DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

15. juli 2010 *

I sag C-271/08,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 24. juni 2008,

Europa-Kommissionen ved G. Wilms og D. Kukovec, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma og N. Graf Vitzthum, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af:

Kongeriget Danmark ved B. Weis Fogh og C. Pilgaard Zinglersen, som befuldmægtigede,

Kongeriget Sverige ved A. Falk og A. Engman, som befuldmægtigede,

intervenienter, har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (refererende dommer), J.-C. Bonichot og C. Toader samt dommerne K. Schiemann, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev og J.-J. Kasel,

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. januar 2010,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 14. april 2010,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), idet kommunale myndigheder og virksomheder, som omfatter mere end 1 218 ansatte, har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspension direkte med de institutioner og selskaber, der er nævnt i § 6 i Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst (den kollektive overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere, herefter »TV-EUmw/VKA«), uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Den Europæiske Union.

2 Kommissionen har i replikken omformuleret sin påstand derhen, at Domstolen alene fastslår det hævdede traktatbrud, for så vidt som kommunale myndigheder og virksomheder, der omfattede mere end 2 044 ansatte for perioden svarende til 2004 og 2005, mere end 1 827 ansatte for perioden svarende til 2006 og 2007, og mere end 1 783 ansatte for perioden løbende fra 2008, har indgået sådanne aftaler direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og selskaber uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Unionen.

3 Under retsmødet har Kommissionen omformuleret sin påstand derhen, at Domstolen alene fastslår det hævdede traktatbrud, for så vidt som kommunale myndigheder og virksomheder, der omfattede mere end 2 697 ansatte for perioden svarende til 2004 og 2005 og mere end 2 402 ansatte for perioden svarende til 2006 og 2007, har indgået sådanne aftaler.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

Direktiv 92/50

4 Ottende betragtning til direktiv 92/50 præciserer, at »dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet«.

5 I henhold til artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 forstås i direktivet ved »offentlige tjenesteydelsesaftaler« »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«, med undtagelse bl.a. af »arbejdsaftaler«.

6 Artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved: *ordregivende myndigheder* staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved *offentligretligt organ* forstås ethvert organ,

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person,

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[…]«

7 Artikel 7, stk. 1, 4 og 5, i direktiv 92/50 bestemmer:

»1. a) Dette direktiv finder anvendelse

[…]

— på offentlige tjenesteydelsesaftaler, der omfatter tjenesteydelser som nævnt i bilag I A […],

[…]

ii) som indgås af ordregivende myndigheder nævnt i artikel 1, litra b), bortset fra dem, der er nævnt i bilag I til [Rådets] direktiv 93/36/EØF [af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige

indkøb (EFT L 199, s. 1), såfremt den anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager modværdien i ecu af 200 000 [særlige trækningsrettigheder (SDR)].

[…]

4. Ved beregningen af den anslåede værdi af aftaler vedrørende følgende typer tjenesteydelser skal der, alt efter omstændighederne, tages hensyn til følgende:

— for så vidt angår forsikringstjenesteydelser den præmie, der skal betales

[…]

5. Når det drejer sig om aftaler, hvori der ikke er fastsat en samlet pris, er beregningsgrundlaget for aftalernes anslåede værdi:

— for tidsbegrænsede aftaler, hvis de løber i 48 måneder eller derunder, den samlede værdi for hele løbetiden

— for tidsubegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, den månedlige værdi multipliceret med 48.«

8 De tyske kommunale myndigheder og virksomheder er ikke nævnt i bilag I til direktiv 93/36.

9 I henhold til artikel 8 i direktiv 92/50, indgås »aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, […] i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI«.

10 De i artikel 8 i direktiv 92/50 omhandlede afsnit vedrører henholdsvis valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer (afsnit III), fælles regler på det tekniske område (afsnit IV), fælles regler for offentliggørelse (afsnit V) og fælles regler for deltagelse, kriterier for kvalitativ udvælgelse og kriterier for tildeling af ordren (afsnit VI).

11 Blandt de »tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning«, der opregnes i bilag I A til direktiv 92/50, findes i kategori 6 »finansielle tjenesteydelser«, som omfatter a) »forsikring« og b) »bank- og investeringstjenesteydelser«.

Direktiv 2004/18

12 Betragtning 28 til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Beskæftigelse og erhverv er nøgleelementer for sikringen af lige muligheder for alle og bidrager til integration i samfundet. I så henseende bidrager beskyttede værksteder

og programmer for beskyttet beskæftigelse effektivt til integration eller reintegration på arbejdsmarkedet af handicappede. Men sådanne værksteder er måske ikke i stand til at få kontrakter på normale konkurrencevilkår. Derfor er det hensigtsmæssigt at fastsætte, at medlemsstaterne kan forbeholde retten til at deltage i procedurerne om tildeling af offentlige kontrakter for sådanne værksteder eller forbeholde udførelsen af sådanne kontrakter for programmer for beskyttet beskæftigelse.«

13 Direktiv 2004/18 definerer i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv«, og »offentlige tjenesteydelseskontrakter« som »offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II«.

14 Artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18 definerer »rammeaftale« som »en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder«.

15 Direktiv 2004/18 indeholder i artikel 1, stk. 9, en definition af »ordregivende myndigheder«, som i høj grad svarer til den, der findes i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50.

16 I henhold til artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18 gælder direktivet for offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger 249 000 EUR. Dette beløb er efterfølgende blevet nedsat til 236 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1874/2004 af 28. oktober 2004 om ændring af

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 326, s. 17) og derefter til 211 000 EUR ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT L 333, s. 28).

17 Artikel 9, stk. 1, 8 og 9, i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»1. Den anslåede værdi af en offentlig kontrakt beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale. I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten.

[…]

8. Ved beregningen af den anslåede værdi af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal der tages hensyn til følgende:

a) i forbindelse med følgende typer tjenesteydelser:

i) forsikringstjenesteydelser: den præmie, der skal betales, og andre former for vederlag

[…]

b) i forbindelse med tjenesteydelseskontrakter, hvori der ikke er fastsat en samlet pris:

i) for tidsbegrænsede kontrakter, hvis de løber i 48 måneder eller derunder: den anslåede samlede værdi for hele løbetiden

ii) for tidsubegrænsede kontrakter eller kontrakter, hvis løbetid er over 48 måneder: den månedlige værdi multipliceret med 48.

9. I forbindelse med rammeaftaler […] skal der tages hensyn til den anslåede maksimumsværdi eksklusive moms af alle de kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens […] løbetid.«

18 I henhold til artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 finder det ikke anvendelse på »offentlige tjenesteydelseskontrakter […] om arbejdsaftaler«.

19 Det fremgår af artikel 20 i direktiv 2004/18, at »kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55«.

20 Artikel 23-55 i direktiv 2004/18 opregner de særlige regler vedrørende udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet (artikel 23-27), udbudsprocedurer (artikel 28-34), bestemmelser om offentliggørelse og gennemsigtighed (artikel 35-43) og bestemmelser om udbudsprocedurens afvikling (artikel 44-55).

21 Blandt de tjenesteydelser, der opregnes i bilag II A til direktiv 2004/18, findes i kategori 6 »finansielle tjenesteydelser«, som omfatter a) »forsikring« og b) »bank- og investeringstjenesteydelser«.

22 I fortegnelsen over offentligretlige organer og kategorier af organer, jf. artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18, der findes i bilag III til dette direktiv, nævnes under rubrik III vedrørende Forbundsrepublikken Tyskland »offentlige instanser, institutioner og fonde, som er oprettet af staten, delstaterne eller de lokale myndigheder«.

Nationale bestemmelser

23 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (lov om forbedring af arbejdsmarkedspensionen) af 19. december 1974 (BGBl. I, s. 3610), som ændret ved § 5 i lov af 21. december 2008 (BGBl. I, s. 2940, herefter »BetrAVG«), bestemmer i § 1 med overskriften »Arbejdsgivers tilsagn om arbejdsmarkedspension«:

»(1) Hvis en arbejdstager af arbejdsgiveren gives tilsagn om alders-, invaliditets- eller efterladtepensionsydelser på grundlag af ansættelsesforholdet (arbejdsmarkedspension), gælder denne lovs bestemmelser. Arbejdsmarkedspensionen kan gennemføres direkte af arbejdsgiveren eller af en af de i § 1b, stk. 2-4, omhandlede forsikringsinstitutioner. Arbejdsgiveren er også ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende.

(2) Der foreligger tillige arbejdsmarkedspension, når

[…]

3. kommende løntilgodehavender konverteres til en modsvarende ret til pensionsydelser (lønkonvertering) eller

4. arbejdstageren indbetaler bidrag indeholdt i lønnen til finansiering af arbejdsmarkedspensionsydelser til en pensionsfond, en pensionskasse eller en direkte forsikring, og arbejdsgiverens tilsagn ligeledes omfatter ydelser hidrørende fra disse bidrag; bestemmelserne om lønkonvertering finder herved tilsvarende anvendelse, for så vidt som de ydelser, der er givet tilsagn om, og som hidrører fra disse bidrag, finansieres ved kapitaldækning.«

24 BetrAVG's § 1a, stk. 1, med overskriften »Ret til arbejdsmarkedspension gennem lønkonvertering« bestemmer følgende:

»Arbejdstageren kan kræve af arbejdsgiveren, at der af kommende løntilgodehavender anvendes op til 4% af den gældende øvre bidragsgrænse i den almindelige pensionsforsikring gennem lønkonvertering til hans arbejdsmarkedspension. Gennemførelsen af arbejdstagerens ret reguleres ved aftale. Hvis arbejdsgiveren er rede til en gennemførelse via en pensionsfond eller en pensionskasse (§ 1b, stk. 3), gennemføres indbetalingen af bidrag til arbejdsmarkedspensionen til denne fond eller kasse; i modsat fald kan arbejdstageren kræve, at arbejdsgiveren tegner en direkte forsikring til ham (§ 1b, stk. 2). Gøres der brug af den ovenstående ret, henlægger arbejdstageren

hvert år et bidrag på mindst en 160. del af lønnen, jf. § 18, stk. 1, i fjerde bog i socialloven, til sin arbejdsmarkedspension. Hvis arbejdstageren henlægger en del af sin almindelige løn til arbejdsmarkedspensionen, kan arbejdsgiveren kræve, at der i løbet af et kalenderår henlægges identiske månedlige beløb hertil.«

25 BetrAVG's § 17, stk. 3 og 5, med overskriften »Personkreds og mulighed for fravigelse ved kollektiv overenskomst« har følgende ordlyd:

»(3) § 1a […] kan fraviges i kollektive overenskomster. Undtagelsesbestemmelserne gælder mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, som ikke er bundet af en kollektiv overenskomst, når disse aftaler at lade overenskomstens relevante bestemmelser finde anvendelse mellem sig. Herudover kan bestemmelserne i nærværende lov til fordel for arbejdstageren ikke fraviges.

[…]

(5) For så vidt løntilgodehavender beror på en kollektiv overenskomst, kan disse kun anvendes til lønkonvertering, såfremt dette er fastsat eller tilladt ved kollektiv overenskomst.«

26 TV-EUmw/VKA blev indgået den 18. februar 2003 mellem Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (sammenslutning af kommunale arbejdsgiverforeninger, herefter »VKA«) og Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft e.V. (ver.di) (servicesektorens fagforening). VKA har indgået en lignende kollektiv overenskomst med en anden fagforening, nemlig dbb tarifunion.

27 TV-EUmw/VKA giver i § 2 og 3 de arbejdstagere, som henhører under en af de i § 1 nævnte kollektive overenskomster, ret til at anmode arbejdsgiveren om delvis konvertering af deres fremtidige løntilgodehavender til pensionsopsparing inden for de grænser, der er fastsat i BetrAVG. I henhold til § 5 i TV-EUmw/VKA skal en sådan anmodning ske skriftligt til arbejdsgiveren. I henhold til samme bestemmelse er arbejdstageren bundet i en periode på mindst et år af aftalen med arbejdsgiveren om delvis konvertering af fremtidige løntilgodehavender.

28 § 6 i TV-EUmw/VKA med overskriften »Nærmere regler for gennemførelsen« bestemmer følgende:

»Delvis lønkonvertering ifølge gennemførelsesreglerne i BetrAVG skal ske ved offentlige supplerende pensionsordninger, jf. dog andet og tredje punktum.

Arbejdsgiveren kan på grundlag af arbejdsmarkedspensionen efter første punktum også vælge en gennemførelse, der tilbydes af Sparkassen-Finanzgruppe eller de kommunale forsikringsselskaber.

Ved regional kollektiv overenskomst kan der om nødvendigt indføres bestemmelser, der afviger fra første og andet punktum.«

29 § 7, stk. 1, i TV-EUmw/VKA fastsætter dennes ikrafttrædelsesdato til den 1. januar 2003. § 7, stk. 2, i TV-EUmw/VKA bestemmer, at sidstnævnte kan opsiges med tre måneders varsel til udgangen af et kalenderår, tidligst den 31. december 2008.

Den administrative procedure

30 Som følge af en klage underrettede Kommissionen ved åbningsskrivelse af 18. oktober 2005 Forbundsrepublikken Tyskland om, at medlemsstaten i forbindelse med et antal kommunale myndigheders og virksomheders indgåelse af tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og selskaber, uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for Unionen, kunne have tilsidesat artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI, i direktiv 92/50 og under alle omstændigheder principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

31 Ved skrivelse af 29. marts 2006 bestred Forbundsrepublikken Tyskland, at de kommunale myndigheder og virksomheder handler som »ordregivende myndigheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 92/50, når de udfylder deres arbejdsgiverfunktion på området for arbejdsmarkedspension. Medlemsstaten gjorde ligeledes gældende, at de omhandlede forsikringsaftaler henhører under arbejdsforhold og følgelig ikke udgør offentlige aftaler, idet de kommunale arbejdsgivere reelt blot varetager en opgave som betalingsorgan med henblik på udveksling af ydelser mellem de arbejdstagere, der har valgt delvis lønkonvertering til pensionsopsparing, og forsikringsinstitutionerne. Medlemsstaten anførte ligeledes, at anvendelsen af udbudsretten på indgåelsen af de omtvistede aftaler ville være i strid med den aftalefrihed på arbejdsmarkedet, som følger af § 9, stk. 3, i den tyske grundlov (Grundgesetz).

32 Da Kommissionen ikke var tilfreds med svaret, tilstillede den ved skrivelse af 4. juli 2006 Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse, hvori den præciserede, at dens klagepunkter ligeledes fra den 1. februar 2006 omfattede tilsidesættelse af

artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i direktiv 2004/18, der i det væsentlige gentog bestemmelserne i direktiv 92/50, som Kommissionen havde påberåbt sig i åbningsskrivelsen.

33 I svar af 15. november 2006 på den begrundede udtalelse bekræftede Forbundsrepublikken Tyskland sit standpunkt og vedlagde besvarelsen en sagkyndig erklæring til godtgørelse af, at den omhandlede lønkonverteringsforanstaltning henhører under begrebet løn. Den anførte tillige, at tærskelværdierne for anvendelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser ikke var nået i det foreliggende tilfælde, henset til nødvendigheden af at vurdere hver enkelt aftale individuelt. Medlemsstaten understregede endelig, at den under alle omstændigheder ikke kunne berigtige en eventuel tilsidesættelse af EU-retten, idet den ikke havde beføjelse til at give arbejdsmarkedets parter instrukser.

34 Ved en skrivelse af 30. januar 2007 fremsendte Kommissionen en anmodning om oplysninger til Forbundsrepublikken Tyskland med henblik på særligt at vurdere, om det socialpolitiske aspekt kunne berettige en undtagelse fra de EU-retlige udbudsbestemmelser i det konkrete tilfælde.

35 Da Kommissionen fandt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke i sin besvarelse herpå af 1. marts 2007 var fremkommet med en passende begrundelse, besluttede den at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

Om anvendeligheden af direktiv 92/50 og 2004/18 på indgåelse af aftaler med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og selskaber

36 Det skal først undersøges, om indgåelsen af aftaler med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og selskaber (herefter »de omstridte aftaleindgåelser«), som Forbundsrepublikken Tyskland samt Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige har gjort gældende, på grund af deres art og formål falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 92/50 og 2004/18. De foreslår, at det ræsonnement, som Domstolen anvendte i dom af 21. september 1999, Albany (sag C-67/96, Sml. I, s. 5751), og af 21. september 2000, van der Woude (sag C-222/98, Sml. I, s. 7111), overføres til nærværende sammenhæng, idet disse medlemsstater bygger deres argumentation på den omstændighed, at de pågældende aftaleindgåelser har gennemført en kollektiv overenskomst, som er forhandlet mellem arbejdsmarkedets parter, nærmere bestemt § 6 i TV-EUmw/VKA.

37 Herved bemærkes for det første, at retten til kollektiv forhandling, som i nærværende sag er udøvet af de parter, der har underskrevet TV-EUmw/VKA, er anerkendt såvel i forskellige internationale instrumenter, som medlemsstaterne har indgået og tiltrådt, såsom artikel 6 i den europæiske socialpagt, undertegnet i Torino den 18. oktober 1961, revideret i Strasbourg den 3. maj 1996, som i de instrumenter, der er udarbejdet af medlemsstaterne på fællesskabsplan eller inden for rammerne af Unionen, såsom punkt 12 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmæssige og sociale rettigheder, vedtaget på Det Europæiske Råds møde i Strasbourg den 9. december 1989, og artikel 28 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), der ifølge artikel 6 TEU har samme retlige værdi som traktaterne.

38 Det fremgår af den nævnte artikel 28 i chartret, sammenholdt med artikel 52, stk. 6, heri, at beskyttelsen af den grundlæggende ret til kollektive forhandlinger skal tage hensyn til bl.a. national ret og praksis.

39 Det fremgår i øvrigt af artikel 152 TEUF, at Unionen anerkender og fremmer arbejdsmarkedsparternes rolle på EU-plan under hensyntagen til de nationale systemers forskelligartede karakter.

40 Det skal for det andet bemærkes, at som der er enighed om mellem tvistens parter, opfylder TV-EUmw/VKA generelt et socialt formål. Overenskomsten tilsigter således at forbedre niveauet for de berørte arbejdstageres pensioner ved at fremme udviklingen af pensionsopsparinger i overensstemmelse med BetrAVG gennem en delvis konvertering af de berørte arbejdstageres løn.

41 Den grundlæggende karakter af retten til kollektive forhandlingers og det sociale formål med TV-EUmw/VKA set som helhed kan imidlertid ikke i sig selv medføre en automatisk fritagelse for de kommunale arbejdsgivere, der gør brug af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser på udbudsområdet, til at overholde kravene ifølge direktiv 92/50 og 2004/18.

42 Domstolen har allerede fastslået, at bestemmelser i kollektive overenskomster ikke er udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om personers frie bevægelighed (jf. dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, den såkaldte »Viking Line«-dom, Sml. I, s. 10779, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

43 Udøvelsen af en grundlæggende rettighed, såsom retten til kollektiv forhandling, kan desuden undergives visse begrænsninger (jf. i denne retning Viking Line-dommen, præmis 44, og dom af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 91). Særligt gælder, at selv om det er korrekt, at retten til kollektiv forhandling i Tyskland har en forfatningsretlig beskyttelse, sikret generelt ved § 9, stk. 3, i den tyske grundlov om retten til at stifte foreninger til bevarelse og forbedring af arbejdsvilkårene samt de økonomiske forhold, gælder det ikke desto mindre, at denne ret i henhold til chartrets artikel 28 skal udøves i overensstemmelse med EU-retten.

44 Udøvelsen af den grundlæggende ret til kollektive forhandlinger skal således være i overensstemmelse med kravene ifølge de friheder, der er beskyttet af EUF-traktaten, og som direktiv 92/50 og 2004/18 tilsigter at gennemføre, ligesom den skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning Viking Line-dommen, præmis 46, og Laval un Partneri-dommen, præmis 94).

45 Det er ganske vist korrekt, at Domstolen bl.a. i Albany- og van der Woude-dommene har fastslået, at på trods af de konkurrencebegrænsende virkninger af en kollektiv overenskomst mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, der i en bestemt sektor indfører en tillægspensionsordning administreret af en pensionsfond, som det er obligatorisk at være medlem af, henhører en sådan overenskomst ikke under artikel 101, stk. 1, TEUF.

46 Et sådant ræsonnement foregriber imidlertid på ingen måde det særlige spørgsmål i nærværende sag om, hvorvidt de EU-retlige bestemmelser om anvendelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser på udbudsområdet er overholdt i forbindelse med en kollektiv arbejdsmarkedsoverenskomst vedrørende offentligt ansatte, ved udpegelsen af de forsikringsinstitutioner, der skal have ansvar for gennemførelsen af den omhandlede lønkonverteringsforanstaltning.

47 Det kan i denne forbindelse ikke antages, at selve udøvelsen af aftalefriheden for arbejdsmarkedets parter og retten til kollektive forhandlinger nødvendigvis er i strid med de direktiver, som gennemfører den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. i denne retning Viking Line-dommen, præmis 52).

48 Den omstændighed, at en aftale eller en aktivitet falder uden for anvendelsesområdet for traktatens konkurrencebestemmelser, har i øvrigt ikke automatisk til virkning, at denne aftale eller aktivitet dermed ikke skal overholde kravene ifølge disse direktivers bestemmelser, idet disse bestemmelser hver især har forskellige anvendelsesbetingelser (jf. i denne retning Viking Line-dommen, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

49 Endelig bemærkes, at til forskel fra det formål, som arbejdsmarkedets parter er blevet enige om, nemlig at forbedre niveauet for de kommunalt ansatte arbejdstagere, berører udpegelsen af institutioner og selskaber i en kollektiv overenskomst som den i sagen omhandlede ikke kernen i retten til kollektive forhandlinger.

50 I lyset af ovenstående bemærkninger fører den omstændighed, at de omstridte aftaleindgåelser foretages med anvendelse af en kollektiv overenskomst, ikke i sig selv til at undtage det foreliggende tilfælde fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50 og 2004/18.

51 Herefter er det spørgsmålet, om de krav, der er forbundet med gennemførelsen af det sociale formål, som i det foreliggende tilfælde forfølges af parterne i den kollektive forhandling, er i overensstemmelse med kravene ifølge direktiv 92/50 og 2004/18.

52 Et sådant spørgsmål forudsætter, at det, henset til sagens akter, undersøges, om der ved fastlæggelsen af indholdet i § 6 i TV-EUmw/VKA — som Kommissionen tager sigte på i stævningen, for så vidt som bestemmelsen har dannet grundlag for de omstridte aftaleindgåelser — blev foretaget en korrekt afvejning ved vurderingen af de forskellige interesser, nemlig et forbedret niveau for de berørte arbejdstageres pension på den ene side og gennemførelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser samt åbningen af konkurrencen på EU-plan på den anden side (jf. analogt dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 81 og 82).

53 Selv om det i denne forbindelse ganske vist er korrekt, at § 6 i TV-EUmw/VKA indgår i en kollektiv overenskomst, der, som fremhævet i denne doms præmis 40, generelt forfølger et socialt formål, skal det imidlertid bemærkes, som også generaladvokaten har gjort det i punkt 176 i forslaget til afgørelse, at bestemmelsen fuldstændig vil udelukke anvendelsen af reglerne i direktiv 92/50 og 2004/18 på området for kommunalt ansattes pensionsopsparing på ubestemt tid, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland ikke har benægtet.

54 Medlemsstaten har imidlertid for det første gjort gældende, at § 6 i TV-EUmw/VKA er udtryk for en fælles løsning, der tager hensyn til de forskellige interesser, som den kollektive overenskomsts parter har. Medlemsstaten har understreget, at udpegelsen heri af de forsikringsinstitutioner og -selskaber, der som de eneste kan få ansvaret for gennemførelsen af lønkonverteringsforanstaltningen i den kommunale sektor, gør det muligt på en mere fordelagtig måde at inddrage arbejdstagerne og tage hensyn til disses interesser, end hvis valget af forsikringsselskab eller -selskaber blev truffet af hver kommunal arbejdsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure.

55 Det skal dog bemærkes, at det er muligt at bringe anvendelsen af udbudsprocedurerne på linje med de mekanismer særligt i tysk socialret, der sikrer arbejdstagerne eller deres repræsentanters deltagelse inden for den pågældende kommunale myndighed eller virksomhed i beslutningstagningen vedrørende valget af den eller de

forsikringsinstitutioner, som får ansvaret for gennemførelsen af lønkonverteringsforanstaltningen, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland ikke har anfægtet under retsmødet.

56 En anvendelse af udbudsprocedurerne udelukker i øvrigt ikke, at udbudsbekendtgørelsen pålægger de interesserede bydende betingelser, som afspejler de berørte arbejdstagers interesser.

57 Forbundsrepublikken Tyskland, der på dette punkt støttes af Kongeriget Danmark, har for det andet gjort gældende, at tilbuddene fra de institutioner og selskaber, der er omhandlet i § 6 i TV-EUmw/VKA, bygger på solidaritetsprincippet. Under retsmødet blev der lagt vægt på, at en forsikringsaftale på grund af risikofordelingen gør det muligt at foretage en udligning mellem de »gode« og de »dårlige« risici, særligt når arbejdsmarkedspensionsydelserne udbetales i form af livrente, der udbetales frem til den begunstigedes død. Det blev ligeledes understreget, at de pågældende institutioner og selskaber ikke på nogen måde foretager en udvælgelse af de interesserede ansøgere på grundlag af medicinske kriterier.

58 Herved må det dog fremhæves, at bevarelsen af disse solidaritetselementer ikke i sig selv er uforenelig med anvendelsen af en udbudsprocedure. Risikofordelingen, som enhver forsikringsaktivitet bygger på, kan således sikres af en forsikringsinstitution eller et forsikringsselskab, der er blevet udvalgt ved et udbud inden for Unionen. Intet i udbudsdirektiverne er i øvrigt til hinder for, at en kommunal arbejdsgiver i udbudsbekendtgørelsen præciserer de betingelser, der skal opfyldes af de bydende for at undgå eller begrænse en udvælgelse efter medicinske kriterier af de arbejdstagere, der er interesseret i lønkonverteringen.

59 Forbundsrepublikken Tyskland har for det tredje peget på den erfaring og finansielle soliditet, som de institutioner og selskaber, der er nævnt i § 6 i TV-EUmw/VKA, er i besiddelse af. Medlemsstaten har tilføjet, at valget af disse institutioner og selskaber kan sikre lønkonverteringsforanstaltningens tiltrækning på arbejdstagerne i kommunalforvaltningen.

60 Ud over den kendsgerning, at de EU-retlige udbudsdirektiver indeholder bestemmelser, som giver de ordregivende myndigheder mulighed for at forsikre sig om de bydendes professionelle og finansielle kapacitet, er der dog intet grundlag for at formode, at disse forhold om erfaring og finansiel soliditet generelt ikke er til stede for så vidt angår de forsikringsinstitutioner og -selskaber, der ikke er nævnt i den pågældende § 6.

61 Det skal i denne forbindelse særligt understreges, at i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF af 5. november 2002 om livsforsikring (EFT L 345, s. 1) er de private virksomheder, som praktiserer gruppeforsikringer, underlagt bestemmelserne om forsigtighedstilsyn, der koordineres på EU-plan, og som særligt tilsigter at sikre deres finansielle soliditet.

62 De arbejdsmarkedsrelaterede pensionskasser er reguleret på samme måde i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/41/EF af 3. juni 2003 om arbejdsmarkedsrelaterede pensionskassers aktiviteter og tilsynet hermed (EUT L 235, s. 10). Disse regler, som koordineres på EU-plan, har til formål at garantere et højt sikkerhedsniveau for fremtidens modtagere af pensionsydelser fra de nævnte institutioner (jf. i denne retning dom af 14.1.2010, sag C-343/08, Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik, Sml. I, s. 275, præmis 45).

63 Det skal ligeledes bemærkes, at ifølge de oplysninger, som Forbundsrepublikken Tyskland har fremlagt, er forsikringsaftalerne på grundlag af § 6, tredje punktum, i TV-EUmw/VKA af de kommunale arbejdsgivere blevet indgået direkte med andre institutioner end dem, der er omfattet af nævnte § 6, første og andet punktum. Under nærværende sag er det på ingen måde blevet godtgjort — end ikke gjort gældende — at denne løsning har formindsket de berørte arbejdstageres interesse i lønkonverteringsforanstaltningen.

64 Den pågældende medlemsstat har for det fjerde fremhævet, at § 6 i TV-EUmw/VKA giver de kommunale myndigheder mulighed for at drage fordel af en individuel procedure til udvælgelse af den eller de institutioner, der skal have ansvaret for gennemførelsen af lønkonverteringsforanstaltningen inden for deres egne myndigheder og virksomheder. Administrationsudgifterne hos de institutioner og selskaber, der er omfattet af § 6, er i øvrigt af ret begrænset karakter.

65 Sådanne betragtninger kan imidlertid ikke berettige, at bestemmelser og procedurer, som i de kommunale arbejdsgiveres og deres ansattes interesse skal sikre adgangen til et udvidet udbud af tjenesteydelser på EU-plan, omgås.

66 Henset til bemærkningerne i denne doms præmis 53-65, skal det konkluderes, at overholdelsen af udbudsdirektiverne ikke ses at være uforenelig med gennemførelsen af det sociale formål, der forfølges af TV-EUmw/VKA's parter ved udøvelsen af deres ret til kollektive forhandlinger.

67 Følgelig skal det undersøges, om de omstridte aftaleindgåelser opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18.

Om kvalificeringen af de indgåede aftaler som offentlige tjenesteydelsesaftaler i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 92/50 og 2004/18

68 Indledningsvis konstateres der at være enighed mellem sagens parter om, at de omhandlede aftaler vedrører forsikringsydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i kategori 6, litra a), i bilag I A til direktiv 92/50 eller II A til direktiv 2004/18.

69 Der er ligeledes enighed mellem parterne om, at disse aftaler er blevet indgået skriftligt som foreskrevet i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 eller artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

70 Forbundsrepublikken Tyskland har derimod, støttet af Kongeriget Sverige, for det første anfægtet, at de øvrige betingelser, som disse bestemmelser lader kvalificeringen som »offentlig aftale« i direktivernes forstand være afhængig af, er opfyldt i nærværende sag.

71 Medlemsstaten har anført, at de kommunale arbejdsgivere ikke handler som ordregivende myndigheder, når de alene på området for arbejdsmarkedspension gennemfører et valg, som på forhånd er fastlagt i en kollektiv overenskomst, uden at have en beslutningsfrihed, der kunne føre til, at de af egen vilje gav en fortrinsstilling til den ene eller anden bydende.

72 Den har i øvrigt hævdet, at de omhandlede aftaler ikke er gensidigt bebyrdende aftaler. Der foreligger således alene et økonomisk udvekslingsforhold mellem forsikringsinstitutionen og den arbejdstager, der har valgt lønkonvertering. Arbejdsgiveren påtager sig for sin del alene for arbejdstageren at overføre de bidrag, der i henhold til overenskomsten er indeholdt i arbejdstagerens løn, til denne institution. Aftalerne

har til formål at gennemføre en foranstaltning til fordel for arbejdstagerne og ikke at indgå en aftale til fordel for den offentlige myndighed.

73 Det skal i denne forbindelse først fastslås, at der hverken i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 eller i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 sondres mellem offentlige aftaler, som en ordregivende myndighed indgår for at opfylde den opgave at imødekomme almenhedens behov, og kontrakter, der ikke vedrører denne opgave. Når der ikke opstilles en sådan sondring, skyldes det formålet med disse direktiver, som er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter (jf. analogt dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 32 og 33).

74 Det skal endvidere bemærkes, at TV-EUmw/VKA, særligt § 6, er blevet forhandlet bl.a. af repræsentanter for de kommunale arbejdsgivere. Disse arbejdsgivere har følgelig øvet indflydelse — i det mindste indirekte — på indholdet af bestemmelsen.

75 Betingelsen om den gensidigt bebyrdende karakter af de omhandlede aftaler indebærer endelig en undersøgelse af, hvorvidt disse aftaler er af direkte økonomisk interesse for de kommunale arbejdsgivere, der indgår dem (jf. analogt dom af 25.3.2010, sag C-451/08, Helmut Müller, Sml. I, 2673, præmis 48 og 49).

76 Herved bemærkes, at på området for kommunal offentlig forvaltning fremgår det af § 6 i TV-EUmw/VKA, at arbejdsgiveren skal gennemføre lønkonverteringsforanstaltningen ved de offentlige institutioner, der er omfattet af første punktum i

den pågældende bestemmelse, eller, hvis dette ikke er muligt, vælge de gennemførelsesmuligheder, som tilbydes af de selskaber, der er nævnt i bestemmelsens andet punktum.

77 I henhold til § 1, stk. 1, i BetrAVG er arbejdsgiveren »også ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende«.

78 Den kommunale arbejdsgiver forhandler således indholdet af en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab, som er underlagt særlige forsigtighedskrav, der skal sikre dets finansielle soliditet. Sidstnævntes ydelser giver arbejdsgiveren mulighed for at varetage sin forpligtelse til korrekt at udføre denne form for opsat lønudbetaling, som følger af lønkonverteringsforanstaltningen. De frigør ligeledes arbejdsgiveren fra forvaltningen af denne foranstaltning.

79 På grundlag af en sådan aftale indbetaler den kommunale arbejdsgiver til den omhandlede institution eller selskab de bidrag, der er indeholdt i lønnen, som den er forpligtet til i forhold til arbejdstagerne, og opnår til gengæld de tjenesteydelser, der var en del af dens forpligtelse, jf. § 1, stk. 1, i BetrAVG, til at sørge for tildeling af pensionsydelserne til fordel for de arbejdstagere, som med arbejdsgiverens tilsagn har valgt at gøre brug af lønkonverteringsforanstaltningen.

80 Den omstændighed, at de endelige modtagere af pensionsydelserne er de arbejdstagere, der er tiltrådt den pågældende foranstaltning, kan ikke rejse tvivl om en sådan aftales gensidigt bebyrdende karakter.

81 Forbundsrepublikken Tyskland, som på dette punkt støttes af Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige, har for det andet gjort gældende, at den undtagelse, der er fastsat i henholdsvis artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 til fordel for arbejdsaftaler og i artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 til fordel for arbejdsaftaler, omfatter enhver tjenesteydelse, hvis grundlag som i nærværende sag er en aftale af denne art eller en kollektiv overenskomst, der er en integrerende del deraf, og som efter sit formål hører under arbejdsretten.

82 Henset til bemærkningerne i denne doms præmis 4 og 12, kan nævnte undtagelse, der som fravigelse fra anvendelsen af udbudsdirektiverne skal være genstand for en streng fortolkning, imidlertid ikke udvides til at omfatte tjenesteydelser, der, som i nærværende sag, ikke bygger på en arbejdsaftale, men på en aftale indgået mellem en arbejdsgiver og et forsikringsselskab, og som ydermere ikke har noget at gøre med det særlige hensyn, som EU-lovgiver har givet udtryk for i betragtning 28 til direktiv 2004/18.

Om bestemmelsen af aftalens værdi og overskridelsen af tærskelværdierne for anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18

83 Det skal indledningsvis konstateres, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har benægtet relevansen af tærskelværdierne på 236 000 EUR og 211 000 EUR, som

Kommissionen har påberåbt sig for perioden svarende til henholdsvis årene 2004 og 2005 og årene 2006 og 2007, med henblik på i nærværende sag at afgrænse, hvilke aftaler der på grund af deres værdi falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 92/50 og for direktiv 2004/18.

84 Forbundsrepublikken Tyskland har derimod anfægtet rigtigheden af Kommissionens beregningsmetode ved fastlæggelsen af, hvilken størrelse ud fra antal medarbejdere skal være afgørende for, om de kommunale arbejdsgivere er forpligtet til at indgå forsikringsaftaler, hvis værdi er lig med eller overskrider den relevante grænseværdi for anvendelsen af direktiv 92/50 eller direktiv 2004/18.

85 Den pågældende medlemsstat har for det første hævdet, at beregningen af aftalens værdi i direktivernes forstand i nærværende sag udelukkende skal bygge på størrelsen af de administrationsomkostninger, der af selskabet kræves som vederlag for de leverede ydelser, og ikke på den samlede størrelse af de bidrag, der indbetales inden for rammerne af lønkonverteringen, idet sidstnævnte beløb reelt er umuligt at afgøre præcist ved indgåelsen af forsikringsaftalen.

86 Det skal imidlertid bemærkes i denne forbindelse, at for så vidt angår aftaler om forsikringstjenesteydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i kategori 6, litra a), i bilag I A til direktiv 92/50 eller bilag II A til direktiv 2004/18, nævner såvel artikel 7, stk. 4, første led, i direktiv 92/50 som artikel 9, stk. 8, litra a), nr. i), i direktiv 2004/18 »den præmie, der skal betales«, som det forhold, på grundlag af hvilket beregningen af den pågældende aftales anslåede værdi finder sted.

87 Hvad angår arbejdsmarkedspensionsydelser svarer »den anslåede værdi af en kontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i bestemmelserne nævnt i ovenstående præmis, følgelig, som Kommissionen med rette har anført, til den anslåede værdi af præmierne, i det foreliggende tilfælde de bidrag, der er indeholdt i de berørte arbejdstageres løn med henblik på lønkonvertering af den pågældende kommunale myndighed eller virksomhed, og anvendt til finansiering af de endelige

arbejdsmarkedspensionsydelser. Således udgør de pågældende præmier i det foreliggende tilfælde hovedvederlaget for de ydelser, som institutionerne eller selskaberne leverer til den kommunale arbejdstager ved udførelsen af disse tjenesteydelser.

88 I en sammenhæng som i nærværende sag, hvor en præcis angivelse på tidspunktet for indgåelsen af den omhandlede aftale af den samlede værdi af disse præmier er umuliggjort af det valg, som er overladt hver arbejdstager, til at tilslutte sig lønkonverteringsforanstaltningen eller ej, og henset til varigheden af en sådan aftale, som er langvarig, ja endda tidsubestemt, hvilket er blevet bekræftet af drøftelserne under retsmødet, følger det såvel af artikel 7, stk. 5, andet led, i direktiv 92/50 som af artikel 9, stk. 8, litra b), nr. ii), i direktiv 2004/18, at der som grundlag for beregningen af denne aftales anslåede værdi skal anvendes »den månedlige værdi multipliceret med 48«.

89 Generaladvokaten har anført i punkt 150 i forslaget til afgørelse, at Kommissionen derfor med rette i nærværende sag — således som de pågældende kommunale arbejdsgivere burde have gjort det — først har lagt et skøn over størrelsen af det månedlige beløb, der ville være genstand for lønkonvertering, multipliceret med 48, til grund for sin beregning. Kommissionen har derefter, henset til produktet af denne multiplikation, fastsat antallet af individuelle arbejdstagere, som skulle tiltræde lønkonverteringen for at opnå den relevante tærskelværdi for anvendelsen af de EU-retlige udbudsbestemmelser. Endelig har den på grundlag af en skønsmæssig ansættelse af den procentdel af de kommunalt ansatte arbejdstagere, der vil deltage i lønkonverteringsforanstaltningen, fastlagt den afgørende størrelse i forhold til antal arbejdstagere, på grundlag af hvilken de kommunale arbejdsgivere har indgået aftaler, der når eller overskrider den pågældende tærskelværdi.

90 Forbundsrepublikken Tyskland har for det andet anført, at Kommissionen i sine beregninger fejlagtigt har undladt at tage hensyn til den omstændighed, som blev understreget under den administrative procedure, at et vist antal kommunale arbejdsgivere

for at gennemføre lønkonverteringsforanstaltningen inden for deres egne myndigheder eller virksomheder har indgået flere aftaler med forskellige institutioner og selskaber. Medlemsstaten er af den opfattelse, at denne omstændighed burde have ført Kommissionen til at beregne aftalens anslåede værdi i forhold til hver enkelt forsikringsaftale, der er indgået med den kommunale arbejdsgiver.

91 Uanset hvad grundene kan have været for at føre de kommunale arbejdsgivere til en sådan praksis, og uafhængigt af spørgsmålet, om de omstridte aftaler — som hævdet af Kommissionen, men bestridt af Forbundsrepublikken Tyskland — udgør rammeaftaler i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18, fremgår det af selve ordlyden af dette direktivs artikel 9, stk. 1, som indeholder den almindelige regel til beregning af en offentlig aftales anslåede værdi, at denne beregning bygges på aftalens »samlede beløb« anslået af den ordregivende myndighed.

92 I det foreliggende tilfælde skal den relevante beregning følgelig bygge på aftalens anslåede samlede beløb vedrørende arbejdsmarkedspension i den pågældende myndighed eller virksomhed, ud fra de præmier, der er forbundet med lønkonverteringen.

93 Som Kommissionen har gjort gældende, ville en beregning, som bygger på antallet af forsikringsaftaler indgået af den pågældende kommunale arbejdsgiver, som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort sig til talsmand for, ved en aftale, hvis formål i sagens natur kun er ét, føre til en kunstig opdeling af aftalen, hvilket ville holde den uden for anvendelsen af de EU-retlige udbudsbestemmelser, selv om dens samlede anslåede værdi er lig med eller højere end den relevante tærskelværdi for anvendelse af disse bestemmelser.

94 En sådan beregning ville endvidere tilsidesætte retssikkerhedsprincippet, idet den individuelle værdi af de forskellige eventuelle aftaler på tidspunktet for deres indgåelse end ikke kan anslås, henset til umuligheden af at forudse, end ikke tilnærmelsesvis, i hvilken grad det efterfølgende valg hos hver arbejdstager, der ønsker at tiltræde lønkonverteringsforanstaltningen, har betydning på hver af de omhandlede virksomheder. En sådan beregning, som bygger på en ren matematisk opdeling af den samlede anslåede værdi af aftalen i forhold til antallet af omfattede forsikringsaftaler, ville således kunne føre til en friholdelse af alle disse aftaler fra anvendelsen af de EU-retlige udbudsbestemmelser, selv om det efterfølgende viser sig, at værdien af visse af disse aftaler havde nået eller overskredet den relevante tærskelværdi for anvendelse heraf på grund af antallet af tilmeldte arbejdstagere og størrelsen af de præmier, der var blevet indbetalt til det pågældende selskab.

95 Forbundsrepublikken Tyskland har for det tredje under hele sagen ved Domstolen anfægtet rigtigheden af de tal, som Kommissionen har påberåbt sig i forbindelse med niveauet af kommunalt ansatte arbejdstagere, der har tiltrådt lønkonverteringsforanstaltningen.

96 Herom bemærkes, at Kommissionen på hvert trin under sagen ved Domstolen har søgt at bygge sin beregning på de mest troværdige tal, der blev fremlagt af Forbundsrepublikken Tyskland, for så vidt angår antallet af tilmeldte kommunalt ansatte i lønkonverteringsforanstaltningen, hvilket førte Kommissionen til at begrænse genstanden for søgsmålet endeligt på den måde, som der er redegjort for i denne doms præmis 3 vedrørende den periode, der dækker årene 2004-2007.

97 I denne forbindelse skal det indledningsvis fremhæves, at tvistens genstand kan omfatte også de omtvistede aftaleindgåelser, der har fundet sted efter udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, nemlig den 4. september 2006, idet disse aftaleindgåelser hidrører fra en adfærd af samme slags som den, der er omfattet af den pågældende begrundede udtalelse (jf. i denne retning dom af 22.3.1983, sag 42/82, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1013, præmis 20, af 4.2.1988, sag 113/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 607, præmis 11, og af 9.11.2006, sag C-236/05, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 10819, præmis 12).

98 Ved den omstændighed, at Kommissionen i sine beregninger gennemført under denne sag har valgt at anvende talmaterialet for 2006, som var det år, hvor den ovennævnte frist udløb, på hele perioden ifølge sagsanlægget, overses derimod det forhold, at de kommunale arbejdsgivere, der indgik de omstridte aftaler i løbet af 2004 eller 2005, alene kunne vurdere den omhandlede aftale på grundlag af antagelser vedrørende et af disse to år. Det tilkom følgelig Kommissionen i beregningerne for henholdsvis 2004 og 2005 at tage hensyn til det talmateriale, der vedrører det hertil svarende år.

99 Det fremgår af Forbundsrepublikken Tysklands oplysninger i duplikken, at dette talmateriale på følgende måde viser henholdsvis den gennemsnitlige månedlige størrelse af lønkonverteringerne pr. arbejdstager og procentdelen af kommunalt ansatte arbejdstagere, der deltager i lønkonverteringsforanstaltningen:

— for 2004: 77,95 EUR og 1,40%, og

— for 2005: 89,14 EU og 1,76%.

100 I lyset af disse oplysninger og henset til den anvendte beregningsmetode, jf. denne doms præmis 89, skal det påståede traktatbrud i en sammenhæng som den i denne sag foreliggende fastslås, for så vidt som forsikringsaftalerne er blevet indgået direkte med de institutioner og selskaber, der er omfattet af § 6 i TV-EUmw/VKA, uden at der er foretaget et udbud på EU-plan,

— i 2004 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfatter mere end 4 505 ansatte

— i 2005 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfatter mere end 3 133 ansatte, og

— i 2006 og 2007 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfatter mere end 2 402 ansatte.

101 Forbundsrepublikken Tyskland har for det fjerde gjort gældende, at byerne Berlin, Bremen og Hamburg fejlagtigt er blevet betragtet som medlemmer af en regional sammenslutning under VKA og følgelig omfattet af anvendelsesområdet for TV-EUmw/VKA.

102 Det er i den forbindelse væsentligt at bemærke, at som følge af Forbundsrepublikken Tysklands forklaringer under sagen har Kommissionen trukket byen Berlin ud af genstanden for sagen.

103 Hvad derimod angår byerne Bremen og Hamburg har medlemsstaten erkendt, at disse to byer, som det fremgår af Kommissionens oplysninger i replikken, var medlemmer af henholdsvis Kommunaler Arbeitgeberverband Bremen eV (sammenslutning af kommunale arbejdsgivere i Bremen) og Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (arbejdsretlig sammenslutning i Hamburg), der er medlemmer af VKA.

104 Den sagsøgte medlemsstat har i øvrigt ikke ved nogen konkrete bevisforhold underbygget den påstand i duplikken, hvorefter disse to byers tjenestemænd ikke falder inden for anvendelsesområdet for TV-EUmw/VKA på grund af den særlige status for medlemmer af hver af de to regionale sammenslutninger nævnt ovenfor i foregående præmis.

105 Henset til samtlige disse betragtninger, må det konkluderes, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI i direktiv 92/50, og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i direktiv 2004/18, for så vidt som der er blevet indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspension direkte med de institutioner og selskaber, der er nævnt i § 6 i TV-EUmw/VKA, uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Unionen i 2004 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfatter mere end 4 505 ansatte, i 2005 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 3 133 ansatte, samt i 2006 og 2007 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 2 402 ansatte.

106 I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.

Sagens omkostninger

107 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge samme reglements artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Da Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland i det foreliggende tilfælde hver især har tabt sagen med hensyn til visse klagepunkter, bør de bære deres egne omkostninger.

108 I henhold til samme reglements artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige, der er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) Forbundsrepublikken Tyskland har frem til den 31. januar 2006 tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, og siden den 1. februar 2006 tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, for så vidt som der er blevet indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspension direkte med de institutioner og selskaber, der er nævnt i § 6 i den kollektive overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst), uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Den Europæiske Union i 2004 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 4 505 ansatte, i 2005 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 3 133 ansatte, og i 2006 og 2007 af kommunale myndigheder og virksomheder, som omfattede mere end 2 402 ansatte.

2) I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.

3) Europa-Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige bærer deres egne omkostninger.

Underskrifter