som kommissionen väckte för att domstolen skulle fastställa att Republiken Frankrike hade underlåtit att uppfylla vissa av sina skyldigheter enligt den unionslagstiftning om offentlig upphandling som var i kraft vid den tidpunkten. I domen slog domstolen, som svar på ett argument som hade åberopats av medlemsstaten för att motivera den ifrågasatta nationella lagstiftningen, fast att denna lagstiftning inte gav upphov till en överföring av offentliga befogenheter. [33]

51. För att komma fram till detta, stödde sig domstolen på tre överväganden. [34] För det första kunde den myndighet som ursprungligen hade befogenhet inte avsäga sig sin befogenhet, eftersom den relevanta nationella lagstiftningen inte tillät detta. För det andra kunde det organ som hade tilldelats befogenheten inte agera utan att först ha fått samtycke av den myndighet som ursprungligen hade befogenhet, vilket gjorde att organet inte var självständigt vid utförandet av de uppgifter som var knutna till denna befogenhet. För det tredje finansierades fullgörandet av uppdraget av den myndighet som ursprungligen hade befogenhet, vilket medförde att det organ som hade tilldelats befogenheten inte hade något handlingsutrymme i det avseendet.

52. En analys av de överväganden som domstolen gjorde i den domen gör det möjligt att identifiera vissa faktorer som kännetecknar överföringar av befogenheter, särskilt horisontella överföringar, som är den kategori som eventuellt är relevant i förevarande mål.

53. För det första framgår det av det krav som domstolen framhöll, nämligen att den överförande myndigheten ska avsäga sig sin befogenhet, att det, för att en överföring av befogenhet verkligen ska ske, krävs att det rör sig om en *fullständig överföring*. [35] Det organ som befogenheterna överförs till ska således ha all makt och allt ansvar som krävs för att till fullo och självständigt utföra det offentliga uppdrag som är skälet till att det har tilldelats befogenheterna. Organet ska bland annat ha makt att fastställa regelverket och de närmare bestämmelserna för fullgörandet av detta uppdrag. Efter överföringen ska däremot den överförande myndigheten vara fråntagen alla befogenheter avseende det aktuella allmännyttiga uppdraget.

54. Jag anser däremot inte att det är nödvändigt att det föreskrivs att överföringen är oåterkallelig, för att en verklig överföring av befogenheter ska anses ha ägt rum. Den överförande myndighetens återfående av befogenheterna får dock inte vara avhängigt av utövandet av en befogenhet att ensidigt häva överenskommelsen som denna myndighet har getts för det fall uppdraget utförs på ett bristfälligt sätt. En sådan möjlighet hör nämligen till ett avtalsmässigt tankesätt som enligt min mening inte är relevant för överföringar av befogenheter. Ett återfående av befogenheter skulle däremot kunna vara resultatet av en ny omorganisation av de aktuella offentliga uppdragen.

55. För det andra framgår det av det krav som domstolen framhöll, nämligen att det organ till vilket befogenheterna har överförts inte ska agera efter samtycke av den överförande myndigheten, att detta organ, för att överföringen ska vara verklig, måste kunna *helt självständigt* utföra det uppdrag för vars utförande det har tilldelats befogenheterna. Eftersom den överförande myndigheten därefter inte längre har någon befogenhet på det aktuella området, ska den inte heller ha möjlighet att lägga sig i fullgörandet av det uppdrag som numera hör till den fulla befogenhet som tillkommer det organ som befogenheterna har överförts till.

32 — Dom av den 20 oktober 2005 (C-264/03, EU:C:2005:620).

33 — Dom av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike (C-264/03, EU:C:2005:620). Se särskilt punkt 54 i den domen och punkt 41 i generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande i det målet (C-264/03, EU:C:2004:747).

34 — I arbetsdokumentet av den 4 oktober 2011 (SEC(2011)1169 final) om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete) gör kommissionen en tolkning av denna dom (se punkt 4.1, s.19).

35 — Se även s. 20 i kommissionens arbetsdokument som omnämnts i föregående fotnot.

56. När det gäller en överföring av befogenheter att utföra ett allmännyttigt uppdrag, innebär dock detta krav inte nödvändigtvis att en lokal eller regional myndighet som överför sådana befogenheter till ett nytt organ inte får ha något band till detta organ. På grund av det politiska ansvar som den lokala eller regionala myndigheten har gentemot medborgarna med avseende på utförandet av det allmännyttiga uppdraget inom myndighetens territorium, anser jag att det borde vara tillåtet att myndigheten behåller ett visst inflytande över det nya organet, vilket skulle kunna betecknas som en kontroll ”av politiskt slag”.[36] För att överföringen av befogenhet ska vara verklig, får dock den överförande myndigheten inte behålla några befogenheter som har samband med det konkreta fullgörandet av det offentliga uppdraget.

57. För det tredje framhöll domstolen kravet att det organ till vilket befogenheterna har överförts är *ekonomiskt självständigt* vid utförandet av det offentliga uppdrag som är skälet till att befogenheterna har överförts till organet. Vid utförandet av uppdraget får således organet inte vara ekonomiskt beroende av den överförande myndigheten. Denna myndighet, eller varje annan myndighet som är inblandad i den interna omorganisationen av de aktuella offentliga befogenheterna, ska tillhandahålla organet de resurser som krävs för att utföra uppdraget. Tillhandahållandet av dessa resurser utgör dock en nödvändig följd av överföringen av befogenheter. Det får däremot inte motsvara ersättningen för avtalade prestationer, inom ramen för ett ömsesidigt bindande förhållande.[37]

58. Det är på grundval av en helhetsbedömning av transaktionens utformning, vilken tar hänsyn till ovannämnda överväganden, som det ska bedömas huruvida en sådan transaktion som den som har ifrågasatts i det nationella målet har gett upphov till en verklig överföring av befogenheter, vilken som sådan inte omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling, eller om transaktionen tvärtom har gett upphov till ett ömsesidigt bindande förhållande som avser anskaffning av tjänster från de berörda lokala eller regionala myndigheternas sida.

59. Även om det slutligen ankommer på den nationella domstolen, som är ensam behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i det nationella målet, att pröva huruvida den aktuella transaktionen omfattas av begreppet offentligt kontrakt eller har gett upphov till en verklig överföring av befogenheter, är EU-domstolen, som ska ge den nationella domstolen ett användbart svar, behörig att lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra målet.[38] Med beaktande av detta kommer jag, på grundval av de uppgifter som finns bland handlingarna i målet, att begränsa mig till de påpekanden som anges nedan.

3. Huruvida en sådan transaktion som den som har ifrågasatts i det nationella målet ska kvalificeras som ett offentligt kontrakt eller som en överföring av befogenheter

60. När det gäller frågan om kvalificeringen av en sådan transaktion som den som har ifrågasatts av Remondis i det nationella målet, ska det först påpekas att det på ett otvetydigt sätt framgår av beslutet om hänskjutande att bildandet av Kommunalförbundet i förevarande fall gav upphov till en verklig överföring av befogenheter som medförde att regionen Hannover fråntogs sina befogenheter och sitt ansvar i fråga om avfallshantering.

36 — I det dokument som har nämnts ovan i fotnot 34, anser kommissionen på samma sätt att denna möjlighet till inflytande exempelvis kan bestå i att det överförande organets personal deltar i styrelsen eller förvaltningen i den myndighet till vilken befogenheten har överförts eller i att den överförande myndigheten har rätt att få viss information (se s. 20).

37 — Se, i det avseendet, ordalydelsen i artikel 1.6 i direktiv 2014/24 och punkterna 44–46 i förevarande förslag till avgörande.

38 — Dom av den 1 oktober 2015, Trijber och Harmsen (C-340/14 och C-341/14, EU:C:2015:641, punkterna 54 och 55).

61. En sådan bedömning följer redan av själva lydelsen i tolkningsfrågan, som hänvisar till ”självständighet” från Kommunalförbundets sida, och bekräftas uttryckligen av den hänskjutande domstolen i beslutet om hänskjutande. Den följer även av lydelsen i artikel 4.1 i Kommunalförbundets förbundsordning, som har omnämnts i punkt 15 i detta förslag till avgörande, och av de relevanta bestämmelserna i nationell rätt som har omnämnts i punkterna 10 och 11 i detta förslag till avgörande.

62. Kommunalförbundet utför således avfallshanteringsuppdraget såsom ett uppdrag som omfattas av dess egen befogenhet, och enligt 4 § punkt 6 i Kommunalförbundets förbundsordning har förbundet den stadgeenliga befogenhet som krävs för att fullgöra detta uppdrag och enligt 4 § punkt 5 i samma förbundsordning får Kommunalförbundet anlita utomstående, och i det fallet agerar det som en upphandlande myndighet.

63. Vad därefter specifikt beträffar den aktuella transaktionens ekonomiska art, anser den hänskjutande domstolen, med hänvisning till den rättspraxis som omnämnts i punkt 37 i detta förslag till avgörande, att en sådan art går att utläsa av bestämmelserna i 5 § och 16 § punkt 2 i Kommunalförbundets förbundsordning. Av de skäl som jag kommer att förklara i de följande punkterna, anser jag emellertid inte att dessa bestämmelser kan ligga till grund för konstaterandet att transaktionen är av ekonomisk art i den meningen att den innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning.

64. Vad beträffar det förhållandet att Kommunalförbundet utan kostnad tillskjuts de organ som fram till dess har utfört de uppdrag som överföringen av befogenheter avser – ett tillskott som föreskrivs i nämnda 5 § – ska det konstateras att ett sådant tillskott står i överensstämmelse med det i punkt 57 ovan nämnda kravet att det nya behöriga organet, i samband med en överföring av befogenheter, ska tillhandahållas de materiella resurser och personalresurser som krävs för att utföra det uppdrag som är skälet till att organet har tilldelats befogenheterna. Ett sådant tillskott utgör för övrigt bevis för att de två lokala eller regionala organ som berörs av de aktuella offentliga uppdragen har fråntagits alla befogenheter.

65. Vad beträffar skyldigheten att erlägga avgifter, vilken föreskrivs i 16 § i Kommunalförbundets förbundsordning, utgör den en lagstadgad ekonomisk garanti för Kommunalförbundets solvens.[39] Det tycks röra sig om en avgift som skulle kunna definieras som ”subsidiär”, vilken blir aktuell endast om Kommunalförbundet inte lyckas täcka kostnaderna för det offentliga uppdrag som det utför med sina intäkter.[40] En sådan avgift kan inte påverka Kommunalförbundets ekonomiska självständighet, vilket enligt 4 § punkt 6 i nämnda förbundsordning tvärtom har befogenhet att anta stadgar och föreskrifter om avgifter, bidrag och ersättning för kostnader i samband med de uppdrag som förbundet utför. Domstolen har för övrigt redan slagit fast att enbart förekomsten av ett finansieringsavtal mellan två offentliga organ med anledning av fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag som utförs på grundval av egna befogenheter, inte innebär att de tjänster som utförs av ett av dessa organ ska anses ha skett enligt ett offentligt kontrakt.[41]

66. Det tillskott och den garanti som följer av de två bestämmelser som den hänskjutande domstolen har nämnt (nämligen 5 § och 16 § i Kommunalförbundets förbundsordning) kan enligt min mening under alla omständigheter inte på något sätt tolkas som en ersättning till förmån för Kommunalförbundet för de tjänster som det tillhandhåller sina medlemmar.

39 — Se 29 § i Niedersachsens lag om kommunalförbund, som har omnämnts i punkt 10 i förevarande förslag till avgörande, och 16 § i Niedersachsens lag om kommunalt samarbete, som har omnämnts i punkt 11 i förevarande förslag till avgörande. Det framgår dessutom av de yttranden som har ingetts vid domstolen att enligt Niedersachsens lag om insolvens för offentligrättsliga juridiska personer (Niedersächsisches Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts) ”får det inte inledas något insolvensförfarande beträffande tillgångar tillhörande offentligrättsliga juridiska personer som delstaten utövar kontroll över”.

40 — Regionen Hannover har i det avseendet uppgett i sina yttranden att några sådana avgifter i själva verket aldrig har erlagts.

41 — Dom av den 18 december 2007, kommissionen/Irland (C-532/03, EU:C:2007:801, punkt 37).

67. Den aktuella transaktionen, såsom den har presenterats vid domstolen, tycks i själva verket inte alls avse anskaffning av tjänster av två av Kommunalförbundets medlemmar mot ersättning. Den ömsesidigt bindande aspekten, vilken – såsom jag har påpekat i punkt 36 i detta förslag till avgörande – kännetecknar begreppet offentligt kontrakt, tycks saknas i förevarande fall.

68. Vidare tycks det vid första påseende framgå av de uppgifter som finns tillgängliga bland handlingarna i målet att Kommunalförbundet inte bara är ekonomiskt självständigt, utan även är helt självständigt vid fullgörandet av de offentliga uppdrag som det har anförtrotts, och särskilt inom avfallshanteringsverksamheten. Det är i det avseendet visserligen riktigt, såsom har framhållits av Remondis och av kommissionen, att enligt 7 § i Kommunalförbundets förbundsordning är regionen Hannover representerad i Kommunalförbundets beslutande församling och vid omröstning rörande uppdrag som enbart avser avfallshantering är det endast företrädarna för denna region som har rösträtt. Det tycks dock framgå av 8 § i samma förbundsordning att den beslutande församlingens befogenheter inte avser det konkreta fullgörandet av offentliga tjänster, utan är begränsade till frågor av institutionell art eller som har samband med efterlevnaden av lagar. Ett inflytande av detta slag tycks snarare höra till den kontroll ”av politiskt slag” som har omnämnts i punkt 56 i detta förslag till avgörande än till utövandet av ett inflytande över de strategiska målen eller de viktiga beslut som fattas av Kommunalförbundet vid fullgörandet av de allmännyttiga uppdrag som omfattas av dess befogenhet.[42] Det ankommer dock på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida så är fallet och huruvida Kommunalförbundet faktiskt är helt självständigt vid fullgörandet av de aktuella offentliga tjänsterna, utan att regionen Hannovers samtycke krävs.

69. Påpekandena ovan visar de väsentliga skillnader som föreligger mellan förevarande mål och målet Piepenbrock,[43] som har omnämnts av den hänskjutande domstolen. I det målet hade nämligen domstolen klart understrukit den omständigheten att myndigheten (Kreis Düren), som hade gett en annan lokal myndighet (Stadt Düren) i uppgift att städa vissa av dess byggnader, hade förbehållit sig rätten att kontrollera att uppgiften utfördes på ett korrekt sätt och att ensidigt säga upp det aktuella offentligrättsliga avtalet om det förekom brister i fullgörandet av detta. Trots att avtalet hade betecknats som ”delegering”, utgjorde det avtalsförhållande som förelåg mellan de två lokala organen inte en verklig överföring av befogenheter, utan ett ömsesidigt bindande förhållande bestående av ett renodlat tillhandahållande av tjänster till förmån för Kreis Düren mot ekonomisk ersättning. Enligt min mening är det därför felaktigt att tolka den domen, såsom har skett i en del av den tyska doktrin som har omnämnts i beslutet om hänskjutande och såsom Remondis har hävdat, som att domstolen i den domen godtog att överföring av befogenheter omfattades av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.[44]

70. Mot bakgrund av det ovan anförda, vars faktiska riktighet det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, tycks den transaktion som är i fråga i det nationella målet i förevarande fall ha gett upphov till en verklig överföring av befogenheter mellan myndigheter som, i egenskap av en rättsakt som avser medlemsstatens interna organisation, inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.

42 — Denna omständighet utgör en faktor som skiljer förevarande fall från det mål som avgjordes genom dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, se särskilt punkt 34), som den hänskjutande domstolen har hänvisat till. Det ska i det avseendet även påpekas att i målet Coditel Brabant hade den berörda regionala myndigheten inte alls planerat någon överföring av befogenheter. Det målet avsåg ingåendet av ett klassiskt avtal om koncession för tjänster och den faktiska bakgrunden var således en helt annan än den i förevarande mål.

43 — Dom av den 13 juni 2013 (C-386/11, EU:C:2013:385).

44 — Enligt min mening hör målet Piepenbrock, underförstått, snarare till den rättspraxis som har omnämnts i punkt 47 i förevarande förslag till avgörande, vilken förbjuder myndigheterna att göra konstlade upplägg (i detta fall en kvalificering) i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling, för att undgå de skyldigheter som följer av dessa bestämmelser. Se i det avseendet den osäkerhet som den hänskjutande domstolen själv redogjorde för i punkt 24 i den aktuella domen.

71. Jag anser även att det är nödvändigt att göra några påpekanden vad beträffar den omständigheten att de erforderliga villkoren för att det ska föreligga ett offentligt kontrakt inte är uppfyllda i förevarande fall. För det första anser jag inte att det är lämpligt, såsom kommissionen har gjort gällande, att utvidga begreppet kontrakt i skriftlig form så långt att det omfattar en sådan transaktion som genomfördes i förevarande fall. Kommissionen tycks ha föreslagit en sådan utvidgning på grundval av farhågor för kringgående av den skyldighet till konkurrensutsättning som uppställs i unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. Även om, såsom framgår av punkt 47 i förevarande förslag till avgörande, sådana farhågor under vissa omständigheter kan visa sig vara helt relevanta, ska det dock konstateras att det inte finns någonting i handlingarna i målet som motiverar sådana farhågor i förevarande fall. Härav följer att en sådan utvidgning av begreppet kontrakt i skriftlig form, som har föreslagits av denna institution, inte på något sätt tycks vara motiverad, då det inte föreligger något sådant kontrakt mellan regionen Hannover och Kommunalförbundet.

72. Jag konstaterar för det andra att även om det, såsom den hänskjutande domstolen och kommissionen har påpekat, är riktigt att avfallshanteringstjänster inte utgör myndighetsutövning och kan utgöra sådana tjänster som avses i punkt 16 i bilaga II A till direktiv 2004/18, så är syftet med den aktuella transaktionen inte enbart att tillhandahålla tjänster utan avser den verkliga överföringen av befogenheten att fullgöra det offentliga uppdrag som består i avfallshantering.

73. Vad, för det tredje, beträffar den omständigheten att Kommunalförbundet utför mer omfattande verksamhet än de uppdrag som tidigare ålåg de aktuella myndigheterna, anser jag att den inte är relevant för kvalificeringen av den aktuella transaktionen som ett offentligt kontrakt.

74. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att den första tolkningsfrågan ska besvaras så, att ett avtal mellan två lokala eller regionala myndigheter – enligt vilket myndigheterna genom stadgar bildar ett offentligrättsligt organ med egen rättskapacitet till vilket de överför befogenheten att fullgöra offentliga uppdrag som hittills har ålegat de aktuella myndigheterna, utan att det föreskrivs att avtalade prestationer ska fullgöras mot ersättning – inte utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, utan utgör en rättsakt som är en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och som av den anledningen inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.

B – *Den andra tolkningsfrågan*

75. Eftersom den hänskjutande domstolen har ställt sin andra tolkningsfråga till domstolen endast för det fall domstolen besvarar den första frågan jakande, och med beaktande av det svar som jag föreslår på den första frågan, anser jag att det saknas skäl att besvara den andra frågan.

76. För alla eventualiteter vill jag bara påpeka att vid en verklig överföring av befogenhet förekommer det varken någon tilldelning av ett kontrakt ”*in house*”, eftersom det i det rättsliga instrumentet för överföring av befogenheten inte föreskrivs att prestationer ska fullgöras mot ersättning, eller något samarbete mellan offentliga organ i enlighet med den rättspraxis som bygger på domen i målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.,[45] med hänsyn till att det genom nämnda instrument sker en överföring av offentliga befogenheter och att det inte avser ett samarbete mellan myndigheter.

45 — Dom av den 19 december 2012 (C-159/11, EU:C:2012:817).

V – Förslag till avgörande

77. På grundval av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Oberlandesgericht Celle (Celles regionala överdomstol, Tyskland) på följande sätt:

Ett avtal mellan två lokala eller regionala myndigheter – enligt vilket myndigheterna genom stadgar bildar ett offentligrättsligt organ med egen rättskapacitet till vilket de överför befogenheten att fullgöra offentliga uppdrag som hittills har ålegat de aktuella myndigheterna, utan att det föreskrivs att avtalade prestationer ska fullgöras mot ersättning – utgör inte ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, utan utgör en rättsakt som är en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och som på grund därav inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.