

JAAN 2014/208

JAAN 2014/208, HvJ EU, 18-09-2014, C- 549/13 (annotatie)

Bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, Vrij verrichten van diensten, Bijzondere voorwaarde tot naleving van een nationale wettelijke regeling op grond waarvan inschrijvers en hun onderaannemers zich ertoe moeten verbinden om het voor de uitvoering van de overheidsopdracht ingezette personeel een minimumloon te betalen, Verenigbaarheid met Gemeenschapsrecht, Nationale wettelijke regeling onevenredig ten opzichte van een in andere lidstaat gevestigde onderaannemer

GEGEVENS

Instantie	Hof van Justitie EU
Datum uitspraak	18-09-2014
Publicatie	JAAN 2014/208 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 8, 2014
Annotator	mr. M.M. Fimerius
Zaaknummer	C-549/13
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rechters	mr. Safjan mr. Prechal mr. Jürimäe
Partijen	Bundesdruckerei GmbH, vertegenwoordigd door mr. W. Krohn, tegen Stadt Dortmund, vertegenwoordigd door mr. M. Arndts.
Regelgeving	- - - -

SAMENVATTING

Stadt Dortmund start in mei 2013 een Europese openbare aanbesteding voor de digitalisering van documenten en de

conversie van gegevens ten behoeve van de stedenbouwkundige dienst van deze stad. Conform punt 2 van de bijzondere voorwaarden van de aanbesteding moet een inschrijver een modelformulier ondertekenen waarin hij verklaart zich ertoe te verbinden om zijn werknemers een minimumuurloon van € 8,62 te betalen en van zijn onderaannemers te eisen dat zij aan dezelfde verplichting voldoen. Met punt 2 als bijzondere voorwaarde in haar aanbestedingsdocument voldoet Stadt Dortmund aan paragraaf 4 lid 3 van de wet van het Land Nordrhein-Westfalen ter verzekering van de inachtneming van collectieve arbeidsovereenkomsten, sociale normen en een eerlijke mededinging bij de gunning van overheidsopdrachten, de zogeheten 'Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge' (hierna TVgG – NRW). Deze bepaalt dat overheidsopdrachten voor diensten slechts kunnen worden gegund aan ondernemingen die zich bij de indiening van de offerte in een verklaring ten aanzien van de aanbestedende dienst schriftelijk ertoe hebben verbonden om hun personeel voor de uitvoering van de prestatie minstens een minimumuurloon van € 8,62 te betalen. Volgens art. 3 Richtlijn 96/71/EG moeten lidstaten erop toezien dat de in art. 1 lid 1 van de richtlijn bedoelde ondernemingen ('in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een lidstaat.'), ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband, voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat onder meer het minimumloon betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of in collectieve arbeidsovereenkomsten of algemeen verbindend verklaarde scheidsrechtelijke uitspraken.

Bundesdruckerei bericht Stadt Dortmund in juni 2013 dat, als de opdracht aan haar zou worden gegund, zij gebruik zal maken van een onderaannemer uit Polen. Deze onderaannemer kan zich er niet toe verbinden het door het TVgG – NRW voorgeschreven minimumloon in acht te nemen, omdat dat minimumloon niet is vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten of wetgeving van die lidstaat en de betaling van een dergelijk minimumloon ook niet gebruikelijk is, gelet op het levenspeil in die staat. Daarom verzoekt Bundesdruckerei dat Stadt Dortmund haar bevestigt dat de in punt 2 van de bijzondere voorwaarden van de aanbesteding vastgestelde verplichting tot naleving van de bepalingen van het TVgG – NRW niet geldt voor de onderaannemer waarop zij een beroep wil doen. Stadt Dortmund antwoordt dat zij niet aan het verzoek kan voldoen, omdat zij gebonden is aan hetgeen het

TVgG – NRW voorschrijft. Bundesdruckerei maakt een zaak aanhangig bij de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (de bevoegde kamer inzake overheidsopdrachten van de regionale bestuursautoriteit van Arnsberg). Zij verzoekt onder meer om Stadt Dortmund te gelasten de aanbesteding in die zin te wijzigen dat de in punt 2 van de bijzondere voorwaarden vastgestelde verplichtingen niet gelden voor de onderaannemers die in een andere lidstaat zijn gevestigd en waarvan de werknemers slechts in die lidstaat prestaties verrichten ter uitvoering van de overheidsopdracht. Ter ondersteuning van haar beroep stelt Bundesdruckerei dat deze verplichtingen een ongerechtvaardigde beperking vormen van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van art. 56 VWEU, omdat hiermee een bijkomende economische last wordt opgelegd die kan verhinderen dat de betrokken onderneming grensoverschrijdende diensten verricht of die dit minder aantrekkelijk kan maken. Hoewel de Vergabekammer de stellingen van Bundesdruckerei volgt, schorst de Vergabekammer de behandeling van de zaak en stelt het HvJ EU een prejudiciële vraag. De vraag is dat zij wenst te vernemen of art. 56 VWEU in een situatie zoals die in het huidige geval, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst is gevestigd, in de weg staat aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

Het HvJ EU stelt allereerst vast dat het verzoek van de Vergabekammer ontvankelijk is. Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat Richtlijn 96/71/EG niet van toepassing is op de onderhavige zaak, omdat in de onderhavige zaak sprake is van een onderaannemer uit een andere lidstaat dan Duitsland, die zijn werknemers, ter uitvoering van de opdracht, uitsluitend inzet in eigen land. Voor toepasselijkheid van Richtlijn 96/71/EG zou juist sprake moeten zijn van een Poolse onderaannemer die 100% eigenaar van de inschrijver zou zijn en die zijn werknemers op Duits grondgebied ter beschikking zou stellen.

Vervolgens overweegt het HvJ EU dat, ook al lijkt de overheidsopdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, zoals de Europese Commissie stelt, gelet op het voorwerp ervan en het bedrag dat ermee gemoeid is, te vallen binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG, en ook al zouden de minimale loonvereisten van paragraaf 4 lid 3 TVgG – NRW kunnen worden aangemerkt als 'bijzondere voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd', met name als 'sociale overwegingen' die 'in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld' in de zin van art. 26 van deze richtlijn, dit niet wegneemt dat dergelijke vereisten volgens deze laatste bepaling slechts kunnen worden opgelegd mits zij 'verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht'.

Naar het oordeel van het HvJ EU kan een maatregel als in de onderhavige zaak een beperking vormen in de zin van art. 56 VWEU. Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt immers dat een

minimumloon dat op grond van een nationale wettelijke regeling wordt opgelegd aan de onderaannemers van een inschrijver die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last vormt die de levering van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken (zie in die zin arrest Ruffert, EU:C:2008:189, punt 37). Een dergelijke nationale maatregel kan in beginsel gerechtvaardigd zijn door het doel de werknemers te beschermen, waarnaar de wetgever van het Land Nordrhein-Westfalen uitdrukkelijk heeft verwezen in het wetsontwerp dat aan de oorsprong ligt van het TVgG – NRW. Er vanuit gaande dat de betreffende nationale wettelijke regeling ook werkelijk van toepassing is op de onderhavige zaak, is het HvJ EU van oordeel dat de regeling hoe dan ook onevenredig is: A. Deze regeling gaat namelijk verder dan wat noodzakelijk is ter bereiking van het doel, te weten 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. B. De maatregel kan evenmin worden gerechtvaardigd door het doel, de stabiliteit van de socialezekerheidsstelsels te verzekeren. Er wordt immers niet aangevoerd dat de toepassing van deze maatregel op de betrokken Poolse werknemers noodzakelijk is om het risico van een ernstige aantasting van het evenwicht van het Duitse socialezekerheidsstelsel te voorkomen, en een dergelijk argument zou overigens niet houdbaar zijn. Indien deze werknemers geen passend loon zouden ontvangen en dus hun toevlucht zouden moeten nemen tot de sociale zekerheid om zichzelf een minimale koopkracht te verzekeren, zouden zij recht hebben op Poolse sociale uitkeringen. Dit zou vanzelfsprekend geen belasting vormen voor het Duitse socialezekerheidsstelsel.

Verklaring voor recht:

In een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de aanbestedende dienst, staat art. 56 VWEU in de weg aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

UITSPRAAK

1 *Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 56 VWEU en artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997, L 18, blz. 1).*

2 *Dit verzoek is ingediend in een geding tussen Bundesdruckerei GmbH (hierna: „Bundesdruckerei”) en de Stadt Dortmund (Duitsland) betreffende de verplichting die deze laatste in het kader van een door haar uitgeschreven openbare aanbesteding voor het verrichten van diensten in het bestek had vastgesteld en die inhield dat de inschrijvers ervoor moesten zorgen dat de werknemers van hun onderaannemers het minimumloon zouden ontvangen dat is voorgeschreven door de wettelijke regeling van het Land waaronder de aanbestedende dienst ressorteert, zelfs wanneer de betrokken onderaannemer in een andere lidstaat is gevestigd en alle prestaties ter uitvoering van de betrokken opdracht daar zullen worden uitgevoerd.*

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Richtlijn 96/71 bepaalt in artikel 1, met als opschrift „Toepassingsgebied”, het volgende:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een lidstaat.

[...]

3. Deze richtlijn is van toepassing voor zover de in lid 1 bedoelde ondernemingen een van de volgende transnationale maatregelen nemen:

a) een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een lidstaat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze lidstaat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat,

of

b) een werknemer op het grondgebied van een lidstaat ter beschikking stellen van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat,

of

c) als uitzendbedrijf of als onderneming van herkomst, een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een lidstaat gevestigd

is of er werkzaamheden uitvoert, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen het uitzendbureau of de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat.

[...]

4 Artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift „Arbeidsvoorwaarden en omstandigheden”, bepaalt in lid 1 ervan:

„De lidstaten zien erop toe dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen – ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband – voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat de hierna genoemde aangelegenheden betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd:

– in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen

en/of

– in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van lid 8, voor zover deze betrekking hebben op de in de bijlage genoemde activiteiten:

[...]

c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;

[...]

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt het begrip „minimumlonen” als bedoeld in de eerste alinea, tweede streepje, sub c, bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld.”

5 Artikel 26 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), met als opschrift „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, bepaalde, voor de intrekking ervan door richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB L 94, blz. 65), het volgende:

„De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.”

6 De wet ter bestrijding van mededingingsbeperkingen (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), in de versie die is bekendgemaakt op 26 juni 2013 (BGBl. 2013 I, blz. 1750 en 3245), laatstelijk gewijzigd bij artikel 2, lid 78, van de wet van 7 augustus 2013 (BGBl. 2013 I, blz. 3154; hierna: „GWB”), stelt in de §§ 102 tot en met 124 ervan een aantal regels vast betreffende beroepen op het gebied van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, onder meer voor beroepen waarbij de Vergabekammern van de Länder wordt verzocht toezicht uit te oefenen op overheidsopdrachten die zijn gegund door aanbestedende diensten die onder de Länder ressorteren.

7 § 4 van de wet van het Land Nordrhein-Westfalen ter verzekering van de inachtneming van collectieve arbeidsovereenkomsten, sociale normen en een eerlijke mededinging bij de gunning van overheidsopdrachten (Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge) van 10 januari 2012 (hierna: „TVgG – NRW”) bepaalt:

„(1) Overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten waarvan de uitvoering valt binnen de werkkingsfeer van de wet inzake de terbeschikkingstelling van werknemers [....].

(2) Overheidsopdrachten [...] op het gebied van het openbaar personenvervoer via de weg en het spoor [....].

(3) Overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten die niet onder de leden 1 en 2 vallen, kunnen slechts worden gegund aan ondernemingen die zich bij de indiening van de offerte in een verklaring ten aanzien van de aanbestedende dienst schriftelijk ertoe hebben verbonden om hun personeel [...] voor de uitvoering van de prestatie minstens een minimumuurloon van 8,62 EUR te betalen. De ondernemingen moeten in hun verklaring de aard van de door hen in het kader van de collectieve arbeidsovereenkomst aangegane verbintenis vermelden, alsook het minimumuurloon dat zal worden betaald aan het personeel dat ter uitvoering van de prestaties wordt ingezet. Het bedrag van het minimumuurloon kan overeenkomstig § 21 worden aangepast bij besluit van het ministerie van Arbeid.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

8 In mei 2013 heeft de Stadt Dortmund op het niveau van de Europese Unie een openbare aanbesteding uitgeschreven met het oog op de digitalisering van documenten en de conversie van gegevens voor de stedenbouwkundige dienst van deze stad. Met deze opdracht ging een bedrag van ongeveer 300 000 EUR gemoeid.

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.

10 Bij brief van 24 juni 2013 heeft Bundesdruckerei de Stadt Dortmund meegedeeld dat, indien de opdracht aan haar zou worden gegund, de betrokken prestaties uitsluitend in een andere lidstaat, namelijk in Polen, zouden worden uitgevoerd door een onderaannemer die daar was gevestigd. Voorts gaf zij in deze brief te kennen dat deze onderaannemer zich er niet toe zou kunnen verbinden het door het TVgG – NRW voorgeschreven minimumloon in acht te nemen, aangezien dat minimumloon niet was vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten of wetgeving van die lidstaat en de betaling van een dergelijk minimumloon ook niet gebruikelijk was, gelet op het levenspeil in die staat.

11 In die omstandigheden heeft Bundesdruckerei de Stadt Dortmund verzocht om haar te bevestigen dat de in punt 2 van de bijzondere voorwaarden van de aanbesteding vastgestelde verplichting tot naleving van de bepalingen van het TVgG – NRW niet golden voor de onderaannemer waarop zij een beroep wilden doen. Bundesdruckerei heeft hieraan toegevoegd dat deze verplichting haars inziens in strijd was met het recht inzake overheidsopdrachten.

12 Bij brief van 5 augustus 2013 heeft de Stadt Dortmund geantwoord dat zij niet kon ingaan op het verzoek van Bundesdruckerei, aangezien zij, als aanbestedende dienst die onder het Land Nordrhein-Westfalen ressorteert, de bepalingen van het TVgG – NRW dient toe te passen en deze volgens haar niet kunnen worden uitgelegd in de door Bundesdruckerei aangegeven zin.

13 Bundesdruckerei heeft de zaak aanhangig gemaakt bij de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (de bevoegde kamer inzake overheidsopdrachten van de regionale bestuursautoriteit van Arnsberg). Zij verzocht onder meer om de Stadt Dortmund te gelasten de aanbesteding in die zin te wijzigen dat de in punt 2 van de bijzondere voorwaarden vastgestelde verplichtingen niet golden voor de onderaannemers die in een andere lidstaat zijn gevestigd en waarvan de werknemers slechts in die lidstaat prestaties verrichten ter uitvoering van de overheidsopdracht. Ter ondersteuning van haar beroep stelde Bundesdruckerei dat deze verplichtingen een ongerechtvaardigde beperking vormen van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 56 VWEU, aangezien hiermee een bijkomende economische last wordt opgelegd die kan verhinderen dat de betrokken onderneming grensoverschrijdende diensten verricht of die dit minder aantrekkelijk kan maken.

14 De Stadt Dortmund betoogt dat de aan de onderaannemers opgelegde verplichting om het in § 4, lid 3, TVgG – NRW vastgestelde minimumloon te betalen in overeenstemming is met het Unierecht. In casu is immers voldaan aan de voorwaarden die voortvloeien uit het arrest Ruffert (C 346/06, EU:C:2008:189), aangezien deze verplichting berust op een wettelijke basis, namelijk het TVgG – NRW. Deze verplichting kan dus overeenkomstig artikel 26 van richtlijn

2004/18 worden opgelegd als bijzondere voorwaarde waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd. Bovendien is deze wettelijke verplichting gerechtvaardigd, aangezien zij garandeert dat een redelijk loon wordt betaald aan de werknemers die worden ingezet voor de uitvoering van overheidsopdrachten, zoals de nationale wetgever in de toelichting bij het TVgG – NRW heeft uiteengezet, waardoor ook minder druk op de sociale zekerheid wordt gelegd.

15 De Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg is om te beginnen van oordeel dat zij moet worden aangemerkt als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU, zodat zij bevoegd is om een verzoek om een prejudiciële beslissing tot het Hof te richten. Zij verwijst dienaangaande naar het arrest Forposta (voorheen Praxis) en ABC Direct Contact (C 465/11, EU:C:2012:801).

16 Voorts stelt zij vast dat uit de bewoordingen van § 4, lid 3, TVgG – NRW niet blijkt dat de door deze bepaling opgelegde verplichting geldt voor ondernemingen die inschrijven op een openbare aanbesteding en die de betrokken prestaties willen uitbesteden aan ondernemingen die uitsluitend in een andere lidstaat van de Unie zijn gevestigd, aangezien deze bepaling geen aanwijzingen bevat over het territoriale toepassingsgebied ervan. Uit het doel van het TVgG – NRW, te verzekeren dat de werknemers die een in het Land Nordrhein-Westfalen gegunde overheidsopdracht uitvoeren, een passend loon ontvangen, kan hoogstens worden afgeleid dat § 4, lid 3, ervan op het gehele Duitse grondgebied van toepassing is.

17 Ten slotte is de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg van oordeel dat de vrijheid van dienstverrichting zou worden beperkt en dat inschrijvers die hun prestaties leveren in andere lidstaten met een heel andere kostenstructuur, indirect zouden worden gediscrimineerd, indien dit minimumloon ook zou gelden voor werknemers die buiten het Duitse grondgebied overheidsopdrachten uitvoeren

18 Volgens de Vergabekammer kan de bescherming van de werknemers evenmin, als dwingende reden van algemeen belang, deze beperking rechtvaardigen. Gelet op het feit dat de kosten van levensonderhoud in de verschillende lidstaten van de Unie sterk uiteenlopen, biedt de verplichting om de werknemers een minimumloon te betalen immers niet de mogelijkheid om het gewettigde doel te bereiken, een passend loon bij de uitvoering van door de aanbestedende diensten van het Land Nordrhein-Westfalen gegunde overheidsopdrachten te waarborgen, en is deze verplichting evenmin noodzakelijk om dat doel te bereiken. Het betrokken minimumuurloon is voor vele lidstaten duidelijk hoger dan wat vereist is om een passend loon te verzekeren, gelet op de kosten van levensonderhoud in die landen. Voorts kan voor overheidsopdrachten die volledig buiten het Duitse grondgebied worden uitgevoerd, niet worden uitgesloten dat het algemeen belang van de bescherming van de werknemers reeds in aanmerking wordt genomen door de wettelijke regeling van de lidstaat waar de prestatie wordt geleverd.

19 In deze omstandigheden heeft de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staan artikel 56 VWEU en artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG in de weg aan een nationale wettelijke bepaling en/of aan een gunningsvoorwaarde van een aanbestedende dienst volgens welke een inschrijver die in het kader van een openbare aanbesteding een opdracht wil verwerven (1) zich ertoe dient te verplichten het voor de uitvoering van deze opdracht ingezette personeel een bij deze bepaling vastgesteld cao- of minimumloon te betalen, en (2) diezelfde verplichting ook dient op te leggen aan een ingeschakelde of in te schakelen onderaannemer, alsook een verklaring van de onderaannemer aan de aanbestedende dienst moet overleggen waaruit blijkt dat deze onderaannemer zich daartoe heeft verbonden, wanneer (a) de betrokken bepaling enkel voorziet in deze verplichting in het geval van aanbesteding van overheidsopdrachten, maar niet bij de plaatsing van particuliere opdrachten, en (b) de onderaannemer in een andere lidstaat van de Europese Unie is gevestigd en de werknemers van de onderaannemer ter uitvoering van de in de opdracht bedoelde prestaties uitsluitend in diens thuisland worden ingezet?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Ontvankelijkheid

20 Vooraf moet worden nagegaan of de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU is en of het verzoek om een prejudiciële beslissing dus ontvankelijk is.

21 Het Hof houdt volgens zijn vaste rechtspraak ter beoordeling van de uitsluitend op basis van het Unierecht te beantwoorden vraag of het verwijzende orgaan een „rechterlijke instantie” is in de zin van artikel 267 VWEU, rekening met een aantal factoren, zoals de wettelijke grondslag, het permanente karakter en de verplichte rechtsmacht van het orgaan, de vraag of de procedure op tegenspraak wordt gevoerd, de toepassing van de rechtsregels door het orgaan en de onafhankelijkheid ervan [arresten HI, C 92/00, EU:C:2002:379, punt 25, en Forposta (voorheen Praxis) en ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punt 17].

22 Dienaangaande blijkt duidelijk uit de §§ 104 en 105 GWB, die betrekking hebben op de bij de Vergabekammern ingestelde beroepen inzake de gunning van overheidsopdrachten, dat deze organen, die bij uitsluiting bevoegd zijn om in eerste aanleg kennis te nemen van geschillen tussen marktdeelnemers en aanbestedende diensten, bij de uitoefening van deze bevoegdheid voldoen aan de in punt 21 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte criteria [zie naar analogie, met betrekking tot organen die toezicht uitoefenen op de gunning van overheidsopdrachten, arresten HI, EU:C:2002:379, punten 26 en 27, en Forposta (voorheen Praxis) en ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punt 18].

23 Uit het bovenstaande volgt dat de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg moet worden aangemerkt als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU, zodat haar verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is.

Ten gronde

24 Wat de draagwijdte van de prejudiciële vraag betreft, moet worden vastgesteld dat richtlijn 96/71 – anders dan in de gevallen die aan de orde waren in andere zaken, zoals die welke heeft geleid tot het arrest Ruffert (EU:C:2008:189) – niet van toepassing is op het hoofdgeding.

25 Het staat immers vast dat de inschrijver die in het hoofdgeding het beroep heeft ingesteld, niet de intentie heeft om de overheidsopdracht uit te voeren door werknemers van zijn onderaannemer, een in Polen gevestigde 100 %-dochteronderneming, op Duits grondgebied ter beschikking te stellen.

26 Integendeel, de prejudiciële vraag heeft volgens de bewoordingen ervan betrekking op een situatie waarin „de onderaannemer in een andere lidstaat van de [...] Unie [dan Duitsland] is gevestigd en de werknemers van de onderaannemer ter uitvoering van de in de opdracht bedoelde prestaties uitsluitend in diens thuisland worden ingezet”.

27 Een dergelijke situatie valt niet onder een van de drie in artikel 1, lid 3, van richtlijn 96/71 bedoelde transnationale maatregelen, zodat deze richtlijn niet van toepassing is op het hoofdgeding.

28 Ook al lijkt de overheidsopdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, zoals de Europese Commissie stelt, gelet op het voorwerp ervan en het bedrag dat ermee gemoeid is, te vallen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18, en ook al zouden de minimale loonvereisten van § 4, lid 3, TVgG – NRW kunnen worden aangemerkt als „bijzondere voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, met name als „sociale overwegingen” die „in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld” in de zin van artikel 26 van deze richtlijn, dit neemt niet weg dat dergelijke vereisten volgens deze laatste bepaling slechts kunnen worden opgelegd mits zij „verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht”.

29 Hieruit volgt dat de Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg met zijn vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 56 VWEU in een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst is gevestigd, in de weg staat aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

30 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een minimumloon dat op grond van een nationale wettelijke regeling wordt opgelegd aan de onderaannemers van een inschrijver die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last vormt die de levering van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Een maatregel zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan dus een beperking vormen in de zin van artikel 56 VWEU (zie in die zin arrest Ruffert, EU:C:2008:189, punt 37).

31 Een dergelijke nationale maatregel kan in beginsel gerechtvaardigd zijn door het doel de werknemers te beschermen, waarnaar de wetgever van het Land Nordrhein-Westfalen uitdrukkelijk heeft verwezen in het wetsontwerp dat aan de oorsprong ligt van het TVgG – NRW, namelijk het doel te verzekeren dat de werknemers een passend loon ontvangen, om „sociale dumping” te vermijden en tegelijkertijd te voorkomen dat concurrerende ondernemingen die hun werknemers een passend loon betalen, zouden worden afgestraft.

32 Het Hof heeft evenwel reeds geoordeeld dat een dergelijke nationale maatregel, voor zover zij enkel geldt voor overheidsopdrachten, niet geschikt is om dat doel te bereiken indien er geen aanwijzingen zijn dat werknemers op de particuliere markt geen nood hebben aan dezelfde loonbescherming als werknemers die overheidsopdrachten uitvoeren (zie in die zin arrest Ruffert, EU:C:2008:189, punten 38-40).

33 Voor zover de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, ook van toepassing is op een situatie zoals die welke in dat geding aan de orde is, waarin werknemers een overheidsopdracht uitvoeren in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst, waar de minimumlonen lager zijn, is deze regeling hoe dan ook onevenredig.

34 Deze regeling gaat namelijk verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel, 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.

35 De loonbeschermingsmaatregel die in het hoofdgeding aan de orde is, kan evenmin worden gerechtvaardigd door het doel, de stabiliteit van de socialezekerheidsstelsels te verzekeren. Er wordt immers niet aangevoerd dat de toepassing van deze maatregel op de betrokken Poolse werknemers noodzakelijk is om het risico van een ernstige aantasting van

het evenwicht van het Duitse socialezekerheidsstelsel te voorkomen, en een dergelijk argument zou overigens niet houdbaar zijn (zie naar analogie arrest Ruffert, EU:C:2008:189, punt 42). Indien deze werknemers geen passend loon zouden ontvangen en dus hun toevlucht zouden moeten nemen tot de sociale zekerheid om zichzelf een minimale koopkracht te verzekeren, zouden zij recht hebben op Poolse sociale uitkeringen. Dit zou vanzelfsprekend geen belasting vormen voor het Duitse socialezekerheidsstelsel.

36 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 56 VWEU in een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de aanbestedende dienst, in de weg staat aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

Kosten

37 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

HET HOF (NEGENDE KAMER) VERKLAART VOOR RECHT:

In een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de aanbestedende dienst, staat artikel 56 VWEU in de weg aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

NOOT

Bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, verenigbaarheid met gemeenschapsrecht

Het onderhavige arrest betreft art. 26 van Richtlijn 2004/18 en het vrije verkeer van diensten (art. 56 VWEU). Art. 26 van Richtlijn 2004/18 bepaalt dat aanbestedende diensten bijzondere voorwaarden kunnen stellen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of

het bestek worden vermeld. Deze voorwaarden kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.

In casu had de stad Dortmund (Duitsland) een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor een dienstenopdracht. In het bestek was een eis opgenomen die – kort gezegd – inhield dat de inschrijvers ervoor moesten zorgen dat de werknemers van hun onderaannemers het minimumloon zouden ontvangen dat is voorgeschreven door de Duitse wetgeving, zelfs wanneer de betrokken onderaannemer in een andere lidstaat is gevestigd en alle prestaties ter uitvoering van de betreffende opdracht daar zullen worden uitgevoerd.

Het HvJ EU overweegt allereerst dat de toepassing door de stad Dortmund van de wettelijke regeling op basis waarvan de onderaannemer de betrokken werknemers het in die regeling vastgestelde minimumloon dient te betalen, een beperking vormt in de zin van art. 56 VWEU. Die wettelijke regeling vormt immers een bijkomende economische last voor een inschrijver die in een andere lidstaat is gevestigd waar de minimumlonen lager zijn.

Een dergelijke beperking kan gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd, en zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken (HvJ EU 23 december 2009, C-376/08, r.o. 44).

Het HvJ EU overweegt in casu dat de wettelijke regeling in ieder geval niet geschikt is om het daarmee nagestreefde doel – te weten bescherming van de werknemers – te bereiken indien deze wettelijke regeling enkel geldt voor overheidsopdrachten. Deze wettelijke regeling sorteert alsdan immers geen enkel effect voor werknemers op de particuliere markt.

Daarnaast overweegt het HvJ EU dat de voorgeschreven toepassing van deze wettelijke regeling in ieder geval niet evenredig is. Het voorgeschreven (Duitse) minimumloon staat volgens het HvJ EU immers niet in verhouding tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waarin de prestaties ter uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zullen worden verricht. De voorgeschreven toepassing van deze wettelijke regeling ontnemt daarmee de mogelijkheid aan de inschrijvers om concurrentievoordeel te behalen uit bestaande loonverschillen.

De conclusie is derhalve dat de toepassing van deze wettelijke regeling niet verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht en derhalve in strijd komt met art. 26 Richtlijn 2004/18.

Daar waar het HvJ EU in dit arrest de wijze waarop de stad Dortmund de werknemers wilde beschermen, in strijd acht met het Gemeenschapsrecht, kan worden opgemerkt dat het Gemeenschapsrecht, in de vorm van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn 2014/24, veel aandacht heeft voor de bescherming van werknemers.

De nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24) bevat meerdere waarborgen die beogen 'social dumping' tegen te gaan.

Vertrekpunt voor deze bescherming is art. 18 lid 2 Richtlijn 2014/24 waarin staat:

'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.'

Een concrete toepassing van dit artikel is vervolgens te vinden op meerdere plaatsen in de nieuwe richtlijn.

Zo bepaalt art. 56 lid 1 Richtlijn 2014/24 dat een aanbestedende dienst kan besluiten om een opdracht niet te gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend, wanneer hij heeft vastgesteld dat de inschrijving niet voldoet aan de in art. 18 lid 2 genoemde verplichtingen.

Art. 69 lid 3 Richtlijn 2014/24 bevat de verplichting voor de aanbestedende dienst om een inschrijving af te wijzen wanneer hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat de inschrijving niet voldoet aan de in art. 18 lid 2 genoemde verplichtingen.

Tot slot is in art. 71 Richtlijn 2014/24 een waarborg te vinden teneinde 'social dumping' tegen te gaan. In dit artikel is bepaald dat de bevoegde nationale instanties er voor dienen te zorgen dat onderaannemers de in art. 18 lid 2 genoemde verplichtingen naleven.

De stad Dortmund zal haar eis dus niet kunnen handhaven, maar daar tegenover staat dat de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn meerdere waarborgen biedt om 'social dumping' te voorkomen.

mr. M.M. Fimerius, Advocaat bij AKD