

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 15 juli 2010 (\*)

”Fördragsbrott – Direktiven 92/50/EEG och 2004/18/EG – Offentlig upphandling av tjänster – Tjänstepensionsförsäkring för kommunalt anställda – Kontrakt har tilldelats direkt utan anbudsinfordran på unionsnivå till försäkringsinstitutioner som anges i ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter”

I mål C-271/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 24 juni 2008,

**Europeiska kommissionen**, företrädd av G. Wilms och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Förbundsrepubliken Tyskland**, företrädd av M. Lumma och N. Graf Vitzthum, båda i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

**Konungariket Danmark**, företrädd av B. Weis Fogh och C. Pilgaard Zinglensen, båda i egenskap av ombud,

**Konungariket Sverige**, företrädd av A. Falk och A. Engman, båda i egenskap av ombud,

intervenienter,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (referent), J.-C. Bonichot och C. Toader samt domarna K. Schiemann, P. Küris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev och J.-J. Kasel,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 januari 2010,

och efter att den 14 april 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

**Dom**

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland till och med den 31 januari 2006 har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med avdelningarna III–VI i rådets direktiv 92/50/EEG av

den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och sedan den 1 februari 2006 artikel 20 jämförd med artiklarna 23–55 i 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, s. 114), genom att kommunala myndigheter och företag med mer än 1 218 anställda har tilldelat kontrakt om tjänstepensionsförsäkring direkt utan föregående anbudsinfordran på unionsnivå till de institutioner och företag som anges i 6 § i kollektivavtalet om omvandling av en del av lönen till pensionsförsäkring för kommunalt anställda (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst, nedan kallat TV-EUmw/VKA).

- 2 Kommissionen justerade i repliken föremålet för talan och yrkade nu att domstolen skulle fastställa att fördragsbrott föreligger, eftersom kommunala myndigheter och företag som hade mer än 2 044 anställda åren 2004–2005, mer än 1 827 anställda åren 2006–2007 och mer än 1 783 anställda från och med år 2008 hade tilldelat dylika kontrakt direkt utan anbudsinfordran på unionsnivå till de institutioner och företag som anges i 6 § TV-EUmw/VKA.
- 3 Vid förhandlingen justerade kommissionen föremålet för talan och yrkade att domstolen skulle fastställa att fördragsbrott föreligger, eftersom kommunala myndigheter och företag som hade mer än 2 697 anställda åren 2004–2005 och mer än 2 402 anställda åren 2006–2007 hade genomfört dessa tilldelningar.

### **Tillämpliga bestämmelser**

#### *Unionsrätten*

#### Direktiv 92/50

- 4 I åttonde skälet i direktiv 92/50 anges att "[d]etta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."
- 5 Enligt artikel 1 a viii i direktiv 92/50 ska med "offentliga tjänsteavtal" i direktivet förstås "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet" med undantag bland annat för "anställningsavtal".
- 6 I artikel 1 b i direktiv 92/50 ges följande definitioner:

*"[U]pphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Med *organ som lyder under offentlig rätt* avses varje organ som

- tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person, och
- till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

..."

- 7 I artikel 7.1, 7.4 och 7.5 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"1 a Det här direktivet gäller för

...

- de offentliga kontrakt avseende sådana tjänster som avses i bilaga I A ...

...

- ii) som tilldelas av de upphandlande myndigheter som anges i artikel 1 b utom dem som nämns i bilaga I till [rådets] direktiv 93/36/EEG [av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126)] och vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 SDR [särskilda dragningsrätter] i ecu.

...

4. Vid beräkningen av det uppskattade kontraktsvärdet för följande slag av tjänster skall i tillämplig utsträckning beaktas

- i fråga om försäkringstjänster: betalbar premie,

...

5. I fråga om kontrakt där det inte anges något totalpris skall beräkningen av det uppskattade kontraktsvärdet baseras på

- i fråga om tidsbegränsade kontrakt med en löptid på högst 48 månader: det samlade kontraktsvärdet för hela löptiden,
- i fråga om ej tidsbegränsade kontrakt eller kontrakt med över 48 månaders löptid: månadsbetalningen multiplicerad med 48."

8 Tyska kommunala myndigheter och företag anges inte i bilaga I till direktiv 93/36.

9 Enligt artikel 8 i direktiv 92/50 ska "[k]ontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A ... upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning[arna] III-VI."

10 De avdelningar som avses i artikel 8 i direktiv 92/50 rör regler om val av förfaranden och bestämmelser i övrigt vid upphandling genom formgivningstävlingar (avdelning III), gemensamma bestämmelser på det tekniska området (avdelning IV), gemensamma regler för publicering (avdelning V) och gemensamma regler för deltagande, kriterier för kvalitativt urval samt kriterier för tilldelning av kontrakt (avdelning VI).

11 Bland de "[t]jänster som omfattas av artikel 8" som anges i bilaga I A till direktiv 92/50 återfinns i sjätte kategorin "[f]inansiella tjänster", vilka innefattar under a) "[f]örsäkringstjänster" och under b) "[b]ank- och investeringstjänster".

Direktiv 2004/18

12 I skäl 28 i direktiv 2004/18 anges följande:

"Sysselsättning och arbete är grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla och bidra till social integration. Skyddade verkstäder och program för skyddad anställning bidrar härvid effektivt till att människor med funktionshinder kan komma in på eller återvända till arbetsmarknaden. Sådana verkstäder kan emellertid sakna möjlighet att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden. Det är därför lämpligt att föreskriva att medlemsstaterna får reservera rätten att delta i offentliga upphandlingsförfaranden för sådana verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad

anställning.”

- 13 I direktiv 2004/18 definieras i artikel 1.2 a och d ”offentliga kontrakt” som ”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” och ”offentliga tjänstekontrakt” som ”andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II”.
- 14 I artikel 1.5 i direktiv 2004/18 definieras ”ramavtal” som ”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet”.
- 15 I artikel 1.9 i direktiv 2004/18 anges en definition av ”upphandlande myndigheter” som huvudsakligen sammanfaller med definitionen i artikel 1 b i direktiv 92/50.
- 16 Enligt artikel 7 b i direktiv 2004/18 ska detta direktiv tillämpas på offentliga tjänstekontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 249 000 euro. Detta belopp har sänkts successivt till 236 000 euro enligt kommissionens förordning (EG) nr 1874/2004 av den 28 oktober 2004 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende tröskelvärden för upphandlingsförfaranden (EUT L 326, s. 17), därefter till 211 000 euro enligt kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 333, s. 28).
- 17 I artikel 9.1, 9.8 och 9.9 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:
- ”1. Beräkningen av det uppskattade värdet av ett offentligt kontrakt skall grunda sig på det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som skall betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning. Vid denna beräkning skall det uppskattade totalbeloppet beaktas, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och eventuella klausuler om förlängning av kontraktet.
- ...
8. För offentliga tjänstekontrakt skall följande värde tas som utgångspunkt för att beräkna det uppskattade värdet av kontraktet:
- a) För följande typer av tjänster:
- i) Försäkringstjänster: den premie som skall betalas och andra former av ersättning.
- ...
- b) För tjänstekontrakt som inte innehåller något totalpris skall värdet av kontrakten
- i) om kontrakten har en bestämd löptid om högst 48 månader: kontraktens uppskattade totala värde under hela löptiden,
- ii) om kontrakten löper på obestämd tid eller om kontraktens löptid överstiger 48 månader: månadsvärdet multiplicerat med 48.
9. För ramavtal ... är det värde som skall beaktas det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under ramavtalets ... hela löptid.”
- 18 Enligt artikel 16 e i direktiv 2004/18 ska direktivet inte tillämpas på ”offentliga tjänstekontrakt som avser ... anställningskontrakt”.

- 19 Enligt artikel 20 i direktiv 2004/18 ska "[k]ontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A ... tilldelas enligt artiklarna 23–55".
- 20 Artiklarna 23–55 i direktiv 2004/18 avser särskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar (artiklarna 23–27), regler om förfaranden (artiklarna 28–34), regler för offentliggörande och öppenhet (artiklarna 35–43) samt regler om upphandlingsförfarandets gång (artiklarna 44–55).
- 21 Bland de tjänster som anges i bilaga II A till direktiv 2004/18 återfinns i sjätte kategorin "[f] inansiella tjänster" vilka innefattar under a "[f]örsäkringstjänster" och under b "[b]ank- och investeringstjänster".
- 22 I den förteckning över offentligrättsliga organ och kategorier av organ enligt artikel 1.9 andra stycket som finns i bilaga III till direktiv 2004/18 anges under rubriken III Tyskland "[o] ffentligrättsliga organ, inrättningar och stiftelser inrättade av staten, delstaterna eller lokala myndigheter".

#### *Nationell rätt*

- 23 I lag om förbättring av tjänstepensionssystemen (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung ) av den 19 december 1974 (BGBl. I, s. 3610), i ändrad lydelse enligt 5 § i lag av den 21 december 2008 (BGBl. I, s. 2940, nedan kallad BetrAVG) föreskrivs följande i 1 § under rubriken "Arbetsgivarens utfästelse när det gäller tjänstepensionsförsäkring":

"1. Bestämmelserna i denna lag ska tillämpas om en arbetsgivare till en arbetstagare utfäster ålders-, invaliditets- och efterlevandepensionsförsäkring med anledning av ett tjänsteförhållande (tjänstepensionsförsäkring). Tjänstepensionsförsäkringen kan genomföras direkt av arbetsgivaren eller genom en av de försäkringsinstitutioner som anges i 1 b § styckena 2–4. Arbetsgivaren ansvarar för att de förmåner som arbetsgivaren utfäst utbetalas även om arbetsgivaren inte direkt genomför tjänstepensionssystemet.

2. Rätt till tjänstepension föreligger också när

...

3. framtida löneutbetalningar omvandlas till en likvärdig rättighet till pensionsförmåner (löneväxling), eller

4. arbetstagaren betalar in avgifter från sin lön för att finansiera tjänstepensionsförsäkring till en pensionsfond, pensionskassa eller en direktförsäkring och arbetsgivarens utfästelse även avser förmåner som härrör från dessa avgifter. Bestämmelserna om löneväxling ska tillämpas i detta avseende i tillämpliga delar om de utfästa förmåner som härrör från dessa avgifter har uppkommit genom kapitalisering."

- 24 I 1a § första stycket BetrAVG, med rubriken "Rätt till tjänstepensionsförsäkring genom löneväxling", föreskrivs följande:

"Arbetstagare kan av arbetsgivaren begära att en andel av deras framtida löneutbetalningar som motsvarar upp till fyra procent av den tillämpliga bidragsnivån till det allmänna pensionssystemet ska avsättas till deras tjänstepensionsförsäkring genom löneväxling. Genomförandet av arbetstagarens rättigheter regleras genom avtal. Om arbetsgivaren godtar att genomföra rättigheten genom en pensionsfond eller en pensionskassa (1b § tredje stycket), ska utbetalningen avseende tjänstepensionsförsäkringen genomföras hos fonden eller kassan. I annat fall kan arbetstagaren kräva att arbetsgivaren tecknar en direktförsäkring åt honom (1 b § andra stycket). Om denna rätt utnyttjas ska arbetstagaren varje år betala in en avgift som minst motsvarar en hundrasextiondedel av den ersättning som avses i 18 § första stycket i fjärde boken i lagen om social trygghet till dennes tjänstepensionsförsäkring. Om arbetstagaren använder en del av sin löpande lön för tjänstepensionsförsäkringen kan arbetsgivaren begära att samma summa varje månad ska anslås till detta system under

innevarande kalenderår.”

- 25 I 17 § styckena 3 och 5 BetrAVG, som har rubriken ”Personkrets och öppningsklausul i kollektivavtal” föreskrivs följande:

”3. Genom kollektivavtal får avvikelser göras från 1 a § ... i denna lag. Undantagsbestämmelserna gäller mellan arbetsgivare och arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal om de har avtalat att tillämpa de huvudsakliga bestämmelserna i avtalet. I övrigt får inga avsteg göras från denna lag till nackdel för arbetstagaren.

...

5. Såvida en rätt till lön grundas på ett kollektivavtal kan löneväxling endast ske om detta föreskrivs i kollektivavtalet eller är tillåtet enligt kollektivavtalet.”

- 26 TV-EUmw/VKA ingicks den 18 februari 2003 mellan Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (sammanslutning av kommunala arbetsgivarorganisationer, nedan kallad VKA) och Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft eV (ver.di) (fackförening inom tjänstesektorn). VKA ingick ett liknande kollektivavtal med en annan fackförening, dbb tarifunion.

- 27 TV-EUmw/VKA innehåller, i 2 och 3 §§, en rätt för arbetstagare som omfattas av något av de kollektivavtal som anges i 1 § i avtalet att, inom de gränser som anges i BetrAVG, begära att arbetsgivaren delvis ska omvandla framtida löneanspråk till pensionsförsäkring. Enligt 5 § TV-EUmw/VKA ska en sådan begäran göras skriftligen till arbetsgivaren. Enligt samma paragraf är arbetstagaren bunden av avtalet med arbetsgivaren i minst ett år vad beträffar delvis omvandling av framtida lön.

- 28 I 6 § TV-EUmw/VKA, med rubriken ”Genomförandebestämmelser” föreskrivs följande:

”Omvandling av en del av lönen inom ramen för de genomförandebestämmelser som föreskrivs i BetrAVG ska, med förbehåll för den andra och den tredje meningen, genomföras vid offentliga kompletterande pensionsförsäkringsinstitutioner.

Arbetsgivaren kan inom ramen för tjänstepensionsförsäkringen enligt första meningen även fastställa genomförandebestämmelser som föreslås av finansgruppen Sparkasse eller av kommunala försäkringsbolag.

Vid behov kan bestämmelser som avviker från första och andra meningen antas på distriktsnivå genom kollektivavtal.”

- 29 Enligt 7 § första stycket TV-EUmw/VKA trädde avtalet i kraft den 1 januari 2003. I 7 § andra stycket föreskrivs att avtalet kan sägas upp med en uppsägningstid på tre månader vid utgången av ett kalenderår, men tidigast den 31 december 2008.

#### **Det administrativa förfarandet**

- 30 Efter ett klagomål informerade kommissionen, genom en formell underrättelse av den 18 oktober 2005, Förbundsrepubliken Tyskland om att det var möjligt att denna medlemsstat hade åsidosatt bestämmelserna i artikel 8 jämförd med avdelningarna III–VI i direktiv 92/50 och, i vilket fall som helst, principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster genom att ett antal kommunala myndigheter och företag tilldelat kontrakt om tjänstepensionsförsäkring till sådana institutioner och företag som anges i 6 § TV-EUmw/VKA utan föregående anbudsfordran på unionsnivå.

- 31 Förbundsrepubliken Tyskland bestred i skrivelse av den 29 mars 2006 att de kommunala myndigheterna och företagen agerar i egenskap av ”upphandlande myndigheter” i den mening som avses i direktiv 92/50 när de agerar som arbetsgivare beträffande tjänstepensionsförsäkring. Denna medlemsstat gjorde även gällande att de berörda

- försäkringsavtalen är knutna till anställningsförhållanden och att de följaktligen inte utgör offentliga kontrakt. I själva verket är de kommunala arbetsgivarna endast förmedlare av betalning i utväxlingen av prestationer mellan arbetstagare som har valt att delvis omvandla sin lön till pensionsförsäkring och försäkringsinstitutionerna. Förbundsrepubliken Tyskland påpekade även att det skulle kränka friheten för arbetsmarknadens parter i 9 § tredje punkten i den tyska grundlagen (Grundgesetz) om lagstiftningen rörande offentlig upphandling tillämpades på tilldelningen av de omtvistade kontrakten.
- 32 Kommissionen fann inte svaret tillfredsställande. Kommissionen riktade därför den 4 juli 2006 ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland i vilket kommissionen angav att anmärkningarna även, från och med den 1 februari 2006, avsåg ett åsidosättande av bestämmelserna i artikel 20 jämförd med artiklarna 23–55 i direktiv 2004/18, som till största delen återger de bestämmelser i direktiv 92/50 som angavs i den formella underrättelsen.
- 33 Förbundsrepubliken Tyskland vidhöll sin inställning i sitt svar av den 15 november 2006 på det motiverade yttrandet. Till svarsskrivelsen bifogades ett expertutlåtande till styrkande av att den berörda löneväxlingsåtgärden omfattades av begreppet lön. Förbundsrepubliken Tyskland hävdade även att tröskelvärdena för att tillämpa unionens regelverk om offentlig upphandling inte var uppfyllda, eftersom varje individuellt kontrakt ska beaktas för sig. Denna medlemsstat hävdade slutligen att den i vilket fall som helst intet kan göra för att avhjälpa ett eventuellt åsidosättande av unionsrätten, eftersom den inte har behörighet att ge anvisningar till arbetsmarknadens parter.
- 34 Kommissionen begärde i skrivelse av den 30 januari 2007 in upplysningar av Förbundsrepubliken Tyskland för att bland annat kunna bedöma om socialpolitiska skäl i förevarande fall kunde motivera att det gjordes undantag från unionsrätten om offentlig upphandling.
- 35 Eftersom kommissionen inte ansåg att Förbundsrepubliken Tyskland i sitt svar av den 1 mars 2007 på denna begäran hade lämnat någon lämplig motivering, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

### Talan

*Huruvida direktiven 92/50 och 2004/18 är tillämpliga på tilldelning av kontrakt till sådana institutioner eller företag som avses i 6 § TV-EUmw/VKA*

- 36 Det ska inledningsvis prövas huruvida, såsom Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Danmark och Konungariket Sverige har hävdat, tilldelningen av kontrakt till sådana institutioner eller företag som avses i 6 § TV-EUmw/VKA (nedan kallad tilldelningen av de omtvistade kontrakten) inte omfattas av direktiven 92/50 och 2004/18 på grund av kontraktens beskaffenhet och syfte. Dessa medlemsstater har förespråkats att domstolens resonemang i dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), och av den 21 september 2000 i mål C-222/98, van der Woude (REG 2000, I-7111), ska överföras till detta mål. Därigenom bygger dessa medlemsstaters argumentation på att tilldelningarna har skett som en genomförandeåtgärd till ett kollektivavtal som förhandlats fram mellan arbetsmarknadens parter, närmare bestämt 6 § TV-EUmw/VKA.
- 37 Det ska erinras om att den rätt till kollektiva förhandlingar som parterna till TV-EUmw/VKA har utövat erkänns såväl i olika internationella rättsakter till vilka medlemsstaterna har medverkat eller till vilka de har anslutit sig, såsom artikel 6 i den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961 och omarbetades i Strasbourg den 3 maj 1996, som i rättsakter som utarbetats av nämnda medlemsstater på gemenskapsnivå eller inom ramen för unionen, såsom punkt 12 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989, och artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), som enligt artikel 6 FEU ska ha samma rättsliga värde som fördragen.

- 38 Det framgår av artikel 28 i stadgan jämförd med artikel 52.6 i densamma att skyddet för den grundläggande rätten till kollektiva förhandlingar fullt ut ska beakta bland annat nationell lagstiftning och praxis.
- 39 Enligt artikel 152 FEUF ska unionen för övrigt erkänna och främja arbetsmarknadsparternas betydelse på unionsnivå och därvid ta hänsyn till skillnaderna i de nationella systemen.
- 40 Det ska även, vilket parterna i tvisten är eniga om, påpekas att TV-EUmw/VKA har ett allmänt socialt syfte. Syftet är att förbättra de berörda arbetstagarnas pensioner genom att i enlighet med BetrAVG stödja uppbyggnaden av pensionsförsäkringen, vilket sker på så sätt att intresserade arbetstagares lön delvis omvandlas till pension.
- 41 Den omständigheten att rätten till kollektiva förhandlingar är en grundläggande rättighet och den omständigheten att TV-EUmw/VKA har ett socialt syfte sett till sin helhet kan emellertid inte i sig innebära att kommunala arbetsgivare automatiskt undantas från skyldigheten att följa direktiven 92/50 och 2004/18. Genom dessa direktiv genomförs etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster på området för offentlig upphandling.
- 42 Domstolen har redan fastslagit att kollektivavtalsbestämmelser inte är undantagna från tillämpningsområdet för bestämmelserna om fri rörlighet för personer (se dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union, kallad Viking Line, REG 2007, s. I-10779, punkt 54 och där angiven rättspraxis).
- 43 Utöandet av en grundläggande rättighet, såsom rätten till kollektiva förhandlingar, kan dessutom underkastas vissa begränsningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Viking Line, punkt 44, och dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri, REG 2007, s. I-11767, punkt 91). Även om det förvisso är riktigt att rätten till kollektiva förhandlingar åtnjuter ett allmänt grundlagsskydd i Tyskland enligt 9 § tredje punkten i den tyska grundlagen genom rätten att bilda föreningar för att skydda och befrämja arbetsvillkor och ekonomiska villkor, kvarstår den omständigheten att denna rätt, såsom föreskrivs i artikel 28 i stadgan, ska utövas i enlighet med unionsrätten.
- 44 Den grundläggande rättigheten till kollektiva förhandlingar ska således utövas i samklang med de krav som följer av de i EUF-fördraget skyddade friheterna, vilka direktiven 92/50 och 2004/18 syftar till att genomföra i förekommande fall, och i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Viking Line, punkt 46, och Laval un Partneri, punkt 94).
- 45 Det är förvisso riktigt att domstolen, bland annat i domarna i de ovannämnda målen Albany och van der Woude, har uttalat att trots dess inneboende konkurrensbegränsande inverkan omfattas inte ett kollektivavtal av artikel 101.1 FEUF då kollektivavtalet har ingåtts mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer och inrättar ett system med tilläggs pension inom en viss sektor som förvaltas av en pensionsfond som det är obligatoriskt att vara ansluten till.
- 46 Ett sådant resonemang föregriper emellertid inte på något sätt svaret på den självständiga frågan i detta mål, nämligen huruvida unionsbestämmelserna om tillämpning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster på området för offentlig upphandling har respekterats när försäkringsinstitutioner utsågs för att ansvara för genomförandet av den berörda löneväxlingen i ett kollektivavtal som avser offentliga arbetsgivare.
- 47 Själva utöandet av friheten för arbetsmarknadens parter och rätten till kollektiva förhandlingar kan inte i sig anses medföra någon inskränkning i direktiven om tillämpning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster på området för offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Viking Line, punkt 52).
- 48 Det förhållandet att ett avtal eller en åtgärd ligger utanför tillämpningsområdet för fördragets



konkurrensregler medför inte automatiskt att detta avtal eller denna åtgärd undantas från skyldigheten att uppfylla krav som härrör från bestämmelser i dessa direktiv, eftersom de förstnämnda respektive de sistnämnda bestämmelserna har sina specifika tillämpningsförutsättningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Viking Line, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

- 49 Det ska slutligen påpekas att till skillnad från syftet, som arbetsmarknadens parter har enats om, att höja pensionen för kommunalanställda påverkar inte valet av institutioner och företag i ett kollektivavtal, såsom är fallet här, själva kärnan i rätten till kollektiva förhandlingar.
- 50 Mot bakgrund av vad som angetts ovan medför inte den omständigheten att de omtvistade kontrakten har tilldelats genom tillämpning av ett kollektivavtal i sig att detta fall inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 92/50 och 2004/18.
- 51 Således uppkommer frågan huruvida de krav som har samband med det sociala syfte som i förevarande fall eftersträvades av parterna i den kollektiva förhandlingen är förenliga med kraven i direktiven 92/50 och 2004/18.
- 52 En sådan fråga förutsätter att det, med beaktande av handlingarna i målet, prövas om det vid fastställandet av innehållet i 6 § TV-EUmw/VKA – som är föremålet för kommissionens talan då denna paragraf har utgjort stöd för tilldelning av de omtvistade kontrakten – gjordes en korrekt avvägning mellan olika intressen, nämligen höjningen av de berörda arbetstagarnas pensioner å ena sidan och genomförandet av etableringsfriheten, det fria tillhandahållandet av tjänster och en öppen konkurrens på unionsnivå å andra sidan (se, analogt, dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger, REG 2003. s. I-5659, punkterna 81 och 82).
- 53 Det är förvisso riktigt att 6 § TV-EUmw/VKA är en del av ett kollektivavtal som, vilket påpekades i punkt 40 i denna dom, har ett allmänt socialt syfte. Det kan emellertid konstateras, såsom generaladvokaten gjorde i punkt 176 i sitt förslag till avgörande, att 6 § medför att bestämmelserna i direktiven 92/50 och 2004/18 inte kan tillämpas överhuvudtaget under en obestämd tid med avseende på kommunalt anställdas pensionsförsäkring. Förbundsrepubliken Tyskland har inte bestritt detta.
- 54 Denna medlemsstat har emellertid för det första gjort gällande att 6 § TV-EUmw/VKA speglar en gemensam lösning i vilken intressena hos kollektivavtalets parter beaktas. Förbundsrepubliken Tyskland har påpekat att den omständigheten att kollektivavtalet anger de försäkringsinstitutioner och försäkringsbolag som har ensamrätt att genomföra lönevaxlingen i den kommunala sektorn möjliggör för arbetstagarna att delta och gör det möjligt att bättre beakta deras intressen än om valet av försäkringsgivare hade gjorts av varje kommunal arbetsgivare inom ramen för ett upphandlingsförfarande.
- 55 Domstolen påpekar emellertid att det är möjligt att förena tillämpningen av upphandlingsförfaranden med tillämpningen av mekanismer, hämtade bland annat från tysk socialrätt, vilka säkerställer att arbetstagare eller deras representanter, vid den berörda kommunala myndigheten eller företaget, deltar i beslutet att välja ut den institution eller de institutioner som ska genomföra lönevaxlingen. Förbundsrepubliken Tyskland har inte bestritt detta vid förhandlingen.
- 56 En tillämpning av upphandlingsförfaranden kan för övrigt inte utesluta att det i anbudsinfordran anges villkor som speglar de berörda arbetstagarnas intressen och som anbudsgivarna ska iakttä.
- 57 Förbundsrepubliken Tyskland, på denna punkt med stöd av Konungariket Danmark, har för det andra gjort gällande att anbudet från de institutioner och företag som avses i 6 § TV-EUmw/VKA vilar på solidaritetsprincipen. Vid förhandlingen betonades den omständigheten att eftersom riskerna var ömsesidiga kan "bra" risker kompensera för "dåliga" risker i försäkringsavtalet, särskilt när tjänstepensionen betalas ut som en livränta fram till dess att förmånstagaren avlider. Det har också påpekats att dessa institutioner och företag inte gör

någon form av urval bland intresserade sökande utifrån medicinska kriterier.

- 58 Domstolen påpekar emellertid att en tillämpning av ett upphandlingsförfarande inte i sig innebär att det inte går att behålla denna solidaritetsaspekt. Det ömsesidiga risktagandet, som all försäkringsverksamhet vilar på, kan nämligen säkerställas av en försäkringsinstitution eller ett försäkringsbolag som har valts ut efter en anbudsinfordran på unionsnivå. Det finns inte heller något i direktiven om offentlig upphandling som hindrar att en kommunal arbetsgivare i anbudsinfordran anger vilka villkor som gäller för anbudsgivarna för att hindra eller begränsa att arbetstagare som är intresserade av löneväxling väljs ut efter medicinska kriterier.
- 59 Förbundsrepubliken Tyskland har för det tredje understrukit erfarenheten och den ekonomiska pålitligheten hos de institutioner och företag som anges i 6 § TV-EUmw/VKA. Förbundsrepubliken Tyskland har tillfogat att valet av dessa institutioner och företag kan säkerställa att löneväxling är ett attraktivt alternativ för de kommunalt anställda.
- 60 Domstolen finner emellertid att unionsdirektiven om offentlig upphandling innehåller bestämmelser som gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att försäkra sig om att anbudsgivarna har yrkesmässig och ekonomisk kapacitet. Det kan inte heller presumeras att försäkringsinstitutioner och försäkringsbolag som inte nämns i 6 § TV-EUmw/VKA generellt skulle sakna erfarenhet och ekonomisk pålitlighet.
- 61 Det ska särskilt påpekas att enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring (EGT L 345, s. 1) är privata företag som erbjuder gruppförsäkring underkastade samordnade bestämmelser om tillsyn på unionsnivå, vars syfte bland annat är att säkerställa deras ekonomiska pålitlighet.
- 62 Tjänstepensionsinstitut omfattas av liknande bestämmelser enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, s. 10). Dessa bestämmelser, samordnade på unionsnivå, syftar till att säkerställa en hög grad av trygghet för de framtida pensionärer som kommer i åtnjutande av dessa institutioners tjänster (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 januari 2010 i mål C-343/08, kommissionen mot Republiken Tjeckien, REU 2010, s. I-0000, punkt 45).
- 63 Det ska likaså påpekas att enligt de upplysningar som Förbundsrepubliken Tyskland har tillhandahållit har kommunala arbetsgivare, med stöd av 6 § tredje meningen TV-EUmw/VKA, tilldelat försäkringsavtal direkt till andra institutioner än dem som anges i den första och den andra meningen i 6 §. Det har under förfarandet varken visats eller ens påståtts att denna lösning minskade de berörda arbetstagarnas intresse för löneväxling.
- 64 Förbundsrepubliken Tyskland har för det fjärde påpekat att 6 § TV-EUmw/VKA medför att kommunala arbetsgivare inte behöver göra något individuellt val av institution eller institutioner som ska anförtros genomförandet av löneväxling på varje myndighet eller företag. Dessutom är de förvaltningskostnader som tas ut av de institutioner och företag som anges i 6 § inte så höga.
- 65 Domstolen finner emellertid att dylika överväganden inte kan motivera att bestämmelser och förfaranden inte tillämpas som är avsedda att säkerställa, till gagn för kommunala arbetsgivare och deras anställda, tillgång till ett större utbud av tjänster på unionsnivå.
- 66 Mot bakgrund av de skäl som har angetts i punkterna 53–65 i denna dom finner domstolen att det inte är omöjligt att iakttä direktiven om offentlig upphandling av tjänster och samtidigt uppnå det sociala syfte som eftersträvades av parterna i TV-EUmw/VKA när de utövade sin rätt till kollektiv förhandling.
- 67 Det ska därför prövas huruvida tilldelningen av de omtvistade kontrakten omfattas av tillämpningsvillkoren för direktiven 92/50 och 2004/18.

*Huruvida de berörda kontrakten kan klassificeras som offentlig upphandling av tjänster i den mening som avses i direktiven 92/50 och 2004/18.*

- 68 Det ska inledningsvis noteras att det är ostridigt mellan parterna att de berörda kontrakten avser försäkringstjänster i den mening som avses i kategori 6 a i bilaga I A till direktiv 92/50 eller bilaga II A till direktiv 2004/18.
- 69 De är dessutom eniga om att kontrakten har ingåtts skriftligen i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50 eller artikel 1.2 a i direktiv 2004/18.
- 70 Förbundsrepubliken Tyskland har däremot, med stöd av Konungariket Sverige, för det första bestritt att de övriga villkor som uppställs i dessa bestämmelser för klassificering som "offentlig upphandling" i den mening som avses i dessa direktiv är uppfyllda i detta fall.
- 71 Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat att kommunala arbetsgivare inte handlar i egenskap av upphandlande myndigheter när de, på tjänstepensionsförsäkringsområdet, endast genomför ett val som är förutbestämt i ett kollektivavtal. De har inte heller någon egen beslutanderätt att av egen fri vilja välja ut vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet.
- 72 Förbundsrepubliken Tyskland har vidare påpekat att de berörda kontrakten inte är kontrakt med ekonomiska villkor. Det finns nämligen ett ekonomiskt förhållande endast mellan försäkringsinstitutionen och den arbetstagare som har valt löneväxling. Arbetsgivarens enda uppgift är att till försäkringsinstitutionen vidarebefordra, på arbetstagarens vägnar, de premier som har dragits från arbetstagarens lön till följd av löneväxlingen. Kontrakten avser genomförandet av en åtgärd till gagn för arbetstagarna och inte en offentlig upphandling till gagn för det allmänna.
- 73 Domstolen erinrar först om att det varken i artikel 1 b i direktiv 92/50 eller i artikel 1.9 i direktiv 2004/18 görs någon distinktion mellan offentliga upphandlingar som en upphandlande myndighet genomför inom ramen för sitt uppdrag att tillgodose allmänintresset och upphandlingar som inte har något samband med detta uppdrag. Avsaknaden av en sådan distinktion förklaras av direktivens syfte att utesluta risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när de upphandlande myndigheterna tilldelar kontrakt (se, analogt, dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl, REG 1998. s. I-73, punkterna 32 och 33).
- 74 Det ska därefter påpekas att TV-EUmw/VKA, och särskilt 6 § i avtalet, förhandlades fram av bland andra företrädare för de kommunala arbetsgivarna. Dessa arbetsgivare har följaktligen haft inflytande, åtminstone indirekt, på innehållet i denna paragraf.
- 75 Villkoret att de berörda kontrakten ska ha ekonomiska villkor medför slutligen att det ska kontrolleras huruvida dessa kontrakt är av direkt ekonomiskt intresse för de kommunala arbetsgivare som ingått dem (se, analogt, dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08, Helmut Müller, REU 2010, s. I-0000, punkterna 48 och 49).
- 76 Det ska i detta sammanhang noteras att på området offentlig kommunal verksamhet framgår det av 6 § TV-EUmw/VKA att arbetsgivaren ska genomföra löneväxlingen vid sådana offentliga institutioner som avses i första meningen i denna paragraf eller, om så inte är fallet, fastställa de genomförandevillkor för åtgärden som föreslås av de företag som anges i andra meningen i 6 §.
- 77 I 1 § punkt 1 BetrAVG föreskrivs att arbetsgivaren "ansvarar för att de förmåner som arbetsgivaren utfäst utbetalas även om arbetsgivaren inte själv genomför tjänstepensionssystemet."
- 78 Den kommunala arbetsgivaren förhandlar således fram villkoren för ett grupp-försäkringsavtal med en försäkringsgivare som är underkastad särskild tillsyn, vilken ska säkerställa

försäkringsgivarens ekonomiska pålitlighet. De tjänster som försäkringsgivaren tillhandahåller möjliggör för arbetsgivaren att ta på sig skyldigheten att tillse att denna form av uppskjuten lön som är följden av löneväxlingen genomförs på ett korrekt sätt. Försäkringsgivarens tjänster befriar även arbetsgivaren från uppgiften att förvalta åtgärden.

- 79 Inom ramen för ett sådant avtal inbetalar den kommunale arbetsgivaren till den berörda institutionen eller det berörda företaget de premier som innehållits på den lön som arbetsgivaren är skyldig de berörda som vederlag för de tjänster som erhålls och som följer av skyldigheten i 1 § första stycket BetrAVG att genomföra de pensionsförmåner som arbetsgivaren har utfäst till de arbetstagare som har valt löneväxling.
- 80 Den omständigheten att de slutliga mottagarna av pensionen är arbetstagare som har deltagit i löneväxlingen föranleder inte att ett sådant kontrakt inte ska anses ha ekonomiska villkor.
- 81 Förbundsrepubliken Tyskland har för det andra gjort gällande, på denna punkt med stöd av Konungariket Danmark och Konungariket Sverige, att det undantag som föreskrivs i artikel 1 a viii i direktiv 92/50 med avseende på anställningsavtal respektive i artikel 16 e i direktiv 2004/18 med avseende på anställningskontrakt berör alla tjänster som, liksom i förevarande fall, baserar sig på ett sådant avtal eller ett kollektivavtal som är en del av avtalet och som, till följd av sitt syfte, omfattas av arbetsrätten.
- 82 Med beaktande av vad som uttalats i punkterna 4 och 12 i denna dom finner domstolen dock att detta undantag – som i egenskap av undantag från tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling av tjänster ska tolkas restriktivt – inte kan utvidgas till att omfatta tjänster vilka, såsom i detta fall, inte baserar sig på ett anställningsavtal, utan på ett underskrivet kontrakt mellan en arbetsgivare och ett försäkringsbolag och vilka tillika saknar samband med den särskilda betänksamhet som unionslagstiftaren ger uttryck för i skäl 28 i direktiv 2004/18.

*Fastställande av kontraktets värde och frågan huruvida de tröskelvärden som gäller för att direktiven 92/50 och 2004/18 ska vara tillämpliga har överskridits*

- 83 Det ska inledningsvis noteras att Förbundsrepubliken Tyskland inte har bestritt relevansen av de tröskelvärden på 236 000 euro och 211 000 euro som kommissionen har angett för åren 2004–2005 respektive 2006–2007 för att i detta mål kunna avgöra om kontrakten, på grund av deras värde, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller direktiv 2004/18.
- 84 Förbundsrepubliken Tyskland har däremot bestritt att den beräkningsmetod som kommissionen använt för att fastställa den kritiska massan i form av antalet anställda är korrekt. Om denna överskrids, innebär det att de kommunala arbetsgivarna ska anses ha slutit försäkringsavtal vars värde är lika med eller överstiger det relevanta tröskelvärdet för att tillämpa direktiv 92/50 eller direktiv 2004/18.
- 85 Förbundsrepubliken Tyskland har för det första hävdad att beräkningen av kontraktets värde, i den mening som avses i dessa direktiv, i förevarande fall endast ska basera sig på de förvaltningskostnader som företaget tar ut som vederlag för de tjänster som tillhandahålls och inte på det totala premiebelopp som betalas för löneväxlingen. Sistnämnda belopp är nämligen omöjligt att ange exakt när försäkringsavtalet sluts.
- 86 Vad beträffar avtal om försäkringstjänster i den mening som avses i kategori 6 a i bilaga I a till direktiv 92/50 eller bilaga II A till direktiv 2004/18, påpekar domstolen emellertid att artikel 7.4 första strecksatsen i direktiv 92/50 hänvisar till "betalbar premie" och att artikel 9.8 a i i direktiv 2004/18 hänvisar till "den premie som skall betalas" som utgångspunkt för beräkningen av det uppskattade värdet av det berörda kontraktet.
- 87 Vad beträffar tjänster som avser tjänstepensionsförsäkring motsvarar följaktligen "det uppskattade värdet av kontraktet", i den mening som avses i de bestämmelser som anges i föregående punkt i denna dom, liksom kommissionen med rätta har påpekat, det uppskattade värdet av premierna. I förevarande fall innebär det de avgifter som den berörda kommunala myndigheten eller företaget har hållit inne för löneväxlingen på de berörda arbetstagarnas lön,

avgifter som används för att finansiera den slutliga tjänstepensionsförsäkringen. Premierna utgör nämligen det huvudsakliga vederlaget för de tjänster som institutionen eller företaget tillhandahåller åt den kommunala arbetsgivaren för genomförandet av pensionen.

- 88 I ett sådant sammanhang som detta är det omöjligt att exakt ange det totala värdet av premierna vid den tidpunkt när det berörda kontraktet slöts på grund av att varje arbetstagare själv avgör om han vill delta i lönevaxlingen eller inte. Vidare är kontraktets löptid lång och även obestämd, vilket bekräftades vid förhandlingen. Med beaktande av detta föreskrivs det i artikel 7.5 andra strecksatsen i direktiv 92/50 och artikel 9.8 b ii i direktiv 2004/18 att det uppskattade värdet av kontraktet ska beräknas som "månadsbetalningen multiplicerad med 48" respektive "månadsvärdet multiplicerat med 48".
- 89 I likhet med vad generaladvokaten har uttalat i punkt 150 i sitt förslag till avgörande, finner domstolen således att kommissionen har rätt när den i förevarande fall – vilket de berörda kommunala arbetsgivarna också borde ha gjort – först baserade sin beräkning på en uppskattning av den genomsnittliga månadsbetalningen för lönevaxlingen per anställd, multiplicerad med 48, för att därefter, mot bakgrund av produkten av denna multiplikation, fastställa det antal anställda som gått med i ordningen med lönevaxling, vilket är nödvändigt för att nå upp till det relevanta tröskelvärdet för att unionsbestämmelserna om offentlig upphandling ska kunna tillämpas och slutligen, utifrån en uppskattning av den procentandel av kommunalt anställda som deltog i lönevaxlingen, definiera den kritiska massan i form av antal anställda från vilken kommunala arbetsgivare har ingått avtal som når upp till eller överskrider nämnda tröskelvärde.
- 90 Förbundsrepubliken Tyskland har för det andra påpekat att kommissionen i sina beräkningar felaktigt har underlåtit att beakta den omständigheten, som underströks under det administrativa förfarandet, att ett visst antal kommunala arbetsgivare för att genomföra lönevaxlingen på sina egna myndigheter eller företag har ingått flera avtal med olika institutioner eller företag. Förbundsrepubliken Tyskland anser att denna omständighet borde ha föranlett kommissionen att beräkna kontraktets uppskattade värde i förhållande till varje försäkringsavtal som ingåtts av den kommunala arbetsgivaren.
- 91 Oavsett vad som kan ha föranlett de kommunala arbetsgivarna att handla på detta sätt och oberoende av frågan huruvida de omtvistade kontraktet – vilket kommissionen har hävdad men Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt – utgör ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 2004/18, finner domstolen emellertid att det framgår av ordalydelsen i artikel 9.1 i samma direktiv – som innehåller den allmänna regeln för hur ett kontraktets uppskattade värde ska beräknas – att denna beräkning ska grunda sig på den upphandlade myndighetens uppskattning av det "totala beloppet" för kontraktet.
- 92 I förevarande fall ska den relevanta beräkningen följaktligen basera sig på det uppskattade totalbeloppet för kontraktet avseende tjänstepensionsförsäkring vid den berörda myndigheten eller företaget i form av premier för lönevaxlingen.
- 93 Domstolen delar kommissionens bedömning, beträffande ett sådant kontrakt vars objekt i sig är unikt, att en beräkning som bygger på antalet försäkringsavtal som ingåtts av den berörda kommunala arbetsgivaren (vilket Förbundsrepubliken Tyskland har förespråkat) skulle medföra en konstlad uppdelning av kontraktet, vilket skulle kunna innebära att kontraktet inte omfattas av unionslagstiftningen om offentlig upphandling, även om det totala uppskattade värdet är lika med eller högre än det relevanta tröskelvärdet som uppställs i unionslagstiftningen.
- 94 En sådan beräkning skulle vidare strida mot rättssäkerhetsprincipen, eftersom det individuella värdet av de olika eventuella kontraktet vid den tidpunkt då de ingicks överhuvudtaget inte kan uppskattas, mot bakgrund av att det är omöjligt att förutse, ens ungefärligt, i vilken proportion det val som därefter görs av varje arbetstagare som önskar delta i lönevaxlingen avser vart och ett av de berörda företagen. En sådan beräkning, som bygger på en rent matematisk uppdelning av avtalets totala uppskattade värde i förhållande till antalet planerade försäkringsavtal, skulle således kunna medföra att samtliga dessa kontrakt inte omfattades av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, trots att det därefter visar sig att värdet av

vissa av dem har nått eller överskridit det relevanta tröskelvärdet på grund av antalet arbetstagare som har gått med i lönevaxlingen och på grund av storleken på de premier som har betalats in till det berörda företaget.

95 Förbundsrepubliken Tyskland har för det tredje under hela detta förfarande vid domstolen bestritt att de sifferuppgifter som kommissionen har lagt fram över hur många kommunalt anställda arbetstagare som deltar i lönevaxlingen är rättvisande.

96 Domstolen påpekar härvidlag att kommissionen i varje skede av förfarandet vid domstolen har försökt att basera sin beräkning på de mest tillförlitliga tal som lagts fram av Förbundsrepubliken Tyskland vad beträffar antalet kommunalt anställda som deltog i lönevaxlingen. Detta medförde att kommissionen slutligt begränsade sin talan på det sätt som anges i punkt 3 i denna dom avseende perioden 2004–2007.

97 Det ska inledningsvis betonas att tvisteföremålet kan omfatta de tilldelningar av de omtvistade kontrakten som skett efter det att den frist som angetts i det motiverade yttrandet löpt ut, nämligen den 4 september 2006. Dessa tilldelningar motsvarar nämligen ett beteende av samma slag som de tilldelningar som avses i det motiverade yttrandet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 mars 1983 i mål 42/82, kommissionen mot Frankrike, REG 1983, s. 1013, punkt 20, svensk specialutgåva, volym 7, s. 103, av den 4 februari 1988 i mål 113/86, kommissionen mot Italien, REG 1988, s. 607, punkt 11, och av den 9 november 2006 i mål C-236/05, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2006, s. I-10819, punkt 12).

98 Kommissionen har däremot i sina beräkningar under detta förfarande valt att använda sifferuppgifter för år 2006 (som var det år då ovan nämnda frist löpte ut) med avseende på hela den period som talan avser. Därigenom underlåter kommissionen att beakta att de kommunala arbetsgivare som har ingått de omtvistade kontrakten år 2004 eller år 2005 endast kunde värdera kontrakten på grundval av uppskattningar avseende något av dessa två år. Det ankommer således på kommissionen att i sina beräkningar för år 2004 respektive år 2005 beakta de sifferuppgifter som avser motsvarande år.

99 Det framgår av de upplysningar som Förbundsrepubliken Tyskland har lämnat i dupliken att dessa sifferuppgifter fastställs utifrån det genomsnittliga månadsbeloppet för lönevaxling per anställd respektive procentsatsen för kommunalt anställda arbetstagare som deltar i lönevaxlingen enligt följande:

- för år 2004: 77,95 euro och 1,40 procent;
- för år 2005: 89,14 euro och 1,76 procent.

100 Mot bakgrund av dessa upplysningar och med beaktande av den beräkningsmetod som är tillämplig (såsom påpekats i punkt 89 i denna dom) ska det således fastställas att fördragsbrott föreligger såtillvida som försäkringskontrakt tilldelats direkt till de institutioner eller företag som anges i 6 § TV-EUmw/VKA, utan anbudsinfordran på unionsnivå:

- år 2004 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 4 505 anställda det året,
- år 2005 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 3 133 anställda det året och
- åren 2006 och 2007 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 2 402 anställda de åren.

101 Förbundsrepubliken Tyskland har för det fjärde gjort gällande att städerna Berlin, Bremen och Hamburg felaktigt har ansetts vara medlemmar av en regional sammanslutning i VKA och därför omfattas av tillämpningsområdet för TV-EUmw/VKA.

- 102 Det är härvidlag av betydelse att notera att kommissionen, till följd av Förbundsrepubliken Tysklands förklaringar under förfarandet, har återkallat talan i den del den avser staden Berlin.
- 103 Vad däremot beträffar städerna Bremen och Hamburg har Förbundsrepubliken Tyskland medgett att, såsom framgår av kommissionens upplysningar i repliken, dessa två städer var medlemmar i Kommunalen Arbeitgeberverband Bremen eV (sammanslutning av kommunala arbetsgivare i Bremen) respektive i Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (arbetsrättslig förening i Hamburg), vilka är medlemmar av VKA.
- 104 Förbundsrepubliken Tyskland har för övrigt inte åberopat något konkret bevis till styrkande av påståendet i dupliken att offentligt anställda i dessa två städer inte omfattas av tillämpningsområdet för TV-EUmw/VKA på grund av att medlemmarna i var och en av de båda regionala sammanslutningar som anges i föregående punkt har en särskild ställning.
- 105 Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska det fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland fram till och med den 31 januari 2006 har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med avdelningarna III–VI i direktiv 92/50 och sedan den 1 februari 2006 enligt artikel 20 jämförd med artiklarna 23–55 i direktiv 2004/18, i den mån kontrakt om tjänstepensionsförsäkring har tilldelats direkt, utan anbudsinfordran på unionsnivå, till de institutioner eller företag som anges i 6 § TV-EUmw/VKA år 2004 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 4 505 anställda det året, år 2005 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 3 133 anställda det året och åren 2006 och 2007 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 2 402 anställda de åren.
- 106 Talan ogillas i övrigt.

### **Rättegångskostnader**

- 107 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna kan domstolen, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sina kostnader. Eftersom kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland i förevarande fall ömsom har tappat målet på vissa punkter, ska vardera parten bära sina rättegångskostnader.
- 108 Enligt artikel 69.4 första stycket i samma rättegångsregler ska Konungariket Danmark och Konungariket Sverige, som har intervenerat i målet, bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Förbundsrepubliken Tyskland har fram till och med den 31 januari 2006 underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med avdelningarna III–VI i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och sedan den 1 februari 2006 enligt artikel 20 jämförd med artiklarna 23–55 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, i den mån kontrakt om tjänstepensionsförsäkring har tilldelats direkt, utan anbudsinfordran på unionsnivå, till de institutioner eller företag som anges i 6 § i kollektivavtalet om omvandling av en del av lönen till pensionsförsäkring för kommunalt anställda (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst) år 2004 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 4 505 anställda det året, år 2005 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 3 133 anställda det året och åren 2006 och 2007 av kommunala myndigheter eller företag med mer än 2 402 anställda de åren.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**

- 3) Europeiska kommissionen, Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Danmark och Konungariket Sverige ska bära sina respektive rättegångskostnader.**

Underskrifter

---

\* Rättegångsspråk: tyska.