



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (nionde avdelningen)

den 4 april 2019 *

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Ingående av anslutningsavtal med en yrkesanknuten försäkringskassa som ansvarar för förvaltningen av avgifterna för avgångsvederlag – Ingåendet av avtalet kräver godkännande från de anställda eller deras företrädare – Direktiv 2014/24/EU – Artiklarna 49 och 56 FEUF – Principerna om likabehandling och icke-diskriminering – Skyldighet att lämna insyn”

I mål C-699/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) genom beslut av den 29 november 2017, som inkom till domstolen den 14 december 2017, i ett förfarande som inletts av

Allianz Vorsorgekasse AG,

ytterligare deltagare i rättegången:

Bundestheater-Holding GmbH,

Burgtheater GmbH,

Wiener Staatsoper GmbH,

Volksoper Wien GmbH,

ART for ART Theaterservice GmbH,

fair-finance Vorsorgekasse AG,

meddelar

DOMSTOLEN (nionde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Jürimäe samt domarna D. Šváby (referent) och N. Piçarra,

generaladvokat: Giovanni Pitruzzella,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: tyska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Allianz Vorsorgekasse AG, genom P. Pallitsch, Rechtsanwalt,
- Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH, genom M. Oder, Rechtsanwalt,
- fair-finance Vorsorgekasse AG, genom S. Heid, Rechtsanwalt,
- Österrikes regering, genom G. Hesse, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom P. Ondrůšek och K. Petersen, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), ändrat genom delegerad förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 (EUT L 307, 2015, s. 5) (nedan kallat direktiv 2014/24), av artiklarna 49 och 56 FEUF, principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen samt skyldigheten att lämna insyn.
- 2 Begäran har framställts i ett mål där talan väckts av Allianz Vorsorgekasse AG (nedan kallat Allianz) avseende tillämpningen av bestämmelserna om upphandling i Europeiska unionen på avtal som ingåtts mellan, å ena sidan, Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH (nedan tillsammans kallade de berörda bolagen) och, å andra sidan fair-finance Vorsorgekasse AG (nedan kallat fair-finance), om avgifternas förvaltning och investering för att finansiera avgångsvederlag för anställda i de berörda bolagen.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 1 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.”

4 Artikel 2.1 led 5 i direktivet har följande lydelse:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

...

5. *offentligt kontrakt*: ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.”

5 I artikel 4 i nämnda direktiv, med rubriken ”Tröskelvärden”, föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på upphandlingar vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

c) 209 000 [euro] för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter under den centrala nivån och för projekttävlingar som anordnas av sådana myndigheter. Detta tröskelvärde ska också gälla för offentliga varukontrakt som tilldelas av centrala statliga myndigheter på försvarsområdet, om kontrakten avser varor som inte omfattas av bilaga III.

...”

6 I artikel 5 i direktiv 2014/24, med rubriken ”Metoder för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling”, föreskrivs följande:

”1. Beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling ska grundas på det totala beloppet exklusive mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och de eventuella klausuler om förlängning av kontrakten som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten.

Om den upphandlande myndigheten planerar för premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare ska den beakta dessa när den beräknar det uppskattade upphandlingsvärdet.

...

13. För offentliga tjänstekontrakt ska det uppskattade kontraktsvärdet beräknas utifrån följande värde i förekommande fall:

a) Försäkringstjänster: den premie som ska betalas och andra former av ersättning.

b) Banktjänster och andra finansiella tjänster: arvoden, provisioner som ska betalas, ränta och andra former av ersättning.

...

14. För offentliga tjänstekontrakt där det inte anges något totalpris, ska det uppskattade kontraktsvärdet beräknas utifrån följande värde:

a) För kontrakt på bestämd tid som uppgår till högst 48 månader: det totala värdet under hela kontraktstiden.

b) För kontrakt på obestämd tid eller kontrakt med mer än 48 månaders löptid: månadsvärdet multiplicerat med 48.”

7 I artikel 10 i direktivet, med rubriken ”Särskilda undantag för tjänstekontrakt”, föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska inte tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som avser

...

g) anställningskontrakt,

...”

Österrikisk rätt

8 I 1 § Bundesvergabegesetz 2006 (2006 års federala lag om offentlig upphandling, BGBl. I, 17/2006), i dess lydelse enligt BGBl. I, 7/2016) (nedan kallad BVergG 2006), föreskrivs följande:

”1. I denna federala lag regleras särskilt

upphandling av tjänster i den offentliga sektorn (offentlig upphandling), det vill säga offentlig upphandling av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och tilldelning av koncessioner för arbeten och tjänster av upphandlande myndigheter, projektävlingar som organiseras av upphandlande myndigheter, tilldelningen av offentliga kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten med tredje parter genom att koncessionshavare som inte är upphandlande myndigheter och offentlig upphandling av byggtreprenader och tjänster som inte tilldelas av upphandlande myndigheter, men som subventioneras av dem (del 2),

...”

9 I 10 § BVergG 2006, som avser de upphandlingsförfaranden som är undantagna från tillämpningsområdet för denna lag, föreskrivs följande:

”Denna federala lag gäller inte för:

...

12. anställningskontrakt,

...”

10 I 12 § i denna lag, som rör tröskelvärden, föreskrivs följande:

”1) Vid offentlig upphandling ska den upphandlande myndigheten följa förfarandet för upphandlingar över tröskelvärdet, om det uppskattade värdet av kontraktet

...

2. uppgår till 209 000 euro vad gäller alla övriga kontrakt avseende leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster

...”

- 11 I 16 § i samma lag anges hur beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling på tjänstemarknaderna ska gå till enligt följande:

”1. I avtal för följande tjänster ska det uppskattade värdet vara:

1. Försäkringstjänster: den premie som ska betalas och andra former av ersättning.
2. Banktjänster och andra finansiella tjänster: arvoden, kommission, ränta och andra former av ersättning.

...

2. I tjänsteavtal i vilka det inte anges något totalpris ska kontraktets uppskattade värde vara:

...

2. För avtal om tillsvidareanställning eller anställning som överstiger 48 månader, 48 gånger den månadslön som ska betalas.

...”

- 12 I 3 § Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz (lag om försäkringssystemet för anställda och egenföretagare) (BGBl. I, 100/2002, i dess lydelse enligt BGBl. I, 34/2005) (nedan kallad VStG), anges följande:

”I denna förbunds lag används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

3. Förvärvade rättigheter till avgångsvederlag: en sakägares rättigheter som förvaltas av en yrkesanknuten försäkringskassa. Dessa är:

- Avgifter för avgångsvederlag som betalats till denna kassa, med avdrag för förvaltningskostnader, och/eller de förvärvade rättigheterna till ålderspension som överförts till denna försäkringskassa, med avdrag för förvaltningskostnader, jämte
- eventuella dröjsmålsräntor som erlagts till försäkringskassan för avgifter för avgångsvederlag eller för ålderspension, jämte
- förvärvade rättigheter till avgångsvederlag som eventuellt har överförts till denna försäkringskassa från en annan kassa, jämte
- det erhållna resultatet av investeringar.

...”

- 13 I 9 § punkterna 1 och 2 BMSVG anges följande:

”1. Valet av kassa måste ske inom den föreskrivna fristen genom ett företagsavtal enligt 97 § punkt 1 led 1b Arbeitsverfassungsgesetz (lagen om arbetsförhållanden) ...

2. För arbetstagare som inte är representerade av ett företagsråd måste arbetsgivaren i god tid välja en yrkesanknuten försäkringskassa, såvida inte arbetsgivaren redan har varit tvungen att välja en yrkesanknuten försäkringskassa i enlighet med 53 § punkt 1 eller redan har valt en yrkesanknuten

försäkringskassa i enlighet med 65 § punkt 1 och ingått ett anslutningsavtal. Alla anställda måste underrättas skriftligen inom en vecka om det tilltänkta valet av yrkesanknuten försäkringskassa. Om minst en tredjedel av de anställda inom två veckor invänder skriftligen mot det tilltänkta valet ska arbetsgivaren föreslå en annan yrkesanknuten försäkringskassa. ...”

14 Enligt 11 § BMSVG ska anslutningsavtalet ingås mellan den yrkesanknutna försäkringskassan och den arbetsgivare som ansluter sig till denna kassa.

15 I 18 § BMSVG definieras en yrkesanknuten försäkringskassa som den som har befogenhet att uppbära avgifter till avgångsvederlag och avgifter till pensionssystemet för egenföretagare. I denna paragraf anges också att de avgifter till avgångsvederlag som inbetalats till kassan är kassans egendom och att den innehar och förvaltar dessa avgifter för rättsinnehavarnas räkning.

16 I 26 § BMSVG, med rubriken ”Förvaltningskostnader”, föreskrivs följande:

”1. Försäkringskassorna har rätt att från uppburna avgifter för avgångsvederlag göra avdrag för förvaltningskostnader. Dessa förvaltningskostnader ska fastställas för en kassas samtliga avgiftsbetalare till en procentsats mellan 1 och 3,5 procent av avgifterna till avgångsvederlag.

...

3. För investering av tillgångar hänförliga till avgångsvederlag, har kassornas befogenhet

...

2. att från avkastningen på investeringarna dra av en ersättning för förvaltningen av tillgångarna, vilken inte får överstiga 1 procent per räkenskapsår, och från och med den 1 januari 2005 0,8 procent per räkenskapsår, av tillgångar som hänförliga till avgångsvederlag ...”

17 I 27a § BMSVG regleras ett förfarande för att utse en kassa när arbetsgivaren ännu inte har ingått något anslutningsavtal med en kassa inom sex månader från inledningen av anställningsförhållandet för den arbetstagare för vilken arbetsgivaren ska betala avgifter för första gången. Det ankommer på den behöriga sjukförsäkringsinstitutionen att kräva att arbetsgivaren ska välja en kassa inom tre månader, vid äventyr av att en kassa väljs för arbetsgivaren.

18 I 29 § Arbeitsverfassungsgesetz (lagen om arbetsförhållanden) (BGBl. 22/1974), i dess lydelse enligt BGBl. I, 71/2013, definieras företagsavtal på följande sätt:

”Företagsavtal är skriftliga avtal som ingåtts av å ena sidan ägaren till företaget och å andra sidan företagsrådet ..., på ett område som enligt en lag eller ett kollektivavtal är förbehållet företagsavtal.”

19 I 97 § lagen om anställningsförhållanden, i den version som offentliggjordes i BGBl. I, 71/2013, föreskrivs att företagsavtal i den mening som avses i 29 § i denna lag kan ingås för val av försäkringskassa för de anställda.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

20 De berörda bolagen är i egenskap av arbetsgivare enligt BMSVG skyldiga att för sina anställda betala in en avgift motsvarande 1,53 procent av månadslönen till en försäkringskassa för företag (nedan kallad försäkringskassan) som förvaltar och investerar de sålunda inbetalda beloppen. I detta syfte föreskrivs i 11 § BMSVG att försäkringskassan och arbetsgivaren som ansluter sig till denna ska ingå ett

anslutningsavtal. När anställningen avslutas tilldelas således arbetstagaren av denna kassa ett avgångsvederlag som i huvudsak motsvarar inbetalda avgifter plus avkastningen på genomförda placeringar och minus de förvaltningsavgifter som tas ut av nämnda kassa.

- 21 Såsom ersättning för förvaltningsverksamheten och placeringen av uppburna avgifter har nämligen försäkringskassan, med stöd av 26 § BMSVG, för det första rätt att dra av förvaltningskostnaderna från nämnda avgifter och, för det andra, rätt att ta ut en förvaltningsavgift för de genomförda investeringarna.
- 22 Fram till år 2016 hade vart och ett av de berörda bolagen ett anslutningsavtal med Allianz. I februari 2016 offentliggjorde dessa bolag, på nationell nivå, ett meddelande om att inleda av ett urvalsförfarande i syfte att eventuellt byta försäkringsbolag. Kontraktet, som nämnde de aktuella bolagen, avsåg ingåendet av ett anslutningssavtal samt överföring av intjänade rättigheter till avgångsvederlag till den nya kassan.
- 23 Allianz och fair-finance lämnade anbud.
- 24 Den 17 juni 2016 angav de berörda bolagen att de avsåg att tilldela detta kontrakt till fair-finance.
- 25 Efter att Allianz den 24 juni 2016 ingett en begäran om ogiltigförklaring av beslutet att tilldela nämnda kontrakt drog de berörda bolagen tillbaka detta beslut den 29 juni 2016 och den 8 juli 2016 återkallade de det upphandlingsförfarande som inleddes i februari 2016.
- 26 Samtidigt ingick vart och ett av dessa bolag den 29 juni 2016 ett anslutningsavtal med fair-finance, innan vart och ett av bolagen den 30 juni 2016 sade upp anslutningsavtalen med Allianz, med verkan från och med den 31 december 2016.
- 27 Den 29 juli 2016 väckte Allianz talan vid Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen, Österrike) och yrkade att nämnda domstol skulle fastställa att de berörda bolagens ingående av anslutningsavtal med fair-finance, utan föregående tillkännagivande och utan offentliggörande av beslutet om tilldelning av kontraktet, var rättsstridigt. Till stöd för sin talan gjorde Allianz gällande att ingåendet av de aktuella avtalen omfattades av BVergG 2006.
- 28 Den 14 september 2016 ogillade Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen) nämnda talan.
- 29 Allianz överklagade detta beslut till Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike).
- 30 Sistnämnda domstol har på flera punkter frågat sig huruvida de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, närmare bestämt direktiv 2014/24 och de grundläggande regler som följer av EUF-fördraget, är tillämpliga på de avtal som är aktuella i det nationella målet.
- 31 För det första hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida anslutningsavtal som de som är aktuella i det nationella målet kan omfattas av undantaget för "anställningsavtal" i artikel 10 g i direktiv 2014/24, eftersom försäkringsbolaget i sin förvaltning och investering av avgifterna, inte befinner sig i en underordnad ställning gentemot de aktuella löntagarnas arbetsgivare. Enligt den hänskjutande domstolen stöds denna tolkning av domen av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426), i vilken domstolen slog fast att ett avtal om ålderspension som ingåtts mellan en arbetsgivare och ett försäkringsbolag inte kan omfattas av detta undantag.
- 32 För det andra anser den hänskjutande domstolen att verksamheten avseende uppbörd och placering av avgifter hänförliga till avgångsvederlag av följande tre skäl bör betecknas som bankverksamhet och inte som försäkringsverksamhet: För det första krävs enligt den nationella lagstiftningen ett banktillstånd för att bedriva verksamhet på området för yrkesanknuten försäkring. För det andra bär en försäkringskassa

inte någon risk inom ramen för denna verksamhet, till skillnad från ett försäkringsföretag. För det tredje består arbetsgivarens motprestation endast av denna kassas avdrag för förvaltningskostnader, eftersom de avgifter som varje månad betalas till kassan av arbetsgivaren inte är en motprestation, utan ett kapital att förvalta. Med utgångspunkt i de förvaltningsavgifter som försäkringskassan tar ut som ersättning, har den hänskjutande domstolen dragit slutsatsen att värdet på den ifrågavarande upphandlingen uppgår till 174 000 euro och att den således inte översteg tröskelvärdet för offentliga tjänstekontrakt i artikel 4 c i direktiv 2014/24.

- 33 För det tredje frågar sig den hänskjutande domstolen därför huruvida, i förevarande fall, det är nödvändigt att tolka direktiv 2014/24 eller de grundläggande regler och allmänna principer som följer av fördraget. I detta avseende anser den hänskjutande domstolen, med hänvisning till domen av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266), att det föreligger ett klart unionsintresse av att nämnda direktiv tolkas på ett enhetligt sätt, för att undvika olika tolkningar. Den hänskjutande domstolen har påpekat att beskrivningen av ekonomiska transaktioner i BVergG 2006 är enhetlig för alla kontrakt, oavsett om de uppnår tröskelvärdet eller ej, och den är inspirerad av bestämmelserna i direktiv 2014/24, såsom framgår av motiveringen till det lagförslag som lades fram inför antagande av BVergG 2006.
- 34 Under alla omständigheter anser den hänskjutande domstolen att även om de tröskelvärden som föreskrivs i direktiv 2014/24 inte uppnås, är det nödvändigt att hänvisa till artiklarna 49 och 56 FEUF, principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt skyldigheten att lämna insyn. Härvidlag har den hänskjutande domstolen med hänvisning till rättspraxis dragit slutsatsen att det finns ett klart gränsöverskridande intresse, med beaktande av kontraktets värde, dess natur och karaktären av den verksamhet avseende förvaltning och investering av avgifter som är aktuell i det nationella målet, vilken inte kräver fysisk närvaro av personal.
- 35 För det fjärde hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida ingåendet av ett anslutningsavtal med en försäkringskassa kan kvalificeras som ”upphandlingsförfarande” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 2014/24. Eftersom valet av denna kassa ska göras genom ett företagsavtal som ingåtts mellan arbetsgivaren och arbetstagarna representerade av företagsrådet, kan företagsrådet vägra att ingå det avtal som arbetsgivaren i egenskap av upphandlande myndighet avsett att ingå. I avsaknad av en överenskommelse mellan arbetsgivaren och företagsrådet, görs det slutliga valet av försäkringskassa av ett ad hoc-förlikningsorgan i enlighet med 27a § BMSVG.
- 36 Den hänskjutande domstolen anser därför, med hänvisning till domen av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426), att det är oklart huruvida bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga under sådana omständigheter som dem som är aktuella i det nationella målet.
- 37 Under dessa omständigheter är det nödvändigt att antingen anse att företagsrådet är en upphandlande myndighet, vilket inte föreskrivs vare sig i den nationella lagstiftningen eller unionslagstiftningen, eller att godta att arbetsgivaren är bunden av valet av försäkringskassa som följer av upphandlingsförfarandet, vilket skulle motverka inrättandet av en social dialog mellan arbetsgivaren och företagsrådet.
- 38 Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Är bestämmelserna i direktiv 2014/24 ... och artiklarna 49 och 56 FEUF och de principer om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet vid tilldelning av kontrakt som följer av nämnda bestämmelser, tillämpliga vid ingåendet av avtal om förvaltning och placering av avgifter med lönekaraktär mellan upphandlande myndigheter och yrkesanknutna försäkringskassor, om avtalets ingående och därmed valet av försäkringskassa kräver att arbetstagarna eller deras ombud godkänner nämnda val och således att en upphandlande myndighet inte ensam kan ingå avtalet?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 39 Eftersom den fråga som hänskjutits gäller såväl direktiv 2014/24 som de grundläggande bestämmelserna i fördraget, och i syfte att ge ett användbart svar för avgörandet av det nationella målet, är det nödvändigt att först fastställa vilka bestämmelser som är tillämpliga på sådana anslutningsavtal som de som är aktuella i det nationella målet.
- 40 Det framgår härvidlag av beslutet om hänskjutande att det aktuella kontraktet har ett uppskattat värde på 174 000 euro vilket är lägre än det tröskelvärde på 209 000 euro som föreskrivs i artikel 4 c i direktiv 2014/24. Direktivet är således inte tillämpligt på kontraktet (dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 41 Den hänskjutande domstolen anser dock att EU-domstolen fortfarande är behörig att besvara den hänskjutna frågan, och att tolkningen av direktivets bestämmelser är motiverad, eftersom det tydligt framgår av motiveringen till det lagförslag som lades fram inför antagande av BVergG 2006 att sistnämnda lag behandlar alla kontrakt på samma sätt, oavsett om deras värde understiger eller överstiger tröskelvärdena, och att lagen är inspirerad av bestämmelserna i direktiv 2014/24.
- 42 Det framgår härvidlag av rättspraxis att när regleringen i nationell lagstiftning av situationer som inte omfattas av den aktuella unionsrättsakten anpassats till den reglering som har valts i denna rättsakt föreligger det ett klart unionsintresse av att de bestämmelser som har hämtats från unionsrättsakten blir tolkade på ett enhetligt sätt, för att i framtiden undvika olika tolkningar (dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 33 och där angiven rättspraxis).
- 43 Det är således motiverat att domstolen tolkar unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av unionsrätten när nationell rätt har gjort dessa bestämmelser tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt i syfte att säkerställa att de behandlas på samma sätt som de situationer som omfattas av unionsrätten (dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 34 och där angiven rättspraxis).
- 44 Enligt de uppgifter som har lämnats av den hänskjutande domstolen förefaller detta emellertid inte vara fallet i det nationella målet.
- 45 Det framgår nämligen varken av beslutet om hänskjutande eller av de handlingar som ingetts till domstolen att det skulle finnas en bestämmelse i BVergG 2006 som innebär att direktiv 2014/24 är direkt och ovillkorligt tillämplig på offentliga upphandlingar vilkas värde inte når upp till det relevanta tröskelvärdet i artikel 4 c i nämnda direktiv.
- 46 Motiveringen till det lagförslag som lades fram i syfte att anta BVergG 2006 hänvisar förvisso till nämnda direktiv, men denna enda hänvisning räcker inte i sig för att det ska anses visat att det föreligger en sådan direkt och ovillkorlig koppling som krävs.
- 47 Det kan således konstateras att den hänskjutande domstolen inte har försett EU-domstolen med upplysningar som gör det möjligt att anse att den nationella lagstiftaren har gjort en direkt och ovillkorlig hänvisning till direktiv 2014/24.
- 48 Härav följer att det med hänsyn till värdet av det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet inte finns anledning att besvara den ställda frågan mot bakgrund av direktiv 2014/24.
- 49 Vad gäller ett kontrakt som mot bakgrund av dess värde inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, ska emellertid de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i fördraget, särskilt artiklarna 49 och 56 FEUF, och principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt den skyldighet att lämna insyn som följer därav, beaktas i den mån kontraktet uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse (dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 36).

- 50 Ett kontrakt kan härvidlag uppvisa ett bestämt gränsöverskridande intresse bland annat mot bakgrund av dess värde, i kombination med platsen som tjänsten ska utföras på, eller kontraktets särskilda egenskaper (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20, och dom av den 19 april 2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, punkt 40). Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida det föreligger ett sådant intresse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 25).
- 51 I förevarande fall anser den hänskjutande domstolen att det är visat att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse, med hänvisning dels till kontraktets betydande värde, vilket ligger nära det tröskelvärde som anges i artikel 4 c i direktiv 2014/24, dels till karaktären av de tjänster avseende förvaltning och investering av avgifterna som är aktuella i det nationella målet, vilka inte kräver någon fysisk närvaro av personal eller materiel i Österrike, eftersom dessa tjänster kan utföras på distans.
- 52 Härav följer att den hänskjutna frågan ska besvaras mot bakgrund av de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna som följer av fördraget, särskilt artiklarna 49 och 56 FEUF.
- 53 Tolkningsfrågan bör därför förstås så, att den syftar till att få klarhet i huruvida artiklarna 49 och 56 FEUF, principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt skyldigheten att lämna insyn ska tolkas så, att de är tillämpliga på ingåendet av ett anslutningsavtal mellan en arbetsgivare, som är ett offentligrättsligt organ, och en yrkesanknuten försäkringskassa, avseende förvaltning och investering av de avgifter som ska finansiera de avgångsvederlag som arbetsgivaren betalar till de anställda, även om ingåendet av ett sådant avtal inte bara är beroende av arbetsgivarens vilja utan även kräver godkännande från antingen personalen eller företagsrådet.
- 54 Närmare bestämt undrar den hänskjutande domstolen huruvida, i förevarande fall, ett företagsråds utövande av medbestämmanderätt i enlighet med 9 § punkt 1 BMSVG eller en tredjedel av personalens utövande av rätten att invända mot avtalet i det fall det inte finns något företagsråd i enlighet med 9 § punkt 2 i samma lag, kan innebära att ett sådant anslutningsavtal som de som är aktuella i det nationella målet inte omfattas av de grundläggande regler som följer av fördraget och som är tillämpliga på offentlig upphandling.
- 55 Det bör noteras att den medbestämmanderätt som företagsrådet har vid valet av försäkringskassa i enlighet med 9 § punkt 1 BMSVG samt en tredjedel av personalens rätt att invända mot ett sådant val i enlighet med 9 § punkt 2 i denna lag, utgör två uttryck för den grundläggande rätten till kollektiva förhandlingar.
- 56 Domstolen har emellertid slagit fast att den omständigheten att rätten till kollektiva förhandlingar, som fastställs i artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, är en grundläggande rättighet inte i sig innebär att en arbetsgivare automatiskt undantas från skyldigheten att följa de regler om offentlig upphandling som följer av fördraget. Själva utövandet av rätten till kollektiva förhandlingar kan inte i sig anses medföra någon inskränkning i grundläggande regler om offentlig upphandling som följer av fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426, punkterna 41 och 47).
- 57 Således medför inte den omständigheten att ett kontrakt har tilldelats genom tillämpning av ett kollektivavtal i sig att detta fall inte omfattas av tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426, punkt 50).
- 58 Domstolen finner att dessa principer ska tillämpas i det nationella målet. Argumentet att de berörda bolagen inte har kunnat fatta sina beslut självständigt, eftersom företagsråden har en medbestämmanderätt enligt 9 § punkt 1 BMSVG och att personalen har en rätt att invända mot ingåendet av avtalet enligt 9 § punkt 2 i samma lag, kan inte särskilja det nationella målet från det

mål som avgjordes genom domen av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426), som rörde ett system för ålderspension. I det sistnämnda målet ifrågasattes de upphandlande myndigheternas oberoende eftersom dessa, i enlighet med det tillämpliga kollektivavtalet, inte av egen fri vilja kunde välja vilken anbudsgivare som skulle tilldelas kontraktet. Som svar på detta argument fastställde domstolen att det var tillräckligt att de berörda arbetsgivarna haft inflytande, åtminstone indirekt, över valet av avtalspart, genom ett kollektivavtal.

- 59 I förevarande fall framgår det av 9 § och 11 § BMSVG att anslutningsavtalet ingås mellan arbetsgivaren och försäkringskassan, vilket innebär att arbetsgivaren har ett sådant inflytande över valet av avtalspart.
- 60 Domstolen finner således att utövandet av en av de kollektiva förhandlingsrätter som anges i 9 § BMSVG inte medför att en upphandlande myndighet, såsom den som är aktuell i det nationella målet, inte omfattas av skyldigheten att iaktta de grundläggande regler som följer av fördraget, i synnerhet skyldigheten att lämna insyn som följer av artiklarna 49 och 56 FEUF.
- 61 Skyldigheten att lämna insyn kräver att det föreligger ett tillräckligt mått av offentlighet från den upphandlande myndighetens sida, så att förfarandet är öppet för konkurrens och att det är möjligt att kontrollera att tilldelningsförfarandet är opartiskt (dom av den 17 december 2015, UNIS och Beaudout Père et Fils, C-25/14 och C-26/14, EU:C:2015:821, punkt 39).
- 62 Det är därför viktigt att reglerna för tilldelningen tillämpas på ett öppet sätt i förhållande till samtliga anbudsgivare. Skyldigheten att lämna insyn, som följer av likhetsprincipen, har i huvudsak som syfte att garantera att varje intresserad aktör kan besluta att lämna anbud vid upphandlingar på grundval av samtliga relevanta uppgifter och att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Den innebär att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt, dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta räckvidden av dem och tolka dem på samma sätt, dels för att begränsa den upphandlande myndighetens utrymme för eget skön och ge denna myndighet en möjlighet att på ett effektivt sätt kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 februari 2016, Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, punkt 87, och dom av den 22 juni 2017, Unibet International, C-49/16, EU:C:2017:491, punkt 46).
- 63 Av det ovan anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande: Artiklarna 49 och 56 FEUF, principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt skyldigheten att lämna insyn ska tolkas så, att de är tillämpliga på ingåendet av ett anslutningsavtal mellan en arbetsgivare, som är ett offentlighetsrättsligt organ, och en yrkesanknuten försäkringskassa, avseende förvaltning och investering av de avgifter som ska finansiera de avgångsvederlag som arbetsgivaren betalar till de anställda, även om ingåendet av ett sådant avtal inte bara är beroende av arbetsgivarens vilja utan även kräver godkännande från antingen personalen eller företagsrådet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (nionde avdelningen) följande:

Artiklarna 49 och 56 FEUF, principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt skyldigheten att lämna insyn ska tolkas så, att de är tillämpliga på ingåendet av ett anslutningsavtal mellan en arbetsgivare, som är ett offentligrättsligt organ, och en yrkesanknuten försäkringskassa, avseende förvaltning och investering av de avgifter som ska finansiera de avgångsvederlag som arbetsgivaren betalar till de anställda, även om ingåendet av ett sådant avtal inte bara är beroende av arbetsgivarens vilja utan även kräver godkännande från antingen personalen eller företagsrådet.

Underskrifter