

Het payrollregime en de aanbesteding van uitzendwerk door de overheid

TRA 2021/14

Per 1 januari 2020 geldt voor payrollwerknemers een afzonderlijk regime. Met dit regime beoogt de wetgever oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid tegen te gaan. Ook overheidsinstanties ondervinden hiervan bij aanbestedingen van uitzendwerk de gevolgen. Door migratie van uitzendwerknemers naar een nieuwe aanbieder bestaat het risico dat uitzendwerknemers van het ene op het andere moment transformeren in payrollwerknemers. Deze bijdrage gaat in op het risico van deze zogenoemde herkwalificatie en de arbeidsrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke gevolgen daarvan. Zo staan de auteurs onder meer stil bij de vraag of het gelijke speelveld bij aanbestedingen is gewaarborgd en in hoeverre een aanbieder meerkosten kan doorbelasten aan de opdrachtgever.

1. Inleiding

Overheidsinstanties zetten regelmatig opdrachten voor uitzendwerk in de markt door middel van aanbestedingen.² Als de opdracht voor uitzendwerk na een nieuwe aanbesteding overgaat van het ene op het andere uitzendbureau volgen in de praktijk de uitzendwerknemers vaak hun werk. Overheidsinstanties hebben belang bij deze zogenoemde *migratie*, omdat de uitzendkrachten inmiddels de nodige ervaring, kennis en expertise hebben. Als uitzendwerknemers de uitzendopdracht volgen en in dienst treden bij de nieuwe aanbieder bestaat er als gevolg van de Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: WAB) per 1 januari 2020 een risico dat deze migrerende uitzendkrachten als payrollwerknemers worden aangemerkt ('herkwalificatie'). De overeenkomst tussen de winnende aanbieder en de migrerende werknemer komt in beginsel namelijk niet tot stand in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. In dit artikel staan wij stil bij het risico van herkwalificatie en onderzoeken wij de mogelijke arbeidsrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke gevolgen daarvan.

¹ Kim Hakvoort is advocaat arbeidsrecht bij DingemansVanderKind Advocaten. Imke Lintsen is advocaat arbeidsrecht bij KienhuisHoving advocaten & notarissen en daarnaast als docent arbeidsrecht verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij verricht een promotieonderzoek naar de onderlinge afstemming tussen het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht.

² Vanwege het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet is ervoor gekozen in dit artikel enkel aanbestedingen van uitzendwerk door overheidsinstanties centraal te stellen. Dat neemt niet weg dat een en ander ook voor aanbestedingen door private opdrachtgevers relevant kan zijn.

2. Het risico en de gevolgen van herkwalificatie

2.1 De herkwalificatie bij migratie

Met de inwerkingtreding van de WAB is in de wet een definitie voor payrolling opgenomen. De payrollovereenkomst onderscheidt zich conform art. 7:692 BW van de uitzendovereenkomst in die zin dat (1) de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand komt in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (geen allocatiefunctie) en (2) de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen (exclusieve terbeschikkingstelling).³ Als voldaan is aan deze twee voorwaarden geldt het zogenoemde payrollregime.

De herkwalificatie van een overeenkomst als payrollovereenkomst kan een rol spelen bij aanbestedingen. Wij lichten dit toe aan de hand van een fictief voorbeeld. De Rijksoverheid besluit in 2018 arbeidskrachten in te huren voor het onderhoud van alle IT-apparatuur binnen haar ministeries. Ze schrijft daarvoor een aanbestedingsopdracht uit en gunt de opdracht met een looptijd van 1 juli 2018 tot 1 juli 2020 aan uitzendbureau IT-Solutions. Begin 2020 schrijft de Rijksoverheid een nieuwe aanbesteding uit en stelt daarbij de voorwaarde dat ten minste 60% van de bestaande uitzendkrachten behouden moet blijven na 1 juli 2020 in verband met hun kennis en ervaring. Bovendien mogen de uitzendwerknemers van IT-Solutions alleen met toestemming van de Rijksoverheid bij andere klanten worden ingezet. De opdracht wordt aan uitzendbureau People-in-the-Cloud gegund. People-in-the-Cloud biedt het overgrote deel van de werknemers van IT-Solutions aan bij haar in dienst te treden per 1 juli 2020. Maar liefst 80% van de werknemers accepteert het aanbod. De vraag rijst hoe de overeenkomsten die People-in-the-Cloud met de werknemers heeft gesloten moeten worden gekwalificeerd.

Voor de kwalificatie is, zoals gezegd, allereerst van belang of People-in-the-Cloud een allocatiefunctie vervult. In de parlementaire geschiedenis is een aantal relevante indicaties gegeven. Zo is onder meer van belang of de (uitzend-) werkgever de arbeidskracht (zelf) heeft geworven en geselecteerd, of de werknemers eerder werkzaam waren bij de inlenende onderneming en of de werkzaamheden bij de inlener structureel van aard zijn.⁴ Voor People-in-the-Cloud geldt dat zij geen actieve rol in het bij elkaar bren-

³ Zie over afbakeningsproblemen F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', TRA 2019/85.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 41.

gen van vraag en aanbod heeft vervuld. Er is geen sprake van actieve werving; in feite krijgt People-in-the-Cloud de medewerkers op een presenteerblaadje aangeleverd. De IT-medewerkers in ons voorbeeld worden bovendien exclusief ter beschikking gesteld aan de Rijksoverheid. Er is dus tevens voldaan aan de tweede voorwaarde van art. 7:692 BW.⁵ De overeenkomsten tussen People-in-the-Cloud en de overgenomen IT-medewerkers moeten daarom per 1 juli 2020 in beginsel worden gekwalificeerd als payroll-overeenkomsten.

2.2 De gevolgen van herkwalificatie

Als er sprake is van een payrollovereenkomst, dan geldt het verlichte uitzendregime van art. 7:691 BW niet. People-in-the-Cloud kan daardoor geconfronteerd worden met arbeidsovereenkomsten die niet meer verlengd kunnen worden zonder geconverteerd te worden in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De verlengde ketenregeling voor uitzendwerk geldt immers niet langer (art. 7:691 lid 1 jo. lid 8 BW). Tegelijkertijd kan People-in-the-Cloud geen eigen arbeidskrachten inzetten om dit te voorkomen, als gevolg van de door de Rijksoverheid gestelde voorwaarde van ten minste 60% migratie. People-in-the-Cloud wordt daardoor in feite gedwongen in het payrollharnas. Wordt een van de arbeidskrachten langdurig ziek, of blijkt een medewerker toch niet goed te functioneren, dan zal People-in-the-Cloud niet eenvoudig afscheid kunnen nemen van die medewerker; ook voor het ontslagrecht en de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte gelden immers de normale regels in plaats van het verlichte regime.

Daarnaast krijgt People-in-the-Cloud te maken met art. 8a Waadi. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de payrollwerknemer recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor een werknemer werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie bij de opdrachtgever. In ons voorbeeld gaat het om de arbeidsvoorwaarden van IT-medewerkers die rechtstreeks in dienst zijn van de Rijksoverheid.⁶ Niet alleen moeten de lonen van de medewerkers matchen, maar de medewerkers van People-in-the-Cloud hebben bijvoorbeeld ook recht op de binnen de overheid veelvoorkomende (lange) herplaatsingstrajecten en de ruimhartige regelingen voor bijzonder verlof.⁷

Al met al leidt het payrollregime hoogstwaarschijnlijk tot hogere kosten voor People-in-the-Cloud. Op zichzelf is dat

niet problematisch. Het is immers inherent aan het doel van de WAB payrollwerknemers gelijk te stellen aan werknemers in dienst van de opdrachtgever. Problemen doen zich echter voor als People-in-the-Cloud de herkwalificatie vóór het aannemen van de opdracht niet had voorzien en de kosten daardoor niet heeft verdisconteerd in de inschrijving. De inschrijving is dan mogelijk niet kostendekkend en het is de vraag of People-in-the-Cloud dit op een later moment alsnog kan doorbelasten aan de Rijksoverheid (zie par. 4).

3. Scenario's waarin herkwalificatie mogelijk niet aan de orde is

In de parlementaire geschiedenis is het risico van herkwalificatie bij migratie van uitzendkrachten gesignaleerd. Minister Koolmees heeft in de parlementaire geschiedenis bevestigd dat sommige situaties door de introductie van de payrolldefinitie worden gekwalificeerd als payrolling, maar dat dit niet steeds het geval is.⁸ De minister schetst drie situaties waarin migratie niet zou leiden tot herkwalificatie.⁹ Hieronder voorzien wij die situaties van commentaar en laten wij zien dat de situaties eerder uitzondering dan regel zijn. De situaties voorkomen in beginsel dus niet dat overeenkomsten met uitzendwerknemers worden aangemerkt als payrollovereenkomsten.

3.1 Sollicitatie

De minister noemt allereerst de situatie dat als het nieuwe uitzendbureau een of meerdere vacante functies aanbiedt, het mogelijk is dat de uitzendwerknemer – die het werk al verrichtte via het verliezende uitzendbureau – hierop solliciteert. Als de uitzendkracht na die sollicitatie in dienst treedt bij de nieuwe uitzendwerkgever, en zelf de arbeidsovereenkomst beëindigt met het verliezende uitzendbureau, kan er volgens de minister sprake zijn van een allocatiefunctie van het nieuwe uitzendbureau.¹⁰

In lijn met deze suggestie stelt Zwemmer dat (enkel) een langdurige terbeschikkingstelling niet doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een payrollovereenkomst.¹¹ Dat zijn wij met hem eens; de tijdelijkheid is slechts een van de indicatoren. Volgens Zwemmer is vervolgens van belang dat (1) er geen afspraken zijn gemaakt over de overname van uitzendkrachten, noch over exclusiviteit, en (2) dat de uitzendmedewerker zich zonder bemoeienis van de opdrachtgever en zijn voormalige uitzendwerkgever meldt en inschrijft bij het winnende uitzendbureau. Op die manier geeft het winnende uitzendbureau invulling aan de allocatiefunctie en is nog steeds sprake van een uitzendovereenkomst.

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 53.

⁶ Zijn er geen medewerkers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies, dan hebben payrollwerknemers recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dezelfde sector als de onderneming waaraan zij ter beschikking zijn gesteld (art. 8a lid 2 Waadi).

⁷ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 5 (Aanvullende verlofbepalingen WAZO) en 14 (Organisatieverandering en VWNW-beleid) van de Cao Rijk. Dat laatste hoofdstuk kent een VanWerkNaarWerk-begeleidingstraject van drie periodes van zes maanden.

⁸ *Handelingen I* 2018/19, Verslag 20 mei 2019, 29, item 5, p. 14-15.

⁹ Kamerbrief 24 mei 2019, *Kamerstukken I* 2018/19, 35 074, J, p. 9-10.

¹⁰ Kamerbrief 24 mei 2019, *Kamerstukken I* 2018/19, 35 074, J, p. 9.

¹¹ J.P.H. Zwemmer, *Flexibele arbeidsrelaties*, par. 4.4.3.3, met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 9, p. 45.

Op zichzelf kunnen wij de redenering van minister Koolmees en Zwemmer volgen. In de aanbestedingspraktijk zal het echter vrijwel nooit op die manier verlopen. In een aanbestedingsopdracht zullen er namelijk juist wél afspraken worden gemaakt over de overname van uitzendkrachten en bemoeit de opdrachtgever zich wél met de overname van de uitzendmedewerker. Het is immers de opdrachtgever die de voorwaarde stelt dat bestaande medewerkers behouden blijven bij het vervullen van de werkzaamheden. Als deze medewerkers, zelfs na een formeel sollicitatieproces, van het verliezende uitzendbureau overgaan naar het winnende uitzendbureau, is naar onze mening geen sprake van een reële allocatiefunctie van het laatstgenoemde bureau. Het heeft de medewerkers namelijk niet zelf geworven. Worden de medewerkers wederom exclusief ter beschikking gesteld, dan moet de relatie naar onze mening dus evengoed als payrollovereenkomst worden gekwalificeerd.¹²

3.2 Overgang van onderneming

De tweede situatie waarin volgens minister Koolmees geen sprake is van herkwalificatie, is overgang van onderneming. Hij doelt dan op het geval dat een aanzienlijk deel van de uitzendkrachten overgaat naar de nieuwe aanbieder. Die opvatting is volgens ons niet juist. In het *Jouini*-arrest uit 2007, ook wel bekend als het *Mayer*-arrest, oordeelde het Hof van Justitie dat alleen sprake is van een overgang van onderneming als de essentiële kenmerken van de onderneming overgaan op de verkrijgende ondernemer.¹³ In het geval van een uitzendbureau zijn dat met name de knowhow, de administratie die is toegesneden op de organisatie van het uitlenen van werknemers en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de inleners gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. Die essentiële kenmerken gaan bij aanbestedingen veelal niet over op de verkrijger. De migratie van de uitzendwerknemers is op zichzelf dan ook onvoldoende om te kunnen spreken van een overgang van onderneming.¹⁴

Voorts kan worden betwijfeld wat de gevolgen zijn van een eventuele overgang voor de kwalificatievraag. De minister suggereert dat de arbeidsovereenkomst in dat geval het karakter van uitzendovereenkomst behoudt. Art. 7:663 BW bepaalt dat rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger. Het is de vraag of het wettelijke uitzendregime daaronder valt en of dit voor overgang vatbaar is. Gezien het *Gimnasio*-arrest is dat mogelijk verdedigbaar.¹⁵ In het arrest oordeelde het Hof van Justitie met betrekking tot sociale premies namelijk dat voor overgang vatbare rechten en verplichtingen weliswaar gebaseerd moeten zijn op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat die uit een

andere bron kunnen voortvloeien. In lijn hiermee is verdedigbaar dat het uitzendregime onderdeel uitmaakt van de rechtsverhouding en mee overgaat. Daar staat tegenover dat art. 8 van de Richtlijn inzake overgang van onderneming bepaalt dat het lidstaten vrijstaat een voor de werknemers gunstigere regeling toe te passen of in te voeren.¹⁶ Nu het payrollregime veelal gunstiger is voor de werknemer, lijkt de richtlijn aldus niet aan herkwalificatie in de weg te staan.

3.3 Doorleenconstructie

Tot slot wijst de minister op de zogenoemde doorleenconstructie. De uitzendkracht blijft in dienst bij het verliezende uitzendbureau en wordt doorgeleend naar het winnende bureau. In die situatie blijft de werknemer in zijn visie uitzendkracht. Bepalend voor de kwalificatie is immers of de formele werkgever een actieve rol heeft gespeeld in het samenbrengen van vraag en aanbod.¹⁷ Juridisch klopt dat, maar of dit in de praktijk een werkbaar scenario is, betwijfelen wij. De aanbestedende dienst en het winnende uitzendbureau zijn voor deze constructie namelijk afhankelijk van de medewerking van het verliezende uitzendbureau. De verliezer kan echter niet tot medewerking worden verplicht; daarvoor bestaat geen juridische grondslag. Als het uitzendbureau al meewerkt aan een dergelijke constructie, bijvoorbeeld omdat het op die manier eenvoudig de anders boventallige uitzendkrachten kan herplaatsen, zal daar hoogstwaarschijnlijk een tegenpresentatie tegenover moeten staan. Het voordeel van het winnende uitzendbureau bij het 'goedkopere' uitzendregime wordt daardoor tenietgegaan.

4. Herkwalificatie in het licht van het aanbestedingsrecht

4.1 Nieuwe aanbestedingen: het 'level playing field' onder vuur?

Als een aanbesteding ziet op het ter beschikking stellen van personeel na 1 januari 2020 rijst de vraag of een voorwaarde tot de overname van personeel verenigbaar is met een van de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht: het gelijkheidsbeginsel.¹⁸ De door het Rijk opgelegde overnameverplichting in de aanbesteding van onderhoudswerkzaamheden heeft namelijk tot gevolg dat de bestaande aanbieder, IT-Solutions, bij deelname aan de aanbesteding in 2020 een kostenvoordeel geniet ten opzichte van haar concurrenten. IT-Solutions kan immers als enige gebruik blijven maken van het 'goedkopere' uitzendregime en dus een financieel gunstige(re) offerte uitbrengen.¹⁹ In hoeverre kan nog ge-

12 Zie anders: C.S.M. Allegra, 'Payrolling or not? That's the question! Enkele vormen van terbeschikkingstelling nader beschouwd op basis van de wet-geschiedenis WAB', *TAP* 2019/236.

13 HvJ EG 13 september 2007, C-458/05, ECLI:EU:C:2007:512 (*Jouini c.s./PPS*).

14 Zie ook: J.P.H. Zwemmer, *Flexibele arbeidsrelaties*, par. 4.4.3.3.

15 HvJ EU 28 januari 2015, C-688/13, ECLI:EU:C:2015:46 (*Gimnasio*).

16 Richtlijn 2001/23/EG, *Pb.* 2001, L 82.

17 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 42.

18 HvJ EG 29 april 2004, C-469/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), punt 110.

19 Wij gaan er in het voorbeeld van uit dat IT-Solutions de arbeidskrachten zelf heeft gealloceerd. Dat kan anders zijn als de uitzendkrachten voorheen door een ander uitzendbureau aan dezelfde overheidsinstantie ter beschikking zijn gesteld.

sproken worden van een eerlijke aanbesteding als een van de inschrijvers een bevoorrechte positie inneemt?

De voorwaarde met betrekking tot overname van het personeel is op zichzelf niet discriminatoir: alle inschrijvers zijn immers verplicht de opdracht uit te voeren met het reeds betrokken personeel. Hoewel de overnameverplichting een voordeel voor de bestaande aanbieder impliceert, volgt dit voordeel niet uit het handelen van de Rijksoverheid als aanbestedende dienst. Het voordeel dat de zittende aanbieder geniet, is een zogenoemd 'inherent de facto voordeel' van de aanbieder die op dat moment de opdracht heeft.

Het draait vervolgens om de vraag of een dergelijk voordeel door de aanbestedende dienst moet worden weggenomen. Het Hof van Justitie heeft zich niet uitdrukkelijk over deze vraag uitgelaten. Het Gerecht van Eerste Aanleg deed dat wel in de zaak *Evropaiki Dynamiki*.²⁰ In die zaak ging het om een onbezoldigde aanloopfase van drie maanden. De bestaande aanbieder hoefde de kosten die gemoed waren met de aanloopfase – als enige – niet te maken en de vraag rees of van de aanbestedende dienst kon worden verlangd het speelveld te vereffenen. Het Gerecht beantwoordde die vraag onder verwijzing naar *Fabricom* ontkennend.²¹ In *Fabricom* stond het Hof van Justitie een automatische uitsluiting met het doel het speelveld te vereffenen niet toe ten aanzien van een inschrijver die bij de voorbereiding van een aanbesteding was betrokken. Toepassing van die regel zou volgens het Hof namelijk tot gevolg kunnen hebben dat bepaalde inschrijvers van deelname worden uitgesloten zonder dat hun deelname enig gevaar voor de mededinging tussen de inschrijvers meebrengt.²² De maatregel ging dus verder dan in het licht van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk was. Het Gerecht leidde hieruit – volgens ons terecht – af dat er geen algemene plicht rust op de aanbestedende dienst eventuele voordelen te neutraliseren.²³ Bepaalde verschillen tussen de zittende aanbieder en concurrenten zijn nu eenmaal inherent aan het systeem van aanbestedingen.²⁴ In de Nederlandse rechtspraak is dit uitgangspunt overgenomen.²⁵

20 Gerecht in Eerste Aanleg 12 maart 2008, T-345/03, ECLI:EU:T:2008:67 (*Evropaiki Dynamiki*).

21 HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127 (*Fabricom*), punt 35.

22 Van vervalsing kan volgens het Hof bijvoorbeeld sprake zijn als de inschrijver bij het formuleren van zijn offerte bevooroordeeld is vanwege de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden heeft kunnen verkrijgen of als sprake is van belangenverstremming doordat de inschrijver de voorwaarden van de overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden (punt 30).

23 Eenzelfde gedachte ligt ten grondslag aan het arrest *Bundesdruckerei* uit 2014 (HvJ EU 18 september 2014, C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235). Het Hof oordeelde dat het voorschrijven van een bepaald minimumloon aan alle aanbieders in strijd was met het vrije verkeer van dienstverlening. Het argument dat de maatregel bijdroeg aan het creëren van een gelijk speelveld wees het Hof (impliciet) van de hand.

24 Zie ook: HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59 (*Oy Liikenne*), punt 24.

25 Zie voor een overzicht: J.M. Hebly & F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van recente ontwikkelingen', *NtER* 2009-1, p. 18-26.

Het Gerecht hield in *Evropaiki Dynamiki* echter een slag om de arm. De eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling vereist volgens het Gerecht een specifieke belangenafweging. De aanbestedende dienst kan alsnog tot neutralisatie verplicht zijn als 'dit vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is en geen inbreuk maakt op de rechten van de huidige contractant of die van de inschrijver'. Daarvan was in het concrete geval geen sprake: gelet op de kosten kon niet van de aanbestedende dienst worden verlangd dat deze het vereiste van een onbezoldigde aanloopfase zou laten vallen. Hoe zit dat met de migratie van de uitzendwerknemers? Uitsluiting van de bestaande aanbieder of het laten vallen van deze voorwaarde zijn manieren om het speelveld te vereffenen, maar dit zijn vergaande maatregelen die volgens ons niet van de aanbestedende dienst kunnen worden verlangd.²⁶ Relevant voor dit standpunt achten wij met name dat er geen direct gevaar is voor de mededinging.²⁷ De migratie van uitzendwerknemers is zoals gezegd gericht op het behoud van kennis en ervaring en heeft niet tot doel de bestaande aanbieder te bevoordelen of andere aanbieders te benadelen. Dat de ene inschrijver beter is toegerust dan de andere om een winnende inschrijving in te zenden, doet daaraan niet af.²⁸ Het laten vallen van de voorwaarde zou bovendien het belang van de aanbestedende dienst bij het behoud van kennis en expertise schaden. Wij menen daarom dat de migratie van uitzendkrachten en de daarmee samenhangende herkwalificatie geen bezwaren oplevert in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

4.2 Wijziging van de overheidsopdracht gedurende de looptijd

Een ander punt dat aandacht behoeft, zijn de gevolgen van de herkwalificatie voor lopende overheidsopdrachten. Stel dat IT-Solutions de uitzendwerknemers eveneens heeft overgenomen van haar voorganger en dus ten opzichte van de werknemers evenmin een allocatiefunctie heeft vervuld. Indien de werknemers door IT-Solutions exclusief ter beschikking werden gesteld aan de Rijksoverheid verschiene de uitzendwerknemers per 1 januari 2020 van kleur; vanaf dat moment zijn het payrollwerknemers. Voor de toepasselijkheid van het payrollregime geldt immers geen overgangsrecht.²⁹ IT-Solutions wordt daardoor tijdens de looptijd van de overheidsopdracht met een ander arbeidsrechtelijk regime geconfronteerd. De vraag rijst of IT-Solutions de eventuele meerkosten die met de herkwalificatie samenhangen kan verhalen op de Rijksoverheid.

26 Zie in een soortgelijke kwestie: Rb. Arnhem 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4446, JAAN 2013/104, m.nt. A.B.B. Gelderman.

27 Art. 18 Richtlijn 2014/24/EU specificeert de betekenis van mededinging in het Europese aanbestedingsrecht. Het artikel bepaalt dat overheidsopdrachten niet worden opgesteld met het doel deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Van dat laatste is sprake als de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Het artikel is geïmplementeerd in art. 1.10a Aw.

28 Zie ook: Rb. Haarlem 25 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA6942, r.o. 4.4.

29 Alleen voor afwijking van de ketenregeling is specifiek overgangsrecht gecreëerd, art. XIV Overgangsrecht WAB.

Uitgangspunt in het aanbestedingsrecht is dat een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht uitsluitend kan worden gerealiseerd door een nieuwe aanbestedingsprocedure (art. 2.163a en 2.163g Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw)). Een wijziging van de contractueel overeengekomen prijs tijdens de duur van de overeenkomst, zónder dat de voorwaarden van de oorspronkelijke overheidsopdracht dit toestaan, zal over het algemeen als wezenlijk worden beschouwd. Het economische evenwicht van de opdracht wijzigt immers in het voordeel van de opdrachtnemer en zou gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk hebben gemaakt.³⁰ Indien de aanbestedende dienst de meerkosten wenst te vergoeden, dient hij dus in beginsel een nieuwe aanbestedingsprocedure te doorlopen.

De Aw biedt sinds 1 juli 2016 een aantal uitzonderingen op dit uitgangspunt. Relevant voor deze bijdrage zijn met name art. 2.163b en 2.163e Aw. Art. 2.163b Aw staat geringe wijzigingen tot een maximum van 10% van de oorspronkelijke waarde van de overheidsopdracht toe (de zogenoemde de-minimisregeling).³¹ Indien de financiële vergoeding die – in ons voorbeeld – IT-Solutions van de aanbestedende dienst claimt onder dat percentage blijft, kan vergoeding van de meerkosten door de Rijksoverheid plaatsvinden, zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist. Voorts biedt art. 2.163e Aw de mogelijkheid de overheidsopdracht te wijzigen tot maximaal 50% van de oorspronkelijke waarde van de overheidsopdracht wegens omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.³² De gedachte achter dit artikel is dat met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt, enige flexibiliteit is vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen.³³ Voor de vraag of de wetswijziging voor de aanbestedende dienst voorzienbaar was, is volgens ons bepalend het moment waarop het wetsvoorstel WAB aan de Tweede Kamer is aangeboden. Op dat moment had de aanbestedende dienst er in redelijkheid rekening mee moeten houden dat het uitzendwerk in de toekomst zou kunnen worden aangemerkt als payroll.³⁴ Dit betekent dat de wetswijziging vanaf 6 november 2018

voorzienbaar was.³⁵ Voor alle aanbestedingen die vóór 6 november 2018 plaatsvonden waren de gevolgen van de WAB echter *niet* voorzienbaar en is financiële compensatie van de meerkosten op grond van art. 2.163e Aw mogelijk. De Rijksoverheid is in ons voorbeeld dus op grond van het aanbestedingsrecht bevoegd IT-Solutions een financiële compensatie te bieden tot maximaal 50% van de oorspronkelijke waarde van de opdracht.

Of de aanbestedende dienst ook daadwerkelijk meewerkt aan de financiële compensatie op basis van een van de uitzonderingen is overigens nog niet gezegd. Een aanbieder kan de aanbestedende dienst in beginsel niet verplichten gebruik te maken van voornoemde mogelijkheid. Dat is anders als de aanbestedende dienst, gelet op de onvoorziene omstandigheden, ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhouding niet van de aanbieder mag verlangen.³⁶ De rechter kan in dat geval op grond van art. 6:258 BW de overeenkomst wijzigen of ontbinden.³⁷ De mogelijkheden die de Aw biedt voor het tussentijds wijzigen van de overheidsopdracht in combinatie met de juridische afdwingbaarheid op grond van art. 6:258 BW maakt onzes inziens dat voor lopende overheidsopdrachten de herkwalificatie van de uitzendkrachten evenmin tot onoverkomelijke aanbestedingsrechtelijke problemen leidt.

5. Tot slot

Migratie bij overheidsaanbestedingen leidt in veel gevallen tot herkwalificatie van de overeenkomst tussen het winnende uitzendbureau en de werknemer. Het winnende uitzendbureau stelt daardoor geen uitzendwerknemers maar payrollwerknemers ter beschikking aan de overheid. Deze bijdrage laat zien dat herkwalificatie bij migratie vrijwel niet te voorkomen is, maar dat dit niet per definitie leidt tot aanbestedingsrechtelijke problemen of andere onoverkomelijke bezwaren.

De herkwalificatie draagt juist bij aan de bescherming van flexibele arbeidskrachten. Voor de Rijksoverheid geldt dat zij sinds 2016 in principe geen gebruik meer maakt van pay-

30 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext*), punt 37.

31 Daarbij geldt tevens dat de wijziging onder de relevante drempelwaarde moet blijven. Een wijziging die qua financieel belang als aanbestedingsplichtige opdracht kan worden beschouwd, is geen 'kleine' wijziging in de zin van dit artikel. Bovendien mag de aard van de opdracht niet wijzigen.

32 Ook voor deze uitzondering geldt dat de wijziging de aard van de opdracht niet mag wijzigen. Zie nader: S.A.D. van Garsse & S.E. Verhoeven, 'Wijziging van overheidsopdrachten ingevolge onvoorziene omstandigheden', *TA* 2019/2; F.M.M. Rasenberg, 'Nieuw kader voor het wijzigen van een contract na aanbesteding', *TA* 2017/3.

33 Richtlijn 2014/24/EU, considerans, overweging 109.

34 Wij trekken een gelijkheid met het overgangsrecht bij art. 7:673d BW. De regering overwoog dat kleine werkgevers voor de berekening van de transitievergoeding mochten uitgaan van de duur van het dienstverband te rekenen vanaf 1 mei 2013. Bepalend voor deze datum was dat het sociaal akkoord is gesloten op 11 april 2013. Vanaf dat moment wist de werkgever of kon hij in redelijkheid weten dat hij in de toekomst een transitievergoeding verschuldigd zou zijn. Zie nader: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 24, p. 2.

35 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 1. Het nieuwe payrollregime kwam overigens al naar voren in een initiatiefwetsvoorstel dat op 23 november 2017 aan de Tweede Kamer is aangeboden (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 837, nr. 1). Slechts een minderheid van de initiatiefwetsvoorstellen wordt echter uiteindelijk wet. Om die reden had de aanbestedende dienst met de wijziging op grond van dit initiatiefvoorstel volgens ons in redelijkheid geen rekening hoeven te houden.

36 Bij onvoorziene omstandigheden gaat het er kort gezegd om dat partijen het intreden van de omstandigheden niet hebben verdisconteerd in de voorwaarden waaronder zij de overeenkomst zijn aangegaan. De toets is dus een andere dan die van art. 2.163e Aw. Zie nader: *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/16.4.

37 Vgl. Rb. Alkmaar 3 april 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BC8558. In deze zaak kon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst betreffende Wmo-diensten niet van de zittende aanbieder worden gevergd (art. 6:258 BW). De reden was de verschuiving in de verhouding tussen zogenoemde duurdere, gespecialiseerde thuiszorg (HV2) naar goedkopere eenvoudige thuiszorg (HV1) als gevolg van de Wet maatschappelijke ondersteuning in 2007.

rollconstructies. De gedachte achter dit beleid is dat oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid, zoals het langdurig inzetten van flexkrachten voor structurele werkzaamheden, niet zou passen bij de bedrijfsvoering van het Rijk.³⁸ Ondanks dit beleid zette het Rijk uitzendkrachten toch langdurig in door migratie als voorwaarde te stellen in aanbestedingen van uitzendwerk. De herkwalificatie bij de migratie van uitzendkrachten legt thans het oneigenlijke gebruik van flexibele arbeid expliciet bloot. Het is dan ook de vraag hoe het Rijk in de toekomst met de aanbestedingen van uitzendwerk zal omgaan.

³⁸ Kamerstukken II 2014/15, 33 818, nr. 70.