

**Advies 166**

**1. Feiten**

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot een raamovereenkomst (met één onderneming) voor de levering van print- en kopieerpapier. De beoogde raamovereenkomst heeft een looptijd van twee jaar met tweemaal een optie tot verlengen voor een periode van één jaar. De geraamde opdrachtwaarde bedraagt blijkens de aankondiging van de aanbestedingsprocedure gemiddeld € 150.000 excl. BTW per jaar.

1.2. Beklaagde is een samenwerkingsverband van een aantal aanbestedende diensten, waaronder enkele gemeenten. Inwoners van deze gemeenten die een bijstandsuitkering ontvangen van de Sociale Dienst van die gemeenten, en die ter vergroting van hun kansen op de arbeidsmarkt behoefte hebben aan arbeidsbemiddeling, een korte werkgerelateerde opleiding of een werkervaringsplaats, kunnen een beroep doen op X., een samenwerkingsverband van de Sociale Dienst van de gemeenten en een uitzendbureau.

1.3. In de Offerteaanvraag van 12 augustus 2014 is in par. 1.7 ("Social Return on Investment") het volgende bepaald:

'De Aanbestedende Diensten hebben in het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid de uitgangspunten geformuleerd over Social Return. Social Return beoogt afname van werklozen in de [gemeenten] te bevorderen. Met Social Return streven de Aanbestedende Diensten er naar werkzoekenden, jongeren en arbeidsgehandicapten met onvoldoende kwalificaties aan het werk te helpen.

Social Return on Investment is als geschiktheidcriterium opgenomen. De Aanbestedende Diensten vragen de Inschrijver akkoord te gaan met de voorwaarden in bijlage Q.'

1.4. In bijlage Q ("Akkoordverklaring Social Return on Investment") is het volgende bepaald:

'1. De opdrachtgever eist bij aanbestedingen van leveringen, werken en diensten dat de inschrijver in principe verplicht tenminste 5% van de waarde van geraamde opdracht (exclusief BTW) inzet ten behoeve van de door de opdrachtgever vooraf gedefinieerde en op waarde bepaalde doelgroepen zoals benoemd in punt 2 van deze bijlage.

Voor werken en leveringen geldt een ondergrens van € 50.000 (exclusief BTW) en voor diensten een ondergrens van € 100.000 (exclusief BTW). Bij aanbestedingen beneden deze bedragen wordt geen verplichting opgelegd.

2. De opdrachtgever legt bij de invulling van social return hierbij de focus op de inzet van kandidaten uit de [gemeenten]:

Groep 1

a. werklozen < 2 jaar in de WWB (waarde € 30.000 o.b.v. 1 fte/jr)

b. werklozen > 2 jaar in de WWB (waarde € 35.000 o.b.v. 1 fte/jr)

c. WAJONG (waarde € 35.000 o.b.v. 1 fte/jr)

d. Wsw in begeleid werken (waarde € 35.000 o.b.v. 1 fte/jr)

e. Wsw detacheren en diensten: betaalde rekeningen aan het SW bedrijf

f. WWB detacheren en doorleenconstructies: betaalde rekeningen aan de Sociale Dienst [gemeenten].

Indien er geen kandidaten beschikbaar zijn uit deze groep kunnen kandidaten ingezet worden uit groep 2.

Groep 2

- g. werklozen < 1 jaar WW (waarde € 10.000 o.b.v. 1 fte/jr)
- h. werklozen > 1 jaar WW (waarde € 15.000 o.b.v. 1 fte/jr)
- i. personen behorend tot de WIA/WAO (waarde € 30.000 o.b.v. 1 fte/jr)
- j. beroepsbegeleidende leerweg (BBL) (waarde € 10.000 o.b.v. 1 fte/jr)
- k. beroepsopleidende leerweg (BOL) (waarde € 5.000 o.b.v. 1 fte/jr)
- l. maatschappelijk verantwoorde activiteiten (waarde € 1.500 per dagdeel van 4 uur) alleen geldig als deze zijn goedgekeurd door [X.].

Indien de opdrachtnemer voor een kandidaat uit groep 1 of groep 2, g. t/m i., financieel gecompenseerd wordt d.m.v. looncompensatie of loonkosten-subsidie wordt dit in mindering gebracht op de toegekende waarde van bovenstaande doelgroepen. Dit geldt uitsluitend voor kandidaten die na de ingangsdatum van de overeenkomst worden ingezet.

3. Opdrachtgever is verplicht binnen 10 dagen na gunning melding te maken van de gegunde opdracht bij [X.] middels het format meldingsformulier social return. Hierin is opgenomen de 5% van de waarde SROI van de opdracht. Dit formulier moet worden opgestuurd of gemaïld naar (...). [X.] informeert de opdrachtnemer en neemt contact op over de invulling van de social return verplichting.

[X.] is een samenwerkingsverband tussen de Sociale Dienst [gemeenten] en [Y.] (...) gericht op het matchen en plaatsen van werkzoekenden op vacatures en tijdelijke werkzaamheden.

Het bedrag wordt door de opdrachtgever/aanbestedende dienst berekend op basis van tenminste 5 % van het totale aanbestedingsbedrag. De opdrachtnemer factureert maximaal 95% van de opdracht aan opdrachtgever. Na invulling van de social return verplichting wordt het bedrag (5% SROI verplichting) door opdrachtgever aan de opdrachtnemer uitbetaald.

Bij meerjaren opdrachten of opdrachten waarvan de waarde pas achteraf bepaald wordt, worden vooraf aparte afspraken gemaakt met de opdrachtgever/aanbestedende dienst en [X.] (...).

4. Het gaat om nieuwe inzet van kandidaten na de gunningsdatum. Invulling van de social return verplichting gaat in overleg met en goedkeuring van [X.] waarbij gebruik gemaakt wordt van de prioriteit en keuzemogelijkheid zoals beschreven bij punt 2 van deze bijlage. Afhankelijk van de waarde van de opdracht wordt de duur van de inzet van kandidaten berekend.
5. Invulling van de social return verplichting kan desgewenst ook gerealiseerd worden in een of meerdere (bijv. later te starten) andere projecten van de opdrachtnemer. Deze afspraken worden vooraf en in overleg met en goedkeuring van [X.] vastgelegd.
6. De werving van kandidaten wordt uitgevoerd door [X.]. [X.] zal samen met de opdrachtnemer een planning en profiel opstellen en passende kandidaten selecteren conform het model. De dienstverlening van [X.] is kosteloos. Kandidaten kunnen indien nodig en mogelijk (bij)geschoold worden. De vakbekwaamheid van de kandidaten is afhankelijk van de keuze uit het model. Hierover worden afzonderlijke afspraken met [X.] gemaakt.

8. Kandidaten kunnen bij de opdrachtnemer op basis van een (tijdelijk) dienstverband in dienst genomen worden of kunnen op detacheringbasis worden geplaatst. De detachering wordt uitgevoerd door detacheringbedrijven die door de opdrachtnemer zijn geselecteerd. Desgewenst kan [X.] hierin adviseren.
  9. In overleg met [X.] kan de opdrachtnemer eventueel zelf kandidaten aandragen. [X.] zal in dat geval toetsen of de kandidaat tot de doelgroep behoort en welke waarde er aan deze kandidaat kan worden toegekend. Hiervoor dient de opdrachtnemer de gegevens van de beoogde kandidaat te verstrekken waaronder het Burgerservicenummers (BSN).
  10. Indien opdrachtnemer van mening is dat er onvoldoende mogelijkheid bestaat om kandidaten in te zetten en/of maatschappelijk verantwoorde activiteiten te verrichten kan de opdrachtnemer, in overleg met [X.], ervoor kiezen het (restant)bedrag van de opgelegde verplichting geheel of gedeeltelijk ter beschikking te stellen aan het re-activeringsfonds. Hiermee worden kandidaten uit de doelgroep met een grote achterstand op de arbeidsmarkt weer kansrijk en inzetbaar gemaakt.
  11. De opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het aanleveren van gegevens met betrekking tot de inzet van de kandidaten en de gewerkte uren. Hierover worden afspraken gemaakt met [X.].  
[X.] ziet toe op de naleving van de afspraken die gemaakt zijn met alle betrokken partijen. Indien bij oplevering van de opdracht of einde van de contractduur blijkt dat de opdrachtnemer niet heeft voldaan aan de social return verplichting, is de opdrachtgever gemachtigd het gehele bedrag of naar rato, indien slechts gedeeltelijk is voldaan, ter beschikking te stellen aan het re-activeringsfonds ten behoeve van het kansrijk en inzetbaar maken van kandidaten uit de doelgroep. [X.] adviseert de opdrachtgever over de voortgang en het eindresultaat. Dit advies is bindend.
  12. Indien de opdrachtnemer werkt met onderaannemers blijft de hoofdaannemer verantwoordelijk voor de toepassing van Social Return on Investment.
  13. Door het ondertekenen van de uniforme Eigen Verklaring bij inschrijving verklaart de opdrachtnemer zich akkoord met bovenvermelde bepalingen.
  14. [X.] is gevestigd op (...) te (...), tel (...), email (...).'
- 1.5. In de 1<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen van 2 september 2014 is, voor zover relevant, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 47: SROI kan alleen als eis gesteld worden indien arbeid een onderdeel van de aanbesteding is. Conform de richtlijnen Social Return (Handleiding voor aanbestedende dienst, geschreven door Agentschap NL) is SROI bedoeld om de inzet te eisen van mensen met achterstand tot de arbeidsmarkt en deze te stimuleren in projecten cq aanbestedingen met een arbeidscomponent, zodat deze mensen ook daadwerkelijk en gericht ingezet kunnen worden. In het geval van de levering van producten, is er geen directe link tussen de SROI eisen en het geleverde product. U kunt uiteraard inschrijvers wel vragen te onderbouwen welke activiteiten op het gebied van SROI zijn ondernomen en hoe dit wordt ingezet in relevante projecten. Derhalve vragen wij u om de eisen m.b.t. SROI te herzien.

Antwoord: SROI is opgenomen in het gemeentelijk beleid en geldt voor zowel werken, leveringen en diensten. De eisen m.b.t. SROI kunnen niet worden herzien. Opdrachtgever stelt alles in het werk om passende oplossingen aan te dragen hoe opdrachtnemer aan deze eisen kan voldoen.'

1.6. In de 2<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen van 16 september 2014 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.6.1. 'Vraag 2: SROI is bedoeld om mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt te helpen aan werk. Leverancier ziet maatschappelijke verantwoorde activiteiten niet als iets dat expliciet bedoeld is om deze doelgroep aan een baan te helpen. Wat verstaat u in dit punt exact onder de term 'maatschappelijk verantwoorde activiteiten' en hoe verwacht u dat Leverancier deze toepast binnen deze opdracht?

Antwoord: Invulling d.m.v. maatschappelijk verantwoorde activiteiten is één van de mogelijkheden die social return biedt om de leverancier de mogelijkheid te bieden de 5% in te zetten ten gunste van de inwoners van de [gemeenten] wanneer de 5% niet omgezet kan worden in arbeid. De [gemeenten] zien de invulling van social return breder dan alleen het creëren van banen voor de doelgroep. Maatschappelijk verantwoorde activiteiten kunnen bijvoorbeeld zijn, computerlessen voor ouderen, schilderwerk in buurthuis, drukwerk verzorgen voor verenigingen zijn.'

1.6.2. 'Vraag 3: Het doel van SROI kan alleen behaald worden als er binnen de aanbesteding een arbeidscomponent aanwezig is die plaats vindt op of in de buurt van de locatie van de opdrachtgever. Werkzaamheden zoals het vervoer en de productie van de uitgevraagde goederen vinden buiten de regio [gemeenten] plaats. Dit zou betekenen dat Leverancier zijn productieproces naar deze regio zou moeten verhuizen. In dit kader acht Leverancier de met de eisen gepaard gaande inspanning en kosten disproportioneel, conform pagina 3 van de Handleiding Social Return 2011. Hoe ziet de gemeenschappelijke regeling [gemeenten] de invulling van de SROI eisen binnen dit perspectief?

Antwoord: De inzet van kandidaten kan ook op andere projecten, opdrachten en/of locaties van de leverancier plaatsvinden en hoeft geen relatie te hebben met de opdracht. Van kandidaten wordt verwacht dat zij bereid zijn binnen een redelijke afstand te reizen. Daarnaast kunnen ook diensten en opdrachten uitgevoerd worden door het SW bedrijf. De handleiding Social Return 2011 wordt niet door de [gemeenten] gehanteerd maar heeft betrekking op Rijks aanbestedingen. De [gemeenten] kent haar eigen beleid zoals geformuleerd in de bijlage Social Return on Investment.'

1.6.3. 'Vraag 4: Leverancier zet zich op verschillende manieren in als het aankomt op het invulling geven aan arbeidsparticipatie van mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt. Daarnaast ontplooit Leverancier jaarlijks diverse vrijwilligersdagen. Gaat Aanbestedende dienst ermee akkoord dat Leverancier na gunning aantoonbaar dat zij op andere wijze invulling kan geven aan de SROI eis?

Antwoord: Ja, mits dit afgestemd is met [X.] kan dit mogelijk wijs binnen de maatschappelijk verantwoorde activiteiten ondergebracht worden. Voorwaarde is wel dat dit binnen de [gemeenten] en na gunningsdatum plaatsvindt.'

- 1.6.4. 'Vraag 5: De huidige SROI eisen zoals gesteld in de aanbesteding kunnen leiden tot verdringing van arbeid. Immers, van inschrijvende Leverancier wordt verwacht dat hij vanuit [X.] werknemers inzet die anders vanuit Leverancier of toeleverancier zouden worden ingezet. Vanuit de Handleiding voor Social Return 2011 is het niet wenselijk eisen op te leggen aan Leveranciers indien dit mogelijk verdringing oplevert op de arbeidsmarkt. Hoe ziet Aanbestedende dienst de inzet van werknemers vanuit [X.] die mogelijk andere werknemers verdringen?

Antwoord: De handleiding Social Return 2011 wordt niet door de [gemeenten] gehanteerd maar heeft betrekking op Rijks aanbestedingen.

De [gemeenten] kent haar eigen beleid zoals geformuleerd in de bijlage Social Return on Investment. [X.] zal met de leverancier een plan van aanpak opstellen waarbij zoveel mogelijk rekening gehouden wordt met de mogelijkheden binnen uw bedrijf. Zou een voorstel leiden tot verdringing kunnen er andere oplossingen/ keuzes gemaakt worden.'

- 1.6.5. 'Vraag 6: Als blijkt dat Leverancier geen geschikte invulling kan geven aan de SROI eisen, gaat Aanbestedende dienst ermee akkoord dat Aanbestedende dienst en Leverancier in onderling overleg een andere wijze van invulling geven aan Social Return?

Antwoord: [gemeenten] kiest er nadrukkelijk voor kandidaten uit de [gemeenten] in te zetten om hiermee de werkloosheid en sociale achterstand binnen de [gemeenten] terug te dringen en/of te beperken.'

## **2. Beschrijving klacht**

Klager stelt dat de SROI-eis in strijd is met de voorschriften van Gids Proportionaliteit en Europese Richtlijnen voor toepassing van SROI.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Loonsom is geen onderdeel van de aanbesteding. Het gaat sec om levering van diverse soorten papier met als aanvulling daarop een aantal rapportages.
- 3.2. Het percentage SROI wordt berekend over de totale opdrachtwaarde. Dit in tegenstelling tot wat de Gids Proportionaliteit voorschrijft.
- 3.3. Er is geen relatie tussen de Social Return on Investment en de inhoud van de opdracht. Daarnaast is ook sprake van geografische beperkingen voor de invulling van de SROI-eis: die invulling is uitsluitend mogelijk in regio [gemeenten] met mensen van [X.]. Dit maakt invulling van de eisen door aanbieders van buiten de regio vrijwel onmogelijk.
- 3.4. Klager heeft ter onderbouwing van haar klacht tevens verwezen naar Advies 98 van de Commissie.

## **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

Klager stelt voor om de SROI-eis te laten vervallen, aangezien het in de aanbesteding gaat om de levering van papierproducten en de loonsom zeer gering is. Zoals hierboven vermeldt, vindt productie en distributie plaats van buiten de regio van de gemeenten.

## 5. Reactie beklagde

- 5.1. Beklaagde heeft uitgebreid op de klacht gereageerd. Haar reactie komt kort gezegd op het volgende neer.
- 5.2. Beklaagde verwijst allereerst naar het advies van haar Klachtenmeldpunt aanbesteden dat – kort gezegd – van oordeel is dat de klacht ongegrond is, omdat:
- [gemeenten] in overleg met de opdrachtnemer tot een concrete invulling van de SROI-eis komt, waarbij een Plan van Aanpak wordt opgesteld (dialogo-model);
  - dat de SROI-verplichting ook gerealiseerd kan worden in andere projecten van de opdrachtnemer en dat dit dus niet per definitie de desbetreffende aanbestede opdracht hoeft te zijn;
  - dat aan de invulling van de SROI-verplichting geen geografische beperkingen worden gesteld; de SROI verplichting kan derhalve ook buiten de regio van [gemeenten] worden vervuld, mits de SROI ten goede komt aan de [gemeenten];
  - dat wanneer niet aan de SROI-verplichting invulling kan worden gegeven, ook een andere maatschappelijke activiteit mogelijk is; en
  - dat als uiterste optie – indien echt geen invulling aan SROI kan worden gegeven – het SROI-bedrag in het Re-activeringsfonds wordt gestort, wat vervolgens wordt besteed aan het SROI-doel (het kansrijk en inzetbaar maken van de kandidaten uit de regio van [gemeenten]).
- 5.3. Er zijn volgens beklagde voldoende mogelijkheden om tot een passende invulling van de SROI-eis te komen. Dit geldt zelfs voor leveringen waarbij de arbeidscomponent laag is. Het beleid van [gemeenten] biedt juist ruimte om de SROI binnen of buiten de aanbestede opdracht in te vullen.
- 5.4. Daarop aanvullend stelt beklagde dat zij het belangrijk vindt dat de bedrijven die opdrachten voor haar uitvoeren hun rol opnemen in het maatschappelijk vraagstuk van arbeidstoeleiding en het creëren van kansen voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Mede vanuit het oogpunt van de veranderde economische omstandigheden is het van belang dat alle partijen in de maatschappij hierin gezamenlijk optrekken.
- 5.5. Beklaagde ziet de potentie hierin ook vanuit haar rol als opdrachtgever. Zij wil de “opbrengst” vanuit de inzet van SROI vergroten. Daarom is met ingang van 1 januari 2014 voor de toepassing van SROI het onderscheid tussen leveringen, diensten en werken losgelaten. Tevens is de verplichting losgelaten dat de SROI-invulling die voortvloeit uit een opdracht, op die desbetreffende opdracht zou moeten worden ingezet. Tot slot is het verband met de looncomponent losgelaten.
- 5.6. Beklaagde vindt het van belang dat de opdrachtnemers worden ontzorgd bij de toepassing van SROI. Dit begint reeds bij de keuze die de opdrachtnemer heeft uit de verschillende doelgroepen. Zo kan hij een op zijn maat toegesneden invulling afstemmen met [X.]. Lukt het in het uiterste geval niet om plaatsingen te creëren of alternatieve opties te bieden die de arbeidstoeleiding van (...) kandidaten [uit de gemeenten] kan vergroten, dan wordt het Re-activeringsfonds ingezet. Dit fonds wordt ingezet voor maatregelen ter bevordering van arbeidstoe-

leiding, waaronder opleiding, begeleiding enz. Op deze manier komt de beoogde SROI-inspanning alsnog bij de doelgroepen terecht.

- 5.7. Kernwoorden in dit systeem van SROI zijn volgens beklagde:
- gelijkheid voor inschrijvers (iedere inschrijver kan zijn bijdrage leveren, het Re-activeringsfonds voorziet in een oplossing voor partijen van buiten de regio);
  - dialogoog en afstemming: opdrachtnemer en [X.] komen in onderling overleg tot een passende invulling van de SROI;
  - maatwerk: de opdrachtnemer kan keuzes maken in de manier waarop hij de SROI-verplichting invult.
- 5.8. Beklagde is van mening dat de Handleiding voor het Rijk, zoals deze geciteerd is in Advies 98 van de Commissie niet één op één toepasbaar is voor lagere overheden. De lagere overheden worden geconfronteerd met diverse financiële uitdagingen. Om deze het hoofd te kunnen bieden doet beklagde een verhoogd beroep op de partijen die met haar samenwerken in de keten, waaronder opdrachtnemers.
- 5.9. Het oordeel van de Commissie in voornoemd Advies 98, dat de bredere toepassing van SROI – dus ook buiten de opdracht waaruit de SROI voortkomt – op gespannen voet staat met uitspraken in de Handleiding “Social Return Handleiding voor aanbestedende diensten van het Rijk”, is weliswaar technisch inhoudelijk correct, maar gaat voorbij aan het feit dat de Handleiding voor SROI van het Rijk niet van toepassing is voor de gemeenten (die autonoom zijn in het opstellen van hun eigen SROI-beleid afgestemd op de maatschappelijke opgaven waarvoor zij staan).

## 6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en deel 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 6.2. Een aanbestedende dienst kan bij een aanbesteding als de onderhavige op grond van art. 2.80 Aw 2012 bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van de opdracht. Deze voorwaarden kunnen onder andere verband houden met sociale overwegingen.
- 6.3. Bij het stellen van bijzondere voorwaarden zoals bedoeld in 6.2 – hierna te noemen: “social return”-voorwaarden – dient beklagde op grond van art. 1.10 lid 1 *jo.* lid 2 sub h Aw 2012 uitsluitend voorwaarden te stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Deze verplichting is nader uitgewerkt in par. 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit, die beklagde in acht moet nemen op grond van art. 1.10 lid 4 *jo.* lid 3 Aw 2012.
- 6.4. De Commissie realiseert zich dat het hanteren van social return-voorwaarden door aanbestedende diensten in inkoop- en aanbestedingsprocessen een materie betreft die nog in ontwikkeling is (vergelijk ook de Gids Proportionaliteit, p. 44) en dat de vraag – of en in welke mate het stellen van dergelijke voorwaarden in een concreet geval passend is in het licht van het proportionaliteitsbeginsel – van geval tot geval zal dienen te worden beantwoord.



- 6.5. Bij de beantwoording van die vraag heeft in het geval van een aanbesteding van een opdracht voor leveringen naar het oordeel van de Commissie als uitgangspunt te gelden dat het stellen van social return-voorwaarden in beginsel als niet proportioneel moet worden beschouwd vanwege de lage arbeidscomponent van een dergelijke opdracht.
- 6.6. Steun voor dit uitgangspunt kan allereerst worden gevonden in het antwoord van de Minister op vragen van de Eerste Kamer:
- 'De regering onderschrijft het belang van social return bij aanbestedingen die zich daarvoor lenen. (...) Niet tot het rijk behorende aanbestedende diensten voeren op dit punt hun eigen beleid. Veel medeoverheden passen ook een dergelijk beleid toe. Of en in welke mate social return passend is, is afhankelijk van de arbeidsmarktsituatie in de betreffende branche of regio en van de hoogte van de arbeidscomponent per aanbesteding. Bij leveringen wordt social return niet toepasbaar bevonden vanwege de lage arbeidsmarktcomponent van de aanbesteding.' (*Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. E, p. 1*).
- 6.7. Het uitgangspunt vindt voorts steun in het feit dat de verplichting tot het toepassen van social return-voorwaarden binnen het Rijk op blz. 5 van de "Social Return Handleiding voor aanbestedende diensten van het Rijk" (versie 2.0 december 2011, hierna "Handleiding") is beperkt tot opdrachten voor werken en diensten.
- 6.8. Dat deze Handleiding – zoals door beklagde is betoogd – niet van toepassing is voor gemeenten en dat uit het antwoord van de Minister aan de Eerste Kamer blijkt dat niet tot het Rijk behorende aanbestedende diensten – zoals beklagde – voor wat betreft het stellen van social return-voorwaarden hun eigen beleid kunnen voeren, doet naar het oordeel van de Commissie niet af aan het in 6.5 geformuleerde uitgangspunt. Nog afgezien van het feit dat het antwoord van de Minister zich ook uitstrekt tot andere aanbestedende diensten dan die welke tot het Rijk behoren, vindt het uitgangspunt immers tevens steun in diverse publicaties die (mede) betrekking hebben op het stellen van social return-voorwaarden door gemeenten (zie bijvoorbeeld: T. Rens, F. van de Wildenberg en R. Lennartz, *Handboek Social return bij aanbesteden*, Eindhoven 2007, p. 4; S. Andriessen, P. Brouwer en A. Smit, 'Social return bij inkoop. Kans voor gemeenten', *Sociaal Bestek 7-8/2011*, p. 17; E. Van Wijk, S. Andriessen, A. Smit en P. Brouwer, *Handleiding Social return bij inkoop door gemeenten*, BESO 2011, p. 15-16; A.D. Hornstra en G.R. Werkman-Bouwkamp, 'Social return, mkb en het proportionaliteitsbeginsel: een goede verhouding?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2013/191*, p. 125).
- 6.9. Het in 6.5 geformuleerde uitgangspunt laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat aanbestedende diensten gemotiveerd kunnen afwijken van het daarin besloten liggende beginsel dat zij in het geval van een aanbesteding van een opdracht voor leveringen geen social return-voorwaarden stellen. Uit die motivering zal dan afdoende moeten blijken dat de in de concrete aanbestedingsprocedure gestelde social return-voorwaarden wel degelijk proportioneel zijn. In dat kader kunnen onder andere de volgende gezichtspunten – in onderling verband beschouwd – relevant zijn:
- i. de mate waarin sprake is van een arbeidsextensieve opdracht;
  - ii. de looptijd van de opdracht, waarbij de in de Handleiding genoemde minimale looptijd van 6 maanden als richtsnoer kan gelden;



- iii. de totale omvang van de loonsom (als onderdeel van de totale opdracht-som), waarbij de in de Handleiding minimale loonsom van € 250.000 excl. BTW als richtsnoer kan gelden;
  - iv. de hoogte van het door de aanbestedende dienst in de gestelde voorwaarden gehanteerde percentage inzet van social return;
  - v. de vraag of het percentage inzet van social return wordt berekend over de loonsom dan wel over de opdrachtsom;
  - vi. de vraag of en in hoeverre als gevolg van de gestelde social return-voorwaarden negatieve arbeidsmarkteffecten als verdringing van huidig personeel ontstaan;
  - vii. de mate waarin de gestelde social return-voorwaarden aansluiten bij de uitkomsten van een marktconsultatie, die aan de aanbestedingsprocedure is voorafgegaan.
- 6.10. De Commissie is van oordeel dat nóch uit de aanbestedingsstukken, nóch uit hetgeen beklagde in de onderhavige klachtprocedure heeft aangevoerd, afdoende blijkt dat de in de onderhavige aanbesteding gestelde social return-voorwaarden proportioneel zijn. Inzet van de aanbesteding is een raamovereenkomst (met één onderneming) voor de levering van print- en kopieerpapier. Beklaagde betwist niet dat het hier om een opdracht met een lage arbeidscomponent gaat. De beoogde raamovereenkomst heeft een initiële looptijd van twee jaar met een door beklagde geraamde opdrachtwaarde van gemiddeld € 150.000 excl. BTW per jaar. Gegeven de looptijd, de waarde en de aard van de onderhavige arbeidsextensieve opdracht mag gevoeglijk worden aangenomen dat de loonsom veel lager bedraagt dan € 250.000 excl. BTW. Het door beklagde in de gestelde voorwaarden gehanteerde percentage inzet van social return bedraagt 5%, waarbij vast staat dat dit percentage niet zal worden berekend over de loonsom maar over de totale opdrachtsom. Daarmee vertoont deze social return-voorwaarde sterke gelijkenis met die welke figureert in het voorbeeld dat wordt genoemd in paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit op blz. 45. Het gaat in dat voorbeeld om een op de zogenoemde 5%-regeling gebaseerde social return-voorwaarde die – vanwege het verhoudingsgewijs geringe deel aan loonsom binnen de opdrachtsom – door de opstellers van de Gids als disproportioneel wordt aangemerkt. Tot slot is het de Commissie niet gebleken dat beklagde voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure heeft geprobeerd om de mogelijkheden tot het toepassen van social return bij de aanbesteding van de onderhavige opdracht in een voorafgaande marktconsultatie te toetsen.
- 6.11. Op grond van het voorgaande wordt de klacht als gegrond beoordeeld.
- 6.12. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Beklaagde heeft in bijlage Q ("Akkoordverklaring Social Return on Investment") van haar Offerte-aanvraag – kort gezegd – het volgende bepaald:
- i. dat de focus wordt gelegd op inzet van kandidaten (werkzoekenden, jongeren en arbeidsgehandicapten met onvoldoende kwalificaties) uit de [gemeenten];
  - ii dat de uitvoering van de door beklagde gestelde social return-voorwaarden niet per definitie in het kader van de uitvoering van de onderhavige opdracht behoeft plaats te vinden;
  - iii. dat er ook invulling aan de door beklagde gestelde social return-voorwaarden gegeven kan worden door het bedrag van de in die voorwaarden opgelegde verplichting geheel of gedeeltelijk ter beschikking te stellen aan het zogenoemde re-activeringsfonds.

- 6.13. De Commissie is van oordeel dat beklagde met deze uitwerking van de door haar gestelde social return-voorwaarden discriminatoir en daarmee in strijd met art. 2.80 Aw 2012 heeft gehandeld. De Commissie wijst in dit verband op de Memorie van Toelichting bij art. 2.80 Aw 2012, waarin is bepaald:

*'In de zaken Beentjes [HvJ EG 26 september 2000, zaak C-31/87, Commissie] en Region Nord-Pas-de-Calais [HvJ EG 17 september 2002, zaak C-225/98, Commissie] werd bepaald dat voorwaarden in verband met de opdracht moeten staan, en de voorwaarden alleen mogen worden gesteld wanneer deze voorwaarden de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen.'* (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 75).

## **7. Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

## **8. Aanbeveling**

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 28 november 2014

w.g.:  
Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter