

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 15 lipca 2010 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywy 92/50/EWG i 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na usługi – Pracownicze ubezpieczenie emerytalne pracowników komunalnej służby publicznej – Bezpośrednie udzielanie zamówień bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii instytucjom ubezpieczenia społecznego określonym w układzie zbiorowym zawartym pomiędzy partnerami społecznymi

W sprawie C-271/08

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 24 czerwca 2008 r.,

Komisja Europejska, reprezentowana przez G. Wilmsa oraz D. Kukoveca, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Federalnej Niemiec, reprezentowanej przez M. Lumme oraz N. Grafa Vitzthuma, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez:

Królestwo Danii, reprezentowane przez B. Weis Fogh oraz C. Pilgaard Zinglersena, działających w charakterze pełnomocników,

Królestwo Szwecji, reprezentowane przez A. Falk oraz A. Engmana, działających w charakterze pełnomocników,

interwencji,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (sprawozdawca), J.C. Bonichot i C. Toader, prezesi izb, K. Schiemann, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev i J.J. Kasel, sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 12 stycznia 2010 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 14 kwietnia 2010 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 W swej skardze Komisja Wspólnot Europejskich zwraca się do Trybunału o stwierdzenie, że wobec okoliczności, iż organy i przedsiębiorstwa komunalne liczące ponad 1218 pracowników udzielały bezpośrednio bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii Europejskiej zamówień na obsługę pracowniczych programów emerytalnych instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst (układu zbiorowego dotyczącego przekształcania części wynagrodzenia pracowników komunalnej służby publicznej w oszczędności emerytalne, zwanego dalej „TV-EUmw/VKA”), Republika Federalna Niemiec dopuściła się uchybienia zobowiązaniom ciążącym na niej do dnia 31 stycznia 2006 r. na mocy przepisów art. 8 w związku z tytułami III–VI dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), a od dnia 1 lutego 2006 r. na mocy przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- 2 W swojej odpowiedzi na skargę Komisja przeformułowała przedmiot skargi, wnosząc do Sądu o stwierdzenie zarzucanego uchybienia zobowiązaniom ze względu na okoliczność, że organy i przedsiębiorstwa komunalne, które liczyły ponad 2044 pracowników w okresie odpowiadającym latom 2004 i 2005, ponad 1827 pracowników w okresie odpowiadającym latom 2006 i 2007 oraz ponad 1783 pracowników w bieżącym okresie, począwszy od 2008 r., udzielały bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii takich zamówień instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA.
- 3 W toku rozprawy Komisja przeformułowała przedmiot skargi, wnosząc do Sądu o stwierdzenie wspomnianego uchybienia zobowiązaniom ze względu na okoliczność, że organy i przedsiębiorstwa komunalne, które liczyły ponad 2697 pracowników w okresie odpowiadającym latom 2004 i 2005 oraz ponad 2402 pracowników w okresie odpowiadającym latom 2006 i 2007, udzielały takich zamówień.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 92/50

- 4 Motyw 8 dyrektywy 92/50 uściśla, że „świadczenie usług jest objęte [tą] dyrektywą jedynie w zakresie, w jakim opiera się ono na zamówieniach; świadczenie usług na innych podstawach, takich jak ustawy, rozporządzenia lub umowy o pracę, nie jest objęte niniejszą dyrektywą”.
- 5 Zgodnie z art. 1 lit. a) ppkt viii) dyrektywy 92/50 „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają dla jej celów „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą”, z wyłączeniem w szczególności „zamówień w zakresie zatrudnienia”.

6 Zgodnie z art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50:

„instytucje zamawiające» oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego,
oraz
- posiadający osobowość prawną,
oraz
- finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji, lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

[...]”.

7 Artykuł 7 ust. 1, 4 i 5 dyrektywy 92/50 stanowi:

„1. a) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do:

[...]

- zamówień publicznych na usługi określone w załączniku IA [...]

[...]

- ii) udzielonych przez instytucje zamawiające, wymienione w art. 1 lit. b) inne niż określone w załączniku I do dyrektywy [Rady] 93/36/EWG [z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1)] i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu 200 000 [specjalnych praw ciągnięcia (SDR)]”.

[...]

4. Do celów obliczania szacunkowej wartości zamówienia przy niżej wymienionych rodzajach usług należy uwzględnić, tam gdzie to stosowne:

- w odniesieniu do usług ubezpieczeniowych – należną składkę,

[...]

5. W przypadku zamówień, które nie określają całkowitej ceny, podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest:

- w przypadku zamówień na czas określony, nie dłuższy niż 48 miesięcy – całkowita wartość zamówienia przez okres jego trwania,
 - w przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający 48 miesięcy – miesięczna rata pomnożona przez 48”.
- 8 Niemieckie organy i przedsiębiorstwa komunalne nie są wymienione w załączniku I do dyrektywy 93/36.
 - 9 Zgodnie z art. 8 dyrektywy 92/50 „[z]amówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI”.
 - 10 Tytuły, o których mowa w art. 8 dyrektywy 92/50, dotyczą odpowiednio wyboru procedur udzielania zamówień oraz reguł przeprowadzania konkursów na projekty (tytuł III), wspólnych reguł w dziedzinie technicznej (tytuł IV), wspólnych reguł dotyczących ogłoszeń (tytuł V) oraz wspólnych reguł dotyczących uczestnictwa, kryteriów wyboru jakościowego i kryteriów udzielania zamówień (tytuł VI).
 - 11 Wśród „[u]sług w rozumieniu art. 8” wymienionych w załączniku I A do dyrektywy 92/50 widnieją w kategorii 6 „[u]sługi finansowe”, które obejmują pod lit. a) „usługi ubezpieczeniowe”, a pod lit. b) „usługi bankowe i inwestycyjne”.

Dyrektywa 2004/18

- 12 Zgodnie z motywem 28 dyrektywy 2004/18:

„Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W tym kontekście zakłady pracy chronionej oraz programy pracy chronionej skutecznie przyczyniają się do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże, zakłady takie mogą być nie zdolne do uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji. W konsekwencji należy umożliwić państwom członkowskim zastrzeżenie prawa takich zakładów do udziału w procedurach udzielania zamówień lub zagwarantowania im realizacji zamówień w ramach programów pracy chronionej”.
- 13 Dyrektywa 2004/18 definiuje w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) „zamówienia publiczne” jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”, a „zamówienia publiczne na usługi” jako „zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II”.
- 14 Artykuł 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18 definiuje „umowę ramową” jako „umowę zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości”.
- 15 Artykuł 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 zawiera definicję „instytucji zamawiających” w znacznej mierze analogiczną do tej podanej w art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50.
- 16 Na mocy art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 stosuje się ją wobec zamówień publicznych na usługi, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej

(zwanego dalej „VAT”), jest równa lub wyższa od 249 000 EUR. Kwota ta została kolejno obniżana do 236 000 EUR przez rozporządzenie Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 326, s. 17), a następnie do 211 000 EUR przez rozporządzenie Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 333, s. 28).

17 Artykuł 9 ust. 1, 8 i 9 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„1. Podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia.

[...]

8. W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi podstawę obliczania szacunkowej wartości zamówienia stanowią odpowiednio:

a) dla następujących rodzajów usług:

i) usług ubezpieczeniowych: należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;

[...]

b) dla zamówień, które nie określają całkowitej ceny:

i) w przypadku zamówień na czas określony, gdy ten czas jest mniejszy lub równy niż 48 miesięcy: całkowita wartość zamówienia przez okres jego trwania;

ii) w przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający czterdzieści osiem miesięcy: miesięczna rata pomnożona przez 48.

9. W odniesieniu do umów ramowych [...] uwzględnieniu podlega maksymalna szacunkowa wartość bez VAT wszystkich zamówień, których udzielenie przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej [...].”

18 Na mocy art. 16 lit. e) dyrektywy 2004/18 nie ma ona zastosowania „do zamówień publicznych na usługi [...] dotyczących umów o pracę”.

19 Zgodnie z art. 20 dyrektywy 2004/18 „[z]amówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55”.

20 Artykuły 23–55 dyrektywy 2004/18 określają kolejno zasady szczególne dotyczące specyfikacji i dokumentów zamówienia (art. 23–27), zasady dotyczące procedur (art. 28–34), reguły dotyczące ogłaszania i przejrzystości (art. 35–43) oraz zasady dotyczące przeprowadzenia procedur (art. 44–55).

- 21 Wśród usług wymienionych w załączniku II A do dyrektywy 2004/18 widnieją w kategorii 6 „usługi finansowe”, które obejmują pod lit. a) „usługi ubezpieczeniowe”, a pod lit. b) „usługi bankowe i inwestycyjne”.
- 22 W wykazie podmiotów i kategorii podmiotów prawa publicznego, o których mowa w art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 ujętym w załączniku III do tej dyrektywy wymienione są w rubryce III dotyczącej Republiki Federalnej Niemiec „[i]nstytucje, placówki i fundacje podległe prawu publicznemu i utworzone przez władze federalne, państwowe lub lokalne”.

Prawo krajowe

- 23 Paragraf 1 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. Dezember 1974 (ustawy o poprawie pracowniczych programów emerytalnych z dnia 19 grudnia 1974 r.) (BGBl. I, s. 3610), zmienionej art. 5 ustawy z dnia 21 grudnia 2008 r. (BGBl. I, s. 2940), (zwanej dalej „BetrAVG”), zatytułowany „Gwarancja pracodawcy zapewnienia pracowniczego programu emerytalnego” stanowi:

„(1) Jeżeli w związku ze stosunkiem pracy pracodawca gwarantuje zapewnienie pracownikowi świadczenia z zakresu ubezpieczenia emerytalnego, ubezpieczenia rentowego z tytułu niezdolności do pracy lub ubezpieczenia uprawniającego do renty rodzinnej (pracowniczego programu emerytalnego), to stosuje się przepisy niniejszej ustawy. Pracowniczy program emerytalny może zbyć wdrażany bezpośrednio przez pracodawcę lub przez jeden z podmiotów zarządzających funduszami emerytalnymi wskazanymi w § 1b ust. 2–4. Pracodawca odpowiada za spełnienie świadczeń, które zagwarantował, także w przypadku gdy nie zajmuje się wdrażaniem bezpośrednio.

(2) Pracowniczy program emerytalny występuje także wtedy, gdy:

[...]

3. przyszłe należne wynagrodzenia zostaną przekształcone w ekspektatywę świadczeń emerytalnych o równej wartości (przekształcenie wynagrodzenia) lub
4. pracownik odprowadza składki potrącone ze swojego wynagrodzenia na finansowanie świadczeń z pracowniczego programu emerytalnego do funduszu emerytalnego, kasy emerytalnej lub na bezpośrednie ubezpieczenie, a gwarancja pracodawcy obejmuje także świadczenia wynikające z tych składek; przepisy dotyczące przekształcania wynagrodzenia stosuje się w tym względzie odpowiednio w zakresie, w jakim zagwarantowane świadczenia wynikające z tych składek są finansowane w drodze kapitalizacji”.
- 24 Paragraf 1a ust. 1 BetrAVG, zatytułowany „Prawo do pracowniczego programu emerytalnego w drodze przekształcania wynagrodzenia”, stanowi:

„Pracownik może wymagać od pracodawcy, by z jego przyszłego należnego wynagrodzenia do 4% każdorazowej podstawy do wymiaru składki na powszechne ubezpieczenie emerytalne było przeznaczane na cele pracowniczego programu emerytalnego w drodze przekształcania wynagrodzenia. Uprawnienie pracownika realizowane jest w drodze porozumienia. Jeżeli pracodawca zgadza się na realizację tego uprawnienia za pośrednictwem funduszu emerytalnego lub też za pośrednictwem kasy emerytalnej (§ 1b ust. 3), pracowniczy program emerytalny powinien być prowadzony przez te podmioty; w innym przypadku pracownik może wymagać, aby pracodawca zawarł dla niego umowę ubezpieczenia bezpośredniego (§ 1b ust. 2). W razie skorzystania z tego uprawnienia pracownik musi odprowadzać rocznie składkę

w wysokości co najmniej jednej stosześćdziesiątej wynagrodzenia, o którym mowa w § 18 ust. 1 czwartej księgi Sozialgesetzbuch [kodeksu socjalnego], na pracowniczy program emerytalny. W razie gdy pracownik część swojego zwykłego wynagrodzenia odprowadza do pracowniczego programu emerytalnego, pracodawca może wymagać, by podczas danego bieżącego roku kalendarzowego były odprowadzane składki miesięczne w równej wysokości”.

- 25 Paragraf 17 ust. 3 i 5 BetrAVG, zatytułowany „Podmiotowy zakres zastosowania oraz klauzula zezwalająca na zmiany w układach zbiorowych”, stanowi:

„(3) W układach zbiorowych można odstąpić od przepisów §§ 1a [...]. Przepisy wprowadzające odstępstwa obowiązują pomiędzy pracodawcami i pracownikami niezwiązanymi układem zbiorowym, jeśli uzgodnią oni stosowanie odpowiednich przepisów układu. Poza tym nie można odstępować od przepisów niniejszej ustawy na niekorzyść pracownika”.

[...]

(5) W zakresie, w jakim prawa do wynagrodzenia wynikają z układu zbiorowego, można dokonać w stosunku do nich przekształcenia wynagrodzenia tylko, jeżeli jest to przewidziane lub dopuszczone w układzie zbiorowym”.

- 26 W dniu 18 lutego 2003 r. został zawarty TV-EUmw/VKA pomiędzy Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (federacją stowarzyszeń pracodawców komunalnych, zwaną dalej „VKA”) a Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft eV (zjednoczonym związkiem sektora usług, zwanym dalej „ver.di”). VKA zawarła podobny układ zbiorowy z innym związkiem, mianowicie dbb tarifunion.

- 27 W §§ 2 i 3 TV-EUmw/VKA przyznano pracownikom objętym jednym z układów zbiorowych wymienionych w jego § 1 uprawnienie do żądania od pracodawcy częściowego przekształcenia w granicach określonych przez BetrAVG ich przyszłego należnego wynagrodzenia na cele pracowniczego programu emerytalnego. Zgodnie z § 5 TV-EUmw/VKA żądanie to należy zgłosić pracodawcy na piśmie. Na mocy tego samego przepisu pracownik jest związany porozumieniem z pracodawcą odnośnie do częściowego przekształcenia przyszłego wynagrodzenia przez co najmniej okres roku.

- 28 Paragraf 6 TV-EUmw/VKA, zatytułowany „Sposoby realizacji”, stanowi:

„Przekształcenia wynagrodzenia w ramach sposobów realizacji przewidzianych w [BetrAVG] należy dokonywać, z zastrzeżeniem zdań drugiego i trzeciego, w publicznych instytucjach zarządzających dodatkowymi ubezpieczeniami emerytalnymi.

W ramach pracowniczego programu emerytalnego, o którym mowa w zdaniu 1, pracodawca może przewidzieć sposoby realizacji oferowane przez grupę finansową Sparkassen lub przez komunalne zakłady ubezpieczeń.

W okręgowym układzie zbiorowym można w razie potrzeby zamieścić regulacje wprowadzające odstępstwa od zdań pierwszego i drugiego”.

- 29 Zgodnie z § 7 ust. 1 TV-EUmw/VKA układ ten wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2003 r. Paragraf 7 ust. 2 TV-EUmw/VKA stanowi, że może on zostać rozwiązany za trzymiesięcznym wypowiedzeniem ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, najwcześniej z dniem 31 grudnia 2008 r.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 30 W następstwie złożonej skargi Komisja w wezwaniu do usunięcia uchybienia z dnia 18 października 2005 r. powiadomiła Federalną Republikę Niemiec, że ze względu na udzielenie zamówień w przedmiocie umów dotyczących pracowniczych programów emerytalnych przez pewną liczbę organów i przedsiębiorstw komunalnych na rzecz instytucji i przedsiębiorstw wskazanych w § 6 TV-EUmw/VKA bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii państwo to mogło naruszać art. 8 w związku z tytułami III–VI dyrektywy 92/50 oraz, w każdym razie, zasadę swobody przedsiębiorczości i zasadę swobody świadczenia usług.
- 31 Pismem z dnia 29 marca 2006 r. Federalna Republika Niemiec zakwestionowała, by organy i przedsiębiorstwa komunalne występowały w roli „instytucji zamawiających” w rozumieniu dyrektywy 92/50, gdy wykonują swoją funkcję pracodawcy w zakresie pracowniczych programów emerytalnych. Państwo to podkreśliło także, że rozpatrywane umowy ubezpieczenia są objęte stosunkami pracy i w rezultacie nie stanowią zamówień publicznych, gdyż pracodawcy komunalni spełniają tylko funkcję płatnika dla celów wymiany świadczeń pomiędzy pracownikami, którzy zdecydowali się na częściowe przekształcenie swojego wynagrodzenia w oszczędności emerytalne, a instytucjami ubezpieczeniowymi. Republika Federalna Niemiec podniosła także, że stosowanie prawa zamówień publicznych do udzielania zamówień na sporne umowy byłoby sprzeczne z zasadą autonomii układów zbiorowych określoną w art. 9 ust. 3 Grundgesetz (niemieckiej ustawy zasadniczej).
- 32 Ponieważ Komisja uznała tę odpowiedź za niezadowalającą, w dniu 4 lipca 2006 r. wystosowała do Federalnej Republiki Niemiec uzasadnioną opinię, w której uściśliła, że jej zarzuty należy uważać za dotyczące także, począwszy od dnia 1 lutego 2006 r., naruszenia przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18, które w istocie powtarzają przepisy dyrektywy 92/50 przywołane w wezwaniu do usunięcia uchybienia.
- 33 W swojej odpowiedzi z dnia 15 listopada 2006 r. na wspomnianą uzasadnioną opinię Republika Federalna Niemiec podtrzymała swoje stanowisko, dołączając do tej odpowiedzi ekspertyzę mającą na celu wykazanie, że rozpatrywane przekształcanie wynagrodzenia objęte jest pojęciem wynagrodzenia. Podniosła także, że progi stosowania uregulowań Unii w zakresie zamówień publicznych nie zostały osiągnięte w niniejszym przypadku ze względu na konieczność brania pod uwagę każdej indywidualnej umowy jako takiej. Wreszcie podkreśliła, że nie może w każdym razie zaradzić ewentualnemu naruszeniu prawa Unii, gdyż nie jest uprawniona do wydawania poleceń partnerom społecznym.
- 34 Pismem z dnia 30 stycznia 2007 r. Komisja skierowała do Republiki Federalnej Niemiec żądanie udzielenia informacji w celu dokonania oceny w szczególności, czy względy polityki społecznej mogą uzasadniać w niniejszym przypadku wprowadzenie wyjątku od prawa Unii dotyczącego zamówień publicznych.
- 35 Oceniając, że w swojej odpowiedzi z dnia 1 marca 2007 r. na to żądanie Republika Federalna Niemiec nie przedstawiła żadnego odpowiedniego uzasadnienia, Komisja wniosła niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18 do udzielania zamówień instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. TV-EUmw/VKA

- 36 Na wstępie należy zbadać, czy – jak utrzymuje Federalna Republika Niemiec oraz Królestwo Danii i Królestwo Szwecji – udzielanie zamówień instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA, (zwane dalej „spornym udzielaniem zamówień”) nie jest objęte ze względu na ich charakter i przedmiot zakresem stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18. Opowiadając się za odniesieniem do niniejszego kontekstu toku rozumowania Trybunału przedstawionego w wyrokach z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 Albany, Rec. s. I-5751, i z dnia 21 września 2000 r. w sprawie C-222/98 van der Woude, Rec. s. I-7111, za podstawę swojej argumentacji podają okoliczność, że wspomniane udzielanie stanowi wdrożenie układu zbiorowego wynegocjowanego przez partnerów społecznych, a konkretnie art. 6 TV-EUmw/VKA.
- 37 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że prawo do rokowań zbiorowych, z którego w niniejszym przypadku skorzystali sygnatariusze TV-EUmw/VKA, jest prawem uznanym zarówno przez przepisy wielu międzynarodowych aktów prawnych, przy których tworzeniu państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły – takie jak art. 6 Europejskiej karty społecznej, podpisanej w Turynie w dniu 18 października 1961 r., zmienionej w Strasburgu w dniu 3 maja 1996 r. – jak i przepisy aktów ustanowionych przez same państwa członkowskie na szczeblu wspólnotowym lub w ramach Unii – takie jak pkt 12 Wspólnotowej karty socjalnych praw podstawowych pracowników przyjętej podczas posiedzenia Rady Europejskiej w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r. i art. 28 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), której art. 6 TUE przyznaje taką samą moc prawną, jaka jest uznana w odniesieniu do traktatów.
- 38 Ze wspomnianego art. 28 karty w związku z jej art. 52 ust. 6 wynika, że ochrona podstawowego prawa do rokowań zbiorowych musi w całości uwzględniać w szczególności ustawodawstwa i praktyki krajowe.
- 39 Ponadto na mocy art. 152 TFUE Unia uznaje i wspiera rolę partnerów społecznych na swoim poziomie, uwzględniając różnorodność systemów krajowych.
- 40 Po drugie należy zauważyć, że – co jest zgodnym stanowiskiem stron sporu – TV-EUmw/VKA ogólnie realizuje cel społeczny. Dąży bowiem do podwyższenia poziomu emerytur danych pracowników, wspierając zgodnie z BetrAVG rozwój oszczędzania emerytalnego za pomocą częściowego przekształcania wynagrodzeń zainteresowanych pracowników.
- 41 Jednakże podstawowy charakter prawa do rokowań zbiorowych i pojmowany w całości cel społeczny TV-EUmw/VKA nie mogą jako takie automatycznie powodować wyłączenia pracodawców komunalnych spod obowiązku poszanowania wymogów wynikających z dyrektyw 92/50 i 2004/18, które wdrażają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych.
- 42 Trybunał orzekł już, że klauzule zawarte w układach zbiorowych nie są wyłączone z zakresu stosowania przepisów dotyczących swobodnego przepływu osób (wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 International Transport Workers’ Federation i Finnish Seamen’s Union, zwany „wyrokiem w sprawie Viking Line”, Zb.Orz. s. I-10779, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 43 Ponadto korzystanie z prawa podstawowego, takiego jak prawo do rokowań zbiorowych, może zostać poddane pewnym ograniczeniom (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Viking Line, pkt 44; wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri, Zb.Orz. s. I-11767, pkt 91). W szczególności, o ile wprowadzi prawo do rokowań zbiorowych cieszy się w Niemczech ochroną konstytucyjną przyznaną ogólnie przez art. 9 ust. 3 Grundgesetz prawu tworzenia stowarzyszeń mających na celu utrzymanie i polepszanie warunków pracy i warunków ekonomicznych, niemniej jednak na mocy art. 28 karty prawo to musi być wykonywane zgodnie z prawem Unii.
- 44 Korzystanie z prawa podstawowego do rokowań zbiorowych należy zatem pogodzić z wymogami wynikającymi ze swobód chronionych traktatem FUE, do wdrożenia których w niniejszym przypadku zmierzają dyrektywy 92/50 i 2004/18, i musi ono być zgodne z zasadą proporcjonalności (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Viking Line, pkt 46; w sprawie Laval un Partneri, pkt 94).
- 45 Jest oczywiście prawdą, że w szczególności w ww. wyrokach w sprawie Albany i w sprawie van der Woude Trybunał orzekł, iż pomimo skutków ograniczających konkurencję, które są właściwe dla układu zbiorowego, taki układ zawarty pomiędzy organizacjami reprezentującymi pracodawców i pracowników i wprowadzający w określonym sektorze uzupełniający system emerytalny zarządzany przez fundusze emerytalne, w którym uczestnictwo jest obowiązkowe, nie jest objęty art. 101 ust. 1 TFUE.
- 46 Jednakże takie rozumowanie nie przesądza w niczym odrębnej, właściwej dla niniejszej sprawy kwestii dotyczącej przestrzegania, dla celów wyznaczania instytucji ubezpieczeniowych odpowiedzialnych za wdrażanie rozpatrywanego przekształcania wynagrodzeń, przepisów Unii w zakresie stosowania swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych w kontekście zbiorowych układów pracy dotyczących pracowników sektora publicznego.
- 47 W tym względzie nie można uznać, by z samym korzystaniem ze swobody partnerów społecznych i z prawa do rokowań zbiorowych nierozzerwalnie związane było naruszenie dyrektyw, które wdrażają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Viking Line, pkt 52).
- 48 Ponadto okoliczność, iż umowa lub działalność jest wyłączona z zakresu stosowania przepisów traktatu dotyczących konkurencji, nie oznacza automatycznie, że ta umowa lub działalność jest również wyłączona spod obowiązku przestrzegania wymogów wynikających z przepisów tych dyrektyw, ze względu na to, że te odpowiednie przepisy, jedno i drugie, spełniają własne przesłanki stosowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Viking Line, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Wreszcie należy zauważyć, że w odróżnieniu od celu, uzgodnionego pomiędzy partnerami społecznymi, podwyższania poziomu emerytur pracowników komunalnej służby publicznej, wyznaczanie instytucji i przedsiębiorstw w układzie zbiorowym, takim jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie, nie dotyczy w istocie prawa do rokowań zbiorowych.
- 50 W świetle powyższych rozważań okoliczność, że sporne udzielanie zamówień wynika ze stosowania układu zbiorowego nie powoduje samo w sobie, by niniejszy przypadek był wyłączony spod zakresu stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18.

- 51 Z tego względu pojawia się kwestia pogodzenia wymogów związanych z realizacją celu społecznego, który starają się osiągnąć strony rokowań zbiorowych, z wymogami wynikającymi z dyrektyw 92/50 i 2004/18.
- 52 Kwestia taka zakłada zbadanie na podstawie danych wynikających z akt sprawy, czy podczas ustalania treści art. 6 TV-EUmw/VKA, którego dotyczy skarga Komisji jako artykułu służącego za podstawę spornemu udzielaniu zamówień, zachowano właściwą równowagę przy uwzględnianiu istniejących, odpowiednich interesów, mianowicie podwyższania poziomu emerytur danych pracowników z jednej strony, i realizacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz otwarcia na konkurencję na poziomie Unii z drugiej strony (zob. analogicznie wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 Schmidberger, Rec. s. I-5659, pkt 81, 82).
- 53 W tym względzie, o ile wprawdzie art. 6 TV-EUmw/VKA znajduje się w układzie zbiorowym, który – jak podkreślono w pkt 40 niniejszego wyroku – dąży ogólnie do realizacji celu społecznego, niemniej jednak należy stwierdzić – jak to zrobiła rzecznik generalna w pkt 176 swojej opinii – że wspomniany artykuł sprowadza się do całkowitego wyłączenia przez czas nieokreślony stosowania zasad wynikających z dyrektyw 92/50 i 2004/18 w dziedzinie oszczędności emerytalnych pracowników komunalnych, czemu Republika Federalna Niemiec nie zaprzeczyła.
- 54 To państwo członkowskie jednakże podnosi, w pierwszej kolejności, że art. 6 TV-EUmw/VKA stanowi wspólne rozwiązanie uwzględniające odpowiednie interesy sygnatariuszy tego układu zbiorowego. Podkreśla, że wyznaczenie w nim instytucji i przedsiębiorstw ubezpieczeniowych, którym wyłącznie można powierzyć wdrażanie wprowadzonego w komunalnej służbie publicznej środka przekształcania wynagrodzenia, pozwala na silniejsze włączenie pracowników i korzystniejsze uwzględnienie ich interesów, niż gdyby wybór ubezpieczyciela lub ubezpieczycieli był dokonywany przez każdego komunalnego pracodawcę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.
- 55 Należy jednakże zauważyć, że możliwe jest pogodzenie stosowania procedur udzielania zamówień ze stosowaniem mechanizmów, wynikających w szczególności z niemieckiego prawa socjalnego, gwarantujących uczestnictwo w ramach danego organu lub przedsiębiorstwa komunalnego pracowników lub ich przedstawicieli w podejmowaniu decyzji dotyczącej wyboru instytucji, której lub którym zostanie powierzone wdrażanie przekształcania wynagrodzenia, czego Republika Federalna Niemiec nie podważyła podczas rozprawy.
- 56 Ponadto stosowanie procedur udzielania zamówień nie może wykluczać, by w przetargu nałożono na zainteresowanych oferentów warunki odzwierciedlające interesy danych pracowników.
- 57 W drugiej kolejności, Republika Federalna Niemiec, popierana w tym względzie przez Królestwo Danii, podnosi, że oferty instytucji i przedsiębiorstw, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA, opierają się na zasadzie solidarności. W toku rozprawy położono akcent na okoliczność, że umowa ubezpieczenia pozwala dzięki uwspólnieniu ryzyk na zrównoważenie „dobrych” i „złych” ryzyk, w szczególności gdy świadczenia z pracowniczych programów emerytalnych są wypłacane w formie dożywotniej renty płatnej do chwili śmierci beneficjenta. Podkreślono także, że wspomniane instytucje i przedsiębiorstwa nie przeprowadzają w żadnej formie selekcji zainteresowanych kandydatów w oparciu o kryteria medyczne.

- 58 W tym względzie należy jednak podkreślić, że zachowanie tych elementów solidarności nie jest z natury nie do pogodzenia ze stosowaniem procedury udzielenia zamówienia. Uspólnienie ryzyk, na którym opiera się wszelka działalność ubezpieczeniowa, może bowiem być zagwarantowane przez instytucję lub przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe wybrane w ramach przetargu na poziomie Unii. Ponadto dyrektywy dotyczące zamówień publicznych w niczym nie sprzeciwiają się temu, by pracodawca komunalny sprecyzował w ogłoszeniu o zamówieniu warunki, których muszą przestrzegać oferenci, w celu zapobieżenia selekcjonowaniu na podstawie względów medycznych pracowników zainteresowanych przekształcaniem wynagrodzenia lub ograniczenia takiego selekcjonowania.
- 59 W trzeciej kolejności, Republika Federalna Niemiec kładzie nacisk na doświadczenie i solidność finansową instytucji i przedsiębiorstw wymienionych w art. 6 V-EUmw/VKA. Dodaje, że wybór, który dotyczył tych instytucji i przedsiębiorstw, może zagwarantować atrakcyjność przekształcania wynagrodzenia dla pracowników komunalnej służby publicznej.
- 60 Jednakże poza okolicznością, że dyrektywy Unii dotyczące zamówień publicznych zawierają przepisy pozwalające instytucjom zamawiającym na upewnienie się co do profesjonalizmu i zdolności finansowej oferentów, nie można zakładać, że te w sposób ogólny tych elementów związanych z doświadczeniem i solidnością finansową brakuje instytucjom i przedsiębiorstwom ubezpieczeniowym innym niż wymienionym we wspomnianym art. 6.
- 61 Należy w szczególności podkreślić w tym względzie, że na mocy dyrektywy 2002/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. dotyczącej ubezpieczeń na życie (Dz.U. L 345, s. 1) przedsiębiorstwa prywatne zajmujące się ubezpieczeniem grupowym podlegają skoordynowanym na poziomie Unii zasadom kontroli ostrożnościowej, które w szczególności mają zagwarantować ich solidność finansową.
- 62 Instytucje pracowniczych programów emerytalnych są poddane zasadom o tym samym charakterze na mocy dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (Dz.U. L 235, s. 10). Zasady te, skoordynowane na poziomie Unii, mają na celu zagwarantowanie wysokiego poziomu bezpieczeństwa dla przyszłych emerytów mających korzystać z ich świadczeń (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lutego 2010 r. w sprawie C-343/08 Komisja przeciwko Republice Czeskiej, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 45).
- 63 Należy także zauważyć, że zgodnie ze wskazaniami przedstawionymi przez Republikę Federalną Niemiec na podstawie art. 6 zdanie trzecie TV-EUmw/VKA zamówienia na umowy ubezpieczenia zostały udzielone przez pracodawców komunalnych instytucjom innym niż te, o których mowa w tym art. 6 zdania pierwsze i drugie. W żaden sposób nie zostało ustalone ani nawet podniesione w toku niniejszego postępowania, że rozwiązanie to ograniczyło zainteresowanie danych pracowników przekształcaniem wynagrodzenia.
- 64 W czwartej kolejności, wspomniane państwo członkowskie podkreśla, że art. 6 TV-EUmw/VKA umożliwia pracodawcom komunalnym obejście się bez indywidualnego postępowania wyboru instytucji, której lub którym powierza się wdrożenie przekształcania wynagrodzenia na poziomie ich własnego organu lub przedsiębiorstwa. Ponadto koszty zarządzania pobierane przez instytucje lub przedsiębiorstwa, o których mowa w tym art. 6, są niskie.

65 Jednakże takie względy nie mogą legitymizować wyłączenia przepisów i procedur, które mają gwarantować w interesie pracodawców komunalnych i ich pracowników dostęp do rozszerzonej oferty usług na poziomie Unii.

66 W świetle rozważań przedstawionych w pkt 53–65 niniejszego wyroku należy stwierdzić, że przestrzeganie dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych na usługi nie okazuje się nie do pogodzenia z realizacją celu społecznego, który starają się osiągnąć strony sygnatariusze TV-EUmw/VKA, wykonując swoje prawo do rokowań zbiorowych.

67 W rezultacie należy zbadać czy sporne udzielanie zamówień objęte jest zakresem stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18.

W przedmiocie kwalifikacji rozpatrywanych umów jako umów objętych zamówieniami publicznymi na usługi w rozumieniu dyrektyw 92/50 i 2004/18

68 Na wstępie należy odnotować, że bezsporne jest między stronami niniejszego postępowania, że rozpatrywane umowy dotyczą usług ubezpieczeniowych w rozumieniu kategorii 6 lit. a) załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18.

69 Tak samo bezsporne jest między tymiż stronami, że umowy te zostały zawarte na piśmie w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 lub art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

70 Natomiast Republika Federalna Niemiec, wspierana przez Królestwo Szwecji, podważa, w pierwszej kolejności, że spełnione są w niniejszym przypadku pozostałe przesłanki, od których przepisy te uzależniają zakwalifikowanie jako „zamówień publicznych” w rozumieniu wspomnianych dyrektyw.

71 Utrzymuje, że pracodawcy komunalni nie występują w roli instytucji zamawiających, jeśli tylko wdrażają w dziedzinie pracowniczych programów emerytalnych wybór wcześniej dokonany w układzie zbiorowym bez dysponowania autonomią decyzyjną, która mogłaby je prowadzić z ich własnej woli do przyznania preferencji takiemu lub innemu oferentowi.

72 Twierdzi ponadto, że rozpatrywane umowy nie są umowami o charakterze odpłatnym. Jej zdaniem istnieje bowiem stosunek wymiany ekonomicznej tylko między instytucją ubezpieczeniową a pracownikiem, który zdecydował się na przekształcanie wynagrodzenia. Pracodawca ogranicza się ze swojej strony do przekazywania tej instytucji na rachunek pracownika składek potrącanych z tytułu tego przekształcania z wynagrodzenia tego pracownika. Umowy te mają na celu wdrożenie środka korzystnego dla pracowników, a nie złożenie zamówienia na rzecz władzy publicznej.

73 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że ani art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, ani art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 nie dokonują rozróżniania między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez instytucję zamawiającą w celu wykonania zadania zaspokojenia potrzeb interesu ogólnego i tymi, które nie mają związku z tym zadaniem. Brak takiego rozróżnienia tłumaczy się celem tych dyrektyw, które dążą do wyłączenia ryzyka preferowania oferentów lub kandydatów krajowych podczas udzielania zamówienia przez instytucje zamawiające (zob. analogicznie wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73, pkt 32, 33).

- 74 Następnie należy zauważyć, że TV-EUmw/VKA, a zwłaszcza jego art. 6, został wynegocjowany w szczególności przez przedstawicieli pracodawców komunalnych. Pracodawcy ci w rezultacie wywarli wpływ, co najmniej pośrednio, na treść tego artykułu.
- 75 Wreszcie przesłanka dotycząca charakteru odpłatnego rozpatrywanych umów wymaga sprawdzenia, czy umowy te obejmują bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym dla pracodawców komunalnych je zawierających (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 Helmut Müller, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 48, 49).
- 76 W tym względzie należy odnotować, że w dziedzinie służby komunalnej z art. 6 TV-EUmw/VKA wynika, iż pracodawca obowiązany jest dokonywać wdrożenia przekształcania wynagrodzenia w instytucjach publicznych, o których mowa w art. 6 zdanie pierwsze, lub jeśli tego nie uczyni, przewidzieć sposoby realizacji tego przekształcania oferowane przez przedsiębiorstwa wymienione w art. 6 zdanie drugie.
- 77 Zgodnie z art. 1 ust. 1 BetrAVG pracodawca „odpowiada za spełnienie świadczeń, które zagwarantował, także w przypadku gdy nie zajmuje się wdrażaniem bezpośrednio”.
- 78 Zatem pracodawca komunalny negocjuje warunki umowy ubezpieczenia grupowego z zawodowym ubezpieczycielem poddanym szczególnym ograniczeniom ostrożnościowym gwarantującym solidność finansową. Usługi świadczone przez tego ostatniego umożliwiają pracodawcy przyjęcie obowiązku odpowiadania za właściwą realizację tej formy odroczonego wynagrodzenia wynikającego z przekształcania pensji. Zwalniają one go też z konieczności zarządzania tym środkiem.
- 79 W ramach takiej umowy pracodawca komunalny przekazuje danej instytucji lub przedsiębiorstwu składki potrącone z należnego od niego zainteresowanym wynagrodzenia w zamian za uzyskiwanie usług nierozłącznie związanych z jego obowiązkiem, określonym w art. 1 ust. 1 BetrAVG, odpowiadania za spełnienie świadczeń emerytalnych wobec pracowników, którzy przy uwzględnieniu udzielonej przez niego gwarancji zdecydowali się na przekształcanie wynagrodzenia.
- 80 Okoliczność, że ostateczni beneficjenci świadczeń emerytalnych są pracownikami, którzy uczestniczą we wspomnianym środku, nie jest w stanie podważyć odpłatnego charakteru takiej umowy.
- 81 Republika Federalna Niemiec, popierana w tym względzie przez Królestwo Danii i Królestwo Szwecji, podnosi w drugiej kolejności, że wyjątek przewidziany odpowiednio w art. 1 lit. a) ppkt viii) dyrektywy 92/50 na rzecz zamówień w zakresie zatrudnienia i w art. 16 lit. e) dyrektywy 2004/18 na rzecz umów o pracę obejmuje wszelkie świadczenie usług mające podstawę, jak w niniejszym przypadku, w umowie o tym charakterze lub w układzie zbiorowym, który stanowi część integralną tej umowy, i objęte ze względu na swój przedmiot prawem pracy.
- 82 Jednakże w świetle wskazań przedstawionych w pkt 4 i 12 niniejszego wyroku wyjątek ten, który jako odstępstwo od stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych na usługi musi być interpretowany w sposób zawężający, nie może obejmować świadczenia usług, które jak w niniejszym przypadku opierają się nie na umowie o pracę, ale na umowie zawartej między pracodawcą a przedsiębiorstwem ubezpieczeniowym i które oprócz tego nie wiążą się ze szczególną troską wyrażoną przez prawodawcę Unii w motywie 28 dyrektywy 2004/18.

W przedmiocie wartości zamówienia i przekroczenia progów stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18

- 83 Na wstępie należy odnotować, że Republika Federalna Niemiec nie zanegowała tego, że właściwe są progi 236 000 EUR i 211 000 EUR, przyjęte przez Komisję kolejno dla okresu odpowiadającego latom 2003 i 2004 i dla okresu odpowiadającego latom 2006 i 2007 w celu określenia w niniejszej sprawie zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18 ze względu na ich wartość.
- 84 Republika Federalna Niemiec podważa natomiast prawidłowość metody obliczania przyjętej przez Komisję w celu określenia krytycznej wielkości pod względem liczby pracowników, począwszy od której uważa się w odniesieniu do pracodawców komunalnych, że zawarli umowy ubezpieczenia o wartości równej lub przekraczającej próg właściwy dla celów stosowania dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18.
- 85 W pierwszej kolejności, wspomniane państwo członkowskie twierdzi, że obliczanie wartości zamówienia w rozumieniu tych dyrektyw musi w niniejszym przypadku opierać się wyłącznie na wysokości kosztów zarządzania, których zapłaty domaga się przedsiębiorstwo jako wynagrodzenia za świadczone usługi, a nie na całkowitej wysokości składek odprowadzanych w ramach przekształcania wynagrodzenia, gdyż ta ostatnia kwota nie jest bowiem możliwa do precyzyjnego określenia podczas zawierania umowy ubezpieczenia.
- 86 W tym względzie należy jednak zauważyć, że w odniesieniu do zamówień dotyczących usług ubezpieczeniowych w rozumieniu kategorii 6 lit. a) załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18 zarówno art. 7 ust. 4 tiret pierwsze dyrektywy 92/50, jak i art. 9 ust. 8 lit. a) ppkt i) dyrektywy 2004/18 wymieniają „należną składkę” jako podstawowy element sposobu obliczania szacunkowej wartości danego zamówienia.
- 87 W odniesieniu do usług dotyczących pracowniczych programów emerytalnych „szacunkowa wartość zamówienia” w rozumieniu przepisów, o których mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, odpowiada w rezultacie – tak jak słusznie uznała Komisja – szacunkowej wartości składek, w niniejszym przypadku składek potrącanych z wynagrodzenia zainteresowanych pracowników z tytułu przekształcania wynagrodzenia w ramach danego organu lub przedsiębiorstwa komunalnego, i przeznaczonych na finansowanie ostatecznych świadczeń z pracowniczych programów emerytalnych. Wspomniane składki stanowią bowiem w niniejszym przypadku zasadnicze świadczenie wzajemne za usługi świadczone przez instytucję lub przedsiębiorstwo, będące usługodawcami, na rzecz pracodawcy komunalnego w ramach realizacji tych świadczeń ostatecznych.
- 88 W kontekście takim jak ten w niniejszej sprawie, w którym ściśle wskazanie w chwili udzielenia rozpatrywanego zamówienia całkowitej wartości tych składek staje się niemożliwe ze względu na wybór pozostawiony każdemu pracownikowi co do uczestniczenia w przekształcaniu wynagrodzenia, i przy uwzględnieniu czasu trwania takiego zamówienia, który jest długi, a wręcz nieokreślony – co zostało potwierdzone w przemówieniach w toku rozprawy – zarówno art. 7 ust. 5 tiret drugie dyrektywy 92/50, jak i art. 9 ust. 8 lit. b) ppkt ii) dyrektywy 2004/18 wymagają, by podstawą obliczania szacunkowej wartości tego zamówienia była „miesięczna rata pomnożona przez 48”.
- 89 Jak zauważyła rzecznik generalny w pkt 150 swojej opinii, zatem słusznie w niniejszej sprawie Komisja – tak ja powinni byli to uczynić właściwi pracodawcy komunalni – na

wstępie oparła swoje obliczenie na oszacowaniu średniej miesięcznej kwoty przekształcenia wynagrodzenia na jednego pracownika, pomnożonej przez 48, następnie określiła, uwzględniając wynik tego mnożenia, liczbę pracowników indywidualnie uczestniczących w przekształcaniu wynagrodzenia konieczną do tego by osiągnąć odpowiedni próg stosowania przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, a w końcu na podstawie szacunku odsetka pracowników komunalnej służby publicznej uczestniczących w przekształcaniu wynagrodzenia ustaliła krytyczną wielkość pod względem liczby pracowników, począwszy od której pracodawcy komunalni udzielali zamówień, osiągając lub przekraczając wspomniany próg.

- 90 W drugiej kolejności, Republika Federalna Niemiec podnosi, że Komisja niesłusznie nie uwzględniła w swoich obliczeniach okoliczności, podkreślonej na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, zgodnie z którą pewna liczba pracodawców komunalnych zawarła w celu wdrożenia przekształcenia wynagrodzenia na poziomie ich własnego organu lub przedsiębiorstwa kilka umów z odrębnymi instytucjami lub przedsiębiorstwami. Jej zdaniem okoliczność ta powinna była skłonić Komisję do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia na podstawie każdej umowy ubezpieczenia zawartej przez pracodawcę komunalnego.
- 91 Jednakże bez względu na to, jakie względy mogły sprawić, że pracodawcy komunalni zastosowali tę praktykę, i niezależnie od tego, czy sporne umowy stanowią – jak twierdzi Komisja, ale co kwestionuje Republika Federalna Niemiec – umowy ramowe w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18, z samego brzmienia art. 9 ust. 1 tej dyrektywy, który ustanawia ogólną zasadę obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego, wynika, że podstawą tego obliczania jest „całkowita kwota” tego zamówienia, oszacowana przez instytucję zamawiającą.
- 92 W niniejszym przypadku właściwy sposób obliczania powinien w rezultacie opierać się na szacunkowej całkowitej kwocie zamówienia dotyczącego pracowniczego programu emerytalnego na poziomie danego organu lub przedsiębiorstwa wyrażonej w wartości składek związanych z przekształcaniem wynagrodzenia.
- 93 Tak jak podkreśliła Komisja, w odniesieniu do takiego zamówienia, którego przedmiot ze swojej istoty jest jednolity, sposób obliczania, który byłby funkcją – za czym opowiada się Republika Federalna Niemiec – liczby umów ubezpieczenia zawartych przez danego pracodawcę komunalnego, prowadziłby do sztucznego podziału tego zamówienia, umożliwiając wyłączenie go spod stosowania uregulowań Unii dotyczących zamówień publicznych, podczas gdy jego szacunkowa całkowita wartość byłaby równa właściwemu progowi stosowania tych uregulowań lub wyższa od niego.
- 94 Ponadto taki sposób obliczania naruszałby zasadę pewności prawnej, gdyż w chwili zawierania tych różnych ewentualnych umów ich indywidualna wartość nie może nawet być oszacowana przy uwzględnieniu niemożności przewidzenia, nawet w przybliżeniu, w jakim stosunku późniejszy wybór każdego pracownika chcącego uczestniczyć w przekształcaniu wynagrodzenia padnie na każde z poszczególnych przedsiębiorstw. Taki sposób obliczania oparty na zwykłym podzieleniu arytmetycznym szacunkowej całkowitej wartości zamówienia w zależności od liczby przewidywanych umów ubezpieczenia mógłby prowadzić do wyłączenia całości tych umów spod zakresu stosowania przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, podczas gdy okazałoby się następnie, że wartość niektórych z tych umów osiąga lub przekracza właściwy próg stosowania ze względu na liczbę uczestniczących pracowników i wielkość składek odprowadzanych do danego przedsiębiorstwa.

- 95 W trzeciej kolejności, Republika Federalna Niemiec kwestionowała w toku całego postępowania przed Trybunałem prawidłowość danych liczbowych przyjętych przez Komisję w odniesieniu do wskaźnika uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia.
- 96 Należy zauważyć w tym względzie, że na każdym etapie postępowania przed Trybunałem, Komisja starała się oprzeć swoje obliczenia na najbardziej wiarygodnych danych liczbowych przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w odniesieniu do wskaźnika uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia, co skłoniło ją do ograniczenia w ostateczności przedmiotu jej skargi w sposób wskazany w pkt 3 niniejszego wyroku do okresu obejmującego lata 2004–2007.
- 97 W tym względzie należy przede wszystkim podkreślić, że przedmiot niniejszego sporu może również obejmować sporne udzielanie zamówień, które nastąpiło po upływie terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, czyli po dniu 4 września 2006 r., jako że takie udzielanie wynikało z postępowania o takim samym charakterze jak te, o których mowa we wspomnianej uzasadnionej opinii (zob. podobnie wyroki: z dnia 22 marca 1983 r. w sprawie 42/82 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. 1013, pkt 20; z dnia 4 lutego 1988 r. w sprawie C-113/86 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 607, pkt 11; z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-236/05 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-10819, pkt 12).
- 98 Natomiast dokonany przez Komisję w ramach jej obliczeń przeprowadzonych w toku niniejszego postępowania wybór dotyczący zastosowania do każdego okresu objętego jej skargą danych liczbowych za rok 2006, podczas którego upłynął wyżej wymieniony termin, pomija okoliczność, że pracodawcy komunalni, którzy udzielili spornych zamówień w roku 2004 lub 2005, mogli ze swojej strony dokonać oceny danego zamówienia tylko na podstawie szacunków za jeden lub drugi z tych dwóch lat. W rezultacie Komisja powinna była uwzględnić w swoich obliczeniach, odpowiednio, za 2004 i 2005 r. dane liczbowe dotyczące danego roku.
- 99 Z wyjaśnień przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w jej duplice wynika, że te dane liczbowe w odniesieniu kolejno do średniej miesięcznej kwoty przekształcenia wynagrodzenia na jednego pracownika i odsetka uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia są następujące:
- za rok 2004: 77,95 EUR i 1,40%;
 - za rok 2005: 89,14 EUR i 1,76%.
- 100 W świetle tych danych i przy uwzględnieniu zastosowanej metody obliczania, tak jak zauważono w pkt 89 niniejszego wyroku w kontekście niniejszej sprawy, należy stwierdzić zarzucane uchybienie zobowiązaniom w zakresie, w jakim umowy ubezpieczenia zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii instytucjom lub przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA:
- w 2004 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 4505 pracowników;
 - w 2005 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 3133 pracowników; oraz

- w 2006 i 2007 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 2402 pracowników.
- 101 W czwartej kolejności, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że miasta Berlin, Brema i Hamburg niesłusznie uznano za członków stowarzyszenia regionalnego VKA i z tego względu objęto zakresem stosowania TV-EUmw/VKA.
 - 102 W tym względzie należy odnotować, że w wyniku wyjaśnień przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w toku niniejszego postępowania, Komisja wyłączyła miasto Berlin ze swojej skargi.
 - 103 Natomiast w odniesieniu do miast Bremy i Hamburga państwo to przyznało, że – tak jak wynika ze wskazań przedstawionych przez Komisję w jej replice – oba te miasta były członkami, odpowiednio, Kommunaler Arbeitgeberverband Bremen eV (stowarzyszenia pracodawców komunalnych Bremy) i Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (stowarzyszenia prawa pracy Hamburga), które są członkami VKA.
 - 104 Ponadto wspomniane państwo nie poparło żadnymi konkretnymi danymi twierdzenia zawartego w jego duplice, zgodnie z którym pracownicy służby publicznej tych dwóch miast nie są objęci zakresem stosowania TV-EUmw/VKA ze względu na szczególny status członków każdego z dwóch stowarzyszeń regionalnych wspomnianych w poprzednim punkcie niniejszego wyroku.
 - 105 W świetle całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim zamówienia na obsługę pracowniczych programów emerytalnych zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzania przetargu na poziomie Unii instytucjom lub przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA w 2004 r., przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 4505 pracowników, w 2005 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 3133 pracowników oraz w 2006 i 2007 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 2402 pracowników, Republika Federalna Niemiec dopuściła się uchybienia zobowiązaniom ciążącym na niej do dnia 31 stycznia 2006 r. na mocy przepisów art. 8 w związku z tytułami III–VI dyrektywy 92/50, a od dnia 1 lutego 2006 r. na mocy przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18.
 - 106 W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

W przedmiocie kosztów

- 107 Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Zgodnie z art. 69 § 3 tego regulaminu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron, Trybunał może postanowić, że koszty zostaną rozdzielone albo że każda ze stron poniesie własne koszty. Biorąc pod uwagę, że niektóre zarzuty Komisji i Republiki Federalnej Niemiec zostały oddalone, ponoszą one własne koszty.
- 108 Zgodnie z art. 69 § 4 akapit pierwszy tego regulaminu Królestwo Danii i Królestwo Szwecji, które przystąpiły do niniejszej sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

- 1) **W zakresie, w jakim zamówienia na obsługę pracowniczych programów emerytalnych zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzania przetargu na poziomie Unii instytucjom lub przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst (układu zbiorowego dotyczącego przekształcania części wynagrodzenia pracowników komunalnej służby publicznej na oszczędności emerytalne), w 2004 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 4505 pracowników, w 2005 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 3133 pracowników oraz w 2006 i 2007 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 2402 pracowników, Republika Federalna Niemiec dopuściła się uchybienia zobowiązaniom ciążącym na niej do dnia 31 stycznia 2006 r. na mocy przepisów art. 8 w związku z tytułami III-VI dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, a od dnia 1 lutego 2006 r. na mocy przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.**
- 2) **W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.**
- 3) **Komisja Europejska, Republika Federalna Niemiec, Królestwo Danii i Królestwo Szwecji ponoszą własne koszty.**

Podpisy

* Język postępowania: niemiecki.