

ANNOTATIE

Arbeidsgerelateerde voorwaarden in het aanbestedingsbestek: wat mag wel en wat mag niet?

mr. drs. I. Lintsen

Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 04-10-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7456 (AR-2019-1048)

1 Inleiding

Sociaal aanbesteden is niet iets nieuws. De inzet van aanbestedingen voor het verwezenlijken van sociale en milieudoelstellingen staat al geruime tijd in de belangstelling van de politiek. Het beleid van de Rijksoverheid inzake *social return* (de verplichting voor een opdrachtnemer om kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt te betrekken bij de uitvoering van de opdracht) vormt een mooi voorbeeld. [1] Relatief weinig aandacht gaat daarentegen uit naar de positie van werknemers die de betreffende opdracht uitvoeren. [2] De gedachte lijkt te zijn dat het arbeidsrecht voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de werknemer. [3] In de praktijk blijkt dat niet altijd het geval te zijn en ook aanbestedende diensten realiseren zich dat. Door middel van voorwaarden in het aanbestedingsbestek proberen aanbestedende diensten steeds vaker op te treden tegen mogelijk negatieve gevolgen van een aanbesteding voor werknemers. Zo kondigde het Rijk in 2013 aan via aanbestedingen te willen bewerkstelligen dat werknemers die overheidsopdrachten uitvoeren, in vaste dienst komen bij de aanbieder. [4] Daarnaast maakt Gemeente Nijmegen zich hard voor de overname van 100 procent van het personeel bij een nieuwe aanbesteding van het doelgroepen- en leerlingenvervoer. [5] De initiatieven roepen de vraag op naar de verenigbaarheid met het Europese aanbestedingsrecht. Hoewel het Europese aanbestedingsrecht arbeidsgerelateerde voorwaarden in het aanbestedingsbestek toestaat, is die bevoegdheid niet onbegrensd. De juridische toelaatbaarheid van uitvoeringsvoorwaarden die zijn gericht op de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van de betrokken werknemers, staat in onderhavige zaak centraal en is het onderwerp van deze annotatie.

De annotatie start met een overzicht van de feiten, het proces en de uitspraak. Vervolgens voorziet paragraaf 3 de uitspraak van commentaar. De paragraaf bespreekt eerst het door Rechtbank Amsterdam toegepaste toetsingskader en legt dit toetsingskader langs de Europese

maatstaf. Vervolgens staat de toelaatbaarheid van de in het geding zijnde uitvoeringsvoorwaarden centraal. Tot slot is er aandacht voor de herziene Detacheringsrichtlijn. [6] Paragraaf 4 sluit de annotatie af met enkele opmerkingen over het nut en de noodzaak van arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden in aanbestedingen.

2 Feiten, procesverloop en uitspraak

Schiphol dient nieuwe overeenkomsten te sluiten met partijen die zorgdragen voor de beveiliging op de luchthaven. De huidige contracten lopen af op 3 november 2020. Schiphol organiseert daartoe een Europese aanbesteding voor de inkoop van beveiligingsdiensten. Het gaat om een overeenkomst voor de duur van vier jaar (tot november 2024) die twee keer kan worden verlengd met een periode van twee jaar. [7] FNV en CNV treden in overleg met Schiphol met betrekking tot in de aanbesteding te stellen arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden. Er moet volgens de vakbonden een einde komen aan de concurrentie op arbeidsvoorwaarden op Schiphol die herhaaldelijk heeft geleid tot personeelstekorten, lange wachtrijen, hoge werkdruk en arbeidsonrust. Concreet willen FNV en CNV dat Schiphol de nieuwe aanbieder verplicht tot het toepassen van bepaalde afspraken uit het Schiphol-akkoord (zomer 2018) die voor een deel tevens zijn neergelegd in de algemeen verbindend verklaarde Cao Particuliere Beveiliging. Het gaat om de volgende afspraken:

Werkdruk. Gezien de relatief hoge werkdruk op een aantal processen binnen de luchthaven Schiphol wordt overgegaan tot een roostersystematiek die de werkdruk verlaagt.

Arbeidsduur. De arbeidsduur op fulltime basis wordt per 1 januari 2012 verkort van 152 uur naar 148 uur per loonperiode. Voorts zal per 1 januari 2022 de arbeidsduur nogmaals worden verkort van 148 naar 144 uur per loonperiode op fulltime basis.

Loonsverhoging. De lonen en loonschalen worden structureel verhoogd met 2,5 procent met ingang van loonperiode I 2019 en nogmaals met 2,5 procent met ingang van loonperiode I 2020.

Overig. Het uitgangspunt binnen het operationele personeelsbestand (beveiligers) voor de verhouding flex-vast is dat minimaal 80 procent van de arbeidsovereenkomsten bestaat uit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De uitvoeringsvoorwaarden bewerkstelligen dat ook de ondernemers aan wie dispensatie is verleend ten aanzien van de Cao Particuliere Beveiliging, de afspraken uit het Schiphol-akkoord moeten naleven. Het gaat om ondernemers die op het moment van inwerkingtreding van het avv-besluit (3 mei 2019) waren gebonden aan de Cao Beveiliging. Schiphol weigert echter de door FNV en CNV gewenste uitvoeringsvoorwaarden in het aanbestedingsbestek op te nemen. Zij meent dat het opnemen van de voorwaarden in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht. In reactie hierop kondigt FNV collectieve acties aan. In een door Schiphol ingesteld kortgeding oordeelt Rechtbank Noord-Holland dat de collectieve acties rechtmatig zijn. [8] De uitspraak dwingt Schiphol om opnieuw met FNV en CNV in overleg te treden. Partijen spreken af dat Schiphol de vier door FNV en CNV gewenste voorwaarden in de aanbesteding zal opnemen, maar uitsluitend indien en voor zover Rechtbank Amsterdam

oordeelt dat het stellen van die voorwaarden juridisch toelaatbaar is. Zij starten gezamenlijk een procedure op grond van artikel 96 Rv. Rechtbank Amsterdam doet op 4 oktober 2019 uitspraak. In een uitgebreid gemotiveerd vonnis oordeelt de rechtbank dat het Schiphol juridisch is toegestaan om de vier voorwaarden in de aanbesteding van de beveiligingsdiensten op te nemen, mits de concrete uitwerking van de voorwaarden tijdig bekend is.

3 Commentaar

3.1 Het toetsingskader: de Detacheringsrichtlijn stelt de grens

Aanbestedende diensten kunnen overeenkomstig artikel 2.8o Aanbestedingswet (Aw) bijzondere voorwaarden stellen aan de uitvoering van een overheidsopdracht. Deze zogenoemde uitvoeringsvoorwaarden mogen verband houden met sociale of arbeidsgerelateerde overwegingen (art. 7o Aanbestedingsrichtlijn). [9] Het stellen van uitvoeringsvoorwaarden is echter wel aan beperkingen gebonden. Zo dienen de voorwaarden verband te houden met het voorwerp van de opdracht en niet in strijd te zijn met het Unierecht. Daarnaast moeten de voorwaarden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht voldoen: ze mogen niet discrimineren en moeten transparant zijn. Deze beperkingen gelden ook voor Schiphol. Hoewel voor speciale sectorbedrijven zoals Schiphol een bijzonder aanbestedingsregime geldt, wordt voor wat betreft het stellen van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden aangesloten bij de reguliere regels voor overheidsopdrachten (art. 3.63 Aw). [10]

In deze zaak staat met name de verenigbaarheid van uitvoeringsvoorwaarden met het Unierecht ter discussie. [11] Het Hof van Justitie heeft zich over uitvoeringsvoorwaarden die betrekking hebben op het niveau van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van de betrokken werknemers, in een drietal arresten uitgelaten: *Rüffert*, *Bundesdruckerei* en *RegioPost*. [12] Een Duitse wettelijke maatregel verplichtte in die arresten de aanbestedende dienst om de gunning van de aanbesteding afhankelijk te stellen van het toepassen van een bepaald loonniveau. Het Hof van Justitie constateert eerst dat voorwaarden om een bepaald niveau van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden te garanderen, een beperking vormen op het vrij verrichten van diensten. Gelet op die inbreuk is het gebruik van uitvoeringsvoorwaarden volgens het Hof – voor zover het gaat om diensten die op het eigen grondgebied van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd – louter toegestaan binnen de grenzen van de Detacheringsrichtlijn. [13] De Detacheringsrichtlijn bepaalt dwingendrechtelijk welk niveau van bescherming de lidstaat van ontvangst mag verlangen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen die gebruik wensen te maken van gedetacheerde werknemers. Anders dan FNV bij Rechtbank Amsterdam betoogt, is dit toetsingskader met de inwerkingtreding van de ‘nieuwe’ Aanbestedingsrichtlijn uit 2014 niet gewijzigd. De Aanbestedingsrichtlijn verplicht lidstaten maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat arbeidsrechtelijke verplichtingen die gelden op de plaats van uitvoering worden nageleefd. Het doel is het creëren van een ‘level playing field’ om zo concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. Bij de toepassing van deze verplichting moeten lidstaten

echter de Detacheringsrichtlijn in acht nemen, zo volgt uit de preambule. De gelijke behandeling van inschrijvers is dus ook na 2014 beperkt tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden uit de Detacheringsrichtlijn. [14]

Rechtbank Amsterdam laat dit punt rusten. De reden is dat de rechtbank meent dat de arresten van het Hof van Justitie toepassing missen. Volgens de rechtbank richt de Detacheringsrichtlijn zich uitsluitend tot lidstaten. In de Duitse zaken stond steeds een wettelijke bepaling centraal die aanbestedende diensten verplichtte bepaalde voorwaarden te stellen aan de uitvoering van de aanbesteding. De strekking van de arresten is volgens Rechtbank Amsterdam dat een lidstaat een aanbestedende dienst niets kan verplichten buiten de harde kern zoals bedoeld in de Detacheringsrichtlijn. De richtlijn zou daarentegen geen beperkingen opleggen aan de aanbestedende dienst zelf. Met andere woorden: een aanbestedende dienst mag andere of ruimere (hogere) voorwaarden stellen dan de harde kern die de Detacheringsrichtlijn voorschrijft zolang de wet daartoe maar niet verplicht. Dit standpunt is naar mijn mening niet juist. Het is vaste rechtspraak dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting om het daarin gestelde doel te verwezenlijken, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties. [15] Hieronder vallen ook privaatrechtelijke rechtspersonen die overheidsdiensten uitvoeren, zoals Schiphol. [16] De uitleg die de rechtbank voorstaat, zou ertoe leiden dat overheidsinstanties via aanbestedingen alsnog het verrichten van diensten op eigen grondgebied afhankelijk zouden kunnen stellen van een hogere mate van bescherming dan de Detacheringsrichtlijn biedt. Dat druist in tegen de zorgvuldig door de Detacheringsrichtlijn tot stand gebrachte balans tussen het vrij verkeer van diensten enerzijds en de bescherming van de gedetacheerde werknemers anderzijds. Het maakt dus voor de verenigbaarheid van de voorwaarde met het Unierecht niet uit of een wettelijke bepaling een aanbestedende dienst verplicht bepaalde voorwaarden te stellen of dat de aanbestedende dienst daartoe om andere redenen besluit. Het toetsingskader is hetzelfde.

Ook het gebrek aan interesse van buitenlandse aanbieders staat niet aan de toepassing van het Europese toetsingskader in de weg. Rechtbank Amsterdam lijkt daar wel van uit te gaan. Nog voordat de rechtbank ingaat op de relevantie van de arresten van het Hof van Justitie overweegt de rechtbank dat de beoordeling of de voorwaarden in overeenstemming zijn met het Unierecht vanwege het gebrek aan interesse van buitenlandse aanbieders *'noodzakelijkerwijs in hoge mate een theoretisch karakter'* heeft (overweging 18). De rechtbank doet voorkomen alsof de (on)verenigbaarheid met het Unierecht alleen een rol speelt als buitenlandse aanbieders daadwerkelijk interesse tonen. Die opvatting klopt evenmin. In *RegioPost* ging het om een in Duitsland gevestigde onderneming die meedeed aan een aanbesteding in Duitsland. Ook de andere inschrijvers hadden hun zetel op Duits grondgebied. Kortom: het betrof een interne situatie. Toch toetste het Hof van Justitie of de voorwaarde in overeenstemming was met het Unierecht. De achterliggende gedachte is dat een Europese aanbesteding (gelet op de waarde van de opdracht) wordt geacht een zeker grensoverschrijdend belang te hebben. In dat licht valt niet uit te sluiten dat een ondernemer die eventueel belangstelling had om deel te nemen en overwoog zijn werknemers ter beschikking te stellen, van inschrijving heeft afgezien vanwege de verplichting een bepaald

loon te betalen of andere arbeidsvoorwaarden na te komen. Om die reden moest in *RegioPost* aan de hand van de Detacheringsrichtlijn worden beoordeeld of de voorwaarde in overeenstemming was met het vrij verkeer van diensten. Ook in de zaak bij Rechtbank Amsterdam gaat het om een verplichte Europese aanbesteding en is dus voor de beoordeling van de uitvoeringsvoorwaarden irrelevant of buitenlandse aanbieders daadwerkelijk interesse tonen. Deze benadering past in de Europese rechtspraak in bredere zin. Zowel in het vrij verkeer als in het mededingingsrecht toetst het Hof van Justitie steeds vaker op potentiële handelsbelemmeringen in plaats van werkelijke handelsbelemmeringen. [17]

3.2 De toelaatbaarheid van de uitvoeringsvoorwaarden in het concrete geval

Rechtbank Amsterdam heeft dus ten onrechte het Europese toetsingskader buiten beschouwing gelaten. In deze paragraaf ga ik na of dit Europese toetsingskader tot een andere uitkomst had geleid. Het geschil spitst zich zoals gezegd toe op vier afspraken uit de Cao Particuliere Beveiliging. Drie van de vier voorwaarden zijn algemeen verbindend verklaard tot 3 mei 2021. Dat gegeven is relevant in het kader van de Detacheringsrichtlijn. Artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn verplicht lidstaten de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te garanderen die zijn neergelegd in de wet of een algemeen verbindend verklaarde cao. Het gaat om de zogenoemde harde kernarbeidsvoorwaarden. Deze bepaling is voor wat betreft de toepassing van de verbindend verklaarde cao-bepalingen in Nederland geïmplementeerd in artikel 2 lid 6 Wet AVV. [18] Hoewel artikel 3 lid 7 van de betreffende richtlijn lidstaten toestaat arbeidsvoorwaarden toe te passen die gunstiger voor werknemers zijn, komt aan deze bepaling slechts beperkte betekenis toe. Het Hof van Justitie overwoog in *Laval* dat het de ontvangstlidstaat niet is toegestaan de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van de inachtneming van arbeidsvoorwaarden die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming. [19] Het argument dat wordt getracht *social dumping* tegen te gaan, gaat niet op omdat de Detacheringsrichtlijn reeds in de bescherming van werknemers voorziet. [20] Het Hof van Justitie volgt dezelfde lijn met betrekking tot arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden in een aanbestedingsbestek. Het Hof overwoog in *Rüffert* dat een andere uitleg de Detacheringsrichtlijn van elk nuttig effect zou beroven (overweging 33). [21] Voor de onderhavige zaak betekent dit het volgende. De afspraak omtrent de werkdruk (a) is niet algemeen verbindend verklaard. De naleving van deze afspraak overstijgt dus het niveau van bescherming op grond van de Detacheringsrichtlijn en is om die reden als uitvoeringsvoorwaarde in de aanbesteding niet toelaatbaar.

Naast het feit dat het niet is toegestaan ten gunste van de werknemer af te wijken van de harde kern van arbeidsvoorwaarden, is het evenmin mogelijk om het verrichten van diensten afhankelijk te stellen van andere aangelegenheden betreffende arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden dan genoemd in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn. Ook als de afspraak omtrent het wijzigen van de roostersystematiek (a) wel algemeen verbindend was verklaard, zou de voorwaarde niet in overeenstemming zijn met het Unierecht. Lidstaten mogen op grond van artikel 3 lid 1 van buitenlandse aanbieders verlangen dat zij ten aanzien van de gedetacheerde werknemers de bepalingen omtrent maximale werktijden en minimale

rusttijden in acht nemen, maar daaronder valt mijns inziens niet het toepassen van een specifieke roostersystematiek. Hetzelfde geldt voor de afspraak inzake het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd (d). De afspraak ziet niet op een harde kernarbeidsvoorwaarde en is om die reden niet toelaatbaar (ook al is deze bepaling dus algemeen verbindend verklaard). Artikel 3 lid 10 van de Detacheringsrichtlijn biedt evenmin uitkomst. Het artikellid maakt het mogelijk om het verrichten van diensten afhankelijk te stellen van andere aangelegenheden voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde. In *Laval* oordeelde het Hof van Justitie echter dat het niet aan sociale partners is om een beding aan te merken als een bepaling van openbare orde (overweging 84). [22] Die bevoegdheid ligt bij nationale autoriteiten. Nederland heeft van die bevoegdheid geen gebruik gemaakt.

Van de vier afspraken zijn alleen de afspraken omtrent de maximale werktijden (b) en de loonsverhoging (c) harde kernarbeidsvoorwaarden die tevens algemeen verbindend zijn verklaard. Deze uitvoeringsvoorwaarden zijn dus in beginsel toelaatbaar. Schiphol voert echter aan dat het opnemen van de afspraken in het aanbestedingsbestek tot gevolg heeft dat ondernemers hieraan worden gebonden voor een (veel) langere periode dan de periode van algemeenverbindendverklaring. Dat zou niet zijn toegestaan. Rechtbank Amsterdam gaat aan dit argument voorbij omdat zij ten onrechte meent dat de Detacheringsrichtlijn toepassing mist. Mijn constatering dat de Detacheringsrichtlijn wel geldt, plaatst het standpunt van Schiphol in een ander perspectief. Zoals gezegd staat de Detacheringsrichtlijn het niet toe om het verrichten van diensten afhankelijk te stellen van arbeidsvoorwaarden die niet (langer) voortvloeien uit een wet of algemeen verbindend verklaarde cao. De uitvoeringsvoorwaarde geldt in beginsel voor de duur van het contract; dat is van november 2020 tot november 2024 (met een mogelijkheid tot verlenging van twee keer twee jaar). De algemeenverbindendverklaring geldt slechts tot 3 mei 2021. In de periode van 3 mei 2021 tot november 2024 verplicht Schiphol de winnende aanbieder om arbeidsvoorwaarden toe te passen die mogelijk – voor zover er geen nieuw avv-besluit geldt – het maximumbeschermingsniveau uit de Detacheringsrichtlijn overschrijden. Dat is niet toegestaan en het argument van Schiphol treft dus doel. Het maximale dat Schiphol van de winnende aanbieder zou kunnen verlangen is om gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring de afspraken omtrent verkorting van de arbeidsduur en de loonsverhoging na te leven. Na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring zou de aanbieder dan terugvallen op het oude beschermingsniveau. [23] Nu Schiphol de voorwaarden inzake werkdruk en de loonsverhoging niet heeft gekoppeld aan de duur van de algemeenverbindendverklaring en een eventuele verlenging op basis van een toekomstig avv-besluit, zijn ook deze uitvoeringsvoorwaarden niet in overeenstemming met het Unierecht en juridisch dus niet toelaatbaar.

3.3 *Herziene Detacheringsrichtlijn: langdurige detachering*

In 2018 is de Detacheringsrichtlijn herzien. [24] De omzetting in nationale wetgeving dient uiterlijk op 30 juli 2020 te geschieden. De vraag rijst of de herziening de mogelijkheden om arbeidsgelateerde voorwaarden in een aanbestedingsprocedure te stellen, verruimt. In het oog springt de gewijzigde regeling voor langdurige detachering. De herziene

Detacheringsrichtlijn bepaalt dat ontvangende lidstaten er bij detacheringen langer dan twaalf maanden op moeten toezien dat ondernemingen die werknemers detacheren op hun grondgebied, *alle* toepasselijke arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden waarborgen die zijn neergelegd in de wet of een algemeen verbindend verklaarde cao (de 'harde kern-plus'). Uitgezonderd zijn de regels inzake het sluiten en beëindigen van de arbeidsovereenkomst (inclusief het concurrentiebeding) alsmede pensioenovereenkomsten. De rechtvaardiging voor deze uitbreiding van de harde kernarbeidsvoorwaarden (de harde kern-plus) ligt in de hechtere band tussen de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat en de uit het buitenland ter beschikking gestelde werknemers. Het gewijzigde regime lijkt op het eerste gezicht meer ruimte te creëren om arbeidsvoorwaarden door middel van een aanbesteding af te dwingen als de duur van een overheidsopdracht langer is dan twaalf maanden. Toch is dat niet het geval. Het regime gaat uit van de 'daadwerkelijke duur' van de detachering. Dit betekent dat de lidstaat het verrichten van diensten slechts vanaf de dertiende maand afhankelijk kan stellen van de 'harde kern-plus'. De eerste twaalf maanden blijft het maximaal toegestane de harde kern arbeidsvoorwaarden. Die harde kern van arbeidsvoorwaarden blijft in hoofdlijnen gelijk aan het huidige recht (alleen het begrip 'loon' wordt vervangen door 'beloning' en daarnaast zijn huisvestingsvoorwaarden en bepaalde toeslagen aan de kernaangelegenheden toegevoegd). De door FNV en CNV gewenste uitvoeringsvoorwaarden zijn dus ook na 30 juli 2020 juridisch niet toelaatbaar.

Interessant is dat het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie uitging van 'de verwachte of daadwerkelijke duur van detachering'. [25] Als de verwachte duur de 24 maanden (later teruggebracht tot twaalf maanden) zou overtreffen, dan zou vanaf moment één het recht van de lidstaat van ontvangst gelden (later beperkt tot de 'harde kern-plus'). In het onderhavige geval duurt de opdracht voor de beveiligingswerkzaamheden vier jaar met de mogelijkheid om het contract met twee keer twee jaar te verlengen. De verwachte duur van de detachering overschrijdt dus de gestelde termijn. Dit betekent dat Schiphol op basis van het oorspronkelijke voorstel van de Commissie wel bevoegd zou zijn om een voorwaarde gericht op het aanbieden van een contract voor onbepaalde tijd op te nemen (d). Ook de voorwaarde inzake werkdruk (a) (mits algemeen verbindend verklaard) zou dan onderdeel hebben kunnen uitmaken van de uitvoeringsvoorwaarden. Helaas is het begrip 'de verwachte duur' in het definitie voorstel geschrapt. De reden hiervoor is dat het als '*onduidelijk en moeilijk in de praktijk toepasbaar*' werd ervaren. [26] Dat is opvallend. In de Verordening Coördinatie van socialezekerheidsstelsels is de 'de verwachte duur' van de detachering namelijk wel bepalend. [27] Als vooraf vast staat dat de detachering langer dan 24 maanden zal duren, dan is de detacheringsbepaling van artikel 12 niet van toepassing en geldt de hoofdregel: het socialezekerheidsrecht van het werkland. Aanbestedingen geven een mooi voorbeeld van een situatie waarin de verwachte duur vooraf duidelijk is. Een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die de aanbesteding voor de beveiligingswerkzaamheden op Schiphol wint, is verplicht het Nederlandse socialezekerheidsrecht toe te passen. In het verlengde hiervan had het in de rede gelegen om ook vanaf moment één de 'harde kern-plus' toe te passen. Dat strookt bovendien met het door de Aanbestedingsrichtlijn gewenste '*level playing field*' op het gebied van arbeidsrechtelijke verplichtingen (art. 18 Richtlijn 2014/24/EU). Het is jammer dat

de Europese wetgever er bij de herziening van de Detacheringsrichtlijn niet in is geslaagd het gewijzigd regime af te stemmen op andere, aangrenzende rechtsgebieden zoals het socialezekerheidsrecht en het aanbestedingsrecht.

4 Tot slot: nut en noodzaak van arbeidsgerelateerde voorwaarden

De mogelijkheid om arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden die zien op arbeidsvoorwaarden op te nemen in het aanbestedingsbestek wordt begrensd door de Detacheringsrichtlijn. Concreet houdt dit in dat een aanbestedende dienst aan de uitvoering van de aanbesteding slechts de voorwaarde kan stellen dat de hardekernarbeidsvoorwaarden die zijn neergelegd in de wet of een algemeen verbindend verklaarde cao worden nageleefd. Voor deze arbeidsvoorwaarden geldt in beginsel dat zij (ook zonder dat een uitvoeringsvoorwaarde daartoe verplicht) van toepassing zijn op alle ondernemers in de betreffende branche. Uitvoeringsvoorwaarden kunnen dus niet worden ingezet om concurrentie op arbeidsvoorwaarden (buiten de harde kern om) aan banden te leggen. De herziene Detacheringsrichtlijn verandert dat niet.

Wat is het belang van arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden dan nog? Het nut is met name gelegen in de handhaving van de toepasselijke arbeidsrechtelijke verplichtingen. Indien tijdens de uitvoering van de opdracht blijkt dat de inschrijver niet voldoet aan een uitvoeringsvoorwaarde is sprake van schending van deze contractuele verplichting. Dat kan een reden zijn om naleving te eisen, schadevergoeding te vorderen van de aanbieder of het contract te ontbinden. Uitvoeringsvoorwaarden bieden dus een extra middel om ervoor te zorgen dat toepasselijke arbeidsrechtelijke verplichtingen ook daadwerkelijk worden nageleefd. [28] Het is om die reden dat artikel 2.81 Aw de aanbestedende dienst verplicht zijn inschrijvers te laten verklaren dat zij bij de inschrijving rekening hebben gehouden met verplichtingen die gelden op grond van het arbeidsrecht. In deze zaak speelt echter nog een ander motief. Anders dan hiervoor verondersteld, gelden de harde kernarbeidsvoorwaarden uit de algemeen verbindend verklaarde Cao Particuliere Beveiliging niet voor alle ondernemers in de branche. Aan een aantal werkgevers is dispensatie verleend. FNV en CNV zijn een procedure gestart tegen de dispensatieverlening, maar beogen daarnaast ook door middel van de uitvoeringsvoorwaarden deze ondernemers alsnog te binden aan de afspraken uit het Schiphol-akkoord zoals die zijn neergelegd in de Cao Particuliere Beveiliging. [29] Het belang voor ondernemers die wel aan de cao zijn gebonden bij een gelijk speelveld is groot. Met name als het gaat om arbeidsintensieve diensten, kunnen minimale verschillen in arbeidskosten het verschil maken tussen een winnende en verliezende inschrijving. Deze ondernemers komen (voorlopig) goed weg. Rechtbank Amsterdam acht de uitvoeringsvoorwaarden juridisch toelaatbaar. De uitvoeringsvoorwaarden *overrulen* dus het dispensatiebesluit: alle ondernemers zijn aan de afspraken uit het Schiphol-akkoord gebonden.

Hoewel hoger beroep in mijn visie tot een andere uitkomst zou moeten leiden (de afspraken gaan verder dan de harde kern), heeft Schiphol op voorhand afstand gedaan van het recht op hoger beroep en cassatie en zich neergelegd bij de uitspraak van Rechtbank Amsterdam.

Hiermee lijkt de kous af. Dat hoeft echter niet het geval te zijn: het risico bestaat dat een ontevreden inschrijver de uitvoeringsvoorwaarden alsnog aanvecht wegens strijd met het Unierecht. Dit kan tot 20 dagen na bekendmaking van de voorgenomen gunningsbeslissing. De vakbonden (en de andere inschrijvers) zijn dan afhankelijk van de uitkomst van de lopende procedure tegen het dispensatiebesluit.

Mr. drs. Imke Lintsen

Noten

[1] De Rijksoverheid past sinds 1 januari 2011 *social return* toe bij alle aanbestedingen boven een bedrag van 250.00 euro. Sinds 1 januari 2018 is een nieuwe rijksbrede werkwijze Social Return ingegaan, onder de noemer Maatwerk voor Mensen (MvM). De vernieuwde werkwijze biedt rijksinkopers meer steun en kansen om met *social return* aan de slag te gaan. Zie over de status van sociaal aanbesteden in Nederland in verhouding tot het Verenigd Koninkrijk: A. Ludlow, 'Social Procurement: Policy and Practice', *European Labour Law Review* (7) 2016-3, p. 479-497.

[2] In februari 2018 riepen Kamerleden de regering op om te onderzoeken hoe in het aanbestedingsproces door de Rijksoverheid beter en concreter aandacht kan worden gegeven aan de van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden (*Kamerstukken II* 2017/18, 24036, nr. 423).

[3] *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 10, p. 22.

[4] *Kamerstukken II* 2013/14, 31490, nr. 134.

[5] 'Overname alle chauffeurs mogelijk criterium in nieuwe aanbesteding doelgroepenvervoer', *TaxiPro.nl* 4 april 2019.

[6] Richtlijn 2018/957 van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEU* L 173/24.

[7] Het gaat in deze zaak om de gunning van een zogenoemde raamovereenkomst. Tot deze overeenkomst worden maximaal zeven beveiligingsbedrijven toegelaten. Vervolgens worden via minicompetities (tussen deze zeven bedrijven) de specifieke beveiligingsactiviteiten gegund.

[8] Rb. Noord-Holland 5 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7598 (*Schiphol/FNV*).

[9] 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, *PbEU* 2014, L 94/65.

[10] Schiphol is als speciaalsectorbedrijf aan de Aanbestedingswet gebonden. Speciaalsectorbedrijven zijn rechtspersonen of instellingen die geprivatiseerde overheidsdiensten leveren.

[11] Het verband met het voorwerp van de opdracht wordt ruim uitgelegd. Het gaat erom dat de voorwaarden betrekking hebben op de bij de specifieke opdracht betrokken werknemers. Bijzondere voorwaarden die betrekking hebben op het algemene ondernemingsbeleid hebben geen direct verband met het voorwerp van de opdracht en zijn dus niet toegestaan (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 62). Rechtbank Amsterdam oordeelt in onderhavige zaak in gelijke zin (overweging 45). Daarnaast moeten de voorwaarden voor iedereen gelden (gelijkheid) en moeten deze transparant zijn. De achtergrond van het transparantiebeginsel is dat aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (overweging 50).

[12] HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, *SR* 2008/43, m.nt. A.G. Veldman (*Rüffert*); HvJ EU 18 september 2014, C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, *JAR* 2014/264, m.nt. M. Kullmann, *ArA* 2015/9, m.nt. A.P.C.M. Jaspers (*Bundesdruckerei*); HvJ EU 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, *JAR* 2015/318, m.nt. I. Lintsen, *TRA* 2016/19, m.nt. M. Kullmann (*Regiopost*).

[13] Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1996, L 018.

[14] C. Barnard, 'Fair's Fair; Public Procurement, Posting and Pay', in: A. Sanchez-Graells, *Smart Public Procurement and Labour Standards*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 202-203;

[15] Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), overweging 10.

[16] A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 155.

[17] F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 750 e.v.; E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014, p. 66.

[18] Discussie bestaat over de vraag of een buitenlandse ondernemer ten aanzien van de door hem gedetacheerde werknemers ook de hardekernarbeidsvoorwaarden uit een algemeen verbindend verklaarde cao moet respecteren indien de cao slechts van toepassing is op in Nederland gevestigde ondernemingen. Laagland stelt dat gedetacheerde werknemers in dat geval geen rechten kunnen ontleen aan de cao (F.G. Laagland, 'Navigeren door het laybriint van grensoverschrijdende detachering', *ArA* 2016 (10) 2, p. 21). Houwerzijl is een andere opvatting toegedaan (Expertoordeel inzake de *WagwEU* van 21 december 2018, te raadplegen via www.stvda.nl). Zij betoogt dat art. 2 lid 6 Wet AVV een eventuele uitsluiting van buitenlandse werkgevers in de werkingssfeerbepaling van een cao terzijde stelt. Deze discussie is van invloed op de ruimte die een aanbestedende dienst heeft om arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden te stellen. Gaat men uit van de opvatting van Laagland, dan is die bevoegdheid begrensd tot bepalingen uit een algemeen verbindend

verklaarde cao die ook van toepassing zijn op buitenlandse ondernemers. In deze casus speelt die discussie echter niet: het toepassingsbereik in de Cao Particuliere Beveiliging is niet beperkt tot in Nederland gevestigde ondernemingen.

[19] HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, *JAR* 2008/21 (*Laval*), overweging 80.

[20] Zie nader: F.G. Laagland, 'Navigeren door het laybrint van grensoverschrijdende detachering', *ArA* 2016 (10) 2, p. 21.

[21] Overweging 33. In *Rüffert* werd de uitvoeringsvoorwaarde om de betrokken werknemers het loon te betalen zoals vastgesteld in een niet algemeen verbindend verklaarde cao, om die reden niet toelaatbaar geacht. In *RegioPost* was het loonniveau vastgesteld bij wet. Het Hof achtte de uitvoeringsvoorwaarde in dat geval wel verenigbaar met het Unierecht. Een dergelijke loonniveau maakt immers deel uit van het beschermingsniveau dat ten aanzien van gedetacheerde werknemers moet worden gewaarborgd.

[22] Zie ook: HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Commissie/Luxemburg*). Het Hof van Justitie oordeelde dat bepalingen uit een cao zonder nadere precisering niet onder het begrip openbare orde kunnen vallen (overweging 65).

[23] Vgl. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386 (*St. Rode Kruisziekenhuis/Te Riet*).

[24] Lidstaten hebben tot 30 juli 2020 de tijd om de wijzigingen in hun nationale recht te implementeren.

[25] Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM(2016) 128 final.

[26] Voortgangsverslag van de Raad van de Europese Unie van 9 juni 2017, ST 9882 2017 INIT - 2016/070 (OLP).

[27] Verordening (EG) 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEG* 2004, L 166.

[28] Zie over de complexiteit omtrent de handhaving van algemeen verbindend verklaarde cao's: J.H. Bennaars, 'Artikel 10 Wet AVV: over recht hebben en recht krijgen', *TRA* 2018/38.

[29] Rechtbank Amsterdam gaat ervan uit dat ondernemers aan wie dispensatie is verleend, gedurende de looptijd van het contract voor de beveiligingswerkzaamheden op Schiphol wel aan de Cao Particuliere Beveiliging zijn gebonden. In de visie van de rechtbank geldt de dispensatie slechts tot 30 september 2019, het moment waarop de Cao Beveiliging expireert. Stege merkt mijns inziens terecht op dat de dispensatie is verleend voor de duur van de algemeenverbindendverklaring (*JAR* 2019/259). Zelfs een eventuele verlenging van de algemeenverbindendverklaring heeft geen gevolgen voor de werkgever aan wie dispensatie is

verleend, zo volgt uit het Toetsingskader AVV (*Stcrt.* 2017, 52963). De opvatting van Rechtbank Amsterdam is dus onjuist.