



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 15.10.2001
COM(2001) 566 definitief

INTERPRETATIEVE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en
de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren**

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	3	
INLEIDING	4	
I	OPDRACHTEN DIE ONDER DE RICHTLIJNEN BETREFFENDE OVERHEIDSOPDRACHTEN VALLEN	6
1.1.	Definitie van het voorwerp van de opdracht	6
1.2.	Technische specificaties	8
1.3.	Selectie van de gegadigden of inschrijvers	10
1.3.1.	Uitsluiting van gegadigden of inschrijvers wegens niet-naleving van sociale wetgeving	11
1.3.2.	Aandacht voor sociale aspecten bij de beoordeling van de technische bekwaamheid van de gegadigden of de inschrijvers	13
1.4.	Gunning van de opdracht	14
1.4.1.	Het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving	14
1.4.2.	Het “aanvullende criterium”	17
1.5.	Abnormaal lage inschrijvingen	17
1.6.	Uitvoering van de opdracht	18
II	OVERHEIDSOPDRACHTEN DIE NIET ONDER DE RICHTLIJNEN VALLEN	20
III	SOCIALE BEPALINGEN VAN TOEPASSING OP OVERHEIDSOPDRACHTEN	21
3.1	Inleiding	21
3.2	Vaststelling van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden	23
3.2.1	De grenzen die het Gemeenschapsrecht stelt aan de toepassing van nationale bepalingen	23
3.2.1.1	Het EG-Verdrag	23
3.2.1.2	Bepalingen van afgeleid recht die in het bijzonder van belang zijn voor overheidsopdrachten	25

SAMENVATTING

- Deze mededeling, die een vervolg is op de mededeling over overheidsopdrachten van 11 maart 1998 over “De overheidsopdrachten in de Europese Unie”¹, strekt ertoe meer inzicht te verschaffen in de waaier van mogelijkheden die het huidige Gemeenschapsrecht biedt om sociale aspecten in de aanbesteding van overheidsopdrachten te integreren. De mededeling komt ook voor op de lijst van acties die zijn aangekondigd voor de Sociaal politieke agenda die is aangenomen door de Europese Raad in Nice in December 2000.² Deze agenda maakt deel uit van de geïntegreerde Europese aanpak welke in Lissabon is vastgelegd en die streeft naar economische en sociale vernieuwing. Het beoogt in het bijzonder te voorzien in een dynamische en positieve interactie tussen economisch, sociaal en werkgelegenheidsbeleid, welke elkaar wederzijds versterken.
- Om andere mogelijkheden in te voeren of werkwijzen in de praktijk te brengen die boven het huidige kader van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten uitgaan, is wijziging van de Gemeenschapswetgeving vereist.
- Alle geldende relevante nationale regels op sociaal gebied, inclusief de nationale omzettingsmaatregelen voor de communautaire sociale wetgeving, zijn bindend voor de aanbestedende diensten, voorzover zij verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. Dit betreft in het bijzonder de bepalingen betreffende de rechten van werknemers en de arbeidsvoorwaarden.
- Wanneer kandidaten niet voldoen aan bepaalde sociale verplichtingen kan dit in sommige gevallen leiden tot uitsluiting van deelneming aan de aanbestedingsprocedure. Het is aan de Lidstaten om te bepalen in welke gevallen dit zo zal zijn.
- Vooral in de uitvoeringsfase, dat wil zeggen nadat de opdracht is gegund, kunnen aanbestedende diensten overheidsopdrachten gebruiken als middel om te bevorderen dat sociale doelstellingen worden verwezenlijkt. Zij kunnen namelijk de opdrachtnemer verplichten contractuele bepalingen inzake de wijze van uitvoering van het contract na te leven. Deze bepalingen moeten verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. Deze bepalingen kunnen bijvoorbeeld maatregelen ten gunste van bepaalde categorieën personen of positieve actie op het gebied van werkgelegenheid inhouden.
- De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bieden diverse mogelijkheden om rekening te houden met sociale aspecten die verband houden met de gevraagde producten of diensten, in het bijzonder bij de vaststelling van de technische specificaties en de selectiecriteria.
- Voor de opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, staat het aanbestedende diensten binnen de grenzen van de bepalingen en algemene beginselen van het EG-Verdrag vrij in hun aanbestedingsbeleid sociale doelstellingen na te streven. De lidstaten moeten vaststellen of de aanbestedende diensten dergelijke doelstellingen door middel van overheidsopdrachten kunnen, of zelfs moeten proberen te bereiken.

¹ COM(98) 143.

² “Agenda voor het sociaal beleid”, COM (2000) 379 van 28.06.2000.

INLEIDING

Deze mededeling, die een vervolg is op de mededeling over overheidsopdrachten van 11 maart 1998, strekt ertoe meer inzicht te verschaffen in de waaier van mogelijkheden die het huidige Gemeenschapsrecht biedt om sociale aspecten in de aanbesteding van overheidsopdrachten te integreren. Hiermee moet deze mededeling een optimale integratie van uiteenlopende sociale aspecten in overheidsopdrachten mogelijk maken en derhalve bijdragen aan duurzame ontwikkeling, een begrip waarin economische groei, sociale vooruitgang en milieuvriendelijkheid samenkomen.

Het beleid inzake overheidsopdrachten maakt deel uit van het interne-marktbeleid. De richtlijnen terzake³ hebben tot doel “de verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen” en “de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” te garanderen.⁴ De verwezenlijking van deze doelstellingen vereist een coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, teneinde echte concurrentie en de afwezigheid van discriminatie bij de aanbesteding van overheidsopdrachten te waarborgen en de optimale allocatie van publieke gelden door middel van de keuze van de beste inschrijving te verzekeren. De aanbestedende diensten⁵ moeten in staat zijn de beste prijs-kwaliteitverhouding te verkrijgen waarbij welbepaalde regels worden nageleefd, in het bijzonder betreffende de selectie van de gegadigden aan de hand van objectieve eisen alsook betreffende de gunning van de opdracht uitsluitend op basis van de prijs of van de uit economisch oogpunt meest voordelige inschrijving volgens een geheel van objectieve criteria.

Bij de uitvoering van het interne-marktbeleid kunnen ook andere doelstellingen worden geïntegreerd, waaronder die van het sociale beleid.

Het Europese sociale beleid heeft door de ontwikkeling van een uniek sociaal model een centrale rol gespeeld bij de opbouw van een sterke economie in Europa.⁶ Economische vooruitgang en sociale cohesie zijn, samen met een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, complementaire pijlers

³ Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad; Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad.

⁴ Voor de verwezenlijking van deze doelstelling is “doorzichtigheid van de procedures en praktijken bij het plaatsen van overheidsopdrachten” vereist “teneinde beter toezicht te kunnen uitoefenen op de naleving van het verbod op beperkingen en tegelijkertijd de onderlinge verschillen in de mededingingsvoorwaarden tussen onderdanen van de lidstaten te verminderen” (zesde overweging van Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB L 210 van 21.7.1989, blz. 1).

⁵ Met de term “aanbestedende diensten” worden niet alleen de aanbestedende diensten in de zin van de ‘klassieke’ richtlijnen (92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG) maar ook die in de zin van de richtlijn nutssectoren (93/38/EEG) bedoeld, tenzij anders aangegeven wordt.

⁶ Voorwoord van de mededeling “Een agenda voor het sociale beleid”, *supra*.

van duurzame ontwikkeling en vormen de kern van het Europese integratieproces. Verbetering van de levensstandaard, bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming, verbetering van levens- en arbeidsomstandigheden en stimulering van de levenskwaliteit, zijn doelstellingen van de Europese Unie.⁷ De door de Raad in Nice in december 2000 goedgekeurde agenda voor het sociale beleid maakt deel uit van de in Lissabon uiteengezette geïntegreerde Europese aanpak waarmee naar economische en sociale vernieuwing wordt gestreefd. Hiermee wordt met name gestreefd een positieve dynamische interactie verzekeren van het economische, werkgelegenheids- en sociale beleid en naar politieke overeenstemming waardoor alle belangrijkste partijen zich voor het nieuwe strategische doel zullen inzetten.⁸

Daarbij noemt het Verdrag van Amsterdam het opheffen van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en het bevorderen van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in alle beleidsvormen en activiteiten van de Europese Unie als een van de prioriteiten van de Europese Unie. In artikel 13 van het EG-Verdrag wordt gewezen op de noodzaak om alle vormen van discriminatie te bestrijden.⁹ Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat tijdens de Europese Raad in Nice is geproclameerd, bevestigt het streven van de Europese Unie om de grondrechten volledig te integreren in alle beleidsvormen en -maatregelen.¹⁰

De thans geldende richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bevatten geen specifieke bepaling over het nastreven van sociale beleidsdoelen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.¹¹ De Commissie is, zoals zij in haar bovengenoemde mededeling van 1998 reeds heeft aangegeven, niettemin van mening dat het huidige Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten een waaier van mogelijkheden biedt die, mits zij op passende wijze worden benut, de beoogde doeleinden kunnen verwezenlijken.

Het begrip “sociale aspecten” dat in deze mededeling wordt gehanteerd, heeft een zeer brede betekenis en omvat zeer uiteenlopende gebieden. Het kan verwijzen naar maatregelen die moeten bevorderen dat grondrechten en beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie (bijvoorbeeld tussen mannen en vrouwen) worden nageleefd, maar ook naar nationale sociale wetgeving en naar de toepasselijke communautaire richtlijnen op sociaal vlak.¹² Het begrip “sociale aspecten” dekt

⁷ Mededeling van de Commissie “Bevordering van fundamentele arbeidsnormen en verbetering van de sociale governance in de context van de globalisering”, COM(2001) 416 van 18.7.2001.

⁸ Voorwoord van de eerdergenoemde mededeling “Een agenda voor het sociale beleid”, *supra*.

⁹ Artikel 13 omvat discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

¹⁰ Bovengenoemde mededeling over de fundamentele arbeidsnormen, deel 3.

¹¹ De enige artikelen waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar bepalingen met een “sociale” strekking, zijn artikel 23 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 28 van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 29 van Richtlijn 93/38/EEG. Artikel 9 van Richtlijn 93/37/EEG, betreffende een bijzondere gunningsprocedure voor het ontwerpen en bouwen van sociale woningen, gaat terug tot de jaren zeventig en had uitsluitend tot doel de lidstaten de mogelijkheid te geven een opdracht voor de bouw van sociale woningen aan één aannemer te gunnen die zowel het ontwerp als de bouw voor zijn rekening nam. De andere terzake dienende bepalingen van de richtlijn zijn wel van toepassing.

¹² Op communautair niveau bestaat er een aantal wetgevende teksten die van toepassing zijn op overheidsaanbestedingen. Het betreft hier met name teksten die betrekking hebben op de veiligheid en de gezondheid op het werk (bijvoorbeeld Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, PB L 183 van 29.6.1989, blz. 1, of Richtlijn

verder ook begrippen als preferentiebedingen (bijvoorbeeld ten behoeve van de herintreding van kansarme of werkloze personen, positieve actie en positieve discriminatie, met name in het kader van de werkloosheidsbestrijding of de strijd tegen sociale uitsluiting).

Deze mededeling strekt ertoe aan te geven welke mogelijkheden bestaan om, onder het nu geldende Gemeenschapsrecht dat van toepassing is op overheidsaanbestedingen, zo goed mogelijk rekening te houden met sociale aspecten bij de plaatsing van overheidsopdrachten. Deze mededeling doorloopt de verschillende fasen van een aanbestedingsprocedure, waarbij voor iedere fase wordt aangegeven of en in welke mate sociale aspecten in overweging genomen kunnen worden.

Er zij op gewezen dat de interpretatie van het Gemeenschapsrecht in laatste instantie steeds aan het Europese Hof van Justitie toekomt.

Als geoordeeld zou worden dat het nu geldende regime voor de plaatsing van overheidsopdrachten onvoldoende middelen biedt om rekening te houden met sociale aspecten, zouden de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten moeten worden gewijzigd. Er zij op gewezen dat in de voorstellen tot wijziging van deze richtlijnen, die de Commissie op 10 mei 2000 heeft goedgekeurd, expliciet vermeld is dat de mogelijkheid bestaat om contractuele bedingen te hanteren die ten doel hebben de werkgelegenheid van kansarme en uitgesloten personen te bevorderen of de werkloosheid te bestrijden.¹³

I: OPDRACHTEN DIE ONDER DE RICHTLIJNEN BETREFFENDE OVERHEIDSOPDRACHTEN VALLEN

1.1. Definitie van het voorwerp van de opdracht

Al in de fase die voorafgaat aan het moment waarop de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten van toepassing worden, kan rekening worden gehouden met sociale aspecten: dit is reeds bij het moment dat over het voorwerp van de opdracht wordt beslist, dus als men zich de vraag stelt: “wat wil ik als overheidsorgaan gaan bouwen of kopen?”. In deze fase heeft de aanbestedende dienst alle vrijheid om sociale aspecten in aanmerking te nemen bij zijn keuze voor een product of dienst. In welke mate dit ook daadwerkelijk wordt gedaan, hangt voornamelijk af van de mate

92/57/EEG van de Raad van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen), op de arbeidsvoorwaarden en de toepassing van het arbeidsrecht (bijvoorbeeld 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 L 18 van 21.1.1997, blz. 1 en Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, PB L 82 van 22.3.2001, blz. 16, tot codificatie van Richtlijn 77/187/EEG).

¹³ Zie overweging 22 van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, COM(2000) 275 def. (PB C 29 E van 30.1.2001, blz. 11-111), die verwijst naar artikel 23, lid 3, van dat voorstel en overweging 32 van het voorstel voor een richtlijn houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening en vervoer, COM(2000) 276 def. (PB C 29 E van 30.1.2001, blz. 112-188), die verwijst naar artikel 33, derde alinea, van dat voorstel.

waarin de aanbestedende dienst zich van deze aspecten bewust is en van zijn kennis erover.

Zoals de Commissie in haar *Mededeling betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren* aangeeft, hangen de mogelijkheden om met milieuoverwegingen rekening te houden af van het type opdracht.¹⁴ Dit geldt ook voor het integreren van sociale aspecten. Bij **opdrachten voor werken en diensten**, waarbij de mogelijkheid bestaat de wijze van uitvoering voor te schrijven, kan de aanbestedende dienst het meest met sociale aspecten rekening houden. Afgezien van de fundamentele beslissing over het voorwerp van de opdracht (“wat zal ik kopen?”), zijn er bij **opdrachten voor leveringen** minder mogelijkheden om met sociale aspecten rekening te houden. Een aanbestedende dienst kan wel beslissen om bijvoorbeeld goederen of diensten aan te kopen die aan de specifieke behoeften van een bepaalde categorie personen, met name kansarme of uitgesloten personen, beogen te voldoen.¹⁵ Hierbij zij opgemerkt dat de opdrachten voor dienstverlening met een sociaal doel in de meeste gevallen betrekking hebben op diensten in de zin van bijlage IB bij Richtlijn 92/50/EEG of bijlage XVIB bij Richtlijn 93/38/EEG en derhalve niet zijn onderworpen aan de gedetailleerde procedureregels van de richtlijnen, met name inzake selectie en gunning¹⁶ (zie hierna de laatste alinea van deel II).

Als er verschillende mogelijkheden bestaan om in de behoeften van de aanbestedende diensten te voorzien, is de aanbestedende dienst vrij om contractueel ten aanzien van het voorwerp van de opdracht vast te leggen wat het beste overeenkomt met zijn sociale bekommernissen en hij mag hiervoor eveneens varianten gebruiken (zie hierna deel 1.2).

Deze keuzevrijheid is echter niet geheel zonder beperkingen. Een aanbestedende dienst moet als overheidsorgaan de algemene regels en beginselen van het Gemeenschapsrecht in acht nemen, en met name de beginselen betreffende het vrije verkeer van goederen en diensten, zoals neergelegd in de artikelen 28, 29 en 30 (ex 30 tot en met 36) en 43 tot en met 55 (ex 52 tot en met 66) van het EG-Verdrag.¹⁷

¹⁴ Zie het hoofdstuk over de vaststelling van het voorwerp van de opdracht van de Interpretatieve mededeling betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren, COM(2001) 274 def., die op 4.7.2001 door de Commissie is goedgekeurd.

¹⁵ Sommige dienstverleningsopdrachten ten behoeve van een bepaalde sociale categorie hebben op zichzelf een sociaal doel (bijvoorbeeld een opdracht voor de opleiding van langdurig werklozen). Een ander voorbeeld zijn opdrachten die betrekking hebben op de aankoop van IT-goederen of -diensten die zijn aangepast aan de behoeften van personen met een handicap.

¹⁶ Het betreft hier bijvoorbeeld gezondheids- en sociale diensten, diensten voor onderwijs en beroepsonderwijs of diensten voor recreatie en cultuur. Voor de in bijlage IB bij Richtlijn 92/50/EEG en bijlage XVIB bij Richtlijn 93/38/EEG vermelde diensten gelden uitsluitend de bepalingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten inzake technische specificaties en bekendmaking van de gunning van de opdracht. Voor het plaatsen van opdrachten voor dergelijke diensten blijven echter de bepalingen van het Verdrag gelden, wat met name inhoudt dat gezorgd moet worden voor voldoende transparantie en dat de inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

¹⁷ Mededeling van de Raad en het Europees Parlement inzake de Interne Markt en milieu, COM(1999) 263 def. van 8.6.1999, blz. 8 en 9.

Dit houdt in dat het voorwerp van een overheidsopdracht niet mag worden vastgesteld met het doel of het resultaat dat alleen binnenlandse bedrijven toegang tot de opdracht hebben, en inschrijvers uit andere lidstaten niet.

De keuzevrijheid kan eveneens worden beperkt of beïnvloed door de bestaande communautaire of nationale wetgeving op sociaal of ander gebied, voorzover verenigbaar met het Gemeenschapsrecht.

Algemeen gesproken staat het iedere aanbestedende dienst vrij, wanneer hij vastlegt welke producten of diensten hij wil aanschaffen, te kiezen voor de aankoop van goederen, diensten of werken die overeenkomen met zijn sociale doelstellingen, eveneens door het gebruik van varianten, mits deze keuze niet leidt tot een beperkte toegang tot de desbetreffende opdracht, die ten koste gaat van inschrijvers uit andere lidstaten.

Het feit dat een opdracht een “sociaal” doel heeft, zoals bijvoorbeeld de bouw van een school, een ziekenhuis of een bejaardenhuis, is voor de toepassing van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten niet relevant: alle opdrachten die onder het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen, moeten volgens de regels van deze richtlijnen worden aanbesteed.

De keuze die een aanbestedende dienst maakt bij de bepaling van het voorwerp van de opdracht, wordt allereerst nader gestalte gegeven in de technische specificaties.

1.2. Technische specificaties

Zoals de Commissie in haar eerdergenoemde mededeling betreffende de mogelijkheden om milieuoverwegingen in overheidsopdrachten te integreren heeft aangegeven¹⁸, bevatten de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten¹⁹ een aantal bepalingen inzake de technische regels. Volgens deze regels moeten de technische specificaties waaraan de leveringen, diensten of werken moeten beantwoorden, worden aangegeven in de algemene documenten of bestekken die bij de desbetreffende opdracht behoren.

Volgens de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten hebben de aanbestedende diensten de mogelijkheid technische specificaties vast te stellen die het voorwerp van de opdracht nader definiëren, op voorwaarde dat deze in overeenstemming zijn met de in de richtlijnen neergelegde regels en niet tot gevolg hebben dat een bepaalde inschrijver wordt begunstigd dan wel uitgesloten.²⁰

In de bovengenoemde mededeling geeft de Commissie aan dat de bepalingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten inzake technische specificaties van toepassing zijn onverminderd de verplichte nationale technische voorschriften

¹⁸ Zie hoofdstuk II, overweging 1, van de genoemde mededeling. De Commissie geeft hier met name een nadere uiteenzetting van het begrip “technische specificatie” in de zin van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten.

¹⁹ Zie artikel 14 van Richtlijn 92/50/EEG, artikel 8 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 10 van Richtlijn 93/37/EEG en artikel 18 van Richtlijn 93/38/EEG.

²⁰ Zie in dit verband artikel 8, lid 6, van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 10, lid 6, van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 14, lid 6, van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 18, lid 5, van Richtlijn 93/38/EEG.

voorzover deze met het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn.²¹ Deze nationale regels kunnen eisen stellen, bijvoorbeeld ten aanzien van de productveiligheid, de bescherming van gezondheid en hygiëne of de toegang van gehandicapten tot bepaalde gebouwen of middelen van openbaar vervoer (zoals toegankelijkheidsnormen voor bijvoorbeeld de breedte van gangen en deuren, aangepaste toiletten, hellingsbanen) of tot bepaalde producten en diensten (bijvoorbeeld op het gebied van de informatietechnologie).²²

In het kader van de uitvoering van werken kunnen de aanbestedende diensten bijvoorbeeld rekening moeten houden met de bepalingen van Richtlijn 92/57/EEG inzake veiligheid en gezondheid voor bouwplaatsen.²³ Deze richtlijn heeft gevolgen voor de technische inrichting van bouwplaatsen, wat in het bestek tot uiting kan komen in technische voorschriften die typisch zijn voor een specifieke opdracht en tot doel hebben de veiligheid en de gezondheid van zowel de werknemers als derden op de bouwplaats te garanderen. Hiertoe behoren maatregelen om arbeidsongevallen te voorkomen, zoals de markering en de opslag van gevaarlijke goederen of de vaststelling van een verkeerscirculatieplan op de bouwplaats.

Naast deze specificaties, waarmee sociale regelgeving in de aanbestedingsvoorwaarden wordt opgenomen, zijn er voorbeelden van technische specificaties met een sociale strekking die dienen om een product of prestatie objectief te omschrijven.²⁴

De aanbestedende diensten kunnen onder andere eisen dat de door hen gevraagde producten volgens een bepaalde productiemethode worden vervaardigd, voorzover deze methode het product in kwestie van andere concurrerende producten onderscheidt, en met name op zodanige wijze dat het aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoordt.²⁵ Het gebruik van “sociale labels” die verwijzen naar de “sociale capaciteit” van een onderneming komt aan de orde in punt 1.3.2 van deze mededeling.²⁶

²¹ Dit betekent dat zij, onder andere, verenigbaar moeten zijn met de jurisprudentie van het Hof betreffende de maatregelen die een gelijke werking hebben als kwantitatieve beperkingen.

²² Het beleidsinitiatief eEurope roept de aanbestedende diensten op om in het kader van de doelstelling “een informatiemaatschappij voor iedereen” personen met specifieke behoeften zo veel mogelijk toegang tot informatietechnologie te geven en de richtsnoeren van het “Web Accessibility Initiative” voor internetsites te onderschrijven.

²³ Deze richtlijn verplicht de aanbestedende diensten aandacht te geven aan de veiligheid en gezondheid van werknemers op bouwplaatsen, zowel bij het plaatsen van hun opdrachten voor werken als bij de uitvoering ervan.

²⁴ Bijvoorbeeld de aankoop van computerapparatuur of informaticadiensten die aangepast zijn aan de behoeften van blinden. Dergelijke eisen dienen om de technische eigenschappen van een product te definiëren en houden derhalve verband met het voorwerp van de opdracht.

²⁵ Zoals is aangegeven in de eerdergenoemde mededeling betreffende de mogelijkheden om milieuoverwegingen in overheidsopdrachten te integreren, zijn eisen die geen enkel verband houden met het product of de prestatie zelf, zoals een eis die betrekking heeft op de bedrijfsvoering, geen technische specificaties in de zin van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten en kunnen zij dus ook niet verplicht worden gesteld. Derhalve zijn niet als technische specificaties aan te merken de eis om gerecycleerd papier in kantoren te gebruiken, om bepaalde afvalverwijderingsmethoden bij de inschrijver toe te passen of om bepaalde groepen werknemers (etnische minderheden, gehandicapten, vrouwen) aan te trekken.

²⁶ Een “sociaal label” dat verwijst naar de “sociale capaciteit” van een onderneming kan niet worden beschouwd als een “technische specificatie” in de zin van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten.

Overigens kunnen de aanbestedende diensten ook varianten in aanmerking nemen.²⁷ Het gebruik van varianten stelt de aanbestedende diensten om de keuze te maken voor de oplossing die voldoet aan de in het bestek vastgestelde minimum eisen en die daarbij het beste tegemoet komt aan hun financiële en sociale behoeften. Varianten kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op verschillende technische oplossingen voor het ergonomische karakter van een product of ze kunnen ertoe strekken te garanderen dat minder valide personen toegang hebben tot bepaalde uitrusting of diensten, zoals on-line of elektronisch ter beschikking gestelde hulpmiddelen en diensten.

1.3. Selectie van de gegadigden of inschrijvers

In wezen omvatten de richtlijnen twee reeksen van voorschriften die betrekking hebben op de selectie.

Eenzijds omvatten zij een uitputtende lijst van gevallen waarin de eigen situatie van een gegadigde of inschrijver tot uitsluiting van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kan leiden. Deze betreffen bijvoorbeeld faillissement, veroordeling wegens een delict, een ernstige fout bij de uitoefening van een beroep en niet-betaling van verplichte sociale premies of belastingen. De bepalingen betreffende de uitsluitingsmogelijkheden moeten in strikte zin worden geïnterpreteerd. De aanbestedende diensten zijn niet verplicht ze toe te passen.

Anderzijds bepalen de richtlijnen dat de geschiktheid van de inschrijvers of gegadigden om aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen of een inschrijving in te dienen, moet worden beoordeeld aan de hand van criteria die zijn gebaseerd op hun financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid.²⁸ In de richtlijnen wordt een dwingende en uitputtende opsomming gegeven van de kwalitatieve selectiecriteria, waarmee de keuze van gegadigden en inschrijvers kan worden gerechtvaardigd.²⁹ Andere dan deze in de richtlijnen genoemde selectiecriteria zouden derhalve niet in overeenstemming zijn met de huidige richtlijnen.

In de zaak Beentjes waarnaar hierboven wordt verwezen, oordeelde het Hof dat een voorwaarde die het inzetten van langdurig werklozen eiste, geen verband houdt met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers aan de hand van hun financiële en economische draagkracht alsmede hun technische bekwaamheid

²⁷ Alle richtlijnen betreffende overheidsopdrachten voorzien in de mogelijkheid dat waar de economisch meest voordelige inschrijving het criterium voor de gunning van de opdracht is, de aanbestedende diensten rekening kunnen houden met varianten die door een inschrijver worden voorgelegd en die voldoen aan de door de aanbestedende diensten vastgestelde minimumeisen. De aanbestedende diensten vermelden in het bestek aan welke technische specificaties deze varianten ten minste moeten voldoen, alsmede aan welke specifieke eisen zij moeten voldoen. Indien varianten niet zijn toegestaan, geven zij dit aan in de aankondiging van de aanbesteding (artikel 24 van Richtlijn 92/50/EEG, artikel 16 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 19 van Richtlijn 93/37/EEG en artikel 34, lid 3, van Richtlijn 93/38/EEG).

²⁸ Artikel 15 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 18 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 23 van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 31, lid 1, van Richtlijn 93/38/EEG.

²⁹ In zijn arrest van 20 september 1988 in zaak 31/87, Beentjes, heeft het Hof namelijk gepreciseerd dat uit de bepalingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten volgt “dat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de aannemers enkel kunnen beoordelen op basis van criteria die verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid” (overweging 17 van het arrest).

(overweging 28 van het arrest).³⁰ In dit verband wijst de Commissie erop dat aanbestedende diensten voorwaarden aan de uitvoering van de opdracht kunnen stellen en daarin ook een eis kunnen opnemen betreffende de inzet van langdurig werklozen (zie hierna punt 1.6).

De richtlijnen vermelden verschillende referenties aan de hand waarvan de gegadigden of inschrijvers hun financiële en economische draagkracht voor een specifieke opdracht kunnen staven. Deze lijst is niet limitatief. Verlangt de aanbestedende dienst andere referenties, dan moeten deze echter objectief gezien nodig zijn om de economische en financiële geschiktheid van de inschrijver voor een specifieke opdracht aan te tonen.³¹ De referenties die thans kunnen worden gevraagd voor de beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de inschrijvers, laten geen ruimte voor het opnemen van sociale overwegingen.

De regels van de richtlijnen voor het aantonen van de technische bekwaamheid maken het tot op zekere hoogte mogelijk rekening te houden met sociale aspecten. De mogelijkheden die deze regels bieden zijn hieronder vermeld (zie hierna punt 1.3.2).

De richtlijnen bepalen³² dat bij het inwinnen van de inlichtingen die nodig zijn om de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid te staven, niet verder mag worden gegaan dan gezien de inhoud van de opdracht verantwoord is.

In de nutssectoren is de speelruimte van de aanbestedende diensten in dit opzicht groter, in die zin dat artikel 31, lid 1, van Richtlijn 93/38/EEG hen slechts verplicht van te voren vastgelegde “objectieve criteria en regels” toe te passen die ter beschikking worden gesteld van de belangstellende gegadigden of inschrijvers.

1.3.1. Uitsluiting van gegadigden of inschrijvers wegens niet-naleving van sociale wetgeving

In haar bovengenoemde mededeling uit 1998 wijst de Commissie erop dat de geldende richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bepalingen omvatten op grond waarvan gegadigden of inschrijvers “die de sociale wetgeving, met inbegrip van bepalingen betreffende het bevorderen van gelijke kansen, niet naleven”, in de selectiefase van deelneming kunnen worden uitgesloten.

Volgens de richtlijnen is het mogelijk een inschrijver uit te sluiten “die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale-verzekeringsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van het land van de aanbestedende dienst”.³³

³⁰ Zo is ook bijvoorbeeld een criterium betreffende de betrouwbaarheid van bedrijfsleiders ter beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de onderneming, voorzover het “buiten de in de richtlijn limitatief toegestane bewijsmiddelen” (Richtlijn 71/305/EEG) valt, door het Hof verworpen in zijn arrest van 10 februari 1982 in zaak 76/81, Transporoute (overwegingen 9 en 10).

³¹ Zie het bovengenoemde arrest Transporoute, overweging 9.

³² Zie bijvoorbeeld artikel 32, lid 4, van Richtlijn 92/50/EEG.

³³ Zie artikel 20, onder e), van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 24, onder e), van Richtlijn 93/37/EEG, waarnaar wordt verwezen in artikel 31, lid 2, van Richtlijn 93/38/EEG, en artikel 29, onder e), van Richtlijn 92/50/EEG.

Volgens de richtlijnen is het eveneens mogelijk een inschrijver uit te sluiten “die, bij een rechterlijke beslissing die kracht van gewijsde heeft, veroordeeld is geweest voor een delict dat zijn beroepsmoraliteit in het gedrang brengt” of “die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken”.³⁴

Op grond van deze bepalingen kan een inschrijver die bij een rechterlijk vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is wegens het niet naleven van nationale wetgeving betreffende bijvoorbeeld het inzetten van illegale werknemers, worden uitgesloten van deelneming aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.³⁵

Op grond van de richtlijnen kunnen de aanbestedende diensten, in de landen die daartoe strekkende bepalingen in hun nationale wetgeving hebben aangenomen, voorts ook een gegadigde of inschrijver die deze wetgeving niet heeft nageleefd van een aanbestedingsprocedure uitsluiten. In dezelfde lijn zou kunnen worden gedacht aan regels voor de uitsluiting van inschrijvers die sociale wetgeving hebben overtreden, waar dit wordt beschouwd als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep of als een delict dat de beroepsmoraal aantast. Zo'n uitsluitingsgrond zou bijvoorbeeld de niet-naleving van bepalingen inzake gelijke behandeling, gezondheid of veiligheid of ten behoeve van bepaalde categorieën personen kunnen zijn.³⁶ Een aanbestedende dienst zou dan bijvoorbeeld een binnenlandse inschrijver kunnen uitsluiten die geen maatregelen ter bevordering van gelijke kansen heeft genomen overeenkomstig de nationale wetgeving van het land van de aanbestedende dienst, op voorwaarde dat de niet-naleving van dergelijke wetgeving in dat land als een ernstige fout wordt aangemerkt.

Het begrip “ernstige fout in de uitoefening van het beroep” is als zodanig nog niet in de communautaire wetgeving of jurisprudentie gedefinieerd.³⁷ Het is daarom aan de lidstaten om dit begrip in hun nationale wetgeving te definiëren en te bepalen of het niet naleven van bepaalde sociale verplichtingen een ernstige fout in de uitoefening van het beroep vormt.

³⁴ Zie artikel 20, onder c) en d), van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 24, onder c) en d), van Richtlijn 93/37/EEG, waarnaar wordt verwezen in artikel 31, lid 2, van Richtlijn 93/38/EEG, en artikel 29, onder c) en d), van Richtlijn 92/50/EEG.

³⁵ Bij een veroordeling wegens overtreding van het verbod op het inzetten van illegale werknemers voorziet het Franse arbeidsrecht in de mogelijkheid om de overtreder definitief of tot maximaal vijf jaar van deelneming aan overheidsopdrachten uit te sluiten. (artikel L 362.-6.2 van het Franse wetboek inzake arbeidsrecht).

³⁶ In Spanje worden overtredingen van de wetgeving inzake het inzetten van personen met een handicap als een ernstige fout bij de bedrijfsuitoefening aangemerkt die aanleiding kan geven tot de uitsluiting van de betrokken inschrijver. In Frankrijk zijn zo'n 30 gevallen van uitsluiting bekend wegens niet-naleving van de arbeidswetgeving (deze verplicht bijvoorbeeld ondernemingen met meer dan 100 werknemers om 2 mensen met een handicap in dienst te nemen; de bedrijfsleider kan door de arbeidsinspectie worden bestraft bij overtreding van deze bepaling, hetgeen een aanbestedende dienst in staat stelt de overtreder wegens een ernstige fout bij de uitoefening van zijn beroep uit te sluiten).

³⁷ Eindrapport van de Falcone-studie naar overheidsopdrachten en georganiseerde misdaad (1998) - Volume I: 24 mei 1999 - Institute of Advanced Legal Studies - University of London.

1.3.2. *Aandacht voor sociale aspecten bij de beoordeling van de technische bekwaamheid van de gegadigden of de inschrijvers*

De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten leggen vast hoe de vereiste technische bekwaamheid van een gegadigde of inschrijver kan worden aangetoond. Deze richtlijnen bevatten een uitputtende lijst van referenties of bewijsmiddelen die verplicht kunnen worden gesteld voor de gegadigden of inschrijvers om, afhankelijk van de aard, de omvang en het doel van de opdracht, hun technische bekwaamheid aan te tonen.³⁸ Iedere eis die een aanbestedende dienst aan de technische bekwaamheid van de gegadigde of inschrijver stelt, moet dus te kwalificeren zijn als een van de referenties die in de richtlijnen zijn genoemd.

Doel van de selectie is om inschrijvers aan te wijzen die volgens de aanbestedende dienst in staat zijn de opdracht uit te voeren. De verschillende eisen moeten derhalve direct verband houden met het voorwerp van de opdracht.³⁹

In de selectiefase kan een aanbestedende dienst referenties verlangen betreffende de ervaring en de vakkundigheid van de inschrijvers.⁴⁰ Zo kan hij bijvoorbeeld de samenstelling van het personeelsbestand en de leidinggevenden, de technische uitrusting en het kwaliteitswaarborgsysteem van een onderneming beoordelen om zich ervan te verzekeren dat deze over voldoende geschoold personeel en middelen beschikt om de opdracht correct uit te voeren.

Indien voor de opdracht specifieke vakkundigheid op “sociaal” terrein vereist is, is het toegestaan specifieke ervaring te eisen als criterium voor technische bekwaamheid en kennis om de geschiktheid van gegadigden te bewijzen.⁴¹

De in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten opgenomen referenties voor de beoordeling van de technische bekwaamheid⁴² staan alleen toe rekening te houden met de “sociale draagkracht” van een onderneming (vaak ook omschreven als “sociale verantwoordelijkheid”⁴³), indien hiermee de technische bekwaamheid, zoals

³⁸ Artikel 23 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 27 van Richtlijn 93/37/EEG en artikel 32 van Richtlijn 92/50/EEG.

³⁹ Artikel 32, lid 2, van Richtlijn 92/50/EEG bepaalt uitdrukkelijk dat deze eisen afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten moet worden vastgesteld.

⁴⁰ Bij dienstverleningsopdrachten kan de geschiktheid van dienstverleners om bepaalde diensten te verrichten, worden beoordeeld aan de hand van met name hun vakkundigheid, efficiency, ervaring maar ook betrouwbaarheid (artikel 32, lid 1, van Richtlijn 92/50/EEG). Zie ook het bovengenoemde arrest Beentjes, overweging 37.

⁴¹ Bijvoorbeeld specifieke ervaring met het beheer van een crèche of met opleidingen voor langdurig werklozen.

⁴² Van alle referenties die in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten worden genoemd om de technische bekwaamheid van een inschrijver aan te tonen, zouden de volgende sociale aspecten kunnen betreffen: (1) een lijst van de in de laatste vijf jaar uitgevoerde werken, voor de belangrijkste werken gestaafd door verklaringen inzake de goede uitvoering, een lijst van de voornaamste in de laatste drie jaar verrichte diensten; (2) een beschrijving van de technische uitrusting, de maatregelen om kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden ten aanzien van ontwerpen en onderzoek; of (3) een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de leverancier behorende technici of technische organen waarop de gegadigde een beroep kan doen bij de uitvoering van de opdracht, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole.

⁴³ De termen “verantwoordelijkheid” en “sociale draagkracht” markeren een trend waarbij de ondernemingen er geleidelijk aan toe worden aangezet steeds meer sociale en ethische aspecten (en milieuaspecten) in hun bedrijfsvoering en investeringsbeleid te integreren, die soms meer behelzen dan louter de naleving van de sociale wetgeving. De invulling die de ondernemingen aan het begrip geven,

hierboven bedoeld, van de onderneming om een opdracht uit te voeren wordt aangetoond.

1.4. Gunning van de opdracht

Zodra de gegadigden of inschrijvers zijn geselecteerd, worden de inschrijvingen door de aanbestedende dienst beoordeeld, waarna de opdracht wordt gegund.

De selectie van de gegadigden of inschrijvers en de gunning van de opdracht zijn twee afzonderlijke processen waarvoor aparte regels gelden.

In de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten⁴⁴ worden twee mogelijkheden genoemd op basis waarvan de opdracht kan worden gegund, namelijk de laagste prijs en de “economisch meest voordelige aanbidding”.

Wanneer de opdracht moet worden gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving, schrijven de richtlijnen voor dat de aanbestedende dienst in het bestek of in de aankondiging van de opdracht de gunningscriteria vermeldt die hij zal toepassen, indien mogelijk in afnemende orde van belangrijkheid. Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst niet alleen alle criteria die hij bij de beoordeling van de inschrijvingen wil hanteren, moet vermelden, maar ook dat hij bij de beoordeling geen andere dan in het bestek of de aankondiging genoemde criteria mag gebruiken.

1.4.1. *Het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving*

De richtlijnen bevatten voorbeelden van de criteria die kunnen worden toegepast door de aanbestedende diensten om te bepalen welke inschrijving het meest voordelig is vanuit een economisch gezichtspunt.⁴⁵ Andere criteria zijn eveneens mogelijk.

De richtlijnen stellen twee voorwaarden aan de criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving: er mag niet worden gediscrimineerd⁴⁶ en de toegepaste criteria moeten een economisch voordeel voor de aanbestedende dienst

varieert aanzienlijk van sector tot sector en afhankelijk van de nationale en zelfs regionale culturele verschillen. In haar groenboek “De bevordering van een Europees kader voor de sociale verantwoordelijkheid van bedrijven”, COM(2001) 366 van 18.7.2001, heeft de Commissie gewezen op het belang van sociale verantwoordelijkheid van bedrijven, omdat deze een positieve bijdrage kunnen leveren aan de strategische doelstelling van Lissabon (zie overweging 6 van het groenboek). Met dit groenboek wil de Commissie een grootschalig debat op gang brengen rond de vraag hoe de Europese Unie de sociale verantwoordelijkheid van bedrijven in Europa en wereldwijd kan bevorderen (overweging 7). Daarnaast ontwikkelen zich op de markt momenteel verschillende “sociale labels”, die een vrijwillig karakter hebben. In het bovenvermelde groenboek definieert de Commissie “het sociale label” als “een woord of symbool weergegeven op een product met als doel het aankoopgedrag te beïnvloeden door het een sociale en ethische impact van het commercieel proces op andere betrokken partijen te verzekeren.”

⁴⁴ Artikel 26 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 30 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 36 van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 34 van Richtlijn 93/38/EEG.

⁴⁵ Prijs, termijn voor levering of uitvoering, gebruikskosten, rentabiliteit, kwaliteit, esthetische en functionele kenmerken, technische waarde, klantenservice en technische bijstand worden als voorbeelden aangehaald in de richtlijnen.

⁴⁶ Een criterium dat de plaatselijke inschrijvers zou bevoordelen en van die aard is dat het moeilijker zou worden voor potentiële, in andere lidstaten gevestigde inschrijvers om de betrokken opdracht binnen te halen en de diensten die het voorwerp van de opdracht uitmaken, te verrichten, zou een beperking inhouden op het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 (ex artikel 59) van het EG-Verdrag.

opleveren. Zoals ook door het Hof van Justitie is bevestigd, hebben de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten ten doel uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan binnenlandse inschrijvers of gegadigden, en eveneens uit te sluiten dat de mogelijkheid bestaat dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.⁴⁷

Alle gunningscriteria hebben gemeen dat zij, net als de in de richtlijn bij wijze van voorbeeld genoemde criteria, betrekking hebben op de aard van het werk dat voorwerp van de desbetreffende opdracht is of op de wijze waarop de opdracht wordt uitgevoerd.⁴⁸ Zij moeten de aanbestedende dienst in staat stellen de inschrijvingen objectief te vergelijken om zo te kunnen vaststellen welke inschrijving het best beantwoordt aan zijn behoeften in het kader van een bepaalde opdracht. Een gunningscriterium moet het mogelijk maken de intrinsieke kwaliteiten van een product of dienst te beoordelen.

De gunningscriteria moeten dus verband houden met het voorwerp van de opdracht of de wijze waarop de opdracht wordt uitgevoerd.⁴⁹

De in de richtlijnen bij wijze van voorbeeld genoemde criteria omvatten geen sociale criteria. Indien onder “sociaal criterium” echter wordt verstaan een criterium waarmee bijvoorbeeld de kwaliteit van een dienst voor een categorie kansarme personen⁵⁰ kan worden geëvalueerd, dan is dit gerechtvaardigd, voorzover het bijdraagt tot de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving in de zin van de richtlijnen.

Onverenigbaar met de huidige richtlijnen betreffende overheidsopdrachten is daarentegen het voorbehouden van een gedeelte van de opdrachten aan een bepaalde categorie leveranciers⁵¹ of het toepassen van prijspreferenties⁵². Hetzelfde geldt voor criteria die betrekking hebben op de mate waarin de inschrijvers een bepaalde categorie personen inzetten of een programma ter bevordering van gelijke kansen

⁴⁷ Arrest van 3 oktober 2000 in zaak C-380/98, *University of Cambridge*, Jurispr. 2000, p. I-8035, overweging 17, waarbij het Hof verwijst naar het arrest van 15 januari 1998 in zaak C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, Jurispr. 1998, blz. I-73, overweging 33, en het eerdergenoemde arrest BFI-Holding, zaak C-360/96 10.11.1998, Jurispr. 1998, p. I-6821, overwegingen 42 en 43). Zie ook het arrest van 1 februari 2001 in zaak C-237/99, *Commissie tegen Franse Republiek “HLM”*, Jurispr. 2001, p. I-0939, overwegingen 41 en 42.

⁴⁸ Conclusie van Advokaat-Generaal Darmon van 4.5.1988 in de Beentjes zaak, *supra*, overweging 35.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 30, lid 1, van Richtlijn 93/37/EEG. Zie ook de conclusies van Advocaat-Generaal Colomer van 5 juni 2001 in de gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99, *Lombardini*, zie voetnoot 23.

⁵⁰ Bij een opdracht voor het leveren van informaticadiensten aan alle werknemers van een gemeente (bijlage IA bij de dienstenrichtlijn), kan een van de criteria op grond waarvan de economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald betrekking hebben op de door de inschrijver voorgestelde methode om op ieder moment een kwalitatief goede dienstverlening te waarborgen die aan de specifieke behoeften van alle mensen met een handicap beantwoordt.

⁵¹ In de Verenigde Staten is 20% van de opdrachten voorbehouden aan de “small minority businesses”, d.w.z. ondernemingen in handen van minderheden. De VS hebben een uitzondering in die zin laten opnemen in de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten.

⁵² Hierbij komen bepaalde categorieën inschrijvers in aanmerking voor een prijspreferentie waarbij een door inschrijver A ingediende inschrijving, ofschoon hoger dan die van inschrijver B, als gelijkwaardig aan die van B wordt beschouwd omdat A een bepaald sociaal beleid voert, bijvoorbeeld een actief beleid ter bevordering van de positie van de vrouw.

uitvoeren, m.a.w. “sociale preferentiecriteriën” die niets van doen hebben met het voorwerp van een bepaalde opdracht. Een dergelijk criterium dat niet bijdraagt tot de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving, is volgens de huidige richtlijnen in strijd met het doel van deze richtlijnen, dat erin bestaat de beoordeling van de intrinsieke kwaliteiten van een product of dienst mogelijk te maken. De toepassing van dergelijke criteria moet bovendien onverenigbaar worden geacht met de verplichtingen die de lidstaten zijn aangegaan in de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten welke in het kader van de Wereldhandelsorganisatie is gesloten.⁵³

Sociale aspecten kunnen worden opgenomen in criteria om de economisch meest voordelige inschrijving aan te wijzen, wanneer deze aspecten voor de aanbestedende dienst een economisch voordeel inhouden dat kan worden toegeschreven aan het product of de dienst waarop de opdracht betrekking heeft.⁵⁴

De vraag doet zich voor of het begrip “economisch meest voordelige inschrijving” betekent dat ieder afzonderlijk gunningscriterium een direct economisch voordeel voor de aanbestedende dienst moet opleveren, of dat ieder afzonderlijk criterium economisch meetbaar moet zijn zonder dat dit bij de desbetreffende opdracht een direct economisch voordeel voor de aanbestedende dienst moet meebrengen.

Deze vraag is aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd in zaak C-513/99. Het arrest wordt eind 2001 verwacht. Deze zaak, die betrekking heeft op milieuaspecten, zou op basis van analogie meer duidelijkheid over sociale aspecten kunnen geven.⁵⁵

Zowel in het groenboek⁵⁶ als in de mededeling⁵⁷ over overheidsopdrachten heeft de Commissie zich duidelijk voor de eerste interpretatie uitgesproken.

⁵³ Bepaalde verdragsluitende staten hebben een uitdrukkelijk voorbehoud laten opnemen dat de aanbestedende diensten moet toelaten een mechanisme van sociale preferenties te hanteren bij de gunning van opdrachten. Met name de Verenigde Staten hebben een uitzondering laten opnemen voor een preferentiemechanisme ten behoeve van minderheden. Dergelijke voorbehouden zijn niet opgenomen in de overeenkomsten van de Europese Gemeenschap met haar partners. Hieruit volgt dat dergelijke aspecten in het algemeen a fortiori als onverenigbaar moeten worden beschouwd met de bepalingen van de richtlijnen, met name die betreffende de gunning van opdrachten.

⁵⁴ In een door de Commissie behandelde zaak, had een aanbestedende dienst zich voornamelijk gebaseerd op de volgende elementen voor de gunning van de opdracht aan een lokale vervoersonderneming: het feit dat de onderneming in de nabijheid was gevestigd had invloed op zowel fiscaal vlak (belastingen) als op het vlak van werkgelegenheid (het scheppen van banen). Bovendien garandeerde de lokale aankoop van grote hoeveelheden uitrusting en diensten door de vervoersonderneming eveneens lokale werkgelegenheid. De Commissie oordeelde dat deze criteria geen criteria waren op basis waarvan de aanbestedende diensten de aanbiedingen konden waarderen, omdat ze het niet mogelijk maakten om het economisch voordeel voor de aanbestedende dienst te meten dat onlosmakelijk aan de desbetreffende dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormde, verbonden was. Een eerste element was de schending van de regels in verband met de gunning zoals vermeld in artikel 36, eerste lid van Richtlijn 92/50/EEG. Daarbij waren deze elementen discriminerend ten nadele van andere aanbieders, voor zover dit bij de evaluatie van de aanbiedingen resulteerde in het geven van een voordeel aan de enige aanbieder die in de omgeving was gevestigd. Geoordeeld werd dat dit een schending was van het algemeen beginsel van non-discriminatie tussen dienstverleners, zoals dat is uiteengezet in artikel 3 van Richtlijn 92/50/EEG.

⁵⁵ Zaak C-513/99 Stagecoach Finland Oy Ab, PB C 102 van 8.4.2000, blz. 10.

⁵⁶ Groenboek over de overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid, COM(1996) 583 def van 27 november 1996.

De Commissie wijst erop dat aanbestedende diensten bepaalde voorwaarden aan de uitvoering van een opdracht kunnen stellen en daarin ook rekening kunnen houden met het bereiken van bepaalde sociale doelstellingen (zie hierna punt 1.6).

1.4.2. *Het “aanvullende criterium”*

Dit begrip werd ontwikkeld door het Europese Hof van Justitie.⁵⁸

Het kwam voor het eerst voor in de bovengenoemde zaak Beentjes, waarin het Hof stelde dat een criterium betreffende de werkgelegenheid voor langdurig werklozen geen verband hield met de beoordeling van de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid van een gegadigde, en evenmin met de in de richtlijn genoemde gunningscriteria. Overigens is dit criterium volgens het Hof met de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten verenigbaar als het aan alle beginselen van het Gemeenschapsrecht ter zake voldoet.

In zaak C-225/98 stelde het Hof⁵⁹ dat de aanbestedende diensten een voorwaarde in verband met werkloosheidsbestrijding mogen stellen, mits die voorwaarde alle algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht eerbiedigt, en uitsluitend wanneer de aanbestedende diensten de keus hebben uit twee of meer economisch gelijkwaardige inschrijvingen. De betrokken lidstaat beschouwde deze voorwaarde, overeenkomstig de uitspraak van het Hof, als een aanvullend en niet-doorslaggevend criterium, dat pas werd toegepast nadat de inschrijvingen op puur economische gronden met elkaar waren vergeleken. Ten slotte, wat de toepassing van een gunningscriterium inzake werkloosheidsbestrijding betreft, stelt het Hof als voorwaarde dat dit voor inschrijvers uit andere lidstaten van de Gemeenschap geen direct of indirect discriminerende werking mag hebben en derhalve uitdrukkelijk in de aankondiging moet worden vermeld, opdat de aannemers van het bestaan ervan kennis kunnen nemen.

Dit zou eveneens van toepassing kunnen zijn op andere criteria op sociaal vlak.

1.5. **Abnormaal lage inschrijvingen**

Wanneer aanbestedende diensten van mening zijn dat een inschrijving abnormaal laag lijkt, zijn zij onder de huidige richtlijnen betreffende overheidsopdrachten⁶⁰ alleen verplicht om de desbetreffende inschrijver om preciseringen vragen voordat zij de inschrijving in kwestie kunnen afwijzen. De aanbestedende dienst moet de samenstelling van de inschrijving onderzoeken en als deze hem onvoldoende betrouwbaar lijkt, kan hij de inschrijving afwijzen. De richtlijnen verplichten hem echter niet om dit ook daadwerkelijk te doen. In de lidstaten die daartoe strekkende bepalingen hebben aangenomen, zullen de aanbestedende diensten mogelijkerwijze

⁵⁷ Zie overweging 4.3 van de bovengenoemde mededeling uit 1998 wat het meewegen van milieuaspecten bij de gunning van opdrachten betreft. Zie ook overweging 48 van de op 22 september 1989 door de Commissie goedgekeurde mededeling over overheidsopdrachten, regionale en sociale aspecten, COM(89) 400, PB C 311 van 12.12.1989.

⁵⁸ Bovengenoemde zaak Beentjes (zie overweging 29) en het arrest van 26 september 2000 in zaak C-225/98, Commissie/Frankrijk, (Région Nord-Pas-de-Calais) Jurispr. 2000, blz. I-7445.

⁵⁹ Zie het Algemeen verslag over de werkzaamheden van de Europese Unie, overweging 1119, blz. 407.

⁶⁰ Artikel 27 van Richtlijn 93/36/EEG, artikel 30 van Richtlijn 93/37/EEG, artikel 37 van Richtlijn 92/50/EEG en artikel 34, lid 5, van Richtlijn 93/38/EEG.

echter wel verplicht zijn abnormaal lage inschrijvingen af te wijzen wegens de niet-naleving van bijvoorbeeld bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden of het arbeidsrecht.

Bij wijze van voorbeeld worden in de richtlijnen bepaalde factoren opgesomd die de aanbestedende dienst in aanmerking kan nemen, zoals de zuinigheid van het productieproces, de technische oplossingen en de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren. Factoren die betrekking hebben op de niet-naleving van veiligheidsvoorschriften of arbeidsvoorwaarden kunnen onder de huidige richtlijnen in aanmerking worden genomen om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen. In overeenstemming met de algemene strekking van de richtlijnen vallen de praktische regels voor een dergelijke controle onder het nationale recht, waarbij het natuurlijk wel mogelijk moet zijn dat de inschrijver zijn positie toelicht.

1.6. Uitvoering van de opdracht

Een middel om de verwezenlijking van sociale doelstellingen te stimuleren is de toepassing van contractbepalingen of voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht, mits hierbij het Gemeenschapsrecht wordt nageleefd en, in het bijzonder, mits er geen sprake is van directe of indirecte discriminatie ten nadele van aanbieders uit andere Lidstaten.⁶¹

De aanbestedende diensten kunnen contractsclausules inzake de uitvoering van de opdracht vastleggen. De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bevatten op het ogenblik namelijk geen bepalingen inzake de uitvoeringsfase van opdrachten.

De uitvoeringsbepalingen of -voorwaarden moeten echter wel in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht, en mogen in het bijzonder geen direct of indirect discriminerende werking hebben jegens inschrijvers uit andere landen (zie hierna punt 3.2).

Daarbij moet bij de toepassing van deze bepalingen of voorwaarden rekening worden gehouden met alle in de richtlijnen voorgeschreven procedureregels en met name de daarin opgenomen voorschriften inzake de bekendmaking.⁶² Deze bepalingen of voorwaarden mogen geen (verkapte) technische specificaties zijn. Ook mogen ze geen invloed hebben op de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers aan de hand van hun financiële en economische draagkracht en hun technische bekwaamheid, noch op de gunningscriteria.⁶³ Dit betekent dat “de contractuele voorwaarden niets te maken [mogen] hebben met de beoordeling van de capaciteit van de inschrijver om het werk uit te voeren of met de gunningscriteria”.⁶⁴

⁶¹ Zo zou bijvoorbeeld een bepaling die van de opdrachtnemer eist dat hij voor de uitvoering van een opdracht voor werken een bepaald aantal of percentage langdurig werklozen of jonge leerlingen inzet, zonder dat deze uit een bepaalde streek moeten komen of verbonden moeten zijn aan een binnenlandse organisatie, niet a priori een discriminatie inhouden ten aanzien van de inschrijvers uit andere lidstaten.

⁶² Zie overweging 31 van het bovengenoemde arrest Beentjes.

⁶³ Zie overweging 28 van het bovengenoemde arrest Beentjes.

⁶⁴ Zie de bovengenoemde mededeling *Overheidsopdrachten, regionale en sociale aspecten*, overweging 59.

Verder moet de transparantie worden verzekerd door middel van de vermelding van de uitvoeringsvoorwaarden in de aankondiging van de opdracht, zodat alle gegadigden of inschrijvers ervan kennis kunnen nemen.⁶⁵

Tenslotte moeten bij de uitvoering van overheidsopdrachten in elk geval de relevante regels, met name op sociaal gebied en op het gebied van veiligheid, worden nageleefd (zie hierna hoofdstuk III).

De voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht vormen een verplichting die de opdrachtnemer moet aanvaarden en die te maken hebben met de uitvoering van de opdracht. In principe volstaat het dus dat de inschrijvers bij de indiening van hun inschrijving aangeven dat zij aan deze verplichting zullen voldoen indien de opdracht aan hen wordt gegund. Een inschrijving van een inschrijver die een dergelijke uitvoeringsvoorwaarde niet aanvaardt, is niet in overeenstemming met het bestek en kan om die reden worden afgewezen.⁶⁶ Anderzijds hoeft niet al effectief aan deze voorwaarden te zijn voldaan op het moment van inschrijving zelf.

De aanbestedende diensten beschikken over een breed scala van mogelijkheden om contractbepalingen op sociaal gebied vast te stellen. Een aanbestedende dienst kan met het oog op sociale doelstellingen bijvoorbeeld, met inachtneming van de bovengenoemde voorwaarden, de volgende specifieke aanvullende voorwaarden aan de opdrachtnemer opleggen:

- een verplichting om in het kader van de uitvoering van de opdracht werkzoekenden, en in het bijzonder langdurig werklozen, aan te werven of opleidingsactiviteiten voor werklozen of jongeren te organiseren;
- een verplichting om op de werkplek maatregelen te nemen ter bevordering van de gelijke kansen voor mannen en vrouwen of ter bevordering van de etnische of raciale diversiteit⁶⁷;
- een verplichting om bij de uitvoering van de opdracht te voldoen aan de inhoud van de bepalingen van de belangrijkste conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) voor zover deze nog niet in het nationale recht zijn opgenomen;
- een verplichting om voor de uitvoering van de opdracht een aantal mensen met een handicap aan te werven, zelfs verdergaand dan wat is voorgeschreven in

⁶⁵ “Met het oog op het doel van de richtlijn, de ontwikkeling te verzekeren van een daadwerkelijke mededinging bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zullen de aanbestedende diensten ten slotte passende bekendheid moeten geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria” (zie het bovengenoemde arrest Beentjes, overweging 21).

⁶⁶ Uit de jurisprudentie van het Hof in zaak C-243/89 “Storebaelt” (arrest van 22 juni 1992) volgt dat een aanbestedende dienst de inschrijvingen die niet aan de bestekvoorwaarden voldoen, moet afwijzen, teneinde het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat aan de grondslag van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten ligt, niet te schenden.

⁶⁷ Bij een opdracht voor diensten kan het bijvoorbeeld gaan om de uitvoering van een beleid ter bevordering van de etnische en raciale diversiteit op de werkplek, wat zich uit in instructies aan degenen die belast zijn met de aanwerving, promotie of opleiding van het personeel; ook kan de contractant verplicht worden een leidinggevende te belasten met de uitvoering van een dergelijk beleid op de werkplek.

nationale wetgeving van de Lidstaat waar de opdracht wordt uitgevoerd of waar de opdrachtnemer is gevestigd.

Opgemerkt zij dat de kwestie van contractuele bepalingen voor de uitvoering van overheidsopdrachten voor leveringen iets moeilijker lijkt te liggen, omdat het opleggen van verplichtingen waarvoor de organisatie, de structuur of het beleid van een op het grondgebied van een andere lidstaat gevestigde onderneming moet worden aangepast, discriminerend zou kunnen zijn of een ongerechtvaardigde beperking van het handelsverkeer zou kunnen inhouden.

II OVERHEIDSOPDRACHTEN DIE NIET ONDER DE RICHTLIJNEN VALLEN

De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten zijn slechts op bepaalde opdrachten van toepassing, met name die waarvan de waarde gelijk is aan of meer bedraagt dan het in de richtlijnen genoemde drempelbedrag.

Volgens het Gemeenschapsrecht kunnen de lidstaten zelf beslissen over nationale regels voor overheidsopdrachten die niet onder de communautaire richtlijnen vallen.

Ook kunnen de lidstaten binnen de grenzen van het Gemeenschapsrecht beslissen of overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, mogen - of zelfs moeten - worden gebruikt om andere doelen te bereiken dan de in de richtlijnen vastgelegde “beste prijs-kwaliteitverhouding”.

Onverminderd de nationale wetgeving ter zake zijn de aanbestedende diensten vrij om bij hun procedures voor het plaatsen van deze opdrachten sociale selectie- en gunningscriteria te definiëren en toe te passen, mits de bepalingen en algemene beginselen van het EG-Verdrag⁶⁸ worden nageleefd. Dit betekent met name dat voldoende transparantie moet worden geboden en dat de inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.

De praktijk om bij de gunning van deze opdrachten een preferentie te verlenen aan bepaalde categorieën personen, bijvoorbeeld gehandicapten (“sociale werkplaatsen”) of werklozen, kan worden toegestaan. Deze praktijk mag echter geen directe of indirecte discriminatie inhouden ten aanzien van inschrijvers uit andere lidstaten⁶⁹ noch het handelsverkeer op ongerechtvaardigde wijze beperken.⁷⁰ Indien opdrachten

⁶⁸ Zie voor een nadere uitwerking hoofdstuk III van de *Interpretatieve mededeling betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren*.

⁶⁹ In het Verenigd Koninkrijk kregen bepaalde ondernemingen die op een lijst stonden uit hoofde van de “Priority Suppliers Scheme”, een preferentieregeling voor leveranciers die het inzetten van werknemers met een handicap beoogde te stimuleren door leveringsopdrachten voor overheden toe te kennen, de mogelijkheid om een tweede inschrijving in te dienen die meer in de lijn lag van de laagste inschrijving, een voordeel dat de soortgelijke inschrijvers uit andere lidstaten niet hadden. Deze regeling werd ingetrokken bij de onderhandelingen over de codificatierichtlijn 93/36/EEG en in november 1994 vervangen door het “special contract arrangement”, een aan het Gemeenschapsrecht conforme regeling. Met deze regeling werd de preferentie uitgebreid tot werkgevers van personen met een handicap uit de gehele Unie en beperkt tot opdrachten waarvan de waarde onder de drempelwaarden lag.

⁷⁰ Artikel XXIII van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (“Uitzonderingen op de Overeenkomst”) voorziet in de mogelijkheid voor de overeenkomstsluitende partijen om “maatregelen te nemen of toe te passen [...] die betrekking hebben op artikelen gemaakt door gehandicapten, in

worden voorbehouden aan binnenlandse inschrijvers, zou dit namelijk indruisen tegen de bepalingen en algemene beginselen van het EG-Verdrag. Indien deelneming aan de aanbestedingsprocedures echter voor sociale werkplaatsen van andere lidstaten open staat, hoeft er geen sprake te zijn van discriminatie. De gunning van de opdracht moet wel overeenkomstig het Gemeenschapsrecht plaatsvinden, wat met name betekent dat de inschrijvers gelijk moeten worden behandeld en dat het transparantiebeginsel moet worden nageleefd⁷¹ (zie hierna ook hoofdstuk III).

Er zij op gewezen dat de aanbestedende diensten niet alleen voor wat betreft opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, maar ook voor wat betreft opdrachten voor dienstverlening als bedoeld in Bijlage IB van Richtlijn 92/50/EEG en Bijlage XVIB bij Richtlijn 93/38/EEG, over een zekere bewegingsvrijheid beschikken bij het plaatsen van deze opdrachten. De meeste in deze bijlagen bedoelde diensten zijn van “sociale” aard (bijvoorbeeld gezondheids- en sociale diensten). Voor deze opdrachten gelden alleen de bepalingen van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten inzake de technische specificaties en de bekendmaking van een aankondiging van de gegunde opdracht. De uitvoerige regels van deze richtlijnen inzake de selectie van gegadigden en de gunning van de opdracht zijn hierop niet van toepassing. Op deze opdrachten voor diensten zijn echter wel het nationale recht en de bepalingen en beginselen van het EG-Verdrag van toepassing, zoals hierboven is aangegeven.

III SOCIALE BEPALINGEN VAN TOEPASSING OP OVERHEIDSOPDRACHTEN

3.1 Inleiding

In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat, ook al zijn in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten geen specifieke bepalingen van die strekking opgenomen, bij de uitvoering van een overheidsopdracht alle toepasselijke verplichte nationale, internationale en communautaire normen, regels, bepalingen en verplichtingen op sociaal gebied moeten worden nageleefd. In voorkomend geval moeten deze bepalingen in het bericht van aanbesteding of in het bestek worden vermeld. De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bieden reeds de mogelijkheid⁷² dat de aanbestedende diensten in het bestek van de opdracht kunnen aangeven, of door een lidstaat verplicht kunnen worden aan te geven, bij welke bevoegde nationale instantie of instanties de inschrijvers de terzake dienende informatie kunnen verkrijgen over de verplichtingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die moeten worden nageleefd op de plaats waar de werken worden uitgevoerd of de diensten worden verricht.⁷³

liefdadigheidsinstellingen of in gevangenissen”, mits deze geen “middel vormen hetzij tot willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie [...]”, hetzij “tot een verkapte beperking van de internationale handel”. Deze mogelijkheid is niet opgenomen in de richtlijnen.

⁷¹ Zie het arrest van 18 november 1999 in zaak C-275/98, Unitron, en het arrest van 7 december 2000 in zaak C-324/98, Telaustria.

⁷² Artikel 23 van Richtlijn 93/37/EEG (werken), artikel 28 van Richtlijn 92/50/EEG (diensten) en artikel 29 van Richtlijn 93/38/EEG (nutssectoren).

⁷³ Volgens de huidige richtlijnen betreffende overheidsopdrachten moeten aanbestedende diensten die gebruikmaken van de door deze richtlijnen geboden mogelijkheid en de bovengenoemde informatie in het bestek opnemen, onder meer nagaan of de inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving wel

Een van deze verplichtingen is met name de naleving van de nationale voorschriften die voortvloeien uit de communautaire richtlijnen op sociaal gebied. Van bijzonder belang voor overheidsopdrachten zijn de eerdergenoemde richtlijnen betreffende de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, de “overgang van ondernemingen” en de “terbeschikkingstelling van werknemers” (zie hierna punt 3.2.2.2), evenals de recente richtlijnen betreffende gelijke behandeling.⁷⁴

Dergelijke verplichtingen kunnen ook voortvloeien uit bepaalde conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO).⁷⁵ Wat de internationaal erkende fundamentele arbeidsnormen betreft zijn de basisbeginselen en -rechten op de werkplek, zoals door de ILO gedefinieerd, vanzelfsprekend in hun geheel van toepassing in de lidstaten.⁷⁶

Inschrijvingen waarin geen rekening wordt gehouden met de door de aanbestedende dienst in het bestek vermelde verplichtingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden, kunnen niet worden geacht in overeenstemming te zijn met het bestek. Bovendien lopen inschrijvers die onvoldoende rekening hebben gehouden met deze verplichtingen het risico dat de door hen aangeboden prijs abnormaal laag lijkt in verhouding tot de gevraagde prestatie en, in voorkomend geval, hun inschrijving als zodanig wordt afgewezen (zie hiervoor punt 1.5).

Verscheidene malen zijn vragen gesteld⁷⁷ over de interpretatie en toepassing van bepaalde regels of regelingen op sociaal terrein die moeten worden nageleefd bij het

rekening hebben gehouden met de verplichtingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden, door van hen te verlangen dat zij dit in hun inschrijving vermelden. Op deze manier kunnen de inschrijvers in voorkomend geval de noodzakelijke informatie verkrijgen over de door hen op de plaats van uitvoering van de opdracht in acht te nemen sociale verplichtingen indien de opdracht aan hen wordt gegund en kunnen zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening houden met de kosten die dergelijke verplichtingen met zich meebrengen.

⁷⁴ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180 van 19.7.2000, blz. 22) en Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303 van 2.12.2000, blz. 16).

⁷⁵ Dat wil zeggen Verdrag nr. 87 van 9.7.1948 en Verdrag nr. 98 van 1.7.1949 (betreffende de vrijheid van vereniging en de bescherming van het recht op vereniging en de toepassing van de beginselen van het recht op vereniging en op collectieve onderhandelingen), Verdrag nr. 29 van 28.6.1930 en Verdrag nr. 105 van 25.6.1957 (verbod op dwangarbeid); Verdrag nr. 111 van 25.6.1958 (discriminatie op het gebied van arbeid en beroep); Verdrag nr. 100 van 29.6.1951 (beginsel van gelijke beloning en verbod op iedere vorm van discriminatie); Verdrag nr. 138 van 26.6.1973 en Verdrag nr. 182 van 17.6.1999 (minimumleeftijd en verbod op de ergste vormen van kinderarbeid).

⁷⁶ Zie de bovengenoemde mededeling van de Commissie over de fundamentele arbeidsnormen. De Commissie heeft hierbij aangegeven dat zij, aangezien snelle ratificatie door alle EU-lidstaten van alle acht kernverdragen van de ILO een logisch uitvloeisel is van het commitment van de EU aan de bevordering van de fundamentele arbeidsnormen, op 15 september 2000 een aanbeveling aan de lidstaten heeft gericht betreffende de ratificatie van het meest recente kernverdrag van de ILO, namelijk het bovengenoemde Verdrag nr. 182 (deze aanbeveling is bekendgemaakt in PB L 243 van 28.9.2000).

⁷⁷ Deze vragen ontstaan vaak vanuit de wens de sociale bescherming en arbeidsomstandigheden van werknemers beter te waarborgen. Overigens is de doelstelling om werknemers sociale bescherming te bieden door het Hof van Justitie erkend als een dwingende eis van algemeen belang die nationale maatregelen die de uitoefening van een van de fundamentele vrijheden van het Gemeenschapsrecht beperken, kan rechtvaardigen (arrest van 17 december 1981 in zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3305; arrest van 3 februari 1982 in de gevoegde zaken 62/81 en 63/81, Seco en Desquenette & Giral, Jurispr. 1982, blz. 223; arrest van 27 maart 1990 in zaak C-113/89, Rush Portuguesa, Jurispr. 1990, blz. I-1417; arrest van 28 maart 1996 in zaak C-272/94, Guiot, Jurispr. 1996, blz. I-1905, en arrest van 23 november 1999 in de gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, Arblade, Jurispr. 1999, blz. I-8453).

plaatsen van overheidsopdrachten en waarvan moeilijk lijkt vast te stellen of zij hierop van toepassing zijn, met name in de uitvoeringsfase. Vooral over de toepassing van het arbeidsrecht en van de bescherming van de arbeidsvoorwaarden op werknemers die door een onderneming zijn uitgezonden om in een andere lidstaat een dienst te verrichten, worden veelvuldig vragen gesteld omdat in het bijzonder met deze voorwaarden rekening moet worden gehouden bij de voorbereiding van de inschrijvingen door de inschrijvers. Ook over de overname door de opdrachtnemer van (een deel van) de werknemers van de vorige opdrachtnemer worden in het kader van overheidsopdrachten veel vragen gesteld.

Daarnaast kan de beoordeling van de reikwijdte van de relevante sociale verplichtingen een belangrijke rol spelen bij de behandeling en de beoordeling van inschrijvingen die abnormaal laag lijken.

De Commissie zet in deze mededeling uiteen wat de reikwijdte van de relevante communautaire bepalingen en verplichtingen is die van bijzonder belang zijn bij de beantwoording van dergelijke vragen.

3.2 Vaststelling van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden

Voor de toepasselijke verplichte nationale, internationale en communautaire normen en regels op sociaal gebied moet onderscheid worden gemaakt tussen grensoverschrijdende situaties en overige situaties (die in beginsel als strikt nationaal kunnen worden beschouwd).

In “*nationale situaties*” moeten aanbestedende diensten, inschrijvers en aannemers als minimumnorm alle verplichtingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden naleven, inclusief die betreffende collectieve en individuele rechten, die voortvloeien uit de toepasselijke wetgeving op het gebied van arbeid, uit de jurisprudentie en/of uit collectieve overeenkomsten. Hierbij moet natuurlijk worden voldaan aan de voorwaarde dat deze verenigbaar zijn met de communautaire wetgeving en met de bepalingen en algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en met name met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

In *grensoverschrijdende situaties* moeten dienstverleners met name de in de ontvangende lidstaat geldende eisen naleven die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, waarbij het beginsel van gelijke behandeling niet mag worden geschonden (de catalogus van deze regels is “gecommunautariseerd” bij Richtlijn 96/71/EG, zie hierna punt 3.2.1.2).

In beide situaties kunnen ook gunstigere bepalingen voor de arbeidskrachten worden toegepast (en deze moeten dan dus ook worden nageleefd) mits deze verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht.

3.2.1 De grenzen die het Gemeenschapsrecht stelt aan de toepassing van nationale bepalingen

3.2.1.1 Het EG-Verdrag

Omdat ter zake dienende bepalingen alleen mogen worden toegepast als deze verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht, doet de vraag zich voor welke grenzen en beperkingen het Gemeenschapsrecht stelt.

Uit vaste jurisprudentie, die door het Hof is samengevat in het arrest Arblade⁷⁸, blijkt dat artikel 49 (ex artikel 59) van het EG-Verdrag niet alleen de afschaffing verlangt van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking - ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverleners en dienstverleners uit andere lidstaten - die de werkzaamheden van de dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verhindert, belemmert of minder aantrekkelijk maakt.⁷⁹ Overigens kan de vrijheid van dienstverrichting, ook als op dit gebied geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, als grondbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de ontvangende lidstaat werkzaam is, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverlener is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd.⁸⁰ De toepassing van de nationale regelgeving van een lidstaat op in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners moet bovendien zodanig zijn dat het nagestreefde doel wordt bereikt zonder dat verder wordt gegaan dan wat daarvoor noodzakelijk is.⁸¹

Tot de dwingende redenen van algemeen belang die het Hof reeds heeft erkend, behoren met name de bescherming van de werknemers,⁸² met inbegrip van werknemers in de bouwsector.⁸³ Een lidstaat zou daarentegen geen overwegingen van louter bestuurlijke aard kunnen inroepen om een afwijking van de communautaire regels te rechtvaardigen, zeker niet als dit ertoe leidt dat de uitoefening van een van de fundamentele vrijheden van het Gemeenschapsrecht wordt verhinderd of beperkt.⁸⁴ Benadrukt moet worden dat de dwingende redenen van algemeen belang die de materiële bepalingen van een regelgeving kunnen rechtvaardigen, tevens de noodzakelijke controlematregelen kunnen rechtvaardigen die nodig zijn om de naleving ervan te waarborgen.⁸⁵

⁷⁸ Arrest in bovengenoemde zaak Arblade, met name de overwegingen 33-39.

⁷⁹ Zie het arrest van 25 juli 1991 in zaak C-76/90, Säger, Jurispr. 1991, blz. I-4221, overweging 12; het arrest van 9 augustus 1994 in zaak C-43/93, Vander Elst, Jurispr. 1994, blz. I-3803, overweging 14; het arrest van 12 december 1996 in zaak C-3/95, Reisebüro Broede, Jurispr. 1996, blz. I-6511, overweging 25, het arrest van 9 juli 1997 in zaak C-222/95, Parodi, Jurispr. 1997, blz. I-3899, overweging 18; het eerdergenoemde arrest Webb, overweging 17 en eveneens overweging 10 van het bovengenoemde Guiot arrest.

⁸⁰ Zie met name het arrest van 17 december 1981 in zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3305, overweging 17; het arrest van 26 februari 1991 in zaak C-180/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1991, blz. I-709, overweging 17; het arrest van dezelfde datum in zaak C-198/89, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1991, blz. I-727, overweging 18; het eerdergenoemde arrest Säger, overweging 15; het eerdergenoemde arrest Vander Elst, overweging 16, en het eerdergenoemde arrest Guiot, overweging 11.

⁸¹ Zie met name het bovengenoemde arrest Säger, overweging 15; het arrest van 31 maart 1993 in zaak C-19/92, Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, overweging 32; het arrest van 30 november 1995 in zaak C-55/94, Gebhard, Jurispr. 1995, blz. I-4165, overweging 37, en het bovengenoemde arrest Guiot, overwegingen 11 en 13.

⁸² Zie het eerdergenoemde arrest Webb, overweging 19; het arrest Rush Portuguesa, Jurispr. 1990, blz. I-1417, overweging 18 en eveneens het arrest Seco & Desque'ne, overweging 14

⁸³ Zie het eerdergenoemde arrest Guiot, overweging 16.

⁸⁴ Zie met name het arrest van 26 januari 1999 in zaak C-18/95, Terhoeve, Jurispr. 1999, blz. I-345, overweging 45.

⁸⁵ Zie het eerdergenoemde arrest Rush Portuguesa, overweging 18, en het eerdergenoemde arrest Arblade, overwegingen 61, 62, 63 en 74. Hoewel het Hof in het laatstgenoemde arrest het belang van de sociale bescherming van werknemers heeft bevestigd en heeft verklaard dat bepaalde controlematregelen die

De uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die niet is aangesloten bij de nationale CAO die van toepassing is in de bedrijfstak in het land van de aanbestedende dienst, druist niet alleen in tegen de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten, maar vormt ook een inbreuk op het vrij verrichten van diensten en, in voorkomend geval, op het recht van vestiging.⁸⁶

3.2.1.2 Bepalingen van afgeleid recht die in het bijzonder van belang zijn voor overheidsopdrachten

Richtlijn 96/71/EG (“terbeschikkingstelling van werknemers”)

Volgens de jurisprudentie van het Hof⁸⁷ belet het Gemeenschapsrecht de lidstaten niet om de werkingssfeer van hun wetgeving of de door de sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten, met name de afspraken inzake het minimumloon, uit te breiden tot iedere persoon die op hun grondgebied arbeid in loondienst verricht, zelfs tijdelijk, ongeacht het land van vestiging van de werkgever.

Voortbouwend op deze jurisprudentie van het Hof en op de toepasselijke bepalingen van het Verdrag van Rome van 1980⁸⁸ strekt Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van een dienstverlening ertoe de wetgevingen van de lidstaten te coördineren, zodanig dat de dwingende regels van algemeen belang worden "gecommunautariseerd" en de "opties" van de lidstaten in communautaire verplichtingen worden omgezet wanneer het om grensoverschrijdende gevallen gaat. Deze gemeenschapsmaatregel streeft ernaar zowel de fundamentele vrijheden van het Verdrag als de bescherming van werknemers te waarborgen. Daarbij beoogt het meer rechtszekerheid te geven aan de ondernemingen die als dienstverlener optreden en aan de werknemers die ter beschikking worden gesteld in het kader van het vrij verrichten van diensten. Op het vlak van het communautaire arbeidsrecht betekent deze richtlijn een belangrijke bescherming van de werknemers. Daartoe omvat zij een gemeenschappelijke lijst van minimale beschermingsmaatregelen die in de ontvangende lidstaat moeten worden nageleefd door de werkgevers die werknemers in de bovengenoemde gevallen ter beschikking stellen. Deze richtlijn waarborgt tevens dat voor alle inschrijvers op overheidsopdrachten gelijke spelregels gelden en dat juridische helderheid bestaat over de elementen waarmee rekening moet worden gehouden bij de voorbereiding van inschrijvingen.

Deze kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming van arbeiders is gebaseerd op wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten die

noodzakelijk zijn om de naleving van deze bescherming te verzekeren, rechtmatig zijn, heeft zij eraan toegevoegd dat deze controlemaatregelen slechts konden worden toegelaten “vooral daar tussen de lidstaten geen georganiseerd systeem van samenwerking en informatie-uitwisseling in de zin van artikel 4 van richtlijn 96/71 bestaat” (zie overweging II.3.2). Het in deze richtlijn bedoelde georganiseerde systeem van samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de lidstaten kan dus bepaalde controlemaatregelen overbodig maken na de uiterste datum voor de omzetting van deze richtlijn (16 december 1999). Zie ook het antwoord op schriftelijke vraag E-00/0333 van mevrouw B. Weiler.

⁸⁶ Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal in zaak C-493/99, Commissie/Duitsland, van 5 april 2001.

⁸⁷ Met name in het arrest van 27 maart 1990 in bovengenoemde zaak Rush Portuguesa, overweging 18.

⁸⁸ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PB L 266 van 9.10.1980.

algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van de richtlijn en betreft de volgende zaken:

- maximale werk- en minimale rustperioden;
- minimum aantal betaalde vakantiedagen;
- minimumlonen;
- voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;
- veiligheid, gezondheid en hygiëne op het werk;
- beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, van kinderen en jongeren;
- gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

Opgemerkt zij dat de richtlijn bepaalt dat de regels van de collectieve arbeidsovereenkomsten die algemeen verbindend zijn verklaard⁸⁹, verplicht moeten worden toegepast in de bouwsector. Het staat de lidstaten vrij de toepassing van deze regels ook tot andere sectoren uit te breiden. De regels die zijn neergelegd in wettelijke bepalingen, zijn in alle sectoren van toepassing.

De richtlijn inzake de “terbeschikkingstelling van werknemers” introduceert zo bepaalde “sociale voorwaarden” in de verhouding tussen een dienstverlener die actief is in een lidstaat, en de ontvanger van een dienstverlening, die een overheidsinstantie kan zijn, in een andere lidstaat (ontvangende lidstaat). De dienstverlener die zijn werknemers in de ontvangende lidstaat ter beschikking stelt, moet een reeks minimale bepalingen van het in die lidstaat geldende arbeidsrecht in acht nemen.

Richtlijn 2001/23/EG (Behoud van de rechten van de werknemers bij de “overgang van ondernemingen”)

De overname door een onderneming van bepaalde activiteiten die tot op dat moment door een andere onderneming werden uitgevoerd als gevolg van de gunning van een overheidsopdracht, kan onder het toepassingsgebied van de richtlijn “overgang van ondernemingen” vallen. Een dergelijke overgang kan namelijk plaatsvinden bij de

⁸⁹ In artikel 3 van de richtlijn “terbeschikkingstelling van werknemers” wordt verduidelijkt wat moet worden verstaan onder collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechtelijke uitspraken “die algemeen verbindend zijn verklaard” (artikel 3, lid 1, en artikel 3, lid 8). Bij de toepassing van deze collectieve arbeidsovereenkomsten moet echter steeds het beginsel van de gelijke behandeling, zoals dat in de laatste alinea van het genoemde artikel is gedefinieerd, in acht worden genomen. Er is sprake van gelijke behandeling in de zin van deze bepaling “wanneer de nationale ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden op de plaats van de activiteit of in de betrokken bedrijfstak ten aanzien van de in lid 1, eerste alinea, vermelde aangelegenheden, onderworpen zijn aan dezelfde verplichtingen als de ondernemingen die bij de terbeschikkingstellingen zijn betrokken” en zij “met dezelfde gevolgen aan deze verplichtingen moeten voldoen”.

gunning van opdrachten voor openbare dienstverlening,⁹⁰ in het kader van het privatiseringsproces in een sector waarbij een entiteit bij de verlening van een administratieve concessie in andere handen overgaat⁹¹, of naar aanleiding van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, zoals bij de aanbesteding van een opdracht voor dienstverlening.⁹²

De toepasselijke communautaire richtlijn⁹³ strekt ertoe de continuïteit van de bestaande arbeidsverhoudingen te garanderen voor iedere persoon die als werknemer bescherming geniet uit hoofde van de nationale arbeidswetgeving,⁹⁴ ongeacht de aard van zijn aanstelling.⁹⁵

Om te bepalen of de richtlijn “overgang van ondernemingen” in zulke gevallen van toepassing is en met name of er een overgang in de zin van deze richtlijn plaats heeft, is het van essentieel en doorslaggevend belang vast te stellen of de economische entiteit in kwestie haar identiteit ook na de overgang heeft behouden.⁹⁶ Dit is het geval wanneer bijvoorbeeld de werkzaamheden effectief worden voortgezet of overgenomen.⁹⁷ Het begrip entiteit verwijst op die manier naar een georganiseerd en duurzaam geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.⁹⁸ Om vast te stellen of de voorwaarden voor de overgang van een economische entiteit zijn vervuld, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. Deze factoren vormen evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen om die reden niet elk afzonderlijk worden beoordeeld door de nationale rechter, tot wiens bevoegdheid een dergelijk onderzoek behoort.⁹⁹

Ondanks het feit dat het niet afsluiten van een overeenkomst tussen de vervreemder (de oude opdrachtnemer) en de verkrijger (de nieuwe opdrachtnemer) een aanwijzing kan vormen voor het feit dat er geen overgang in de zin van de richtlijn heeft plaatsgevonden, is het ontbreken van enige contractuele band tussen deze twee

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld het Voorstel voor een verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare-diensteisen en de gunning van openbare-dienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren van 26 juli 2000, COM(2000) 7, met name artikel 9, lid 3.

⁹¹ Arrest van 14 september 2000 in zaak C-343/98, Collino, betreffende de overdracht onder bezwarende titel in de vorm van een administratieve concessie door een entiteit die belast is met de exploitatie van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van het publiek (en wordt beheerd door een overheidsinstelling die deel uitmaakt van het staatsbestuur), aan een privaatrechtelijke vennootschap die is opgericht door een andere overheidsinstelling die het gehele kapitaal daarvan in handen heeft.

⁹² Arrest van 25 januari 2001 in zaak C-172/99, Oy Liikenne, betreffende de exploitatie van buslijnen.

⁹³ Bovengenoemde Richtlijn 2001/23/EG.

⁹⁴ Zie het arrest van 11 juli 1985 in zaak 105/84, Danmols Inventar, het arrest van 19 mei 1992 in zaak C-29/91, Sophie Redmond Stichting en het arrest van 10 december 1998 in de gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96, Sanchez Hidalgo e.a.

⁹⁵ Zie de eerdergenoemde zaak Collino.

⁹⁶ Arrest van 14 april 1994 in zaak C-392/92, Schmidt; arrest van 19 september 1995 in zaak C-48/94, Rygaard, en arrest van 26 september 2000 in zaak C-175/99, Mayeur.

⁹⁷ Arrest van 18 maart 1986 in zaak 24/85, Spijkers; arrest van 11 maart 1997 in zaak C-13/95, Süzen; en arrest van 10 december 1998 in de gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Hernández Vidal; alsook het arrest van 2 december 1999 in de eerdergenoemde zaken C-234/98, Allen e.a. en Oy Liikenne.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld de eerdergenoemde zaken Süzen, Hidalgo e.a., Allen e.a. en Oy Liikenne.

⁹⁹ Zie de eerdergenoemde zaken Spijkers, Süzen, Sanchez Hidalgo e.a. en Hernández Vidal.

hierbij niet van doorslaggevend belang.¹⁰⁰ De richtlijn is van toepassing in alle gevallen waarbij, in het kader van contractuele verhoudingen, een verandering van de natuurlijke of rechtspersoon plaatsvindt die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die daarom als zodanig als werkgever verplichtingen aangaat ten aanzien van de werknemers van de onderneming.¹⁰¹

Zoals in het recente arrest in de zaak *Oy Liikenne*¹⁰² wordt bevestigd, het feit dat de overgang plaatsvindt volgend op een openbare aanbestedingsprocedure doet geen specifieke problemen rijzen voor wat betreft de toepassing van de richtlijn “overgang van ondernemingen”. Bovendien zijn de twee richtlijnen met elkaar verenigbaar, rekening houdend met hun doelstellingen.¹⁰³ Uit de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot overheidsopdrachten blijkt verder ook dat de aanbestedende diensten de verplichting hebben om de inschrijvers op de hoogte te stellen van alle voorwaarden die zullen gelden voor de uitvoering van een opdracht, zodat zij daarmee rekening kunnen houden bij het opstellen van hun inschrijving. Zo moet een inschrijver kunnen beoordelen of hij, als zijn inschrijving wordt aanvaard, er belang bij heeft een belangrijk deel van de activa van de huidige opdrachtnemer over te kopen en diens personeel geheel of ten dele over te nemen, dan wel of hij verplicht zal zijn dat te doen. In dergelijk geval zou hij in staat moeten zijn te kunnen beoordelen of er eventueel sprake zal zijn van overgang van een onderneming in de zin van richtlijn 2001/23/EG.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Arrest van 10 februari 1988 in zaak C-324/86, *Tellerup* (“Daddy's Dance Hall”), en de eerdergenoemde zaken *Süzen*, *Hidalgo e.a.*, *Mayeur* en *Oy Liikenne*.

¹⁰¹ Arresten in eerdergenoemde zaken *Tellerup Süzen*, *Hidalgo e.a.*, *Mayeur* en *Oy Liikenne*. De richtlijn is bovendien ook van toepassing bij een eenzijdig door het publieke lichaam of gemeente genomen beslissing tot overdracht [arrest van 19 mei 1992 in zaak C-29/91, *Sophie Redmond Stichting*]. Verder sluit de omstandigheid dat de overgedragen dienst door een publiekrechtelijk lichaam, zoals een gemeente, in concessie is gegeven, de toepassing van de richtlijn niet uit indien de betrokken activiteit geen deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag [eerdergenoemde zaken *Collino* (overweging 32) en *Hidalgo e.a.* (overweging 24)]. Een reorganisatie van de structuren van openbare lichamen of de overgang van bestuurstaken tussen openbare lichamen vormen daarentegen geen overgang van een onderneming [arrest van 15 oktober 1996 in zaak C-298/94, *Henke*; cf. eerdergenoemde zaak *Mayeur*].

¹⁰² Zie in het bijzonder overwegingen 21 en 22.

¹⁰³ Zie ook de conclusies van Advocaat-Generaal Léger in eerdergenoemde zaak C-172/99, met name de overwegingen 28 tot 37; cf. overweging 22 van het arrest.

¹⁰⁴ Eerdergenoemd arrest *Oy Liikenne*, overweging 23.