JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
VERICA TRSTENJAK
14 päivänä huhtikuuta 2010[1]

Sisällys

I Johdanto ..... I - 7099

II Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... I - 7100

A Unionin oikeus ..... I - 7100

1. Direktiivi 92/50 ..... I - 7100

2. Direktiivi 2004/18 ..... I - 7100

B Kansallinen lainsäädäntö ..... I - 7101

1. Ammatillisten lisäeläkkeiden parantamisesta annettu laki ..... I - 7101

2. Eläkemaksuiksi muuttamista koskeva kunnallisten työntekijöiden työehtosopimus ..... I - 7102

III Tosiseikat ..... I - 7103

IV Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely ..... I - 7104

V Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten vaatimukset ..... I - 7106

VI Asianosaisten ja väliintulijoiden pääasialliset lausumat ..... I - 7107

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

VII Oikeudellinen arviointi ..... I - 7110

A Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sovellettavuus työehtosopimuksissa määritettyihin puitesopimuksiin ..... I - 7110

1. Työehtosopimuksia koskeva alakohtainen poikkeus primaarioikeuden kilpailusäännöistä ja tällaisen poikkeuksen sovellettavuus perusvapauksiin ..... I - 7111

a) Primaarioikeuden kilpailusääntöihin ei sisälly työehtosopimuksia koskevaa alakohtaista poikkeusta ..... I - 7111

b) Primaarioikeuteen kuuluvan kilpailuoikeuden soveltamisala ja sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden soveltamisala eivät ole lähtökohtaisesti yhdenmukaiset ..... I - 7114

2. Perusvapauksien rajallinen vaikutus kolmansiin nähden ..... I - 7115

3. Kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapauden määrittely sosiaalisiksi perusoikeuksiksi ja niiden suhde perusvapauksiin ..... I - 7117

4. Välipäätelmä ..... I - 7119

B Kyseessä olevien puitesopimusten yhteensopivuus direktiivien 92/50 ja 2004/18 kanssa ..... I - 7120

1. Kaupunkien määrittely hankintaviranomaisiksi ..... I - 7120

2. Puitesopimusten määrittely julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan kuuluviksi rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi ..... I - 7124

a) Näyttövelvollisuuteen ja todistusriskiin liittyvät näkökohdat ..... I - 7124

b) Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sovellettavuus puitesopimuksiin ..... I - 7126

c) Puitesopimusten vastikkeellinen luonne ..... I - 7128

d) Työsopimuksia koskevan poikkeuksen soveltumattomuus ..... I - 7130

e) Direktiiveissä 92/50 ja 2004/18 säädetyt kynnysarvot ..... I - 7132

i) Merkityksellisten kynnysarvojen määrittäminen ..... I - 7132

ii) Sitä koskevan näytön puuttuminen, että puitesopimukset vastaavat vähintään merkityksellisiä kynnysarvoja ..... I - 7133

3. Välipäätelmä ..... I - 7140

C Toissijaisesti: yhtäältä julkisia hankintoja koskevien direktiivien ja toisaalta kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välisen ristiriidan poistaminen ..... I - 7140

1. Perusvapauksien ja perusoikeuksien välisten ristiriitojen poistaminen: asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annetut tuomiot ..... I - 7141

2. Perusoikeuksien ja perusvapauksien samanarvoisuus ja ristiriitojen poistaminen suhteellisuusperiaatteen perusteella ..... I - 7143

3. Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sekä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välisen ristiriidan poistaminen .... I - 7148

4. Välipäätelmä ..... I - 7156

VIII Yhteenveto ..... I - 7156

IX Ratkaisuehdotus ..... I - 7157

I Johdanto

1. Nyt esillä olevassa asiassa on kyse Euroopan komission EY 226 artiklan nojalla nostamasta jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevasta kanteesta, jossa komissio pyytää unionin tuomioistuinta toteamaan, että Saksan liittotasavalta ei ole noudattanut 31.1.2006 saakka julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY [2] sekä 1.2.2006 alkaen julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY [3] mukaisia velvoitteitaan, koska useat suuret kaupungit ovat tehneet työntekijöidensä ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia puitesopimuksia suoraan työehtosopimuksen perusteella valittujen eläkelaitosten kanssa järjestämättä Euroopan laajuista tarjouskilpailua.

2. Tästä menettelystä tekee erityisen prosessuaalista taktikointia koskeva komission päätös, jonka seurauksena komissio ei keskity kanteessaan esimerkinomaisesti yksittäisten suurten kaupunkien moitittavaan sopimuksentekomenettelyyn vaan moittii yleisesti kaikkien tiettyyn kokoluokkaan kuuluvien kaupunkien julkisia hankintoja koskevaa käytäntöä. Tämä prosessioikeudellinen menettelytapa johtaa väistämättä siihen, että näyttöä koskevilla kysymyksillä on erityinen merkitys komission todistustaakan ja näyttövelvollisuuden yhteydessä.

3. Nyt esillä olevaan asiaan liittyy myös useita oikeuskysymyksiä. Vaikein on kiistatta kysymys yhtäältä kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapauden sekä toisaalta direktiivien 92/50 ja 2004/18 – joissa sijoittautumisvapaudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle annetaan konkreettinen muoto – välisestä suhteesta. Koska julkisia hankintoja koskevien direktiivien väitetyn rikkomisen voidaan katsoa perustuvan viime kädessä kyseisiä kaupunkeja koskeviin työehtosopimuksen määräyksiin, herää nimittäin kysymys, onko yhtäältä perusvapauksiin perustuvien velvoitteiden sekä toisaalta kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapautta koskevan oikeuden välillä ristiriita ja mitä vaikutuksia tällä ristiriidalla on.

4. Kuten tässä ratkaisuehdotuksessa ehdotan, kollektiivinen neuvotteluoikeus ja työehtosopimusvapaus on katsottava osaksi unionin oikeuden yleisiä periaatteita ja siten sosiaalisiksi perusoikeuksiksi. Sikäli kuin jäsenvaltion katsotaan muodollisesti rikkoneen julkisia hankintoja koskevia direktiivejä, olisi

2 – EYVL L 209, s. 1.
3 – EUVL L 134, s. 114.

näin ollen selvitettävä, millä tavalla velvoite noudattaa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä voidaan saattaa sopusointuun kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien kanssa.

7. Direktiivin 92/50 III osastossa säädetään hankintamenettelyjen valinnasta ja suunnittelukilpailujen säännöistä, IV osastossa tekniikan alan yhteisistä säännöistä, V osastossa julkistamista koskevista yhteisistä säännöistä ja VI osastossa osallistumista koskevista yhteisistä säännöistä, laadullisista valintaperusteista sekä tarjouskilpailujen ratkaisuperusteista.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

8. Direktiivin 92/50 liitteessä I A palvelut, joita tarkoitetaan 8 artiklassa, jaetaan 16 pääluokkaan. Kuudenteen pääluokkaan kuuluvat ”rahoituspalvelut”, erityisesti ”vakuutuspalvelut” sekä ”pankki- ja sijoituspalvelut”.

A *Unionin oikeus*

2. Direktiivi 2004/18

1. Direktiivi 92/50

9. Direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdan nojalla tätä direktiiviä ei sovelleta julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka koskevat työsopimuksia.

5. Direktiivin 92/50 1 artiklan a kohdan viii alakohdan nojalla työsopimukset eivät ole julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia.

10. Direktiivin 2004/18 20 artiklan nojalla liitteessä II A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset tehdään 23–55 artiklan mukaisesti. Näissä artikloissa säädetään tarjouspyyntöasiakirjoista ja hankintasopimusasiakirjoista (23–27 artikla), erilaisista menettelyistä (28–34 artikla), julkisuudesta ja avoimuudesta

6. Direktiivin 92/50 8 artiklan nojalla liitteessä I A lueteltuja palveluja koskevat sopimukset on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti.

(35–43 artikla) sekä menettelyn kulusta (44–55 artikla).

11. Direktiivin 2004/18 liitteessä II A palvelut jaetaan 16 ryhmään. Kuudenteen ryhmään kuuluvat ”rahoituspalvelut”, erityisesti ”vakuutuspalvelut” sekä ”pankki- ja sijoituspalvelut”.

B *Kansallinen lainsäädäntö*

1. Ammatillisten lisäeläkkeiden parantamisesta annettu laki

12. Ammatillisten lisäeläkkeiden parantamisesta 19.12.1974 annetun lain [4] (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, jäljempänä BetrAVG) 1 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Ammatillista lisäeläkettä koskeva työnantajan sitoumus

(1) Jos työnantaja sitoutuu maksamaan työntekijälle tämän työsuhteen perusteella vanhuus-, työkyvyttömyys- tai perhe-eläkeetuuksia (ammatillinen lisäeläke), sovelletaan tämän lain säännöksiä. Ammatillista lisäeläkejärjestelmää voi hallinnoida suoraan työnantaja tai 1 b §:n 2–4 momentissa mainittu eläkelaitos. Työnantaja on vastuussa etuuksien, joista se on antanut sitoumuksen, maksamisesta myös siinä tapauksessa, ettei se hallinnoi järjestelmää suoraan.

(2) Ammatillinen lisäeläkejärjestelmä on kyseessä myös silloin, kun

– –

3. tulevia palkkoja muutetaan samanarvoisiksi oikeuksiksi saada eläkettä (ns. palkkojen muuttaminen eläkemaksuiksi, Entgeltumwandlung) tai

– –.”

13. BetrAVG:n 1 a §:ssä säädetään seuraavaa:

”Oikeus saada ammatillista lisäeläkettä muuttamalla palkkoja eläkemaksuiksi

4 – BGBl. I, s. 3610, muutettu viimeksi 21.12.2008 annetun lain 5 §:llä (BGBl. I, s. 2940).

(1) Työntekijä voi vaatia työnantajalta, että hänen tulevista palkoistaan muutetaan enintään 4 prosenttia kulloinkin voimassa olevasta yleisen eläkevakuutusjärjestelmän mukaisesta vakuutusmaksujen laskennan enimmäisrajasta ammatillisen lisäeläkejärjestelmän eläkemaksuiksi (Entgeltumwandlung). Työntekijän oikeuden toteuttamista säännellään sopimuksella. Jos työnantaja on valmis käyttämään tähän tarkoitukseen eläkerahastoa tai eläkekassaa (1 b §:n 3 kohta), ammatillista lisäeläkejärjestelmää on hallinnoitava sen kautta; muussa tapauksessa työntekijä voi vaatia, että työnantaja ottaa häntä varten ensivakuutuksen (1 b §:n 2 kohta). – –”

14. BetrAVG:n 17 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Henkilöllinen soveltamisala ja työehtosopimuksia koskeva poikkeuslauseke

– –

(3) Tämän lain 1 a §:n, 2–5 §:n, 16 §:n, 18 a §:n ensimmäisen virkkeen sekä 27 ja 28 §:n sääntelystä voidaan poiketa työehtosopimuksissa. – –

– –

(5) Mikäli palkat perustuvat työehtosopimukseen, ne voidaan muuttaa eläkemaksuiksi vain, jos siitä määrätään tai se sallitaan työehtosopimuksessa.”

2. Palkkojen muuttamista eläkemaksuiksi koskeva kunnallisten työntekijöiden työehtosopimus

15. Kunnallisten työntekijöiden palkkojen muuttamisesta eläkemaksuiksi 18.2.2003 tehdyn työehtosopimuksen (jäljempänä TV-EUmw/VKA) 2 §:ssä määrätään seuraavaa:

”Eläkemaksuiksi muuttamisen periaate

Tällä työehtosopimuksella täydennetään ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia työehtosopimusmääräyksiä (ATV/ATV-K) sääntelemällä periaatteita, jotka koskevat työehtosopimukseen perustuvien palkkojen muuttamista osaksi ammatillista lisäeläkejärjestelmää.”

16. TV-EUmw/VKA:n 5 §:ssä määrätään seuraavaa:

”Eläkemaksuiksi muuttamista koskevan vaatimuksen esittäminen

(1) Työntekijän on esitettävä eläkemaksuiksi muuttamista koskeva vaatimuksensa työnantajalle kirjallisesti hyvissä ajoin. Eläkemaksuiksi muuttamisesta työnantajan kanssa tehty sopimus sitoo työntekijää vähintään yhden vuoden ajan.

– –”

17. TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä määrätään seuraavaa:

”Eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamistavat

Jollei toisessa ja kolmannessa virkkeessä toisin määrätä, eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä julkisissa lisäeläkelaitoksissa ammatillisten lisäeläkkeiden parantamisesta annetussa laissa säädettyjen suorittamistapojen puitteissa. Työnantaja voi ensimmäisessä virkkeessä tarkoitetussa ammatillisessa lisäkejärjestelmässä päättää myös rahoituskonserni Sparkassen tai kunnallisten vakuutuslaitosten ehdottamista muuttamisen suorittamistavoista. Osavaltiokohtaiseen työehtosopimukseen voidaan tarvittaessa sisällyttää ensimmäisestä ja toisesta virkkeestä poikkeavia määräyksiä.”

III Tosiseikat

18. Saksan liittotasavallan pyrkimystä edistää työntekijöiden rahastoivan ammatillisen lisäeläkejärjestelmän kehittämistä ilmentää BetrAVG:hen sisältyvä niin sanottua eläkemaksuiksi muuttamista koskeva sääntely. Eläkemaksuiksi muuttaminen tarkoittaa lähinnä sitä, että osa työntekijöiden tulevasta palkasta käytetään heidän toiveestaan ammatilliseen lisäeläkkeeseen siten, että tulevia palkkoja muutetaan samanarvoisiksi oikeuksiksi saada eläkettä.

19. Vaikka BetrAVG:n 1 a §:ssä säädetään yleisesti, että työntekijöillä on lainsäädännössä asetetuissa rajoissa oikeus palkkojen muuttamiseen ammatillisen lisäeläkejärjestelmän eläkemaksuiksi, BetrAVG:n 17 §:n 5 momenttiin sisältyy laaja poikkeus tästä periaatteesta. BetrAVG:n 17 §:n 5 momentin nojalla palkat, jotka perustuvat työehtosopimukseen, voidaan nimittäin muuttaa eläkemaksuiksi vain, jos siitä määrätään tai se sallitaan työehtosopimuksessa.

20. Tätä taustaa vasten Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (kunta-alan työnantajajärjestöjen yhdistys, jäljempänä VKA) ja ver.di – Vereinte

Dienstleistungsgewerkschaft e. V. (palvelualan ammattiliitto) tekivät 18.2.2003 TV-EUmw/VKA:n, jolla kunnallisille työntekijöille annettiin oikeus palkkojen muuttamiseen eläkemaksuiksi. TV-EUmw/VKA:ssa useita eläkemaksuiksi muuttamista koskevia menettelytapoja on säännelty BetrAVG:stä poikkeavalla tavalla. VKA on tehnyt samansisältöisen työehtosopimuksen dbb Tarifunion -nimisen ammattiliiton kanssa.

21. Toisin kuin BetrAVG:ssä, TV-EUmw/VKA:ssa osoitetaan nimenomaisesti, missä eläkelaitoksissa ammatillista lisäeläkettä voidaan kerryttää muuttamalla palkkoja eläkemaksuiksi. Tältä osin TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä määrätään erityisesti, että eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä lähtökohtaisesti julkisissa eläkelaitoksissa. Tästä periaatteellisesta toteamuksesta huolimatta kuntatyönantajat voivat TV-EUmw/VKA:n 6 §:n nojalla myös tehdä yhteistyötä Sparkassen-Finanzgruppen tai kunnallisten vakuutuslaitosten kanssa. Lisäksi TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä määrätään nimenomaisesti mahdollisuudesta sisällyttää osavaltiokohtaisiin työehtosopimuksiin tästä poikkeavia määräyksiä.

22. Kun otetaan huomioon TV-EUmw/VKA:han sisältyvä periaatepäätös tiettyjen sellaisten eläkelaitosten hyväksi, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä, palkkojen muuttaminen eläkemaksuiksi tapahtuu – yleistäen – pääsääntöisesti kahdessa vaiheessa. Jotta yksittäiset kunnalliset työntekijät saavat mahdollisuuden palkkojen muuttamiseen eläkemaksuiksi, kuntatyönantajat tekevät ensimmäisessä vaiheessa puitesopimuksia yhden tai useamman työehtosopimuksessa nimetyn eläkelaitoksen kanssa. Näihin puitesopimuksiin sisältyvät tyypillisesti ehdot, joiden perusteella kunnalliset työntekijät voivat toisessa vaiheessa päättää eläkemaksuiksi muuttamisesta.

IV Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

23. Vastaanotettuaan TV-EUmw/VKA:ta koskevan kantelun komissio ilmoitti Saksan liittotasavallalle 12.10.2005 päivätyllä kirjeellä, että tämä on saattanut rikkoa direktiivin 92/50 8 artiklaa luettuna yhdessä sen III–VI osaston kanssa sekä loukata EY 43 ja EY 49 artiklassa vahvistettuja sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteita ja erityisesti syrjintäkiellon periaatetta, koska kunnalliset viranomaiset ja yritykset ovat tehneet ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa järjestämättä Euroopan laajuista tarjouskilpailua. Saksan liittotasavallan hallitusta kehotettiin esittämään

huomautuksensa komission kannasta EY 226 artiklan mukaisesti kahden kuukauden kuluessa.

24. Saksan liittotasavalta ilmoitti 29.3.2006 päivätyssä vastauksessaan, ettei työehtosopimuksen velvoitteiden mukaisesti työnantajina toimivien kunnallisten viranomaisten tai yritysten voida katsoa olevan toiminnallisesti julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä tarkoitettuja hankintaviranomaisia. Lisäksi sekä työehtosopimukseen että työsopimukseen perustuvassa palkkojen muuttamisessa ammatillisen lisäeläkejärjestelmän eläkemaksuiksi ei ole kyse julkisia hankintoja koskevasta sopimuksesta. Saksan liittotasavallan mukaan komission moittima sääntely kuuluu myös työehtosopimusvapauden suojan piiriin.

25. Komissio antoi Saksan liittotasavallalle 4.7.2006 päivätyssä kirjeessä EY 226 artiklan ensimmäisen kohdan mukaisen perustellun lausunnon. Ottaakseen huomioon yhteisön lainsäädäntöön tällä välin tehdyt muutokset ja erityisesti direktiivin 2004/18 voimaantulon komissio täydensi huomautustaan siten, että Saksan liittotasavalta on väitetyn menettelytavan johdosta rikkonut 31.1.2006 asti jo mainittuja direktiivin 92/50 säännöksiä ja 1.2.2006 alkaen direktiivin 2004/18 vastaavia säännöksiä. Lisäksi komissio katsoi edelleen, että Saksan liittotasavalta on loukannut EY 43 ja EY 49 artiklassa vahvistettuja sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteita ja erityisesti syrjintäkiellon periaatetta.

26. Saksan liittotasavalta vastasi perusteltuun lausuntoon 15.11.2006 päivätyllä kirjeellä, jossa se vahvisti aiemman kantansa. Lisäksi se korosti, ettei eläkelaitosten kanssa tehtyjä sopimuksia voida tarkastella erillisinä. Nämä sopimukset kuuluvat pikemminkin työlainsäädännön alaan tai vaikutuspiiriin. Direktiivin 2004/18 16 artiklan e kohdan nojalla tätä direktiiviä ei kuitenkaan sovelleta työsopimuksiin. Lisäksi Saksan liittotasavalta liitti vastaukseensa Koenigin ja Pfrommin komission perustellusta lausunnosta laatiman muistion, jossa nämä tulivat siihen tulokseen, ettei tässä yhteydessä huomionarvoisissa tapauksissa voi työehtosopimusvapaus huomioon ottaen olla velvoitetta tarjouskilpailun järjestämiseen ja että nämä tapaukset jäävät joka tapauksessa julkisia hankintoja koskevien direktiivien henkilöllisen ja aineellisen soveltamisalan ulkopuolelle. Tässä yhteydessä Saksan liittotasavalta myös väitti, etteivät näissä direktiiveissä säädetyt kynnysarvot ylity yksittäistapauksissa.

27. Sen määrittämiseksi, onko julkisia hankintoja koskevien sääntöjen huomiotta jättäminen nyt esillä olevassa asiassa objektiivisesti perusteltua ja oikeasuhteista eläkemaksuiksi

muuttamiseen liittyvän sosiaalipoliittisen näkökohdan perusteella, komissio esitti Saksan liittotasavallalle useita kysymyksiä. Saksan liittotasavallan 1.3.2007 päivätty vastaus ei ollut komission mukaan vakuuttava, joten se nosti kanteen Saksan liittotasavaltaa vastaan.

V Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten vaatimukset

28. Komissio vaatii unionin tuomioistuimen kirjaamoon 24.6.2008 saapuneessa kannekirjelmässään unionin tuomioistuinta

– toteamaan, että Saksan liittotasavalta on 31.1.2006 asti rikkonut direktiivin 92/50 8 artiklaa luettuna yhdessä sen III–VI osaston kanssa sekä 1.2.2006 alkaen direktiivin 2004/18 20 artiklaa luettuna yhdessä sen 23–55 artiklan kanssa, koska kunnalliset viranomaiset ja yritykset, joissa on yli 1 218 työntekijää, ovat tehneet ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa järjestämättä Euroopan laajuista tarjouskilpailua

– velvoittamaan Saksan liittotasavallan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

29. Saksan liittotasavalta vaatii 16.9.2008 saapuneessa vastineessaan, että unionin tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

30. Komissio rajasi kannetta 27.10.2008 toimittamassaan vastauskirjelmässä. Se pyysi erityisesti toteamaan, että Saksan liittotasavalta on 31.1.2006 asti rikkonut direktiivin 92/50 8 artiklaa luettuna yhdessä sen III–VI osaston kanssa ja 1.2.2006 alkaen direktiivin 2004/18 20 artiklaa luettuna yhdessä sen 23–55 artiklan kanssa, koska kunnalliset viranomaiset ja yritykset, joissa oli vuosina 2004–2005 yli 2 044 työntekijää, vuosina 2006–2007 yli 1 827 työntekijää ja vuodesta 2008 lähtien yli 1 783 työntekijää, ovat tehneet ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja

yritysten kanssa järjestämättä Euroopan laajuista tarjouskilpailua.

31. Saksan liittotasavalta vaati 12.12.2008 päivätyssä vastauksessaan uudelleen kanteen hylkäämistä.

32. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 5.12.2008 antamalla määräyksellä Tanskan kuningaskunta ja Ruotsin kuningaskunta hyväksyttiin asiassa väliintulijoiksi tukemaan Saksan liittotasavallan vaatimuksia. Ne esittivät 14. ja 15.4.2009 kirjallisia huomautuksia, joihin komissio otti kantaa 30.6.2009 saapuneessa kirjelmässään.

33. Komission, Saksan liittotasavallan, Tanskan kuningaskunnan ja Ruotsin kuningaskunnan edustajat esittivät huomautuksensa 12.1.2010 pidetyssä istunnossa.

VI Asianosaisten ja väliintulijoiden pääasialliset lausumat

34. Komissio kyseenalaistaa lähinnä TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehdyn periaatepäätöksen yhdenmukaisuuden direktiivien 92/50 ja 2004/18 kanssa. Komission mukaan tämä työehtosopimuksen lauseke rajoittaa direktiivin vastaisesti kuntatyönantajien mahdollisuutta valita eläkelaitoksia, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä. Näin ollen tekemällä asianomaisia sopimuksia on väistämättä rikottu näitä julkisia hankintoja koskevia direktiivejä, sikäli kuin asian kannalta merkitykselliset kynnysarvot ylittyvät.

35. Komission lähtökohtana tässä yhteydessä on se, että direktiivejä 92/50 ja 2004/18 voidaan soveltaa puitesopimuksiin, joita kuntatyönantajat tekevät valittujen eläkelaitosten kanssa. Tarkemmin sanottuna nämä puitesopimukset on komission mukaan katsottava direktiivissä 92/50 ja direktiivissä 2004/18 tarkoitetuiksi julkisia palveluhankintoja koskeviksi sopimuksiksi, joiden arvo vastaa vähintään asianomaisia kynnysarvoja useiden suurten saksalaisten kaupunkien kohdalla. Tällaisten palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemisessä on siten noudatettava näiden direktiivien säännöksiä.

36. Tällaiselle arvioinnille ei ole esteenä myöskään se seikka, että VKA ja ammattiliitot ovat sopineet tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehtävästä periaatepäätöksestä työehtosopimuksissa. Unionin oikeudessa ei nimittäin ole yleistä työehtosopimusvapautta koskevaa varaumaa. Lisäksi velvoite järjestää

tarjouskilpailu ei koske yksittäisten kunnallisten työntekijöiden konkreettisista työoloista sopimista.

37. Saksan hallitus riitauttaa komission kanteen ja väittää ensinnäkin, ettei julkisia hankintoja koskevaa unionin lainsäädäntöä sovelleta nyt esillä olevan kaltaiseen tapaukseen. Ratkaisevaa on nimittäin se, että päätöksen komission moittimasta valintamenettelystä ovat tehneet työmarkkinaosapuolet ja että päätöksen arvioinnissa on siten otettava huomioon työehtosopimusvapaus. Tästä arvioinnista käy ilmi, että nyt esillä olevassa asiassa moitittu työehtosopimukseen sisältyvä, tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty periaatepäätös ja sen sisällyttäminen yksittäisiin puitesopimuksiin eivät kuulu julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Saksan hallitus puoltaa tältä osin yhteisöjen tuomioistuimen asioissa Albany [5] ja van der Woude [6] antaman oikeuskäytännön analogista soveltamista. Lisäksi julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltaminen johtaisi Saksan hallituksen mukaan julkisten työnantajien ja niiden palveluksessa olevien työntekijöiden asettamiseen selvästi epäedullisempaan asemaan yksityisiin työnantajiin ja niiden palveluksessa oleviin työntekijöihin nähden, koska ensiksi mainituilta evättäisiin mahdollisuus valita eläkelaitoksia työehtosopimuksissa.

38. Tosiseikkojen osalta Saksan hallitus tähdentää tässä yhteydessä sitä, että kunnallisten työntekijöiden oikeus palkkojen muuttamiseen eläkemaksuiksi ja sen muoto perustuvat työehtosopimukseen. Tässä yhteydessä se korostaa erityisesti, että BetrAVG:n 1 a §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen nojalla työntekijöillä on työnantajiin nähden lakisääteinen oikeus palkkojen, jotka eivät perustu työehtosopimukseen, muuttamiseen eläkemaksuiksi. Eläkelaitosta, joka suorittaa – työntekijän vaatiman – eläkemaksuiksi muuttamisen, koskevan valinnan tekee lähtökohtaisesti työnantaja. Työehtosopimukseen perustuvien palkkojen osalta eläkemaksuiksi muuttaminen voidaan BetrAVG:n 17 §:n 5 momentin nojalla tehdä kuitenkin vain, jos ja siltä osin kuin siitä määrätään tai se sallitaan työehtosopimuksessa. Koska tästä mahdollisuudesta määrätään TV-EUmw/VKA:ssa, kyseessä oleva työehtosopimukseen perustuvien palkkojen eläkemaksuiksi muuttamista koskeva sääntely on luonteeltaan puhtaasti työehtosopimukseen perustuva sääntely.

39. Lisäksi työehtosopimuksen osapuolet ovat Saksan hallituksen mukaan käyttäneet BetrAVG:n 17 §:n 3 momenttiin sisältyvää mahdollisuutta poiketa useista BetrAVG:n säännöksistä. Tätä taustaa vasten tiettyjen eläkelaitosten, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä, hyväksi tehdyllä periaatepäätöksellä – jota komissio nyt esillä olevassa asiassa moittii – rajoitetaan BetrAVG:n 1 a §:n 1 momenttiin perustuvaa työnantajan

5 – Asia C-67/96, Albany, tuomio 21.9.1999 (Kok., s. I-5751).

6 – Asia C-222/98, van der Woude, tuomio 21.9.2000 (Kok., s. I-7111).

valinnanmahdollisuutta. Työnantajalta on siten otettu päätösvalta, jotta työehtosopimuksen osapuolet voisivat ratkaista asian yhteisesti. Tällöin työntekijöiden edut otetaan huomioon jo eläkelaitosten valinnassa.

40. Vaikka julkisia hankintoja koskevia direktiivejä sovellettaisiinkin lähtökohtaisesti nyt esillä olevan kaltaiseen tapaukseen, komission moittimat puitesopimukset eivät Saksan hallituksen mukaan väistämättä kuulu direktiivien 92/50 ja 2004/18 aineelliseen soveltamisalaan.

41. Kun otetaan huomioon se seikka, että kuntatyönantajilta on työehtosopimuksen määräysten johdosta viety eläkelaitosten valintaa koskeva päätösvalta, olisi järjestelmän logiikan vastaista pitää näitä työnantajia julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuina julkisina sopimuspuolina. Lisäksi kuntatyönantajien eläkelaitosten kanssa tekemillä puitesopimuksilla ei sinänsä luoda vakuutussuhdetta, vaan niissä vahvistetaan ainoastaan ehdot, joihin työntekijöiden yksittäiset vakuutussuhteet eläkelaitosten kanssa voivat perustua. Yleensä työnantajat myös tekevät useita tällaisia puitesopimuksia eri eläkelaitosten kanssa. Saksan hallitus katsoo, että nämä puitesopimukset eivät ole vastikkeellisia, että puitesopimukset kuuluvat direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdassa säädetyn poikkeuksen piiriin ja että komissio on käyttänyt yksittäisten sopimusten arvon laskennassa perusteena virheellisiä oletuksia.

42. Tanskan kuningaskunta ja Ruotsin kuningaskunta tukevat Saksan liittotasavallan vaatimusta, jonka mukaan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne on hylättävä.

43. Tanskan kuningaskunta katsoo erityisesti Tanskan ammatillisen lisäeläkejärjestelmän vaarantuvan, jos unionin tuomioistuin tulee siihen tulokseen, että tietyn suuruusluokan sopimuksista, joita julkishallinnon työnantajat ja ammattiliitot tekevät julkishallinnon työntekijöiden lisäeläkkeeseen käytettävien varojen sijoittamisesta, on järjestettävä tarjouskilpailu.

44. Sekä Tanskan kuningaskunta että Ruotsin kuningaskunta korostavat oikeudellisissa huomautuksissaan jo mainittujen asiassa Albany ja asiassa van der Woude annettujen tuomioiden merkitystä. Vaikka katsottaisiin, että julkisia hankintoja koskevia direktiivejä voidaan lähtökohtaisesti soveltaa tarkasteltavana olevien kaltaisiin tosiseikkoihin, on otettava huomioon, että ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevat sopimusmääräykset ovat suoraa seurausta työehtosopimuksesta. Tässä yhteydessä on lisäksi sovittu ainoastaan siitä, minkä eläkelaitoksen on määrä hallinnoida eläkevaroja. Vakuutusmaksu kuuluu kuitenkin ainoastaan työntekijälle, joten kyse ei voi olla sopimuksesta, joka koskee palvelun tarjoamista julkishallinnon työnantajille. Lisäksi Tanskan ja Ruotsin kuningaskunnat pitävät asian kannalta merkityksellisenä

direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohtaa, jonka mukaan tätä direktiiviä ei sovelleta työsopimuksiin.

tarjoamisen vapautta koskeviin EY:n perustamissopimuksen lukuihin sisältyvien toimivaltamääräysten nojalla, näiden perusvapauksien soveltumattomuudesta kyseisiin puitesopimuksiin – tulkittaessa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä primaarioikeuden mukaisesti – nimittäin seuraisi se, että nämä puitesopimukset jäisivät väistämättä myös julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle.

VII Oikeudellinen arviointi

48. Nyt esillä olevassa asiassa esitetyt perustelut, joiden mukaan perusvapauksia ei voida soveltaa kyseessä oleviin puitesopimuksiin, voidaan tiivistää kolmeen linjaan.

A *Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sovellettavuus työehtosopimuksissa määritettyihin puitesopimuksiin*

45. Ensimmäinen periaatekysymys, johon nyt esillä olevassa asiassa on vastattava, on se, voidaanko julkisia hankintoja koskevia direktiivejä soveltaa työehtosopimuksissa määritettyihin puitesopimuksiin.

49. Ensimmäisessä perustelulinjassa on perusoletuksena, että työehtosopimukset – ja siten myös työehtosopimuksissa määritetyt puitesopimukset – eivät kuulu primaarioikeuden kilpailusääntöjen soveltamisalaan. Tätä kilpailuoikeuteen sisältyvää alakohtaista poikkeusta voidaan soveltaa perusvapauksiin, joten työehtosopimuksissa määritetyt puitesopimukset jäävät myös perusvapauksien soveltamisalan ulkopuolelle.

46. Kiistanalaista tässä yhteydessä on erityisesti se, voivatko kyseiset puitesopimukset kuulua sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien primaarioikeuden määräysten soveltamisalaan.

50. Toisessa perustelulinjassa, jota Saksan hallitus ei tosin seuraa järjestelmällisesti mutta joka on nähtävissä kantavana ajatuksena monissa sen toteamuksissa, lähtökohtana on periaate, jonka mukaan perusvapauksilla ei ole vaikutusta kolmansiin nähden. Kun otetaan huomioon työntekijöiden edustajien

47. Koska direktiivit 92/50 ja 2004/18 on annettu sijoittautumisvapautta ja palvelujen

osallistuminen työehtosopimusten tekemiseen, tässä yhteydessä nousee erityisesti esille kysymys, loukkaisiko perusvapauksien soveltaminen työehtosopimuksissa määritettyihin puitesopimuksiin periaatetta, jonka mukaan perusvapauksilla ei ole vaikutusta kolmansiin nähden.

51. Kolmas perustelulinja, johon vedotaan toissijaisesti, perustuu työehtosopimusvapauden katsomiseen sosiaaliseksi perusoikeudeksi sekä perusoikeuksien ja perusvapauksien keskinäiseen suhteeseen. Tätä taustaa vasten esitetään erityisesti, että työehtosopimuksissa määritetyt puitesopimukset kuuluvat perusoikeuksien suojan piiriin, joten niiden sisältöä ei voida enää arvioida perusvapauksien perusteella.

52. Näitä kolmea perustelulinjaa tarkastelen jäljempänä.

1. Työehtosopimuksia koskeva alakohtainen poikkeus primaarioikeuden kilpailusäännöistä ja tällaisen poikkeuksen sovellettavuus perusvapauksiin

53. Tämä ensimmäinen perustelulinja perustuu virheellisiin oletuksiin, joiden mukaan työehtosopimusten määräykset eivät lähtökohtaisesti kuulu primaarioikeuden kilpailusääntöjen piiriin ja primaarioikeuden kilpailusääntöjen soveltamisalaa koskevia poikkeuksia voidaan ilman muuta soveltaa perusvapauksiin. Sitä ei näin ollen voida hyväksyä.

a) Primaarioikeuden kilpailusääntöihin ei sisälly työehtosopimuksia koskevaa alakohtaista poikkeusta

54. Yhteisöjen tuomioistuin on lausunut primaarioikeuden kilpailusääntöjen sovellettavuudesta työehtosopimuksiin ja työehtosopimusten määräyksiin kolmessa perustavassa tuomiossa, jotka annettiin 21.9.1999 asioissa Albany,[7] Brentjens'[8] ja Drijvende Bokken.[9]

55. Nämä asiat koskivat kansallisen toimialakohtaisen eläkejärjestelmän yhteensoveltuvuutta primaarioikeuden kilpailusääntöjen kanssa. Tarkasteltavana oli erityisesti kysymys, voiko EY 10 artiklan, luettuna yhdessä EY

7 – Mainittu edellä alaviitteessä 5.

8 – Yhdistetyt asiat C-115/97–C-117/97, Brentjens', tuomio 21.9.1999 (Kok., s. I-6025).

9 – Asia C-219/97, Drijvende Bokken, tuomio 21.9.1999 (Kok., s. I-6121).

81 artiklan kanssa, tai EY 86 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä EY 82 artiklan kanssa, rikkomisen perusteena olla se, että tietyn toimialan työnantajien ja työntekijöiden edustajien aloitteesta otettiin käyttöön kaikkia tämän alan yrityksiä koskeva velvoite kuulua toimialakohtaiseen eläkejärjestelmään. Tässä yhteydessä oli selvitettävä, voiko tietyn toimialan työnantajien ja työntekijöiden välinen kollektiivinen sopimus, jolla toimialakohtainen eläkejärjestelmä otettiin käyttöön, ylipäätään kuulua EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan ja jos voi, niin millä edellytyksillä.

56. EY:n perustamissopimuksen kilpailusääntöjen ja kollektiivisten sopimusten määräysten välisen suhteen selventämiseksi yhteisöjen tuomioistuin viittasi ensinnäkin EY 2 artiklaan ja EY 3 artiklan 1 kohdan j alakohtaan sisältyviin sosiaalipolitiikan ja sosiaalisen suojelun tavoitteisiin [10] ja korosti tässä yhteydessä, että sekä järjestäytymisoikeus että kollektiiviset sopimukset on otettu nimenomaisesti huomioon primaarioikeudessa ja sosiaalipolitiikasta tehdyssä sopimuksessa. [11]

57. Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että työnantajia ja työntekijöitä edustavien etujärjestöjen välisillä kollektiivisilla sopimuksilla on luonnostaan tiettyjä kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Ne sosiaaliset päämäärät, joihin näillä sopimuksilla pyritään, vaarantuisivat kuitenkin vakavalla tavalla, jos työmarkkinaosapuoliin sovellettaisiin EY 81 artiklan 1 kohtaa silloin, kun ne pyrkivät yhdessä löytämään keinoja työolojen ja työehtojen parantamiseksi. [12] Näiden näkökohtien perusteella yhteisöjen tuomioistuin päätteli, että kun perustamissopimuksen määräyksiä tulkitaan tarkoituksen- ja johdonmukaisella tavalla, näistä määräyksistä ilmenee kokonaisuutena tarkasteltuna, että työmarkkinaosapuolten kollektiivisten neuvottelujensa päätteeksi tekemät sopimukset tällaisten päämäärien saavuttamiseksi eivät luonteensa ja kohteensa vuoksi kuulu EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan. [13]

58. Kyseisissä tuomioissa yhteisöjen tuomioistuin katsoi näin ollen, että kollektiiviset sopimukset – ja siten myös kollektiivisiin sopimuksiin perustuvat määräykset ja päätökset – eivät kuulu EY 81 artiklan soveltamisalaan, mikäli seuraavat kaksi edellytystä täyttyvät: sopimus on tehty kollektiivisten neuvottelujen tuloksena [14] ja

10 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Albany, tuomion 54 kohta; edellä alaviitteessä 8 mainitut yhdistetyt asiat Brentjens', tuomion 51 kohta ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Drijvende Bokken, tuomion 41 kohta.

11 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Albany, tuomion 55–58 kohta; edellä alaviitteessä 8 mainitut yhdistetyt asiat Brentjens', tuomion 52–55 kohta ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Drijvende Bokken, tuomion 42–45 kohta.

12 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Albany, tuomion 59 kohta; edellä alaviitteessä 8 mainitut yhdistetyt asiat Brentjens', tuomion 56 kohta ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Drijvende Bokken, tuomion 46 kohta.

13 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Albany, tuomion 60 kohta; edellä alaviitteessä 8 mainitut yhdistetyt asiat Brentjens', tuomion 57 kohta ja edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Drijvende Bokken, tuomion 47 kohta.

14 – Ks. yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98, Pavlov ym., tuomio 12.9.2000 (Kok., s. I-6451, 67 kohta ja sitä seuraavat kohdat), joissa yhteisöjen tuomioistuin korosti, että kollektiivisten sopimusten jättämistä EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle ei voida ulottaa koskemaan sopimusta, jolla tosin pyritään takaamaan tietty eläketaso kaikille tiettyyn ammattikuntaan kuuluville henkilöille ja näin ollen parantamaan yhtä näitä henkilöitä koskevaa työehtoa eli heidän palkkaustaan koskevaa työehtoa mutta jota ei ole tehty työmarkkinaosapuolten välisissä kollektiivisissa neuvotteluissa.

sopimuksella pyritään parantamaan työoloja ja työehtoja. [15]

59. Koska kollektiivisia sopimuksia ei jätetä automaattisesti kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle vaan kilpailusääntöjen soveltamista on tutkittava tapauskohtaisesti, yhteisöjen tuomioistuin ei näissä tuomioissa vahvistanut kollektiivisia sopimuksia koskevaa alakohtaista poikkeusta primaarioikeuden kilpailusäännöistä. Yhteisöjen tuomioistuin pikemminkin viittasi siihen, että työlainsäädännön piiriin kuuluvat kollektiiviset sopimukset on otettu huomioon primaarioikeudessa, ja totesi, että kun perustamissopimusta tulkitaan sen systematiikan mukaisesti, EY 81 artiklan luonne estää sen soveltamisen tietynsisältöisiin kollektiivisiin sopimuksiin. [16]

60. Tätä arviota ei kyseenalaista se seikka, että yhteisöjen tuomioistuin on sekä asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken antamissaan tuomioissa että myöhemmin asiassa van der Woude antamassaan tuomiossa [17] tutkinut ainoastaan hyvin rajallisesti sitä, pyrittiinkö kollektiivisilla sopimuksilla parantamaan työllisyyttä ja työehtoja. Kyseisten kollektiivisten sopimusten määräysten sisällön syvällisempi tarkastelu olisi tietysti ollut suositeltavaa myös näissä tuomioissa, jotta arvioitavina olleissa tapauksissa olisi voitu hälventää kaikki epäilyt työmarkkinaosapuolille annettujen kilpailulainsäädäntöä koskevien vapauksien väärinkäytöstä. [18] Tästä huolimatta mainittujen tuomioiden oikeussystemaattisen kokonaisarvioinnin perusteella voidaan edelleen todeta, että ainoastaan tietynsisältöiset kollektiiviset sopimukset on jätetty EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle. [19]

61. Tätä taustaa vasten julkisasiamies Fennelly totesi asiassa van der Woude esittämässään ratkaisuehdotuksessa perustellusti, että asiassa Albany annetussa tuomiossa esitettyä poikkeusta on EY 81 artiklan yleiseen soveltamisalaan tehtynä poikkeuksena tulkittava suppeasti. Työehtosopimukset, jotka vaikuttavat merkittävästi vapaaseen kilpailuun,

15 – Vahvistettu nimenomaisesti edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa van der Woude, tuomion 22 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

16 – Näin toteavat Aicher ja Schumacher teoksessa Grabitz ja Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, nide II, EY 81 artikla, 28 kohta (40. täydennyspainos, lokakuu 2009).

17 – Mainittu edellä alaviitteessä 6.

18 – Julkisasiamies Jacobs ehdotti yhteisesti asioissa Albany (C-67/96), Brentjens' (C-115/97–C-117/97) ja Drijvende Bokken (C-219/97) 28.1.1999 esittämässään ratkaisuehdotuksessa (Kok., s. I-5751, ratkaisuehdotuksen 190 kohta ja sitä seuraavat kohdat) myös nimenomaisesti kollektiivisten sopimusten kohteen valvontaa sen välttämiseksi, että työnantajat käyttävät kollektiivisia neuvotteluja tehdäkseen keskinäisiä sopimuksia, joilla voi olla huomattavia kilpailunvastaisia vaikutuksia kolmansiin osapuoliin tai markkinoihin. Kollektiivisten neuvottelujen tulos olisi jätettävä kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle ainoastaan siinä tapauksessa, että 1) sopimus on tehty kollektiivisten neuvottelujen virallisissa puitteissa ja 2) työmarkkinaosapuolet ovat tehneet sopimuksen vilpittömässä mielessä. Kolmantena arviointiperusteena julkisasiamies Jacobs ehdotti sitä, että kollektiivisten sopimusten olisi koskettava kollektiivisten neuvottelujen keskeisiä aloja, kuten palkkausta ja työoloja, eikä niillä saisi olla vaikutusta kolmansiin osapuoliin tai markkinoihin.

19 – Tässä yhteydessä on syytä huomata erityisesti, että tarkasteltaessa sitä, että yhteisöjen tuomioistuin on pääosin luopunut kyseisten kollektiivisten sopimusten määräysten sisällön tarkastelusta, on otettava huomioon, että yhteisöjen tuomioistuin on tässä yhteydessä myös tutkinut, ovatko työmarkkinaosapuolten mainitsemat eläkerahastot EY 81 artiklassa tarkoitettuja yrityksiä. Koska yhteisöjen tuomioistuin katsoi asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken antamissaan tuomioissa näiden rahastojen olevan yrityksiä, tämä antoi mahdollisuuden tutkia itsenäisesti kilpailua rajoittavia vaikutuksia, joita kyseisillä rahastoilla voi olla. Näin kilpailulainsäädännön soveltamisen rajoittamista suhteutettiin kyseessä olevien kollektiivisten sopimusten osalta.

voidaan aina riitauttaa sillä perusteella, että asianomaisella sopimuksella ei tavoitella aitoja sosiaalisia päämääriä, koska siitä tai sen soveltamisesta seuraavat rajoitukset menevät pidemmälle kuin mainittujen päämäärien saavuttamiseksi olisi tarpeellista. [20] Tämä tietysti edellyttää ehdottomasti sen sisällöllisen edellytyksen tutkimista, onko kyseisistä työehtosopimuksista tai työehtosopimusten yksittäisistä määräyksistä sovittu tosiasiallisesti työehtojen ja työolojen parantamista silmällä pitäen.

62. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei yhteisöjen tuomioistuin ole asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken antamissaan tuomioissa vahvistanut työehtosopimuksia koskevaa yleistä alakohtaista poikkeusta primaarioikeuden kilpailusäännöistä. Näitä tuomioita on pikemminkin tulkittava siten, että primaarioikeuteen kuuluvan EY 81 artiklan luonne estää sen soveltamisen tietynsisältöisiin kollektiivisiin sopimuksiin.

b) Primaarioikeuteen kuuluvan kilpailuoikeuden soveltamisala ja sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden soveltamisala eivät ole lähtökohtaisesti yhdenmukaiset

63. Saksan liittotasavalta perustaa väitteensä siihen, että kilpailuoikeutta koskevia rajoituksia ja alakohtaisia poikkeuksia voidaan lähtökohtaisesti soveltaa perusvapauksiin. Tätä taustaa vasten se kehottaa yhteisöjen tuomioistuinta erityisesti soveltamaan asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken annettuihin tuomioihin sisältyviä arviointeja ja periaatteita analogisesti – ja siten tutkimatta niitä palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden erityispiirteet huomioon ottaen – nyt esillä olevaan asiaan.

64. Tähän Saksan hallituksen näkemykseen ei mielestäni voida yhtyä.

65. Vaikka sekä palvelujen tarjoamisen vapautta ja sijoittautumisvapautta koskevissa määräyksissä että vapaata kilpailua koskevissa määräyksissä otetaan huomioon sisämarkkinoiden toteuttamista koskevat tavoitteet, se seikka, että sopimus tai toimenpide sen konkreettinen muoto huomioon ottaen jää kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, ei välttämättä tarkoita sitä, että se jäisi myös liikkumisvapautta koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. [21]

66. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sopimus tai toimenpide voi kuulua liikkumisvapautta koskevien sääntöjen soveltamisalaan

20 – Julkisasiamies Fennellyn 11.5.2000 esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 6 mainitussa asiassa van der Woude, 32 kohta.

21 – Näin totesi myös julkisasiamies Poiares Maduro 23.5.2007 esittämässään ratkaisuehdotuksessa asiassa C-438/05, International Transport Workers' Federation ja Suomen Merimiesunioni, tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10779, ratkaisuehdotuksen 26 kohta, ns. Viking Line -tapaus).

mutta jäädä samanaikaisesti kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle ja päinvastoin. [22]

67. Oikeuskäytännön mukaan primaarioikeuden kilpailusääntöjen soveltamisala ja perusvapauksien soveltamisala eivät siten ole välttämättä yhdenmukaiset. Se, että työehtosopimusten määräykset, joilla pyritään parantamaan työehtoja ja työoloja, eivät asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken annettujen tuomioiden perusteella kuulu EY 81 artiklan soveltamisalaan, ei näin ollen välttämättä merkitse sitä, että tällaiset työehtosopimusten määräykset eivät kuulu myöskään sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden soveltamisalaan.

68. Ainoastaan toissijaisesti todettakoon vielä, että vaikka yhtäältä työehtosopimusvapauden ja primaarioikeuteen kuuluvan kilpailuoikeuden välinen suhde ja toisaalta työehtosopimusvapauden ja perusvapauksien välinen suhde olisivatkin samankaltaiset, tämä ei merkitse sitä, että asioissa Albany, Brentjens' ja Drijvende Bokken annettuja tuomioita voidaan ilman muuta soveltaa nyt esillä olevaan asiaan. Näihin tuomioihin sisältyvien kilpailuoikeutta koskevien toteamusten ja arviointien tarkastelussa [23] olisi pikemminkin otettava huomioon se, että työehtosopimusvapaus on tunnustettu perusoikeudeksi. [24]

2. Perusvapauksien rajallinen vaikutus kolmansiin nähden

69. Palvelujen tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden sovellettavuudelle työehtosopimuksiin ei ole esteenä myöskään nyt esillä olevassa asiassa esitetty perustelu, jonka mukaan näillä perusvapauksilla ei ole vaikutusta kolmansiin nähden.

70. Tämän perustelun mukaan kyseessä olevat puitesopimukset perustuvat työehtosopimukseen, jonka julkishallinnon työnantajien

22 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line, tuomion 53 kohta ja asia C-519/04 P, Meca-Medina, tuomio 18.7.2006 (Kok., s. I-6991, 31–34 kohta).

23 – Ks. tästä myös Novitz, T., "Taking collective action", *Competition Law Insight*, 2008, 7. vuosikerta, nro 4, s. 10, jonka mukaan asiassa Albany esitetyn poikkeuksen soveltamatta jättäminen (edellä alaviitteessä 22 mainitussa) asiassa Viking Line selittyy nimenomaan yhteisöjen tuomioistuimen päätöksellä tunnustaa oikeus ryhtyä työtaistelutoimeen sosiaaliseksi perusoikeudeksi. Azoulai, L., "The Court of justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization", *CMLR*, 2008, s. 1335 ja 1347–, näkee jopa lähtökohtaisen eron siinä, miten perusvapauksien ja perusoikeuksien suhdetta on kuvattu yhtäältä asiassa Albany annetussa tuomiossa ja toisaalta asiassa Viking Line.

24 – Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 75 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

ja työntekijöiden edustajat ovat neuvotelleet. Koska palvelujen tarjoamisen vapaudella ja sijoittautumisvapaudella ei ole vaikutusta kolmansiin nähden, se seikka, että työntekijät ovat sopimuspuolena työehtosopimuksissa, estää lähtökohtaisesti näitä perusvapauksia koskevien määräysten soveltamisen työehtosopimuksiin ja niihin perustuviin sopimuksiin, joilla työehtosopimukset pannaan täytäntöön.

71. Tästä perustelusta on ensinnäkin huomautettava, että TV-EUmw/VKA on tehty VKA:n ja ammattiliittojen välillä. Koska työehtosopimuksen tekemiseen osallistuivat kuntatyönantajien myötä viranomaiset, joihin perusvapauksia myös sovelletaan, tässä yhteydessä voitaisiin puhua korkeintaan perusvapauksien välillisestä vaikutuksesta työehtosopimusta koskevaan päätöksentekoon samoin osallistuneisiin ammattiliittoihin.

72. Tässä yhteydessä on lisäksi viitattava vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan EY 39, EY 43 ja EY 49 artiklaa ei sovelleta ainoastaan viranomaisten toimintaan vaan myös muunlaisiin oikeussääntöihin, joiden tarkoituksena on säännellä kollektiivisesti palkkatyötä, itsenäistä ammatinharjoittamista ja palvelujen tarjoamista. [25]

73. Työtä koskevien kollektiivisten oikeussääntöjen sisällyttämistä perusvapauksien soveltamisalaan perustellaan sillä, että eri jäsenvaltioissa työehtoja säännellään joko laeilla tai asetuksilla taikka työehtosopimuksilla ja yksityisten henkilöiden tekemillä oikeustoimilla. Tällaisten kollektiivisten oikeussääntöjen jättämisessä perusvapauksien soveltamisalan ulkopuolelle piilisi myös se vaara, että primaarioikeudessa taattuihin perusvapauksiin perustuvia velvoitteita sovellettaisiin eri tavalla. [26]

74. Edellä esitetyn perusteella katson, että periaatteesta, jonka mukaan perusvapauksilla ei ole vaikutuksia kolmansiin nähden, ei voida johtaa, että sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia määräyksiä ei voida soveltaa kyseessä oleviin työehtosopimuksissa määritettyihin puitesopimuksiin.

25 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line, tuomion 33 kohta; asia C-281/98, Angonese, tuomio 6.6.2000 (Kok., s. I-4139, 31 kohta); asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok., s. I-4921, 82 kohta) ja asia 36/74, Walrave, tuomio 12.12.1974 (Kok., s. 1405, Kok. Ep. II, s. 415, 17 kohta). Ks. Junker, A., "Europa und das deutsche Tarifrecht – Was bewirkt der EuGH", *ZfA*, 2009, s. 281 ja 282–.

26 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line, tuomion 34 kohta sekä edellä alaviitteessä 25 mainitut asia Angonese, tuomion 33 kohta, asia Bosman, tuomion 84 kohta ja asia Walrave, tuomion 19 kohta.

3. Kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapauden määrittely sosiaalisiksi perusoikeuksiksi ja niiden suhde perusvapauksiin

75. En pidä vakuuttavana myöskään perustelua, jonka mukaan kunnallisten työntekijöiden työehdoista sopiminen TV-EUmw/VKA:ssa perustuu työehtosopimusvapautta koskevaan perusoikeuteen, joten tämä työehtosopimus ja siihen perustuvat sopimukset jäävät sisältönsä vuoksi sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden soveltamisalan ulkopuolelle.

76. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perusoikeudet ovat erottamaton osa yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamista unionin tuomioistuin valvoo.[27] Näitä perusoikeuksia määrittäessään unionin tuomioistuin tukeutuu jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin perusoikeuksien suojaa koskeviin asiakirjoihin, joiden syntyyn jäsenvaltiot ovat vaikuttaneet tai joihin ne ovat liittyneet.

77. Kollektiivinen neuvotteluoikeus tunnustetaan sekä eri kansainvälisissä asiakirjoissa, joihin jäsenvaltiot ovat osallistuneet tai liittyneet – esimerkiksi Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa,[28] joka allekirjoitettiin Torinossa 18.10.1961 ja joka lisäksi mainitaan nimenomaisesti EY 136 artiklassa – että kyseisten jäsenvaltioiden yhteisön tasolla tai Euroopan unionin yhteydessä laatimissa asiakirjoissa, joita ovat esimerkiksi Eurooppa-neuvoston Strasbourgissa 9.12.1989 pitämässä kokouksessa hyväksytty yhteisön peruskirja työntekijöiden sosiaalisista perusoikeuksista,[29] joka mainitaan myös EY 136 artiklassa, ja Nizzassa 7.12.2000 julistettu Euroopan unionin perusoikeuskirja.[30]

78. Tätä taustaa vasten kollektiivinen neuvotteluoikeus ja tähän oikeuteen luonnostaan kuuluva työehtosopimusvapaus on kiistatta tunnustettava myös

27 – Ks. asia C-36/02, Omega, tuomio 14.10.2004 (Kok., s. I-9609, 33 kohta) ja asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok., s. I-5659, 71 kohta).

28 – Euroopan sosiaalisen peruskirjan 6 artiklan, joka on otettu samansisältöisenä Strasbourgissa 3.5.1996 allekirjoitetun uudistetun Euroopan sosiaalisen peruskirjan 6 artiklaan, nojalla varmistaakseen, että kollektiivista neuvotteluoikeutta voidaan käyttää tehokkaalla tavalla, sopimuspuolet sitoutuvat muun muassa edistämään työntekijöiden ja työnantajien välisiä yhteisiä neuvotteluja sekä edistämään tarvittaessa työnantajien tai työnantajajärjestöjen ja työntekijäjärjestöjen välistä vapaaehtoista neuvottelujärjestelmää tavoitteenaan työehtojen määrittäminen työ- ja virkaehtosopimuksilla.

29 – Työntekijöiden sosiaalisista perusoikeuksista annetun yhteisön peruskirjan 12 kohdan mukaan työnantajilla ja työnantajajärjestöillä sekä työntekijäjärjestöillä olisi oltava kansallisen lainsäädännön ja käytännön mukaisin edellytyksin oikeus neuvotella ja tehdä työehtosopimuksia.

30 – Perusoikeuskirjan 28 artiklan nojalla työntekijöillä ja työnantajilla tai näiden järjestöillä on unionin oikeuden sekä kansallisten lainsäädäntöjen ja käytäntöjen mukaisesti oikeus asianmukaisilla tasoilla neuvotella ja tehdä työ- ja virkaehtosopimuksia sekä oikeus ryhtyä eturistiriitatilanteissa etujensa puolustamiseksi työtaistelutoimiin, lakko mukaan lukien.

unionin oikeusjärjestyksessä perusoikeuksiksi, jotka ovat erottamaton osa unionin yleisiä oikeusperiaatteita. [31]

79. Lissabonin sopimuksella – jota ei sovelleta ajallisesti nyt esillä olevaan asiaan – vakiinnutettiin kollektiivisen neuvotteluoikeuden asema osana primaarioikeutta, kun Euroopan unionin perusoikeuskirja määriteltiin SEU 6 artiklassa oikeudellisesti sitovaksi. Tällä yleisellä viittauksella perusoikeuskirjaan sen 28 artiklaan sisältyvä neuvotteluoikeus on nyt sisällytetty nimenomaisesti primaarioikeuteen. [32]

80. Kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja siihen liittyvän työehtosopimusvapauden tunnustamisesta perusoikeuksiksi ei kuitenkaan voida päätellä yksiselitteisesti, että työehtosopimukset, jotka tehdään näitä perusoikeuksia käyttämällä, sekä niihin perustuvat sopimukset jäävät sisältönsä perusteella automaattisesti perusvapauksien soveltamisalan ulkopuolelle.

81. Perusoikeuden ja perusvapauden välisessä ristiriitatilanteessa on nimittäin otettava lähtökohdaksi periaate, jonka mukaan molemmat oikeudelliset asemat ovat samanarvoisia. Tämä lähtökohtainen samanarvoisuus merkitsee yhtäältä sitä, että perusvapauksia voidaan rajoittaa perusoikeuksien nimissä. Se merkitsee toisaalta myös sitä, että perusvapauksien käyttö voi oikeuttaa perusoikeuksien rajoittamisen. [33]

82. Kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapauden luonne perusoikeuksina

31 – Ks. asia C-341/05, Laval un Partneri, tuomio 18.12.2007 (Kok., s. I-11767, 90 ja 91 kohta) ja edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line, tuomion 43 ja 44 kohta, joissa kollektiiviseen neuvotteluoikeuteen läheisesti liittyvä oikeus ryhtyä työtaistelutoimiin on tunnustettu perusoikeudeksi viittaamalla sen tunnustamiseen Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa, ammatillisesta järjestäytymisvapaudesta ja ammatillisen järjestäytymisoikeuden suojelusta tehdyssä Kansainvälisen työjärjestön yleissopimuksessa nro 87 sekä yhteisön peruskirjassa työntekijöiden sosiaalisista perusoikeuksista ja Euroopan unionin perusoikeuskirjassa.

32 – Ks. Schwarze, J., "Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrags", *EuR*, 2009 (liite 1), s. 9 ja 17, jossa huomautetaan perustellusti, ettei sillä seikalla, että SEU 6 artiklaan sisältyy ainoastaan yleinen viittaus perusoikeuskirjaan, ole oikeudellista merkitystä eikä sillä voida perustella näkemystä, jonka mukaan perusoikeuskirja ei sisälly primaarioikeuteen. Euroopan unionin perusoikeuskirjan soveltamisesta Puolaan ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan tehdyssä pöytäkirjassa N:o 30 vahvistetaan kuitenkin Puolaa ja Yhdistynyttä kuningaskuntaa koskeva poikkeus.

33 – Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perusoikeuksien suojelu on sellainen oikeutettu intressi, jonka vuoksi primaarioikeudessa taatuista perusvapauksista johtuvien velvoitteiden rajoittaminen voi lähtökohtaisesti olla perusteltua; vrt. edellä alaviitteessä 31 mainittu asia Laval un Partneri, tuomion 93 kohta; edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line, tuomion 45 kohta sekä edellä alaviitteessä 27 mainitut asia Omega, tuomion 35 kohta ja asia Schmidberger, tuomion 74 kohta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että toimenpiteet, joita on arvioitava perusoikeuden käyttämisenä, jäisivät automaattisesti perusvapauksien soveltamisalan ulkopuolelle. Perusoikeuksia on pikemminkin käytettävä mahdollisuuksien mukaan sopusoinnussa perustamissopimuksessa suojattujen oikeuksien ja vapauksien kanssa, ja kaikki perusoikeuksien ja perusvapauksista johtuvien velvoitteiden väliset ristiriidat on ratkaistava suhteellisuusperiaatteen pohjalta kyseisten perusoikeuksien ja perusvapauksien konkreettiset ominaispiirteet huomioon ottaen. Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 183 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

ei näin ollen merkitse sitä, että näitä oikeuksia käyttämällä tehdyt työehtosopimukset ja niiden täytäntöön panemiseksi tehdyt sopimukset jäävät automaattisesti ja kokonaisuudessaan sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien määräysten soveltamisalan ulkopuolelle.

83. Tästä seuraa suoraan, etten pidä vakuuttavana perustelua, jonka mukaan sekä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevia perusoikeuksia käyttämällä neuvotellut työehtosopimukset että niihin perustuvat sopimukset jäävät juuri perusoikeuksien käyttämisen vuoksi sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden – ja niihin perustuvan johdetun oikeuden – soveltamisalan ulkopuolelle.

84. Jos näiden perusvapauksien ja perusoikeuksien havaitaan olevan ristiriidassa, on päinvastoin tutkittava, voivatko perusvapaudet kaikki tapauksen olosuhteet huomioon ottaen oikeuttaa kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien rajoittamisen tai, käänteisesti, edellyttävätkö nämä perusoikeudet asianomaisten perusvapauksien ja niihin perustuvan johdetun oikeuden soveltamisalan rajoittamista.

4. Välipäätelmä

85. Edellä esitetyn perusteella katson, että työehtosopimuksissa määritetyt puitesopimukset kuuluvat lähtökohtaisesti sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden soveltamisalaan. Näin ollen kyseiset puitesopimukset kuuluvat lähtökohtaisesti myös näihin perusvapauksiin perustuvien julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, tietysti sikäli kuin niiden soveltamisedellytykset täyttyvät.

86. Mikäli todetaan, että työehtosopimuksessa määritetyllä puitesopimuksella on rikottu direktiiviä 92/50 tai direktiiviä 2004/18, on kuitenkin otettava huomioon kollektiivisen neuvotteluoikeuden ja työehtosopimusvapauden erityisasema sosiaalisina perusoikeuksina. Tällöin on asiaan liittyvien konkreettisten seikkojen perusteella tutkittava, johtuuko julkisia hankintoja koskevien direktiivien noudattamatta jättäminen kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien sosiaalisten perusoikeuksien käyttämisestä, ja jos näin on, onko näiden sosiaalisten perusoikeuksien käyttämisen rajoittaminen julkisia hankintoja koskeviin direktiiveihin sisältyvillä velvoitteilla katsottava perustelluksi perusvapauksien näkökulmasta.

87. Nämä näkökohdat huomioon ottaen tutkin seuraavaksi ensin sitä, ovatko kyseiset työehtosopimuksissa määritetyt puitesopimukset yhteensopivia direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 kanssa. Sen jälkeen tutkin, miten julkisia hankintoja koskevista direktiiveistä johtuvien velvoitteiden ja kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien vapaan käyttämisen välinen ristiriita olisi poistettava.

B *Kyseessä olevien puitesopimusten yhteensopivuus direktiivien 92/50 ja 2004/18 kanssa*

88. Komissio perustaa väitteensä direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 rikkomisesta siihen, että useat kunnalliset viranomaiset ja yritykset ovat tehneet työntekijöidensä ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa järjestämättä Euroopan laajuista tarjouskilpailua.

89. Direktiivissä 92/50 ja direktiivissä 2004/18 tarkoitetut julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset ovat rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty hankintaviranomaisen ja taloudellisen toimijan välillä ja joiden pääasiallisena kohteena on palvelun suorittaminen.

90. Nyt esillä olevassa asiassa on kiistanalaista erityisesti se, ovatko kunnat toimineet julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuina hankintaviranomaisina pannessaan täytäntöön työehtosopimuksissa määrättyjä valintapäätöksiä. Kiistanalaista on myös se, voidaanko kuntien ja eläkelaitosten tekemät sopimukset määritellä rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi, joiden kohteena on palvelun suorittaminen ja jotka vastaavat vähintään asianomaisia kynnysarvoja.

91. Näitä kahta pääkysymystä tarkastelen seuraavaksi.

1. Kaupunkien määrittely hankintaviranomaisiksi

92. Saksan liittotasavallan mukaan kyseisiä kaupunkeja ei voida määritellä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitetuiksi hankintaviranomaisiksi sillä perusteella, että eläkelaitosten valinnan yhteydessä kyseiset kaupungit ainoastaan panivat täytäntöön työehtosopimuksen määräyksiä eivätkä siten tehneet ”itsenäisiä” päätöksiä. Lisäksi nyt esillä olevassa asiassa ei ole kyse julkista valtaa hyödyttävästä hankinnasta, koska

eläkemaksuiksi muuttamisen oikeudelliset seuraukset ja taloudelliset vaikutukset kohdistuvat työntekijöihin.

93. Tällä perustelulla Saksan liittotasavalta puoltaa hankintaviranomaisen käsitteen toiminnallista tulkintaa tavoitteenaan rajata julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaa nyt esillä olevan kaltaisissa asioissa siten, että näitä määrittelyperusteita tulkitaan suppeasti. Tätä perustelua ei voida hyväksyä.

94. Aluksi on syytä muistuttaa, että julkisia hankintoja koskevat direktiivit annettiin toteutettaessa sisämarkkinoita, joilla taataan vapaa liikkuvuus ja poistetaan kilpailun rajoitukset. [34] Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin on määrittänyt hankintojen avaamisen mahdollisimman laajalle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa yhdeksi julkisia hankintoja koskevien direktiivien päätavoitteista. [35]

95. Vaikka pitää paikkansa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomaisen käsitettä ei ole tulkittava muodollisesti vaan toiminnallisesti, [36] on korostettava, että tämä oikeuskäytäntö on osoituksena yhteisöjen tuomioistuimen pyrkimyksestä murtaa jäsenvaltioiden suljetut julkisia hankintoja koskevat markkinat ja avata ne yhteismarkkinoille julkisia hankintoja koskevien direktiivien johdanto-osan perustelukappaleissa muotoiltujen tavoitteiden mukaisesti. [37]

96. Tavoite, johon yhteisöjen tuomioistuin on pyrkinyt tulkitsemalla hankintaviranomaisen käsitettä toiminnallisesti, on siten sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden tosiasiallinen toteutuminen julkisten hankintojen alalla. Tätä tarkoitusta varten yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut julkisia hankintoja koskevien direktiivien aineellista soveltamisalaa laajasti, jolloin kansallisen laitoksen määrittelemiseksi julkisia hankintoja koskevissa yhteisön säännöksissä tarkoitetuksi (toiminnalliseksi) hankintaviranomaiseksi on merkityksetöntä, onko tämä ominaisuus liitetty asiaa koskevassa kansallisessa lainsäädännössä tiettyihin institutionaalisiin erityispiirteisiin. [38]

34 – Asia C-538/07, Assitur, tuomio 19.5.2009 (Kok., s. I-4219, 25 kohta) ja asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008 (Kok., s. I-619, 2 kohta).

35 – Asia C-305/08, CoNISMa, tuomio 23.12.2009 (Kok., s. I-12129, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

36 – Asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007 (Kok., s. I-11173, 37 kohta); asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok., s. I-939, 43 kohta) ja asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988 (Kok., s. 4635, 11 kohta).

37 – Ks. Marx, F. ja Prieß, H. teoksessa Jestaedt, Kemper, Marx ja Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied, 1999, s. 16 ja 17.

38 – Ks. edellä alaviitteessä 36 mainittu asia Beentjes, jonka tuomiossa katsottiin, että julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annettua neuvoston direktiiviä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5) voidaan soveltaa ”paikallisen tilusselityslautakunnan” kaltaisen laitoksen, joka ei muodollisesti ole osa valtionhallintoa, tekemiin julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin.

97. Hankintaviranomaisen ”toiminnallista” käsitettä koskeva oikeuskäytäntö palvelee näin ollen julkisia hankintoja koskevien direktiivien yleistä tavoitetta; julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisella yhteisön tasolla pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja näin myös suojaamaan sellaisten jäsenvaltioon sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille. [39] Tarkoituksena on sulkea pois se mahdollisuus, että hankintaviranomainen suosii sopimuksissaan kansallisia tarjouksen tekijöitä tai ehdokkaita, ja se mahdollisuus, että valtion rahoittamat tai määräysvallassa olevat laitokset, alueelliset yhteisöt tai muut julkisoikeudelli set laitokset toimivat muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. [40]

98. Tällainen hankintaviranomaisen käsitteen toiminnallinen tulkinta johtaa usein julkisia hankintoja koskevien direktiivien aineellisen soveltamisalan laajentamiseen mutta voi poikkeustapauksissa johtaa myös siihen, ettei näitä direktiivejä voida soveltaa hankintasopimuksiin, vaikka hankintaviranomainen on muodollisesti tehnyt sopimukset ja myös muut julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisedellytykset näyttävät täyttyvän.

99. Selkeä esimerkki tästä on asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria annettu tuomio, jossa todettiin, että hankintaviranomaisen tekemä hankintasopimus, joka kuuluu lähtökohtaisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, menettää luonteensa julkisia hankintoja koskevana sopimuksena, jos ilmenee, että toteutettava hanke kuului alusta alkaen kokonaisuudessaan sellaisen yrityksen toimialaan, johon ei sovelleta julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, ja että julkinen hankintaviranomainen oli tehnyt tätä hanketta koskevan hankinnan tämän yrityksen lukuun. [41]

100. Asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria annetussa tuomiossa käytetty julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltumattomuutta koskeva arviointiperuste tarkoittaa näin ollen sitä, että yksityisen toimijan on tehtävä hankintapäätös oman etunsa mukaisesti ja että kyseinen toimija vastaa kokonaisuudessaan hankkeen kustannuksista. Koska tällaisessa tilanteessa hankintaviranomainen tekee muodollisesti hankintasopimuksen mutta ei ole tehnyt sen perustana olevia päätöksiä eikä vaikuttanut niihin, on suljettu pois se mahdollisuus, että hankintaviranomainen suosii hankintasopimuksen yhteydessä kansallisia tarjouksen tekijöitä tai

39 – Ks. edellä alaviitteessä 36 mainitut asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 38 kohta ja asia komissio v. Ranska, tuomion 41 kohta sekä asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok., s. I-8035, 16 kohta).

40 – Edellä alaviitteessä 36 mainitut asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 36 kohta ja asia komissio v. Ranska, tuomion 42 kohta sekä edellä alaviitteessä 39 mainittu asia University of Cambridge, tuomion 17 kohta.

41 – Asia C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, tuomio 15.1.1998 (Kok., s. I-73, 42 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Ks. myös Bovis, C., ”Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG”, *CMLR*, 1999, s. 205 ja 212.

ehdokkaita tai toimii muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. [42]

Tätä taustaa vasten kuntatyönantajilla oli mahdollisuus vaikuttaa ainakin epäsuorasti TV-EUmw/VKA:ssa tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehtyyn periaatepäätökseen.

101. Kun otetaan huomioon edellä esitetty, en pidä vakuuttavana Saksan liittotasavallan väitettä, jonka mukaan eläkelaitoksia valitessaan kunnat ainoastaan panivat täytäntöön työehtosopimuksen määräyksiä eivätkä siten toimineet hankintaviranomaisina.

103. Kun otetaan huomioon, että kuntatyönantajilla oli mahdollisuus vaikuttaa ainakin epäsuorasti työehtosopimusneuvotteluihin ja siten myös TV-EUmw/VKA:n sisältöön, niiden määrittelyä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitetuiksi hankintaviranomaisiksi ei voida kyseenalaistaa viittaamalla työehtosopimukseen sisältyviin tavoitteisiin ja velvoitteisiin.

102. Ensinnäkin on syytä huomauttaa, että työehtosopimuksen osapuolina olivat VKA ja ammattiliitot. VKA, joka on kunnallisten viranomaisten ja yritysten kattojärjestö Saksassa, edusti tässä yhteydessä työehtosopimuksia ja työlainsäädäntöä koskevia kuntatyönantajien etuja. Tämä merkitsee väistämättä sitä, että kuntatyönantajat olivat ainakin epäsuorasti mukana sopimassa neuvottelukannoista, joita VKA pyrki ajamaan ammattiliittojen kanssa käydyissä työehtoneuvotteluissa ja joihin työehtosopimusta koskeva yhteisymmärrys osittain perustuu.

104. En pidä vakuuttavana myöskään perustelua, jonka mukaan kuntien ei nyt esillä olevassa asiassa pidä katsoa olevan toiminnallisesti julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuja hankintaviranomaisia sen vuoksi, että eläkemaksuiksi muuttamisen oikeudelliset seuraukset ja taloudelliset vaikutukset kohdistuvat työntekijöihin.

42 – Jos hankintaviranomaisen tarkoituksena on itse toimia palvelujen tarjoajana ja harjoittaa itsenäistä taloudellista toimintaa, johon kohdistuu kilpailua, ja jos se kilpailee tässä yhteydessä yksityisten taloudellisten toimijoiden kanssa, ei sitä vastoin ole mahdotonta, että hankintaviranomaisen päätös antaa osa näistä toiminnoista alihankintana kolmannelle osapuolelle perustuu muihin kuin taloudellisiin näkökohtiin. Tällaisessa tapauksessa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä sovelletaan näin ollen täysimääräisesti. Vrt. asia C-126/03, komissio v. Saksa, tuomio 18.11.2004 (Kok., s. I-11197, 16 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

105. Vaikka pitäisikin paikkansa, etteivät kuntatyönantajat tue millään tavalla työeläkkeen parantamista palkkojen eläkemaksuiksi

muuttamisen avulla, tämä ei ole riittävä peruste jättää kuntatyönantajien eläkelaitosten kanssa tekemiä sopimuksia julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle.

106. Se mahdollisuus, että hankintaviranomaiset suosivat kansallisia yrityksiä ja tarjouksen tekijöitä, voi tosin olla pienempi, jos hankintaviranomaisen tekemä sopimus on julkishallinnon työnantajan ja yhden tai useamman työntekijän välisten neuvottelujen tulos ja sopimuksen taloudelliset vaikutukset kohdistuvat ainoastaan näihin työntekijöihin. Sellaisessa tapauksessa työntekijöillä on yleensä erityinen intressi saavuttaa taloudellisesti mielekkäin lopputulos. Riippumatta siitä, olisiko jo näin torjuttu mahdollisuus suosia kansallisia yrityksiä neuvottelutuloksessa, nyt esillä olevan asian arvioinnin kannalta riittää, kun todetaan, että työntekijäpuolta edustivat työehtosopimusneuvotteluissa ammattiliitot. Vaikka nämä ammattiliitot edustavat työntekijöitä ja voivat siten muodostaa vastapainon hankintaviranomaisten luontaiselle pyrkimykselle suosia kansallisia yrityksiä,[43] kunnallisten työntekijöiden vaatiman eläkemaksuiksi muuttamisen taloudelliset vaikutukset eivät kohdistu ammattiliittoihin. Ammattiliittojen osallistuminen neuvotteluihin, jotka johtivat TV-EUmw/VKA:n tekemiseen, ei ole tästä syystä riittävä peruste jättää työehtosopimuksessa määritettyjä hankintaviranomaisten valintapäätöksiä julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle.

43 – Ks. julkisasiamies Léger'n 16.9.1997 esittämä ratkaisuehdotus em. asiassa Mannesmann Anlagenbau Austria, 46 kohta.

107. Edellä esitetyn perusteella katson, että kunnat, jotka ovat tehneet TV-EUmw/VKA:n täytäntöön panemiseksi sopimuksia yhden tai useamman siinä mainitun eläkelaitoksen kanssa, ovat toimineet julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuina hankintaviranomaisina.

2. Puitesopimusten määrittely julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan kuuluviksi rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi

a) Näyttövelvollisuuteen ja todistustaakkaan liittyvät näkökohdat

108. Saksan hallitus katsoo, ettei kuntien ja eläkelaitosten tekemiä puitesopimuksia voida määritellä julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan kuuluviksi rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi, ja esittää väitteensä tueksi useita perusteluja. Se korostaa tässä yhteydessä erityisesti, että puitesopimuksissa ainoastaan vahvistetaan ehdot, joihin työntekijöiden yksittäiset vakuutussuhteet eläkelaitosten kanssa voivat perustua. Tässä yhteydessä Saksan hallitus

myös tähdentää, että rahallisen vastikkeen suorittavat työntekijät eivätkä kunnat. Eläkelaitosten ja kuntien välillä ei ole taloudellista vaihdantasuhdetta, joten puitesopimusta ei ole tehty rahallista vastiketta vastaan. Vaikka sopimus olisikin tehty rahallista vastiketta vastaan, komissio ei ole Saksan hallituksen mukaan esittänyt näyttöä siitä, että sopimuksen arvo vastaa vähintään kynnysarvoja. Lisäksi kyseessä olevat puitesopimukset kuuluvat direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdassa säädetyn työsopimuksia koskevan poikkeuksen piiriin.

109. Näiden perustelujen tarkastelua ja arviointia vaikeuttaa nyt esillä olevassa asiassa huomattavasti se, että unionin tuomioistuimelle ei ole juurikaan esitetty konkreettisia tietoja yksittäisten kuntien tosiasiallisesti tekemistä puitesopimuksista. Erityisen kielteinen vaikutus tältä osin on sillä, miten komissio on menetellyt näytön suhteen. Kanteensa muotoilun yhteydessä komissio on nimittäin riitauttanut pelkästään yleisesti kaikkien tietynkokoisten saksalaisten kaupunkien hankintakäytännön tilastotietojen perusteella.

110. Komissio ei ollut liittänyt kannekirjelmään yhtäkään näiden kaupunkien tekemistä puitesopimuksista. Se on pikemminkin esittänyt näyttönä pelkästään eri eläkelaitosten yleisiä tiedotteita, jäsenille suunnattua tietoa ja hakemusmalleja.

111. Kun otetaan huomioon edellä esitetty, nyt esillä olevassa asiassa on selvittämättä muun muassa se, minä ajankohtana kukin kyseessä olevista puitesopimuksista on tehty. Siten ei voida todeta, onko näitä puitesopimuksia arvioitava direktiivin 92/50 vai pikemminkin direktiivin 2004/18 perusteella. Ratkaiseva on nimittäin aina oikeustila sinä ajankohtana, jona julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta merkitykselliset tapahtumat ovat tapahtuneet. [44] Koska tätä ajankohtaa ei voida määrittää kyseessä olevien puitesopimusten tekemistä koskevien tarkempien tietojen puuttuessa, julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä voidaan nyt esillä olevassa asiassa katsoa rikotun vain, jos rikkominen voidaan todeta sekä direktiivin 92/50 että direktiivin 2004/18 nojalla.

112. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan komission on näytettävä toteen, että jäsenyysvelvoitteita ei ole noudatettu. Juuri komission on esitettävä unionin tuomioistuimelle kaikki ne seikat, jotka ovat välttämättömiä, jotta unionin tuomioistuin voi tutkia, onko jäsenyysvelvoitteita jätetty noudattamatta. Komissio ei voi tässä yhteydessä nojautua olettamiin. [45]

44 – Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, 416 kohta. Ks. myös asia C-337/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-8377, 37 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

45 – Asia C-246/08, komissio v. Suomi, tuomio 29.10.2009 (Kok., s. I-10605, 52 kohta); asia C-438/07, komissio v. Ruotsi, tuomio 6.10.2009 (Kok., s. I-9517, 49 kohta) ja asia C-401/06, komissio v. Saksa, tuomio 6.12.2007 (Kok., s. I-10609, 27 kohta).

113. Komission on näin ollen esitettävä riittävästi tosiseikkoja, joista jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättäminen käy ilmi. Jäsenvaltion tehtävänä on tämän jälkeen kiistää perustellusti ja yksityiskohtaisesti komission esittämät tiedot ja niistä aiheutuvat seuraukset. [46]

114. Nämä näkökohdat huomioon ottaen tarkastelen seuraavaksi komission väitettä ja Saksan hallituksen esittämiä vastaväitteitä.

b) Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sovellettavuus puitesopimuksiin

115. Unionin tuomioistuimelle ei ole esitetty yhtäkään kyseessä olevista kaupunkien ja eläkelaitosten välisistä puitesopimuksista, mutta Saksan hallitus ja komissio ovat yhtä mieltä siitä, että saksalaiset kaupungit ovat tehneet tällaisia puitesopimuksia. Saksan hallitus kuitenkin väittää, ettei näiden sopimusten tekemistä voida katsoa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemiseksi, koska julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta merkityksellinen sopimussuhde syntyy vasta, kun yksittäinen työntekijä päättää muuttaa palkkoja eläkemaksuiksi.

116. Saksan hallitus perustaa tämän väitteensä eläkemaksuiksi muuttamista koskevaan monivaiheiseen menettelyyn. Tälle menettelylle on ominaista erityisesti se, että kuntatyönantajat tekevät ensimmäisessä vaiheessa puitesopimuksia yhden tai useamman eläkelaitoksen kanssa, jotka ne ovat valinneet TV-EUmw/VKA:n 6 §:n nojalla. Tällaisiin puitesopimuksiin sisältyvät tyypillisesti ehdot, joiden perusteella kunnalliset työntekijät voivat toisessa vaiheessa päättää palkkojensa muuttamisesta eläkemaksuiksi.

117. Sikäli kuin aineelliset ja henkilölliset soveltamisedellytykset täyttyvät, puitesopimukset ovat sekä direktiivin 92/50 että direktiivin 2004/18 nojalla hankintasopimuksia, joista on järjestettävä tarjouskilpailu.

118. Direktiivissä 92/50 ei säännellä nimenomaisesti puitesopimusten tekemistä. On kuitenkin todettava, että asiassa komissio vastaan Kreikka 4.5.1995 antamassaan tuomiossa [47] yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21.12.1976 annettua neuvoston direktiiviä

46 – Ks. asia 272/86, komissio v. Kreikka, tuomio 22.9.1988 (Kok., s. 4875, 21 kohta).

47 – Asia C-79/94, komissio v. Kreikka, tuomio 4.5.1995 (Kok., s. I-1071).

77/62/ETY [48] voidaan soveltaa puitesopimuksiin. Kun otetaan huomioon tämä tuomio, on katsottava, että puitesopimukset kuuluvat lähtökohtaisesti myös direktiivin 92/50 soveltamisalaan. Direktiivin 2004/18 32 artiklassa säädetään nimenomaisesti puitejärjestelyjen tekemisestä.

119. Vaikka puitesopimukset kuuluvatkin lähtökohtaisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, yhteisöjen tuomioistuin on asiassa komissio vastaan Kreikka antamassaan tuomiossa [49] samoin kuin yhteisön lainsäätäjä tätä periaatetta direktiivissä 2004/18 muotoillessaan tarkoittanut ensisijaisesti puitesopimuksia, joissa vahvistetaan hankintaviranomaisen ja asianomaisten taloudellisten toimijoiden välisiä myöhemmin tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot. [50] Nyt esillä olevassa asiassa on sitä vastoin kyse puitesopimuksista, joissa vahvistetaan hankintaviranomaisten työntekijöiden palkkojen muuttamista eläkemaksuiksi koskevat ehdot.

120. Näin ollen herää kysymys, onko direktiiviä 92/50 ja direktiiviä 2004/18 tulkittava siten, että niitä sovelletaan myös kyseessä oleviin puitesopimuksiin, vaikka näissä sopimuksissa vahvistetaan sellaisia vakuutussuhteita koskevat ehdot, joita kunnalliset työntekijät voivat solmia.

121. Tähän kysymykseen on nyt esillä olevan asian erityispiirteet huomioon ottaen vastattava mielestäni myöntävästi.

122. Ratkaisevaa tältä osin on se, että menettely palkkojen muuttamiseksi eläkemaksuiksi on järjestetty siten, että puitesopimuksissa ei ainoastaan vahvisteta kunnallisten työntekijöiden palkkojen mahdollista eläkemaksuiksi muuttamista koskevia ehtoja vaan myös määrätään, missä laitoksissa eläkemaksuiksi muuttaminen voidaan tehdä.

123. Kuten olen edellä jo todennut, tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus sekä hankintojen avaaminen mahdollisimman laajalle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa on julkisia hankintoja koskevan unionin säännöstön päätavoite. [51] Tässä yhteydessä on tarkoitus sulkea pois se mahdollisuus, että hankintaviranomainen suosii sopimuksissaan kansallisia tarjouksen tekijöitä tai ehdokkaita, ja se mahdollisuus, että valtion rahoittamat tai määräysvallassa olevat laitokset, alueelliset yhteisöt tai muut julkisoikeudelliset laitokset

48 – EYVL L 13, s. 1.

49 – Mainittu edellä alaviitteessä 47.

50 – Direktiivin 2004/18 1 artiklan 5 kohdan mukaan puitejärjestelyllä tarkoitetaan ”yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta”. Vaikka tästä yleisestä muotoilusta ei voida suoraan päätellä, että näihin puitejärjestelyihin sisältyvät tavallisesti juuri hankintaviranomaisen tulevia hankintasopimuksia koskevat ehdot, direktiivin johdanto-osan 11 perustelukappaleesta ilmenee yksiselitteisesti, että yhteisön lainsäätäjä on ottanut lähtökohdakseen tämän perusolettaman.

51 – Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 94 kohta.

toimivat muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. [52]

124. Kun kyseessä olevia puitesopimuksia arvioidaan julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta, merkityksellistä on nämä tavoitteet huomioon ottaen se, että tekemällä puitesopimuksen kuntatyönantaja päättää, minkä eläkelaitoksen tehtäväksi sen työntekijät voivat toisessa vaiheessa antaa palkkojen muuttamisen eläkemaksuiksi. Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta merkityksellinen valintapäätös, joka hyödyttää yhtä tai useampaa taloudellista toimijaa, tehdään siten tekemällä puitesopimus kuntatyönantajan ja kyseisen eläkelaitoksen välillä.

125. Tämän perusteella pidän ilmeisenä sitä mahdollisuutta, että hankintaviranomainen suosii kyseessä olevien puitesopimusten tekemisen yhteydessä kansallisia tarjouksen tekijöitä tai ehdokkaita. Koska kunnallisia työntekijöitä sitoo työnantajien eläkelaitoksen hyväksi tekemä päätös, he voivat ainoastaan päättää, *muodostavatko* he puitesopimuksen perusteella vakuutussuhteen, mutta eivät sitä, *minkä* eläkelaitoksen kanssa vakuutussuhde muodostetaan. Kuntatyönantajat ovat tehneet viimeksi mainitun päätöksen puitesopimuksessa, joten myös näiden puitesopimusten on nyt esillä olevassa konkreettisessa asiayhteydessä katsottava kuuluvan direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 soveltamisalaan.

126. Saksan liittotasavalta kiistää direktiivin 2004/18 sovellettavuuden kyseessä oleviin puitesopimuksiin väittämällä toissijaisesti, että direktiivin 32 artiklan 2 kohdassa säädetty puitejärjestelyjen, joista on järjestettävä tarjouskilpailu, enimmäiskeston ajallinen rajoittaminen neljään vuoteen on epätarkoituksenmukaista kollektiivisten vakuutusjärjestelmien muodostamisen kannalta. Tämä väite on kuitenkin hylättävä perusteettomana jo sen vuoksi, ettei neljän vuoden enimmäiskestoa tämän säännöksen nojalla sovelleta, jos se on ristiriidassa puitejärjestelyn kohteen kanssa.

c) Puitesopimusten vastikkeellinen luonne

127. Saksan hallituksen mukaan työntekijä rahoittaa viime kädessä yksin eläkemaksuiksi muuttamisen. Tämän perusteella se toteaa, etteivät kuntatyönantajien tekemät puitesopimukset ole luonteeltaan direktiiveissä 92/50 ja 2004/18 tarkoitettuja rahallista vastiketta vastaan tehtyjä sopimuksia.

52 – Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 97 kohta.

128. Riippumatta siitä, miten vakuutusmaksujen suorittaminen on käytännössä järjestetty palkkojen eläkemaksuiksi muuttamiseen perustuvassa ammatillisessa lisäeläkejärjestelmässä, on selvää, että tässä menettelyssä työntekijän tulevia palkkoja muutetaan ammatillisen lisäeläkejärjestelmän eläkemaksuiksi. Siten taloudellisesta näkökulmasta tarkasteltuna ammatillisen lisäeläkkeen kustannuksista vastaa työntekijä eikä hankintaviranomainen. [53] Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön näkökulmasta on näin ollen katsottava, että kyseessä on kolmansien suorittamiin maksuihin perustuva järjestelmä, jossa taloudellisen suorituksen eläkelaitokselle suorittaa hankintaviranomaisen sijasta asianomainen kunnallinen työntekijä, joka saa vastineeksi samanarvoisia tulevia eläkemaksuja.

129. Se, että rahallisen suorituksen suorittavat kunnalliset työntekijät eivätkä hankintaviranomaiset, ei nähdäkseni välttämättä estä hankintaviranomaisten tekemien puitesopimusten määrittelyä rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi.

130. Vastikkeellisuutta koskevan edellytyksen tarkoituksena on jättää julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle hankintasopimukset, jotka eivät kuulu taloudellisen toiminnan piiriin, kuten hyväntekeväisyystoiminta. [54] Jos sitä vastoin on selvää, että hankintasopimus on taloudellisesti suuntautunut, se kuuluu lähtökohtaisesti julkisia hankintoja koskevan unionin lainsäädännön soveltamisalaan.

131. Yhteisöjen tuomioistuin on tässä yhteydessä jo selventänyt, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitetuksi julkisia hankintoja koskevaksi sopimukseksi määrittelyn kannalta on merkityksetöntä, käyttääkö hankintaviranomainen julkisia varoja maksaakseen palvelujen suorittajalle. [55]

132. Lisäksi vastatessaan kysymykseen siitä, millä edellytyksillä kyseessä on julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle jätetty niin sanottu inhouse-hankintasopimus, yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Carbotermo ja Consorzio Alisei antamassaan tuomiossa korostanut, että sen arvioimisen kannalta, onko yrityksen toiminta pääasiassa omistettu hankintaviranomaiselle, on merkityksetöntä, kuka suorittaa

53 – Ks. tästä Meyer, H., Janko, M. ja Hinrichs, L., "Arbeitgeberseitige Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entgeltumwandlung", *DB*, 2009, s. 1533, jonka mukaan eläkemaksuiksi muuttamista koskevan järjestelmän olennainen piirre on se, että työntekijät rahoittavat palkkojen muuttamisen eläkemaksuiksi.

54 – Ks. Dreher, M. teoksessa Immenga, U. ja Mestmäcker, E. J., *Wettbewerbsrecht*, München, 2007, nide 2, 4. painos, 99 §, 20 ja 21 kohta. Julkisia hankintoja koskevaan unionin lainsäädäntöön sisällytetään näin edellytys, joka mainitaan EY 50 artiklassa nimenomaisesti palvelujen tarjoamisen vapauden yhteydessä mutta johon myös kaikki muut perusvapaudet viime kädessä perustuvat.

55 – Edellä alaviitteessä 42 mainittu asia komissio v. Saksa, tuomion 20 kohta.

maksun kyseiselle yritykselle, eli suorittaako sen hankintaviranomainen vai suorittavatko sen ulkopuoliset käyttäjät. [56] Kun tämän oikeuskäytännön mukaan kolmansien suorittamilla maksuilla voi olla merkitystä julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä koskevan poikkeuksen sovellettavuuden perustelemisen kannalta, tämän on pädettävä sitäkin suuremmalla syyllä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön sovellettavuuden perustelemiseen. [57]

133. Edellä esitetyn perusteella katson, että kunnallisten työntekijöiden palkkojen eläkemaksuiksi muuttamisen yhteydessä suorittama maksu on riittävä peruste määritellä hankintaviranomaisten asianomaisten eläkelaitosten kanssa tekemät puitesopimukset julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitetuiksi rahallista vastiketta vastaan tehdyiksi sopimuksiksi. [58] Hankintaviranomaisten ei siten edellytetä suorittavan itse maksua vastikkeellisesta suorituksesta.

56 – Asia C-340/04, Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomio 11.5.2006 (Kok., s. I-4137, 63 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

57 – Näin toteaa myös edellä alaviitteessä 54 mainittu Dreher, M., 99 §, 21 kohta.

58 – Näin toteaa myös Schmidt, J., "Betriebliche Altersvorsorge im öffentlichen Dienst durch private Versicherungsunternehmen", *VersR.*, 2007, s. 760 ja 765, jossa viitataan perustellusti siihen, että eläkemaksuiksi muuttamisen tapauksessa julkisia hankintoja koskevien direktiivien teleologinen tulkinta puoltaa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamista. Kirjoittaja tarkastelee lisäksi mahdollisuutta katsoa se, että työnantaja ohjaa työntekijänsä eläkelaitokselle vakuutettuina, vastikkeen luonteiseksi toiminnaksi.

d) Työsopimuksia koskevan poikkeuksen soveltumattomuus

134. Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan viii alakohdan nojalla työsopimukset eivät ole julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia. Direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdassa säädetään vastaavasti, että tätä direktiiviä ei sovelleta julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka koskevat työsopimuksia.

135. Saksan hallituksen mukaan näitä poikkeussäännöksiä sovelletaan kyseessä oleviin puitesopimuksiin. Nämä puitesopimukset perustuvat sen mukaan työsuhteeseen, joten ne koskevat tältä osin työsopimusta.

136. Tämä perustelu ei vakuuta.

137. Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan viii alakohdalla ja direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdalla yhteisön lainsäätäjä on selventänyt, että palvelujen suorittaminen voi kuulua julkisia hankintoja koskevan yhteisön lainsäädännön soveltamisalaan vain, jos se perustuu hankintasopimukseen. Jos palveluja sitä vastoin suoritetaan työsopimuksen perusteella, ne eivät kuulu julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan. [59]

59 – Ks. erityisesti direktiivin 92/50 johdanto-osan kahdeksas perustelukappale.

138. Tämä työsopimusten nimenomainen jättäminen julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle selittyy sillä, että työsopimuksen tekeminen luo huomattavasti tiiviimmän oikeudellisen suhteen kuin palvelujen vapaata tarjoamista koskevan sopimuksen tekeminen. Julkisia hankintoja koskevilla säännöillä ei näin ollen haluta estää työnantajia ottamasta valintapäätöksessään huomioon subjektiivisia tekijöitä ja vaikutelmia. [60]

139. Vaikka ”työntekijän” – eikä siten myöskään työsopimuksen – käsite ei ole yhteisön oikeudessa aina samansisältöinen, vaan se vaihtelee kulloinkin sovellettavan oikeudenalan mukaan, [61] direktiiveissä 92/50 ja 2004/18 tarkoitetun työsopimuksen määritelmä voidaan nähdäkseni johtaa EY 39 artiklaan sisältyvää työntekijän käsitettä koskevasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä. [62] Sen mukaan kyseessä on työsuhde vain, jos työntekijä sitoutuu tekemään tietyn ajanjakson ajan työsuoritusten vastaanottajalle tämän johdon alaisena työtä vastiketta vastaan. [63]

140. Kun otetaan huomioon edellä esitetty, hankintaviranomaisen ja sopimuksensaajan välinen sopimus voidaan katsoa direktiiveissä 92/50 ja 2004/18 tarkoitetuksi työsopimukseksi vain, jos sopimuksensaaja sitoutuu tekemään tietyn ajanjakson ajan hankintaviranomaiselle tämän johdon alaisena suorituksia vastiketta vastaan.

141. Nämä tunnusmerkit eivät kiistatta täyty kyseessä olevien puitesopimusten kohdalla. Näin ollen on ilmeistä, ettei direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan viii alakohdassa ja direktiivin 2004/18 16 artiklan e alakohdassa säädettyä työsopimuksia koskevaa poikkeus ta voida soveltaa nyt esillä olevassa asiassa.

60 – Jochum, G. teoksessa Grabitz ja Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, nide IV, B 7, 53 kohta (40. täydennyspainos, lokakuu 2009).

61 – Asia C-208/07, von Chamier-Gliszczinski, tuomio 16.7.2009 (Kok., s. I-6095, 68 kohta); asia C-543/03, Dodl ja Oberhollenzer, tuomio 7.6.2005 (Kok., s. I-5049, 27 kohta) ja asia C-85/96, Martínez Sala, tuomio 12.5.1998 (Kok., s. I-2691, 31 kohta).

62 – Näin toteavat myös edellä alaviitteessä 60 mainittu Jochum, G., 53 kohta; edellä alaviitteessä 54 mainittu Dreher, M., 100 §, 25 kohta; Bungenberg, M. teoksessa Loewenheim, U., Meessen, K. ja Riesenkampff, A., *Kartellrecht. Band 2 – GWB*, München, 2006, 100 §, 20 kohta sekä edellä alaviitteessä 58 mainittu Schmidt, J., s. 766.

63 – Ks. edellä alaviitteessä 61 mainittu asia von Chamier-Gliszczinski, tuomion 69 kohta; asia C-228/07, Petersen, tuomio 11.9.2008 (Kok., s. I-6989, 45 kohta) ja asia 66/85, Lawrie-Blum, tuomio 3.7.1986 (Kok., s. 2121, Kok. Ep. VIII, s. 685, 17 kohta).

e) Direktiiveissä 92/50 ja 2004/18 säädetyt kynnysarvot

i) Merkityksellisten kynnysarvojen määrittäminen

142. Sekä direktiiviä 92/50 että direktiiviä 2004/18 sovelletaan ainoastaan julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, joiden ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa vastaa vähintään tiettyjä näissä direktiiveissä vahvistettuja kynnysarvoja.

143. Koska näitä kynnysarvoja mukautetaan säännöllisesti, on ensinnäkin selvitettävä, mikä kynnysarvo oli otettava huomioon kyseessä olevien puitesopimusten osalta. Tätä varten on määritettävä sopimusneuvottelujen ajankohtana sovellettu kynnysarvo. [64]

144. Oikeudenkäyntiasiakirjoihin ei sisälly tietoa siitä, minä ajankohtana yksittäiset kuntatyönantajat aloittivat neuvottelut asianomaisten eläkelaitosten kanssa tai minä ajankohtana puitesopimukset tehtiin. Kun otetaan huomioon, että TV-EUmw/VKA tuli voimaan 1.1.2003 ja että tähän työehtosopimukseen perustuvista puitesopimuksista voitiin siten neuvotella jo vuoden 2003 alkupuoliskolta lähtien, [65] nyt esillä olevan asian kannalta merkityksellisinä tulevat kyseeseen kaikki kynnysarvot, joita sovellettiin 1.1.2003–4.9.2006 (perustellussa lausunnossa asetetun määräajan päättymisajankohta). Näitä ovat seuraavat:

1) direktiivin 92/50, sellaisena kuin se on muutettuna julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen direktiivien 92/50/ETY, 93/36/ETY ja 93/37/ETY muuttamisesta 13.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY, [66] 7 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetty kynnysarvo: *200 000 erityistä nosto-oikeutta vastaava määrä ecuina*

2) direktiivin 2004/18 7 artiklan b alakohdassa säädetty kynnysarvo: *249 000 euroa*

64 – Ks. direktiivin 2004/18 9 artiklan 2 kohta, jonka nojalla tämän ennakoinnin on pädettävä 35 artiklan 2 kohdassa säädettyä hankintailmoitusta lähetettäessä, tai jos tällaista ilmoitusta ei vaadita, silloin kun hankintaviranomainen aloittaa hankintasopimuksen tekomenettelyn.

65 – Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V.:n kunnallisille lisäeläkekassoille eläkemaksuiksi muuttamisesta 18.11.2008 tekemästä kyselystä, jonka tulokset Saksan hallitus on liittänyt vastaukseensa sen liitteessä 2, käy ilmi, että jo vuonna 2003 palkkojen eläkemaksuiksi muuttaneiden kunnallisten työntekijöiden keskimääräinen osuus oli 0,61 prosenttia ja eläkemaksuiksi muuttamiseen käytetty keskimääräinen kuukausittainen summa 61,28 euroa. Tämä tietysti edellyttää sitä, että kuntatyönantajat olivat tehneet jo vuonna 2003 useita puitesopimuksia eläkelaitosten kanssa.

66 – EYVL L 328, s. 1.

3) direktiivin 2004/18, sellaisena kuin se on muutettuna Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta 28.10.2004 annetulla komission asetuksella (EY) N:o 1874/2004,[67] 7 artiklan b alakohdassa säädetty kynnysarvo: *236 000 euroa*

4) direktiivin 2004/18, sellaisena kuin se on muutettuna Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta 19.12.2005 annetulla komission asetuksella (EY) N:o 2083/2005,[68] 7 artiklan b alakohdassa säädetty kynnysarvo: *211 000 euroa*.

145. Komissio on pyrkinyt kiertämään huomioon otettavien kynnysarvojen määrittämiseen liittyvän ongelman kannekirjelmässä siten, että se on ottanut lähtökohdaksi perustellussa lausunnossa asetetun kahden kuukauden määräajan päättymisajankohdan. Koska perusteltu lausunto osoitettiin Saksan liittotasavallalle 4.7.2006, asian kannalta merkityksellinen on komission mukaan 4.9.2006 sovellettu 211 000 euron kynnysarvo.[69]

146. Julkisia hankintoja koskevat direktiivit eivät tue tätä komission lähestymistapaa, eikä se vastaa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön keskeistä sisältöä. Sitä ei näin ollen voida myöskään hyväksyä.[70] Sovellettavan kynnysarvon määrittämiseksi on nyt esillä olevan kaltaisessa asiassa sitä vastoin otettava lähtökohdaksi sopimusneuvottelujen ajankohta.[71]

147. Koska tämä ajankohta ei ole selvillä, arvioitaessa sitä, vastaavatko kyseessä olevat puitesopimukset merkityksellisiä kynnysarvoja, lähtökohdaksi on otettava asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana voimassa ollut suurin kynnysarvo, joka on tässä tapauksessa 249 000 euroa.

ii) Sitä koskevan näytön puuttuminen, että puitesopimukset vastaavat vähintään merkityksellisiä kynnysarvoja

148. Kyseessä oleville puitesopimuksille on ominaista se, että niiden tekemisestä neuvoteltaessa oli mahdotonta selvittää, miten monet kunnalliset työntekijät viime kädessä päättäisivät muuttaa palkat eläkemaksuiksi ja millä ehdoilla. Tätä taustaa vasten julkisia

67 – EUVL L 326, s. 17.

68 – EUVL L 333, s. 28.

69 – Komission 19.6.2008 päivätyn kannekirjelmän 34 kohta.

70 – Komissio näyttää luopuneen tästä kannasta 27.10.2008 päivätyssä vastauskirjelmässään asiaa sen paremmin selventämättä. Vastauskirjelmässään komissio on nimittäin muotoillut uudelleen ja rajannut kannetta viittaamalla vuosien 2004–2005 osalta 236 000 euron kynnysarvoon, vuosien 2006–2007 osalta 211 000 euron kynnysarvoon ja vuosien 2007–2008 osalta 206 000 euron kynnysarvoon. Istunnossa asiaa tiedusteltaessa komissio myönsi, että kynnysarvon määrittämisessä lähtökohdaksi on otettava ajankohta, jona sopimus on tehty.

71 – Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 143 kohta.

hankintoja koskevissa direktiiveissä säädetään, että tällaisten puitejärjestelyjen enimmäisarvo on määritettävä sopimuksen arvoa sopimusneuvottelujen ajankohtana koskevan ennakoinnin perusteella. [72]

149. Määräämättömäksi ajaksi tehtyjen tai yli 48 kuukautta voimassa olevien julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten, joissa ei ilmoiteta kokonaishintaa, osalta direktiivin 2004/18 9 artiklan 8 kohdan b alakohdassa lisäksi rajoitetaan kokonaishinnan laskennassa huomioon otettavaa ajanjaksoa. Kyseisen säännöksen nojalla tällaisten sopimusten enimmäisarvo lasketaan kertomalla kuukausiarvo luvulla 48. Tällainen 4 vuoden ajallinen rajoitus sisältyy myös direktiivin 92/50 7 artiklan 5 kohtaan, jota voidaan samoin soveltaa puitejärjestelyihin. [73]

150. Vaikka puitesopimuksen, jossa ei ilmoiteta kokonaishintaa, huomioon otettava enimmäisarvo on julkisia hankintoja koskevien direktiivien nojalla siten määritettävä lähtökohtaisesti etukäteen ennakoinnin perusteella, komissio on nyt esillä olevassa asiassa perustanut laskelmansa ensisijaisesti tilastoihin, jotka koskevat kunnallisten työntekijöiden osallistumista eläkemaksuiksi muuttamista koskevaan järjestelmään vuonna 2006. Kun otetaan huomioon, ettei Saksan liittotasavalta ole jälkikäteen tarjonnut mitään todellista vaihtoehtoa tälle laskentatavalle, on katsottava, että julkishallinnon työntekijöiden valmius käyttää vuonna 2006 mahdollisuutta muuttaa palkat eläkemaksuiksi oli ennakoidun mukainen. Näin ollen julkishallinnon työntekijöiden osallistuminen eläkemaksuiksi muuttamista koskevaan järjestelmään vuonna 2006 muodostaa hyväksyttävän perustan sen määrittämiselle, vastasivatko kyseessä olevat puitesopimukset vähintään kynnysarvoa.

151. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan komission on näytettävä toteen, että jäsenyysvelvoitteita ei ole noudatettu. Edellä esittämäni näkökohdat huomioon ottaen komission on siten näytettävä nyt esillä olevassa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä toteen, että niiden tietojen perusteella, jotka ovat käytettävissä eläkemaksuiksi muuttamisesta vuonna 2006, voidaan päätellä, että kyseessä olevien puitesopimusten kulloinenkin kokonaisarvo ylitti 249 000 euron kynnysarvon.

152. Komissio ei mielestäni ole näyttänyt tätä toteen.

153. Sen määrittämiseksi, mitkä kuntatyönantajat ovat tehneet eläkelaitosten kanssa puitesopimuksia, jotka vastaavat vähintään julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta merkityksellistä kynnysarvoa,

72 – Ks. direktiivin 2004/18 9 artiklan 2 ja 9 kohta. Direktiivistä 92/50 ks. Haak, S., "Abschluss von Rahmenvereinbarungen", *Vergaberecht im Wandel* (toim. Pitschas, R. ja Ziekow, J.), Berliini, 2006, s. 99 ja 102.

73 – Ks. edellä alaviitteessä 72 mainittu Haak, S., s. 103.

komissio tukeutuu useisiin tilastotietoihin ja esittää niiden yhteydessä monia olettamia.

154. Kannekirjelmässään komissio katsoi, että kaikki suuret saksalaiset kaupungit ovat tehneet eläkelaitoksen kanssa määräämättömäksi ajaksi puitesopimuksen. Kannekirjelmän liitteenä olevasta TNS Infratestin tutkimuksesta [74] käy komission mukaan lisäksi ilmi, että joulukuussa 2006 palkkojaan oli muuttanut eläkemaksuiksi 2,3 prosenttia julkishallinnon työntekijöistä ja että eläkemaksuiksi muutettu summa oli vuonna 2006 noin 158 euroa kuukaudessa.

155. Näiden tilastotietojen perusteella komissio on laskenut direktiivin 2004/18 9 artiklan 8 kohdan mukaisesti kunkin vakuutussuhteen, jonka kunnallinen työntekijä on solminut työnantajansa tekemän puitesopimuksen yhteydessä, arvon seuraavasti: 158 euroa x 48 kuukautta = 7 584 euroa. Tästä seuraa, että jokaisen puitesopimuksen, joka johtaa vähintään 28 yksittäisen vakuutussuhteen syntymiseen, arvo on komission mukaan vähintään 212 352 euroa ja vastaa siten vähintään – komission asian kannalta merkityksellisenä pitämää – 211 000 euron kynnysarvoa.

156. Sen selvittämiseksi, missä kaupungeissa vähintään 28 kunnallista työntekijää on vaatinut tai vaatisi palkkojensa muuttamista eläkemaksuiksi, komissio on esittänyt jo mainitun eläkemaksuiksi muuttamista koskevan kunnallisten työntekijöiden 2,3 prosentin osallistumisasteen yhteydessä toisen tieteellisen tutkimuksen, joka koskee kaupunkien ja kuntien asukasluvun sekä kunnallisten työntekijöiden määrän välistä suhdetta. [75] Viimeksi mainitusta tutkimuksesta komissio on erityisesti päätellyt, että vuosina 2000–2001 kunnallisia työntekijöitä oli 17,8 tuhatta asukasta kohti. Tästä luvusta voidaan johtaa, että vuonna 2006 työntekijöiden määrä oli 16,0 tuhatta asukasta kohti. Tämän perusteella voidaan puolestaan vuosien 2006–2007 osalta arvioida, että jokainen yli 76 125 asukkaan saksalainen kaupunki on tehnyt puitesopimuksen, jonka arvo vastaa vähintään – komission asian kannalta merkityksellisenä pitämää – 211 000 euron kynnysarvoa.

157. Yksilöidäkseen kaupungit, joiden se katsoo konkreettisesti rikkoneen julkisia hankintoja koskevia direktiivejä, komissio on laatinut luettelon Saksan suurimmista kaupungeista asukaslukuineen ja laskenut tähän liittyen kannekirjelmässään, että 110 suurimmassa kaupungissa on yli 76 125 asukasta ja että kaupungit ovat siten tehneet kyseessä olevat puitesopimukset julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön vastaisesti.

74 – TNS Infratest Sozialforschungin Saksan työ- ja sosiaaliministeriön toimeksiannosta 22.6.2007 tekemä tutkimus, jonka otsikko on ”Situation und Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung in Privatwirtschaft und öffentlichem Dienst 2001–2006. Endbericht mit Tabellen” ja joka sisältyy komission kannekirjelmään liitteenä A-11.

75 – Kuhlmann, S., ”Kommunen zwischen Staat und Markt: Lokalmodelle und -reformen im internationalen Vergleich”, *Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaft, Themenheft II/2006 ”Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung”*, joka sisältyy komission kannekirjelmän liitteeseen A-12.

158. Saksan liittotasavalta esitti vastineessaan seikkaperäisesti, miksi eläkemaksuiksi muuttamista koskeva kunnallisten työntekijöiden 2,3 prosentin osallistumisaste, keskimääräinen eläkemaksuiksi muutettu summa 158 euroa, kunnallisten työntekijöiden määrä 16 työntekijää tuhatta asukasta kohti sekä oletus, jonka mukaan kuntatyönantajat ovat tehneet puitesopimuksen ainoastaan yhden eläkelaitoksen kanssa, ja oletus, jonka mukaan kaikki suuret saksalaiset kaupungit kuuluvat TV-EUmw/VKA:n soveltamisalaan, ovat virheellisiä, minkä jälkeen komissio mukautti laskelmiaan hieman.

159. Vastauskirjelmässään komissio viittasi oikeudellisen asiantuntijan 25.11.2005 laatimaan muistioon [76] ja alensi keskimääräistä eläkemaksuiksi muutettua summaa 106,77 euroon kuukaudessa ja keskimääräistä työntekijöiden määrää 16:sta 15:een tuhatta asukasta kohti. Lisäksi komissio jätti Berliinin kaupungin pois laskelmistaan. Se kuitenkin piti kiinni eläkemaksuiksi muuttamista koskevasta kunnallisten työntekijöiden arvioidusta 2,3 prosentin osallistumisasteesta ja myös torjui merkityksettömänä väitteen, jonka mukaan yksittäiset kuntatyönantajat ovat tehneet puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa.

160. Näiden uusien pohjatietojen perusteella voidaan komission mukaan arvioida, että saksalaiset kaupungit, joissa oli yli 136 267 asukasta vuosina 2004–2005, yli 121 800 asukasta vuosina 2006–2007 ja yli 118 867 asukasta vuosina 2008–2009, ovat tehneet puitesopimuksia, joiden arvo vastaa vähintään – näiden ajanjaksojen kannalta merkityksellisiä – kynnysarvoja.

161. Yksilöidäkseen kaupungit, joiden se katsoo konkreettisesti rikkoneen julkisia hankintoja koskevia direktiivejä, komissio viittasi jälleen Saksan suurimpien kaupunkien luetteloon, josta Berliini oli nyt jätetty pois. Luettelon perusteella vuosina 2004–2005 asukasluvultaan pienin kaupunki, jonka tekemän sopimuksen arvo vastasi vähintään kynnysarvoa, oli Darmstadt (141 257 asukasta). Vuosina 2006–2007 pienin kaupunki oli vastaavasti Ingolstadt (122 167 asukasta) ja vuosina 2007–2008 Bottrop (118 975 asukasta).

162. Vastauksessaan Saksan hallitus otti kantaa näihin uusiin laskelmiin ja korosti jälleen, että lukuisat työnantajat ovat tehneet puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa. Lisäksi komission esittämä kunnallisten työntekijöiden keskimääräinen lukumäärä – 15 työntekijää 1 000:ta asukasta kohti – ei ole nyt esillä olevassa asiassa vakuuttava, koska tähän lukuun sisältyvät myös sellaiset

76 – Professori Koenigin Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V.:n (München) toimeksiannosta 25.11.2005 laatima muistio TV-EUmw/VKA:n 6 §:n arvioinnista EY:n julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kannalta sisältyy komission vastauskirjelmän liitteeseen C-1.

kunnalliset työntekijät, joihin ei sovelleta TV-EUmw/VKA:n määräyksiä. Ainoastaan 85,6 prosenttia kunnallisista työntekijöistä voi osallistua eläkemaksuiksi muuttamista koskevaan järjestelmään, joten tilastollisesti merkittävä keskimääräinen työntekijämäärä voi olla korkeintaan 12,84 kunnallista työntekijää 1 000:ta asukasta kohti. Saksan liittotasavalta myös torjui uudelleen eläkemaksuiksi muuttamista koskevan kunnallisten työntekijöiden arvioidun 2,3 prosentin osallistumisasteen ja arvioidun keskimääräisen eläkemaksuiksi muutetun kuukausittaisen summan 106,77 euroa sekä totesi uusimpiin liitteisiin vedoten, että vuonna 2006 palkkojaan eläkemaksuiksi muuttaneiden kunnallisten työntekijöiden keskimääräinen osuus oli 2,04 prosenttia ja eläkemaksuiksi muutettu keskimääräinen summa 89,92 euroa kuukaudessa. [77]

163. Näiden vastauskirjelmään sisältyneiden tietojen perusteella voidaan – komission käyttämän laskentatavan mukaisesti – arvioida, että saksalaiset kaupungit, joissa oli yli 217 610 asukasta, ovat saattaneet tehdä puitesopimuksia, joiden ennakoitu arvo on vähintään 249 000 euroa. Saksan suurimmat kaupungit käsittävän luettelon perusteella voitaisiin siten – komission käyttämän perustelumallin mukaisesti – päätellä, että 33 kaupunkia [78] on saattanut rikkoa direktiivejä 92/50 ja 2004/18 tekemällä eläkemaksuiksi muuttamista koskevia puitesopimuksia.

164. Tämä päätelmä kuitenkin edellyttäisi sitä, että nämä 33 kaupunkia ovat kukin tehneet ainoastaan yhden puitesopimuksen yhden eläkelaitoksen kanssa. Juuri tämän olettamuksen Saksan hallitus on riitauttanut jo oikeudenkäyntiä edeltäneessä menettelyssä, ja se on edelleen riidanalainen nyt vireillä olevassa oikeudenkäynnissä.

165. Tästä seuraavalla epävarmuudella on erityinen merkitys nyt esillä olevan asian kannalta. Direktiivissä 92/50 eikä direktiivissä 2004/18 ei nimittäin kielletä hankintaviranomaisia jakamasta osiin palveluhankintaa koskevaa hanketta. Jakaminen on katsottava direktiivin vastaiseksi ainoastaan siinä tapauksessa, että sen tarkoituksena on välttää näiden direktiivien soveltaminen hankkeeseen. [79] Kiellettyä on siten yhden yksittäisen hankintasopimuksen keinotekoinen jakaminen. Vaikka unionin tuomioistuin tutkii tämän kiellon noudattamista hyvin tiukan lähestymistavan mukaisesti, [80] ei voida automaattisesti olettaa, että jakamisen tarkoituksena on välttää kyseisten direktiivien soveltaminen. Jokaista yksittäistä tapausta, jossa palveluhankintaa koskeva hanke on jaettu osiin, on arvioitava sen asiayhteyden ja erityispiirteiden perusteella,

77 – Prosenttiluku ja eläkemaksuiksi muutettu keskimääräinen summa on määritetty viittaamalla Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V.:n kunnallisille lisäeläkekassoille eläkemaksuiksi muuttamisesta 18.11.2008 tekemään kyselyyn, joka sisältyy Saksan liittotasavallan vastauksen liitteeseen 2.

78 – Komission kannekirjelmään liitetyn Saksan suurimmat kaupungit käsittävän luettelon mukaan 34 kaupungissa oli yli 217 610 asukasta vuonna 2006. Asianosaiset ovat kuitenkin yhtä mieltä siitä, ettei Saksan suurin kaupunki Berliini kuulu TV-EUmw/VKA:n soveltamisalaan.

79 – Ks. direktiivin 92/50 7 artiklan 3 kohta ja direktiivin 2004/18 9 artiklan 3 kohta.

80 – Vrt. asia C-16/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-8315).

ja tässä yhteydessä on tarkasteltava erityisesti sitä, onko jakamisen puolesta tai pikemminkin sitä vastaan olemassa painavia syitä.

166. Tässä yhteydessä oikeudenkäyntiasiakirjoista ilmenee, että Saksan hallitukselle 30.1.2007 lähettämässään kysymysluettelossa [81] komissio itse totesi voivansa päätellä Saksan liittotasavallan aiemmista vastauksista, että kuntatyönantajat tekevät julkisia hankintoja koskevia sopimuksia eri vakuutusryhmien kanssa. Tämän perusteella komissio tiedusteli kysymysluettelossa muun muassa sitä, tekevätkö työnantaja ja palveluntarjoaja tavallisesti kaikkia työntekijöitä koskevia puitesopimuksia vai pikemminkin yksittäisiä sopimuksia kutakin työntekijää varten. Lisäksi komissio tiedusteli, onko sellaisia työnantajia, jotka ovat tehneet sopimuksia useiden eri palveluntarjoajien kanssa.

167. Saksan liittotasavalta selvensi 1.3.2007 päivätyssä vastauksessaan, että palkkojen muuttaminen eläkemaksuiksi toteutetaan eri tavoilla, muun muassa tekemällä sekä yksittäisiä sopimuksia kutakin työntekijää varten että puitesopimuksia työnantajan ja yhden tai useamman tarjoajan välillä. Työnantajalla ei ole työehtosopimuksen perusteella velvoitetta valita yhtä kolmesta mahdollisesta toteutustavasta. Työnantaja voi myös tarjota työntekijöilleen erilaisia toteutustapoja. Käytännössä ei ole mitenkään epätavallista, että työnantajat tekevät puitesopimuksia useiden eri tarjoajien kanssa. [82]

168. Vaikka Saksan liittotasavalta on hyvin selkeästi vastannut, että kuntatyönantajat voivat järjestää eläkemaksuiksi muuttamisen hyvin eri tavoin, komissio on lisäselvitysten pyytämisen sijasta nostanut kanteen. Oikeudenkäynnissä on siten jäänyt selvittämättä, ovatko saksalaiset kaupungit tehneet puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa, ja jos ovat, mitkä kaupungit ovat kyseessä. Selvittämättä on jäänyt myös kysymys, että kun otetaan huomioon kyseisten kaupunkien ja niiden työntekijöiden konkreettinen tilanne, onko painavia aineellisia syitä, jotka puoltavat tai eivät puolla useiden puitesopimusten tekemistä eri eläkelaitosten kanssa.

81 – Komission 30.1.2007 päivätty kirje, joka sisältyy kannekirjelmän liitteeseen A-5.

82 – Saksan liittotasavallan hallituksen 1.3.2007 päivätty tiedonanto komissiolle (s. 9), joka sisältyy komission kannekirjelmän liitteeseen A-6. Vastatessaan kysymykseen, mitä arviointiperusteita TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen eläkelaitosten valinnassa oli käytetty, Saksan hallitus myös korosti tässä tiedonannossa sitä, että valintapäätös perustuu tarjoajien suorituskykyyn ”sikäli kuin työnantajat eivät tarjoa työntekijöilleen kaikkia toteutustapoja”.

169. Kun nyt esillä olevassa asiassa arvioidaan, onko Saksan liittotasavallan osoitettu rikkoneen direktiivejä, ratkaisevaa on viime kädessä se, kenen syyksi on luettava epävarmuus siitä, ovatko Saksan suurimmat kaupungit Berliiniä lukuun ottamatta tehneet puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa, ja jos ovat, mistä syistä. Jos tämä epävarmuus johtuu komission puutteellisesta todistelusta, komissio ei ole täyttänyt sille kuuluvaa näyttövelvollisuutta, ja kanne on hylättävä, koska sitä ei ole perusteltu riittävästi. Jos epävarmuus johtuu Saksan liittotasavallan yhteistyöhaluttomuudesta tosiseikkojen asianmukaisen selvittämisen yhteydessä, kanne on sitä vastoin todettava riittävästi perustelluksi ja näin hyväksyttävä.

170. Kun otetaan huomioon tapauksen erityisolosuhteet, tämän epävarmuuden täytyy nähdäkseni johtua komission puutteellisesta todistelusta.

171. Tältä osin on korostettava, että komissio vaati kanteessaan alun perin sen toteamista, että Saksan liittotasavalta ei ole noudattanut direktiivien 92/50 ja 2004/18 mukaisia velvoitteitaan, koska 110 Saksan suurinta kaupunkia on tehnyt eläkemaksuiksi muuttamista koskevia puitesopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa. Tämän väitteen Saksan liittotasavalta kiisti jo oikeudenkäyntiä edeltäneessä menettelyssä toteamalla, että on yleinen käytäntö, että kaupungit ja kunnat tekevät puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa, jolloin kynnysarvojen saavuttaminen on laskettava erikseen jokaisen sopimuksen osalta. Komissio ei kuitenkaan ottanut tätä kannanottoa huomioon vaan nosti kanteen pyytämättä Saksan liittotasavallalta lisäselvitystä asiasta.

172. Kun otetaan huomioon nyt esillä olevan menettelyn, jonka yhteydessä nousee esille useita oikeus- ja tosiasiakysymyksiä, monitahoisuus, Saksan liittotasavaltaa ei voida moittia siitä, ettei se ole oikeudenkäyntiä edeltäneessä menettelyssä eikä oikeudenkäynnissä esittänyt oma-aloitteisesti katsausta kaikkiin suurimpien saksalaisten kaupunkien tekemiin puitesopimuksiin eikä valottanut näiden sopimusten taustaa. Kun nimittäin otetaan huomioon nyt esillä olevaan menettelyyn, jossa komissio on kyseenalaistanut yli 100 saksalaisen kaupungin hankintakäytännön kaikissa osavaltioissa, liittyvät lukuisat avoimet oikeus- ja tosiasiakysymykset, Saksan hallituksen oli oikeudenkäyntiä edeltäneessä menettelyssä aluksi pakko viitata yleisellä tasolla komission väitteisiin sisältyviin tosiseikkoja koskeviin aukkoihin. Näiden Saksan hallituksen viittausten perusteella komission olisi pitänyt esittää kohdennetusti kysymyksiä edellä mainittujen aukkojen poistamiseksi. Sen sijaan komissio nosti ennenaikaisesti kanteen, jolloin Saksan hallituksen oli oikeudenkäyntivaiheessa pakko kiistää tosiseikkojen osalta komission tilastotiedot ja esittää tätä koskevat perustelut. En näe myöskään

tässä viitteitä siitä, että Saksan liittotasavallan olisi katsottava olevan vastuussa siitä, ettei unionin tuomioistuimelle ole selvitetty, ovatko kyseessä olevat kaupungit tehneet puitesopimuksia useiden eläkelaitosten kanssa, ja jos ovat, mistä syistä.

173. Tiivistettynä on todettava, ettei komissio ole näyttänyt toteen, että kyseessä olevien puitesopimusten ennakoitu arvo vastaa direktiivien 92/50 ja 2004/18 soveltamisen kannalta merkityksellistä kynnysarvoa. Komission kanne on näin ollen hylättävä riittämättömien perustelujen vuoksi perusteettomana.

C Toissijaisesti: yhtäältä julkisia hankintoja koskevien direktiivien ja toisaalta kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välisen ristiriidan poistaminen

3. Välipäätelmä

174. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei komissio ole näyttänyt toteen, että Saksan liittotasavalta ei ole noudattanut direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 mukaisia velvoitteitaan, koska kunnalliset viranomaiset ja yritykset ovat tehneet ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa.

175. Mikäli unionin tuomioistuin tästä ratkaisuehdotuksesta poiketen katsoisi, että komissio on näyttänyt toteen, että yksi tai useampi kunnallinen viranomainen tai yritys on tehnyt direktiivin 92/50 tai direktiivin 2004/18 vastaisesti ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa, olisi lisäksi tutkittava, onko tämä kyseessä olevien puitesopimusten yhteensoveltumattomuus julkisia hankintoja koskevien direktiivien kanssa katsottava kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevat perusoikeudet huomioon ottaen unionin oikeuden vastaiseksi.

176. Tästä on ensinnäkin todettava, että TV-EUmw/VKA:han sisältyvä tiettyjen eläkelaitosten, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä, hyväksi tehty periaatepäätös on rajoittava. Tämän työehtosopimuksen 6 §:n nojalla eläkemaksuiksi muuttaminen voidaan lähtökohtaisesti tehdä ainoastaan julkisissa eläkelaitoksissa, säästökassoissa tai kunnallisissa vakuutuslaitoksissa. Nämä työehtosopimuksen määräykset rajoittavat kunnallisia viranomaisia eläkelaitoksen lopullisessa valinnassa siten, etteivät viranomaiset voi enää vapaasti kilpailuttaa eläkemaksuiksi muuttamista koskevaa puitesopimusta ilman, että ne rikkovat näin työehtosopimusta.

177. Yhtäältä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevat perusoikeudet sekä toisaalta direktiivit 92/50 ja 2004/18 ovat siten ristiriidassa keskenään. Koska näissä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä annetaan sijoittautumisvapaudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle konkreettinen muoto, tämä ristiriita on yhtäältä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien sekä toisaalta sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden välisenä ristiriitana poistettava ensin primaarioikeuden tasolla. Sen jälkeen tätä primaarioikeuden tasolla saavutettua ratkaisua on sovellettava johdettuun oikeuteen tulkitsemalla julkisia hankintoja koskevia direktiivejä primaarioikeuden mukaisesti.

178. Tätä taustaa vasten tarkastelen seuraavaksi kysymystä, minkä kriteerien ja arviointiperusteiden nojalla perusvapauksien ja perusoikeuksien välinen ristiriita on poistettava. Näitä kriteerejä ja arviointiperusteita soveltamalla osoitan, millä tavalla yhtäältä sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden sekä toisaalta kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välinen ristiriita olisi poistettava nyt esillä olevassa asiassa. Tämän tutkinnan pohjalta voidaan lopuksi todeta, voidaanko kyseessä olevien puitesopimusten yhteensoveltumattomuudesta direktiivien 92/50 ja 2004/18 kanssa – näiden direktiivien primaarioikeuden mukaista tulkintaa koskeva velvoite huomioon ottaen – johtaa, että kyseisiä direktiivejä on rikottu.

1. Perusvapauksien ja perusoikeuksien välisten ristiriitojen poistaminen: asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annetut tuomiot

179. Uudemmassa oikeuskäytännössään yhteisöjen tuomioistuimella on ollut tapana ratkaista perusoikeuksien ja perusvapauksien käyttämisen välisiä ristiriitoja käyttämällä

EY:n perustamissopimukseen sisältyviä, perusvapauksien rajoittamista koskevia ”kirjoitettuja” oikeuttamisperusteita ja oikeuskäytännössä tunnustettuja ”kirjoittamattomia” oikeuttamisperusteita.

180. Esimerkkinä tästä on niin sanottu Viking Line -tapaus. [83] Kyseisessä ennakkoratkaisumenettelyssä yhteisöjen tuomioistuimen oli muun muassa ratkaistava, oliko sijoittautumisvapauden rajoittaminen ammattiliittojen työtaistelutoimilla yksityistä yritystä vastaan sallittua. Tästä yhteisöjen tuomioistuin totesi ensinnäkin, että vaikka työtaistelutoimen toteuttaminen lakko-oikeus mukaan lukien on tunnustettava perusoikeutena, [84] kyseiset työtaistelutoimet on katsottava muodollisesti sijoittautumisvapauden rajoituksiksi. [85] Seuraavaksi yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli näiden rajoitusten oikeuttamista. Se korosti tässä yhteydessä ensinnäkin ”yleistä etua koskeviin pakottaviin syihin” perustuvaa ”kirjoittamatonta” oikeuttamisperustetta, jonka mukaan sijoittautumisvapauden rajoittaminen on sallittua, jos sillä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen oikeutettuun päämäärään ja se voidaan perustella yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä. Rajoituksen on lisäksi oltava omiaan takaamaan sillä tavoitellun päämäärän toteutuminen, eikä sillä saa ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi. [86] Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, että työntekijöiden suojelu kuuluu yleistä etua koskeviin pakottaviin syihin, jotka yhteisöjen tuomioistuin on jo tunnustanut, [87] ja että ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tehtävänä on selvittää, onko työtaistelutoimen päämääränä työntekijöiden suojelu. [88] Mikäli ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tulee tähän tulokseen, sen on vielä selvitettävä, voidaanko kyseisellä työtaistelutoimella taata tavoitellun päämäärän toteutuminen ja ylitetäänkö sillä se, mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi. [89]

181. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin viittasi sijoittautumisvapauden rajoitusten oikeuttamista tutkiessaan myös yhteisön sosiaalipolitiikan päämääriin ja tavoitteisiin, [90] se ei tutkinut, onko sijoittautumisvapauden rajoittaminen suhteellisuusperiaate huomioon ottaen perusteltua työtaistelutoimen toteuttamista koskevan sosiaalisen perusoikeuden käyttämisen vuoksi. Yhteisöjen tuomioistuin

83 – Edellä alaviitteessä 21 mainittu asia Viking Line.

84 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 42 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

85 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 68 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

86 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 75 kohta.

87 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 77 kohta.

88 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 80 kohta.

89 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 84 kohta.

90 – Edellä alaviitteessä 21 mainitun tuomion 77 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

tarkasteli sosiaalista perusoikeutta työtaistelutoimeen pikemminkin osana ”yleistä etua koskevien pakottavien syiden” kirjoittamattoman oikeuttamisperusteen perinteistä arviointitapaa. [91] Se otti tässä yhteydessä lähtökohdaksi erityisesti tähän perusoikeuteen sisältyvän ajatuksen työntekijöiden suojelusta, joka oli jo vahvistettu vakiintuneessa oikeuskäytännössä yleistä etua koskevaksi pakottavaksi syyksi. [92]

182. Yhteisöjen tuomioistuin on käyttänyt samantapaista arviointitapaa asiassa Laval un Partneri antamassaan tuomiossa, [93] jossa se ensin tunnusti oikeuden ryhtyä työtaistelutoimiin perusoikeudeksi mutta otti tutkiessaan sitä, onko työtaistelutoimeen liittynyt palvelujen tarjoamisen vapauden loukkaaminen perusteltua, lähtökohdaksi jälleen työntekijöiden suojelun yleistä etua koskevana pakottavana syynä.

2. Perusoikeuksien ja perusvapauksien samanarvoisuus ja ristiriitojen poistaminen suhteellisuusperiaatteen perusteella

183. Asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annetuissa tuomioissa omaksuttu lähestymistapa, jonka mukaan yhteisön sosiaaliset perusoikeudet eivät voi itsessään olla – suhteellisuusperiaate huomioon ottaen – perusvapauden rajoittamisen perusteena, vaan tätä varten on aina määritettävä asianomaisen perusoikeuden piiriin kuuluva kirjoitettu tai kirjoittamaton oikeuttamisperuste, sopii huonosti yhteen perusoikeuksien ja perusvapauksien samanarvoisuutta koskevan periaatteen kanssa.

184. Tällainen arviointimenettely viittaa nimittäin siihen, että perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä on hierarkiasuhde, jossa perusoikeudet ovat hierarkiassa perusvapauksia alempana [94] ja perusvapauksia

91 – Ks. tästä kriittisesti Thomas, S., ”La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Viking”, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, s. 193 ja 199. Ks. myös Davies, A. C. L., ”One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, 2008, s. 126, 141 ja 142 sekä Bücker, A., ”Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen”, *NZA*, 2008, s. 212, 215 ja 216.

92 – Ks. yhdistetyt asiat C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 ja C-68/98–C-71/98, Finalarte ym., tuomio 25.10.2001 (Kok., s. I-7831, 33 kohta) sekä yhdistetyt asiat C-369/96 ja C-376/96, Arblade ym., tuomio 23.11.1999 (Kok., s. I-8453, 36 kohta). Työntekijöiden suojelun tunnustamisesta yleistä etua koskevaksi syyksi ks. myös Eichenhofer, E., ”Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz”, *JZ*, 2007, s. 425, 427 ja 428.

93 – Mainittu edellä alaviitteessä 31.

94 – Vrt. tässä yhteydessä Rebhahn, R., ”Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking”, *ZESAR*, 2008, s. 109 ja 115, jossa katsotaan asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annettujen tuomioiden arvioinnin perusteella, että yhteisöjen tuomioistuin on tähän saakka pitänyt perusvapauksia itse asiassa korkeampiarvoisina kuin perusoikeuksia. Ks. Vigneau, C., ”Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome”, *La Semaine Juridique – éd. G*, 2008, II 10060, s. 33–35, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuin on näiden tuomioiden myötä tunnustanut oikeuden ryhtyä työtaistelutoimiin ”toissijaisena perusoikeutena”. Zwanziger, B., Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen ”Laval” und ”Viking”, *DB*, 2008, s. 294–295, jonka mukaan edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Schmidberger käytettyyn perusoikeuksien ja perusvapauksien arviointimenettelyyn verrattuna asioissa Viking Line ja Laval und Partneri annetuissa tuomioissa painopiste on siirtynyt perusvapauksien hyväksi.

voitaisiin näin ollen rajoittaa ainoastaan vetoamalla kirjoitettuun tai kirjoittamattomaan oikeuttamisperusteeseen. [95]

185. Tässä yhteydessä on myös otettava huomioon, että ”yleistä etua koskevien pakottavien syiden” kirjoittamatonta oikeuttamisperustetta ei voida soveltaa sellaisten perusvapauksien rajoitusten oikeuttamiseksi, joita sovelletaan syrjivästi. [96] Jos yhteisön perusoikeuden käyttäminen siten johtaa sellaiseen perusvapauden rajoitukseen, jota sovelletaan syrjivästi, asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annetuissa tuomioissa käytetyn arviointitavan mukaisesti olisi tutkittava, onko kyseisen perusvapauden rajoituksille olemassa EY:n perustamissopimukseen nimenomaisesti sisältyviä oikeuttamisperusteita. Tämä perusvapauksien rajoittamista koskevien oikeuttamismahdollisuuksien rajaaminen entisestään antaisi lisävahvistuksen sille, että perusoikeuksien ja perusvapauksien välillä on hierarkiasuhde.

186. Mielestäni perusvapauksien ja perusoikeuksien välillä ei ole tällaista hierarkiasuhdetta. [97]

187. Perusvapauksien ja perusoikeuksien suhteelle on lisäksi ominaista pitkälle menevä lähentyminen sekä niiden rakenteen että sisällön osalta. Siten on esimerkiksi mahdollista muotoilla perusvapauksien takaamista koskeva edellytys perusoikeuksien tapaan, erityisesti oikeutta harjoittaa liiketoimintaa suojaavien perusoikeuksien avulla. Tämä lähentyminen huomioon ottaen olisi siten myös virhe luoda perusoikeuksien ja perusvapauksien välille lähtökohtainen ristiriita- tai hierarkiasuhde. [98]

95 – Tässä yhteydessä oikeuskirjallisuudessa lisäksi korostetaan, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä, jonka mukaan EY 39, EY 43 ja EY 49 artiklaa sovelletaan myös muunlaisiin oikeussääntöihin, joiden tarkoituksena on säännellä kollektiivisesti palkkatyötä, itsenäistä ammatinharjoittamista ja palvelujen tarjoamista (vrt. tämän ratkaisuehdotuksen 66 kohta), myös ammattiliittojen ja muiden ei-valtiollisten yhteenliittymien ja laitosten voidaan nykyisin tietyin edellytyksin katsoa loukanneen perusvapauksia, mutta kirjoitettuja ja kirjoittamattomia oikeuttamisperusteita koskeva oikeuskäytäntö on kehittynyt ensisijaisesti sellaisten tapausten myötä, joissa perusvapauksia ovat loukanneet jäsenvaltiot. Näin ollen tällaisten ei-valtiollisten yhteenliittymien on yleensä vaikea näyttää toteen, että perusvapauksien loukkaaminen on oikeutettua; vrt. edellä alaviitteessä 91 mainittu Davies, A. C. L., s. 142. Tätä voitaisiin pitää unionin oikeuden epäsymmetrisenä kehittymisenä.

96 – Vahvistettu viimeksi asiassa C-153/08, komissio v. Espanja, tuomio 6.10.2009 (Kok., s. I-9735, 36 kohta).

97 – Ks. myös julkisasiamies Mengozzin 23.5.2007 esittämä ratkaisuehdotus em. asiassa Laval un Partneri, ratkaisuehdotuksen 84 kohta sekä hänen 26.10.2006 esittämänsä ratkaisuehdotukset asiassa C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía ym. v. neuvosto, tuomio 27.2.2007 (Kok., s. I-1579, ratkaisuehdotuksen 177 kohta) ja asiassa C-355/04 P, Segi ym. v. neuvosto, tuomio 27.2.2007 (Kok., s. I-1657, ratkaisuehdotuksen 177 kohta).

98 – Skouris, V., ”Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *DÖV*, 2006, s. 89 ja 93–. Vrt. myös Prechal, S. ja De Vries, S. A., ”Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht”, *S.E.W.*, 2008, s. 425, 434 ja 435, jossa viitataan siihen, että perusoikeuksien ja perusvapauksien välinen ristiriita voidaan usein muotoilla uudelleen kahden perusoikeuden välisenä ristiriitana.

188. Jos perusoikeuden käyttämisellä rajoitetaan konkreettisessa tapauksessa perusvapautta, on näin ollen pyrittävä löytämään asianmukainen tasapaino näiden kahden oikeudellisen aseman välillä. [99] On lähdettävä yhtäältä siitä, että perusvapauden toteutuminen on oikeutettu tavoite, joka voi rajoittaa perusoikeutta. Käänteisesti myös perusoikeuden toteutuminen on kuitenkin tunnustettava oikeutettuna tavoitteena, joka voi rajoittaa perusvapautta.

189. Perusvapauksien ja perusoikeuksien tarkan rajanvedon kannalta erityisen merkityksellinen on suhteellisuusperiaate. Oikeasuhteisuuden arvioinnissa on erityisesti suoritettava kolmivaiheinen arviointi, jossa on tarkasteltava asianomaisen toimenpiteen 1) soveltuvuutta, 2) tarpeellisuutta ja 3) oikeasuhteisuutta. [100]

190. Kun perusoikeus ja perusvapaus ovat ristiriidassa keskenään, asianmukainen tasapaino niiden välillä varmistetaan nimittäin ainoastaan siten, että perusvapauden rajoittaminen perusoikeudella ei saa ylittää sitä, mikä on perusoikeuden toteuttamiseen soveltuvaa sekä tarpeen ja oikeasuhteista perusoikeuden toteuttamiseksi. Käänteisesti myöskään perusoikeuden rajoittaminen perusvapaudella ei kuitenkaan saa ylittää sitä, mikä on perusoikeuden toteuttamiseen soveltuvaa sekä tarpeen ja oikeasuhteista perusvapauden toteuttamiseksi. [101]

191. Kun otetaan huomioon perusvapauksien ja perusoikeuksien laaja-alainen lähentyminen, ainoastaan tämä suhteellisuusperiaatteeseen perustuva arviointi voi johtaa ristiriitatilanteessa sellaiseen tulokseen, jolla varmistetaan perusoikeuksien ja perusvapauksien optimaalinen vaikutus.

192. Edellä esittämieni toteamusten pohjalta tulen siihen tulokseen, että perusvapauden rajoittaminen on katsottava perustelluksi silloin, kun se liittyi yhteisön perusoikeuden käyttämiseen ja oli tällä perusoikeudella suojattujen intressien saavuttamiseen soveltuvaa ja tältä kannalta tarpeen ja oikeasuhteista. Käänteisesti myös perusoikeuden rajoittaminen on katsottava perustelluksi silloin, kun se

99 – Ks. Rengeling, H. W. ja Szczekalla, P., *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln, 2004, 1008 kohta, jossa korostetaan – nykyisin unionin perusoikeutena tunnustetun ja työehtosopimusvapautta koskevaan perusoikeuteen erityisen läheisesti liittyvän – työtaistelutoimiin ryhtymistä koskevan oikeuden osalta sitä, että perusvapauksien ja tämän oikeuden mahdolliset ristiriidat on ratkaistava pyrkimällä löytämään tasapaino niiden välille.

100 – Näistä suhteellisuusperiaatteen kolmesta arviointiperusteesta vrt. 21.1.2010 esittämäni ratkaisuehdotus asiassa C-365/08, Agrana Zucker (59 kohta ja sitä seuraavat kohdat, asia vireillä tuomioistuimessa).

101 – Tämä arviointi on perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohtaan sisältyvien periaatteiden mukainen. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan nojalla tässä perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien ja vapauksien käyttämistä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla, ja kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan tehdä ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.

liittyi yhteisön perusvapauden käyttämiseen ja oli tällä perusoikeudella suojattujen intressien saavuttamiseen soveltuvaa ja tältä kannalta tarpeen ja oikeasuhteista.

193. Perusoikeuksien ja perusvapauksien samanarvoisuuteen perustuvan lähestymistavan, jossa perusvapauksien käyttämisen ja perusoikeuksien käyttämisen välisten ristiriitojen poistaminen perustuu suhteellisuusperiaatteeseen, vahvistaminen ei lisäksi merkitse sitä, että oikeuskäytännölle annettaisiin kokonaan uusi suunta. Se merkitsee pikemminkin palaamista niihin arviointeihin, jotka sisältyivät jo asiassa Schmidberger annettuun tuomioon. [102] Lisäksi asiassa Rüffert annetussa tuomiossa [103] ovat nähtävissä ensimmäiset indisiot siitä, että asioissa Viking Line ja Laval un Partneri annetuissa tuomioissa omaksuttua oikeuskäytännön linjaa on syytä muuttaa hieman.

194. Asiassa Schmidberger yhteisöjen tuomioistuimen oli ratkaistava ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä muun muassa se, voiko tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittaminen sulkemalla Brennerin moottoritie kokonaan liikenteeltä 30 tunnin ajaksi olla perusteltua, kun otetaan huomioon, että liikenteen sulkeminen liittyi sananvapautta koskevan perusoikeuden ja kokoontumista rauhanomaisessa tarkoituksessa koskevan perusoikeuden lailliseen käyttämiseen. Kyseisten perusoikeuksien ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden välisen ristiriidan ratkaisemiseksi yhteisöjen tuomioistuin selvitti lähinnä sitä, olivatko perusoikeuksien käyttämiseen liittyvät yhteisön sisäistä kauppaa koskevat rajoitukset oikeassa suhteessa näiden perusoikeuksien suojaamiseen nähden. [104] Käänteisesti tutkittiin myös sitä, oliko tavaroiden vapaan liikkuvuuden tiukka toteuttaminen johtanut perusoikeuksien käyttämisen suhteettomaan rajoittamiseen. [105] Koska molempiin kysymyksiin oli vastattava myöntävästi, tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoittaminen kyseisten perusoikeuksien käyttämisen yhteydessä katsottiin näin ollen perustelluksi.

195. Asiassa Schmidberger annetun tuomion kantavana ajatuksena oli siten keskenään ristiriidassa olevien perusoikeuksien ja perusvapauksien samanarvoisuus; kyseisten vastavuoroisten rajoitusten oikeasuhteisuuden arvioinnin perusteella nämä perusoikeudet ja perusvapaudet saatettiin oikeaan tasapainoon.

196. Tässä yhteydessä on syytä mainita myös asiassa Rüffert annettu tuomio, [106] jossa yhteisöjen tuomioistuin otti ennakkoratkaisussaan

102 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Schmidberger.

103 – Asia C-346/06, Rüffert, tuomio 3.4.2008 (Kok., s. I-1989).

104 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Schmidberger, tuomion 82 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

105 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Schmidberger, tuomion 89 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

106 – Mainittu edellä alaviitteessä 103.

kantaa muun muassa Ala-Saksin osavaltion julkisten hankintasopimusten tekomenettelyä koskevan lain (Niedersächsisches Landesvergabegesetz) yhteensopivuuteen EY 49 artiklan kanssa.

197. Yhteisöjen tuomioistuin totesi ensinnäkin, että kyseiseen lakiin sisältyvät säännökset, joiden mukaan hankintaviranomaiset voivat tehdä rakennusurakoita koskevia sopimuksia ainoastaan sellaisten yritysten kanssa, jotka tarjousta tehdessään sitoutuvat kirjallisesti maksamaan työntekijöilleen palvelujen suorittamisesta vähintään palvelujen suorittamispaikassa voimassa olevan työehtosopimuksen mukaisen palkan, vaikka asianomaista työehtosopimusta ei voida pitää yleissitovana, voivat olla EY 49 artiklassa tarkoitettu rajoitus. Arvioidessaan sitä, voidaanko tätä rajoitusta pitää perusteltuna, yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli kolmea ”kirjoittamatonta” oikeuttamisperustetta. Tässä yhteydessä tutkittiin erityisesti sitä, voidaanko rajoitusta perustella 1) työntekijöiden suojelun tavoitteella, 2) tavoitteella, joka koskee sitä, että suojataan ammattiyhdistysten toimesta tapahtuvaa työelämän itsenäistä järjestäytymisvaltaa, tai 3) sosiaaliturvajärjestelmien rahoituksellisen tasapainon turvaamisen tavoitteella.

198. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei lopulta pitänyt palvelujen tarjoamisen vapauden rajoitusta perusteltuna, erityisen merkittävää tässä on nähdäkseni ennen kaikkea se, että rajoituksen perusteltavuutta tutkitaan ”ammattiyhdistysten toimesta tapahtuvan työelämän itsenäisen järjestäytymisvallan suojaamisen” valossa. Siinä missä ”työntekijöiden suojelun tavoitteella” ja ”sosiaaliturvajärjestelmien rahoituksellisen tasapainon turvaamisen tavoitteella” nimittäin viitattiin kahteen vakiintuneessa oikeuskäytännössä tunnustettuun yleistä etua koskevaan pakottavaan syyhyn,[107] tutkimalla ”ammattiyhdistysten toimesta tapahtuvan työelämän itsenäisen järjestäytymisvallan suojaamista” yhteisöjen tuomioistuin otti ainakin implisiittisesti huomioon sen mahdollisuuden, että ammatillista järjestäytymisvapautta koskeva sosiaalinen perusoikeus voisi sinänsä olla perusteena perusvapauksien rajoittamiselle.

199. Edellä esitetyn perusteella katson, että perusvapauden rajoittaminen on perusteltua, jos se liittyi perusoikeuden käyttämiseen ja oli tällä perusoikeudella suojattujen intressien saavuttamiseen soveltuvaa ja tältä kannalta tarpeen ja oikeasuhteista. Vastaavasti perusoikeuden rajoittaminen on perusteltua, jos se liittyi yhteisön perusvapauden käyttämiseen ja oli tällä perusvapaudella suojattujen intressien saavuttamiseen soveltuvaa ja tältä kannalta tarpeen ja oikeasuhteista.

107 – Työntekijöiden suojelun tunnustamisesta yleistä etua koskevana pakottavana syynä ks. edellä alaviitteessä 92 mainittu oikeuskäytäntö. Sosiaaliturvajärjestelmien rahoituksellisen tasapainon tunnustamisesta yleistä etua koskevana pakottavana syynä vrt. asia C-372/04, Watts, tuomio 16.5.2006 (Kok., s. I-4325, 103 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

3. Direktiivien 92/50 ja 2004/18 sekä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välisen ristiriidan poistaminen

200. Mikäli unionin tuomioistuin tulee siihen tulokseen, että yksi tai useampi kunnallinen viranomainen tai yritys on tehnyt direktiivin 92/50 tai direktiivin 2004/18 vastaisesti ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevia palvelusopimuksia suoraan TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainittujen laitosten ja yritysten kanssa, on selvää, että näissä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä kielletään muodollisesti tapa, jolla kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevia perusoikeuksia on konkreettisesti käytetty. Tässä mielessä julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä puututtaisiin näihin sosiaalisiin perusoikeuksiin, koska työmarkkinaosapuolet eivät enää voisi vapaasti käyttää näitä sosiaalisia perusoikeuksia vaan olisivat – julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön näkökulmasta – sidottuja tiettyihin sääntöihin.

201. Tästä seuraava direktiivien 92/50 ja 2004/18 ja näiden sosiaalisten perusoikeuksien välinen ristiriita on poistettava siten, että ensin tutkitaan primaarioikeuden tasolla, mahdollistavatko sijoittautumisvapaus ja palvelujen tarjoamisen vapaus näiden sosiaalisten perusoikeuksien rajoittamisen tällä tavalla. Jos tähän kysymykseen on vastattava myöntävästi, mikään ei ole esteenä sen toteamiselle, että kyseisillä puitesopimuksilla rikotaan direktiiviä 92/50 tai 2004/18, joissa annetaan konkreettinen muoto sijoittautumisvapaudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle. Jos tähän kysymykseen on sitä vastoin vastattava kieltävästi, näitä direktiivejä primaarioikeuden mukaisesti tulkittaessa on todettava, etteivät kyseiset puitesopimukset kuulu direktiivin 92/50 tai 2004/18 soveltamisalaan.

202. Sen arvioimiseksi, mahdollistavatko sijoittautumisvapaus ja palvelujen tarjoamisen vapaus kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien rajoittamisen siten kuin julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä on tehty, on lähtökohtaisesti tutkittava, onko tällainen rajoitus perusvapauksilla tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseen soveltuva keino ja tältä kannalta tarpeen ja oikeasuhteista.

203. Nyt esillä olevassa asiassa Saksan hallitus on kuitenkin esittänyt perusteluja ennen kaikkea sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamisen oikeuttamiselle sosiaalisilla perusoikeuksilla.

204. Sen tutkiminen, voidaanko kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien rajoittamista perustella sijoittautumisvapaudella ja palvelujen tarjoamisen vapaudella, on näin ollen peilikuva sen tutkimiselle, voidaanko

sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamista perustella näillä sosiaalisilla perusoikeuksilla. Koska viimeksi mainittu tutkintavaihtoehto helpottaa Saksan hallituksen esittämien perustelujen seikkaperäistä tarkastelua, tutkin seuraavaksi, oliko perusvapauksien rajoittaminen komission moittimalla tavalla omiaan takaamaan kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevilla perusoikeuksilla tavoiteltujen päämäärien saavuttaminen sekä tarpeellinen ja oikeasuhteinen keino niiden saavuttamiseksi.

205. Kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevilla perusoikeuksilla on niiden luonteen mukaisesti tarkoitus varmistaa, että työnantajat tai näiden järjestöt ja työntekijäjärjestöt voivat vapaaehtoisissa neuvotteluissa ja asiaankuuluvalla riippumattomalla tavalla – tietyt rajat ja säännöt huomioon ottaen – neuvotella työntekijöiden työehdoista ja vahvistaa nämä ehdot tähän tarkoitukseen soveltuvassa muodossa. [108]

206. Suhteellisuusperiaate huomioon ottaen TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvästä tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehdystä periaatepäätöksestä seuraava sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittaminen olisi näin ollen katsottava perustelluksi kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien vuoksi, jos tämä eläkelaitoksia koskeva esivalinta oli omiaan ja tarpeen mahdollistamaan työehtosopimuksen tekemiseksi käytävät vapaaehtoiset ja riippumattomat neuvottelut ja jos tähän liittyvä perusvapauksien loukkaaminen oli oikeassa suhteessa näiden tavoitteiden toteutumiseen nähden.

207. Toimenpide on ilmoitetun tavoitteen toteuttamiseen *soveltuva* keino, jos se tosiasiallisesti vastaa tavoitteeseenjohdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla. [109]

208. Kun otetaan huomioon, että TV-EUmw/VKA:han sisältyy periaate, jonka mukaan eläkemaksuiksi muuttaminen keskitetään rajattuun määrään eläkelaitoksia, on katsottava, että tämä periaate on osa kompromissia, josta on neuvoteltu työnantajien ja työntekijöiden edustajien välisissä vapaaehtoisissa ja riippumattomissa neuvotteluissa. On joka tapauksessa todettava, että oikeudenkäyntiasiakirjoihin ei sisälly tietoja, joiden perusteella voitaisiin päätellä toisin. Tätä taustaa vasten TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty periaatepäätös

108 – Vrt. erityisesti Euroopan sosiaalisen peruskirjan 6 artiklan, uudistetun Euroopan sosiaalisen peruskirjan 6 artiklan, työntekijöiden sosiaalisista perusoikeuksista annetun yhteisön peruskirjan 12 kohdan ja perusoikeuskirjan 28 artiklan sanamuoto.

109 – Vrt. asia C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, tuomio 17.11.2009 (Kok., s. I-10821, 42 kohta).

on katsottava toimenpiteeksi, joka on omiaan takaamaan kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevilla perusoikeuksilla suojattujen intressien saavuttamisen.

209. Toimenpide on *tarpeellinen* silloin, kun se on useista tavoitteen saavuttamiseen soveltuvista toimenpiteistä se, joka on vähiten rajoittava asianomaisen edun tai asianomaisen oikeushyvän kannalta. [110]

210. Kun otetaan huomioon nyt esillä olevan asian erityispiirteet, TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehdyn periaatepäätöksen tarpeellisuuden tutkiminen edellyttää loogisesti ajatellen sen selvittämistä, olisiko työehtosopimusneuvotteluissa ollut ylipäätään mahdollista päästä yksimielisyyteen jostakin toisesta eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamista koskevasta sääntelystä. Tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty periaatepäätös voitaisiin nimittäin katsoa tarpeettomaksi vain, jos työmarkkinaosapuolten olisi ollut mahdollista sopia myös jostakin toisesta sääntelystä, joka vastaa paremmin yhteisön oikeutta.

211. Unionin tuomioistuimen on noudatettava erittäin suurta varovaisuutta vastatessaan kysymykseen, olisiko työmarkkinaosapuolten vapaaehtoisissa ja riippumattomissa neuvotteluissa ollut mahdollista päästä yksimielisyyteen jostakin toisesta eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamista koskevasta sääntelystä. Vaikka perusvapauksien sekä kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevien perusoikeuksien välisen ristiriidan poistamiseksi voi myös – kuten nyt esillä olevassa asiassa – olla tarpeen tarkastella työehtosopimusten sisältöä, unionin tuomioistuimen on tässä yhteydessä otettava mahdollisimman laajasti huomioon työmarkkinaosapuolten arviointi- ja liikkumavara. [111]

212. Toimenpiteen tarpeellisuutta arvioitaessa on nyt esillä olevassa asiassa siten tutkittava ainoastaan sitä, olisiko yhteisön oikeutta paremmin vastaava täytäntöönpanosääntely ollut mahdollinen ja olisiko työmarkkinaosapuolten ollut ilmeisen mahdollista päästä yksimielisyyteen tällaisesta sääntelystä siinä mielessä, etteivät mitkään aineelliset syyt ole esteenä tällaisen sääntelyn hyväksymiselle. Jos näihin kysymyksiin on vastattava myöntävästi, TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä

110 – Asia 265/87, Schräder, tuomio 11.7.1989 (Kok., s. 2237, Kok. Ep. X, s. 109, 21 kohta).

111 – Tässä yhteydessä muistutettakoon, että vakiintuneessa oikeuskäytännössä yhteisöjen tuomioistuin tarkastelee myös työehtosopimusten sisältöä arvioidessaan, loukataanko syrjintäkiellon periaatetta, joka on vahvistettu EY 39 artiklassa ja työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta yhteisön alueella 15.10.1968 annetussa neuvoston asetuksessa (ETY) N:o 1612/68 (EYVL L 257, s. 2). Työehtosopimusten sisällön tarkastelusta säädetään nimenomaisesti tämän asetuksen 7 artiklan 4 kohdassa. Ks. asia C-400/02, Merida, tuomio 16.9.2004 (Kok., s. I-8471); asia C-35/97, komissio v. Ranska, tuomio 24.9.1998 (Kok., s. I-5325) ja asia C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, tuomio 15.1.1998 (Kok., s. I-47).

tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty periaatepäätös olisi katsottava ilmeisen tarpeettomaksi ja siten suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi.

213. Nähdäkseni olisi ollut ilman muuta mahdollista muotoilla eläkemaksuiksi muuttamista koskevasta suorittamissääntelystä tehdyt sopimukset yhteisön oikeuden mukaisesti.

214. Tässä yhteydessä on syytä korostaa, ettei komission nostama kanne kohdistu eläkemaksuiksi muuttamista koskevaa periaatetta vastaan sinänsä vaan ainoastaan sitä vastaan, että työehtosopimuksessa on määritetty, miten kuntatyönantajien on valittava eläkemaksuiksi muuttamisen suorittavat eläkelaitokset, vaikka nämä työnantajat ovat – mikäli ne kuuluvat julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan – hankintaviranomaisina edellä mainittujen direktiivien mukaisesti velvollisia järjestämään tarjouskilpailun.

215. Yhteisön oikeuden mukaisena vaihtoehtona olisi edellä esitetyt näkökohdat huomioon ottaen tullut kyseeseen sääntely, jonka mukaan eläkemaksuiksi muuttaminen olisi tehtävä BetrAVG:ssä säädettyjen suorittamistapojen rajoissa eläkelaitoksessa tai eläkelaitoksissa, jotka kuntatyönantajien olisi valittava primaarioikeuteen sisältyvän avoimuusperiaatteen [112] tai – soveltamisedellytysten täyttyessä – julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaisesti.

216. Kysymykseen siitä, onko nyt esillä olevassa asiassa vedottu aineellisiin syihin, jotka olisivat esteenä tällaiselle yhteisön oikeuden mukaiselle sopimukselle eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamisesta, on mielestäni vastattava kieltävästi.

217. TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehdyn periaatepäätöksen oikeuttamiseksi Saksan hallitus tähdentää sitä, että työehtosopimukseen perustumattoman eläkemaksuiksi muuttamisen suorittavan eläkelaitoksen valinta kuuluu BetrAVG:n nojalla lähtökohtaisesti työnantajalle. Tästä poiketen BetrAVG:n 17 §:n 5 momentissa säädetään työehtosopimukseen perustuvien palkkojen muuttamisesta eläkemaksuiksi työehtosopimuksen mukaisesti, millä on Saksan hallituksen mukaan annettu erityisesti työntekijöille enemmän vaikutusvaltaa ammatillisen lisäeläkkeensä järjestämiseen. Tätä tarkoitusta varten BetrAVG:n 17 §:n 3 momentissa taataan työehtosopimuksen osapuolille muun muassa mahdollisuus valita yhteisymmärryksessä työehtosopimuksessa

112 – Primaarioikeuteen sisältyvä avoimuusvelvollisuus velvoittaa vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan takaamaan kaikkien potentiaalisten tarjoajien edun mukaisesti riittävän julkisuuden. Se ei kuitenkaan välttämättä edellytä tarjouskilpailun toimittamista; vrt. asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457, 25 kohta) ja asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287, 21 kohta).

määrätyn eläkemaksuiksi muuttamisen suorittava eläkelaitos, kuten TV-EUmw/VKA:n 6 §:n myötä on myös tapahtunut. Tämä tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty yhteinen periaatepäätös palvelee yhtäältä eläkemaksuiksi muuttamisen avointa suorittamista koskevaa työntekijöiden etua ja toisaalta sellaista lisäeläkejärjestelmää, johon liittyy vain vähän hallinnollisia kuluja, koskevaa työnantajien etua. Siirtämällä kyseinen päätös työehtosopimuksen osapuolille pyritään siten takaamaan tälle ammatillisen lisäeläkejärjestelmän muodolle mahdollisimman laaja hyväksyntä ja maantieteellinen levinneisyys.

218. Saksan hallitus väittää lisäksi, että työehtosopimuksen osapuolten mukaan rajaamalla vakuuttajien ryhmää, josta työnantaja valitsee eläkemaksuiksi muuttamisen suorittajan, on tarkoitus lisätä ammatillisen lisäeläkejärjestelmän avoimuutta ja hyväksyntää. TV-EUmw/VKA:n 6 § myös helpottaa yksittäisten työnantajien asemaa: eläkelaitosten vertailu ei ole enää ehdottoman välttämätöntä. Yksittäinen kuntatyönantaja voi myös olettaa, että työehtosopimuksen osapuolet eivät ole valinneet mielivaltaisesti yhtä eläkelaitosta ja että niillä on pääsääntöisesti parempi yleisnäkemys markkinatilanteesta. Työntekijät puolestaan voivat luottaa siihen, että ammattiliitot ovat tuoneet heidän etunsa riittävästi esille eläkelaitoksen valinnassa. Saksan hallituksen mukaan TV-EUmw/VKA:n 6 §:llä suojellaan siten työntekijöitä myös työnantajan ”huonolta” ja yksipuoliselta eläkelaitoksen valinnalta.

219. Saksan hallitus perustelee TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvää julkisten eläkelaitosten, Sparkassen-Finanzgruppen ja kunnallisten vakuutuslaitosten hyväksi tehtyä päätöstä konkreettisesti myös sillä, että päätös perustuu ymmärrettäviin syihin, kuten hyviin kokemuksiin, erityiseen luottamukseen ja vähäisiin hallinnollisiin kustannuksiin näiden eläkelaitosten erityisen rakenteen ansiosta. Lisäksi päätöksessä on otettu huomioon myös työnantajien intressi rajoittaa takausriskiään.

220. Näiden toteamusten perusteella aineelliset perustelut, jotka Saksan hallitus on esittänyt TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän sääntelyn oikeuttamiseksi, voidaan jakaa neljään ryhmään: 1) eläkelaitosten valinnan avoimuus, 2) päätöksen hyväksyntää työntekijöiden keskuudessa lisäävä työntekijöiden edustajien osallistuminen tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehtävään periaatepäätökseen, 3) neuvotteluja käyvien työmarkkinaosapuolten

parempi asiantuntemus sekä 4) valittujen eläkelaitosten erityispiirteet.

221. Näitä perusteluja ei kuitenkaan voida esittää aineellisina syinä sitä vastaan, että työehtosopimuksessa olisi ollut mahdollista sopia yhteisön oikeuden mukaisesta täytäntöönpanosääntelystä, jossa yksittäisten kuntatyönantajien olisi valittava eläkelaitokset primaarioikeuteen kuuluvan avoimuusperiaatteen tai – soveltamisedellytysten täyttyessä – julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaisesti.

222. Eläkelaitosten valinnan avoimuutta koskeva perustelu pikemminkin puoltaa kuin estää kuntatyönantajien velvoitetta noudattaa yhteisön oikeuteen sisältyviä sääntöjä. Primaarioikeuteen kuuluvalla avoimuusperiaatteella ja julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä nimittäin pyritään nimenomaisesti takaamaan riittävä avoimuus niiden eläkelaitosten valinnassa, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä.

223. Myöskään perustelusta, jonka mukaan työntekijöiden edustajien osallistuminen tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehtävään periaatepäätökseen lisää päätöksen hyväksyntää työntekijöiden keskuudessa, ei voida päätellä aineellisia syitä, joiden perusteella yhteisön oikeuden mukainen suorittamissääntely ei olisi mahdollinen. Velvoite noudattaa primaarioikeuteen kuuluvaa avoimuusperiaatetta tai julkisia hankintoja koskevia direktiivejä nimittäin johtaisi eläkelaitosten välisen kilpailun tehostumiseen koko yhteisön alueella, mikä olisi erityinen tae siitä, että työntekijöille esiteltäisiin edullisin tarjous eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamisesta. On vaikea nähdä, millä tavalla tämä voisi vähentää päätöksen hyväksyntää työntekijöiden keskuudessa. [113]

224. Saksan hallituksen kolmas pääasiallinen perustelu koskee kuntatyönantajia, joiden on TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän periaatepäätöksen ansiosta helpompi tehdä lopullinen päätös yhden tai useamman eläkelaitoksen hyväksi ja jotka voivat tässä yhteydessä luottaa työmarkkinaosapuolten asiantuntemukseen.

113 – Ks. myös Hanau, P., "Tarifvertragliche Beschränkungen der Entgeltumwandlung", *DB*, 2004, s. 2266 ja 2268, jossa kyseenalaistetaan erityisen osuvasti TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä eläkelaitosten rajaaminen työehtosopimuksella viittaamalla edullisuusperiaatteeseen, joka kuuluu Saksan työehtosopimuksia koskevan lainsäädännön yleisiin periaatteisiin. Kirjoittajan mukaan olisi järjenvastaista olettaa, että kuntatyönantajat voisivat estää eläkemaksuiksi muuttamista koskevien edullisempien sopimusten tekemisen työehtosopimuksilla vieläpä riippumatta siitä, koskeeko vaihtoehtoisen sääntelyn edullisuus työnantajan välittömiä suorituksia vai eläkelaitoksen suorituksia. Työehtosopimuksen tehtävä on nimittäin suojella työntekijöitä.

225. Vaikka kuntatyönantajat välttyvät TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvän periaatepäätöksen johdosta erillisen tarjouskilpailun järjestämiseen liittyviltä kuluilta, tästä ei voida johtaa kestävää perustelua, jonka mukaan velvoitetta noudattaa primaarioikeuteen kuuluvaa avoimuusperiaatetta tai julkisia hankintoja koskevia direktiivejä ei olisi. Vaikka velvoite noudattaa yhteisön oikeutta vähentäisikin työehtosopimuksessa määritetyn eläkemaksuiksi muuttamisen täytäntöönpanosääntelyn hyväksyntää työntekijöiden keskuudessa – mitä Saksan hallitus ei ole esittänyt –, tätä ei voida esittää aineellisena syynä asianomaisen velvoitteen työehtosopimuksessa vahvistamista vastaan. Tällainen perustelu johtaisi nimittäin viime kädessä siihen, että kuntatyönantajat voisivat hyödyntää työehtosopimusvapautta kiertääkseen yhteisön oikeuden pakottavia säännöksiä.

226. Saksan hallituksen neljäs pääasiallinen perustelu perustuu valittujen eläkelaitosten erityispiirteisiin. Näiden eläkelaitosten valintaa puoltavat sen mukaan erityisesti hyvät kokemukset kyseisistä laitoksista, näiden kokemusten pohjalta syntynyt erityinen luottamus, laitosten erityisestä rakenteesta seuraava hallinnollisten kulujen vähäisyys sekä pieni maksukyvyttömyysriski. Saksan hallitus ei kuitenkaan ole esittänyt mitään väitettään tukevia seikkoja, joten se on jo tästä syystä hylättävä perusteettomana. [114]

227. Näiden näkökohtien perusteella katson, ettei TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä eläkelaitoksia koskeva rajoitus ollut tarpeellinen työehtosopimuksen osapuolten työehdoista käymien vapaaehtoisten ja riippumattomien työehtosopimusneuvottelujen mahdollistamiseksi.

228. Lisäksi TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehty työehtosopimuksen osapuolten periaatepäätös johtaa nähdäkseni myös perusvapauksien suhteettomaan rajoittamiseen.

229. Toimenpiteen *oikeasuhteisuutta arvioitaessa* on nyt esillä olevassa asiassa otettava erityisesti huomioon se, ettei komission nostama kanne kohdistu eläkemaksuiksi muuttamista koskevaa periaatetta vastaan sinänsä vaan ainoastaan sitä vastaan, että työehtosopimuksessa on määritetty, mitkä eläkelaitokset kuntatyönantajien on valittava

114 – Tässä yhteydessä on syytä mainita, että Saksan oikeuskirjallisuudessa on esitetty painokkaasti erittäin kriittisiä näkemyksiä TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvästä eläkelaitosten esivalinnasta. Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 113 mainittu Hanau, P., s. 2269, jonka mukaan TV-EUmw/VKA:han sisältyvät sellaisia eläkelaitoksia, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen voidaan tehdä, koskevat rajoitukset näyttävät palvelevan ainoastaan eläkelaitosten etua eivätkä työntekijöiden etua.

eläkemaksuiksi muuttamisen suorittamiseksi, vaikka näiden työnantajien on hankintaviranomaisina noudatettava sijoittautumisvapaudesta ja palvelujen tarjoamisen vapaudesta johtuvia velvoitteita.

230. Nyt esillä olevassa asiassa tutkinnan kohteena ei siten ole työehtosopimukseen sisältyvä periaatepäätös, jolla mahdollistetaan palkkojen muuttaminen eläkemaksuiksi, vaan se – työehtosopimuksen näkökulmasta – pikemminkin tekninen kysymys, miten valitaan eläkelaitokset, joissa eläkemaksuiksi muuttaminen on tehtävä. TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvällä periaatepäätöksellä työehtosopimuksen osapuolet ovat kuitenkin pyrkineet tämän pikemminkin teknisen kysymyksen sääntelemiseksi jättämään kokonaan huomiotta sijoittautumisvapaudesta ja palvelujen tarjoamisen vapaudesta johtuvat velvoitteet.

231. Kun otetaan huomioon, että TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyviä määräyksiä on yhtäältä tarkasteltava teknisenä sääntelynä, jolla on vain vähän tekemistä työehtojen kanssa, ja että toisaalta näissä määräyksissä pyritään jättämään kokonaan huomiotta sijoittautumisvapaudesta ja palvelujen tarjoamisen vapaudesta johtuvat velvoitteet, TV-EUmw/VKA:n 6 §:stä aiheutuva perusvapauksien rajoitus on katsottava suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi. [115]

232. Edellä esitetyn perusteella on näin ollen katsottava, että TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvä eläkelaitosten esivalinta ei ollut tarpeellinen kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevilla perusoikeuksilla suojattujen tavoitteiden saavuttamiseksi eikä oikeassa suhteessa näihin tavoitteisiin nähden.

233. Näiden näkökohtien perusteella katson, että sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden rajoittamista TV-EUmw/VKA:n 6 §:ään sisältyvällä tiettyjen eläkelaitosten hyväksi tehdyllä työehtosopimuksen osapuolten periaatepäätöksellä ei voida perustella kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevilla perusoikeuksilla, koska tämä rajoitus on suhteellisuusperiaatteen vastainen. Nämä perusoikeudet eivät siten ole myöskään esteenä toteamukselle, jonka mukaan kyseisillä puitesopimuksilla, jotka on tehty asianomaisen työehtosopimuksen täytäntöön panemiseksi, saatetaan rikkoa direktiiviä 92/50 tai 2004/18.

115 – Ks. Jarass, D., *EU-Grundrechte*, München, 2005, s. 344, jonka mukaan kollektiivisia neuvotteluja ja työtaistelutoimia koskevan oikeuden rajoitukset ovat mahdollisia erityisesti siinä tapauksessa, että kollektiiviset neuvottelut eivät koske työehtoja.

4. Välipäätelmä

234. Mikäli unionin tuomioistuin tästä ratkaisuehdotuksesta poiketen katsoisi, että yksi tai useampi kunnallinen viranomainen tai yritys on tehnyt direktiivin 92/50 tai direktiivin 2004/18 vastaisesti eläkemaksuiksi muuttamista koskevia puitesopimuksia yhden tai useamman TV-EUmw/VKA:n 6 §:ssä mainitun laitoksen ja yrityksen kanssa, edellä esitettyjen toteamusten perusteella olisi katsottava, etteivät kollektiivisia neuvotteluja ja työehtosopimusvapautta koskevat perusoikeudet ole esteenä sen toteamiselle, että näitä direktiivejä on rikottu rajoituksen suhteettomuuden vuoksi.

VIII Yhteenveto

235. Yhteenvetona katson, että saksalaisten kuntien täytyi työntekijöidensä ammatillista lisäeläkejärjestelmää koskevien puitesopimusten tekemisen yhteydessä noudattaa direktiivin 92/50 tai direktiivin 2004/18 säännöksiä, sikäli kuin näiden direktiivien aineelliset ja henkilölliset soveltamisedellytykset täyttyivät. Sen osoittaminen, että julkisia hankintoja koskevia direktiivejä voitiin soveltaa, on kuitenkin komission tehtävä, eikä se voi tässä yhteydessä nojautua olettamiin.

236. Nyt esillä olevan asian arvioinnin kannalta on lopuksi ratkaisevaa se, että komissio on perustanut laskelmansa yksittäisten puitesopimusten arvosta ja julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisessa käytettävien kynnysarvojen saavuttamisesta siihen olettamaan, että kukin tiettyyn kokoluokkaan kuuluva kaupunki on tehnyt ainoastaan yhden puitesopimuksen. Koska Saksan hallitus on kiistänyt tämän olettaman virheellisenä jo oikeudenkäyntiä edeltäneessä menettelyssä eikä sitä voida tässä yhteydessä moittia yhteistyöhaluttomuudesta tosiseikkojen asianmukaisen tutkinnan yhteydessä, komission kanne on näin ollen riittämättömästi perusteltu ja siksi hylättävä.

IX Ratkaisuehdotus

237. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

1) Kanne hylätään.

2) Komissio velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut Tanskan kuningaskunnan ja Ruotsin kuningaskunnan oikeudenkäyntikuluja lukuun ottamatta. Tanskan kuningaskunta ja Ruotsin kuningaskunta vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.