

## Advies 290

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een meervoudige onderhandse procedure gestart met betrekking tot een (RAW-)raamovereenkomst met één onderneming voor rioolreiniging en rioolinspectie. Het ARW 2012 is van toepassing verklaard.
- 1.2. In hoofdstuk 2 ("Omschrijving van de aan te besteden Overeenkomst") van de Aanbestedingsleidraad is bepaald:

#### '2.1 Scope van de Overeenkomst.

(...)

De indicatieve totaalomzet van uitvoering van werkzaamheden volgens de RAW-raamovereenkomst bedraagt € 50.000,-- excl. omzetbelasting gedurende de Overeenkomst. Betreffende totaalomzet is indicatief; op moment van aanbesteding is niet duidelijk welke werkzaamheden en met welke hoeveelheden gedurende de looptijd van de overeenkomst uitgevoerd gaan worden. De Inschrijver kan geen rechten ontlenen aan een afwijking van de totaalomzet die kan blijken bij ontbinding van de Overeenkomst, dit ongeacht de omvang van de afwijking.'

- 1.3. In hoofdstuk 3 ("Inschrijving") van de Aanbestedingsleidraad is bepaald:

#### '3.2 Uitsluitingsgronden.

Bij inschrijving dient tevens een volledig ingevulde en ondertekende verklaring inzake toepassen Social Return te zijn bijgevoegd. Bij het ontbreken van de verklaring wordt de Inschrijver van verdere deelneming aan de Aanbestedingsprocedure uitgesloten.'

- 1.4. In Bijlage VI ("Verklaring omtrent toepassen Social Return") van de Aanbestedingsleidraad is bepaald:

#### 'VERKLARING omtrent toepassen Social Return

Inzake: .....

Ondergetekende verklaart dat bij de onderhavige inschrijving met [organisatie] overeenstemming is bereikt over de invulling van de voorwaarden van de gemeente [beklaagde] op het gebied van Social Return On Investment (SROI).

De voorwaarde houdt in dat bij definitieve gunning door inschrijver een cliënt uit het bestand van [organisatie] voor tenminste een periode van 1 jaar in dienst wordt genomen waarbij uitstroom bij [organisatie] is gegarandeerd. Als [organisatie] u geen kandidaat kan aanbieden kan in overleg met de contactpersoon van [organisatie] gelegenheid gegeven worden om deze verplichting in te vullen middels een uitkeringsgerechtigde van een andere gemeente. Na definitieve gunning dient binnen 4 weken en voorafgaande aan het indienen van de eerste betalingstermijn aan deze voorwaarde te worden voldaan. Het niet (tijdig) nakomen

van de social return verplichting leidt tot opschorting van de goedkeuring respectievelijk de betaling van de eerste betalingstermijn.

Datum .....

Datum .....

Te .....

Te .....

Ondertekening ondernemer

Ondertekening [organisatie]'

1.5. In de Nota van Inlichtingen van 24 september 2015 is – voor zover relevant – de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

1.5.1. 'Vraag 4: Wat u van inschrijver verlangt is buiten proportioneel en staat totaal niet in verhouding tot de dienstverlening binnen deze scope en kan opdrachtgever niet verlangen dat andere arbeidsduurcontracten worden aangegaan anders dan gebruikelijk is in de branche. Het invullen van een dergelijk document is daarmee discriminerend naar andere gegadigden voor een arbeidsplaats. Tevens kan het niet zo zijn dat de facturatie voor ten uitvoer gebrachte dienstverlening wordt opgeschort of gekoppeld wordt aan het met succes uitlaten stromen van een kandidaat uit de kaartenbak, dat is immers pas na een jaar duidelijk en afhankelijk van de persoonlijke inzet en motivatie van deze kandidaat. Het mechanisme wat u in de strijd heeft gegooid om uitstroom van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt past totaal niet bij de dienstverlening die wordt aanbesteed. Kunt u deze eis verwijderen uit de uitvraag, rekening houdend met alle veiligheidsaspecten waaraan een potentiële kandidaat dient te kunnen voldoen?

Antwoord: [Beklaagde] zet zich actief in om uitkeringsgerechtigden met een achterstand op de arbeidsmarkt in het arbeidsproces te betrekken. Het toepassen van social return is hierbij één van de pijlers. De gegadigden die in de gelegenheid worden gesteld een aanbieding uit te brengen voor de opdracht 'Rioolreiniging en -inspectie 2015-2016' dienen in de inlichtingenfase contact op te nemen met [organisatie]. Met de medewerker van [organisatie] worden de mogelijkheden voor de inzet van een uitkeringsgerechtigde besproken. Hierbij wordt breder gekeken dan alleen feitelijke werkzaamheden in het veld. Het is niet per definitie noodzakelijk om de uitkeringsgerechtigde in te zetten op de dienstverlening die wordt aanbesteed. Social return mag ook ingezet worden ten behoeve van bijvoorbeeld facilitair werk.'

1.5.2. 'Vraag 5: Kan de eis voor de SROI aangepast worden omdat de totale omzet niet in verhouding staat t.o.v. de eis en ook nog eens een uitstroom nadien van de persoon van [organisatie].

( wellicht voor dit werk de SROI eis laten vallen gezien de aard van de werkzaamheden en de benodigde opleidingen die ons personeel heeft om deze werkzaamheden te mogen en kunnen uitvoeren. )'

Antwoord: Zie antwoord bij vraag 4 van deze Nota.'

1.5.3. 'Vraag 51: Vakkennis personeel, wat te doen met SROI. Opleidingstraject in ons soort werk is langer dan 1 jaar voor div. disciplines.

Antwoord: Zie antwoord bij vraag 4 van deze Nota.'

## **2. Beschrijving klacht**

De social return eis is disproportioneel.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit stelt: 'De criteria met betrekking tot duurzaamheid waaronder sociale voorwaarden dienen enerzijds in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht, maar dienen anderzijds te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden.' De Gids Proportionaliteit illustreert dat tevens op pagina 45.
- 3.2. De opdracht in kwestie omvat hoofdzakelijk werkzaamheden waarbij voertuigen worden ingezet met twee gediplomeerde personen voor de bediening van de apparatuur. Het is niet mogelijk een gediplomeerd persoon te vervangen door een social return kracht, tenzij deze beschikt over de vereiste diploma's. Daaromheen zullen waarschijnlijk nog verkeersmaatregelen nodig zijn. Ook daar moeten gediplomeerden op ingezet worden. Binnen de opdracht zelf en de wensen in het kader van de EMVI treffen wij weinig ruimte voor inzet van social return krachten. De eis voldoet daarmee niet aan het criterium "afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden", zoals in de Gids Proportionaliteit wordt gesteld.
- 3.3. De omvang van de opdracht bedraagt circa € 50.000,-. Naar verwachting zal de aannemer van dit contract ruwweg 6 tot 8 weken werkzaamheden uitvoeren in de gemeente van beklagde. De eis dat de ondernemer een persoon voor een vol jaar in dienst moet nemen voldoet niet aan het criterium "in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht" van de Gids Proportionaliteit.
- 3.4. Beklaagde negeert met deze eis tevens Advies 98 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.
- 3.5. Nochtans wordt een uitzonderlijk zware social return eis aangetroffen en gehandhaafd. De voorwaarde houdt in dat bij definitieve gunning door inschrijver een cliënt uit het bestand van [organisatie] voor tenminste een periode van één (1) jaar in dienst moet worden genomen waarbij uitstroom bij [organisatie] is gegarandeerd, hetgeen disproportioneel is.

## **4. Reactie beklagde**

- 4.1. De opdracht leent zich voor het opleggen van een social return verplichting gelet op de grote arbeidscomponent van de opdracht. De social return eis voldoet aan de daaraan uit hoofde van het aanbestedingsrecht gestelde eisen. In dit kader is ook relevant dat de gemeente meerdere inschrijvingen heeft ontvangen, waaruit kan worden opgemaakt dat de social return verplichting klaarblijkelijk door deze inschrijvers niet als bezwaarlijk wordt gezien en zij hieraan kunnen en willen voldoen.
- 4.2. Voor wat betreft het niet afgestemd zijn van de social return eis op hetgeen de relevante markt kan bieden moet worden voorbijgegaan worden aan de stellingen van klager die er op neerkomen dat de opdracht uitsluitend bestaat uit specialiserende activiteiten die zich niet goed lenen voor de inzet van een social return kandidaat. Een zeer omvangrijk deel van de opdracht betreft het "leegzuigen van putten", daarvoor is mede inzet van een "voorloper" – iemand die de putdeksels openzet – nodig, wat ongeschoold werk betreft. Daarnaast kan de kandidaat worden ingezet voor allerlei hand- en spandiensten.

4.3. Voorts staat niet vast dat er geen social return kandidaat kan worden ingezet voor het specialistische werk. Er is namelijk bij [organisatie] een "grote kaartenbak" beschikbaar van uitkeringsgerechtigden die ieder weer een eigen achtergrond, opleiding en leer-/werkervaring hebben. Bovendien worden de potentiële inschrijvers geholpen door [organisatie] in de zoektocht naar een geschikte social return kandidaat.

4.4. De stellingen van de klager omtrent de waarde en de looptijd van de werkzaamheden zijn onjuist. De waarde van de opdracht is aanzienlijk hoger. In paragraaf 2.1 van de Gunningsleidraad staat: "de indicatieve totaalomzet van uitvoering van werkzaamheden volgens de RAW-raamovereenkomst bedraagt EUR 100.000,- excl. omzetbelasting gedurende de Overeenkomst." Na ontvangst van de inschrijvingen is voorts gebleken dat de opdrachtwaarde aanzienlijk hoger is dan dit geraamde bedrag van EUR 100.000,-.

De "verwachting" van klager dat de opdrachtnemer "ruwweg 6 tot 8 weken werkzaamheden zal uitvoeren in de gemeente" is eveneens een onjuiste inschatting dan wel verwachting. De overeenkomst die het voorwerp is van de aanbesteding heeft een looptijd van twee jaren. Binnen die twee jaren dient opdrachtnemer de werkzaamheden uit te voeren die het voorwerp zijn van de opdracht. Reeds gelet op de waarde van de opdracht – in de gunningsleidraad geraamd op EUR 100.000,- en, naar inmiddels is gebleken, feitelijk een hoger bedrag – is duidelijk dat de uitvoering van de werkzaamheden meer tijd in beslag zal nemen dan klager stelt. Aldus is de social return eis niet disproportioneel gelet op de aard en omvang van de opdracht.

4.5. Beklaagde meent dat de feiten van de aanbesteding die het onderwerp zijn van het genoemde Advies 98 van de Commissie van Aanbestedingsexperts verschillen van de feiten in de onderhavige aanbesteding en dat dit advies geen althans slechts beperkt relevantie heeft voor de onderhavige situatie. Allereerst betrof het in voornoemd advies een opdracht voor werken waarbij de arbeidscomponent gering was. In het onderhavige geval is er juist een grote arbeidscomponent. Een ander verschil is dat het destijds ging om specialistische activiteiten die niet konden worden uitgevoerd door social return kandidaten, hetgeen nu wel het geval is.

4.6. Beklaagde meent dat de social return eis in voldoende mate is afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden en niet disproportioneel is.

## **5. Beoordeling**

5.1. De Commissie constateert dat beklagde een meervoudig onderhandse procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdeling 1.2.4, Aw 2012; Gids Proportionaliteit.

5.2. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Art. 1.16 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en aan de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. Voor het onderhavige geval is dan van belang dat paragraaf 3.5.6 van de Gids op blz. 44 herhaalt dat bijzondere voorwaarden die verband houden met sociale overwegingen in redelijke verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de opdracht en daaraan toevoegt

dat die voorwaarden dienen te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden.

- 5.3. De te beantwoorden vraag is of beklagde met de Social Return on Investment (SROI-)eis, die is opgenomen in par. 3 (zie 1.3 hiervoor) gelezen in verband met Bijlage VI van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.4 hiervoor), aan haar in 5.2 genoemde verplichting heeft voldaan. Bij de navolgende beantwoording van deze vraag gaat de Commissie er aan voorbij – klager klaagt daar ook niet over – dat beklagde de SROI-eis heeft opgenomen in een paragraaf in de Aanbestedingsleidraad met als kopje “Uitsluitingsgronden”. De Commissie gaat er voorshands van uit – mede gelet op de bewoordingen van Bijlage VI van de Aanbestedingsleidraad – dat beklagde met de SROI-eis een voorwaarde heeft willen stellen zoals bedoeld in art. 1.16 lid 2 sub d Aw 2012.
- 5.4. De Commissie zal de in 5.3 gestelde vraag hierna in 5.5 beantwoorden aan de hand van de navolgende maatstaven, die zij ontleent aan haar Advies 98, overwegingen 6.3.12 t/m 6.3.14. Deze maatstaven dienen naar het oordeel van de Commissie te worden gehanteerd bij de beoordeling van de proportionaliteit van een SROI-eis in het kader van opdrachten voor de uitvoering van werken of het verrichten van diensten:
- (i) Bij het formuleren van een proportionele SROI-eis is de arbeidscomponent van de opdracht van groot belang, in het bijzonder bij het bepalen van de hoogte en de berekeningsgrondslag van het percentage SROI;
  - (ii) Het streefpercentage is 5% inzet van social return per aanbesteding. Het percentage moet proportioneel en flexibel worden toegepast;
  - (iii) Het genoemde SROI-percentage van 5% wordt als richtlijn in beginsel toegepast op de opdrachtsom, tenzij sprake is van kapitaalintensieve opdrachten of opdrachten met een lage loonsom, in welk geval het (eventueel hogere) percentage wordt berekend over de loonsom die minimaal € 250.000,- excl. BTW dient te bedragen;
  - (iv) Een belangrijke randvoorwaarde voor toepassing van SROI is dat er sprake moet zijn van een direct verband tussen de uitvoering van de opdracht, dan wel het voorwerp van het contract, en de desbetreffende SROI-bepaling. De invulling van de SROI-verplichting dient binnen de werkzaamheden van de onderliggende opdracht te worden verwezenlijkt.
- 5.5. Ten aanzien van de beantwoording van de in 5.3 gestelde vraag overweegt de Commissie het volgende.
- 5.5.1. Het voorwerp van de opdracht ziet op rioolreiniging en -inspectie, waaronder werkzaamheden vallen als het inspecteren en reinigen van de hoofdriolering, het inmeten van putten en kolken en het opstellen van een maatregelenplan.
- 5.5.2. In par. 2.1 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat ‘de indicatieve totaalomzet van uitvoering van werkzaamheden volgens de RAW-raamovereenkomst (...) € 50.000,- excl. Omzetbelasting gedurende de Overeenkomst [bedraagt]’ (zie 1.2 hiervoor). Het begrip “Overeenkomst” is in de Aanbestedingsleidraad weliswaar met een beginkapitaal geschreven, maar niet opgenomen in de lijst met definities op p. 4 van die leidraad. De Commissie gaat er echter van uit dat met het begrip “Overeenkomst” wordt bedoeld op de overeenkomst waarvan een concept is opgenomen in Bijlage V (“Concept van de overeenkomst”, met als ondertitel “concept Raamovereenkomst”) van de Aanbestedingsleidraad.
- 5.5.3. In art. 2 van de hiervoor bedoelde overeenkomst is bepaald dat de raamovereenkomst ingaat op 1 september 2015 en wordt aangegaan voor de duur van 1 jaar. Na afloop van deze periode eindigt de overeenkomst van rechtswege. Daarmee heeft het voorwerp van de opdracht heeft, anders dan beklagde stelt, een totale

indicatieve waarde van € 50.000,- gedurende een looptijd van 1 jaar. Daaraan doet niet af dat inschrijvingen zijn ontvangen, naar beklagde stelt, van meer dan € 100.000,-.

- 5.5.4. Het voorgaande betekent dat de omvang van de opdrachtwaarde derhalve substantieel lager ligt dan het in 5.4 sub (iii) hiervoor genoemde bedrag van € 250.000. Dat de opdracht volgens beklagde een hoge arbeidscomponent heeft, doet daar niet aan af.
- 5.5.5. De gestelde SROI-eis houdt in dat door inschrijvers 'een cliënt uit het bestand van [naam organisatie] voor tenminste een periode van 1 jaar in dienst wordt genomen' (zie 1.4 hiervoor). Uit deze formulering kan echter niet worden opgemaakt wat de omvang van deze dienstbetrekking dient te zijn. Gaat het om een fulltime dienstbetrekking of om een parttime dienstbetrekking? En wanneer een parttime dienstbetrekking ook valt onder het begrip "in dienst nemen", vanaf welke omvang geldt dit dan? Dat het antwoord op onder andere deze vragen niet uit de formulering van de SROI-eis kan worden afgeleid, betekent dat beklagde onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke verplichtingen de inschrijvers op zich nemen wanneer zij de ondertekende Bijlage VI van de Aanbestedingsleidraad bij hun inschrijving voegen. Daarmee heeft beklagde niet voldaan aan haar verplichting de SROI-eis zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers die eis op dezelfde wijze kunnen interpreteren. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde heeft gehandeld in strijd met de ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure op een aanbestedende dienst rustende transparantieplichting (zie Advies 147, overweging 7.2.3). Klager heeft daarover weliswaar niet geklaagd, maar het hiervoor gegeven oordeel is relevant voor de verdere behandeling van de klacht.
- 5.5.6. Nu immers onvoldoende duidelijk is wat de precieze inhoud en reikwijdte van de SROI-eis is, kan evenmin worden vastgesteld of de omvang van de eis in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Voor die vaststelling maakt het bijvoorbeeld verschil of de SROI-eis strekt tot het aangaan van een fulltime of een parttime dienstbetrekking. In het veronderstelde geval dat een fulltime dienstbetrekking is vereist, zijn – uitgaande van een social return-kandidaat die valt in de laagste financiële categorie (de Wet op het minimumloon bepaalt een minimum maandsalaris van € 452,35 voor een 15-jarige) – de financiële lasten voor inschrijver tenminste € 5.428,20 (exclusief begeleidingskosten en overige kosten) per jaar. Uitgaande van de opdrachtwaarde van € 50.000,- betekent dat een percentage van bijna 11%. Dat strookt niet met het in 5.4 sub (ii) genoemde streefpercentage van 5%.
- 5.5.7. Beklagde geeft in haar reactie op de klacht voorts aan dat de opdracht, naast specialistisch werk, ook niet-specialistisch en ongeschoold werk inhoudt. Niet gesteld of gebleken is echter wat de omvang van deze werkzaamheden is. Dat social return kandidaten volgens beklagde kunnen worden ingezet voor allerlei hand- en spandiensten (zie 4.2 hiervoor) en dat 'breder [wordt] gekeken dan alleen feitelijke werkzaamheden in het veld' en dat het 'niet per definitie noodzakelijk [is] om de uitkeringsgerechtigde in te zetten op de dienstverlening die wordt aanbesteed' (zie 1.5.1 hiervoor), lijkt de Commissie lastig te verenigen met het in 5.4 sub (iv) genoemde vereiste dat de SROI-eis direct verband dient te houden met het voorwerp van de opdracht. Beklagde maakt althans niet duidelijk op welke wijze dit door haar is geborgd.
- 5.5.8. Tot slot is de Commissie van oordeel dat de eis dat na 1 jaar dienstverband de uitstroom van de kandidaat moet zijn gegarandeerd eveneens disproportioneel is, vanwege het feit dat uitstroom mede afhankelijk is van het functioneren van de

kandidaat en van de aard van diens werk (dat kan bestaan uit meerdere losse opdrachten).

- 5.6. De Commissie is alles overwegende van oordeel dat de in 5.3 gestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord. Dat betekent dat de klacht gegrond is.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht gegrond.

## **7. Aanbeveling**

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mw.mr. G.R. Werkman-Bouwkamp die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 30 oktober 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid