



Datum van  
inontvangstneming

:

17/04/2014

**Zaak C-115/14**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

11 maart 2014

**Verwijzende rechter:**

Oberlandesgericht Koblenz (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

19 februari 2014

**Verzoekster:**

RegioPost GmbH & Co. KG

**Verweerster:**

Stadt Landau in der Pfalz

---

**OBERLANDESGERICHT**

**KOBLENZ**

**BESCHIKKING**

**In de zaak**

betreffende de plaatsing van de overheidsopdracht voor de levering van „postdiensten ten behoeve van de Stadt Landau in der Pfalz”,

tussen:

1.

RegioPost GmbH & Co. KG, (omissis) Ludwigshafen

appellante, tevens **verzoekster**

(omissis)

2.

Stadt Landau in der Pfalz (omissis)

aanbestedende dienst en **verweerster**

**[Or. 2]** (omissis)

3.

PostCon Deutschland GmbH, (omissis) Berlijn

**in het geding geroepen partij sub 1**

(omissis)

4.

Deutsche Post AG, (omissis) Bonn

**in het geding geroepen partij sub 2**

(omissis)

heeft de kamer voor aanbestedingszaken (Vergabesenat) van het Oberlandesgericht Koblenz (omissis) ter terechtzitting van 19 februari 2014 het volgende beslist:

- I. De beroepsprocedure wordt opgeschort.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
  1. Moet artikel 56, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) juncto artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die aanbestedende overheidsdiensten dwingend voorschrijft opdrachten uitsluitend te gunnen aan ondernemingen die zich, evenals hun onderaannemers, **[Or. 3]** bij de indiening van hun inschrijving er schriftelijk toe verbinden hun met de uitvoering van de opdracht belaste werknemers een door de staat vastgesteld minimumloon te betalen – dat evenwel slechts geldt voor overheids- maar niet voor particuliere opdrachten – wanneer er noch een algemeen wettelijk minimumloon bestaat noch een algemeen verbindende collectieve arbeidsovereenkomst waaraan de potentiële opdrachtnemer en zijn eventuele onderaannemers gehouden zijn?

2

2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet het Unierecht op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten, inzonderheid artikel 26 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als § 3, lid 1, derde volzin, van het LTTG, dat in de verplichte uitsluiting van een inschrijving voorziet indien een marktdeelnemer zich niet reeds bij de indiening van zijn inschrijving in een aparte verklaring verbindt tot een handelwijze waartoe hij na de gunning van de opdracht ook zonder het afleggen van een dergelijke verklaring contractueel zou zijn verplicht?

**Motivering:**

1. Het Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (wet ter waarborging van de naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten en het minimumloon bij de plaatsing van overheidsopdrachten – LTTG) van de deelstaat Rijnland-Palts van 1 december 2010 omvat regelingen die volgens de wetgever noodzakelijk zijn om ervoor te zorgen dat ondernemingen waaraan een overheidsopdracht wordt gegund, aan de bij de uitvoering van de opdracht ingezette werknemers een minimumloon betalen dat door de staat wordt vastgesteld en dat alleen van toepassing is wanneer de opdracht in de deelstaat Rijnland-Palts wordt geplaatst. **[Or. 4]**

§ 3, lid 1, LTTG luidt:

„Voor zover de naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten niet op grond van § 4 verplicht kan worden gesteld, mogen overheidsopdrachten alleen worden gegund aan ondernemingen die zich bij de indiening van hun inschrijving er schriftelijk toe verbinden hun werknemers bij de uitvoering van de opdracht een loon van minimaal 8,50 euro (bruto) per uur (minimumloon) te betalen en wijzigingen van het minimumloon die bij verordening van de deelstaatregering als bedoeld in lid 2 worden vastgesteld, gedurende de uitvoering van de opdracht op het loon van de werknemers toe te passen.

De eerste volzin geldt niet voor de werkzaamheden verricht door leerlingwerknemers.

Indien de verklaring inzake de naleving van het minimumloon bij de indiening van de inschrijving ontbreekt en ook na een desbetreffend verzoek niet wordt overgelegd, wordt de inschrijving van de beoordeling uitgesloten.

Indien de dienst overeenkomstig § 4, lid 5, modelverklaringen inzake de naleving van het minimumloon heeft bekendgemaakt, kunnen deze worden gebruikt.”

Krachtens een wijzigingsverordening van de deelstaatregering van 11 december 2012 bedraagt het minimumloon in Rijnland-Palts thans 8,70 euro per uur.

De leden 1 en 2 van § 4 LTTG, waarnaar in § 3, eerste volzin, LTTG wordt verwezen, luiden als volgt:

„(1) Overheidsopdrachten die vallen onder het Arbeitnehmer-Entsendegesetz van 20 april 2009 (wet op de terbeschikkingstelling van werknemers, BGBl. I, blz. 799; hierna: ‚AEntG’), mogen alleen aan ondernemingen worden gegund die zich bij de indiening van hun inschrijving schriftelijk ertoe verbinden hun werknemers bij de uitvoering van de opdracht een loon te betalen dat naar de hoogte en de voorwaarden ervan ten minste in overeenstemming is met de vereisten van de collectieve arbeidsovereenkomst waaraan de onderneming op grond van het Arbeitnehmer-Entsendegesetz gehouden is.

(2) Overheidsopdrachten die vallen onder het Mindestarbeitsbedingungengesetz (wet tot vaststelling van minimumarbeidsvoorwaarden; hierna: ‚MiArbG’) (omissis) [Or. 5], mogen alleen aan ondernemingen worden gegund die zich bij de indiening van hun inschrijving schriftelijk ertoe verbinden hun werknemers bij de uitvoering van de opdracht een loon te betalen dat naar de hoogte en de voorwaarden ervan ten minste in overeenstemming is met de vereisten van de op grond van § 4, lid 3, MiArbG vastgestelde verordening waaraan de onderneming op grond van het Mindestarbeitsbedingungengesetz gehouden is.”

Een inschrijver die van de diensten van onderaannemers gebruik wil maken, moet overeenkomstig § 5, lid 2, LTTG waarborgen dat deze eveneens het minimumloon als bedoeld in § 3, lid 1, LTTG betalen, en moet desbetreffende verklaringen van elke onderaannemer indienen. Deze regel vindt overeenkomstige toepassing wanneer een inschrijver of een onderaannemer uitzendkrachten inzet om een opdracht uit te voeren.

Volgens § 7 LTTG moet in de overeenkomst tussen de aanbestedende overheidsdienst en de opdrachtnemer worden bepaald dat bij elke verwijtbare schending van de verplichtingen van § 3, lid 1, LTTG een boete ter hoogte van 1 % van de waarde van de gegunde opdracht is verschuldigd; bij meerdere schendingen mogen de boetes in totaal niet meer dan 10 % van de waarde van de opdracht bedragen. De opdrachtnemende onderneming moet tevens worden verplicht tot betaling van een boete indien die verplichtingen door een onderaannemer worden geschonden en de opdrachtnemende onderneming hiervan kennis had of had moeten hebben.

§ 3 LTTG en de op dit voorschrift gebaseerde nadere regelingen zijn echter niet van toepassing op potentiële opdrachtnemers die actief zijn in een sector die is vermeld in § 4 van het – tot omzetting van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten

vastgestelde – Bundesgesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (AEntG), en die overeenkomstig § 5 van het Tarifvertragsgesetz (wet op de collectieve arbeidsovereenkomst; hierna: „TVG”) of § 7 AEntG verplicht zijn hun werknemers een loon te betalen dat in overeenstemming is met een algemeen verbindend verklaarde sectorale cao. In deze gevallen is § 4, lid 1, LTTG van toepassing. **[Or. 6]**

De sector briefpostdiensten is vermeld in § 4, punt 3, AEntG. Weliswaar werd een op 29 november 2007 tussen de werkgeversorganisatie Postdienste e.V. en de vakbond Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) gesloten cao betreffende minimumlonen voor de sector briefpostdiensten bij de krachtens § 7 AEntG juncto § 5 TVG vastgestelde Postmindestlohnverordnung van 29 december 2007 verbindend verklaard voor alle werkgevers en werknemers die niet bij de cao zijn aangesloten, zodat zij overeenkomstig § 3 AEntG ook zou moeten gelden voor arbeidsovereenkomsten tussen een in het buitenland gevestigde werkgever en zijn in Duitsland ingezette werknemers. In zijn arrest van 28 januari 2010 (omissis) heeft het Bundesverwaltungsgericht de Postmindestlohnverordnung echter nietig verklaard. Bij ontstentenis van een vervangende regeling bestaat er thans voor postdiensten geen algemeen verbindende cao.

Er bestaat in Duitsland (momenteel) geen op het Mindestarbeitsbedingungengesetz gebaseerd algemeen wettelijk minimumloon dat door ondernemingen moet worden betaald ongeacht of de opdrachtgever een overheidsdienst of een particuliere onderneming is, en waardoor § 3, lid 1, LTTG niet-toepasselijk zou zijn.

2. Op 23 april 2013 heeft de aanbestedende dienst een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de sluiting van een raamovereenkomst betreffende het ophalen, vervoeren en bezorgen van brieven, pakjes en pakketten. De opdracht is onderverdeeld in twee percelen (perceel 1: bezorging zonder betekening; perceel 2: betekening). De beoogde looptijd van de raamovereenkomst bedraagt twee jaar, waarbij de aanbestedende dienst de looptijd door middel van een eenzijdige verklaring twee keer met telkens een jaar kan verlengen.

Reeds in de aankondiging van de opdracht op Unieniveau werden gegadigden gewezen op het feit dat de opdrachtnemer aan „de bepalingen van het Landesgesetz zur Schaffung tariftreurechtlicher Regelungen van de deelstaat Rijnland-Palts [Landestariftrüegesetz (LTTG) van 1 december 2010]” moet voldoen.

In de aanbestedingstukken is als bijlage E 6 een „*Mustererklärung nach § 3 Abs. 1 LTTG*” (modelverklaring overeenkomstig § 3, lid 1, LTTG) opgenomen, die onder meer de volgende tekst bevat:

„Ik/wij verbind(en) mij/ons ertoe: [Or. 7]

1. de werknemers bij de uitvoering van de opdracht ten minste het volgens de geldende deelstaatverordening tot vaststelling van het minimumloon als bedoeld in § 3, lid 2, derde volzin, LTTG verschuldigde (bruto) uurloon te betalen. Dit geldt niet voor de werkzaamheden verricht door leerlingwerknemers;
2. onderaannemers zorgvuldig te selecteren en inzonderheid na te gaan of de berekening van hun offerten strookt met het te betalen minimumloon;
3. ingeval de opdracht wordt uitgevoerd door onderaannemers of uitzendkrachten dan wel uitzendkrachten die door een onderaannemer zijn ingehuurd, de nakoming van de verplichtingen van § 4, lid 1, LTTG of, indien van toepassing, § 3, lid 1, LTTG te waarborgen en aan de aanbestedende overheidsdienst verklaringen van de onderaannemers en de uitzendbureaus inzake de naleving van het minimumloon en cao's te overleggen;
4. volledige en verifieerbare documentatie over de ingezette werknemers ter beschikking te houden, deze op verzoek aan de aanbestedende dienst over te leggen en de werknemers te wijzen op de mogelijkheid van controles door de aanbestedende dienst.”

De verklaring inzake de naleving van het minimumloon moet samen met de inschrijving worden ingediend. Het in de aanbestedingsstukken opgenomen „*Merkblatt für die Abgabe einer Tarifreueerklärung [...]*” (toelichting met betrekking tot de afgifte van een verklaring inzake de naleving van cao's) bevat onder punt 2 de volgende passage:

„Voor zover de naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten niet verplicht kan worden gesteld, moeten de ondernemingen zich er overeenkomstig § 3 LTTG toe verbinden, hun werknemers [...].

De betrokken ondernemingen kunnen voor de afgifte van hun verklaring inzake de naleving van het minimumloon gebruikmaken van modelverklaring nr. 3.”

Elders in die toelichting wordt inschrijvers verzocht bijlage E 6 samen met hun inschrijving in te dienen. In een voetnoot wordt hieraan toegevoegd:

„Naast de verklaring van de inschrijver moeten de eigen verklaringen worden ingediend van alle onderaannemers die door de inschrijver in de verklaring inzake subondernemers (bijlage E1) worden genoemd. Voor nadere informatie kunnen inschrijvers de toelichtingen bij het LTTG van het Landesamt für Soziales, Jugend und Versorgung des Landes Rheinland-Pfalz raadplegen op: <http://www.lsjv.rlp.de/arbeit-und-qualifizierung/landestarifreuegesetz-lttg/>.”

In de aan de aanbestedingsstukken gehechte conceptovereenkomst wordt onder meer vermeld dat de „bijzondere voorwaarden” van het LTTG met betrekking tot het minimumloon een integrerend deel zullen uitmaken van de overeenkomst.

3. Bij brief van haar raadsman van 16 mei 2013 maakte appellante bezwaar tegen de verplichting om verklaringen inzake de naleving van het minimumloon overeenkomstig § 3 LTTG in te dienen, die zij in strijd achtte met het aanbestedingsrecht. Nadat de aanbestedende dienst dit bezwaar naast zich neer had gelegd, diende appellante **[Or. 8]** binnen de gestelde termijn een inschrijving in. Voor elke genoemde onderaannemer voegde zij door haarzelf opgestelde verklaringen bij, waarbij omstreden is of zij inhoudelijk aan de vereisten van § 3 LTTG voldoen. Voor zichzelf heeft zij generlei verklaring inzake de naleving van cao's of het minimumloon overgelegd.

Per e-mail van 25 juni 2013 stelde de aanbestedende dienst appellante in de gelegenheid de modelverklaringen inzake § 3 LTTG binnen een termijn van 14 dagen alsnog in te dienen. Tegelijkertijd kondigde hij aan dat de offerte van appellante van de aanbestedingsprocedure werd uitgesloten indien zij niet aan dit verzoek voldeed.

Daarop herhaalde appellante bij brief van haar raadsman van 27 juni 2013 het door haar gemaakte bezwaar en kondigde zij aan in het geval van uitsluiting van haar inschrijving beroep te zullen instellen. Appellante diende geen verdere verklaringen in.

Bij een aankondiging van 11 juli 2013 deelde de aanbestedende dienst appellante mede dat haar inschrijving vanwege het ontbreken van de verklaringen inzake de naleving van het minimumloon als bedoeld in § 3 LTTG niet kon worden beoordeeld. Tegelijkertijd kondigde hij aan dat perceel 1 aan de in het geding geroepen partij sub 1 en perceel 2 aan de in het geding geroepen partij sub 2 zou worden gegund.

Appellante verzocht daarop op 15 juli 2013 om de inleiding van een beroepsprocedure. Naast het eerder aangevoerde argument dat § 3 LTTG niet van toepassing is, stelde zij dat de ervaring leert dat de in het geding geroepen partij sub 2 de bezorging van post met betekening in strijd met het mededingingsrecht tegen nettoprijzen zonder btw aanbiedt, hoewel de btw-vrijstelling van § 4 punt 11, sub b, van het Umsatzsteuergesetz (wet op de omzetbelasting) in dit geval niet geldt.

2. Bij besluit van 23 oktober 2013 heeft de Vergabekammer (administratieve beroepsinstantie inzake de plaatsing van overheidsopdrachten) het beroep verworpen: voor zover bezwaar wordt gemaakt tegen gedrag van de in het geding geroepen partij sub 2 dat in strijd zou zijn met het mededingingsrecht, is het beroep niet-ontvankelijk, aangezien appellante vóór de instelling van het beroep bezwaar had moeten maken tegen de beoogde gunning van perceel 2 aan de in het



geding geroepen partij sub 2, wegens vermeende inbreuk op het aanbestedingsrecht. Voor het overige achtte de Vergabekammer het beroep ongegrond, **[Or. 9]** omdat de inschrijving van appellante overeenkomstig § 19 EG, lid 2 en lid 3, sub a, van de Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (reglement betreffende overheidsopdrachten en -overeenkomsten, deel A; hierna: „VOL/A”) terecht van de aanbestedingsprocedure was uitgesloten vanwege het feit dat appellante de verklaringen inzake de naleving van het minimumloon, die rechtmatig van haar konden worden verlangd, niet heeft ingediend. Bovendien heeft appellante, doordat zij door haarzelf opgestelde verklaringen inzake de naleving van cao's heeft ingediend, de aanbestedingsstukken gewijzigd, wat een verdere uitsluitingsgrond oplevert (§ 19 EG, lid 3, sub d, VOL/A).

Verzoekster heeft tegen deze beslissing rechtstreeks beroep ingesteld.

## II.

De uitkomst van de hogere voorziening hangt ervan af of de aanbestedende dienst zich bij zijn beslissing om de inschrijving van appellante niet in aanmerking te nemen op § 3 LTTG kan beroepen, dan wel of deze bepaling niet-toepasselijk is wegens strijd met het Unierecht.

1. Het feit dat appellante door haarzelf opgestelde verklaringen heeft ingediend, volstaat op zichzelf niet om haar overeenkomstig § 3, lid 1, derde volzin, LTTG en/of § 19 EG, lid 3, sub a, VOL/A van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten. Volgens de wet zijn de inschrijver en zijn onderaannemers „slechts” verplicht de verklaringen inzake de naleving van het minimumloon als zodanig te deponeren. Noch in § 3, lid 1, derde volzin, LTTG noch in de aanbestedingsstukken is het gebruik van de modelverklaring op coherente en ondubbelzinnige wijze dwingend voorgeschreven.

2. Er behoeft geen uitspraak te worden gedaan over de vraag of de door appellante ingediende verklaringen van de onderaannemers inhoudelijk aan de vereisten van § 3 LTTG voldoen. Zelfs al is dit het geval, dwingt het ontbreken van een eigen verklaring van appellante overeenkomstig § 3, lid 1, derde volzin, LTTG tot uitsluiting van haar inschrijving. Indien de verklaringen van de onderaannemers niet volstaan, moet de inschrijving van appellante krachtens § 3, lid 1, derde volzin, LTTG (juncto § 5, lid 2, LTTG) worden uitgesloten op grond van het feit dat niet alle verklaringen inzake de naleving van het minimumloon die volgens de wet moeten worden ingediend, zijn overgelegd. **[Or. 10]**

3. § 3, lid 1, LTTG bevat een aanvullende (sociale) voorwaarde voor de uitvoering van de opdracht, die overeenkomstig artikel 26 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: „richtlijn

2004/18/EG”) alleen is toegestaan wanneer zij niet in strijd is met het overige Unierecht. De Vergabesenaat heeft ernstige twijfels over de verenigbaarheid van § 3, lid 1, LTTG met het Unierecht, maar acht zich ook in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van 3 april 2008 (Rüffert, C-346/06) niet in staat hierover zelf uitspraak te doen. De uitkomst van het geding hangt veeleer af van de wijze waarop het Unierecht wordt uitgelegd, en alleen het Hof is tot een dergelijke uitlegging bevoegd (artikel 267 VWEU).

a) Het feit dat appellante een binnenlandse onderneming is en dat ook de overige inschrijvers op het nationale grondgebied zijn gevestigd, staat de verwijzing niet in de weg. De vraag of een bepaling van nationaal recht verenigbaar is met het Unierecht of wegens onverenigbaarheid daarmee buiten toepassing moet blijven, is een rechtsvraag die rijst ongeacht de nationaliteit van de bij de aanbestedings- en de beroepsprocedure betrokken partijen.

b) Een nationale regeling inzake een minimumloon dat ook door een in Duitsland actieve maar in een andere lidstaat van de Unie gevestigde marktdeelnemer moet worden betaald, is geëigend – en waarschijnlijk ook bedoeld – om ondernemingen uit lidstaten met een lager loon- en prijsniveau legale voordelen in de concurrentie om overheidsopdrachten te ontnemen. Het benutten van dergelijke concurrentievoordelen is vaak absoluut noodzakelijk om structurele (locatie-)voordelen van binnenlandse ondernemingen te kunnen compenseren en zo toegang te krijgen tot de markt. Dit geldt ook voor marktdeelnemers uit de meeste lidstaten waar een algemeen minimumloon is ingevoerd, omdat dit op de daar heersende omstandigheden is afgestemd en in de oostelijke buurlanden van Duitsland, maar ook in Zuid-Europa ver onder de 8,70 euro per uur ligt. Een nationale regeling inzake een minimumloon vormt daarom voor marktdeelnemers uit andere EU-lidstaten, in het bijzonder (maar niet uitsluitend) bij arbeidsintensieve werkzaamheden als het bezorgen van post, een belemmering voor de toegang tot de markt. Aan potentiële opdrachtnemers die in een lidstaat zijn gevestigd waar het algemene loonniveau of het minimumloon [Or. 11] lager is dan in het binnenland, worden hierdoor bijkomende economische lasten opgelegd die in staat zijn de uitvoering van diensten door dergelijke opdrachtnemers te voorkomen, te belemmeren of minder aantrekkelijk te maken. Dit is in beginsel onverenigbaar met artikel 56, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

c) Het is de lidstaten echter niet in het algemeen verboden om een nationale arbeidsrechtelijke regeling uit te breiden tot werknemers uit andere lidstaten wanneer deze werkzaam zijn binnen het territoriale toepassingsgebied van de nationale regeling. Het Unierechtelijke kader voor een dergelijke uitbreiding wordt gevormd door 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 (hierna: „richtlijn 96/71/EG”). Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG kunnen lidstaten arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden die in hun wetgeving of in collectieve arbeidsovereenkomsten

zijn geregeld, ook tot werknemers uitbreiden die – zij het slechts tijdelijk – op hun grondgebied werkzaam zijn, ook al is hun werkgever in een andere lidstaat gevestigd.

d) De vraag is derhalve of § 3, lid 1, LTTG een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG is. De Senat neigt tot de opvatting dat dit niet het geval is.

Ten eerste is § 3, lid 1, LTTG geen wettelijke bepaling die werknemers op verbindende wijze een minimumbescherming biedt door de vaststelling van bepaalde arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden. Inzonderheid wordt bij deze bepaling geen enkele binnen- of buitenlandse werknemer een rechtstreeks recht op betaling van een minimumloon door zijn werkgever verleend. Alleen de aanbestedende overheidsdienst is adressaat van dit voorschrift. Het is de aanbestedende dienst „slechts” verboden een overheidsopdracht te gunnen aan een onderneming die zich niet ertoe verplicht aan de met de uitvoering ervan belaste werknemers een minimumloon te betalen. Pas bij de gunning komt een overeenkomst tot stand waaraan ook derden, namelijk de werknemers van de opdrachtnemer, rechten kunnen ontleen. Wanneer een aanbestedende overheidsdienst § 3, lid 1, LTTG niet naleeft of nalaat de verplichting inzake de betaling **[Or. 12]** van een minimumloon bij een aanbestedingsprocedure in overeenstemming met het aanbestedingsrecht ten uitvoer te leggen, kan een bij de opdrachtnemer werkzame werknemer niet eens aanspraak maken op betaling van een minimumloon op grond van een beding ten behoeve van derden.

Ten tweede heeft § 3, lid 1, LTTG alleen betrekking op de concurrentiefactor van de loonkosten voor zover het gaat om de mededinging naar overheidsopdrachten, zonder dat echter een nationaal geldende algemene arbeidsrechtelijke minimumnorm wordt vastgesteld. De plaatsing van opdrachten door natuurlijke of rechtspersonen die geen aanbestedende overheidsdienst in de zin van artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18/EG zijn, valt in het geheel niet onder de regeling. Er is geen sociale rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling, aangezien een werknemer die in het kader van een particuliere opdracht werkzaam is, niet minder bescherming verdient dan een persoon die bij de uitvoering van een overheidsopdracht wordt ingezet. Evenmin wordt de opdrachtnemer van een overheidsopdracht verplicht al zijn werknemers ten minste 8,70 euro per uur te betalen. Van een dergelijke contractuele verplichting is alleen sprake jegens degenen die ook daadwerkelijk bij de levering van de contractueel verschuldigde prestatie worden ingezet – wat overigens ook een afschrikkend effect op gegadigden uit lidstaten met een lager loon- en prijsniveau kan hebben omdat een van overheidswege opgelegde ongelijke behandeling voor onvrede op de werkvloer zorgt.

e) In Duitsland de vraag omstreden welke gevolgen het arrest Rüffert van het Hof van Justitie heeft voor § 3, lid 1, LTTG en vergelijkbare regelingen in andere deelstaten. Terwijl de één over minachting van het Hof door de wetgevers van de

deelstaten klaagt, huldigt de ander de opvatting dat het Hof mogelijkwijs geen bezwaren heeft tegen regelingen op het niveau van de deelstaten zoals § 3, lid 1, LTTG, omdat hierdoor bij wet ten minste de facto een minimumloon wordt vastgesteld, waarmee aan een van de belangrijkste eisen van het Hof wordt voldaan. Bovendien wordt de rechtspraak van het Hof over deze kwestie „*buitengewoon cryptisch*” en voor meer dan één uitleg vatbaar genoemd (omissis). In een advies met betrekking tot de vraag of de voorwaarden inzake het minimumloon van het Tarifreue-und Vergabegesetz van Noordrijn-Westfalen (TVgG-NRW) verenigbaar zijn met het Unierecht, stelt Prof. Dr. Däubler zich op het standpunt dat ook een tot overheidsopdrachten beperkte gedeeltelijke wettelijke werknemersbescherming [Or. 13] verenigbaar is met artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG, aangezien het daar voorgeschreven algemeen verbindende karakter uitdrukkelijk alleen betrekking heeft op cao's, en niet op wettelijke regelingen.

De Vergabesenat heeft ernstige twijfel aan de juistheid van deze opvatting. De vrijheid van dienstverrichting vormt een grondbeginsel van het Unierecht. Het kan slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de ontvangende lidstaat werkzaam is (arrest Hof van 25 oktober 2001, C-49/98 e.a., punt 31). De regeling van richtlijn 96/71/EG is alleen zinvol indien de (personele en geografische) toepassingsgebieden van wettelijke voorschriften en cao's op elkaar aansluiten, dat wil zeggen indien ook de wettelijke voorschriften een min of meer algemeen verbindend karakter hebben en juist geen onderscheid maken tussen werknemers die in het kader van overheidsopdrachten en werknemers die bij particuliere opdrachten worden ingezet. Het zou inconsequent zijn om enerzijds te verlangen dat sectorale cao's minimumnormen voor de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van alle (in de betrokken sector werkzame) werknemers waarborgen, maar anderzijds te volstaan met een wettelijke regeling die werknemers bevoorrecht die het geluk hebben dat zij bij een werkgever in dienst zijn die een overheidsopdracht heeft ontvangen, en bovendien worden ingezet bij de uitvoering van die opdracht. In plaats daarvan kan ook uit overweging 4 van richtlijn 96/71/EG worden afgeleid dat in het Unierecht geen onderscheid wordt gemaakt tussen particuliere en overheidsopdrachten.

De bewoordingen van artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71/EG zijn evenwel dienaangaande niet eenduidig, maar behoeven uitlegging. Daar een nationale rechter echter niet bevoegd is tot uitlegging van Unierecht, wordt de in het dictum sub 1 gestelde vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie.

5. Het antwoord op de tweede vraag is van belang voor het geval het Hof de eerste vraag ontkennend beantwoordt.

a) Artikel 26, eerste volzin, van richtlijn 2004/18/EG is uitsluitend tot de aanbestedende dienst gericht. Deze bepaling verleent de aanbestedende dienst het

recht om aanvullende voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht te stellen **[Or. 14]** en verplicht hem deze voorwaarden uiterlijk in het bestek van de opdracht (de aanbestedingsstukken) mee te delen aan de geïnteresseerde marktdeelnemers. Er zijn geen verdergaande regelingen, inzonderheid is er in richtlijn 2004/18/EG in dit verband geen sprake van een uitsluitingsgrond. Dat is consequent, aangezien er geen behoefte aan een verdergaande regeling van de plaatsing van overheidsopdrachten bestaat. Bij de aanvullende voorwaarden voor de uitvoering gaat het noch om geschiktheids- noch om gunningscriteria. In plaats daarvan wordt van de opdrachtnemer een handelen of nalaten verlangd dat niet noodzakelijk is om in de aankoopbehoeften van de aanbestedende dienst te voorzien, maar dat bij de uitvoering van de opdracht vereist is. Het gaat bijgevolg om contractuele elementen (contractuele bedingen) waarvoor geldt dat de aanbestedende dienst de naleving ervan pas na gunning van de opdracht – dus pas na afloop van de aanbestedingsprocedure – kan verlangen. Aangezien vóór dat tijdstip niet kan worden uitgemaakt of en op welke wijze de opdrachtnemer aan zijn contractuele verplichtingen voldoet, is het ook niet mogelijk om bij de beslissing over de gunning van de opdracht rekening te houden met de naleving van die verplichtingen. Op grond hiervan betwijfelt de Vergabesenaat sterk of het volgens Unierecht is toegestaan dat een nationale wetgever artikel 26 van richtlijn 2004/18/EG uitbreidt door inschrijvers op straffe van uitsluiting de verplichting op te leggen om een bepaalde verklaring af te geven, zoals dit het geval is met § 3, lid 1, LTTG.

b) De bezwaren van de Vergabesenaat worden versterkt door het feit dat de overeenkomstig § 3, lid 1, LTTG vereiste verklaring inzake de naleving van het minimumloon slechts een declaratoire waarde heeft. Desondanks is er voor het geval dat er geen verklaring wordt ingediend,

voorzien in de sanctie van uitsluiting van de inschrijving van de aanbestedingsprocedure. Elke uitsluiting van een inschrijving is echter ook een concurrentiebeperkende maatregel, die alleen met de grondbeginselen van het recht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten verenigbaar is wanneer er gegronde redenen voor die maatregel zijn. Volgens de Senaat is er geen sprake van een dergelijke reden.

Artikel 26 van richtlijn 2004/18/EG werd in nationaal recht omgezet bij § 97, lid 4, tweede volzin, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen beperkingen van de mededinging; hierna: „GWB”); volgens deze bepaling moeten de aanvullende voorwaarden voor de uitvoering in het bestek (als belangrijk onderdeel van de aanbestedingsstukken) worden opgenomen. Wanneer de aanbestedende dienst dergelijke bijzondere contractuele bedingen naar behoren in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen, worden zij door elke marktdeelnemer die een **[Or. 15]** onvoorwaardelijke inschrijving indient als verbindende voorwaarden erkend. Na gunning van de opdracht worden die voorwaarden bindende elementen van de gesloten overeenkomst en kan de aanbestedende dienst erop staan dat de opdrachtnemer daaraan voldoet. De

nakoming van die voorwaarden kan worden verzekerd door middel van het daarvoor bestemde civielrechtelijke instrumentarium, bijvoorbeeld in de vorm van een boete als bedoeld in § 7 LTTG. Indien een marktdeelnemer echter verklaart zich niet aan bepaalde contractuele bedingen te willen onderwerpen, is er geen sprake van een inschrijving die conform het aanbestedingsbericht is en in aanmerking komt voor gunning.

Hieruit volgt dat de verplichting van § 3, lid 1, eerste volzin, LTTG tot indiening van een verklaring inzake de naleving van het minimumloon enerzijds afhankelijk wordt gesteld van de opschortende voorwaarde van de gunning van de opdracht en anderzijds in wezen overbodig is. Het spreekt vanzelf dat de verplichting niet geldt voor alle afgewezen inschrijvers. De winnende inschrijver wordt bij gunning van de opdracht contractant en moet alleen al om die reden alle toepasselijke contractuele verplichtingen nakomen, met inbegrip van de aanvullende voorwaarden voor de uitvoering. Het feit dat de verlangde verklaring inzake de naleving van het minimumloon tevens pas werkzaam wordt bij vervulling van de opschortende voorwaarde, is juridisch niet van belang, aangezien ook zonder deze verklaring een overeenkomst, waarin een soortgelijke inhoud is opgenomen, tot stand zou komen.

[ondertekening, voor eensluidend gewaarmerkt]

(omissis)