



//DVLP

Pensioencriteria in aanbestedingen

Opgesteld in opdracht van:

**Ministeries van
Sociale Zaken en
Werkgelegenheid en
Economische Zaken**

Opgesteld door:



//DVLP advocaten
Weteringschans 53-I
1017 RW Amsterdam
www.dvlp.nl

13 december 2024



Inhoud

1. Samenvatting	p. 3
2. Vraagstelling	p. 7
3. Nadere uitwerking van de vraagstelling	p. 8
4. Analyse	p. 11
5. Conclusie	p. 27
Bijlage	p. 29

1. Samenvatting

In dit advies wordt de vraag beantwoord in hoeverre het mogelijk is bij aanbestedingsprocedures het hebben van een pensioenregeling als voorwaarde te stellen. Aanleiding voor dit advies is een motie van 15 december 2022 die op haar beurt is ingediend naar aanleiding van de eerste voortgangsrapportage van de Stichting van de Arbeid over het aanvalsplan 'witte vlek'. In deze samenvatting wordt de vraag in tabelvorm beantwoord, waarna een toelichting volgt op de tabel. Vervolgens bestaat het advies uit een nadere inkadering en uitwerking van de vraagstelling, een analyse en conclusie. In de bijlage zijn enkele uitspraken en citaten verwerkt die bij de analyse zijn gebruikt.

criterium	Verplichtstelling	Verder dan verplichtstelling
Uitsluitingsgrond	Van toepassing	Niet toepasbaar
Uitvoeringsvoorwaarde	Toepasbaar	Zeer beperkt toepasbaar
Gunningscriterium	Toepassing niet aan de orde	Beperkt toepasbaar

1.1 Uitsluitingsgronden

Aanbestedende diensten lijken op dit moment pensioenvoorwaarden als uitsluitingsgrond te kunnen hanteren voor zover het een overheidsopdracht betreft in een bedrijfstak waarvoor verplichtstelling geldt. In andere bedrijfstakken kan een pensioenvoorwaarde niet dienen ter invulling van de uitsluitingsgronden. Overigens kan worden gesteld dat de pensioenvoorwaarde automatisch geldt op het moment dat de facultatieve uitsluitingsgrond ex artikel 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 van toepassing wordt verklaard op een aanbesteding. Op grond van die uitsluitingsgrond moeten inschrijvers namelijk voldoen aan de verplichtingen uit hoofde van nationaal sociaal en arbeidsrecht. Als een wettelijke verplichting geldt tot deelname in een bedrijfstakpensioenfonds, moeten ondernemers die die verplichting hebben geschonden dus worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure waarop de betrokken uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard.

Toepassing van de uitsluitingsgrond moet altijd plaatsvinden met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke beginselen en daarmee tevens met inachtneming van de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit (waarvan wel gemotiveerd mag worden afgeweken). Ondernemingen uit andere lidstaten mogen niet worden benadeeld door toepassing van de uitsluitingsgrond. Aanbestedende diensten moeten daarom op voorhand duidelijk zijn over de wijze waarop een ondernemer (uit een andere lidstaat) kan aantonen dat hij heeft voldaan aan de verplichtingen op het gebied van pensioenen die voortvloeien uit zijn eigen nationale recht. Aanbestedende diensten mogen daarbij geen buitensporige administratieve lasten veroorzaken.

Heeft een ondernemer niet voldaan aan zijn pensioenverplichtingen dan kan de ondernemer worden uitgesloten. De ondernemer moet in de gelegenheid worden gesteld alsnog aan te tonen dat hij betrouwbaar is. Daarbij moet de aanbestedende dienst het door deze

ondernemer aangedragen bewijs beoordelen in het licht van de ernst van de situatie en de bijzondere omstandigheden van de zaak.

1.2 Bijzondere voorwaarden (uitvoeringsvoorwaarden)

Uitsluitingsgronden zien op het verleden van de ondernemer. Vooruitkijkend op de uitvoering van de opdracht is het mogelijk pensioenvoorwaarden te hanteren. Pensioenvoorwaarden kunnen als uitvoeringsvoorwaarden worden gesteld, voor zover die uitvoeringsvoorwaarden aansluiten bij de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Ook in die situaties geldt dat telkens moet worden beoordeeld of de uitvoeringsvoorwaarde verenigbaar is met het Unierecht. Die beoordeling vindt plaats aan de hand van beantwoording van de volgende vragen:

1. Houdt de uitvoeringsvoorwaarde voldoende verband met het voorwerp van de opdracht?
2. Gaat de gestelde voorwaarde niet verder dan noodzakelijk voor het bereiken van het gestelde doel (meestal: sociale bescherming van werknemers)?

Uitvoeringsvoorwaarden die verder gaan dan de verplichtstelling laten zich in theorie denken, maar zullen in de praktijk al snel direct of indirect discriminatoir zijn.

1.3 Wettelijke maatregel inzake pensioenvoorwaarden (uitsluitingsmaatregel)

Alleen indien is voldaan aan onderstaande vijf voorwaarden is het mogelijk een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel te formuleren met de strekking dat enkel overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemingen die gedurende uitvoering van de overheidsopdracht pensioen opbouwen voor de werknemers die betrokken zijn bij uitvoering van de opdracht. De hoogte van het minimaal op te bouwen pensioen moet telkens in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

De uitsluitingsmaatregel gecombineerd met de uitvoeringsvoorwaarde is uitsluitend toelaatbaar als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. De maatregel mag de vrijheid van dienstverrichting niet beperken;
2. De maatregel moet haar rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van algemeen belang;
3. Als dit belang reeds is gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd, mag de maatregel geen 'dubbele verplichting' opleggen;
4. De maatregel moet geschikt zijn voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel; en
5. De maatregel mag niet verder gaan dan nodig voor het bereiken van het gestelde doel.

Het is denkbaar dat bescherming van werknemers – door het verplicht stellen van passende pensioenopbouw – door het Europese hof wordt gezien als een dwingende reden van algemeen belang die het treffen van een wettelijke maatregel rechtvaardigt. In hoeverre wordt voldaan aan de overige voorwaarden, dus of een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel

de vrije dienstverrichting beperkt, of de maatregel een 'dubbele verplichting' oplegt, of de maatregel geschikt is voor de verwezenlijking van het gestelde doel en of de maatregel niet verder gaat dan nodig, is afhankelijk van de nadere invulling en toepassing van de maatregel. Vervulling van de voorwaarden zal zowel beleidsmatig als praktisch geen sinecure blijken.

Bovendien rijst de vraag of een aanvullende wettelijke maatregel buiten verplichtstelling niet verder gaat dan nodig, omdat ondernemers die deelnemen aan aanbestedingen zouden worden onderworpen aan strengere pensioenverplichtingen dan de verplichtingen die voortvloeien uit het Nederlandse pensioenstelsel. In sectoren waarin verplichtstelling geldt, zal een aanvullende wettelijke maatregel weinig tot niets toevoegen aan de bestaande mogelijkheid uitsluitingsgronden te hanteren. Mogelijkheid en nut van een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel kunnen daarmee worden betwijfeld.

Aan de maatregel kan de verplichting worden gekoppeld, op straffe van uitsluiting, bij inschrijving te verklaren dat niet alleen de inschrijver zelf, maar de door hem in te schakelen onderaannemers zullen voldoen aan de voorwaarden die zijn benoemd in de uitsluitingsmaatregel.

1.4 Gunningscriteria

In sectoren waarin sprake is van verplichtstelling lijkt het niet zinvol een (sub)gunningscriterium te hanteren met de strekking dat punten worden toegekend voor het deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds. Een dergelijk (sub)gunningscriterium zou niet onderscheidend zijn. Wel kunnen aanbestedende diensten (sub)gunningscriteria hanteren die meerwaarde toekennen aan een pensioenopbouw die de verplichtstelling te boven gaat. Of een dergelijk (sub)gunningscriterium in een individuele aanbestedingsprocedure kan worden gehanteerd, vergt per geval zorgvuldig onderzoek. Daarbij moeten telkens de volgende vragen worden beantwoord:

1. Houdt het (sub)gunningscriterium voldoende verband met het voorwerp van de opdracht?
2. Is het (sub)gunningscriterium voldoende objectief, dat wil zeggen, laat het de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid?
3. Is het (sub)gunningscriterium zodanig geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en het dus op dezelfde manier kan uitleggen?
4. Is het (sub)gunningscriterium niet op andere wijze direct of indirect discriminatoir?

Grote moeilijkheid bij gunningscriteria is dat deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds vaak plaatsvindt door een onderneming in haar geheel. Dat geldt temeer voor mkb-ondernemingen. Het is zeer de vraag of ondernemingen hun deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds werkelijk kunnen beperken tot uitsluitend het personeel dat betrokken is bij de uitvoering van de overheidsopdracht. Is gedeeltelijke deelneming niet haalbaar, dan is het hanteren van een gunningscriterium dat ziet op pensioenopbouw disproportioneel.

In algemene zin verdient het aanbeveling aanbestedende diensten te helpen bij het opstellen en hanteren van uitvoeringsvoorwaarden en gunningscriteria die zien op pensioenopbouw, bijvoorbeeld door een handreiking daarvoor op te (laten) stellen en best practices te verzamelen. Verschillende aspecten van het toetsen of aan pensioenvoorwaarden is voldaan kunnen lastig blijken, met name voor kleinere aanbestedende diensten. Bijvoorbeeld de toets van vergelijkbaarheid van het opbouwen van pensioen in een andere lidstaat lijkt een onderwerp dat zich leent voor een handreiking met daarin best practices.

2. Vraagstelling en inkadering van de vraagstelling

Aanleiding voor dit advies is een motie van de leden Van Beukering-Huijbregts en Nijboer van 15 december 2022 (Kamerstukken II 2022/23, 36 067, nr. 126). In de motie stellen zij dat pensioenopbouw door werknemers als criterium nu al jarenlang wordt besproken en onderzocht, maar dat de overheid nog geen criterium voor pensioenopbouw gebruikt bij aanbestedingen. De motie verwijst naar de voortgangsrapportage (destijds nog de eerste) van de Stichting van de Arbeid over het aanvalsplan witte vlek. Met de ‘witte vlek’ worden in het aanvalsplan de werknemers bedoeld die geen pensioen opbouwen in de tweede pijler (zie ook onder 3 van dit advies).

Zie:

- Stichting van de Arbeid, ‘Aanvalsplan witte vlek; Voorstellen om het gemis aan pensioenopbouw onder werknemers tegen te gaan’, juni 2020, p. 4:

“Volgens het CBS bouwden in 2016 13% van de werknemers geen pensioen op in de tweede pijler (zogenaamde ‘witte vlek’). Om die reden is in het Pensioenakkoord van 5 juni 2019 afgesproken dat de Stichting van de Arbeid met een plan komt om deze witte vlek terug te dringen. In het voorliggende aanvalsplan zijn acties en maatregelen opgenomen om het gemis aan pensioenopbouw onder werknemers tegen te gaan.”

Het ‘criterium voor pensioenopbouw’ waarop de motie ziet, wordt in dit advies het licht van het aanvalsplan gezien. Onderzocht is in hoeverre het mogelijk is bij aanbestedingsprocedures het hebben van een pensioenregeling als voorwaarde te stellen.

Zie:

- Stichting van de Arbeid, ‘Aanvalsplan witte vlek; Voorstellen om het gemis aan pensioenopbouw onder werknemers tegen te gaan’, juni 2020, p. 32:

“De Stichting geeft de overheid in overweging te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om bij aanbestedingsprocedures het hebben van een pensioenregeling als voorwaarde te stellen. (Europees) juridische en uitvoeringstechnische aspecten zouden deel uit moeten maken van dit onderzoek. Op dit moment hebben potentiële partijen zonder een pensioenregeling een voordeel ten opzichte van partijen die wel een pensioenregeling hebben en zij kunnen daardoor een lager tarief aanbieden. Om die reden kan de Stichting van de Arbeid zich voorstellen dat bij uit- en aanbesteding van werk de opdrachtgevers bij de overheid en in de marktsector als voorwaarde opnemen dat degenen die het werk gaan verrichten onder een pensioenregeling vallen of in het geval van zzp'ers deze zelf een pensioenregeling hebben getroffen.”

Dit advies gaat over de (Europees) juridische aspecten van de vraagstelling. Daarbij concentreert het advies zich op Europese aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten. Dus, het advies gaat over overheidsopdrachten die een waarde hebben boven de Europese drempelbedragen of een grensoverschrijdend belang hebben. Omdat procedures boven de drempel sterker zijn gereguleerd dan procedures onder de drempel, is de veronderstelling dat de mogelijkheden voor het stellen van pensioengerelateerde voorwaarden onder de drempel groter zijn dan boven de drempel. Concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten worden in dit advies niet specifiek behandeld.

3. Nadere uitwerking van de vraagstelling

Wanneer overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening (de Europese economische vrijheden), alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven de Europese drempelbedragen geldt richtlijn 2014/24/EU, de Aanbestedingsrichtlijn, in Nederland geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Aanvullend zijn de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit van toepassing op overheidsopdrachten op een 'pas toe of leg uit'-basis.

De Aanbestedingsrichtlijn kent geen specifieke bepalingen over de toelaatbaarheid van pensioenvoorwaarden in aanbestedingsprocedures. De Aanbestedingsrichtlijn kent wel verschillende overwegingen en artikelen waarin wordt verwezen naar sociale voorwaarden of arbeidsvoorwaarden. Verschillende passages beschrijven de mogelijkheid sociale voorwaarden een rol te laten spelen bij aanbestedingen, maar benoemen tegelijkertijd dat maatregelen en de toepassing van maatregelen in overeenstemming moet zijn met het Unierecht. Expliciet wordt benoemd dat moet worden toegezien op gelijke behandeling en geen sprake mag zijn van directe of indirecte discriminatie van ondernemers en werknemers uit andere lidstaten.

3.1 Pensioen in Nederland

De EU-regelgeving bevat geen eensluidende definitie van het begrip 'pensioen'. De Pensioenwet bevat wel een Nederlandse definitie van het begrip 'ouderdomspensioen'. In dit advies wordt dat begrip als vertrekpunt genomen voor de in aanbestedingen te stellen pensioenvoorwaarden.

Zie:

- Pensioenwet, artikel 1:

“ouderdomspensioen: een geldelijke uitkering, die vastgesteld of variabel is, voor de werknemer of de gewezen werknemer bij wijze van inkomensvoorziening bij ouderdom;”

In verschillende sectoren zijn ondernemingen verplicht deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds.

Zie:

- Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, artikel 2 lid 1:

“Onze Minister kan op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn, verplichtstellen.”

Buiten de sectoren waar een verplichtstelling geldt, is deelname in een bedrijfstakpensioenfonds niet verplicht.

3.2 Drie pijlers van pensioenopbouw

Pensioenopbouw gebeurt in Nederland in drie pijlers:

- 1) via de Algemene Ouderdomswet (AOW),
- 2) via de werkgever en
- 3) via individuele aanvullende pensioenvoorzieningen.

3.3 Eerste pijler niet aan de orde

Pensioenopbouw via de AOW, de eerste pijler, werkt volgens een omslagstelsel. In dat stelsel worden de premies betaald die worden betaald door de huidige werknemers gebruikt voor de betaling van de huidige uitkeringen. Werknemers die wonen of werken in Nederland zijn wettelijk verplicht deel te nemen aan dit stelsel, terwijl dat niet geldt voor buitenlandse werknemers.

Op voorhand kan daarom worden uitgesloten dat in aanbestedingen een criterium kan worden gesteld waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen inschrijvers die al dan niet beschikken over werknemers die pensioen opbouwen via de AOW. Alleen Nederlandse werknemers nemen deel aan het omslagstelsel van de AOW, dus zouden alleen inschrijvers die Nederlandse werknemers inzetten voor de uitvoering van de opdracht in aanmerking komen voor gunning indien een dergelijk criterium zou worden gehanteerd. Daarmee zou een dergelijk criterium discrimineren naar nationaliteit en in strijd zijn met het Unierecht.

3.4 Derde pijler niet betrokken in vraagstelling

De witte vlek gaat over pensioenopbouw van werknemers in de tweede pijler. Omdat de vraagstelling is beperkt tot de vraagstelling uit het aanvalsplan is pensioenopbouw in de derde pijler niet nader onderzocht.

Theoretisch is het wellicht mogelijk pensioenvoorwaarden die zijn gerelateerd aan de derde pijler te hanteren in aanbestedingsprocedures, maar in de praktijk leiden dergelijke voorwaarden vermoedelijk al snel tot buitensporige administratieve belasting. Zeker tegen een transnationale achtergrond, waarvan doorgaans sprake is bij Europese aanbestedingsprocedures, is dat problematisch. Bovendien is het zeer de vraag hoe pensioenvoorwaarden die relateren aan de derde pijler zich verhouden tot de overwegingen uit de Aanbestedingsrichtlijn waarin is bepaald dat geen criteria en voorwaarden mogen worden gehanteerd met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid. Dergelijke voorwaarden lijken bovendien in te grijpen in de verhouding werkgever – werknemer en in de autonomie van de werknemer, waarbij het de vraag is of dergelijk ingrijpen is gerechtvaardigd op basis van sociale doelstellingen. De mogelijkheid pensioenvoorwaarden te hanteren die zijn gerelateerd aan de derde pijler rechtvaardigen een zelfstandig onderzoek en zijn niet betrokken in dit advies.

Hoewel in de vraagstelling uit het aanvalsplan ook wordt verwezen naar zzp'ers, worden zzp'ers verder niet geadresseerd in het aanvalsplan. Zzp'ers vallen ook niet onder de definitie van 'witte vlek' die het CBS hanteert (zie noot 9 op pagina 10 van het aanvalsplan, de witte vlek gaat over werknemers). De problematiek van zzp'ers die geen pensioen opbouwen en waarbij in sommige gevallen sprake is van verkapte loondienst is van een geheel andere aard dan de sec de problematiek van pensioenopbouw van werknemers. Daarom is ervoor gekozen zzp'ers niet te betrekken in de vraagstelling in dit advies.

3.5 Conclusie inkadering: onderzoek gericht op criteria gerelateerd aan tweede pijler

Dit onderzoek is dan ook gericht op de tweede pijler: pensioencriteria die zien op pensioenopbouw via de werkgever. Dat leidt tot de volgende vraagstelling.

3.6 Vraagstelling

Dit advies beantwoordt de vraag of en op welke wijze Nederlandse pensioenvoorwaarden gerelateerd aan de tweede pijler kunnen worden toegepast in aanbestedingsprocedures in overeenstemming met het Unierecht.

Tegen de achtergrond van die vragen worden de uitsluitingsgronden, bijzondere voorwaarden en gunningscriteria nader in ogenschouw genomen. Andere aanbestedingsrechtelijke criteria, zoals geschiktheidseisen en selectiecriteria lijken op voorhand geen geschikte kandidaten voor het hanteren van pensioenvoorwaarden. Geschiktheidseisen en selectiecriteria zien op de technische en beroepsbekwaamheid, de financiële en economische draagkracht en op de beroepsbevoegdheid van inschrijvers. Pensioenvoorwaarden sluiten daarom onvoldoende aan op de onderwerpen die kunnen worden uitgevraagd aan de hand van de geschiktheidseisen en selectiecriteria. Onder 4.2 en 4.4.1 van dit advies wordt kort aandacht besteed aan pensioenvoorwaarden als technische specificaties.

4. Analyse

De vraagstelling gaat over het vinden van de juiste balans tussen twee uitersten. Aan de ene kant van de schaal staan de sociale doelstellingen van de Aanbestedingsrichtlijn, het bestrijden van de witte vlek en het voorkomen van bevoordeling van ondernemingen die geen pensioen opbouwen voor hun werknemers en daardoor goedkoper kunnen inschrijven op Europese aanbestedingen. Deze aspecten pleiten vóór het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingen. Aan de andere kant van de schaal staan de economische vrijheden (hier met name het vrij verrichten van diensten) die zo belangrijk zijn voor de Europese interne markt en het daaruit voortvloeiende verbod op discriminatie. Bovendien mogen aanbestedende diensten geen eisen, voorwaarden en criteria stellen met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid van inschrijvers. Aan die kant van de schaal staan dus de aspecten die pleiten tégen het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingen.



4.1 Pensioenvoorwaarden als uitsluitingsgronden

Een uitsluitingsgrond is een voorwaarde die moet of kan worden gesteld in aanbestedingsprocedures: is een uitsluitingsgrond op een ondernemer van toepassing, dan moet hij worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

De Aw 2012 kent twee vormen van uitsluitingsgronden, de dwingende uitsluitingsgronden en de facultatieve uitsluitingsgronden. Dwingende uitsluitingsgronden *moeten* worden toegepast in aanbestedingsprocedures en zien op ernstige misdragingen van de ondernemer in het verleden (denk aan: witwassen, fraude, deelneming aan een criminele organisatie).

Facultatieve uitsluitingsgronden *kunnen* worden toegepast in aanbestedingsprocedures en zien op minder vergaande vergrijpen (denk aan: tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht, het in staat van faillissement verkeren, het afleggen van een valse verklaring). Heeft een aanbestedende dienst eenmaal gekozen voor het toepassen van een facultatieve uitsluitingsgrond, dan is hij verplicht ondernemers uit te sluiten die daaraan voldoen.

4.1.1 Facultatieve uitsluitingsgrond: voldoen aan nationaal sociaal en arbeidsrecht

In artikel 2.81 lid 2 Aw 2012 is bepaald dat aanbestedende diensten de inschrijvers verzoeken aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten. In dit verband is met name het laatste deel van het artikel van belang: het sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomst (cao).

Zie:

- Artikel 2.81 lid 2 Aw 2012:

“Een aanbestedende dienst verzoekt de inschrijvers of de gegadigden aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.”

Vervolgens is in artikel 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 bepaald dat indien de aanbestedende dienst met enig passend middel aantoonbaar dat de verplichtingen uit artikel 2.81 Aw 2012 zijn geschonden, hij een inschrijver kan uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure.

Zie:

- Artikel 2.87 aanhef en lid 1 sub a Aw 2012:

“De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:

- a. de aanbestedende dienst toont met elk passend middel aan dat de gegadigde of inschrijver een of meer van de in artikel 2.81, tweede lid, genoemde verplichtingen heeft geschonden;”

Voor verschillende bedrijfstakken geldt dat werkgevers verplicht zijn deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds (verplichtstelling). Denkelijk kan verplichtstelling worden gezien als een sociale of arbeidsrechtelijke verplichting uit hoofde van nationaal recht als bedoeld in artikel 2.81 Aw 2012. Dat zou betekenen dat werkgevers die niet hebben voldaan aan hun verplichting deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds, moeten worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure waarin artikel 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 van toepassing is verklaard.

NB. Heeft een inschrijver niet voldaan aan zijn verplichting deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en heeft hij daarom een abnormaal lage inschrijving kunnen doen, dan moet zijn inschrijving worden afgewezen.

Zie:

- Artikel 2.115 lid 5 Aw 2012:

“Een aanbestedende dienst wijst een inschrijving af indien hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het recht van de Europese Unie, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.”

Op grond van artikel 2.87a Aw 2012 moet een ondernemer waarop de uitsluitingsgrond van toepassing is wel in de gelegenheid worden gesteld zijn betrouwbaarheid alsnog aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst de door de ondernemer getroffen maatregelen toereikend acht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten.

4.1.2 Begrenzing toepassing uitsluitingsgrond: non-discriminatie en gelijkheid

Op grond van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (artikel 1.8 Aw 2012) moeten aanbestedende diensten bij de toepassing van deze uitsluitingsgrond oog hebben voor het feit dat buitenlandse ondernemers naar de letter niet voldoen aan de Nederlandse wetgeving inzake pensioenen. Dat betekent dat de uitsluitingsgrond niet mag worden toegepast op een ondernemer uit een andere lidstaat, indien die ondernemer heeft voldaan aan de vergelijkbare verplichtingen uit hoofde van het recht uit zijn staat van herkomst. Bij het hanteren van deze uitsluitingsgrond aan de hand van pensioenvoorwaarden is daarom van belang op voorhand duidelijk te zijn over de wijze waarop een ondernemer uit een andere lidstaat kan aantonen aan zijn verplichtingen naar nationaal recht op het gebied van pensioenen te hebben voldaan. Dat die duidelijkheid moet worden gegeven, volgt ook uit het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012). Ook mag de toepassing van deze uitsluitingsgrond niet leiden tot belemmering, vertraging of buitensporige administratieve lasten voor deelname door een ondernemer uit een andere lidstaat.

4.1.3 Begrenzing toepassing uitsluitingsgrond: proportionaliteit

Op grond van het proportionaliteitsbeginsel (artikel 1.10 Aw 2012) mogen aanbestedende diensten uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De Gids Proportionaliteit bevat in paragraaf 3.5.6 enkele handreikingen voor de wijze waarop sociale criteria, waartoe pensioenvoorwaarden moeten worden gerekend, moeten worden toegepast. Zo moet de omvang van de opdracht

mee worden gewogen bij de keuze voor het stellen van voorwaarden. Ook kan in individuele aanbestedingen worden onderzocht of, afhankelijk van een redelijke inschatting van de risico's, het opnemen van een inspanningsverplichting niet proportioneler is dan het hanteren van een uitsluitingsgrond. Zeker in situaties waarin voor ondernemingen uit andere lidstaten in het geheel geen (vergelijkbare) verplichting geldt tot het opbouwen van pensioen, kan een dergelijke inspanningsverplichting uitkomst bieden.

Ook indien de uitsluitingsgrond eenmaal is gesteld, speelt het proportionaliteitsbeginsel een rol. In artikel 2.87a Aw 2012 is bepaald dat de inschrijver waarop een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, in de gelegenheid moet worden gesteld te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken inschrijver niet uitgesloten. De aanbestedende dienst beoordeelt de door de inschrijver genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten.

Zie:

- Artikel 2.87a Aw 2012:

“1. De aanbestedende dienst stelt een gegadigde of inschrijver waarop een uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.86, eerste of derde lid, of artikel 2.87 van toepassing is, in de gelegenheid te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken gegadigde of inschrijver niet uitgesloten.

2. Voor de toepassing van het eerste lid toont de gegadigde of inschrijver aan dat hij, voor zover van toepassing, schade die voortvloeit uit veroordelingen voor strafbare feiten als bedoeld in artikel 2.86 of uit fouten als bedoeld in artikel 2.87 heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden, dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen.

3. De aanbestedende dienst beoordeelt de door de gegadigde of inschrijver genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten. Indien de aanbestedende dienst de genomen maatregelen onvoldoende acht, deelt zij dit gemotiveerd mee aan de betrokken gegadigde of inschrijver.”

4.1.4 Uitsluitingsgrond niet toepasbaar buiten verplichtstelling

Voor bedrijfstakken waarin geen verplichtstelling geldt, heeft het hanteren van de facultatieve uitsluitingsgrond overigens geen zin: voor werkgevers in die bedrijfstak geldt immers geen verplichting deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Ook op ondernemers die in het geheel geen pensioen opbouwen voor hun werknemers is de uitsluitingsgrond dan niet van toepassing.

4.2 Pensioenvoorwaarden als bijzondere voorwaarden

Artikel 2.80 Aw 2012 biedt de mogelijkheid bijzondere voorwaarden te verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht (uitvoeringsvoorwaarden). Uitvoeringsvoorwaarden moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of

aanbestedingsstukken zijn vermeld. Het artikel maakt expliciet dat de voorwaarden verband kunnen houden met arbeidsgerelateerde of sociale overwegingen.

Zie:

- Artikel 2.80 Aw 2012:

“Een aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of de aanbestedingsstukken vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen.”

Voor sectoren waarin verplichtstelling geldt lijkt het daarom mogelijk een uitvoeringsvoorwaarde te stellen met de strekking dat de ondernemer waaraan de overheidsopdracht wordt gegund, gedurende de uitvoering moet deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds voor de werknemers die zijn betrokken bij de uitvoering van de opdracht.

In die zin biedt de Aw 2012 in het kader van bijzondere voorwaarden meer ruimte voor het hanteren van pensioenvoorwaarden dan de technische specificaties. Het ligt daarom voor de hand in eerste instantie pensioenvoorwaarden als uitvoeringsvoorwaarden op te nemen en niet als technische specificaties, alhoewel de regeling van technische specificaties ook de mogelijkheid biedt kenmerken te hanteren die geen deel uitmaken van de materiële basis (zie artikel 2.75 Aw 2012). Daarom zijn in dit advies de technische specificaties niet apart benoemd en heeft het onderzoek zich beperkt tot bijzondere voorwaarden.

4.2.1 Begrenzing toepassing uitvoeringsvoorwaarde: non-discriminatie en gelijkheid

Ondernemers uit andere lidstaten mogen niet onnodig worden beperkt in hun vrijheid diensten te verrichten in Nederland. In het ‘Arblade’-arrest (HvJ EU 23 november 1999, zaak C-369/96 en C-376/96) overwoog het Europese hof dat verplichte betaling aan een fonds in België, terwijl de betrokken ondernemer ook verplicht moest betalen aan een vergelijkbaar fonds in Frankrijk, een beperking vormde van de vrijheid van dienstverrichting – al helemaal als de Franse werknemer ook nog eens geen baat zou hebben bij de betalingen aan het fonds.

Analoog aan dat oordeel geldt vermoedelijk dat een uitvoeringsvoorwaarde op het gebied van pensioenen zo moet worden geformuleerd dat een ondernemer uit een andere lidstaat ook mogen voldoen aan de vergelijkbare verplichtingen uit hoofde van het recht uit hun eigen staat van herkomst. Bij het hanteren van een dergelijke uitvoeringsvoorwaarde is daarom van belang op voorhand duidelijk te zijn over de wijze waarop een ondernemer uit een andere lidstaat kan aantonen aan zijn verplichtingen naar nationaal recht op het gebied van pensioenen te zullen voldoen. Dat die duidelijkheid moet worden gegeven, volgt ook uit het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012). Ook mag de toepassing van de uitvoeringsvoorwaarde niet leiden tot belemmering, vertraging of buitensporige administratieve lasten voor deelname door een ondernemer uit een andere lidstaat.

4.2.2 Begrenzing toepassing uitvoeringsvoorwaarde: proportionaliteit

Het is niet aannemelijk dat de uitvoeringsvoorwaarde zo breed mag worden geformuleerd dat van een ondernemer wordt verlangd dat hij voor onbepaalde duur pensioen opbouwt voor al zijn werknemers. De uitvoeringsvoorwaarde moet in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De duur van de uitvoeringsvoorwaarde moet daarom minimaal moeten worden beperkt tot de duur van de uitvoering van de overheidsopdracht en de werkingssfeer moet worden beperkt tot werknemers die betrokken zijn bij uitvoering van de overheidsopdracht.

Net als bij uitsluitingsgronden kan voor uitvoeringsvoorwaarden worden gewezen op paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit. Het is proportioneel de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze van het stellen van uitvoeringsvoorwaarden. Bovendien kan het proportioneel zijn de uitvoeringsvoorwaarde te formuleren als een inspanningsverplichting, afhankelijk van een redelijke inschatting van de betrokken risico's.

Een uitvoeringsvoorwaarde die ziet op pensioenopbouw in een bedrijfstak waarin geen verplichtstelling geldt, zal niet snel toelaatbaar zijn. Toch laten zich voorbeelden denken van situaties waarin een uitvoeringsvoorwaarde die ziet op pensioenopbouw ook 'buiten verplichtstelling' toepasbaar kan zijn. Zo kan een aanbestedende dienst, na zorgvuldig onderzoek van de relevante markt, tot de conclusie komen dat alle ondernemers die voldoen aan de voorwaarden voor uitvoering van de overheidsopdracht zich reeds hebben aangesloten bij een pensioenfonds, bijvoorbeeld op grond van een in een bepaalde sector geldende algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst. In die situatie kan worden gedacht aan een uitvoeringsvoorwaarde die ziet op pensioenopbouw.

4.3 Wettelijke maatregel inzake pensioenvoorwaarden

Op dit moment is het niet mogelijk, zowel binnen als buiten verplichtstelling, een 'absolute ondergrens' te hanteren in die zin dat ondernemers die in het geheel geen pensioen opbouwen tijdens de uitvoering van de opdracht worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure. Een dergelijke uitsluitingsmaatregel kan in theorie wel bij wet worden ingevoerd, maar daaraan zitten nog de nodige haken en ogen. Onderstaand is uitgewerkt aan welke voorwaarden een dergelijke maatregel moet voldoen.

Uitsluitingsgronden zijn limitatief opgenomen in de Aanbestedingsrichtlijn, wat betekent dat slechts op het niveau van lidstaten, bij wetgeving, aanvullende uitsluitingsgronden (of eigenlijk: uitsluitingsmaatregelen) kunnen worden geformuleerd. Het is daarom mogelijk dat bij wet een aanvullende uitsluitingsmaatregel, eventueel gekoppeld aan een aanvullende (wettelijke) bijzondere voorwaarde, van toepassing wordt verklaard op aanbestedingen. Een dergelijke aanvullende uitsluitingsmaatregel zal dan wel verenigbaar moeten zijn met het Unierecht.

4.3.1 Verenigbaarheid verlangen pensioenopbouw met Unierecht

Of een nationale wettelijke maatregel voor een niet geharmoniseerd onderwerp als pensioenvoorwaarden verenigbaar is met het Unierecht, moet worden bepaald aan de hand van de 'Arblade-toets' die in talloze arresten van het Europese Hof is herhaald.

In die zaak overwoog het Europese hof dat ook voor niet geharmoniseerde onderwerpen de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd. De toepassing van de nationale regelingen van een lidstaat op de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

De bescherming van werknemers benoemde het hof expliciet als dwingende reden van openbaar belang die kan dienen als rechtvaardiging voor beperking van de vrijheid van dienstverrichting.

4.3.2 Verenigbaarheid wettelijke uitsluitingsmaatregel met Unierecht: RegioPost

Uit de latere zaak 'RegioPost' kan worden afgeleid dat het mogelijk is een wettelijke maatregel te formuleren die het verstrekken van overheidsopdrachten enkel toestaat aan werkgevers die gedurende de uitvoering pensioen afdragen voor hun werknemers. Althans, naar analogie van de mogelijkheid tot het formuleren van een wettelijke regel over minimale beloningen in aanbestedingen, kan worden gesteld dat ook de mogelijkheid tot het formuleren van een wettelijke regel over pensioenen in aanbestedingen mogelijk moet zijn. Dat die analogie opgaat is bepaald niet zeker, omdat over dit onderwerp geen jurisprudentie bestaat en de nodige verschillen bestaan tussen de verplichting tot het betalen van een minimale beloning voor werknemers en de verplichting tot het opbouwen van pensioen voor werknemers. Niettemin kan in de zaak RegioPost steun worden gevonden voor het standpunt dat het formuleren van een wettelijke regel over pensioenen in aanbestedingen mogelijk moet zijn.

4.3.3 RegioPost als keerpunt: voorgeschiedenis van Laval en Bundesdruckerei

Voorafgaand aan RegioPost had het Europese Hof enkele oordelen geveld, met name aan de hand van de zogenaamde 'Detacheringsrichtlijn' (96/71/EG), die wezen in de richting dat het verplicht stellen van pensioenopbouw voor overheidsopdrachten niet zou zijn toegestaan, vanwege het discriminatoire aspect van een dergelijke maatregel. Zo overwoog het hof in de zaak Laval un Partneri dat een in Zweden geldende bouw-cao niet verplicht mocht worden gesteld voor ondernemers uit andere lidstaten. De bouw-cao was gunstiger voor werknemers dan de Zweedse wettelijke regeling voor arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden en ging daarmee verder dan de 'dwingende bepalingen voor minimale bescherming' uit de Detacheringsrichtlijn. Een uitleg van de Detacheringsrichtlijn die zou inhouden dat de richtlijn slechts minimale bescherming voorschreef en geen beletsel vormde voor de toepassing van gunstigere voorwaarden voor werknemers, achtte het hof niet toegestaan. Het niveau van bescherming van werknemers dat de Detacheringsrichtlijn voorschreef aan ondernemers uit andere lidstaten, mocht dus niet worden overschreden volgens het hof. Dat betekende, bijvoorbeeld, dat niet meer dan betaling van het in een lidstaat geldende minimumloon op grond van een wettelijke regeling of algemeen verbindend verklaarde cao kon worden voorgeschreven in het kader van een aanbestedingsprocedure.

Zie:

- HvJ EU 18 december 2007, zaak C-341/05 (Laval un Partneri), r.o. 80:

“Dit neemt echter niet weg dat artikel 3, lid 7, van richtlijn 96/71 niet aldus kan worden uitgelegd dat het de lidstaat van ontvangst toestaat om de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van de inachtneming van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming. Immers, richtlijn 96/71 bepaalt met betrekking tot de in artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub a tot en met g, bedoelde aangelegenheden uitdrukkelijk, welk niveau van bescherming van de op zijn grondgebied ter beschikking gestelde werknemers de lidstaat van ontvangst mag verlangen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen. Een dergelijke uitlegging zou deze richtlijn bovendien van elk nuttig effect beroven.”

Van belang is wel dat de overwegingen van het hof in de zaak Laval uitsluitend zagen op aangelegenheden die waren geregeld in de Detacheringsrichtlijn. De Detacheringsrichtlijn is niet van toepassing op een pensioenbeschermingsmaatregel, dus in die zin was de mogelijkheid pensioenopbouw voorwaardelijk te maken voor deelname aan een aanbesteding nog niet geheel van tafel.

Toch leek de uitspraak een aanwijzing dat pensioenvoorwaarden in aanbestedingen niet zouden zijn toegestaan. Het hof zag het vereisen van betaling van een minimumloon uit de bouw-cao als discriminatie jegens ondernemers uit andere lidstaten, omdat de bouw-cao niet algemeen verbindend was verklaard. Daaruit kon de gedachte ontstaan dat alleen voorwaarden uit een wettelijke regeling of uit een algemeen verbindend verklaarde cao zouden mogen worden toegepast in een aanbestedingsprocedure.

Die indruk werd versterkt door de uitspraak van het hof in de zaak Bundesdruckerei, waarin het hof overwoog dat het voorschrijven van een minimumloon in een aanbesteding verder gaat dan wat nodig is voor het bewerkstelligen van bescherming van werknemers. Gelet op de kosten van levensonderhoud in beide lidstaten, stond het Duitse minimumloon, wat het hof betreft, niet in verhouding tot het Poolse minimumloon. De loonbeschermingsmaatregel zou daarom tot gevolg hebben dat Poolse onderaannemers hun concurrentievoordeel zouden verliezen. De stelling dat onderbetaalde werknemers afhankelijk zouden worden van aanvullende uitkeringen en daarmee een belasting zouden vormen voor het Duitse socialezekerheidsstelsel passeerde het hof met het argument dat Poolse werknemers uitsluitend het Poolse socialezekerheidsstelsel zouden belasten. Bescherming van het Duitse socialezekerheidsstelsel zag het hof daarom niet als een rechtvaardiging voor het hanteren van de loonbeschermingsmaatregel.

Zie:

- HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13 (Bundesdruckerei), r.o. 34:

“Deze regeling gaat namelijk verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel om de werknemers te beschermen, voor zover zij in een dergelijke situatie een vast minimumloon voorschrijft dat overeenstemt met het loon dat vereist is om de werknemers van de lidstaat van de aanbestedende dienst een passend loon te verzekeren, gelet op de kosten van levensonderhoud in die lidstaat, maar niet in verhouding staat tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waarin de prestaties ter uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zullen worden verricht, en de in die lidstaat gevestigde onderaannemers dus de mogelijkheid ontnemt om een concurrentievoordeel te halen uit de bestaande loonverschillen.”

4.3.4 Nadere beschouwing RegioPost: sociale overwegingen bij aanbestedingen toelaatbaar

In RegioPost achtte het Europese hof een loonbeschermingsmaatregel toelaatbaar. Als toetssteen hanteerde het hof de Detacheringsrichtlijn. Op grond van de Detacheringsrichtlijn moeten ondernemers aan werknemers die werken in een andere lidstaat de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen van die ontvangende lidstaat. Een Duitse deelstaat (Rijnland-Palts) hanteerde in een aanbestedingsprocedure, op grond van een deelstaatwet (de LTTG), een loonbeschermingsmaatregel. De loonbeschermingsmaatregel uit de LTTG hield in dat, indien geen sprake was van een algemeen verbindend verklaarde cao, een overheidsopdracht alleen zou mogen worden gegund aan een buitenlandse ondernemingen die verklaarde ten minste € 8,50 per uur aan haar werknemers te betalen bij uitvoering van de opdracht.

Het hof maakte een expliciet onderscheid tussen zijn eerdere oordeel in Rüffert (zie bijlage) en RegioPost: de LTTG bevatte zelf een minimumloon, wat niet het geval was in de zaak Rüffert. Bovendien bestond geen nationale regeling in de RegioPost-zaak die een lager loon voorschreef dan de LTTG.

Het hof overwoog dat de LTTG weliswaar niet algemeen toepasselijk was, omdat zij enkel toepasselijk was op overheidsopdrachten, maar de Detacheringsrichtlijn eist ook geen algemene toepasselijkheid voor wettelijke bepalingen. De relevante bepaling uit de LTTG voldeed aan de voorwaarden van artikel 26 van de Aanbestedingsrichtlijn (thans artikel 70). Het hof oordeelde dat niet kon worden vereist dat de bepaling uit de LTTG ook voor andere opdrachten dan overheidsopdrachten zou gelden, omdat de Aanbestedingsrichtlijn niet is gericht op andere opdrachten dan overheidsopdrachten. De Aanbestedingsrichtlijn verschaft aanbestedende diensten de mogelijkheid specifiek in het kader van een aanbestedingsprocedure sociale overwegingen te betrekken – daaruit vloeit de beperking van de LTTG tot overheidsopdrachten ook voort. Die mogelijkheid uit de Aanbestedingsrichtlijn kunnen aanbestedende diensten niet aangrijpen voor het voorschrijven van minimumloon buiten een aanbestedingsprocedure.

Zie:

- HvJ EU 17 november 2015, zaak C-115/14 (RegioPost), r.o. 64 en 65:

“64. Daar de litigieuze nationale maatregel in overeenstemming is met artikel 26 van richtlijn 2004/18, dat onder bepaalde voorwaarden toelaat dat voor overheidsopdrachten een minimumloon wordt voorgeschreven, kan daarenboven niet worden vereist dat die maatregel buiten dit specifieke gebied van toepassing is en dus in het algemeen geldt voor alle opdrachten, daaronder begrepen particuliere opdrachten.

65. De beperking van de werkingssfeer van de nationale maatregel tot overheidsopdrachten is immers louter een gevolg van het feit dat er voor dit gebied specifieke Unierechtelijke voorschriften bestaan, in casu de voorschriften van richtlijn 2004/18.”

4.3.5 Tim-arrest: economische vrijheden en sociale doelstellingen op gelijke voet

Recenter heeft het Europese Hof zich gebogen over een Italiaanse wet die een sociale voorwaarde in aanbestedingen verplicht stelt. Hoewel die wet zag op het eerbiedigen van de normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap, wijdt het hof een belangrijke overweging over de status van het nationale sociale en arbeidsrecht in

aanbestedingen. De overwegingen van het hof in het Tim-arrest lijken bovenstaande lezing van het RegioPost-arrest te bevestigen dat onder voorwaarden een wettelijke regeling mogelijk is op grond waarvan ondernemingen worden uitgesloten van deelname aan Nederlandse aanbestedingsprocedures indien zij geen pensioen voor hun werknemers opbouwen. De overwegingen van het hof maken duidelijk dat lidstaten in het zoeken van een balans tussen de economische vrijheden en sociale doelstellingen, geen voorrang hoeven te verlenen aan de economische vrijheden, maar beide kanten van de balans op gelijke voet mogen plaatsen.

In het Tim-arrest laat het hof zich uit over de uitsluitingsgrond die in Nederland is geïmplementeerd in artikel 2.87 lid 1 sub a jo. 2.81 lid 2 Aw 2012. Het hof kijkt naar de context van die uitsluitingsgrond en merkt op dat de Europese wetgever het voldoen aan de nationale verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht op dezelfde voet heeft willen plaatsen als de aanbestedingsrechtelijke beginselen (gelijkheid, non-discriminatie, transparantie etc.). Het hof ziet het vereiste van het voldoen aan de nationale verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht zelfs als een kernwaarde (“cardinal value”). Vanwege de noodzaak van naleving van de nationale verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht, mogen lidstaten daarom ondernemingen uitsluiten van aanbestedingsprocedures als zij gebruik maken van onderaannemers die dergelijke verplichtingen hebben geschonden.

Zie:

- HvJ EU 30 januari 2020, zaak C-395/18 (Tim), r.o. 38:

“Dienaangaande moet worden opgemerkt dat artikel 18 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen”, het eerste artikel is van hoofdstuk II van deze richtlijn, dat gewijd is aan de „[a]lgemene regels” voor aanbestedingsprocedures. Door in lid 2 van dit artikel te bepalen dat de ondernemers bij de uitvoering van de opdracht moeten voldoen aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, heeft de Uniewetgever dit vereiste in beginsel op dezelfde voet willen plaatsen als de andere, in lid 1 van dit artikel genoemde beginselen, namelijk de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid en het verbod om een opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Hieruit volgt dat een dergelijk vereiste in de algemene opzet van deze richtlijn een kernwaarde vormt waarvan de eerbiediging op grond van de bewoordingen van artikel 18, lid 2, van die richtlijn door de lidstaten moet worden gewaarborgd.”

Overigens kon de Italiaanse wettelijke regeling volgens het hof niet door de beugel, omdat de regeling voorzag in een algemene en abstracte wijze van uitsluiting. Dat wil zeggen, indien een schending van een verplichting op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht is vastgesteld, slaat de wettelijke regeling geen acht op de omstandigheden die ten grondslag lagen aan de schending. Ondernemers kunnen daardoor niet meer per geval aantonen dat zij, ondanks de schending, toch betrouwbaar zijn en aanbestedende diensten kunnen de betrouwbaarheid van ondernemers niet meer per geval beoordelen. Door de wettelijke regeling ontstaat bij iedere schending een onweerlegbaar vermoeden dat moet leiden tot uitsluiting, waarmee het hof oordeelde dat de wettelijke regeling strijdig was met het evenredigheidsbeginsel.

Uit eerdere uitspraken van het Europese hof (zie HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-74/09 (WISAG)) bleek dat nationale maatregelen deelneming van ondernemers uit andere lidstaten niet mogen belemmeren of vertragen en evenmin buitensporige administratieve lasten mogen

meebrengen. Dat een maatregel niet belemmerend of vertragend mag zijn, lijkt weinig zelfstandige betekenis te hebben ten opzichte van de criteria uit Arblade (zie onder 4.2.1 bovenstaand en 4.3.6 onderstaand). Dat een maatregel geen buitensporige administratieve lasten mag meebrengen, bevestigt dat aanbestedende diensten op voorhand duidelijk moeten maken op welke wijze ondernemers uit andere lidstaten kunnen aantonen dat de hier relevante uitsluitingsgrond niet op hen van toepassing is. Bovendien zullen aanbestedende diensten zich moeten inspannen de drempels voor deelname aan een aanbestedingsprocedure waarin een pensioenvoorwaarde wordt gehanteerd zo laag mogelijk te houden.

4.3.6 Conclusie aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel: theoretisch mogelijk, nut twijfelachtig

Op basis van Europese jurisprudentie lijkt een theoretische mogelijkheid te bestaan een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel te formuleren met de strekking dat enkel overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemingen die gedurende uitvoering van de overheidsopdracht pensioen opbouwen voor de werknemers die betrokken zijn bij uitvoering van de opdracht. De hoogte van het minimaal op te bouwen pensioen moet telkens in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

De uitsluitingsmaatregel gecombineerd met de uitvoeringsvoorwaarde is uitsluitend toelaatbaar als aan de volgende voorwaarden is voldaan (Arblade-toets):

1. De maatregel mag de vrijheid van dienstverrichting niet beperken;
2. De maatregel moet haar rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van algemeen belang;
3. Als dit belang reeds is gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd, mag de maatregel geen 'dubbele verplichting' opleggen;
4. De maatregel moet geschikt zijn voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel; en
5. De maatregel mag niet verder gaan dan nodig voor het bereiken van het gestelde doel.

Het is denkbaar dat bescherming van werknemers – door het verplicht stellen van passende pensioenopbouw – door het Europese hof wordt gezien als een dwingende reden van algemeen belang die het treffen van een wettelijke maatregel rechtvaardigt. In hoeverre een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel de vrije dienstverrichting beperkt, een 'dubbele verplichting' oplegt, geschikt is voor de verwezenlijking van het gestelde doel en niet verder gaat dan nodig is afhankelijk van de nadere invulling en toepassing van de maatregel.

Over het opstellen van de aanvullende wettelijke maatregel moet niet te eenvoudig worden gedacht, omdat zowel beleidsmatige als praktische bezwaren daarvoor moeten worden weggenomen. De wijze waarop ondernemers uit andere lidstaten kunnen voldoen aan de maatregel is daarbij bijvoorbeeld een aandachtspunt. Als in een andere lidstaat geen enkele verplichting tot het opbouwen pensioen bestaat, lijkt het vereisen van pensioenopbouw in Nederlandse aanbestedingen een 'protectionistische' (discriminatoire) maatregel. Ook kan de vergelijkbaarheid ingewikkeld blijken van (een gebrek aan) pensioenopbouw van een

onderneming in een andere lidstaat met de pensioenopbouw in Nederland, met name voor kleinere aanbestedende diensten.

Moelijkheid voor een dergelijke wettelijke maatregel in een sector waarvoor geen verplichtstelling geldt, is dat de maatregel al snel verder gaat dan nodig voor het bereiken van het doel (voorwaarde vijf), omdat de maatregel verder zou gaan dan de verplichtingen die voortvloeien uit het Nederlandse pensioenstelsel. In een sector waar wel sprake is van verplichtstelling is de vraag wat de wettelijke maatregel toevoegt ten opzichte van het hanteren van de relevante uitsluitingsgrond.

4.4 Pensioenvoorwaarden als gunningscriteria

4.4.1 Wettelijk kader

In artikel 2.115 lid 2 sub e Aw 2012 wordt expliciet de mogelijkheid genoemd 'sociale kenmerken' te betrekken bij de gunning van een overheidsopdracht. Artikel 2.115 lid 3 Aw 2012 maakt duidelijk dat deze 'sociale kenmerken' in brede zin verband mogen houden met het voorwerp van de opdracht, dus in alle opzichten en in elk stadium van de te verrichten werken, leveringen of diensten (een vergelijkbare bepaling is opgenomen in artikel 2.75 Aw 2012). Die bepaling biedt mogelijk ruimte voor het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingen als gunningscriteria.

Zie:

- Artikel 2.115 leden 1, 2 aanhef en sub e en 3 Aw 2012:

“1. De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.

2. De in het eerste lid bedoelde nadere criteria houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en kunnen onder meer betreffen:

a. (...);

(...)

e. sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;

(...).

3. Nadere criteria als bedoeld in het eerste lid houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die overheidsopdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:

a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of

b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus,

zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.”

Pensioenvoorwaarden moeten worden gerekend tot nadere criteria die sociale kenmerken betreffen. Het lijkt niet zinvol pensioenvoorwaarden aan te wenden als nadere criteria in sectoren waarin sprake is van verplichtstelling. Ondernemingen die in dergelijke sectoren geen pensioen opbouwen voor hun werknemers voldoen immers niet aan hun verplichtingen uit hoofde van het nationale sociale en arbeidsrecht en zouden op die grond al moeten worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure (zie onderdeel 4.1 van dit advies). Een nader criterium op basis waarvan punten worden toegekend voor deelname in een bedrijfstakpensioenfonds komt dan geen zelfstandige betekenis toe. Nadere criteria zouden dus moeten zien op het opbouwen van pensioen in de tweede pijler in een sector waarin geen sprake is van verplichtstelling of op het opbouwen van meer pensioen dan verplicht op grond van de verplichtstelling.

4.4.2 Europese jurisprudentie

Bij het hanteren van nadere sociale kenmerken als subgunningscriteria moeten aanbestedende diensten rekening houden met de kaders die uit de Europese jurisprudentie naar voren komen voor gunningscriteria. In een lijn die is ingezet in de zaak Beentjes, heeft het Europese hof geoordeeld in de zaak Concordia Bus Finland (zaak C-513/99) dat een aanbestedende dienst rekening mag houden met criteria met betrekking tot milieubescherming voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het discriminatieverbod, eerbiedigen.

Zie:

- HvJ EU 17 september 2002, zaak C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 64:

“Uit deze overwegingen volgt, dat wanneer de aanbestedende dienst overeenkomstig [het relevante artikel uit de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn – //DVL] besluit een opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding, hij rekening mag houden met criteria met betrekking tot milieubescherming voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het discriminatieverbod, eerbiedigen.”

4.4.3 Max Havelaar-arrest

Van belang voor Nederlandse pensioenvoorwaarden is het Max Havelaar-arrest. De zaak die aan dat arrest ten grondslag lag, betrof een aanbestedingsprocedure van de provincie Noord-Holland voor de levering en het beheer van koffieautomaten. In die procedure had de provincie een wens geformuleerd (goed voor 15 punten) dat de “ingrediënten (...) indien mogelijk aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk” zouden voldoen. De Europese Commissie klaagde bij het Europese hof dat een dergelijk gunningscriterium in twee opzichten in strijd zou zijn met de toenmalige Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG. In de eerste plaats zou het criterium geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, omdat de uitgangspunten van de keurmerken EKO en Max Havelaar niet de te leveren producten zelf betreffen, maar het algemene beleid van de inschrijvers. In de tweede plaats zou het gunningscriterium zich niet verdragen met de vereisten inzake gelijke toegang, non-discriminatie en transparantie, omdat het onder meer tot gevolg zou hebben dat niet-Nederlandse potentiële inschrijvers of

potentiële inschrijvers die de keurmerken EKO en/of Max Havelaar niet bezitten, zouden worden benadeeld.

Het Max Havelaar-keurmerk is hier interessant, omdat het beoogt te waarborgen dat de gecertificeerde producten zijn ingekocht tegen een eerlijke prijs en onder eerlijke handelsvoorwaarden bij organisaties bestaande uit kleine producenten in ontwikkelingslanden. Het hof leidt daaruit af dat de criteria die worden opgelegd door de stichting die het keurmerk Max Havelaar verleent ertoe strekken de kleine producenten in ontwikkelingslanden te begunstigen door met hen handelsrelaties te onderhouden die rekening houden met de reële behoeften van die producenten en niet alleen met de wetten van de markt. Deze doelstelling van het Max Havelaar keurmerk ziet het hof als een aanwijzing dat de door de provincie geformuleerde wens dat de ingrediënten aan het keurmerk voldoen, een sociaal kenmerk betreft dat past binnen het kader van de (toenmalige) Aanbestedingsrichtlijn.

Het hof onderschrijft vervolgens expliciet het standpunt van de Advocaat-Generaal dat het niet is vereist dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft. In beginsel belet niets dat een gunningscriterium inhoudt dat iets een fairtradeproduct moet zijn.

Zie:

- Conclusie Advocaat-Generaal Kokott 15 december 2011, zaak C-368/10, randnummer 110:

“Voor een aanbestedende dienst die blijkens de aanbestedingsstukken waarde hecht aan sociaal verantwoord handelen, kan het immers bij de bepaling van de verhouding prijs-prestatie zeer goed een rol spelen of de te leveren producten onder eerlijke voorwaarden bij de producent zijn betrokken. Strikt genomen smaakt suiker weliswaar niet verschillend naargelang hij al dan niet afkomstig is uit eerlijke handel, maar dat neemt niet weg dat een product dat onder oneerlijke voorwaarden op de markt is gekomen bij een klant die verantwoordelijkheidsgevoel heeft een bittere nasmaak heeft.”

Het hof oordeelde daarom dat de door de provincie gehanteerde wens dat de ingrediënten aan het keurmerk voldoen het vereiste verband met het voorwerp van de opdracht had. Dat zet de deur op een kier naar het hanteren van pensioenvoorwaarden als nadere criteria.

De wens van de provincie kon alsnog niet door de beugel, omdat het weliswaar is toegestaan gebruik te maken van de uitgangspunten van een milieukeur om bepaalde kenmerken van een product te bepalen, maar niet om van een milieukeur een technische specificatie te maken. Een milieukeur mag slechts worden gebruikt met de vermelding dat de producten die ervan voorzien zijn worden geacht aan de aldus vastgelegde specificaties te voldoen, onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat elk ander passend bewijsmiddel is toegestaan. De provincie had niet opgesomd welke uitgangspunten uit het keurmerk relevant waren voor de onderhavige opdracht, waardoor niet duidelijk was op welke wijze de vergelijkbaarheid van een ander keurmerk zou kunnen worden aangetoond.

Mogelijk bestaat enige ruimte – hoe weinig ook – voor analoge toepassing van het Max Havelaar-arrest op pensioenvoorwaarden. Pensioenvoorwaarden betreffen doorgaans niet de kenmerkende eigenschap van een opdracht, maar in dit arrest is geoordeeld dat gunningscriteria ook niet de kenmerkende eigenschap van een opdracht hoeven te betreffen. Daarmee lijkt bijvoorbeeld denkbaar dat, indien in een code voor een bepaalde sector

bepalingen zijn opgenomen over de opbouw van pensioenen (analoog aan het keurmerk in de Max Havelaar zaak), een aanbestedende dienst punten toekent voor het voldoen aan zekere bepalingen uit de code. De aanbestedende dienst moet duidelijk zijn welke bepalingen het betreft en op welke wijze kan worden aangetoond dat aan de bepalingen is voldaan. Daarbij mag de aanbestedende dienst zich niet beperken tot het beschikken over een bepaald keurmerk – ook vergelijkbare bewijsmiddelen moeten worden toegestaan.

4.4.4 Conclusie gunningscriteria: beperkt toepasbaar

In sectoren waarin sprake is van verplichtstelling lijkt het niet zinvol een (sub)gunningscriterium te hanteren met de strekking dat punten worden toegekend voor het deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds. Een dergelijk (sub)gunningscriterium zou niet onderscheidend zijn. Wel kunnen aanbestedende diensten (sub)gunningscriteria hanteren die meerwaarde toekennen aan pensioenopbouw buiten verplichtstelling, of aan pensioenopbouw die de verplichtstelling te boven gaat. Of een dergelijke (sub)gunningscriterium in een individuele aanbestedingsprocedure kan worden gehanteerd, vergt per geval zorgvuldig onderzoek. Daarbij moeten telkens de volgende vragen worden beantwoord:

1. Houdt het (sub)gunningscriterium voldoende verband met het voorwerp van de opdracht?
2. Is het (sub)gunningscriterium voldoende objectief, dat wil zeggen, laat het de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid?
3. Is het (sub)gunningscriterium zodanig geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en het dus op dezelfde manier kan uitleggen?
4. Is het (sub)gunningscriterium niet op andere wijze direct of indirect discriminatoir?

Waarom voor een specifieke overheidsopdracht pensioenopbouw boven de verplichtstelling meerwaarde biedt, lijkt lastig te motiveren. Daarom ligt niet voor de hand dat nadere criteria die zien op pensioenopbouw boven verplichtstelling snel toelaatbaar zullen worden geacht – maar het is niet uitgesloten dat dergelijke criteria in een specifiek geval toelaatbaar zijn.

Het hanteren van nadere criteria die zien op een zekere minimale pensioenopbouw in sectoren waarin geen verplichtstelling geldt, lijkt iets kansrijker. In sectoren waarin het gebruikelijk is pensioen op te bouwen in de tweede pijler, maar geen verplichtstelling geldt, kunnen bijvoorbeeld nadere criteria worden overwogen die zien op pensioenopbouw. Toch moet ook in dergelijke sectoren worden gewaakt voor (indirecte) discriminatie en moet duidelijk worden gemaakt welke uitgangspunten de aanbestedende dienst hanteert en op welke wijze kan worden aangetoond dat een oudedagsvoorziening vergelijkbaar is met de verlangde pensioenopbouw. Daardoor zal in de praktijk pensioenopbouw in de tweede pijler niet snel toepasbaar zijn als nader criterium, maar voorbeelden laten zich wel denken.

Grote moeilijkheid bij gunningscriteria is dat deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds vaak plaatsvindt door een onderneming in haar geheel. Dat geldt temeer voor mkb-ondernemingen. Het is zeer de vraag of ondernemingen hun deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds werkelijk kunnen beperken tot uitsluitend het personeel dat betrokken is bij de uitvoering van de overheidsopdracht. Is een gedeeltelijke deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds in de praktijk redelijkerwijs niet haalbaar, dan lijkt het niet goed mogelijk een non-discriminatoire gunningscriterium te hanteren dat voldoende verband houdt met de opdracht (dus: proportioneel is) en ziet op pensioenopbouw in de tweede pijler.

5. Conclusie

Uitsluitingsgronden: toepasbaar bij verplichtstelling

Pensioenvoorwaarden kunnen in aanbestedingsprocedures worden gehanteerd in bedrijfstakken waarin verplichtstelling geldt. Die conclusie volgt uit het beschouwen van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds als een verplichting uit hoofde van sociaal en nationaal arbeidsrecht. Oftewel, heeft een ondernemer zijn verplichting geschonden deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds, dan kan hij worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure. Dat kan door de facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren die ziet op het voldoen aan de verplichtingen uit nationaal sociaal en arbeidsrecht.

Uitvoeringsvoorwaarde: beperkt toepasbaar bij verplichtstelling

Ook kan in bedrijfstakken waarin verplichtstelling geldt, de bijzondere voorwaarde worden gesteld dat bij de uitvoering van de opdracht pensioen moet worden opgebouwd voor werknemers die zijn betrokken bij uitvoering van de opdracht. Ook die conclusie volgt uit de beschouwing van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds als sociaal en nationaal arbeidsrecht.

Aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel: theoretisch mogelijk, nut te betwijfelen

Een aanvullende wettelijke uitsluitingsmaatregel die verder gaat dan de reeds bestaande verplichtstelling lijkt op basis van Europese jurisprudentie in theorie mogelijk, mits wordt voldaan aan de verschillende voorwaarden die uit die jurisprudentie volgen (zie onder 1.3 en 4.3.6 van dit advies). Moeilijkheid voor een dergelijke wettelijke maatregel in een sector waarvoor geen verplichtstelling geldt, is dat de maatregel al snel verder gaat dan nodig voor het bereiken van het doel, omdat de maatregel verder zou gaan dan de verplichtingen die voortvloeien uit het Nederlandse pensioenstelsel. In een sector waar wel sprake is van verplichtstelling, is de vraag wat de wettelijke maatregel toevoegt ten opzichte van het hanteren van de relevante uitsluitingsgrond.

Gunningscriteria: zeer beperkt toepasbaar

Voor optimaal gebruik van de bestaande mogelijkheden onder de Aw 2012 voor het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingsprocedures – met name als uitvoeringsvoorwaarden of gunningscriteria – verdient het aanbeveling een handreiking op te stellen voor het hanteren van pensioenvoorwaarden in individuele aanbestedingsprocedures. Het verzamelen van best practices kan daarbij behulpzaam zijn.

In hoeverre door het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingsprocedures kan worden tegemoetgekomen aan de doelstelling van het aanvalsplan van de Stichting van de Arbeid valt te bezien. In wezen komen de in de aanbestedingsprocedures te hanteren pensioenvoorwaarden immers neer op het uitsluiten van ondernemers die niet voldoen aan hun verplichtingen uit de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.



Bijlage

I. Europese jurisprudentie

Pensioenvoorwaarden als zodanig zijn geen onderwerp geweest van aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie. Daarom kan niet met zekerheid worden gezegd op welke wijze het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingen is toegestaan. Toch kunnen aan uitspraken over andere sociale voorwaarden wel relevante gezichtspunten worden ontleend, met name aan de arresten van het Hof van Justitie van de EU over minimumloon. Daarbij is het van belang op te merken dat de inrichting van pensioenstelsels een nationale aangelegenheid is die niet is geharmoniseerd op het niveau van de EU.

HvJ EU 23 november 1999, zaak C-369/96 en C-376/96 (Arblade)

De eerste relevante zaak in dit verband is 'Arblade'. Arblade en Leloup waren twee Franse ondernemingen die in België een aantal opslagsilo's voor witte kristalsuiker hadden gebouwd. Daartoe stelden zij, respectievelijk, 17 en 9 werknemers ter beschikking. Bij controles op de bouwplaats verzocht de Belgische sociale inspectie overlegging van verschillende, in de Belgische wet voorgeschreven, sociale documenten. Arblade en Leloup achtten zich niet verplicht de documenten over te leggen. Zij stelden zich volledig aan de Franse wetgeving te hebben gehouden en stelden dat de Belgische wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in strijd waren met 49 en 50 EG-Verdrag (thans 56 en 57 VWEU).

Het hof overwoog dat ook voor niet geharmoniseerde onderwerpen, de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd. De toepassing van de nationale regelingen van een lidstaat op de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (r.o. 34 en 35).

De bescherming van werknemers benoemde het hof expliciet als dwingende reden van openbaar belang die kan dienen als rechtvaardiging voor beperking van de vrijheid van dienstverrichting (r.o. 36).

Het hof maakte in deze zaak korte metten met 'dubbele regelingen'. Verplichte betaling aan een fonds in België, terwijl de betrokken ondernemer ook verplichte betalingen moest betalen aan een vergelijkbaar fonds in Frankrijk vormt een beperking van de vrijheid van dienstverrichting – al helemaal als de Franse werknemer ook nog eens niets heeft aan het fonds (r.o. 50 en 54). Sociale bescherming van werknemers in de bouwsector kon een dwingende reden opleveren voor beperking van de vrijheid van dienstverrichting, maar niet wanneer de Franse werknemers, die tijdelijk werkten in België, dezelfde of een vergelijkbare bescherming genoten op grond van verplichtingen waaraan de Franse werkgever reeds was onderworpen in Frankrijk (r.o. 51).

Belang voor pensioenvoorwaarden

Het belang van deze zaak voor het onderhavige advies is gelegen in de beschrijving van de wijze waarop maatregelen betreffende niet-geharmoniseerde onderwerpen moeten worden getoetst aan het EU-recht. Pensioenopbouw is een niet-geharmoniseerd onderwerp. Of een maatregel die ziet op pensioenopbouw strijd oplevert met het EU-recht moet dus worden onderzocht aan de hand van deze 'Arblade'-toets. De toets bevat, samengevat, de volgende vijf stappen:

1. Beperkt de maatregel de vrijheid van dienstverrichting?
2. Vindt de maatregel haar rechtvaardiging in een dwingende reden van algemeen belang?
3. Wordt dit belang niet reeds gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd?
4. Is de maatregel geschikt voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel?
5. Gaat de maatregel niet verder dan nodig voor het bereiken van het gestelde doel?

NB. De zaak Arblade betrof een nationale regeling, niet een maatregel in een individuele aanbestedingsprocedure. De vijf stappen moeten dus worden doorlopen indien wordt besloten tot een wettelijke regeling die het hanteren van pensioenvoorwaarden in aanbestedingen verplicht zou stellen.

HvJ EU 24 januari 2002, zaak C-164/99 (Portugaia Construções)

“10. De onderneming Portugaia is gevestigd in Portugal. Tussen maart en juli 1997 verrichtte zij ruwbouwwerkzaamheden te Tauberbischofsheim. Voor deze werkzaamheden stelde zij op dit bouwterrein verschillende werknemers ter beschikking.”

Bij een controle onder de werknemers van Portugaia bleek dat de onderneming een loon had uitgekeerd aan haar werknemers beneden het op grond van de toepasselijke (Duitse) cao geldende minimumloon (r.o. 11).

Duitse ondernemingen konden specifieke collectieve overeenkomsten sluiten met vakbonden, ter bescherming van de Duitse arbeidsmarkt, ter vermindering van binnenlandse werkloosheid en zodat Duitse ondernemingen een kans zouden krijgen op de interne markt. Op grond van dergelijke specifieke overeenkomsten bestond de mogelijkheid een loon uit te keren aan werknemers dat lager lag dan het minimumloon op grond van de toepasselijke algemeen verbindend verklaarde CAO. Buitenlandse ondernemingen werden niet toegestaan dergelijke specifieke collectieve overeenkomsten te sluiten.

De vraagstelling die in dit advies aan de orde is, behelst deels de vraag of (Nederlandse) bedrijven die pensioen opbouwen voor hun werknemers niet ongerechtvaardigd worden benadeeld op de interne markt, omdat zij kosten moeten maken voor pensioenvoorzieningen. In Portugaia Construções lag een vraag voor die daarop lijkt: mag een lidstaat een maatregel treffen die nationale ondernemingen uitzondert van nationale wetten ter verbetering van hun positie op de interne markt. Als het antwoord daarop bevestigend is, ligt voor de hand dat op grond van dergelijke nationale belangen ook maatregelen zijn toegestaan die de

concurrentiepositie van buitenlandse ondernemingen gelijkstellen aan die van nationale ondernemingen (r.o. 12).

De Duitse rechter vroeg het Europese hof of bescherming van de nationale bouwnijverheid en vermindering van nationale werkloosheid een rechtvaardiging konden zijn voor een beperking van de vrije dienstverrichting. Daarbij verwees de Duitse rechter naar de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) ter invulling van de mogelijkheid tot beperking van het vrij verrichten van diensten (thans: artikel 56 VWEU, r.o. 13).

Het antwoord daarop luidde dat de omstandigheid dat een werkgever uit een andere lidstaat zich niet kan onttrekken aan de verplichting tot betaling van Duits minimumloon, maar een Duitse werkgever wel een ongelijke behandeling inhoudt, die strijdig is met artikel 56 VWEU (r.o. 34).

Omdat de omzettingstermijn van de Detacheringsrichtlijn nog niet was verstreken, liet het hof de Detacheringsrichtlijn overigens buiten beschouwing (r.o. 14).

Het hof overwoog dat een nationale regeling belemmerend is, als de regeling bijkomende administratieve economische lasten meebrengt (r.o. 18).

“19. Uit vaste rechtspraak blijkt evenwel dat wanneer deze regelingen gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de ontvangende lidstaat werkzaam is, zij gerechtvaardigd kunnen zijn wanneer zij beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, en voorzover zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is (zie, met name, arresten van 17 december 1981, Webb, 279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 17; 20 februari 2001, Analir e.a., C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 25, en Mazzoleni en ISA, reeds aangehaald, punt 25).”

Het hof herhaalde dat het in Arblade reeds had erkend dat de bescherming van werknemers een dwingende reden van openbaar belang is die belemmerende nationale regelingen rechtvaardigt, meer in het bijzonder stelde het hof dat het eisen van betaling van ‘nationaal minimumloon’ was toegestaan (ro. 20 en 21).

Beperking van de vrije verrichting van diensten kan niet worden gerechtvaardigd door economische doeleinden, zoals de bescherming van de nationale ondernemingen (r.o. 26).

Als een regeling objectief de belangen van werknemers waarborgt kan de regeling verenigbaar zijn met het Unierecht, ook al kent de regeling volgens de memorie van toelichting een ander doel (r.o. 30).

Belang voor pensioenvoorwaarden

Een nationale regeling is belemmerend als de regeling bijkomende administratieve economische lasten meebrengt. Niettemin kan een regeling dan alsnog gerechtvaardigd zijn wanneer de regeling:

- beantwoordt aan dwingende redenen van algemeen belang, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die gelden voor de werkgever in de staat van herkomst;
- voor zover de regeling geschikt is te waarborgen dat het gestelde doel wordt verwezenlijkt; en
- en de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van het gestelde doel.

In feite is dit dezelfde toets als in Arblade.

HvJ EU 12 oktober 2004, zaak C-60/03 (Wolf & Müller)

De zaak Wolf & Müller betrof een Portugees onderdaan die enkele maanden had gewerkt op een bouwplaats in Berlijn. De werknemer was werkzaam als werknemer voor een Portugees bouwbedrijf dat werkte in opdracht van Duits bouwbedrijf. De werknemer vorderde achterstallig loon van het Portugese bouwbedrijf en het Duitse bouwbedrijf, met de stelling dat het Duitse bouwbedrijf op grond van een Duitse wet moest instaan voor betaling van het loon dat hij niet had ontvangen.

Centrale vraag was of die Duitse regeling (§ 1a AEntG), op grond waarvan het Duitse bouwbedrijf als borg zou kunnen worden aangesproken, de vrijheid van dienstverrichting kon belemmeren, omdat de aansprakelijkheid als borg intensieve controles noodzakelijk maakte en bewijsverplichtingen voor vooral de buitenlandse onderaannemers vereiste.

Hoewel de Duitse rechter niet verwees naar de Detacheringsrichtlijn, overwoog het hof dat de feiten uit deze zaak binnen de werkingssfeer van 96/71/EG vielen en de Duitse regeling daarom aan de Detacheringsrichtlijn moest worden getoetst.

“31 Wat dit aangaat verlangt artikel 49 EG volgens vaste rechtspraak niet alleen de afschaffing van elke discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van elke beperking, ook al geldt deze zonder onderscheid voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten, die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt (arrest van 24 januari 2002, Portugaia Construções, C-164/99, Jurispr. blz. I-787, punt 16 en aangehaalde rechtspraak).

32 Zoals het Hof reeds heeft verklaard, kan de toepassing van de nationale regelingen van de ontvangende lidstaat op dienstverrichters de verrichting van diensten door in andere lidstaten gevestigde personen of ondernemingen verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, voorzover deze toepassing kosten en bijkomende administratieve en economische lasten meebrengt (arrest Portugaia Construções, reeds aangehaald, punt 18 en aangehaalde rechtspraak).

33 De verwijzende rechter dient na te gaan of dat in het hoofdgeding het geval is voor de aansprakelijkheid als borg. Dienaangaande moet rekening worden gehouden met het effect van deze maatregel op de diensten van niet alleen de in een andere lidstaat gevestigde onderaannemers, maar ook van eventuele hoofdaannemers uit een dergelijk land.

34 Verder volgt uit vaste rechtspraak dat een regeling zoals § 1a AEntG, wanneer zij, zo zij de vrijheid van dienstverrichting beperkt, geldt voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de ontvangende lidstaat werkzaam is, gerechtvaardigd kan zijn wanneer zij aan dwingende redenen van algemeen belang beantwoordt, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, en voorzover zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is (zie in die zin arrest *Portugaia Construções*, reeds aangehaald, punt 19 en aangehaalde rechtspraak).

35 Een van de door het Hof reeds erkende dwingende redenen van openbaar belang is de bescherming van de werknemers (arrest *Portugaia Construções*, reeds aangehaald, punt 20 en aangehaalde rechtspraak).

36 Als kan worden aanvaard dat de ontvangende lidstaat met de toepassing van zijn voorschriften inzake het minimumloon op in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters in beginsel een doel van algemeen belang nastreeft, namelijk de bescherming van de werknemers (arrest *Portugaia Construções*, reeds aangehaald, punt 22), geldt dat in beginsel ook voor de door de eerste lidstaat getroffen maatregelen ter versterking van de procedureregels op basis waarvan een ter beschikking gestelde werknemer zijn recht op minimumloon met succes geldend kan maken.

37 Indien het recht op minimumloon een bestanddeel van de bescherming van de werknemers vormt, moeten de procedureregels waarmee de eerbiediging van dit recht kan worden afgedwongen, zoals in het hoofdgeding de aansprakelijkheid als borg, namelijk ook worden geacht een dergelijke bescherming te kunnen verzekeren.

38 Wat de opmerking van de verwijzende rechter betreft dat de nationale wetgever bij de vaststelling van § 1a AEntG prioritair de nationale arbeidsmarkt en niet de bezoldiging van de werknemer beoogde te beschermen, dient eraan te worden herinnerd dat de verwijzende rechter moet nagaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling objectief beschouwd de bescherming van de ter beschikking gestelde werknemers waarborgt. Nagegaan moet worden of die regeling voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming. In dat verband kan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever aanleiding zijn tot een meer omstandig onderzoek van de voordelen die door de door hem getroffen maatregelen aan de werknemers zouden zijn verleend (arrest *Portugaia Construções*, reeds aangehaald, punten 28 en 29 alsook de aangehaalde rechtspraak).

(...)

42 Overigens is, zoals de Oostenrijkse regering in haar schriftelijke opmerkingen terecht opmerkt, de doelstelling om de eerlijke mededinging te handhaven niet noodzakelijkerwijs in tegenspraak met de doelstelling om de bescherming van de werknemers te garanderen. Blijkens de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 96/71 kunnen deze twee doelstellingen gelijktijdig worden nagestreefd.”

Belang voor pensioenvoorwaarden

Niet alleen moet rekening worden gehouden met het effect van een maatregel op onderaannemers uit andere lidstaten, maar ook met het effect op hoofdaannemers uit andere lidstaten. De toets uit Arblade wordt in deze Wolf & Müller nog eens herhaald. De nationale rechter moet nagaan of de regeling *objectief beschouwd* (dus onafhankelijk van de doelstelling die de wetgever had bij het aannemen van een wet) de bescherming van de ter beschikking gestelde werknemers waarborgt. Nagegaan moet worden of die regeling voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt aan hun sociale bescherming.

HvJ EU 18 december 2007, zaak C-341/05 (Laval un Partneri)

Lidstaten kunnen op grond van artikel 3 lid 10 van Richtlijn 96/71/EG aanvullende arbeidsvoorwaarden voorschrijven, mits deze betrekking hebben op bepalingen van openbare orde en gelijkelijk van toepassing zijn op nationale en buitenlandse ondernemingen. De cao-bepalingen in Laval bevatten financiële verplichtingen (waaronder afdracht opcenten voor pensioenvoorzieningen) die verder gingen dan de kernbepalingen van artikel 3 lid 1 van 96/71/EG. Deze verplichtingen waren opgelegd door sociale partners (vakbonden) via cao-onderhandelingen, zonder tussenkomst van nationale autoriteiten. Sociale partners zijn geen publiekrechtelijke entiteiten en kunnen zich daarom niet beroepen op redenen van openbare orde om dergelijke aanvullende verplichtingen te rechtvaardigen onder artikel 3 lid 10 van 96/71/EG.

Belang voor pensioenvoorwaarden

Aanbestedende diensten kunnen zich wel op artikel 3 lid 10 beroepen voor pensioenvoorwaarden, maar waarschijnlijk strandt dat beroep op 'redenen van openbare orde'. Pensioenvoorwaarden gaan in ieder geval verder dan de minimumbescherming en zijn daarom niet toegestaan.

HvJ EU 3 april 2008, zaak C-346/06 (Rüffert)

Land Niedersachsen heeft na aanbesteding opdracht voor ruwbouwwerkzaamheden aan een gevangenis gegund aan Objekt und Bauregie. "Het contract bevatte de verbintenis, de collectieve arbeidsovereenkomsten na te komen en meer in het bijzonder de op de bouwplaats werkende werknemers ten minste het loon te betalen dat op de plaats van uitvoering gold (...)." (r.o. 10)

Looneis niet toegestaan met toetsing aan 96/71/EG, omdat de looneis niet universeel gold (maar alleen voor overheidsopdrachten) en niet algemeen verbindend was verklaard.

Indien aanvullende uitsluitingsmaatregelen – door een lidstaat in wetgeving – worden gehanteerd, dan dienen deze maatregelen voldoende transparant en in lijn met het gelijkheidsbeginsel te zijn. Maatregelen die een afschrikkende of belemmerende of vertragende werking (kunnen) hebben ten opzichte van bepaalde (buitenlandse) ondernemingen zijn niet toegestaan. Voorbeeld daarvan is: buitensporige administratieve

lasten voor de buitenlandse onderneming of verwijzingen naar nationale indelingen om te bewijzen dat aan een bepaalde ervaring is voldaan (PIANOo).

HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-74/09 (WISAG)

“53 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling waarbij de in een andere lidstaat gevestigde aannemer om een opdracht in de lidstaat van de aanbestedende dienst toegewezen te kunnen krijgen aldaar geregistreerd moet zijn als niet vallende onder de in artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 opgesomde uitsluitingsgronden, op voorwaarde dat een dergelijke verplichting de deelneming van de aannemer aan de betrokken overheidsopdracht belemmert noch vertraagt, en evenmin buitensporige administratieve lasten meebrengt, en dat zij uitsluitend ertoe strekt na te gaan of betrokkene professioneel geschikt is in de zin van deze bepaling.”

HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13 (Bundesdruckerei)

De stad Dortmund heeft in 2013 een aanbesteding uitgeschreven voor digitalisering van documenten en conversie van gegevens van haar stedenbouwkundige dienst.

“9 Punt 2 van de bijzondere voorwaarden van de aanbesteding, dat betrekking had op de inachtneming van de bepalingen van het TVgG – NRW, bevatte een modelformulier dat door de inschrijver diende te worden ondertekend en waarin deze diende te verklaren dat hij zich ertoe verbond, zijn werknemers een minimumuurloon van 8,62 EUR te betalen en van zijn onderaannemers te eisen dat zij zich eveneens ertoe verbonden dit minimumloon in acht te nemen.”

Bundesdruckerei deelde mee dat zij de prestaties uitsluitend zou laten verrichten in Polen door een Poolse onderaannemer, als de opdracht aan haar zou worden gegund. Daarbij zou zich niet houden aan de minimumlooneis, omdat het minimumloon niet was vastgelegd in een algemeen verbindend verklaarde cao of in wetgeving en het minimumloon bovendien niet gebruikelijk was in Polen.

Belang voor pensioenvoorwaarden

Het hof acht de looneis beperkend, want verdergaand dan nodig. Bevestiging van Rüffert.

HvJ EU 17 november 2015, zaak C-115/14 (RegioPost):

De stad Landau, in de deelstaat Rijnland-Palts, heeft in 2013 een aanbesteding georganiseerd voor het verrichten van postdiensten.

Op grond van de LTTG, een wet van de deelstaat Rijnland-Palts, stond het de stad Landau enkel vrij overheidsopdrachten te gunnen aan ondernemingen die hun werknemers het bij wet vastgestelde minimumloon betalen en collectieve arbeidsovereenkomsten naleven. De wet op het minimumloon (wat, voor alle duidelijkheid, een federale wet is, te onderscheiden van de LTTG die uitsluitend voor de deelstaat gold) was niet op de overheidsopdracht van toepassing, evenmin als een algemeen verbindend verklaarde CAO. In de aanbestedingsstukken was

bepaald dat inschrijvers de bepalingen van het LTTG moesten naleven. Bij de aanbestedingsstukken was een modelverklaring gevoegd, waarin inschrijvers konden verklaren dat zijzelf en hun onderaannemers de bepalingen uit het LTTG zouden naleven. RegioPost achtte de verklaring in strijd met het aanbestedingsrecht en diende de verklaring niet in voor zichzelf (wel voor haar onderaannemers). De stad Landau sloot RegioPost daarop uit van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

“12 § 1, lid 1, van het Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (wet van de deelstaat Rijnland-Palts ter waarborging van de inachtneming van collectieve arbeidsovereenkomsten en van het minimumloon bij de gunning van overheidsopdrachten) van 1 december 2010 (hierna: „LTTG”) bepaalt:

„Deze wet gaat mededingingsverstoringen bij de gunning van overheidsopdrachten tegen die het gevolg zijn van de inzet van goedkope arbeidskrachten, en beperkt de lasten die daaruit voortvloeien voor de stelsels voor sociale bescherming. Daartoe bepaalt zij dat aanbestedende diensten [...] overeenkomstig deze wet enkel overheidsopdrachten mogen gunnen aan ondernemingen die hun werknemers het bij deze wet vastgestelde minimumloon betalen en collectieve arbeidsovereenkomsten naleven.”

13 § 3 LTTG, met als opschrift „Minimumloon”, bepaalt in lid 1:

„Voor zover de naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten niet op grond van § 4 [in die paragraaf is bepaald dat overheidsopdrachten die vallen binnen de werkingssfeer van de wet op het minimumloon alleen mogen worden gegund aan ondernemingen die zich ertoe verbinden een loon te betalen dat voldoet aan een algemeen verbindend verklaarde cao die van toepassing is op grond van de wet op het minimumloon – //DVLP] kan worden geëist, mogen overheidsopdrachten alleen worden gegund aan ondernemingen die zich er bij de indiening van hun inschrijving schriftelijk toe verbinden om hun personeel bij de verrichting van de betreffende prestatie een brutoloon van ten minste 8,50 EUR per uur (minimumloon) te betalen en om wijzigingen van het minimumloon [...] tijdens de uitvoering van de opdracht ten gunste van hun werknemers toe te passen. [...] Indien de verklaring inzake de inachtneming van het minimumloon bij de indiening van de inschrijving ontbreekt en ook na een verzoek daartoe niet wordt overgelegd, wordt de inschrijving uitgesloten van de beoordeling. Indien de [bevoegde] dienst [...] modelverklaringen inzake de inachtneming van het minimumloon heeft bekendgemaakt, kunnen deze worden gebruikt.”

“37 Wat de uit het arrest Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) te trekken conclusies betreft, wijst de verwijzende rechter erop dat in de Duitse rechtsleer met name het standpunt is ingenomen dat dit arrest aldus moet worden begrepen dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71 niet in de weg staat aan een bepaling als § 3, lid 1, LTTG die bij wet een minimumloon vaststelt, ook al moet dat minimumloon uitsluitend in acht worden genomen bij de uitvoering van overheidsopdrachten, aangezien het vereiste van algemene toepasselijkheid enkel geldt voor collectieve arbeidsovereenkomsten en niet voor wettelijke bepalingen.” [Deze interpretatie wordt bevestigd door het hof, zie r.o. 63 – 66. – //DVLP]

“57 Voorts is het vaste rechtspraak van het Hof dat een nationale maatregel die een gebied bestrijkt dat op het niveau van de Unie uitputtend is geharmoniseerd, aan de bepalingen van deze harmonisatiemaatregel en niet aan het primaire Unierecht moet worden getoetst (zie in

die zin met name arresten DaimlerChrysler, C-324/99, EU:C:2001:682, punt 32; Brzeziński, C-313/05, EU:C:2007:33, punt 44, en Commissie/Hongarije, C-115/13, EU:C:2014:253, punt 38).

58 Volgens artikel 26 van richtlijn 2004/18 kunnen bijzondere voorwaarden aan de uitvoering van de opdracht worden gesteld „mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht”.

59 Daaruit volgt dat die richtlijn de bijzondere voorwaarden die aan de uitvoering van opdrachten kunnen worden gesteld, niet uitputtend regelt, zodat de litigieuze regeling kan worden getoetst aan het primaire Unierecht.”

Het hof ziet §3 LTTG als een wettelijke bepaling in de zin van artikel 3 lid 1 van de detacheringsrichtlijn. Het hof maakt onderscheid tussen de LTTG en de wettelijke bepaling uit Ruffert. Daarbij hecht het hof belang aan de omstandigheid dat de LTTG zelf een minimumloon voorstelt, wat niet het geval was in de zaak Ruffert. Bovendien bestond geen nationale regeling in de RegioPost-zaak die een lager loon voorschreef dan de LTTG.

Weliswaar is §3 LTTG niet algemeen toepasselijk, omdat zij enkel toepasselijk is op overheidsopdrachten, maar het vereiste uit artikel 3 lid 8 van de detacheringsrichtlijn voor algemene toepasselijkheid geldt alleen voor cao's en rechterlijke uitspraken, niet voor wettelijke bepalingen als bedoeld in lid 1. Voor wettelijke bepalingen mag de toepasselijkheid dus worden beperkt tot overheidsopdrachten (r.o. 63). Het hof verwijst bovendien naar de bepaling uit de aanbestedingsrichtlijn (thans artikel 70 van richtlijn 2014/24/EU) op grond waarvan speciale voorwaarden, die verband kunnen houden met sociale of arbeidsgereleerde overwegingen, mogen worden verbonden aan de uitvoering van een overheidsopdracht. Als een maatregel in overeenstemming is met de aanbestedingsrichtlijn, wat §3 LTTG is volgens het hof, kan niet worden vereist dat die maatregel ook buiten aanbestedingen van toepassing is en dus ook moet gelden voor particuliere opdrachten, omdat de beperking van de werkingssfeer tot overheidsopdrachten louter een gevolg is van het feit dat voor dit gebied specifieke Unierechtelijke voorschriften bestaan (namelijk die van de richtlijn) (r.o. 64 en 65).

“66 Bijgevolg laat artikel 26 van richtlijn 2004/18, gelezen in samenhang met richtlijn 96/71, toe dat de lidstaat van ontvangst voor de gunning van overheidsopdrachten een in artikel 3, lid 1, eerste alinea, onder c), van laatstgenoemde richtlijn bedoelde dwingende bepaling vaststelt, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die in een minimale bescherming voorziet en aan in andere lidstaten gevestigde ondernemingen de verplichting oplegt om een minimumloon te betalen aan hun werknemers die ter uitvoering van de betreffende overheidsopdracht op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst ter beschikking zijn gesteld. Een dergelijke regel maakt immers deel uit van het beschermingsniveau dat voor die werknemers moet worden gewaarborgd (zie in die zin arrest Laval un Partneri, C-341/05, EU:C:2007:809, punten 74, 80 en 81).

67 Deze uitlegging van artikel 26 van richtlijn 2004/18 wordt bovendien bevestigd bij lezing van deze bepaling in het licht van artikel 56 VWEU, aangezien deze richtlijn met name ertoe strekt het vrij verrichten van diensten te verwezenlijken, wat een van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden is (zie naar analogie arrest Ruffert, C-346/06, EU:C:2008:189, punt 36).”

“69 In dit verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een minimumloon dat krachtens een nationale regeling wordt opgelegd aan inschrijvers en hun eventuele onderaannemers die zijn gevestigd in een lidstaat die niet dezelfde is als die waartoe de aanbestedende dienst behoort en waar de minimumlonen lager zijn dan in laatstbedoelde lidstaat, een extra economische last vormt die de verrichting van hun prestaties in de lidstaat van ontvangst kan verhinderen of belemmeren dan wel minder aantrekkelijk kan maken. Een maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan dus een beperking in de zin van artikel 56 VWEU vormen (zie in die zin met name arrest Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punt 30).

70 Een dergelijke nationale maatregel kan in beginsel gerechtvaardigd zijn door het doel de werknemers te beschermen (zie in die zin arrest Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punt 31).

71 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, rijst evenwel de vraag of uit de punten 38 tot en met 40 van het arrest Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) volgt dat een dergelijke rechtvaardiging in casu niet kan worden aanvaard, omdat het bij § 3, lid 1, LTTG voorgeschreven minimumloon enkel geldt voor overheidsopdrachten met uitsluiting van particuliere opdrachten.

72 Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

73 Uit de punten 38 tot en met 40 van het arrest Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) blijkt namelijk dat het Hof weliswaar bij de toetsing van de in die zaak aan de orde zijnde nationale maatregel aan artikel 56 VWEU heeft geoordeeld dat deze maatregel niet gerechtvaardigd kon zijn door het doel de werknemers te beschermen, maar dat het tot deze slotsom is gekomen op grond van bepaalde specifieke kenmerken van die maatregel, waardoor deze zich duidelijk onderscheidt van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale maatregel.

74 Zo heeft het Hof zich in het arrest Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) gebaseerd op de vaststelling dat in de zaak die heeft geleid tot dat arrest, een collectieve arbeidsovereenkomst in het geding was die enkel van toepassing was op de bouwsector, niet gold voor particuliere opdrachten en niet algemeen verbindend was verklaard. Voorts heeft het Hof erop gewezen dat het bij die collectieve overeenkomst vastgestelde loonpeil hoger was dan het krachtens het AEntG op die sector toepasselijke minimumloon.

75 Het bij de litigieuze maatregel voorgeschreven minimumloon is daarentegen vastgesteld in een wettelijke bepaling die als dwingende minimumbeschermingsnorm in beginsel algemeen van toepassing is op de gunning van alle overheidsopdrachten in de deelstaat Rijnland-Palts, ongeacht de betrokken sector.

76 Bovendien biedt deze wettelijke bepaling een minimale sociale bescherming, aangezien noch het AEntG noch een andere nationale regeling ten tijde van de feiten van het hoofdgeding voor de sector van de postdiensten een lager minimumloon voorschreef.

77 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 26 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een wettelijke

regeling van een regionale entiteit van een lidstaat zoals in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij inschrijvers en hun onderaannemers worden verplicht zich in een bij hun inschrijving te voegen schriftelijke verklaring ertoe te verbinden om een bij die wettelijke regeling vastgesteld minimumloon te betalen aan het personeel dat zal worden belast met de uitvoering van de prestaties die het voorwerp uitmaken van de betreffende overheidsopdracht.”

HvJ EU 30 januari 2020, zaak C-395/18 (Tim)

“9 Artikel 17 van legge n. 68 – Norme per il diritto al lavoro dei disabili (wet nr. 68 betreffende normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap) van 12 maart 1999 (gewoon supplement bij GURI nr. 68 van 23 maart 1999) bepaalt het volgende:

„Overheids- en particuliere ondernemingen die deelnemen aan openbare aanbestedingsprocedures of die contractuele betrekkingen of concessieovereenkomsten hebben met een overheid zijn gehouden de betrokken overheid op voorhand en op straffe van uitsluiting een verklaring van hun wettelijke vertegenwoordiger over te leggen waarin zij verklaren de normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap te eerbiedigen.”

10 Artikel 80, lid 5, onder i), van decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 houdende het wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: „wetboek overheidsopdrachten”) bepaalt:

„Aanbestedende diensten sluiten een ondernemer uit van deelname aan de aanbestedingsprocedure in een van de volgende situaties, ook al betreft deze een van zijn onderaannemers, in de in artikel 105, lid 6, bedoelde gevallen:

[...]

i) de ondernemer heeft het in artikel 17 van wet nr. 68 [...] bedoelde certificaat niet overgelegd, of heeft de vervulling van deze vereiste niet zelf vastgesteld [...].”

Op 3 augustus 2016 heeft Consip, de aankoopcentrale van de Italiaanse overheid, een openbare aanbesteding uitgeschreven voor een opdracht voor de levering van een optisch communicatiesysteem genaamd „Wavelength Division Multiplexing-systeem (WDM)” voor de onderlinge koppeling van de datacentra van verschillende afdelingen van het ministerie van Economie en Financiën. Tim heeft een inschrijving ingediend waarin zij zich beroept op drie onderaannemers. Tim is uitgesloten, omdat één van haar onderaannemers niet voldoet aan de normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap. Tim kan zich daarmee niet verenigen en stelt met name dat het onevenredig is haar uit te sluiten, terwijl op haar geen uitsluitingsgrond van toepassing, maar uitsluitend op één van haar onderaannemers.

“35 Wat de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 betreft, moet worden benadrukt dat deze, zoals de advocaat-generaal in punt 32 van zijn conclusie heeft opgemerkt, onpersoonlijk is geformuleerd, zonder dat wordt aangegeven door wie de in artikel 18, lid 2, van die richtlijn bedoelde verplichtingen niet zijn nagekomen. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de bewoordingen van artikel 57, lid 4, onder a), van

richtlijn 2014/24 – ook wanneer deze bepaling wordt gelezen in het licht van overweging 101, eerste alinea, van die richtlijn, waaruit blijkt dat de aanbestedende diensten de mogelijkheid moet worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn vanwege schending van milieu- of sociale verplichtingen – niet beletten dat de lidstaten zich op het standpunt stellen dat degene die de vastgestelde schending heeft begaan ook de onderaannemer kan zijn, en dat zij aldus voorzien in de mogelijkheid of zelfs de verplichting voor de aanbestedende dienst om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend op die grond uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

36 Evenwel zij eraan herinnerd dat voor de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet enkel rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de betrokken bepaling, maar ook met de context en de algemene opzet van de regeling waarvan zij deel uitmaakt en de daardoor nagestreefde doelstellingen (arrest van 5 juli 2018, X, C-213/17, EU:C:2018:538, punt 26).

37 Wat in de eerste plaats de context van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 en de algemene opzet van deze richtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat deze bepaling uitdrukkelijk verwijst naar schending van de in artikel 18, lid 2, van deze richtlijn genoemde verplichtingen, dat wil zeggen de verplichtingen die van toepassing zijn op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

38 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat artikel 18 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen”, het eerste artikel is van hoofdstuk II van deze richtlijn, dat gewijd is aan de „[a]lgemene regels” voor aanbestedingsprocedures. Door in lid 2 van dit artikel te bepalen dat de ondernemers bij de uitvoering van de opdracht moeten voldoen aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, heeft de Uniewetgever dit vereiste in beginsel op dezelfde voet willen plaatsen als de andere, in lid 1 van dit artikel genoemde beginselen, namelijk de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid en het verbod om een opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Hieruit volgt dat een dergelijk vereiste in de algemene opzet van deze richtlijn een kernwaarde vormt waarvan de eerbiediging op grond van de bewoordingen van artikel 18, lid 2, van die richtlijn door de lidstaten moet worden gewaarborgd.

39 In die omstandigheden moet de noodzaak om de naleving van de in artikel 18, lid 2, van richtlijn 2014/24 bedoelde verplichtingen naar behoren te verzekeren, de lidstaten in staat stellen om in het kader van de vaststelling van de voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder a), van deze richtlijn genoemde uitsluitingsgrond, te bepalen dat de schending niet alleen kan uitgaan van de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, maar ook van de onderaannemers op wie hij voornemens is een beroep te doen. De aanbestedende dienst is immers gerechtigd te verlangen dat de opdracht alleen wordt gegund aan ondernemers die vanaf het stadium van de aanbestedingsprocedure aantonen dat zij in staat zijn om de naleving van die verplichtingen gedurende de uitvoering van de opdracht naar behoren te verzekeren, in voorkomend geval door een beroep te doen op onderaannemers die zelf aan die verplichtingen voldoen.

40 Hieruit volgt dat de lidstaten voor de toepassing van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting

heeft om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure wanneer wordt vastgesteld dat een van de in de inschrijving van die ondernemer genoemde onderaannemers de in artikel 18, lid 2, van deze richtlijn bedoelde verplichtingen heeft geschonden.”

Let wel, automatische uitsluiting is niet mogelijk:

“50 Hieruit volgt dat de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, wanneer hij het risico loopt te worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure vanwege een schending van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht die is toe te rekenen aan één van de onderaannemers waarop hij overweegt een beroep te doen, aan de aanbestedende dienst kan aantonen dat hij ondanks het bestaan van een dergelijke uitsluitingsgrond betrouwbaar blijft, waarbij de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 57, lid 6, derde alinea, van richtlijn 2014/24 het door deze ondernemer aangedragen bewijs moet beoordelen in het licht van de ernst van de situatie en de bijzondere omstandigheden van de zaak.

51 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet echter op algemene en abstracte wijze in de automatische uitsluiting van de ondernemer, wanneer een schending van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht wordt vastgesteld bij een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers, ongeacht de omstandigheden die aan deze schending ten grondslag liggen, en stelt dus een onweerlegbaar vermoeden in op grond waarvan de ondernemer moet worden uitgesloten voor elke aan een van zijn onderaannemers toe te schrijven schending, zonder dat de aanbestedende dienst de aan de orde zijnde bijzondere omstandigheden per geval kan beoordelen en zonder dat de ondernemer ondanks de vaststelling van deze schending zijn betrouwbaarheid kan aantonen.

52 Een dergelijke regeling biedt de aanbestedende dienst met name niet de mogelijkheid om bij de beoordeling van de situatie rekening te houden met een aantal relevante factoren, zoals de middelen die de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de onderaannemers, of een vermelding in zijn inschrijving dat hij in staat is de opdracht uit te voeren zonder een beroep te moeten doen op de betrokken onderaannemer.”

Conclusie van dit deel: beperkingen zijn artikel 56 VWEU (vrij verrichten van diensten) en artikel 3 van richtlijn 96/71/EG. Van Tim leren we dat automatische uitsluiting niet mogelijk is, dus tegenbewijs toelaten, maar op zichzelf lijken verschillende sociale voorwaarden toegestaan.

HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10 (Max Havelaar)

“Artikel 53 van richtlijn 2004/18 wordt toegelicht in punt 46 van de considerans van deze richtlijn, dat in de derde en de vierde alinea preciseerd dat de gunningscriteria in beginsel behalve economisch ook kwalitatief kunnen zijn. Zo worden onder de in lid 1, sub a, van dat artikel opgesomde voorbeelden onder meer de milieukeurmerken genoemd. Zoals de advocaat-generaal in het kader van punt 103 van haar conclusie opmerkt, wordt in de vierde alinea van voormeld punt bovendien verklaard dat „een aanbestedende dienst criteria [kan]

gebruiken die ertoe strekken te voldoen aan sociale eisen, waardoor met name tegemoet wordt gekomen aan de — in de specificaties voor de opdracht vermelde — behoeften van bijzonder kansarme bevolkingsgroepen waartoe de begunstigen/gebruikers van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, behoren”. Hieruit moet worden afgeleid dat de aanbestedende diensten eveneens mogen kiezen voor gunningscriteria die zijn gebaseerd op sociale overwegingen, die betrekking kunnen hebben op de gebruikers of de begunstigen van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, maar ook op andere personen.

(...)

91 Zoals tot slot uit punt 110 van de conclusie van de advocaat-generaal volgt, is niet vereist dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen. Zo heeft het Hof in punt 34 van het reeds aangehaalde arrest EVN en Wienstrom geoordeeld dat de regelgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten niet eraan in de weg staat dat de aanbestedende dienst in het kader van een opdracht voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium hanteert op grond waarvan de elektriciteit moet worden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. In beginsel belet niets derhalve dat een dergelijk criterium inhoudt dat een product een fairtradeproduct moet zijn.”

II. (Europese) wetgeving

96/71/EG, considerans

“(5) Overwegende dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbiediging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn;”

2014/24/EU, considerans

In de terminologie van de Europese aanbestedingsrichtlijn, vallen pensioengerelateerde voorwaarden onder de bredere noemer ‘sociale voorwaarden’. Uit verschillende overwegingen voorafgaand aan de richtlijn blijkt de doelstelling sociale voorwaarden deel uit te laten maken van Europese aanbestedingsprocedures.

Zie:

- Richtlijn 2014/24/EU, preambule 37, 92, 93, 97, 98, 103, 104, 105:

“(37) Met het oog op een goede integratie van milieu-, sociale en arbeidseisen in procedures voor overheidsopdrachten is het met name van belang dat de lidstaten en de aanbestedende diensten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat voldaan wordt aan de milieu-, sociaal- en arbeidsrechtelijke verplichtingen die van toepassing zijn op de plaats waar de werkzaamheden en worden uitgevoerd of de diensten worden verricht, en die voortvloeien uit wetten, regelingen en collectieve overeenkomsten van de lidstaten of de Unie, mits deze regels en de toepassing ervan in overeenstemming zijn met het Unierecht. Evenzo moeten de verplichtingen voortvloeiende uit internationale overeenkomsten die door alle lidstaten geratificeerd zijn en in bijlage X zijn opgesomd, van toepassing zijn tijdens de uitvoering van de opdracht. Deze mogen echter geenszins een beletsel zijn voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers.

De betreffende maatregelen moeten worden toegepast conform de basisbeginselen van het recht van de Unie, met name met het oog op gelijke behandeling. Die maatregelen moeten worden toegepast overeenkomstig Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad (11). Waarbij moet worden toegezien op gelijke behandeling en mag geen sprake zijn van directe of indirecte discriminatie van ondernemers en werknemers uit andere lidstaten.”

“(92) Met het oog op het beoordelen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding moet de aanbestedende dienst bepalen welke economische en kwalitatieve criteria in verband met het voorwerp van het contract hij zal aanleggen. Deze criteria moeten dus een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijving mogelijk maken met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, zoals omschreven in de technische specificaties. Met betrekking tot de beste prijs-kwaliteitsverhouding, is in deze richtlijn een niet-uitputtende lijst van mogelijke gunningscriteria opgenomen, die ook op de milieu- en sociale aspecten betrekking hebben. (...)”

“(93) Wanneer in nationale bepalingen is voorgeschreven dat bepaalde diensten worden beloond, of voor bepaalde leveringen vaste prijzen worden vastgesteld, dient te worden bepaald dat het mogelijk blijft de prijs-kwaliteitsverhouding volgens andere criteria dan alleen prijs of beloning te beoordelen. Afhankelijk van de dienst of het product in kwestie, kunnen daarvoor als criteria onder meer leverings- en betalingsvoorwaarden gelden, dienst na verkoop (bv. de mate waarin advies wordt verstrekt of vervangende producten of diensten geleverd worden), milieu- of sociale aspecten (bv. boeken die gedrukt zijn op recycleerbaar papier of op papier van duurzaam hout, de kosten voor externe milieu-effecten, bevordering van de sociale integratie van kwetsbare groepen onder de werknemers die de opdracht uitvoeren). (...)”

“(97) (...) De voorwaarde dat er een verband met het voorwerp van de opdracht moet zijn sluit echter criteria en voorwaarden uit met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid, die namelijk niet kunnen worden beschouwd als een factor welke kenmerkend is voor het specifieke productie- of verrichtingsproces. (...)”

“(98) Het is van essentieel belang dat gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende sociale aspecten van het productieproces betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten die met de opdracht worden beoogd. Voorts dienen zij te worden toegepast in overeenstemming met Richtlijn 96/71/EG, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, en mogen zij niet worden gekozen of toegepast op een wijze die direct of indirect discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst of bij vrijhandelsakkoorden waarbij ook de Unie partij is. Eisen betreffende de essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn geregeld bij Richtlijn 96/71/EG, zoals minimumlonen, moeten dus op het niveau blijven dat is vastgesteld in nationale wetgeving of in collectieve arbeidsovereenkomsten die overeenkomstig het Unierecht in het kader van die richtlijn worden toegepast. (...)”

“(103) Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften.”

“(104) De contractvoorwaarden zijn specifieke voorschriften betreffende de uitvoering van de opdracht. In tegenstelling tot de gunningscriteria, die de basis vormen voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen, zijn de contractvoorwaarden vaste, objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen. Contractvoorwaarden moeten met de richtlijn verenigbaar zijn indien zij niet direct of indirect discriminerend zijn en verband houden met het voorwerp van de opdracht, dat alle factoren omvat die te maken hebben met het specifieke proces van productie, verrichting of verkoop. Daartoe behoren de voorwaarden betreffende het uitvoeringsproces van de opdracht, maar niet de eisen met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid. (...)”

“(105) Het is van belang dat de bevoegde nationale instanties, zoals arbeidsinspecties of milieubeschermingsagentschappen, binnen hun verantwoordelijkheden en bevoegdheden, er door passende maatregelen zorg voor dragen dat onderaannemers de op grond van Unierecht, nationaal recht, collectieve overeenkomsten of de in deze richtlijn genoemde internationale milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke bepalingen vastgestelde verplichtingen op milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijk gebied naleven, mits die voorschriften, en hun toepassing, in overeenstemming zijn met het Unierecht.

Ook dient te worden gezorgd voor enige mate van transparantie van de onderaannesteding, omdat de aanbestedende diensten dan weten wie aanwezig is op bouwplaatsen waar te hunnen behoeve werken worden uitgevoerd, of welke ondernemingen diensten verrichten in of aan gebouwen, infrastructuur of zones, zoals stadhuizen, gemeentescholen, sportvoorzieningen, havens of autowegen, waarvoor de aanbestedende diensten verantwoordelijk zijn of waar zij rechtstreeks toezicht op uitoefenen. Bepaald moet worden dat de verplichting om de vereiste informatie te verstrekken in ieder geval op de hoofdaannemer rust, ofwel op grond van specifieke clausules die iedere aanbestedende dienst moet opnemen in de aanbestedingsprocedures, of op grond van verplichtingen die de lidstaten via algemeen toepasselijke bepalingen aan hoofdaannemers moeten opleggen.

Er moet verduidelijkt worden dat de voorwaarden omtrent het doen naleven van de verplichtingen op milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijk gebied die zijn vastgesteld op grond van Unierecht, nationaal recht, collectieve overeenkomsten en de in deze richtlijn genoemde internationale milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke bepalingen, toepassing moeten vinden wanneer het nationale recht van een lidstaat voorziet in een regeling van hoofdlijke

aansprakelijkheid tussen onderaannemers en de hoofdaannemer. Voorts moet uitdrukkelijk worden bepaald dat lidstaten verder moeten kunnen gaan, bijvoorbeeld door de transparantieplichtingen uit te breiden, door rechtstreekse betaling aan onderaannemers toe te staan, of door toe te laten of te eisen dat de aanbestedende diensten nagaan of onderaannemers zich in een van de situaties bevinden waarin uitsluiting van ondernemers gerechtvaardigd is. Bij toepassing van die maatregelen op onderaannemers, moet worden gezorgd voor samenhang met de op hoofdaannemers toepasselijke bepalingen, zodat aan het bestaan van verplichte uitsluitingsgronden de eis wordt gekoppeld dat de hoofdaannemer de betrokken onderaannemer door een andere onderaannemer vervangt. Er moet worden bepaald dat de aanbestedende diensten, wanneer bij controle blijkt dat er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, om vervanging van de onderaannemer kunnen verzoeken. Wel moet ook uitdrukkelijk worden bepaald dat de aanbestedende diensten kunnen worden verplicht de vervanging van de betrokken onderaannemer te eisen wanneer de uitsluiting van de hoofdaannemer in dergelijke gevallen verplicht zou zijn.

Ook moet uitdrukkelijk worden voorgeschreven dat het de lidstaten vrijstaat om op grond van hun nationaal recht in strengere aansprakelijkheidsregels te voorzien, of verder te gaan inzake rechtstreekse betalingen aan onderaannemers.”

COM(2016) 128 Toelichting wijziging 96/71/EG:

“Het vrij verrichten van diensten kan slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, op voorwaarde dat deze gerechtvaardigd en evenredig zijn en op niet-discriminerende wijze worden toegepast.”

“De richtlijn van 1996 vormt het EU-regelgevingskader waarbinnen een evenwicht kan worden gevonden tussen drie doelstellingen: het grensoverschrijdend verrichten van diensten bevorderen en vergemakkelijken, bescherming bieden aan ter beschikking gestelde werknemers en gelijke mededingingsvoorwaarden waarborgen voor buitenlandse en lokale concurrenten. In de richtlijn is een "basispakket" van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden vastgesteld voor de gastlidstaat die verplicht moeten worden toegepast door buitenlandse dienstverrichters. Deze omvatten (artikel 3, lid 1, van de richtlijn): maximale werk- en minimale rustperiodes; minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; minimumaantal betaalde vakantiedagen; voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers; gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk; beschermende maatregelen voor zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren; gelijke behandeling van mannen en vrouwen; en andere bepalingen inzake niet-discriminatie.”

2014/67/EU, considerans

“(14)

Het VWEU erkent uitdrukkelijk dat de verschillen tussen de nationale stelsels van arbeidsverhoudingen en de autonomie van de sociale partners moeten worden geëerbiedigd.”

2014/24/EU, artikelen

Artikel 18 lid 2

“Algemene regels

Artikel 18

Aanbestedingsbeginselen

1. Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

2. De lidstaten nemen passende maatregelen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Artikel 57 lid 4

“Kwaliteitscriteria voor de selectie

Artikel 57

Uitsluitingsgronden

(...)

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

a) indien de aanbestedende dienst met elk passend middel aantoonbaar is dat de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen zijn geschonden;”

Artikel 67 lid 2 sub a

Gunning van de opdracht

Artikel 67

Gunningscriteria

1. Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de prijs van bepaalde leveringen of de vergoeding van bepaalde diensten, baseren de aanbestedende diensten de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige inschrijving.

2. De economisch meest voordelige inschrijving uit het oogpunt van de aanbestedende dienst wordt vastgesteld op basis van de prijs of de kosten, op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 68, waarbij onder meer de beste prijs-kwaliteitsverhouding in aanmerking kan worden genomen, te bepalen op basis van criteria,

waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Het kan bijvoorbeeld gaan om de volgende criteria:

a) kwaliteit, waaronder technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;

Artikel 70

“Uitvoering van de opdracht

Artikel 70

Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd

Aanbestedende diensten kunnen speciale voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits zij verband houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 67, lid 3, en vermeld zijn in de oproep tot mededinging of in de aanbestedingsstukken. Deze voorwaarden kunnen onder andere verband houden met economische, innovatie- of milieugerelateerde dan wel sociale of arbeidsgerelateerde overwegingen.”

III. Gids Proportionaliteit (3^e herziening, 1 januari 2022)

Paragraaf 3.5.6:

“Duurzaamheid/sociale voorwaarden

Het gaat bij duurzaamheidscriteria waaronder sociale voorwaarden om een complexe materie die nog aan de nodige discussie onderhevig is. Deze Gids leent zich niet voor uitputtende behandeling van dit onderwerp. Hier wordt dan ook slechts beoogd enkele zaken aan te stippen, die in het kader van een aanbestedingsprocedure uit een oogpunt van proportionaliteit nadere aandacht behoeven. Duurzaamheidscriteria kunnen voorkomen in de vorm van (technische en functionele) specificaties, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden. Voor de behandeling van dit onderwerp zijn de betreffende paragrafen dan ook van belang. In willekeurige volgorde wordt gewezen op het volgende:

- Bij het stellen van duurzaamheidscriteria is het proportioneel de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze om eisen op dit terrein te stellen. Dit betekent niet dat voor kleine opdrachten geen duurzaamheidscriteria gesteld mogen worden.
- De criteria met betrekking tot duurzaamheid waaronder sociale voorwaarden dienen enerzijds in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht, maar dienen anderzijds te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden. Indien uit marktonderzoek blijkt dat een brede range van bedrijven voldoet aan bepaalde criteria, dan kunnen deze generiek toegepast als eis opgenomen worden. Gaat het om vernieuwingen op de markt waar slechts een beperkt aantal ondernemingen aan kan voldoen, dan kunnen ze beter als een van de subcriteria binnen het gunningscriterium Beste PKV opgenomen worden. Opnemen van technische specificaties en eisen waaraan slechts een zeer beperkt deel van de markt voldoet en daardoor daadwerkelijke mededinging niet langer gewaarborgd is, is niet alleen disproportioneel, maar ook onverstandig.
- Als uitgangspunt geldt dat de duurzaamheidscriteria in het kader van de beoordeling op Beste PKV reële waardering krijgt en objectief meetbaar is.
- Proportionaliteit van duurzaamheidscriteria wordt bevorderd, wanneer aanbestedende diensten met (potentiële) inschrijvers te allen tijde het gesprek aangaan over de ideeën en mogelijkheden die er ten aanzien van duurzaamheid bestaan. Enige vorm van marktconsultatie als bedoeld in § 2.5 en in artikel 2.25 van de wet zou daartoe een middel kunnen zijn.
- Bij de definitieve keuze voor het stellen van duurzaamheidscriteria is het navolgende van belang.
 1. Eenduidigheid: Bij de keuze dient in eerste instantie aangesloten te worden bij algemeen geldende criteria toegesneden op de relevante branches (opgesteld door PIANOo).
 2. Formulering van eigen afwijkende criteria kan in geval van functioneel specificeren en/of een aanbesteding op basis van Beste PKV een optie zijn, mits via een marktverkenning is getoetst dat voldoende marktpartijen hieraan kunnen voldoen.
 3. Over het algemeen is het sowieso verstandig om op dit gebied niet te veel met geschiktheidseisen te werken; wil je als organisatie een stimulans geven aan duurzaamheid en verder gaan dan de criteria van PIANOo, verdient het sterke aanbeveling dat in de vorm van gunningscriteria te doen: dit bevordert de verdere ontwikkeling van duurzaamheid, zonder a priori bedrijven uit te sluiten die hier (nog) niet aan voldoen.

- Reële overgangstermijn: Indien eisen op het gebied van duurzaamheid worden gesteld, wordt opgemerkt dat de markt dan ook wel de gelegenheid moet krijgen, de bedrijfsvoering op eenmaal binnen de organisatie van de aanbestedende dienst vastgestelde eisen af te stemmen; voortdurend wijzigen van voorwaarden wordt in dat kader evenmin passend geacht. Een gemeente gaat een school bouwen, en vraagt bij de aanbesteding naar ervaring met bodemwarmte. Hiervoor dient een referentie overlegd te worden, waaruit duidelijk blijkt dat deze techniek in de praktijk is gebracht, ongeacht voor welk soort gebouw dat dit was (een gemeentehuis, een brandweerkazerne of een kantoorgebouw). Door te vragen naar algemene ervaring en niet naar ervaring in exact vergelijkbare omstandigheden is deze eis proportioneel.
- Bij het vragen naar referenties met betrekking tot duurzaamheid geldt hetzelfde als voor referenties in het algemeen. Uit de referenties dient duidelijk te blijken, dat de inschrijver beschikt over de competenties om de gevraagde duurzaamheid in de praktijk te brengen, het is niet nodig te vragen naar een identiek vergelijkbaar project; duurzaamheid hangt immers nauw samen met innovatie en het kunnen aanbieden van varianten. De doelen die worden gesteld moeten wel afgeleid zijn van de nationale duurzaamheidsthema's. Als laatste dient bewijslast op het punt van duurzaamheid in de laatste fase plaats te vinden, net als bij andere geschiktheidseisen en gunningscriteria.
- Het opnemen in aanbestedingsstukken van een verplichting voor de opdrachtnemer tot het laten rapporteren over duurzaamheidsaspecten dient plaats te vinden conform het advies van de Raad voor de Jaarverslaggeving. Rapportage anderszins wordt daarmee dus disproportioneel geacht.
- Bij sociale voorwaarden voor duurzaam inkopen gaat het om de sociale situatie in de (internationale) productieketen. Hierbij valt te denken aan naleving van universele rechten van de mens waaronder vakbondsvrijheid, verbod op kinderarbeid, gedwongen arbeid en discriminatie. Het gaat hier slechts om een redelijke inspanningsverplichting, afhankelijk van een redelijke inschatting van de risico's.
- Verwijzing naar bepaalde keurmerken mag. Hieraan is wel een aantal voorwaarden verbonden:
 - alle keurmerkeisen moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht;
 - ze moeten gebaseerd zijn op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
 - tot stand gekomen zijn door middel van een open en transparante procedure;
 - waarbij de ondernemer die het keurmerk aanvraagt geen beslissende invloed kan uitoefenen op de inhoud van het keurmerk.”