

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/165165>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-25 and may be subject to change.

**JAR 2016/262 Gerechtshof Amsterdam, 27-06-2016, 200.185.215/01,
ECLI:NL:GHAMS:2016:3927 Verkrijger van vervoersopdracht hoeft
betrokken werknemers geen baanaanbod te doen, Sluiten van
overbruggingsovereenkomst is geen aanbesteding**

Wetsbepaling(en): [BW BOEK 6 artikel 119](#), [BW BOEK 6 artikel 162](#), [BW BOEK 7 artikel 663](#),
[Aanbestedingswet 2012 artikel 2.32](#), [Aanbestedingswet 2012 artikel 4.15](#)

**Ook gepubliceerd
in:** [ECLI:NL:GHAMS:2016:3927](#), [AR-Updates.nl 2016-1108](#)



Aflevering 2016 afl. 15
College Gerechtshof Amsterdam
Datum 27 juni 2016
Rolnummer 200.185.215/01
Rechter(s) mr. Van der Meer
mr. Aarts
mr. Boot
Partijen 1. Zorgvervoercentrale Nederland BV te Rotterdam,
2. BIOS Personenvervoer BV te Rotterdam,
appellanten,
advocaten: mr. K. van Kranenburg-Hanspians te Amsterdam en mr. P.F.C. Heemskerk,
advocaat te Rotterdam,
tegen
1. Gemeente Alkmaar te Alkmaar,
2. Gemeente Bergen te Alkmaar,
3. Gemeente Castricum te Castricum,
4. Gemeente Heerhugowaard te Heerhugowaard,
5. Gemeente Heiloo te Heiloo,
6. Gemeente Langedijk te Zuid-Scharwoude,
7. Gemeente Uitgeest te Uitgeest,
procesadvocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,
behandelend advocaat: mr. J. Tophoff, advocaat te Alkmaar,
8. Connexion Taxi Services BV te IJsselmuiden,
advocaat: mr J.F. van Nouhuys te Rotterdam,
geïntimeerden.
Noot *mr. drs. I. Lintsen*
Trefwoorden Verkrijger van vervoersopdracht hoeft betrokken werknemers geen baanaanbod te doen,
Sluiten van overbruggingsovereenkomst is geen aanbesteding
BW Boek 6 - 119
BW Boek 6 - 162
Regelgeving BW Boek 7 - 663
Aanbestedingswet 2012 - 2.32 onder c
Aanbestedingswet 2012 - 4.15 lid 2

**JAR 2016/262 Gerechtshof Amsterdam, 27-06-2016, 200.185.215/01,
ECLI:NL:GHAMS:2016:3927**

Verkrijger van vervoersopdracht hoeft betrokken werknemers geen baanaanbod te doen, Sluiten van overbruggingsovereenkomst is geen aanbesteding

»Samenvatting

Zeven gemeenten hebben de aanbesteding Regiotaxi Noord-Kennemerland voorlopig gegund aan Connexxion. Het vervoer werd tot 1 januari 2016 verzorgd door ZCN. De gemeenten hebben eind 2015 met Connexxion de Vervoersovereenkomst Regiotaxi Noord-Kennemerland gesloten (hierna: de Overbruggingsovereenkomst) voor de periode van 1 januari 2016 tot 1 april 2016. Aan deze overeenkomst is geen openbare aanbesteding voorafgegaan. De aanbesteding is definitief vergund aan Connexxion per 1 april 2016. Op grond van de regeling “Overgang personeel bij overgang vervoerscontracten” (hierna: OPOV-regeling) uit de CAO Taxivervoer 2014-2015 bestaat de verplichting voor de verkrijgende partij om aan 75% van de betrokken werknemers van de zittende vervoerder een schriftelijk baanaanbod te doen. Connexxion heeft dit niet gedaan. In eerste aanleg heeft ZCN gevorderd om de gemeenten en Connexxion te verbieden uitvoering te geven aan de Overbruggingsovereenkomst en hen te verplichten een zodanige voorziening te treffen dat de OPOV-regeling voor de periode tot 1 april 2016 wordt nagekomen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. ZCN heeft hoger beroep ingesteld.

Het hof oordeelt dat het sluiten van de Overbruggingsovereenkomst niet onrechtmatig was, mede omdat er tot op heden door ZCN geen vernietigingsprocedure in de zin van art. 4.15 lid 2 onderdeel a AW 2012 is gestart om de Overbruggingsovereenkomst te vernietigen. Blijkens het bepaalde in art. 2.1. van de OPOV is deze regeling van toepassing op vervoerscontracten die worden aanbesteed en waarbij de waarde van de opdracht per contractjaar groter is dan of gelijk is aan € 300.000,= exclusief BTW. De Overbruggingsovereenkomst is niet openbaar aanbesteed, zodat reeds daarom de OPOV-regeling niet van toepassing kan worden geacht. Connexxion was daarom ook niet gehouden de OPOV-regeling toe te passen in de periode 1 januari 2016-1 april 2016. Ook hebben de gemeenten jegens ZCN niet onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig gehandeld. Een verplichting om de OPOV-regeling toe te passen voor de periode van de Overbruggingsovereenkomst kan niet worden aangenomen, zodat de gemeenten niet hebben bijgedragen aan enige vorm van niet-nakoming van de uit de geldende cao voortvloeiende verplichtingen. Het vonnis van de voorzieningenrechter wordt bekrachtigd.

NB. Overdracht van een concessie kan overgang van onderneming vormen, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Veelal geldt er een specifieke regeling op grond waarvan de verkrijgende partij (een deel van) het personeel in dienst moet nemen. Zie ook HR, «JAR» 2012/188 en Hof Amsterdam, «JAR» 2010/147. De verplichtingen van partijen worden dan in beginsel bepaald door de inhoud van deze regeling.

beslissing/besluit

»Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

2. Feiten

Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. De Gemeenten hebben op 20 augustus 2015 een Europese aanbesteding georganiseerd betreffende het uitvoeren van “het collectief vraag afhankelijk vervoer per 1 januari 2016 voor geïndiceerde reizigers vanuit de deelnemende gemeenten in de regio Noord-Kennemerland”. De noodzaak hiertoe was gelegen in de omstandigheid dat de provincie Noord-Holland dit vervoer per die datum beëindigde. Het hier bedoelde vervoer werd tot 1 januari 2016 verzorgd door ZCN.

2.2. Op 16 oktober 2015 is de opdracht op basis van de openbare aanbesteding voorlopig gegund aan Connexxion.

2.3. ZCN heeft zich met die voorlopige gunning niet kunnen verenigen en heeft op 6 november 2015 bij de voorzieningenrechter te Haarlem een voorziening gevraagd primair gericht op het doen intrekken van de voorlopige gunningsbeslissing en een herbeoordeling van de inschrijvingen. In deze zaak is op 17 december 2015 uitspraak gedaan, waarbij alle vorderingen van ZCN c.s. zijn afgewezen. Van dit vonnis is geen beroep ingesteld.

2.4. De Gemeenten hebben op 18 november 2015 een aanbieding van Connexxion tot het tijdelijk verrichten van vervoer voor de periode 1 januari 2016 tot 1 april 2016 aanvaard en daartoe de Vervoersovereenkomst Regiotaxi Noord-Kennemerland gesloten (hierna ook genoemd: de Overbruggingsovereenkomst). Hier is geen openbare aanbesteding aan vooraf gegaan.

2.5. Bij brief van 4 januari 2016 hebben de Gemeenten aan Connexxion doen weten dat de aanbesteding Regiotaxi Noord-Kennemerland definitief is vergund per 1 april 2016.

2.6. Ingevolge de cao Taxivervoer 2014-2015 bestaat een regeling voor de situatie dat een aanbestedingsprocedure voor taxivervoer gewonnen wordt door een andere vervoerder dan de zittende vervoerder. Deze regeling genaamd “Overgang personeel bij overgang vervoerscontracten” (hierna de OPOV-regeling) is vastgelegd in Bijlage 3 bij de betreffende cao en kent onder meer als verplichting dat de verkrijgende partij aan 75% van de betrokken werknemers van de zittende vervoerder een schriftelijk baanaanbod doet (artikel 2.1.2 van de OPOV-regeling).

2.7. Desgevraagd heeft Connexxion aan ZCN doen weten dat zij hiertoe per 1 januari 2016 niet zal overgaan, nu de aard van de Overbruggingsovereenkomst daartoe niet verplicht.

3. Beoordeling

3.1. In eerste aanleg hebben ZCN c.s. met als mede-eisers X, FNV en CNV samengevat gevorderd om de Gemeenten en Connexxion te verbieden per 1 januari 2016 uitvoering te geven aan de Overbruggingsovereenkomst en hen te verplichten uitvoering te geven aan de Aanbestede Overeenkomst dan wel een zodanige voorziening te treffen dat de OPOV-regeling voor de periode tot 1 april 2016 op enigerlei wijze dient te worden nagekomen. Voorts om een afschrift te verstrekken van die Overbruggingsovereenkomst op verbeurte van een dwangsom. ZCN c.s. hebben daartoe, kort samengevat, gesteld dat in strijd met het aanbestedingsrecht de Overbruggingsovereenkomst niet is aanbesteed en dat er ook geen dwingende spoed bestond om een dergelijke overeenkomst te sluiten. De aanbestede en voorlopig vergunde vervoersovereenkomst kon aldus ZCN c.s. immers zonder noemenswaardige problemen per 1 januari 2016 worden geïmplementeerd, zoals ook de oorspronkelijke bedoeling bij die aanbesteding was. Onder die omstandigheden dient ook de OPOV-regeling als voorgeschreven in de CAO integraal te worden toegepast vanaf 1 januari 2016.

3.2. De Gemeenten en Connexxion hebben verweer gevoerd dat er in de kern op neer komt dat gezien het – vertraging veroorzakende – verzet van ZCN c.s. tegen de (voorlopige) gunning van de aanbesteding per 1 januari 2016 er in november 2015 wel degelijk een noodzaak bestond om een Overbruggingsovereenkomst te sluiten teneinde te voorkomen dat er geen vervoer zou zijn per 1 januari 2016 en bovendien om een adequate implementatie mogelijk te maken. Gezien het karakter van de niet aanbestede Overbruggingsovereenkomst was toepassing van de OPOV-regeling per 1 januari 2016 niet aan de orde, aangezien de cao daartoe niet verplicht na een niet-aanbestede gunning.

3.3. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van ZCN c.s. afgewezen en daartoe kort samengevat, het volgende overwogen. Het sluiten van de Overbruggingsovereenkomst was niet onrechtmatig mede gezien de mogelijkheid dat eventueel (als gevolg van het kort geding) een herbeoordeling van de aanbesteding zou moeten plaatsvinden. Een openbare aanbesteding van de Overbruggingsovereenkomst zou gezien het daarmee gemoeide tijdsbeslag tot een onwerkbaar situatie leiden. ZCN c.s. hebben ook geen belang bij het verbod uitvoering te geven aan de Overbruggingsovereenkomst, omdat een verbod er slechts toe zou kunnen leiden dat er vanaf 1 januari 2016 helemaal geen overeenkomst van kracht is. Een voorziening die erop gericht is om de aanbestede overeenkomst reeds per 1 januari 2016 te laten ingaan is gezien het eerder door ZCN c.s. aangespannen kort geding en de vertraging die dat heeft opgeleverd gelet op de noodzaak van deugdelijke implementatie niet aan de orde.

De vordering tot toepassing van de OPOV-regeling is evenmin toewijsbaar. De OPOV-regeling leidt er immers niet zonder meer toe dat aan 75% van de werknemers van ZCN door Connexxion een baan moet worden aangeboden. In het bestek van het kort geding is het bij gebrek aan voldoende informatie ook niet mogelijk een lager percentage vast te stellen. De vordering tot het verstrekken van de (tekst van de) Overbruggingsovereenkomst is afgewezen, omdat de Gemeenten die reeds hadden verstrekt.

ZCN c.s. zijn in de proceskosten veroordeeld.

Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen ZCN c.s. met negen grieven op.

3.4.1. Door zowel de Gemeenten als Connexxion is de spoedeisendheid van de door ZCN c.s. verzochte voorzieningen betwist nu de periode waarop de Tijdelijke Overeenkomst ziet inmiddels is afgelopen en vanaf 1 april 2016 de OPOV-regeling wordt toegepast. Het hof stelt het volgende voorop. Zoals bepaald in Hoge Raad 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:661, dient het hof in hoger beroep in ieder geval nog de gegrondheid van de eerdere proceskostenveroordeling te onderzoeken, waarmee het belang van ZCN c.s. gegeven is. ZCN c.s. kan derhalve worden ontvangen in haar beroep.

3.4.2. Het hof overweegt voorts het volgende. De door ZCN c.s. aangevoerde grieven hebben de kennelijke strekking de vorderingen als in eerste aanleg geformuleerd en in hoger beroep enigszins aangepast opnieuw integraal aan het oordeel van het hof te onderwerpen. Uitgangspunt bij de door ZCN c.s. geformuleerde grieven vormt allereerst de stelling dat de Overbruggingsovereenkomst als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Niet alleen omdat geen openbare aanbesteding heeft plaatsgevonden, maar ook omdat zich in deze geen dwingende spoed voordoet als bedoeld in artikel 2.32 sub c Aanbestedingswet 2012 (hierna ook te noemen "AW 2012"). Dat artikel luidt voor zover van belang als volgt:

"1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

(...) c. voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten."

Uit voornoemd artikel volgt derhalve dat een niet openbare onderhandelingsprocedure kan worden gevolgd indien er sprake is van dwingende spoed voor zover deze niet kon worden voorzien en niet te wijten is aan de aanbestedende dienst.

3.4.3. Daarnaast is het volgende van belang. Waar het hier om een (tijdelijk) onderhandse gunning gaat kan de ondernemer die zich benadeeld voelt een dergelijke overeenkomst vernietigen op grond van artikel 4.15 lid 2 sub a AW 2012. Dat artikel luidt voor zover van belang als volgt:

"1. Een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst is in rechte vernietigbaar op een van de volgende gronden:

a. de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft, in strijd met deel 2 of deel 3 van deze wet, de overeenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie;

b. de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft, in strijd met de wet, de termijnen, bedoeld in artikel 2.127, eerste lid, onderscheidenlijk 2.131, niet in acht genomen;

c. de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft toepassing gegeven aan artikel 2.127, vierde lid, onder c, bij de gunning van een opdracht waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het in de artikelen 2.1 tot en met 2.7 respectievelijk de artikelen 3.8 en 3.9 bedoelde toepasselijke bedrag, en heeft daarbij in strijd gehandeld met artikel 2.143, tweede lid, onderdeel b, of de artikelen 2.147 of 2.148.

2. De vordering tot vernietiging wordt door een ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht ingesteld:

a. voor het verstrijken van een periode van 30 kalenderdagen ingaande op de dag na de datum waarop

– de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de aankondiging van de gegunde opdracht bekendmaakte overeenkomstig de artikelen 2.134 tot en met 2.138, mits deze aankondiging ook de rechtvaardiging bevat van de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, of

– de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf aan de betrokken inschrijvers en gegadigden een kennisgeving zond van de sluiting van de overeenkomst, op voorwaarde dat die kennisgeving vergezeld gaat van de relevante redenen voor de gunningsbeslissing;

b. in andere gevallen dan bedoeld in onderdeel a, voor het verstrijken van een periode van zes maanden, ingaande op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten.”

3.4.4. Het hof stelt vast dat ter zitting ZCN c.s. desgevraagd hebben verklaard dat er tot dat moment nog geen vernietigingsprocedure in de hiervoor bedoelde zin was gestart. Hoewel discussie mogelijk is over de vraag welke termijn daarbij van toepassing is (die als bedoeld onder lid 2 onder a dan wel die als bedoeld onder b) staat daarmee voorshands de geldigheid van de Overbruggingsovereenkomst in voldoende mate vast. In die zin bestaat er ook geen reden om hierover anders te oordelen dan de eerste rechter en falen de daarop gerichte grieven.

3.4.5. Voorts stellen ZCN c.s. dat de gunning door de Gemeenten reeds heeft plaatsgevonden op 18 december 2015, zodat de voorzieningenrechter op dat punt door de Gemeenten en Connexion onjuist is voorgelicht. De conclusie die hieruit door ZCN c.s. wordt getrokken is dat niets er aan in de weg stond om per 1 januari 2016 de aanbestede en gegunde opdracht integraal uit te voeren.

3.4.6. Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen is het nodige debat gevoerd over de vraag op welk moment de aanbestede opdracht is gegund. ZCN c.s. stellen dat gunning in ieder geval heeft plaatsgevonden met de publicatie op Tender Net eind december 2015, terwijl de Gemeente en Connexion betogen dat eerst in januari 2016 gunning heeft plaatsgevonden. Het debat en de uitkomst ervan is voor de onderhavige procedure echter niet van belang. Gunning heeft immers eerst plaatsgevonden met ingang van 1 april 2016, waartoe de Gemeenten overigens gezien het bepaalde in de inschrijvingsleidraad gerechtigd waren. Verwezen wordt daartoe kort gezegd naar de paragraaf 1.2.2. Procedure en planning, waarbij het volgende staat opgenomen:

“Hierbij treft u een planning aan van de aanbestedingsprocedure:

Publicatie aankondiging 20 augustus 2015

Ontvangst schriftelijke vragen 2 september 2015 12:00 uur

Publicatie Nota van Inlichtingen 7 september 2015 (streefdatum)

Ontvangst inschrijvingen (deadline) 30 september 2015 12:00 uur

Evaluatie inschrijvingen Week 40/47

Gunningsbeslissing 19 oktober 2015

Definitieve gunning 9 november 2015

Ingangsdatum overeenkomst 1 januari 2016

De opdrachtgever behoudt zich het recht voor deze planning te wijzigen, genoemde data zijn streefdata

[...]

1.3.1. looptijd

In geval schriftelijk bezwaar wordt gemaakt tegen het gunningsbesluit en/of er een kort geding aanhangig wordt gemaakt dan heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst later in werking te laten treden. Inschrijver dient hiermee rekening te houden bij zijn inschrijving.”

De conclusie dient te zijn dat de Gemeenten gebruik hebben gemaakt van de in de inschrijvingsleidraad voorbehouden mogelijkheid om de aanbestede opdracht per latere datum dan 1 januari 2016, en daarmee eerst per 1 april 2016 te gunnen, zodat in het kader van de thans gevraagde voorziening, rechtens hiervan dient te worden uitgegaan. Daarbij tekent het hof aan dat door ZCN c.s. ook geen omstandigheden zijn aangevoerd, die maken dat het oordeel gerechtvaardigd zou zijn dat de Gemeenten hierbij op enigerlei wijze jegens ZCN c.s. misbruik van deze bevoegdheid zouden hebben gemaakt.

3.4.7. Verder stellen ZCN c.s. dat ook als zou moeten worden uitgegaan van de rechtsgeldigheid van de Overbruggingsovereenkomst, deze voldoet aan de definitie van vervoerscontract en aanbesteding zoals bedoeld in de OPOV-regeling. De Overbruggingsovereenkomst is immers een vervoerscontract in de zin van de OPOV-regeling nu het bestek 2010 op basis waarvan Connexxion, naar de letter van de Overbruggingsovereenkomst het vervoer uitvoert, een aanbesteed vervoerscontract is.

3.4.8. De stelling van ZCN gaat niet op. Niet in discussie is dat de hier bedoelde OPOV-regeling onderdeel uitmaakt van de cao-Taxivervoer 2014-2015 waaraan zowel ZCN als Connexxion reeds door algemeen verbindendverklaring zijn gebonden. Van belang is verder dat deze regeling onder meer inhoudt dat degene die de aanbesteding verwerft in beginsel gehouden is 75% van het bij die aanbesteding betrokken personeel van de huidige vervoerder een baan aan te bieden (behoudens voor zover de verwervende partij eigen personeel kan inzetten, dit ter beoordeling van het SFT). Blijkens het bepaalde in artikel 2.1. van de OPOV is deze regeling van toepassing op vervoerscontracten die worden aanbesteed en waarbij de waarde van de opdracht per contractjaar groter is dan of gelijk is aan € 300.000,= exclusief BTW. Onder het begrip “aanbesteding” wordt blijkens de definitie van artikel 1.1n van de OPOV-regeling verstaan “een openbare procedure waarbij een opdrachtgever via een publicatie bekend maakt dat hij een opdracht wil laten uitvoeren en bedrijven vraagt om een offerte in te dienen. Op een vooraf bepaalde datum worden de inschrijvingen gesloten en selecteert de opdrachtgever het bedrijf dat de opdracht gegund krijgt. Onderhandse procedures die niet openbaar zijn en/of niet gepubliceerd zijn, worden derhalve niet als aanbesteding beschouwd.” De Tijdelijke Overeenkomst is niet openbaar aanbesteed, zodat reeds daarom de OPOV-regeling niet van toepassing kan worden geacht. De omstandigheid dat Connexxion vervoer uitoefent dat voorheen werd verricht door ZCN c.s. én dat ZCN c.s. in die zin als de huidige vervoerder was aan te merken doet daaraan in het licht van de kennelijke

strekking van de definitie van een daartoe relevante aanbesteding niet af. Connexxion was daarom ook niet gehouden de OPOV-regeling toe te passen in de periode 1 januari 2016-1 april 2016.

3.4.9. Ter zitting in beroep hebben ZCN c.s. verder nog betoogd dat de Gemeenten jegens haar onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig hebben gehandeld, omdat de Gemeenten in de Overbruggingsovereenkomst niet hebben bedongen dat reeds vanaf 1 januari 2016 de OPOV-regeling integraal zou worden toegepast door Connexxion, althans daarop niet hebben toegezien.

3.4.10. Ook deze stelling gaat niet op. Uitgangspunt bij de beoordeling is dat het de Gemeenten in het kader van de aanbesteding jegens de relevante aanbieders niet zonder meer vrijstaat voorbij te gaan aan de toepassing van krachtens de in de branche geldende cao verplichte regelingen. Echter, zoals hiervoor reeds is overwogen, geldt hier dat een verplichting om de OPOV-regeling toe te passen voor de periode van de Overbruggingsovereenkomst niet kan worden aangenomen, zodat de Gemeenten niet hebben bijgedragen aan enige vorm van niet-nakoming van uit de geldende cao voortvloeiende verplichtingen. Het stond de Gemeente uiteraard wel vrij om in de Overbruggingsovereenkomst een verplichting voor Connexxion tot toepassing van de OPOV-regeling op te nemen, maar een verplichting daartoe ontbreekt.

3.5. De slotsom is dat alle aangevoerde grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. ZCN c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep van zowel de Gemeenten als Connexxion.

4. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt ZCN c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Gemeenten respectievelijk Connexxion begroot op € 718,= voor ieder aan verschotten en € 2.682,= voor ieder aan salaris en op € 131,= voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploitatie ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen met betrekking tot Connexxion uitvoerbaar bij voorraad.

»Annotatie

1. De onderhavige zaak bevindt zich op het raakvlak tussen het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht. Op grond van de Aanbestedingswet rust op overheden een aanbestedingsplicht voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde. Als de looptijd van een contract verstrijkt of sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht dient de opdracht opnieuw te worden aanbesteed. Het opnieuw aanbesteden van een opdracht kan leiden tot baanonzekerheid bij het personeel. Dat is vooral het geval als een nieuwe aanbieder er met de opdracht vandoor gaat. Wat gebeurt er met het personeel van de zittende aanbieder als het werk door een contractswisseling overgaat naar een nieuwe aanbieder?

2. In het Sociaal akkoord uit 2013 is overeengekomen dat bij aanbesteding de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen. De Wet overgang van onderneming voorziet echter niet zonder meer in deze bescherming. Bij de beoordeling of een onderneming haar identiteit heeft behouden moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken (HvJEG 18 maart 1986, NJ 1987/502 (*Spijkers*)). Kenmerkend voor een contractswisseling is dat ten aanzien van het merendeel van de Spijkers-factoren per definitie geen verandering optreedt. Denk bijvoorbeeld aan de klantenkring en het verrichte werk. Daardoor ligt de focus al snel op de vraag of de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel en/of

materiële activa van betekenis heeft overgenomen (vgl. R.M. Beltzer in zijn noot bij HR 4 april 2014, «JAR» 2014/124 (*Welkoop 't Rijpje*)). Een recente uitspraak van het Gerechtshof Den Haag over het overgaan van de dienst Regiotaxi Waterweg als gevolg van een Europese aanbesteding illustreert deze benadering (ECLI:NL:GHDHA:2016:3094). Hoewel de dienst vrijwel ongewijzigd was voortgezet oordeelde het Hof dat geen sprake was van behoud van identiteit omdat geen materiële activa van betekenis en evenmin een wezenlijk deel van het personeel waren overgegaan.

3. De ruimte die een nieuwe aanbieder heeft om de toepassing van de Wet overgang van onderneming bij een contractswisseling te ontlopen door geen personeel over te nemen wordt beperkt door sociale partners. Verschillende cao's voorzien in een overnameverplichting van het personeel bij een contractswisseling. Zo verplicht de 'Regeling overgang personeel bij overgang vervoerscontracten' (hierna: OPOV-regeling) als opgenomen in de CAO Taxivervoer bij een vervoerscontract dat is aanbesteed een nieuwe vervoerder tot het overnemen van 75% van het bij de opdracht betrokken personeel (zie over het recht op transitievergoeding in die situatie R. Schepers en E.C. van Fenema, 'Transitievergoeding bij contracts- en werkgeverswissel: doorrekenen of afrekenen?', *ArbeidsRecht* 2016/36). In de onderhavige zaak staat de toepassing van deze regeling ter discussie.

4. Na de aanbesteding te hebben verloren, maakten ZCN c.s. een kort geding aanhangig tegen de gunning van het vervoerscontract per 1 januari 2016 voor geïndiceerde reizigers in de regio Noord-Kennemerland ('de Aanbestede overeenkomst') aan Connexion. Hierdoor kwam de startdatum van de Aanbestede overeenkomst in gevaar. De Gemeenten sloten een tijdelijke noodovereenkomst met Connexion om de continuïteit van de vervoersdienst tussen 1 januari 2016 tot 1 april 2016 te waarborgen (de 'Overbruggingsovereenkomst'). De vraag rijst of de Overbruggingsovereenkomst een vervoerscontract betreft dat is *aanbesteed* in de zin van de OPOV-regeling. Het Hof meent van niet. Uit art. 1.1n OPOV-regeling volgt dat onderhandse procedures die niet openbaar zijn en/of niet gepubliceerd zijn, niet als aanbesteding worden beschouwd.

5. Het Hof gaat uit van een strikte interpretatie van art. 1.1n OPOV-regeling. De letterlijke bewoordingen en de kennelijke strekking van de definitie van een aanbesteding laten volgens het Hof geen andere uitleg van het begrip 'aangebested' toe (r.o. 3.4.8). Het gevolg is dat de werknemers bij ZCN c.s. in dienst blijven tot de Aanbestede overeenkomst in werking treedt. Onnodig heen en weer geschuif van het personeel in afwachting van het vonnis in kortgeding wordt zo voorkomen. De keerzijde is dat ZCN c.s. in die periode geen werk hebben voor de werknemers maar wel verplicht zijn tot het betalen van het loon. Connexion daarentegen zal op zoek moeten naar tijdelijk personeel voor het verrichten van de werkzaamheden van 1 januari tot 1 april 2016. Bovendien kan het nadeel dat ZCN c.s. ondervinden, hen ervan weerhouden in de toekomst een gunningsbeslissing aan te vechten.

6. Een andere interpretatie van art. 1.1n OPOV-regeling was ook mogelijk geweest. Betoogd kan worden dat de Overbruggingsovereenkomst zo nauw samenhangt met en voortvloeit uit de Aanbestede overeenkomst dat het geen op zichzelf staand vervoerscontract in de zin van de CAO Taxivervoer betreft. De Overbruggingsovereenkomst is niet meer dan een hulpovereenkomst ter uitvoering van de Aanbestede overeenkomst die wel is aanbesteed en dus onder de OPOV-regeling valt. Hierdoor wordt de Overbruggingsovereenkomst eveneens onder het toepassingsbereik van de OPOV-regeling getrokken. De werknemers kunnen hun werk per 1 januari 2016 volgen en de hiervoor beschreven nadelige consequenties blijven achterwege.

7. Voor de laatste interpretatie vind ik steun in lagere rechtspraak. De Aanbestedingswet biedt in principe geen mogelijkheid om een tijdelijke overeenkomst (met een waarde groter dan de Europese drempelwaarde) onderhands te gunnen. Weliswaar geldt een uitzondering indien wegens dwingende spoed de termijnen voor een openbare aanbesteding niet in acht kunnen worden genomen, maar deze uitzondering moet strikt worden uitgelegd (HvJEG, 4 juni 2009, C-250/07, (*Commissie/Griekenland*)). De omstandigheden waarop ter rechtvaardiging van de dwingende spoed een beroep wordt gedaan, mogen in geen geval aan de aanbestedende dienst te wijten zijn (HvJEG, 14 september 2004, C-385/02 (*Commissie/Italië*), r.o. 26). Aan die voorwaarde lijkt niet te zijn voldaan indien de overheid onvoldoende tijd inruimt om de Aanbestede overeenkomst tijdig te kunnen uitvoeren. Toch wordt onderhandse gunning van een tijdelijke noodovereenkomst in lagere rechtspraak mogelijk geacht mits het contract aan de (voorlopige) winnaar van de openbare aanbesteding wordt gegund (zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam

(vzr.) 13 augustus 2014, «JAAN» 2014/189 en het vonnis van onderhavige zaak in eerste aanleg Rb. Noord-Holland (vzr.) 31 december 2015, «JAAN» 2016/81 m.nt. G. Verberne en P.W. Juttman). De verbondenheid van de tijdelijke overeenkomst met de Aanbestede overeenkomst lijkt de onderhandse gunning dus te rechtvaardigen.

8. Tot slot. Bij publieke vervoerscontracten levert de definitie van ‘aanbesteding’ in de OPOV-regeling over het algemeen geen problemen op. De vervoerscontracten die vallen onder de OPOV-regeling overschrijden de Europese drempelwaarde en moeten daarom openbaar worden aanbesteed. Anders is de situatie bij private vervoerscontracten (denk aan zorginstellingen die het taxivervoer uitbesteden). Het staat private partijen vrij een contract onderhands aan te besteden. De toepasselijkheid van de OPOV-regeling is daardoor niet zonder meer gegeven. Dat bevreemdt. Zouden werknemers die werkzaam zijn op een privaat vervoerscontract die niet openbaar wordt aanbesteed niet eenzelfde bescherming moeten toekomen? Ik zou menen van wel. Ook hiervoor geldt immers het eerder aangehaalde uitgangspunt van sociale partners dat werknemers het werk zouden moeten volgen met behoud van arbeidsvoorwaarden. Cao’s bieden dus niet altijd een uitkomst voor de verwezenlijking van dit uitgangspunt. De Stichting van de Arbeid komt binnenkort met een advies over de vraag of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast om te bewerkstelligen dat werknemers bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement hun werk met behoud van arbeidsvoorwaarden kunnen volgen.

mr. drs. I. Lintsen,