



Datum van inontvangstneming : 24/01/2018

**Zaak C-699/17**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

14 december 2017

**Verwijzende rechter:**

Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

29 november 2017

**Verzoekster tot „Revision“:**

Allianz Vorsorgekasse AG

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Verzoek tot vaststelling van de onrechtmatigheid van een gunningsprocedure

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag**

Uitlegging van het recht van de Unie, artikel 267 VWEU

**Prejudiciële vraag**

Zijn de bepalingen van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten respectievelijk de artikelen 49 en 56 VWEU en de grondbeginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie die daaruit voortvloeien voor het plaatsen van overheidsopdrachten, van toepassing op de sluiting van contracten tussen aanbestedende diensten en bedrijfsvoorzieningskassen betreffende het beheer en de belegging van bijdragen voor de ontslagvergoeding wanneer voor de sluiting van het contract en de keuze van de bedrijfsvoorzieningskas de goedkeuring van de werknemers of van hun vertegenwoordiging vereist is en de aanbestedende dienst derhalve niet autonoom daartoe kan overgaan?

## **Aangehaalde Unierechtelijke bepalingen**

VWEU, inzonderheid artikelen 49 en 56

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG

## **Aangehaalde nationale bepalingen**

Bundesvergabegesetz 2006 (Oostenrijkse federale wet van 2006 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „BVergG 2006”)

Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (Oostenrijkse wet inzake de sociale verzekering voor werknemers en zelfstandigen; hierna: „BMSVG”)

Bankwesengesetz (Oostenrijkse wet op het bankwezen; hierna: „BWG”)

Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (Oostenrijkse federale wet van 2016 inzake het toezicht op het verzekeringswezen; hierna: „VAG 2016”)

## **Korte weergave van de feiten en van de procedure**

- 1 In het geding staan Allianz Vorsorgekasse AG als verzoekster tot „Revision” en de andere partijen in de procedure in „Revision” (vijf aanbestedende diensten en opdrachtnemer fair-finance Vorsorgekasse AG) tegenover elkaar.
- 2 De aanbestedende diensten zijn als werkgever krachtens het BMSVG verplicht om voor hun werknemers een bijdrage van 1,53 % van hun maandloon aan een bedrijfsvoorzieningskas af te dragen met het oog op het beheer en de belegging van deze bijdragen. Hiertoe moet er tussen de bedrijfsvoorzieningskas en de aansluitende werkgever een aansluitingsovereenkomst worden afgesloten. Bij beëindiging van het dienstverband heeft de werknemer recht op een vergoeding van de bedrijfsvoorzieningskas, welke in wezen uit de betaalde bijdragen bestaat (verminderd met bepaalde kosten en vermeerderd met de beleggingsresultaten).
- 3 Tot het jaar 2016 bestond een dergelijke aansluitingsovereenkomst tussen de aanbestedende diensten en verzoekster tot „Revision”. In februari 2016 werd een procedure voor de selectie van een bedrijfsvoorzieningskas bekendgemaakt. Het doel van deze procedure was het sluiten van een aansluitingsovereenkomst en, in geval van een omschakeling naar een andere bedrijfsvoorzieningskas, de overdracht van ontslagvergoedingsrechten. Als start van de dienstverlening was 1 januari 2017 voorzien.

- 4 Deze procedure, in de loop waarvan de aanbestedende diensten verklaarden voornemens te zijn de opdracht aan fair-finance AG (hierna: „opdrachtnemer”) te gunnen, werd op 8 juli 2016 door de aanbestedende diensten herroepen aangezien zij op 29 juni 2016 reeds een aansluitingsovereenkomst met opdrachtnemer hadden gesloten en op 30 juni 2016 de bestaande aansluitingsovereenkomsten met verzoekster tot „Revision” hadden opgezegd met ingang van 31 december 2016.
- 5 Vervolgens heeft verzoekster tot „Revision” verzocht vast te stellen dat de gunning van de opdracht aan de opdrachtnemer onrechtmatig was, aangezien de sluiting van het betrokken contract aan het BVergG 2006 onderworpen was en de opdracht dus niet buiten de bovengenoemde gunningsprocedure gegund had mogen worden. De opdrachtnemer en de aanbestedende diensten menen daarentegen dat het BVergG 2006 niet van toepassing is op de onderhavige opdrachtverlening.
- 6 Bij besluit van 14 september 2016 heeft het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) het verzoek tot vaststelling van verzoekster tot „Revision” afgewezen. Anders dan verzoekster tot „Revision” meent, is het bij de berekening van de waarde van de opdracht niet uitgegaan van de aan de bedrijfsvoorzieningskas te betalen bijdragen maar van de door de werkgever aan de bedrijfsvoorzieningskas te betalen administratieve kosten ten belope van 174 000 euro uitgegaan, een bedrag dat onder de drempel voor de geraamde waarde van de opdracht ligt. Vanuit die visie heeft deze rechter geconcludeerd dat het BMSVG als lex specialis voorrang heeft op de bepalingen van het BVergG 2006, aangezien er voor de bedrijfsvoorzieningskas een contracteerplicht bestaat, de sluiting van de aansluitingsovereenkomst de medewerking van de werknemers vereist en de werkgever een compromis met zijn werknemers dient uit te werken en bij gebrek aan een akkoord hierover een bemiddelingsorgaan bij administratief overheidsbesluit dient te oordelen. Bij gebreke van toepasselijkheid van het BVergG 2006 zou het Verwaltungsgericht niet bevoegd zijn voor de behandeling van het verzoek tot vaststelling ten gronde.
- 7 Tegen dit besluit heeft verzoekster tot „Revision” beroep tot „Revision” ingesteld.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 8 Volgens verzoekster tot „Revision” is de rechtstreekse gunning van het contract buiten de aanbestedingsprocedure onrechtmatig. Volgens haar zijn de in geding zijnde prestaties bestaande in bedrijfsvoorzieningen voor werknemers opdrachten voor diensten en vallen deze derhalve binnen de materiële werkingssfeer van het BVergG 2006 (zie naar analogie met betrekking tot diensten van pensioenkas, arrest van 15 juli 2010, Commissie/Duitsland, C-271/08, EU:C:2010:426). De (louter theoretische) mogelijkheid dat een bedrijfsvoorzieningskas door de ondernemingsraad wordt afgewezen, heeft volgens haar niet tot gevolg dat de onderhavige opdracht buiten de werkingssfeer van de regelgeving betreffende overheidsopdrachten valt. Bovendien gaat het bij bedrijfsvoorzieningen voor

werknemers – zoals de diensten van pensioenkassen – om een verzekeringsdienst, hetgeen vereist dat de waarde van de betrokken opdracht op basis van de in totaal (als verzekeringspremies) te betalen bijdragen en niet louter op basis van de administratieve kosten wordt vastgesteld.

- 9 De andere partijen in het hoofdgeding betogen dat de werkgever bij de sluiting van de aansluitingsovereenkomst aan de wil van de werknemers gebonden is. Zij stellen dat de aanbestedende diensten niet autonoom kunnen beslissen om hun voorkeur aan een bepaalde inschrijver te geven, waardoor naleving van de regelgeving betreffende overheidsopdrachten niet geboden is. Aangezien de werknemers niet aan deze regelgeving onderworpen zijn, zou er een onoplosbaar conflict ontstaan wanneer de werknemers zich tegen de in de aanbestedingsprocedure geïdentificeerde beste inschrijver zouden uitspreken. Bovendien is de rechtspraak betreffende de diensten van pensioenfondsen niet van toepassing, omdat de regelingen verschillende doelstellingen nastreven en de diensten niet vergelijkbaar zijn. De diensten van de bedrijfsvoorzieningskas (uitbetaling van vergoedingen bij ontslag) kunnen niet worden beschouwd als verzekeringsdiensten, aangezien het niet onzeker is of de daadwerkelijke prestatie zich wel zal voordoen en iedere rechthebbende de dienst waarop hij recht heeft, zelf financiert, zonder een systeem dat op het collectief nemen van risico's gebaseerd is. Tot slot vindt BVergG 2006 evenmin toepassing omdat de voorzieningen voor werknemers pas na beëindiging van het dienstverband bescherming bieden, de ontslagvergoedingen derhalve als bezoldigingen dienen te worden beschouwd en de opdrachtverlening bijgevolg onder de uitzondering voor arbeidsovereenkomsten valt.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

#### *Uitzondering voor arbeidsovereenkomsten*

- 10 Volgens de rechtspraak van het Hof dienen de uitzonderingen op de verplichte naleving van de bepalingen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten restrictief te worden uitgelegd. In punt 82 van het reeds aangehaalde arrest C-271/08 heeft het Hof in het kader van de selectie van een verzekeringsinstelling op het gebied van de bedrijfspensioenvoorziening verduidelijkt dat de uitzondering voor arbeidsovereenkomsten niet geldt voor diensten die, zoals daar het geval was, niet op een arbeidsovereenkomst maar op een overeenkomst tussen een werkgever en een assuradeur zijn gebaseerd.
- 11 Hetzelfde geldt voor het onderhavige geval. Ook wanneer de te beleggen bijdragen loonbestanddelen zijn waarop de werknemers recht hebben op grond van een arbeidsovereenkomst met een aanbestedende dienst, dient een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst (welke tevens werkgever is) en een derde betreffende het beheer en de belegging van dergelijke bijdragen niet als een arbeidsovereenkomst (in de zin van artikel 10, onder g), van richtlijn 2014/24 respectievelijk § 10 Z 12 BVergG 2006) te worden beschouwd. De dienstverlener

verricht de bedoelde diensten immers niet in een situatie waarin hij – zoals kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst – zich bevindt in een afhankelijke of ondergeschikte positie ten aanzien van de werkgever.

*Geraamde waarde van de opdracht*

- 12 Volgens artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/24 is de berekening van de geraamde waarde van een opdracht gebaseerd op het totale bedrag, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Volgens de bijzondere regel in artikel 5, lid 13, onder a), van richtlijn 2014/24 dient voor verzekeringsdiensten bij de berekening van de geraamde waarde van de opdracht de te betalen premie en andere vormen van beloning als grondslag te worden genomen.
- 13 Volgens het nationale recht vergen transacties inzake bedrijfsvoorzieningen echter geen vergunning overeenkomstig het VAG 2016, maar een vergunning overeenkomstig het BWG (zie § 18, lid 1, BMSVG). Het in ontvangst nemen en beleggen van ontslagvergoedingsbijdragen zijn derhalve banktransacties. Afgezien van de door de bedrijfsvoorzieningskas in te houden administratieve kosten kunnen de bijdragen die door de werkgever via het bevoegde socialeverzekeringsorgaan aan de bedrijfsvoorzieningskas moeten worden betaald, niet als tegenprestatie voor de door de bedrijfsvoorzieningskas te verrichten dienst worden beschouwd. De bedrijfsvoorzieningskas dient de bijdragen veeleer in bewaring te nemen en te beheren (§ 18, lid 2, BMSVG) en deze aan de begunstigde (de werknemer) uit te betalen wanneer deze daarop aanspraak kan maken (§ 16 BMSVG).
- 14 Aangezien iedere rechthebbende de prestatie waarop hij recht heeft (verminderd met de administratieve kosten en vermeerderd met de beleggingsresultaten) zelf financiert (zonder spreiding van de risico's onder een gemeenschap) en de uitbetaling van de ontslagvergoeding (de daadwerkelijke prestatie) niet van het intreden van een risico (een verzekerde gebeurtenis) afhankelijk is, neemt de bedrijfsvoorzieningskas door het sluiten van de aansluitingsovereenkomst ook geen risico (zie arrest van 9 maart 2017, Marsh/EUIPO, T-308/16, EU:T:2017:154, punt 37; ook in het aangehaalde arrest C-271/08, punt 58, gaat het Hof uit van de „spreiding van de risico's, waarop elke verzekeringsactiviteit berust”).
- 15 Aangezien er derhalve geen sprake is van een verzekeringspremie, dient bij de berekening van de geraamde waarde van de opdracht alleen rekening te worden gehouden met de door de bedrijfsvoorzieningskas in te houden administratieve kosten. Daarom dient in het onderhavige geval te worden uitgegaan van een waarde van de opdracht die onder de drempel van richtlijn 2014/24/EU ligt. Om de hierna uiteengezette redenen doet dit echter niets af aan de noodzaak van de gestelde prejudiciële vraag.

*Relevantie van het Unierecht*

- 16 Het Hof heeft in het arrest van 5 april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), opgemerkt dat de uitlegging van de bepalingen van een handeling van de Unie in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen dan ook gerechtvaardigd is indien deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen deze werkingssfeer vallen (punt 34).
- 17 Weliswaar bevatten de nationale bepalingen van het BVergG 2006 op specifieke gebieden verschillende voorschriften betreffende de gunning van opdrachten waarvan de waarde lager of hoger dan de drempels is, maar de inhoudelijk onder het BVergG 2006 vallende economische activiteiten worden voor alle opdrachten op eenvormige wijze en in de zin van de bepalingen van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten omschreven. De vraag of het sluiten van een aansluitingsovereenkomst als de onderhavige binnen de werkingssfeer van de bepalingen betreffende overheidsopdrachten valt, dient dan ook in overeenstemming met de afgeleide wetgeving op eenvormige wijze te worden beantwoord, ongeacht of de waarde van de opdracht de drempels haalt of niet. Derhalve heeft men er volgens het Verwaltungsgerichtshof duidelijk belang bij op eenvormige wijze uit te leggen of de onderhavige transactie al dan niet onder richtlijn 2014/24/EU valt.
- 18 Volledigheidshalve zij er nog op gewezen dat het Verwaltungsgerichtshof van mening is dat de onderliggende overeenkomst van 29 juni 2016 zonder aanbestedingsprocedure is gesloten. Aangezien de beslissing om de opdracht buiten het kader van de regelgeving inzake overheidsopdrachten te gunnen, in elk geval na het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 is genomen, is niet richtlijn 2004/18 maar richtlijn 2014/24/EU relevant.
- 19 Volgens het reeds genoemde arrest C-298/15 dient bij het plaatsen van een opdracht die, gelet op de waarde ervan, niet binnen de werkingssfeer van de afgeleide wetgeving inzake overheidsopdrachten valt, rekening te worden gehouden met de algemene beginselen van het VWEU en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont (punt 36). Als objectieve criteria die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het Hof onder andere het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken, de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten aangehaald (zie arrest van 6 oktober 2016, Tecnoedi Construzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, punt 20).
- 20 Het (dicht bij de drempel liggende) bedrag van de opdracht en de aard van de gevraagde dienst, die geen fysieke aanwezigheid van werknemers of apparaten op

het nationale grondgebied vereist, pleiten volgens het Verwaltungsgerichtshof voor het duidelijke grensoverschrijdende belang van de onderhavige opdracht en dus ook voor de relevantie van de beginselen van primair recht.

*Toelichting bij de prejudiciële vraag*

- 21 In het kader van het systeem van de bedrijfspensioenvoorziening in Duitsland heeft het Hof in arrest C-271/08 opgemerkt dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft betwist dat de toepassing van de aanbestedingsprocedures in overeenstemming kan worden gebracht met de toepassing van de met name uit het Duitse sociale recht voortvloeiende mechanismen die binnen de betrokken gemeentelijke overheid of onderneming garanderen dat de werknemers of hun vertegenwoordiging kunnen deelnemen aan de keuze van het orgaan of de organen (punt 55). Een toepassing van de aanbestedingsprocedures sluit niet uit dat in de oproep tot inschrijving aan de potentiële inschrijvers voorwaarden worden opgelegd die de belangen van de betrokken werknemers weerspiegelen (punt 56). Derhalve dient te worden geconcludeerd dat de inachtneming van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor diensten niet onverenigbaar is met het sociale doel dat de partijen bij de desbetreffende collectieve overeenkomst bij de uitoefening van hun recht op collectieve onderhandelingen nastreven (punt 66).
- 22 Hoewel er tussen de desbetreffende onderliggende situaties inderdaad een zekere mate van overeenkomst kan bestaan, is het volgens het Verwaltungsgerichtshof om de volgende redenen op zijn minst twijfelachtig of deze uitspraken zonder meer op het onderhavige geval toepasbaar zijn. Ook de andere partijen in het hoofdgeding hebben overigens betwist dat de jurisprudentie inzake de bedrijfspensioenvoorziening op de onderhavige zaak van toepassing is, op grond dat de betrokken normen door verschillende regelgevingsdoeleinden en doelstellingen worden gekenmerkt en de onder het BMSVG vallende diensten geen verzekeringsdiensten zijn.
- 23 Anders dan in het geval dat aan arrest C-271/08 ten grondslag ligt, berust de keuze van de bedrijfsvoorzieningskas in het onderhavige geval weliswaar niet op een collectieve overeenkomst, maar volgens § 9 BMSVG dient deze keuze (gewoonlijk) wel op basis van een afdwingbaar bedrijfsakkoord te worden gemaakt. Dit bedrijfsakkoord dient tussen de werkgever in zijn hoedanigheid van ondernemingshoofd en de ondernemingsraad te worden gesloten (waarbij er voor werknemers die niet door een ondernemingsraad worden vertegenwoordigd, overeenkomstig § 9, lid 2, BMSVG vergelijkbare medezeggenschapsrechten bestaan). Aangezien de keuze van de bedrijfsvoorzieningskas gevolgen heeft voor het gebruik van delen van de werknemersvergoedingen, is het volgens het Verwaltungsgerichtshof dienstig om te voorzien in het medezeggenschapsrecht van de werknemers of hun vertegenwoordiging (ook wanneer deze in individuele gevallen anders is uitgewerkt, heeft het Hof van Justitie in het reeds genoemde arrest C-271/08 geen principiële bezwaren tegen de betrokkenheid van de werknemers of hun vertegenwoordiging bij het sluiten van contracten inzake bedrijfspensioenvoorzieningen geuit). Het Verwaltungsgerichtshof ziet geen



aanwijzingen dat de leden van de ondernemingsraad (respectievelijk de werknemers) in het kader van hun betrokkenheid binnen de personele werkingssfeer van de regeling inzake overheidsopdrachten zouden vallen en derhalve aan de betreffende bepalingen gebonden zouden zijn.

- 24 Aangezien de aansluitingsovereenkomst volgens § 11 BMSVG door de werkgever moet worden afgesloten, de bijdragen volgens § 6, lid 1, BMSVG eveneens door de werkgever moeten worden betaald en het Hauptverband der Sozialversicherungsträger (Oostenrijkse vereniging van socialeverzekeringsorganen) de werkgever een bedrijfsvoorzieningskas toewijst wanneer geen aansluitingsovereenkomst werd gesloten (§§ 10 en 27a BMSVG), is de werkgever in elk geval verplicht om op zijn minst een begin met de keuze van de bedrijfsvoorzieningskas te maken. De ondernemingsraad kan zich echter tegen dit selectiebesluit van de werkgever „verzetten” en kan weigeren om met betrekking tot de door de werkgever geprefereerde bedrijfsvoorzieningskas een bedrijfsakkoord te sluiten. De facto zou een gunningsprocedure onder leiding van de werkgever dan ook niet automatisch of noodzakelijk leiden tot de sluiting van een contract met deze bedrijfsvoorzieningskas n dus tot de keuze van de contractpartner door de werkgever alleen, maar (louter tot de bepaling van de bedrijfsvoorzieningskas die door de werkgever met het oog op het sluiten van een bedrijfsakkoord aan de ondernemingsraad wordt voorgesteld. Volgens het Verwaltungsgerichtshof is het twijfelachtig of een dergelijke situatie binnen de werkingssfeer van de afgeleide of primaire wetgeving inzake overheidsopdrachten valt.
- 25 Dienaangaande dient het volgende te worden opgemerkt: bij een – niet in het BMSVG voorziene – betrokkenheid van de ondernemingsraad bij een eventuele gunningsprocedure rijst het probleem dat dit een – prima facie ontbrekende – binding van de ondernemingsraad aan de bepalingen inzake overheidsopdrachten zou vereisen. Omgekeerd zou een situatie waarin de werkgever verplicht is om de in een gunningsprocedure gemaakte keuze van een bedrijfsvoorzieningskas te respecteren, tot gevolg hebben dat, ingeval de ondernemingsraad zich daartegen verzet, de aan het systeem van bedrijfsakkoorden inherente onderhandelingen tussen werkgever en werknemers op niets zouden uitlopen omdat er voor de werkgever bij naleving van de regeling inzake overheidsopdrachten geen ruimte is om een andere bedrijfsvoorzieningskas – te weten degene die de voorkeur van de ondernemingsraad wegdraagt – te aanvaarden. Derhalve zou dit in dergelijke gevallen dan ook ertoe leiden dat de keuze van de bedrijfsvoorzieningskas steeds door het bemiddelingsorgaan en dus bij besluit wordt gemaakt.
- 26 Dit staat op zich niet eraan in de weg dat een gunningsprocedure overeenkomstig de bepalingen van het Unierecht voorafgaat aan deze bij wet voorgeschreven procedure. Zo staat het de aanbestedende dienst vrij om voorzorgsmaatregelen te nemen voor het geval dat er geen akkoord met de ondernemingsraad kan worden bereikt, bijvoorbeeld door een mogelijkheid tot herroeping of een contractueel recht van opzegging te voorzien. Het is echter duidelijk dat het volgen van een dergelijke procedure, waarbij rekening wordt gehouden met de rechten van de

werknemers of hun vertegenwoordiging, niet steeds kan leiden tot het sluiten van een overeenkomst met de als beste inschrijver geïdentificeerde onderneming, maar dat er voor de sluiting van een overeenkomst nog aan andere, buiten het aanbestedingsrecht vallende voorwaarden moet zijn voldaan. Derhalve rijst de vraag of in een situatie als de onderhavige sprake is van een aankoop van diensten van een ondernemer die, zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU, door de aanbestedende dienst is gekozen.