

UITSPRAAK GESCHILLENCOMMISSIE RAS 2016-07

1 GESCHIL

Bij brief 15 april 2016 met bijlagen verzoekt de SB A de Geschillencommissie RAS (hierna: commissie) een bindend advies uit te brengen in een geschil met SB B.

SB A verzoekt de commissie een bindend advies uit te brengen over primair: of SB B op grond van artikel 38 CAO verplicht is om de heer H een arbeidsovereenkomst voor meer dan 15 uur per week aan te bieden, en subsidiair: indien SB B op grond van artikel 38 CAO verplicht is om de heer H een arbeidsovereenkomst voor de duur van 15 uur per week aan te bieden, of de door SB B aan de heer H aangeboden arbeidsovereenkomst, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, is aan te merken als een aanbod dat voldoet aan de in artikel 38 CAO gestelde voorwaarden.

Bij brief d.d. 13 mei 2016 met bijlagen, na gevraagd en verkregen uitstel, heeft SB B gereageerd op het verzoek van SB A.

Bij brief d.d. 7 juni 2016 (repliek, SB A) en brief d.d. 28 juni 2016 (dupliek, SB B), na gevraagd en verkregen uitstel, hebben partijen hun stellingen verder toegelicht. Bij dupliek beroept SB B zich op door haar nieuw ingebrachte stukken. Bij brief d.d. 29 juni 2016 is SB A derhalve aanvullend in de gelegenheid gesteld om op deze stukken te reageren. SB A heeft hiervan bij brief d.d. 6 juli 2016 gebruikgemaakt.

Beide partijen hebben aangegeven het advies van de Geschillencommissie als bindend te aanvaarden.

2 VASTSTAANDE FEITEN

- 2.1 De heer H is via SB A voor 30 uur per week, dagelijks van 16.00 uur tot 22.00 uur, als schoonmaker werkzaam op de locatie S te Utrecht. Vanaf 1 maart 2016 heeft SB B het object S overgenomen van SB A.
- 2.2 Op het geschil tussen partijen is van toepassing de CAO 2014-2016.

3 STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

- 3.1 SB A meldt dat SB B per 1 februari 2016, uiteindelijk opgeschoven door de discussie tussen partijen naar 1 maart 2016, het object S te Utrecht heeft overgenomen van SB A. SB A is van mening dat de heer H in aanmerking komt voor een aanbieding voor zijn volledige (30 uur per week) door SB B. De productieruimtes zijn onderdeel van het object S en zijn blijkens de overgelegde stukken van meet af aan meegenomen in het aanbestedingstraject. SB B en S hebben pas na het moment van de gunning afgesproken dat SB B de productieruimtes niet meer hoefde schoon te maken. In dit geval is er ten tijde van de gunning dus sprake van contractswisseling in de zin van artikel 38 CAO en bestaat er voor SB B de verplichting om de

heer H een aanbod te doen voor zijn volledige contracturen van 30 uur per week op dit object. SB A is subsidiair van mening dat gesproken kan worden van "nagenoeg hetzelfde object" in de zin van artikel 38 lid 1 CAO. Het is in de schoonmaakbranche gebruikelijk dat er bij een heraanbesteding wijzigingen in de opdracht plaatsvinden. Het aandeel van de schoonmaakwerkzaamheden in de productieruimtes, waarbij sprake zou zijn van insourcing, bedraagt maximaal 25% van het totaal. Verder dienen de sanitaire ruimtes en kantoren in de betreffende productieruimtes ook na de heraanbesteding nog schoongemaakt te worden door SB B, zodat sprake is "nagenoeg hetzelfde object" in de zin van artikel 38 CAO, aldus SB A. SB B had de heer H dan ook een arbeidsovereenkomst voor 30 uur per week moeten aanbieden. Daarnaast stelt SB A dat de werktijden, voor de 15 uur waarvoor de heer H een aanbieding heeft ontvangen van SB B, niet gewijzigd hadden mogen worden. Dit is in strijd met artikel 38 lid 3 CAO, aldus SB A.

- 3.2 SB B stelt dat de productieruimtes op het object S niet aan SB B zijn gegund en dat SB B in deze ruimtes ook geen schoonmaakwerkzaamheden verricht, er daar vanaf 1 maart 2016 sprake is van schoonmaak in eigen beheer (insourcing). Uit de overgelegde stukken door SB B volgt dat de productieruimtes geen onderdeel uitmaken van het tussen S en SB B gesloten schoonmaakcontract. Ook blijkt uit de stukken dat de productieruimtes niet zijn opgenomen in het schoonmaakbestek, aldus SB B. SB B geeft aan dat de aanbestedende dienst expliciet aan SB A heeft bevestigd dat alle partijen dezelfde informatie hebben gehad en dat in het Programma Van Eisen (PVE) al gemeld was dat de productieruimtes niet meer schoongemaakt hoeven te worden door een schoonmaakbedrijf. Over het wel of niet voldoen aan de eis van "nagenoeg hetzelfde object" stelt SB B zich op het standpunt dat de productieruimtes zowel qua oppervlakte als qua hoeveelheid werkzaamheden een op zichzelf staand object zijn (ongeveer 50% van de totale schoonmaaktijd te S), zoals bedoeld in de CAO. Deze kunnen derhalve als object gesplitst worden van de kantoorruimtes en de toiletruimtes te S. Volgens SB B kan er om die reden niet gesproken worden van "nagenoeg hetzelfde object". SB B geeft aan dat zij de heer H een passend aanbod van 15 uur per week, met deels gewijzigde werktijden, heeft gedaan. Dit vanwege onder andere de strikte eisen van S inzake de tijdstippen waarop de werkzaamheden verricht moeten worden. SB B kon niet anders dan de heer H deels gewijzigde arbeidstijden aan te bieden. Nu de heer H niet op dit aanbod is ingegaan, is artikel 38 lid 4 CAO van toepassing, en blijft hij in dienst bij SB A, aldus SB B.

4 BEOORDELING VAN HET GESCHIL

- 4.1 Van belang in dit geschil is de vraag of de overname van de schoonmaakactiviteiten door SB B per 1 maart 2016 op het object S leidt tot verplichtingen van SB B jegens de heer H op basis van het contractswisselingsartikel, en zo ja welke.
- 4.2 De discussie tussen partijen spitst zich toe op drie punten. Ten eerste: zijn de productieruimtes gegund aan SB B? Ten tweede: indien de productieruimtes niet aan SB B zijn gegund, wat is hiervan het gevolg voor de aanbiedingsplicht van artikel 38 CAO? En ten derde, voldoet de aanbieding zoals gedaan door SB B aan de voorwaarden van artikel 38 CAO? De commissie komt puntsgewijs tot de volgende beoordeling.
- 4.3 *Zijn de productieruimtes gegund aan SB B?*
De uitvoerige discussie tussen partijen gaat voornamelijk over de vraag of SB B het schoonmaakonderhoud van de productieruimtes te S wel of niet verwerft via de aan haar

gegunde aanbesteding. Dit in verband met de reikwijdte en toepassing van artikel 38 CAO. Door beide partijen worden stukken ingebracht ter onderbouwing van hun standpunten. De commissie stelt vast dat er sprake is van een sterk wisselend beeld gedurende de aanbestedingsprocedure. Er lijkt sprake te zijn van verschillen in de uitvraag en offertes aan verschillende partijen. De commissie kan zich verwarring bij partijen goed voorstellen. Bij de beoordeling voor de commissie is de tussen opdrachtgever S en SB B gewisselde informatie daarover leidend. Uit e-mailberichten d.d. 6 en 18 augustus 2015 (verweerschrift SB B Bijlage 1 t/m 3) van S aan partijen, concludeert de commissie dat de productieruimtes niet aan SB B zijn gegund. Immers, in die informatie is duidelijk vermeld dat de productieruimtes geen deel uitmaken van de aanbesteding. In de laatste berichtgeving per e-mail d.d. 15 februari 2016 (verzoekschrift SB A bijlage 7) van S aan partijen wordt dat nogmaals bevestigd. De door SB A ingebrachte stukken doen niet af aan voormelde, duidelijke, aan SB B verstrekte informatie door S. Anders dan SB A stelt blijkt evenmin uit de stukken dat de aanbesteding na de gunning door S is gewijzigd. De commissie komt tot de conclusie dat de productieruimtes niet aan SB B zijn gegund en geen onderdeel uitmaken van het contract tussen S en SB B.

4.4 *Wat is het gevolg voor de aanbiedingsplicht van artikel 38 CAO?*

Nu de commissie geoordeeld heeft dat de productieruimtes niet tot het nieuw aanbestede contract behoren, rijst de vraag of S na de heraanbesteding nog beschouwd moet worden als hetzelfde of "nagenoeg hetzelfde object". Deze bepaling is in 2014 aan artikel 38 lid 1 CAO toegevoegd ter bescherming van de werknemers om te voorkomen dat middels minimale wijzigingen bij de aanbesteding, het contractswisselingsartikel wordt omzeild omdat niet meer gesproken kan worden van "hetzelfde object" dat wordt heraanbesteed. In het onderhavige geval is daarvan geen sprake. Het totaal aantal uren schoonmaakonderhoud bij SB A bedroeg 30 uur per week. Uit het verzoekschrift en de aanbestedingsstukken blijkt dat de productieruimtes en de sanitaire ruimtes / kantoren-, los van elkaar als zelfstandige objecten worden aangemerkt met beide een gelijke omvang van zo'n 15 uur schoonmaakonderhoud per week. De schoonmaak van de productieruimtes wordt door S vanaf 1 maart 2016 geheel in eigen beheer uitgevoerd. De splitsing van het object S betreft aldus een substantiële wijziging van het object en daarmee het schoonmaakcontract ten opzichte van de situatie bij SB A. Van "nagenoeg hetzelfde" object dat aan SB B wordt gegund is dus geen sprake.

4.5 Deze conclusie heeft echter niet tot gevolg dat SB B volledig is ontslagen van haar aanbiedingsplicht. Dit zou in strijd zijn met de eerder genoemde beschermingsgedachte. In haar uitspraak van 5 januari 2016 heeft de commissie bepaald dat de term "object" van artikel 38 CAO feitelijk moet worden gelezen als: *"daar waar de werkzaamheden worden uitgevoerd."* De productieruimtes en de sanitaire ruimtes / kantoren dienen dan ook, in lijn met deze eerdere uitspraak, beschouwd te worden als zelfstandige objecten. De commissie stelt aldus vast dat het object S door de opdrachtgever in zelfstandige objecten is gesplitst. Het schoonmaakonderhoud in de productieruimtes wordt vanaf 1 maart 2016 in eigen beheer uitgevoerd. SB B verwerft het schoonmaakwerk van de productieruimtes te S niet en hoeft de heer H dan ook geen aanbieding te doen op dit als zelfstandig te beschouwen object. Het andersluidende standpunt van SB A wordt door de commissie verworpen. De verplichtingen van artikel 38 CAO gelden dus alleen voor het per 1 maart 2016 aan SB B gegunde schoonmaakonderhoud in de sanitaire ruimtes / kantoren te S.

4.6 *Voldoet de aanbieding van SB B aan de voorwaarden van artikel 38 CAO?*

Tussen partijen bestaat discussie gelet op de door SB B aan de heer H aangeboden werktijden. Het door SB B gedane aanbod van 15 uur per week gaat uit van gewijzigde en zelfs gesplitste, werktijden en dat is in strijd met artikel 38 lid 3 CAO. In het verleden leidde het wijzigen van de werktijden bij een contractswisseling tot veel discussie in de zin van; is het aanbod van de verwervende werkgever nog passend en wat daarbij in redelijkheid van de werknemer te verwachten. Om dit soort discussies, welke zich in dit geschil opnieuw aandienen, te voorkomen is sinds 2012 aan voormeld CAO-artikel toegevoegd dat de werknemer een aanbieding ontvangt zonder enige wijziging in werktijden. De redenen die SB B aanvoert om de werktijden te wijzigen zijn dus niet van belang en laten dit onverlet. De onjuiste aanbieding van SB B is door de heer H geweigerd zodat geen arbeidsovereenkomst met SB B tot stand is gekomen. Een beoordeling aan de hand van artikel 8 CAO, welk artikel ziet op wijzigingen van bijvoorbeeld de werktijden na het aangaan van een arbeidsovereenkomst, kan hiermee dan ook verder buiten beschouwing blijven. Het is aan SB B om per datum contractswisseling aan de heer H in lijn met artikel 38 lid 3 CAO alsnog een aanbieding te doen met ongewijzigde werktijden met een totale omvang van 15 uur per week.

5 UITSpraak

Het primaire verzoek van SB A wordt afgewezen.

Het subsidiaire verzoek van SB A wordt toegewezen. SB B dient de heer H alsnog een aanbieding te doen per 1 maart 2016 op het object S te Utrecht, sanitaire ruimtes en kantoren, voor 15 uur per week met dagelijkse werktijden tussen 16.00 uur en 22.00 uur.

Geschillencommissie RAS, 's-Hertogenbosch, 27 juli 2016