

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

15 juli 2010\*

In zaak C-271/08,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 24 juni 2008,

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door G. Wilms en D. Kukovec als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

**Bondsrepubliek Duitsland**, vertegenwoordigd door M. Lumma en N. Graf Vitzthum als gemachtigden,

verweerster,

\* Procestaal: Duits.

ondersteund door:

**Koninkrijk Denemarken**, vertegenwoordigd door B. Weis Fogh en C. Pilgaard Zinglensen als gemachtigden,

**Koninkrijk Zweden**, vertegenwoordigd door A. Falk en A. Engman als gemachtigden,

intervenienten,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (rapporteur), J.-C. Bonichot en C. Toader, kamerpresidenten, K. Schiemann, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,  
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 januari 2010,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 april 2010,

het navolgende

### **Arrest**

- 1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, doordat gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 1 218 personeelsleden dienstenovereenkomsten inzake bedrijfspensioenvoorziening zonder aanbesteding op het niveau van de Europese Unie rechtstreeks hebben gegend aan organen en ondernemingen als bedoeld in § 6 van de collectieve overeenkomst inzake de omzetting van loon in pensioenpremies voor werknemers/werkneemsters in gemeentelijke overheidsdienst (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst; hierna: „TV-EUmw/VKA”), de verplichtingen niet is nagekomen die tot en met 31 januari 2006 op haar rustten krachtens artikel 8 junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), en die sinds 1 februari 2006 op haar rusten krachtens artikel 20 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

- 2 In repliek heeft de Commissie het voorwerp van haar beroep gherdefinieerd en het Hof verzocht, vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen niet is nagekomen doordat gemeentelijke overheden en bedrijven die in de jaren 2004 en 2005 meer dan 2 044 personeelsleden en in de jaren 2006 en 2007 meer dan 1 827 personeelsleden hadden en die sinds 2008 meer dan 1 783 personeelsleden hebben, dergelijke overeenkomsten zonder aanbesteding op het niveau van de Unie rechtstreeks hebben gegund aan organen en ondernemingen als bedoeld in § 6 TV-EUmw/VKA.
  
- 3 Ter terechtzitting heeft de Commissie het voorwerp van haar beroep nogmaals gherdefinieerd en het Hof verzocht, vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen niet is nagekomen doordat gemeentelijke overheden en bedrijven die in de jaren 2004 en 2005 meer dan 2 697 personeelsleden en in de jaren 2006 en 2007 meer dan 2 402 personeelsleden hadden, dergelijke gunningen hebben verricht.

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Het recht van de Unie*

#### Richtlijn 92/50

- 4 In de achtste overweging van de considerans van richtlijn 92/50 wordt verklaard „dat alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht door deze richtlijn wordt bestreken; dat dienstverlening op andere grondslagen, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of arbeidsovereenkomsten, niet onder deze richtlijn valt.”

- 5 Volgens artikel 1, sub a-viii, van richtlijn 92/50 wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening” verstaan: „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds”, met uitsluiting van onder meer „opdrachten inzake tewerkstelling”.
- 6 In artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 wordt bepaald:

„worden als ‚aanbestedende diensten’ beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling’ wordt verstaan, iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

- rechtspersoonlijkheid heeft

en

- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[...]"

7 In artikel 7, leden 1, 4 en 5, van richtlijn 92/50 wordt bepaald:

„1. a) Deze richtlijn is van toepassing op:

[...]

- overheidsopdrachten voor dienstverlening betreffende diensten, opgenomen in bijlage I A [...]

[...]

- ii) die worden geplaatst door de in artikel 1, sub b, bedoelde aanbestedende diensten, voor zover die niet worden vermeld in bijlage I van richtlijn 93/36/EEG [van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coör-

dinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1)], en waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste 200 000 [speciale trekkingsrechten (SDR)] bedraagt.

[...]

4. Bij het ramen van het bedrag van een opdracht voor de onderstaande soorten diensten worden — voor zover van toepassing — in aanmerking genomen:

— voor verzekeringsdiensten, de te betalen premie;

[...]

5. In het geval van opdrachten waarvoor geen totale prijs is vastgesteld, geldt voor het geraamde bedrag van de opdracht de volgende berekeningsgrondslag:

— bij opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter dan 48 maanden, de totale waarde voor de gehele looptijd;

— bij opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd langer is dan 48 maanden, het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.”

- 8 De Duitse gemeentelijke overheden en bedrijven worden niet genoemd in bijlage I bij richtlijn 93/36.
- 9 Volgens artikel 8 van richtlijn 92/50 worden „[d]e opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten [...] overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst.”
- 10 De in artikel 8 van richtlijn 92/50 bedoelde titels betreffen, respectievelijk, de keuze van de procedure voor het plaatsen van de opdracht en de regels inzake prijsvragen voor ontwerpen (titel III), de gemeenschappelijke regels op technisch gebied (titel IV), de gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking (titel V) en de gemeenschappelijke regels inzake de deelneming, de criteria voor de kwalitatieve selectie en de gunningscriteria (titel VI).
- 11 Onder de in bijlage I A bij richtlijn 92/50 genoemde „[d]iensten in de zin van artikel 8” worden in categorie 6 vermeld de „[f]inanciële diensten”, die sub a de „verzekeringsdiensten” en sub b de „bankverrichtingen en diensten in verband met beleggingen” omvatten.

#### Richtlijn 2004/18

- 12 Punt 28 van de considerans van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

„Beroep en werk zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen en bevorderen de maatschappelijke integratie. In dit verband



dragen sociale werkplaatsen en programma's voor beschutte arbeid op doeltreffende wijze bij tot de integratie of herintegratie van gehandicapten op de arbeidsmarkt. Het is echter mogelijk dat het dergelijke werkplaatsen niet lukt om bij normale mededingingsvoorwaarden opdrachten te verwerven. Daarom is het wenselijk te bepalen dat de lidstaten de deelneming aan procedures voor de gunning van opdrachten kunnen voorbehouden aan dergelijke werkplaatsen of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid."

- 13 In artikel 1, lid 2, sub a en d, van richtlijn 2004/18 worden „overheidsopdrachten” omschreven als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn”, en „overheidsopdrachten voor diensten” als „andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.”
- 14 In artikel 1, lid 5, van richtlijn 2004/18 wordt „raamovereenkomst” omschreven als „een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.”
- 15 Artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 bevat een definitie van „aangebestede diensten” die grotendeels overeenkomt met die in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50.
- 16 Volgens artikel 7, sub b, van richtlijn 2004/18 is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw”) gelijk is aan of groter is dan 249 000 EUR. Dit bedrag is verlaagd tot 236 000 EUR bij verordening (EG) nr. 1874/2004 van

de Commissie van 28 oktober 2004 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot hun toepassingsdrempels inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 326, blz. 17) en vervolgens tot 211 000 EUR bij verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot hun toepassingsdrempels inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 333, blz. 28).

17 In artikel 9, leden 1, 8 en 9, van richtlijn 2004/18 wordt bepaald:

„1. De berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht moet gebaseerd zijn op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract.

[...]

8. In het geval van overheidsopdrachten voor diensten wordt de waarde van de opdracht in voorkomend geval op de volgende grondslag geraamd:

a) voor de onderstaande soorten diensten:

i) verzekeringsdiensten: de te betalen premie en andere vormen van beloning;

[...]

b) in het geval van opdrachten waarin geen totale prijs is vermeld:

- i) bij opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter is dan 48 maanden, de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd;
  
- ii) bij opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd langer is dan 48 maanden, het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

9. Bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst [...] moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief btw, van alle voor de totale duur van de overeenkomst [...] voorgenomen opdrachten.”

18 Volgens artikel 16, sub e, van richtlijn 2004/18 is deze richtlijn niet van toepassing op „overheidsopdrachten voor diensten [...] inzake arbeidsovereenkomsten.”

19 In artikel 20 van richtlijn 2004/18 wordt bepaald dat „[d]e opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten [...] overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 [worden] geplaatst.”

20 De artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18 bevatten, achtereenvolgens, de bijzondere voorschriften betreffende het bestek en de aanbestedingsstukken (artikelen 23 tot en met 27), de regels betreffende de procedures (artikelen 28 tot en met 34), de regels voor bekendmaking en transparantie (artikelen 35 tot en met 43) en de regels betreffende het verloop van de procedure (artikelen 44 tot en met 55).

- 21 Onder de in bijlage II A bij richtlijn 2004/18 genoemde diensten worden in categorie 6 vermeld de „diensten van financiële instellingen”, die sub a de „verzekeringsdiensten” en sub b de „bankdiensten en diensten in verband met beleggingen” omvatten.
- 22 Onder de publiekrechtelijke instellingen en de categorieën publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 worden in bijlage III bij deze richtlijn onder rubriek III, Bondsrepubliek Duitsland, vermeld de „[l]ichamen, instellingen en stichtingen die zijn opgericht door de staat, de deelstaten of de gemeenten [...]”

### *Nationaal recht*

- 23 In § 1, met als opschrift „Toezegging van bedrijfspensioenvoorziening door de werkgever”, van de wet ter verbetering van de bedrijfspensioenvoorziening (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) van 19 december 1974 (BGBl. I, blz. 3610), zoals gewijzigd bij § 5 van de wet van 21 december 2008 (BGBl. I, blz. 2940; hierna: „BetrAVG”), wordt bepaald:

„(1) Ontvangt een werknemer uit hoofde van zijn arbeidsverhouding van de werkgever een toezegging voor een ouderdomspensioen, een arbeidsongeschiktheidspensioen of een nabestaandenpensioen (bedrijfspensioenvoorziening), dan geldt het bepaalde in deze wet. De uitvoering van de bedrijfspensioenvoorziening kan rechtstreeks via de werkgever plaatsvinden dan wel via een in § 1b, leden 2 tot en met 4, genoemde pensioenuitvoerder. De werkgever doet zijn toezegging ook gestand wanneer de uitvoering niet rechtstreeks via hem plaatsvindt.

(2) Er is eveneens sprake van een bedrijfspensioenvoorziening wanneer:

[...]

3. toekomstige loonaanspraken worden omgezet in rechten op pensioenuitkeringen van gelijke waarde (omzetting van loon in pensioenpremies) of
4. de werknemer van zijn loon bijdragen ter financiering van de uitkeringen van een bedrijfspensioenvoorziening betaalt aan een pensioenfonds, een pensioenkas of een rechtstreekse verzekering, en de toezegging van de werkgever ook de uit deze bijdragen voortvloeiende uitkeringen omvat: de bepalingen betreffende de omzetting van loon in pensioenpremies gelden dan mutatis mutandis voor zover de op grond van deze bijdragen toegezegde uitkeringen bij wege van kapitalisatie worden gefinancierd.”

<sup>24</sup> § 1a, met als opschrift „Aanspraak op bedrijfspensioenvoorziening door omzetting in pensioenpremies”, BetrAVG bepaalt:

„De werknemer kan van de werkgever verlangen dat van zijn toekomstige loonaanspraken tot maximaal 4 % van de desbetreffende premiebijdragengrens voor de algemene pensioenverzekering door omzetting in pensioenpremies voor zijn bedrijfspensioenvoorziening wordt gebruikt. De uitvoering van de aanspraak van de werknemer wordt bij overeenkomst geregeld. Verklaart de werkgever zich bereid tot uitvoering via een pensioenfonds of een pensioenkas (§ 1b, lid 3), dan dient de uitvoering van de bedrijfspensioenvoorziening aldaar plaats te vinden; zo niet, dan kan de werknemer verlangen dat de werkgever voor hem een directe verzekering (§ 1b, lid 2) afsluit. Indien van bovengenoemd recht gebruik wordt gemaakt, moet de werknemer elk jaar een bedrag van ten minste een honderdzigste van het in § 18, lid 1, van boek

vier van het Sozialgesetzbuch (wetboek voor sociale zekerheid) bedoelde loon voor zijn bedrijfspensioenvoorziening gebruiken. Wanneer de werknemer een deel van zijn normale loon voor bedrijfspensioenvoorziening gebruikt, kan de werkgever verlangen dat in de loop van een kalenderjaar steeds hetzelfde maandelijks bedrag wordt gebruikt.”

- 25 In § 17, met als opschrift „Personele werkingssfeer en afwijkingsbeding”, leden 3 en 5, BetrAVG wordt bepaald:

„(3) Van de §§ 1a [...] kan bij collectieve overeenkomst worden afgeweken. De afwijkende bepalingen gelden ook tussen werkgevers en werknemers die niet door een collectieve overeenkomst zijn gebonden, wanneer deze onderling zijn overeengekomen de relevante bepalingen van collectieve overeenkomst toe te passen. Voor het overige kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de bepalingen de deze wet.

[...]

(5) Voor zover loonaanspraken berusten op een collectieve overeenkomst, kan omzetting daarvan in pensioenpremies uitsluitend plaatsvinden wanneer dit bij collectieve overeenkomst is voorzien of toegestaan.”

- 26 Op 18 februari 2003 is tussen de Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (Vereniging van gemeentelijke werkgeversorganisaties; hierna: „VKA”) en de Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft eV (ver.di) (Overkoepelende vakvereniging voor de dienstensector) het TV-EUmw/VKA gesloten. De VKA heeft een overeenkomstige collectieve overeenkomst gesloten met een andere vakvereniging, namelijk de dbb tarifunion.

- 27 De §§ 2 en 3 TV-EUmw/VKA betreffen het recht van de werknemers die onder een van de in § 1 vermelde collectieve overeenkomsten vallen, om van hun werkgever te verlangen dat hij hun toekomstige loonaanspraken binnen de in het BetrAVG bepaalde grenzen omzet in pensioenpremies. Volgens § 5 TV-EUmw/VKA moet een dergelijk verzoek aan de werkgever schriftelijk worden gedaan. Volgens dezelfde paragraaf is de werknemer voor ten minste een jaar gebonden aan de met de werkgever gesloten overeenkomst betreffende de gedeeltelijke omzetting van zijn toekomstige loonaanspraken in pensioenpremies.
- 28 In § 6, met als opschrift „Uitvoeringsmodaliteiten”, TV-EUmw/VKA, wordt bepaald:

„De omzetting van een deel van het loon in pensioenpremies in het kader van de bij het BetrAVG voorziene uitvoeringsmodaliteiten dient, onder voorbehoud van het bepaalde in de tweede en de derde volzin, te geschieden bij openbare organen voor aanvullend pensioen.

De werkgever kan in het kader van de bedrijfspensioenvoorziening als bedoeld in de eerste volzin eveneens bepalen dat de uitvoeringsmodaliteiten van toepassing zijn die worden aangeboden door de Sparkassen Finanzgruppe of de gemeenteverzekeraars.

Voor zover nodig kan bij collectieve overeenkomst op Landesbezirk-niveau worden afgeweken van het bepaalde in de eerste en de tweede volzin.”

- 29 Volgens § 7, lid 1, TV-EUmw/VKA treedt deze collectieve overeenkomst in werking op 1 januari 2003. Volgens § 7, lid 2, TV-EUmw/VKA kan zij aan het einde van elk kalenderjaar met een opzegtermijn van drie maanden worden opgezegd, doch ten vroegste op 31 december 2008.

## De precontentieuze procedure

- 30 Nadat de Commissie een klacht had ontvangen, heeft zij de Bondsrepubliek Duitsland bij een aanmaningsbrief van 18 oktober 2005 laten weten dat deze lidstaat mogelijk artikel 8 junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50, alsmede in elk geval de beginselen van vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten, had geschonden doordat een aantal gemeentelijke overheden en bedrijven bedrijfspensioenverzekeringsovereenkomsten zonder aanbesteding op het niveau van de Unie rechtstreeks hadden gegund aan de in § 6 TV-EUmw/VKA genoemde organen en ondernemingen.
- 31 Bij brief van 29 maart 2006 heeft de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerd dat de gemeentelijke overheden en bedrijven niet als „aanbestedende diensten” in de zin van richtlijn 92/50 handelen wanneer zij hun taak van werkgever op het gebied van bedrijfspensioenvoorziening vervullen. Deze lidstaat heeft eveneens gesteld dat de betrokken verzekeringsovereenkomsten deel uitmaken van de arbeidsbetrekkingen en bijgevolg geen overheidsopdrachten vormen, daar de gemeentelijke werkgevers immers slechts optreden als betalingsorgaan in het kader van een ruil tussen de werknemers die voor een gedeeltelijke omzetting van hun loon in pensioenpremies hebben geopteerd, en de assuradeurs. Deze lidstaat heeft ook gesteld dat de toepassing van het recht inzake overheidsopdrachten op de gunning van de omstreden overeenkomsten in strijd is met de in artikel 9, lid 3, van het Grundgesetz geformuleerde contractvrijheid van de sociale partners.
- 32 Omdat zij niet tevreden was met dit antwoord, heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland op 4 juli 2006 een met redenen omkleed advies gezonden, waarin



zij heeft verklaard dat haar grieven aldus moesten worden begrepen dat deze vanaf 1 februari 2006 ook betrekking hebben op een schending van artikel 20 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18, waarin de in haar aanmaningsbrief genoemde bepalingen van richtlijn 92/50 grosso modo zijn overgenomen.

- 33 In haar antwoord van 15 november 2006 op dat met redenen omkleed advies heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar standpunt gehandhaafd en bij dit antwoord een deskundigenverslag gevoegd waaruit blijkt dat betrokken maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies onder het begrip loon valt. Verder heeft zij gesteld dat de drempels voor de toepassing van de regeling van de Unie inzake overheidsopdrachten in het onderhavige geval niet waren bereikt, daar elke individuele overeenkomst op zichzelf moet worden beschouwd. Ten slotte heeft zij erop gewezen dat zij hoe dan ook geen einde kan maken aan een eventuele schending van het recht van de Unie, omdat zij niet bevoegd is om de sociale partners instructies te geven.
- 34 Bij brief van 30 januari 2007 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland om inlichtingen verzocht, met name om te kunnen uitmaken of overwegingen van sociale politiek in het onderhavige geval een uitzondering op het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten konden rechtvaardigen.
- 35 Omdat zij van oordeel was dat de Bondsrepubliek Duitsland in haar antwoord van 1 maart 2007 op dit verzoek geen passende rechtvaardiging had aangedragen, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

## Het beroep

*De toepasselijkheid van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 op de gunningen van overeenkomsten aan organen en ondernemingen als bedoeld in § TV-EUmw/VKA*

- <sup>36</sup> Om te beginnen dient te worden onderzocht of, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden stellen, de gunningen van overeenkomsten aan organen en ondernemingen als bedoeld in § 6 TV-EUmw/VKA (hierna: „omstreden gunningen van overeenkomsten”) wegens de aard en het voorwerp ervan buiten de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 vallen. Deze lidstaten, die voorstander zijn van een overeenkomstige toepassing op het onderhavige geval van de redenering die het Hof in zijn arresten van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751), en 21 september 2000, Van der Woude (C-222/98, Jurispr. blz. I-7111) heeft gevolgd, baseren hun betoog op het feit dat die gunningen de uitvoering van een tussen de sociale partners gesloten collectieve overeenkomst, meer bepaald van § 6 TV-EUmw/VKA, vormen.
- <sup>37</sup> Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het in het onderhavige geval door de partijen bij het TV-EUmw/VKA uitgeoefende recht op collectieve onderhandelingen zowel is erkend in tal van internationale instrumenten waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waartoe zij zijn toegetreden, zoals artikel 6 van het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende en op 3 mei 1996 te Straatsburg herziene Europees Sociaal Handvest, als in instrumenten die door deze lidstaten op communautair niveau of in het kader van de Unie zijn uitgewerkt, zoals artikel 12 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, dat is aangenomen tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad te Straatsburg op 9 december 1989 en artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), dat volgens artikel 6 VEU dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.

- 38 Uit artikel 28 juncto artikel 52, lid 6, van het Handvest blijkt dat bij de bescherming van het grondrecht op collectieve onderhandelingen ten volle rekening moet worden gehouden met onder meer de nationale wetgevingen en praktijken.
- 39 Bovendien wordt in artikel 152 VWEU bepaald dat de Unie de rol van de sociale partners op het niveau van de Unie erkent en bevordert en daarbij rekening houdt met de verschillen tussen de nationale stelsels.
- 40 Verder dient erop te worden gewezen dat de partijen bij het geding het erover eens zijn dat het TV-EUmw/VKA, algemeen beschouwd, een sociaal doel nastreeft. Het beoogt immers het niveau van het ouderdomspensioen van de betrokken werknemers te verhogen door overeenkomstig het BetrAVG het pensioensparen in de vorm van gedeeltelijke omzetting van het loon van de betrokken werknemers in pensioenpremies te bevorderen.
- 41 Het grondrecht op collectieve onderhandelingen en het sociale doel van het TV-EUmw/VKA in zijn geheel beschouwd kunnen an sich de gemeentelijke werkgevers echter niet automatisch ontheffen van de verplichting tot inachtneming van de uit de richtlijnen 92/50 en 2004/18 voortvloeiende eisen, die een toepassing van de beginselen van vrije vestiging en vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten vormen.
- 42 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat bepalingen van collectieve overeenkomsten niet buiten de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen vallen (zie arrest van 11 december 2007, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union, Viking Line*, C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punt 54 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 43 Bovendien kan de uitoefening van een grondrecht zoals het recht op collectieve onderhandelingen aan bepaalde beperkingen worden onderworpen (zie in die zin het reeds aangehaalde arrest *Viking Line*, punt 44, en arrest van 18 december 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punt 91). Inzonderheid geniet het recht op collectieve onderhandelingen in Duitsland weliswaar de door artikel 9, lid 3, van het Grundgesetz algemeen verleende grondwettelijke bescherming van het recht om ter handhaving en verbetering van de arbeidsvoorwaarden en de economische omstandigheden verenigingen op te richten, doch dit neemt niet weg dat volgens artikel 28 van het Handvest dit recht overeenkomstig het recht van de Unie moet worden uitgeoefend.
- 44 De uitoefening van het grondrecht op collectieve onderhandelingen moet dus worden afgewogen tegen de eisen die voortvloeien uit de in het VWEU beschermde vrijheden, die in het onderhavige geval door de richtlijnen 92/50 en 2004/18 ten uitvoer worden gelegd, en dient in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin de reeds aangehaalde arresten *Viking Line*, punt 46, en *Laval un Partneri*, punt 94).
- 45 In de reeds aangehaalde arresten *Albany* en *Van der Woude* heeft het Hof geoordeeld dat ofschoon een zekere de mededinging beperkende werking eigen is aan een tussen de representatieve organisaties van werkgevers en werknemers gesloten collectieve overeenkomst waarbij in een bepaalde bedrijfstak wordt voorzien in een stelsel van aanvullend pensioen dat wordt beheerd door een pensioenfonds waarbij de betrokkenen zich moeten aansluiten, een dergelijke overeenkomst niet onder artikel 101, lid 1, VWEU valt.
- 46 Die uitspraak prejudicieert echter niet op de beslissing over de hiervan te onderscheiden kwestie die in het onderhavige geval aan de orde is, namelijk de inachtneming voor de aanwijzing aan de assuradeurs die met de tenuitvoerlegging van de omstreden maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies worden belast, van de regels van de Unie inzake de toepassing van de beginselen van vrije vestiging en vrij verrichten van diensten op het gebied van de overheidsopdrachten in de context van een collectieve overeenkomst met publiekrechtelijke werkgevers.

- 47 In dit verband kan niet worden aangenomen dat wanneer de sociale partners gebruik maken van hun vrijheid en het recht op collectieve onderhandelingen uitoefenen, dit noodzakelijk gepaard gaat met een zekere aantasting van de richtlijnen die uitvoering geven aan de vrijheid van vestiging en aan het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten (zie in die zin het reeds aangehaalde arrest Viking Line, punt 52).
- 48 Voorts heeft de omstandigheid dat een overeenkomst of een activiteit buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de mededinging valt, niet zonder meer tot gevolg dat voor deze overeenkomst of deze activiteit evenmin de verplichting tot inachtneming van de uit de bepalingen van deze richtlijnen voortvloeiende eisen geldt, aangezien voor elk van deze groepen van bepalingen eigen toepassingsvoorwaarden gelden (zie in die zin het reeds aangehaalde arrest Viking Line, punt 53 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Ten slotte dient erop te worden gewezen dat, anders dan het tussen de sociale partners overeengekomen doel, het niveau van het pensioen van de werknemers in gemeentelijke overheidsdienst te verhogen, de aanwijzing van organen en ondernemingen in een collectieve overeenkomst als die waar het in casu om gaat, de essentie van het recht op collectieve onderhandelingen niet raakt.
- 50 Gelet op een en ander heeft de omstandigheid dat de omstrede gunningen van overeenkomsten op grond van een collectieve overeenkomst gebeuren, op zichzelf niet tot gevolg dat het onderhavige geval niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 valt.
- 51 Bijgevolg rijst de vraag, hoe de eisen die verband houden met de verwezenlijking van het in het onderhavige geval door de partijen bij de collectieve onderhandelingen nagestreefde sociale doel, in overeenstemming kunnen worden gebracht met de eisen van de richtlijnen 92/50 en 2004/18.

- 52 Daartoe dient aan de hand van de processtukken te worden nagegaan of bij het bepalen van de inhoud van § 6 TV-EUmw/VKA, het artikel dat volgens de Commissie in haar beroepschrift de grondslag voor de omstreden gunningen van overeenkomsten heeft gevormd, een billijk evenwicht tussen de op het spel staande belangen, te weten de verhoging van het niveau van het ouderdomspensioen van de betrokken werknemers enerzijds, en de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten alsmede de openstelling voor mededinging op het niveau van de Unie anderzijds, in acht is genomen (zie naar analogie arrest van 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punten 81 en 82).
- 53 Al staat § 6 TV-EUmw/VKA in een collectieve overeenkomst die, zoals in punt 40 van het onderhavige arrest is beklemtoond, algemeen beschouwd een sociaal doel nastreeft, toch dient in dit verband te worden vastgesteld, zoals de advocaat-generaal in punt 176 van haar conclusie heeft gedaan, dat dit artikel de toepassing van de regels van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 voor onbepaalde tijd volledig uitsluit met betrekking tot het pensioensparen van de gemeentelijke werknemers, wat door de Bondsrepubliek Duitsland niet wordt ontkend.
- 54 Deze lidstaat voert echter allereerst aan dat artikel 6 TV-EUmw/VKA de uitdrukking is van een overeengekomen oplossing waarbij rekening is gehouden met de respectieve belangen van de partijen bij deze collectieve overeenkomst. Hij wijst erop dat de aanwijzing in deze collectieve overeenkomst van de verzekeringsorganen en -ondernemingen die bij uitsluiting van alle andere met de tenuitvoerlegging van de in de gemeentelijke overheidsdienst ingevoerde maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies kunnen worden belast, het mogelijk maakt de werknemers beter te betrekken en hun belangen beter te behartigen dan het geval zou zijn indien elke gemeentelijke werkgever de assuradeur of de assuradeurs kiest bij wege van een aanbestedingsprocedure.
- 55 Opgemerkt zij echter dat de toepassing van de aanbestedingsprocedures in overeenstemming kan worden gebracht met de toepassing van de met name uit het Duitse sociale recht voortvloeiende mechanismen die binnen de betrokken gemeentelijke overheid of onderneming garanderen dat de werknemers of hun vertegenwoordigers kunnen deelnemen aan de keuze van het orgaan of de organen die met de

tenuitvoerlegging van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies zullen worden belast, wat de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting niet heeft betwist.

- 56 Een toepassing van de aanbestedingsprocedures sluit overigens niet uit dat in de oproep tot inschrijving aan de potentiële inschrijvers voorwaarden worden opgelegd die de belangen van de betrokken werknemers weerspiegelen.
- 57 In de tweede plaats betoogt de Bondsrepubliek Duitsland, op dit punt ondersteund door het Koninkrijk Denemarken, dat de offertes van de in § 6 TV-EUmw/VKA bedoelde organen en ondernemingen op het solidariteitsbeginsel berusten. Ter terechtzitting is beklemtoond dat bij wege van een verzekeringsovereenkomst, dankzij de spreiding van de risico's een compensatie tussen „goede” en „slechte” risico's kan worden verricht, inzonderheid wanneer het bedrijfspensioen wordt uitgekeerd in de vorm van een lijfrente die wordt betaald tot aan het overlijden van de begunstigde. Verder is benadrukt dat die organen en ondernemingen geen selectie van de gegadigden aan de hand van medische criteria verrichten.
- 58 In dit verband dient er echter op te worden gewezen dat de handhaving van deze solidariteitsfactoren niet van nature onverenigbaar is met de toepassing van een aanbestedingsprocedure. De spreiding van de risico's, waarop elke verzekeringsactiviteit berust, kan immers ook worden gewaarborgd door een verzekeringsorgaan of -onderneming dat/die bij wege van een op het niveau van de Unie georganiseerde aanbestedingsprocedure is geselecteerd. Bovendien staat geen enkele bepaling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten eraan in de weg dat de gemeentelijke werkgever in de oproep tot inschrijving bepaalt welke regels de inschrijvers moeten naleven, teneinde een selectie aan de hand van medische criteria van de werknemers die belangstelling hebben voor omzetting van een deel van hun loon in pensioenpremies, te voorkomen of binnen bepaalde perken te houden.

- 59 In de derde plaats wijst de Bondsrepubliek Duitsland op de ervaring en de financiële soliditeit van de in § 6 TV-EUmw/VKA genoemde organen en ondernemingen. Zij voegt eraan toe dat de keuze voor die organen en ondernemingen waarborgt dat de omzetting van een deel van het loon in pensioenpremies aantrekkelijk is voor de werknemers in gemeentelijke overheidsdienst.
- 60 De richtlijnen van de Unie inzake overheidsopdrachten bevatten echter regels die de aanbestedende diensten de mogelijkheid bieden, zich te vergewissen van de vakbekwaamheid en de financiële soliditeit van de inschrijvers, en bovendien mag niet worden vermoed dat vakbekwaamheid en financiële soliditeit in de regel ontbreken bij andere verzekeringsorganen of -ondernemingen dan die welke in § 6 TV-EUmw/VKA worden genoemd.
- 61 In dit verband dient er inzonderheid op te worden gewezen dat op grond van richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (PB L 235, blz. 10) de particuliere ondernemingen die groepsverzekeringen aanbieden, onderworpen zijn aan op het niveau van de Unie gecoördineerde regels van bedrijfs-economisch toezicht, die met name de financiële soliditeit van die ondernemingen beogen te waarborgen.
- 62 De instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening zijn op grond van richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PB L 235, blz. 10) aan soortgelijke regels onderworpen. Deze op het niveau van de Unie gecoördineerde regels hebben tot doel, een hoog beschermingsniveau te waarborgen voor de toekomstige gepensioneerden die uitkeringen van deze instellingen dienen te ontvangen (zie in die zin arrest van 14 januari 2010, Commissie/Tsjechië, C-343/08, Jurispr. blz. I-275, punt 45).



- 63 Verder dient erop te worden gewezen dat volgens de door de Bondsrepubliek Duitsland verstrekte gegevens gemeentelijke werkgevers op grond van § 6, derde zin, TV-EUmw/VKA verzekeringscontracten rechtstreeks hebben gegund aan andere dan de in die § 6, eerste en tweede zin, bedoelde organen. In de loop van de onderhavige procedure is niet aangetoond en zelfs niet gesteld dat deze oplossing de belangstelling van de betrokken werknemers voor de omzetting van een deel van hun loon in pensioenpremies heeft verminderd.
- 64 In de vierde plaats wijst die lidstaat erop dat § 6 TV-EUmw/VKA de gemeentelijke werkgevers de mogelijkheid biedt, af te zien van een individuele procedure van selectie van het orgaan of de organen die op het niveau van hun eigen dienst of onderneming met de tenuitvoerlegging van de omzetting van loon in pensioenpremies zal of zullen worden belast. Bovendien brengen de in die § 6 bedoelde organen en ondernemingen geringe beheerskosten in rekening.
- 65 Dergelijke overwegingen kunnen echter geen rechtvaardigingsgrond vormen voor het buiten toepassing laten van bepalingen en procedures die worden geacht in het belang van de gemeentelijke werkgevers en hun werknemers de toegang tot een aanbod van diensten uit de gehele Unie te waarborgen.
- 66 Gelet op de in de punten 53 tot en met 65 van het onderhavige arrest geformuleerde overwegingen dient te worden geconcludeerd dat de inachtneming van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor diensten niet onverenigbaar is met het sociale doel dat de partijen bij het TV-EUmw/VKA bij de uitoefening van hun recht op collectieve onderhandelingen nastreven.
- 67 Bijgevolg dient te worden onderzocht of de omstreden gunningen van overeenkomsten voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de richtlijnen 92/50 en 2004/18.

*De kwalificatie van de betrokken overeenkomsten als overheidsopdrachten voor diensten in de zin van de richtlijnen 92/50 en 2004/18*

- 68 Om te beginnen dient erop te worden gewezen dat de partijen bij de onderhavige procedure het erover eens zijn dat de betrokken overeenkomsten betrekking hebben op verzekeringsdiensten in de zin van categorie 6, sub a, van bijlage I A bij richtlijn 92/50 of bijlage II B bij richtlijn 2004/18.
- 69 Tussen deze partijen is eveneens in confesso dat deze overeenkomsten schriftelijk zijn gesloten in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 of artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18.
- 70 Daarentegen betwist de Bondsrepubliek Duitsland, ondersteund door het Koninkrijk Zweden, in de eerste plaats dat in het onderhavige geval is voldaan aan de andere voorwaarden waarvan deze bepalingen de kwalificatie als „overheidsopdrachten” in de zin van die richtlijnen afhankelijk stellen.
- 71 Zij betoogt dat de gemeentelijke werkgevers niet als aanbestedende diensten handelen wanneer zij zich ertoe beperken, een in een collectieve overeenkomst gemaakte keuze op het gebied van bedrijfspensioenverzekering ten uitvoer te leggen en daarbij niet beschikken over een eigen beslissingsbevoegdheid op grond waarvan zij naar eigen goeddunken de voorkeur aan deze of gene inschrijver zouden kunnen geven.
- 72 Verder stelt zij dat de betrokken overeenkomsten geen overeenkomsten onder bezwarende titel zijn. Volgens haar bestaat er immers slechts een economische ruilbetrekking tussen de assuradeur en de werknemer die voor omzetting van loon in pensioenpremies heeft geopteerd. De werkgever zou zich ertoe beperken, de premies die hij met het oog op die omzetting op het loon van de werknemer heeft ingehouden, voor

rekening van de werknemer over te maken aan die assuradeur. De overeenkomsten zouden de tenuitvoerlegging van een aan de werknemers ten goede komende maatregel en niet de plaatsing van een opdracht ten behoeve van de overheid betreffen.

- 73 Dienaangaande zij er allereerst aan herinnerd dat artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 noch artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 onderscheid maakt tussen overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak. Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van deze richtlijnen, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (zie naar analogie arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punten 32 en 33).
- 74 Verder dient erop te worden gewezen dat over het TV-EUmw/VKA, inzonderheid over § 6 ervan, onder meer door de vertegenwoordigers van de gemeentelijke werkgevers is onderhandeld. Deze werkgevers hebben dus, op zijn minst indirect, invloed uitgeoefend op de inhoud van deze paragraaf.
- 75 Ten slotte impliceert de voorwaarde dat het moet gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel, dat dient te worden nagegaan of de betrokken overeenkomsten een rechtstreeks economisch belang hebben voor de gemeentelijke werkgevers die ze sluiten (zie naar analogie arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller, C-451/08, Jurispr. blz. I-2673, punten 48 en 49).
- 76 In dit verband dient erop te worden gewezen dat ter zake van de gemeentelijke overheidsdienst uit § 6 TV-EUmw/VKA blijkt dat de werkgever de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies ten uitvoer moet leggen bij de in de eerste zin van

die paragraaf genoemde organen of, bij gebreke daarvan, moet bepalen welke van de door de in de tweede zin van die paragraaf vermelde ondernemingen aangeboden uitvoeringsmodaliteiten van toepassing zijn.

- 77 Volgens artikel 1, lid 1, BetrAVG, doet de werkgever „zijn toezegging ook gestand wanneer de uitvoering niet rechtstreeks via hem plaatsvindt.”
- 78 Aldus onderhandelt de gemeentelijke werkgever over de voorwaarden van een groepsverzekeringsovereenkomst met een beroepsverzekeraar die onderworpen is aan specifieke bedrijfeconomische eisen die zijn financiële soliditeit waarborgen. De door deze laatste verstrekte diensten stellen de werkgever in staat, te voldoen aan zijn verplichting tot correcte uitvoering van die uit de omzetting van loon in pensioenpremies voortvloeiende vorm van uitgestelde beloning.
- 79 In het kader van een dergelijke overeenkomst betaalt de gemeentelijke werkgever premies die hij op het aan de belanghebbenden verschuldigde loon heeft ingehouden, aan het betrokken orgaan of de betrokken onderneming als tegenprestatie voor het verkrijgen van diensten die absoluut noodzakelijk zijn voor zijn in § 1, lid 1, BetrAVG vermelde verplichting om in te staan voor de uitvoering van de pensioenuitkeringen aan de werknemers die met zijn instemming voor de omzetting van loon in pensioenpremies hebben geopteerd.

- 80 De omstandigheid dat de uiteindelijke begunstigen van de pensioenuitkeringen de werknemers zijn die voor die maatregel hebben geopteerd, kan de bezwarende titel van een dergelijke overeenkomst niet op losse schroeven zetten.
- 81 De Bondsrepubliek Duitsland, op dit punt ondersteund door het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden, betoogt in de tweede plaats, dat de in artikel 1, sub a-viii, van richtlijn 92/50 voorziene uitzondering voor opdrachten inzake tewerkstelling en de in artikel 16, sub e, van richtlijn 2004/18 voorziene uitzondering voor arbeidsovereenkomsten gelden voor elke dienstverrichting die, zoals in casu, haar grondslag heeft in een dergelijke overeenkomst of in een collectieve overeenkomst die daar noodzakelijk deel van uitmaakt en naar het voorwerp ervan onder het arbeidsrecht valt.
- 82 Gelet op de in de punten 4 tot en met 12 van het onderhavige arrest overgenomen bepalingen, gelden deze uitzonderingen, die als afwijking van de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor diensten strikt moeten worden uitgelegd, echter niet voor diensten die, zoals in het onderhavige geval, niet op een arbeidsovereenkomst maar op een overeenkomst tussen een werkgever en een assuradeur zijn gebaseerd en bovendien niets te maken hebben met het door de wetgever van de Unie in punt 28 van de considerans van richtlijn 2004/18 geformuleerde bijzondere aandachtspunt.

*De vaststelling van de waarde van de opdracht en de overschrijding van de drempels voor toepassing van de richtlijnen 92/50 en 2004/18*

- 83 Om te beginnen zij erop gewezen dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft ontkend dat de door de Commissie gehanteerde bedragen van respectievelijk 236 000 EUR

voor de jaren 2004 en 2005 en 211 000 EUR voor de jaren 2006 en 2007 relevant zijn voor het afbakenen, in de onderhavige zaak, van de opdrachten die naar de waarde ervan binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 of binnen die van richtlijn 2004/18 vallen.

- 84 De Bondsrepubliek Duitsland betwist daarentegen de juistheid van de berekeningsmethode die de Commissie heeft gebruikt voor het bepalen van de kritische omvang, in aantal werknemers, vanaf welke de gemeentelijke werkgevers worden geacht verzekeringsovereenkomsten te hebben gesloten waarvan de waarde gelijk is aan of hoger is dan de relevante drempel voor toepassing van richtlijn 92/50 of van richtlijn 2004/18.
- 85 Deze lidstaat betoogt allereerst dat voor de berekening van de waarde van de opdracht in de zin van deze richtlijnen in het onderhavige geval uitsluitend mag worden uitgegaan van het bedrag van de beheerskosten die de onderneming als vergoeding voor haar diensten verlangt, en niet van het totale bedrag van de premies die in het kader van de omzetting van loon in pensioenpremies zijn betaald, omdat dit laatste bedrag bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst immers onmogelijk nauwkeurig kan worden bepaald.
- 86 In dit verband dient er echter op te worden gewezen dat met betrekking tot opdrachten inzake verzekeringsdiensten in de zin van categorie 6, sub a, van bijlage I A bij richtlijn 92/50 of bijlage II B bij richtlijn 2004/18, zowel in artikel 7, lid 4, eerste streepje, van richtlijn 92/50 als in artikel 9, lid 8, sub a-i, van richtlijn 2004/18 de „te betalen premie” als basiselement voor de berekening van de geraamde waarde van de betrokken opdracht wordt genoemd.
- 87 Voor diensten inzake bedrijfspensioenvoorziening is de „geraamde waarde van de opdracht” in de zin van de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde bepalingen dus, zoals de Commissie terecht heeft geoordeeld, de geraamde waarde van de premies, in het onderhavige geval de bijdragen die uit hoofde van de omzetting van loon in pensioenpremies zijn ingehouden op het loon van de belanghebbende werknemers binnen de betrokken gemeentelijke overheid of onderneming

en bestemd zijn voor de financiering van de uiteindelijke bedrijfspensioenuitkeringen. Die premies zijn in het onderhavige geval immers de belangrijkste tegenprestatie voor de diensten die het uitkerende orgaan of de uitkerende onderneming aan de gemeentelijke werknemer verleent in het kader van de uitvoering van deze maatregel.

- 88 In een context als die van de onderhavige zaak, waarin op het tijdstip van het plaatsen van de betrokken opdracht de totale waarde van die premies onmogelijk kan worden aangegeven omdat iedere werknemer de keuze heeft om al dan niet voor omzetting van loon in pensioenpremies te opteren, en gelet op de duur van een dergelijke opdracht, die lang of zelfs onbepaald is, zoals uit de discussies ter terechtzitting is gebleken, moet zowel op grond van artikel 7, lid 5, tweede streepje, van richtlijn 92/50 als op grond van artikel 9, lid 8, sub b-ii, van richtlijn 2004/18 als grondslag voor de berekening van de geraamde waarde van deze opdracht „het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48” worden genomen.
- 89 Gelijk de advocaat-generaal in punt 150 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie in de onderhavige zaak dus terecht — zoals ook de betrokken gemeentelijke werkgevers hadden moeten doen — haar berekening allereerst gebaseerd op een raming van het gemiddelde maandelijks bedrag aan omzetting van loon in pensioenpremies per werknemer, vermenigvuldigd met 48, heeft zij vervolgens op basis van de uitkomst van deze vermenigvuldiging bepaald hoeveel werknemers voor omzetting van loon in pensioenpremies moesten opteren om de relevante drempel voor toepassing van de regels van de Unie inzake overheidsopdrachten te bereiken, en heeft zij ten slotte op basis van een raming van het percentage werknemers in gemeentelijke overheidsdienst dat voor omzetting van loon in pensioenpremies heeft geopteerd, de kritische omvang, in aantal werknemers, bepaald vanaf welke de gemeentelijke werkgevers opdrachten hebben geplaatst waarvan de waarde gelijk was aan of hoger was dan die drempel.
- 90 In de tweede plaats betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat de Commissie ten onrechte bij haar berekening geen rekening heeft gehouden met de reeds in de pre-contentieuze procedure gesignaleerde omstandigheid dat een aantal gemeentelijke

werkgevers voor de tenuitvoerlegging van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies op het niveau van hun eigen overheidsdienst of bedrijf, meerdere overeenkomsten met verschillende organen of ondernemingen hebben gesloten. Volgens haar had die omstandigheid de Commissie ertoe moeten aanzetten, de geraamde waarde van de opdracht te berekenen aan de hand van elke door de gemeentelijke werkgever gesloten verzekeringsovereenkomst.

- 91 Ongeacht om welke redenen gemeentelijke werkgevers aldus hebben gehandeld en ongeacht of de omstreden overeenkomsten raamovereenkomsten in de zin van artikel 1, lid 5, van richtlijn 2004/18 vormen, zoals door de Commissie wordt gesteld maar door de Bondsrepubliek Duitsland wordt betwist, blijkt uit de tekst zelf van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2004/18, die de algemene regel voor de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht bevat, dat die berekening op het door de aanbestedende dienst geraamde „totale bedrag” van die opdracht moet zijn gebaseerd.
- 92 In het onderhavige geval moet de relevante berekening dus berusten op het geraamde totale bedrag van de opdracht inzake bedrijfspensioenvoorziening op het niveau van de betrokken overheidsdienst of onderneming in termen van premies voortvloeiend uit de omzetting van loon.
- 93 Zoals de Commissie heeft aangevoerd, zou met betrekking tot een dergelijke opdracht, waarvan het voorwerp intrinsiek een geheel vormt, een berekening die, zoals de Bondsrepubliek Duitsland bepleit, uitgaat van het aantal verzekeringsovereenkomsten dat de betrokken gemeentelijke werkgever heeft gesloten, tot een kunstmatige splitsing van deze opdracht leiden, waardoor deze laatste aan de toepassing van de regeling van de Unie inzake overheidsopdrachten zou kunnen worden onttrokken ofschoon de geraamde globale waarde ervan gelijk is aan of hoger is dan de relevante drempel voor toepassing van deze regeling.



- 94 Bovendien zou een dergelijke berekening voorbijgaan aan het rechtszekerheidsbeginsel, daar op het tijdstip waarop deze verschillende overeenkomsten worden gesloten, de individuele waarde ervan zelfs niet kan worden geraamd aangezien zelfs niet bij benadering kan worden voorzien hoe de werknemers die gebruik willen maken van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies over de betrokken ondernemingen zullen zijn verdeeld. Een dergelijke berekening, die op een louter wiskundige verdeling van de geraamde globale waarde van de opdracht naargelang van de voorgenomen verzekeringsovereenkomsten is gebaseerd, zou dus tot gevolg kunnen hebben dat al deze overeenkomsten aan toepassing van de regels van de Unie inzake overheidsopdrachten worden onttrokken, ook wanneer later zou blijken dat de waarde van een aantal van deze overeenkomsten wegens het aantal deelnemende werknemers en de hoogte van de aan de betrokken onderneming betaalde premies gelijk is aan of hoger is dan de relevante toepassingsdrempel.
- 95 In de derde plaats heeft de Bondsrepubliek Duitsland in de loop van de procedure voor het Hof herhaaldelijk de juistheid betwist van de cijfers die de Commissie hanteert ter zake van het percentage werknemers in gemeentelijke overheidsdienst die gebruikmaken van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies.
- 96 Dienaangaande zij erop gewezen dat de Commissie in elke fase van de procedure voor het Hof haar berekening heeft gebaseerd op de meest betrouwbare gegevens die de Bondsrepubliek Duitsland heeft verstrekt ter zake van het percentage gemeentelijke werknemers die deelnemen aan de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies, en om die reden het voorwerp van haar beroep met betrekking tot de jaren 2004 tot en met 2007 uiteindelijk heeft omschreven zoals weergegeven in punt 3 van het onderhavige arrest.
- 97 In dit verband dient er om te beginnen op te worden gewezen dat het voorwerp van het onderhavige geding zich kan uitstrekken tot gunningen van overeenkomsten die na het verstrijken van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn, te weten 4 september 2006, hebben plaatsgevonden, aangezien die gunningen voortvloeien uit een gedraging van dezelfde aard als die waaruit de in dat advies bedoelde gunningen voortvloeien (zie in die zin arresten van 22 maart 1983, Commissie/Frankrijk, 42/82, Jurispr. blz. 1013, punt 20; 4 februari 1988, Commissie/Italië, C-113/86, Jurispr. blz. 607, punt 11, en 9 november 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-236/05, Jurispr. blz. I-10819, punt 12).

<sup>98</sup> Daarentegen gaat de omstandigheid dat de Commissie bij haar in de loop van de onderhavige procedure verrichte berekeningen heeft geopteerd voor toepassing van de cijfergegevens betreffende 2006, het jaar waarin bovengenoemde termijn is verstreken, voor de gehele periode waarop haar beroep betrekking heeft, voorbij aan het feit dat de gemeentelijke werkgevers die in 2004 of 2005 omstreden overeenkomsten hebben gegund, de waarde van de betrokken opdracht slechts konden vaststellen op basis van ramingen betreffende respectievelijk 2004 of 2005. Bijgevolg had de Commissie voor haar berekeningen betreffende respectievelijk 2004 en 2005 rekening moeten houden met de cijfergegevens betreffende het overeenkomstige jaar.

<sup>99</sup> Uit de door de Bondsrepubliek Duitsland in dupliek verstrekte cijfergegevens blijkt dat het gemiddelde maandelijkse bedrag aan omzetting van loon in pensioenpremies per werknemer en het percentage werknemers in overheidsdienst die gebruik maken van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies de volgende zijn:

— voor 2004: 77,95 EUR en 1,40 %, en

— voor 2005: 89,14 EUR en 1,76 %.

<sup>100</sup> Gelet op deze gegevens en op de berekeningsmethode die, zoals in punt 89 van het onderhavige arrest is uiteengezet, van toepassing is in de context van de onderhavige zaak, dient de gestelde niet-nakoming te worden vastgesteld voor zover zonder aanbesteding op het niveau van de Unie verzekeringsovereenkomsten rechtstreeks zijn gegund aan organen of ondernemingen als bedoeld in § 6 TV-EUmw/VKA:

— in 2004 door gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 4505 personeelsleden;

- in 2005 door gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 3 133 personeelsleden; alsmede
  
  - in 2006 en 2007 door gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 2 402 personeelsleden.
- 101 In de vierde plaats betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat de steden Berlijn, Bremen en Hamburg ten onrechte als leden van een Landesverband van de VKA zijn beschouwd en dus als binnen de werkingssfeer van het TV-EUmw/VKA vallend zijn aangemerkt.
- 102 In dit verband dient erop te worden gewezen dat de Commissie ten gevolge op de uitleg die de Bondsrepubliek Duitsland in de loop van de onderhavige procedure heeft gegeven, de stad Berlijn uit het voorwerp van haar beroep heeft verwijderd.
- 103 Met betrekking tot de steden Bremen en Hamburg heeft deze lidstaat daarentegen toegegeven dat, zoals uit de door de Commissie in repleik verstrekte inlichtingen bleek, deze twee steden lid waren van, respectievelijk, het Kommunaler Arbeitgeberverband Bremen eV (vereniging van de gemeentelijke werkgevers van Bremen) en de Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (arbeidsrechtelijke vereniging van Hamburg), die lid zijn van de VKA.
- 104 Bovendien heeft deze lidstaat geen enkel concreet element aangedragen ter ondersteuning van haar in dupliek geponeerde stelling dat de personeelsleden van de overheidsdiensten van deze twee steden niet binnen de werkingssfeer van het TV-EUmw/VKA vallen wegens het bijzondere statuut van de leden van elk van de twee in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde Landesverbände.

- 105 Gelet op al het voorgaande dient te worden vastgesteld dat, voor zover in 2004 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 4505 personeelsleden, in 2005 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 3133 personeelsleden en in 2006 en 2007 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 2402 personeelsleden dienstovereenkomsten inzake bedrijfspensioenvoorziening zonder aanbesteding op het niveau van de Unie rechtstreeks hebben gegund aan organen of ondernemingen als bedoeld in § 6 TV-EUmw/VKA, de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die tot en met 31 januari 2006 op haar rustten krachtens artikel 8 junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50 en die sinds 1 februari 2006 op haar rusten krachtens artikel 20 junctis de artikelen 23 tot en met 25 van richtlijn 2004/18.
- 106 Het beroep wordt verworpen voor het overige.

## **Kosten**

- 107 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, van dit Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien de partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland in casu elk op bepaalde punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen zij hun eigen kosten dragen.
- 108 Overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, van dit reglement zullen het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden, die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

- 1) **Voor zover in 2004 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 4 505 personeelsleden, in 2005 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 3 133 personeelsleden alsmede in 2006 en 2007 gemeentelijke overheden en bedrijven met meer dan 2 402 personeelsleden dienstenovereenkomsten inzake bedrijfspensioenvoorziening zonder aanbesteding op het niveau van de Europese Unie rechtstreeks hebben gegund aan organen of ondernemingen als bedoeld in § 6 van de collectieve overeenkomst inzake de omzetting van loon in pensioenpremies voor werknemers/werkneemsters in gemeentelijke overheidsdienst (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst), is de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet nagekomen die tot en met 31 januari 2006 op haar rustten krachtens artikel 8 junctis de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en die sinds 1 februari 2006 op haar rusten krachtens artikel 20 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.**
  
- 2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
  
- 3) **De Europese Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen